

9

2018

ISSN 2082-1786

POLSKI ROCZNIK
PRAW CZŁOWIEKA
I PRAWA HUMANITARNEGO



Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie

Rada Programowa

GAETANO DAMMACO (BARI), GRAŻYNA MICHAŁOWSKA, ANDRZEJ RZEPLIŃSKI,
JAN SANDORSKI, VÁCLAV STEHLÍK (OLOMUNIEC), JANUSZ SYMONIDES,
KEIICHI YAMANAKA (OSAKA), FABIO RATTO TRABUCCO (WENECJA), JERZY ZAJADŁO

Komitet Redakcyjny

PIOTR DARANOWSKI, TADEUSZ JASUDOWICZ (PRZEWODNICZĄCY),
ELŻBIETA KARSKA, MACIEJ LUBISZEWSKI (SEKRETARZ), Cezary MIK (WICEPRZEWODNICZĄCY),
MAREK PIECHOWIAK

Recenzenci

MICHAŁ BALCERZAK (TORUŃ), PAWEŁ BUREŠ (OLOMUNIEC), JAKUB CZEPEK (WARSZAWA),
BOŻENA GRONOWSKA (TORUŃ), KAROL KARSKI (WARSZAWA),
TOMÁŠ LALIK (BRATYSŁAWA), ZBIGNIEW SUHECKI (RZYM), ADAM WIŚNIEWSKI (GDAŃSK)

Redakcja tomu

MACIEJ LUBISZEWSKI

Redaktor wydawniczy

DANUTA JAMIOŁKOWSKA

Projekt okładki

MARIA FAFIŃSKA

Skład i łamanie

MARZANNA MODZELEWSKA

Adres Redakcji

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego WPiA UWM w Olsztynie
Al. Warszawska 98, 10-702 Olsztyn
Tel. 89 523-48-00, e-mail: m.lubiszewski@uwm.edu.pl

ISSN 2082-1786

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2018

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. 17,7; ark. druk. 15,0
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. 492

Spis treści

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

MALGORZATA ANDRZEJCZAK-ŚWIĄTEK, Prawno-międzynarodowe aspekty stosowania klauzuli derogacyjnej w amerykańskim systemie ochrony praw człowieka, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki derogacji praw dziecka.....	5
GRAŻYNA BARANOWSKA, Osoby zaginione w Kosowie a ONZ – rozważania na tle działalności Komisji Doradczej ds. Praw Człowieka	21
EWA DAWIDZIUK, MARCIN MAZUR, Prawa więźniów w najnowszych wyrokach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przeciwko Polsce	37
PAWEŁ DĄBROWSKI, Rozstrzyganie spraw o udzielenie ochrony międzynarodowej obywatelom Ukrainy w świetle koncepcji alternatywy ochrony wewnętrznej w kraju pochodzenia	59
MARCIN GÓRSKI, <i>Inter arma silent Musae?</i> Swoboda wypowiedzi artystycznej naruszającej porządek publiczny	79
PATRYCJA JANKOWSKA, Wybrane aspekty procedur prawnych, których podmiotem może być małoletni cudzoziemiec przebywający na terytorium Polski bez opieki	91
MARCIN KAZIMIERCZUK, Ograniczenie wolności i praw człowieka podczas stanu wyjątkowego w polskim prawodawstwie.....	111
AGATA KLECZKOWSKA, Zbrojni aktorzy niepaństwowi i prawa człowieka – władza bez odpowiedzialności?	125
KRZYSZTOF KOZŁOWSKI, Prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej – przyczynek do rozważań w świetle standardu międzynarodowego	143
MAGDALENA MATUSIAK-FRĄCCZAK, Wybrane zagadnienia dotyczące zwalczania terroryzmu w kontekście prawa do rzetelnego procesu	163
ELŻBIETA HANNA MORAWSKA, Środki tymczasowe w stanach nadzwyczajnych. Uwagi na tle sprawy <i>Gruzja v. Federacja Rosyjska</i> przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości	181
MAGDALENA SZUBSKA, Geneza i znaczenie dla unijnego porządku prawnego Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej	205
HANNA WICZANOWSKA, Współpraca Unii Europejskiej z regionalnymi organizacjami arabskimi i islamskimi w dziedzinie ochrony praw człowieka	221

Contents

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

MALGORZATA ANDRZEJCZAK-ŚWIĄTEK, Legal and International Aspects of the Application of a Derogation Clause in the American System of Human Rights Protection with Particular Emphasis on the Issue of Derogations of Children's Rights.....	5
GRAŻYNA BARANOWSKA, Disappeared Persons in Kosovo and the UN – Reflections Regarding the Human Rights Advisory Panel	21
EWA DAWIDZIUK, MARCIN MAZUR, Rights of Prisoners in the Newest Judgements of the European Court of Human Rights Against Poland	37
PAWEŁ DĄBROWSKI, The Adjudicating of Matters on Granting International Protection for Citizens of Ukraine in the Light of Internal Flight Alternative Concept	59
MARCIN GÓRSKI, <i>Inter arma silent Musae?</i> Freedom of Artistic Expression Disturbing Public Order.....	79
PATRYCJA JANKOWSKA, Selected Aspects of Legal Procedures Regarding the Unaccompanied Minor Foreigner Residing on the Territory of Poland.....	91
MARCIN KAZIMIERCZUK, Limitation of Freedom and Human Rights During the State of Emergency in Polish Legislation	111
AGATA KLECZKOWSKA, Armed Non-State Actors and Human Rights Law – Authority without Responsibility?	125
KRZYSZTOF KOZŁOWSKI, Right to Diplomatic and Consular Protection – A Contribution to Considerations in the Light of International Standards	143
MAGDALENA MATUSIAK-FRĄCZAK, Selected Aspects of Combatting Terrorism and the Right to a Fair Trial.....	163
ELŻBIETA HANNA MORAWSKA, Interim Emergency Measures. Some Considerations about the Case <i>Georgia v. Russian Federation</i> before the International Court of Justice.....	181
MAGDALENA SZUBSKA, The Genesis and the Meaning of the Charter of Fundamental Rights of the European Union for the European Union Legal	205
HANNA WICZANOWSKA, The Collaboration between the European Union and the Regional Arab and Islamic Organizations in the Area of Human Rights Protection	221

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

MAŁGORZATA ANDRZEJCZAK-ŚWIĄTEK
Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie

Prawno-międzynarodowe aspekty stosowania klauzuli derogacyjnej w amerykańskim systemie ochrony praw człowieka, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki derogacji praw dziecka

Słowa kluczowe: derogacja, sytuacja nadzwyczajna, prawa dziecka, prawa człowieka, między-
amerykański system ochrony praw człowieka

1. Wstęp

Niniejsze rozważania dotyczące zagadnień związanych z zakazem derogacji praw dziecka w amerykańskim systemie ochrony praw człowieka stanowią kontynuację badań nad problemem zakresu ochrony dziecka w sytuacji „wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu” poczynionych na kanwie mojej rozprawy doktorskiej, pt: „Ochrona praw dziecka w sytuacjach nadzwyczajnych”¹. Ową kontynuację i dalsze zainteresowanie tematem analizy wspomnianej ochrony w amerykańskim systemie ochrony praw człowieka zawdzięczam dwóm wybitnym znawcom dziedziny prawa międzynarodowego i praw człowieka: Profesorowi Tadeuszowi Jasudowiczowi – Promotorowi mojej rozprawy doktorskiej oraz Profesorowi Janowi Sandorskiemu – jej Recenzentowi. Obydwaj Profesorowie wskazali mi, iż warto byłoby pogłębić poszukiwania badawcze właśnie o analizę systemu amerykańskiego, zwłaszcza pod kątem problematyki derogacji praw dziecka w świetle Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka.

Coroczna Konferencja Praw Człowieka i Prawa Humanitarne, organizowana przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego,

¹ Rozprawa doktorska autorki została opublikowana przez Bibliotekę Rzecznika Praw Dziecka, zob. Małgorzata Andrzejczak-Świątek, *Ochrona praw dziecka w sytuacjach nadzwyczajnych*, Warszawa 2016.

okazała się być idealną platformą prezentacji niniejszej problematyki, zwłaszcza że przedmiotem ostatnich obrad były właśnie zagadnienia związane z zaistnieniem sytuacji nadzwyczajnych.

Celem niniejszej publikacji jest nie tylko analiza regulacji prawnomiędzynarodowych w zakresie ochrony praw człowieka, również dziecka w sytuacjach nadzwyczajnych w świetle prawa międzynarodowego systemu amerykańskiego, ale przede wszystkim ukazanie dylematów prawnych, interpretacyjnych oraz odnoszących się do praktyki stosowania prawa związanych z instytucją derogacji praw człowieka w ogóle, a praw dziecka w szczególności.

Podkreślić należy jakże odmienne w swej treści unormowanie amerykańskiej formuły derogacyjnej w porównaniu z innymi podobnymi klauzulami, występującymi w traktatach międzynarodowej ochrony praw człowieka². Z tego względu warto dokonać analizy orzecznictwa Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w kontekście skarg indywidualnych pod kątem wykładni pojęć zawartych w art. 27 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, jak również zakresu zobowiązań pozytywnych państw do stosowania środków derogacyjnych.

2. Natura i funkcje derogacji ze szczególnym wskazaniem specyfiki uregulowań systemu amerykańskiego

Analiza uregulowań prawnych systemu amerykańskiego pod kątem funkcjonowania instytucji derogacji w dziedzinie praw człowieka jest dużo bardziej skomplikowana niż w przypadku systemu europejskiego. Wynika to przede wszystkim z niejednolitości standardów regionalnych obowiązujących państwa amerykańskie. O ile bowiem ratyfikacja najważniejszych traktatów ochrony praw człowieka wypracowanych w ramach systemu ONZ, przede wszystkim Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, ma w systemie Organizacji Państw Amerykańskich charakter raczej powszechny, to już najważniejsza z punktu widzenia ochrony praw człowieka umowa o charakterze regionalnym, mianowicie Amerykańska Konwencja Praw Człowieka, nie została ratyfikowana ani przez Stany Zjednoczone, jak również przez Kanadę – czyli w zasadzie nie obowiązuje w Ameryce Północnej. Ratyfikacji tego traktatu odmówiły też między innymi Bahamy, Saint Lucia i Santi Vicent i Grenadyny³.

Powyższe skutkuje osłabioną pozycją i zasięgiem oddziaływania Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, który to zasięg skupia się głównie na państwach Ameryki Południowej⁴. Co więcej, taki stan rzeczy ma olbrzymi

² Na fakt ten zwróciła uwagę m.in. Anna Michalska, jednakże bardzo lakonicznie wspominając jedynie o odmienności formuły amerykańskiej od pozostałych, zob. A. Michalska, *Niebezpieczeństwo publiczne, które zagraża życiu narodu* [w:] T. Jasudowicz, (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, Toruń 99, s. 12.

³ Stan ratyfikacji Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka dostępny na oficjalnej stronie Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka.

⁴ *Ibidem*.

wpływ na zakres funkcjonowania i stosowania przez państwa obu Ameryk środków derogacyjnych.

Kluczową kwestią jest odmienne uregulowanie klauzuli derogacyjnej w systemie ONZ – na mocy Paktu – oraz w Konwencji amerykańskiej (o czym szerzej będzie mowa w dalszej części rozważań). Prowadzić to może wprost do swoistego rozwarstwienia w standardach stosowania środków derogacyjnych przez państwa należące do OPA, jak również do odmiennych standardów orzeczniczych organów międzynarodowych w tym względzie, a w konsekwencji do niejednolitej praktyki w odniesieniu do ochrony praw człowieka w sytuacji nadzwyczajnej.

Jeszcze bardziej sytuację powyższą komplikuje fakt, iż Stany Zjednoczone (podobnie jak Sudan Południowy) nie ratyfikowały Konwencji o prawach dziecka⁵. Odmowa ratyfikacji tego traktatu ma bezpośredni wpływ na aspekt ochrony praw dziecka w sytuacji „wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu” i odpowiedzialność prawnomiędzynarodową USA za naruszenia praw dziecka.

Kwestia odmowy przez Stany Zjednoczone ratyfikacji najważniejszej, z punktu widzenia ochrony praw dziecka, umowy międzynarodowej jest niezwykle szerokim i złożonym zagadnieniem, niemniej jednak należy wskazać na niezwykle istotne skutki tej odmowy. Konwencja o prawach dziecka funkcjonuje bez klauzuli derogacyjnej, a zamiast niej w art. 38 znajduje się zakres ochrony praw dziecka w sytuacji wojny. Co więcej, niederogowalność praw dziecka zawartych w KPD wynika bezpośrednio z treści całokształtu Uwag Ogólnych Komitetu Praw Dziecka ONZ⁶. Brak ratyfikacji Konwencji przekłada się bezpośrednio na brak traktatowego pułapu rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych⁷, brak obowiązku raportowania o sytuacji dzieci w USA do ONZ, a także brak jednolitego prawa federalnego w kwestii opieki nad dzieckiem i jego ochrony⁸.

Powyższe wskazuje na istotne rozwarstwienie i niejednorodność standardów dotyczących zakresu funkcjonowania klauzul derogacyjnych w państwach OPA oraz możliwość stosowania przez nie środków derogacyjnych, ale należy się zastanowić, jak te standardy winny być interpretowane przez państwa decydujące się zastosować środki derogacyjne oraz czy pozwalają one na derogację praw dziecka.

⁵ Por. A. A. Bowers, N. H. Kaufman (red.), *Implementing the U.N. Convention on the Rights of the Child. A Standard of Living Adequate or Development*, Westport, 1999;

⁶ Por. M. Andrzejczak-Świątek, *Ochrona...*, s. 233 i n.

⁷ Brak normy traktatowej w tym przypadku nie wyklucza funkcjonowania normy zwyczajowej, a zakaz rekrutacji dzieci poniżej 15 roku życia do oddziałów zbrojnych został uznany właśnie za normę *ius cogens* o charakterze zwyczajowym, Patrz.m.in. J-M. Henckaerts, *Studium poświęcone zwyczajowemu prawu międzynarodowemu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczącego konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2005.

⁸ Zob. więcej: (red.) N. Gilbert, N. Parton, M. Skivenes, *Child Protection Systems: International Trends and Orientation*, Oxford, 2011.

Klauzula derogacyjna w systemie uniwersalnym praw człowieka

W systemie ONZ, który swym zasięgiem obejmuje wszystkie państwa OPA, klauzula derogacyjna unormowana jest w art. 4 Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Niestety, przekład tego przepisu na język polski budzi uzasadnione wątpliwości, bowiem pojęcie *life of the nation* zostało przetłumaczone jako „istnienie narodu”, natomiast zwrot *in time of public emergency* jako „w przypadku wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego...”⁹. Dla właściwej wykładni przepisów derogacyjnych zawartych w Pakcie pozornie „delikatne” różnice mają kluczowe znaczenie i mogą prowadzić do niewłaściwej oceny sytuacji nadzwyczajnej przez władze państwowe, a co za tym idzie, do naruszeń traktatu w odniesieniu do stosowania środków derogacyjnych. Prawidłowe przetłumaczenie tekstu art. 4 Paktu prowadzi do wniosku, iż chodzi o sytuację „niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu”. Niebezpieczeństwo musi być urzędowo ogłoszone i wówczas „Państwa–Strony niniejszego Paktu mogą podjąć kroki mające na celu zawieszenie wykonywania zobowiązań wynikających z niniejszego Paktu, w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem, że kroki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego i nie pociągają za sobą dyskryminacji wyłącznie z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego”¹⁰.

Aby w sposób pełny zrozumieć specyfikę instytucji derogacji w systemie amerykańskim, warto choćby w skrócie przypomnieć okoliczności i kontrowersje, jakie towarzyszyły państwom obu Ameryk, a zwłaszcza Stanom Zjednoczonym podczas prac nad treścią klauzuli derogacyjnej zawartej w art. 4 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

Art. 4 Paktu przypomina w swym brzmieniu art. 15 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jednakże, EKPC została przyjęta stosunkowo szybko, bo już 4 listopada 1950 roku, natomiast prace nad Paktem, jako traktatem uniwersalnym, w którym pogodzić musiano interesy niemal całej społeczności międzynarodowej, były wciąż kontynuowane. Treść art. 4 Paktu ulegała zmianie w swej warstwie substancjalnej do momentu przedstawienia jego wersji finalnej przez Komisję Praw Człowieka w 1952 roku¹¹.

Prace nad klauzulą derogacyjną zawartą w Pakcie Obywatelskim ukazały zupełnie odmienne spojrzenie zachodnich państw europejskich oraz Stanów Zjednoczonych na potrzebę jej umieszczenia w traktacie. Właściwie od momentu, gdy po raz pierwszy, w roku 1947, ze strony Wielkiej Brytanii pojawiła się propozycja

⁹ Por. oficjalny tekst Paktu na stronie Sejmu RP: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19770380167>, dostęp: 18.09.2017.

¹⁰ Art. 4 Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

¹¹ Zob. UN doc. E/2256 (E/CN.4/669), *Report of the eight session of the Commission on Human Rights 1952*, Annex I, s. 4; A-L. Svensson-McCarthy, *The International Law of human Rights and States of Exception*, Brill – Nijhof, 1998, s. 200–217.

wprowadzenia do Paktu przepisów derogacyjnych, Stany Zjednoczone były przeciwne tym przepisom i zamiast tego proponowały wprowadzenie generalnej klauzuli limitacyjnej¹². Porzucenie pomysłu wprowadzenia ogólnych przepisów, ograniczających korzystanie z traktatowych praw i wolności człowieka, nie zmieniło podejścia USA do kwestii derogacji¹³.

W trakcie prac nad art. 4 Paktu dały także o sobie znać istotne różnice w podejściu państw regionu europejskiego i amerykańskiego do kwestii derogacji. O ile państwa–członkowie Rady Europy od początku prezentowały zasadniczo podobne stanowisko w niniejszym aspekcie, to państwa amerykańskie były w tym względzie podzielone. Oprócz Stanów Zjednoczonych, wyraźny sprzeciw wobec klauzuli derogacyjnej wyrażały na przykład Filipiny, natomiast Chile początkowo przyjmowało propozycję jej traktatowego unormowania z aprobatą¹⁴, aby w czasie szóstej sesji Komisji w 1950 roku wycofać swoją wcześniejszą deklarację wsparcia dla art. 4 i zaproponować jego usunięcie ze względu na fakt, iż zdaniem Chile, wprowadzenie do projektu niejasnych pojęć może powodować nadużycia ze strony państw członkowskich. Ponadto, zdaniem przedstawicieli Chile, wprowadzone do innych przepisów Paktu pojęcia: *national security* oraz *public order* w wystarczający sposób obejmują wszystkie sytuacje, które mogą pojawić się w sytuacji wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu¹⁵.

Szósta sesja Komisji ukazała również aktywność Urugwaju w kwestii derogacji. W czasie jej obrad Urugwaj zaproponował wsparcie dla przepisów derogacyjnych *in spite of serious problems it raised*, ponieważ wprowadzają one nową zasadę w prawie międzynarodowym, mianowicie odpowiedzialność państw w stosunku do członków społeczeństwa w kwestii niepodjęcia żadnych środków derogacyjnych względem praw człowieka oraz podstawowych wolności¹⁶. Urugwaj zwrócił również uwagę, iż zasada ta została wprowadzona w większości krajowych porządków prawnych, gdzie stosowanie siły przez państwo *was responsible for its measures suspending constitutional guarantees*¹⁷.

Opisane powyżej różne stanowiska i podejścia państw co do włączenia do traktatu o zasięgu uniwersalnym klauzuli derogacyjnej dowodzą istnieniu problemu we właściwym zrozumieniu, czym jest derogacja zobowiązań w dziedzinie praw człowieka. Problem ten pozostaje nadal aktualny, o czym świadczą nie tylko trudności praktyczne ze stosowaniem środków derogacyjnych przez państwa, które zdecydowały się na ich wprowadzenie oraz orzecznictwo mię-

¹² Propozycja wprowadzenia do Paktu ogólnej klauzuli limitacyjnej spotkała się z oporem państw Europy Zachodniej, szczególnie Francji, która podczas piątej sesji Komisji Praw Człowieka w 1949 r. zajęła stanowisko, iż zasada niederogowalności niektórych praw jest „sygnałem i permanentnym zabezpieczeniem” oraz że istnieje zasadnicza różnica pomiędzy ograniczeniem wybranych praw a zawieszeniem stosowania Konwencji, zob. UN doc. E/CN.4/SR.127, s. 7.

¹³ Zob. UN doc. E/CN.4/SR 126, s. 3.

¹⁴ Por. UN doc. E/CN.4/SR 12, s. 3,5.

¹⁵ Zob. UN doc. E/CN.4/SR 195, s. 11.

¹⁶ *Ibidem*, par. 52.

¹⁷ UN doc. E/CN.4/SR 195, s. 11, par. 52.

dzynarodowych sądów i organów na tle przepisów derogacyjnych, ale również pojawiające się w doktrynie poglądy, aby traktować derogację jako „częściową lub całkowitą eliminację zobowiązania międzynarodowego”¹⁸.

Omawiając klauzulę derogacyjną zawartą w art. 4 Paktu warto przypomnieć jej interpretację dokonaną przez Komitet Praw Człowieka zarówno w *General Comment*, jak i w skargach indywidualnych. Komitet poświęcił zagadnieniu derogacji *General Comment No. 5: Derogation o Rights (Arts.4)* oraz *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*. W Uwagach Ogólnych nr 5 z 1981 roku skupił się na przesłankach korzystania ze środków derogacyjnych oraz na wymogach formalnych korzystania ze środków derogacyjnych. Uwagi Ogólne z roku 2001 zawierają próbę wykładni pojęcia *public emergency threatening the life of the nation*, odnoszą się do przesłanki *to the extent strictly required by the exigencies of the situation* oraz zakresu katalogu praw niederegowalnych.

Z punktu widzenia rozważanej kwestii niederegowalności praw dziecka w sytuacji nadzwyczajnej na uwagę zasługuje stanowisko Komitetu, w którym wyraźnie podkreśla on, iż Pakt wymaga, aby nawet w czasie konfliktu zbrojnego środki derogacyjne były dozwolone tylko wówczas i tylko w takim zakresie, gdy mamy do czynienia z sytuacją zagrażającą życiu narodu¹⁹. Ponadto, Komitet „uczula” państwa–strony Paktu nie tylko na wnikliwą analizę zaistnienia warunku uprzedniego derogacji, czyli „niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu”, ale również wskazuje na istotę przesłanek formalnoprawnych środków derogacyjnych, zwłaszcza w sytuacji, gdy podstawą derogacji jest niebezpieczeństwo inne niż konflikt zbrojny, państwa powinny starannie rozważyć zasadność i przyczynę zastosowania środków derogacyjnych. Chodzi bowiem o to, czy dane działanie jest konieczne i uzasadnione. W odniesieniu do praktyki stosowania środków derogacyjnych przez państwa, Komitet zauważył, że niektóre państwa zdają się traktować art. 4 Paktu jako możliwość uchylecia się od praw zawartych w Pakcie, zwłaszcza gdy prawo krajowe dopuszcza możliwość derogacji w sytuacjach nie objętych Paktem²⁰.

Wobec powyższego, nawet gdyby przyjąć, iż Pakt nie zawiera normy zakazującej wprost derogacji praw dziecka i nie włącza praw dziecka do katalogu praw niederegowalnych, to i tak biorąc pod uwagę specyfikę korzystania przez dziecko z praw człowieka niemożliwe staje się spełnienie przesłanki, aby środki derogacyjne zastosowane względem dziecka podjęte były „w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji” oraz żeby spełniały – prócz testu konieczności i zasadności – test proporcjonalności użytych środków.

¹⁸ M.in. D. McGoldrick, *The interface between public emergency powers and international law* [w:] *International Journal of Constitutional Law*, 2004, t. 2, nr 2, s. 383.

¹⁹ CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, pkt 2.

²⁰ *Ibidem*, pkt 3.

Klauzula derogacyjna Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka w świetle jurysprudencki Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka

Klauzula derogacyjna unormowana w art. 27 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka jest – na tle pozostałych klauzul, występujących w traktatach międzynarodowo chronionych praw człowieka – rzeczywiście wyjątkowa. Przede wszystkim podstawową odmiennością jest wartość chroniona Konwencją amerykańską, mianowicie brak tu zupełnie przesłanki ochrony „życia narodu”. Zamiast tego, warunkiem uprzednim w świetle omawianego traktatu staje się obrona „niepodległości lub bezpieczeństwa państwa”. Dowodzi to w istocie specyficznego podejścia państw Ameryki Południowej do kwestii i natury derogacji.

Przywołując wprost klauzulę derogacyjną zawartą w Konwencji amerykańskiej, zgodnie z jej art. 27 „w czasie wojny, niebezpieczeństwa publicznego bądź innej wyjątkowej sytuacji, która zagraża niepodległości lub bezpieczeństwu Państwa–Strony, może ono podjąć środki uchylające jego zobowiązania wynikające z niniejszej Konwencji, w zakresie i na czas ściśle wymagany koniecznością sytuacji, z zastrzeżeniem, że takie środki nie są niezgodne z innymi zobowiązaniami państwa wynikającymi z prawa międzynarodowego oraz nie pociągają za sobą dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię lub pochodzenie społeczne”²¹.

Powyższe postanowienie nie upoważnia do jakiegokolwiek zawieszenia stosowania następujących artykułów: Artykułu 3 (prawo do osobowości prawnej), Artykułu 4 (prawo do życia), Artykułu 5 (prawo do ludzkiego traktowania), Artykułu 6 (wolność od niewolnictwa), Artykułu 9 (wolność od praw *ex post facto*), Artykułu 12 (wolność sumienia i wyznania), Artykułu 17 (prawa rodziny), Artykułu 18 (prawo do nazwiska), Artykułu 19 (prawa dziecka), Artykułu 20 (prawo do obywatelstwa) oraz Artykułu 23 (prawo do udziału w rządach), a także zasadniczych gwarancji sądowych dla ochrony takich praw²².

Z punktu widzenia niniejszych rozważań i problematyki derogowalności praw dziecka, stypulacja art. 2 ust. 2 AKPC ma kluczowe znaczenie, bowiem jednoznacznie włącza prawa dziecka do katalogu praw niederogowalnych. Co więcej, owa ochrona w sytuacjach nadzwyczajnych obejmuje również zakaz derogacji praw rodziny, co koreluje z rodzinnym charakterem praw dziecka.

Każde Państwo–Strona korzystające z prawa do zawieszenia gwarancji, poinformuje niezwłocznie inne Państwa–Strony, za pośrednictwem Sekretarza Generalnego Organizacji Państw Amerykańskich, o postanowieniach, których stosowanie zawiesza, przyczynach uzasadniających zawieszenie oraz czasie trwania takiego zawieszenia²³.

²¹ Art. 2 ust. 1 AKPC.

²² Art. 27 ust. 2 AKPC.

²³ Art. 27 ust. 3 AKPC.

Artykuł 17 gwarantujący prawa rodziny stanowi, iż rodzina jest naturalną i podstawową, zbiorową komórką społeczeństwa i jest uprawniona do ochrony ze strony społeczeństwa i państwa. Uznaje również prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, jeżeli odpowiadają oni warunkom wymaganym przez prawo krajowe, z zastrzeżeniem, że warunki te nie naruszają zasady niedyskryminacji, ustanowionej w omawianej Konwencji. Żadne małżeństwo nie może być zawarte bez swobodnej i pełnej zgody przyszłych małżonków. Ponadto, Państwa–Strony podejmą właściwe kroki celem zapewnienia równości praw i odpowiedniego zrównoważenia obowiązków w odniesieniu do zawarcia małżeństwa, w czasie jego trwania oraz na wypadek jego rozwiązania. W przypadku rozwiązania małżeństwa będą podjęte środki zapewniające niezbędną ochronę wszystkich dzieci, a oparte o ich własne, najlepsze interesy. Prawo uznaje równe prawa dzieci zrodzonych w małżeństwie oraz tych urodzonych poza małżeństwem.

Z kolei zgodnie z art. 19 Konwencji, każde małoletnie dziecko (*minor child*) ma prawo do środków ochrony, których wymaga jego stan jako małoletniego ze strony rodziców, społeczeństwa oraz państwa. Wątpliwości budzić może użycie w Konwencji pojęcia „małoletnie dziecko” zamiast „dziecko”, co współgrałoby bardziej z art. 1 Konwencji o prawach dziecka. Rozważenia wymaga zatem akt, czy ochrona i niederogowalność praw dziecka na mocy art. 19 AKPC dotyczy wszystkich dzieci w rozumieniu KPD, czy też jest ograniczona do konkretnej kategorii wiekowej dzieci. Uprzedzając dalszy ciąg rozważań w niniejszej kwestii, można wspomnieć, iż odpowiedzi na to pytanie najwłaściwiej poszukać w orzecznictwie Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, który odniósł się do kwestii ochrony praw dziecka w świetle art. 19 Konwencji.

Ostatni człon art. 27 ust. 2 „[...] a także zasadniczych gwarancji sądowych dla ochrony takich praw” nie pojawia się w żadnej, poza tą umieszczoną w Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, klauzuli derogacyjnej. Nie budzi wątpliwości fakt, iż jego celem było wzmocnienie gwarancji ochronnych na wypadek „wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu”, ale zapewne ze względu na specyfikę i historię państw Ameryki Południowej pojawiły się problemy z interpretacją pojęcia *the judicial guarantees essential for the protection of such rights*. Zapytanie do Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z wnioskiem o interpretację tego pojęcia w kontekście art. 25 oraz 8 AKPC, skierował rząd Urugwaju²⁴.

Trybunał amerykański uznał, iż „esencjalne” gwarancje sądowe, które nie są przedmiotem derogacji zgodnie z art. 2 ust. 2 AKPC, zawierają *habeas corpus* (art. 7 ust. 6 Konwencji) oraz inne efektywne środki procesowe przed sądami i kompetentnymi trybunałami (art. 25 ust. 1 Konwencji) stworzonymi do ochrony przestrzegania praw i wolności, które nie mogą być zawieszone zgodnie

²⁴ Inter-American Court on Human Right, Advisory Opinion OC-9/87, 6.10.1987, Judicial Guarantees in States of Emergency, (Arts.27(2),25 and 8 American Convention on Human Rights). Zapytanie Rządu Urugwaju.

z Konwencją²⁵. Trybunał włączył tym samym w zakres „esencjalnych” gwarancji sądowych procedury sądowe przyrodzone demokratycznej formie rządów (art. 29 c Konwencji), zapewniające państwom gwarantowanie pełni praw zawartych w art. 27 ust. 2 AKPC i których powstrzymanie bądź ograniczenie prowadzi do braku ochrony tych praw²⁶. Zdaniem Trybunału, gwarancje te powinny być interpretowane w świetle zasad procesowych prawa wyrażonych w art. 8 AKPC²⁷.

Aby należycie zrozumieć istotę derogacji i przede wszystkim istotę niederogowalności praw dziecka, należy wskazać na funkcję, jaką pełnią w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka środki derogacyjne.

W odniesieniu do systemu amerykańskiego, analiza klauzuli derogacyjnej zawartej w art. 27 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka może nastroczać zasadne problemy interpretacyjne, prowadzące do niewłaściwych wniosków w zakresie jej funkcji. Konwencja używa bowiem pojęć: „zawieszenie” (*suspension*) – w art. 27 ust. 2 i 3 oraz „środki derogacyjne” (*measures derogating from*) – art. 27 ust. 1. Z pomocą przyjąć może wykładnia Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka na kanwie Opinii Doradczej w sprawie *Habeas corpus in Emergency Situations*²⁸. Zdaniem Trybunału, analiza pojęć Konwencji oraz ich kontekstu prowadzi do konkluzji, iż w żadnym razie nie mamy do czynienia z „zawieszeniem gwarancji” w dosłownym znaczeniu, ani „zawieszeniem praw” w znaczeniu wartości chronionych przez przepisy Konwencji, niezbywalnych i przynależnych każdemu człowiekowi²⁹.

Takie stanowisko Trybunału współgra z ideą „przyrodzonej godności człowieka” wyrażonej w Preambulach międzynarodowych traktatów ochrony praw człowieka, będącej fundamentem rozwoju praw człowieka, ale również potwierdza nadrzędność zasady pełnego przestrzegania praw człowieka³⁰.

W swej Opinii Doradczej Trybunał przychodzi z pomocą w zakresie właściwej wykładni art. 27 AKPC przez państwa, które zamierzają wprowadzić środki derogacyjne. Zwraca bowiem uwagę, aby przy interpretacji tego przepisu stosować ogólne zasady wykładni zawarte w Wiedeńskiej konwencji o prawie traktatów relewantnie do przedmiotu wykładni³¹, zwłaszcza w art. 31 ust. 1. Należy przy tym stosować również zasady uregulowane w art. 29 AKPC. A zatem, Trybunał wyraźnie akcentuje potrzebę wykładni systemowej przy stosowaniu środków derogacyjnych, a także interpretacji klauzuli derogacyjnej „w dobrej wierze”, mając na uwadze podmiot i cel Konwencji oraz przeciwdziałając

²⁵ *Ibidem*, par. 41.1.

²⁶ *Ibidem*, par. 41.2.

²⁷ *Ibidem*, par. 41.3.

²⁸ Zob. I-A Court HR, *Advisory Opinion OC-8-87*, 30.01.1987, *Habeas Corpus in Emergency Situations* (arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), Series A, No.8.

²⁹ *Ibidem*, s. 37, par. 18.

³⁰ Szerzej na temat zasady pełnego przestrzegania praw człowieka w kontekście stosowania środków derogacyjnych [w:] Małgorzata Andrzejczak-Świątek, *op. cit.*, s. 45–53.

³¹ Por. także: *Advisory Opinion OC-3/83*, 8.09.1983, Series A, No. 3, par. 48 oraz pozostałe opinie doradcze Trybunału.

sytuacjom, zezwalającym na ograniczenie korzystania lub wykonywania praw i wolności uznanych w Konwencji albo zawężeniu ich w większym zakresie niż ten przewidziany w Konwencji (zgodnie z art. 29 a AKPC)³².

Dla dalszej części rozważań w przedmiocie zakazu derogacji praw dziecka w amerykańskim systemie ochrony praw człowieka kluczowe znaczenie ma wskazany wyżej podmiot i cel Konwencji, które winny leżeć u podstaw wykładni klauzuli derogacyjnej zawartej w art. 27 AKPC.

Powyższy kierunek interpretacji art. 27 Konwencji amerykańskiej wskazany przez Trybunał skłania do ujmowania jego postanowień również w świetle art. 4 Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, taki pogląd wynika bowiem ze specyfiki stosowania wykładni systemowej i traktowania międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka w sposób całościowy.

Okazją do wyrażenia przez Trybunał stanowiska w kwestii praktycznych aspektów stosowania środków derogacyjnych były skargi indywidualne – głównie przeciwko Peru oraz Ekwadorowi.

Przykładowo, w sprawie *Zambrano Vélez y Otros przeciwko Ekwadorowi*³³, w związku z wprowadzeniem stanu wyjątkowego przez władze państwowe, Trybunał analizował zgodność aktów państwowych w kontekście obowiązków wynikających z art. 27 AKPC w odniesieniu do konkretnych gwarancji Konwencji będących przedmiotem sporu. Spór natomiast dotyczył sytuacji, w której rząd wydał dekret ustanawiający interwencję sił zbrojnych na terenie całego kraju w związku z tym, iż niektóre miasta Ekwadoru zostały dotknięte poważnymi aktami przestępczości, co w konsekwencji doprowadziło do atmosfery zagrożenia, niepewności i wewnętrznych zamieszek.

Trybunał zwrócił uwagę na obowiązki państw stron Konwencji w zakresie przestrzegania przesłanki stosowania środków derogacyjnych „w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji”. Zdaniem Trybunału, państwa nie korzystają w tym zakresie z nieograniczonej swobody i uznania, do organów systemu międzyamerykańskiego należy zatem sprawowanie w tejże materii kontroli w sposób subsydiarny i uzupełniający. W ramach kontroli środków derogacyjnych, prowadzonej na szczeblu krajowym, państwo z kolei jest zobowiązane kontrolować organy wewnętrzne i służby. Trybunał podkreśla obowiązek zachowania szczególnej ostrożności przez państwo w użyciu sił zbrojnych jako elementu sterującego podczas protestów, zamieszek czy sytuacji eskalacji przemocy, ponieważ siły zbrojne nie są szkolone pod kątem ochrony ludności cywilnej, tylko „pokonania wroga”.³⁴ Ponadto, Trybunał wyraźnie zaznacza, iż instytucja derogacji stanowi nadzwyczajny środek stosowany w sytuacjach

³² Zob. I-A Court HR, *Advisory Opinion OC-8-87*, 30.01.1987, *Habeas Corpus in Emergency Situations* (arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), Series A, No.8, par. 16.

³³ I-A Court HR, wyrok z dnia 23.11.2010.

³⁴ *Ibidem*, par. 47.

nagłych „w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji” i nie może być uznana jako narzędzie do walki z przestępczością³⁵.

Skargi indywidualne skierowane do Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka przeciwko Peru dotyczyły, podobnie jak w przypadku Uru-gwaju, użycia sił zbrojnych przez władze państwowe, jednakże ich przyczyną było zagrożenie ze strony ugrupowań terrorystycznych, między innymi grupy o nazwie Sendero Luminoso. Zarzuty dotyczą naruszeń gwarancji Konwencji na rzecz ochrony prawa do życia, zakazu tortur, prawa do wolności oraz praw procesowych.

W sprawie *Durant i Ugarte przeciwko Peru*³⁶, Trybunał uznał, że niezależnie od powagi działań i zawinienia sprawców niektórych przestępstw, nie do przyjęcia jest fakt, iż środki derogacyjne mogą być stosowane bez ograniczeń lub że państwo może uciekać się do stosowania wszelkich środków, aby osiągnąć swe cele. Działalność państwa podlega ocenie prawa oraz moralności i nie może się opierać na pogardzie dla ludzkiej godności³⁷.

Okoliczności sprawy *Loayza Tamayo przeciwko Peru*³⁸ kontekstualizowane są w czasie, gdy władze państwowe prowadziły praktykę stosowania tortur, okrutnego, nieludzkiego i poniżającego traktowania w stosunku do osób oskarżonych o współpracę z ugrupowaniami terrorystycznymi. W 1993 roku Maria Elena Loayza Tamayo została zatrzymana pod zarzutem współpracy z uzbrojoną grupą Sendero Luminoso. Następnie została przewieziona do aresztu, gdzie przebywała w odosobnieniu i nie była w stanie złożyć apelacji sądowej, aby zakwestionować jej zatrzymanie. Skazano ją w procesie zwykłej jurysdykcji sądowej na 20 lat pozbawienia wolności, wcześniej w toku procesu wojskowego została uniewinniona. Trybunał, powołując się na art. 27 ust. 2 AKPC uznał, że chociaż wolność osobista nie mieści się w katalogu praw niederogowalnych, to zakaz arbitralnego aresztowania, podobnie jak inne prawa mieszczące się w kategorii wolności osobistej, należą do katalogu praw, od których odstępstwo jest zakazane art. 27 ust. 2 AKPC³⁹. Zdaniem Trybunału, potrzeby prowadzenia dochodzeń i niezaprzeczalne trudności w zwalczaniu terroryzmu nie mogą pociągać za sobą ograniczeń w zakresie ochrony integralności fizycznej osoby⁴⁰.

Kamieniem milowym w orzecznictwie Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w odniesieniu do zakresu ochrony dziecka w sytuacji nadzwyczajnej, jest wyrok w sprawie *Gomez – Paquiyauri Brothers* przeciwko Peru z dnia 8 lipca 2004 roku.

Niniejsza sprawa była bowiem pierwszą sprawą międzynarodową dotyczącą ochrony dzieci w kontekście konfliktu zbrojnego, w której sąd międzynarodowy

³⁵ *Ibidem*, par. 51.

³⁶ I-A Court HR, sprawa *Durant i Ugarte przeciwko Peru*, wyrok z dnia 08.02.2018.

³⁷ *Ibidem*, par. 69–72.

³⁸ I-A Court HR, sprawa *Loayza Tamayo przeciwko Peru*, wyrok z dnia 07.01.2011.

³⁹ *Ibidem*, par. 50–54.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 57.

potwierdził niederogowalność praw dziecka orzekając, że zobowiązania państw wobec dzieci funkcjonują nawet w sytuacji wojny⁴¹.

W sprawie tej Trybunał przywołał art. 38 Konwencji o prawach dziecka, ustanawiający specjalne środki ochrony dla dzieci uwikłanych w konflikt zbrojny. Przypomniawszy również o obowiązku państw stosowania uregulowań międzynarodowego prawa humanitarnego, na czele z Konwencjami genewskimi z 1949 roku oraz Protokołami dodatkowymi. Trybunał zwrócił też uwagę, iż do kwestii brutalności policji oraz służb mundurowych wobec dzieci podczas konfliktu w Peru w 1991 roku odniósł się również Komitet Praw Dziecka ONZ.

O ile początkowa interpretacja pojęcia „małoletni” użyta w art. 19 AKPC może budzić wątpliwości, że Konwencja obejmuje tylko określoną kategorię wiekową dzieci, to stanowisko Trybunału wyrażone w omawianym orzeczeniu wyraźnie potwierdza, że przepis ten obejmuje wszystkie dzieci – w tym wypadku dwóch chłopców wieku 15 oraz 17 lat.

Zdaniem Trybunału, art. 19 AKPC kreuje obowiązek państw przyjęcia środków ochrony (*measures of protection*) odnoszących się do dzieci. Pojęcie to winno być interpretowane przy wzięciu pod uwagę pozostałych przepisów, bowiem „interpretacja traktatu musi brać pod uwagę nie tylko porozumienia i instrumenty powiązane z traktatem (art. 31 par. 2), ale również system, którego jest częścią (art. 1 par. 3)⁴².

Nie po raz pierwszy Trybunał Amerykański przypomniawszy zasady wykładni ustanowione w Konwencji genewskiej o prawie traktatów z 1969 roku. Zważył bowiem na fakt, iż zarówno Konwencja amerykańska, jak i KPD są częścią szeroko pojętego międzynarodowego *corpus iuris* ochrony praw dziecka⁴³. Zdaniem Trybunału, pojęcie „środki ochrony” użyte w art. 19 AKPC winno być interpretowane w świetle zobowiązań wynikających z KPD⁴⁴.

Podobne stanowisko zajął Trybunał w sprawie *Santa Barbara Compensino Community v. Peru*⁴⁵. Sprawa dotyczyła wymuszonego zaginięcia piętnastu osób, w tym siedmiorga dzieci w wieku od 8 miesięcy do 6 lat. Trybunał wyraźnie podkreślił Akt, iż w grupie tej znajdowały się dzieci wymagające zwiększonej troski i ochrony, a także po raz kolejny do oceny zakresu naruszeń wykorzystał wykładnię systemową, poszerzając zakres ochrony ujętej w art. 19 AKPC o postanowienia Konwencji o prawach dziecka.

W przeciwieństwie do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który w swym orzecznictwie na tle art. 15 EKPC w zasadzie nie dostrzega specyfiki

⁴¹ Zob. także: M.F. Tinta, *Legal consequences for torture in children cases: the Gomez Paquiyauri Brothers vs Peru case*, *Torture*, 2009, 9(2), s. 118–131; S.C.Grover, *The Torture of Children During Armed Conflicts: The ICC's Failure to Prosecute and the Negation of Children's Human Dignity*, Springer Science and Business Media, 2013.

⁴² IACHR, sprawa *Gomez-Paquiyaury Brothers v. Peru*, wyrok z dnia 8.07.2004, Series C, No.10, Par. 164.

⁴³ *Ibidem*, par. 166.

⁴⁴ *Ibidem*, par. 168.

⁴⁵ Zob. IACHR, Report No. 77/11, Sprawa *Santa Barbara Compensino Community v. Peru*, No. 10.932, wyrok z dnia 21.07.2011.

podmiotu, jakim jest „dziecko”⁴⁶, Trybunał Amerykański nie tylko wyraźnie akcentuje podmiotowość ofiar w przypadku, gdy jest to osoba niepełnoletnia, ale stwierdza wręcz, iż: *the fact that the alleged victims were children requires applying the highest standard in determining the seriousness of actions that violate their right to humane treatment*⁴⁷.

W kwestii zakresu interpretacji art. 27 ust. 2 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, warto zwrócić uwagę zwłaszcza na dwie Opinie Doradcze Trybunału, mianowicie chodzi o opinię w kwestii *Judicial Guarantees in States of Emergency (Arts. (2)(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights)*⁴⁸ oraz wspomnianą już opinię w kwestii *Habeas Corpus in Emergency Situations (arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights)*⁴⁹.

Powyższe Opinie Doradcze Trybunału mają w zasadzie wąski zakres z uwagi na fakt, iż w obu przypadkach Trybunał związany był zakresem pytań skierowanych przez rząd Urugwaju. Niemniej jednak skorzystał z okazji wyprowadzenia kilku istotnych wniosków co do zakresu środków derogacyjnych oraz ich właściwego stosowania przez państwa.

Trybunał przypominał, że historia polityczna Ameryki Łacińskiej pokazuje, iż w wyjątkowych lub nadzwyczajnych sytuacjach szczególnie poważne są naruszenia gwarancji sądowych właśnie ze względu na ochronę praw, których nie można derogować⁵⁰.

Zdaniem Trybunału, ogłoszenie stanu wyjątkowego – niezależnie od jego zakresu bądź nazwy w prawie wewnętrznym – nie może pociągać za sobą represji ani nieefektywności gwarancji sądowych, które są ustanowione na mocy Konwencji w celu ochrony praw nie podlegających derogacji⁵¹. Ponadto, jakiegokolwiek działania władz publicznych, które wykraczają poza granice precyzyjnie określone w akcie ogłoszenia stanu wyjątkowego, byłyby niezgodne z prawem⁵². Wynika to z faktu, iż w społeczeństwie demokratycznym prawa i wolności związane z osobą ludzką, gwarancje mające do nich zastosowanie oraz zasady prawa tworzą triadę. Każdy komponent definiuje siebie, uzupełnia oraz nabiera znaczenia w zależności od pozostałych⁵³.

Dwie Opinie Doradcze Trybunału zostały bezpośrednio poświęcone prawom dziecka. Pierwsza z nich, z roku 2002, dotyczy sytuacji prawnej dziecka

⁴⁶ Zob. więcej: M. Andrzejczak-Świątek, *op.cit.*, s. 238–239.

⁴⁷ Zob. sprawa *Gomez-Paquiyaury Brothers v. Peru*, *op.cit.*, par. 170.

⁴⁸ I-A Court HR, *Advisory Opinion* OC-9/87, 06.09.1987. Series A No.9.

⁴⁹ I-A Court HR, *Advisory Opinion* OC-8-87, 30.01.1987, *op.cit.*

⁵⁰ Por. także: R. E. Norris, P.D. Reiton, *The Suspension of Guarantees: a Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitution of the States Parties*, 30 Am.U.L.Rev.189 (1980–1981). Autorzy wskazują, iż w przypadku większości państw–stron Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka przepisy konstytucyjne odnoszące się do możliwości derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka i wprowadzenia stanu nadzwyczajnego nie korelowały ze standardem Konwencji.

⁵¹ I-A Court HR, *Advisory Opinion* OC-8-87, 30.01.1987, *op.cit.*, par. 25.

⁵² I-A Court HR, *Advisory Opinion* OC-9/87, par. 38.

⁵³ *Ibidem*, par. 26.

w kontekście praw człowieka⁵⁴, druga, z 2014 roku, jest wynikiem zapytania skierowanego przez rządy Argentyny, Brazylii, Paragwaju oraz Urugwaju w kwestii praw i gwarancji na rzecz dzieci w kontekście migracji i/oraz w potrzebie międzynarodowej ochrony⁵⁵. Obie zasługują na uwagę ze względu na specyficzne – jak na międzynarodowy organ orzeczniczy – podejście do interpretacji praw dziecka. Przede wszystkim, Trybunał Amerykański w dużo większym stopniu niż Trybunał Europejski dostrzega potrzebę holistycznej wykładni praw dziecka, traktuje prawa dziecka systemowo, wskazując, iż dziecko jest z jednej strony beneficjentem wszystkich praw człowieka, z drugiej strony wymaga szczególnej troski i ochrony, zawartej w instrumentach prawnych poświęconych dzieciom.

Niezwykle istotnym faktem, z punktu widzenia ochrony praw dziecka w sytuacjach nadzwyczajnych, jest również niespotykana w przypadku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, bardzo wnikliwa analiza *General Comment* Komitetu Praw Dziecka ONZ i wykorzystanie wykładni przepisów Konwencji o prawach dziecka poczynionej przez Komitet do zinterpretowania zakresu praw przysługujących dziecku w świetle Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka. Tym samym, Trybunał Amerykański niejednokrotnie przyjmuje stanowisko, iż Uwagi Ogólne Komitetu winny być traktowane jako prawo wiążące fundamentalne w kwestii interpretacji zakresu i treści gwarancje na rzecz dziecka – także w sytuacji nadzwyczajnej, z racji niederogowalności praw dziecka⁵⁶.

Podsumowanie

Pomimo odmienności w swej treści od pozostałych funkcjonujących w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka klauzul derogacyjnych, klauzula zawarta w art. 27 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka nie zawiera węższego zakresu gwarancji ochronnych w sytuacjach nadzwyczajnych.

W przeciwieństwie do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Konwencja amerykańska wprost włącza prawa dziecka i prawa rodziny do katalogu praw niederogowalnych. Jest to olbrzymi krok w kierunku jednoznacznej interpretacji zakresu praw dziecka w sytuacji nadzwyczajnej.

Ponadto, na szczególne uznanie zasługuje orzecznictwo Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, który zarówno w swych Opiniach Doradczych, jak również przy okazji rozpatrywania skarg indywidualnych, wyraźnie wskazuje, iż właściwym kierunkiem interpretacji art. 27 Konwencji amerykańskiej jest ten przedstawiony przez Komitet Praw Człowieka ONZ na tle art. 4 Paktu

⁵⁴ I-A Court HR, *Advisory Opinion* OC-17/02, 28.08.2002, *Juridical Condition and Human Rights of the Child*.

⁵⁵ I-A Court HR, *Advisory Opinion*, OC-21/14, 19.08.2014, *Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*.

⁵⁶ Por. m.in. I-A Court HR, *Advisory Opinion* OC-17/02, 28.08.2002, par. 51, 52, 88, 89, 100; I-A Court HR, *Advisory Opinion*, OC-21/14, 19.08.2014, par. 49, 57, 66, 69, 70, 80, 81, 84, 88, 90-92, 101, 104, 105, 115, 117.

Praw Politycznych i Obywatelskich oraz że mimo różnic w treści obu klauzul derogacyjnych, ich zakres, funkcja oraz wykładnia powinny być tożsame.

Pozytywnie, z perspektywy ochrony praw dziecka w sytuacji nadzwyczajnej, należy ocenić te orzeczenia Międzyamerykańskiego Trybunału, w których nie tylko podkreśla on bezwzględny zakaz derogacji praw dziecka, dostrzegając szczególną podmiotowość dziecka–ofiary naruszeń praw człowieka, ale również odwołuje się w swej wykładni zakresu naruszeń do Konwencji o prawach dziecka oraz – co jest niezwykle rzadkie w przypadku międzynarodowych organów orzeczniczych – do Uwag Ogólnych Komitetu Praw Dziecka ONZ, uznając tym samym wykładnię Konwencji poczynioną przez Komitet za wiążącą.

Pozytywne spostrzeżenia co do zakresu ochrony praw dziecka w sytuacjach nadzwyczajnych oraz ich derogowalności na tle amerykańskiego systemu ochrony praw człowieka osłabia jedynie fakt ograniczonego działania Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka i zasięgu Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka oraz braku jednolitego systemu regionalnego, obejmującego ochronę praw dziecka w państwach obu Ameryk.

LEGAL AND INTERNATIONAL ASPECTS OF THE APPLICATION OF A DEROGATION CLAUSE IN THE AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION WITH PARTICULAR EMPHASIS ON THE ISSUE OF DEROGATIONS OF CHILDREN'S RIGHTS

Key words: derogation, extraordinary situation, children's rights, human rights, inter-american system of the protection of human rights

Abstract

Issues of the scope and positive obligations for States Parties of the American Convention on Human Rights against the background of the derogation clause contained in its art. 27 for several reasons is extremely important for a proper understanding of the nature of the institution of derogation. First of all, the "American" derogation clause differs in its content from similar clauses appearing in other treaties of international human rights protection, therefore it is important to analyze the case law of the Inter-American Court of Human Rights in the context of individual complaints regarding the application of derogatory measures.

The key issue raised in this article is the aspect of derogation of children's rights in the American system of human rights protection. The American Convention on Human Rights refers directly to the protection of children's rights and family rights in an emergency situation. In addition, the interpretation made by the Inter-American Court of Human Rights allows us to draw in this matter interesting proposals in the field of guarantees for children in extraordinary situations, often different from interpretations made in the course of considering similar complaints by the European Court of Human Rights.

Bibliografia

- Andrzejczak-Świątek M., *Ochrona praw dziecka w sytuacjach nadzwyczajnych*, Warszawa 2016;
- Bowers A.A., Kaufman N.H. (red.), *Implementing the U.N. Convention on the Rights of the Child. A Standard of Living Adequate or Development*, Westport, 1999;
- Gilbert N., Parton N., Skivenes M. (red.), *Child Protection Systems: International Trends and Orientation*, Oxford, 2011.
- Henckaerts J-M., *Studium poświęcone zwyczajowemu prawu międzynarodowemu humanitar-nemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczącego konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2005;
- McGoldrick D., *The interface between public emergency powers and international law*, [w:] *International Journal of Constitutional Law*, 2004, t. 2, nr 2,
- Michalska A., *Niebezpieczeństwo publiczne, które zagraża życiu narodu*, [w:] T. Jasudowicz, (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, Toruń 99;
- Norris R.E., Reiton P.D., *The Suspension of Guarantees: a Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitution of the States Parties*, 30 *Am.U.L.Rev.* 189 (1980–1981).
- Tinta M.F., *Legal consequences for torture in children cases: the Gomez Paquilyauri Brothers vs Peru case*, *Torture*, 2009, 9(2), s. 118–131; S.C.Grover, *The Torture of Children During Armed Conflicts: The ICC's Failure to Prosecute and the Negation of Children's Human Dignity*, Springer Science and Business Media, 2013.

GRAŻYNA BARANOWSKA
Instytut Nauk Prawnych PAN*

Osoby zaginione w Kosowie a ONZ – rozważania na tle działalności Komisji Doradczej ds. Praw Człowieka**

Słowa kluczowe: wymuszone zaginięcia, Kosowo, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Komisja Doradcza ds. Praw Człowieka

W latach 1998–2000 w związku z konfliktem zbrojnym oraz operacją woj-skową NATO doszło w Kosowie do ponad 5000 zaginięć¹. Osoby te nie ginęły przypadkowo, lecz były pozbawiane wolności przez siły policyjne i jednostki paramilitarne. W wypadku tego typu zaginięcia, w trudnej sytuacji znajduje się nie tylko osoba, która zostaje pozbawiona wolności oraz ochrony prawnej, ale także członkowie jej rodziny, którzy cierpią z powodu niepewności losu swoich

*Badania nad artykułem zostały sfinansowane z dotacji celowej z Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego pt. *Mechanizmy funkcjonujące w obszarze wymuszonych zaginięć, przykład Europy*, oraz z projektu “Memory Laws in European and Comparative Perspective (MELA)”. This project has received funding from the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme under grant agreement No 649307. The project “Memory Laws in European and Comparative Perspective” is financially supported by the HERA Joint Research Programme (www.heranet.info) which is co-funded by AHRC, AKA, BMBF via DLR-PT, CAS, CNR, DASTI, ETag, FWF, F.R.S. – FNRS, FWO, FCT, FNR, HAZU, IRC, LMT, MIZS, MINECO, NWO, NCN, RANNÍS, RCN, SNF, VIAA, VR and the European Commission through Horizon 2020.

**Chciałabym podziękować Markowi A. Nowickiemu za udostępnione materiały i uwagi do tekstu.

¹ Liczba osób zaginionych różni się w zależności od źródła oraz od przyjętych kryteriów, np. Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża zarejestrował 6024 przypadków zaginięć (International Committee of the Red Cross, Restoring Family Links in Kosovo, <http://familylinks.icrc.org/kosovo/en/Pages/background-information.aspx>), z kolei raport Amnesty International mówi o ponad 3000 wymuszonych zaginięciach przypisanych serbskiej policji oraz o około 1000 uprowadzeń (Amnesty International, *Burying the Past: 10 Years of Impunity for Enforced Disappearances and Abductions in Kosovo* (2009), http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/30F19306EE57BE-AF852575D10059E601-Full_Report.pdf). W artykule posługuję się liczbami podanymi przez Valérie Brasey, która pracowała nad kwestią osób zaginionych dla Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża, UNMIK oraz EULEX; V. Brasey, *The forensic-led approach to the missing persons issue in Kosovo*, “Politorbis” 2010, nr 50–3, s. 162.

krewnych². Dlatego też w rozumieniu międzynarodowego prawa praw człowieka bliscy osoby zaginionej są również ofiarami wymuszonych zaginięć³. Wykazano również, iż duża liczba zaginionych osób utrudnia proces pojednania i jest przeszkodą w procesach demokratyzacyjnych, a rozwiązanie ich losu wpływa pozytywnie na wprowadzanie rządów prawa⁴.

W Kosowie za rozwiązanie kwestii zaginięć odpowiadała Misja Tymczasowej Administracji Organizacji Narodów Zjednoczonych (ang. *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*, dalej UNMIK), która między 1999 a 2008 r. pełniła w Kosowie podstawowe funkcje administracyjne. W związku z tym, że zarzucano jej naruszanie licznych praw człowieka – również w zakresie prowadzenia dochodzeń w sprawie zaginięć, powołano w 2006 r. Komisję Doradczą ds. Praw Człowieka w Kosowie (ang. *Human Rights Advisory Panel*, dalej Komisja Doradcza), która rozpatrywała skargi dotyczące naruszeń praw człowieka popełnianych przez lub przypisywanych UNMIK.

Poniższy artykuł analizuje, w jaki sposób Komisja Doradcza rozpatrywała skargi dotyczące zaginięć. Najpierw zostanie przedstawiony pokrótce kontekst, w jakim doszło do zaginięć w Kosowie oraz charakter prawny i sposób funkcjonowania Komisji Doradczej. Następna część poświęcona jest zaginięciom w opiniach Komisji Doradczej. Organ ten stosował przede wszystkim Europejską Konwencję Praw Człowieka (dalej: EKPCz). Dlatego w kolejnej części artykułu przeanalizowano podobieństwa i różnice w opiniach Komisji Doradczej i orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) w kwestii wymuszonych zaginięć. Piąta część artykułu dotyczy wykonywania opinii Komisji Doradczej, a ostatnia zawiera wnioski.

1. Zaginięcia w Kosowie

Rozpad Jugosławii ujawnił konflikty między poszczególnymi grupami etnicznymi zamieszkującymi ten kraj. Centralizacja powstałego w jej miejscu państwa, skupiającego republiki Serbii i Czarnogóry, spowodowała dalsze pogorszenie stosunków między Serbami a Albańczykami zamieszkującymi

² P. Boss, *Ambiguous loss research, theory and practice: reflections after 9/11*, "Journal of Marriage and Family" 66 (2004), s. 553; S. Robins, *Families of the missing. A test for contemporary approaches to transitional justice*, Nowy Jork, 2014, s. 45; zob. również M. Blaauw, V. Lähteenäki, 'Denial and silence' or 'acknowledgment and disclosure', "International Review of the Red Cross" 2002, nr 848, s. 767–783; M. Crettol, A. M. La Rosa, *The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity*, "International Review of the Red Cross" 2006, nr 862, s. 355–362.

³ Art. 24 ust. 1 Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem. Podpisana 20 grudnia 2006 r., weszła w życie 23 grudnia 2010 r. Polska podpisała ją 25 czerwca 2013 r., niemniej nie została ona jeszcze ratyfikowana (stan na czerwiec 2017 r.).

⁴ J. Sarkin, *The need to deal with all missing persons including those missing as a result of armed conflict, disaster, migration, human trafficking and human rights violations (including enforced disappearances) in international and domestic law and processes*, "Inter-American and European Human Rights Journal", Vol. 1, 2015, s. 138–139.

Kosowo; dochodziło najpierw do niepokojów i zamachów, a następnie do wojny partyzanckiej. W następstwie tych wydarzeń 24 marca 1999 r. rozpoczęła się operacja wojskowa NATO w Kosowie, która zakończyła się 9 czerwca 1999 r., wraz z podpisaniem porozumienia o wycofaniu się wojsk serbskich z Kosowa⁵.

W latach 1998 i 1999 doszło do ponad 5000 zaginięć. W okresie poprzedzającym operację wojskową NATO zaginęło powyżej 500 osób, w trakcie działań NATO prawie 3500, a po ich zakończeniu około 1000. Przed operacją wojskową NATO ginęli przede wszystkim kosowscy Albańczycy, podczas gdy po zakończeniu działań, ofiarami była głównie ludność niealbańska, tj. Serbowie, ale również członkowie innych społeczności zamieszkujących Kosowo – Romowie, Bośniacy i inni. W większość zaginięć kosowskich Albańczyków zaangażowane było serbskie wojsko lub serbskie organizacje paramilitarne, podczas gdy Armia Wyzwolenia Kosowa odpowiadała za znaczną część zaginięć osób innych etniczności⁶. Ponadto członkom tej organizacji przypisuje się również porwania i zabójstwa Albańczyków, którzy zostali przez nią uznani za zbyt uległych wobec Serbii, lub też nie popierali jej działań⁷. W raporcie Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy podkreślono, że zważając na niewielką populację Kosowa, liczba osób zaginionych jest niezwykle wysoka⁸.

Wykazano, że część osób zaginionych w latach 1998–2000 została przewieziona do Serbii⁹ oraz więzion w Albanii¹⁰. Nie ulega wątpliwości, że te zaginięcia zostały dokonane przy zaangażowaniu państwa, a zatem mieszczą się w definicji wymuszonych zaginięć. Również te zaginięcia, które zostały dokonane przez serbskie siły policyjne przed i w trakcie operacji NATO z pewnością wchodzą w zakres definicji konwencyjnej.

Po oficjalnym zakończeniu operacji NATO, na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ z 10 czerwca 1999 r. została powołana UNMIK, której mandat obejmował pełnienie podstawowych funkcji administracyjnych¹¹. W pierwszych latach po zaginięciach to właśnie jednostki UNMIK miały kompetencje do przeprowadzenia dochodzeń, poszukiwania osób zaginionych oraz ustalania ich losu. W 2008 r. znaczną część działalności przejęła misja policyjna Unii Europejskiej (EULEX)¹². Zarówno UNMIK, jak i EULEX są wciąż obecne

⁵ D. Gibas-Krzak, *Serbsko-albański konflikt o Kosowo w XX wieku*, Toruń 2009.

⁶ V. Brasey, *The forensic-led...*, s. 162.

⁷ Raport Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, „Inhuman Treatment of People and Illicit Trafficking in Human Organs in Kosovo”, Doc. AS/Jur (2010), 12 grudnia 2010, par. 10–11.

⁸ *Ibidem*, par. 12.

⁹ Raport Grupy Roboczej ds. Wymuszonych i Przymusowych Zaginięć z Misji do Serbii, w tym do Kosowa. A/HRC/30/38/Add.1, 17 Sierpnia 2015 r., par. 22.

¹⁰ Raport Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, „Inhuman Treatment of People and Illicit Trafficking in Human Organs in Kosovo”, Doc. AS/Jur (2010), 12 grudnia 2010, par. 129–136. Zgodnie z raportem, te zaginięcia mieszczą się w definicji „wymuszonych zaginięć” (par. 137).

¹¹ Rezolucja 1244 Rady Bezpieczeństwa ONZ z dnia 10 czerwca 1999 r.

¹² EULEX Kosowo, Wspólne Działanie Rady 2008/124/WPZiB z dnia 4 lutego 2008 r. w sprawie misji UE w zakresie praworządności w Kosowie.

w Kosowie, niemniej – co ważne w kontekście badanej tematyki – władze lokalne przejęły odpowiedzialność w 2012 r.

Wśród głównych zadań UNMIK rezolucja Rady Bezpieczeństwa wymieniła „ochronę i promocję praw człowieka”¹³. Ponadto zgodnie z regulacjami przyjętymi przez UNMIK, osoby pełniące funkcje publiczne lub sprawujące urzędy publiczne mają przestrzegać międzynarodowych standardów praw człowieka¹⁴. Rzecznik Praw Obywatelskich Kosowa wielokrotnie podkreślał, że tymczasowa administracja faktycznie funkcjonuje jak „państwo zastępcze” (ang. *surrogate state*) i że w związku z tym UNMIK jest zobowiązana nie tylko do przestrzegania międzynarodowych standardów praw człowieka, ale także do ich wdrażania¹⁵.

Nie ma zatem żadnych wątpliwości co do tego, że władze UNMIK były zobowiązane do ochrony praw człowieka w Kosowie. Jednocześnie nie istniały skuteczne międzynarodowe mechanizmy, umożliwiające kontrolę UNMIK¹⁶. Dlatego też Komisja Wenecka w swojej opinii z 2004 r. stwierdziła, że korzystne byłoby ustanowienie niezależnego organu, badającego skargi osób podnoszących, że ich podstawowe prawa i wolności zostały naruszone przez UNMIK¹⁷. Ponieważ jednak powstanie takiego sądu wymagałoby dłuższego czasu, rozwiązaniem krótkoterminowym miało być powołanie niezależnego organu o charakterze w istocie quasi-sądowniczym¹⁸. W marcu 2006 r. została powołana Komisja Doradcza ds. Praw Człowieka w Kosowie (ang. *Human Rights Advisory Panel*), która faktycznie ukonstytuowała się pod koniec 2007 r., a jej ostatnia sesja odbyła się w czerwcu 2016 r.

Zadaniem Komisji Doradczej było rozpatrywanie zarzucanych UNMIK naruszeń praw człowieka. Skarżący przed Komisją Doradczą mogli się powoływać na prawa zawarte w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, EKPCz oraz

¹³ Rezolucja 1244 Rady Bezpieczeństwa ONZ z dnia 10 czerwca 1999 r., par 11j.

¹⁴ Regulacja 1999/1 UNMIK z dnia 25 lipca 1999 r. dotycząca Administracji Tymczasowej w Kosowie. Zob. również Regulacje 1999/24 UNMIK z dnia 12 grudnia 1999 r. dotyczące prawa obowiązującego w Kosowie.

¹⁵ Rzecznik Praw Obywatelskich Kosowa, Raport Specjalny nr 2 dotyczący niektórych aspektów Regulacji 2000/59 UNMIK zmieniającej Regulację 1999/24 UNMIK dotyczące prawa obowiązującego w Kosowie, par. 7 i 11. Więcej na temat atrybucji odpowiedzialności organizacjom międzynarodowym, zob. A. Czaplicka, *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych jako element uniwersalnego systemu odpowiedzialności międzynarodowoprawnej*, Łódź 2014, w szczególności s. 73–112.

¹⁶ Powołany w 2000 r. międzynarodowy rzecznik praw człowieka (ang. *ombudsperson*) nie mógł wydawać wiążących decyzji, mógł jedynie udzielać porad i rekomendacji; Komisja Doradcza ds. Praw Człowieka. Historia i dorobek. Kosowo, 2007–2016, Sprawozdanie końcowe, par. 15–21 (dalej: Sprawozdanie końcowe Komisji Doradczej).

¹⁷ Opinia Komisji Weneckiej nr 280/2004 na temat praw człowieka w Kosowie: możliwość ustanowienia mechanizmów badawczych z 11 października 2004 r., par. 115–124. Na temat procesu, który doprowadził do powołania Komisji Doradczej, zob. np. M. Nowak, *Enforced Disappearances in Kosovo: Human Rights Advisory Panel holds UNMIK accountable*, „European Human Rights Law Review” 2013, nr 3, s. 276–281; C. Chinkin, *The Kosovo Human Rights Advisory Panel*, „International Law Meetings Summary, Chatham House”, London 2012, s. 3–5.

¹⁸ M. A. Nowicki, *Stosowanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka poza mechanizmem strasburskim – przykład Kosowa pod administracją ONZ*, „Palestra. Pismo Adwokatury Polskiej”, e.Palestra, 2016, poz. 1/A, s. 18–19.

sześciu uniwersalnych konwencjach z dziedziny praw człowieka¹⁹. W praktyce Komisja Doradcza stosowała przede wszystkim EKPCz²⁰.

Skarżący mogli składać skargi dotyczące naruszeń praw człowieka, do których doszło na terytorium Kosowa między 23 kwietnia 2005 r. a 9 grudnia 2008 r., kiedy to odpowiedzialność od UNMIK przejęła EULEX²¹. Ponadto naruszenia mogły wynikać z wydarzeń, do których doszło przed 23 kwietnia 2005 r., lecz stanowiły naruszenia ciągłe²². Powołując się na orzecznictwo ETPCz²³ Komisja Doradcza stwierdziła, że obowiązek przeprowadzenia dochodzenia w sprawach dotyczących zaginięć ma charakter ciągły i w związku z tym skargi dotyczące zaginięć z lat 1998–2000 spełniają warunek dopuszczalności *ratione temporis*²⁴.

Komisja Doradcza najpierw stwierdzała dopuszczalność skargi i przekazywała te „decyzje” Specjalnemu Przedstawicielowi Sekretarza Generalnego ONZ w Kosowie²⁵ (dalej: Specjalny Przedstawiciel), który odnosił się do niej w imieniu UNMIK²⁶. Łącznie zostało złożonych 527 skarg, z czego Komisja Doradcza uznała za dopuszczalne 355²⁷, co stanowi ponad 67% wszystkich skarg i jest bardzo wysokim wskaźnikiem dla organu międzynarodowego. Następnie skarga była badana merytorycznie i Komisja Doradcza przedkładała w formie „opinii” Specjalnemu Przedstawicielowi „ustalenia” (ang. *findings*) – czy doszło do naruszenia praw człowieka – oraz jeśli było to konieczne, „zalecenia” (ang. *recommendations*). Co istotne, opinie miały charakter doradczy i do Specjalnego Przedstawiciela należało podejmowanie decyzji, czy realizować zalecenia

¹⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych; Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych; Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej; Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet; Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur; Konwencja o prawach dziecka (Regulacja UNMIK nr 2006/12, par. 1.2).

²⁰ Zob. Sprawozdanie końcowe Komisji Doradczej, 2016, wstęp; par. 24.

²¹ EULEX Kosowo, Wspólne Działanie Rady 2008/124/WPZiB z dnia 4 lutego 2008 r. w sprawie misji UE w zakresie praworządności w Kosowie.

²² Regulacja UNMIK nr 2006/12, par. 2. Na temat innych warunków dopuszczalności zobacz par. 3, 10 i 11.2 przywołanej regulacji.

²³ Opinia Komisji Doradczej z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie 02/09 *S.C. przeciwko UNMIK*, par. 55, 83. Komisja Doradcza powołała się w szczególności na wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 18 września 2009 r. w sprawach 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90 *Varnava i inni przeciwko Turcji*, wyrok ETPCz z dnia 10 maja 2001 r. w sprawie 25781/94 *Cypr przeciwko Turcji* oraz Wyrok ETPCz z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie 4704/04 *Palić przeciwko Bośni i Hercegowinie*.

²⁴ Komisja Doradcza nie traktuje oddzielnie obowiązku przeprowadzenia skutecznego dochodzenia umożliwiającego ustalenie losu i miejsca pobytu zaginionej osoby oraz obowiązku przeprowadzenia dochodzenia umożliwiającego identyfikację, czy zaginięcie było bezprawne i prowadzące do identyfikacji i ukarania sprawców – oba obowiązki są traktowane jako jedno zobowiązanie o charakterze ciągłym; por. Decyzja Komisji Doradczej z dnia 6 kwietnia 2012 r. dotycząca dopuszczalności w sprawie 246/09 *Stefan Simović przeciwko UNMIK*, par. 18.

²⁵ Przewodzi on Misji Tymczasowej Administracji Organizacji Narodów Zjednoczonych w Kosowie. Jest to stanowisko utworzone na mocy Rezolucji 1244 Rady Bezpieczeństwa ONZ, z dnia 10 czerwca 1999 r., par. 6.

²⁶ Regulacja UNMIK nr 2006/12, par. 11.3 oraz 15.1.

²⁷ Sprawozdanie końcowe Komisji Doradczej, aneks G.

Komisji Doradczej, przy czym decyzje te miały być bezzwłocznie publikowane z zapewnieniem szerokiej dostępności²⁸.

W polskojęzycznej literaturze przedmiotu, ang. *Human Rights Advisory Panel* stosowane jest zarówno tłumaczenie Komisja Doradcza ds. Praw Człowieka, jak i Panel Doradczy Praw Człowieka²⁹. „Panel” może kojarzyć się bardziej z dyskusją niż z rozpatrywaniem skarg, a Komisja Wenecka w swojej opinii dotyczącej praw człowieka w Kosowie wezwała UNMIK do ustanowienia ang. *Advisory Panel* precyzując, iż organ ten miałby być odpowiedzialny za rozpatrywanie skarg indywidualnych³⁰. Dlatego też w artykule stosowany jest termin Komisja Doradcza.

2. Zaginięcia w opiniach Komisji Doradczej ds. Praw Człowieka

Wśród 355 skarg uznanych za dopuszczalne, 248 odnosiło się do osób zamordowanych i zaginionych. Poza pięcioma skargami, wszystkie z nich zostały złożone przez kosowskich Serbów. Komisja Doradcza stwierdziła naruszenie art. 2 EKPCz (prawo do życia) w 233 z owych 248 skarg³¹. Ponadto Komisja Doradcza rozpatrywała w 178 z nich kwestie naruszenia art. 3 EKPCz (zakaz tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania) wobec bliskich osób zaginionych i stwierdziła jego naruszenie w 163 przypadkach³².

W międzynarodowym prawie praw człowieka zjawisko „wymuszonych zaginięć” (ang. *enforced disappearance*) zostało zdefiniowane jako „zatrzymanie, aresztowanie, uprowadzenie lub jakąkolwiek inną formę pozbawienia osoby wolności, dokonane przez przedstawicieli Państwa albo przez osoby lub grupy osób działające z upoważnieniem, pomocą lub milczącą zgodą Państwa, po którym następuje odmowa przyznania faktu pozbawienia wolności lub ukrywanie losów bądź miejsca pobytu takiej osoby, co powoduje, że znajduje się ona poza ochroną prawa”³³. Zatem aby zdarzenie zostało uznane za wymuszone

²⁸ Regulacja UNMIK nr 2006/12, par. 1.3; 17.

²⁹ M. Balcerzak, *Odpowiedzialność Misji Tymczasowej Administracji ONZ w Kosowie za naruszenia praw człowieka. Uwagi na tle działalności Panelu Doradczego ds. Praw Człowieka*, [w:] *Globalne problemy ochrony praw człowieka*, red. E. Karska, Warszawa 2015, s. 277–296; M. A. Nowicki, *Słownik Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Angielsko-francusko-polski*, Warszawa 2009.

³⁰ “[...] *This could be done through the setting up of an independent Advisory Panel which would be competent to examine any complaint lodged by any person claiming that his fundamental rights and freedoms have been breached by any laws, regulations, decisions, acts and failures to act emanating from UNMIK [...]*”, par. 115, Opinia Komisji Weneckiej nr 280/2004, przy czym ważne jest określenie “advisory”, które w sposób jasny przedstawia iż zalecenia tego organu nie mają charakteru wiążącego.

³¹ Sprawozdanie końcowe Komisji Doradczej, par. 158–159.

³² Sprawozdanie końcowe Komisji Doradczej, par. 182.

³³ Art. 2 Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem. Więcej na temat wymuszonych zaginięć i Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonych

zaginienie w rozumieniu międzynarodowego prawa praw człowieka, konieczne jest zaangażowanie państwa, a przynajmniej jego milcząca zgoda. Międzynarodowe prawo karne rozszerza definicje również na takie zaginięcia, za które odpowiedzialność ponosi organizacja polityczna³⁴, niemniej żadna istniejąca obecnie definicja nie przewiduje możliwości przypisania odpowiedzialności za wymuszone zaginięcie misji organizacji międzynarodowej.

UNMIK z pewnością nie odpowiadała za dokonywanie wymuszonych zaginięć – nie zarzucono tego również w skargach. Podstawą zarzutów dotyczących zaginięć było niewłaściwie przeprowadzanie dochodzeń w sprawie zgłaszanych zaginięć. Nie ulega wątpliwości, że UNMIK pełniła po czerwcu 1999 r. w Kosowie podstawowe funkcje administracyjne i była odpowiedzialna za utrzymywanie porządku i bezpieczeństwa. Zatem do UNMIK należało prowadzenie dochodzeń w związku z wymuszonymi zaginięciami, ekshumacji i identyfikacji szczątków, a także wszczęcie postępowań karnych przeciwko sprawcom³⁵.

Komisja Doradcza rozpatrując skargi powoływała się na orzecznictwo ETPCz, Komitetu Praw Człowieka oraz Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące wymuszonych zaginięć, a także przywoływała postanowienia Deklaracji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem oraz Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem, w szczególności w kontekście obowiązku badania zaginięć³⁶. Jednocześnie Komisja Doradcza nie odniosła się do kwestii przypisania odpowiedzialności za wymuszone zaginięcia misji organizacji międzyrządowej. Niemniej z orzecznictwa Komisji Doradczej wynika, że UNMIK ponosi odpowiedzialność za brak przeprowadzenia skutecznych dochodzeń w sprawach wymuszonych zaginięć.

zaginieniem: G. Citroni, T. Scovazzi, *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden 2007; M. L. Vermeulen, *Enforced Disappearance, Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Utrecht 2012; w polskojęzycznej literaturze: P. Domagała, *Międzynarodowa Konwencja ONZ w sprawie ochrony wszelkich osób przed wymuszonym zaginięciem. Perspektywa polska*, Warszawa 2017; G. Baranowska, *Wymuszone zaginięcia w Europie. Kształtowanie się międzynarodowych standardów zapobiegania i egzekwowania odpowiedzialności państw*, Warszawa 2017; A. Szpak, *Wymuszone zaginięcia. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2009.

³⁴ Zob. Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, art. 7; por. również C. Hall, *Article 7. Crimes against humanity*, O. Triffterer (red.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Note, Article by Article*, Baden-Baden 1999, s. 117–172. W międzynarodowym prawie humanitarnym zjawisko wymuszonych zaginięć nie występuje pod tą samą nazwą. W prawie humanitarnym używany jest jednak termin „osoby zaginione” (ang. *missing persons*), którym – choć nie ma jednej przyjętej definicji tego pojęcia – najczęściej obejmuje się osoby, które zginęły w wyniku konfliktu zbrojnego. Zob. np. ICRC, *Accompanying the Families of Missing Persons. A practical handbook*, Geneva 2013, s. 16.

³⁵ Por. również: M. Nowak, *Enforced Disappearances...*, s. 279; Amnesty International *Kosovo: UNMIK's legacy. The failure to deliver justice and reparation to the relatives of the abducted*, Londyn 2013.

³⁶ Opinia Komisji Doradczej z dnia 1 lutego 2013 r. w sprawie 52/09 *B.A. przeciwko UNMIK*, par. 54; Opinia Komisji Doradczej z dnia 25 lutego 2013 r. w sprawie 46/08 *Snežana Zdravković przeciwko UNMIK*, par. 99.

3. Opinie Komisji Doradczej a orzecznictwo ETPCz w sprawie wymuszonych zaginięć

Rozstrzygając analizowane skargi, Komisja Doradcza odwoływała się w szczególności do orzecznictwa ETPCz. Jednocześnie podkreślała, że między skargami wniesionymi do niej i do ETPCz występują istotne różnice. Po pierwsze, skargi są składane nie przeciwko państwu, a przeciwko tymczasowej administracji. Po drugie, za zaginięcia we wszystkich sprawach przed Komisją Doradczą są odpowiedzialne podmioty niepaństwowe, podczas gdy w postępowaniach przed ETPCz dotyczyło to niewielkiej liczby spraw³⁷. Mimo tych różnic, opinie Komisji Doradczej dotyczące wymuszonych zaginięć były bardzo zbliżone do orzecznictwa ETPCz.

Komisja Doradcza – podobnie jak ETPCz – interpretowała obowiązki proceduralne wynikające z art. 2 EKPCz³⁸. Również do kwestii interpretacji rozkładu ciężaru dowodu Komisja Doradcza podeszła w taki sam sposób, jak ETPCz: jeśli skarżący w sprawie dotyczącej wymuszonych zaginięć wykaże istnienie wystarczających podstaw faktycznych, to dochodzi do odwrócenia ciężaru dowodu³⁹. Jest to niezwykle ważna konstrukcja w tego typu sprawach, ponieważ naruszenie to jest trudna do udowodnienia. Gdy UNMIK nie przekazywała Komisji Doradczej dokumentów, o które ta się zwracała, stwierdzano, iż wobec takiego zachowania strony i braku jego należytego uzasadnienia należy wyciągnąć odpowiednie wnioski⁴⁰. Choć taka linia orzecznicza została wypracowana przez ETPCz w odniesieniu do państw, których funkcjonariusze mogli być zaangażowani w samo dokonanie wymuszonego zaginięcia – co z pewnością nie odnosi się do UNMIK – to Komisja Doradcza stwierdziła, że może zastosować zasadę, iż z braku dokumentacji wyciąga się „silne wnioski”, ponieważ dokumentacja znajdowała się pod wyłączną kontrolą UNMIK⁴¹.

Podobnie też jak ETPCz, Komisja Doradcza nie uznaje, iż bliscy osoby zaginionej są *per se* ofiarami naruszenia art. 3 EKPCz, lecz konieczne jest istnienie szczególnych czynników, które sprawiają, że wymiar i charakter cierpienia różnią się od takiego, który może być uznany za nieunikniony dla bliskich ofiar ciężkich naruszeń praw człowieka. Istota takiego naruszenia nie leży więc w samym fakcie „zaginięcia” bliskiej osoby, lecz dotyczy reakcji i nastawienia

³⁷ *S.C. przeciwko UNMIK*, par. 50.

³⁸ Zob. np. *Opinia Komisji Doradczej z dnia 25 kwietnia 2013 r. w sprawie 92/09 Filipović przeciwko UNMIK*, par. 74–75, przy czym – jak wskazano w części pierwszej – wykazano, że część zaginionych w latach 1998–2000 zostało przewiezionych do Serbii i więzionych w Albanii, a zatem zostały one dokonane przy zaangażowaniu państwa.

³⁹ *Opinia Komisji Doradczej z dnia 6 czerwca 2013 r. w sprawie 06/09 i 55/09 S.P. i V.D. przeciwko UNMIK*, par. 70–73.

⁴⁰ Właściwie prowadzone akta śledcze powinny zawierać zapisy wszystkich działań śledczych, zwłaszcza wywiadów ze skarżącym, podejrzanymi i wszystkimi świadkami; *Opinia Komisji Doradczej z dnia 31 października 2013 r. w sprawie 81/09 Todorovski przeciwko UNMIK*, par. 111.

⁴¹ *B.A. przeciwko UNMIK*, par. 50–53.

władz, kiedy są o tym powiadamiane⁴². Komisja Doradcza stosowała kryteria wypracowane przez ETPCz, przy czym nieznacznie je zmieniła – uwzględniła w nich bowiem czas, jaki upłynął między zaginięciem, odnalezieniem szczątków, ich identyfikacją oraz przekazaniem rodzinom⁴³.

Komisja Doradcza nie w każdej sytuacji podążyła za orzecznictwem ETPCz. Dla badanego tematu szczególnie ważne są dwie różnice, które dotyczą sposobu rozstrzygania zarzutów naruszenia art. 3 EKPCz wobec bliskich osób zaginionych.

Po pierwsze, Komisja Doradcza stwierdzała naruszenie art. 3 EKPCz wobec rodzin osób zaginionych, mimo że UNMIK z pewnością nie była odpowiedzialna za samo zaginięcie. Jak podkreśliła sama Komisja Doradcza, zgodnie z orzecznictwem ETPCz, jeśli odpowiedzialności za zaginięcie nie można przypisać państwu, to działań władz nie można kwalifikować jako powodujących u skarżących cierpienia osiągające poziom dotkliwości niezbędny do uznania ich za naruszenie art. 3 EKPCz⁴⁴. Co ciekawe, podczas gdy praktyka ETPCz rzeczywiście wskazuje na taką linię orzecniczą, to sam Trybunał w 2013 r. stwierdził, że w celu uznania naruszenia art. 3 EKPCz wobec bliskich osób zaginionych przypisanie państwu odpowiedzialności za zaginięcie nie jest niezbędne⁴⁵. Przy czym, również i po tym orzeczeniu, ETPCz wydawał wyroki, w których podnosił, iż nie można uznać, że państwo jest odpowiedzialne za naruszenie art. 3 EKPCz wobec krewnych osoby zaginionej, skoro nie przypisano mu odpowiedzialności za samo zaginięcie⁴⁶. Należy podkreślić, iż takie rozumowanie Komisji Doradczej było korzystne dla skarżących, ponieważ w wypadku zaginięć w Kosowie trudno byłoby przypisać odpowiedzialność za zaginięcie podmiotowi państwowemu, a również UNMIK – przeciwko której były skierowane skargi – nie była odpowiedzialna za dokonanie zaginięć. Zatem podążenie za linią orzecniczą ETPCz uniemożliwiłoby Komisji Doradczej stwierdzenie naruszenia art. 3 EKPCz wobec rodzin osób zaginionych.

⁴² Istotne elementy, które sprawiają, że bliskich zaginionego można uznać za ofiary naruszenia art. 3 EKPCz, obejmują: (1) bliskość więzów – szczególna waga przykładana jest do relacji rodzic–dziecko, (2) konkretne okoliczności tej relacji, (3) stopień w jakim byli świadkami zaginięcia, (4) ich zaangażowanie w próby uzyskania informacji na temat zaginionych osób oraz (5) postawę i reakcję państwa; Wyrok ETPCz z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie 23657/94 *Çakıcı przeciwko Turcji*, par. 98.

⁴³ W swoim ostatnim sprawozdaniu Komisja Doradcza zaznaczyła, że rozpatrując skargi dotyczące naruszenia art. 3 EKPCz wobec rodzin osób zaginionych, oceniała ona (1) bliskość więzi między zaginionym a skarżącymi, (2) stopień w jakim byli świadkami zaginięcia, (3) czy skontaktowali się w tej sprawie z UNMIK, (4) czas, jaki upłynął między zaginięciem, odnalezieniem szczątków, ich identyfikacją oraz ich przekazaniu rodzinie, a także (5) jeśli doszło do nadmiernego opóźnienia – czy zostało przedstawione przez UNMIK wyjaśnienie. Sprawozdanie końcowe Komisji Doradczej, par. 187.

⁴⁴ Opinia Komisji Doradczej z dnia 23 kwietnia 2013 r. w sprawie 34/09 *Svetlana Jočić przeciwko UNMIK*, par. 111.

⁴⁵ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 21 października 2013 r. w sprawach 55508/07 i 29520/09 *Janowiec i inni przeciwko Rosji*, par. 178.

⁴⁶ Wyrok ETPCz z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie 36367/09 *Kagirov przeciwko Rosji*, par. 118–120.

Po drugie, Komisja Doradcza stwierdziła, że zastosowanie art. 3 EKPCz w tym kontekście jest w zasadzie ograniczone do okresu, w którym członkowie rodziny żyli w niepewności, niepokoju i cierpieniu, towarzyszącym wymuszonym zaginięciom. Kiedy szczątki zostały odnalezione i przekazane rodzinie przed 23 kwietnia 2005 r., to zarzut naruszenia art. 3 EKPCz wobec bliskich osoby zaginionej znajduje się poza jurysdykcją temporalną Komisji Doradczej⁴⁷. Jak wskazano wyżej, Komisja Doradcza ujęła kwestie czasu, jaki upłynął między zaginięciem, odnalezieniem szczątków, ich identyfikacją oraz przekazaniem rodzinom, w kryteriach sprawiających, że bliskich zaginionej można uznać za ofiary naruszenia art. 3 EKPCz. Z pewnością przywiązywała zatem do tego aspektu większą wagę niż ETPCz⁴⁸.

4. Wykonywanie opinii Komisji Doradczej ds. Praw Człowieka w sprawie zaginięć

Po merytorycznym zbadaniu skargi Komisja Doradcza w swojej opinii zawierała ustalenia, czy doszło do naruszenia praw człowieka i – najczęściej – zalecenia. W skargach dotyczących zaginięć Komisja Doradcza zalecała najczęściej podjęcie pięciu konkretnych działań. Po pierwsze, zrobienie wszystkiego w celu zapewnienia, że EULEX i właściwe władze w Kosowie będą w danej sprawie prowadzić postępowanie karne i doprowadzą sprawców przed wymiar sprawiedliwości. Po drugie, publicznie przyjęcie odpowiedzialności za nieprzeprowadzenie skutecznego dochodzenia w sprawie zaginięcia, jak również złożenie skarżącemu i jego rodzinie publicznych przeprosin. Po trzecie, podjęcie kroków w celu wypłacenia skarżącemu odpowiedniego odszkodowania za szkody moralne. Po czwarte, podjęcie działań, w celu wdrożenia pełnego i kompleksowego planu wypłacania zadośćuczynienia i po piąte, odpowiednie kroki w ramach ONZ w celu zagwarantowania, że podobne naruszenia nie powtórzą się w przyszłości⁴⁹.

Jak już wskazano powyżej, do Specjalnego Przedstawiciela należało podejmowanie decyzji, czy realizować zalecenia Komisji Doradczej, niemniej był on zobowiązany do opublikowania takiej decyzji. Początkowo Specjalny Przedstawiciel często nie przestrzegał tego obowiązku i nie ustosunkowywał się w żaden sposób do opinii Komisji Doradczej⁵⁰, przy czym nawet kiedy Specjalny Przedstawiciel decydował się na realizację zaleceń Komisji Doradczej, to nie

⁴⁷ Decyzja Komisji Doradczej z dnia 11 sierpnia 2011 r. dotycząca dopuszczalności w sprawie 87/09 *Nenad Stojković przeciwko UNMIK*, par. 25–29; *S.C. przeciwko UNMIK*, par. 109; zob. również Sprawozdanie roczne Komisji Doradczej 2011 r., par. 47.

⁴⁸ W tym kontekście ETPCz stwierdzał jedynie, że jeśli od momentu zaginięcia do odnalezienia ciała upłynął krótki okres, nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 3 EKPCz wobec rodzin. Za taki okres uznał np. 5 dni, zob. Wyrok ETPCz z dnia 22 listopada 2016 r. w sprawie 3340/08 i 24689/10 *Ortsuyeva i inni przeciwko Rosji*, par. 98.

⁴⁹ *S.C. przeciwko UNMIK*, Zalecenia.

⁵⁰ Sprawozdanie roczne Komisji Doradczej 2011 r., par. 72; Sprawozdanie roczne Komisji Doradczej 2012 r., par. 88–89.

robił tego w sposób, który wyczerpałby jej oczekiwania. Przykładowo, mimo kontaktu z władzami w sprawie postępowań karnych, do czerwca 2016 r. nie udało się doprowadzić do żadnego dochodzenia dotyczącego zaginięć⁵¹. Również przeprosiny, które przyjmowały formę listu do skarżących, nie satysfakcjonowały Komisji Doradczej. Podnosiła ona, że konieczne byłoby zawarcie w listach opisu działań naprawczych oraz publiczna forma przeprosin⁵².

Najbardziej spornym aspektem wykonywania decyzji Komisji Doradczej były odszkodowania i zadośćuczynienia, ponieważ zdaniem Specjalnego Przedstawiciela powinny one zostać pokryte z budżetu Kosowa, nad którym UNMIK od czerwca 2008 r. już nie miała kontroli⁵³. Komisja Doradcza z kolei podkreślała, że to ONZ powinien ponieść odpowiedzialność finansową za naruszenia praw człowieka, których dokonały osoby i instytucje ją reprezentujące⁵⁴.

Dlatego też Komisja Doradcza stwierdziła, iż UNMIK nie zastosowała prawie żadnych ustaleń Komisji Doradczej⁵⁵ oraz mimo wieloletniej działalności Komisji Doradczej, władze UNMIK nie wzięły na siebie odpowiedzialności za dokonane naruszenia praw człowieka. W związku z tym, jej zdaniem, skarżący zostali skrzywdzeni (ang. *victimized*) przez UNMIK dwukrotnie: najpierw zostały naruszone ich prawa człowieka, a następnie zawiedziono ich nadzieje i zaufanie okazane procesowi⁵⁶.

W odniesieniu do opinii Komisji Doradczej dotyczącej społeczności romskich, Aszkali i Egipcjan Bałkańskich, którzy w związku z ich przeniesieniem do obozów

⁵¹ Sprawozdanie końcowe Komisji Doradczej, par. 243. Wraz z powołaniem w 2015 r. tzw. Izb Specjalnych (ang. *Specialist Chambers*) pojawiła się nowa możliwość sądenia sprawców wymuszonych zaginięć, zob. G. Citroni, *The Specialist Chambers of Kosovo. The Applicable Law and the Special Challenges Related to the Crime of Enforced Disappearance*, *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016), s. 123–143.

⁵² Sprawozdanie roczne Komisji Doradczej 2014 r., par. 74; np. Opinia roczne Komisji Doradczej z dnia 14 grudnia 2014 r. w sprawie 289/09 *Stevanović przeciwko UNMIK*, Ustalenia.

⁵³ Sprawozdanie roczne Komisji Doradczej 2014 r., par. 75: “*I wish to recall that the acts in question relate to activities carried out by the institutions established under the interim administration of Kosovo. As such, had UNMIK continued to have control over these institutions today, UNMIK would have been in a position to refer the Panel’s recommendation to those institutions for appropriate action*”.

⁵⁴ Sprawozdanie roczne Komisji Doradczej 2014 r., par. 76–77. W poprzednich latach Specjalny Przedstawiciel podnosił ponadto, że obecne instrukcje ZO ONZ nie zezwalają na wypłacanie odszkodowań innych niż za szkody materialne albo fizyczne (por. Sprawozdanie roczne Komisji Doradczej 2012 r., par. 90), co wyklucza np. zadośćuczynienie za cierpienie moralne wynikające z naruszenia art. 3 EKPCz. Podobnie argumentuje część ekspertów, zob. np. M. Moratti, *The Human Rights Advisory Panel holds the UN in Kosovo responsible for failing to investigate forced disappearances – too little, too late?*, TerraNullius Weblog z dnia 11 marca 2013 r., dostępne na: <https://terraonullius.wordpress.com/2013/03/11/the-human-rights-advisory-panel-holds-the-un-in-kosovo-responsible-for-failing-to-investigate-forced-disappearances-too-little-too-late/> (data ostatniej weryfikacji: 13.6.2017): “*This means that UNMIK can, for example, reimburse a farmer if a UN vehicle runs over his chickens, but it cannot provide redress to individuals like S.C. for the non-pecuniary harm suffered due to the faulty investigation into the disappearance of her family members. Moreover, there is no commitment from the SRSG to make a public apology to the family of the missing persons*”.

⁵⁵ Sprawozdanie roczne Komisji Doradczej 2014 r., par. 69.

⁵⁶ Sprawozdanie roczne Komisji Doradczej 2014 r., par. 79.

dla osób wewnątrznie przesiedlonych ponieśli bardzo poważne konsekwencje zdrowotne, Sekretarz Generalny podjął w maju 2017 r. decyzję o ustanowieniu specjalnego funduszu powierniczego dla nich, przy czym w stanowisku na ten temat podkreślono, że jest to środek wyjątkowy⁵⁷. Ta decyzja Sekretarza Generalnego wywołała reakcje członków Komisji Doradczej, którzy stwierdzili, iż choć doceniają tę inicjatywę, to mają do niej również zastrzeżenia związane m.in. z tym, że UNMIK nie wykonała zdecydowanej większości opinii Komisji Doradczej. W szczególności zwrócili oni uwagę na ponad 200 opinii dotyczących nieskutecznych dochodzeń w sprawach zaginięć i morderstw⁵⁸. Należy też zwrócić uwagę na to, że stanowisko z maja 2017 r. nie zawierało przeprosin ani przyjęcia odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka. Niemniej ta sytuacja pokazuje, że temat wykonania opinii Komisji Doradczej nie został jeszcze zamknięty i nawet pewna forma wsparcia finansowanego (choć nie nazwana odszkodowaniem ani zadośćuczynieniem) jest potencjalnie możliwa.

5. Wnioski

Nieprawidłowości, których dopuszczała się UNMIK w kontekście prowadzenia dochodzenia w sprawie wymuszonych zaginięć były w ocenie Komisji Doradczej powszechne⁵⁹. Stwierdzając liczne braki i błędy w dochodzeniach, zaobserwowała ona, iż policja UNMIK prowadziła dochodzenia w sposób powierzchowny i nieefektywny⁶⁰. Z pewnością niepokojące jest, kiedy organizacja międzynarodowa sama nie jest w stanie – bądź nie chce – stosować standardów, których wymaga od państw członkowskich.

Interesujące jest pytanie, kto oraz z jakich źródeł powinien pokrywać odszkodowania w tego typu sprawach. Jak wskazano powyżej, zdaniem Komisji Doradczej to ONZ powinna wziąć na siebie sprawę wypłacania odszkodowań za naruszenia praw człowieka, do których doszło w trakcie trwania misji tymczasowej, podczas gdy zdaniem Specjalnego Przedstawiciela powinny to uczynić władze lokalne.

⁵⁷ Statement attributable to the Spokesman for the Secretary-General on the Human Rights Advisory Panel's recommendations on Kosovo (26 Maj 2017).

⁵⁸ List przesłany przez byłych członków Komisji Doradczej do Sekretarza Generalnego 8 czerwca 2017 r. udostępniony autorce artykułu przez M. A. Nowickiego 16 czerwca 2017 r.

⁵⁹ W sprawozdaniu końcowym Komisja Doradcza podzieliła nieprawidłowości w badaniu zgłaszanych spraw dotyczących wymuszonych zaginięć na trzy główne grupy: kwestie procesowe, strukturalne oraz policyjne (Sprawozdanie końcowe Komisji Doradczej, 2016, par. 175–177).

⁶⁰ Opinia Komisji Doradczej z dnia 13 listopada 2014 r. w sprawie 166/09 *Bulatović przeciwko UNMIK*, par. 101: „[...] For its part, the Panel, in light of the shortcomings and deficiencies in the investigation described above, considers that the case of Mr Radovan Bulatović, as well as other cases of killings, abductions and disappearances previously examined, well exemplify a pattern of perfunctory and unproductive investigations conducted by the UNMIK Police into killings and disappearances in Kosovo [...]”.

Bardzo pozytywnym wynikiem funkcjonowania Komisji Doradczej są jej dobrze uargumentowane opinie, pokazujące, w jaki sposób można zastosować istniejące orzecznictwo międzynarodowe wobec misji tymczasowej organizacji międzynarodowej. Warto w szczególności podkreślić, że Komisja Doradcza podobnie jak ETPCz uznała, że prawo do poznania prawdy przysługuje nie tylko bliskim osoby zaginionej, lecz także całemu społeczeństwu⁶¹. W tym kontekście Komisja Doradcza poszła nawet o krok dalej niż ETPCz, który był dotychczas bardzo ostrożny i *explicite* uznał istnienie prawa do prawdy tylko w czterech wyrokach⁶². Na taki kształt orzecznictwa Komisji Doradczej istotny wpływ miał skład sędziowski tego organu: tworzyło ją trzech członków, powołanych przez Specjalnego Przedstawiciela na wniosek prezesa ETPCz na dwuletnie kadencje⁶³. W efekcie wśród sędziów byli wybitni znawcy prawa międzynarodowego i standardów Rady Europy, a większość z nich (Marek A. Nowicki, Françoise Tulkens, Snezana Botoucharova, Paul Lemmens) była sędziami ETPCz. Przewodniczącego Komisji Doradczej wybierali jej członkowie spośród siebie; funkcję tę od początku pełnił Marek A. Nowicki⁶⁴.

Komisja Doradcza nie odniosła się jednoznacznie co do tego, czy misja tymczasowa organizacji międzynarodowej może być odpowiedzialna za wymuszone zaginięcie w rozumieniu międzynarodowego prawa praw człowieka. Jednocześnie z jej opinii wynika, że na takiej administracji ciąży obowiązek przeprowadzenia skutecznego dochodzenia, który jest interpretowany tak, jakby była organizmem państwowym.

Na zakończenie należy podkreślić, że opinie Komisji Doradczej dotyczące osób zaginionych nie zostały przez UNMIK właściwie wykonane. Sytuacja skarżących nie zmieniła się po skorzystaniu przez nich z procedur Komisji Doradczej – poza stwierdzeniem przez nią, że UNMIK naruszyła prawa skarżących. Gdyby w przyszłości w kontekście innych konfliktów miały być powoływane podobne mechanizmy, należy zadbać o takie jego skonstruowanie, aby opinie czy też decyzje tego organu były wykonywane.

⁶¹ Opinia Komisji Doradczej z dnia 21 listopada 2013 r. w sprawie 88/09 *Đ.L. przeciwko UNMIK*, par. 88; Opinia Komisji Doradczej z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie 99/09 *Mladenović przeciwko UNMIK*, par. 160; *Stevanović przeciwko UNMIK*, par. 85.

⁶² Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie 39630/09 *El-Masri przeciwko Bułgarii*; Wyrok ETPCz z dnia 24 lipca 2014 r. w sprawie 28761/11 *Al-Nashiri przeciwko Polsce*, par. 495; Wyrok ETPCz z dnia 24 lipca 2014 r. w sprawie 7511/13 *Abu Zubaydah przeciwko Polsce*, par. 489; Wyrok ETPCz z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie 33810/07 *Stowarzyszenie „21 grudnia 1989” i inni przeciwko Rumunii*, par. 144.

⁶³ Regulacja UNMIK nr 2006/12, par. 4.2; 5.1; 5.2.

⁶⁴ Obok wymienionych sędziów ETPCz funkcję członków Komisji Doradczej pełnili również prof. Christine Chinkin oraz Michele Pickard. Zob. profile wszystkich członków Komisji Doradczej w Sprawozdaniu końcowym Komisji Doradczej, Aneks A.

DISAPPEARED PERSONS IN KOSOVO AND THE UN – REFLECTIONS REGARDING THE HUMAN RIGHTS ADVISORY PANEL

Key words: Enforced disappearances, Kosovo, European Court of Human Rights, Human Rights Advisory Panel

Summary

The article presents an analysis of the jurisprudence of the Human Rights Advisory Panel in Kosovo with regard to investigating disappearances. The Panel was created with the aim to examine alleged violations of human rights by the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK). The European Convention on Human Rights and European Court of Human Rights case-law constituted the basis of the Panel's reasoning and the majority of its opinions. While there were substantial differences between the complaints to the Panel and to the Court, their jurisprudence in disappearances cases is similar: both bodies approached the burden of proof and procedural obligations of Article 2 of the Convention in the same way, and – depending on the existence of special factors – found violations of Article 3 of the Convention with regard to relatives of the disappeared person. The Panel introduced two important changes while analyzing the violation of the rights of the disappeared persons family: it recognized a violation regardless whether UNMIK was responsible for the disappearances, and it restricted its temporal jurisdiction in this context. The article also analyzes how UNMIK has reacted to the Panel's recommendations.

Bibliografia

- Balcerzak M., *Odpowiedzialność Misji Tymczasowej Administracji ONZ w Kosowie za naruszenia praw człowieka. Uwagi na tle działalności Panelu Doradczego ds. Praw Człowieka*, [w:] *Globalne problemy ochrony praw człowieka*, (red.) E. Karska, Warszawa 2015.
- Baranowska G., *Wymuszone zaginięcia w Europie. Kształtowanie się międzynarodowych standardów zapobiegania i egzekwowania odpowiedzialności państw*, Warszawa 2017.
- Blaauw M., Lähteenäki V., 'Denial and silence' or 'acknowledgment and disclosure', *International Review of the Red Cross* 2002, nr 848.
- Boss P., *Ambiguous loss research, theory and practice: reflections after 9/11*, *Journal of Marriage and Family* 66 (2004).
- Brasey V., *The forensic-led approach to the missing persons issue in Kosovo*, *Politorbis* 2010, nr 50-3.
- Chinkin C., *The Kosovo Human Rights Advisory Panel*, *International Law Meetings Summary*, Chatham House, London 2012, s. 3-5.
- Citroni G., Scovazzi T., *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden 2007.
- Citroni G., *The Specialist Chambers of Kosovo. The Applicable Law and the Special Challenges Related to the Crime of Enforced Disappearance*, *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016).
- Crettol M., La Rosa A. M., *The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity*, *International Review of the Red Cross* 2006, nr 862.
- Czaplicka A., *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych jako element uniwersalnego systemu odpowiedzialności międzynarodowoprawnej*, Łódź 2014.
- Domagała P., *Międzynarodowa Konwencja ONZ w sprawie ochrony wszelkich osób przed wymuszonym zaginięciem. Perspektywa polska*, Warszawa 2017.
- Gibas-Krzak D., *Serbosko-albański konflikt o Kosowo w XX wieku*, Toruń 2009.
- Hall C., *Article 7. Crimes against humanity*, O. Triffterer (red.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Note, Article by Article*, Baden-Baden 1999.
- Moratti M., *The Human Rights Advisory Panel holds the UN in Kosovo responsible for failing to investigate forced disappearances – too little, too late?*, *TerraNullius Weblog* z dnia 11 marca 2013 r., dostępne na: <https://terra0nullius.wordpress.com/2013/03/11/the-human-rights-adv>

sory-panel-holds-the-un-in-kosovo-responsible-for-failing-to-investigate-forced-disappearances-too-little-too-late/.

Nowak M., *Enforced Disappearances in Kosovo: Human Rights Advisory Panel holds UNMIK accountable*, European Human Rights Law Review 2013, nr 3.

Nowicki M. A., *Słownik Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Angielsko-francusko-polski*, Warszawa 2009.

Nowicki M. A., *Stosowanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka poza mechanizmem strasburskim – przykład Kosowa pod administracją ONZ*, „Palestra. Pismo Adwokatury Polskiej”, e.Palestra, 2016.

Robins S., *Families of the missing. A test for contemporary approaches to transitional justice*, Nowy Jork, 2014.

Sarkin J., *The need to deal with all missing persons including those missing as a result of armed conflict, disaster, migration, human trafficking and human rights violations (including enforced disappearances) in international and domestic law and processes*, “Inter-American and European Human Rights Journal”, Vol. 1, 2015.

Szpak A., *Wymuszone zaginięcia. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2009.

Vermeulen M. L., *Enforced Disappearance, Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Utrecht 2012.

EWA DAWIDZIUK*
Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
MARCIN MAZUR**
Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich

Prawa więźniów w najnowszych wyrokach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przeciwko Polsce

Słowa kluczowe: kontrole osobiste, więzień, reżim dla osadzonych niebezpiecznych, prawo do intymności, kąpki sanitarne, środki finansowe więźniów

1. Wprowadzenie

W ostatnim czasie Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (dalej ETPC) wydał kilkanaście wyroków w sprawach przeciwko Polsce, które odnoszą się do praw osób pozbawionych wolności. Warto poddać je analizie i zestawić stanowisko ETPC w kontekście przepisów prawa polskiego i niezbędnych zmian, które doprowadzą do pełnej implementacji tych wyroków. Ta wymaga najczęściej zmiany obowiązujących przepisów prawa lub zmiany praktyki postępowania z osadzonymi.

W niniejszym artykule zostaną omówione wybrane wyroki ETPC, jakie zapadły w ostatnim czasie w sprawach przeciwko Polsce, odnoszące się do problematyki kontroli osobistych więźniów, reżimu stosowanego wobec osadzonych zakwalifikowanych do więźniów niebezpiecznych, a także niezabudowanych kąpoków sanitarnych w wieloosobowych celach mieszkalnych oraz dysponowania środkami finansowymi przez osoby pozbawione wolności. Zagadnienia te zostaną przez autorów poddane analizie na tle polskich realiów penitencjarnych.

* Doktor nauk prawnych, dyrektor Zespołu do spraw Wykonywania Kar w Biurze RPO. Z ramienia Biura RPO koordynator Zespołu Ekspertów do spraw Alimentów. Pracownik Biura RPO od 2007 r.

** Doktor nauk prawnych, radca prawny, zastępca dyrektora Zespołu do spraw Wykonywania Kar w Biurze RPO, pracownik Biura RPO od 2004 r.

2. Kontrole osobiste więźniów

Zagadnienie kontroli osobistych więźniów było w dniu 15 listopada 2001 r. przedmiotem rozpoznania przez ETPC w sprawie *Iwańczuk przeciwko Polsce* (skarga nr 25196/94). W okolicznościach tej sprawy przyjęto, że nastąpiło naruszenie artykułu 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2¹ (dalej: Konwencja lub EKPC).

Orzeczenie *Iwańczuk przeciwko Polsce* wykracza poza zakres artykułu, warto jednak odnotować, że poniżające traktowanie, polegające na oględzinach ciała tymczasowo aresztowanego więźnia, miało miejsce w związku z jego żądaniem uczestnictwa w wyborach parlamentarnych. Trybunał ustalił, że w prowadzonym postępowaniu „nie zostało wykazane, że polecenie poddania się oględzinom ciała było usprawiedliwione”². Ponadto ETPC przyjął, że „skarżący był obrażany i wyszydzany przez czterech strażników więziennych. Twierdzenia rządu w tym względzie nie pozwalały na ustalenie, że nie było to prawdą. Nie zostało przeprowadzone żadne wewnętrzne postępowanie o kontrydiktoryjnym charakterze, mające na celu ustalenie okoliczności sprawy”, co zdaniem Trybunału „pokazuje niechęć ze strony władz, by prawidłowo zbadać to wydarzenie”³. Trybunał przyjął zatem, że „skarżącemu nakazano rozebranie się do naga przed grupą strażników więziennych. Nie zostały przytoczone żadne, niedające się odeprzeć powody, by stwierdzić, że polecenie to było, w świetle osobowości skarżącego i wszystkich okoliczności sprawy, konieczne i usprawiedliwione względami bezpieczeństwa”⁴. Ważne w kontekście generalnym było stwierdzenie ETPC, że w sytuacjach, kiedy oględziny ciała mogą być konieczne w celu zapewnienia bezpieczeństwa w więzieniu lub zapobieżeniu zakłóceniu porządku, muszą one być przeprowadzone w odpowiedni sposób⁵. Natomiast w sprawie *Iwańczuk przeciwko Polsce* „strażnicy więzienni używali w stosunku do skarżącego wyrazów wulgarnych i szydzili z niego. Takie zachowanie miało na celu wywołanie u skarżącego poczucie upokorzenia i poniżenia”⁶.

W niniejszym artykule chcemy jednak przede wszystkim przedstawić sprawę Milka przeciwko Polsce (skarga nr 14322/12), w której wyrok ETPC zapadł w dniu 15 września 2015 r.⁷

¹ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

² Por. pkt 56, Sprawa *Iwańczuk przeciwko Polsce*, <https://ms.gov.pl/pl/orzeczenia-etpcz/listByYear.html?ComplainantYear=2001> (dostęp: 21.10.2018 r.).

³ *Ibidem*, pkt 57.

⁴ *Ibidem*, pkt 58.

⁵ *Ibidem*, pkt 59.

⁶ *Ibidem*, pkt 59.

⁷ <https://ms.gov.pl/pl/orzeczenia-etpcz/listByYear13.html?ComplainantYear=2015> (dostęp: 21.10.2018 r.).

Skarżący Sławomir Milka sformułował zarzut, że wymierzono mu karę dyscyplinarną, ponieważ wielokrotnie odmawiał poddania się oględzinom ciała, które stanowiły naruszenie art. 3 i 8 Konwencji.

Stan faktyczny był następujący. Od dnia 24 maja 2011 r. skarżący przebywał w Areszcie Śledczym w Sosnowcu, a od dnia 17 maja 2012 do dnia 10 czerwca 2013 r. w Zakładzie Karnym w Wojkowicach. W tym czasie skarżący kilkakrotnie odmawiał poddania się kontroli osobistej (w dniu 20 października 2011 r., 18 maja 2012 r., 26 czerwca 2012 r., 27 czerwca 2012 r., 30 czerwca 2012 r.). Wnioskodawca zaskarżył tylko niektóre decyzje o wymierzeniu kary dyscyplinarnej za odmowę poddania się kontroli osobistej⁸.

Przepisy, które upoważniają do prowadzenia kontroli osobistej, to regulacje art. 116 kodeksu karnego wykonawczego (dalej: k.k.w.). W myśl art. 116 § 2 k.k.w., zdanie pierwsze, w przypadkach uzasadnionych względami porządku lub bezpieczeństwa skazany podlega kontroli osobistej. Z kolei art. 116 § 3 k.k.w. wskazuje, że kontrola osobista polega na oględzinach ciała oraz sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia, a także przedmiotów posiadanych przez skazanego. Oględziny ciała oraz sprawdzenie odzieży i obuwia przeprowadza się w pomieszczeniu, podczas nieobecności osób postronnych oraz osób odmiennej płci i dokonywane są za pośrednictwem osoby tej samej płci. Dopelnieniem ww. przepisów jest norma, iż kontrola może być przeprowadzona w każdym czasie (art. 116 § 4 zdanie pierwsze k.k.w.).

Przepisy dotyczące dokonywania kontroli osobistych skazanych stosuje się również do tymczasowo aresztowanych i ukaranych. Środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania wykonywany jest na podstawie przepisów kodeksu karnego wykonawczego (Rozdział XV – Tymczasowe aresztowanie). Stosownie do treści art. 209 k.k.w., do wykonywania tymczasowego aresztowania stosuje się odpowiednio przepisy odnoszące się do wykonywania kary pozbawienia wolności, ze zmianami wynikającymi z przepisów rozdziału XV k.k.w., przy czym z rozdziału tym brakuje regulacji modyfikujących kwestie wykonywania kontroli osobistych⁹.

Trzeba w tym miejscu wskazać, iż w sprawie *Milka* ETPC przywołał wystąpienie¹⁰ RPO do ministra sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2014 r., dotyczące braku środka zaskarżenia decyzji o poddaniu skazanego kontroli osobistej. W wystąpieniu tym RPO zwracał także uwagę na więźniów niebezpiecznych, poddawanych kontroli osobistej przy każdorazowym wyjściu i powrocie do celi mieszkalnej.

⁸ Trzeba wskazać na pewną sprzeczność w treści wyroku. W pkt 22 wskazuje się, iż „w decyzji z dnia 4 lipca 2012 roku stwierdzono, że podlega ona zaskarżeniu w terminie siedmiu dni w drodze zażalenia do sądu penitencjarnego. Skarżący złożył zażalenie na tę decyzję”. O tej samej decyzji w pkt 36 wyroku wskazuje się, że „[skarżący – M.M.] nie wniósł zażalenia na ostatnią decyzję z dnia 4 lipca 2012 roku, chociaż został poinformowany na piśmie o takiej możliwości”.

⁹ W dalszej części artykułu będzie mowa jedynie o skazanym, aby uniknąć powtórzeń, iż te regulacje dotyczą również osób, wobec których stosowany jest środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania.

¹⁰ KMP.571.83.2014.

Odnosząc się do skargi p. Milki, rząd Polski wskazał, że oględziny ciała skarżącego były przeprowadzone zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa i nie były arbitralne lub nadmierne. Dodatkowo rząd podniósł zarzut niewyczerpania przez skarżącego wszystkich środków odwoławczych, wskazując, że skarżący powinien był skorzystać z możliwości wniesienia skargi na podstawie artykułów 23 oraz 24 Kodeksu cywilnego, w celu ochrony dóbr osobistych. Trybunał przyjął, iż rząd nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że pozew w oparciu o wskazane przepisy może stanowić skuteczny środek odwoławczy w kontekście przeszukania więźnia, połączonego z rozebraniem. ETPC zauważył ponadto, że zgodnie z odpowiednimi przepisami polskiego Kodeksu cywilnego, żądanie ochrony dóbr osobistych jednostki może być skuteczne jedynie w sytuacji, gdy zarzucane naruszenie jest bezprawne. Natomiast kwestia podnoszona w sprawie *Milka przeciwko Polsce* dotyczy tego, czy środki zastosowane przez władze były arbitralne lub nadmierne w okolicznościach sprawy.

Trzeba się zgodzić z takim stanowiskiem ETPC, iż skarga do sądu cywilnego nie może czynić zadość właściwemu środkowi kontroli decyzji o poddaniu więźnia kontroli osobistej. RPO we wniosku¹¹ do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 stycznia 2016 r. przyjął także, iż „prawo do sądu w kwestii dokonywania kontroli osobistej może być w ograniczonym zakresie realizowane poprzez drogę postępowania cywilnego, tj. w procesie o naruszenie dóbr osobistych. Prawo do sądu należy jednak rozumieć również w ten sposób, iż obejmuje ono prawo do właściwego sądu. W sprawie o weryfikację zarządzenia kontroli osobistej z pewnością właściwy będzie sąd penitencjarny, a nie sąd cywilny. Sąd penitencjarny jest sądem, który ma czuwać nad legalnym i prawidłowym wykonywaniem kary pozbawienia wolności, kar zastępczych pozbawienia wolności czy też tymczasowego aresztowania, przez co należy rozumieć możliwość weryfikacji i zmiany decyzji organów postępowania wykonawczego. Dodatkowo należy wskazać, iż sąd penitencjarny posiada wiedzę adekwatną do oceny decyzji organów postępowania wykonawczego, albowiem zna realia i sposób funkcjonowania jednostek penitencjarnych. Takiej wiedzy i znajomości funkcjonowania miejsc detencji nie posiada sąd cywilny. Nie bez znaczenia jest również fakt, że postępowanie przed sądem penitencjarnym odbywa się w terminie nieodległym od wydania decyzji organów postępowania wykonawczego, tymczasem postępowania cywilne – jak pokazuje praktyka – są prowadzone w terminie dość odległym od momentu zainicjowania sprawy”.

Trybunał odrzucił argumentację skarżącego w przedmiocie naruszenia art. 3 Konwencji przyjmując, że w niniejszej sprawie nie było elementu poniżenia lub upokorzenia, które może stanowić naruszenie tego przepisu. Dodatkowo podniesiono, że przeszukania z rozbieraniem skarżącego nie zostały właściwie nigdy przeprowadzone całkowicie. Za każdym razem, gdy wydawano skarżącemu polecenie, by się rozebrał, ten odmawiał i zostawał w konsekwencji ukarany dyscyplinarnie.

¹¹ <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/WNIOSEK%20DO%20TRYBUNA%C5%81U%20KONSTYTUCYJNEGO%20Z%2021.01.2016%20r.pdf> (dostęp: 21.10.2018 r.).

Trybunał podjął się także zbadania, czy zarzuty skarżącego nie naruszają art. 8 Konwencji powołując się na orzeczenie *Wainwright przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 12350/04, § 43).

Polski rząd stwierdził, że doszło do ingerencji w prawo skarżącego do poszanowania życia prywatnego, jednak ingerencja ta była uzasadniona i proporcjonalna w świetle wymogów określonych w artykule 8 ust. 2 Konwencji. W szczególności rząd stwierdził, że nakazano przeprowadzenie oględzin ciała, gdy skarżący opuszczał jednostkę penitencjarną bądź wracał do więzienia oraz, że istniała groźba, iż może zabrać ze sobą przedmioty niebezpieczne. Trybunał nie podzielił zapatrywania rządu wskazując, że nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym teza, iż istniała groźba, że skarżący może zabrać ze sobą przedmioty niebezpieczne. Dalej ETPC stwierdził, że „skarżący nie został objęty reżimem więzienia niebezpiecznego. Nie wykazano też, że w przeszłości skarżący dał władzom penitencjarnym jakiegokolwiek powód, by myślały, że może zachowywać się w sposób niebezpieczny lub wnieść przedmioty niebezpieczne na teren jednostki”¹².

Niezmiernie istotne jest jednak stwierdzenie Trybunału, że „mocno inwazyjne i potencjalnie upokarzające środki, takie jak kontrole osobiste lub przeszukiwania z rozbieraniem wymagają przekonującego uzasadnienia. [...] Wobec braku takiego skutecznego środka odwoławczego, trudno jest egzekwować na szczeblu krajowym wymóg wystarczającego uzasadnienia kontroli osobistych lub przeszukań z rozbieraniem”¹³. ETPC słusznie wytknął także sądom penitencjarnym, że w „żadnym postępowaniu przed sądem krajowym [postępowania w przedmiocie skargi w trybie art. 7 k.k.w. na ukaranie skazanego – M.M.] nie zbadano kwestii, czy istniały poważne i uzasadnione przesłanki, które wymagały poddania skarżącego takim przeszukaniom”¹⁴.

Mając na względzie te argumenty Trybunał przyjął naruszenie art. 8 Konwencji i przyznał skarżącemu kwotę 2500 euro z tytułu szkody niemajątkowej¹⁵.

W orzeczeniu *Milka przeciwko Polsce* ETPC powołał się na wystąpienie generalne RPO z dnia 23 grudnia 2013 r. Należy wyjaśnić, iż w tym wystąpieniu Rzecznik wskazywał, że „obecna sytuacja w zakresie kontroli osobistych daje podstawy do sformułowania zarzutu naruszenia art. 78 Konstytucji RP. W myśl tego przepisu każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżenia określa ustawa. W chwili obecnej wychodząc z założenia, iż poddanie kontroli osobistej osadzonego jest decyzją, nie służy na tę decyzję środek zaskarżenia, albowiem formalnie decyzja o kontroli osobistej jest wyłączona z dyspozycji art. 116 § 6 k.k.w., nadto skarga w trybie art. 7 k.k.w. służy na decyzje określonych podmiotów (w tym dyrektora zakładu karnego, aresztu śledczego – zob. art. 7 § 1 k.k.w.),

¹² Pkt 48 wyroku *Milka przeciwko Polsce*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Pkt 49 wyroku *Milka przeciwko Polsce*.

¹⁵ Żądanie skarżącego opiewało na kwotę 147010 euro z tytułu szkody niemajątkowej.

a obecnie decyzje w tej mierze nie zawsze podejmuje dyrektor jednostki penitencjarnej. Słusznie podnosi się, że „istotą naruszenia art. 78 Konstytucji jest zatem sytuacja, w której następnie w stosunku do wydanego orzeczenia lub decyzji administracyjnej pojawia się niemożność zaskarżenia takich rozstrzygnięć w sądowym czy administracyjnym toku instancji (J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Zakamycze 2004, s. 769)”.

Argumentacja RPO nie spotkała się ze zrozumieniem ze strony Ministra Sprawiedliwości. W odpowiedzi Podsekretarza Stanu z dnia 19 stycznia 2015 r. stwierdzono, iż w odniesieniu do „dopuszczalności i możliwości zaskarzania decyzji dotyczącej kontroli osobistej podkreślić należy, iż z uwagi na fakt, iż podstawę kontroli pomieszczeń i kontroli osobistej są przepisy ustawy i wynikają wprost z ustawy, jej przeprowadzenie nie wymaga decyzji dyrektora jednostki penitencjarnej. Kontrola osobista lub kontrola pomieszczenia może zostać przeprowadzona przez funkcjonariusza Służby Więziennej w każdym czasie, o ile przemawiają za tym względy porządku lub bezpieczeństwa (w tym aspekcie Ministerstwo podziela pogląd wyrażony przez K. Postulskiego: K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 518). W świetle powyższego nie można zgodzić się ze stanowiskiem, iż ustne zakomunikowanie skazanemu, iż zostanie poddany kontroli osobistej jest zaskarżalną decyzją dyrektora jednostki penitencjarnej. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, iż decyzjami w rozumieniu art. 7 § 1 k.k.w. nie są dyspozycje o charakterze ogólnym, jak też działania faktyczne organów postępowania wykonawczego. Mogą one być przedmiotem wniosków, skarg i prośb wnoszonych do organów wykonujących orzeczenia w trybie administracyjnym (art. 6 § 2 k.k.w.). Mogą też być przedmiotem czynności nadzorczych sędziego penitencjarnego (art. 32 i n. k.k.w.), Dyrektora Generalnego lub dyrektora okręgowego Służby Więziennej (art. 78 k.k.w.)”¹⁶.

RPO, nie dzieląc zapatrywania Ministra Sprawiedliwości, iż ustne zakomunikowanie skazanemu, że zostanie poddany kontroli osobistej, nie jest zaskarżalną decyzją dyrektora jednostki penitencjarnej, a dyspozycją o charakterze ogólnym, czy też działaniami faktycznymi organów postępowania wykonawczego, skierował wniosek do Trybunału Konstytucyjnego¹⁷. Rzecznik wniósł o stwierdzenie, że art. 116 § 6 w zw. z art. 7 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2018 r. poz. 652, z późn. zm.) w zakresie, w jakim nie przewiduje wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Sprawa pozostaje w toku.

Wobec braku jakichkolwiek zmian w ramach implementacji wyroku *Milka przeciwko Polsce*, należy zwrócić uwagę na kolejny wyrok ETPC odnoszący się

¹⁶ <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowied%C5%BA%20Podsekretarza%20Stanu%20w%20Ministerstwie%20Sprawiedliwo%C5%9Bci%20z%2019.01.2015%20r.%20.pdf> (dostęp: 21.10.2018 r.).

¹⁷ Zob. przypis 11.

do problematyki kontroli osobistych. W dniu 1 czerwca 2017 r. Trybunał wydał wyrok w sprawie *Dejneki przeciwko Polsce* (skarga nr 9635/13), stwierdzając ponownie, że Polska naruszyła art. 8 EKPC i zasądził na rzecz skarżącego 3 tys. euro zadośćuczynienia z tytułu szkód niematerialnych.

Skarżący Artur Dejneki wniósł skargę do Trybunału w dniu 14 stycznia 2013 r., podnosząc, że kontrole osobiste, jakim był poddawany w izolacji penitencjarnej, naruszały art. 3 i 8 EKPC.

W dniu 10 października 2008 r. skarżący został aresztowany w związku z podejrzeniem usiłowania zamordowania swojego brata. Trzy lata później został skazany na karę 10 lat pozbawienia wolności. Rok po tym, jak został aresztowany, administracja więzienna znalazła w ubraniu skarżącego 132 tabletki psychoaktywne. Zachęcał on także innych więźniów do prowadzenia strajku głodowego. Stąd 26 sierpnia 2009 r. komisja penitencjarna zakwalifikowała go do tzw. więźniów niebezpiecznych. Tego samego dnia skarżący rozpoczął strajk głodowy, który trwał aż do 7 września. Wymierzono mu za to karę dyscyplinarną osadzenia w celi izolacyjnej. Dopiero w dniu 18 lutego 2010 r. zakwalifikowanie do więźniów niebezpiecznych zostało uchylone. Od 17 listopada 2009 r. do 31 marca 2010 r. skarżący był osadzony w Zakładzie Karnym w Rzeszowie. Od 2011 r. był nagradzany, jak i karany dyscyplinarnie. Administracja więzienna znalazła u niego również 80 zł z nielegalnego źródła, usiłował wyjść na pole spacerowe bez pozwolenia, a w czasie widzenia próbował przekazać nielegalnie swojej rodzinie wiadomość. Po tym widzeniu, jak i w kilku innych sytuacjach był poddawany kontrolom osobistym. W dniu 12 września 2013 r. sąd penitencjarny udzielił skarżącemu 4-miesięcznej przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności ze względu na neurologiczne i ortopedyczne problemy zdrowotne.

Rozpoznając niniejszą sprawę, ETPC ponownie zwrócił uwagę na rekomendacje Rzecznika Praw Obywatelskich, przytoczone powyżej, wyrażone w wystąpieniu generalnym do Ministra Sprawiedliwości w zakresie problematyki kontroli osobistych.

Skarżący zaskarżył przeprowadzanie kontroli osobistych w okresie, kiedy nie był zakwalifikowany do więźniów niebezpiecznych. Był poddawany kontroli osobistej wówczas, gdy administracja więzienna uznała to za konieczne, a nie w związku ze szczególnym reżimem dla niebezpiecznych, jak np. w przypadku *Piechowicz przeciwko Polsce*. Spośród pięciu kontroli osobistych, na które skarżył się Dejneki, Trybunał uznał za dopuszczalne jedynie te, które miały miejsce w dniach: 5 czerwca oraz 25 sierpnia 2012 r. Wynikał to z terminów, które należy zachować, aby skarga została rozpoznana przez ETPC. Pierwsza ze wskazanych kontroli została przeprowadzona wobec skarżącego przy okazji kontroli generalnej, która obejmowała także kontrolę cel mieszkalnych. Przed Trybunałem skarżący podniósł, że został zmuszony do rozebrania się, mimo że 5 czerwca cierpiał na bardzo silny ból pleców i miał trudności z rozebraniem się. Z kolei druga kontrola osobista miała miejsce po odbytych widzeniu z siostrą i szwagrem.

Zdaniem Artura Dejneka kontrole osobiste, którym był poddawany, naruszały art. 3 EKPC oraz art. 8 EKPC. Prowadziły one bowiem w jego odczuciu do poniżającego i upokarzającego traktowania, jak również naruszały prawo do poszanowania życia prywatnego. Skarżącemu nakazano rozebrać się w trakcie kontroli mimo bardzo dużego bólu pleców. Funkcjonariusze, w jego przekonaniu, mieli na celu poniżenie go, zachowywali się bez poszanowania jego godności osobistej. Zdaniem skarżącego stanowiło to niehumanitarne i poniżające traktowanie. Rząd w odpowiedzi wskazał zaś, że kontrole osobiste były przeprowadzane zgodnie z przepisami prawa, nikt nie poniżał i nie upokarżał osadzonego ustnie, a kontrole były wynikiem jego zachowania, wobec nieprzestrzegania porządku wewnętrznego jednostki.

Rozstrzygając sprawę *Dejneka przeciwko Polsce* Trybunał podkreślił, że kontrole osobiste mogą być niezbędne w pewnych okolicznościach celem zapewnienia bezpieczeństwa, zapobieżenia przestępstwom i nieporządkowi. Powinny być przeprowadzone w odpowiedni sposób, z poszanowaniem godności ludzkiej i dla uzasadnionego celu. Nawet pojedyncze przypadki kontroli osobistych były przez ETPC uznawane za poniżające traktowanie w kontekście sposobu, w jaki były przeprowadzane i możliwości, że ich celem było poniżenie i upokorzenie oraz wówczas, gdy nie było żadnego usprawiedliwienia dla przeprowadzenia kontroli.

W niniejszej sprawie Trybunał dokonał oceny, że kontrola osobista przeprowadzona w dniu 5 czerwca 2012 r. została zarządzona pomimo silnego bólu pleców. Niemniej jednak z dokumentów przedłożonych przez skarżącego (skargi złożonej po przeprowadzonej kontroli oraz odpowiedzi dyrektora Aresztu Śledczego w Lublinie) wynika, że kontrola została przeprowadzona zgodnie z regulacjami prawnymi, z poszanowaniem praw osadzonego i jego godności osobistej. Skarżący nie podniósł problemów zdrowotnych w swojej skardze. Podobnie, nieprawidłowości nie zostały wykazane w odniesieniu do kontroli osobistej przeprowadzonej w dniu 25 sierpnia 2012 r., w kontekście której skarżący nie podał żadnych konkretnych zastrzeżeń. W swojej decyzji z 30 października 2012 r. dyrektor Aresztu Śledczego w Lublinie wskazał, że kontrola osobista została przeprowadzona zgodnie z odpowiednimi normami prawnymi i z poszanowaniem godności ludzkiej więźnia. Rząd dodatkowo podkreślał, że lekarz widział skarżącego wielokrotnie w 2012 r., ale nie znalazł podstaw do tego, aby zaprzestać przeprowadzania kontroli ze względów zdrowotnych. Biorąc to pod uwagę ETPC uznał, że nie ma podstaw do uznania, że kontrole osobiste, jakie przeprowadzono 5 czerwca i 25 sierpnia 2012 r., zawierały jakikolwiek element poniżającego czy upokarzającego traktowania, które urosło do naruszenia art. 3 EKPC. Poza tym zarzut silnego bólu pleców nie został potwierdzony, a skarżący nie podniósł tego faktu w ogóle w skardze na przeprowadzenie kontroli, skierowanej do dyrektora jednostki penitencjarnej. Stąd Trybunał orzekł, iż nie zostało wykazane, że traktowanie skarżącego w trakcie kontroli osobistych osiągnęło minimalny poziom uciążliwości, niezbędny, aby rozpatrywać je w kontekście art. 3 EKPC. Stąd nie doszło do naruszenia wskazanego przepisu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Jeżeli zaś chodzi o zarzut naruszenia art. 8 EKPC, to skarżący nie skomentował tego zarzutu. Podał jedynie, że kontrole osobiste miały negatywny wpływ na jego relacje z członkami rodziny, ponieważ unikali oni odwiedzania skarżącego.

Rząd podniósł, że miała miejsce ingerencja w prawo skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego, ale była ona usprawiedliwiona przez co najmniej dwa uzasadnione cele: zapobieganie naruszeniu porządku i popełnieniu przestępstw oraz ochrona praw i wolności innych osób. Ingerencja była proporcjonalna w świetle wymogów określonych w art. 8 ust. 2 EKPC. Ponadto, kontrole były przeprowadzone w obecności dwóch funkcjonariuszy SW tej samej płci, bez obecności osób trzecich. Skarżący nie był traktowany w poniżający sposób, nie używano także obraźliwego czy napastliwego słownictwa w stosunku do niego.

W sprawie *Dejneki przeciwko Polsce* Trybunał zauważył, że nakaz przeprowadzenia kontroli miał oparcie w przepisach prawa krajowego, w szczególności w normach Kodeksu karnego wykonawczego. Trybunał jest także usatysfakcjonowany, że usprawiedliwionym celem było zapobieganie zakłóceniu porządku i popełnieniu przestępstw oraz ochrona praw i wolności innych osób. Jedyne, co pozostaje do ustalenia, to fakt, czy kontrole osobiste, jakim poddawano skarżącego, były proporcjonalne w okolicznościach tej sprawy.

Rząd podniósł, że kontrole były usprawiedliwione w związku z podejrzeniem, że skarżący był zaangażowany w nielegalny handel – pieniądze z nielegalnego źródła oraz środki psychoaktywne zostały znalezione ukryte w jego ubraniach. Próbował on również przekazać nielegalną wiadomość członkowi rodziny w trakcie widzenia; w przeszłości skarżący był zakwalifikowany do więźniów niebezpiecznych oraz był aktywnym członkiem podkultury.

Trybunał uznał, że wszystkie te czynniki są faktycznie znaczące dla całościowej oceny postawy skarżącego. Niemniej jednak nie usprawiedliwiają one przeprowadzenia kontroli we wskazanych datach. ETPC zwrócił bowiem uwagę, że pieniądze zostały u skarżącego znalezione w 2011 r., a próba przekazania nielegalnej informacji miała miejsce w dniu 4 lutego 2012 r., zaś reżim więźniów niebezpiecznych uchylono 18 lutego 2010 r. Poza tym rząd wskazał, że kontrola celi skarżącego w dniu 5 czerwca 2012 r. była częścią kontroli generalnej, planu wdrożenia środków bezpieczeństwa. Niemniej jednak nie wyjaśnił, czy kontrola osobista była również częścią tego planu oraz jakie konkretne powody zadecydowały o przeprowadzeniu kontroli osobistej wobec skarżącego. Rząd nie podał też żadnych powodów przeprowadzenia kontroli w dniu 25 sierpnia 2012 r., po odbytym widzeniu z rodziną. Trybunał podkreślił, że jest świadomy potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa w jednostkach penitencjarnych. Niemniej jednak kontrole osobiste, powiązane z koniecznością rozebrania się, wymagają przekonującego uzasadnienia. W sprawie *Dejneki* nie wydaje się, aby takie uzasadnienie zostało przedstawione. Trybunał doszedł zatem do wniosku, że władze nie wykazały wystarczających i odpowiednich powodów, które usprawiedliwiłyby

kontrolę osobistą w dniu 5 czerwca i 25 sierpnia 2012 r., stąd ETPC orzekł, że doszło do naruszenia art. 8 EKPC¹⁸.

Kolejne stanowisko ETPC odnoszące się do kontroli osobistych pokazuje zatem, że Polska musi się zmierzyć z właściwą implementacją wyroków *Milka* i *Dejnek*. Konkretnie, przekonujące uzasadnienie dla przeprowadzenia kontroli wobec więźnia w określonych okolicznościach jest niezbędne. Obecnie obowiązujące w Polsce regulacje prawne pozwalają zaś zdecydowanie na szerokie stosowanie kontroli osobistych, z powołaniem się na względy porządku i bezpieczeństwa jednostki penitencjarnej. Ustawodawca powinien pochylić się nad tym zagadnieniem i doprowadzić do nowelizacji art. 116 k.k.w. W przeciwnym razie obecna formuła przeprowadzania kontroli osobistych w Polsce narazi nas na kolejne przegrane sprawy i koszty, jakie Polska poniesie wobec wypłacanych kwot zadośćuczynienia.

3. Ograniczenia praw związane ze statusem więźnia niebezpiecznego

Wśród osób pozbawionych wolności są w polskich jednostkach penitencjarnych tacy osadzeni, których komisja penitencjarna kwalifikuje do osadzonych stwarzających poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu, którzy odbywają karę w wyznaczonym oddziale lub celi zakładu karnego typu zamkniętego w warunkach zapewniających wzmożoną ochronę społeczeństwa i bezpieczeństwo tego zakładu (tzw. więźniowie niebezpieczni). Obostrzenia, jakie wiążą się z ich pobytem w oddziale dla niebezpiecznych, to m.in. kontrole osobiste przy każdorazowym wyjściu i powrocie do celi mieszkalnej¹⁹, monitorowanie zachowania osadzonych przy pomocy kamer telewizji przemysłowej, najczęściej izolacja od innych więźniów. Mimo że przepisy zezwalają na osadzenie maksymalnie do 3 więźniów niebezpiecznych w celi mieszkalnej, w praktyce najczęściej są oni umieszczeni w niej pojedynczo. Weryfikacja statusu niebezpiecznego następuje co trzy miesiące. Wówczas komisja penitencjarna podejmuje decyzję o potrzebie dalszego zakwalifikowania określonej osoby do kategorii niebezpiecznych bądź uchyleniu tego statusu.

W przeszłości liczba więźniów niebezpiecznych sięgała nawet 346²⁰. Pierwsze wyroki ETPC z dnia 17 kwietnia 2012 r. w sprawach *Piechowicz przeciwko Polsce* (skarga nr 20071/07) i *Horych przeciwko Polsce* (skarga nr 13621/08), doprowadziły do znacznego zmniejszenia częstotliwości kwalifikowania do osa-

¹⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Dejnek v. Polska*, § 50–77, w tekście zawarto tłumaczenie własne autorki.

¹⁹ W tej mierze nastąpiła zmiana regulacji prawnych. Szerzej na ten temat w dalszej części artykułu.

²⁰ Ministerstwo Sprawiedliwości, Centralny Zarząd Służby Więziennej, Miesięczna statystyka, styczeń 2009, tabela nr 18, s. 22.

dzonych niebezpiecznych. Na dzień 30 września 2018 r. liczba takich więźniów ukształtowała się na poziomie 146²¹.

Zapewne osoby zakwalifikowane do osadzonych niebezpiecznych to więźniowie, którzy stanowią zagrożenie i wypełniają przesłanki zakwalifikowania do tej kategorii²². Nie można jednak zapominać o tym, że prawa określone w EKPC dotyczą także tej kategorii więźniów i w żaden sposób fakt zakwalifikowania ich do niebezpiecznych i poddania ich szczególnemu rygorowi, nie zwalnia władz Polski od respektowania postanowień Konwencji.

Tymczasem w dniu 12 stycznia 2016 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu wydał trzy wyroki przeciwko Polsce: *Karykowski przeciwko Polsce* (skarga nr 653/12), *Prus przeciwko Polsce* (skarga nr 5136/11) oraz *Romaniuk przeciwko Polsce* (skarga nr 59285/12). We wszystkich trzech sprawach Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 EKPC, stanowiącego iż nikt nie może być poddany torturom ani niehumanicznemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Tytułem zadośćuczynienia zasądził odpowiednio 5 tys. euro, 3 tys. euro oraz 8 tys. euro. W dniu 16 lutego 2016 r. zapadły kolejne dwa wyroki: *Paluch przeciwko Polsce* (skarga nr 57292/12) oraz *Świderski przeciwko Polsce* (skarga nr 5532/10). Z kolei w dniu 19 kwietnia 2016 r. ETPC wydał wyrok w sprawie *Karwowski przeciwko Polsce* (skarga nr 29869/13), zaś w dniu 14 czerwca 2016 r. w sprawie *Pugżlys przeciwko Polsce* (skarga nr 446/10). W 2017 r. Trybunał kontynuował swoją linię orzecniczą. Zapadły wówczas następujące wyroki: z dnia 5 października 2017 r. w sprawie *Artur Pawlak przeciwko Polsce* (skarga nr 41436/11), z dnia 21 marca 2017 r. w sprawie *Michał Korgul przeciwko Polsce* (skarga nr 36140/11). ETPC wydał także decyzję z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie *Chowaniec przeciwko Polsce* (skarga nr 54952/14), odnoszącą się do problematyki więźniów niebezpiecznych²³.

Jeżeli chodzi o pierwsze ze wskazanych wyroków, p. Karykowski i p. Prus byli zakwalifikowani do niebezpiecznych w związku z tym, iż administracja więzienna uznała, że zachodzi potrzeba izolowania ich od pozostałych więźniów. W przypadku p. Karykowskiego zakwalifikowanie nastąpiło po tym, jak w czasie przeszukania celi mieszkalnej znaleziono podpisany przez niego list, zawierający krytykę proponowanych zmian legislacyjnych (zatytułowany protest, podpisany przez 135 osadzonych). Został uznany za jednego z organizatorów planowanego protestu w jednostce penitencjarnej. Na tym tle można postawić pytanie, czy takie postępowanie administracji jednostki jest prawidłowe, skoro kodeks karny

²¹ Ministerstwo Sprawiedliwości, Centralny Zarząd Służby Więziennej, Miesięczna statystyka, wrzesień 2018, tabela nr 21, Warszawa 2018, s. 23.

²² Wśród badanych w Biurze RPO skarg wylaniają się także nieprawidłowości i kwalifikowanie do tej kategorii wbrew kodeksowym przesłankom, jednak tego typu przypadki są sporadyczne.

²³ Trybunał skreślił sprawę z listy spraw do rozpoznania wobec złożenia jednostronnej deklaracji przez rząd, który zobowiązał się tytułem słusznego zadośćuczynienia do zapłaty na rzecz skarżącego kwoty 50 000 zł, wobec skierowania do ETPC skargi zarzucającej naruszenie art. 3 EKPC w związku z długotrwałym stosowaniem w stosunku do skarżącego reżimu kwalifikującego go do kategorii niebezpiecznych. W sprawie Ryszarda Chowaniec chodziło o okres 16 lat.

wykonawczy określa enumeratywnie podstawy zakwalifikowania do więźniów niebezpiecznych. Odpowiedź musi być negatywna.

Z kolei p. Prus uzyskał status niebezpiecznego po tym, jak wraz z innymi więźniami odmówił spożycia śniadania. Administracja posiadała informacje, że był przywódcą lub aktywnym uczestnikiem planowanego zbiorowego protestu w jednostce penitencjarnej. Natomiast p. Romaniuk był zakwalifikowany do niebezpiecznych od momentu osadzenia go w jednostce penitencjarnej, w związku z oskarżeniem go o morderstwo z użyciem broni palnej.

Wnioskodawcy podnosili, że środki bezpieczeństwa stosowane wobec nich przez cały okres zakwalifikowania do niebezpiecznych, w szczególności odosobnienie, izolacja w kontaktach z rodziną, światem zewnętrznym i innymi więźniami, zakładanie kajdan przy każdorazowym opuszczeniu celi mieszkalnej, rutynowe kontrole osobiste oraz stała obserwacja celi mieszkalnej, w tym kącika sanitarnego, za pomocą kamer telewizji przemysłowej, były szczególnie uciążliwe, prowadząc do poniżającego traktowania. Osadzony Karykowski był poddany takiemu reżimowi dokładnie przez okres 5 miesięcy i 7 dni, p. Prus przez 5 miesięcy i 23 dni, p. Romaniuk przez prawie 3 lata.

W kolejnych wyrokach z dnia 16 lutego 2016 r. w sprawie *Paluch przeciwko Polsce* oraz *Świderski przeciwko Polsce*, ETPC ponownie uznał, że Polska naruszyła art. 3 EKPC, zasądzając na rzecz skarżących kwotę odpowiednio 3500 i 9000 euro. Pierwszy z osadzonych był zakwalifikowany do niebezpiecznych przez okres 9 miesięcy, drugi nieco ponad 4 lata.

Jeżeli chodzi o sprawę *Paluch przeciwko Polsce*, Trybunał uznał, że władze krajowe nie udowodniły, że stosowane środki związane z reżimem dla niebezpiecznych były konieczne do osiągnięcia celu, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa w zakładzie karnym. Trybunał uważa, że kontrole osobiste (niejednokrotnie stosowane wiele razy w ciągu dnia) powodowały uczucie niższości, udręki i poniżenia, które wykraczały poza nieunikniony poziom cierpienia i poniżenia, jaki jest związany z odbywaniem kary pozbawienia wolności. Władze krajowe nie wykazały także w sposób dostateczny, że przedłużanie stosowania statusu niebezpiecznego nie było jedynie formalnością, ograniczającą się do podania tych samych podstaw, jak przy poprzednich decyzjach kwalifikacyjnych.

Z kolei w sprawie *Świderski przeciwko Polsce* Trybunał podkreślił, że nie może zaakceptować przedłużającego się i rutynowego stosowania pełnego wachlarza środków dostępnych dla administracji więziennej w przypadku reżimu dla niebezpiecznych przez okres ponad 4 lat. Władze nie wykazały, aby wszystkie były konieczne dla osiągnięcia bezpieczeństwa zakładu karnego.

W obu sprawach Trybunał powoływał się na swoją argumentację, przedstawioną w sprawie *Piechowicz przeciwko Polsce*, także dotyczącej więźniów niebezpiecznych.

W wyroku z dnia 19 kwietnia 2016 r. w sprawie *Karwowski przeciwko Polsce*, Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu ponownie uznał, że doszło do naruszenia art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, zasądzając na rzecz wnioskodawcy 11 tys. euro.

Skarżący zarzucił władzom, że zastosowanie wobec niego reżimu dla niebezpiecznych (przez okres blisko 8 lat) i restrykcje z tym związane było poniżającym oraz nieludzkim traktowaniem. Wnioskodawca twierdził, że był trzymany w celi, która była stale monitorowana. Za każdym razem, kiedy ją opuszczał, był poddawany kontroli osobistej, co oznaczało, że musiał rozebrać się do naga przed funkcjonariuszami Służby Więziennej. Trybunał uznał, że decyzja o zakwalifikowaniu do niebezpiecznych była usprawiedliwiona rodzajem popełnionych przestępstw. Niemniej jednak ETPC nie może zaakceptować powtarzającego się, rutynowego stosowania wszystkich środków związanych z reżimem dla niebezpiecznych przez okres blisko 8 lat, celem zapewnienia bezpieczeństwa jednostki penitencjarnej. Trybunał zwrócił uwagę, że władze nie podjęły wysiłków celem zneutralizowania efektów izolacji poprzez odpowiednią fizyczną albo psychiczną stymulację. Systematyczne, rutynowe kontrole osobiste (powiązane z rozebraniem się) przy każdorazowym wychodzeniu z celi mieszkalnej i powrocie do niej, zostały zanegowane przez Trybunał, jako niepowiązane z żadnymi określonymi potrzebami związanymi z bezpieczeństwem czy określonym podejrzeniem, odnoszącym się do zachowania osadzonego. Władze nie podały żadnych konkretnych powodów przy decyzji pierwotnej o zakwalifikowaniu do niebezpiecznych ani przy przedłużaniu stosowania reżimu. Stąd w praktyce procedura weryfikacyjna była czystą formalnością i powtórzeniem powodów uprzednio wskazanych. Jak podkreślił Trybunał w Strasburgu, władze nie podały odpowiednich powodów, które by usprawiedliwiały, w okolicznościach tej konkretnej sprawy, surowość zastosowanych środków. W szczególności władze nie wykazały, że nałożone środki były niezbędne całościowo, aby osiągnąć cel, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa jednostki penitencjarnej.

Podobnie w wyroku ETPC z dnia 14 czerwca 2016 r. w sprawie *Pugžlys przeciwko Polsce* (skarga nr 446/10), mając na uwadze skumulowane skutki reżimu dla niebezpiecznych oraz surowe i upokarzające środki w toku rozprawy przed sądem, Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 3 Konwencji.

Wobec skarżącego toczyły się dwa postępowania, w 2005 i w 2010 r. W pierwszym został skazany za napaść z bronią w rękę na cztery i pół roku pozbawienia wolności, a w drugim za porwanie dla okupu i członkostwo w zorganizowanej grupie przestępczej na dwanaście lat pozbawienia wolności. Wnioskodawca twierdził, że zakwalifikowanie go do tzw. niebezpiecznych więźniów oraz przetrzymywanie za metalowymi kratami na sali sądowej było bezprawne.

Rozpoznając tę sprawę Trybunał w Strasburgu podkreślił, iż nie może zaakceptować argumentacji, aby rutynowe i masowe stosowanie pełnej gamy środków, które były dostępne w ramach reżimu dla niebezpiecznych przez okres dziewięciu lat, było konieczne do utrzymania bezpieczeństwa jednostki penitencjarnej. Ponadto ETPC podkreślił, iż ze sprawy nie wynika, że władze podjęły jakiegokolwiek działania, by przeciwdziałać skutkom izolacji przez zapewnienie skarżącemu odpowiedniej stymulacji umysłowej lub fizycznej, poza jednym spacerem dziennie na wydzielonym polu spacerowym. Trybunał nie jest

również przekonany, że skuwanie w kajdanki było konieczne za każdym razem, gdy skarżący opuszczał celę. Jeszcze więcej wątpliwości budzą kontrole osobiste, którym skarżący był poddawany nawet kilka razy dziennie, za każdym razem gdy opuszczał i wracał do celi mieszkalnej. Poza tym Trybunał zauważył, że decyzje komisji penitencjarnej przedłużające stosowanie reżimu były oparte na tych samych okolicznościach co pierwsza decyzja. Nie była w ogóle brana pod uwagę aktualna sytuacja osobista skarżącego oraz kumulatywne skutki dalszej izolacji.

Co do kwestii stosowania środków bezpieczeństwa na sali sądowej, Trybunał zauważył, że tak surowy obraz postępowania przed sądem był upokarzający dla skarżącego w jego własnych oczach i budził poczucie niższości. Prócz tego, Sąd Okręgowy w Lublinie nie uzasadnił swojej decyzji o zastosowaniu takich środków bezpieczeństwa. Niemożliwe zatem jest ustalenie powodów, na jakich powyższa decyzja została oparta. Co więcej, sąd nie wydał żadnej decyzji w sprawie wniosków skarżącego o zezwolenie na udział w rozprawie bez konieczności przebywania w klatce. Tak poniżające traktowanie mogło mieć wpływ na zdolność wnioskodawcy do koncentracji i czujności w trakcie postępowania, w czasie którego ustalano odpowiedzialność karną wnioskodawcy. Tymczasem, nawet za kratami wnioskodawca był skuty w kajdany zespolone.

Problematyka stosowania specjalnych środków bezpieczeństwa na sali sądowej to zatem nowy wątek, który nie był poddawany ocenie Trybunału przy poprzednich wyrokach ETPC.

Spośród spraw z 2017 r. warto zwrócić uwagę na wyrok *Michał Korgul przeciwko Polsce*²⁴, dotyczący przedłużającego się stosowania statusu więźnia niebezpiecznego oraz dysponowania przez skazanego własnymi środkami finansowymi. Skarżący został w 2009 r. tymczasowo aresztowany, a następnie skazany na karę pozbawienia wolności za dokonane rozboje. W dniu 24 lutego 2011 r. komisja penitencjarna w Areszcie Śledczym w Lublinie zakwalifikowała go do kategorii więźniów niebezpiecznych, w związku z tym, że w dniu 21 lutego 2011 roku skarżący odmówił poddania się kontroli osobistej, agresywnie zachowywał się oraz próbował uderzyć funkcjonariusza SW w twarz. Reżim dla niebezpiecznych uchylono osadzonemu w dniu 16 listopada 2011 r. Po przetransportowaniu do Zakładu Karnego w Opolu Lubelskim został jednak ponownie zakwalifikowany do więźniów niebezpiecznych. Uchylono kwalifikację w dniu 27 marca 2013 r. Łącznie skarżący był zakwalifikowany do niebezpiecznych przez prawie dwa lata, a w konsekwencji poddany środkom podwyższonego bezpieczeństwa i różnym ograniczeniom.

Skarżący zarzucał, że został bezprawnie sklasyfikowany jako więzień niebezpieczny i poddany poniżającemu traktowaniu, co tym samym naruszało art. 3 EKPC. Trybunał orzekł, że doszło do nieludzkiego i poniżającego traktowania, a więc naruszenia wskazanego przepisu Konwencji. Biorąc bowiem pod uwagę kumulatywny efekt stosowania wobec skarżącego reżimu „więźnia niebezpiecznego”, władze nie wykazały wystarczających i odpowiednich powodów, mogących

²⁴ Tłumaczenie Ministerstwa Sprawiedliwości dostępne przez stronę internetową HUDOC.

usprawiedliwić surowość podejmowanych środków w całym ich wymiarze dla osiągnięcia uprawnionego celu w postaci zapewnienia bezpieczeństwa zakładu karnego.

We wszystkich powyżej przedstawionych wyrokach, ETPC stwierdził, iż Polska dopuściła się naruszenia art. 3 EKPC, a więc przepisu Konwencji, od którego nie ma żadnych wyjątków. Jak podnosił wielokrotnie sam Trybunał, ale także doktryna, ochrona na podstawie art. 3 Konwencji jest absolutna, niezależnie od okoliczności oraz natury stawianych aresztowanemu zarzutów albo motywacji władz, nawet „w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu”, a tym bardziej jednostki (...). Nie ma tu miejsca na ważenie rozmaitych, mogących wchodzić w grę interesów. Wynika to z podstawy filozoficznej absolutnej natury prawa chronionego w art. 3 EKPC²⁵.

W rozpoznawanych przez Trybunał sprawach dotyczących osadzonych niebezpiecznych podkreślono, że rząd Polski nie wykazał wystarczających i odpowiednich powodów, które by usprawiedliwiały, w odniesieniu do poszczególnych osadzonych i okoliczności ich sprawy, surowość zastosowanych środków. W szczególności nie wykazano, aby wszystkie stosowane elementy reżimu dla niebezpiecznych były konieczne dla osiągnięcia celu, jakim jest bezpieczeństwo zakładu karnego.

Tak wyraźnie zaakcentowane stanowisko Trybunału we wszystkich przedstawionych sprawach, ale także te inne, które zostały zakończone ugodą lub jednostronną deklaracją rządu polskiego²⁶, powodują, że bezwzględnie muszą zostać wyeliminowane nieprawidłowości z praktyki postępowania z więźniami niebezpiecznymi w naszym kraju. Przegrane sprawy to bowiem nie tylko obciążenie budżetu państwa poprzez konieczność wypłacenia odszkodowania, ale przede wszystkim wymóg takiej zmiany przepisów lub praktyki w danym obszarze, która pozwoli na uznanie przez Komitet Ministrów Rady Europy, że wyroki zostały wykonane²⁷.

Pierwszy krok w celu implementacji wyroków ETPC został uczyniony poprzez przyjęcie nowelizacji Kodeksu karnego wykonawczego z dnia 10 września 2015 r.²⁸ Nowe przepisy pozwalają na odstępianie od pewnych elementów reżimu przewidzianego dla więźniów niebezpiecznych. Ważna jest jednak przede wszystkim odpowiednia praktyka i faktyczne stosowanie nowych rozwiązań

²⁵ M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, LEX, 2015.

²⁶ Ugody zawarto m.in. w sprawach: *Kwiek przeciwko Polsce*, skarga nr 12120/11 (wypłacono 40 tys. zł), *Zawadzki przeciwko Polsce*, skarga nr 50868/12 (wypłacono 25 tys. zł). Sprawy zakończone jednostronną deklaracją: sprawa *Nowak przeciwko Polsce*, skarga nr 9599/13, sprawa *Wódka przeciwko Polsce*, skarga nr 1804/11.

²⁷ Art. 46 EKPC stanowi, iż Wysokie Układające się Strony zobowiązują się do przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami. Ostateczny wyrok Trybunału przekazuje się Komitetowi Ministrów, który czuwa nad jego wykonaniem.

²⁸ Dz. U. poz. 1573.

prawnych przez funkcjonariuszy SW. Przedstawione wyroki ETPC wskazują na potrzebę praktycznej zmiany i odmiennego niż dotychczas podejścia do przedmiotowej problematyki.

Rzecznik Praw Obywatelskich kilkakrotnie kierował w przedmiocie zagadnienia stosowania reżimu dla więźniów niebezpiecznych wystąpienia generalne do Dyrektora Generalnego Służby Więziennej²⁹. Podkreślano w nich konieczność szczegółowego uzasadniania i wskazywania faktycznych powodów przedłużania statusu osadzonego niebezpiecznego, jak i samego kwalifikowania do tej kategorii więźniów. Równie istotna jest okresowa weryfikacja potrzeby stosowania wobec osadzonego niebezpiecznego wszystkich obostrzeń związanych z reżimem dla niebezpiecznych.

Jak wykazało badanie przedmiotowego zagadnienia w Areszcie Śledczym w Warszawie – Mokotowie, jakiej dokonali pracownicy Biura RPO w dniu 14 stycznia 2016 r., decyzje o przedłużaniu statusu osadzonego niebezpiecznego (dokonywane co 3 miesiące) nie zawsze były uzasadniane w wystarczająco szczegółowy oraz konkretny sposób. Podaje się np. że „w okresie ostatnich trzech miesięcy nie zaszły istotne zmiany w sytuacji prawnej oraz postawie osadzonego, mogące mieć wpływ na zmianę nadanej kategorii. Nadal pozostają aktualne przyczyny zakwalifikowania do kategorii osadzonych wymagających osadzenia w wyznaczonym oddziale lub celi aresztu śledczego lub zakładu karnego typu zamkniętego w warunkach zapewniających wzmożoną ochronę społeczeństwa i bezpieczeństwo aresztu lub zakładu”. Tego rodzaju sformułowania są niewystarczające. W kontekście orzecznictwa Trybunału w Strasburgu niezbędne jest podanie konkretnych zachowań osoby pozbawionej wolności i takie uzasadnienie, które odnosi się do jej postawy w okresie podlegającym ocenie przez komisję penitencjarną³⁰.

4. Prawo do dysponowania własnymi środkami finansowymi

W dniu 13 września 2016 r. przed ETPC zapadł wyrok w sprawie *Siemaszko i Olszyński przeciwko Polsce* (skargi nr 60975/08 i 35410/09). We wniosku do Europejskiego Trybunału wnioskodawcy wskazali, że zostali zmuszeni do składania swoich pieniędzy na koncie PKO BP, co naruszyło ich prawo do poszanowania ich dóbr. Podnosili naruszenie art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, zgodnie z którym:

„Każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym

²⁹ Pisma z dnia 1.10.2015 r., 20.01.2016 r., 19.02.2016 r., 22.04.2016 r., nr sprawy IX.517.1438.2015.

³⁰ IX.517.1438.2015, pismo RPO A. Bodnara do Dyrektora Generalnego SW z dnia 20.01.2016 r.

i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z podstawowymi zasadami prawa międzynarodowego.

Powyższe postanowienia nie będą jednak w żaden sposób naruszać prawa Państwa do wydawania takich ustaw, jakie uzna za konieczne dla uregulowania sposobu korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym lub w celu zapewnienia uiszczania podatków bądź innych należności lub kar pieniężnych.”

Trzeba wskazać, iż wnioskodawcy nie skarżyli się na stopę oprocentowania swojego konta, lecz na niemożliwość dysponowania swoimi oszczędnościami w sposób bardziej dla nich korzystny, z powodu przepisów prawa krajowego i ich stosowania przez organy państwowe. Jan Olszyński zwrócił uwagę, że jego sytuacja była inna od tej, jaką mają klienci banków prywatnych, ponieważ był zmuszony do umieszczenia swoich oszczędności na koncie narzuconym przez władze, bez możliwości wyboru lepszego dla jego osobistych potrzeb.

Rząd podnosił kilka zarzutów, m.in. niewyczerpania możliwości krajowej drogi odwoławczej i procesowej oraz zarzut braku znaczącego uszczerbku po stronie wnioskodawców.

Trybunał nie podzielił tej argumentacji wskazując, że rząd udowadniający niewykorzystanie krajowych dróg odwoławczych i procesowych powinien przekonać ETPC, że te drogi były efektywne i możliwe w teorii oraz praktyce w momencie, kiedy doszło do danej sprawy.

Przedmiot sprawy przed ETPC sprowadzał się nie do kwestii obligatoryjnego przeznaczania części oszczędności na fundusz, z którego pieniądze więźniowie otrzymają po wykonaniu kary (tzw. żelazną kasę), ale na sposób funkcjonowania tej instytucji. Przede wszystkim chodzi o zmuszenie do umieszczania pieniędzy na koncie o bardzo niskiej stopie procentowej. Rozpoznając zarzut naruszenia art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji Trybunał przypomniał, że środek ingerencji musi zapewniać „sprawiedliwą równowagę” pomiędzy imperatywami interesu powszechnego a tymi, mającymi na celu zapewnienie praw podstawowych jednostki. To poszukiwanie równowagi odzwierciedla się w strukturze art. 1, również w drugim akapicie: musi istnieć rozsądny stosunek proporcjonalności pomiędzy zastosowanymi środkami a celem. Kontrolując respektowanie tego wymagania, Trybunał z jednej strony przyznaje państwu wielką swobodę w kwestii wyboru sposobów wykonywania, równocześnie – z powodu troski o osiąganie celu prawa w tej sprawie – zachowując możliwość sądenia, czy konsekwencje rozwiązań krajowych są rzeczywiście oparte na trosce o interes powszechny.

ETPC stwierdził, że w świetle przepisów obowiązujących do 31 grudnia 2011 roku, wnioskodawcy byli w pełni pozbawieni możliwości wyboru instrumentów bankowych, na których mogliby umieszczać swoje oszczędności tworzące fundusz. Szkoda materialna sama w sobie skromna, może być ważna przez wzgląd na konkretną sytuację jednostki i okoliczności ekonomiczne kraju lub regionu, w którym żyje.

Trybunał przyjął, że dokonując nowelizacji art. 126 § 1 k.k.w., która weszła w życie 1 stycznia 2012 r., władze polskie same usunęły sporne środki. Z drugiej

strony, wyżej wspomniany przepis został ponownie zmieniony w lipcu 2015 r. W konsekwencji Trybunał nie jest przekonany, że było to niezbędne do osiągnięcia wyżej wspomnianego celu.

ETPC zauważył, że środki należące do wnioskodawców były kumulowane w celu stworzenia funduszu, który mieli otrzymać po odbyciu kary. Art. 126 k.k.w. nie ma na celu pozbawienia ich tych dóbr, lecz tymczasowe ograniczenie możliwości korzystania z nich. Trybunał podkreślił, że władze polskie poprzez ten przepis zmusiły wnioskodawców do umieszczenia ich oszczędności na koncie, którego stopa procentowa była niższa niż stopa inflacji. Próby wnioskodawców, aby zmienić konto na korzystniejsze były odrzucane. Trybunał przyjął, że naruszenie praw wnioskodawców nie wynikało z inflacji jako takiej, ale z powodu zasad, które organy państwowe wprowadziły w kwestii gromadzenia środków finansowych więźniów. Z powyższych powodów Trybunał uznał, że sytuacja zgłoszona przez wnioskodawców wskazuje na naruszenie art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji przez organy państwowe. Wobec powyższego ETPC przyznał każdemu ze skarżących 2000 euro z tytułu wszystkich szkód łącznie.

Dokonując analizy orzeczenia *Siemaszko i Olszyński przeciwko Polsce*, trzeba mieć jednak na uwadze, jaki jest cel gromadzonych środków, które przekazuje się skazanemu w chwili jego zwolnienia z zakładu karnego, tj. na przejazd do miejsca zamieszkania i utrzymanie w pierwszym okresie po zwolnieniu. Ustawodawca dokonał w 2011 r. zmiany art. 126 § 1 k.k.w., który nie zabezpieczał celu, na jaki gromadzone były środki określając, że można je przekazać na wybrany rachunek bankowy. Praktyka pokazała, iż skazani przekazywali je na rachunki bankowe osób trzecich (rodziny, znajomych) i przez to nie byli właściwie zabezpieczeni w początkowym okresie po zwolnieniu, a w związku z tym zwracali się o pomoc ze strony państwa. Jednocześnie nie można abstrahować od faktu, że orzeczenie dotyczyło stanu prawnego sprzed zmiany art. 126 § 1 k.k.w. dokonanej w 2011 r.

Problematyki dysponowania własnymi środkami finansowymi przez więźniów, oprócz sprawy *Siemaszko i Olszyński przeciwko Polsce*, dotyczy także sprawa *Michał Korgul przeciwko Polsce*, omówiona powyżej w zakresie zarzutów odnoszących się do reżimu dla więźniów niebezpiecznych. Skarżący zarzucił także naruszenie prawa do poszanowania mienia, a więc art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji. Z otrzymanych od rodziny pieniędzy połowę musiał bowiem umieścić na specjalnym rachunku bankowym, tzw. żelaznej kasie. Zgodnie z art. 126 k.k.w. środki te są wypłacane osadzonemu w momencie zwolnienia z jednostki penitencjarnej. Zdaniem Trybunału ingerencja w niniejszej sprawie została ograniczona do tego, kiedy skarżący mógł korzystać ze swoich pieniędzy, nie pozbawiając go ich. Zdeponowane pieniądze nie były przejęte przez państwo, ale pozostawały własnością więźniów. Począwszy od dnia 1 stycznia 2012 r. skarżący mógł ulokować je na wybranym przez siebie rachunku, ale nie zdecydował się tak uczynić. Kwoty na rachunku oszczędnościowym, przekazywanym skazanemu w chwili zwolnienia, były umiarkowane, maksymalna zaś kwota była określona jako równowartość średniego miesięcznego wynagrodzenia krajowego, ustalo-

nego przez Główny Urząd Statystyczny. Trybunał uważa, że państwo ma prawo do korzystania z takich programów, które uważa za najbardziej odpowiednie dla ponownej integracji więźniów ze społeczeństwem po ich zwolnieniu, w tym poprzez zabezpieczenie dla nich pewnej kwoty pieniędzy³¹.

Sprawa Michała Korgula stanowi zatem przypadek zmiany poglądu ETPC w kontekście interpretacji art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji, co należy ocenić pozytywnie.

5. Poszanowanie prawa do intymności więźniów w kontekście zabudowanych kątek sanitarnych w celach mieszkalnych

Omawiając najbardziej aktualne wyroki ETPC przeciwko Polsce, które odnoszą się do praw osób pozbawionych wolności, należy także zwrócić uwagę na wyrok z dnia 15 grudnia 2015 r. w sprawie *Szafrański przeciwko Polsce* (skarga nr 17249/12)³², odnoszący się do prawa do prywatności więźnia, w kontekście zabudowy kątek sanitarnych, znajdujących się w wieloosobowych celach mieszkalnych. To pierwszy wyrok przeciwko Polsce, który dotyczy tego zagadnienia. Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 EKPC i przyznał skarżącemu kwotę 1800 euro za doznaną krzywdę. Osadzony podnosił także zarzut naruszenia art. 3 EKPC.

Skarżący zarzucił, że w okresie jesienno-zimowym cele nie były odpowiednio ogrzewane, natomiast w sezonie letnim w celach brakowało wentylacji. Kątki sanitarne były oddzielone od reszty celi wyłącznie płytą pilśniową o wysokości 1,20 m, bez drzwi, co nie zapewniało nawet minimum prywatności.

Trybunał w swoich rozważaniach podkreślił, że dana osoba przez sam fakt uwięzienia nie traci praw przewidzianych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Wręcz odwrotnie, osoby pozbawione wolności są grupą wrażliwą i państwo ma obowiązek je chronić.

W przypadku skarżącego, zdaniem Trybunału, nie doszło do naruszenia art. 3 EKPC (nikt nie może być poddany torturom ani niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu), gdyż nie został osiągnięty minimalny poziom uciążliwości. Doszło zaś do naruszenia art. 8 EKPC (każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji). Na państwie ciąży bowiem pozytywny obowiązek zapewnienia kątek sanitarnych gwarantujących minimum prywatności. Trybunał powołał się przy tym na zalecenia CPT³³, zgodnie z którymi częściowe oddzielenie kątek w celi może mieć miejsce jedynie w przypadku celi jednoosobowej.

³¹ Wyrok *Michał Korgul przeciwko Polsce*, § 55.

³² Omówienie wyroku i komentarz do niego, zob. M. Mazur, *Warunki sanitarne w celi więziennej a prawo do prywatności*, Głosa 2017, Nr 2, s. 123–132.

³³ CPT/Inf (2012) 13, § 78 i 2nd General Report CPT/Inf (92) 3, § 49.

Rzecznik Praw Obywatelskich monitoruje systematycznie zabudowę kąpoków sanitarnych w celach wieloosobowych i corocznie zwraca się o przedstawienie wykazu wykonanych prac remontowych w zakresie pełnej zabudowy kąpoków sanitarnych³⁴. Wszystkie skargi więźniów, podnoszące niepełną zabudowę kąpoków sanitarnych (np. tylko do pewnej wysokości, bez drzwi, z kotarą) są uznawane przez RPO za zasadne. Rzecznik stoi bowiem na stanowisku, że urządzenia sanitarne w celach wieloosobowych powinny być wydzielone w sposób zapewniający intymność przy wykonywaniu czynności higienicznych i załatwianiu potrzeb fizjologicznych. Brak pełnej zabudowy kąpaka sanitarnego powoduje, że warunek ten nie jest spełniony. Taki stan narusza zawarte w art. 4 § 1 k.k.w. zasady wykonywania kary w sposób humanitarny, z poszanowaniem godności ludzkiej skazanego oraz zakaz poniżającego traktowania. Poza tym, zgodnie z § 29 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności, w zakładach karnych niezbędne urządzenia sanitarne sytuuje się w sposób zapewniający ich niekrępujące użytkowanie³⁵.

Z odpowiedzi Zastępcy Dyrektora Generalnego SW z dnia 5.04.2016 r. na pismo Zastępcy RPO wynika, iż przy założeniu dotychczasowego poziomu finansowania, Służba Więzienna planuje zakończenie realizacji planu zabudowy kąpoków sanitarnych w perspektywie 4–5 lat.

Przy takim zatem stanie rzeczy oraz treści wyroku ETPC w sprawie *Szafrański przeciwko Polsce*, można się spodziewać, iż mogą zapaść kolejne, analogiczne rozstrzygnięcia Trybunału albo sprawy będą się kończyły ugodą bądź jednostronną deklaracją rządu polskiego w sytuacji, gdy skarga osadzonego będzie dotyczyła poszanowania prawa do prywatności w kontekście niezabudowanych kąpoków sanitarnych. Zapewne zatem ten element warunków bytowych w polskich jednostkach penitencjarnych nie może zostać zmarginalizowany, a przeprowadzenie stosownych remontów i wykonanie pełnej zabudowy kąpoków sanitarnych nie może być odkładane w czasie³⁶.

6. Podsumowanie

Biorąc pod uwagę przedstawione rozważania, orzeczenia ETPC nie są z należytą rozwałą analizowane przez polskie organy ustawodawcze i wykonawcze. Chociaż deklarują one respektowanie orzeczeń ETPC, w praktyce nie zawsze dążą do szybkiej zmiany regulacji prawnych czy też wdrożenia właściwej praktyki.

³⁴ Ostatnie pismo z dnia 06.02.2018 r., numer sprawy: IX.517.1494.2015.

³⁵ Analogiczną regulację odnośnie aresztów śledczych można znaleźć w § 34 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania.

³⁶ Według danych na dzień 26 marca 2018 r. do zabudowy pozostało 1050 kąpoków sanitarnych w celach mieszkalnych wieloosobowych.

Kwestia, którą dostrzegł Trybunał w sprawie *Milka przeciwko Polsce*, polegająca na braku środka zaskarżenia decyzji o kontroli osobistej, choć sygnalizowana kilkakrotnie przez Rzecznika Praw Obywatelskich, nie doczekała się do dnia dzisiejszego właściwego rozwiązania. Co więcej, wobec braku adekwatnych działań ze strony Ministra Sprawiedliwości, Rzecznik złożył wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją RP przepisów regulujących dokonywanie kontroli osobistych więźniów.

Z kolei w przypadku grupy wyroków odnoszących się do reżimu przewidzianego w Polsce dla więźniów niebezpiecznych, najważniejsze jest wdrożenie właściwej praktyki postępowania z takimi osadzonymi, wobec uchwalonych już nowych regulacji prawnych pod koniec 2015 r. Bez zrozumienia po stronie Służby Więziennej, że zmiany są faktycznie niezbędne, wszystkie kolejne sprawy będą przegrywane przez Polskę, zgodnie z przyjętą już linią orzecniczą ETPC.

Obecnie duża liczba spraw kończy się zawarciem ugody lub przedstawieniem jednostronnej deklaracji przez rząd Polski. Takie formy zakończenia sprawy, a nie tylko orzeczenia wydane przeciwko Polsce, oznaczają w praktyce obciążenie budżetu państwa. Stąd warto zwrócić uwagę, iż osadzonych, którzy znajdowali się w analogicznej jak skarżący Milka, Szafrąński, Świdorski albo Karwowski sytuacji, jest bardzo wielu. Można wyobrazić sobie, jak wielkie zobowiązania finansowe będą rodzić dla państwa polskiego kolejne wyroki Trybunału w Strasburgu. W sprawie *Szafrąński przeciwko Polsce* skarżący otrzymał kwotę 1800 euro tytułem zadośćuczynienia za niezapewnienie prawa do intymności. Gdyby tylko taką kwotę pomnożyć przez liczbę osadzonych, którzy na przestrzeni ostatnich lat przebywali, bądź też nadal przebywają w warunkach zakwestionowanych przez ETPC, to zapewne przewyższy ona wysokość środków, które są potrzebne, aby dokonać zabudowy kącików sanitarnych. Takiego pragmatycznego podejścia nie widać jednak u osób odpowiedzialnych za wykonanie wyroków Trybunału.

RIGHTS OF PRISONERS IN THE NEWEST JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AGAINST POLAND

Key words: prisoner, strip searches, regime for dangerous detainees, right to intimacy, sanitary facilities, prisoner's finances

Summary

The authors present in the article the newest judgements of the European Court of Human Rights which refer to Poland and present important issues from the perspective of human rights such as strip searches of prisoners, regime for dangerous detainees, the necessity to provide full separation of sanitary facilities from the living space of the cell and the problem of having money at prisoner's disposal especially those provided at the moment of getting out of a prison. The authors are the employees of the Polish Ombudsman Office so they indicate the activities of the Commissioner for Human Rights Defender taking into account the indicated judgements.

Bibliografia

Nowicki M. A., *Komentarz do art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, LEX, 2015.

Mazur M., *Warunki sanitarne w celi więziennej a prawo do prywatności*, Głosa 2017, nr 2.

PAWEŁ DĄBROWSKI
Akademia L. Koźmińskiego

Rozstrzyganie spraw o udzielenie ochrony międzynarodowej obywatelom Ukrainy w świetle koncepcji alternatywy ochrony wewnętrznej w kraju pochodzenia*

Słowa kluczowe: ochrona międzynarodowa, alternatywa ochrony wewnętrznej, osoby wewnętrznie przesiedlone

Zagadnienia wprowadzające

Aneksja Krymu przez Federację Rosyjską i prowadzone od 2014 r. działania wojenne na wschodniej Ukrainie miały wyraźny wpływ na polski system ochrony cudzoziemców. Obywatele Ukrainy stali się drugą co do liczebności grupą wśród cudzoziemców poszukujących w Polsce ochrony. W 2014 r. o ochronę międzynarodową w Polsce ubiegało się 2253 obywateli Ukrainy, w 2015 r. – 2305, w 2016 r. – 1306, w 2017 r. (do 24.08.) – 509¹. Szczytowe wartości w tej statystyce zostały odnotowane w 2015 r., co zrozumiałe, jeśli uwzględnić kalendarium działań wojennych – był to okres wzmożonych walk na wschodzie Ukrainy. Już w następnym roku obywatele Ukrainy mniej chętnie korzystali z tej możliwości, co można tłumaczyć hipotezami częściowego „zamrożenia” konfliktu zbrojnego, jak i rosnącą świadomością niewielkiego prawdopodobieństwa uzyskania ochrony w Polsce. Naturalnie napływ imigrantów w tej skali nie jest porównywalny do liczb, jakie znamionują „kryzys migracyjny”, dotyczący w ostatnich latach kraje „starej Europy” i południa kontynentu. Jednak w polskich realiach, w których

* Artykuł przygotowany na podstawie referatu pod tym samym tytułem, wygłoszonego na IV Konferencji Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego, *Prawa człowieka wobec sytuacji nadzwyczajnych*, 1–2 czerwca 2017 r. w Olsztynie.

¹ Dane liczbowe zostały przytoczone na podstawie sprawozdań Szefa Urzędu do spraw Cudzoziemców z wykonania ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, za lata 2014, 2015 i 2016. Dostępne: <https://udsc.gov.pl/statystyki/raporty-okresowe/raport-roczny-ochrona-miedzynarodowa/> [data dostępu: 11.09.2017 r.].

z uwagi na wydolność orzecznictwa systemu możliwe jest merytoryczne rozpatrzenie w pierwszej instancji dwóch, maksymalnie trzech tysięcy spraw rocznie, fala uchodźcza z Ukrainy stała się istotną zmianą dla organów rozpatrujących sprawy o udzielenie ochrony międzynarodowej². Dla zobrazowania znaczenia tego zjawiska można przywołać statystyki Rady do spraw Uchodźców (organ drugiej instancji), do której w 2015 r. 63% wszystkich odwołań zostało złożonych przez obywateli Ukrainy, a rok później ten współczynnik wynosił 50,4%³.

Omawiana migracja niosła za sobą wyzwanie nie tylko w wymiarze organizacyjno-logistycznym, ale oznaczała także konieczność wykształcenia linii orzeczniczej w oparciu o słabo wcześniej rozpoznaną przez polskie organy i sądy koncepcję tzw. alternatywy ochrony wewnętrznej. Jest to konstrukcja z zakresu ochrony cudzoziemców, wykreowana na potrzeby rozpatrywania spraw obywateli państw, w których określone zagrożenia, mogące być podstawą udzielenia ochrony międzynarodowej, występują tylko na części ich terytoriów, zaś w pozostałej części swego kraju cudzoziemiec może czuć się wolny od zagrożeń.

Uczciwość naukowa wymaga, by zawrzeć wyjaśnienie o zaangażowaniu autora – z racji członkostwa w Radzie do spraw Uchodźców – w analizowane w tym celu orzecznictwo. Z tym faktem wiąże się dogłębniejsza wiedza o opisywanych procesach, ale zarazem – przynajmniej potencjalnie – brak obiektywizmu. Aby zminimalizować ryzyko tego zarzutu, w tekście odnotowane zostały w sposób wyraźny poglądy odmienne od prezentowanych w niniejszym artykule.

Wracając jeszcze do statystyk, dla uniknięcia obserwowanych w dyskursie publicznym nieporozumień warto wyjaśnić, że konsekwencje wojny ukraińskiej (zarówno te bezpośrednie, związane z zagrożeniem bezpieczeństwa, jak i pośrednie, zwłaszcza w sferze gospodarczej) pchnęły do emigracji – także do Polski – znacznie większą populację Ukraińców, niż mogłoby to wynikać z przytoczonych liczb. Według szacunków Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców (dalej określanego jako UNHCR) całkowita liczba obywateli Ukrainy poszukujących ochrony międzynarodowej tylko w państwach do niej ościennych wynosi ponad 459 tys., z czego aż 427 tys. wystąpiło o ochronę międzynarodową w Federacji Rosyjskiej⁴. Co ważne, tylko część z tych, którzy zdecydowali się na emigrację, zapewne mikroskopijna, zdecydowała się wnioskować o ochronę

² Określenie „wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej” oraz „postępowanie w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej” zostały wprowadzone do polskiego prawa z dniem 13.11.2015 r., na mocy art. 14 ustawy z dnia 10 września 2015 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1607), zastępując odpowiednio określenia „wniosek o nadanie statusu uchodźcy” oraz „postępowanie o nadanie statusu uchodźcy”. Jakkolwiek zwiększony napływ wnioskodawców z Ukrainy rozpoczął się przed datą wejścia w życie nowelizacji, w treści artykułu używam jednolicie terminologii aktualnej.

³ Dane na podstawie sprawozdań z działalności Rady do spraw Uchodźców – odpowiednio w 2015 r. i 2016 r. Dostępne: <http://rada-ds-uchodzcow.gov.pl/informacje-o-dzialaniach-rady-do-spraw-uchodzcow> [data dostępu: 11.09.2017 r.].

⁴ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Ukraine UNHCR Operational Update, marzec 2017 r.

międzynarodową⁵. Pozostali wybrali inną drogę, dążąc zwykle do legalizacji pobytu i wejścia na rynek pracy kraju przyjmującego. W przypadku Polski prawdopodobnie istotnym motywem takiej strategii migracyjnej były obostrzenia prawne towarzyszące aplikowaniu o ochronę międzynarodową, takie jak obowiązek zdeponowania dokumentu podróży na czas trwania postępowania, niemożność świadczenia pracy przez sześć pierwszych miesięcy od złożenia wniosku, obowiązek opuszczenia terytorium RP w przypadku negatywnego rozpatrzenia wniosku, itp. Można nawet zaryzykować twierdzenie – choć weryfikowalne naukowo dopiero na skutek badań socjologicznych – że zainicjowaniem postępowania o udzielenie ochrony międzynarodowej były zainteresowane przede wszystkim osoby znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i nierzadko osobistej (np. rodziny wielodzietne, osoby w złym stanie zdrowia), które przejawiały potrzebę lub co najmniej chęć korzystania z świadczeń socjalnych, zapewnianych osobom ubiegającym się o ochronę międzynarodową (zakwaterowanie, wyżywienie, świadczenia pieniężne). Jeśli zatem terminy „uchodźca” i „migracja uchodźcza” rozumieć w kategoriach bliższych socjologii, koncentrując się tylko na motywach migranta – odczuciu przymusu, które towarzyszyło opuszczeniu ojczyzny, a nie jego sytuacji prawnej, to przy takim założeniu można bronić tezy o przyjęciu także przez Polskę bardzo dużej, trudnej do oszacowania grupy „uchodźców ukraińskich”. Niniejszy artykuł odnosi się jednak tylko i wyłącznie do rozpatrywania spraw obywateli Ukrainy, którzy wystąpili z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej – grupy nieco ponad sześciu tysięcy osób w latach 2014 – 2017 (do końca sierpnia).

Zarys sytuacji prawnej cudzoziemca ubiegającego się o ochronę międzynarodową

Dla jasności wyводу warto przybliżyć w podstawowym zarysie sytuację prawną cudzoziemca, który ubiega się w Polsce o udzielenie ochrony międzynarodowej. Termin „ochrona międzynarodowa” jest ze strony prawodawcy pewną praktyczną generalizacją, gdyż nie określa odrębnej i zwartej instytucji prawnej, lecz odnosi się do dwóch form ochronnych, kolejno badanych w tym postępowaniu. Pierwszą z nich jest status uchodźcy, dla którego pierwotnym źródłem jest Konwencja dotycząca statusu uchodźców sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r.⁶ W razie uznania, że nie zachodzą podstawy do nadania cudzoziemcowi statusu uchodźcy, w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej

⁵ Według danych EUROSTAT liczba obywateli Ukrainy, którzy ubiegali się w państwach UE (UE-28) o ochronę międzynarodową (tylko po raz pierwszy) w 2015 r. 20,8 tys., a w 2016 r. 11,1 tys. Dostępne: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics#Asylum_applicants [data dostępu: 11.09.2017 r.].

⁶ Dz. U. z 1991 r. nr 119, poz. 515 i 516. Konwencja została zmieniona Protokołem dotyczącym statusu uchodźców sporządzonym w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r. (Dz. U. z 1991 r. nr 119, poz. 517).

automatycznie rozstrzyga się o zasadności udzielenia cudzoziemcowi ochrony uzupełniającej – instytucji, której korzenie sięgają z Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz), dotyczącego dopuszczalności wydaleń cudzoziemca⁷. Wnioskujący nie jest uprawniony do wskazania tylko jednej z tych dwóch form ochrony, którą jest zainteresowany – jego wniosek jest zawsze rozpatrywany w sekwencji status uchodźcy – ochrona uzupełniająca.

W państwach UE ochrona cudzoziemców jest pod względem materialno-prawnym precyzowana literą tzw. przekształconej dyrektywy kwalifikacyjnej⁸ (dalej: p.d.k.). Tę dyrektywę implementuje ustawa z 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁹ (dalej: u.o.o.). Podstawy udzielania ochrony międzynarodowej wyrażają jej art. 13–20, a postępowanie w tej sprawie zostało unormowane w art. 23 – 54 u.o.o.

Właściwość organów rozpatrujących sprawę o udzielenie ochrony międzynarodowej jest zawsze ta sama – w pierwszej instancji orzeka Szef Urzędu do spraw Cudzoziemców, a w drugiej instancji środki zaskarżenia od orzeczeń tego jednego tylko organu rozpatruje Rada do spraw Uchodźców. Orzeczenia Rady są kontrolowane na zasadach ogólnosystemowych przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oraz Naczelny Sąd Administracyjny. W razie wydania wobec cudzoziemca ostatecznej decyzji odmownej, na adresacie decyzji ciąży z mocy prawa obowiązek opuszczenia Polski, którego wykonanie ma charakter dobrowolny (art. 299 ust. 6 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach¹⁰). W razie braku realizacji tej powinności wobec cudzoziemca może zostać wydana decyzja o zobowiązaniu go do powrotu (art. 302 ust. 1 pkt 16 ustawy o cudzoziemcach). W tym postępowaniu prowadzonym w pierwszej instancji przez organy Straży Granicznej, a w drugiej przez Szefa Urzędu do spraw Cudzoziemców rozstrzyga się – niezależnie od wcześniejszego stanowiska organów wyrażonym w decyzjach kończących postępowanie o udzielenie ochrony międzynarodowej – o jeszcze dwóch innych formach ochrony – zgodzie na pobyt humanitarny oraz zgodzie na pobyt tolerowany (odpowiednio art. 348 i art. 356 ustawy o cudzoziemcach). Przesłanki ich udzielenia krzyżują się zakresami z podstawami udzielenia ochrony uzupełniającej (art. 15 u.o.o.), jednakże są to już formy ochrony krajowej cudzoziemca, których ustanowienie nie stanowi wykonania obowiązku implementacyjnego względem p.d.k.¹¹. Na marginesie

⁷ Szerzej: A. Szklanna, *Ochrona prawna cudzoziemca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2010.

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony /wersja przekształcona/ (Dz. U. UE . L. 2011.337.9)

⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1836 ze zm.

¹⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1109 ze zm.

¹¹ Por. art. 1 (cel dyrektywy) oraz definicję legalną pojęcia „ochrona międzynarodowa” zawartą w art. 2 lit. a p.d.k. Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2206.

można dodać, że względem tych form ochronnych ustawodawca nie zawarł tak precyzyjnej regulacji, jak uczynił to, transponując dyrektywę w przypadku statusu uchodźcy oraz ochrony uzupełniającej. Nie ma na przykład odpowiednika art. 18 u.o.o., który wyraża podstawę powoływania koncepcji ochrony wewnętrznej. W praktyce orzeczniczej organów stosowane są jednak te same zasady, które zostały zawarte w u.o.o., wyprowadzane wprost z orzecznictwa ETPCz¹². Także po wydaniu ostatecznego orzeczenia w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu istnieje możliwość wszczęcia postępowania sądowoadministracyjnego, na zasadach ogólnych.

Profil obywateli Ukrainy ubiegających się o ochronę międzynarodową w Polsce

Obywatele Ukrainy, którzy w latach 2014–2017 zdecydowali się wnioskować o udzielenie ochrony międzynarodowej w Polsce, nie tworzą jednolitej grupy. Dotychczasowe doświadczenia rozstrzygania spraw ukraińskich pozwalają ująć ich profil w trzech zasadniczych kategoriach¹³. Kryterium podziału jest miejsce pochodzenia, rozumiane jako miejscowość, w której cudzoziemiec zamieszkiwał do momentu podjęcia decyzji o migracji. W ślad za tym podstawowym wyznacznikiem podziału można wskazać dalsze charakterystyczne cechy wyróżnionych grup.

A. Osoby pochodzące z obwodów ługańskiego i donieckiego. Jest to zdecydowanie najliczniejsza grupa pośród obywateli Ukrainy wnioskujących o udzielenie ochrony międzynarodowej. Te osoby najczęściej deklarują swoją niechęć do separatystów, ale często także do rządu w Kijowie i społeczeństwa zachodniej Ukrainy. Struktura narodowościowa wschodniej Ukrainy sprawia, że znaczący odsetek pośród nich stanowią osoby narodowości rosyjskiej, posługujące się językiem rosyjskim i najwyżej słabą znajomością ukraińskiego. Powszechnym twierdzeniem przedstawicieli tej grupy jest niemożność osiedlenia się przez nich na terytorium Ukrainy kontrolowanym przez władze w Kijowie, ze względu na różnice dzielące ich z tamtejszymi społecznościami (na tle językowym, kulturowym, politycznym i ekonomicznym). Często podnoszone są przez nich argumenty przeciwko możliwości relokacji do innej części Ukrainy – bardzo złych warunków mieszkaniowych w oferowanych lokalach lub niemożności znalezienia miejsca zakwaterowania, ogólnej niechęci społeczeństwa do przesiedleńców i dyskryminacji, jakiej doświadczają na rynku pracy.

B. Osoby pochodzące z Półwyspu Krymskiego. Te osoby składały w Polsce wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej głównie w latach

¹² Szerzej na ten temat P. Dąbrowski, w: J. Chlebny (red.), W. Chrościelewski, P. Dańczak, P. Dąbrowski, R. Rogala, *Ustawa o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 782.

¹³ Por. Sprawozdanie z działalności Rady do spraw Uchodźców w 2016 r., s. 18–19.

2014–2015 i w niewielkim tylko stopniu w następnych latach. Generalnie można stwierdzić, że migracja do Polski z zaanektowanego terenu Ukrainy została obecnie zahamowana. W grupie przybyszów z Krymu obserwuje się wysoki odsetek osób narodowości tatarskiej, wyznających islam. Ci cudzoziemcy często twierdzą, że ze względu na odmienność kulturowo-religijną nie chcą osiedlać się w innej części Ukrainy, powołując się zarazem na względy socjalno-bytowe, analogicznie jak poprzednia grupa. Szczególnym przypadkiem są osoby legitymujące się obywatelstwem Uzbekistanu, będący potomkami Tatarów, deportowanych po II wojnie światowej do Azji Centralnej, które po upadku ZSRR przesiedliły się na Krym.

C. Osoby pochodzące z części Ukrainy kontrolowanej przez rząd w Kijowie. Są to osoby powołujące się na ogólne poczucie braku bezpieczeństwa na Ukrainie (ze strony społeczeństwa, przestępców, korupcję itp.), obawę przed wcieleniem do wojska i wysłaniem na front, lub wyłącznie na względy ekonomiczne. Wśród nich dominują osoby z obwodów położonych nieopodal granicy polsko-ukraińskiej. Do tej grupy można najczęściej zaliczyć także obywateli Ukrainy występujących z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej po dłuższym – legalnym albo nielegalnym – pobycie w RP. Te wnioski były rozpatrywane odmownie, w trybie przyspieszonym.

Dalsze uwagi zawarte w niniejszym tekście będą dotyczyć tylko grup ujętych w punktach A i B, ze względu na oczywistą bezzasadność wniosków składanych przez osoby zaliczone do trzeciej z wyróżnionych grup i idący w ślad za tym brak wartych analizy zagadnień prawnych.

Część wnioskodawców pochodzących z obwodów donieckiego, ługańskiego lub Krymu ma za sobą doświadczenia związane z wewnętrznym przesiedleniem do któregoś z dużych miast Ukrainy. Najczęściej relokacji towarzyszy zarejestrowanie się jako osoba przesiedlona¹⁴, co skutkuje uzyskaniem statusu uprawniającego do uzyskiwania zasiłków, pomocy rzeczowej, dostępu do służby zdrowia, edukacji itp. Niezależnie jednak od tego, czy zostaną formalnie zarejestrowane, są to osoby, które w terminologii prawa międzynarodowego określa się mianem osób wewnętrznie przesiedlonych (ang. *internally displaced persons*, *displaced person*) lub uchodźców wewnętrznych¹⁵.

¹⁴ Prawo ukraińskie posługuje się – niezależnie od konotacji prawnomiędzynarodowych – terminem „osoba wewnętrznie przesiedlona”. Podstawę tego statusu administracyjnoprawnego stanowi ustawa Ukrainy nr 1706-VII *O zapewnieniu praw i swobód osobom wewnętrznie przesiedlonym* z dnia 20 października 2014 r., ze zm.

¹⁵ Na temat zagadnień terminologicznych por. D. Heidrich-Hamera, *Międzynarodowa ochrona uchodźców wewnętrznych. Aspekty prawne i praktyka*, Warszawa 2005, s. 17–31. Autorka bazuje na definicji zawartej w dokumencie *Przewodnie zasady przesiedleń wewnętrznych* (*Guiding Principles on Internal Displacement*, Report of the Representative of the Secretary-General, Mr Francis M. Deng, dok. ONZ nr E/CN.4/1998/53/Add.2), wedle której uchodźcy wewnętrzni to „osoby lub grupy osób, które zostały zmuszone lub zobowiązane do ucieczki ze swoich domów czy miejsc pobytu lub do ich opuszczenia, co nastąpiło w szczególności w celu uniknięcia negatywnych efektów konfliktu zbrojnego, powszechnie stosowanej przemocy, naruszeń praw człowieka lub naturalnych

Według szacunków UNHCR, pod koniec 2016 r. na Ukrainie pozostawało 1,8 mln osób wewnętrznie przesiedlonych¹⁶. Osoby, które wnioskuje w Polsce o ochronę międzynarodową często deklarują, że po „okresie próby”, gdy starały się znaleźć sposób funkcjonowania siebie i rodziny w nowej społeczności, rezygnowały z dalszych starań zniechęcone niepowodzeniami, najczęściej wiążącymi się z warunkami lokalowymi i zatrudnieniem i podejmowały decyzję o migracji zagranicznej. Wraz z przekroczeniem granicy państwowej ustaje możliwość postrzegania ich jako osób wewnętrznie przesiedlonych, a właściwe do określenia ich sytuacji stają się przywołane już wyżej akty prawne, wyznaczające podstawy udzielania cudzoziemcom ochrony.

Jednakże znaczna jest też grupa wnioskodawców, która udaje się bezpośrednio do Polski, nie podejmując żadnych starań związanych z relokacją, w tym uzyskaniem statusu osoby wewnętrznie przesiedlonej, traktując terytorium Ukrainy kontrolowane przez rząd w Kijowie wyłącznie jako strefę tranzytu. W zeznaniach składanych przez te osoby stale jest obecny wątek apriorycznego odrzucenia możliwości osiedlenia się na obszarze zachodniej Ukrainy, ze względu na antagonizmy dzielące społeczeństwo ukraińskie (niechęć do władz w Kijowie, obawy przed działaniami organizacji typu Prawego Sektora, nieznajomość języka ukraińskiego, odmienność religijna¹⁷, spodziewany brak akceptacji ze strony władz i społeczności lokalnych itp.). Warto przy okazji zwrócić uwagę na fakt, że duża część tych wnioskodawców obiera szlak podróży obejmujący kolejno: miejscowość dotychczasowego zamieszkiwania (wschodnia Ukraina, Krym) – Kijów – Czerniowce – Lwów – Medykę (rzadziej inne polsko-ukraińskie przejścia graniczne). Interesujące jest, że Czerniowce są położone nieopodal granicy rumuńskiej (ok. 40 km do przejścia granicznego z rumuńską miejscowością Seret), zaś od Medyki tę miejscowość dzieli dystans około 350 km. Ta obserwacja nie ma wprawdzie przełożenia na rozstrzygnięcie sprawy o udzielenie ochrony międzynarodowej, ale zarazem świadczy o dokonywaniu przez te osoby kalkulacji co do wyboru kraju przyjmującego, opartej na motywach osobistych, rodzinnych i ekonomicznych i pokazuje, że nie są to procesy migracyjne dokonywane całkiem spontanicznie.

Podsumowując, relacje obywateli Ukrainy pochodzących z terenów ogarniętych działaniami wojennymi i z zaanektowanego Krymu miały dwa wspólne elementy: wystąpienie zagrożenia dla ich bezpieczeństwa na obszarze niekontrolowanym przez rząd w Kijowie oraz niemożność realnego funkcjonowania w innej części Ukrainy (jako twierdzenie aprioryczne albo powodowane doświadczeniami

i wywołanych działalnością człowieka katastrof oraz nie przekroczyły uznanej przez społeczność międzynarodową granicy państwowej”.

¹⁶ Dane dostępne: <http://reporting.unhcr.org/Ukraine> [data dostępu: 13.09.2017 r.]

¹⁷ Część wnioskodawców pochodzących z Krymu, Ługańska i Doniecka deklaruje wyznanie protestanckie lub inne, nietypowe dla tej strefy geograficznej. W niektórych wypadkach te oświadczenia budziły zastrzeżenia co do ich wiarygodności, ze względu na towarzyszące im powołanie argumentu niemożności odbywania służby wojskowej ze względów religijnych i w konsekwencji ryzyka prześladowania ze względów religijnych w razie mobilizacji. W mniejszej liczbie przypadków obywatele Ukrainy wyprowadzali wniosek o prześladowaniu religijnym z uwagi na przynależność do cerkwi prawosławnej podległej patriarsze moskiewskiemu, a nie kijowskiemu.

osobistymi), przede wszystkim ze względu na warunki socjalno-bytowe. Na tle tych zasadniczych twierdzeń powoływane były rozmaite dalsze powody wyjazdu z Ukrainy, związane już konkretnie z daną osobą, takie jak zaangażowanie w działalność polityczno-społeczną, przynależność do mniejszości religijnej, zły stan zdrowia czy obawa przed powołaniem do wojska.

Charakterystyka linii orzeczniczej w sprawach ukraińskich

Wraz z intensyfikacją wnioskowania przez obywateli Ukrainy o ochronę międzynarodową, przed organami rozpatrującymi ich sprawy stało niełatwe wyzwanie oceny sytuacji, w jakiej znaleźli się wnioskujący. Była to kwestia nie tylko należytej oceny stanu faktycznego, na podstawie informacji o krajach pochodzenia, ale także i przede wszystkim zagadnienie właściwego zastosowania konstrukcji prawnej, która prawie nie była powoływana w dotychczasowym orzecznictwie polskich organów – alternatywy ochrony wewnętrznej.

Pryncypia, na których opiera się kierunek orzeczniczy w sprawach ukraińskich, zostały ustalone bardzo szybko. Po pierwsze, nie budziło poważniejszych sporów przesądzenie, że Ukraina jest stroną konfliktu zbrojnego, niezależnie od tego, czy zmagą się z podmiotami niepaństwowymi (nieuznawane przez społeczność międzynarodową republiki separatystyczne – Doniecka Republika Ludowa i Ługańska Republika Ludowa), czy z siłami Federacji Rosyjskiej. Wahania w tej kwestii nie wykroczyły poza etap postępowania pierwszej instancji (Szefa Urzędu do spraw Cudzoziemców)¹⁸. Konsekwentnie, obywatele Ukrainy, którzy opuścili Krym, obwód ługański lub doniecki, od początku postrzegani byli jako ludność cywilna¹⁹ zamieszkała przed wyjazdem na terenach ogarniętych wojną.

¹⁸ Jak zauważa M. Kowalski: „Nie w pełni jasne pozostaje bowiem, czy konflikt we wschodnich obwodach należy kwalifikować jako międzynarodowy, czy też wewnętrzny. Początkowo polskie organy rozstrzygające kwalifikowały go jako wewnętrzny konflikt zbrojny. Kwalifikacja ta może być jednak kwestionowana ze względu na istotne powiązania sił separatystycznych z Federacją Rosyjską. Możliwość przypisania – zgodnie z zasadami międzynarodowej odpowiedzialności państw za czyny zabronione – działań sił separatystycznych jako aktorów niepaństwowych władzom rosyjskim prowadziłaby do kwalifikacji tego konfliktu zbrojnego jako międzynarodowego. Jest to jednak kwestia niezwykle skomplikowana prawnie. Widoczny jest tu także wyraźny kontekst polityczny. Z tych powodów oraz ze względu na to, że kwalifikacja prawna konfliktu we wschodnich obwodach Ukrainy bądź jako wewnętrznego, bądź jako międzynarodowego nie ma wpływu na stosowanie przesłanki z art. 15 pkt 3 u.u.c.o., organy rozstrzygające w większości wydawanych obecnie decyzji odnoszą się do 'konfliktu zbrojnego w rozumieniu art. 15 pkt 3 u.u.c.o. bez rozstrzygania o jego kwalifikacji prawnej jako międzynarodowego lub wewnętrznego. M. Kowalski, *Konflikt na Ukrainie a praktyka udzielania ochrony cudzoziemcom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*, w: D. Pudzianowska (red.) *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*, Warszawa 2016, s. 101.

¹⁹ Oczywiście to stwierdzenie oddaje zasadę, którą z racji logicznej poprawności trzeba opatrzyć komentarzem, że jako ludność cywilna nie mogą być traktowani wnioskodawcy, którzy pełnili służbę w strukturach militarnych. Sprawy rozpatrzone dotychczas w Polsce nie dostarczyły jednak przykładów takich sytuacji.

Po drugie, raporty organizacji międzynarodowych i inne doniesienia, obrazujące sytuację panującą na tych terenach, skłaniają do uznania, że warunki ludności cywilnej na tych terenach są bardzo trudne i przynajmniej w niektórych miejscowościach mogą być określone mianem katastrofy humanitarnej²⁰. Przyjęcie tego zapatrywania ma swoje doniosłe znaczenie, chociaż nie jest równoznaczne z wydaniem decyzji pozytywnej. Subsumpcja prawa jest w tej kwestii bardziej złożona i wymaga skrótowego przybliżenia.

Sekwencja rozstrzygnięć podejmowanych w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej rozpoczyna się od przeanalizowania zasadności nadania statusu uchodźcy. Osoby zmuszone do opuszczenia kraju pochodzenia w wyniku konfliktu zbrojnego – międzynarodowego lub wewnętrznego – zwykle nie są uważane za uchodźców w rozumieniu konwencji genewskiej²¹, gdyż kluczowy art. 1 A konwencji (i bazujące na jego treści przepisy, w tym zwłaszcza art. 13 ust. 1 u.o.o.) nie wymienia stanu wojny jako powodu uznania za uchodźcę. Niejednokrotnie jednak metody walki czy ukierunkowanie działań stron konfliktu na określoną grupę (narodowościową, religijną itp.) wyczerpują znamiona prześladowania i mają związek z przesłankami konwencyjnymi – rasą, religią, narodowością, przynależnością do określonej grupy społecznej lub wyznawanymi poglądami politycznymi²². Także w rozpatrywanych sprawach ukraińskich można zidentyfikować takie przypadki, np. w odniesieniu do aktywistów proukraińskich w Donbasie albo liderów społeczności tatarskiej na Krymie. Weryfikacja przesłanek określonych w art. 13 ust. 1 u.o.o. może dać rezultat pozytywny, są to jednak przypadki nieliczne. W większości przypadków organy nie odnajdują w stanie faktycznym sprawy wiarygodnej obawy z innych powodów niż następstwa konfliktu zbrojnego, co skutkuje odmową nadania statusu uchodźcy.

Natomiast stosownie do opisanych ustaleń na temat sytuacji w kraju pochodzenia, praktycznie we wszystkich rozpatrywanych wypadkach pozytywny jest rezultat weryfikacji spełnienia przesłanki udzielenia ochrony uzupełniającej ujętej w art. 15 pkt 3 u.o.o., tj. wystąpienia rzeczywistego ryzyka doznania poważnej krzywdy przez poważne i zindywidualizowane zagrożenie dla życia i zdrowia, wynikającego z powszechnego stosowania przemocy wobec ludności cywilnej, w sytuacji międzynarodowego lub wewnętrznego konfliktu zbrojnego²³.

²⁰ Spośród najświeższych publikacji można przytoczyć ostatni z cyklicznych raportów Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Praw Człowieka *Report on the human rights situation in Ukraine 16 February to 15 May 2017*, dostępny: http://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/UAReport18th_EN.pdf [data dostępu: 13.09.2017 r.].

²¹ Por. *Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźców z 1951 r. oraz Protokołem dodatkowym do niej z 1967 r.* Podręcznik, Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców, Warszawa 2007, § 164, s. 54.

²² Temu zagadnieniu poświęcone są Wytyczne Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców – *Guidelines On International Protection No. 12: Claims for refugee status related to situations of armed conflict and violence under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the regional refugee definitions*, z 02.12.2016 HCR/GIP/16/12, dostępne: <http://www.refworld.org/docid/583595ff4.html> [accessed 9 September 2017].

²³ Zasady interpretacyjne w odniesieniu do przytoczonych sformułowań wytyczył Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku w sprawie C-465/07 z 17.02.2009 r. *Meki Elgafaji i Noor Elgafaji*

Przedstawiona do tej pory analiza dotyczyła jednak wyłącznie przesłanek pozytywnych udzielenia ochrony międzynarodowej, a więc tych, które są rozpatrywane w pierwszym rzędzie, ale nie wyczerpują procesu subsumpcji. W następnej kolejności organy muszą rozważyć zastosowanie przesłanek negatywnych, co w przypadku spraw ukraińskich sprowadza się do rozważenia alternatywy ochrony wewnętrznej, normatywnie opisanej w art. 18 ust. 1 i 2 u.o.o. W przypadku Ukrainy zastosowanie koncepcji alternatywy ochrony wewnętrznej nasuwa się w naturalny, wręcz mechaniczny sposób, gdyż działaniami wojennymi (poza Krymem, który ma status terytorium okupowanego) jest objęte ok. 9% jej terytorium, a jako podmioty dopuszczające się prześladowań lub poważnych krzywd identyfikowane są podmioty niepaństwowe. Pozostała część kraju pozostaje pod kontrolą władz w Kijowie. Warto podkreślić, że w orzecznictwie Rady do spraw Uchodźców niejednokrotnie akcentowano niedopuszczalność odwrócenia przedstawionej sekwencji – nie należy sprowadzać rozstrzygnięcia do wykazania ograniczonej terytorialności zagrożenia i możliwości relokacji, bez uprzedniego przesądzenia zasadności obaw, gdyż zaburza to logikę tego procesu w sposób prowadzący do nieporozumień²⁴.

Przywołany art. 18 ust. 1 u.o.o. nakazuje organom, by uznać, że nie istnieje uzasadniona obawa przed prześladowaniem lub rzeczywiste ryzyko doznania poważnej krzywdy, o ile zachodzą łącznie następujące okoliczności: 1. Okoliczności uzasadniające obawy zachodzą tylko na części terytorium kraju pochodzenia; 2. Cudzoziemiec będzie mógł bezpiecznie i legalnie przemieścić się na tę część terytorium, na której te okoliczności nie występują (część bezpieczna); 3. Cudzoziemiec będzie mógł zamieszkać na tej części terytorium (w części bezpiecznej). W razie stwierdzenia, że te okoliczności zachodzą, mimo spełnienia przesłanek o charakterze pozytywnym, wydawana jest decyzja o odmowie nadania statusu uchodźcy i odmowie udzielenia ochrony uzupełniającej. W razie uznania, że warunki powołania alternatywy ochrony wewnętrznej nie są spełnione, sprawa jest rozstrzygana z założeniem, iż w wypadku powrotu do kraju pochodzenia, cudzoziemiec znalazłby się w niebezpieczeństwie (np. poprzez konieczność udania się do niebezpiecznej części swego kraju) i w takim wypadku jest mu udzielana ta forma ochrony, która przystaje do charakteru stwierdzonych zagrożeń.

W ust. 2 ustawodawca wskazał generalnie względy, jakie powinien wziąć pod uwagę organ dokonując oceny, czy spełnione są warunki opisane w ust. 1. Są to „okoliczności dominujące na tej części terytorium” (części bezpiecznej) oraz „osobiste uwarunkowania cudzoziemca”. Nie są to kolejne kryteria, które mają być spełnione; przywołane określenia pełnią funkcję pryzmatu, przez który trzeba patrzeć na wypełnienie trzech powyższych warunków powołania się na koncepcję alternatywy ochrony wewnętrznej.

Z punktu widzenia zastosowania art. 18 u.o.o. nie ma znaczenia, czy w indywidualnym przypadku zostały w poprzedniej fazie subsumpcji zidentyfikowane

przeciwko Staatssecretaris van Justitie.

²⁴ W polskiej literaturze wagę tej sekwencyjności podkreśla M. Kowalski, op. cit., s. 103.

pozytywne podstawy do nadania statusu uchodźcy, czy udzielenia ochrony uzupełniającej – wskazany przepis odnosi się bądź do obu rozpatrywanych form ochrony cudzoziemców i o ile spełnione będą wyrażone w nim przesłanki, uniemożliwia udzielenie cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej w ogóle.

W polskim orzecznictwie uznaje się co do zasady, że przesłanki powołania alternatywy ochrony wewnętrznej są spełnione w sprawach ukraińskich. To stanowisko spotyka się niekiedy z krytyką, bazującą na przeświadczeniu, że trudne warunki życia przesiedleńców na Ukrainie powinny prowadzić do zanegowania możliwości relokacji²⁵. Analizę można przeprowadzić wykorzystując najbardziej rozpowszechnioną koncepcję UNHCR, który wyróżnia dwa poziomy procesy określania, czy można stosować alternatywę ochrony wewnętrznej. Pierwszym z nich jest analiza trafności tej alternatywy (ang. *the relevance analysis*), któremu odpowiadają dwie pierwsze przesłanki wyrażone w art. 18 ust. 1 u.o.o. Drugim poziomem jest zaś analiza racjonalności relokacji (*the reasonableness analysis*)²⁶, której w przyjętym orzecznictwo założeniu odpowiada trzeci z wyrażonych w przepisie warunków (co będzie przedmiotem dalszych uwag).

Analiza trafności alternatywy ochrony wewnętrznej w sprawach ukraińskich

W orzecznictwie w sprawach ukraińskich nie zostały odnotowane istotne kontrowersje, wiążące się z zastosowaniem dwóch pierwszych przesłanek koncepcji alternatywy ochrony wewnętrznej, a więc analizy jej trafności. Można dodać, że w praktyce orzeczniczej innych państw europejskich, mierzących się z napływem migrantów z innych krajów pochodzenia, główny ciężar trudności powoływania alternatywy ochrony wewnętrznej sytuuje się właśnie w tym zakresie i jest on na tyle poważny, że skłania niekiedy do całkowitej rezygnacji z tej konstrukcji, poprzez zaniechanie fakultatywnej implementacji art. 8 p.d.k.²⁷

Niewątpliwie zagrożenie mające źródło w prowadzonych na Ukrainie działaniach wojennych ma ograniczony zasięg terytorialny. Licząc łącznie obszar Półwyspu Krymskiego i separatystyczne obwody ukraińskie, ich powierzchnia

²⁵ Por. M. Szczepanik, E. Tylec, *Ukrainian asylum seekers in Poland and a Polish immigration paradox*, Forced Migration Review, 51/2016, s. 71–73. Por. także pismo Prezes Zarządu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z 16 stycznia 2015 r. do Minister Spraw Wewnętrznych w sprawie rozpatrywania spraw udzielania ochrony międzynarodowej obywatelom Ukrainy.

²⁶ UNHCR Guidelines on International Protection No. 4: “*Internal Flight of Relocation Alternative*” within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugee z 23.07.2003 r. HCR/GIP/03/04, s. 3–7. Dostępne: <http://www.refworld.org/docid/3f2791a44.html> [data dostępu: 22.09.2017 r.].

²⁷ Na przykład Francja i Włochy nie wprowadziły do swego ustawodawstwa regulacji odnoszących się do alternatywy ochrony wewnętrznej. Przykładów, jakie problemy mogą stać za analizą tych czynników dostarcza glosa *Sufi i Elmi przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 2011 r., skargi nr 8319/07 i 11449/07, [w:] M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń* 2011, LEX, 2012, s. 154.

stanowi w przybliżeniu 13% terytorium Ukrainy. Odległość od granic tzw. strefy ATO (strefy prowadzenia tzw. operacji antyterrorystycznej) do Kijowa wynosi ponad 600 km, a do Lwowa około 1200 km. Brak podstaw, by dopuszczać prognozę takiej eskalacji działań zbrojnych, które istotnie zmieniłyby wydźwięk tych danych. Nie można zatem racjonalnie przyjmować zasadności obaw przed działaniem podmiotów operujących na Krymie i w strefie konfliktu zbrojnego. Zaznaczyć jednak trzeba, że warunek, by okoliczności uzasadniające obawy zachodziły tylko na części terytorium kraju pochodzenia należy odczytywać szerzej, bowiem może wystąpić sytuacja, gdy przebywając na terytorium kontrolowanym przez władze w Kijowie, obywatel Ukrainy będzie żywił obawę przed prześladowaniem lub ryzykiem doznania poważnej krzywdy z innego powodu, niż ten, który zmusił go do opuszczenia terenów ogarniętych wojną. Będzie się zatem obawiał działań władz ukraińskich, a nie separatystycznych albo rosyjskich na Krymie. W takim przypadku organy muszą odrębnie ocenić zasadność objęcia go ochroną międzynarodową, przyjmując za punkt odniesienia sytuację panującą w tej właśnie części kraju. Ilustracją może być wzmiankowany już fakt, że niektórzy obywatele Ukrainy zgłaszali obawy na tle religijnym, odnosząc je do sytuacji na terenach relokacji, podając się za wyznawców różnych religii protestanckich lub innych, pozostających w konflikcie z doktryną cerkwi prawosławnej. Ta argumentacja jest często uzupełniana twierdzeniami o możliwości wcielenia do armii ukraińskiej, wbrew wiążącym ich zakazom religijnym. Jak do tej pory te obawy nie były uznawane przez organy rozpatrujące wnioski za wiarygodne lub obiektywnie uzasadnione, co akceptowały też sądy administracyjne²⁸.

Badając trafność alternatywy ochrony wewnętrznej przyjmuje się także, że w sytuacji, gdy za prześladowanie lub doznanie poważnej krzywdy bezpośrednio odpowiadają władze kraju pochodzenia bądź władze te tolerują akty prześladowania lub zadawania poważnej krzywdy przez podmioty prywatne, to zasadniczo alternatywa ochrony wewnętrznej nie powinna być powoływana. Także pod tym względem nie nasuwają się żadne wątpliwości, gdyż natura konfliktu ukraińskiego pozwala na wysnucie jednoznacznych wniosków co do tego, że władze ukraińskie nie mogą być obarczane odpowiedzialnością za prześladowania i inne represje, które cudzoziemcy deklarują jako istniejące dla nich zagrożenie.

Nie jest przedmiotem żadnych wątpliwości spełnienie drugiego warunku powoływania koncepcji alternatywy ochrony wewnętrznej, wedle którego musi istnieć możliwość bezpiecznego i legalnego przemieszczenia się do bezpiecznej części kraju pochodzenia. Trzeba przyjąć, że przedmiotem oceny nie jest możliwość podróży między miejscem dawnego zamieszkania w niebezpiecznej części kraju do części bezpiecznej, lecz możliwość dotarcia do obszaru, gdzie nie występuje żadne zagrożenie z miejsca aktualnego pobytu (tj. z Polski). Ponieważ to właśnie

²⁸ Por. wyrok NSA z 27.06.2017 r., sygn. II OSK 2026/16, w którym Sąd jednoznacznie ocenił, że za prześladowanie nie mogą być uznane konsekwencje odmowy przez osobę wewnętrznie przesiedloną pełnienia służby w armii ukraińskiej, a także za niezrozumiałe uznał twierdzenia o prześladowaniu wyznawców prawosławia na terenach kontrolowanych przez władze w Kijowie.

bezpieczna część Ukrainy przylega do Polski i nie istnieją żadne racjonalne względy, by dopuszczać możliwość deportacji cudzoziemca do części terytorium Ukrainy niekontrolowanej przez władze ukraińskie, dalsze rozważania poświęcone temu zagadnieniu są w istocie bezprzedmiotowe.

Ocena trafności powoływania się na alternatywę ochrony wewnętrznej jest przedmiotem bardzo rozbieżnych wypowiedzi, pośród których łatwo odnaleźć inne propozycje koncepcyjne, formułujące dodatkowe kryteria tej oceny lub – nieraz w bardzo głęboki, kazuistyczny sposób – interpretujące te elementy, które są powszechnie uznane i zostały wyrażone literą prawa UE i polskiego²⁹. Jak do tej pory mają one jednak status propozycji doktrynalnych i nie przełożyły się na orzecznictwo polskie, strasburskie lub luksemburskie.

Test racjonalności alternatywy ochrony wewnętrznej w sprawach ukraińskich

Najbardziej niejednoznaczna i problematyczna jest ocena spełnienia ostatniego z warunków, określonego w art. 18 ust. 1 u.o.o. jako możliwość zamieszkania w bezpiecznej części terytorium. Pierwszą trudnością jest nieprecyzyjna implementacja art. 8 ust. 1 p.d.k. Adekwatny fragment przepisu dyrektywy zawiera bowiem warunek, by od cudzoziemca można było racjonalnie oczekiwać, że może on się osiedlić w bezpiecznej części kraju. Sama możliwość zamieszkania nie jest literalnie tożsama z racjonalnym oczekiwaniem, że cudzoziemiec tak postąpi. Sformułowanie ustawowe sugeruje, że organy winny wziąć pod prawną dopuszczalność (w świetle prawa kraju pochodzenia) i faktyczną możliwość przebywania w części bezpiecznej. Natomiast intencją prawodawcy europejskiego było zawarcie podstawy do przeprowadzenia testu racjonalności relokacji, co jest zbieżne ze stanowiskiem UNHCR. W takim ujęciu do analizy należy włączyć ocenę jego sytuacji ekonomicznej i różnorakie trudności, jakie może napotkać w swej codziennej egzystencji, związane z stanem zdrowia, przynależnością do mniejszości różnego typu, sytuacją rodzinną itp. Listę czynników, które mogą być uwzględniane w tej materii, nie sposób przedstawić w postaci katalogu zamkniętego, gdyż są one uwarunkowane bardzo indywidualnymi cechami cudzoziemca. Dopiero w świetle tego wyjaśnienia widać korelację z powinnością wyrażoną w art. 18 ust. 2 u.o.o., by uwzględniać osobiste uwarunkowania cudzoziemca.

Zarysowany brak spójności między p.d.k. a u.o.o. jest jednak rozwiązywany w drodze wykładni proeuropejskiej, którą w swym orzecznictwie przyjęła Rada do spraw Uchodźców. Mimo braku wyraźnego przywołania w przepisie kryterium „racjonalności oczekiwania”, Rada rozszerzająco interpretuje wymóg badania, czy istnieje „możliwość zamieszkania”, analizując, czy ze względu

²⁹ Por. np. opracowanie *Actors of Protection and Application of the Internal Protection Alternative. European Comparative Report*, ECRE 2014, dostępne: <http://helsinki.hu/wp-content/uploads/APAIPA-Report.pdf> [data dostępu 21.09.2017 r.].

na warunki socjalno-ekonomiczne i uwarunkowania osobiste cudzoziemca racjonalne jest oczekiwanie, że cudzoziemiec będzie mógł zamieszkać w bezpiecznej części kraju. Można przywołać przykład jednej ze spraw rozpatrzonych przez Radę. Stronami postępowania było małżeństwo osób narodowości tatarskiej i czworo ich małoletnich dzieci. Małżonkowie i starsze dziecko urodzili się w Uzbekistanie, jednak będąc potomkami Tatarów deportowanych z Krymu po II wojnie światowej, w dekadzie poprzedzającej aneksję Krymu zdecydowali się powrócić do ziemi przodków. W ciągu następnych lat po powrocie kobieta i ich wszystkie dzieci otrzymały obywatelstwo ukraińskie, w trybie, który można uznać za formę repatriacji. Natomiast mężczyzna ze względu na brak wymaganych dokumentów pozostał wyłącznie obywatelem uzbeckim, a co więcej, ze względu na popadnięcie w nielegalność pobytu władze ukraińskie wydały wobec niego decyzję o wydaleniu. Po opuszczeniu Krymu i przybyciu do Polski złożyli wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej. W przypadku jego żony i ich dzieci nie identyfikowały się żadne okoliczności, które przeczyłyby tezie o formalnoprawnej i faktycznej możliwości ich zamieszkania w części państwa kontrolowanej przez władze w Kijowie, bowiem jako obywatele Ukrainy przesiedleńcy mogą korzystać z prawa do swobodnego przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania na terytorium tego państwa. Dopiero jeśli postawić pytanie, jakie następstwa towarzyszyłyby powrotowi na Ukrainę samej kobiety z dziećmi (w związku z brakiem prawa wjazdu na terytorium Ukrainy), można nabrać wątpliwości co do racjonalności oczekiwania, że będą oni w stanie zamieszkać w bezpiecznej części Ukrainy. W tym przypadku Rada zanegowała racjonalność alternatywy ochrony wewnętrznej, wskazując na przewidywane, bardzo trudne warunki materialne życia samotnej matki z czworgiem małoletnich dzieci, przebywających w obcym narodowościowo i religijnie środowisku.

Jednak najpoważniejszą trudnością jest ocena racjonalności relokacji w świetle powszechnie powoływanej przez wnioskodawców argumentacji dotyczącej złych warunków materialnych i różnic kulturowych, dzielących ich od społeczności przyjmujących. Nie ulega bowiem żadnej wątpliwości, że są to osoby zagrożone bezrobociem lub dyskryminacyjnymi warunkami pracy, w stosunku do których należy zakładać istotne pogorszenie ich sytuacji materialnej i mogące liczyć tylko na skromną pomoc ze strony państwa. Bardzo trudnym problemem są też spartańskie warunki zakwaterowania przesiedleńców, jak i szereg innych okoliczności składających się na trudne warunki życia (np. utrudniony dostęp do specjalistycznej opieki medycznej). W odczuciu obywateli Ukrainy, wnioskujących w Polsce o ochronę międzynarodową, zamieszkanie na obszarze kontrolowanym przez władze kijowskie jest dla nich równoznaczne z ubóstwem. Nasuwa się pytanie, jakie znaczenie dla stosowania alternatywy ochrony wewnętrznej ma ta argumentacja. Z jednej strony funkcją ochrony międzynarodowej nie jest dbałość o – ogólnie to ujmując – dobrostan cudzoziemca, lecz zapobieżenie grożącemu mu niebezpieczeństwu. Nikt nie dostaje ochrony w państwie przyjmującym tylko po to, by jego sytuacja materialna uległa poprawie. Z drugiej

jednak strony nie można tracić z pola widzenia możliwości, że szczególnie trudne warunki egzystencjonalne w obszarze relokacji zmuszą cudzoziemca do powrotu w te rejony, w których być może ryzyko prześladowań lub doznania poważnej krzywdy będzie znaczniejsze, ale warunki życia (socjalne itp.) będą bardziej sprzyjające. W wielu wypadkach trudno jest rozgraniczyć te racje. Pewnych miarodajnych wskazówek można poszukiwać analizując dokumenty UNHCR, w których prezentowane jest raczej zachowawcze stanowisko wobec stosowania alternatywy ochrony wewnętrznej, jak i badając orzecznictwo ETPCz, w większym stopniu skłonnego do respektowania tej koncepcji³⁰.

Wedle UNHCR test racjonalności należy łączyć z wypełnieniem warunku, by cudzoziemiec mógł prowadzić w bezpiecznej części kraju pochodzenia „względnie normalne życie” (ang. *relatively normal life*), bez mierzenia się z „nadmierną trudnością” (ang. *undue hardship*)³¹. Ocena w tym przedmiocie powinna być dokonana w wielu wymiarach i z uwzględnieniem różnorodnych czynników, spośród których UNHCR wymienia uwarunkowania osobiste, prześladowania doznane w przeszłości, sytuację bezpieczeństwa, stan poszanowania praw człowieka i – co najważniejsze w kontekście ukraińskim – „ekonomiczny survival” (ang. *economical survival*). W rozwinięciu tego stanowiska UNHCR stwierdza, że oczekiwanie relokacji nie będzie racjonalne w szczególności wówczas, gdy wnioskodawca nie będzie w obszarze relokacji w stanie uzyskać środków na przeżycie lub uzyskać dostępu do zakwaterowania lub gdy nie zostanie zapewniona opieka medyczna lub też będzie całkiem nieadekwatna. Jednocześnie poczynione zostało wyjaśnienie, że zwykle obniżenie standardu życia lub pogorszenie statusu ekonomicznego mogą okazać się niewystarczające, by odrzucić koncepcję alternatywy ochrony wewnętrznej³². To stanowisko UNHCR podtrzymał w dokumentach dotyczących już wyłącznie oceny sytuacji na Ukrainie, stwierdzając zarazem, że w przypadku niektórych osób, ze względu na indywidualne uwarunkowania spraw, kryteria racjonalności mogą nie być spełnione³³. Zarazem UNHCR wskazał na tak szeroki krąg grup wrażliwych pod względem racjonalności relokacji, że trudno jest odnaleźć przykład rozpatrywanej sprawy, w której cudzoziemiec znalazłby się poza tym zakresem. Egzemplifikacja grup wrażliwych obejmuje bowiem kobiety, dzieci, osoby niepełnosprawne, osoby narodowości romskiej,

³⁰ UNHCR formalnie bazuje na postawieniach art. 1 A ust. 2 konwencji dotyczącej statusu uchodźców, a ETPCz analizuje zastosowanie przywołanego wyżej art. 2 i 3 konwencji. To zastrzeżenie ma jednak charakter tylko porządkowy, gdyż kryteria powoływania alternatywy ochrony wewnętrznej nie są wskazywane osobno w odniesieniu do ochrony uchodźców i ochrony wynikającej z konwencji europejskiej, a wyprowadzane z tych źródeł zależności i reguły przenikają się, co przekłada się także na ich łączne ujęcie normatywne, względem statusu uchodźcy i ochrony uzupełniającej (por. art. 8 ust. 1 p.d.k. oraz art. 18 ust. 1 u.o.o.).

³¹ Taki pogląd został zaprezentowany w części II.C wytycznych Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców – *Guidelines on International Protection*, No. 4..., op. cit.

³² Ibidem, część II.C pkt 29.

³³ Pkt 43 opracowania *International Protection Considerations related to developments in Ukraine* – Update III, wrzesień 2015 r., dostępny <http://www.refworld.org/docid/56017e034.htm> [data dostępu: 19.09.2017 r.].

osoby zaliczające się do mniejszości seksualnych, a także mężczyzn w wieku poborowym i członków ich rodzin³⁴.

Orzeczenia ETPCz związane z alternatywą ochrony wewnętrznej dotyczyły dopuszczalności wydalenia cudzoziemców z punktu widzenia art. 2 lub 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (prawo do życia, zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania). Jakkolwiek ETPCz potwierdza sformułowany przez UNHCR zarys koncepcji alternatywy ochrony wewnętrznej, to w stosunku do oceny znaczenia aspektów ekonomicznych można dostrzec różnice podejść.

Trybunał zajął po raz pierwszy wyraźne stanowisko co do kryteriów alternatywy ochrony wewnętrznej w wyroku w sprawie *Salah Sheekh przeciwko Holandii*³⁵, stwierdzając, że osoba, która ma być wydalona z państwa przyjmującego musi mieć możliwość dotarcia do bezpiecznej części kraju, uzyskać do niej dostęp i mieć możliwość osiedlenia się na niej (§ 141).

Aspekty ekonomiczne zostały przeanalizowane w wyroku *Sufi i Elmi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*³⁶. Trybunał rozważając dopuszczalność zastosowania alternatywy ochrony wewnętrznej powtórzył już wcześniej wyrażaną tezę, choć częściowo w innych kontekstach, że złe warunki humanitarne mogą prowadzić do naruszenia art. 3 Konwencji tylko w bardzo szczególnych okolicznościach, w których istniały nieodparte względy humanitarne (ang. *compelling humanitarian grounds*), przemawiające przeciwko wydaleniu (§ 278). Samo wprowadzenie takiego określenia jest nie tylko świadectwem konkurencji nazewniczej, do jakiej dochodzi między UNHCR a ETPCz, co do pojęć oddających istotę racjonalności relokacji („względne normalne życie” i „nadmierzna trudność” versus „nieodparte względy humanitarne”), lecz jest oznaką poważniejszej różnicy. Trybunał postrzega zagadnienie aspektów ekonomicznych jako możliwej przeszkody alternatywy ochrony wewnętrznej w szerszym zakresie odniesienia niż czyni to UNHCR. Stara się bowiem wyrazić generalną regułę, kiedy złe warunki socjalno-ekonomiczne i humanitarne³⁷ mogą samoczynnie prowadzić do naruszenia art. 3 Konwencji, wypowiadając się w tych ramach także, a nie wyłącznie, o alternatywie ochrony wewnętrznej. W takich właśnie ramach ETPCz stwierdził, że sytuację cudzoziemca, upatrującego w względach socjalno-ekonomicznych i humanitarnych negacji alternatywy ochrony wewnętrznej, należy badać albo z wykorzystaniem testu sformułowanego w wyroku w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*³⁸ albo w sprawie *N. przeciwko*

³⁴ Ibidem, pkt 50.

³⁵ Wyrok z 11.01.2007 r. w sprawie *Salah Sheekh przeciwko Holandii*, skarga nr 1948/04.

³⁶ Wyrok ETPCz z dnia 28.06.2011 r., *Sufi i Elmi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 8319/07 i 11449/07.

³⁷ Takiego zbiorczego określenia Trybunał użył np. w § 278 wyroku w sprawie *Sufi i Elmi*.

³⁸ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 21.01.2001 w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*, skarga nr 30696/09.

*Zjednoczonemu Królestwu*³⁹. Choć wyroki w tych sprawach zapadły w innych stanach faktycznych, te testy są traktowane jako baza, która znajduje odpowiednie, a nie dosłowne, zastosowanie w różnorodnych przypadkach, wpisujących się w ten zakres zastosowania art. 3 konwencji. Zdaniem ETPCz, adekwatność jednego z tych testów do konkretnej sprawy jest uzależniona od przyczyn występowania w kraju pochodzenia złych warunków humanitarnych. Zdaniem Trybunału, gdy złe warunki humanitarne wynikają wyłącznie albo głównie z biedy lub nieposiadania przez państwo środków radzenia sobie z naturalnie występującym zjawiskiem, przykładowo takim jak susza, można by uznać, że odpowiedni jest test ze sprawy *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. W takich okolicznościach – zgodnie z tym testem – należałoby zbadać, czy zachodzą takie względy, jak na przykład terminalne stadium choroby czczoziemca (sprawa *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* dotyczyła osoby chorej na HIV), brak możliwości zapewnienia jakiejkolwiek opieki lub pomocy medycznej w państwie przyjmującym, zwłaszcza brak jakiejkolwiek rodziny skłonnej i zdolnej do zapewnienia podstawowego poziomu wyżywienia, schronienia lub opieki społecznej (§ 42 i 43 wyroku *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*). Natomiast w okolicznościach, w których złe warunki humanitarne wynikają nie tylko przyczyn naturalnych (brak środków zaradczych wobec ich skutków), lecz są rezultatem działania stron konfliktu, ETPCz uznał za bardziej odpowiedni test sformułowany w orzeczeniu *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*, wedle którego należy zbadać, czy osoba uzależniona od pomocy państwa zetknie się z urzędową obojętnością w sytuacji braku możliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb, która to sytuacja uragałaby ludzkiej godności (§ 253 *M.S.S.*). W sprawie *Sufi i Elmi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ETPCz przyjął za adekwatny test ze sprawy *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*, kierując się faktem, że wszystkie strony konfliktu somalijskiego dopuszczają się działań dyskryminacyjnych i innych, wymierzonych w ludność cywilną (§ 282–283 *Sufi i Elmi*).

Trybunał nawiązał do przedstawionych rozważań w późniejszych wyrokach rozstrzygających sprawy, w których mierzył się z oceną dopuszczalności ochrony wewnętrznej. W szczególności na uwagę zasługuje wyrok w sprawie *S.H.H. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁴⁰, w którym ETPCz w odniesieniu do sytuacji afgańskiego inwalidy za adekwatny do oceny racjonalności oczekiwania zamieszkania w bezpiecznej części kraju pochodzenia uznał test ze sprawy *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Uzasadnienie tego stanowiska zostało oparte na szczegółowo przedstawionej analizie całokształtu okoliczności panujących w uznawanej za bezpieczną część Afganistanu i indywidualnych uwarunkowań skarżącego, dokonanej w porównaniu z konkluzjami w sprawach *Sufi i Elmi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* i pośrednio (poprzez odniesienie

³⁹ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 27.05.2008 r. w sprawie *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 26565/05 (§ 42).

⁴⁰ Wyrok ETPCz z 29.01.2013 r. w sprawie *S.H.H. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 60367/10.

się do reguł rozgraniczenia testów) ze sprawami *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu i M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*. Trybunał wskazał na trzy czynniki uzasadniające stosowanie testu sprawy *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*: brak podstaw, by prognozować intencjonalne działania lub zaniechania ze strony państwa wymierzone w skarżącego, brak pozytywnych obowiązków państwa (Afganistanu) wobec osób niepełnosprawnych, odmiennie niż miało to miejsce w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji* (obowiązków Grecji wobec osób ubiegających się o ochronę międzynarodową) oraz generalnie lepsza ocena sytuacji w Afganistanie (§ 88–92 *S.H.H.*). Bez szerszego rozwinięcia test ze sprawy *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* został także powołany w wyroku w sprawie *H. i B. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁴¹ (§ 114).

Znaczna jest liczba spraw, w których ETPCz rozstrzygał o dopuszczalności alternatywy ochrony wewnętrznej (już po wyroku w sprawie *Sufi Elmi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*), jednak w ogóle nie odniósł się do koncepcji wykorzystania testów sformułowanych w sprawie *N. i M.S.S.* W tych sprawach ETPCz przeanalizował sytuację w kraju, do którego cudzoziemiec miałby zostać wydany i jego uwarunkowania osobiste, formułując konkluzje właściwe dla konkretnego przypadku, bez próby ich strukturyzacji w formule testu. Wśród nich można wymienić wyroki w sprawach *S.A. przeciwko Szwecji*⁴² (§ 53–59), *M. Y. H. przeciwko Szwecji*⁴³ (§ 62–73), *W.A. przeciwko Szwecji* (§ 68–80)⁴⁴, *A.A.M. przeciwko Szwecji* (§ 65–75)⁴⁵. Wszystkie przytoczone sprawy były jednorodne, pod tym względem, że dotyczyły bez wyjątku obywateli Iraku, którzy mogli przenieść się do Kurdystanu, a państwem pozwanym była Szwecja. Ze względu na brak jakichkolwiek odniesień do linii orzeczniczej, wyznaczonej przez wcześniej przywoływane wyroki, trudno przesądzać, czy świadczą one o korekcie poglądu, czy tylko o odmiennym ujęciu problemu, powielanym w bardzo zbliżonych do siebie sprawach.

Można zastanawiać się, czy poglądy ETPCz przedstawione w wyrokach *Sufi i Elmi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* oraz *S.H.H. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* w odniesieniu do aspektów ekonomicznych relokacji, są wystarczająco zwarte logicznie, klarowne i okrzeple. Przyjmując jednak wynikające z nich wskazanie, w odniesieniu do sytuacji przesiedleńców wewnątrz Ukrainy należałoby przyjąć test ze sprawy *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, gdyż trudne położenie tych osób w bezpiecznej części Ukrainy jest pochodną występowania czynników obiektywnych, zwłaszcza sytuacji gospodarczej i braku wystarczających środków budżetowych. Nie ma podstaw, by zakładać odmienną tezę i doszukiwać się celowych działań władz ukraińskich.

⁴¹ Wyrok ETPCz z 9.04.2013 r. w sprawie *H. i B. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 70073/10 oraz 44539/11.

⁴² Wyrok ETPCz z 27.06.2013 r. w sprawie *S.A. przeciwko Szwecji*, skarga nr 66523/10.

⁴³ Wyrok ETPCz z 27.06.2013 r. w sprawie *M.Y.H. i inni przeciwko Szwecji*, skarga nr 50859/10.

⁴⁴ Wyrok ETPCz z 27.03.2014 r. w sprawie *W. H. przeciwko Szwecji*, skarga nr 49341/10.

⁴⁵ Wyrok ETPCz z 03.04.2014 r. w sprawie *A.A.M. przeciwko Szwecji*, skarga nr 68519/10.

Wychodząc z takiego założenia i kierując się w głównej mierze wskazaniami strasburskimi, w przytłaczającej większości rozpatrzonych w Polsce spraw ukraińskich zastosowanie znalazła alternatywa ochrony wewnętrznej. Oczywiście sytuacja materialna przesiedleńców jest bardzo trudna i twierdzenie przeciwne byłoby hipokryzją. Wedle informacji o kraju pochodzenia, zebranych przez organy rozpatrujące sprawy o udzielenie ochrony międzynarodowej, ukraiński system zabezpieczenia społecznego, wsparty wysiłkami instytucji społeczeństwa obywatelskiego i pomocą organizacji kościelnych i międzynarodowych zapewnia pewne minimum socjalne, umożliwiające funkcjonowanie w społeczności przyjmującej. W świetle odpowiednio stosowanych kryteriów sprawy *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* sama prognoza złej sytuacji materialnej, nawet ubóstwa, jak i bezrobocia i złych warunków mieszkaniowych nie czyni nieracjonalnym oczekiwania, że migrant zamieszka w bezpiecznej części swego kraju, a tym samym nie uprawnia do żądania udzielenia ochrony międzynarodowej. Ta linia orzecznicza nie traktuje tych założeń w sposób dogmatyczny, dopuszczając wyjątki, tj. identyfikując też nieliczne sytuacje, gdy ze względu na uwarunkowania osobiste takie oczekiwanie byłoby nieracjonalne, a w konsekwencji cudzoziemcowi udzielona została ochrona międzynarodowa. To wyjaśnienie można zilustrować kilkoma przykładami. Kilkakrotnie ochrona została udzielona osobom w podeszłym wieku, niezdolnych już do pracy zarobkowej, które deklarowały brak pobierania świadczeń emerytalnych w miejscu relokacji (tego typu trudności znalazły potwierdzenie w raportach organizacji międzynarodowych). Incydentalnie powodem odstępstwa od zastosowania art. 18 u.o.o. był zły stan zdrowia cudzoziemca, gdy zostało uprawdopodobnione, że nie będzie on w stanie uzyskać w miejscu relokacji potrzebnej pomocy medycznej i stan ten będzie narażał go na utratę życia. Organy dostrzegły także szczególną sytuację rodzin wielodzietnych, które szczególnie wymagają wsparcia, a jego brak może uczynić iluzoryczną możliwość zamieszkania w bezpiecznej części Ukrainy.

Podsumowanie

Napływ obywateli Ukrainy inicjujących w Polsce postępowania w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej sprawił, że organy rozpatrujące te sprawy, a następnie sądy administracyjne, musiały zmierzyć się ze słabo rozpoznaną w polskiej praktyce koncepcją alternatywy ochrony wewnętrznej. W obecnej chwili wydaje się, że udało się zbudować konsekwentną linię orzeczniczą, respektującą standardy międzynarodowe, przynajmniej jeśli odnieść się do orzecznictwa strasburskiego. Oczywiście w dalszym ciągu tym rozstrzygnięciom towarzyszy spora doza kontrowersji, można nawet mówić o rozdźwięku między stanowiskiem UNHCR a wykładnią dokonaną przez polskie organy i sądy co do przesłanki możliwości zamieszkania w bezpiecznej części kraju pochodzenia (racjonalności takiego oczekiwania). Stanowisko polskie wydaje się mieć jednak solidne podstawy,

nie można bowiem deprecjonować zasady pierwszeństwa ochrony krajowej przed międzynarodową, nawet gdy konsekwencją powrotu do kraju pochodzenie będzie ubóstwo osoby, która bezskutecznie poszukiwała ochrony.

Można zaryzykować przypuszczenie, że w następnych latach będą podejmowane dalsze próby doprecyzowania kryteriów powoływania alternatywy ochrony wewnętrznej. W każdym razie byłby to proces pożądany.

THE ADJUDICATING OF MATTERS ON GRANTING INTERNATIONAL PROTECTION FOR CITIZENS OF UKRAINE IN THE LIGHT OF INTERNAL FLIGHT ALTERNATIVE CONCEPT

Key words: asylum cases, internal flight alternative, internal displaced people

Summary

The annexation of Crimea by Russian Federation and hostilities on Eastern Ukraine clearly marked Polish asylum system. Above six thousands citizens of Ukraine, whose place of origin mainly was region of Donbas and Crimea, lodged asylum applications in Poland over the years 2014–17. Most of their cases were considered as an unfounded by Polish authorities in the light of internal flight alternative (IFA) concept due to territorial scope of military hostilities in country of origin. The article is focused on accuracy of this concept to Ukrainian cases. The crucial point is so called „rationality test” of IFA which result is often not obvious, what is particularly connected with bad material situation of internal displaced people in Ukraine, among others poverty, unemployment and difficulties with finding some flat. The author analyzes the case-law of the European Court of Human Rights in similar cases.

Bibliografia

- Chlebny J. (red.), W. Chrościelewski, P. Dańczak, P. Dąbrowski, R. Rogala, *Ustawa o cudzoziemcach. Komentarz*, Warszawa 2015 r.
- Heidrich-Hamera D., *Międzynarodowa ochrona uchodźców wewnętrznych. Aspekty prawne i praktyka*, Warszawa 2005 r.
- Kowalski M., *Konflikt na Ukrainie a praktyka udzielania ochrony cudzoziemcom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*, w: D. Pudzianowska (red.) *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*, Warszawa 2016 r.
- Nowicki M. A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2011*, LEX, 2012.
- Szczepanik M., Tylec E., *Ukrainian asylum seekers in Poland and a Polish immigration paradox*, *Forced Migration Review*, 51/2016.
- Szklanna A., *Ochrona prawna cudzoziemca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2010 r.

MARCIN GÓRSKI

Katedra Europejskiego Prawa Konstytucyjnego, WPiA UŁ

Inter arma silent Musae? Swoboda wypowiedzi artystycznej naruszającej porządek publiczny

Słowa kluczowe: prawa człowieka, swoboda wypowiedzi, swoboda wypowiedzi artystycznej, porządek publiczny

Czy sztuka musi ustąpić pierwszeństwa porządkowi publicznemu, a ład społeczny ma większą wartość dla ludzkości i jej rozwoju niż wolna ekspresja artystyczna? Czy więc sztuka musi być oceniona jako prezentująca mniejszą doniosłość niż „szczęk zbroi”, tu rozumiany (przewrotnie) jako prawne mechanizmy ochrony porządku publicznego?

W orzecznictwie sądów przyjmuje się niekiedy, że wypowiedź artystyczna ma szczególny status, powodujący rozszerzenie gwarancji swobody wypowiedzi i zawężenie stosowania klauzul limitacyjnych¹. Z drugiej strony, zauważalna jest również tendencja do udzielania silniejszej ochrony wypowiedzi artystycznej wówczas, kiedy jest ona równocześnie wypowiedzią polityczną². Nie angażując się w ocenę słuszności tego stanowiska, odniesiemy się tu do dopuszczalności ograniczenia swobody wypowiedzi artystycznej z uwagi na ochronę porządku publicznego, a bardziej precyzyjnie – do dopuszczalności ograniczania

¹ Zob. np. wyrok BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13. Juni 2007 – 1 BvR 1783/05 – Rn. (1–151), w pkt. 62, wyrok Sądu Najwyższego USA z 7 czerwca 1971 r., 403 U.S. 15 *Cohen v. California* (No. 299), wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 US 239, 251 (1903), wyrok I/A Court H.R., *Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and Costs*. Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73, wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 27 lutego 1992 r. w sprawie *R v Butler* [1993] 1 SCR 452, czy też wyrok ETPC z 20 września 1994 r. w sprawie *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*, skarga nr 13470/87. Zob. też jednak wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 9 kwietnia 1998 r. w sprawie *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.* [1998] 1 SCR 591, gdzie zajęto stanowisko, zgodnie z którym „swoboda wypowiedzi obejmuje wolność wypowiedzi artystycznej i nie ma powodu, żeby tworzyć specjalną kategorię dla wypowiedzi tego rodzaju”.

² Zob. wyrok ETPC z 22 października 2007 r. w sprawie *Lindon, Otchakovsky-Laurens i July przeciwko Francji*, skargi nr 21279/02 i 36448/02; zob. też I. C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Oficyna 2010 r., w Rozdziale VII.1. Zob. też S. H. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment*, 1987 Wis L Rev 221, 222.

wykonywania tejże swobody poprzez utwory artystyczne nawołujące do niepokojów społecznych, a więc zawierające również pierwiastek polityczny. Powodem, dla którego – jak się wydaje – należy poświęcić temu zagadnieniu nieco uwagi, jest panujące obecnie przekonanie (skądinąd może nieco historyczne), jakoby przyszło nam żyć w czasach wyjątkowych wyzwań dla stabilności społecznej, wynikających z wielkich migracji, wojen, nacjonalizmów, fanatyzmu religijnego i terroryzmu³. Z przekonania tego wypływa zaś wniosek, że swobody jednostek (np. prawo do prywatności czy swoboda wypowiedzi) powinny ulec ograniczeniu, aby ochronić stabilność systemu demokratycznego⁴. Wśród owych swobód jedną z ofiar bywa swoboda wypowiedzi artystycznej, szczególnie wówczas, kiedy jest poczytywana – nieodmiennie przez sprawujących władzę i obawiających się jej utraty – za wzbudzającą niepokoje społeczne i nawołującą do przemocy⁵. Ponownie powstrzymując się od oceny, czy istotnie współczesność niesie ze sobą tak wzmożone zagrożenia dla porządku i bezpieczeństwa publicznego, warto zapytać o słuszność i ewentualne granice ingerencji w swobodę wypowiedzi artystycznej wobec wspomnianych zagrożeń. Aby to uczynić, należy udzielić odpowiedzi na pytanie o istotę wypowiedzi artystycznej i charakteryzować jej status, a następnie ustalić relację pomiędzy nią i dobrem w postaci porządku publicznego.

1. Wypowiedź artystyczna

Interesujące wydaje się spostrzeżenie, że wypowiedź artystyczna nie ma ustalonej definicji. W Raporcie Faridy Shaheed, Specjalnej Sprawozdawczynie ONZ ds. praw kulturalnych⁶, znajduje się zdanie, że autorka „nie ma intencji, aby proponować definicję sztuki”. Komentując art. 10 Konwencji, Schabas potwierdza, że przepis ten obejmuje zakresem udzielanej ochrony również wypowiedź artystyczną, jednak dosyć zaskakująco, powstrzymuje się od wyjaśnienia, czym jest wypowiedź artystyczna⁷. Także Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych nie zdefiniował dotychczas zakresu ochrony udzielonej przez Pierwszą Poprawkę

³ Wspomnijmy w tym miejscu amerykańską ustawę z 16 października 2001 r. *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, zastąpioną przez ustawę z 2 czerwca 2015 r. *To reform the authorities of the Federal Government to require the production of certain business records, conduct electronic surveillance, use pen registers and trap and trace devices, and use other forms of information gathering for foreign intelligence, counterterrorism, and criminal purposes, and for other purposes*.

⁴ Zob. szeroko M. Szuniewicz, *Ochrona bezpieczeństwa państwa jako przesłanka ograniczenia praw i wolności jednostki w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2016.

⁵ Zob. częściowo odrębną opinię sędziów Wildhabera, Pastor Ridruejo, Costy i Baki do wyroku ETPC z 8 lipca 1999 r. *Karataş przeciwko Turcji*, skarga nr 23168/94.

⁶ *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed. The right to freedom of artistic expression and creativity*, A/HRC/23/34, 14 marca 2013 r., źródło: http://www.cdc-cdd.org/IMG/pdf/The_right_to_freedom_of_artistic_expression_and_creativity.pdf. Zob. pkt I.4.

⁷ W. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oksford 2015, s. 463–464.

tworzeniu i wykonywaniu sztuki⁸. Wreszcie, spójnej definicji wypowiedzi artystycznej nie wypracował Europejski Trybunał Praw Człowieka. Nie udało mu się to w, będącej *landmark case*, sprawie *Müller*, ale także w sprawach *Otto-Preminger-Institut*⁹, *Karataş*¹⁰, *Alinak*¹¹, *Vereinigung Bildender Künstler*¹², *Nikowitz*¹³, *Kar*¹⁴, *Lindon i Otchakovsky-Laurens i July*¹⁵, *EON*¹⁶, *Instytut Ekonomichnykh Reform TOV*¹⁷, *Ziemiński (nr 2)*¹⁸, *Sousa Goucha*¹⁹, *Alves da Silva*²⁰, *Welsh i Silva Canha*²¹ i *Leroy*²².

Chociaż więc powszechnie uznawana w porządkach konstytucyjnych wielu państw²³, swoboda wypowiedzi artystycznej ma ten defekt, że nie do końca jest jasne, co w istocie stanowi wypowiedź „artystyczną”. Słusznie więc zauważył Kearns, że „swoboda artystyczna jest kopciuszkiem wśród swobód, rzadko w świetle jupiterów i nigdy w światłach rampy”²⁴. W Europie wydaje się dominować pogląd, że jest to wypowiedź elitarna, a więc taka, która ze swej wysublimowanej i hermetycznej natury skazana jest na dotarcie do wąskiego tylko kręgu odbiorców²⁵. Z tego założenia wyprowadzany jest wniosek, że ingerencja w swobodę wypowiedzi artystycznej powinna być powściągliwa, gdyż wypowiedź taka ma przecież niewielką „siłę rażenia”, nie porywa ona tłumów, nie jest szeroko komentowana i w ogóle jej społeczne oddziaływanie jest niewielkie – innymi słowy, jest wypowiedzią nieznaczącą dla dyskursu publicznego. Pogląd ten wydaje się inspirowany pierwszym wyrokiem ETPC dotyczącym swobody wypowiedzi

⁸ R. M. o'Neil, *Artistic Freedom and Academic Freedom*, Law and Contemporary Problems, 1990, vol. 53, nr 3, str. 178.

⁹ Wyrok ETPC z 20 września 1994 r. w sprawie *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*, skarga nr 13470/87.

¹⁰ Wyrok ETPC z 8 lipca 1999 r. *Karataş przeciwko Turcji*, skarga nr 23168/94.

¹¹ Wyrok ETPC z 29 marca 2005 r. w sprawie *Alinak przeciwko Turcji*, skarga nr 40287/98.

¹² Wyrok ETPC z 25 stycznia 2007 r. w sprawie *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*, skarga nr 68354/01.

¹³ Wyrok ETPC z 22 lutego 2007 r. w sprawie *Nikowitz i Verlagsgruppe News GmbH przeciwko Austrii*, skarga nr 5266/03.

¹⁴ Wyrok ETPC z 3 maja 2007 r. w sprawie *Kar i inni przeciwko Turcji*, skarga nr 58756/00.

¹⁵ Wyrok ETPC z 22 października 2007 r. w sprawie *Lindon, Otchakovsky-Laurens i July przeciwko Francji*, skargi nr 21279/02 i 36448/02.

¹⁶ Wyrok ETPC z 14 marca 2013 r. w sprawie *EON przeciwko Francji*, skarga nr 26118/10).

¹⁷ Wyrok ETPC z 2 czerwca 2016 r. w sprawie *Instytut Ekonomichnykh Reform TOV przeciwko Ukrainie*, skarga nr 61561/08.

¹⁸ Wyrok ETPC z 5 lipca 2016 r. w sprawie *Ziemiński przeciwko Polsce (nr 2)*, skarga nr 1799/07.

¹⁹ Wyrok ETPC z 22 marca 2016 r. w sprawie *Sousa Goucha przeciwko Portugalii*, skarga nr 70434/12.

²⁰ Wyrok ETPC z 20 października 2009 r. w sprawie *Alves da Silva przeciwko Portugalii*, skarga nr 42665/07.

²¹ Wyrok ETPC z 17 września 2013 r. w sprawie *Welsh i Silva Canha przeciwko Portugalii*, skarga nr 16812/11.

²² Wyrok ETPC z 2 października 2008 r. w sprawie *Leroy przeciwko Francji*, skarga nr 36109/03.

²³ Zob. np. art. 5 ust. 3 niemieckiej *Grundgesetz* (oraz wyrok BvG w sprawie *Mephisto*, BVerfG, Beschluß des Ersten Senats vom 24. Februar 1971, 1 BvR 435/68), art. 20 ust. 1 konstytucji Hiszpanii z 1978 r., art. 33 konstytucji Republiki Włoskiej z 1947 r., art. X.1. węgierskiej ustawy zasadniczej z 2011 r., czy też art. 73 konstytucji RP z 1997 r.

²⁴ P. Kearns, *Freedom of artistic expression*, Oksford 2013, s. 150.

²⁵ Zob. np. *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, European Court of Human Rights, January 2011, źródło: http://www.echr.coe.int/documents/research_report_cultural_rights_eng.pdf, wyświetlono 20 maja 2017 r.

artystycznej, czyli orzeczeniem w sprawie *Müller*²⁶. Trybunał dokonywał w nim oceny, czy skazanie skarżących było „niezbędne w demokratycznym społeczeństwie” i tylko z tego względu zauważył, że sporne dzieła były dostępne dla szerokiej publiczności i miały przyciągnąć jej zainteresowanie (pkt 36 wyroku). Spostrzeżenie Trybunału dotyczące zasięgu oddziaływania spornych dzieł zostało sformułowane w aprobatywnej reakcji na argument rządu szwajcarskiego (zob. pkt 31 wyroku), że ingerencja w swobodę wypowiedzi była niezbędna „mając szczególnie na względzie tematykę obrazów i specyficzne okoliczności, w jakich zostały one wystawione”. Nie wydaje się jednak, żeby kwestia zasięgu oddziaływania miała w ocenie Trybunału, wyrażonej w tej sprawie, znaczenie definicyjne dla pojęcia wypowiedzi artystycznej.

Trudno zgodzić się z poglądem, że wypowiedź artystyczna jest *ex definitione* wypowiedzią „nieznaczącą”. Dość wspomnieć z polskiej historii choćby pieśń *Żeby Polska*²⁷ i jej znaczenie formacyjne dla budowania patriotycznych postaw polskiego społeczeństwa, a ze współczesności kabaret „Ucho prezesa”, widziany jako rodzaj metody na rozładowanie strachu przed obozem władzy. Z doświadczeń zagranicznych można wskazać znaczenie brytyjskiego kabaretu „Spitting Image” dla krytyków polityki premier Margaret Thatcher. Bez wątpienia każde z tych dzieł było wypowiedzią artystyczną, chociaż ich zasięg oddziaływania był znaczący.

A zatem w definicji wypowiedzi artystycznej nie może chodzić o to, że jest ona „nieznaczająca”. Co zatem czyni wypowiedź – artystyczną? L. Garlicki wyjaśnia, że wypowiedź artystyczną należy rozumieć jako „szczególną formę przekazu, w szczególny sposób odzwierciedlającego osobowość twórcy i oddziałującego na estetyczną wrażliwość odbiorcy”, która „może przybierać najrozmaitsze formy”²⁸. Nie ma przy tym znaczenia, że wystawianie czy rozpowszechnianie wypowiedzi artystycznej może przynosić zyski²⁹. W interesującym wyroku Sądu Najwyższego Kanady w sprawie *Sharpe*³⁰, dotyczącym *artistic merit defence*, przysługującej w przypadku przestępstwa rozpowszechniania pornografii dziecięcej, w stanowisku większości przyjęto, że pojęcie to obejmuje wypowiedzi „mogące być rozsądnie uznawane za sztukę” w przekonaniu twórcy, przy czym dla ustalenia, że mamy do czynienia ze sztuką, istotne mogą być również inne czynniki, takie jak forma i zawartość danego dzieła, jego związki z artystycznymi konwencjami,

²⁶ Wyrok ETPC z 24 maja 1988 r. *Müller i in. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 10737/84. Zob. też pkt 52 cytowanego wyżej wyroku ETPC z 8 lipca 1999 r. *Karataş przeciwko Turcji*, skarga nr 23168/94.

²⁷ Utwór napisany w 1976 r. ze słowami J. Pietrzaka i muzyką W. Korcza.

²⁸ L. Garlicki, *Komentarz do art. 10 EKPC* [w:] L. Garlicki [red.], *Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do art. 1–18*, Warszawa 2010, s. 628, nb. 58 do art. 10 EKPC.

²⁹ W ten sposób J. Skrzydło, *Wolność wypowiedzi w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013, s. 169 z powołaniem na wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952).

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 26 stycznia 2001 r. w sprawie *R. v. Sharpe*, [2001] 1 SCR 45.

tradycjami i stylami, a także opinie biegłych, jak i wreszcie sposoby produkcji, wystawienia i dystrybucji, nadto zaś inne czynniki, które będą wynikać ze stale zmieniających się realiów społecznych i możliwości technicznych³¹.

Postawmy wobec tego tezę, że **za wypowiedź artystyczną będziemy tu uznawać zmaterializowany w jakiejkolwiek formie przejaw twórczej działalności jednostki, która wynika ze sfery jej uczuć lub odczuć estetycznych i której zasadniczą funkcją jest oddziaływanie na sferę uczuć lub odczuć estetycznych odbiorcy**. Wypowiedź taka może, ale nie musi wyrażać informacji bądź poglądu, jest bowiem manifestacją osobowości jednostki i jej wrażliwości, nie musząc zawierać pierwiastka rozumowego. Dla potwierdzenia, że mamy do czynienia z wypowiedzią artystyczną, możliwe jest odwołanie się do innych czynników, aniżeli sama intencja twórcy.

2. Implikacje istoty wypowiedzi artystycznej dla granic jej prawnej ochrony

W opinii częściowo odrębnej sędziów Rozakisa, Bratzy, Tulkensa i Šikuty w sprawie *Lindon i Otchakovsky-Laurens i July*³² autorzy podkreślili, że w ich ocenie to, iż mamy do czynienia z wypowiedzią artystyczną, usprawiedliwia zastosowanie wyższego poziomu ochrony wolności słowa (ang. *the fact that it was a novel, in other words an artistic work, is capable of justifying a higher level of protection*). Jest to pogląd często spotykany, chociaż zwykle formuluje się go niejako intuicyjnie. Z drugiej strony, w opinii odrębnej w sprawie *Vereinigung Bildender Künstler*³³ sędzia Loucaides – wyrażając zdziwienie, że objęto konwencyjną ochroną obraz „Apokalipsa” autorstwa Ottona Mühla, który sportretował (w formie kolażu) publicznie znane postaci ze wzwiedzionymi i ejakulującymi penisami – stwierdził, że jest poza jego zakresem pojmowania, jak można porównać to dzieło do satyry lub wypowiedzi artystycznej i dodał, że gdy mówi się sztuce, nie obejmuje się tym pojęciem każdego aktu wypowiedzi artystycznej niezależnie od jego charakteru i skutku (ang. *to find that situation comparable with satire or artistic expression is beyond my comprehension. And when we speak about art I do not think that we can include each and every act of artistic expression regardless of its nature and effect*). Z drugiej strony, sędzia Holmes zauważył

³¹ Ang. “the subjective intention of the creator will be relevant, although it is unlikely to be conclusive. The form and content of the work may provide evidence as to whether it is art. Its connections with artistic conventions, traditions or styles may also be a factor. The opinion of experts on the subject may be helpful. Other factors, like the mode of production, display and distribution, may shed light on whether the depiction or writing possesses artistic value. It may be, as the case law develops, that the factors to be considered will be refined”.

³² Wyrok ETPC z 22 października 2007 r. w sprawie *Lindon, Otchakovsky-Laurens i July przeciwko Francji*, skargi nr 21279/02 i 36448/02.

³³ Wyrok ETPC z 25 stycznia 2007 r. w sprawie *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*, skarga nr 68354/01.

w wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Bleistein*³⁴ z 1903 r., że „byłoby ryzykownym przedsięwzięciem dla osoby wykształconej tylko w zakresie prawa, aby uznała się za ostatecznego sędziego wartości ilustracji graficznych”. W sprawie *Cohen v. California*³⁵ Sąd Najwyższy uznał za objętą ochroną wynikającą z Pierwszej Poprawki³⁶ prawo obywatela do przechadzania się korytarzem budynku sądu hrabstwa Los Angeles w kurtce z napisem *Fuck the Draft* (co można przetłumaczyć jako wulgarnie wyrażone zawołanie „Precz z Projektem”). Sędzia Harlan zauważył w swoim stanowisku w tej sprawie, że „jakkolwiek to szczególne czteroliterowe słowo [f.k.], o które toczy się ten spór, jest być może bardziej niesmaczne niż inne z tego samego gatunku, tym niemniej często okazuje się prawdą, że to, co dla jednego jest wulgaryzmem, dla innego bywa liryką. W istocie, w znacznej mierze z tego powodu, że urzędnicy nie mogą wprowadzać w tym względzie znaczących rozróżnień, Konstytucja pozostawia kwestie smaku i stylu zasadniczo jednostkom”³⁷. Wydaje się jednak, że nie każdy przejaw twórczości ludzkiej, pretendujący do miana sztuki, stanowi wypowiedź artystyczną. Jeśli wszakże dana wypowiedź jest sztuką („wypowiedzią artystyczną”), to zasługuje na szerszą ochronę przed ingerencją z uwagi na naturę wypowiedzi artystycznej.

Skoro bowiem wypowiedź artystyczna zawiera „boski pierwiastek” ludzkiej wrażliwości, to jej ocena prawna na płaszczyźnie klauzuli limitacyjnej jest narażona na znaczące ryzyko błędu, bo prawnik, chcąc rozstrzygać, czy wypowiedź posiada charakter artystyczny, powinien oprzeć się na relacji samego twórcy (inaczej staje się „słoniem grającym na flecie”³⁸). Któż bowiem inny, aniżeli artysta, jest w stanie wyjaśnić, czy jego wypowiedź wynikała z potrzeby wyrażenia indywidualnej wrażliwości i miała źródło w uwarunkowaniach osobowości twórcy i sferze doznawanych przezeń uczuć, czy też była raczej konsekwencją przesłanek racjonalnych (np. naukowych, politycznych, komercyjnych etc.)? Ponadto, jeśli wypowiedź jest „artystyczną” wskutek obecności wspomnianego elementu ekspresji indywidualnej wrażliwości („boskiego pierwiastka”), to z samej istoty takiej wypowiedzi wynika jej „prawo” do poruszania wrażliwości odbiorców, a więc również zniesmaczania, obrażania, szokowania etc. To spostrzeżenie wiedzie nas z kolei do przyjęcia, że granice ingerencji w swobodę wypowiedzi

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 US 239, 251 (1903).

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego USA z 7 czerwca 1971 r., 403 U.S. 15 *Cohen v. California* (No. 299).

³⁶ Zgodnie z Pierwszą Poprawką do Konstytucji USA z 15 grudnia 1791 r., „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

³⁷ Ang. *while the particular four-letter word being litigated here is perhaps more distasteful than most others of its genre, it is nevertheless often true that one man's vulgarity is another's lyric. Indeed, we think it is largely because governmental officials cannot make principled distinctions in this area that the Constitution leaves matters of taste and style so largely to the individual.*

³⁸ Zob. M. M. Bieczyński, *Ars Legis czy Lege Artis? Kilka uwag na temat wolności twórczości artystycznej i jej prawnych granic* (w:) D. Bychawska-Siniarska i D. Głowacka (red.), *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, Warszawa 2014, s. 19.

artystycznej są wyjątkowo silnie ograniczone, o ile w ogóle można w tym przypadku mówić o dopuszczalności jakiegokolwiek ingerencji. Co miałoby ją jednak uzasadniać? Na pewno nie uczucia innej jednostki, gdyż prawo nie może dawać prymatu sferze uczuć jakiegokolwiek jednostki nad uczuciami innych jednostek. Odwołanie się zaś do względów innych, niż uczucia właśnie, wydaje się nieadekwatne w sytuacji, w której istotą wypowiedzi artystycznej jest właśnie ekspresja uczuć.

Rację jednak ma sędzia Loucaides podkreślając, że nie wszystko, co zostanie opakowane w papier z napisem „sztuka”, jest nią w istocie. Z wypowiedzią artystyczną mamy do czynienia tylko wtedy, jeżeli jej autor dokonuje aktu kreacji, a kreacja ta wynika nie ze sfery rozumowości, lecz uczuć. Poza tą sferą lokują się więc takie przejawy twórczości ludzkiej, które mają na celu perswazję polityczną czy komercyjną. Oczywiście nie oznacza to, że są one pozostawione bez ochrony, jednak ochrona ta wynika nie z prostego wyprowadzenia konsekwencji z istoty wypowiedzi, jak to jest w przypadku wypowiedzi artystycznej, dysponującej „prawem do oddziaływania na uczucia odbiorcy”, lecz z innych względów, takich jak znaczenie swobodnej wypowiedzi dla pluralistycznego i demokratycznego społeczeństwa.

3. Wypowiedź artystyczna a porządek publiczny – praktyka ETPC

Europejski Trybunał Praw Człowieka był w swojej praktyce konfrontowany ze stanami faktycznymi, które prowokowały potrzebę wyważenia swobody wypowiedzi artystycznej i porządku publicznego, czyli jednego z dóbr prawnych należących do przesłanek zastosowania klauzuli limitacyjnej. Wspomnimy tu o trzech sprawach: *Karataş*, *Alinak* i *Kar*.

Karataş

W sprawie *Karataş*³⁹ Trybunał rozpoznał skargę dotyczącą zarzutu naruszenia przez Turcję m.in. art. 10 EKPC poprzez konfiskatę publikacji i skazanie Hüseyina Karataşa, autora antologii poezji zatytułowanej *Dersim – Bir İsyanın Türküsü* (*Dersim – pieśń o rebelii*). Antologia zawierała poemat *Wolność to prawo klanu*, który opiewał naród kurdyjski i nawoływał do antytureckiej rebelii.

Trybunał zauważył (pkt 49), że zakwestionowana publikacja była poezją, a więc formą wypowiedzi, która jest zrozumiała tylko dla mniejszości czytelników (ang. *form of artistic expression that appeals to only a minority of readers*). Następnie Trybunał podkreślił, że art. 10 chroni swobodę wypowiedzi artystycznej, która daje możliwość udziału w publicznej wymianie wszelkich rodzajów

³⁹ Wyrok ETPC z 8 lipca 1999 r. *Karataş przeciwko Turcji*, skarga nr 23168/94.

informacji i poglądów kulturalnych, politycznych i społecznych, a także, iż twórcy, wykonawcy, dystrybutorzy i wystawcy dzieł sztuki przyczyniają się do wymiany poglądów i opinii, co jest niezbędne dla demokratycznego społeczeństwa, a to oznacza, że na państwie spoczywa obowiązek niewkraczania niesłuszenie w tę sferę swobody wypowiedzi (ang. *those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression*). W dalszej jednak części wyводу (pkt. 50–51) Trybunał zakwalifikował sporną antologię jako wypowiedź polityczną i tylko dodatkowo zauważył (pkt 52), że skarżący posłużył się poezją, czyli formą wypowiedzi z definicji adresowaną do wąskiego kręgu odbiorców, a zatem należy potraktować jego wypowiedź jako „z natury artystyczną i o niewielkim oddziaływaniu”, co wpływa na ocenę tej wypowiedzi (ang. *the Court considers that the fact that they were artistic in nature and of limited impact made them less a call to an uprising than an expression of deep distress in the face of a difficult political situation*). W rezultacie Trybunał stwierdził naruszenie art. 10 EKPC.

Alinak

Kolejne orzeczenie ETPC dotyczące swobody wypowiedzi artystycznej również dotyczyło ograniczeń stosowanych w Turcji. W sprawie *Alinak przeciwko Turcji*⁴⁰ zarzut naruszenia art. 10 EKPC był następstwem zatrzymania egzemplarzy noweli „Gorączka Şiro” (*Şiro’nun Ateşi*) autorstwa Mahmuta Alinka, w której autor miał podżegać do nienawiści na tle etnicznym. Nowela była oparta na faktach, które miały miejsce w 1993 r. w tureckiej wiosce Ormanici (siły bezpieczeństwa torturowały mieszkańców wioski⁴¹). Sąd krajowy uznał, że jakkolwiek swoboda wypowiedzi artystycznej podlega ochronie prawnej, to jednak nie obejmuje ona publikowania tekstów „niesmacznych i odrażających”, a za taki sąd ten uznał sporną publikację.

Trybunał przyjął, że napisanie i publikacja noweli są objęte swobodą wypowiedzi artystycznej (pkt 42 wyroku), która podlega ochronie na podstawie art. 10 Konwencji. Jakkolwiek sporna nowela była inspirowana faktami, to jednak Trybunał zwrócił uwagę, że jako taka stanowiła relację fikcji (pkt 43 wyroku). Trybunał wziął pod uwagę obawy władz tureckich o wydźwięk noweli, związane ze zwalczaniem terroryzmu, ale podkreślił (pkt 45 wyroku), że autor, będący byłym członkiem parlamentu, jest obecnie osobą prywatną, a obrana forma wypowiedzi (opublikował wszak nowelę, a nie np. publikację w środkach masowego przekazu) ze swej natury charakteryzuje się niewielkim wpływem na opinię publiczną (ang. *the applicant [...] was at the material time a private citizen expressing his views in a novel which, as already mentioned, would necessarily reach a smaller audience*

⁴⁰ Wyrok ETPC z 29 marca 2005 r. w sprawie *Alinak przeciwko Turcji*, skarga nr 40287/98.

⁴¹ Zob. szerzej wyrok ETPC z 6 kwietnia 2004 r. w sprawie *Ahmet Özkan i inni przeciwko Turcji*, skarga nr 21689/93, w którym Trybunał stwierdził naruszenie art. 2, art. 3 i art. 8 EKPC.

than that afforded by the mass media). W tych okolicznościach, podobnie jak w sprawie *Karataş*, ETPC uznał, że chociaż niektóre fragmenty książki wydają się mieć wrogi ton, to jednak ich artystyczny charakter i ograniczony wpływ na opinię publiczną spowodowały zredukowanie ich znaczenia do wyrażenia rozżalenia z powodu opisanych w nich tragicznych zdarzeń, a tym samym nie można ich uznać za nawoływanie do przemocy (ang. *even though some of the passages from the book seem very hostile in tone, the Court considers that their artistic nature and limited impact reduced them to an expression of deep distress in the face of tragic events, rather than a call to violence*).

Kar

Skarżącymi w sprawie *Kar i inni przeciwko Turcji*⁴² byli aktorzy, którzy zagrali w sztuce „Wróg sprawiedliwości” (tur. *Bir Hak Düşmanı*). W treści sztuki znalazło się twierdzenie o słuszności walki zbrojnej z państwem, które nie uznaje praw Allacha. Zdaniem sądów krajowych sztuka zachęcała do zbrojnej rebelii przeciwko państwu w imię islamu. Skarżących skazano na surowe kary pozbawienia wolności (w wymiarze 5,5 roku). Trybunał zauważył, że sporna sztuka została wystawiona tylko osiem razy, co w ocenie ETPC było istotne w kontekście zarzucanego naruszenia art. 10 Konwencji. Trybunał podkreślił (pkt 47 wyroku), że choć w spornej sztuce znalazły się wypowiedzi, które można zakwalifikować jako podżeganie do nienawiści i wrogości, to jednak „swoboda wypowiedzi w rozumieniu art. 10 Konwencji ma zastosowanie nie tylko do informacji i poglądów, które są postrzegane przychylnie czy rozumiane jako nieobraźliwe, czy też takich, które są obojętne, ale także do takich, które obrażają, szokują czy niepokoją jakąkolwiek część społeczeństwa. Takie są wymogi pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których nie istnieje demokratyczne społeczeństwo” (ang. *freedom of expression within the meaning of Article 10 applies not only to “information” or “ideas” which are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those which offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”*). Trybunał uznał również za doniosłe w okolicznościach sprawy to, jaki był charakter i dolegliwość sankcji zastosowanych wobec skarżących, które Trybunał uznał za „ekstremalne”.

⁴² Wyrok ETPC z 3 maja 2007 r. w sprawie *Kar i inni przeciwko Turcji*, skarga nr 58756/00.

4. Wnioski

Warto zauważyć, że we wszystkich trzech sprawach wypowiedź artystyczna dotyczyła równocześnie tematyki politycznej: w dwóch przypadkach chodziło o sytuację Kurdów, w trzeciej o problematykę świeckości państwa. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że artystycznego (a więc „nizowego”) charakteru wypowiedzi Trybunał użył w tych sprawach jako argumentu dodatkowego (swego rodzaju alibi dla ustalenia, że doszło do przekroczenia granic dopuszczalnej ingerencji), a skoncentrował się na pierwiastku politycznym (*sensu largo*) spornych wypowiedzi jako mającym zasadnicze znaczenie dla poziomu ochrony udzielanej swobodzie wypowiedzi. Szerzej można zauważyć, że artystyczny charakter wypowiedzi nie jest uznawany przez ETPC jako zasadniczy powód, dla którego Trybunał skłonny jest przyznać silną ochronę wypowiedzi artystycznej. W sprawach, w których skarżący wygrywali w Trybunale walkę o ochronę swobody wypowiedzi artystycznych, powody wygranej nie wiązały się z samym artystycznym charakterem wypowiedzi. We wspomnianej sprawie *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*⁴³ Trybunał uznał, że sporny kolaż, portretujący m.in. p. Meischbergera, ówczesnego deputowanego z ekstremistycznej Wolnościowej Partii Austrii, którego namalowano w ten sposób, iż ścisnął on w dłoni ejakulujący penis p. Heidera, samemu ejakulując przy tym na św. Matkę Teresę – nie odnosił się do sfery życia prywatnego p. Meischbergera, lecz do jego aktywności politycznej, w ramach której musi się on wykazać większą tolerancją na krytykę. W sprawie *Nikowitz i Verlagsgruppe News GmbH przeciwko Austrii*⁴⁴ Trybunał doszedł do przekonania, że satyryczny tekst miał znaczenie dla debaty publicznej, bo krytykował stosunek opinii publicznej do idoli sportowych.

Czy w ogóle może zdarzyć się w praktyce ETPC sytuacja, w której doszłoby do kolizji swobody wypowiedzi artystycznej z porządkiem publicznym, a zarazem sama wypowiedź nie zawierałaby pierwiastka politycznego? Wydaje się, że jest to mało prawdopodobne. Sprawy, w których wypowiedź artystyczna pozbawiona była pierwiastka politycznego (jak choćby klasyczna sprawa *Müller*⁴⁵), nie obejmowały wyważania tejże swobody z porządkiem publicznym, ale raczej z prawami innych osób. Wydaje się, że generalnie wypowiedź artystyczna pozbawiona pierwiastka politycznego jest obojętna dla porządku publicznego (będącego wartością kolektywną), choć może nie być obojętna dla praw i wolności innych jednostek.

Gdyby jednak doszło do takiej kolizji, wówczas standard oceny układu faktyczno-prawnego powinien uwzględniać stanowisko wypracowane przez ETPC w takich sprawach, jak *Karataş, Alinak i Kar*. Tym bardziej powściągliwa winna być ingerencja w swobodę wypowiedzi artystycznej, która równocześnie wpisuje się w debatę polityczną, w takim bowiem przypadku, oprócz potrzeby

⁴³ Wyrok ETPC z 25 stycznia 2007 r. w sprawie *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*, skarga nr 68354/01.

⁴⁴ Wyrok ETPC z 22 lutego 2007 r. w sprawie *Nikowitz i Verlagsgruppe News GmbH przeciwko Austrii*, skarga nr 5266/03.

⁴⁵ Wyrok ETPC z 24 maja 1988 r. *Müller i in. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 10737/84.

udzielenia ochrony wypowiedzi artystycznej jako takiej, pojawia się potrzeba szczególnie silnej ochrony przysługującej wypowiedzi politycznej. Można jednak zastanawiać się, czy w ogóle potrzebne jest w takim przypadku rozważanie znaczenia artystycznego charakteru wypowiedzi (z implikacjami związanymi z autopoetycznością sztuki), skoro istnieje dużo silniejszy, w ocenie ETPC, argument dla udzielenia ochrony swobodzie?

Należy natomiast postulować pogłębienie rozważań orzeczniczych dotyczących konsekwencji samej definicji wypowiedzi artystycznej dla rekonstrukcji granic ochrony udzielanej swobodzie jej formułowania i głoszenia. Idąc śladem praktyki amerykańskiej można by uznać, że zasadniczą przeszkodą dla ingerowania w swobodę wypowiedzi artystycznej stanowi fakt, że ze swej definicji sztuka może (tzn. ma prawo) silnie oddziaływać na sferę uczuć jednostek, bo to właśnie jest istotą sztuki, a takie oddziaływanie może zaś (w znaczeniu „ma prawo”) w konsekwencji zaburzać porządek publiczny. Porządek publiczny, chociaż tak cenny dla nas, prawników, wydaje się być z punktu widzenia interesu całej ludzkości dużo mniej istotny, niżli postęp. Ten zaś ma swoje korzenie w swobodzie tworzenia, w tym również kreacji artystycznej.

INTER ARMA SILENT MUSAE? FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION DISTURBING PUBLIC ORDER

Key words: human rights, freedom of expression, freedom of artistic expression, public order

Summary

Courts of different jurisdictions (including the ECtHR) tend to employ the notion of “artistic expression” intuitively. Definitional attempts are rare (see e.g. the ruling of the Canadian Supreme Court in *Sharpe*). One may postulate that “artistic” is the expression which is rooted in the sphere of sensitiveness of an individual appealing to the same sphere of other individuals. The consequence of such understanding of artistic expression is that it is designed to “offend, shock and disturb” (i.e. to appeal to human feelings) by its definition. A further consequence is that artistic expression should be likely to have impact on the public order. However the case-law of the ECtHR proves that it happens only when artistic expression is contaminated by political elements. Purely artistic expression seems indifferent to the public order.

Bibliografia

- Bieczyński M. M., *Ars Legis czy Lege Artis? Kilka uwag na temat wolności twórczości artystycznej i jej prawnych granic*, [w:] D. Bychawska-Siniarska i D. Głowacka (red.), *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, Warszawa 2014.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 10 EKPC*, [w:] L. Garlicki [red.], *Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do art. 1-18*, Warszawa 2010
- Kamiński I. C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Oficyna 2010 r.
- Kearns P., *Freedom of artistic expression*, Oxford 2013.

- Nahmod S. H., *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment*, 1987 Wis L Rev 221, 222.
- O'Neil R. M., *Artistic Freedom and Academic Freedom*, Law and Contemporary Problems, 1990, vol. 53, nr 3.
- Schabas W., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oksford 2015.
- Skrzydło J., *Wolność wypowiedzi w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013.
- Szuniewicz M., *Ochrona bezpieczeństwa państwa jako przesłanka ograniczenia praw i wolności*, Warszawa 2016.

PATRYCJA JANKOWSKA

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Wybrane aspekty procedur prawnych, których podmiotem może być małoletni cudzoziemiec przebywający na terytorium Polski bez opieki

Słowa kluczowe: migracja, cudzoziemcy, małoletni bez opieki, prawa dziecka, azyl

Wprowadzenie

Analizując aktualną sytuację polityczną, społeczną i ekonomiczną większości państw europejskich nietrudno zauważyć, że obecnie jednym z najważniejszych zjawisk w istotny sposób determinujących tę sytuację jest zjawisko szeroko rozumianej migracji¹. Abstrahując jednak od przyczyn generujących to zjawisko, a nawet od jego masowej skali, która w ostatnim czasie tak znacząco wpłynęła na wzajemne relacje pomiędzy państwami Unii Europejskiej (UE), warto uświadomić sobie fakt, że wśród setek tysięcy przybywających do Europy imigrantów niemały procent stanowią małoletni cudzoziemcy. Migracja małoletnich nie jest zjawiskiem nowym, jednak dopiero od początku lat 90. wiele państw uznawanych przez migrantów za docelowe, przyjęło wobec tego zjawiska zupełnie nową optykę². Nadal jednak niewiele osób zdaje sobie sprawę z tego, że w wielu przypadkach małoletni imigranci podróżują bez opieki swych opiekunów prawnych, a nierzadko także bez jakiegokolwiek opieki osób dorosłych. Chociaż rzeczywista liczba małoletnich imigrantów przybywających na terytorium UE bez opieki trudna jest do ustalenia, to jednak nawet szacunkowe dane statystyczne wskazują na niezwykle ważną rolę omawianego tu problemu³.

¹ Więcej na temat przyczyn i zagrożeń związanych ze współczesną migracją w: D. Jurczak, *Migracja legalna i nielegalna we współczesnej Polsce*, Warmińsko-Mazurski Kwartalnik Naukowy WSiE nr 1, Olsztyn 2012, s. 52.

² Por. J. Bhabha, *Child Migration and Human Right in a Global Age*, Princeton 2014, s. 2–9. Podobnie M. Skivenes, R. Barn, K. Kriz, T. Pösö, *Child Welfare Systems and Migrant Children. A Cross Country Study of Policies and Practice*, Oxford 2015, s. 9–11.

³ Zob. M. Noviello, *Napływ ludności do Włoch ze szczególnym uwzględnieniem osób niepełnoletnich*, Przegląd Geopolityczny 2016 r. nr 17, s. 96.

Pomimo że na terytorium Polski skala tego zjawiska nie jest aż tak znacząca, wielość i złożoność procedur prawnych, których podmiotem może być małoletni cudzoziemiec bez opieki, skłania do poważnej refleksji nad funkcjonowaniem wszystkich tych regulacji prawnych, które w założeniu prawodawcy powinny skutecznie chronić szeroko rozumiany interes takiego dziecka⁴.

W artykule tym podejmuję zatem próbę odpowiedzi na pytanie, czy obowiązujące w Polsce regulacje prawne w wystarczającym stopniu chronią interes cudzoziemskiego dziecka przebywającego w naszym kraju bez opieki, szczególnie zaś w sytuacji, w której staje się ono podmiotem kilku równolegle prowadzonych z jego udziałem postępowań⁵.

Tego rodzaju postępowania, oprócz stosowania obowiązujących norm prawnych, wymagają często także pozasystemowych działań właściwych organów, podejmowanych choćby w przypadku występowania luk prawnych oraz w sytuacjach wymagających zinterpretowania występujących w konkretnym akcie prawnym pojęć nieostrych, w tym także klauzul generalnych⁶.

W tego typu sprawach decyzje wydawane w administracyjnym toku instancji mają też często charakter dyskrecjonalny⁷. Nie oznacza to jednak ani arbitralności, ani tym bardziej zupełnej swobody organu. W ramach sądownoadministracyjnej kontroli, korzystając z przysługującej mu władzy dyskrecjonalnej, sędzia bada bowiem zarówno legalność wydanej decyzji, jak i to, czy w danej sprawie nie zostały przekroczone granice administracyjnego uznania⁸.

Krajowe mechanizmy kontroli przestrzegania praw małoletnich cudzoziemców stanowią oczywiście element szerszego, międzynarodowego systemu ochrony tych praw. Warto zatem zadać także pytanie, czy polski system prawa

⁴ W tym kontekście pojęcie „interesu dziecka” obejmuje zarówno jego interes faktyczny i prawny, jak też „nadrzędny interes dziecka”, o którym mowa w art. 3 Konwencji o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r. Nr 120 poz. 526). W postanowieniu z 11.2.1997 r. (II CKN 90/96), Sąd Najwyższy definiując pojęcie „dobra dziecka” uznał, że z jednej strony obejmuje ono całą sferę najważniejszych jego spraw osobistych (w tym rozwój fizyczny i duchowy, odpowiednie kształcenie i wychowanie oraz przygotowanie do dorosłego życia), a także jego wymiar materialny (Legalis, nr 333272).

⁵ Do takich procedur można zaliczyć zarówno postępowania prowadzone w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej lub postępowania o charakterze ekspulsyjnym, jak też postępowania, w których dziecko posiada status pokrzywdzonego albo jest sprawcą czynu karalnego, czy wreszcie postępowania w sprawie ustanowienia opieki i prawnej reprezentacji dziecka.

⁶ Tematykę pojęć nieostrych w omawianym tu kontekście prawnym podejmuję w artykule pt. *Pojęcia nieostre a dyskrecjonalność organów administracji w ustawie o cudzoziemcach* [w:] P. Nowakowski-Węgrzynowski (red.), K. Karolak, P. Nowakowski-Węgrzynowski, M. Cieślak, M. Szule, P. Jankowska, *Pojęcia nieostre w prawie administracyjnym*, Bielsko-Biała 2016, s. 93–103.

⁷ Dla potrzeb tego artykułu przyjmuję definicję swobodnego uznania stworzoną przez M. Zimmermanna, który w odniesieniu do ustroju państwa prawnego traktował je jako: „przekazanie przez władzę ustawodawczą innym organom państwa kompetencji rozstrzygania w pewnych przypadkach i granicach w sposób nieskrępowany przez normę prawną”. M. Zimmermann, *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Warszawa 2009, s. 49.

⁸ Zob. Z. Czarnik, *Prawotwórcza rola sądu a dyskrecjonalność sędziowska* [w:] M. Dębiński, R. Pelewicz, T. Rakoczy (red.), *Dyskrecjonalna władza sędziego. Zagadnienia teorii i praktyki*, Tarnobrzeg 2012, s. 13–14.

o cudzoziemcach jest w pełni koherentny z przewidzianymi w systemie prawa międzynarodowego standardami postępowania wobec tej szczególnej grupy cudzoziemskich migrantów.

Kontekst historyczno-prawny

Nawet pobieżna analiza wszystkich międzynarodowych aktów prawnych, regulujących sytuację prawną małoletnich cudzoziemców, znacznie wykracza poza ramy tego artykułu. Z tego też powodu przytaczam tu jedynie te akty prawne, które w mojej ocenie mają fundamentalne znaczenie dla systemu ochrony praw dzieci cudzoziemskich, w tym także tych pozbawionych opieki osób dorosłych⁹. Sięgając zatem do współczesnych źródeł ochrony praw dziecka wypada mi jedynie przypomnieć, że tak naprawdę wiążą się one z nurtem działań podejmowanych w XIX w. przez organizacje feministyczne i te chroniące prawa zwierząt, włącznie ze znanym literaturze przedmiotu casusem M.E. Wilson¹⁰.

W połowie XX w. idea praw dziecka znalazła już odzwierciedlenie w aktach rangi ustawowej, w tym w ustawach zasadniczych wielu państw¹¹. Działania powołanego w 1920 r. w Genewie Międzynarodowego Związku Pomocy Dzieciom (UISE), doprowadziły ostatecznie do przyjęcia w 1924 r. przez Zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów Deklaracji Praw Dziecka (tzw. Genewskiej).

W 1929 r. Polska ratyfikowała kilka konwencji regulujących w płaszczyźnie międzynarodowej stosunki prawne pomiędzy małżonkami, w szczególności wobec zaistnienia kolizji ustawodawstw poszczególnych państw, w tym także podpisaną w Hadze 12 czerwca 1902 roku konwencję regulującą kwestię jurysdykcji w zakresie opieki nad małoletnim¹². Do kolejnych aktów prawnych istotnie umacniających międzynarodową ochronę praw dziecka należy zaliczyć uchwaloną w 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych Powszechną Deklarację Praw Człowieka (PDPC) oraz Konwencję Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, otwartą do podpisu w 1950 r.¹³

Jednym z najważniejszych aktów prawa międzynarodowego regulującym prawa dziecka była niewątpliwie Deklaracja Praw Dziecka, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1959 r. Oprócz katalogu

⁹ Zgodnie z treścią art. 2 pkt 9a Ustawy z 13.6.2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 51 ze zm.), za małoletniego bez opieki uważa się małoletniego cudzoziemca, który przybywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub przebywa na tym terytorium bez opieki osób dorosłych, odpowiedzialnych za niego zgodnie z prawem obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej.

¹⁰ Zob. A. E. Shelman, S. Lazoritz, *The Marry Ellen Wilson Child Abuse Case and the Beginning of Children's Rights In 19th Century America*, Jefferson (USA) i Londyn, 2005, s. 11, *passim*.

¹¹ Szerzej na ten temat w: J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 85, *passim*.

¹² Dz. U. z 1929 r. Nr 80 poz. 596.

¹³ Konwencja weszła w życie w dniu 3 września 1953 r. Polska ratyfikowała ją w 1993 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284).

podstawowych praw przysługujących każdemu dziecku zawierała ona także wynikające z tych praw obowiązki społeczeństw i państw oraz niezwykle istotny postulat wprowadzenia dodatkowych, wewnątrzkrajowych regulacji w tym obszarze¹⁴.

Zupełnie nowy wizerunek dziecka, jako samodzielnego podmiotu i istoty ludzkiej wymagającej szczególnej opieki prawnej oraz poszanowania godności, tożsamości i prywatności, wprowadziła do międzynarodowego porządku prawnego uchwalona przez Organizację Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r. wspomniana już wcześniej Konwencja o Prawach Dziecka (KPD). Regulacje zawarte w KPD oraz w jej protokołach dodatkowych kompleksowo obejmują najważniejsze prawa dziecka, określając zarazem fundamentalne zasady, którymi powinny kierować się społeczności wszystkich państw, w tym przede wszystkim generalną dyrektywę postępowania w zgodzie z dobrem dziecka, zakaz dyskryminacji oraz zakaz stosowania wszelkich form wyzysku. Z punktu widzenia poruszanej tu tematyki szczególnie istotny jest art. 22 KPD, chroniący dzieci ubiegające się o status uchodźcy, zaś w przypadku dzieci pozbawionych opieki także art. 20 tej konwencji.

Przechodząc na grunt prawa unijnego łatwo zauważyć, że już w Traktacie o Unii Europejskiej¹⁵ oraz w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁶ znalazły się regulacje mające wpływ na ochronę prawną dziecka. Normy zawarte w tych traktatach wprowadzały bowiem dyrektywy zobowiązujące państwa członkowskie do podjęcia wszelkich działań w walce z dyskryminacją, między innymi ze względu na różnice narodowościowe, etniczne, wiek czy stan zdrowia, a także regulacje w zakresie prawa azylowego oraz polityki migracyjnej, w tym dyrektywę zwalczania handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi.

Niezwykle istotny wpływ na ustawodawstwo Unii Europejskiej i system ochrony praw dziecka mają także dokumenty wydawane przez Radę Europy¹⁷. W pierwszej kolejności należy tu wymienić Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wraz z jej protokołami dodatkowymi (EKPC), przyjętą w dniu 4.11.1950 r. i ratyfikowaną przez Polskę 15.12.1993 r.¹⁸ Oprócz katalogu fundamentalnych praw i wolności przynależnych każdemu człowiekowi, a więc także bez względu na wiek, zawiera ona również regulacje związane z utworzeniem, organizacją i funkcjonowaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC).

¹⁴ Zob. P. Mostowik, *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014, s. 33.

¹⁵ Dz. Urz. UE C 326/13 z 26.10.2012 r.

¹⁶ Dz. Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012 r.

¹⁷ Zob. K. Piasecki, *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 192. Katalog tych dokumentów zawiera opracowanie J.P. Jarosa, *Prawa dziecka; Dokumenty Rady Europy*, Warszawa 2012.

¹⁸ Dz. U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284.

Uzupełnieniem i rozwinięciem praw i wolności zawartych w EKPC są regulacje zawarte w Europejskiej Karcie Społecznej (EKS), przyjętej w Turynie 18.10.1961 r.¹⁹ oraz w jej zmodyfikowanej wersji, znanej jako Zrewidowana Europejska Karta Społeczna (ZEKS), przyjętej 3.5.1996 r.²⁰ W stosunku do małoletnich, w tym także cudzoziemców, szczególne znaczenie ma art. 17 ZEKS, który: „(...) zabrania maltretować dziecko, reguluje jego status prawny, zabezpiecza je materialnie, chroni zdrowie dziecka, dba o jego edukację oraz stwarza infrastrukturę umożliwiającą resocjalizację młodocianych przestępców”²¹.

Do innych dokumentów Rady Europy istotnie wpływających na sytuację prawną małoletnich cudzoziemców bez opieki można jeszcze zaliczyć Europejską konwencję o wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem²², Konwencję o wykonywaniu praw dzieci²³ czy choćby Europejską konwencję o obywatelstwie²⁴. Nie sposób w tym miejscu pominąć także regulacji zawartych w Karcie Praw Podstawowych UE (KPP)²⁵, proklamowanej 7.12.2000 r. przez Parlament Europejski, Radę Unii Europejskiej i Komisję Europejską²⁶.

Do aktów prawnie niewiążących, ale istotnie wpływających na ustawodawstwo państw członkowskich należą także zalecenia i wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy oraz zalecenia i rezolucje Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy. W omawianym tu kontekście z pewnością warto wymienić Zalecenie CM/Rec(2007)9 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie programów pomocy dla małoletnich migrantów bez opieki, którego celem jest wspieranie krajów pochodzenia migrantów oraz minimalizowanie zagrożeń, na które w tych krajach narażone są dzieci²⁷. Podobny charakter ma Zalecenie CM/Rec(2008)4 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie umocnienia integracji dzieci migrantów i dzieci o pochodzeniu imigracyjnym, a także Zalecenie 1596(2003)97 wydane przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, mające na celu poprawę ogólnej sytuacji migrantów poprzez współpracę

¹⁹ Dz. U. z 1999 r. Nr 8 poz. 67.

²⁰ Tekst Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej dostępny jest w: K. Drzewicki, *Wybór Konwencji Rady Europy*, Warszawa 1999, s. 104–131.

²¹ Conclusions of the European Committee of Social Rights, I, s. 210, cyt. za: K. Łasak, *Złe traktowanie dziecka w europejskiej karcie społecznej oraz konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2007, Rok LXIX, z. 3, s. 27, 29.

²² Dz. U. 1996 nr 31 poz. 134.

²³ Dz. U. z 2000 r. Nr 107 poz. 1128.

²⁴ Tekst konwencji w j. ang. [online:] <https://rm.coe.int/168007f2c8> (dostęp: grudzień 2017 r.)

²⁵ Dz. Urz. UE C 326/391 z 26.10.2012 r. Moc wiążąca została jej nadana przez traktat lizboński (Dz. Urz. UE C 306/1 z 17.12.2007 r.). Szerzej na temat Karty w: J. Bucińska, *Społeczne prawa człowieka w Europejskiej Karcie Praw Podstawowych*, *Roczniki Nauk Prawnych*, 2005, t. XV, nr 1.

²⁶ Dz. Urz. UE C 306/1 z 17.12.2007 r. Szerzej na temat Karty Praw Podstawowych UE w: J. Bucińska, op. cit.

²⁷ Załącznik do tego zalecenia zawiera m.in. pojęcie małoletniego migranta bez opieki, oznaczające „dziecko poniżej 18-tego roku życia, które niezależnie od swojego statusu i przyczyn migracji pozostaje poza krajem pochodzenia i z chwilą wejścia na terytorium danego państwa członkowskiego jest oddzielone od obojgą rodziców i innych krewnych, choć powinno ono pozostawać pod opieką dorosłego, który jest za tę opiekę odpowiedzialny na mocy prawa lub zwyczaju”.

z odpowiednimi organizacjami oraz ustalenie faktycznych powodów emigracji. Wskazuje także na obowiązek wyznaczania opiekuna prawnego dla małoletnich cudzoziemców bez opieki, niezależnie od tego, czy ubiegają się oni o przyznanie im ochrony międzynarodowej. Nie mniej istotne jest także Zalecenie Zgromadzenia Parlamentarnego 1703(2005)98, dotyczące dzieci–migrantów, uwzględniające konieczność pilnej regulacji sytuacji dzieci migrantów pozostających bez opieki na terytorium państw członkowskich Rady Europy i wskazujące równocześnie na konieczność przyjęcia przez państwa członkowskie jednego wspólnego aktu prawnego, który regulowałby kompleksowo status dzieci pozostających bez opieki i ubiegających się o ochronę.

Z punktu widzenia tematyki tego artykułu ważna jest również Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.12.2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich²⁸. W kontekście ochrony praw dziecka i praw rodziny, implementacja tej dyrektywy oznaczała bowiem przyjęcie obowiązku nadrzędnego traktowania tych praw w toku postępowań prowadzonych na jej podstawie.

W Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.6.2013 r. w sprawie ustanawiania norm dotyczących przyjmowania wniosków ubiegających się o ochronę międzynarodową²⁹ znalazły się niezwykle ważne dla małoletniego bez opieki gwarancje. Dotyczą one ustanowienia przedstawiciela w celu reprezentowania małoletniego i udzielania mu wszelkiej niezbędnej pomocy, wykonywania z jego udziałem różnego rodzaju czynności (w tym przesłuchania), a także zapewnienia mu dostępu do informacji o przebiegu prowadzonego z jego udziałem postępowania i decyzjach wydawanych w tym postępowaniu, jak również przeprowadzenia badań lekarskich, mających na celu ustalenie wieku małoletniego według ściśle określonych przepisami dyrektywy procedur.

Małoletni cudzoziemcy w polskiej procedurze azylowej

Mówiąc o procedurze azylowej, której stroną może być małoletni cudzoziemiec bez opieki mam na myśli postępowanie prowadzone na podstawie Ustawy z 13.6.2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (u.u.c.o.)³⁰, zmierzające do objęcia cudzoziemca jedną z ustawowych form ochrony, w tym głównie poprzez nadanie mu statusu uchodźcy³¹. Charakterystyczną cechą tej procedury jest jej wnioskowy charakter. W przypadku

²⁸ Dz. Urz. UE L 348/98 z 24.12.2008 r.

²⁹ Dz. U. UE L 180/60 z 29.6.2013 r.

³⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 51 ze zm.

³¹ Udzielenie ochrony międzynarodowej oznacza przyznanie cudzoziemcowi statusu uchodźcy albo tzw. ochrony uzupełniającej. Do innych form ochrony ustawa zalicza azyl i nie stosowaną dotąd w polskich realiach ochronę czasową. W doktrynie prawa europejskiego procedury zmierzające do przyznania jednej z tych form ochrony określa się na ogół mianem „azylowych”.

małoletniego cudzoziemca bez opieki istotne znaczenie ma zatem treść oświadczenia, jakie w tym zakresie składa on w obecności przedstawiciela właściwego organu, najczęściej funkcjonariusza Straży Granicznej (SG). Chociaż bowiem właściwy wniosek o udzielenie ochrony składa w imieniu małoletniego wyznaczony przez sąd opiekuńczy kurator albo przedstawiciel organizacji międzynarodowej lub pozarządowej (art. 26 ust. 2 u.u.c.o.), to jednak wynik pierwszych czynności wykonywanych z udziałem takiego małoletniego w praktyce determinuje dalszy tryb postępowania prowadzonego w jego sprawie.

Na wyjątkowo trudną sytuację małoletniego cudzoziemca bez opieki, ubiegającego się o udzielenie ochrony międzynarodowej, składają się czynniki dwojakiego rodzaju. Pierwszą ich grupę stanowią przesłanki natury administracyjnoprawnej, i to zarówno te materialne, decydujące o możliwości objęcia małoletniego właściwą formą ochrony, wynikające głównie z art. 13 u.u.c.o., jak też proceduralne, związane przede wszystkim z gromadzonym w danej sprawie materiałem dowodowym. Drugą grupę stanowią czynniki pozasystemowe, które jako bezpośrednio związane z osobą małoletniego w istotny sposób decydują o jego bardziej lub mniej aktywnym i świadomym udziale w toczącym się postępowaniu. Istotne znaczenie będzie miał tu przede wszystkim poziom rozwoju psychofizycznego dziecka, cechy jego charakteru i osobowości, jak również ukształtowane różnymi, często traumatycznymi doświadczeniami, subiektywnie odczuwane poczucie bezpieczeństwa³².

Chociaż wszystkie wymienione wyżej czynniki mają niezwykle istotny wpływ na ostateczny wynik prowadzonego postępowania, to funkcjonalna analiza ich wzajemnych korelacji prowadzi do wniosku, że to właśnie indywidualne cechy małoletniego cudzoziemca mają w tej szczególnej procedurze znaczenie najważniejsze. W postępowaniach o charakterze azylowym często bowiem występują problemy związane z gromadzeniem i weryfikacją poszczególnych dowodów, których źródła ulokowane są często poza granicami kraju. Z tego też powodu organ prowadzący postępowanie zmuszony jest często opierać się na dowodach o charakterze pośrednim, w tym na informacjach uzyskanych w wyniku przesłuchania małoletniego cudzoziemca.

Chociaż każde postępowanie azyłowe jest ze swej natury postępowaniem administracyjnym, w przeciwieństwie do typowych przesłuchań prowadzonych w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego³³, przesłuchanie cudzoziemca będącego stroną procedury azyłowej nie ma charakteru subsydiarnego³⁴. Z tych też powodów niezwykle istotne jest profesjonalne przeprowadzenie takiego wywiadu, które w żadnym razie nie powinno powodować

³² Por. A. Sukiennik, *Ochrona praw dziecka-uchodźcy w Europie w latach 2001–2006*, Kraków 2015, s. 11–12.

³³ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.

³⁴ Szerzej na temat znaczenia przesłuchania cudzoziemca w postępowaniu uchodźczym zob.: J. Chlebny, *Dowód z przesłuchania strony w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy*, ZNSA 2010 r., nr 5–6, s. 42–58.

wtórnej wiktyimizacji przesłuchiwanego dziecka³⁵. Powinno za to uwzględniać jego stan emocjonalny oraz występujące w tego typu relacjach bariery językowe, emocjonalne czy kulturowe³⁶.

Regulacje zawarte w rozdziale 4 u.u.c.o. (art. 61–69b), dotyczące procedur realizowanych z udziałem małoletnich cudzoziemców bez opieki oraz innych osób o szczególnych potrzebach są w zasadzie zgodne ze standardami zawartymi w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z 26.6.2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej³⁷. Paradoksalnie jednak, poczucie bezpieczeństwa małoletniego cudzoziemca nie sprzyja wynikająca z tych przepisów wielość czynności wykonywanych z jego udziałem, ani też liczne grono wykonujących te czynności osób. Gdyby nawet pominąć funkcjonariuszy SG wykonujących z udziałem małoletniego pierwsze czynności proceduralne (włącznie ze wstępnym wywiadem azyłowym, pobraniem odcisków palców, fotografowaniem czy ewidencjonowaniem), to i tak małoletni w krótkim czasie zetknie się jeszcze z sędzią sądu rodzinnego, psychologiem, kuratorem i tłumaczem, a także pracownikami Urzędu do Spraw Cudzoziemców czy wreszcie z osobami, którym sąd powierzy sprawowanie nad nim pieczy.

Małoletni cudzoziemcy pozostający poza procedurą azyłową

Mówiąc o sytuacji małoletnich cudzoziemców bez opieki nie objętych procedurą azyłową mam na myśli wszystkich tych małoletnich cudzoziemców, którzy z różnych przyczyn nie mogą lub nie chcą ubiegać się o udzielenie ochrony międzynarodowej i pozostałych form tej ochrony oraz tych, którym odmówiono udzielenia takiej ochrony na zasadach określonych przepisami u.u.c.o. W grupie tej znajdują się małoletni, którzy nie uzyskali zezwolenia na przekroczenie granicy RP oraz przebywający już na terytorium Polski bez względu na to, czy ich pobyt jest legalny, czy też pozbawiony właściwego tytułu pobytowego.

W przeciwieństwie do małoletnich cudzoziemców pozostających w procedurze azyłowej, sytuacja tych nie objętych tą procedurą jest znacznie trudniejsza. Wobec takich małoletnich cudzoziemców stosuje się głównie przepisy ustawy z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach (u.c.)³⁸, a wobec małoletnich cudzoziemców, będących obywatelami państw UE lub członkami ich rodzin, także niektóre przepisy Ustawy z 14.7.2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,

³⁵ K. Fenik, *Dziecko, czy uchodźca? Program przesłuchań dzieci cudzoziemskich bez opieki*, Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka. Vol. 4 Nr 12 (2005), s. 107–112.

³⁶ Zob. katalog gwarancji proceduralnych zawarty w art. 65 u.u.c.o.

³⁷ Dz. Urz. UE L 180/60 z 29.6.2013 r.

³⁸ T.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1990 ze zm.

pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin³⁹.

Małoletniemu cudzoziemcowi, który nie spełnia ustawowych warunków do udzielenia zgody na przekroczenie granicy nie można wydać decyzji administracyjnej o odmowie wjazdu. Równocześnie jednak pozbawia się go możliwości zaskarżenia decyzji, która faktycznie taką odmowę oznacza. Z tego też powodu kontrola graniczna tej kategorii osób została dość szczegółowo unormowana w przepisach prawa unijnego⁴⁰.

Status prawny małoletnich cudzoziemców przebywających już na terytorium RP opiera się w zasadzie na dwóch kategoriach przesłanek. W pierwszej kategorii mieszczą się przesłanki uzasadniające wydanie małoletniemu cudzoziemcowi decyzji o charakterze ekspulsyjnym, w drugiej zaś – umożliwiające przyznanie mu jednego z kilku możliwych tytułów pobytowych⁴¹.

Z punktu widzenia małoletniego cudzoziemca bez opieki ważne regulacje dotyczą warunków udzielenia mu zgody na pobyt ze względów humanitarnych. Może być ona bowiem udzielona w szczególności wówczas, jeżeli zobowiązanie cudzoziemca do powrotu naruszałoby prawa dziecka określone w KPD, w stopniu istotnie zagrażającym jego rozwojowi psychofizycznemu (art. 348 pkt 3 u.c.). W praktyce problematyczne może jednak okazać się ustalenie zaistnienia zawartych w treści tego przepisu przesłanek. Nie każde naruszenie praw dziecka wskutek jego ekspulsji uzasadnia bowiem udzielenie wspomnianej wyżej zgody, a jedynie takie, które w sposób istotny mogłoby mieć wpływ na jego rozwój psychofizyczny⁴².

Poza tym, w przeciwieństwie do zezwolenia na pobyt czasowy wydawanego przez wojewodę na podstawie tych samych przesłanek (art. 187 pkt 7 u.c.), zgody na pobyt ze względów humanitarnych może udzielić jedynie właściwy organ SG. W tej sytuacji wydaje się oczywiste, że obiektywnej identyfikacji tych przesłanek znacznie łatwiej mógłby dokonać kurator lub opiekun małoletniego, aniżeli organ SG prowadzący postępowanie powrotowe. W obu jednak przypadkach istotne znaczenie będzie miała sporządzona przez specjalistów opinia psychologiczna, uwzględniająca negatywne skutki, jakie dla rozwoju małoletniego może przynieść realizacja wydanej w jego sprawie decyzji powrotowej.

Jak w każdym postępowaniu administracyjnym, także w tej procedurze mogą być również wykorzystane inne dowody uzasadniające nie tylko udzielenie

³⁹ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 900. Przepisy zawarte w art. 69, 70 i w art. 73b cyt. ustawy dotyczą przesłanek wydania wobec małoletniego cudzoziemca decyzji ekspulsyjnej oraz przesłanek umożliwiających jej wykonanie.

⁴⁰ Chodzi o Rozporządzenie(WE) NR 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 15.3.2006 r. (Dz. Urz. UE L 105 z 13.4.2006 ze zm.), ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (tzw. kodeks graniczny Schengen). Przepisy dot. szczególnych zasad kontroli granicznej małoletnich zawarte są w art. 5 oraz w załączniku VII/sekcja 6. tego rozporządzenia.

⁴¹ Małoletniemu cudzoziemcowi bez opieki, na wniosek złożony przez jego kuratora, można udzielić zezwolenia na pobyt stały lub czasowy, w tym także ze względów humanitarnych.

⁴² Zob. wyrok NSA z 25.1.2017 r. CBOSA, II OSK 1136/16.

małoletniemu zgody na pobyt ze względów humanitarnych, ale także legalizację jego pobytu z innych powodów, np. z uwagi na jego wyjątkową sytuację osobistą (art. 181 ust. 1 pkt 2 u.c.)⁴³ albo z uwagi na zaistnienie przesłanek uzasadniających uznanie małoletniego cudzoziemca bez opieki za pokrzywdzonego w wyniku popełnionego na jego szkodę przestępstwa.

Jeżeli jednak wobec małoletniego bez opieki istnieją przesłanki do wydania mu decyzji powrotowej i ma on ukończone 15 lat, postanowieniem sądu można umieścić go w ośrodku strzeżonym dla cudzoziemców, podczas gdy wobec małoletnich pozostających w procedurze azyłowej stosowanie detencji jest zabronione.

Małoletni cudzoziemcy jako uczestnicy innych postępowań

Do kategorii innych postępowań, których uczestnikami mogą być małoletni cudzoziemcy bez opieki, należy w przede wszystkim zaliczyć postępowania karne, w których mogą oni posiadać status pokrzywdzonych lub świadków, a także postępowania prowadzone wobec nieletnich sprawców czynów karalnych.

Wśród postępowań karnych na szczególną uwagę zasługują przede wszystkim te prowadzone w sprawach o przestępstwo handlu ludźmi⁴⁴. Małoletni stanowią bowiem znaczną grupę pokrzywdzonych tym właśnie przestępstwem⁴⁵. Przepisy cytowanych wcześniej ustaw regulujących status prawny cudzoziemców zawierają regulacje wprost odnoszące się do cudzoziemców będących ofiarami handlu ludźmi⁴⁶. Umożliwiają one między innymi legalizację pobytu pokrzywdzonego tym przestępstwem cudzoziemca, a w późniejszym okresie także uzyskanie właściwego tytułu pobytowego (art. 176 i art. 195 ust. 1 pkt 5 u.c.). Status pokrzywdzonego handlem ludźmi uniemożliwia wydanie takiemu cudzoziemcowi decyzji powrotowej lub powoduje zawieszenie postępowania prowadzonego w sprawie wydania takiej decyzji albo wstrzymanie jej wykonania.

Kodeks postępowania karnego (k.p.k.)⁴⁷ przewiduje cały szereg regulacji mających na celu ochronę małoletniego pokrzywdzonego bądź świadka. Szczególnie istotne są te z nich, które dotyczą przesłuchiwania małoletnich w wieku poniżej 15 lat, choć ich wadą jest dość ograniczony przedmiotowo zakres stosowania⁴⁸. Do ważniejszych regulacji chroniących interes małoletniego pokrzywdzonego lub świadka należy także zaliczyć anonimizację danych personalnych świadka, moż-

⁴³ Zob. wyrok NSA z 29.9.2016 r. CBOSA, II OSK 3188/14.

⁴⁴ Zob. art. 115 § 22 i art. 189a Kodeksu karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2204 ze zm.) oraz art. 8 Ustawy z 6.6.1997 r. Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 554 ze zm.), który penalizuje zbrodnię polegającą na oddaniu osoby w stan niewolnictwa lub utrzymywanie jej w tym stanie albo uprawianie handlu niewolnikami.

⁴⁵ Więcej na ten temat: A. Morawska, *Handel dziećmi – zarys zjawiska*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 303–312.

⁴⁶ Zob. regulacje zawarte w rozdziale 9 u.c.

⁴⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1904.

⁴⁸ Por. art. 185a i art. 185b k.p.k.

liwość wskazania przez pokrzywdzonego osób, które mogą być obecne w trakcie czynności wykonywanych w postępowaniu przygotowawczym z jego udziałem, jak również wyłączenie jawności rozprawy. Służą temu także wszystkie pozostałe regulacje mające postać zakazów dowodowych mogących mieć zastosowanie w trakcie przesłuchania małoletniego świadka⁴⁹. W przypadku małoletniego cudzoziemca bez opieki za najważniejszy zakaz należałoby jednak uznać zakaz ograniczania swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Można ją bowiem naruszyć na wiele różnych sposobów, np. poprzez zadawanie mu pytań sugestywnych albo w inny sposób określony w art. 171 k.p.k. Należy także pamiętać, że w wielu przypadkach małoletni cudzoziemcy, którzy ukończyli 15 lat, mogą być przesłuchiwanii na ogólnych zasadach i to wielokrotnie⁵⁰. W praktyce mogą być także narażeni na różnego rodzaju działania odwetowe ze strony ściganych przestępców. Z tego też powodu istotne wydają się takie regulacje, jak choćby te wprowadzone Ustawą z 28.11.2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁵¹ czy też zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z 5.4.2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar⁵². Szczególny tryb postępowania m.in. z cudzoziemcem małoletnim lub będącym ofiarą handlu ludźmi przewidują także przepisy art. 69–69b u.u.c.o.

W stosunku do małoletnich cudzoziemców, którzy popełnili na terytorium RP czyn karalny⁵³ i w momencie jego popełnienia ukończyli 13 lat a nie ukończyli lat 17, zastosowanie mają przepisy Ustawy z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (u.p.n.)⁵⁴. Na mocy przepisów tej ustawy postępowanie w sprawie nieletniego prowadzi sąd rodzinny, chyba że zachodzą warunki określone w art. 16 § 2 *in fine* lub w art. 18 § 1 u.p.n. Wówczas postępowanie takie prowadzi sąd karny⁵⁵. Do najważniejszych gwarancji proceduralnych przysługujących nieletniemu należy zaliczyć prawo do obrony, do odmowy składania wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania, a także prawo do bycia wysłuchanym w warunkach zapewniających pełną swobodę wypowiedzi (art. 18a i art. 19 u.p.n.). Nieletni sprawca czynu karalnego może być zatrzymany przez Policję lub Straż Graniczną, jeśli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przez niego takiego czynu, a zachodzi uzasadniona obawa ukrycia się nieletniego

⁴⁹ Chodzi np. o prawo do odmowy zeznań przez świadka, który jest osobą najbliższą dla oskarżonego (art. 182 § 1 i § 2 k.p.k.) czy też prawo do odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania (art. 183 § 1 k.p.k.).

⁵⁰ Zob. K. Chmielewska, *Ochrona przesłuchiwanego dziecka*, Warszawa 2012, s. 75–92, *passim*.

⁵¹ Dz. U. z 2015 r. poz. 21. Oprócz różnych form ochrony pokrzywdzonego i świadka ustawa ta wprowadziła szereg zmian w innych aktach prawnych, w tym także w k.p.k., do którego wprowadziła m.in. dwa nowe rozdziały (66j i 66k) dotyczące wykonywania tzw. Europejskiego Nakazu Ochrony.

⁵² Dz. Urz. UE L 101/1 z 15.4.2011 r.

⁵³ W myśl art. 1 § 2 pkt 2 u.p.n., czynem karalnym jest przestępstwo, przestępstwo skarbowe lub jedno z wykroczeń wymienionych w tym przepisie.

⁵⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1654 ze zm.

⁵⁵ Najczęściej chodzi o sytuacje, w których czyn karalny nieletniego pozostaje w ścisłym związku z czynem osoby dorosłej lub jeśli postępowanie wobec nieletniego, który popełnił czyn karalny wszczęto po ukończeniu przez niego 18 roku życia.

lub zatarcia śladów popełnionego czynu, albo gdy nie można ustalić jego tożsamości (art. 32g § 1 u.p.n.). W związku z zatrzymaniem nieletniemu przysługują gwarancje podobne do tych, jakie przewiduje k.p.k.

Międzynarodowe standardy ochrony praw nieletnich będących sprawcami czynów zabronionych zawarte są w wielu różnych aktach prawnych. Oprócz art. 40 KPD zawierającego katalog gwarancji przysługujących nieletnim, których „podejrzuwa się, oskarża lub uznaje winnym”, najważniejsze zasady postępowania z tą kategorią nieletnich zawarte są także w tzw. Regułach Pekińskich⁵⁶ oraz niektórych aktach prawa unijnego⁵⁷.

Opieka nad małoletnim cudzoziemcem i jego prawna reprezentacja

Rozważania dotyczące sytuacji prawnej małoletniego cudzoziemca należy jeszcze uzupełnić o krótką charakterystykę regulacji prawa krajowego i międzynarodowego, których celem jest zapewnienie takiemu dziecku właściwej opieki i reprezentacji.

Na gruncie prawa międzynarodowego szczególne znaczenie ma w tym obszarze Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci sporządzona w Hadze 19.10.1996 r., szczególnie zaś jej art. 11, wprowadzający obowiązek ochrony małoletniego oraz jego majątku w sytuacjach nagłych oraz art. 15 ust. 1, który upoważnia organy jurysdykcyjne państwa do stosowania prawa krajowego⁵⁸. Wobec małoletnich cudzoziemców niebędących obywatelami Państw–Stron omawianej konwencji stosuje się w pierwszej kolejności przepisy prawa unijnego zawarte w Rozporządzeniu Rady (WE) Nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej⁵⁹.

Jeżeli chodzi o regulacje krajowe, jurysdykcja sądu orzekającego w sprawach opieki i kurateli nad małoletnimi cudzoziemcami wynika z treści art. 1107 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (k.p.c.)⁶⁰. Co do zasady dotyczy ona cudzoziemców mających w Polsce miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu, jednak

⁵⁶ Wzorcowe Reguły Minimum Narodów Zjednoczonych dotyczące Wymiaru Sprawiedliwości wobec Nieletnich, przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne NZ w dniu 29.11.1985 roku. Więcej na stronie internetowej UNIC Warszawa – http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/inneedok_wrmwsn-rp.php (dostęp: grudzień 2017 r.)

⁵⁷ Zob. M. Wolny, K. Wiśniewska, *Międzynarodowe standardy postępowania w sprawach nieletnich* [w:] M. Szwast (red.), K. Wiśniewska (red.), M. Wolny (red.), *Rzetelność postępowania w sprawach nieletnich*, Warszawa 2014, s. 16–17.

⁵⁸ Dz. U. z 2010 r. Nr 172 poz. 1158. Konwencję tę poprzedzała Konwencja o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich sporządzona w Hadze 5 października 1961 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 106 poz. 519).

⁵⁹ Dz. Urz. UE L 347/32 z 24.12.2009 r.

⁶⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 155.

zarządzenia w omawianym zakresie sąd polski może wydawać także wówczas, gdy sprawa wykazuje wystarczający związek z polskim porządkiem prawnym lub jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia ochrony cudzoziemcowi, który przebywa w Rzeczypospolitej Polskiej, mając miejsce zamieszkania i miejsce zwykłego pobytu za granicą (art. 1107 § 3 k.p.c.).

Sytuację prawną małoletnich cudzoziemców w istotny sposób kształtują także przepisy Ustawy z 25.2.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (k.r.o.)⁶¹, zwłaszcza te dotyczące władzy rodzicielskiej, pieczy zastępczej oraz opieki i kurateli.

W przypadku pobytu w Polsce małoletniego cudzoziemca bez opieki wiele zależy od ustaleń dotyczących jego tożsamości i obywatelstwa, a w konsekwencji jego relacji z rodzicami lub innymi prawnymi opiekunami. W niektórych sytuacjach może okazać się bowiem konieczne wydanie przez sąd orzeczenia o zawieszeniu władzy rodzicielskiej, a w skrajnych przypadkach nawet o jej pozbawieniu, choćby z powodu występowania trwałej przeszkody uniemożliwiającej jej sprawowanie. W razie zagrożenia dobra dziecka, jeżeli zastosowanie innych środków okazało się niewystarczające lub jest niemożliwe, sąd rodzinny może orzec o umieszczeniu małoletniego w pieczy zastępczej (art. 112³ § 1 k.r.o.). Szczegółowe przepisy dotyczące sprawowania tej pieczy zawiera Ustawa z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (u.w.r.)⁶². Zgodnie z art. 5 ust. 3 u.w.r., przepisy dotyczące pieczy zastępczej stosuje się w szczególności do małoletnich cudzoziemców, bez względu na to, czy na terytorium RP posiadają oni prawny tytuł bytowy, czy też nie.

Działając na podstawie orzeczenia sądu, zastępcza rodzina zawodowa pełniąca funkcję pogotowia rodzinnego przyjmuje w szczególności dzieci doprowadzone przez Policję lub SG, a więc w niektórych przypadkach także małoletnich cudzoziemców bez opieki (art. 58 ust. 1 u.w.r.). W przypadku pozbawienia lub zawieszenia władzy rodzicielskiej nad małoletnim cudzoziemcem, sąd na mocy art. 145 k.r.o. powinien ustanowić dla niego opiekuna. Do czasu objęcia opieki przez opiekuna, którym może być także podmiot sprawujący pieczę zastępczą, sąd powinien małoletniemu ustanowić kuratora (art. 147 k.r.o.).

W każdym praktycznie postępowaniu, którego stroną jest małoletni cudzoziemiec bez opieki, kurator spełnia przede wszystkim funkcję jego procesowego reprezentanta.

System kontroli przestrzegania praw małoletnich cudzoziemców

W ramach krajowego systemu prawa, kontrola przestrzegania praw małoletnich cudzoziemców oparta jest przede wszystkim o kontrolę instancyjną organów prowadzących postępowania administracyjne oraz o kontrolę sądową

⁶¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 682.

⁶² Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 697.

wydawanych przez te organy decyzji. Na przykład w procedurze azylowej, odwołanie od decyzji Szefa Urzędu do Spraw cudzoziemców przysługuje stronie do Rady do Spraw Uchodźców (art. 89p u.u.c.o.).

Jeśli chodzi o orzecznictwo polskich sądów administracyjnych, wydawane przez te sądy orzeczenia dotyczą najczęściej małoletnich cudzoziemców pozostających pod opieką swoich prawnych opiekunów. W sprawach tych wnoszone skargi dotyczą często naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego i osobistego, którego przestrzeganie gwarantuje art. 8 EKPC⁶³.

Na gruncie prawa unijnego, sądowym strażnikiem praw małoletnich cudzoziemców jest wspomniany wcześniej Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo ETPC w sprawach małoletnich cudzoziemców jest dość bogate. Podobnie jak w przypadku sądów krajowych, orzeczenia ETPC zapadające w sprawach małoletnich cudzoziemców dotyczą najczęściej art. 8 konwencji, choć zdarzały się też orzeczenia związane z naruszeniem art. 14 EKPC dotyczącego zakazu dyskryminacji oraz art. 2 Protokołu dodatkowego, gwarantującego prawo do nauki. W niektórych przypadkach skargi kierowane do ETPC składane były przez kilku, a nawet kilkunastu skarżących, znajdujących się w podobnej sytuacji prawnej⁶⁴.

Jako przykład orzeczeń ETPC dotyczących małoletnich cudzoziemców bez opieki może posłużyć orzeczenie z 5.4.2011 r. w sprawie *Rahmi przeciwko Grecji* (skarga 8687/08), dotyczące 15-letniego Afgańczyka zatrzymanego w Grecji, w związku z nielegalnym pobytem na terytorium tego kraju. W sprawie tej Trybunał stwierdził szereg naruszeń norm wynikających z EKPC, w tym naruszenie art. 5 ust. 4, gwarantującego prawo do sądowej kontroli pozbawienia wolności. W kontekście gwarancji zawartych w art. 3 Trybunał uznał, że szczególne okoliczności, w jakich znajdował się nieletni (w tym młody wiek i pozostawanie bez opieki w obcym kraju), powinny przeważać nad jego statusem nielegalnego imigranta⁶⁵.

⁶³ Zob. np. wyrok NSA z 31.5.2016 r., II OSK 2259/14, w którym sąd uznał, że: „Związany charakter decyzji wydanej w oparciu przepisy art. 88 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach [czyli ekspulsyjnej – P.J.], nie oznacza, że w postępowaniu dotyczącym wydalenia cudzoziemca, który prowadzi w Polsce życie rodzinne, wyłączone zostaje zastosowanie przepisów EKPC oraz Konwencji o prawach dziecka, które, ratyfikowane i opublikowane w Dzienniku Ustaw, stanowią część krajowego porządku prawnego, jak również orzecznictwa ETPC”.

⁶⁴ Zob. np. wyrok ETPC z 13 listopada 2007 r. w sprawie *D.H i inni przeciwko Republice Czeskiej* (skarga nr 57325/00) oraz przywoływane w tym wyroku orzecznictwo. W sprawie tej, prowadzonej ze skargi 18 obywateli czeskich pochodzenia romskiego Trybunał rozstrzygał fakt umieszczenia ich w szkołach specjalnych z powodu (jak twierdzili) romskiego pochodzenia. Postępowanie było prowadzone pod kątem ewentualnego naruszenia art. 14 Konwencji w zw. z art. 2 Protokołu 1 (dyskryminacji w zakresie prawa do nauki).

⁶⁵ Podobne orzeczenie ETPC wydał w dniu 12 października 2006 r. w sprawie *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii* (skarga nr 13178/03). Sprawa ta była o tyle bulwersująca, że dotyczyła wydalenia do kraju pochodzenia pozostającej bez opieki kilkuletniej dziewczynki, obywatelki Konga, której władze belgijskie uniemożliwiły połączenie z matką przebywającą na terytorium Kanady.

W większości tego typu spraw stroną skarżącą wspierały organizacje pozarządowe, których statutowa działalność związana jest z ochroną praw dziecka⁶⁶.

Oprócz orzeczeń wydawanych przez ETPC należałoby jeszcze zwrócić uwagę na działalność dwóch organów, które w niezwykle istotny sposób wpływają na poziom przestrzegania praw dzieci, w tym także małoletnich migrantów.

Pierwszym z nich jest Komitet Praw Dziecka ONZ, który powołany został na mocy art. 43 KPD. Do jego zadań należy przede wszystkim monitorowanie przestrzegania przez państwa praw zawartych w KPD, głównie na podstawie okresowych sprawozdań, o których mowa w art. 44 konwencji. Komitet ten, oprócz wydawania państwom–stronom właściwych sugestii i zaleceń, uprawniony jest także do przyjmowania i rozpatrywania skarg na naruszenie praw dziecka. Temu celowi miał służyć III Protokół Fakultatywny do KPD, przyjęty w trakcie 36 sesji Zgromadzenia ONZ⁶⁷. W Komentarzu Ogólnym Nr 6 (2005) z 1.9.2005 r. w sprawie traktowania dzieci bez opieki znajdujących się poza krajem pochodzenia. Standardy postępowania wobec małoletnich bez opieki ubiegających się o ochronę międzynarodową zostały natomiast szczegółowo określone przez Komitet Praw Dziecka⁶⁸. Oprócz ogólnych zasad postępowania uwzględniających prawa dziecka bez opieki ubiegającego się o ochronę zawiera on w szczególności obowiązki państwa wobec tej szczególnej kategorii małoletnich oraz przysługujące im gwarancje proceduralne. Określa także inne formy działań, które mogą być podejmowane w interesie małoletniego, w tym głównie w kierunku łączenia rodzin, powrotu do kraju pochodzenia, integracji lokalnej, adopcji międzynarodowej czy przesiedleń do kraju trzeciego.

Drugim organem, stojącym na straży praw socjalnych zawartych w Europejskiej Karcie Społecznej i jej znowelizowanej wersji (ZEKS), jest powołany na mocy przepisów tych konwencji Komitet Niezależnych Ekspertów (KNE)⁶⁹, nazywany również Europejskim Komitetem Praw Socjalnych⁷⁰. Ograniczone ramy tego

⁶⁶ Na podstawie art. 34 EKPC organizacje takie mogą także samodzielnie wносить skargi do Trybunału. W obszernym katalogu najbardziej znanych organizacji chroniących prawa dziecka znajduje się m.in. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Human Rights Watch, International Federation for Human Rights, Fundacja Dzieci Niczyje, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej i wiele innych.

⁶⁷ Protokół został otwarty do podpisu 28.2.2012 r. Wszedł w życie 14.4.2014 r. Polska podpisała protokół 30.9.2013 r., choć do chwili obecnej nie został on jeszcze ratyfikowany. Dokument ten stwarza ofiarom naruszeń gwarancji zawartych w KPD i jej protokołach dodatkowych prawną możliwość posiadania i dochodzenia roszczeń restytucyjnych od państwa, które nie wypełnia swoich zobowiązań wobec dzieci.

⁶⁸ Committee on the Rights of the Child General Comment No. 6 (2005) *Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin*, CRC/GC/2005/6. Tekst w języku polskim: P. J. Jaros, M. Michałak, *Prawa dziecka – dokumenty Organizacji Narodów Zjednoczonych*, Warszawa 2015, s. 458–486.

⁶⁹ W treści art. 24–29 EKS nazywany uprzednio Komitetem Ekspertów, natomiast w Protokole dodatkowym, ustanawiającym system skarg zbiorowych – Komitetem Niezależnych Ekspertów.

⁷⁰ Zob. T. Jasudowicz, *Odpowiedzialność państwa–strony Europejskiej Karty Socjalnej w świetle dorobku Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych*, [w:] M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Odpowiedzialność międzynarodowa w związku z naruszeniami praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarne. Materiały VII Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarne*, Toruń 2016, s. 50.

artykułu nie pozwalają na szczegółowe omówienie mechanizmów kontrolnych wynikających z obu wymienionych wyżej traktatów⁷¹. Bez najmniejszych wątpliwości można jednak stwierdzić, że zarówno przewidziany w ZEKS system 2-letnich sprawozdań i wynikających z nich zaleceń oraz możliwość wnoszenia skarg zbiorowych przewidziana Protokołem dodatkowym z 1995 r., w połączeniu z pozostałymi rozwiązaniami przewidzianymi w szczególności w części IV EKS, stanowią skuteczny mechanizm kontroli omawianych tu praw. Z punktu widzenia ochrony interesów małoletnich migrantów bez opieki, najistotniejsze przepisy zawarte są przede wszystkim w art. 17 ZEKS, chroniącym prawa dzieci w kilku zasadniczych płaszczyznach, tj. społecznej, prawnej i ekonomicznej, uwzględniając przy tym konieczność szczególnej ochrony dzieci czasowo lub stale pozbawionych wsparcia rodziny.

W porównaniu z regulacjami zawartymi w EKPC, rozwiązania przyjęte przez ZEKS wychodzą szerzej naprzeciw potrzebom małoletnich migrantów bez opieki, oczekujących pomocy nie tylko w sferze bezpieczeństwa (także prawnego), ale również w sferze związanej z ochroną zdrowia, miejscem zamieszkania, nauką czy też z pomocą o charakterze czysto materialnym. We wszystkich podniesionych wyżej kwestiach orzeczenia wydawane przez KNE zawsze uwzględniały ochronę najlepszego interesu dziecka, w specyficznej dla niego sytuacji opartej o realia społeczne, ekonomiczne i polityczne konkretnego państwa. Przykładem takich właśnie orzeczeń może być choćby Decyzja KNE z 8.9.2004 r. w sprawie *FIDH przeciwko Francji* (skarga nr 14/2003), w której Komitet stwierdził naruszenie art. 17 ZEKS z uwagi na dyskryminację dzieci cudzoziemskich przebywających na terytorium kraju bez opieki, w obszarze związanym z udzielaniem podstawowej opieki medycznej⁷². Naruszenie art. 17 ZEKS Komitet stwierdził także w Decyzji z 11.9.2012 r., w sprawie *MMI przeciwko Francji* (skarga nr 67/2011). W uzasadnieniu tej decyzji Komitet uznał, że doszło do naruszenia art. E w związku z art. 17 ust. 2 ZEKS, ponieważ francuski system edukacji nie okazał się wystarczająco dostępny dla imigrantów pochodzenia romskiego i bułgarskiego. Decyzją z 23.10.2012 r. (skarga nr 69/2011) w sprawie przeciwko Belgii Komitet stwierdził naruszenie art. 17 ZEKS w odniesieniu do małoletnich cudzoziemców bez opieki przebywających w tym kraju, szczególnie wobec braku właściwej struktury recepcyjnej, która mogłaby zagwarantować ich właściwą ochronę i prawidłowo przebiegającą asymilację.

Jeżeli chodzi o problemy związane z ochroną praw dzieci w Polsce, jako przykład mogą służyć konkluzje Komitetu, zawarte w polskim raporcie z 30.6.2004 r., odnoszącym się do art. 7 ust. 10 ZEKS, gwarantującym prawo do szczególnej

⁷¹ Obszernie na ten temat w: J. Sozański, *Prawa Człowieka w Unii Europejskiej*, Warszawa–Poznań 2010, s. 117–120.

⁷² W uzasadnieniu tej decyzji Komitet podkreślił m.in. uniwersalne znaczenie EKS przypominając, że: „Karta była zamierzona jako instrument praw człowieka, uzupełniający Europejską Konwencję Praw Człowieka. To żywy dokument mający na względzie pewne wartości, które go inspirują: godność, autonomię, równość i solidarność. Gwarantowane prawa nie stanowią celów samych w sobie, lecz dopełniają prawa wpisane w Europejską Konwencję Praw Człowieka”.

ochrony przed fizycznymi i moralnymi zagrożeniami. W konkluzjach do tego raportu Komitet zwrócił w szczególności uwagę na brak należytej ochrony prawnej małoletnich w wieku od 15 do 18 lat, zarówno w odniesieniu do pornografii, jak też prostytucji. Stwierdził także niewystarczającą liczbę działań podejmowanych przez państwo w kierunku zwalczania przemocy seksualnej i tym samym naruszenie przez Polskę art. 7 ust. 10 ZEKS.

Ten syntetyczny z konieczności przegląd orzecznictwa KNE jednoznacznie wskazuje zatem, że problematyka ochrony praw małoletnich znajduje w tym orzecznictwie bardzo konkretny i niezwykle precyzyjny wymiar. Jak się wydaje, powodem takiego stanu rzeczy jest między innymi fakt, iż znaczną część tych postępowań inicjują organizacje pozarządowe, którym problem ochrony praw dzieci jest dużo bliższy, niż właściwym w tych sprawach organom administracji publicznej.

Podsumowanie

Ochrona praw małoletnich cudzoziemców przebywających na terytorium Polski, także tych bez opieki, gwarantowana jest regulacjami wielu różnych aktów prawa międzynarodowego, w zdecydowanej większości zaimplementowanych do polskiego systemu prawnego. Można zatem przyjąć, że przepisy prawa krajowego w zdecydowanej większości wychodzą naprzeciw różnym, często złożonym sytuacjom, w których może znaleźć się małoletni cudzoziemiec, również ten poszukujący na terytorium naszego kraju azyłowej ochrony międzynarodowej. Praktycznemu wdrażaniu tych regulacji niewątpliwie sprzyja także fakt, iż liczba małoletnich migrantów przybywających do Polski bez opieki nie jest znaczna.

Pomimo zadowalającego stanu prawnego, w dalszym ciągu trudno jednak mówić o spójnym i przejrzystym systemie procedowania w sprawach dotyczących tej szczególnej kategorii małoletnich. Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest niewątpliwie ilość i złożoność procedur, którym może podlegać małoletni cudzoziemiec. Jak starałam się bowiem wykazać, procedury te mogą być prowadzone przez różne organy i na podstawie różnych przepisów prawa.

Problematyczne może okazać się także czasem inicjowanie postępowań azylowych, których podmiotem jest, a właściwie może być małoletni cudzoziemiec. Decyzja w zakresie wszczęcia takiego postępowania spoczywa bowiem w rękach bardzo ograniczonej liczby osób, w tym głównie funkcjonariuszy publicznych, właściwych w tych sprawach służb.

Efektywnemu procedowaniu nie sprzyjają również typowe problemy występujące prawie we wszystkich postępowaniach prowadzonych w sprawach cudzoziemców. Są one na ogół związane z identyfikacją personalną oraz gromadzeniem dowodów uzasadniających objęcie cudzoziemca ochroną międzynarodową.

Znaczna część decyzji administracyjnych wydawanych w sprawach cudzoziemców ma charakter dyskrecjonalny, oparty o wynik interpretacji klauzul

generalnych i pojęć nieostrych, takich jak choćby „słuszny interes cudzoziemca”, „względy humanitarne”, czy też „ważne przyczyny”. Większość z nich występuje w przepisach regulujących postępowania prowadzone wobec cudzoziemców pozostających poza procedurą azylową. W tego typu sprawach aktywna ochrona i właściwa reprezentacja interesu prawnego małoletniego cudzoziemca może być często iluzoryczna. Małoletni nie jest bowiem w stanie samodzielnie weryfikować rzetelności działań podejmowanych w jego sprawie zarówno przez organy prowadzące postępowanie, jak też przez jego prawnych reprezentantów.

Warto też zauważyć, że realia, w jakich funkcjonują instytucje odpowiedzialne za opiekę nad dziećmi cudzoziemskimi, są mocno zindywidualizowane i na ogół nie uwzględniają różnic pomiędzy dziećmi polskimi i cudzoziemskimi. Proces właściwej adaptacji tych dzieci zależy więc w znacznej mierze od właściwego zaangażowania opiekunów i ich przygotowania do wypełniania powierzonych im funkcji. Rozproszony terytorialnie system sprawowania pieczy zastępczej z pewnością nie sprzyja efektywnemu doborowi najlepiej przygotowanych do wypełniania tych zadań placówek i rodzin zastępczych.

Pomimo że zjawisko migracji małoletnich cudzoziemców bez opieki ma w Polsce charakter marginalny, niezwykle ważne są wszystkie instrumenty kontrolne, służące przestrzeganiu praw tej nielicznej, ale bardzo specyficznej grupy społecznej. Na tym tle, oprócz sądów i trybunałów, szczególnie wyróżnia się działalność Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych i wspierających jego działania organizacji pozarządowych.

Na zakończenie wypada jedynie stwierdzić, że humanitarny wymiar traktowania małoletnich cudzoziemców przebywających na terytorium Polski bez opieki sprowadza się w istocie do właściwej oceny relacji występujących pomiędzy ustawowo określonym celem danego postępowania a interesem małoletniego cudzoziemca będącego jego stroną. Pozostaje przy tym wierzyć, że dalsze działania legislacyjne będą sprzyjać wyłącznie koherencji tak zdefiniowanych interesów.

SELECTED ASPECTS OF LEGAL PROCEDURES REGARDING THE UNACCOMPANIED MINOR FOREIGNER RESIDING ON THE TERRITORY OF POLAND

Keywords: migration, foreigners, unaccompanied minors, children's rights, asylum.

Summary

The author presents the synthetic characteristic of applicable legal standards in this area and institutions involved for their application, also draws attention to the risks associated with applying the law to this particular group of migrants.

The supplement to the subject discussed in this article is the assessment of the functioning of the system of monitoring the respect of children's rights, both at the national and international levels.

Bibliografia

- Bhabha J., *Child Migration and Human Right in a Global Age*, Princeton 2014
- Bucińska J., *Spółeczne prawa człowieka w Europejskiej Karcie Praw Podstawowych*, *Roczniki Nauk Prawnych*, t. XV, nr 1, 2005.
- Chlebny J., *Dowód z przesłuchania strony w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy*, *ZNSA* 2010 r., nr 5–6.
- Chmielewska K., *Ochrona przesłuchiwanym dzieci*, Warszawa 2012.
- Czarnik Z., *Prawotwórcza rola sądu a dyskrecjonalność sędziowska*, [w:] M. Dębiński (red.), R. Pelewicz (red.), T. Rakoczy (red.), *Dyskrecjonalna władza sędziowa. Zagadnienia teorii i praktyki*, Tarnobrzeg 2012.
- Fenik K., *Dziecko, czy uchodźca ? Program przesłuchań dzieci cudzoziemskich bez opieki*, Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka, Vol. 4, nr 12 (2005).
- Jankowska P., *Pojęcia nieostre a dyskrecjonalność organów administracji w ustawie o cudzoziemcach*, [w:] P. Nowakowski-Węgrzynowski (red.), K. Karolak, P. Nowakowski-Węgrzynowski, M. Cieślak, M. Szulc, P. Jankowska, *Pojęcia nieostre w prawie administracyjnym*, Bielsko-Biała 2016.
- Jaros P. J., Michalak M., *Prawa dziecka – dokumenty Organizacji Narodów Zjednoczonych*, Warszawa 2015.
- Jasudowicz T., *Odpowiedzialność państwa–strony Europejskiej Karty Socjalnej w świetle dorobku Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych*, [w:] M. Balcerzak (red.), J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Odpowiedzialność międzynarodowa w związku z naruszeniami praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*. Materiały VII Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego, Toruń 2016.
- Jurczak D., *Migracja legalna i nielegalna we współczesnej Polsce*, *Warmińsko-Mazurski Kwartalnik Naukowy WSiLiE* nr 1, Olsztyn 2012.
- Kondratiewa-Bryzik J., *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009.
- Łasak K., *Złe traktowanie dziecka w europejskiej karcie społecznej oraz konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, Rok LXIX, zeszyt 3, 2007.
- Morawska A., *Handel dziećmi – zarys zjawiska*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006.
- Mostowik P., *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014.
- Noviello M., *Napływ ludności do Włoch ze szczególnym uwzględnieniem osób niepełnoletnich*, *Przegląd Geopolityczny* 2016 r. nr 17.
- Piasecki K., *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Shelman A. E., Lazoritz S., *The Marry Ellen Wilson Child Abuse Case and the Beginning of Children's Rights In 19th Century America*, Jefferson (USA) i Londyn, 2005.
- Skivenes M., Barn R., Kriz K., Pösö T., *Child Welfare Systems and Migrant Children. A Cross Country Study of Policies and Practice*, Oxford 2015.
- Sozański J., *Prawa Człowieka w Unii Europejskiej*, Warszawa-Poznań 2010.
- Sukiennik A., *Ochrona praw dziecka-uchodźcy w Europie w latach 2001-2006*, Kraków 2015.
- Wolny M., Wiśniewska K., *Międzynarodowe standardy postępowania w sprawach nieletnich*, [w:] M. Szwast (red.), K. Wiśniewska (red.), M. Wolny (red.), *Rzetelność postępowania w sprawach nieletnich*, Warszawa 2014.
- Zimmermann M., *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Warszawa 2009.

MARCIN KAZIMIERCZUK
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Ograniczenie wolności i praw człowieka podczas stanu wyjątkowego w polskim prawodawstwie

Słowa kluczowe: stan wyjątkowy, wolności i prawa człowieka, ograniczenia, polskie prawodawstwo

Wprowadzenie

Regulacje zawarte w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.¹ w sprawie stanów nadzwyczajnych mają za cel zapewnienie skutecznego funkcjonowania państwa w warunkach kryzysowych w sferze wewnętrznej i doprowadzenie do jak najszybszej restytucji stanu normalnego². Z prawnego punktu widzenia istota każdego stanu nadzwyczajnego polega na tym, że wprowadza się go w sytuacji szczególnego zagrożenia, kiedy normalne, zwykłe środki prawne i instytucje ustrojowe okazały się niewystarczające i trzeba zawiesić lub ograniczyć na pewien czas wolności i prawa obywatelskie oraz zmienić kompetencje konstytucyjnych organów władzy przez istotne i nadzwyczajne zwiększenie uprawnień władzy wykonawczej (głowy państwa i rządu)³.

Celem artykułu jest analiza zagadnienia ograniczenia wolności i praw człowieka podczas stanu wyjątkowego w polskim prawodawstwie oraz próba określenia skuteczności tego reżimu choćby względem uregulowań dotyczących stanu wojennego. W kwestii ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw człowieka można wyróżnić dwa rodzaje rozwiązań o różnym stopniu

¹ Dz. U. Nr 78, poz. 483.

² Zob. S. Gebethner, *Stany szczególnego zagrożenia jako instytucja prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 8.

³ Por. Z. Witkowski, A. Cieszyński, *Instytucje stanów nadzwyczajnych w porządku prawnym Federacji Rosyjskiej (na tle genezy konstytucji z 1993 r. i w świetle ustawodawstwa okresu 2001–2002)*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003, s. 324.

intensywności. Po pierwsze, rozwiązania z art. 31 ust. 3 Konstytucji, właściwe dla sytuacji, w której dla bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego oraz ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej albo wolności i praw innych osób konieczne jest wprowadzenie ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw⁴; po drugie, stany nadzwyczajne⁵. W pierwszym przypadku przyjęte rozwiązanie wydaje się być zaadresowane do zwykłych instytucji-regulacji ustawowych ograniczających konstytucyjne wolności i prawa, np. instytucje reagowania kryzysowego⁶. W drugim przypadku, zgodnie z treścią art. 228 ust. 1 Konstytucji, stany nadzwyczajne, w tym stan wyjątkowy, zostały przewidziane na wypadek szczególnych zagrożeń, w których zwykle środki konstytucyjne są niewystarczające. Właśnie ograniczeniom praw człowieka podczas stanu wyjątkowego poświęcone będą dalsze rozważania.

Przesłanki wprowadzenia stanu wyjątkowego

Jedną z postaci stanów nadzwyczajnych, jaką przewidział ustrojodawca w Konstytucji RP z 1997 roku, jest stan wyjątkowy (art.230). Związany jest on z zagrożeniami:

- konstytucyjnego ustroju państwa,
- bezpieczeństwa obywateli,
- porządku publicznego.

Do przesłanek stanu wyjątkowego należy z reguły fakt zbiorowego zakłócenia porządku publicznego, zagrażającego zdrowiu i życiu obywateli oraz porządkowi konstytucyjnemu państwa. Wprowadzenie stanu wyjątkowego może wystąpić jedynie w przypadku rzeczywistego zaistnienia, a nie spodziewanego wystąpienia wymienionych wyżej zagrożeń. Konstytucja nie uznaje konieczności jednoczesnego wystąpienia tych zagrożeń jako warunku uzasadniającego wprowadzenie stanu wyjątkowego. Wymienienie w sposób fakultatywny trzech rodzajów zagrożeń na początku ust. 1 art. 230 Konstytucji RP wskazuje, że wprowadzenie stanu wyjątkowego może wystąpić zarówno w przypadku zbiegu trzech wymienionych zagrożeń, jak również wystąpienia dwóch albo jednego z nich⁷.

Przesłanka zagrożenia konstytucyjnego ustroju państwa wskazuje, że warunkiem zastosowania stanu wyjątkowego jest tylko takie zagrożenie, które uderza wprost w Konstytucję jako fundament ustroju państwa, a konkretnie w jej najważniejsze, podstawowe dla ustroju instytucje i zasady⁸. Natomiast przez przesłankę zagrożenia bezpieczeństwa obywateli rozumie się stan,

⁴ Zob. L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2004, s. 468.

⁵ M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007, s. 166.

⁶ Ibidem, s. 167.

⁷ Zob. L. Garlicki, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1997.

⁸ W.J. Wołpiuk, *Państwo wobec szczególnych zagrożeń*, Warszawa 2002, s. 93.

w którym życie, zdrowie oraz mienie obywateli są zagrożone w skali i natężeniu uniemożliwiającym normalną egzystencję ogółu mieszkańców⁹. Pamiętać przy tym należy, iż poczucie bezpieczeństwa zależy od społecznej akceptacji danego systemu prawnego, jego systemu politycznego oraz reguł ustalających ład społeczny¹⁰. Trudna do zdefiniowania jest ostatnia z przesłanek wprowadzenia przedmiotowego stanu nadzwyczajnego, stąd też w przypadku zagrożenia porządku publicznego postuluje się, aby warunkiem powołania się na tę okoliczność była ostateczność, wyrażająca się niemożnością podania jako przyczyny wprowadzenia stanu wyjątkowego zagrożenia bezpieczeństwa obywateli¹¹. Zdaniem K. Prokopa, porządek publiczny obejmuje trzy elementy: stan normalnego funkcjonowania państwa, społeczeństwa oraz gospodarki narodowej¹². Dlatego też skorzystanie z tej przesłanki powinno być uzasadnione szczególnym charakterem niebezpieczeństw lub masowością naruszeń porządku publicznego – zasad działalności instytucji publicznych, urządzeń użyteczności publicznej, dezorganizacji życia zgodnego z prawami obowiązującymi w społeczeństwie demokratycznym¹³.

Reasumując powyższe, stwierdzić należy, że stan wyjątkowy może zostać wprowadzony z powodu wielu różnych okoliczności, począwszy od próby zamachu stanu, aktów terrorystycznych, poprzez masowy bandytyzm, na powszechnym blokowaniu dróg i zamieszkach kończąc¹⁴. W związku z tym zauważyć należy, że organy wprowadzające stan wyjątkowy, mając swobodę wyboru i oceny przesłanki jego wprowadzenia, muszą liczyć się z odmienną oceną ich działań, skutkującą możliwością pociągnięcia do odpowiedzialności politycznej i konstytucyjnej¹⁵.

Zasady funkcjonowania państwa podczas stanu wyjątkowego

Do wprowadzenia stanu wyjątkowego uprawniony jest Prezydent RP, działający na wniosek Rady Ministrów. We wniosku do Prezydenta RP Rada Ministrów określa przyczyny wprowadzenia stanu wyjątkowego i niezbędny czas jego trwania oraz obszar na jakim powinien on być wprowadzony, a także rodzaje ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela, które muszą być odpowiednie do stopnia i charakteru zagrożenia¹⁶.

⁹ Zob. S. Bolesta, *Pojęcie porządku publicznego w prawie administracyjnym*, „Studia Prawnicze” 1983, z. 1, s. 229; E. Ura, *Prawne zagadnienia bezpieczeństwa państwa*, Rzeszów 1988, s. 120.

¹⁰ K. Wojtyszek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 253.

¹¹ M. Brzeziński, op. cit., s. 206.

¹² K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Białystok 2005, s. 85.

¹³ L. Garlicki, op. cit., s. 15.

¹⁴ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 305.

¹⁵ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2003, s. 430.

¹⁶ Podstawą decyzji o wprowadzeniu stanu wyjątkowego jest zatem zgodne stwierdzenie, powzięte przez Prezydenta RP i Radę Ministrów, istnienia zagrożenia wewnętrznego państwa.

Prezydent niezwłocznie rozpatruje powyższy wniosek, a następnie wydaje rozporządzenie o wprowadzeniu stanu wyjątkowego¹⁷ bądź odmawia wydania takiego rozporządzenia. Omawiany stan nadzwyczajny może być wprowadzony na całym terytorium państwa lub na jego części i na czas oznaczony, nie dłuższy niż 90 dni (art. 230 ust. 1 Konstytucji RP). Przedłużenie stanu wyjątkowego może nastąpić tylko raz, za zgodą Sejmu i na czas nie dłuższy niż 60 dni (art. 230 ust. 2 Konstytucji RP). Działania organów upoważnionych do wprowadzenia stanu wyjątkowego¹⁸ znajdują się pod kontrolą Sejmu i to od początku jego obowiązywania. Konstytucja RP zobowiązuje Prezydenta do przedłożenia Sejmowi, w ciągu 48 godzin od podpisania aktu prawnego, rozporządzenia o wprowadzeniu stanu wyjątkowego. Rozporządzenie to Sejm jest zobowiązany rozpatrzyć niezwłocznie. Izba niższa parlamentu może tylko zaakceptować rozporządzenie albo je uchylić. Konstytucja RP nie przewiduje innego trybu kończącego rozpatrywanie rozporządzenia. Akceptacja wiąże się z przyjęciem treści aktu wykonawczego do wiadomości i nie wymaga podjęcia w tej sprawie decyzji, wyrażonej w skonkretyzowanej formie. Stan wyjątkowy obowiązuje od dnia ogłoszenia rozporządzenia w Dzienniku Ustaw. Sejm może również uchylić rozporządzenie, do czego potrzebne jest uzyskanie bezwzględnej większości głosów podczas obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. W artykule 231 Konstytucji nie została przewidziana konkretna forma decyzji, właściwa w sprawie uchylecia rozporządzenia Prezydenta RP. Również Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej¹⁹ nie określa rodzaju aktu Sejmu służącego do uchylecia wymienionego rozporządzenia. Skutkiem uchylecia takiego aktu jest zniesienie ograniczeń w zakresie wolności i praw człowieka i obywatela oraz powrót do normalnych zasad funkcjonowania władz publicznych (art. 231)²⁰.

Uściślenie przepisów konstytucyjnych w zakresie funkcjonowania aparatu państwowego i sytuacji prawnej obywatela nastąpiło w ustawie z dnia 21 czerwca 2002 roku o stanie wyjątkowym²¹. Zgodnie z tym aktem prawnym organy władzy publicznej otrzymują dodatkowe kompetencje i obowiązki m.in. Prezydent RP, na wniosek Prezesa Rady Ministrów może postanowić o użyciu oddziałów i pododdziałów Sił Zbrojnych RP do przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa, o ile dotychczas zastosowane siły i środki zostały wyczerpane. Decyzję o użyciu Sił Zbrojnych wydaje się wtedy tylko, gdy nie koliduje to z wypełnieniem konstytucyjnych zadań Sił Zbrojnych. Żołnierzom wyznaczonym do tych oddziałów i pododdziałów przysługują wówczas, w zakresie niezbędnym do wykonywania ich zadań, uprawnienia policjantów określone w art. 15–17 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji²².

¹⁷ Wraz z oznaczeniem czasu, na jaki został on wprowadzony.

¹⁸ Dotyczy to Rady Ministrów, która występuje z wnioskiem, oraz Prezydenta, który zarządza stan wyjątkowy, wydając rozporządzenie.

¹⁹ Uchwała Sejmu RP z dnia 30 lipca 1992 r. z późn. zm.

²⁰ W. Skrzydło, op. cit., s. 305–306.

²¹ Dz. U. z 2002 r. Nr 113, poz. 985 z późn. zm., dalej u.s.wyj.

²² Ustawa o Policji z dnia 21 czerwca 1990 r. (tekst jedn.: Dz. U. 2007, Nr 43, poz. 277 z późn. zm.).

Szczególną rolę odgrywa Prezes Rady Ministrów (w przypadku wprowadzenia stanu wyjątkowego na obszarze większym niż jedno województwo) lub wojewoda (w przypadku wprowadzenia tego stanu na obszarze jednego województwa). To właśnie tym podmiotom art. 9 u.s.wyj. powierza wykonywanie działań przywracających konstytucyjny ustrój państwa, bezpieczeństwo obywateli lub porządek publiczny, ze szczególnym uwzględnieniem koordynacji i kontroli funkcjonowania administracji rządowej i samorządowej. W przypadku, gdyby organy samorządu terytorialnego nie były wystarczająco skuteczne w wykonywaniu zadań publicznych lub realizacji powierzonych im zadań na mocy przepisów o wprowadzeniu stanu wyjątkowego, Prezes Rady Ministrów, na wniosek właściwego wojewody, może zawiesić te organy wprowadzając na ich miejsce zarząd komisaryczny (w osobie komisarza rządowego). Zawieszenie trwać może aż do czasu zniesienia stanu wyjątkowego lub wprowadzone zostaje na czas oznaczony. Nadaniu działaniom organów władzy publicznej szczególnej skuteczności służyć ma art. 14 u.s.wyj. stanowiący, iż decyzje przez nie wydawane na podstawie omawianej ustawy lub przepisów wykonawczych podlegają natychmiastowemu wykonaniu²³.

Wprowadzenie i zniesienie stanu wyjątkowego minister właściwy do spraw zagranicznych notyfikuje Sekretarzowi Generalnemu ONZ i Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy. Prezes Rady Ministrów na bieżąco zobowiązany jest do informowania Prezydenta RP o skutkach wprowadzenia stanu wyjątkowego oraz o rodzaju i rezultatach działań, jakie podjęte zostały dla przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa.

Międzynarodowe aspekty dopuszczalności ograniczenia praw człowieka

Analizę klauzul derogacyjnych zawartych w różnych aktach międzynarodowych rozpocząć należy od omówienia tego typu klauzuli, znajdującej się w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych²⁴. Wynika to przede wszystkim z faktu, że Pakt ten – jako jedyny spośród traktatów międzynarodowych, zawierających takie klauzule, ma charakter uniwersalny i został przyjęty przez wiele państw należących do różnych kręgów kulturowych i regionalnych systemów ochrony praw człowieka²⁵. Omawiana klauzula w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych wyrażona została w jego art. 4. Przepis ten składa się z 3 ustępów. Pierwszy wskazuje na przesłanki oraz zasady stosowania derogacji, drugi wymienia prawa i wolności,

²³ T. Bryk, *Przegląd regulacji stanów nadzwyczajnych w przepisach Konstytucji RP*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 1, s. 229.

²⁴ Dz. U. 1977 nr 38, poz. 167.

²⁵ M. Radajewski, *Derogacja praw i wolności w sytuacjach nadzwyczajnych w międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka*, [w:] M. Jabłoński, T. Jurczyk, P. Gutierrez (red.), *Międzynarodowa ochrona praw człowieka – współczesne problemy na świecie*, Wrocław 2015, s. 130.

które nie podlegają ograniczeniu nawet w tym trybie, ustęp 3 natomiast formułuje pewne obowiązki notyfikacyjne związane ze stosowaniem derogacji.

Jeżeli chodzi o przesłanki sięgnięcia po derogację praw i wolności – określaną w tym wypadku mianem „zawieszenia stosowania zobowiązań wynikających z paktu” – omawiany akt przewiduje, że jest to dopuszczalne wyłącznie w przypadku, gdy wystąpi wyjątkowe niebezpieczeństwo publiczne zagrażające życiu narodu i niebezpieczeństwo to zostanie urzędowo ogłoszone. Pierwsza z tych przesłanek ma charakter niedookreślony. Próby dokładnego zdefiniowania omawianej przesłanki podjęły się niektóre organy ONZ. W ramach prac Rady Gospodarczej i Społecznej 28 września 1984 r. przyjęto dokument nazwany „Zasadami z Syrakuz”²⁶, w którym m.in. dokonano interpretacji art. 4 paktu. Wskazano tam m.in., że niebezpieczeństwo publiczne, o którym mowa w tym przepisie, powinno mieć charakter aktualny i poważny oraz dotyczyć całej ludności kraju, choć może ono być ograniczone do części terytorium państwa. Wyjaśniono także, że niebezpieczeństwo to powinno zagrażać fizycznemu istnieniu narodu albo niezależności politycznej lub integralności terytorialnej państwa. Zgodnie z „Zasadami z Syrakuz” koniecznym warunkiem zastosowania derogacji jest również ograniczenie funkcjonowania instytucji odpowiedzialnych za gwarantowanie praw i wolności jednostki. Drugą przesłanką derogacji wolności i praw, jaką przewiduje pakt, jest urzędowe ogłoszenie niebezpieczeństwa publicznego. Przyjmuje się, że warunek ten zostaje spełniony, jeżeli władze danego państwa ogłoszą oficjalnie stan nadzwyczajny.

Klauzulę derogacyjną przewidują również niektóre regionalne traktaty dotyczące ochrony wolności i praw człowieka. Wśród nich chronologicznie pierwszą była Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r.²⁷ Artykuł 15 Konwencji przewiduje możliwość uchylenia stosowania wynikających z Konwencji zobowiązań. Podkreślić natomiast trzeba, że jest to dozwolone jedynie wyjątkowo, przy spełnieniu przewidzianych tym przepisem warunków: „w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu, (...) w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem, że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego”. Jako uzasadnianie zakazu derogacji wymienionych praw Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazuje, że zawierają one „najbardziej podstawowe wartości demokratycznego społeczeństwa, tworzące Radę Europy”²⁸.

²⁶ *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, E/CN.4/1985/4.

²⁷ Dz. U. 1993 nr 61, poz. 284.

²⁸ Zob. m.in. *Anguelova przeciwko Bułgarii*, skarga nr 38361/97, wyrok z 13 czerwca 2002 r., par. 109; *Ihan przeciwko Turcji*, skarga nr 22277/93, wyrok z 27 czerwca 2000 r. [Wielka Izba], par. 73.

W sprawie *Lawless przeciwko Irlandii*²⁹ i w sprawach międzypaństwowych przeciwko Grecji³⁰ Trybunał sprecyzował i zinterpretował warunki, przy zaistnieniu których możliwe będzie skorzystanie z art. 15. Istotne jest natomiast, że nie jest dozwolone uchylenie zobowiązań wynikających z artykułów: 2 (z wyjątkiem przypadków śmierci będących wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych), 3, 4 (1) oraz 7. Jak wynika z powyższego, państwa są nadal związane obowiązkami wynikającymi z art. 2 Konwencji, zarówno w jego wymiarze materialnym, jak i proceduralnym³¹. Jednocześnie pamiętać trzeba, że nawet w sytuacji skutecznego skorzystania z art. 15, w dalszym ciągu obowiązywać będą pozostałe źródła prawa międzynarodowego, m.in. zobowiązania wynikające z międzynarodowego prawa humanitarnego, pozostałych powszechnych czy regionalnych konwencji praw człowieka, a także prawa zwyczajowego³².

Ograniczenia wolności i praw jednostki

Zgodnie z art. 228 ust. 3 Konstytucji RP zakres, w jakim mogą zostać ograniczone wolności i prawa człowieka i obywatela w czasie poszczególnych stanów nadzwyczajnych winna określać ustawa. Z konstrukcji tego przepisu wynika zasada wyłączności ustawy jako aktu właściwego i jedyne w przedmiocie regulacji kwestii ograniczenia praw i wolności w sytuacjach nadzwyczajnych państwa³³. Za uzasadnione można uznać domniemanie, że właściwe dla uregulowania statusu jednostki w czasie poszczególnych stanów nadzwyczajnych są ustawy o stanach nadzwyczajnych, uchwalone w warunkach zapewniających im demokratyczną legitymację uzyskaną przed ich wprowadzeniem³⁴.

Z konstytucyjnej zasady legalizmu wynika również, że organy władzy publicznej podejmują tylko takie działania, do których dyspozycja normy prawnej je upoważnia; *a contrario* obywatelom i innym podmiotom prawa wolno czynić wszystko, czego prawo nie zakazuje. Sfera wolnych zachowań ludzi nie ma jednak charakteru bezwarunkowego. Nierzadko ustrojodawca musi rozstrzygać o sprzecznościach interesów jednostek, ich praw oraz o konfliktach różnych wartości. Tym samym wyznaczyć musi granice korzystania z prawnie uznanych

²⁹ *Lawless przeciwko Irlandii* (nr 3), skarga nr 332/57, wyrok z 1 lipca 1961 r., par. 23 i n.

³⁰ *Dania przeciwko Grecji, Norwegia przeciwko Grecji, Szwecja przeciwko Grecji, Holandia przeciwko Grecji* („*The Greek Case*”), skargi nr 3321/67, 3322/67, 3323/67 oraz 3323/67, decyzja z 24 stycznia 1968 r.

³¹ K. Holy, *Zwalczanie bezkarności sprawców poważnych naruszeń praw człowieka – rozważania na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2012, nr 10, s. 81.

³² M.M. El Zeidy, *The ECHR and States of Emergency: Article 15 – A domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations*, MSU-DCL Journal of International Law 2002, nr 11(26), s. 277.

³³ R. Socha, T. Sokólska, *Prawne uwarunkowania stanów nadzwyczajnych*, Bielsko-Biała 2010, s. 59.

³⁴ Z mocy art. 228 ust. 6 wynika, iż w okresie trwania stanu nadzwyczajnego nie mogą być zmieniane ani konstytucja, ani ustawy o stanach nadzwyczajnych. Zob. W. J. Wołpiuk, op. cit., s. 79.

przez siebie wolności. Istnieją jednak prawa i wolności, które nie mogą być w żaden sposób ograniczone, tj. wolności i prawa absolutne, jak np. prawo do życia, wolność od tortur, wolność od nieludzkiego traktowania lub karania³⁵. Granice korzystania z praw i wolności, niemających charakteru absolutnego, wyznaczone zostały w Konstytucji RP. Mają one postać klauzul limitacyjnych oraz klauzuli derogacyjnej³⁶.

Podczas obrad Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nad treścią rozdziału XI najwięcej sprzecznych poglądów wywołał problem: w jakim zakresie i w jakiej formie ustawa może ograniczyć katalog wolności i praw jednostki. Ostatecznie przyjęto, że stan wojenny i stan wyjątkowy stwarzają podobne zagrożenia, którym państwo obowiązane jest się przeciwstawić, nawet gdy wymaga to znacznego ograniczenia praw człowieka dla ratowania dobra wspólnego. Jednym z zasadniczych skutków wprowadzenia stanu nadzwyczajnego jest zawsze ograniczenie sfery wolności i praw jednostki³⁷. Z uwagi na jej znaczenie dla każdego człowieka i obywatela, Konstytucja RP w art. 233 nie pozostawia organom władz publicznych swobody w określaniu, jakie prawa i wolności mogą podlegać ograniczeniom³⁸. Odsyłając do szczegółowych określeń w ustawach dotyczących poszczególnych stanów nadzwyczajnych ustrojodawca enumeratywnie wyliczył te z nich, które nie mogą być derogowane przez ustawę o stanie wyjątkowym. Należą do nich: godność człowieka (art. 30), ochrona życia (art. 38), humanitarne traktowanie (art. 39, 40 i 41 ust. 4), ponoszenie odpowiedzialności karnej (art. 42), dostęp do sądu (art. 45), dobra osobiste (art. 47), sumienie i religia (art. 53), petycje (art. 63) oraz rodzina i dziecko (art. 48 i 72). Zakaz ustanawiania ograniczeń obejmuje katalog 14 artykułów konstytucji dotyczących podstawowych wolności i praw z ochroną życia na czele³⁹. Ponadto istnieje dodatkowy zakaz dyskryminacji jednostki z powodu rasy, płci, języka, wyznania, pochodzenia społecznego, urodzenia i majątku.

³⁵ Zob. art. 38–40 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.

³⁶ Zob. T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996, s. 31–33; tenże, *Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, Toruń 1997, s. 45 i n.; Wojtyśzek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.

³⁷ M. Zdyb, *Ochrona podstawowych praw i wolności jako podmiotowy element bezpieczeństwa wewnętrznego*, [w:] M. Zdyb, J. Stelmasiak, K. Sikora (red.), *Podstawowe płaszczyzny zagrożeń bezpieczeństwa wewnętrznego. Aspekty materialnoprawne*, Warszawa 2014, s. 17.

³⁸ Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. stanowi: „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2003, s. 434; L. Wiśniewski, *Stany nadzwyczajne w projekcie nowej Konstytucji RP*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, Toruń 1997, s. 156–157.

³⁹ Zob. W. J. Wołpiuk, op. cit., Warszawa 2002, s. 102–105.

Przewidziana została także zasada wyrównywania strat majątkowych, wynikających z ograniczenia wolności i praw jednostki w czasie obowiązywania stanu nadzwyczajnego (art. 228 ust. 4)⁴⁰.

Analiza katalogu wolności i praw człowieka, których nie wolno ograniczać w czasie obowiązywania stanu nadzwyczajnego, pozwala stwierdzić, iż Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. jest zgodna z przepisami prawa międzynarodowego obowiązującymi w tym zakresie, tj. z art. 4 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁴¹ oraz z art. 15 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁴². Wymienione akty prawne wywarły niewątpliwy wpływ na treść regulacji konstytucyjnych w tej materii.

Ograniczenia wolności i praw osobistych

Zgodnie z art. 15 ustawy o stanie wyjątkowym na obszarze, na którym został wprowadzony stan wyjątkowy, ograniczeniom wolności i praw człowieka i obywatela podlegają wszystkie osoby fizyczne zamieszkałe lub przebywające tam chociażby czasowo. Ograniczenia te stosuje się odpowiednio wobec osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, mających siedzibę lub prowadzących działalność na obszarze objętym stanem wyjątkowym⁴³.

Ważne znaczenie w czasie trwania stanu wyjątkowego ma ograniczenie nietykalności (wolności) osobistej. Polega ono przede wszystkim na ustanowieniu przez ustawę w art. 17 u.s.wyj. instytucji odosobnienia⁴⁴. Jej istota sprowadza się do czasowego pozbawienia wolności nie na mocy prawomocnego orzeczenia sądowego, lecz decyzji organu administracji publicznej. Odosobnieniu podlega osoba mająca ukończone 18 lat, w stosunku do której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że pozostając na wolności będzie prowadziła działalność zagrażającą konstytucyjnemu ustrojowi państwa, bezpieczeństwu obywateli lub porządkowi publicznemu albo gdy odosobnienie jest niezbędne, aby zapobiec popełnieniu czynu karalnego lub uniemożliwić ucieczkę po jego popełnieniu⁴⁵. Odosobniona może być również osoba, która ukończyła 17 lat, jeżeli przeprowadzona uprzednio z nią rozmowa ostrzegawcza okazała się nieskuteczna⁴⁶.

⁴⁰ Zob. Ustawa z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz. U. 2002 Nr 233, poz. 1955 z późn. zm.).

⁴¹ Dz. U. 1977 nr 38, poz. 167.

⁴² Dz. U. 1993 nr 61, poz. 284.

⁴³ Rodzaje ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela powinny odpowiadać charakterowi oraz intensywności zagrożeń stanowiących przyczyny wprowadzenia stanu wyjątkowego, a także zapewniać skuteczne przywrócenie normalnego funkcjonowania państwa.

⁴⁴ T. Bryk, op. cit. s. 230.

⁴⁵ R. Giętkowski, *Odosobnienie w czasie stanu wyjątkowego*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12, s. 39.

⁴⁶ Odosobnienie następuje na podstawie decyzji wojewody właściwego ze względu na miejsce pobytu stałego lub czasowego osoby odosobnionej i jest wykonywane przez właściwego komendanta

W czasie odosobnienia nie może być rozwiązany stosunek pracy z osobą odosobnioną, chyba że przed odosobnieniem zaistniały z jej winy okoliczności, uzasadniające rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia. Termin do wniesienia środków prawnych przeciwko rozwiązaniu stosunku pracy liczy się w tych przypadkach od dnia zakończenia odosobnienia. Do pobytu osób odosobnionych w ośrodkach odosobnienia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu karnego wykonawczego dotyczące praw i obowiązków tymczasowo aresztowanych, wykonywania tymczasowego aresztowania oraz nadzoru penitencjarnego.

W czasie stanu wyjątkowego na wezwanie organów prokuratury, Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej lub Służby Kontrwywiadu Wojskowego osoba mająca ukończone 17 lat jest obowiązana do udziału, we wskazanym miejscu, w rozmowie ostrzegawczej. Rozmowa ta polega na udzieleniu pouczenia o prawnych i osobistych skutkach nieprzestrzegania porządku prawnego oraz niestosowania się do ustalonych na czas stanu wyjątkowego ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela. Osoby obecne przy rozmowie potwierdzają przebieg rozmowy podpisami na protokole. Do udziału w rozmowie ostrzegawczej można wezwać tylko taką osobę, co do której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że nie będzie przestrzegać porządku prawnego. Jeżeli osoba wezwana na rozmowę ostrzegawczą nie zgłosi się dobrowolnie na wskazane miejsce, a fakt otrzymania wezwania nie budzi wątpliwości, może być przymusowo doprowadzona przez organ wzywający⁴⁷.

W czasie stanu wyjątkowego może zostać ustanowiona cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu, obejmująca materiały prasowe w rozumieniu ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe⁴⁸. Cenzura prewencyjna nie obejmuje należących do kościołów i innych związków wyznaniowych środków społecznego przekazu, stanowiących źródła informacji na temat religii i służących wypełnianiu funkcji religijnych.

Przedmiotem kontroli, stanowiącym jednocześnie ograniczenie tajemnicy korespondencji, może stać się sprawdzanie zawartości przesyłek, listów, paczek i przekazów przekazywanych w ramach usług pocztowych o charakterze powszechnym lub usług kurierskich⁴⁹. Ponadto kontrola może objąć treści korespondencji telekomunikacyjnej i rozmów telefonicznych lub sygnałów przesyłanych

wojewódzkiego Policji, w drodze zatrzymania tej osoby i przymusowego doprowadzenia do ośrodka odosobnienia podległego Ministrowi Sprawiedliwości. Wojewoda wszczyna postępowanie w sprawach odosobnienia na wniosek właściwych organów prokuratury, Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej lub Służby Kontrwywiadu Wojskowego. Decyzję w sprawie odosobnienia doręcza się osobie odosobnionej niezwłocznie, nie później niż w ciągu 48 godzin od chwili jej wydania. Decyzję tę uchyla się niezwłocznie, jeżeli ustana przyczyny uzasadniające odosobnienie.

⁴⁷ W przypadku osoby niemającej ukończonych 17 lat, wezwanie przekazuje się i przeprowadza rozmowę ostrzegawczą z rodzicami lub rodzicem albo opiekunem prawnym tej osoby. Rozmowa ostrzegawcza, w tym przypadku, odbywa się w obecności osoby, której podejrzenie dotyczy, jeżeli takie jest życzenie rodzica lub opiekuna prawnego tej osoby.

⁴⁸ Dz. U. 1984 nr 5, poz. 24 z późn. zm.

⁴⁹ A. Surówka, *Ograniczenia wolności słowa w stanach nadzwyczajnych*, [w:] A. Biłgorajski (red.), *Wolność wypowiedzi i jej granice. Analiza wybranych zagadnień*, Katowice 2014.

w sieciach telekomunikacyjnych⁵⁰. Organy cenzury i kontroli są uprawnione do zatrzymywania w całości lub w części publikacji, przesyłek pocztowych i kurierskich oraz korespondencji telekomunikacyjnej, a także do przerywania rozmów telefonicznych i transmisji sygnałów przesyłanych w sieciach telekomunikacyjnych, jeżeli ich zawartość lub treść może zwiększyć zagrożenie konstytucyjnego ustroju państwa, bezpieczeństwa obywateli lub porządku publicznego.

W czasie stanu wyjątkowego można również postanowić o emisji sygnałów uniemożliwiających nadawanie lub odbiór przekazów radiowych, telewizyjnych lub dokonywanych poprzez urządzenia i sieci telekomunikacyjne, których treść może zwiększyć zagrożenie konstytucyjnego ustroju państwa, bezpieczeństwa obywateli lub porządku publicznego. Może zostać ograniczone funkcjonowanie systemów łączności oraz działalności telekomunikacyjnej i pocztowej, poprzez nakazanie wyłączenia urządzeń łączności lub zawieszenia świadczenia usług na czas określony, a także poprzez nakazanie niezwłocznego złożenia do depozytu właściwego organu administracji rządowej radiowych i telewizyjnych urządzeń nadawczych i nadawczo-odbiorczych lub ustalenie innego sposobu ich zabezpieczenia przed wykorzystaniem w sposób zagrażający konstytucyjnemu ustrojowi państwa, bezpieczeństwu obywateli albo porządkowi publicznemu.

Ustawodawca przewiduje podczas obowiązywania stanu wyjątkowego możliwość ograniczenia wolności poruszania się po terytorium RP przez ustanowienie nakazu lub zakazu przebywania lub opuszczania w ustalonym czasie oznaczonych miejsc, obiektów i obszarów, konieczność uzyskania zezwolenia organów administracji publicznej na zmianę miejsca pobytu stałego i czasowego oraz zgłoszenia w ustalonym terminie organom ewidencji ludności lub Policji przybycia do określonej miejscowości. Można wprowadzić ograniczenia w organizowaniu transportu drogowego, kolejowego i lotniczego oraz w ruchu jednostek pływających na morskich wodach wewnętrznych i na morzu terytorialnym, a także na śródlądowych drogach wodnych. Ponadto na obszarze obowiązywania stanu wyjątkowego na osobę, która ukończyła 18 lat, przebywającą w miejscu publicznym może być nałożony obowiązek posiadania przy sobie dowodu osobistego lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość, a na osobę uczącą się, która nie ukończyła 18 lat – legitymacji szkolnej⁵¹.

⁵⁰ Funkcję organów cenzury i kontroli pełnią właściwi wojewodowie, którzy mogą nakazać organom administracji publicznej, działającym na obszarze województwa, wykonywanie czynności technicznych, niezbędnych do prowadzenia cenzury lub kontroli. Decyzje organów cenzury i kontroli są ostateczne i mogą być zaskarżone bezpośrednio do sądu administracyjnego.

⁵¹ Zob. K. Prokop, *Stan wyjątkowy*, [w:] M. Czuryk, K. Dunaj, M. Karpiuk, K. Prokop (red.), *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia prawne i administracyjne*, Olsztyn 2016, s. 209.

Ograniczenia wolności i praw politycznych

Rozdział trzeci przedmiotowej ustawy o stanie wyjątkowym, dotyczący zakresu ograniczeń wolności i praw jednostki, przewiduje możliwość zawieszenia organizowania i przeprowadzania wszelkiego rodzaju zgromadzeń, imprez masowych, strajków pracowniczych i innych form protestu, akcji protestacyjnych oraz zrzeszania się.

W czasie przedmiotowego stanu nadzwyczajnego zawieszeniu może ulec wolność zgromadzeń łącznie z organizowaniem i przeprowadzaniem imprez masowych oraz prowadzonych w ramach działalności kulturalnej imprez artystycznych i rozrywkowych, niebędących imprezami masowymi (art. 16 ust. 1 pkt 1–2 u.s.wyj.). Powyższy zakaz nie dotyczy zgromadzeń organizowanych przez kościoły i inne związki wyznaniowe oraz organizacje religijne działające w obrębie świątyń, budynków kościelnych, w innych pomieszczeniach służących organizowaniu i publicznemu sprawowaniu kultu, a także zgromadzeń organizowanych przez organy państwa lub organy samorządu terytorialnego. Pozwolenia na zbiórki publiczne na obszarze, na którym wprowadzono stan wyjątkowy, mogą być udzielane tylko wówczas, gdy w ocenie organu właściwego do udzielenia pozwolenia przeprowadzenie zbiórki nie utrudni realizacji celów wprowadzenia stanu wyjątkowego.

Przepisy ustawa o stanie wyjątkowym w kwestii ograniczenia wolności i praw politycznych przewidują ponadto możliwość zawieszenia wolności zrzeszania się (art. 16 ust. 1 pkt 6 u.s.wyj.) poprzez ustanowienie zakazu tworzenia i rejestracji nowych stowarzyszeń, partii politycznych, związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, organizacji pracodawców, ruchów obywatelskich oraz innych dobrowolnych zrzeszeń i fundacji, bądź też nakazanie okresowego zaniechania działalności zarejestrowanych stowarzyszeń, partii politycznych, związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, organizacji pracodawców, ruchów obywatelskich oraz innych dobrowolnych zrzeszeń i fundacji, których działalność może zwiększyć zagrożenie konstytucyjnego ustroju państwa, bezpieczeństwa obywateli lub porządku publicznego⁵². Ponadto można zawiesić prawo do strajków pracowniczych i innych form protestu w odniesieniu do określonych kategorii pracowników lub w określonych dziedzinach; strajków i innych niż strajki form akcji protestacyjnych rolników oraz akcji protestacyjnych studentów, organizowanych przez studenckie samorządy, stowarzyszenia lub organizacje.

Pozostałe postanowienia rozdziału trzeciego u.s.wyj. wskazują na możliwość ograniczeń w dostępie do towarów konsumpcyjnych, w zakresie działalności gospodarczej, edukacyjnej, a także w przedmiocie obrotu krajowymi środkami płatniczymi. W okresie stanu wyjątkowego ustawa przewiduje również możliwość ograniczenia w kwestii prawa do posiadania broni palnej, amunicji i materiałów

⁵² Ibidem, s. 211.

wybuchowych. Odpowiednią formą aktu prawnego do wprowadzenia wymienionych ograniczeń jest rozporządzenie właściwego ministra⁵³.

Zakończenie

Prawa człowieka mogą pozostawać w kolizji z innymi szczególnie istotnymi wartościami, którym niekiedy należy nawet przyznać pierwszeństwo. W takich okolicznościach zasadne wydaje się dokładne unormowanie problematyki rozwiązywania tego typu konfliktów. Precyzyjne uregulowanie, na jakich zasadach dopuszczalne jest zawieszanie praw i wolności w sytuacjach nadzwyczajnych, sprzyja tak naprawdę ochronie tychże praw i wolności, ponieważ – przynajmniej w założeniach – chroni je przed arbitralnym i mogącym rodzić poważne nadużycia uchylaniem podejmowanym w imię stanu wyższej konieczności.

Regulacje rangi konstytucyjnej i ustawowej w sprawie stanu wyjątkowego mają za cel zapewnienie skutecznego funkcjonowania państwa w warunkach kryzysowych w sferze wewnętrznej i doprowadzenie do jak najszybszej restytucji stanu normalnego. Należy zwrócić jednak uwagę, że konstytucyjne i ustawowe unormowanie stanu wyjątkowego nie jest zbyt jednolite, w szczególności w odniesieniu do restryktywności stanu wojennego. Z Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. wynika, że gdyby nie prezydenckie rozporządzenie z mocą ustawy, pod względem potencjału surowości stosowanych środków nadzwyczajnych stan wyjątkowy byłby niemal tożsamy ze stanem wojennym. Jak wynika z przedstawionej analizy ograniczenia wolności i praw jednostki, ustawodawca przewiduje niezwykle restrykcyjny model reżimu stanu wyjątkowego w zakresie korzystania z konstytucyjnie zagwarantowanych wolności i praw człowieka i obywatela. Zwłaszcza w sferze wolności osobistej jednostki obostrzenia są jeszcze większe niż w wypadku wprowadzenia stanu wojennego.

LIMITATION OF FREEDOM AND HUMAN RIGHTS DURING THE STATE OF EMERGENCY IN POLISH LEGISLATION

Key words: State of emergency, freedom and human rights, restrictions, Polish legislation

Summary

The constitutional and statutory status of the state of emergency is governed by the aim of ensuring the effective functioning of the state in internal crises and restoring normal state as soon as possible. The Polish legislator envisages an extremely restrictive model of the state of emergency in the use of constitutionally guaranteed freedoms and human and civil rights. Particularly in the sphere of personal freedom, the units of stifling are even greater than in the case of the introduction of martial law.

⁵³ R. Socha, T. Sokólska, op. cit., s. 70.

Bibliografia

- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2004.
- Bolesta S., *Pojęcie porządku publicznego w prawie administracyjnym*, „Studia Prawnicze” 1983, z. 1.
- Bryk T., *Przegląd regulacji stanów nadzwyczajnych w przepisach Konstytucji RP*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 1.
- Brzeziński M., *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007.
- Cieszyński A., *Stany nadzwyczajne w Konstytucji z 1997 r.*, [w:] Witkowski Z. (red.), *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Toruń 1998.
- Garlicki L., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1997.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2003.
- Garlicki L., *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10.
- Gebethner S., *Stany szczególnego zagrożenia jako instytucja prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 8.
- Giętkowski R., *Odosobnienie w czasie stanu wyjątkowego*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12.
- Jasudowicz T., *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996.
- Jasudowicz T., *Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, Toruń 1997.
- Mażewski L., *Bezpieczeństwo publiczne. Stany nadzwyczajne w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej 1918-2009*, Toruń 2010.
- Prokop K., *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Białystok 2005.
- Prokop K., *Stan wojny a stan wojenny w Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 3.
- Prokop K., *Stan wyjątkowy*, [w:] M. Czuryk, K. Dunaj, M. Karpiuk, K. Prokop (red.), *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia prawne i administracyjne*, Olsztyn 2016.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Socha R., Sokólska T., *Prawne uwarunkowania stanów nadzwyczajnych*, Bielsko-Biała 2010.
- Stembrowicz J., *Z problematyki stanu nadzwyczajnego w prawie konstytucyjnym*, „Więź” 1998, nr 11-12.
- Surówka A., *Ograniczenia wolności słowa w stanach nadzwyczajnych*, [w:] A. Biłgorajski (red.), *Wolność wypowiedzi i jej granice. Analiza wybranych zagadnień*, Katowice 2014.
- Ura E., *Prawne zagadnienia bezpieczeństwa państwa*, Rzeszów 1988.
- Winczorek P., *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003.
- L. Wiśniewski, *Stany nadzwyczajne w projekcie nowej Konstytucji RP*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, Toruń 1997.
- Witkowski Z., Cieszyński A., *Instytucje stanów nadzwyczajnych w porządku prawnym Federacji Rosyjskiej (na tle genezy konstytucji z 1993 r. i w świetle ustawodawstwa okresu 2001-2002)*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003.
- Wołpiuk W. J., *Państwo wobec szczególnych zagrożeń*, Warszawa 2002.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Zdyb M., *Ochrona podstawowych praw i wolności jako podmiotowy element bezpieczeństwa wewnętrznego*, [w:] M. Zdyb, J. Stelmasiak, K. Sikora (red.), *Podstawowe płaszczyzny zagrożeń bezpieczeństwa wewnętrznego. Aspekty materialnoprawne*, Warszawa 2014.

AGATA KLECZKOWSKA
Instytut Nauk Prawnych PAN

Zbrojni aktorzy niepaństwowi i prawa człowieka – władza bez odpowiedzialności?*

Słowa kluczowe: konflikt zbrojny, międzynarodowe prawo humanitarne, prawa człowieka, zbrojni aktorzy niepaństwowi

Wstęp

Wśród najpoważniejszych zagrożeń dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa można z pewnością wymienić aktywność zbrojnych aktorów niepaństwowych¹, którzy dążąc do realizacji swoich celów politycznych, militarnych czy ekonomicznych nierzadko popełniają zbrodnie na ludności cywilnej. Mimo tego, że o zbrojnych aktorach niepaństwowych mówi się najczęściej w kontekście konfliktów zbrojnych, to czyny, których się dopuszczają, nie tylko naruszają założenia międzynarodowego prawa humanitarne, ale również stanowią pogwałcenie praw człowieka. Niemniej jednak, wbrew temu, że czyny zbrojnych aktorów niepaństwowych w sposób oczywisty zasługują na potępienie i ukaranie, jako

*Praca nad artykułem została sfinansowana ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na projekt badawczy pt. „Odpowiedzialność za zbrodnie popełniane przez zbrojnych aktorów niepaństwowych – perspektywa krajowa i międzynarodowa” (UMO – 2016/23/N/HS5/02849), którego autorka jest kierownikiem.

¹ Termin „armed non-state actors” jest powszechnie używany w literaturze anglojęzycznej; polskie określenie „zbrojni aktorzy niepaństwowi” jest więc dokładnym tłumaczeniem tego sformułowania. W polskiej literaturze przedmiotu pojawiają się również takie określenia jak „aktorzy niepaństwowi” (M. Kowalski, *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego*, Warszawa 2013, s. 38) czy „zmilitaryzowani aktorzy niepaństwowi” (R. Ożarowski, *Specyfika zmilitaryzowanego aktora niepaństwowego we współczesnych stosunkach międzynarodowych. Przypadek Hezbollahu*, „Przegląd Strategiczny” 2012, nr 1). Powszechny jest również termin „grupy zbrojne”. Niemniej jednak, z uwagi na to, że określenie „zbrojni aktorzy niepaństwowi” – które zawiera w sobie jednocześnie stwierdzenie, że chodzi o jednostki odgrywające rolę w relacjach międzynarodowych, niezwiązane z państwem i mające charakter militarny – najlepiej obrazuje charakter i cel działania takich aktorów, będzie ono wykorzystywane w dalszej części artykułu.

godzące w podstawy człowieczeństwa, należy zastanowić się nad oceną działań zbrojnych aktorów niepaństwowych z perspektywy prawa międzynarodowego.

Celem artykułu jest określenie statusu zbrojnych aktorów niepaństwowych w prawie międzynarodowym z perspektywy praw człowieka. Na gruncie niniejszej pracy, przez pojęcie „zbrojnych aktorów niepaństwowych” będą rozumiane takie ugrupowania, które mają zorganizowane struktury, podejmują działania zbrojne o wymiarze co najmniej transgranicznym, realizując cele polityczne, ideologiczne lub gospodarcze². Już w tym miejscu należy zauważyć, że definicja ta jest bardzo szeroka i odnosi się do różnych kategorii zbrojnych aktorów niepaństwowych: organizacji terrorystycznych, partyzantów, powstańców, rebeliantów itd. W dalszej części artykułu będzie to wymagało więc wprowadzenia pewnego zróżnicowania co do roli i charakteru niektórych z aktorów niepaństwowych.

Artykuł ten ma odpowiedzieć na pytanie, czy zbrojni aktorzy niepaństwowi są związani prawami człowieka³ oraz jaka może być ewentualnie podstawa prawna tych obowiązków. Teza, na której oparte są dalsze rozważania zakłada, że związanie zbrojnego aktora niepaństwowego obowiązkami wynikającymi z praw człowieka zależy od tego, czy takiemu zbrojnemu ugrupowaniu udało się uzyskać efektywną kontrolę nad ludnością i terytorium, w obrębie którego działa. Zbrojni aktorzy niepaństwowi, którzy zdołali utworzyć reżim *de facto*, jak również powstańcy, którzy utworzyli własny rząd, będą więc związani obowiązkami wynikającymi z norm praw człowieka. Jeśli jednak nie doszło do ustanowienia takiej efektywnej kontroli nad ludnością i terytorium, zbrojni aktorzy niepaństwowi nie będą związani normami praw człowieka, a żadna ze wskazywanych w doktrynie podstaw prawnych ewentualnych obowiązków tych aktorów w zakresie praw człowieka nie jest wystarczającym uzasadnieniem dla nałożenia na nich takich obowiązków. Nie jest to sytuacja pożądana zarówno z perspektywy ludności cywilnej, która zamieszkuje obszar, na którym działa zbrojny aktor niepaństwowy, jak i z punktu widzenia państw, ale obecnie prawo międzynarodowe nie dysponuje instrumentami, które w sposób satysfakcjonujący rozwiązywałyby to zagadnienie.

² Definicje zbrojnych aktorów niepaństwowych zostały sformułowane m.in. przez International Law Association, *3rd report prepared by the co-rapporteurs, Cedric Ryngaert and Jean d'Aspremont, Non State Actors*, Washington Conference 2014, s. 5, dostępne na: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/9B5612DF-6DEF-4AFD-BB8A408EAB402DBE> (ostatni dostęp: 22.02.2018 r.); A. Bellal, G. Giacca, S. Casey-Maslen, *International law and armed non-state actors in Afghanistan*, „International Review of the Red Cross” 2011, Vol. 93 No. 881, s. 48; A. Roberts, S. Sivakumaran, *Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law*, „Yale Law Journal” 2012, Vol. 37 issue 1, s. 126; U. Schneekener, *Spoilers or Governance Actors? Engaging Armed Non-State Groups in Areas of Limited Statehood*, „SFB-Governance Working Paper Series” 2009, No. 21, s. 9.

³ Nie jest to oczywiście jedyne sporne i interesujące zagadnienie, dotyczące statusu zbrojnych aktorów niepaństwowych na gruncie prawa międzynarodowego. Z pewnością niemniej istotna jest problematyka związania zbrojnych aktorów niepaństwowych normami międzynarodowego prawa humanitarnego. Jest to jednak odrębne i bardzo szerokie zagadnienie, zaś artykuł ten skupia się na obowiązkach wynikających dla zbrojnych aktorów niepaństwowych z praw człowieka.

W artykule przytoczono wiele poglądów prezentowanych w doktrynie prawa co do podstaw związania aktorów niepaństwowych obowiązkami międzynarodowo-prawnymi, a przeprowadzone rozważania zostały oparte w przeważającej mierze właśnie o stanowisko doktryny prawa. Nie wynika to jednak z niedociągnięć metodologicznych niniejszego artykułu, ale jest wynikiem tego, że nie są znane wypowiedzi zbrojnych aktorów niepaństwowych co do statusu międzynarodowoprawnego, do którego dążą. Z pewnością wynika to z tego, że zbrojni aktorzy niepaństwowi nie chcą wyraźnie sprecyzować zakresu swoich obowiązków w prawie międzynarodowym, ale nie zmienia to faktu, że poznanie ich stanowiska znacznie ułatwiłoby określenie ich roli w prawie międzynarodowym, nie tylko co do wiążących ich obowiązków, ale także posiadanych praw. Z drugiej strony, brak również rozstrzygającego stanowiska państw co do statusu zbrojnych aktorów niepaństwowych. Wypowiedzi państw, formułowane choćby podczas prac nad Deklaracją w przedmiocie prawa i odpowiedzialności jednostek, grup i organów społeczeństwa w promowaniu i ochronie powszechnie uznanych praw człowieka i podstawowych wolności⁴, wyraźnie wskazują, że państwa mają co najmniej poważne wątpliwości co do statusu zbrojnych aktorów niepaństwowych.

Pierwsza część artykułu poświęcona jest ogólnemu określeniu wzajemnych relacji między normami praw człowieka a obowiązkami zbrojnych aktorów niepaństwowych w tym zakresie. W drugiej części artykułu omówiono ewentualne podstawy związania zbrojnych aktorów niepaństwowych normami prawa międzynarodowego, ze szczególnym uwzględnieniem praw człowieka.

1. Zbrojni aktorzy niepaństwowi a prawa człowieka

Część komentatorów opowiada się za poglądem, że zbrojni aktorzy niepaństwowi są związani normami praw człowieka, wskazując, że współcześnie normy praw człowieka i obowiązki z nich wynikające nie determinują jedynie relacji między państwem a jednostką, ale stanowią pewne minimum ochrony, która

⁴ *Economic and Social Council, Report of The Working Group on a Draft Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*, E/CN.4/1986/40. Deklaracja została ostatecznie przyjęta dopiero na mocy rezolucji ZO ONZ 53/144 z dnia 9 grudnia 1998 r. Podczas dyskusji w czasie prac nad Deklaracją, Brazylia stwierdziła, że to państwa, a nie jednostki są odpowiedzialne za ochronę praw człowieka (par. 22). Norwegia z kolei zauważyła, że odpowiedzialność za implementację praw człowieka spoczywa w pierwszej kolejności na rządach; niemniej jednak również jednostkom i grupom należy pozwolić na przyłączenie się do implementacji tych praw (par. 26). Niemcy skrytykowały próbę zastąpienia obowiązków państw z zakresie praw człowieka obowiązkami jednostek, grup i organów społecznych (par. 28). Francja, tłumacząc kształt projektu deklaracji stwierdziła, że to państwa są pierwotnymi gwarantami praw człowieka, a projekt miał podkreślić jedynie, że również jednostki i grupy mają możliwość wykonywania tych praw, biorąc pod uwagę prerogatywy państw w tym zakresie (par. 39). Bułgaria zauważyła, że tylko państwa, a nie jednostki, mogą chronić prawa człowieka, a wszelkie próby zmiany tej zasady naruszają suwerenność i podmiotowość prawnomiędzynarodową państw (par. 42). Według ZSRR, Deklaracja nie powinna tworzyć żadnych nowych praw dla jednostek i grup w zakresie promocji praw człowieka (par. 58).

należy się każdemu człowiekowi, niezależnie od tego, pod jaką władzą znajduje się, zwłaszcza w sytuacji gdy państwo jest słabe, przeżywa kryzys wewnętrzny i nie jest w stanie zapewnić właściwej ochrony swoim obywatelom⁵. W tym kontekście, Y. Ronen wskazuje, że prawa człowieka są niezbywalne i obowiązują niezależnie od tego, kto jest odpowiedzialny za zapewnienie ich przestrzegania; nie ma więc żadnych przeszkód, aby również aktorzy inni niż państwa, jeśli sprawują zwierzchnictwo nad terytorium zamieszkałym przez pewną grupę ludności, byli obciążeni obowiązkami wynikającymi z ochrony praw człowieka⁶. K. Mastorodimos stwierdza z kolei, że te z praw człowieka, które mają charakter niederogowalny i stanowią *ius cogens* mają zawsze zastosowanie do działań podejmowanych przez zbrojnych aktorów niepaństwowych; aktorów takich nie wiążą z kolei normy praw człowieka drugiej generacji. Nie ma jednak reguły dla takich sytuacji, ponieważ jeśli zbrojny aktor niepaństwowy sprawuje kontrolę nad ludnością i terytorium, to wówczas można zastosować wobec niego wyższy standard ochrony praw człowieka⁷.

Mimo tego, że sama idea zobowiązania zbrojnych aktorów niepaństwowych do przestrzegania norm praw człowieka z pewnością jest uzasadniona zarówno moralnie, jak i politycznie, to jednak pierwszorzędne obowiązki związane z przestrzeganiem praw człowieka spoczywają na państwach. Obowiązki te obejmują nie tylko powstrzymanie się przez organy państwa od naruszeń praw człowieka, ale także zapewnienie swoim obywatelom wolności od naruszeń ich podstawowych praw również przez innych aktorów działających na terytorium państwa. Wynikają z tego dwojakiego rodzaju konsekwencje: z jednej strony, państwo jest odpowiedzialne za zapewnienie przestrzegania praw człowieka w każdej sytuacji i z obowiązku tego nie zwalnia państwa aktywność zbrojnego aktora niepaństwowego na części jego terytorium⁸.

Z drugiej strony, państwo realizuje swoje obowiązki w zakresie ochrony praw człowieka poprzez implementację odpowiednich dokumentów międzynarodowo-prawnych do krajowego porządku prawnego i sankcjonuje ich naruszenie m.in. w drodze przepisów prawa karnego materialnego. Jeśli więc na terytorium państwa działa zbrojny aktor niepaństwowy, to poszczególni członkowie takiego zbrojnego ugrupowania, jako obywatele państwa (albo nawet osoby podlegające jurysdykcji państwa) mają obowiązek przestrzegać norm prawa krajowego, a państwo ma obowiązek ścigać ich naruszenia, zapewniając tym samym w każdej sytuacji

⁵ M. J. Dennis, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, „The American Journal of International Law” 2005, Vol. 99 No. 1, s. 119–120.

⁶ Y. Ronen, *Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors*, „Cornell International Law Journal” 2013, Vol. 46, s. 21.

⁷ K. Mastorodimos, *Armed Non-State Actors in International Humanitarian and Human Rights Law. Foundation and Framework of Obligations and Rules on Accountability*, Abingdon 2016, s. 195–196.

⁸ Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *Human Rights Obligations of Armed Non-State Actors: An Exploration of the Practice of the UN Human Rights Council*, „Academy In-Brief” No. 7, December 2016, s. 27.

ochronę podstawowych praw swoich obywateli. W tym kontekście można przywołać fragment art. 2 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych: „Każde z Państw–Stron niniejszego Paktu zobowiązuje się przestrzegać i zapewnić wszystkim osobom, które znajdują się na jego terytorium i podlegają jego jurysdykcji, prawa uznane w niniejszym Pakcie (...)”⁹. W komentarzu do tego przepisu Komitet Praw Człowieka wskazał, że wynika z niego pozytywny obowiązek dla państw–stron Paktu, aby zapewnić przestrzeganie praw w nim zwartych nie tylko przez organy władzy, ale również przez „osoby prywatne lub jednostki”. W takich sytuacjach na państwie spoczywa obowiązek dochowania należytej staranności „w zapobieganiu, karaniu, ściganiu i zadośćuczynieniu” naruszeniom spowodowanym przez takie osoby¹⁰. Wynika z tego, że to nie aktorzy niepaństwowi, ale państwa są adresatami obowiązków wynikających z norm praw człowieka, a obowiązki aktorów niepaństwowych na tej płaszczyźnie mogą wynikać, jak zostało wskazane, np. z krajowych przepisów prawa karnego¹¹.

Mając na uwadze powyższe, to państwa pozostają bezpośrednio związane normami praw człowieka, niezależnie od działalności zbrojnych aktorów niepaństwowych na ich terytorium. Ponieważ jednak zagadnienie związania aktorów niepaństwowych normami praw człowieka, międzynarodowego prawa humanitarnego czy po prostu normami prawa międzynarodowego, wymaga przeanalizowania podstaw prawnych, które potencjalnie pozwalałyby na przypisanie zbrojnym aktorom niepaństwowym takich obowiązków, druga część artykułu zostanie poświęcona temu zagadnieniu.

2. Podstawy związania zbrojnych aktorów niepaństwowych normami praw człowieka

Wśród podstaw prawnych związania zbrojnych aktorów niepaństwowych normami praw człowieka, czy w ogóle normami prawa międzynarodowego, najczęściej wymienia się zasadę tzw. jurysdykcji legislacyjnej, zgodę zbrojnych aktorów niepaństwowych na związanie ich normami prawa międzynarodowego, akty prawne i niewiążące instrumenty nakładające pewne obowiązki bezpośrednio na zbrojnych aktorów niepaństwowych, osobowość międzynarodowoprawną zbrojnych aktorów niepaństwowych oraz wykonywanie przez zbrojnych aktorów niepaństwowych funkcji rządu *de facto* na kontrolowanym przez nich terytorium¹².

⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 167.

¹⁰ Human Rights Committee, *General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, par. 8.

¹¹ E. De Brabandere, *Human Rights and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility*, „Human Rights & International Legal Discourse” 2010, Vol. 4 No. 1, s. 74.

¹² J. K. Kleffner, *The applicability of international humanitarian law to organized armed groups*, „International Review of the Red Cross” 2011, Vol. 93 No. 882, s. 445–454; E. Heffes, B. E. Frenkel, *The International Responsibility of Non-State Armed Groups: In Search of the Applicable Rules*, „Goettingen Journal of International Law” 2017, Vol. 8, s. 47–48; A. O. Petrov,

2.1. Jurysdykcja legislacyjna

W literaturze anglojęzycznej wskazuje się, że podstawowym sposobem związania zbrojnych aktorów niepaństwowych normami prawa międzynarodowego jest zasada tzw. jurysdykcji legislacyjnej (*legislative jurisdiction*); w polskiej literaturze określenie to nie jest jednak powszechnie używane¹³. Opisowo można więc powiedzieć, że termin ten odnosi się do „stanowienia przepisów prawnych mających moc wiążącą względem oznaczonych podmiotów”¹⁴ lub po prostu do uprawnienia państwa do stanowienia prawa¹⁵. W kontekście zbrojnych aktorów niepaństwowych zasada ta jest przywoływana jako argument, że zbrojni aktorzy niepaństwowi są związani normami prawa międzynarodowego, skoro ich członków, jako osoby znajdujące się pod jurysdykcją danego państwa, wiążą normy prawa stanowione przez to państwo, w tym normy prawa międzynarodowego implementowane przez państwo do porządku krajowego¹⁶. Jeśli więc państwo ratyfikuje daną umowę międzynarodową, zobowiązując się w ten sposób do przestrzegania norm praw człowieka, a następnie odpowiednio implementuje te normy do porządku prawnego, to również takie obowiązki, powstałe na gruncie prawa międzynarodowego w kontekście praw człowieka, będą obowiązkami zbrojnych aktorów niepaństwowych. Niemniej jednak, w pewnych sytuacjach nawet implementacja nie będzie wymagana, ponieważ państwo może przyjąć teorię monistyczną za podstawę określenia relacji między prawem wewnętrznym a prawem międzynarodowym¹⁷. Wyjątek od tej zasady stanowi z kolei sytuacja, gdy normy międzynarodowoprawe wiążą bezpośrednio osoby fizyczne (np. normy międzynarodowego prawa karnego)¹⁸.

Argument ten wykorzystuje więc tradycyjną metodę związania jednostek normami prawa międzynarodowego. Tutaj jednak uwidacznia się także jego najistotniejsza wada – w ten sposób wiąże się normami prawa poszczególnych

Non-State Actors and Law of Armed Conflict Revisited: Enforcing International Law through Domestic Engagement, „Journal of Conflict & Security Law” 2014, Vol. 19 No. 2, s. 288. Należy jednak zauważyć, że nie są to jedyne sposoby wskazywane w literaturze, które mogą pozwolić na związanie zbrojnych aktorów niepaństwowych normami praw człowieka; wśród pozostałych można wymienić m.in. prawo zwyczajowe czy sformułowaną w niemieckiej doktrynie *Drittwirkung*. Ze względu na objętość niniejszego artykułu, jak również związki uzasadnień zastosowania tych dwóch sposobów z metodami opisanymi w artykule, należy odwołać czytelnika do źródeł, w których metody te są szerzej opisane (K. Mastorodimos, *op. cit.*, s. 159; A. Roberts, S. Sivakumaran, *op. cit.*; R. van Steenberghe, *Non-state actors from the perspective of the International Committee of the Red Cross*, J. d’Aspremont (red), *Participants in the International Legal System. Multiple perspective on non-state actors in international law*, Abingdon 2013, s. 222).

¹³ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne – zagadnienia systemowe*. wyd. 3, Warszawa 2014, s. 291.

¹⁴ M. Wasiński, *Jurysdykcja legislacyjna państwa w prawie międzynarodowym publicznym*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 3, s. 57.

¹⁵ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 291.

¹⁶ K. Mastorodimos, *op. cit.*, s. 79.

¹⁷ K. Fortin, *The Accountability of Armed Groups Under Human Rights Law*, Oxford 2017, s. 187–188.

¹⁸ E. De Brabandere, *op. cit.*, s. 74.

członków ugrupowań, a nie zbrojnych aktorów jako takich. Niezależnie od tego, że jest to metoda powszechnie stosowana i pozwalająca w najprostszy sposób sankcjonować działania zbrojnych grup, poprzez penalizowanie czynów ich członków, to jednak nie dotyczy ich jako całości¹⁹. Biorąc z kolei pod uwagę, że to dopiero organizacja oparta o grupę pozwala jednostkom walczącym w strukturze zbrojnego aktora niepaństwowego podejmować działania zbrojne, realizując cele grupy, a nie pojedynczych jej członków, należy uznać takie rozwiązanie za skuteczne, ale niewystarczające i w przyszłości poszukiwać modeli odpowiedzialności bardziej adekwatnych do roli, jaką współcześnie pełnią zbrojni aktorzy niepaństwowi²⁰.

2.2. Zgoda aktorów niepaństwowych na związanie ich obowiązkami międzynarodowymi

Wielu autorów podkreśla, że główną przyczyną naruszeń norm prawa międzynarodowego przez zbrojnych aktorów niepaństwowych jest fakt, że skoro nie uczestniczą oni w procesie tworzenia norm prawa traktatowego (np. poprzez udział w konferencjach przygotowujących akty międzynarodowe) ani zwyczajowego (przeważa pogląd, że praktyka i *opinio iuris* zbrojnych aktorów niepaństwowych nie powinny być brane pod uwagę w procesie formowania się zwyczaju²¹), to nie identyfikują się z tymi normami²² i uważają je za narzucone przez państwa. Zgodnie z taką retoryką wyrażenie zgody przez zbrojnych aktorów niepaństwowych na związanie się normami prawa międzynarodowego wpłynęłoby pozytywnie na poziom przestrzegania przez nich tych norm.

Pomimo że taka argumentacja jest niewątpliwie słuszna, to na przeszkodzie w uznaniu zgody zbrojnego aktora niepaństwowego za podstawowe źródło związania normami prawa międzynarodowego stoją co najmniej trzy kwestie.

Po pierwsze, zbrojni aktorzy niepaństwowi nie posiadają jednolitych struktur, a często nawet wyraźnie wyodrębnionego dowództwa. Ma to z pewnością związek ze sposobem prowadzenia walki przez część takich ugrupowań, kiedy to taktyka wymusza zastosowanie luźniejszej struktury, podział grupy, zmiany dowódców itd. O ile jednak jest to naturalne dla sposobu funkcjonowania zbrojnych aktorów niepaństwowych, o tyle znacznie utrudnia wskazanie osoby, która w imieniu

¹⁹ J. K. Kleffner, *op. cit.*, s. 448.

²⁰ V. Bílková, *Establishing Direct Responsibility of Armed Opposition Groups for Violations of International Humanitarian Law?*, N. Gal-Or, C. Ryngaert, M. Noortmann (red.), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place. Theoretical Considerations and Empirical Findings*, Leiden/Boston 2015, s. 263–264.

²¹ International Law Commission, *Identification of customary international law. Text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee*, A/CN.4/L.872, par. 4 [5](3); J. – M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Volume 1: Rules*, Cambridge 2005, s. xlii.

²² S. Sivakumaran, *Binding armed opposition groups*, „International and Comparative Law Quarterly” 2006, Vol. 55, s. 375.

takiego ugrupowania mogłaby wyrazić zgodę na związanie go normami prawa międzynarodowego i zgoda taka byłaby uznana za ważną przez całą grupę²³.

Po drugie, należy zastanowić się, czego taka zgoda miałaby dotyczyć. Jeśli bowiem przyjęcie zgody za podstawę związania zbrojnego aktora niepaństwowego oznaczałoby, że może on dowolnie wybierać, które obowiązki wiążą go, a które nie, np. wyrażając zgodę na związanie zakazem tortur, ale już nie na zapewnienie dostępu ludności cywilnej do pomocy humanitarnej, to z pewnością nie wpłynie to pozytywnie na ochronę ludności cywilnej, a przyczyni się jedynie do zdeprecjonowania ochronnej funkcji, jaką pełnią w tej sytuacji normy praw człowieka. Ponadto, oznaczałoby to, że różni zbrojni aktorzy niepaństwowi są związani różnymi normami, w zależności od dokonanego przez nich wyboru²⁴.

Po trzecie, wydaje się, że postulat związany ze znaczeniem zgody zbrojnego aktora niepaństwowego ma swoje źródło w obszernej praktyce zbrojnych aktorów niepaństwowych, jeśli chodzi o jednostronne deklaracje, porozumienia zawierane z innymi aktorami niepaństwowymi lub państwami, kodeksy postępowania i inne dokumenty wydawane przez zbrojnych aktorów niepaństwowych. Należy jednak zauważyć, że część z tych materiałów ma wątpliwą wartość poznawczą, jeśli chodzi o zgodę na związanie się przez aktorów niepaństwowych pewnymi obowiązkami²⁵, inne z kolei dotyczą bardzo wąsko zdefiniowanych obowiązków i sytuacji²⁶ (co potwierdza obawy wyrażone powyżej), a w przypadku jeszcze innych można mieć poważne wątpliwości co do ich charakteru prawnego. Dla ilustracji tego ostatniego przypadku, można przywołać np. *Agreement on human rights*, podpisane w 1990 r. przez Salwador i partyzantkę *Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional* (FMLN) dotyczące ochrony ludności cywilnej²⁷. K. Mastorodimos stwierdza, że porozumienie to nakłada obowiązki na FMLN w związku z przestrzeganiem norm praw człowieka; autor ten zwraca w tym kontekście

²³ A. O. Petrov, *op. cit.*, s. 308.

²⁴ S. Sivakumaran, *op. cit.*, s. 378–379.

²⁵ Przykładowo, *Revolutionary United Front*, walczący w Sierra Leone, wydał dokument pod nazwą „*The Eight Codes of Conduct*”, który zawiera literalnie 8 zasad, którymi powinni kierować się członkowie grupy, sformułowanych w formie równoważników zdań: „*To speak politely to masses; To pay fairly for all [that] you buy; To return everything that you borrow; To pay for everything that you demand or damage; Do not damage crops; Do not take liberty from women; Do not ill-treat captives; Do not hate or swear at people*”. Na podstawie tego dokumentu nie jest więc możliwe określenie, jakimi normami prawa międzynarodowego Front uważa się za związany (http://theirwords.org/media/transfer/doc/sl_ruf_01-1678c63ea48fb4e15f0f50c7c53ef15b.pdf, dostęp: 22.02.2018 r.).

²⁶ Np. *Mozambique National Resistance* (RENAMO) wydał w 1992 r., wraz z rządem Mozambiku, dokument wskazujący przewodnie zasady udzielania pomocy humanitarnej, w którym zobowiązał się do szerokiego umożliwienia wszystkim mieszkańcom Mozambiku dostępu do pomocy humanitarnej (http://theirwords.org/media/transfer/doc/mz_renamo_1992-734e52603d5bdd69f4761a-ad9247ecad.pdf, ostatni dostęp 22.02.2018 r.). Niemniej jednak, na podstawie tego dokumentu, Front nie uznał się za zobligowany do przestrzegania praw człowieka w ogóle, bowiem, jak wynika z ostatniego raportu *Amnesty International* Front nadal dopuszcza się poważnych naruszeń praw człowieka na ludności cywilnej (*Amnesty International Report 2016/17: The State of the World's Human Rights*, s. 262).

²⁷ Porozumienie dostępne na: http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/pa_es_07261990_hr.pdf (odstępne na: 15.05.2017 r.).

uwagę na fragment preambuły, który stanowi, że FMLN „ma zdolność i wolę oraz przyjmuje zobowiązanie poszanowania przymiotów człowieczeństwa”. Na ten sam cytat zwraca również uwagę A. Clapham. Autor ten wskazuje, że fragment ten, w połączeniu z faktem, że porozumienie zostało również kontrasygnowane przez przedstawiciela Sekretarza Generalnego ONZ, a jego implementacja została objęta monitoringiem ONZ, sugeruje, że jest ono regulowane prawem międzynarodowym i zostało zawarte między aktorami, którzy posiadają prawa i obowiązki na podstawie prawa międzynarodowego²⁸. Niemniej jednak, żaden z tych autorów nie komentuje innego, wymownego fragmentu preambuły, który zawiera jednoznaczne stwierdzenie, tj. „Rozumiejąc, że dla celów **niniejszego politycznego porozumienia** [pogrubienie – A.K.], »prawa człowieka« mają oznaczać te prawa uznane przez salvadorski system prawa, w tym traktaty, których Salwador jest stroną, oraz deklaracje i zasady praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego przyjęte przez Narody Zjednoczone i Organizację Państw Ameryk”. Fragment ten nie pozostawia wątpliwości co do charakteru zawartego porozumienia, skoro taka była wyraźnie wola stron. W związku z tym za błędne i niemające podstawy w prawie międzynarodowym należy uznać wszelkie próby nałożenia na FMLN jakichkolwiek obowiązków międzynarodowoprawnych na podstawie tego porozumienia.

Wątpliwości te powodują, że nie można przyjąć zgody zbrojnych aktorów niepaństwowych za podstawę prawną ich związania normami prawa międzynarodowego.

2.3. Osobowość międzynarodowoprawna zbrojnych aktorów niepaństwowych

Większość autorów prezentuje pogląd, że zbrojni aktorzy niepaństwowi posiadają osobowość międzynarodowoprawną²⁹. Trudno jednak na podstawie prezentowanych w doktrynie poglądów ocenić, czy osobowość międzynarodowoprawna aktorów niepaństwowych ma być skutkiem ich aktywności międzynarodowej czy raczej wymogiem dla uzasadnienia ich statusu w prawie międzynarodowym, jako posiadających pewne prawa i obowiązki. Należy także zwrócić uwagę, że nawet wśród zwolenników takiego poglądu pojawiają się wątpliwości co do tego, czy zbrojni aktorzy niepaństwowi posiadają takie same prawa i obowiązki jak

²⁸ A. Clapham, *Human rights obligations of non-state actors in conflict situations*, „International Review of the Red Cross” 2006, Vol. 88, Number 863, s. 493.

²⁹ Za przyznaniem zbrojnym aktorom niepaństwowym osobowości międzynarodowoprawnej opowiadają się m.in. S. Sivakumaran, *op. cit.*, s. 373; J. K. Kleffner, *op. cit.*, s. 445–454; *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, par. 172; R. Wallace, A. Holliday, *International Law*, Londyn 2006, s. 1; przeciwny pogląd został wyrażony np. w wyroku *The Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Buzzy Kamara*, Special Court for Sierra Leone, SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (Appeals Chamber, 13 marca 2004), par. 45.

państwa i czy zakres ich osobowości międzynarodowoprawnej nie jest ograniczony jedynie do praw i obowiązków, które są bezpośrednio związane z charakterem działań, które podejmują³⁰.

Jeśli zbrojni aktorzy niepaństwowi mieliby posiadać osobowość prawną na gruncie prawa międzynarodowego, wymagałoby to doprecyzowania wielu zagadnień. Przykładowo, potrzebna byłaby definicja legalna, a przynajmniej wskazanie kryteriów, które pozwalają określić, od którego momentu zbrojne ugrupowanie nabywa osobowość międzynarodowoprawną, czy ma to miejsce, kiedy osiągnię pewien określony poziom organizacji, kiedy jego działania przekroczą granice jednego państwa itd. Ponadto, konieczne byłoby wyraźnie określenie zakresu praw i obowiązków zbrojnych aktorów niepaństwowych. Należy opowiedzieć się za poglądem wskazującym, że zakres tych praw i obowiązków byłby zdecydowanie węższy niż w przypadku państw, co nie zmienia faktu, że dopiero dokładne jego określenie pozwoliłoby na np. skuteczne pociąganie zbrojnych aktorów niepaństwowych do odpowiedzialności. Kwestie te, jak również wiele innych, nie są rozstrzygnięte na gruncie prawa międzynarodowego i dopóki nie zostaną choćby wstępnie określone, trudno mówić o osobowości międzynarodowoprawnej zbrojnych aktorów niepaństwowych.

2.4. Akty prawne i *soft law* odnoszące się do zbrojnych aktorów niepaństwowych

Wśród aktów prawa międzynarodowego, które zawierają normy odnoszące się do zbrojnych aktorów niepaństwowych, można wymienić zarówno te akty prawne, które nie wskazują bezpośrednio adresata obowiązków z nich wynikających, jak i te, które odnoszą się wprost do „zbrojnych grup”.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, który zawiera dwa postanowienia potencjalnie odnoszące się do aktorów niepaństwowych. Jest to więc fragment preambuły Paktu, który stanowi, że „(...) biorąc pod uwagę, że jednostka ludzka, mająca obowiązki w stosunku do innych jednostek i w stosunku do społeczności, do której należy, powinna dążyć do popierania i przestrzegania *praw* uznanych w niniejszym Pakcie”, jak również art. 5 ust. 1, zgodnie z którym „Żadne postanowienie niniejszego *Paktu* nie może być interpretowane jako przyznanie jakiegokolwiek Państwu, grupie lub osobie jakiegokolwiek *prawa* do podjęcia czynności lub dokonania aktu mającego na celu zniweczenie *praw* lub wolności uznanych w niniejszym *Pakcie* albo ich ograniczenie w szerszym stopniu, niż przewiduje to niniejszy *Pakt*.” Niemniej jednak należy zauważyć, że celem art. 5 ust. 1 nie było nałożenie na aktorów niepaństwowych obowiązku powstrzymania się od działań, które miałyby ograniczyć ochronę zapewnianą przez Pakt. Artykuł 5 stanowi bowiem uzupełnienie treści powoływanego już wcześniej

³⁰ A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford 2006, s. 279–280.

art. 2 ust. 1, zgodnie z którym państwa będące stronami Paktu zobowiązują się „przestrzegać i zapewnić wszystkim osobom, które znajdują się na jego terytorium i podlegają jego jurysdykcji, prawa uznane w niniejszym Pakcie”. Artykuł 5 ma nie dopuścić więc, aby państwa interpretowały art. 2 jako pozwalający na naruszenia gwarancji ustanawianych przez Pakt na terytorium innych państw. Stąd postanowienie art. 5, który w założeniu ma dotyczyć sytuacji, gdy osoby działające w imieniu państwa dopuszczają się takich działań na terytorium państwa trzeciego, za zgodą lub bez zgody rządu tego państwa, które będą stanowić pogwałcenie Paktu³¹. Również Komitet Praw Człowieka w swoim komentarzu do tego aktu prawnego nie wspomina, aby inni aktorzy niż państwa byli związani jakimikolwiek jego postanowieniami³².

Po drugie, należy wspomnieć o Protokole Fakultatywnym do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne³³. Jego art. 4 stanowi, że: „1. Grupy zbrojne inne niż siły zbrojne danego państwa nie powinny w żadnych okolicznościach prowadzić naboru lub wykorzystywać w działaniach zbrojnych osób poniżej 18. roku życia. 2. Państwa–Strony podejmą wszelkie możliwe środki, aby zapobiec takiemu naborowi oraz wykorzystywaniu, w tym przyjmą środki prawne konieczne do zakazania i karania takich praktyk. 3. Stosowanie niniejszego artykułu tego protokołu nie będzie mieć wpływu na status prawny żadnej ze stron konfliktu zbrojnego”.

Zdaniem A. Clapham, zwrot „w żadnych okolicznościach”, użyty w art. 4 ust. 1 Protokołu sugeruje, że celem twórców Protokołu było nałożenie na zbrojnych aktorów obowiązków o znaczeniu prawnym, które dodatkowo mają niedorogowalny charakter. Niemniej jednak, w odniesieniu do art. 4 ust. 1 trzeba zwrócić uwagę przede wszystkim na sposób sformułowania tych obowiązków – w art. 4 ust. 1 jest mowa o tym, że grupy zbrojne „nie powinny” (również wersja angielska posługuje się zwrotem *should not*) dopuszczać się pewnych działań, a więc nie można powiedzieć, że w ten sposób Protokół nakłada na zbrojne grupy obowiązki prawne³⁴.

Taki sposób wykładni Protokołu wspiera również „Przewodnik” do Protokołu stworzony przez UNICEF. Jest w nim mowa o tym, że art. 4 ust. 1 ma „odzwierciedlać tradycyjny pogląd, że tylko państwa mają obowiązki wynikające z międzynarodowych praw człowieka i mogą zostać stronami traktatów, podczas gdy zachowanie jednostek niepaństwowych jest regulowane prawem krajowym. Protokół Fakultatywny posługuje się zwrotem „nie powinny” zamiast „nie mogą”

³¹ S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford 2013, s. vii, par. 12.3.

³² Human Rights Committee, *op. cit.* par. 3, 4.

³³ Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r., Dz.U. z 2007 r., nr 91, poz. 608.

³⁴ A. Clapham, *The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, s. 25, dostępne na: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1569636_code1203714.pdf?abstractid=1569636&mirid=1&type=2 (dostęp: 15.05.2017 r.).

[*must not*] lub „nie wolno im” [*shall not*], aby podkreślić zakaz rekrutowania i wykorzystywania osób poniżej 18. roku życia przez zbrojne grupy, odzwierciedlając ugruntowany pogląd społeczności międzynarodowej, bez nadawania jakiegokolwiek statusu prawnego takim grupom. Dodatkowo w art. 4 ust. 3 zabrano, aby zastosowanie art. 4 nie nadawało statusu prawnego zbrojnym grupom”. W tym kontekście należy również odczytywać art. 4 ust. 2, który nakazuje państwom–stronom Protokołu odpowiednio regulować prawnie zachowanie zbrojnych grup w tym przedmiocie, poprzez penalizację rekrutowania lub wykorzystywania osób poniżej 18. roku życia³⁵.

W końcu należy odnieść się do Konwencji Unii Afrykańskiej na rzecz Ochrony i Pomocy Osobom Wewnętrznie Przesiedlonym w Afryce (*African Union Convention For The Protection And Assistance Of Internally Displaced Persons In Africa*) (tzw. Konwencja z Kampali). Z perspektywy przedmiotu niniejszego artykułu należy zwrócić w szczególności uwagę na art. 1 lit. e Konwencji, który definiuje pojęcie „zbrojnych grup”, art. 1 lit. n, zawierający definicję aktorów niepaństwowych, jak również art. 7 ust. 5, adresowany bezpośrednio do przedstawicieli zbrojnych grup, który zawiera listę czynności, których na podstawie Konwencji zabrania się członkom takich zbrojnych ugrupowań.

Dokonując wykładni art. 7 ust. 5, należy mieć jednak na względzie dwa pierwsze ustępy tego artykułu, które wyraźnie stanowią, że przepis ten nie może być interpretowany jako nadający status prawny, legitymizujący lub uznający zbrojne grupy (ust. 1), jak również, że nic w Konwencji nie może być przywołane w celu naruszenia suwerenności państwa (ust. 2). Ponadto, A. Bellal, G. Giacca i S. Casey-Maslen zwracają uwagę, że art. 7 Konwencji powołuje się na odpowiedzialność państw za przesiedlenia i dotyczy odpowiedzialności indywidualnych członków zbrojnych grup, a nie grup jako takich. Wynika to z tego, że w zamyśle twórców Konwencji nie miała ona mieć mocy wiążącej wobec aktorów niepaństwowych³⁶.

Wśród niewiążących aktów należy w pierwszej kolejności wymienić Powszechną Deklarację Praw Człowieka. K. Mastorodimos wskazuje na preambułę Deklaracji i na słowa o tym, że każda jednostka i każdy organ społeczeństwa mają obowiązek popierać prawa człowieka; zdaniem tego autora, skoro również aktorzy niepaństwowi mają obowiązek popierać prawa człowieka, to tym bardziej muszą ich przestrzegać³⁷. Ponadto, różni autorzy w kontekście potencjalnych obowiązków aktorów zbrojnych, wynikających z Deklaracji, wymieniają art. 29 par. 1, który stanowi, iż „Każdy człowiek ma obowiązki wobec społeczeństwa, bez którego niemożliwy jest swobodny i pełny rozwój jego osobowości”. W dalszej kolejności trzeba zwrócić uwagę na art. 30 Deklaracji, zgodnie z którym „Żadnego z postanowień niniejszej Deklaracji nie można rozumieć jako udzielającego jakiegokolwiek Państwu, grupie lub osobie jakiegokolwiek prawa do podejmowa-

³⁵ UNICEF, *Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Guide to the Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict*, Nowy Jork 2003, s. 17; dostępne na: https://www.unicef.org/publications/files/option_protocol_conflict.pdf (dostęp: 15 maja 2017 r.).

³⁶ A. Bellal, G. Giacca, S. Casey-Maslen, *op. cit.*, s. 66–67.

³⁷ K. Mastorodimos, *op. cit.*, s. 151–154.

nia działalności lub wydawania aktów zmierzających do obalenia któregośkolwiek z praw i wolności zawartych w niniejszej Deklaracji”³⁸, co może być pewną wskazówką, że obowiązki zawarte w Deklaracji adresowane są nie tylko do państw, ale również aktorów niepaństwowych³⁹. K. Mastorodimos podkreśla, że art. 30 zawiera obowiązek przestrzegania przez zbrojnych aktorów niepaństwowych norm praw człowieka poprzez niepodejmowanie żadnych działań, które mogłyby doprowadzić do unicestwienia tych praw⁴⁰. Dla A. Clapham ma znaczenie również to, że w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka praktycznie nie pojawia się słowo „państwo” na określenie adresata obowiązków wynikających z Deklaracji⁴¹.

W odniesieniu do Deklaracji należy jednak zauważyć, że została ona uchwalona w formie rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ (ZO ONZ), a więc niewiążącego aktu prawnego, z czego wynika, że nie są nią związane nawet państwa. Co prawda, powszechnie akceptowany jest pogląd, że postanowienia Deklaracji stały się normami prawa zwyczajowego i na tej podstawie wiążą państwa, ale ustalenia te i tak nie znajdują przełożenia na sytuację zbrojnych aktorów niepaństwowych.

Podobnie należy odczytywać postanowienia innych rezolucji ZO ONZ, jak i Rady Bezpieczeństwa ONZ (RB ONZ), które wskazują na obowiązki zbrojnych aktorów niepaństwowych wynikające z praw człowieka. J. S. Burniske, N. K. Modirzadeh i D. A. Lewis przeanalizowali 125 rezolucji RB ONZ oraz 65 rezolucji ZO ONZ, które co najmniej stwierdzały naruszenia praw człowieka przez zbrojnych aktorów niepaństwowych. Jednak, jak przyznają sami autorzy badania, na podstawie przeanalizowanych aktów nie można stwierdzić, że organy ONZ podjęły kroki zmierzające do formalnego nałożenia na zbrojne ugrupowania obowiązków wynikających z praw człowieka na gruncie prawa międzynarodowego⁴².

W końcu istnieje cały szereg dokumentów stworzonych na różnych szczeblach organizacji międzynarodowych, z których wynika stosunkowo jednolite podejście do problematyki obowiązków zbrojnych aktorów niepaństwowych, wynikających z norm praw człowieka. Twórcy tych dokumentów zdawali sobie sprawę z roli zbrojnych aktorów niepaństwowych i tego, że pożądane byłoby związanie ich obowiązkami wynikającymi z praw człowieka, ale stwierdzali brak takiej możliwości na podstawie prawa międzynarodowego. Akty te należy więc odczytywać jako wskazujące, że obowiązki zbrojnych aktorów niepaństwowych, wynikające z praw człowieka, są prawnie niewiążące i jedynie moralne.

³⁸ The Universal Declaration of Human Rights, rezolucja ZO ONZ 217 (III) z dnia 10 grudnia 1948 r. Polski tekst deklaracji dostępny jest na: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html> (dostęp: 15.05.2017 r.).

³⁹ Y. Ronen, *op. cit.*, s. 35.

⁴⁰ K. Mastorodimos, *op. cit.*, s. 148.

⁴¹ A. Clapham, *The Rights...*, s. 24.

⁴² J. S. Burniske, N. K. Modirzadeh, D. A. Lewis, *Armed Non-State Actors and International Human Rights Law: An Analysis of the Practice of the U.N. Security Council and U.N. General Assembly: Briefing Report with Annexes*, Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict, June 2017, s. 4, 27.

Przykładowo, Specjalny Sprawozdawca ONZ, Philip Alston, w Raporcie dotyczącym sytuacji na Sri Lance stwierdził, że prawa człowieka wymagają, aby nie tylko rząd, ale również partyzantka Tamilskie Tygrysy (Liberation Tigers of Tamil Eelam, LTTE) przestrzegali praw człowieka. Niemniej jednak, Specjalny Sprawozdawca zauważył różnicę w charakterze zobowiązań tych dwóch aktorów: rząd Sri Lanki przyjął bowiem na siebie pewne obowiązki prawne ratyfikując konwencje praw człowieka; LTTE z drugiej strony, jako aktor niepaństwowy, nie posiada obowiązków prawnych na podstawie Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, ale „pozostaje obiektem żądania społeczności międzynarodowej, po raz pierwszy wyrażonym w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, że każdy organ społeczeństwa musi szanować i promować prawa człowieka”⁴³.

Także Komisja ds. zapobiegania i ochrony mniejszości stwierdziła, że działania aktorów niepaństwowych mogą wpływać negatywnie na ochronę praw człowieka i podstawowych wolności; zwłaszcza zbrojne grupy mogą dopuszczać się poważnych nadużyć praw człowieka. Jednak, jak podkreślała Komisja, grupy te nie są prawnie zobowiązane do przestrzegania postanowień międzynarodowych traktatów. Komisja zauważyła jednak, że państwa prezentują różne poglądy na temat odpowiedzialności zbrojnych grup za naruszenia praw człowieka. Jak wskazywała, zgodnie ze współcześnie prezentowanym poglądem, prawa człowieka mają zastosowanie w relacji między państwem a jednostkami, ponieważ zostały stworzone w celu weryfikacji działań państwa podejmowanych wobec jednostek. Niemniej jednak, oczywiste jest, że jeśli zbrojna grupa zabija cywilów, dokonuje przymusowych wysiedleń ludności cywilnej czy stosuje akty terroru, staje się to przedmiotem międzynarodowego zainteresowania, co jest szczególnie aktualne w stosunku do państw, których rząd utracił efektywną kontrolę nad terytorium i ludnością⁴⁴.

Niemniej jednak, należy także odnotować, że niektóre dokumenty powstałe pod auspicjami organów międzynarodowych próbują wykreować pewne obowiązki zbrojnych aktorów niepaństwowych, wynikające z praw człowieka. W tym kontekście należy wymienić przykładowo raport Niezależnej Międzynarodowej Komisji Śledczej dotyczący Syrii, w którym Komisja stwierdziła, w odniesieniu do działań podejmowanych przez Wolną Armię Syryjską, że przynajmniej te obowiązki wynikające z praw człowieka, które tworzą normy peremptoryjne, wiążą państwa, osoby fizyczne i „niepaństwowe jednostki zbiorowe” (*non-State collective entities*), w tym grupy zbrojne, a takie naruszenia praw człowieka, jak tortury czy wymuszone zaginięcia, nigdy nie mogą być uzasadnione⁴⁵. Komisja nie wskazała jednak, jaka jest podstawa związania zbrojnych aktorów niepań-

⁴³ *Report of the Special Rapporteur, Philip Alston Addendum Mission to Sri Lanka* (28 November to 6 December 2005), E/CN.4/2006/53/Add.5, par. 25.

⁴⁴ *Report of The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Minimum Humanitarian Standards*, E/CN.4/1998/87, par. 59–61, 64.

⁴⁵ *Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic*, A/HRC/19/69, par. 106.

stwowych normami prawa międzynarodowego, nawet normami *ius cogens*, ani jakie konsekwencje wynikają dla takich aktorów z popełnionych naruszeń.

3. Szczególny przypadek – zbrojni aktorzy niepaństwowi tworzący reżimy *de facto* i powstańcy

Jak zostało wykazane, żadna z zaprezentowanych wyżej podstaw związania zbrojnych aktorów niepaństwowych nie jest wystarczająco uzasadniona na gruncie prawa międzynarodowego. Niemniej jednak, oddzielnie należy przeanalizować ostatnią ze wskazanych metod związania zbrojnych aktorów niepaństwowych normami prawa międzynarodowego, to jest sytuację, w której zbrojny aktor niepaństwowy uzyskuje efektywną kontrolę nad terytorium i ludnością państwa. Przykładami zbrojnych aktorów niepaństwowych, którzy utworzyli takie reżimy *de facto*, są Sudańska Armia Wyzwolenia (*Sudan Liberation Army*) czy Hezbollah. Reżimy *de facto* bowiem, skoro wstępnie spełniają kryteria państwowości, nie mogą funkcjonować w próżni⁴⁶. W takiej sytuacji, jeśli zbrojni aktorzy niepaństwowi utworzą władzę, która zastępuje władzę państwową, zwłaszcza jeśli w przyszłości stworzony reżim ma się przekształcić w państwo lub zbrojni aktorzy niepaństwowi mają przejąć władzę w istniejącym państwie, powinni oni ponosić zobowiązania z tytułu sprawowania efektywnej kontroli nad terytorium i ludnością. Przykładem, że w sytuacji utworzenia reżimu *de facto* również sami zbrojni aktorzy niepaństwowi uważają się za zobowiązanych z tytułu praw człowieka, nie tylko na płaszczyźnie politycznej, może być utworzenie przez Sudański Ludowy Ruch Wyzwolenia Sądu Praw Człowieka, który ma zająć się rozpatrywaniem skarg na naruszenia praw człowieka, których dopuściła się północna frakcja Sudańskiej Armii Wyzwolenia na tzw. terenach wyzwolonych⁴⁷.

W tym kontekście trzeba również podkreślić, że szczególnym przypadkiem zbrojnych aktorów niepaństwowych, którzy mogą posiadać pewne obowiązki wynikające z praw człowieka, są powstańcy. W doktrynie prawa międzynarodowego istnieją bowiem koncepcje uznające nawet ograniczoną podmiotowość prawną powstańców. Wśród praw, które wiążą tę grupę lub uprawniają do poszukiwania ochrony, można wymienić obowiązek poszanowania praw obywateli państw trzecich i prawo do ochrony dla osób zaangażowanych w powstanie oraz ich mienia przez państwa trzecie, obowiązek respektowania immunitetów dyplomatycznych itd.⁴⁸.

O ich szczególnej roli świadczy również wyróżnienie odpowiedzialności ponoszonej przez powstańców w stosunku od odpowiedzialności państwa. Artykuł

⁴⁶ H.-J. Heintze, *Are De Facto Regimes Bound by Human Rights?*, „Yearbook on the Organization for Security and Co-operation in Europe” 2009, Vol. 15, s. 269.

⁴⁷ *Sudan Peoples' Liberation Movement, Office of the Chairperson, Resolution No. (6)–2013*, dostępna na stronie: http://theirwords.org/media/transfer/doc/splm_n_human_rights_court_en_1-c19ad16282af42e9765a1ce3569950bd.pdf (ostatni dostęp: 15.05.2017 r.).

⁴⁸ A. Cassese, *International Law. Second Edition*, Oxford 2005, s. 125–128.

10 ust. 1 projektu Komisji Prawa Międzynarodowego Artykułów o odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne stanowi, że działania ruchu powstańczego, który następnie stanie się nowym rządem państwa powinny być uważane za akty tego państwa na podstawie prawa międzynarodowego⁴⁹. Zasada taka, ugruntowana zresztą w prawie międzynarodowym, nie ma swojego źródła w tym, że każdy zbrojny aktor niepaństwowy powinien być pociągany do odpowiedzialności za naruszenia prawa międzynarodowego obok państwa. Nie każdy bowiem ruch powstańczy poniesienie odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego, a jedynie taki, któremu faktycznie uda się obalić dotychczasowy i stworzyć nowy rząd w państwie. W takiej sytuacji bowiem istnieje pewna ciągłość między działaniami ruchu powstańczego a nowym rządem państwa i na tej podstawie naruszenia prawa międzynarodowego, których dopuścił się ruch powstańczy w czasie walki, należy przypisać państwu⁵⁰. Podobnie zresztą wygląda sytuacja, w której ruch powstańczy zdoła utworzyć rząd i stworzyć własne państwo, choćby na części terytorium dotychczasowego państwa (art. 10 ust. 2). Tak też podstawy związania powstańców art. 3 Konwencji genewskich określa najbardziej autorytatywny komentarz do nich – w czasie prac nad konwencjami uznano, że co do zasady powstańcy nie mogą być związani art. 3, skoro nie zostaną stronami Konwencji. Jednak jeśli dowództwo powstańców sprawuje efektywną kontrolę nad terytorium i ludnością, powstańcy mogą być uznani za związanych Konwencjami genewskimi, skoro twierdzą, że reprezentują państwo lub choćby jego część⁵¹. Podstawą związania powstańców normami prawa międzynarodowego jest więc sprawowanie efektywnej kontroli nad terytorium i ludnością.

Z powyższych uwag wynikają dwa wnioski: po pierwsze, tak jak zostało to podkreślone na początku, grupa zbrojnych aktorów niepaństwowych nie jest jednolita, jeśli chodzi o ich status międzynarodowoprawny. Po drugie, sprawowanie efektywnej kontroli nad ludnością i terytorium jest uznaną podstawą przypisania zbrojnemu aktorowi niepaństwowemu jako takiemu odpowiedzialności za naruszenia norm prawa międzynarodowego, w tym praw człowieka.

Podsumowanie

Odpowiadając na pytanie zawarte w tytule artykułu, należy potwierdzić tezę, jaką stawia – zbrojni aktorzy niepaństwowi, oprócz szczególnego przypadku tych zbrojnych grup, którym udało się zdobyć stabilną i efektywną kontrolę nad pewnym terytorium i ludnością, nie są związani obowiązkami wynika-

⁴⁹ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II (Part Two).

⁵⁰ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, s. 50–51.

⁵¹ J. S. Pictet (red.), *Commentary – I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Genewa 1952, s. 51.

jącymi z praw człowieka na gruncie prawa międzynarodowego. Mimo tego, że w doktrynie wymienia się co najmniej kilka sposobów związania zbrojnych aktorów niepaństwowi normami prawa międzynarodowego, w tym praw człowieka, żadnego z nich nie należy uznać za satysfakcjonujące rozwiązanie dla określenia podstawy odpowiedzialności aktorów niepaństwowych, oprócz wspomnianego wyżej ustanowienia efektywnego reżimu przez zbrojnego aktora niepaństwowego.

Niniejszy artykuł stwierdza jedynie istniejący stan rzeczy, ale z całą mocą należy podkreślić, że stan ten nie jest zadowalający, zwłaszcza biorąc pod uwagę coraz większą aktywność zbrojnych aktorów niepaństwowych. Jako postulat *de lege ferenda* należy więc wnosić o dokonanie takich zmian w prawie międzynarodowym, które pozwolą stworzyć transparentne, sprawiedliwe i stabilne reguły, wiążące aktorów niepaństwowych normami ważnymi z punktu widzenia humanitaryzmu i człowieczeństwa. Z pewnością nie będzie to proces łatwy. Opracowanie takich instrumentów należy więc uznać za jedno z największych wyzwań stojących współcześnie przed praktyką i doktryną prawa międzynarodowego.

ARMED NON-STATE ACTORS AND HUMAN RIGHTS LAW – AUTHORITY WITHOUT RESPONSIBILITY?

Key words: armed conflict, armed non-state actors, human rights, international humanitarian law

Summary

The aim of this article is to determine the status of armed non-state actors under international law from the perspective of human rights law. The article seeks to answer the question whether armed non-state actors are bound by international human rights norms, as well as what could be the potential legal grounds of these obligations, what would be their scope and their consequences. The paper explores the thesis that armed non-state actors are not obliged by human rights norms. In order to examine this problem, first of all, one needs to explain why it is justified to link the activities of armed non-state actors with the human rights regulations at all. Further, some general remarks on the status of armed non-state actors are made. The main part of the article discusses different arguments which supports the thesis, such as the role of international legal norms addressed to armed non-state actors, conclusions of soft law instruments and the approach adopted by both States and armed non-state actors towards the discussed issue.

Bibliografia

- Bellal A., Casey-Maslen S., Giacca G., *International law and armed non-state actors in Afghanistan*, „International Review of the Red Cross” 2011, Vol. 93 No. 881.
- Bilková V., *Establishing Direct Responsibility of Armed Opposition Groups for Violations of International Humanitarian Law?*, N. Gal-Or, C. Ryngaert, M. Noortmann (red.), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place. Theoretical Considerations and Empirical Findings*, Leiden/Boston 2015.
- Burniske J. S., Lewis D. A., Modirzadeh N. K., *Armed Non-State Actors and International Human Rights Law: An Analysis of the Practice of the U.N. Security Council and U.N. General Assembly: Briefing Report with Annexes*, Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict, June 2017.

- Cassese A., *International Law. Second Edition*, Oxford 2005.
- Castan M., Joseph S., *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford 2013.
- Clapham A., *Human rights obligations of non-state actors in conflict situations*, „International Review of the Red Cross” 2006, Vol. 88, Number 863.
- Clapham A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford 2006.
- Clapham A., *The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1569636_code1203714.pdf?abstractid=1569636&mirid=1&type=2.
- Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne – zagadnienia systemowe*. wyd. 3, Warszawa 2014.
- d’Aspremont J. (red), *Participants in the International Legal System. Multiple perspective on non-state actors in international law*, Abingdon 2013.
- De Brabandere E., *Human Rights and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility*, „Human Rights & International Legal Discourse” 2010, Vol. 4 No. 1.
- Dennis M. J., *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, „The American Journal of International Law” 2005, Vol. 99 No. 1.
- Doswald-Beck L., Henckaerts J. – M., *Customary International Humanitarian Law*. Vol. 1, Rules, Cambridge 2005.
- Fortin K., *The Accountability of Armed Groups Under Human Rights Law*, Oxford 2017.
- Frenkel B. E., Heffes E., *The International Responsibility of Non-State Armed Groups: In Search of the Applicable Rules*, „Goettingen Journal of International Law” 2017, Vol. 8.
- Gal-Or N., Ryngaert C., Noortmann M. (red.), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place. Theoretical Considerations and Empirical Findings*, Leiden/ Boston 2015.
- Heintze H.-J., *Are De Facto Regimes Bound by Human Rights?*, „Yearbook on the Organization for Security and Co-operation in Europe” 2009, Vol. 15.
- Holliday A., Wallace R., *International Law*, Londyn 2006.
- Kleffner J. K., *The applicability of international humanitarian law to organized armed groups*, „International Review of the Red Cross” 2011, Vol. 93 No. 882.
- Kowalski M., *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego*, Warszawa 2013.
- Mastorodimos K., *Armed Non-State Actors in International Humanitarian and Human Rights Law. Foundation and Framework of Obligations and Rules on Accountability*, Abingdon 2016.
- Ożarowski R., *Specyfika zmilitaryzowanego aktora niepaństwowego we współczesnych stosunkach międzynarodowych. Przypadek Hezbollahu*, „Przegląd Strategiczny” 2012, nr 1.
- Petrov A. O., *Non-State Actors and Law of Armed Conflict Revisited: Enforcing International Law through Domestic Engagement*, „Journal of Conflict & Security Law” 2014, Vol. 19, No. 2.
- Pictet J. S. (red.), *Commentary – I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Genewa 1952.
- Roberts A., Sivakumaran S., *Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law*, „Yale Law Journal” 2012, Vol. 37, issue 1.
- Ronen Y., *Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors*, „Cornell International Law Journal” 2013, Vol. 46.
- Schneekener U., *Spoilers or Governance Actors? Engaging Armed Non-State Groups in Areas of Limited Statehood*, „SFB Governance Working Paper Series” 2009, No. 21.
- Sivakumaran S., *Binding armed opposition groups*, „International and Comparative Law Quarterly” 2006, Vol. 55.
- Steenberghe van R., *Non-state actors from the perspective of the International Committee of the Red Cross*, J. d’Aspremont (red), *Participants in the International Legal System. Multiple perspective on non-state actors in international law*, Abingdon 2013.
- Wasiński M., *Jurysdykcja legislacyjna państwa w prawie międzynarodowym publicznym*, „Państwo i Prawo” 2002.

KRZYSZTOF KOZŁOWSKI
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Jagiellońskiego

Prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej – przyczynek do rozważań w świetle standardu międzynarodowego

Słowa kluczowe: prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej, obywatelstwo, obywatelstwo Unii Europejskiej, Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych, Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych

Wprowadzenie

W ostatnim czasie obserwować można niebagatelne zmiany polityczne, społeczne oraz gospodarcze. Na oczach obecnego pokolenia powstają nowe sojusze międzynarodowe, dokonuje się przebudowa struktury społecznej poszczególnych narodów (procesy migracyjne, zmiany kulturowe), weryfikacji ulegają również procesy gospodarcze (jednolity rynek UE, rosnąca pozycja ekonomiczna państw azjatyckich). Temu wszystkiemu towarzyszą dynamiczne procesy przemieszczania się ludzi, których intensywność przybiera na sile jak nigdy dotąd. Zjawisko to dotyczy licznie coraz szerszego grona osób i związane jest już nie tylko z podróżowaniem w celach wypoczynkowych lub biznesowych, ale również dotyczy całkowicie innego powodu, jakim jest stałe osiedlenie się poza krajem ojczystym, niejednokrotnie bez rezygnacji z dotychczas posiadanego obywatelstwa.¹ Wchodzenie przez podróżujących w interakcje z obcymi systemami prawnymi powoduje, że zarówno w wymiarze ilościowym, jak i jakościowym wzrasta na znaczeniu potrzeba zapewnienia odpowiedniej opieki dyplomatycznej i konsularnej. Zjawisko to, w ślad za coraz to bardziej upowszechniającymi się procesami przemieszczania się oraz osiedlania, będzie w najbliższym czasie jeszcze przybierało na sile, co stanowi poważne wyzwanie dla prawnego

¹ O złożoności procesów migracyjnych, także w wymiarze instytucjonalnym: F. Trauner, S. Wolff, *The Negotiation and Contestation of EU Migration Policy Instruments: A Research Framework*, "European Journal of Migration and Law" 2014, Vol. 16, No. 1, s. 4–8, 10–18.

i instytucjonalnego systemu poszczególnych państw.² W sposób wyrazisty opisane zjawisko dostrzec można w poszczególnych państwach UE, których obywatele korzystając z traktatowych swobód, zmieniają – incydentalnie, czasowo lub na stałe – kraj swojego przebywania. W ostatnim czasie kontynent europejski jest zresztą świadkiem dalece szerszych procesów migracyjnych, mających swoje źródło w Afryce Północnej oraz we wschodniej części kontynentu. Chociażby zatem z tej perspektywy warto poczynić rozważania dotyczące treści prawa do uzyskania opieki konsularnej i dyplomatycznej.

Niniejsze opracowanie ma na celu przeprowadzenie podstawowej analizy prawa do opieki dyplomatycznej i konsularnej w kontekście standardu wynikającego z prawa międzynarodowego. W szczególności zaznaczony zostanie jego aspekt podmiotowy oraz przedmiotowy, jak również skomentowane zostaną cechy szczególne tego uprawnienia z punktu widzenia kompleksowości oraz efektywności ochrony praw podmiotowych na płaszczyźnie prawnomiędzynarodowej. Omówione będą także zagadnienia przyznania poszerzonej ochrony dyplomatycznej i konsularnej, która traktatowo została zagwarantowana na rzecz obywateli UE. Bez względu jednak na to wyróżnienie, punktem wyjścia dla przeprowadzonych rozważań będą unormowania międzynarodowe, które regulują omawianą kwestię i – poza prawem krajowym – pozostają jego podstawowym źródłem.

Instytucja opieki dyplomatycznej i konsularnej

Podanie wyczerpującej definicji omawianej instytucji jest zadaniem szczególnie trudnym, o czym może chociażby świadczyć niejednolite jej ujęcie w doktrynie prawa. Przykładowo, A. Kremer stwierdza, że „chodzi tu o reakcję państwa na naruszenia prawa w odniesieniu do jego obywateli w przypadku, gdy to naruszenie ma miejsce poza granicami państwa, a w szczególności, gdy sprawcą naruszenia jest organ lub funkcjonariusz obcego państwa”³. Z kolei D. Bach-Golecka pisze, że pomoc taka może mieć wymiar indywidualny, związany z „nieoczekiwanymi negatywnymi sytuacjami życia codziennego, jak również wymiar kolektywny, dotyczący kataklizmów naturalnych czy konfliktów społecznych lub katastrof ekologicznych związanych z wypadkami technologicznymi i potencjalnym skażeniem środowiska”.⁴ Zdaniem J. Sandorskiego ta szeroko rozumiana instytucja „obejmuje ochronę prawną własnego obywatela, który zgodnie z prawem został

² H. S. Mattila, *Protection of Migrants Human Rights: Principles and Practice*, „International Migration” 2001, Vol. 38, No. 6, Special Issue 2, s. 54–65.

³ A. Kremer, *Opieka dyplomatyczna i konsularna nad turystą – wybrane aspekty*, [w:] *Turystyka a prawo. Aktualne problemy legislacyjne i konstrukcyjne*, red. P. Cybula, J. Raciborski, Sucha Beskidzka – Kraków 2008, s. 293.

⁴ D. Bach-Golecka, *Civis europeus sum: uwagi na temat europejskiej opieki konsularnej*, [w:] *Wybrane zagadnienia współczesnego prawa konsularnego (z perspektywy prawa i praktyki międzynarodowej oraz polskiej)*, red. P. Czubik, W. Burek, Kraków 2014, s. 219.

pociągnięty do odpowiedzialności na obcym terytorium”.⁵ Wreszcie S. Stawicki stawia tezę, że uprawnienia z tym związane są „nieskończenie różnorodne i podlegają zmianom w miarę rozwoju stosunków międzynarodowych i życia międzynarodowego”, a przez to „nie ma żadnej wyczerpującej listy” takich działań.⁶

Resumując ustalenia doktrynalne, można przyjąć, że prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej ma charakter publicznoprawny – znajduje swoje źródło w regulacjach międzynarodowych oraz w prawie państwa pochodzenia, jednakże wykonywane jest w państwie przyjmującym i zazwyczaj na gruncie obowiązujących w nim zasad. Aktualizuje się z momentem szczególnego zdarzenia prawnego, mającego co do zasady miejsce na terytorium państwa przyjmującego, które powoduje konieczność podjęcia przez państwo pochodzenia określonych działań o charakterze pomocniczym lub ochronnym. Aktywność państwa macierzystego może wynikać z takich aktywności państwa przyjmującego, którym można przypisać negatywną kwalifikację prawną, przykładowo w postaci złamania prawa lub innej formy niewłaściwego administrowania. Wtedy też w wykonywanie prawa do opieki wpisana jest kontrowersja (spór) pomiędzy interesem obywatela i chroniącego go państwa pochodzenia a sposobem postępowania państwa przyjmującego, które swoim działaniem wywołało określoną reakcję opiekuńczą ze strony państwa pochodzenia jednostki. Może być ono również podjęte w sytuacji, gdy zdarzenie wywołujące reakcję międzynarodową nie posiada prawnie pejoratywnej kwalifikacji i wynika z uwarunkowań o charakterze obiektywnym, przykładowo okoliczności związanych z tzw. sprawami stanu jednostki. W takich przypadkach adekwatne jest ujmowanie omawianej instytucji w ramy działania o charakterze pomocniczym i doradczym, aniżeli *stricte* ochronnym.⁷

Prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej znajduje swoje podstawowe pole regulacji na gruncie dwóch umów międzynarodowych, które w dużej mierze stanowią kodyfikacją prawa zwyczajowego i mają bogatą historię stosowania.⁸ Mowa tu przede wszystkim o Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych.⁹ Nie jest rzeczą niniejszego opracowania omówienie treści tej Konwencji, niemniej jednak warto zaznaczyć, że jej głównym polem regulacji są szeroko pojęte stosunki dyplomatyczne pomiędzy podmiotami prawa międzynarodowego, w tym również interesujące nas kwestie opieki dyplomatycznej, będące ich oczywistą częścią. Istotne jest w tej mierze postanowienie stwierdzające, że funkcja misji dyplomatycznej obejmuje m.in. „ochronę w państwie przyjmującym interesów państwa wysyłającego i jego obywateli, w granicach ustalonych przez

⁵ J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna jako narzędzie prawa człowieka*, [w:] *Ochrona praw człowieka w świecie*, red. L. Wiśniewski, Bydgoszcz–Poznań 2000, s. 14.

⁶ S. Sawicki, *Prawo konsularne. Studium prawnomiędzynarodowe*, Warszawa 2003, s. 59.

⁷ Zaproponowana definicja ma charakter autorski, niemniej jednak jej poszczególne części składowe zostały dostrzeżone oraz omówione w literaturze powołanej w niniejszym artykule, a zwłaszcza: J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2010, *passim* oraz M. Zdanowicz, *Wielokrotne obywatelstwo w prawie międzynarodowym i krajowym*, Warszawa 2001, *passim*.

⁸ J. Sutor, *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 21–27, 38–45, 352–356.

⁹ Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych, sporządzona w Wiedniu dnia 18 kwietnia 1961 r. (Dz. U. z 1965 r. Nr 37, poz. 232), dalej: K.W.S.D.

prawo międzynarodowe.”(art. 3 ust. 1 lit. b K.W.S.D). Unormowanie to konstruuje regułę opieki dyplomatycznej poprzez wskazanie, że może być ona świadczona przez misję dyplomatyczną (jej kompetentnego przedstawiciela) na terytorium państwa przyjmującego, wobec osób będących obywatelami państwa wysyłającego. Znaczące jest to, że Konwencja odwołuje się do pojęcia „ochrony”, jaka ma być realizowana na terytorium państwa przyjmującego, a więc nie chodzi tu tylko o zwykłą pomoc lub doradztwo, ale aktywne działania zmierzające do rozwiązania problemu, uchronienia przed jakąś konsekwencją, bez względu na jej prawny charakter.

Drugim właściwym aktem jest Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych.¹⁰ Jej postanowienia określają m.in. funkcje konsularne, zdefiniowane w szczególności jako „ochrona w państwie przyjmującym interesów państwa wysyłającego oraz jego obywateli, zarówno osób fizycznych, jak i prawnych, w granicach dozwolonych przez prawo międzynarodowe” oraz „udzielanie pomocy i opieki obywatelom państwa wysyłającego, zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym” (art. 5 lit. a. oraz e. K.W.S.K.). W dalszych postanowieniach tego artykułu Konwencja podaje konkretne sfery funkcjonowania jednostki na terytorium państwa przyjmującego, które podlegają ochronie konsularnej świadczonej przez służby państwa wysyłającego. Mowa tu o działaniach w sprawach spadkowych, jak również w sferze ochrony interesów małoletnich (art. 5 lit. g. oraz h. K.W.S.K.). Niezwykle istotna jest również regulacja definiująca funkcję konsularną przez wskazanie, że polega ona na „zastępowaniu lub zapewnianiu odpowiedniego zastępstwa obywateli państwa wysyłającego przed sądami lub innymi władzami państwa przyjmującego w celu uzyskiwania, zgodnie z ustawami i innymi przepisami tego państwa, podjęcia tymczasowych środków dla ochrony praw i interesów tych obywateli [...]” (art. 5 lit. i. K.W.S.K.). W przypadku tej Konwencji formy działalności konsularnej zostały określone mianem już nie tylko „ochrony”, ale również „pomocy” oraz „opieki”. Takie zróżnicowanie nazewnictwa pozwala przyjąć, że działania służb konsularnych zasadniczo obejmują swoim zakresem całokształt aktywności podmiotów pochodzących z państwa wysyłającego, jak również dotyczą tych nieco bardziej powszednich ich aktywności, aniżeli dotyczyłoby to formy opieki dyplomatycznej.

W dotychczasowych ustaleniach posługiwano się pojęciem „prawa do opieki dyplomatycznej i konsularnej”. Może powstać wątpliwość, czy są to pojęcia na tyle do siebie zbliżone, że stosowanie takiej „zbitki pojęciowej” jest właściwe. Piśmiennictwo próbuje temu zaradzić, wskazując na rozłączny i względnie niezależny charakter stosunków dyplomatycznych i konsularnych, przy jednoczesnym zaznaczeniu, że funkcje konsularne mogą być wykonywane niezależnie od dyplomatycznych, jednak w ramach tych ostatnich mogą się mieścić czynności

¹⁰ Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych, sporządzona w Wiedniu dnia 24 kwietnia 1963 r. (Dz. U. z 1982 r. Nr 13, poz. 98), jako: K.W.S.K.

o charakterze konsularnym.¹¹ Być może rozważania powinny pójść w nieco inną stronę. Przede wszystkim należy zaznaczyć, że granica pomiędzy działaniami dyplomatycznymi a konsularnymi nie została w sposób jasny określona w obu Konwencjach. Co więcej, obie regulacje są na tyle nieostre, że bardzo trudno wyspecyfikować z nich cechy szczególne, pozwalające na jasne wyróżnienie którejś z obu przytoczonych funkcji. Można zatem – odwołując się bardziej do praktyki stosunków międzynarodowych – wskazać, że opieka dyplomatyczna i konsularna służą temu samemu celowi, jakim jest ochrona lub opieka nad podmiotami pochodzącymi z państwa wysyłającego. Od bieżącej polityki (uznania) tego państwa oraz chęci nadania danemu działaniu odpowiednio wyższej lub niższej rangi zależeć będzie, po które z tych dwóch narzędzi zdecyduje się ono sięgnąć. W tym też kontekście funkcja dyplomatyczna powinna być zastrzeżona dla najbardziej istotnych wydarzeń, jakie zaistniały na terytorium państwa przyjmującego, zaś funkcja konsularna będzie wykonywana w sprawach o mniejszym ciężarze gatunkowym. Wszystkie inne próby klasyfikacji¹², jakkolwiek pasjonujące z teoretycznego punktu widzenia, trudno uznać za adekwatne dla praktyki relacji międzynarodowych.

Opieka dyplomatyczna i konsularna – zakres podmiotowy i przedmiotowy

Analiza postanowień obu przywołanych Konwencji pod kątem ustalenia jednolitego międzynarodowego standardu opieki dyplomatycznej i konsularnej jest znacząco utrudniona, a niejednokrotnie zdaje się być nawet niemożliwa. Przede wszystkim ze względu na dalece generalną postać regulacji w nich zwartych, które obfitują w klauzule generalne oraz posługują się zwrotami nieostrymi. Istotny jest również – w wymiarze praktycznym – zasadniczo nieograniczony zakres stanów faktycznych, które mogą wymagać interwencji ze strony państwa pochodzenia. Taki stan rzeczy skutkuje tym, że ustalenie pełnej treści sygnalizowanego uprawnienia nie zawsze będzie w pełni wyczerpujące lub adekwatne. Niemniej jednak, istnieje możliwość wskazania kilku podstawowych cech omawianej instytucji, jakie dają się zidentyfikować na gruncie analizy regulacji międzynarodowych i krajowych dotyczących tego zagadnienia.

Kwestia zakresu podmiotowego prawa do opieki dyplomatycznej i konsularnej ma doniosłe znaczenie dla praktyki wykonywania tej instytucji, a także budzi liczne kontrowersje w literaturze przedmiotu.¹³ Przede wszystkim należy

¹¹ J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Olsztyn 2003, s. 347–348.

¹² Taka próba została podjęta na forum Międzynarodowej Komisji Prawniczej ONZ: J. Dugard (Special Rapporteur), *Seventh report on diplomatic protection, Document of International Law Commission, Document no. A/CN.4/567, date: 7 March 2006*, s. 7 pkt 16–17 oraz s. 8–9 pkt 17–18, 20, opubl.: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_567.pdf [dostęp: 22 lutego 2017 r.].

¹³ M. Zdanowicz, *op. cit.*, s. 210–217.

wskazać, że omawiane prawo polega na reprezentacji przed organami państwa przyjmującego danego podmiotu, który – za sprawą instytucji prawa krajowego – wykazuje związek z państwem pochodzenia. Powinien zatem istnieć określony łącznik, tytuł prawny, na podstawie którego państwo macierzyste może wykonywać czynności ochronne lub opiekuńcze wobec podmiotu, który wszedł w interakcję z systemem prawnym państwa obcego. W okresie, kiedy nie dokonano jeszcze kodyfikacji stosunków dyplomatycznych i konsularnych, Stały Trybunał Spraw Międzynarodowych (dalej: STSM) w sprawie *Mavrommatis Palestine Concessions* uznał, że „podstawową zasadą prawa międzynarodowego jest to, że państwo ma prawo chronić podmioty sobie poddane, gdy są poszkodowane przez czyny sprzeczne z prawem międzynarodowym popełnione przez inne państwo, od którego nie mogły samodzielnie uzyskać satysfakcji zwykłymi drogami”.¹⁴ Tym samym już z samego stosunku obywatelstwa wynika uprawnienie zastrzeżone dla państwa pochodzenia do sprawowania opieki nad członkami swojej wspólnoty politycznej. W sprawie *The Panevezys-Saldutiskis Railway* STSM potwierdzając tę regułę, uznał ją za zasadę prawa międzynarodowego, a także wskazał, że „w sytuacji braku specjalnego porozumienia już sama więź obywatelstwa, jaka powstała pomiędzy państwem a jednostkami, w sposób bezpośredni i samodzielny przyznaje państwu prawo do realizowania ochrony dyplomatycznej nad tymi obywatelami”.¹⁵ Instytucja obywatelstwa, jako podstawa ochrony dyplomatycznej, jest w takich przypadkach uznawana za pierwotną, naturalną i stanowi element legitymacji dla państwa pochodzenia do podejmowania działań w imieniu swoich obywateli. Wskazana zależność powinna istnieć zarówno w chwili zdarzenia wywołującego reakcję ochronną, ale również w momencie udzielania pomocy przez państwo pochodzenia.¹⁶ Taki też model został przyjęty przez obie Konwencje, choć regulacje w nich zawarte nie są w tej sferze jednorodne. Pierwsza z Konwencji, w ramach funkcji dyplomatycznej, dokonuje rozróżnienia na ochronę w państwie przyjmującym „interesów państwa wysyłającego” oraz „jego obywateli” (art. 3 ust. 1 lit. b K.W.S.D). Tak skonstruowany protektorat zagwarantowany jest jedynie obywatelom państwa wysyłającego, co powoduje, że każda osoba legitymująca się obywatelstwem państwa pochodzenia, może od tego ostatniego żądać zapewnienia odpowiedniej ochrony za granicą. Państwo przyjmujące, dostrzegając podstawę interwencji opartą na obywatelstwie, zobowiązane jest, bez jakichkolwiek warunków wstępnych, podjąć w tej mierze należyłą współpracę. Nie posiada przy tym uprawnienia do weryfikacji podstaw

¹⁴ Orzeczenie nr 2 STSM z 30 sierpnia 1924 r. w sprawie *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)*, [w:] “Publications of the Permanent Court of International Justice”, Series A, No. 2, teza: I. 21, opubl.: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis.htm [dostęp: 22 lutego 2017 r. – tłum. wł.].

¹⁵ Orzeczenie nr 29 STSM z 28 lutego 1939 r. w sprawie *The Panevezys-Saldutiskis Railway (Estonia v. Lithuania)*, [w:] “Publications of the Permanent Court of International Justice”, Series A/B., No. 76., teza: 65, opubl.: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1939.02.28_panevezys-saldutiskis.htm [dostęp: 22 lutego 2017 r. – tłum. wł.].

¹⁶ M. Muszyński, *Opieka dyplomatyczna i konsularna w prawie wspólnotowym*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 3, s. 145.

lub ważności czynności nawiązania stosunku obywatelskiego, gdyż – jak to wskazał Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (dalej: MTS) w sprawie *Nottebohm* – pozostaje rzeczą „każdego suwerennego państwa uregulowanie za pomocą krajowego ustawodawstwa zasad dotyczących nabycia jego obywatelstwa, jak również przyznawania go przez akt naturalizacji udzielany przez jego własne organy, zgodnie z wewnętrznym ustawodawstwem tego państwa [...]”.¹⁷

Przywołana Konwencja milczy w sferze możliwości zaoferowania opieki dyplomatycznej jednostkom organizacyjnym, w tym osobom prawnym lub innym podmiotom o charakterze korporacyjnym, które związane są z państwem pochodzenia węzłem siedziby. Wydaje się, że pomimo braku wyraźnego w tej mierze przepisu, jest to jednak w pełni możliwe. Konwencja odwołuje się bowiem do generalnego określenia zadań służb dyplomatycznych, jako zobowiązanych do strzeżenia „interesów państwa wysyłającego”. Konstrukcja tego przepisu obejmuje pojemną klauzulę generalną, w skład której, poza bezpośrednim interesem państwa, mogą również wchodzić potrzeby podmiotów korporacyjnych, będące częściami składowymi kierunków działania państwa wysyłającego.¹⁸ Zróżnicowanie relacji międzynarodowych powoduje nadto, że w wymiarze praktycznym poszczególne państwa ochoczo podejmują się opieki nad powiązanymi z nimi osobami prawnymi za granicą, przede wszystkim ze względów ekonomicznych. W sprawie *Barcelona Traction* MTS potwierdził, że ochroną dyplomatyczną mogą być objęte podmioty typu korporacyjnego (w tym również ich udziałowcy), co związane jest z rozwojem uwarunkowań natury ekonomicznej.¹⁹ Tego typu wątpliwości, wymagające rozszerzającej wykładni, nie występują na gruncie drugiej z omawianych Konwencji. Stwierdza się w jej postanowieniach, że funkcja konsularna może być realizowana na rzecz „zarówno osób fizycznych, jak i prawnych” (art. 5 lit. a. K.W.S.K.), zaś udzielanie pomocy i opieki obywatelom państwa wysyłającego może mieć miejsce wobec „zarówno osób fizycznych, jak i prawnych” (art. 5 lit. e. K.W.S.K.). W przypadku tej regulacji nie ma wątpliwości, że protektorat ze strony państwa wysyłającego obejmuje osoby będące obywatelami tego państwa, jak również wszelkie podmioty korporacyjne, które posiadają siedzibę na jego terytorium.

Pewne wątpliwości może budzić sytuacja, w której opieka nad jednostką ma być zrealizowana na rzecz obywatela danego kraju, posiadającego jednocześnie obywatelstwo co najmniej jednego jeszcze państwa, które nie dopuściło się wobec niego żadnego naruszenia, co jednak miało miejsce na terytorium państwa trzeciego. Dochodzi w tym przypadku do zbiegu uprawnień wynikających z Konwencji. Konieczne jest tym samym rozstrzygnięcie, które z państw ma reprezentować

¹⁷ Orzeczenie nr 18 MTS z 6 kwietnia 1955 r. w sprawie *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, [w:] „ICJ Reports” 1955, opubl.: http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1955.04.06_nottebohm.htm [dostęp: 22 lutego 2017 r. – tłum. wł.].

¹⁸ J. Sutor, *op. cit.*, s. 128.

¹⁹ Orzeczenie nr 50 MTS z 5 lutego 1970 r. w sprawie *Barcelona Traction (Belgium v. Spain)*, [w:] „ICJ Reports” 1970, teza: 33–34, 37–38, 39–43, opubl.: http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1970.02.05_barcelona_traction.htm [dostęp: 22 lutego 2017 r.].

interesy jednostki wobec państwa dokonującego naruszenia. Jeżeli przyjąć, że prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej ma przede wszystkim wymiar ochronny, powinno się pozostawić jednostce prawo wyboru, które z państw pochodzenia jej obywatelstwa ma wykonywać nad nią protektorat. Prawo do opieki najpełniej powiązane jest z osobą, za sprawą łącznika obywatelstwa, i to dana osoba powinna dysponować możliwością wskazania państwa, ze strony którego oczekuje pomocy. Należy jednak zauważyć, że w takich przypadkach literatura przedmiotu sugeruje zastosowanie zasady wyłączności obywatelstwa lub też zasadę efektywności obywatelstwa.²⁰ Pierwsza zakłada uznawanie przez dane państwo wyłącznie własnego obywatelstwa, bez zważania na obywatelstwa zewnętrzne. Druga nakazuje wziąć pod uwagę kwestię efektywnego wykonywania któregoś z obywatelstw, a zatem uwzględnia faktyczny związek osoby z danym państwem.

Sytuacja będzie nieco bardziej skomplikowana, gdy okaże się, że jednostka posiada obywatelstwo państwa przyjmującego i jednocześnie legitymuje się obywatelstwem innego państwa, które w danej sprawie chce podjąć się wobec niej czynności ochronnych. W sytuacji wejścia w interakcję z systemem prawnym pierwszego z wymienionych państw i zwrócenia się o ochronę interesów jednostki przez drugie z państw, problem jest rozstrzygany zgodnie z przywołaną już zasadą efektywności. Brane są pod uwagę kwestie skutecznego i bieżącego wykonywania obywatelstwa (np. faktyczne zamieszkiwanie, świadczenie pracy, płacenie podatków itp.) i to one wskazują państwo właściwe do podjęcia interwencji.²¹ Z węzłem obywatelstwa powiązane są określone prawa i wolności, ale również szczególne zobowiązania. Jednostka, przyjmując obywatelstwo danego państwa, powinna podporządkować się wymogom systemu prawnego kraju, z którym nawiązała i efektywnie utrzymuje relację obywatelską. Więzy prawne nabierają postaci pogłębionej z tym państwem, gdzie jednostka faktycznie wykonuje przeważającą część swoich czynności życiowych. Oczywiście praktyka międzynarodowa dostarcza wystarczająco dużo przykładów, kiedy egzekwowanie zaproponowanej reguły może nie wytrzymać krytyki.²² Warto więc wskazać, że ma ona zastosowanie do sytuacji, które nie mają charakteru nadzwyczajnego i nie godzą w podstawowe prawa i wolności jednostki, zagwarantowane na gruncie prawa międzynarodowego.

Wreszcie wskazania wymaga, że prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej, na gruncie postanowień konwencyjnych, zastrzeżone jest jedynie dla obywateli poszczególnych państw. Nie zostało ono natomiast zagwarantowane na rzecz ogólnej kategorii jednostek. Innymi słowy, nie jest to prawo człowieka, a jedynie prawo obywatelskie. Obie Konwencje nie pozostawiają w tej mierze żadnych wątpliwości i wyraźnie odwołują się do utrwalonego pojęcia obywatelstwa.

²⁰ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999, s. 168–169.

²¹ M. Zdanowicz, *op. cit.*, s. 210–217.

²² Por. wyczerpującą analizę w tej mierze: Ch. Tomuschat, *Human Rights. Between Realism and Idealism*, Oxford 2014, *passim*.

Rzecz sprowadza się do wskazania podstawy, prawnego umocowania, do wykonywania protektoratu nad jednostką, a takim łącznikiem pozostaje tradycyjnie węzeł obywatelski. Z jednej strony taki stan rzeczy ma doniosły walor porządkujący, pozwalający na niewprowadzanie w stosunkach międzynarodowych niepotrzebnych wątpliwości lub zadrażnień. Z drugiej jednak, należy wskazać, że pozostawienie jednostki bez opieki zagwarantowanej przez którekolwiek z państw, szczególnie w sytuacji, gdy państwo przyjmujące rażąco narusza jej podstawowe prawa podmiotowe, chociażby wynikające z prawa międzynarodowego, może być uznane za godzące w godność osoby ludzkiej, która – jako wartość nienaruszalna – ma dla zachodniego systemu prawnego wartość podstawową i uniwersalną.²³ W szczególnych okolicznościach, przede wszystkim ze względów humanitarnych i ochronnych, powinno się umożliwić poszczególnym państwom podjęcie czynności ochronnych nie tylko wobec ich obywateli, ale również wobec innych jednostek, które co prawda nie są z nimi powiązane instytucją obywatelstwa, ale utrzymują jakąś formę faktycznej zależności.²⁴

Interesującym zagadnieniem jest kwestia zakresu terytorialnego, w ramach którego państwo pochodzenia może wykonywać opiekę dyplomatyczną i konsularną. Co do zasady ten rodzaj protektoratu nad podmiotami (obywatelami, podmiotami korporacyjnymi) wykonywany jest przez służby zagraniczne państwa pochodzenia, co ma miejsce na terytorium państwa przyjmującego. Obszar jurysdykcji terytorialnej danej służby zagranicznej określają przepisy szczególne. Regułą jest, że przedstawiciel dyplomatyczny wykonuje swoje funkcje na obszarze jednego państwa przyjmującego. Potwierdza to art. 3 ust. 1 lit. a. K.W.S.D., który stanowi, że „funkcje misji dyplomatycznej obejmują [...] reprezentowanie państwa wysyłającego w państwie przyjmującym”. Ta sama Konwencja pozwala jednak na poszerzenie obszaru działania przedstawiciela dyplomatycznego, co odbywa się na podstawie *protocole de remise*.²⁵ Stwierdza się w niej, że „państwo wysyłające, po dokonaniu należytej notyfikacji zainteresowanym państwom przyjmującym, może stosownie do okoliczności akredytować szefa misji lub wyznaczyć członka personelu dyplomatycznego w więcej niż jednym państwie, chyba że którekolwiek z państw przyjmujących wyrażnie się temu sprzeciwia” (art. 5 ust. 1 K.W.S.D.). Możliwe jest jeszcze jedno rozwiązanie, w ramach którego dany przedstawiciel dyplomatyczny będzie w tym samym państwie przyjmującym reprezentował co najmniej dwa państwa wysyłające. Jest to możliwe w świetle art. 6 K.W.S.D., który stwierdza, że „dwa lub więcej państw może akredytować tę samą osobę jako szefa misji w innym państwie, chyba że państwo przyjmujące sprzeciwia się temu”. Analogiczne regulacje obowiązują w odniesieniu do przedstawicieli konsularnych (por. art. 4 ust. 1, art. 5 lit. a, art. 6–8 K.W.S.K.). Warto jeszcze

²³ P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności. Wybrane problemy*, Zakamycze 2003, s. 98–104.

²⁴ J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Poznań 2006, s. 110–115.

²⁵ J. Sutor, *op. cit.*, s. 142–146.

zauważyć, że czynności z zakresu opieki dyplomatycznej i konsularnej wykonują nie tylko służby zagraniczne danego państwa, ale również jego organy krajowe, którym przypada zazwyczaj sięganie po środki o naturze represyjnej.²⁶ Podsumowując, należy zauważyć, że możliwość wykonywania opieki dyplomatycznej i konsularnej jest ściśle uzależnione od uznania przez państwo przyjmujące jurysdykcji służb zagranicznych państwa pochodzenia. Niemniej jednak regulacje konwencyjne przewidują możliwość umocowania przedstawicieli dyplomatycznych lub konsularnych do realizowania swoich obowiązków również na terytorium innych państw, jak również do reprezentowania innych państw na obszarze tego samego kraju. Warunkiem urzeczywistnienia takich modyfikacji jest jednak wyraźny konsensus pomiędzy zainteresowanymi państwami.

Opieka dyplomatyczna i konsularna – cechy szczególne

Prawo do opieki konsularnej i dyplomatycznej nie jest klasycznym prawem podmiotowym, niemniej jednak może być uznane za instrument operacjonalizacji (przestrzegania) innych praw lub wolności.²⁷ Trudno byłoby bowiem skonstruować spójny model, ustanawiający niezmienną treść takiego prawa podmiotowego (prawa do opieki za granicą), a tym samym zagwarantować, że jednostka będzie miała roszczenie do państwa wysyłającego o takiej samej treści, bez względu na miejsce i okoliczności, w jakich się znajdzie.²⁸ Tego typu regulacji w obu przytaczanych Konwencjach odnaleźć już nie sposób. Co więcej, zagwarantowane konwencyjne prawo do zabezpieczenia (dyplomatycznego lub konsularnego) sytuacji prawnej jednostki w niczym nie przypomina praw uniwersalnych, określonych chociażby w powszechnych systemach ochrony praw człowieka, np. Rady Europy²⁹ lub Unii Europejskiej³⁰. Jest to prawo „puste”, normatywnie „wydrylowane”. Jego natura może być zdefiniowana jedynie poprzez wskazanie, że pełni ono rolę służebną i gwarancyjną wobec innych praw wynikających ze standardu międzynarodowego (praw i wolności człowieka i obywatela zagwarantowanych na gruncie prawa międzynarodowego), względnie służy za instrument realizacji usług publicznych, których treść zagwarantowana jest przez prawo państwa pochodzenia.³¹ Niemniej jednak, należy dostrzec bezpośrednią zależność pomiędzy efektywnością ochrony praw obywateli danego państwa za granicą a kształtem prawa do opieki konsularnej i dyplomatycznej. To ostatnie może być zatem scharakteryzowane

²⁶ M. Muszyński, *op. cit.*, s. 147.

²⁷ Odmienne, ze wskazaniem na prawo podmiotowe, choć w odniesieniu do art. 36 Konstytucji: J. Boć, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 76.

²⁸ J. Sutor, *op. cit.*, s. 129–130.

²⁹ Por. postanowienia Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

³⁰ Por. postanowienia Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. 2012 C 326/391).

³¹ Podobnie: J. Dugard, *op. cit.*, s. 6 pkt 3.

jako „pas transmisyjny”, umożliwiający przeniesienie całego zbioru praw oraz wolności człowieka oraz obywatela na konkretne sytuacje prawne, w jakich znalazła się jednostka na terytorium państwa przyjmującego. W tym wymiarze pełni ono rolę gwarancyjną, umożliwiając państwu pochodzenia realizację praw i wolności (przynajmniej jakiejś ich części), jakie przysługiwałyby jednostce, gdyby pozostawała na terytorium swojego macierzystego państwa.

Należy wskazać, że prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej nie ma charakteru jednorodnego, w tym sensie, że nie obowiązuje jedno uniwersalne prawo podmiotowe, które obejmowałoby to zagadnienie. Jakkolwiek regulowane jest ono na poziomie dwóch Konwencji o światowym zasięgu, a zatem cieszy się przymiotem powszechności, to jednak już ustalenie nawet formalnej treści tego prawa nie jest możliwe wyłącznie na poziomie standardu międzynarodowego, ale wymaga sięgnięcia po regulacje prawa krajowego.³² Dopiero te ostatnie będą współtworzyły treść, albo nawet przesądzały o ostatecznym kształcie prawa do zabezpieczenia interesów jednostki w państwie przyjmującym przez państwo pochodzenia. W świetle umów międzynarodowych można co prawda wskazywać, że prawo to dotyczy „zapewnienia ochrony” (art. 3 ust. 1 lit. b K.W.S.D) lub też „udzielania pomocy i opieki” (art. 5 lit. e. K.W.S.K.) w państwie przyjmującym. Konstrukcja zabezpieczenia sytuacji prawnej obywatela zależeć jednak będzie przede wszystkim od unormowań prawa krajowego państwa pochodzenia, które na zasadach autonomii określa stopień możliwego zaangażowania jego aparatu dyplomatycznego i konsularnego, wskazuje na poszczególne świadczenia służby zagranicznej, jakich dany obywatel może spodziewać się za granicą. Co więcej, równoległe o tym, w jakim wymiarze postanowienia konwencyjne będą wykonywane na gruncie państwa przyjmującego, decyduje właściwie to państwo, które *de iure* dokonuje wyznaczenia granic egzekwowania norm konwencyjnych oraz zakresu świadczeń oferowanych jednostce przez państwo pochodzenia.³³ Prawo do opieki konsularnej i dyplomatycznej pozbawione jest zatem – w wymiarze formalnym – nie tylko jednorodnej regulacji, ale także zależy od prawnego standardu opieki oferowanej przez państwo macierzyste i liczyć się musi z granicami wyznaczonymi przez państwo przyjmujące.

Szczególny charakter prawa do opieki dyplomatycznej i konsularnej wiązać należy z okolicznością, że pomimo jego daleko idącej ogólności, jest ono jednocześnie prawem wielopłaszczyznowym.³⁴ Zakres jego zastosowania może być odniesiony do wszelkich zdarzeń prawnych, jakie mogą być udziałem podmiotu w sytuacji zetknięcia się z systemem prawnym państwa przyjmującego. Zawarta w Konwencjach konstrukcja „prawa do opieki” lub też obowiązek „zapewnienia

³² O konglomeracie praw tworzących instytucję opieki dyplomatycznej i konsularnej trafnie pisze A. Łazowski, *Obywatelstwo Unii Europejskiej – uwagi teoretyczne i praktyczne w dziesięć lat po wejściu w życie Traktatu z Maastricht*, [w:] *Szkice z prawa Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, A. Zawidzka, Kraków 2003, s. 162–165.

³³ A. Vermeer-Kunzli, *Diallo: Between Diplomatic Protection and Human Rights*, „Journal of International Dispute Settlement” 2013, Vol. 4, No. 3, s. 498–500.

³⁴ J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ...*, s. 41.

ochrony” jest na tyle elastyczny, że umożliwia państwu macierzystemu podjęcie działań w sytuacji zaistnienia praktycznie każdego zdarzenia prawnego i to bez względu na jego prawny charakter lub prawne zabarwienie. W zakresie konwencyjnego prawa do zabezpieczenia pozycji prawnej jednostki będą zatem równie dobrze mogły pomieścić się tzw. kwestie stanu (np. urodzenie, zawarcie małżeństwa, zgon), sprawy administracyjne (np. wydanie paszportu tymczasowego, pomoc lub zastępstwo administracyjne przed tamtejszymi urzędami), jak również zagadnienia odpowiedzialności prawnej (np. odpowiedzialności karnej lub też zastępstwo nieletniego przed sądem), aż po kwestie materialne (np. pożyczka konsularna, wyjednanie szczególnego świadczenia).³⁵ Wielopłaszczyznowość tego prawa powoduje, że służby zagraniczne poszczególnych państw muszą cechować się pełną profesjonalizacją działań, w tym również niekwestionowaną znajomością systemu prawnego oraz realiów funkcjonowania państwa przyjmującego.

W prowadzonych rozważaniach warto zwrócić szczególną uwagę na subsydiarny charakter prawa do opieki dyplomatycznej i konsularnej dla wykonywania przez jednostkę przysługujących jej praw i wolności. We wstępie do niniejszego opracowania stwierdzono, że zjawisko przemieszczania się jednostek pomiędzy poszczególnymi państwami w ostatnich dekadach znacząco przybrało na sile i prawdopodobnie będzie jeszcze się pogłębiało. W ślad za tym, z oczywistych powodów, będzie rosła liczba interakcji jednostek z systemami prawnymi państw przyjmujących.³⁶ Nie każde jednak takie zdarzenie powinno powodować interwencję ze strony służb dyplomatycznych lub konsularnych państwa pochodzenia. Zakres ich działania w tego typu kwestiach powinien ograniczać się do sytuacji o nadzwyczajnym i szczególnym charakterze (*denial of justice*).³⁷ Nie powinien być również zrównany ze świadczeniem powszechnych usług administracyjnych lub prawnych na takim poziomie i w takim zakresie, w jakim są one realizowane na terytorium państwa pochodzenia. Pomoc udzielana przez służbę zagraniczną powinna być zastrzeżona przede wszystkim dla sytuacji, gdy dana osoba nie jest w stanie samodzielnie unormować swojej sytuacji prawnej w państwie przyjmującym lub też doszło do naruszenia minimalnego „standardu ochronnego, z jakiego na podstawie prawa międzynarodowego powinni korzystać cudzoziemcy na terytorium obcego państwa”.³⁸ Subsydiarny charakter instrumentów opieki dyplomatycznej i konsularnej może być rozumiany również w ten sposób, że są one oferowane jednostce w przypadku, gdy samodzielne jej działanie w państwie przyjmującym mogłoby doprowadzić do uszczuplenia lub niezrealizowania któregoś z praw podmiotowych, które mieszczą się w katalogu praw i wolności gwarantowanych tej jednostce przez państwo macierzyste, a nie tylko działań koniecznych do powrotu do kraju i zabezpieczenia na ten czas podstawowych

³⁵ S. Sawicki, *op. cit.*, s. 92–188.

³⁶ J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa...*, s. 19.

³⁷ A. Vermeer-Kunzli, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, “The European Journal of International Law” 2007, Vol. 18, No. 1, s. 52–55.

³⁸ J. Sutor, *op. cit.*, s. 127.

potrzeb egzystencjalnych.³⁹ Służba zagraniczna państwa pochodzenia powinna zatem wkraczać dopiero wtedy, kiedy jednostka nie ma możliwości samodzielnego działania, czy to ze względu na swoją obiektywną nieporadność, czy też ze względu na fakt, że zdarzenie, z jakim się zetknęła, przerasta możliwości jednostkowego działania. Oczywiście kryteria te nie są ostre, niemniej jednak, ze względu na ograniczone zasoby materialne i kadrowe każdej służby zagranicznej, powinna być ona angażowana do pomocy swoim obywatelom w sposób subsydiarny, a zatem taki, kiedy samodzielne występowanie jednostki wobec państwa przyjmującego jest niemożliwe lub znacząco utrudnione, skutkując tym samym (rażącym) uszczupleniem przysługujących jej podstawowych praw podmiotowych.⁴⁰

Prawna analiza cech szczególnych opieki dyplomatycznej i konsularnej nie może abstrahować od uwarunkowań związanych z praktyką jej wykonywania. Realia stosunków międzynarodowych są przede wszystkim uregulowane na gruncie prawa międzynarodowego. Dużą jednak rolę odgrywają kwestie polityki zagranicznej poszczególnych państw, które w jej ramach realizują własne żywotne interesy polityczne, ekonomiczne lub społeczne.⁴¹ Na płaszczyźnie tych relacji nie mamy do czynienia z postępowaniem, które byłoby wyłącznie podporządkowane wykonywaniu regulacji prawnych, ale niejednokrotnie takich ich ujęciem lub interpretacją, jakie zgodne będą z ambicjami określonego państwa w danym czasie i okolicznościach.⁴² Taki stan rzeczy można również zidentyfikować w odniesieniu do instytucji protekcji, realizowanej przez służby zagraniczne państwa pochodzenia. Jakkolwiek ma ona swoją podstawę konwencyjną, jak również jest dookreślona w przepisach prawa kraju pochodzenia, a granice jej wykonywania pozostają pod wpływem państwa przyjmującego, to jednak jej każdorazowe egzekwowanie w jakiejś mierze zależeć będzie od skomplikowanego zestawienia relacji międzynarodowych, zachodzących pomiędzy państwem pochodzenia i państwem przyjmującym. Można wręcz mówić o „dyskrecjonalności tej ochrony”⁴³. Nie obowiązuje bowiem w tej mierze zupełny standard ochronny, co wynika z braku wyczerpującej regulacji na poziomie konwencyjnym. Taki stan rzeczy może, w skrajnych przypadkach, stanowić zagrożenie dla wykonywania przez jednostkę przysługujących jej podstawowych praw podmiotowych, czyli zapewnienia odpowiedniego stopnia ochrony na terytorium państwa przyjmującego.

³⁹ Odmienne, bo ze wskazaniem na taki wąski zakres prawa do opieki dyplomatycznej i konsularnej: L. Garlicki, M. Zubik, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, t. II, s. 176–177.

⁴⁰ Zjawisko „luki” w systemie przestrzegania praw człowieka, występujące pomiędzy „uprawnionymi do ochrony ich praw” i „zobowiązanymi do ochrony praw człowieka”, jest opisywane w literaturze: Ch. Tomuschat, *op. cit.*, s. 47–71, 112–135, 165–182.

⁴¹ I. Popiuk-Rysińska, *Uczestnicy stosunków międzynarodowych, ich interesy i oddziaływania*, [w:] *Stosunki międzynarodowe w XXI wieku. Księga jubileuszowa z okazji 30-lecia Instytutu Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego*, Warszawa 2006, red. E. Haliżak *et al.*, s. 478–507.

⁴² Tak również: J. Dugard, *op. cit.*, s. 5–6 pkt 3.

⁴³ J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ...*, s. 20, 47–48.

Opieka dyplomatyczna i konsularna w prawie Unii Europejskiej

Omówienie prawa do opieki dyplomatycznej i konsularnej nie byłoby kompletne, gdyby nie sięgnąć po specyficzne unormowania, które regulują to zagadnienie w Unii Europejskiej. Traktaty wiążą możliwość uzyskania opieki świadczonej przez służby zagraniczne któregoś z państw UE z instytucją obywatelstwa unijnego, a zatem – jak się wydaje – uprawnienie to ma charakter polityczny, bo przydający jednostkom określonego uprawnienia o charakterze publicznym tylko z tego względu, że posiadają one unijne obywatelstwo.⁴⁴ Tak też było ono traktowane przez dekady, kiedy wraz z pogłębianiem się procesów integracyjnych w ramach Wspólnot Europejskich, a potem UE, obywatelstwo unijne rodziło się jako instytucja tworząca samodzielny status jednostek, mogących wykonywać szczególne prawa i obowiązki zagwarantowane traktatowo, które nie wynikały z ich obywatelstwa narodowego.⁴⁵ Obywatelstwo unijne nabrało również wymiaru zewnętrznego⁴⁶, wychodząc poza granice UE, czego konsekwencją było przyznanie unijnym obywatelom prawa do opieki dyplomatycznej i konsularnej w państwach trzecich, na takich samych zasadach, jakie oferowane są obywatelom państw pochodzenia.

Prawo od opieki dyplomatycznej i konsularnej, jako element unijnego obywatelstwa, zostało unormowane w postanowieniach Traktatu z Maastricht z 1992 r. Obecne brzmienie Traktatu ustanawia regułę, w myśl której „każdy obywatel Unii korzysta na terytorium państwa trzeciego, gdzie Państwo Członkowskie, którego jest obywatelem, nie ma swojego przedstawicielstwa, z ochrony dyplomatycznej i konsularnej każdego z pozostałych Państw Członkowskich na takich samych warunkach jak obywatele tego państwa.” (por. art. 23 zd. 1 TFUE⁴⁷).⁴⁸ Prawo to jest również gwarantowane na gruncie art. 46 Karty Praw Podstawowych UE⁴⁹, która kwalifikuje je jako „prawo obywatelskie”. Traktat z Lizbony dokonał kolejnej zmiany jakościowej w sferze funkcjonowania omawianego zagadnienia. Obowiązek roztoczenia opieki nad obywatelem UE przebywającym w państwie trzecim został potwierdzony nie tylko na rzecz misji dyplomatycznych i konsularnych państw członkowskich, ale również został nałożony na delegatury UE

⁴⁴ Szerzej na ten temat: K. S. Kozłowski, *European citizenship. Does it grant a new quality in the European Union law system? Background, functions and thoughts*, [w:] *International Scientific Conference on Law and Law studies – Prawni Rozprawy Law Changeovers 2013 Reviewed Proceedings*, Hradec Kralove 2013, s. 45–50.

⁴⁵ Ewolucję opisuje: A. Cieleń, *Prawa polityczne obywateli Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 54–60.

⁴⁶ Na ten wymiar wskazuje: I. Skomerska-Muchowska, A. Wyrozumska, *Obywatel Unii*, Warszawa 2010, s. 145–146.

⁴⁷ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. 2012 C 326/49), dalej: TFUE.

⁴⁸ Szeroko na ten temat: K. Kowalik-Bańczyk, *Komentarz do art. 23 TFUE*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, T. 1, s. 482–490.

⁴⁹ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. 2012 C 326/391).

ustanowione w państwach trzecich (por. art. 35 TUE⁵⁰). Tym samym obywatel UE może być reprezentowany w państwie trzecim nie tylko przez służby zagraniczne państwa swojego pochodzenia, ale w ich braku, także przez organy dyplomatyczne i konsularne któregoś z państw członkowskich UE, jak również przez przedstawicielstwa dyplomatyczne samej UE.⁵¹

Podmiotem omawianego prawa może być wyłącznie obywatel UE. W odróżnieniu od niektórych innych uprawnień traktatowych, nie rozciąga się ono na członków jego rodziny⁵², o ile nie posiadają oni takiego obywatelstwa. Prawo to wygasa z momentem utraty obywatelstwa unijnego. Z uwagi na fakt, że obywatelstwo UE jest instytucją pochodną i bezpośrednio zależy od posiadania obywatelstwa któregoś z państw członkowskich, utrata tego ostatniego skutkuje wygaśnięciem obywatelstwa unijnego.⁵³ Norma traktatowa dotyczy nie tylko obywateli UE, ale również podmiotów korporacyjnych, które mają swoją siedzibę na terytorium któregoś z unijnych państw członkowskich.⁵⁴ Określone w traktacie prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej może być wykonywane wyłącznie na terytorium państwa trzeciego, niebędącego którymś z państw członkowskich UE. Wewnątrz Unii obywatele poszczególnych państw członkowskich reprezentowani są na zasadach ogólnych, tj. zgodnie z regulacjami K.W.S.D. oraz K.W.S.K.⁵⁵ Natomiast ochrona praw wynikających z posiadania obywatelstwa unijnego, na obszarze tej organizacji ponadnarodowej, udzielana jest na ogólnych zasadach traktatowych.

Zasadą jest, że obywatele UE korzystają w państwach trzecich z protekcji gwarantowanej przez ich rodzime służby zagraniczne. Traktatowe prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej jest uprawnieniem subsydiarnym. Możliwość skorzystania z niego uzależniona jest od sytuacji, w której państwo pochodzenia nie akredytowało na terytorium państwa trzeciego swoich służb zagranicznych. Dopiero w takim przypadku obywatel UE może zwrócić się o udzielenie ochrony do placówki zagranicznej któregoś z państw członkowskich lub samej UE, które utrzymują przedstawicielstwo na terytorium państwa trzeciego. W tym kontekście niezwykle istotna jest kwestia publicznoprawnego charakteru omawianej instytucji. Postanowienia traktatów są umową międzynarodową i wiążą poszczególne państwa członkowskie. Przyznanie obywatelom UE dodatkowego uprawnienia do żądania reprezentacji ich interesów na terytorium państw trzecich obliгуje

⁵⁰ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. 2012 C 326/13), dalej: TUE.

⁵¹ Szerzej: P. Czubik, *Granice opieki konsularnej w prawie wspólnotowym (wybrane problemy dotyczące interpretacji i możliwości zastosowania decyzji 95/553*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 4, s. 94–95.

⁵² Zob. wyrok TSUE z 17 września 2002 r., sygn. C-413/99, w sprawie Baumbast i R v. Secretary of State for the Home Department, teza 75 i 94, Lex 152818, w tej mierze podobnie: wyrok TSUE z 12 września 2006 r., sygn. C-145/04, w sprawie *Królestwo Hiszpanii v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, teza 74 i 77, Lex 226907.

⁵³ Wyrok TSUE z 2 marca 2010 r., sygn. C-135/08, w sprawie *Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*, teza 51, 54–56, Lex 559242.

⁵⁴ M. Muszyński, *op. cit.*, s. 149 i powołana tam literatura.

⁵⁵ P. Czubik, *op. cit.*, s. 93–94.

wyłącznie strony traktatu, ale już nie państwa trzecie, które nie wyrażały zgody na związanie się jego postanowieniami. Zgodnie z ogólnymi regułami prawa międzynarodowego „umowa nie może przyznawać praw ani nakładać obowiązków na państwa, które nie są jej stronami”⁵⁶. Oznacza to, że poszczególne państwa członkowskie mogą wywiązywać się z omawianego zobowiązania traktatowego pod warunkiem uzyskania na taką formułę reprezentacji aprobaty udzielonej przez państwo trzecie.⁵⁷ Wtedy też pomoc dyplomatyczna i konsularna będzie na terytorium tego państwa świadczona na podstawie ogólnych reguł zawartych w K.W.S.D. oraz K.W.S.K., a zatem w zgodzie z regułami poszerzonego prawa reprezentacji. W celu nadania efektywności traktatowemu prawu do opieki dyplomatycznej konsularnej, na mocy art. 23 zd. 2 TFUE, wszystkie państwa członkowskie zostały zobowiązane do „przyjmowania niezbędnych przepisów i podejmowania rokowań międzynarodowych wymaganych do zapewnienia tej ochrony”.⁵⁸ Od wypełnienia przez państwo członkowskie tego zobowiązania, uzależnione jest prawo obywatela UE do skorzystania z możliwości opieki wyświadczonej przez drugie państwo członkowskie. Tym samym gwarantem przedmiotowego prawa nie jest UE, a państwa będące jej członkami i to pod warunkiem uzyskania zgody wyrażonej przez państwo trzecie.

Zakres przedmiotowy traktatowego prawa opieki dyplomatycznej i konsularnej nie został określony w przepisach prawa. Milczą w tej mierze Traktaty, jak również nie zawiera regulacji szczegółowych Karta Praw Podstawowych UE. Do dnia dzisiejszego nie została wykonana, zawarta w art. 23 zd. 3 TFUE, delegacja do wydania dyrektywy „ustanawiającej środki w zakresie koordynacji i współpracy niezbędne dla ułatwienia tej ochrony”.⁵⁹ W takiej sytuacji znajdują zastosowanie ogólne ustalenia dotyczące tej instytucji na gruncie prawa międzynarodowego. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że regulacja obejmuje „każdy przypadek opieki dyplomatycznej i konsularnej wykonywanej przez placówki” danej służby zagranicznej.⁶⁰ Uzupełniający charakter ma w tej mierze decyzja przedstawicieli rządów zebranych w Radzie z 1995 r.⁶¹ W myśl jej postanowień obywatel UE, po okazaniu dowodu posiadania obywatelstwa któregoś z państw członkowskich, ma prawo do pomocy udzielonej przez służby zagraniczne państwa członkowskiego na takich samych zasadach jak obywatel tego państwa, w przypadku zgonu, poważnego wypadku i ciężkiej choroby, w razie aresztowania lub zatrzymania,

⁵⁶ Por. art. 34 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439), por. także: W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 352–353.

⁵⁷ A. Wyrozumska, *Jednostka w Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2002, s. 334.

⁵⁸ Na problem niskiej efektywności tego prawa zwraca uwagę D. Bach-Golecka, *op. cit.*, s. 218–219.

⁵⁹ Inicjatywę Komisji Europejskiej podjętą w tej sprawie sygnalizuje D. Bach-Golecka, *op. cit.*, s. 219–220.

⁶⁰ M. Muszyński, *op. cit.*, s. 150–151.

⁶¹ Decyzja przedstawicieli rządów państw członkowskich spotykających się w ramach Rady z dnia 19 grudnia 1995 r. dotycząca ochrony obywateli Unii Europejskiej przez przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne (95/553/WE) (Dz. Urz. 1995 L 314/73), dalej: Decyzja.

jak również może żądać pomocy jako ofiara aktów przemocy, a także w sferze udzielenia pomocy i repatriacji do kraju pozbawionych środków obywateli Unii (art. 2 ust. 1, art. 3, art. 5 ust. 1 Decyzji). Dodatkowo służby zagraniczne państwa członkowskiego „mogą w zakresie swoich uprawnień przyjąć z pomocą obywatelom Unii również w innych okolicznościach.” (art. 5 ust. 2 Decyzji). Zakres działania służb dyplomatycznych i konsularnych obejmuje również możliwość wydania obywatelowi UE znajdującemu się w państwie trzecim, w którym jego państwo pochodzenia nie ma przedstawicielstwa, tymczasowego dokumentu podróży. Dokonanie takiej czynności warunkowane jest utratą pierwotnego dokumentu i odbywać się może jedynie na podstawie indywidualnego upoważnienia udzielonego przez kraj macierzysty. Dokument ma charakter jednorazowy i pozwala na powrót do kraju pochodzenia lub innego kraju – miejsca stałego zamieszkania.⁶² Przywołane środki, które zostały określone w stosownych regulacjach, prowadzą do wniosku, że traktatowe prawo do opieki ze strony państwa UE na terytorium państwa trzeciego, ma obecnie charakter usług o charakterze czysto konsularnym, a nie opieki o charakterze dyplomatycznym.⁶³

Zakończenie

Prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej jest instytucją, którą niezwykle trudno zdefiniować przy zastosowaniu przyjętych kanonów stosowanych w nauce o prawach człowieka. Z pewnością jest to jednak zagadnienie, nad którym warto prowadzić dalsze badania. Przemawiają za tym nie tylko kwestie doktrynalne, ale również – niemniej ważne – uzasadnienie odwołujące się do argumentacji natury praktycznej. Podlegająca procesom globalizacji rzeczywistość jest świadkiem pogłębianych procesów przemieszczania się ludności. W ślad za tym rośnie liczba interakcji jednostek z systemami prawnymi państw przyjmujących. W rezultacie wzrasta potrzeba udzielenia im pomocy przez państwa pochodzenia. To wszystko powoduje, że w najbliższych dekadach rola prawa do uzyskania opieki od własnych służb dyplomatycznych będzie nabierała coraz większego znaczenia.

Omawiana instytucja unormowana jest przede wszystkim na gruncie prawa międzynarodowego, w szczególności w postanowieniach K.W.S.D. oraz K.W.S.K. Regulacja ta jest jednak niezwykle skromna i ogranicza się do wskazania, że takie prawo w formie ochrony, opieki lub pomocy może być udzielone obywatelowi państwa pochodzenia lub też podmiotowi korporacyjnemu z tym państwem powiązanemu. Szczupłość regulacji stanowi zarówno wadę, jak i zaletę tej instytucji. Przede wszystkim to, że ma ona niedookreślony charakter przydaje jej przymiotu niezbędnej elastyczności, a macierzystemu państwu daje praktycznie

⁶² Decyzja przedstawicieli rządów państw członkowskich zebranych w ramach Rady z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie ustanowienia tymczasowego dokumentu podróży (96/409/WPZiB) (Dz. Urz. 1996 L 168/4).

⁶³ Podobnie: P. Czubik, *op. cit.*, s. 95–98.

nieograniczone możliwości roztoczenia opieki nad swoimi obywatelami. Z drugiej jednak strony brak wyczerpującej regulacji, przede wszystkim w wymiarze treściowym, nie pozwala na skonstruowanie rzeczowego katalogu oczekiwań (roszczeń), jakie obywatel może mieć wobec swojego państwa pochodzenia. Na tym tle wymiar gwarancyjny doznaje szczególnego uszczuplenia. Taki stan rzeczy pogłębia fakt, że na sposób wykonywania opieki przez służby dyplomatyczne i konsularne wpływają bieżące relacje międzypaństwowe. Z pożytkiem dla funkcji ochronnej tego uprawnienia byłoby kontynuowanie próby kodyfikacji podstawowej jego treści, w szczególności w sferze wskazania zakresu czynności, jakiego obywatel może oczekiwać od swoich służb zagranicznych.

Istotnym problemem jest również fakt, że prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej jest w rzeczywistości konglomeratem regulacji międzynarodowych, a także standardu wyznaczonego przez prawo państwa pochodzenia, a samo jego wykonywanie możliwe jest w granicach wyznaczonych przez państwo przyjmujące. Te dwa ostatnie jego źródła pozostają jednak zmienne, a sama regulacja międzynarodowa może być ujmowana jedynie z perspektywy instytucji operacjonalizacji praw podmiotowych, tzn. stworzenia warunków do możliwe optymalnego wykonywania praw i wolności zagwarantowanych jednostce na gruncie prawa międzynarodowego i krajowego. Co więcej, już sam brak obowiązywania jednolitego standardu międzynarodowego prawa do opieki świadczonej przez służby zagraniczne państwa pochodzenia może stanowić naruszenie jego wymiaru gwarancyjnego i to nie tylko wobec obywateli poszczególnych państw. Równie aktualnym, i nadal nierozwiązanym problemem, pozostaje kwestia możliwości uzyskania opieki przez bezpaństwowców lub obywateli państw, które nie posiadają swojej placówki na terytorium państwa przyjmującego. W dobie wysoce zuniwersalizowanych oraz powszechnych systemów ochrony praw i wolności człowieka możliwość uzyskania pomocy ze strony któregoś z państw jawi się jako konieczność, szczególnie w sytuacji, gdy konflikt prawny może doprowadzić do niehumanitarnego potraktowania jednostki. Między innymi również na to zagadnienie prawo międzynarodowe powinno w pełni odpowiedzieć.

RIGHT TO DIPLOMATIC AND CONSULAR PROTECTION – A CONTRIBUTION TO CONSIDERATIONS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL STANDARDS

Key words: right to diplomatic and consular protection, citizenship, citizenship of the European Union, Vienna Convention on Diplomatic Relations, Vienna Convention on Consular Relations

Summary

This article aims at analyzing the right to diplomatic and consular protection in the context of the standard resulting from international law. It tries to give a definition of this institution, pointing to its public and subsidiary nature. It also points out that diplomatic and consular assistance is carried out in a situation of conflict between the interests of the individual and the country

of origin, and that of the host country. The article also discusses the subject and subject matter of consular and diplomatic care.

Moreover, the study comments on the specific features of this right from the point of view of the complexity and effectiveness of the protection of rights at the international level. In this context it was pointed out that the right to diplomatic and consular protection is not a classic right, but can be considered as an instrument for the operation of other rights or freedoms. The right to consular and diplomatic care is devoid of homogeneous regulation, but also depends on the legal standard of care offered by the home state and must be within the limits set by the host country. The scope of its application may be related to any legal event that may occur when the entity is in a situation of contact with the legal system of the receiving state.

The discussions under consideration highlighted the subsidiarity of the right to diplomatic and consular assistance for the exercise by the individual of his or her rights and freedoms. However, There is no complete protection standard in this respect, which is conducive to the lack of exhaustive regulation at the convention level, which, in extreme cases, can jeopardize the exercise by the individual of his or her subjective rights, that is to ensure its adequate protection standard in the territory of the host country.

The article also deals with issues related to the granting of enhanced diplomatic and consular protection, which under the treaties was guaranteed to EU citizens. It also highlighted the legislative and practical challenges that accompany the exercise of this mandate at European and international level.

Bibliografia

- Bach-Golecka D., *Civis europeus sum: uwagi na temat europejskiej opieki konsularnej*, [w:] *Wybrane zagadnienia współczesnego prawa konsularnego (z perspektywy prawa i praktyki międzynarodowej oraz polskiej)*, red. P. Czubik, W. Burek, Kraków 2014.
- Białocerkiewicz J., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Olsztyn 2003.
- Boć J., [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998.
- Cieleń A., *Prawa polityczne obywateli Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
- Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999.
- Czubik P., *Granice opieki konsularnej w prawie wspólnotowym (wybrane problemy dotyczące interpretacji i możliwości zastosowania decyzji 95/553, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 4.*
- Garlicki L., Zubik M., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik Warszawa 2016, t. II.
- Kowalik-Bańczyk K., *Komentarz do art. 23 TFUE*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, t. I.
- Kozłowski K. S., *European citizenship. Does it grant a new quality in the European Union law system? Background, functions and thoughts*, [w:] *International Scientific Conference on Law and Law studies – Pravni Rozprawy Law Changeovers 2013 Reviewed Proceedings*, Hradec Karlove 2013.
- Kremer A., *Opieka dyplomatyczna i konsularna nad turystą – wybrane aspekty*, [w:] *Turystyka a prawo. Aktualne problemy legislacyjne i konstrukcyjne*, red. P. Cybula, J. Raciborski, Sucha Beskidzka – Kraków 2008.
- Łazowski A., *Obywatelstwo Unii Europejskiej – uwagi teoretyczne i praktyczne w dziesięć lat po wejściu w życie Traktatu z Maastricht*, [w:] *Szkice z prawa Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, A. Zawidzka, Kraków 2003.
- Mattila H. S., *Protection of Migrants Human Rights: Principles and Practice*, “International Migration” 2001, Vol. 38, No. 6, Special Issue 2.
- Muszyński M., *Opieka dyplomatyczna i konsularna w prawie wspólnotowym*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 3.
- Popiuk-Rysińska I., *Uczestnicy stosunków międzynarodowych, ich interesy i oddziaływanie*, [w:] *Stosunki międzynarodowe w XXI wieku. Księga jubileuszowa z okazji 30-lecia Instytutu Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego*, Warszawa 2006, red. E. Halizaka et al..

- Sandorski J., *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Poznań 2006.
- Sandorski J., *Opieka dyplomatyczna jako narzędzie prawa człowieka*, [w:] *Ochrona praw człowieka w świecie*, red. L. Wisniewski, Bydgoszcz – Poznań 2000.
- Sawicki S., *Prawo konsularne. Studium prawnomiędzynarodowe*, Warszawa 2003.
- Skomerska-Muchowska I., Wyrozumska A., *Obywatel Unii*, Warszawa 2010.
- Sutor J., *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2010.
- Tomuschat Ch., *Human Rights. Between Realism and Idealism*, Oxford 2014.
- Trauner F., Wolff S., *The Negotiation and Contestation of EU Migration Policy Instruments: A Research Framework*, "European Journal of Migration and Law" 2014, Vol. 16, No. 1.
- Tuleja P., *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności. Wybrane problemy*, Zakamycze 2003.
- Vermeer-Kunzli A., *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, "The European Journal of International Law" 2007, Vol. 18, No. 1.
- Vermeer-Kunzli A., Diallo: *Between Diplomatic Protection and Human Rights*, "Journal of International Dispute Settlement" 2013, Vol. 4, No. 3.
- Wyrozumska A., *Jednostka w Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2002.
- Zdanowicz M., *Wielokrotne obywatelstwo w prawie międzynarodowym i krajowym*, Warszawa 2001.

MAGDALENA MATUSIAK-FRĄCCZAK
Uniwersytet Łódzki

Wybrane zagadnienia dotyczące zwalczania terroryzmu w kontekście prawa do rzetelnego procesu

Słowa kluczowe: terroryzm, prawo do rzetelnego procesu, prawa człowieka, gwarancje proceduralne, sankcje przeciwko jednostkom, tajemnica adwokacka, *targeted killing*

Wprowadzenie

Na przykładzie walki z jednym z największych współczesnych zagrożeń dla światowego pokoju i bezpieczeństwa – terroryzmem, niniejsze opracowanie będzie poświęcone istocie prawa do rzetelnego procesu. Terroryzm jest tak niebezpiecznym zjawiskiem, że oczywiście walka z nim powinna odbywać się przy użyciu wszelkich dostępnych metod. Czy jednak powyższe stwierdzenie oznacza, że władza publiczna dysponuje w zwalczaniu terroryzmu *carte blanche*? Główną tezą artykułu jest stwierdzenie, że uprawnienia państw nie są nieograniczone, zaś jednym z nich są gwarancje proceduralne, konstytuujące człon jednego z podstawowych praw człowieka – prawa do sprawiedliwego procesu.

Prawo do rzetelnego procesu jest ujęte we wszystkich najważniejszych globalnych i regionalnych umowach międzynarodowych, których przedmiotem jest ochrona praw człowieka, przy czym zakres jego uregulowania jest różny. Niektóre umowy ograniczają się do uznania ogólnikowej gwarancji rozpoznawania publicznie każdej sprawy jednostki przez niezależny i bezstronny sąd, z kolei inne szczegółowo określają to prawo z rozbiciem na poszczególne przykładowe gwarancje nim objęte¹. Wymienienie poszczególnych gwarancji teoretycznie mogłoby być uważane za *superfluum*, niemniej przyczyną ich wyraźnego okre-

¹ Przykładami umów międzynarodowych, które określają prawo do rzetelnego procesu w sposób ogólny, wskazując wyłącznie na jego najważniejsze elementy, to jest publiczne i sprawiedliwe rozpoznanie sprawy jednostki przez niezawisły, niezależny i bezstronny sąd, są: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Paryż, 10.12.1948 r., dalej: PDPC (art. 10–11), Arabska Karta Praw Człowieka, Kair, 15.9.1994 r., dalej: Arabska KPC (art. 9, art. 16).

ślenia w treści umowy międzynarodowej (jak art. 6 ust. 2 i 3 EKPC) była chęć podkreślenia przez twórców konwencji gwarancji dla oskarżonego w procesie karnym, którego pozycja procesowa jest szczególna, zaś stopień zagrożenia jego interesów jest wyższy niż w procesie cywilnym. W procesie karnym nie ma bowiem równości broni pomiędzy oskarżycielem a oskarżonym².

Żadna z wymienionych umów w swoim literalnym brzmieniu nie uznaje prawa do rzetelnego procesu za absolutne; dopuszczalne są ograniczenia tego prawa i różnie określony jest jego zakres, jak np. liczba instancji, które są dostępne dla stron postępowania, terminy na korzystanie z poszczególnych środków sądowych, w tym środków zaskarżenia, kwestia kosztów sądowych oraz zwolnienia z nich, możliwość wyłączenia jawności sprawy. Ograniczenia powinny być wprowadzane na mocy ustawy. Najczęściej wskazywanymi dopuszczalnymi ograniczeniami są: poszanowanie praw i wolności innych osób, względy moralności, porządku i bezpieczeństwa publicznego, nadużywanie praw³. W tym miejscu można nadmienić, że Międzynamerykański Trybunał Praw Człowieka (*Inter-American Court of Human Rights*, dalej: IACtHR) uznał prawo do rzetelnego procesu nawet za normę o charakterze *ius cogens*, jednakże trzeba mieć na względzie szczególne okoliczności, których dotyczyła sprawa rozpoznawana przez IACtHR⁴.

Przede wszystkim naruszeniem prawa do rzetelnego procesu będzie samo pozbawienie jednostki dostępu do drogi sądowej, jak wskazał Komitet Praw Człowieka w sprawie *Bahamonde*⁵, orzekając o rozumieniu art. 14 MPPOiP.

Przykładami umów międzynarodowych, które precyzują gwarancje objęte prawem do rzetelnego procesu, poprzez wskazanie, że obejmują one m.in. ustanowienie sądu na mocy ustawy, domniemanie niewinności, prawo do tłumacza osób niewładających językiem, w którym prowadzone jest postępowanie, prawo do posiadania odpowiedniego czasu i środków na przygotowanie obrony w sprawach karnych, prawo do bronięcia się osobiście lub przy udziale ustanowionego obrońcy, zakaz przymuszania do samooskarżania się, prawo do dwuinstancyjności, zasada *ne bis in idem* są: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Nowy Jork, 16.12.1966 r., dalej: MPPOiP (art. 2 ust. 3, art. 14); Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Rzym, 4.11.1950 r., dalej: EKPC (art. 6, art. 13), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Strasbourg, 12.12.2007 r., OJ C 326, s. 391, 26.10.2012, dalej: KPP (art. 47–48); Amerykańska Konwencja Praw Człowieka, San José, 22.11.1969 r., dalej: AmKPC (art. 8, art. 25); Afrykańska Karta Praw Człowieka i Narodów, Nairobi, 27.6.1981 r., dalej: Afrykańska KPCN (art. 7).

² L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I. Komentarz do artykułów 1–18, Warszawa 2010, s. 385–386, 406–407.

³ Art. 29 ust. 2 i 3 PDPC, art. 4 MPPOiP, art. 15 EKPC, art. 52 ust. 1 KPP, art. 4 Arabskiej KPC, art. 27 AmKPC. Afrykańska KPCN nie zawiera ogólnej klauzuli, pozwalającej na ograniczanie w określonych okolicznościach przewidzianych w niej praw. Wyłącznie w odniesieniu do niektórych praw przewiduje *expressis verbis* możliwość ich ograniczania (art. 8 prawo do swobody wyznania, art. 11 prawo do zgromadzeń, art. 12 prawo do swobody poruszania się). Podobnego zapisu nie wprowadzono w przypadku prawa do rzetelnego procesu. W związku z tym przy podpisywaniu Afrykańskiej KPCN Republika Południowej Afryki zgłosiła zastrzeżenie, wskazując na potrzebę wprowadzenia ogólnej klauzuli derogacyjnej.

⁴ Wyrok IACtHR w sprawie *Goiburú i inni przeciwko Paragwajowi* z 22.9.2006 r. Sprawa dotyczyła bezprawnych i arbitralnych zatrzymań, torturowania oraz wymuszonych zaginięć (*forced disappearances*) osób zatrzymywanych. IACtHR uznał, że w takim przypadku państwo ma obowiązek ścigania i karania osób odpowiedzialnych za takie wydarzenia.

⁵ Poglądy KPC w sprawie *Oló Bahamonde przeciwko Gwinei Równikowej* z 20.10.1993 r., nr skargi 468/1991, pkt 9.4: „[...] pojęcie równości przed sądami i trybunałami obejmuje dostęp

Sprzeczne z prawem do sprawiedliwego procesu będzie jednakże również naruszenie poszczególnych gwarancji objętych tym prawem, co będzie stanowiło przedmiot dalszych rozważań niniejszego opracowania. Jak już wcześniej zaznaczono, prawo do rzetelnego procesu nie jest absolutne. Niemniej walka z terroryzmem powinna odbywać się z poszanowaniem praw człowieka, zasady praworządności, z wykluczeniem wszelkiej arbitralności czy dyskryminacji. Dopuszczalne ograniczenia muszą być również zgodne z zasadą proporcjonalności⁶. Doprecyzowanie rozumienia wymienionych zasad w konkretnych przypadkach było dziełem judykatury, w związku z czym kolejne części artykułu będą koncentrowały się na przedstawieniu poglądów sądów i trybunałów krajowych oraz międzynarodowych w analizowanej materii.

W pierwszej kolejności omówione zostaną gwarancje proceduralne w postępowaniu karnym dla osób podejrzanych lub oskarżonych o terroryzm. Następnie zostaną przedstawione uwagi w przedmiocie sądowej kontroli środków ograniczających, polegających na zamrożeniu funduszy i innych aktywów majątkowych i finansowych osób podejrzewanych o powiązania z terroryzmem. Kolejna część zostanie poświęcona tajemnicy adwokackiej jako elementowi prawa do sprawiedliwego procesu i w tym kontekście niektórym obowiązkom nałożonym na adwokatów w związku ze zwalczaniem finansowania terroryzmu. Ostatnim omówionym zagadnieniem będzie sądowa kontrola *targeted killings* jako środka stosowanego w celu zapobiegania aktom terroryzmu. Wskazane powyżej problemy zostały wybrane spośród wielu zagadnień ze względu na to, że – zdaniem autorki – najlepiej oddają one istotę problemu, to jest miejsca prawa do rzetelnego procesu w zwalczaniu terroryzmu.

Prawo osób podejrzanych o udział w aktach terrorystycznych w postępowaniu karnym

Najważniejszym zadaniem państw w walce z terroryzmem jest ściganie i pociągnięcie do odpowiedzialności osób biorących udział w aktach terrorystycznych. Przy wykonywaniu tego obowiązku państwa są zobligowane do przestrzegania pewnych standardów. Z jednej strony trzeba bowiem zapewnić skuteczność ścigania, ale z drugiej sprawiedliwy proces. Gwarancje proceduralne służą bowiem zapewnieniu, że niewinna osoba nie poniesie odpowiedzialności karnej, ale też ochronie podstawowych praw osób podejrzanych, oskarżonych i ostatecznie – skazanych. W tym miejscu można zadać pytanie, dlaczego państwa gwarantują jakiegokolwiek prawa osobom winnym popełnienia tak okrutnej

do sądów, a sytuacja, w której próby jednostki do wszczęcia postępowania we własnej sprawie przed właściwym sądem są stale niweczone, jest sprzeczna z gwarancjami przewidzianymi w art. 14 ust. 1”.

⁶ Komitet Ministrów Rady Europy, *Guidelines on human rights and the fight against terrorism*, 11.7.2002 r., http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/coe/coe-rights_guidelines_en.pdf [dostęp: 2018.03.05].

zbrodni, jaką jest terroryzm. Nie należy jednak zapominać nie tylko o zasadzie domniemania niewinności, ale i o tym, że właśnie to zagwarantowanie praw nawet osobom, którym w postępowaniu sądowym zostanie udowodniona wina, różni metody stosowane przez państwa demokratyczne, działające w oparciu o zasady państwa prawa, od tych używanych przez terrorystów.

Za naruszenie prawa do sprawiedliwego procesu w przypadku osób podejrzanych o udział w działaniach terrorystycznych Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) uznał w sprawie *Heaney i McGuinness przeciwko Irlandii* sytuację, w której skarżący najpierw zostali poinformowani o przysługującym im prawie do zachowania milczenia, a następnie, na podstawie innego przepisu krajowego, pouczeni o możliwości nałożenia na nich kary do sześciu miesięcy pozbawienia wolności, jeżeli szczegółowo nie przedstawią organom ścigania swoich kolejnych działań w określonym czasie. Tym samym, stwierdził Trybunał, zastosowanie tego ostatniego przepisu unicestwiło istotę zakazu przymuszania do samooskarżania oraz prawa do zachowania milczenia⁷.

Przedmiotem analizy ETPC w sprawie *Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* były dopuszczalne ograniczenia prawa osób podejrzanych do kontaktu z obrońcą. Sprawa dotyczyła postępowania organów ścigania po zamachach bombowych w Londynie w dniu 7 lipca 2005 r. Bezpośrednio po atakach śledczy zatrzymali kilkunastu potencjalnych sprawców i w ciągu pierwszych kilkunastu godzin przesłuchiwali ich bez udziału obrońców oraz innych osób. Biorąc pod uwagę zakres czasowy ograniczenia prawa do obrony, szczególną sytuację, w jakiej znalazły się organy ścigania oraz problem z prawidłowym ustaleniem kręgu sprawców, ETPC uznał, że nie doszło do naruszenia prawa do sprawiedliwego procesu. W tych szczególnych okolicznościach postępowanie śledczych uniemożliwiło podejrzany ustalenie wspólnej wersji i utrudnianie ścigania, zaś dostęp do obrońców został podejrzany umożliwiony niezwłocznie po ustaleniu przez śledczych kręgu osób uczestniczących w dokonaniu zamachów. Jedynie w przypadku skarżącego *Abdurahmana* Trybunał doszukał się naruszenia prawa do sprawiedliwego procesu, które w ocenie ETPC wykraczało poza granice naznaczone zasadą proporcjonalności. Skarżący ten, przesłuchiwany w charakterze świadka, przyznał się do tego, że dwa dni po ataku pomógł jednemu z zamachowców w ten sposób, że przyjął go do swojego domu. Dopiero potem postawiono mu zarzuty, ale wtedy mógł już skorzystać z prawa do odmowy składania wyjaśnień. W postępowaniu sądowym ujawniono jego zeznania złożone w charakterze świadka i sędzia zwrócił uwagę ławnikom, że takie przesłuchanie było wadliwe i tym samym nie powinno stanowić dowodu oraz podstawy orzekania. Trybunał zaakcentował aspekt psychologiczny takiego postępowania oraz fakt, że ławnicy, skazując *Abdurahmana*, zasugerowali się dowodem przeprowadzonym w sposób nieprawidłowy. Dodatkowo postawiono mu zarzut gatunkowo inny niż dokonanie aktu terrorystycznego, to jest pomoc w ukryciu

⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Heaney i McGuinness przeciwko Irlandii* z 21.3.2001, nr skargi 34720/97, § 47–59.

się podejrzanego. Biorąc pod uwagę charakter zarzutu oraz stopień naruszenia prawa do obrony, przekroczono granice wyznaczone zasadą proporcjonalności⁸.

Jednymi z najważniejszych orzeczeń, dotyczących praw osób podejrzewanych o udział w działaniach terrorystycznych, są wyroki w sprawach *Al-Nashiri przeciwko Polsce* oraz *Abu-Zubaydah przeciwko Polsce*, dotyczących tzw. więzień CIA, w których to orzeczeniach ETPC nie tylko uznał, że doszło do rażącego naruszenia art. 6 EKPC, ale posłużył się pojęciem *flagrant denial of justice*. Pojęcie to oznacza nie jakiekolwiek, zwykłe nieprawidłowości przy prowadzeniu postępowania, ale tak fundamentalne naruszenie gwarancji wynikających z art. 6

EKPC, że w istocie prowadziło ono do unicestwienia lub zniszczenia prawa do sprawiedliwego procesu. Przede wszystkim, jak wskazał Trybunał, żaden system prawny nie powinien dopuszczać w sprawie sądowej dowodu uzyskanego przy pomocy tortur. Uczyniłoby to bowiem proces nie tylko niemoralnym i nielegalnym, ale również jego wynik całkowicie niewiarygodnym. Naruszenie art. 6 EKPC przez Polskę polegało na tym, że wydała ona skarżących Stanom Zjednoczonym, gdzie mieli oni być sądzeni przez Komisję Wojskową, utworzoną do badania spraw osób niebędących obywatelami Stanów Zjednoczonych, w ramach wojny z terroryzmem i poza federalnym systemem sądowym. Komisja ta nie wykluczała żadnego dowodu, w tym również uzyskanego przy pomocy tortur. Zakaz stosowania tortur jest prawem absolutnym, nie tylko na gruncie EKPC, w związku z czym dotyczy każdego, w każdych okolicznościach, w tym również osób podejrzanych o powiązania z terroryzmem⁹. Zdaniem ETPC, poprzez stosowanie tak określonych standardów, Komisja Wojskowa nie gwarantowała poszanowania zasady bezstronności, nie miała legitymacji ani w ramach prawa Stanów Zjednoczonych, ani prawa międzynarodowego, nie była więc sądem utworzonym na mocy ustawy¹⁰.

Podsumowując tę część rozważań należy wskazać, że prawo do rzetelnego procesu ma dwa ważne aspekty. Po pierwsze, poprzez przestrzeganie gwarancji proceduralnych daje ono wyraz realizacji zasad sprawiedliwości przy orzekaniu, bez względu na to, kim jest sprawca oraz jakiego czynu się dopuścił. Po drugie, może ono służyć ochronie innych praw człowieka, np. zakazowi stosowania tortur.

⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 13.9.2016 r., nr skargi 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09, § 280–294, 301–311.

⁹ Art. 5 PDPC, art. 7 MPPOiP, art. 3 EKPC, art. 4 KPP, art. 13 Arabskiej KPC, art. 5 AmKPC, art. 5 Afrykańskiej KPCN. Wyrok MTS w sprawie *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* z 20.7.2012 r., ICJ Reports 2012, s. 422, pkt 99. Wyrok ETPC w sprawie *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 15.11.1996 r., nr skargi 22414/93, § 79. Wyrok ETPC w sprawie *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 21.11.2001 r., nr skargi 35763/97, § 59–61. Wyrok ETPC w sprawie *Gäfgen przeciwko Niemcom* z 1.6.2010 r., nr skargi 22978/05, § 87–93. Wyrok IACtHR w sprawie *Marrittza Urrutia przeciwko Guatemali* z dnia 27.11.2003 r., pkt 92.

¹⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Al-Nashiri przeciwko Polsce* z 24.7.2014 r., nr skargi 28761/11, § 562–569. Wyrok ETPC w sprawie *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce* z 27.7.2014 r., nr skargi 7511/13, § 552–561.

Wreszcie, ograniczenia prawa do rzetelnego procesu, choć mogą być stosowane, powinny mieć charakter czasowy i być zgodne z zasadą proporcjonalności. W przeciwnym bowiem razie godzą w istotę prawa do sprawiedliwego procesu.

Kontrola sądowa środków ograniczających stosowanych wobec osób podejrzewanych o udział w działaniach terrorystycznych

Walka z terroryzmem obejmuje również pewne działania o charakterze prewencyjnym i zapobiegawczym. Jednym z jej elementów jest odcięcie terrorystów i ich organizacji od źródeł finansowania ich aktywności poprzez stosowanie środków ograniczających, polegających na zamrożeniu funduszy oraz innych aktywów majątkowych i finansowych. Sankcje te są stosowane w związku z rezolucjami Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych¹¹ (dalej: RB ONZ), zarówno na poziomie regionalnym, przez Unię Europejską¹² oraz na poziomie krajowym¹³. Środki te od momentu ich wprowadzenia były przedmiotem krytyki ze strony doktryny, w szczególności z punktu widzenia zgodności procesu ich nakładania oraz stosowania z wymogami prawa do sprawiedliwego procesu¹⁴.

¹¹ Rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ: nr 1267 (1999); nr 1333 (2000); nr 1363 (2000); nr 1373 (2002); nr 1390 (2002); nr 1452 (2002); nr 1455 (2003); nr 1526 (2004); nr 1617 (2005); nr 1624 (2005); nr 1735 (2006); nr 1822 (2008); nr 1904 (2009); nr 1988 (2011); nr 1989 (2011); nr 2082 (2012); nr 2083 (2012); nr 2129 (2013); nr 2133 (2014); nr 2160 (2014); nr 2161 (2014); nr 2170 (2014); nr 2178 (2014); nr 2199 (2015); nr 2249 (2015); nr 2253 (2015); nr 2255 (2015); nr 2309 (2016); nr 2322 (2016); 2341 (2017).

¹² Np. Wspólne stanowisko Rady UE nr 2001/931/WPZiB z dnia 27 grudnia 2001 r. w sprawie stosowania szczególnych środków w walce z terroryzmem, Dz. Urz. UE 2001 L 344, s. 93. Rozporządzenie Rady UE nr 2580/2001/WE z dnia 27 grudnia 2001 r. w sprawie szczególnych środków skierowanych przeciwko określonym osobom i jednostkom, mające na celu zwalczanie terroryzmu, Dz. Urz. UE 2001 L 344, s. 70.

¹³ Np. Stany Zjednoczone: Antiterrorism and Effective Death Penalty Act z dnia 24 kwietnia 1996 r. Executive Order 13,224 z 23.9.2001 r., chociaż należy zaznaczyć, że Stany Zjednoczone traktują omawiane sankcje jako środek o charakterze wyłącznie krajowym, wewnętrznym. Zjednoczone Królestwo: Afghanistan (United Nations Sanctions) Order 1999 (SI 3133/1999) z 24.11.1999 r. Afghanistan (United Nations Sanctions) Order 2001 (SI 396/2001) z 14.2.2001 r. Afghanistan (United Nations Sanctions) (Amendment) Order 2001 (SI 2557/2001) z 18.7.2001 r. Terrorism (United Nations Measures) Order 2001 (SI 3365/2001) z 9.10.2001 r. Al-Qa'ida and Taliban (United Nations Measures) Order 2002 (SI 111/2002) z 23.1.2002 r. Terrorism (United Nations Measures) Order (Amendment) Regulations 2003 (SI 1297/2003) z 14.5.2003 r. Terrorism (United Nations Measures) Order 2006 (SI 2657/2006) z 10.10.2006 r. Al-Qa'ida and Taliban (United Nations Measures) Order 2006 (SI 2952/2006) z 14.11.2006 r. Terrorism (United Nations Measures) Order 2009 (SI 1747/2009) z 8.7.2009 r. Al-Qaida and Taliban (Asset-Freezing) Regulations 2010 (SI 1197/2010) z 7.4.2010 r. Al-Qaida (Asset-Freezing) Regulations 2011 (SI 2742/2011) z 15.11.2011 r.

¹⁴ H.P. Aust, *Between Self-assertion and Deference: European Courts and Their Assessment of UN Security Council Resolutions*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2008, nr 8, s. 66. A. Bianchi, *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion*, European Journal of International Law 2006, vol. 17, nr 6, s. 912. C. Eckes, *Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures – The Yusuf and Kadi Judgements of the Court of First Instance*, European Law Journal 2008, vol. 19, nr 1, s. 84–85.

Stosunkowo ograniczona kontrola sankcji sprawowana jest przez sądy Stanów Zjednoczonych. Przede wszystkim, aby móc zaskarżyć decyzję o ich nałożeniu, dana jednostka musi posiadać własność lub być w inny sposób obecna na terytorium Stanów Zjednoczonych, gdyż tylko wówczas może korzystać z praw konstytucyjnych gwarantowanych przez to państwo. Sama merytoryczna kontrola omawianych środków jest również bardzo ograniczona, gdyż sądy odwołują się do doktryny sprawy politycznej (*doctrine of political question*), a wpisy na listę podmiotów objętych sankcjami traktują jako element polityki zagranicznej władzy wykonawczej. Dlatego też wszelka kontrola sądowa środków finansowych stosowanych przeciwko podmiotom powiązanim z terroryzmem ogranicza się do stwierdzenia, czy Sekretarz Stanu posiadał dowody pozwalające na dokonanie wpisu, czy wpis nie jest arbitralny i dowolny (*arbitrary and capricious*). Sądy nie decydują natomiast, czy dany podmiot rzeczywiście stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa Stanów Zjednoczonych ani nie oceniają, czy ustalenia władzy wykonawczej w tym zakresie są prawidłowe, czy też nie¹⁵.

W przypadku Unii Europejskiej orzecznictwo Sądu (Pierwszej Instancji) UE było początkowo rozbieżne i uznawało, że Sąd może sprawować pełną kontrolę merytoryczną środków stosowanych przeciwko podmiotom imiennie wskazanym na szczeblu UE, nie może natomiast kontrolować sankcji przeciwko podmiotom wpisanym na listę na poziomie RB ONZ przez komitet ds. sankcji¹⁶. Dopiero

B. Fassbender, *Targeted sanctions imposed by the UN Security Council and due process rights. A study commissioned by the UN Office of Legal Affairs and Follow-Up Action by the United Nations*, International Organisations Law Review 2006, nr 6, s. 443. U. Haltern, *Gemeinschaftsdrundrechte und Antiterrormaßnahmen der UNO*, Juristenzeitung 2007, nr 11, s. 542-543. B. Kunoy, *The Jurisdiction of the ECJ to Review the Legality of the Transposition of an International Act in the EC Legal Order*, Nordic Journal of International Law 2007, nr 76, s. 32. M. Zieliński, *Międzynarodowe decyzje administracyjne*, Katowice 2011, s. 120–121.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla Dystryktu Kolumbii w sprawach połączonych *People's Mojahedin Organization of Iran (PMOI) i Liberation Tigers of Tamil Eelam przeciwko Departamentowi Stanu Stanów Zjednoczonych* z 25.6.1999 r., nr 97-1648 i 97-1670. Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla Dystryktu Kolumbii w sprawach połączonych *National Council of Resistance of Iran and National Council of Resistance of Iran, U.S. Representative Office przeciwko Departamentowi Stanu Stanów Zjednoczonych* z 8.6.2001 r., nr 99-1438 i 99-1439. Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla Dystryktu Kolumbii w sprawach połączonych *People's Mojahedin Organization of Iran (PMOI) przeciwko Departamentowi Stanu Stanów Zjednoczonych i Colinowi L. Powellowi* z 9.5.2003 r., nr 01-1465 i 01-1476. Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla Dystryktu Kolumbii w sprawie *National Council of Resistance of Iran (NCRI) przeciwko Departamentowi Stanu Stanów Zjednoczonych i Colinowi L. Powellowi* z 9.7.2004, nr 01-1480. Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla Dystryktu Kolumbii w sprawie *Kahane Chai i inni przeciwko Departamentowi Stanu Stanów Zjednoczonych i Sekretarzowi Stanu Condoleezie Rice* z 17.6.2006 r., nr 03-1392. Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla Dystryktu Kolumbii w sprawie *Yassin Abdullah Kadi przeciwko Sekretarzowi Stanu Timothy'emu Geithnerowi* z 19.3.2012 r., nr 09-0108.

¹⁶ Wyrok Sądu UE w sprawie T-306/01 *Ahmed Ali Yusuf i Al Barakaat International Foundation przeciwko Radzie i Komisji* z 21.9.2005 r., ECLI:EU:T:2005:331. Wyrok Sądu UE w sprawie T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi przeciwko Radzie i Komisji* z 21.9.2005 r., ECLI:EU:T:2005:332. Wyrok Sądu UE w sprawie T-253/02 *Chafiq Ayadi przeciwko Radzie* z 12.7.2006 r., ECLI:EU:T:2006:200. Wyrok Sądu UE w sprawie T-49/04 *Faraj Hassan przeciwko Radzie i Komisji* z 12.7.2006 r., ECLI:EU:T:2006:201. Wyrok Sądu UE w sprawie T-228/02 *Organisation des Mojahedines du Peuple*

wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) w sprawach połączonych C-402/05 P i C-415/05 P *Kadi i Al Barakaat* ujednolicił zasady kontroli sądowej, wprowadzając jednolite jej standardy, bez względu na to, który organ dokonał wpisu jednostki na listę adresatów sankcji¹⁷. Ostatecznie Sąd i TSUE przyjęły, że prawo do obrony oraz skutecznej kontroli sądowej skarżących nie były przestrzegane. Oczywiście, zastosowanie środków ograniczających powinno korzystać z elementu zaskoczenia, dlatego od organów UE nie wymaga się poinformowania podmiotów o wszczęciu procedury w przedmiocie nałożenia sankcji, co ma na celu zapobieżenie ukryciu zamrażanych funduszy i innych aktywów majątkowych i finansowych. Niemniej, już po nałożeniu sankcji, organy UE powinny umożliwić zainteresowanym skorzystanie z prawa do rzetelnego procesu, a sądom dokonanie ich merytorycznej oceny. W tym celu powinny one przekazać zainteresowanym podmiotom, najszybciej jak to jest możliwe, informacje o dokonanych wpisach na listę i jego przyczynach oraz umożliwić im wypowiedzenie się w przedmiocie stawianych im zarzutów i okoliczności przytoczonych na ich poparcie¹⁸. W przypadku podmiotów objętych omawianymi środkami na skutek decyzji komitetu ds. sankcji przy RB ONZ, organy UE powinny uzyskać uzasadnienie wpisu, które nie może ograniczać się wyłącznie do notatki prasowej ze strony komitetu oraz powinno być wystarczająco precyzyjne i konkretne, aby w ogóle umożliwić podjęcie prawa do obrony. Jeżeli jednostka przedstawi swoje uwagi dotyczące okoliczności podanych w uzasadnieniu, organy Unii powinny je merytorycznie ocenić i się do nich odnieść, również na podstawie dodatkowych informacji uzyskanych przez organy UE od komitetu ds. sankcji. Jeżeli w sprawie pojawi się problem ochrony informacji niejawnych ze względów bezpieczeństwa publicznego, kontrolą sądową objęte są także przyczyny odmowy udostępnienia tych informacji podmiotowi zainteresowanemu. Niemniej, aby uznać wpis za zasadny, wystarczy, że tylko jedna przyczyna okaże się wystarczająco rzeczywista, precyzyjna i udowodniona¹⁹.

Środki ograniczające, polegające na zamrożeniu funduszy oraz innych aktywów majątkowych i finansowych, były ponadto przedmiotem analizy ze strony ETPC w dwóch sprawach wytoczonych przeciwko Szwajcarii, poprzedzonych dwoma wyrokami szwajcarskiego Sądu Federalnego, w których Sąd ten uznał, że w prawie krajowym nie przysługuje skarżącym żaden środek

d'Iran przeciwko Radzie z 12.12.2006 r., ECLI:EU:T:2006:384. Wyrok Sądu UE w sprawie T-47/03 *José María Sison przeciwko Radzie* z 11.7.2007 r., ECLI:EU:T:2007:207.

¹⁷ Wyrok TSUE w sprawach połączonych C-402/05 P i C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi i Al Barakaat International Foundation przeciwko Radzie i Komisji* z 3.9.2008 r., ECLI:EU:C:2008:461.

¹⁸ T-228/02 *OMPI*, pkt. 91–93, 99, 119–120, 126–131, 138–140. T-47/03 *Sison*, pkt. 139–141, 166–167, 173–181, 185–193. C-402/05 P i C-415/05 P *Kadi i Al-Barakaat*, pkt. 334–352.

¹⁹ Wyrok Sądu UE w sprawie T-85/09 *Yassin Abdullah Kadi przeciwko Komisji* z 30.9.2010 r., ECLI:EU:T:2010:418, pkt. 49–61, 78, 171–187, 192–195. Wyrok TSUE w sprawach połączonych C-584/10 P, C-593/10 P i C-595/10 P *Komisja przeciwko Yassinowi Abdullahowi Kadi'emu* z 18.7.2013 r., ECLI:EU:C:2013:518, pkt. 97–107, 111–112, 114–115, 117, 120–130, 135–149, 151–163. Wyrok Sądu UE w sprawie T-306/10 *Hani el Sayyed Elsebai Yusef przeciwko Komisji* z 21.3.2014 r., ECLI:EU:T:2014:141, pkt. 93, 95, 97.

do skutecznego zakwestionowania wpisu, zaś wyroki powinny opierać się wyłącznie na formalnym ustaleniu, czy nazwisko danej jednostki figuruje na liście stworzonej przez komitet ds. sankcji. Sytuacja skarżących mogłaby być natomiast zmieniona wyłącznie poprzez utworzenie mechanizmu kontroli sądowej w ramach ONZ²⁰. Z takim stanowiskiem nie zgodził się ETPC, który orzekł, że Szwajcaria pozbawiła skarżących prawa do skutecznego, zarówno od strony prawnej, jak i praktycznej, środka kontroli sądowej. Rezolucje RB ONZ pozwalają bowiem państwom na pewien margines swobody, a sam fakt, że działania krajowe dotyczą wykonania rezolucji nie może powodować, że krajowym aktom wykonawczym będzie przysługiwał immunitet od kontroli sądowej pod kątem ich zgodności z zasadami wynikającymi z ochrony praw człowieka, tym bardziej że same decyzje RB ONZ nie zobowiązywały państw do ograniczenia prawa do skutecznej kontroli sądowej. Sądy powinny uzyskać informacje, w tym niejawne, uzasadniające dokonanie wpisu i ocenić, czy w okolicznościach danej sprawy nie był on arbitralny. Jest to o tyle istotne, że brak jest mechanizmu kontroli sądowej w ramach ONZ i braku tego nie rekompensuje istnienie instytucji *Ombudsmana*²¹.

W Zjednoczonym Królestwie w przypadku krajowych list podmiotów objętych środkami ograniczającymi odwołania od decyzji Sekretarza Stanu, odmawiającej wykreślenia z listy, rozpoznaje specjalny sąd: *Proscribed Organizations Appeal Commission* (dalej: POAC). Orzeka ona na podstawie całości materiału zgromadzonego w sprawie, w tym tajnego, gdyż, jak sama POAC podkreśla, odwołanie powinno stanowić efektywny środek kontroli sądowej. Warunkiem utrzymania danego podmiotu na liście jest jego aktualne uczestniczenie w działaniach terrorystycznych. *A contrario*, jeżeli dana organizacja zaprzestała takiej aktywności, nie dysponuje zasobami broni i brak jest dowodów, że próbuje ona taką broń nabyć lub szkolić swoich członków celem dokonywania przez nich ataków, wpis powinien zostać uchylony²². O sankcjach nałożonych na podmioty wskazane przez komitet ds. sankcji przy RB ONZ orzekał z kolei brytyjski Sąd Najwyższy w sprawie *Ahmed*. W jego ocenie, prawo do rzetelnego procesu może być ograniczone, jeżeli wymagają tego względy pokoju i bezpieczeństwa publicznego, jednakże wszelkie restrykcje powinny być przyjmowane w drodze aktu wydawanego przez Parlament, co w przypadku kwestionowanych rozporządzeń²³ nie miało miejsca. W ocenie Sądu, władza wykonawcza znacznie wykroczyła poza swoje kompetencje, przyjmując wobec jednostek tak drastyczne

²⁰ Wyrok Sądu Federalnego Szwajcarii w sprawie T 1/2 1A.45/2007/daa *Youssef Mustapha Nada przeciwko SECO, Staatssekretariat für Wirtschaft* z 14.11.2007 r. Wyrok Sądu Federalnego Szwajcarii w sprawie nr T 0/2 2A.783/2006/svc A. *przeciwko SECO, Staatssekretariat für Wirtschaft* z 23.1.2008 r.

²¹ Wyrok ETPC w sprawie *Nada przeciwko Szwajcarii* z 12.9.2012 r., nr skargi 10593/08, § 207–214. Wyrok ETPC w sprawie *Al-Dulimi and Montana Management Inc. przeciwko Szwajcarii* z 21.6.2016 r., nr skargi 5809/08, § 139–154.

²² Wyrok POAC w sprawie *People's Mojahdeen Organization of Iran przeciwko Sekretarzowi Stanu* z 30.11.2007 r.

²³ Terrorism (United Nations Measures) Order 2006 (SI 2657/2006) z 10.10.2006 r. Al-Qa'ida (United Nations Measures) Order 2006 (SI 2952/2006) z 14.11.2006 r.

i opresyjne sankcje (*so drastic and so oppressive*). W efekcie osoby objęte środkami ograniczającymi są więźniami państwa (*prisoners of the state*), a sam wpis ma wpływ nie tylko na imiennie wskazane na listach podmioty, ale także na ich rodziny. Sąd Najwyższy zasygnalizował również, że na poziomie ONZ brak jest skutecznego środka kontroli sądowej sankcji²⁴.

Ciekawym zagadnieniem, z jakim przyszło się zmierzyć brytyjskiemu Sądowi Najwyższemu, był problem sądowej kontroli głosu przedstawiciela Zjednoczonego Królestwa w ramach komitetu ds. sankcji przy RB ONZ. Sąd uznał, że w takim przypadku Sekretarz Stanu jest członkiem organu kolegialnego i nie można odseparować jego głosu od głosów pozostałych członków i tym samym głos Sekretarza Stanu nie podlega kontroli sądowej, gdyż decyzja o wpisie jest decyzją komitetu, a nie samego Sekretarza. Niemniej tym, co ewentualnie mogłoby podlegać kontroli sądowej, jest uprzednia decyzja Sekretarza o tym, w jaki sposób zamierza głosować. Jednakże i w tym przypadku Sąd uznał, że decyzja władzy wykonawczej nie jest przypisaniem winy w rozumieniu karnym, jest jedynie oceną ryzyka, czy ktoś stanowi zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa. Z kolei państwa zadecydowały, że organem właściwym do ustalania stopnia tegoż ryzyka, to jest oceny, czy spełnione są kryteria do dokonania wpisu, jest komitet ds. sankcji i jego członkowie, a nie sądy i jest to decyzja polityczna²⁵.

Warto odnotować ponadto pogląd Sądu Federalnego Kanady, wyrażony w wyroku w sprawie *Abdelrazik*, który skrytykował brak gwarancji proceduralnych przy nakładaniu i stosowaniu sankcji na poziomie RB ONZ oraz komitetu ds. sankcji. Sam z kolei dokonał szczegółowej analizy postępowania Kanady względem skarżącego po wpisaniu go na listę i uznał, że rząd kanadyjski nieprawidłowo stosował wyjątki od środków ograniczających, przez co bezpodstawnie utrudnił skarżącemu powrót do Kanady, której był on obywatelem²⁶. Również Komitet Praw Człowieka (dalej: KPC) zwrócił uwagę na brak skutecznego mechanizmu sądowej kontroli wpisów²⁷.

Poza sądami Stanów Zjednoczonych, które traktują sankcje polegające na zamrożeniu funduszy i innych aktywów finansowych jako środki o charakterze wyłącznie krajowym, wszystkie inne sądy starają się wypełnić lukę polegającą na braku mechanizmu kontroli sądowej sankcji na poziomie ONZ. Tym samym starają się zapewnić, w ramach swoich kompetencji, aby ochrona praw jednostek nie była tylko iluzoryczna, a kontrola ich przestrzegania przez organy władzy państwowej nie tylko formalna. Kwestią otwartą jest natomiast, czy RB ONZ

²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa w sprawie *Her Majesty's Treasury przeciwko Mohammed Jabar Ahmed i inni, Her Majesty's Treasury przeciwko Mohammed al-Ghabra, R (on the application of Hani El Sayed Dabaei Youssef) przeciwko Her Majesty's Treasury* z 27.1.2010 r., [2010] UKSC 2.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa w sprawie *Youssef przeciwko Sekretarzowi Stanu* z 27.1.2016 r. [2016] UKSC 3.

²⁶ Wyrok Sądu Federalnego Kanady w sprawie *Abousafian Abdelrazik przeciwko Ministrowi Spraw Zagranicznych oraz Rzecznikowi Generalnemu Kanady* z 4.6.2009 r., [2010] 1 F.C.R. 267.

²⁷ Poglądy KPC w sprawie *Nabil Sayadi i Patricia Vinck przeciwko Belgii* z 22.10.2008 r., nr skargi 1472/2006, pkt 12.

stworzy mechanizm kontroli sądowej, czym wprowadziłaby jednolite zasady badania wpisów dokonywanych przez komitet ds. sankcji²⁸.

Tak sprawowana kontrola sądowa ma znaczenie z punktu widzenia ochrony innych praw człowieka. Ze względu na zamrożenie funduszy ograniczone są przecież prawo własności, prawo do swobodnego przemieszczania się, a w konsekwencji prawo do poszanowania życia rodzinnego. Wieloletnie stosowanie omawianych środków powoduje, że restrykcje tych praw z punktu widzenia osób fizycznych są znaczne.

Tajemnica adwokacka jako element prawa do rzetelnego procesu

Prawo do sprawiedliwego procesu obejmuje również prawo do obrony, które łączy się z posiadaniem przez jednostkę odpowiedniego czasu i środków na jej przygotowanie oraz uprawnienie do korzystania z pomocy profesjonalnego prawnika. To ostatnie nie byłoby w pełni skuteczne, gdyby jednostka nie mogła swobodnie rozmawiać ze swoim obrońcą, bez ryzyka, że przekazane w ten sposób informacje zostaną wykorzystane przeciwko niej, gdyż relacja klient–adwokat opiera się na zaufaniu. Dlatego też istotne jest poszanowanie tajemnicy adwokackiej²⁹, która nie jest przywilejem adwokata, ale prawem jego klienta.

²⁸ M. Matusiak-Frączczak, *Wyrok w sprawie Al-Dulimi – czy Europejski Trybunał Praw Człowieka zmusi Radę Bezpieczeństwa ONZ do wprowadzenia mechanizmu sądowej kontroli sankcji przeciwko jednostkom?*, Europejski Przegląd Sądowy 2017, nr 4, s. 28–29.

²⁹ M. Radin, *The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client*, California Law Review 1927–1928, nr 16, s. 490, 493. American Bar Association, *The Model Code of Professional Responsibility* z 12.8.1969 r., pkt EC 4–1. Wyrok Bombay High Court w sprawie *Munchershaw Bezonji przeciwko The New Dhurumsey Spinning and Weaving Company* z 12.8.1880 r., [1880] 4 ILR Bom 576. Wyrok Court of Appeal Wellington w sprawie *Regina przeciwko Uljee* z 10.12.1982 r., [1982] 1 NZLR 561. Wyrok Court of Chancery w sprawie *Lawrence przeciwko Campbell* z 7.3.1859 r., [1859] 4 Drew 485. Wyrok High Court of Australia w sprawie *Baker przeciwko Campbell* z 26.10.1983 r., [1983] 153 CLR 52. Postanowienie High Court of Australia w sprawie *Carter przeciwko Northmore Hale Davy & Leake* z 14.6.1995 r., [1995] 183 CLR 121. Wyrok Izby Lordów w sprawie *Bolton przeciwko Corporation of Liverpool* z 13.2.1833 r., [1833] 1 My & K 88. Opinie Izby Lordów w sprawie *Three Rivers District Council i inni przeciwko Governor and Company of the Bank of England (No 6)* z 11.11.2004 r., [2004] UKHL 48. Wyrok Judicial Committee of the Privy Council w sprawie *B & Ors v. Auckland District Law Society (New Zealand)* z 19.5.2003 r., [2003] 2 AC 736 [44]. Wyrok Sądu Najwyższego Kanady w sprawie *Jones przeciwko Smith* z 25.3.1999 r., [1999] 1 R.C.S. 455. Wyrok Sądu Najwyższego Kanady w sprawie *R. przeciwko McClure* z 2.3.2001 r., [2001] 1 R.C.S. 445. Wyrok Sądu Najwyższego Kanady w sprawie *Canada (Attorney General) przeciwko Federation of Law Societies of Canada* z 13.2.2015 r., [2015] 1 R.C.S. 401. Wyrok Supreme Judicial Court of Massachusetts w sprawie *Foster przeciwko Hall* z 10.1831 r. Fr[1831] 12 Pick 39. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Upjohn Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym* z 13.1.1981 r., [1981] 449 U.S. 383. Wyrok Sądu Konstytucyjnego Belgii w sprawie nr 10/2008 z 23.1.2008 r., pkt. B.7.1, B.7.9. Wyrok Sądu Konstytucyjnego Belgii w sprawie nr 127/2013 z 26.9.2013 r., pkt B.29.2. Wyrok Sądu Kasacyjnego Francji w sprawie nr 98-80007 z 5.10.1999 r. Wyrok Sądu Kasacyjnego Francji w sprawie nr 00-83570 z 8.11.2000 r. Wyrok *Gerechtshof den Haag* w sprawie nr 200.174.280/1 z 27.10.2015 r., ECLI:NL:GHDHA:2015:2881, pkt. 2.7, 4.3.

W zwalczaniu finansowania terroryzmu znaczenie mają zalecenia *Financial Action Task Force*³⁰ (dalej: FATF), do których odwołuje się zarówno RB ONZ w swoich rezolucjach odnoszących się do walki z terroryzmem i jego finansowaniem, jak i są one stosowane przez Unię Europejską w aktach prawnych przyjmowanych w komentowanej dziedzinie³¹. Przy czym, jak wyraźnie wskazuje FATF w zaleceniach nr 22³² i 23³³ oraz wyjaśnieniach do nich, mają one zastosowanie do prawników wykonujących wolne zawody w sytuacji, kiedy dokonują oni w imieniu klienta określonych typów transakcji. Wówczas to na prawnikach spoczywa obowiązek zgłaszania odpowiednim władzom informacji o transakcjach podejrzanych. Natomiast kiedy prawnik udziela porady prawnej lub reprezentuje stronę w procesie, uzyskane przez niego informacje, również o transakcjach, podlegają ochronie, jaką daje tajemnica zawodowa. Na tych zaleceniach wzorowała się Unia Europejska³⁴.

Tak ukształtowane przepisy zostały uznane za zgodne z istotą i wymogami prawa do sprawiedliwego procesu i prawa do obrony przez TSUE³⁵, ETPC³⁶,

³⁰ Financial Action Task Force, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations*, 2012 r.

³¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE z 26.10.2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz. Urz. L 309, s. 15, 25.11.2005.

³² „Obowiązek należytej staranności oraz obowiązek ewidencjonowania, określony w zaleceniach 1, 11, 12, 15 i 17, mają zastosowanie do wskazanych niefinansowych działalności i zawodów w następujących sytuacjach: [...]”

(d) prawników, notariuszy, innych wolnych zawodów prawniczych i księgowych – kiedy przygotowują lub przeprowadzają transakcje dla ich klienta dotyczące następujących działań:

- kupno i sprzedaż nieruchomości;
- zarządzanie pieniędzmi, papierami wartościowymi lub innymi aktywami klienta;
- zarządzanie kontami bankowymi, oszczędnościowymi i rachunkami papierów wartościowych;
- organizowanie wkładów dla stworzenia, operacje zarządzania spółkami;
- tworzenie, obrót lub zarządzanie osobami prawnymi lub innymi jednostkami, kupno i sprzedaż jednostek biznesowych”.

³³ „Wymagania określone w zaleceniach 18–21 mają zastosowanie do niefinansowych działalności i zawodów, z zastrzeżeniem następujących warunków:

a) prawnicy, notariusze, inne wolne zawody prawnicze i księgowi powinni być zobowiązani do zgłaszania podejrzanych transakcji kiedy, w imieniu lub na zlecenie klienta, biorą oni udział w transakcji finansowej w odniesieniu do czynności opisanych w paragrafie (d) zalecenia nr 22. Państwa powinny rozszerzyć obowiązek zgłaszania na pozostałe czynności zawodowe księgowych, włączając audyt”.

³⁴ Art. 23 ust. 2 dyrektywy nr 2005/60/WE: „Państwa Członkowskie nie mają obowiązku stosowania wymagań określonych w art. 22 ust. 1 w stosunku do notariuszy, prawników wykonujących wolne zawody, audytorów, zewnętrznych księgowych oraz doradców podatkowych w odniesieniu do informacji, które otrzymują od swojego klienta lub uzyskują na jego temat podczas ustalania jego sytuacji prawnej lub podczas wykonywania swoich obowiązków polegających na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym lub w związku z takim postępowaniem, włączając w to doradztwo w sprawie wszczynania lub unikania postępowania, bez względu na to, czy takie informacje są uzyskane lub otrzymane przed, w trakcie czy po zakończeniu takiego postępowania”.

³⁵ Wyrok TSUE w sprawie C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophones i inni przeciwko Conseil des ministres* z 26.6.2007 r., ECLI:EU:C:2007:383.

³⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Michaud przeciwko Francji* z 6.12.2012 r., nr skargi 12323/11.

belgijski Sąd Konstytucyjny³⁷, *England and Wales Court of Appeal*³⁸ oraz polski Trybunał Konstytucyjny³⁹. Zwrócono w nich uwagę na okoliczność, że prawnicy są zobligowani do informowania o transakcjach nie w sytuacji, kiedy dokonują typowych czynności adwokackich, a w okolicznościach, kiedy działają jak pośrednicy majątkowi i finansowi. Takie ograniczenie praw jednostek, w świetle walki z terroryzmem jako zagrożeniem dla światowego pokoju i bezpieczeństwa, nie wydaje się nieuzasadnione oraz nieproporcjonalne⁴⁰. Z kolei kanadyjski Sąd Najwyższy zakwestionował przepisy krajowe pozwalające właściwej władzy na przeszukiwanie biur adwokackich, a także pozwalające na skazanie adwokatów na karę pozbawienia wolności za niewykonywanie przepisów ustawowych obligujących do prowadzenia rejestru określonych kategorii klientów. Za taką konkluzją przemówiło ustalenie, że adwokaci zostali *de facto* przekształceni w agentów państwa, co godziło w relacje klient–adwokat, oparte na zaufaniu, a w konsekwencji w prawo do obrony⁴¹.

Jak wynika z powyższego, walka z terroryzmem uzasadnia pewne ograniczenia zasady poszanowania tajemnicy adwokackiej. Niemniej nie mogą one godzić w istotę prawa do obrony, co jest jedną z gwarancji proceduralnych prawa do sprawiedliwego procesu.

Kontrola sądowa *targeted killings*

Targeted killings nie posiadają (jeszcze) odpowiednika nazwy w języku polskim, dlatego też w niniejszym opracowaniu będzie używana nazwa angielska. Jest to metoda zwalczania terrorystów, polegająca na zbieraniu informacji o osobach kierujących organizacjami terrorystycznymi i planujących zamachy, miejscu ich ukrywania się, a następnie na wysłaniu tam oddziału jednostek specjalnych lub uzbrojonego drona i zabiciu wyselekcjonowanej w ten sposób osoby. Izrael rozpoczął stosowanie tej metody od Intifady *Al-Aqsa* w 2000 r., natomiast Stany Zjednoczone po raz pierwszy użyły drona *U.S. Predator* do zabicia członków *Al Kaidy* w dniu 3.11.2002 r. Najbardziej znanym przypadkiem *targeted killing* było zabójstwo *Osamy bin Ladena* w dniu 2.5.2011 r. przez amerykański oddział *Navy Seals*⁴².

³⁷ Wyrok Sądu Konstytucyjnego Belgii w sprawie nr 10/2008.

³⁸ Wyrok *England and Wales Court of Appeal* w sprawie *Bowman i Fels* z 8.3.2005 r., [2005] 1 WLR 3083.

³⁹ Wyrok TK w sprawie sygn. akt K 41/05 z 2.7.2007 r.

⁴⁰ M. Matusiak-Frączczak, *Tajemnica adwokacka a obowiązki nałożone na adwokatów w związku z walką z finansowaniem terroryzmu*, *Palestra* 2016, nr 10, s. 58–68.

⁴¹ Wyrok Sądu Najwyższego Kanady w sprawie *Canada (Attorney General) przeciwko Federation of Law Societies of Canada* z 13.2.2015 r., [2015] 1 R.C.S. 401.

⁴² L.E. Chiesa, A.K.A. Greenawalt, *Beyond War: Bin Laden, Escobar, and the Justification of Targeted Killing*, *Washington and Lee Law Review* 2012, vol. 69, nr 1, s. 1371–1470. W.J. Fisher, *Targeted Killing, Norms, and International Law*, "Columbia Journal of Transnational Law" 2007, Vol. 45, No. 3, s. 711–758. G.S. McNeal, *Targeted Killing and Accountability*, "The Georgetown

W Stanach Zjednoczonych podstawę prawną do stosowania *targeted killing* stanowi akt o nazwie AUMF⁴³, zgodnie z którym prezydent jest upoważniony do użycia wszystkich koniecznych i właściwych sił przeciwko tym narodom, organizacjom lub osobom, które według jego ustaleń zaplanowały, autoryzowały popełniły lub pomagały terrorystom dokonać ataków, które miały miejsce w dniu 11.9.2001 r. lub udzieliły schronienia tym organizacjom lub osobom, w celu zapobieżenia jakimkolwiek przyszłym aktom międzynarodowego terroryzmu wymierzonym przeciwko Stanom Zjednoczonym przez te narody, organizacje i osoby⁴⁴. Dodatkowo w 2012 r. Departament Sprawiedliwości opublikował białą księgę⁴⁵ o polityce dronów, stosowanej przez administrację prezydenta Baracka Obamy. Wskazano w niej, że *targeted killing* jest dopuszczalne w przypadku spełnienia kumulatywnie 3 przesłanek:

1) posiadający informacje urzędnik wysokiego szczebla rządu Stanów Zjednoczonych ustalił, że wybrana jednostka stanowi bezpośrednie zagrożenie zamachu przeciwko Stanom Zjednoczonym;

2) operacja zatrzymania i aresztowania nie jest możliwa i jednocześnie Stany Zjednoczone kontynuują monitorowanie, czy nie staną się one możliwe;

3) operacja zostanie przeprowadzona zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa wojny.

Na tym etapie mało prawdopodobne jest, aby sądy Stanów Zjednoczonych dokonywały kontroli *targeted killings*. Ponownie odwołały się one bowiem do doktryny sprawy politycznej i uznały, że określenie celu *targeted killing* jest kompetencją polityczną władzy wykonawczej niepodlegającą kontroli sądowej, bez względu na to, czy wykonanie przez agentów Stanów Zjednoczonych ataku spowodowało szkody w mieniu, czy szkody na osobie, nawet jako efekt uboczny tych działań⁴⁶.

Z kolei Sąd Najwyższy Izraela stwierdził, że walka z terroryzmem stanowi konflikt międzynarodowy, co implikuje stosowanie międzynarodowego prawa humanitarnego oraz praw człowieka. Po dokonaniu pogłębionej analizy Sąd

Law Journal” 2014, Vol. 102, No. 3, s. 681–794. A.P.V. Rogers, D. McGoldrick, *Assassination and Targeted Killing – the Killing of Osama Bin Laden*, “International and Comparative Law Quarterly” 2011, Vol. 60, 2011, No. 3, s. 778–788.

⁴³ *Authorization for Use of Military Force (AUMF)*, S.J.Res.23 – 107th Congress (2001–2002).

⁴⁴ *That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons.*

⁴⁵ *U.S. Department of Justice, Lawfulness of a Lethal Operation Directed Against a U.S. Citizen Who is a Senior Operational Leader of Al Quaida or an Associated Force (White Paper)*, http://msnbcmedia.msn.com/i/msnbc/sections/news/020413_DOJ_White_Paper.pdf (2017.07.01), s. 7.

⁴⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego dla Dystryktu Kolumbii w sprawie *El-Shifa Pharmaceutical Industries Company i Salah El Din Ahmed Mohamed Idris, Appellants przeciwko United States of America, Appellee* z 8.6.2010 r., nr 07-5174. Wyrok Sądu Apelacyjnego dla Dystryktu Kolumbii w sprawie *Ahmed Salem Bin Ali Jaber i inni, Appellants przeciwko United States of America, et. al., Appellees* z 30.6.2017 r., nr 16-5093.

Najwyższy ustalił, że terrorystów należy zaliczyć do kategorii osób cywilnych, biorących bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, w związku z czym nie przysługuje im taka ochrona, jaka jest przyznana członkom sił zbrojnych oraz cywilom. Skutkiem takiego uznania jest możliwość określenia terrorystów jako celu bezpośredniego ataku zbrojnego. Niemniej nawet wówczas *targeted killing* będzie podlegało kontroli sądowej z punktu widzenia zasady proporcjonalności, w świetle której po tę metodę powinno się sięgnąć dopiero wówczas, kiedy nie jest możliwy inny sposób działania przeciwko danemu terroryście, w szczególności jego zatrzymanie, aresztowanie i skazanie w procesie karnym. Z tego samego punktu widzenia należy ocenić rodzaj użytej broni do przeprowadzenia *targeted killing*, zwłaszcza w sytuacji, kiedy istnieje duże ryzyko spowodowania szkód ubocznych w stosunku do niewinnej ludności cywilnej. Dlatego też Sąd Najwyższy Izraela uznał, że nie da się z góry powiedzieć, że każdy przypadek *targeted killing* będzie legalny, ani również, że będzie on *ab initio* bezprawny, trzeba to bowiem oceniać *ad casu*, przez pryzmat zasady proporcjonalności⁴⁷.

Choć prawo amerykańskie i izraelskie prezentują różne podejścia, to jednak z ich analizy płynie jeden wniosek. *Targeted killing* można używać do walki w celu zapobieżeniu popełnienia kolejnych aktów terroryzmu przez osobę, przeciwko której jest ono wymierzone, wyłącznie w wyjątkowych, ściśle określonych okolicznościach, kiedy nie jest możliwe doprowadzenie danej osoby przed oblicze wymiaru sprawiedliwości i jej osądzenie. Nie można natomiast stosować tego środka w celu ukarania terrorysty za już dokonany przez niego zamach⁴⁸. W doktrynie podkreśla się również znaczenie kontroli sądowej dokonywanej *ex post*, a nie *ex ante*, dla uniknięcia nadużycia władzy ze strony egzekutywy, która decyduje o dokonaniu *targeted killing*⁴⁹. Prawo do rzetelnego procesu ma w tym przypadku szczególne znaczenie, gdyż służy ono ochronie innych praw – do życia, zdrowia i prawa własności również osób trzecich, nie tylko terrorystów. Niemniej na tym etapie jest mało prawdopodobne, aby sądy Stanów Zjednoczonych zmieniły swoje podejście do doktryny sprawy politycznej i podjęły się kontroli decyzji władzy wykonawczej o sięgnięciu po *targeted killing* w walce z terroryzmem.

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego Izraela w sprawie *Public Committee Against Torture v. Government (Targeted killing)*, z 14.12.2006 r., HCJ 769/02.

⁴⁸ L.E. Chiesa, A.K.A. Greenawalt, *op. cit.*, s. 1413–1414, 1457–1458.

⁴⁹ J. Jaffer, *Judicial Review of Targeted Killings*, "Harvard Law Review Forum" 2013, Vol. 126, No. 185, s. 185–187. S.L. Vladeck, *Targeted Killing and Judicial Review*, "The George Washington Law Review" 2014, Vol. 82, No. 11, s. 11–29. A.N. Guirao, *Targeted Killing: When Proportionality Gets All Out of Proportion*, "Case Western Reserve Journal of International Law" 2012, Vol. 45, No. 1–2, s. 238.

Podsumowanie

Jakkolwiek prawo do sprawiedliwego procesu może podlegać pewnym ograniczeniom, to jednak – jak pokazują przytoczone przykłady – jego trzon, stanowiący o istocie tego prawa, nie podlega derogacji, również w przypadku walki z tak poważnym zagrożeniem dla światowego pokoju i bezpieczeństwa, jakim jest terroryzm. Podstawowymi elementami, które składają się na prawo do rzetelnego procesu, jest wymóg, aby sprawa w ogóle została rozpoznana przez sąd. Owszem, są w tym zakresie dopuszczalne odstępstwa, ale powinny one mieć wyłącznie charakter czasowy, np. niemożliwość przeprowadzenia postępowania z powodu siły wyższej czy działań zbrojnych.

Kolejnym ważnym obowiązkiem jest zapewnienie bezstronności sądu, a w końcu możliwość podjęcia efektywnej obrony praw przez jednostkę. Dlatego też jednostki powinny otrzymywać uzasadnienie skarżonych aktów czy mieć prawo do nieskrępowanego kontaktu z adwokatem, korzystać z prawa do zachowania milczenia. Wszelkie derogacje od tych gwarancji, choć mogą być dopuszczalne, nie powinny wykroczać poza granice określone zasadą proporcjonalności.

Gwarancje proceduralne mają jeszcze dodatkowe istotne znaczenie. Mianowicie służą one ochronie i realizacji innych praw człowieka, jak wspomniane w artykule: zakaz tortur, prawo własności, prawo do ochrony życia i zdrowia, prawo do przemieszczania się czy prawo do poszanowania życia rodzinnego. Cóż bowiem pozostałoby z tych praw, gdyby były one zapewnione wyłącznie na papierze, a nie istniałby żaden efektywny i obiektywny środek ich realizacji? Bez prawa do sprawiedliwego procesu ochrona innych praw człowieka byłaby tylko formalna i iluzoryczna.

Należy powtórzyć raz jeszcze, zapewnienie poszanowania praw podstawowych również osobom podejrzanym i oskarżonym o terroryzm odróżnia metody demokratycznego państwa prawa opartego o zasadę praworządności, od metod stosowanych przez terrorystów. Nie należy tracić z pola widzenia, że dopuszczenie nadmiernych odstępstw od poszanowania praw człowieka w przypadku terrorystów mogłoby spowodować przesuwanie granic ochrony praw również i w innych przypadkach – na niekorzyść jednostek. Dlatego tak istotne jest opracowanie zasad skutecznego zwalczania terroryzmu z zachowaniem ochrony praw podstawowych. Fundamentalne znaczenie mają w tym zakresie gwarancje proceduralne.

SELECTED ASPECTS OF COMBATting TERRORISM AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

Key words: terrorism, right to a fair trial, human rights, procedural guarantees, targeted sanctions, legal professional privilege, targeted killing

Summary

Terrorism is nowadays one of the biggest threats to international peace and security. Nevertheless, its combatting must be compatible with the requirements of human rights protection, including the right to a fair trial. First the article discusses procedural guarantees of suspects of terrorist crimes in criminal proceedings. Then the article deliberates the aspects of judicial control of targeted sanctions. The next part will constitute the exploration of the legal professional privilege in the discussed area. Finally, the article will discuss the judicial control of targeted killing. The aim of the article is to prove that actually the right to a fair trial and the procedural guarantees enshrined therein constitute a guarantee to other human rights.

Bibliografia

- Aust H.P., *Between Self-assertion and Deference: European Courts and Their Assessment of UN Security Council Resolutions*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2008, nr 8.
- Bianchi A., *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion*, European Journal of International Law 2006, vol. 17, nr 6.
- Chiesa L.E., Greenawalt A.K.A., *Beyond War: Bin Laden, Escobar, and the Justification of Targeted Killing*, Washington and Lee Law Review 2012, vol. 69, nr 1.
- Eckes C., *Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures – The Yusuf and Kadi Judgements of the Court of First Instance*, European Law Journal 2008, vol. 19, nr 1.
- Fassbender B., *Targeted sanctions imposed by the UN Security Council and due process rights. A study commissioned by the UN Office of Legal Affairs and Follow-Up Action by the United Nations*, International Organisations Law Review 2006, nr 6.
- Fisher W.J., *Targeted Killing, Norms, and International Law*, Columbia Journal of Transnational Law 2007, vol. 45, nr 3.
- Garlicki L., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I. Komentarz do artykułów 1-18, Warszawa 2010.
- Guirao A.N., *Targeted Killing: When Proportionality Gets All Out of Proportion*, Case Western Reserve Journal of International Law 2012, vol. 45, nr 1-2.
- Halter U., *Gemeinschaftsdrundrechte und Antiterrormaßnahmen der UNO*, Juristenzeitung 2007, nr 11.
- Jaffer J., *Judicial Review of Targeted Killings*, Harvard Law Review Forum 2013, vol. 126, nr 185.
- Kunoy B., *The Jurisdiction of the ECJ to Review the Legality of the Transposition of an International Act in the EC Legal Order*, Nordic Journal of International Law 2007, nr 76.
- McNeal G.S., *Targeted Killing and Accountability*, The Georgetown Law Journal 2014, vol. 102, nr 3.
- Matusiak-Frączak M., *Tajemnica adwokacka a obowiązki nałożone na adwokatów w związku z walką z finansowaniem terroryzmu*, Palestra 2016, nr 10.
- Matusiak-Frączak M., *Wyrok w sprawie Al-Dulimi – czy Europejski Trybunał Praw Człowieka musi Radę Bezpieczeństwa do wprowadzenia mechanizmu sądowej kontroli sankcji przeciwko jednostkom?*, Europejski Przegląd Sądowy 2017, nr 4.
- Radin M., *The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client*, California Law Review 1927-1928, nr 16.
- Rogers A.P.V., McGoldrick D., *Assassination and Targeted Killing – the Killing of Osama Bin Laden*, International and Comparative Law Quarterly 2011, vol. 60, 2011, nr 3.
- Vladeck S.L., *Targeted Killing and Judicial Review*, The George Washington Law Review 2014, vol. 82, nr 11.
- Zieliński M., *Międzynarodowe decyzje administracyjne*, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Katowice 2011.

ELŻBIETA HANNA MORAWSKA
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

Środki tymczasowe w stanach nadzwyczajnych. Uwagi na tle sprawy *Gruzja v. Federacja Rosyjska* przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości

Słowa kluczowe: Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, środki tymczasowe, Międzynarodowa Konwencja w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej

1. Wprowadzenie

Dnia 12 sierpnia 2008 r. Gruzja wystąpiła do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS/Trybunał) o rozstrzygnięcie jej sporu prawnego z Federacją Rosyjską (Rosja) odnośnie do stosowania Międzynarodowej Konwencji w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej (CERD/Konwencja)¹ i tym samym wszczęła postępowanie w sprawie *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*². We wniosku inicjującym postępowanie przed Trybunałem Gruzja stwierdziła między innymi, że:

¹ Międzynarodowa Konwencja w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej (Dz.U. Nr 25, poz. 187 z 1969 r.) *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (UN TS, Vol. 660, p. 195); została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych (ZO ONZ) na mocy rezolucji 2106 (XX) z dnia 21.12.1965 r.; CERD została podpisana dnia 7.3.1966 r.; weszła w życie dnia 4.1.1969 r.; na dzień 3.7. 2017 r. była podpisana przez 88 państw, natomiast 178 państw ją ratyfikowało. Zob. <https://treaties.un.org> [dostęp: lipiec 2017 r.].

² Application instituting proceedings, filed in the Registry of the Court on 12 August 2008, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, (Georgia v Russian Federation). Tekst wniosku dostępny jest na stronach MTS: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/140/14657.pdf> [dostęp: lipiec 2017].

Federacja Rosyjska, działając za pośrednictwem swoich organów, agentów, innych osób i podmiotów wykonujących funkcje rządowe oraz poprzez siły separatystyczne Osetii Południowej i Abchazji oraz innych agentów, działających w oparciu o instrukcje oraz będących pod [jej] kierownictwem i kontrolą, ponosi odpowiedzialność za poważne naruszenia fundamentalnych zobowiązań wynikających dla niej [jako państwa–strony] z CERD, włączając w to [zobowiązania] z art. 2, 3, 4, 5 i 6³.

Zarzuty Gruzji dotyczyły okresu od 1990 r. do sierpnia 2008 r., w którym Federacja Rosyjska miała naruszyć „[...] wiążące ją na gruncie CERD obowiązki podczas trzech odrębnych etapów [podjętych we wskazanym okresie] działań militarnych w Osetii Południowej i Abchazji”⁴. Konsekwentnie, Gruzja zwróciła się do MTS o nakazanie Federacji Rosyjskiej „podjęcia wszelkich koniecznych kroków celem wykonania wiążących ją na gruncie CERD zobowiązań”⁵.

Gruzja wskazała jako podstawę dla jurysdykcji MTS art. 22 CERD. Zawiera on klauzulę sądową (klauzulę jurysdykcyjną), przyznającą MTS jurysdykcję w zakresie sporów, jakie mogą pojawiać się pomiędzy państwami–stronami w związku z wykładnią i stosowaniem CERD⁶.

Antycypując szczegółowe uwagi, podkreślić należy, że Konwencja jest jednym z nielicznych traktatów praw człowieka, których państwa–strony wyraziły zgodę na jurysdykcję MTS odnośnie do wykładni lub stosowania jej przepisów⁷.

2. Kontekst sprawy

Przedłożony Trybunałowi jako „głównemu organowi sądowemu ONZ”⁸ do rozstrzygnięcia spór jest głęboko osadzony w specyfice Kaukazu Południowego (Zakaukazia). Jak wiadomo, jest to region o wyjątkowym zróżnicowaniu etnicznym i religijnym zamieszkujących go ludów⁹. Na to zróżnicowanie nakładają

³ *Ibidem*, para. 81.

⁴ *Ibidem*, para. 5.

⁵ *Ibidem*, para. 8.

⁶ Art. 22 CERD stanowi, że każdy spór między dwoma lub więcej Państwami Stronami Konwencji dotyczący interpretacji lub stosowania niniejszej Konwencji, który nie zostanie rozstrzygnięty w drodze rokowań lub przez zastosowanie procedury wyraźnie ustalonej w niniejszej Konwencji, zostanie przekazany – na wniosek którejkolwiek ze stron w sporze – do rozstrzygnięcia Międzynarodowemu Trybunałowi Sprawiedliwości, chyba że strony będące w sporze zgodzą się na inny tryb uregulowania sporu.

⁷ Wspomnianą klauzulę sądową dopuszczającą jurysdykcję MTS zawierają: Konwencja w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet z 1979 r. (art. 29); Konwencja przeciwko Torturom oraz Innemu Okrutnemu, Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu z 1984 r. (art. 30); Międzynarodowa Konwencja w sprawie Ochrony Wszystkich Pracowników Migrujących oraz Członków ich Rodzin z 1990 r. (art. 92); Międzynarodowa Konwencja w sprawie Ochrony Wszystkich Osób przed Wymuszonymi Zaginięciami z 2006 r. (art. 42).

⁸ Por. art. 92 Karty ONZ (Dz.U. z 1947, Nr 23 poz. 90).

⁹ Szacuje się, że na Kaukazie (obszar 440 tysięcy metrów kwadratowych) żyje ponad 100 narodowości, co więcej, należą one do trzech rodzin etnicznych: kaukaskiej, altajskiej i indoeuropejskiej. Zob. A. Chodubski, *Mozaika narodowościowa i etniczna Kaukazu*, [w:] *Kaukaz: transformacja*

się nieprzystające do niego granice państwowe, co jest źródłem konfliktów terytorialno-etnicznych, które nasiliły się po rozpadzie Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich (ZSRR) w 1991 r. Konflikty te nade wszystko opierają się na zaszłościach historycznych, kwestiach etnicznych oraz separatyzmach. W ich tle wszelako od początku znajduje się Rosja, która dąży do wzmocnienia, osłabionej po rozpadzie ZSRR, swej pozycji w tym ważnym dla niej regionie¹⁰, co potwierdzają okoliczności rozwoju separatyzmu abchaskiego i południowoosetyjskiego w Gruzji¹¹. Stanowiły one rzeczywiste źródło skargi Gruzji¹², która dążąc do przywrócenia swej integralności terytorialnej podjęła przeciwko Osetii Południowej działania zbrojne, co jednak nastąpiło po licznych prowokacjach strony rosyjskiej¹³.

Działania zostały zakończone po niespełna kilku dniach (7 sierpnia 2008 r. – 12 sierpnia 2008 r.), ale przyniosły Gruzji klęskę militarną i polityczną¹⁴. Były one tragiczne w skutkach dla ludności cywilnej. W trakcie walk zginęło łącznie blisko 600 osób cywilnych¹⁵. Ponadto, po ich zakończeniu, blisko 340 tysięcy osób, w tym 220 tysięcy uchodźców wewnętrznych na terytorium kontrolowanym przez władze gruzińskie oraz 10 tysięcy osób przesiedlonych do

przywództwa i elit politycznych, t. VI, red. T. Bodio, Warszawa 2012, s. 121–142; K. Iwańczuk, *Geopolityka Kaukazu*, [w:] *Region Kaukazu w stosunkach międzynarodowych*, K. Iwańczuk, T. Kapuśniak (red.), Lublin 2008, s. 17–18.

¹⁰ Zob. np. K. Golaś, *Region Kaukazu w polityce Federacji Rosyjskiej. Wybrane aspekty*, „Przegląd Geopolityczny” 2011, t. 3, s. 1–3 [dostępny on line: geopolityka.net; dostęp: lipiec 2017 r.] wraz z podaną tam literaturą przedmiotu, zob. m.in. A. Włodkowska, *Polityka Federacji Rosyjskiej na obszarze WNP*, Toruń 2006, s. 269–272; A. Topolski, *Polityka Federacji Rosyjskiej wobec państw Zakaukazia*, [w:] *Region Kaukazu w stosunkach międzynarodowych*, red. K. Iwańczuk, T. Kapuśniak, Lublin 2008, s. 252 i n. Do Rosji należy część północna Kaukazu (Czeczenia, Dagestan), natomiast południowa część Kaukazu podzielona została między trzy państwa (byłe republiki ZSRR): Gruzję, Azerbejdżan i Armenię. Na obszarze tych krajów – w Osetii Południowej, Abchazji czy Górskim Karabachu – dochodzi często do starć i konfliktów zbrojnych.

¹¹ Zob. m.in. K. Fedorowicz, *Konflikty na Kaukazie Południowym jako czynniki destabilizujące rzeczywistość społeczno-polityczną*, „Studia Europejskie” Nr 4, 2015, s. 173 i n. Tendencje separatystyczne obecne są również w Adżarii, niemniej w maju 2004 r. Gruzja odzyskała nad nią kontrolę.

¹² M. Balcerzak, *Spór gruzińsko-rosyjski przed sądami międzynarodowymi*, [w:] *Bezpieczeństwo międzynarodowe. Szanse i zagrożenia*, red. S. Sykuna, J. Zajadło, Gdańsk 2011, s. 12.

¹³ Fakt ten potwierdził ówczesny prezydent M. Saakaszwili przed gruzińską komisją parlamentarną. Zob. K. Golaś, *op. cit.*, s. 5 wraz z podaną tam literaturą przedmiotu; A. Bryc, *Rosja w XXI wieku. Gracz światowy czy koniec gry?*, Warszawa 2009, s. 68–72; K. Janicki, *Abchazja i Osetia Południowa. Pionki w grze mocarstw? (1992–2009)*, [w:] *Źródła nienawiści. Konflikty etniczne w krajach postkomunistycznych*, red. K. Janicki, Kraków–Warszawa 2009, s. 277–284.

¹⁴ Dokładnie, po pięciu dniach walk. W ich trakcie zginęło 183 żołnierzy i policjantów gruzińskich, 63 żołnierzy rosyjskich i ok. 150 osetyjskich; zob. Raport *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia*, Report September 2009). 12.08.2008 r. przygotowano sześciopunktowy plan zakończenia walk. Zob. Biuro Bezpieczeństwa Narodowego, *Rok po wojnie rosyjsko-gruzińskiej Stan realizacji porozumień Sarkozy – Miedwiediew z 12 sierpnia 2008 r. oraz 8 września 2008 r.* Dokument dostępny na stronie: www.bbn.gov.pl; dostęp: czerwiec 2017 r.]. 25.08. 2008 r. wyższa izba parlamentu rosyjskiego przyjęła rezolucję wzywającą prezydenta do uznania niepodległości separatystycznych regionów Gruzji: Abchazji i Osetii Południowej, w następstwie czego prezydent D. Miedwiediew podjął decyzję o formalnym uznaniu przez Rosję obydwu regionów Gruzji za niepodległe państwa.

¹⁵ 365 po stronie osetyjskiej i 228 po stronie gruzińskiej.

Osetii Południowej i ponad tysiąc innych osób, które przebywały w Abchazji, Osetii Południowej, objętych zostało działaniami Urzędu Wysokiego Komisarza ONZ ds. Uchodźców¹⁶. Do dnia dzisiejszego powyższa sytuacja nie uległa zmianie. Wręcz przeciwnie, w stosunkowo najnowszych dokumentach ONZ nadal jest mowa o przymusowych przesiedleniach cywilów, polityce mającej na celu „przymusowe zmiany demograficzne” i konieczności uznania prawa przesiedlonych Gruzinów do powrotu do domów¹⁷. W kontekście coraz trudniejszej sytuacji humanitarnej w tym regionie¹⁸ zwraca się uwagę na stanowisko Federacji Rosyjskiej i konsekwentny brak współpracy z jej strony¹⁹.

3. Istota środków tymczasowych

Po zainicjowaniu postępowania przed MTS Gruzja złożyła wniosek o wskazanie środków tymczasowych (ang. *provisional measures*)²⁰, uznając, że okoliczności sprawy wymagają ich przedsięwzięcia w celu zabezpieczenia jej praw na gruncie CERD „do ochrony swoich obywateli przed dyskryminacyjnymi aktami przemocy ze strony rosyjskich sił zbrojnych, działającymi w porozumieniu z bojówkami separatystów i zagranicznymi najemnikami”. MTS przychylił się do wniosku Gruzji i wydał stosowne zarządzenie²¹. Tym samym środki tymczasowe w tej

¹⁶ Pośród nich byli bezpaństwowcy i osoby ubiegające się o status uchodźcy. Zob. dokument Wysokiego Komisarza ds. Uchodźców (UNHCR) dostępny na stronie [dostęp: czerwiec 2017 r.].

¹⁷ Rezolucja ZO ONZ, z dnia 2.6.2017, A/RES/71/290, *Status of internally displaced persons and refugees from Abkhazia, Georgia, and the Tskhinvali region/South Ossetia, Georgia*. Za powyższą rezolucją głosowało 80 państw, przeciw było 14, a 61 wstrzymało się od głosu; zob. rekomendację Parlamentu Europejskiego Unii Europejskiej (PE UE) z dnia 3.9. 2008 r. w sprawie sytuacji w Gruzji, (2009/C 295 E/08); zob. też *Human Rights in the Occupied Territories of Georgia*, Information Note Distributed by the Delegation of Georgia, Information Note, OSCE Review Conference – Human Dimension Session Warsaw, 30 September – 8 October 2010, Working Session 6, RC.DEL/186/10, 18 October 2010.

¹⁸ Rezolucja PE UE, 1916 (2013), z dnia 23.01.2013, *Georgia and Russia: the humanitarian situation in the conflict and war-affected areas*, (2013/1916)

¹⁹ Decyzja Komitetu Ministrów Rady Europy (KM RE) z dnia 3.5.2017 r., *The Council of Europe and the conflict in Georgia*. KM RE wyraził głębokie ubolewanie, że “despite the constant calls upon the Russian Federation to reverse the process of the installation of artificial obstacles along the administrative boundary lines (ABLs) which divide families and communities, violate human rights and fundamental freedoms and complicate the settlement of the conflict involving two member States, it continues this process”; nadto wyraził opinię, że “the closure of «crossing points» across the ABL of the Georgian region of Abkhazia is detrimental for freedom of movement and livelihood of the local residents and will further deteriorate the humanitarian situation” (para. 4).

²⁰ Przedmiotowy wniosek (ang. *Request for the Indication of Provisional Measures*) Gruzja złożyła dnia 14.8.2008 r.; dodatkowo, kilka dni później tj. dnia 25.08.2008 r., w związku z „gwałtownie zmieniającymi się warunkami w Abchazji i Osetii Płd.” rząd Gruzji uzupełnił ten wniosek. Zob. *Amended Request for the Indication of Provisional Measures of Protection submitted by the Government of Georgia*.

²¹ Uczynił to MTS dnia 15.10.2008 r. Zob. *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, p. 35.

sprawie zostały wskazane w trybie art. 41 Statutu MTS²², a nie w trybie art. 75 ust. 1, zgodnie z którym MTS może w każdym czasie zdecydować o sprawdzeniu *proprio motu*, czy okoliczności sprawy wymagają podjęcia takich środków²³.

Środki tymczasowe są uznawane za jedną z ważniejszych instytucji międzynarodowych procesów sądowych²⁴, choć zostały zapożyczone z krajowych procedur, zasadniczo z procedury cywilnej²⁵. Ten krajowy rodowód nie był przeszkodą w ich coraz szerszym stosowaniu na forum międzynarodowym. Ich prawdziwym orędownikiem stały się sądy i trybunały²⁶, formułując koncepcję wiążącego ich charakteru, określając ich cele i stosunek do jurysdykcji odnośnie do istoty sporu²⁷, co zresztą budzi istotne kontrowersje²⁸.

²² Zob. art. 41 Statutu MTS oraz postanowienia Regulaminu MTS z 1978 r.: *Section D. Incidental proceedings. Subsection 1. Interim Protection*. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż w powyższym artykule mowa jest iż MTS „wskazuje” (ang. *indicate*) środki tymczasowe. Rozumienie tego terminu budzi wątpliwości, ale zazwyczaj jako jego synonim wskazywany jest wyraz „sugeruje” (ang. *suggest*, a nie „zarządza” (ang. *order*) czy „nakazuje” (ang. *prescribe*). Zob. N. M. Tama, *Nicaragua v. United States: The Power of the International Court of Justice to indicate interim measures in political disputes*, „Penn State International Law review” Vol. 4, No. 1, 1985, s. 67, przypis nr 13.

²³ Jak dotąd MTS nie skorzystał z tego uprawnienia, nawet wówczas gdy zwracała się o to jedna ze stron sporu. Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*. Zob. H. W. A. Thirlway, *The International Court of Justice*, Oxford 2016, s. 153–154.

²⁴ B. Kempen, Z. He, *The practice of the International Court of Justice on Provisional Measures; The Recent Development*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)” Vol. 69, 2009, s. 920, zwłaszcza przypis nr 1.

²⁵ J. Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court – An Attempt at a Scrutiny*, Deventer 1983, s. 2 i n.; 73 i n.; S. Oda, *Provisional measures. The practice of the International Court of Justice*, [w:] *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honor of Sir Robert Jennings*, red. V. Lowe, M. Fitzmaurice, Cambridge 1996, s. 541–548.

²⁶ Por. Art. 57 Regulaminu STSM z 1931 r. (Ser D No 1; 2nd edn); art. 61 Regulaminu STSM z 1936 r. (Ser D No 1; 3rd edn); Art. 41 Statutu MTS; art. 73–78 Regulaminu MTS, *Section D. Incidental proceedings Subsection 1. Interim Protection*; art. 290 Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza; art. 47 Konwencji o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw (Konwencja Waszyngtońska); Por. art. 39 Regulaminu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zob. ogólnie C. Miles, *Provisional measures before International Courts and Tribunals*, Cambridge 2017. Zaznaczyć należy, że środki tymczasowe nie są tylko w gestii organów sądowych. Zob. J. Sztucki, *op. cit.* s. 5, 9 i n.

²⁷ *Georgia v. Russian Federation*, Provisional Measures, para. 147 “Whereas the Court’s “orders on provisional measures under Article 41 [of the Statute] have binding effect” – (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 506, para. 109) and thus create international legal obligations which both Parties are required to comply with (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 258, para. 263)”.

²⁸ Zob. np. J. G. Merrills, *Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court*, „Cambridge Law Journal” Vol. 36, Issue 1, 1977, s. 86–109; podobnie też ob. J. Sztucki, *op. cit.* s. 221–302; N. M. Tama, *op. cit.*, s. 67 i n. Wiodącą w tym zakresie sprawą jest sprawa *LaGrand* z 2001 r. Zob. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Report 2001, p. 506, para. 109 “orders on provisional measures under Article 41 [of the Statute] have binding effect”.

W praktyce MTS odnośnie do środków tymczasowych za jedną z najważniejszych spraw uznawana jest sprawa *Fisheries Jurisdiction*, w której Trybunał określił cel i funkcję tych środków. Stwierdził wówczas, że

“[...] Prawo Trybunału do wskazania środków tymczasowych, o których mowa w art. 41 Statutu, ma na celu zachowanie odpowiednich praw Stron do czasu rozstrzygnięcia [sprawy] przez Trybunał i zakłada, że prawa [Stron], które są przedmiotem sporu w postępowaniu sądowym, nie powinny doznać nieodwracalnego uszczerbku, a wyrok Trybunału nie powinien być prognozowany z powodu przedsięwzięcia rzeczonych środków”²⁹.

W świetle art. 41 podstawowym celem środków tymczasowych jest zatem zabezpieczenie odpowiednich praw każdej ze Stron sporu. Należy zwrócić uwagę, że chodzi o zabezpieczenie praw Strony Skarżącej i Strony Pozwanej, co jest łączone z fundamentalną zasadą równości państw oraz zasadą równości Stron w sporze przed Trybunałem³⁰. Oczywiście chodzi o odpowiednie prawa podniesione przez Strony w danej sprawie³¹. Następnie Trybunał, mając na uwadze ochronę tych praw³², wskazuje środki tymczasowe, niemniej nie jest wówczas zobligowany wyrokować co do ich istoty³³.

Obok tego zindywidualizowanego celu prewencyjnego środki tymczasowe realizować mają cel bardziej generalny, mianowicie MTS może wskazać środki tymczasowe niezależnie od wniosków Stron sporu również w celu zapobieżenia „pogłębieniu lub rozszerzeniu sporu, który został przedłożony Trybunałowi”³⁴. W tym wypadku nie chodzi o zabezpieczenie odpowiednich praw Stron sporu, ale o zabezpieczenie integralności postępowania przed Trybunałem, tak, aby rozstrzygnięcie sporu nie zostało utrudnione³⁵. W literaturze przedmiotu zwa-

²⁹ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 12, para. 21.

³⁰ Zob. J. Sztucki, *op. cit.*, s. 70. Autor ten zaznacza, że Strony w postępowaniu przed MTS wielokrotnie próbują przypisać środkom inne cele i funkcje.

³¹ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014, p. 147, para. 22: “The power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute has as its object the preservation of the respective rights claimed by the parties in a case, pending its decision on the merits thereof”.

³² MTS zwraca uwagę, że chodzi o ochronę praw, „które następnie mogą być zgodnie z późniejszym rozstrzygnięciem uznane za przysługujące albo Skarżącemu, albo Pozwanemu”. Zob. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 13, para. 35.

³³ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 5 February 2003, J. C. J. Reports 2003, p. 77, para. 48.

³⁴ W 1984 r., w sprawie dotyczącej *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, MTS jednomyślnie wskazał środki tymczasowe, stwierdzając, że „[...] The Governments of the United States of America and the Republic of Nicaragua should each of them ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court”. I.C.J. Reports 1984, p. 187, para. 41 B (3).

³⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p. 134, para 82: “to refrain from any actions which might render

ca się uwagę, że MTS formułując powyższy cel środków tymczasowych istotnie wykroczył poza zakres art. 41 Statutu³⁶. Praktyka MTS pokazuje wszelako, że Trybunał nie uzasadnia wskazania omawianych środków wyłącznie powyższym celem, choć zasadniczo nie pomija go i kieruje do obu Stron sporu³⁷. W tym kontekście należy również podkreślić pewną swobodę MTS odnośnie do wskazania tak adresata (adresatów) środków, jak i samych środków, gdyż w tych kwestiach MTS nie jest związany wnioskiem Strony o wskazanie środków tymczasowych³⁸.

W świetle Statutu środki tymczasowe mogą być wskazane, gdy MTS uzna, że wymagają tego okoliczności sprawy. Oznacza to, że są instrumentami wyjątkowymi, które mogą być wykorzystane w ściśle określonych przypadkach. Oczywiście warunkiem jest złożenie wniosku o wskazanie środków tymczasowych po wszczęciu postępowania przed MTS³⁹. Po drugie, prawa, które mają być chronione przez środki tymczasowe, powinny być, jeśli nie identyczne, to ściśle powiązane z tymi prawami, które mają być przedmiotem oceny w zasadniczej (merytorycznej) części postępowania⁴⁰. Z tego względu Trybunał może wskazać

more difficult the resolution of the present dispute". Dla porównania zob. *Aegean Sea Continental Shelf*, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I.C.J. Reports 1976, p. 3, para. 42, w którym ustalił, że w sprawie tej nie zachodzi potrzeba "[...] to decide the question whether Article 41 of the Statute confers upon it the power to indicate interim measures of protection for the sole purpose of preventing the aggravation or extension of a dispute".

³⁶ S. Oda, *op. cit.*, s. 552–553.

³⁷ Zob. np. *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Order of December 20th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 208, s. 93; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 12, s. 9; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 3, s. 25.

³⁸ Zob. np. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 3, para. 46; *Georgia v. Russian Federation*, Provisional Measures, para. 146: "Whereas the Court, having found that the indication of provisional measures is required in the current proceedings, has considered the terms of the provisional measures requested by Georgia; whereas the Court does not find that, in the circumstances of the case, the measures to be indicated are to be identical to those requested by Georgia; whereas the Court, having considered the material before it, considers it appropriate to indicate measures addressed to both Parties".

³⁹ Zwraca na to uwagę H. W. A. Thirlway, podkreślając, że takiego wymogu nie ma np. w postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości UE. Tenże, *The indication of provisional measures by the International Court of Justice*, R. Bernhardt (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin 1994, s. 17. Można dodać, że również w postępowaniu przed ETPC nie ma takiego wymogu.

⁴⁰ *Arbitral Award of 31 July 1989*, Provisional Measures, Order of 2 March 1990, I.C.J. Reports 1990, p. 64, para. 24–27; *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014, p. 147, para. 22: "Whereas Guinea-Bissau has requested the Court to exercise in the present proceedings the power conferred upon it by Article 41 of the Statute of the Court »to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party«; whereas the purpose of exercising this power is to protect "rights which are the subject of dispute in judicial proceedings" (*Aegean Sea Continental Shelf*, I.C.J. Reports 1976, p. 9, para. 25; *Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, I.C.J. Reports 1979, p. 19, para. 36); whereas such measures are provisional and indicated "pending the final

omawiane środki tylko wtedy, jeżeli jest przekonany, że prawa, powoływane przez wnioskodawcę, są przynajmniej prawdopodobne lub dopuszczalne⁴¹. Co więcej, prawa te muszą być powiązane z tymi środkami⁴². Środki te mają charakter tymczasowy, do chwili merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, nie powinny być więc dłużej potrzebne⁴³.

Zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia jest jednak kwestia jurysdykcji Trybunału do wskazania środków tymczasowych. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że wynika ona bezpośrednio z art. 41 Statutu i istnieje niezależnie od jurysdykcji odnośnie do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy⁴⁴. MTS ustalił bowiem, że wskazanie środków tymczasowych jest wtedy możliwe „[...] gdy przepisy powołane przez wnioskodawcę wydają się *prima facie* stanowić podstawę, na której jurysdykcja Trybunału mogłaby być oparta”⁴⁵. Na etapie postępowania incydentalnego odnośnie do środków tymczasowych Trybunał nie musi mieć pewności co do swej jurysdykcji w zakresie meritum sprawy⁴⁶. Reasumując,

decision” (Article 41, paragraph 2, of the Statute); and whereas therefore they are to be measures such that they will no longer be required as such once the dispute over those rights has been resolved by the Court’s judgment on the merits of the case”.-

⁴¹ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 18, para. 53; *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014, p. 147, para. 22: “The power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute has as its object the preservation of the respective rights claimed by the parties in a case, pending its decision on the merits thereof. It follows that the Court must be concerned to preserve by such measures the rights which may subsequently be adjudged by it to belong to either party. Therefore, the Court may exercise this power only if it is satisfied that the rights asserted by the requesting party are at least plausible”. Zob. też *Request for Interpretation-Temple of Preah Vihear*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 545, para. 33: “the rights which the party requesting provisional measures claims to derive from the judgment in question, in the light of its interpretation of that judgment, are at least plausible”.

⁴² *Request for Interpretation-Temple of Preah Vihear*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 545, para. 34: “there is a link between the provisional measures requested by a party and the rights which it claims to derive from the judgment in question, in the light of the interpretation it gives to that judgment”.

⁴³ *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua vs United States)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, para. 112.

⁴⁴ H. W. A. Thirlway, *The indication of provisional measures ...*, s. 18–19.

⁴⁵ *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States Of America v. Iran)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order Of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979, p. 7, para. 15: “The Court ought to indicate such measures only if the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded”. Powyższe sformułowanie powtórzył w kolejnych wyrokach. Zob. np. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Provisional Measures, Order of 10 July 2002, I.C.J. Reports 2002, p. 241, para. 58; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p. 113, para. 57.

⁴⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 23 January 2007, I.C.J. Reports 2007, p. 3, para. 24: “[...] Whereas in dealing with a request for provisional measures the Court need not finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits

Przy rozpatrywaniu wniosku o wskazanie środka tymczasowego nie ma potrzeby, aby Trybunał, przed podjęciem decyzji czy wskazać takie środki, był w pełni przekonany, że ma jurysdykcję w zakresie merytorycznego rozpoznania sprawy; ale [...] tylko wówczas może wskazać te środki, jeśli przepisy, powołane przez Skarżącego, wydają się *prima facie* stanowić podstawę, z której jego jurysdykcja może zostać wywiedziona⁴⁷.

Podkreślić przy tym należy, że na stwierdzenie *prima facie* jurysdykcji Trybunału w danej sprawie nie ma żadnego wpływu charakter i zakres praw, o których zabezpieczenie wnosi Strona prosząca o wskazanie środków⁴⁸.

Kolejny warunek ustalenia środków tymczasowych wynika z ich prewencyjnego charakteru, mianowicie mogą one zostać wskazane w sytuacji, gdy „odpowiednim prawom” (art. 41 Statutu) zagraża nieodwracalna szkoda⁴⁹. Albowiem w ocenie Trybunału

Żadne działanie *lite pendente* Państwa, które jest w sporze przed Trybunałem z innym państwem, nie może w jakikolwiek wpływać na sytuację prawną, do rozwiązania której został wezwany Trybunał⁵⁰.

Z analizy praktyki MTS wynika, że powyższy warunek jest najczęściej powoływany w uzasadnieniach dla wskazania środków tymczasowych, przy czym Trybunał interpretuje nieodwracalność nie w kategoriach absolutnych⁵¹, ale odczytuje ją jako „niemożność pełnego wykonania ostatecznego wyroku”⁵².

of the case but will not indicate such measures unless there is, *prima facie*, a basis on which the jurisdiction of the Court might be established (see, for example, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Provisional Measures, Order of 10 July 2002, I.C.J. Reports 2002, p. 241, para. 58; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, pp. 128–129, para. 57); whereas that is so whether the request for the indication of provisional measures is made by the applicant or by the respondent in the proceedings on the merits”.

⁴⁷ Zob. np. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p.139, para. 40.

⁴⁸ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 23 January 2007, I.C.J. Reports 2007, p. 3, para. 25: “[...] in establishing the Court’s *prima facie* jurisdiction to deal with the merits of the case, the question of the nature and extent of the rights for which protection is being sought in the request for the indication of provisional measures has no bearing; whereas that latter question will only be addressed once the Court’s *prima facie* jurisdiction over the merits of the case has been established”.

⁴⁹ W kontekście tej przesłanki zob. sprawy: m.in. sprawę *Nuclear Tests Case, (Australia v. France), Request for the indication of Interim Measures of Protection*, Order of 22 June 1973, I.C.J. reports 1973, p. 99.

⁵⁰ Zob. np. *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991, p. 12, para 32.

⁵¹ Zob. J. Sztucki, *op. cit.*, s. 109–110.

⁵² B. Kempen, Z. He, *op. cit.*, s. 922. W tym kontekście por. *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Order of December 20th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 208, s. 93; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 3, para 34; *Georgia v. Russian Federation*, Provisional Measures, para. 118.

Wskazanie środków tymczasowych jest również uzasadniane zaistnieniem pilnej potrzeby: musi wystąpić zagrożenie dla praw Stron, które wymaga natychmiastowych działań w tym znaczeniu, że bez tych działań (środków) ostateczny wyrok w sprawie może być wydany zbyt późno, aby zabezpieczyć te prawa. Tak właśnie MTS zdefiniował powyższą przesłankę pilnej potrzeby w sprawie *Great Belt*. Zauważył więc, że

Środki tymczasowe na podstawie art. 41 Statutu są wskazywane „zanim zapadnie ostateczna decyzja” Trybunału co do istoty sprawy, i w związku z tym są tylko wówczas uzasadnione, jeśli zachodzi pilna potrzeba, a więc wówczas, gdy jest prawdopodobne, że działanie naruszające prawa którejkolwiek ze stron zostanie podjęte przed wydaniem ostatecznej decyzji w tej sprawie⁵³.

W kontekście powyższych ustaleń należy zwrócić uwagę na art. 73 ust. 1 i art. 75 ust. 3 Regulaminu MTS. Wniosek o środki tymczasowe może być więc złożony na każdym etapie postępowania⁵⁴. Co więcej, może być on ponowiony w przypadku jego wcześniejszego odrzucenia, aczkolwiek musi być poparty nowymi okolicznościami⁵⁵.

4. Stanowisko Stron odnośnie do środków tymczasowych w sprawie

W świetle powyższych uwag zrozumiałe są argumenty Gruzji podniesione we wniosku o wskazanie środków tymczasowych. Mianowicie, Gruzja argumentowała, że z racji okoliczności sprawy, ich wskazanie, do czasu merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, jest kwestią wymagającą pilnych działań, gdyż tylko wówczas możliwe będzie zapobieżenie powstaniu nieodwracalnej szkody dla jej praw i praw jej obywateli, gwarantowanych przez art. 2 i 5 CERD. Odnośnie do praw z art. 2 CERD, powyższa szkoda miała powstać na skutek stosowania wobec etnicznych Gruzinów oraz innych osób w Osetii Południowej, Abchazji lub w sąsiadujących z nimi regionami Gruzji środków przymusu i brutalnych aktów dyskryminacji rasowej. Powyższa sytuacja uzasadniać miała zobowiązanie Federacji Rosyjskiej do podjęcia wszelkich koniecznych środków dla zapewnienia, aby osoby te nie stały się ofiarami działań zagrażających ich życiu lub prowadzących do ich śmierci albo powodujących uszkodzenie ich ciała, następnie, aby osoby te nie były porywane i bezprawnie zatrzymywane, tudzież aby ich mienie nie było

⁵³ *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991, p. 12, para 23.

⁵⁴ Aczkolwiek MTS w zarządzeniu w sprawie środków tymczasowych w sprawie *LaGrand* z 3.3.1999 r., zastrzegł, że „the sound administration of justice requires that a request for the indication of provisional measures founded on Article 73 of the Rules of Court be submitted in good time”; Zob. I.C.J. Reports 1999, p. 9, para 19. Zob. też rozbieżną opinię odrębną do tego wyroku, którą złożył sędzia Buergenthal.

⁵⁵ Zob. H. W. A. Thirlway, *The indication of provisional measures ...*, s. 25.

niszczone lub plądrowane i aby w ten sposób nie były zmuszane do opuszczenia swoich domów, wiosek lub miast. Jednocześnie, Gruzja podkreśliła, że wskazane obowiązki prewencyjne Rosja winna wykonać nie tylko w stosunku do własnych funkcjonariuszy, ale również wobec „grup i pojedynczych osób”⁵⁶.

Odnosnie zaś do praw z art. 5 CERD, Gruzja zwróciła uwagę na konieczność zobowiązania Rosji, aby powstrzymała się od podejmowania jakichkolwiek środków, które mogłyby naruszyć prawa etnicznych Gruzinów do pełnego i równego udziału w kierowaniu sprawami publicznymi w Osetii Południowej, Abchazji lub w graniczącymi z nimi regionami Gruzji⁵⁷. Dodatkowo zwróciła uwagę na konieczność poszanowania prawa do powrotu osób wypędzonych z tych terenów. Wnioskowała o zobowiązanie Rosji do powstrzymania się od podejmowania działań lub wspierania jakichkolwiek działań, które, po pierwsze, skutkowałyby odmawianiem tym osobom powyższego prawa⁵⁸, po drugie, wspierałyby działania, „grup lub pojedynczych osób”, utrudniające lub uniemożliwiające korzystanie tym osobom z przedmiotowego prawa⁵⁹, a po trzecie, naruszałyby ich prawa do pełnego i równego udziału w kierowaniu sprawami publicznymi po ich powrocie⁶⁰. Jednocześnie z powyższymi wnioskami, Gruzja wystąpiła o nałożenie na Federację Rosyjską obowiązku zarówno powstrzymania się od utrudniania, jak i wyrażenie zgody i umożliwianie udzielania pomocy humanitarnej wszystkim osobom na terytoriach, będących pod jej kontrolą, niezależnie od ich narodowości⁶¹.

Zgodnie z art. 73 ust. 2 Regulaminu MTS wniosek Gruzji o wskazanie środków tymczasowych został przekazany Federacji Rosyjskiej, która zasadniczo wystąpiła o skreślenie tej sprawy z ogólnej listy spraw MTS⁶² oraz załączyła szereg uwag szczegółowych.

Po pierwsze, Rosja odniosła się do przedmiotu sporu, twierdząc, że między nią a Gruzją nie ma sporu o stosowanie lub wykładnię CERD. Argumentowała, że jeśli w ogóle można było mówić o sporze w tej sprawie, to dotyczyć on mógł tylko użycia siły, prawa humanitarnego, integralności terytorialnej, a na pewno nie dyskryminacji rasowej. Co więcej, jeśli w tej sprawie istnieć miał spór, to postawione przez Gruzję domniemane zarzuty naruszenia CERD nie mogły zostać uznane za objęte jej zakresem przedmiotowym, w szczególności dlatego,

⁵⁶ *Request for the Indication of Provisional Measures of Protection submitted by the Government of Georgia*, 14 August 2008, para. 17. Tekst wniosku znajduje się na stronie internetowej MTS [dostęp: sierpień 2017 r.].

⁵⁷ *Amended Request for the Indication of Provisional Measures of Protection submitted by the Government of Georgia*, 25 August 2008, para. 23. Tekst wniosku znajduje się na stronie internetowej MTS [dostęp: sierpień 2017 r.]. Zob. art. 5 pkt b. CERD.

⁵⁸ *Amended Request for the Indication of Provisional Measures of Protection submitted by the Government of Georgia*, 25 August 2008, para. 24. Zob. art. 5 pkt d, ii) CERD.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Request for the Indication of Provisional Measures of Protection submitted by the Government of Georgia*, 14 August 2008, para. 17.

⁶² Zob. art. 26 para. 1(b) Regulaminu MTS.

że zarówno art. 2, jak i art. 5 CERD nie miały mieć zastosowania ekstraterytorialnego. Po drugie, jeśli takie naruszenia miały miejsce, nie mogły one, nawet *prima facie*, zostać przypisane Federacji Rosyjskiej, gdyż nigdy nie sprawowała ona i nie sprawuje obecnie nad wskazanymi przez Gruzję terenami takiej kontroli, której zakres przekraczałby ustalony próg.

Po trzecie, Rosja stwierdziła, że nawet jeśli postanowienia CERD miałyby mieć zastosowanie w tej sprawie, to i tak nie zostały spełnione wymogi proceduralne klauzuli sądowej, o której stanowi art. 22 CERD, ponieważ Gruzja nie przedłożyła żadnych dowodów świadczących o prowadzeniu przez nią rokowań lub zastosowaniu procedury przed Komitetem ds. likwidacji dyskryminacji rasowej (Komitet), a więc nie spełniła wymogów, które warunkować miały w ocenie Rosji możliwość przedłożenia sprawy Trybunałowi. Mając na uwadze powyższe argumenty Rosja stwierdziła oczywisty brak jurysdykcji Trybunału w tej sprawie.

Odnosząc się bezpośrednio do wniosku o wskazanie środków tymczasowych, Rosja stwierdziła, że Gruzja nie spełniła zasadniczych przesłanek ich wskazania. W jej ocenie, nie został przedłożony żaden wiarygodny dowód, świadczący o występowaniu bezpośredniego zagrożenia nieodwracalną szkodą oraz o istnieniu pilnej potrzeby podjęcia natychmiastowych działań. Konsekwentnie, Rosja stwierdziła, że w żadnym wypadku okoliczności tej sprawy nie wymagają środków tymczasowych, chociażby ze względu na podejmowane próby znalezienia jej zakończenia. Dodatkowo, uznała wskazane przez Gruzję środki za nieuwzględniające kluczowej kwestii, mianowicie faktu, że to wojska gruzjińskie doprowadziły do konfliktu w sierpniu 2008 r.

Koronnym argumentem, który przemawiać miał za odrzuceniem wniosku Gruzji, był brak sprawowania przez Rosję skutecznej kontroli nad Osetią Południową, Abchazją i graniczącymi z nimi obszarami Gruzji. W związku z tym działania władz Osetii Południowej i Abchazji oraz grup i osób prywatnych nie mogły zostać przypisane Federacji Rosyjskiej. Jeśli zaś zostałyby wskazane, mogłyby przesądzić ostateczny wynik sprawy⁶³.

5. Stanowisko MTS odnośnie do środków tymczasowych w sprawie

Mając na uwadze powyższe stanowiska Stron sporu, MTS nawiązał na wstępie do istoty swej kompetencji w zakresie rozstrzygania sporów prawnych między państwami–stronami, podkreślając, że w świetle Statutu jego jurysdykcja w tym zakresie nie ma charakteru automatycznego, ale wynika ze zgody tychże państw⁶⁴. Odnośnie zaś do środków tymczasowych, to przypomniał,

⁶³ Oral pleadings of 8 September 2008, para. 7, 8, and 15–17.

⁶⁴ Zgodnie z ustaloną przez MTS zasadą o powstaniu węzła jurysdykcyjnego, decyduje zakres zgody Stron na kompetencję MTS w momencie wszczęcia sprawy. Zob. *Nottebohm Case*, (*Liech-*

że ich wskazanie nie wymaga ustalenia istnienia jurysdykcji odnośnie do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, ale wymaga ustalenia, czy wskazane przez skarżące państwo przepisy wydają się *prima facie* stanowić podstawę, na której jurysdykcja MTS mogłaby być stwierdzona.

W związku z tym, że Gruzja jako podstawę przedmiotowej jurysdykcji wskazała wyłącznie przepisy art. 22 CERD, Trybunał zbadał – czy powyższe przepisy rzeczywiście mogą stanowić podstawę dla jego jurysdykcji *prima facie* i – konsekwentnie – podstawę ustalenia, czy okoliczności sprawy uzasadniają wskazanie środków tymczasowych.

W pierwszej więc kolejności potwierdził aktualność związania bez zastrzeżeń Gruzji i Rosji Konwencją, w tym przepisami art. 22 CERD⁶⁵. Następnie przeszedł do analizy spornej kwestii zakresu jej terytorialnego stosowania⁶⁶, stwierdzając brak w tej kwestii ograniczeń zarówno natury generalnej, jak i natury szczegółowej, a więc wynikających z przepisów art. 2 i art. 5 CERD. W konsekwencji tego MTS uznał, że Konwencja, podobnie jak inne konwencje tej samej co ona natury, mają zastosowanie do działań państwa–strony, podejmowanych również poza jego terytorium. Powyższe ustalenie Trybunał wykorzystał rozstrzygając kwestię, podniesioną przez Federację Rosyjską, która stwierdziła, że w tej sprawie spór nie dotyczy wykładni lub stosowania CERD, ale w rzeczywistości odnosi się do sporu o użycie siły, naruszenie zasady nieinterwencji i samostanowienia oraz prawa humanitarnego. Trybunał wyjaśnił więc, że, po pierwsze, to do niego należy ustalenie *prima facie* przedmiotu sporu w sprawie, a po drugie, brak zgody między Rosją i Gruzją w kwestii zakresu terytorialnego stosowania CERD potwierdza istnienie między nimi sporu co do wykładni i stosowania Konwencji w rozumieniu art. 22 CERD. Co więcej, MTS zauważył, że zarzucane Rosji przez Gruzję działania wydają się naruszać prawa gwarantowane przez CERD, nawet jeśli są one regulowane przez inne przepisy prawa międzynarodowego, w tym prawa humanitarnego. Ostatecznie Trybunał uznał, że powyższe argumenty są

tenstein v. Guatemala), Preliminary Objection, Judgment of November 18th, 1953, I.C.J. Reports 1953, p. III, s. 120. Zob. też *Obligations concerning negotiations relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament*, (*Marshall Islands v. India*), Jurisdiction of the court and admissibility of the application, Judgment, 5 October 2016.

⁶⁵ Gruzja złożyła dokument akcesji do CERD dnia 2.5.1999 r., bez zastrzeżeń; związanie Federacji Rosyjskiej Konwencją wynika z jej statusu prawnomiędzynarodowego jako kontynuatorki ZSRR, który ratyfikował tę konwencję dnia 4.2.1969 r. z zastrzeżeniem do art. 22, niemniej to zastrzeżenie wycofał dnia 8.3.1989 r. Można zaznaczyć, że na mocy art. 36 pkt 3 Statutu zastrzeżenia do kompetencji MTS działają na zasadzie wzajemności. Stosowne oświadczenia mogą być składane na czas określony lub nieokreślony, a także zawierać warunki ich uchylenia. Wycofanie zastrzeżenia przez Rosję do art. 22 CERD ma kluczowe znaczenie dla kwestii jurysdykcji MTS, gdyż Rosja nie uznawała przymusowej jurysdykcji MTS (art. 36 ust. 2 Statutu).

⁶⁶ Zdaniem Gruzji CERD nie zawiera żadnych ograniczeń odnośnie do terytorialnego zakresu jej stosowania w związku z tym „zobowiązania wynikające z CERD wiążące Rosję odnoszą się do działań i zaniechań, które mogą być przypisane Rosji, a które mają miejsce na terytorium Gruzji, a w szczególności w Abchazji i Osetii Południowej”, podczas gdy Rosja stwierdziła, że postanowienia CERD nie mogą być stosowane ekstra-terytorialnie, a w szczególności postępowanie państwa–strony poza jego granicami nie może podlegać przepisom art. 2 i art. 5. *Georgia v. Russian Federation*, Provisional Measures, para. 108.

wystarczające dla stwierdzenia istnienia pomiędzy Stronami sporu odnośnie do wykładni i stosowania CERD, co było koniecznym warunkiem potwierdzenia w tej sprawie jurysdykcji *prima facie* MTS na gruncie art. 22 CERD.

Dzięki tym ustaleniom Trybunał mógł przejść do kwestii przesłanek proceduralnych z art. 22 CERD. Trybunał zauważył, że w ocenie Gruzji powyższe przepisy nie stanowią przesłanek, które muszą być spełnione przed przedłożeniem sporu Trybunałowi, aczkolwiek zwrócił uwagę, iż Gruzja wykazała w swym wniosku, że były prowadzone dwustronne rozmowy i rokowania, które dotyczyły kwestii objętych zakresem CERD. Następnie, Trybunał podkreślił, że – w ocenie Rosji – przesłanki z art. 22 CERD, tj. wcześniejsze rokowania lub skorzystanie z procedur wyraźnie ustanowionych przez CERD, stanowią, po pierwsze, konieczne przesłanki dla wniesienia sprawy do Trybunału. Po drugie, nie zostały one spełnione w tym wypadku: żadne rokowania, które były prowadzone między stronami, nie dotyczyły kwestii objętych zakresem CERD, a nadto Gruzja nie skorzystała z procedur przewidzianych przez CERD, tj. nie przedłożyła sprawy Komitetowi.

Odnosząc się do tej kwestii Trybunał ustalił, że przepisy art. 22, w swym zwykłym znaczeniu, nie sugerują uznania formalnego podjęcia rokowań w ramach Konwencji lub odwołania się do procedur przed Komitetem za konieczne przesłanki (warunki wstępne) wniesienia sprawy do Trybunału (ang. *the seisin of the Court*). Aczkolwiek stwierdził, że można je jak najbardziej odczytać jako wymagające od Strony skarżącej podjęcia ze Stroną pozwaną dyskusji na temat zagadnień wchodzących w zakres przedmiotowy Konwencji⁶⁷. Dlatego istotne było ustalenie Trybunału, iż przedłożone dokumenty potwierdzały, że powyższe kwestie były podejmowane podczas dwustronnych kontaktów Stron i że nie zostały one jednoznacznie rozstrzygnięte w drodze rokowań, poprzedzających złożenie skargi⁶⁸. Co więcej, MTS zaznaczył, iż Gruzja, przed złożeniem skargi, kilkakrotnie zwracała uwagę na te kwestie Radzie Bezpieczeństwa ONZ⁶⁹. Ponadto nie uznał braku wyraźnego powoływania się na Konwencję w kontaktach dwustronnych i wielostronnych za przeszkodę dla wniesienia sprawy do MTS na podstawie art. 22 CERD⁷⁰.

W konsekwencji tego MTS ustalił, że *prima facie* posiada jurysdykcję na gruncie art. 22 CERD dla zajęcia się tą sprawą w zakresie, w jakim przedmiot sporu dotyczy wykładni lub stosowania Konwencji⁷¹. Jednocześnie Trybunał podkreślił, że celem jego uprawnienia do wskazania środków tymczasowych na gruncie art. 41 Statutu miało być zachowanie odpowiednich praw Stron w oczekiwaniu na decyzję Trybunału, tak aby zagwarantować, że prawa, które były przedmiotem sporu w postępowaniu sądowym nie zostały nieodwracalnie

⁶⁷ *Georgia v. Russian Federation*, Provisional Measures, para. 114.

⁶⁸ *Ibidem*, para. 115.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*, para. 117.

naruszone⁷². Odpowiadając zaś na wniosek o wskazanie przedmiotowych środków, Trybunał zauważył, że musi mieć na uwadze zabezpieczenie praw, które następnie mogą być uznane albo za prawa Wnioskodawcy (Skarżącego) albo za prawa Pozwanego⁷³.

Po zapoznaniu się z argumentami Stron, Trybunał potwierdził, że celem przepisów art. 2 i art. 5 CERD jest ochrona jednostek przed dyskryminacją rasową poprzez zobowiązanie państw–stron do podejmowania pewnych określonych w Konwencji środków. Dlatego państwo–strona ma prawo żądać, aby postępowanie innego państwa–strony było zgodne z konkretnymi obowiązkami, wiążącymi je na mocy przepisów Konwencji. Poszanowanie praw jednostki jest zatem w ocenie MTS powiązane z zobowiązaniami wynikającymi z CERD dla państw–stron i ich prawem do zapewnienia wykonywania tych obowiązków⁷⁴.

Trybunał ocenił, że prawa, na które powołała się Gruzja we wniosku o wskazanie środków tymczasowych, mianowicie praw gwarantowanych przez art. 2 i art. 5 CERD, są wystarczająco powiązane z meritum sprawy, która została przedłożona Trybunałowi⁷⁵. Jako takie stanowiły zasadniczy przedmiot uwagi Trybunału przy rozpatrywaniu wniosku Gruzji o wskazanie tych środków⁷⁶.

Ponadto przypomniał kolejny raz, że jego uprawnienie do wskazania środków tymczasowych na gruncie art. 41 Statutu zostało ukierunkowane, po pierwsze, na ochronę praw, będących przedmiotem sporu w postępowaniu sądowym, tak aby nie doznały one nieodwracalnego uszczerbku, a po drugie, może ono być wykonane tylko wówczas, gdy zachodzi pilna potrzeba w tym sensie, że istnieje rzeczywiste ryzyko, że działania naruszające prawa którejs ze Stron mogłyby zostać podjęte przed wydaniem ostatecznej decyzji przez Trybunał⁷⁷.

Trybunał zauważył, że Gruzja skarżyła się, że „z powodu postępowania Federacji Rosyjskiej w Osetii Południowej, Abchazji i na terenach z nimi graniczącymi, środki tymczasowe są pilnie potrzebne”, albowiem etniczni Gruzini mieli znajdować się na tych terenach „w sytuacji bezpośredniego zagrożenia wydaleniem, śmiercią, porwaniami i bezprawnym zatrzymywaniem oraz zniszczeniem lub utratą domów i innego mienia”, a „dodatkowo, szanse powrotu tych etnicznych Gruzynów, którzy zostali już zmuszeni do ucieczki”, miały się systematycznie pogarszać. W ocenie Gruzji „prawa, które są przedmiotem sporu, są zagrożone szkodą, która ze swej natury jest nieodwracalna”, gdyż „żadne zadośćuczynienie, ani odszkodowanie nie będzie mogło zrekomensować tak drastycznych form naruszeń” tych praw⁷⁸.

W kontekście tych stwierdzeń Gruzji MTS zwrócił uwagę na stanowisko Rosji, która jednoznacznie stwierdziła, że „Gruzja nie wskazała żadnych praw

⁷² *Georgia v. Russian Federation*, Provisional Measures, para. 118.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*, para. 126.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*, para. 128.

⁷⁸ *Ibidem*, para. 130–132.

z art. 2 i 5 CERD, którym Rosja by się sprzeciwiała – mimo że są one szeroko ujęte – i które byłyby narażone na «poważne zagrożenie» nieodwracalną szkodą⁷⁹. W nawiązaniu zaś do wydarzeń w sierpniu 2008 r. Federacja Rosyjska argumentowała, że „fakty, na których można oprzeć się z należytą pewnością”, przeczą istnieniu poważnego zagrożenia praw wskazanych przez Gruzję. Zdaniem Federacji Rosyjskiej, po pierwsze, działania zbrojne spowodowały „śmierć żołnierzy walczących po wszystkich stronach konfliktu, śmierć osób cywilnych ze wszystkich grup etnicznych, jak i masowe przemieszczenia wszystkich grup etnicznych”, po drugie, „działania zbrojne zostały obecnie zaprzestane, a osoby cywilne ze wszystkich grup etnicznych powracają na, aczkolwiek jeszcze nie na wszystkie, obszary byłego konfliktu”⁸⁰.

W swych ustaleniach MTS zwrócił również uwagę na nawiązanie przez Federację Rosyjską do faktu zawieszenia broni, które zostało ogłoszone 12 sierpnia 2008 r. i do wypracowania oraz ogłoszenia przez prezydentów Rosji i Francji, a następnie podpisania, za pośrednictwem Rosji i w obecności przedstawicieli Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE) oraz Unii Europejskiej (UE), przez prezydenta Gruzji i przedstawicieli Osetii Południowej oraz Abchazji sześciu zasad pokojowego rozwiązywania tego konfliktu⁸¹. W dalszej kolejności Trybunał zwrócił uwagę na „pozytywne *démarches* OBWE [...] UE i prezydenta Francji” i zauważył, że zgodnie z zasadami przedmiotowego porozumienia obserwatorzy UE mają być rozmieszczeni w strefie buforowej na terytorium Osetii Południowej i Abchazji, a rosyjskie wojska pokojowe będą sukcesywnie wycofywać się z tych terenów⁸².

Przechodząc stopniowo do konkluzji, Trybunał podkreślił, że celem decyzji odnośnie do wskazania środków tymczasowych nie jest ustalenie istnienia naruszenia CERD, ale ustalenie, czy okoliczności wymagają tychże środków dla ochrony praw gwarantowanych przez CERD, a przy tym zauważył, że pewne prawa z CERD, w szczególności te zawarte w art. 5 para. a., b., mają taką naturę, że ich naruszenie mogło być nieodwracalne⁸³.

Wyrażając zrozumienie dla wyjątkowej i złożonej sytuacji w Osetii Południowej, Abchazji i na graniczących z nimi terenach Gruzji oraz odnotowując utrzymującą się na nich niepewność, uznał etnicznych Gruzinów, mieszkających na obszarach objętych konfliktem, za grupę szczególnie narażoną (ang. *vulnerable*) na naruszenia ich praw. Dodał zarazem, że sytuacja na wyżej wspomnianych terenach jest niestabilna i może bardzo szybko ulec zmianie, dlatego również etniczni Osetyńcy i ludność Abchazji pozostają grupą szczególnie narażoną na naruszenia ich praw. W tym kontekście MTS zwrócił uwagę na problemy uchodźców i osób wewnętrznie przesiedlonych oraz fakt, iż nie zostały one całościowo

⁷⁹ *Ibidem*, para. 134.

⁸⁰ *Ibidem*, para. 136.

⁸¹ *Ibidem*, para. 137.

⁸² *Ibidem*, para. 140.

⁸³ *Ibidem*, para. 142.

rozwiązane. W świetle powyższych ustaleń, odnośnie do wskazanych grup etnicznych, Trybunał uznał, że istnieje bezpośrednie zagrożenie nieodwracalnym naruszeniem ich praw, o których mowa w sprawie⁸⁴.

Trybunał przypomniał, że państwa przystępując do CERD zobowiązały się „potępiać dyskryminację rasową i podjąć wszelkie stosowne środki w tym zakresie oraz bezzwłocznie realizować politykę eliminacji dyskryminacji rasowej we wszystkich jej formach”⁸⁵. Tymczasem przedstawione mu fakty potwierdzają istnienie bezpośredniego zagrożenia aktami dyskryminacji rasowej, dlatego Gruzja i Federacja Rosyjska, niezależnie od tego czy takie akty w przeszłości mogłyby być im prawnie przypisane, zostały bezzwzględnie zobowiązane do zrobienia wszystkiego, co w ich mocy, aby takie akty nie miały miejsca w przyszłości⁸⁶.

Mając na uwadze okoliczności sprawy, MTS uznał za właściwe wskazanie środków, które nie będą identyczne z tymi, o które wystąpiła Gruzja⁸⁷. Co więcej, uznał za właściwe skierowanie wskazanych środków do obu Stron⁸⁸.

Trybunał wskazał więc trzy typy środków tymczasowych. W pierwszej kolejności zobowiązał obie Strony do powstrzymania się od aktów dyskryminacji rasowej wobec osób, grup oraz instytucji, od sponsorowania, bronięcia i wspierania aktów dyskryminacji rasowej, dokonywanych przez jakąkolwiek osobę lub organizację. Następnie zobowiązał obie Strony do podjęcia wszelkich możliwych wysiłków, wszędzie tam, gdzie jest to możliwe, aby zapewnić, bez różnicy przynależności narodowej lub etnicznej: bezpieczeństwo osobiste, prawo do wolności poruszania się i pobytu w granicach państwa, ochronę własności przesiedlonych osób i uchodźców. MTS zobowiązał też Gruzję i Rosję do dołożenia wszelkich starań w celu zapewnienia, aby władze oraz instytucje publiczne, będące pod ich kontrolą lub wpływem, nie angażowały się w akty dyskryminacji rasowej wobec osób, grup oraz instytucji. Wszystkie powyższe środki miały być zastosowane w Osetii Południowej, Abchazji i na graniczących z nimi terenach Gruzji.

W drugiej kolejności obie Strony zostały zobowiązane do tego, aby umożliwić udzielanie miejscowej ludności pomocy humanitarnej w zakresie korzystania z praw, gwarantowanych na mocy CERD. Po trzecie, każda ze Stron została zobowiązana do powstrzymania się od jakichkolwiek działań, które mogłyby naruszyć prawa drugiej Strony odnośnie do ewentualnego wyroku Trybunału w tej sprawie i konsekwentnie od działań, które mogłyby pogłębić lub rozszerzyć spór zawisły przed Trybunałem lub które mogłyby utrudnić jego rozwiązanie. I wreszcie, po czwarte, każda ze Stron została zobowiązana do informowania Trybunału o poszanowaniu wskazanych środków tymczasowych⁸⁹. W ten sposób MTS przypomniał, że jego zarządzenie o środkach tymczasowych na gruncie

⁸⁴ *Ibidem*, para. 143.

⁸⁵ *Ibidem*, para. 144.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, para. 145.

⁸⁸ *Ibidem*, para. 146.

⁸⁹ *Ibidem*, para. 149.

art. 41 Statutu ma charakter prawnie wiążący i nakłada na Strony obowiązek postępowania zgodnie z nim⁹⁰.

W podsumowaniu dotychczasowych uwag należy jeszcze raz podkreślić stanowisko MTS, iż zarządzenie środków tymczasowych nie przesądza kwestii jego jurysdykcji odnośnie do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, dopuszczalności skargi, a nadto nie rzutuje na merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy⁹¹.

6. Uwagi końcowe

Powyższe środki zostały wskazane przez MTS stosunkiem 8 głosów do 7. Sędziowie, którzy nie podzielili opinii większości, złożyli wspólną opinię odrębną⁹². Zakwestionowali w niej kluczowe ustalenia przyjęte przez większość, twierdząc, że Trybunał niedostatecznie upewnił się, czy rzeczywiście zostały spełnione w tej sprawie przesłanki konieczne dla wskazania środków tymczasowych. Wyrazili więc wątpliwości odnośnie do trafności ustaleń większości co do przedmiotu sporu między Stronami, a więc tego czy, faktycznie dotyczył on wykładni lub stosowania CERD. W ten sposób sędziowie nawiązali do rosyjskich zastrzeżeń odnośnie do przedmiotu sporu w tej sprawie.

Trudno nie zgodzić się, że kwestia dyskryminacji rasowej nie była jedyną kwestią sporną w tej sprawie. Z opisanego wcześniej kontekstu sprawy wynika, że spór, który miał rozstrzygnąć MTS, był sporem dużo bardziej złożonym i jako taki dotyczył również poszanowania zasady suwerenności i integralności terytorialnej państwa⁹³. Można zatem stwierdzić, że CERD była swoistym narzędziem, który wykorzystała Gruzja do wniesienia sprawy przed MTS⁹⁴, co jednak nie zmienia faktu, że również odnośnie do kwestii dyskryminacji rasowej Strony reprezentowały przeciwstawne stanowiska.

W dalszej kolejności sędziowie w opinii odrębnej zakwestionowali ustalenia odnośnie do charakteru i spełnienia przesłanek z art. 22 CERD, a więc prób rozstrzygnięcia sporu między Stronami „w drodze rokowań lub przez zastosowanie procedury wyraźnie ustalonej w niniejszej Konwencji”. Jeśli chodzi o „rozstrzy-

⁹⁰ *Ibidem*, para. 147.

⁹¹ *Ibidem*, para. 148.

⁹² Była to rozbieżna opinia odrębna. Złożyli ją sędziowie: Al-Khasawneh (wiceprezes), Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna i Skotnikov; natomiast sędzia *ad hoc* Gaja złożył deklarację.

⁹³ Zob. K. Wierczyńska, *Spór przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości o zastosowanie Konwencji w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej pomiędzy Gruzją a Federacją Rosyjską – kwestie prawnomiędzynarodowe*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne. Konflikt rosyjsko-gruziński w 2008 roku*, t. II, Gdynia 2011, s. 129.

⁹⁴ Zob. stanowisko sędziego J. Crawforda w opinii odrębnej do wyroku MTS “[...] in *Georgia v. Russia* there could be no doubt that a long – standing dispute existed between the parties. Rather, the doubt was whether that dispute really concerned racial discrimination, however broadly defined, or whether Article 22 was being used as a device to bring a wider set of issues before the Court”. Dissenting opinion of Judge Crawford, *Obligations concerning negotiations relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament, (Marshall Islands v. India)*, Jurisdiction of the court and admissibility of the application, Judgment, 5 October 2016.

gnięcie w drodze rokowań” zwrócili uwagę, że, po pierwsze, dla spełnienia tej przesłanki niezbędne byłoby podjęcie rokowań, które dotyczyć powinny istoty CERD, to znaczy jej wykładni lub stosowania, a, po drugie, Trybunał powinien był upewnić się, czy w tej sprawie takie rokowania zostały rozpoczęte, a jeśli tak, to czy miały one szansę przynieść konkretny rezultat. Odnośnie zaś do procedur na gruncie CERD, autorzy wspólnej opinii podkreślili, że Trybunał ograniczył się do stwierdzenia, że ani Gruzja, ani Rosja nie przedłożyła spornych kwestii do Komitetu. Taki sposób wykładni przepisów art. 22 CERD miał nie uwzględniać ani ich zwykłego znaczenia, ani ich przedmiotu i celu, którym miało być zachęcanie maksymalnej liczby państw–stron CERD do poddania się jurysdykcji MTS, niemniej z gwarancją, że w pierwszej kolejności zostaną wyczerpane wymogi proceduralne, określone w Konwencji. Dodatkowo, w ich ocenie w zarządzeniu nie wykazano istnienia zagrożenia nieodwracalną szkodą praw Gruzji wynikających z CERD, ani sytuacji pilnej potrzeby. Słabość większości powyższych ustaleń w tym zakresie potwierdzać miały wskazane środki tymczasowe, które w istocie sprowadzać się miały do prośby Trybunału o poszanowanie CERD, do czego Gruzja i Rosja jako jej państwa–strony i tak były zobowiązane.

Oceniając powyższe uwagi trudno nie dostrzec ich trafności, gdyż rzeczywiście wskazane w tej sprawie środki tymczasowe są bliskie zobowiązaniom wynikającym z CERD. Nie zmienia to jednak faktu, że omawiane zarządzenie wzmacnia te zobowiązania, aczkolwiek tylko w pewnym stopniu, gdyż MTS nie ma odpowiednich instrumentów, poprzez które mogłyby nadzorować ich wykonywanie⁹⁵.

Z punktu widzenia kolejnego etapu postępowania w tej sprawie istotne jest podejście w powyższej opinii do przesłanek z art. 22 CERD, w tym do przesłanki o prowadzeniu rokowań. Można mieć wątpliwości, czy tak wysoce formalistyczne podejście do omawianej przesłanki służyłoby rozwiązaniu sporu i czy jest zgodne z dotychczasową linią orzecniczą MTS⁹⁶. Zważywszy na kontekst sprawy, istniało bowiem prawdopodobieństwo, że jedynym jego skutkiem byłoby przedłużenie procedury o dodatkowy etap rokowań, który nie miałby realnej szansy na powodzenie⁹⁷. Wydaje się, że przesłanki z art. 22 CERD należy odczytać jako przesłanki alternatywne wobec sądowego trybu rozstrzygania sporów, który w takim przypadku nie miałby charakteru obligatoryjnego.

Wspomniane wyżej, kolejne postępowanie w tej sprawie zostało podjęte przez MTS w związku z zastrzeżeniami wstępnymi Rosji odnośnie do jurysdykcji

⁹⁵ Zwraca na to uwagę S. Oda, op. cit., s. 554–556; Szerzej nt. skuteczności środków tymczasowych zob. J. W. Rylatt, *Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency*, „Leeds Journal of Law and Criminology” 2013, Vol. 1, s. 45–68.

⁹⁶ Zob. D.W. Greig, *The Balancing of Interests and the Granting of Interim Protection by the International Court*, „Australian Year Book of International Law” 1987, Vol. 11, s. 108 i n.

⁹⁷ W tym kontekście zob. np. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392.

MTS w tej sprawie⁹⁸. Trybunał postanowił udzielić odpowiedzi na nie we wstępnej fazie postępowania. Po analizie przedłożonych dokumentów zdecydował, większością 10 głosów do 6⁹⁹, o podtrzymaniu jednego z rosyjskich zastrzeżeń wstępnych, i konsekwentnie w sposób ostateczny i wiążący dla Stron orzekł, że nie ma jurysdykcji do merytorycznego rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu¹⁰⁰.

Nie wchodząc w szczegóły tego wyroku, należy podkreślić kwestie kluczowe. Po pierwsze, MTS ustalił, że spór między Stronami odnośnie do wykładni i stosowania CERD istniał tylko w okresie od 9 sierpnia 2008 r. do 12 sierpnia 2008 r. Tak istotne zawężenie okresu istnienia przedmiotowego sporu było możliwe na skutek odejścia od widocznego w orzecznictwie, elastycznego podejścia do definicji „sporu” i jego istnienia między Stronami, opartego na całościowej ocenie sposobu postępowania Stron, z zachowaniem wymogu wyraźnego przeciwstawienia się jednej Stronie roszczeniu drugiej Strony. Miało ono daleko idące konsekwencje dla dalszych ustaleń. Albowiem MTS, zakładając, że przedłożone dokumenty muszą potwierdzać, że rokowania, o których mowa w art. 22 CERD, dotyczyć muszą wyraźnie przedmiotu CERD i powinny być rzeczywistą próbą prowadzenia rozmów, ustalił, że w wyżej wskazanym okresie kwestia czystek etnicznych, tj. przedmiot CERD, nie była podnoszona podczas takich właśnie rokowań¹⁰¹. W efekcie tego orzekł, że przesłanki z art. 22 CERD nie zostały spełnione i w związku z tym nie miał on jurysdykcji do podjęcia skargi złożonej przez Gruzję.

Sprawa *Gruzja v. Federacja Rosyjska* została zakończona na etapie sporu wokół kompetencji MTS do rozpatrywania przedłożonych do rozstrzygnięcia spraw. Kwestia zaś ochrony praw człowieka w sytuacji konfliktu zbrojnego, istnienia rzeczywistego zagrożenia życia, bezpieczeństwa osobistego i mienia nie była kwestią, która w sposób zasadniczy zaważyła na ustaleniach MTS.

⁹⁸ Rosja złożyła zastrzeżenia dnia 1.12.2009 r. Zob. *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. Dnia 01.4.2010 r. rząd Gruzji złożył pisemną odpowiedź na zarzuty Rosji. Dokumenty są dostępne na stronie MTS. Por. art. 36 ust. 6 Statutu MTS i art. 79 Section 2. *Preliminary Objections* Regulaminu MTS z 1978 r.

⁹⁹ Za tym rozstrzygnięciem głosował wiceprezes MTS Tomka oraz sędziowie: Koroma, Al-Khasawneh, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue; przeciwko był prezes MTS, Owada, i sędziowie Simma, Abraham, Cançado Trindade, Donoghue oraz sędzia *ad hoc* Gaja.

¹⁰⁰ Wyrok MTS wydał dnia 1.04.2011 r. Zob. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70. Zob. wspólną rozbieżną opinię odrębną, którą złożył prezes MTS, Owada, oraz sędziowie: Simma, Abraham oraz sędzia Donoghue i sędzia *ad hoc* Gaja; dodatkowo sędziowie Owada, Koroma, Simma, Abraham, Greenwood i Donoghue złożyli indywidualne opinie odrębne (były to *separate opinions*); nadto sędzia Cançado Trindade złożył indywidualną rozbieżną opinię odrębną; z kolei sędzia Skotnikov i wiceprezes MTS Tomka złożyli indywidualne deklaracje.

¹⁰¹ MTS stwierdził, że „[...] Negotiations entail more than the plain opposition of legal views or interests between two parties [...]. As such, the concept of “negotiations” [...] requires [...] a genuine attempt by one of the disputing parties to engage in discussions with the other disputing party, with a view to resolving the dispute (*Georgia v. Russian Federation*, Preliminary Objections, para. 157).

Taki sposób zakończenia tej sprawy był wysoce prawdopodobny. Środki tymczasowe są nade wszystko instrumentem procesu sądowego i jako takie służą temu, aby zabezpieczyć, do czasu wydania ostatecznej decyzji, odpowiednie prawa Stron sporu, przedłożonego Trybunałowi do rozstrzygnięcia. Ich wskazywanie ukierunkowane jest na wzmocnienie charakteru i funkcji sądowej MTS. Państwa zaś wyjątkowo dużą wagę przykładają do kwestii kompetencji Trybunału, a kontrowersje dotyczące tego zagadnienia stanowią istotną część aktywności orzeczniczej MTS¹⁰².

Powyższe wnioski znajdują potwierdzenie w dotychczasowych ustaleniach MTS w sprawie *Ukraina v. Federacja Rosyjska*¹⁰³, w której MTS wydał zarządzenie w sprawie środków tymczasowych¹⁰⁴. Nie wchodząc w szczegóły tej sprawy, wskazać należy, że MTS orzekł, że *prima facie* ma w tej sprawie jurysdykcję¹⁰⁵, przy czym Ukraina w swej skardze zarzuciła Rosji nie tylko naruszenie zobowiązań wynikających z CERD, ale również zobowiązań wynikających z Międzynarodowej Konwencji w sprawie Zwalczania Finansowania Terroryzmu (dalej ICSFT)¹⁰⁶. ICSFT, tak jak CERD, zawiera klauzulę sądową o właściwości MTS w zakresie sporów, odnoszących się do wykładni i stosowania jej postanowień. Dzięki temu Ukraina mogła pozwać Rosję bez jej dodatkowej zgody¹⁰⁷.

W swym wniosku o ustalenie środków tymczasowych Ukraina wnioskowała o zobowiązanie Federacji Rosyjskiej do zaprzestania działań, które w jej ocenie naruszały zarówno ICSFT, jak i CERD. Niemniej, MTS orzekł, że warunki wskazania środków tymczasowych w tej sprawie zostały spełnione tylko w odniesieniu do wymienionych przez Ukrainę postanowień CERD¹⁰⁸. Trybunał ustalił więc, że o zagrożeniu powstania nieodwracalnej szkody i o pilnej potrzebie działań (ang. *risk of irreparable prejudice and urgency*) można mówić w tej sprawie tylko w odniesieniu do praw osobistych, politycznych, gospodarczych, socjalnych i kulturalnych, o których stanowi art. 5 (c), (d) i (e) CERD. W tym kontekście podkreślił, że w świetle przedłożonych mu dokumentów, etniczni Ukraińcy i Tatarzy na Krymie są szczególnie narażeni na naruszenia przysługujących im praw¹⁰⁹.

¹⁰² Zob. R. Ostrihansky, *Kompetencja Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości do rozpoznawania sporów międzypaństwowych*, „Ruch Prawny Ekonomiczny i Socjologiczny” Rok L, z. 2, 1988, s. 78 i n.

¹⁰³ Ukraina zainicjowała postępowanie przeciwko Federacji Rosyjskiej dnia 16.01. 2017 r. Tego samego dnia Ukraina złożyła wniosek o zarządzenie w tej sprawie środków tymczasowych.

¹⁰⁴ Zob. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, 19 April 2017, Order.

¹⁰⁵ Zob. *Ukraine v. Russian Federation*, Provisional Measures, para. 62.

¹⁰⁶ Konwencja ta została przyjęta przez ZO ONZ dnia 9.12.1999 r. (UN TS Vol. 2178, p. 197).

¹⁰⁷ Por. art. 24 ust. 1 ICSFT.

¹⁰⁸ Powyższe warunki nie zostały więc spełnione w odniesieniu do postanowień ICSFT. Zob. *Ukraine v. Russian Federation*, Provisional Measures, para.77.

¹⁰⁹ *Ukraine v. Russian Federation*, Provisional Measures, para.87–98.

W związku z powyższym, MTS większością trzynastu głosów do trzech¹¹⁰, zobowiązał Rosję do powstrzymania się od utrzymywania lub nakładania na społeczność Krymskich Tatarów ograniczeń w kontekście ich możliwości zachowania ich instytucji przedstawicielskich, w tym Medżlis Tatarów Krymskich¹¹¹ oraz jednomyślnie nałożył na Rosję obowiązek zapewnienia na Krymie możliwości edukacji w języku ukraińskim. Ponadto również jednomyślnie Trybunał uznał za konieczne zobowiązać obie Strony do powstrzymania się od działań, które mogłyby zaostrzyć lub rozszerzyć istniejący między nimi spór albo uczynić go trudniejszym do rozsądzenia¹¹².

Zaznaczyć przy tym należy, że MTS – wskazując powyższe środki tymczasowe – nie odniósł się do kwestii zgodności z prawem międzynarodowym aneksji Krymu przez Federację Rosyjską¹¹³, choć bez wątplenia była ona swoistym prąźródłem powstania zagrożenia dla praw etnicznych Ukraińców i Tatarów na Krymie, o których mowa w art. 5 CERD. Takie wąskie podejście do sprawy znajduje uzasadnienie w podstawach prawnych jego jurysdykcji, ale też wynika z praktyki orzeczniczej MTS¹¹⁴.

Niestety, najnowsze dokumenty międzynarodowe pokazują ograniczoną skuteczność nałożonych na Federację Rosyjską przez MTS, opisanych środków tymczasowych¹¹⁵.

¹¹⁰ Przeciwno byli sędziowie Tomka i Xue oraz sędzia *ad hoc* Skotnikov.

¹¹¹ Dnia 26.4.2016 r. Sąd Najwyższy Krymu uznał Medżlis Tatarów Krymskich za organizację ekstremistyczną i zakazał jej działalności.

¹¹² Zaznaczyć należy, że do powyższego zarządzenia sędziowie złożyli opinie odrębne i deklaracje. Odrębne opinie złożyli sędziowie: Owada, Cançado Trindade, Bhandari; opinie odrębne złożyli również sędziowie *ad hoc*: Pocar i Skotnikov; natomiast sędziowie: Tomka i Crawford złożyli deklaracje.

¹¹³ W odniesieniu do tej kwestii zob. np. Opinię Doradczego Komitetu Prawnego przy Ministrze Spraw Zagranicznych RP w sprawie przyłączenia Półwyspu Krymskiego do Federacji Rosyjskiej w świetle prawa międzynarodowego z dnia 22.6.2014 r.; zob. też m.in. rezolucje ZPRE; rezolucję 2112 (2012); rezolucję 2132 (2016); rezolucję ZN ONZ nr 71/205 z dnia 19.12.2016 r. pt. *Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine)*; decyzję KM RE (CM/Del/Dec(2017)1285/2.1bisb) z dnia 3.05.2017 r.

¹¹⁴ Albowiem, jak to jednoznacznie ujęła P. Grzebyk: „MTS zazwyczaj unika odpowiadania na pytania, na które nie musi się wypowiadać”. Zob. *Spór ukraińsko-rosyjski trafi do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości?*, w: Przegladpm.blogspot.com/2016/01/spor-ukrainsko-rosyjski-trafi-do.html [dostęp: lipiec 2017].

¹¹⁵ Zob. raport Wysokiego Komisarza Praw Człowieka ONZ pt. *Situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine)*, w szczególności punkty: 193 i 201 z dnia 25.9.2017 r.

INTERIM EMERGENCY MEASURES. SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE CASE *GEORGIA V. RUSSIAN FEDERATION* BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Key words: International Court of Justice, I.C.J. Statute, interim measures, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

Summary

The article deals with some aspects of the International Court of Justice (ICJ) jurisdiction considered in recently decided dispute between *Georgia and Russian Federation*. The analysis essentially covers the question of provisional measures: the conditions for their indication, their legal nature and function.

The article refers to measures indicated under Article 41 of the Statute of the ICJ which allows the Court to indicate provisional measures providing interim protection to the rights of either party to a pending dispute. Having regard to the relevant case-law of the ICJ, two issues are discussed, namely the existence of *prima facie* jurisdiction and risk of irreparable prejudice and urgency.

In addition to the measures referred to specific measures aimed at preserving specific rights, the article draws attention to the Interim measure of general nature with the view of ensuring the non-aggravation of the dispute between the Parties.

As Russia does not recognize the compulsory jurisdiction of the ICJ, the greater part of the article are dedicated to questions regarding the jurisdictional basis for Georgia's action before the ICJ and the issues of the procedural preconditions for the sesin of the Court in the compromissory clause, under art. 22 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD).

It will also comment on whether the dispute between Georgia and Russia really concerned the issues of "the interpretation or application" of CERD, or respect for others international law principles, i.e. the legality of the use of force, sovereignty, territorial integrity and self-determination.

Bibliografia

- Balcerzak M., *Spór gruzińsko-rosyjski przed sądami międzynarodowymi*, [w:] *Bezpieczeństwo międzynarodowe. Szanse i zagrożenia*, red. S. Sykuna, J. Zajadło, Gdańsk 2011.
- Bryc A., *Rosja w XXI wieku. Gracz światowy czy koniec gry?*, Warszawa 2009.
- Chodubski A., *Mozaika narodowościowa i etniczna Kaukazu*, [w:] *Kaukaz: transformacja przywództwa i elit politycznych*, t. VI, red. T. Bodio, Warszawa 2012.
- Fedorowicz K., *Konflikty na Kaukazie Południowym jako czynniki destabilizujące rzeczywistość społeczno-polityczną*, „*Studia Europejskie*” nr 4, 2015.
- Golaś K., *Region Kaukazu w polityce Federacji Rosyjskiej. Wybrane aspekty*, „*Przegląd Geopolityczny*” 2011, t. 3.
- Greig D. W., *The Balancing of Interests and the Granting of Interim Protection by the International Court*, „*Australian Year Book of International Law*” 1987, Vol. 11.
- Iwańczuk K., *Geopolityka Kaukazu*, [w:] *Region Kaukazu w stosunkach międzynarodowych*, K. Iwańczuk, T. Kapuśniak (red.), Lublin 2008.
- Janicki K., *Abchazja i Osetia Południowa. Pionki w grze mocarstw? (1992-2009)*, [w:] *Źródła nienawiści. Konflikty etniczne w krajach postkomunistycznych*, K. Janicki (red.), Kraków – Warszawa 2009.
- Kempen B., Z. He, *The practice of the International Court of Justice on Provisional Measures. The Recent Development*, „*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*” Vol. 69, 2009.
- Merrills J. G., *Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court*, „*Cambridge Law Journal*”, Vol. 36, Issue 1, 1977.
- Miles C., *Provisional measures before International Courts and Tribunals*, Cambridge 2017.

- Oda S., *Provisional measures. The practice of the International Court of Justice*, [w:] *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honor of Sir Robert Jennings*, V. Lowe, M. Fitzmaurice (red.), Cambridge 1996.
- Oda S., *Provisional Measures. The Practice of the International Court of Justice*, V. Lowe & M. Fitzmaurice (eds), *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge 1996.
- Ostrowski R., *Kompetencja międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości do rozpoznawania sporów między państwami*, „Ruch Prawny Ekonomiczny i Socjologiczny” Rok L, z. 2, 1988.
- Rylatt J. W., *Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency*, „Leeds Journal of Law and Criminology” 2013, Vol. 1.
- Sztucki J., *Interim Measures in the Hague Court – An Attempt at a Scrutiny*, Deventer 1983.
- Thirlway H. W. A., *The indication of provisional measures by the International Court of Justice*, R. Bernhardt (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts.*, Berlin 1994
- Thirlway H. W. A., *The International Court of Justice*, Oxford 2016.
- Topolski A., *Polityka Federacji Rosyjskiej wobec państw Zakaukazia*, [w:] *Region Kaukazu w stosunkach międzynarodowych*, (red.), K. Iwańczuk, T. Kapuśniak, Lublin 2008.
- Wierczyńska K., *Spór przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości o zastosowanie Konwencji w Sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej pomiędzy Gruzją a Federacją Rosyjską - kwestie prawnomiędzynarodowe*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne. Konflikt rosyjsko-gruziński w 2008 roku*, t. II, Gdynia 2011.
- Włodkowska A., *Polityka Federacji Rosyjskiej na obszarze WNP*, Toruń 2006.

MAGDALENA SZUBSKA
Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń

Geneza i znaczenie dla unijnego porządku prawnego Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej

Słowa kluczowe: Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, prawa człowieka, katalog praw jednostki, prawa podstawowe, ochrona praw podstawowych

Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, jak podkreślono w jej preambule, powstała, gdyż „w obliczu zmian w społeczeństwie, postępu społecznego oraz rozwoju naukowego i technologicznego, niezbędne jest wzmocnienie ochrony praw podstawowych poprzez wyszczególnienie tych praw w Karcie i przez to uczynienie ich bardziej widocznymi”¹. Głównym powodem stworzenia Karty było zatem usystematyzowanie i ujęcie w jednym dokumencie tych wszystkich praw, które dotąd istniały w formie zasad ogólnych.

Analizując zatem genezę powstania zasad ogólnych jako źródeł ochrony praw podstawowych w Unii, trzeba cofnąć się do lat 60. ubiegłego wieku i początków rozwoju dwóch, kluczowych dla dalszego rozwoju całego systemu prawa Unii zasad, stworzonych dzięki orzecznictwu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej², tj. zasady skutku bezpośredniego i pierwszeństwa prawa Unii. To właśnie obawa o zakwestionowanie tych zasad przez sądy państw członkowskich skłoniła Trybunał Sprawiedliwości do uznania praw podstawowych za część prawa Unii. Kluczowa była tu sprawa *Stauder*, w której Trybunał Sprawiedliwości skonstatował, że odnalazł podstawowe prawa człowieka, będące częścią zasad ogólnych prawa europejskiego³.

¹ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej podpisana 7 grudnia 2000 r. w Nicei, Dz. Urz. C 326 z 26 października 2012 r. (dalej: Karta albo KPP), preambuła.

² Traktat lizboński zreorganizował instytucje sądownicze Unii Europejskiej. Odrębne dotychczas instytucje Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich – Sądu Pierwszej Instancji i Sądu do spraw Służby Publicznej – zostały połączone w Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

³ Zob. Wyrok TSUE 29/69 *Stauder przeciwko Ulm*, Zb. Orz. 1969, s. 419, podobnie w wyroku TSUE 25/70 *Koster przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Zb. Orz. 1970, s. 1161.

W kolejnych latach Trybunał wydał szereg interesujących orzeczeń, w których dopracował i rozwinął doktrynę ochrony praw podstawowych, w prawie wspólnotowym. W sprawie *Internationale Handelsgesellschaft*⁴ uznał istnienie gwarancji dla ochrony praw podstawowych w prawie Unii, analogicznych do tych istniejących w państwach członkowskich, odmawiając przy tym bezpośredniego zastosowania praw podstawowych będących częścią prawa krajowego, uznając wspólne tradycje konstytucyjne państw członkowskich za pośrednie źródło praw Unii. Dało to podstawy do stworzenia własnego systemu praw podstawowych, niezależnego od systemów państw członkowskich.

W sprawie *Nold*⁵ wyjaśnił, na czym mają polegać pośrednie związki między krajowym a wspólnotowym systemem ochrony praw podstawowych, uznając, że „prawa podstawowe stanowią część zasad ogólnych prawa, do których przestrzegania Trybunał jest zobligowany” oraz iż w celu ochrony tych praw Trybunał czerpie inspirację z konstytucyjnych tradycji wspólnych dla państw członkowskich i dlatego nie może podtrzymywać przepisów, stojących w sprzeczności z prawami podstawowymi uznanymi i chronionymi przez konstytucje państw członkowskich. Podobnie rzecz dotyczy umów międzynarodowych dotyczących praw człowieka, których państwa członkowskie są stronami. Była to pierwsza pośrednia wzmianka dotycząca Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Po raz pierwszy na Konwencję Trybunał powołał się w sprawie *Hoechst*⁶.

W sprawie *Hauer*⁷ Trybunał posłużył się zasadą proporcjonalności w celu znalezienia równowagi pomiędzy interesem jednostki a interesem publicznym. Tak więc uznał istnienie zasady ograniczającej prawa podstawowe, jednakże nie w sposób absolutny⁸, jak również absolutny charakter niektórych praw, które ze względu na swoją specyfikę nie mogą podlegać żadnym ograniczeniom⁹. W sprawie *Wachauf*¹⁰ państwa członkowskie zostały zobligowane do przestrzegania praw podstawowych przy implementacji prawa unijnego.

W sprawach *Grogan*¹¹ i *ERT*¹² Trybunał ustalił kryteria, warunkujące oddziaływanie prawa wspólnotowego na prawo krajowe. Ponieważ każdorazowo ocena tych kryteriów zależy tylko od Trybunału, który musi zdecydować, czy istnieje wystarczająco mocna i bezpośrednia więź pomiędzy przepisami

⁴ Zob. Wyrok TSUE 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Zb. Orz. 1970, s. 1125.

⁵ Zob. Wyrok TSUE 4/73 *Nold przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1974, s. 491.

⁶ Zob. Wyrok TSUE w połączonych sprawach 46/87 i 227/88 *Hoechst przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1989, s. 2859.

⁷ Zob. Wyrok TSUE 44/79 *Hauer przeciwko Land Rheinland-Pfalz*, Zb. Orz. 1979, s. 3727.

⁸ Zob. Wyrok TSUE C-34/09 *Zambrano przeciwko Office national de l'emploi*, Zb. Orz. 2011, s. I-1177.

⁹ Zob. Wyrok TSUE C-112/00 *Schmidberger przeciwko Republice Austrii*, Zb. Orz. 2003, s. I-5659.

¹⁰ Zob. Wyrok TSUE 5/88 *Wachauf przeciwko Niemcom*, Zb. Orz. 1989, s. 2689.

¹¹ Zob. Wyrok TSUE C-159/90 *Grogan przeciwko The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*, Zb. Orz. 1991, s. I-4605.

¹² Zob. Wyrok TSUE C-260/89 *ERT przeciwko DEP*, Zb. Orz. 1991, s. I-2925.

unijnymi a krajowymi, nie jest łatwo zdecydować, gdzie przebiega granica pomiędzy normami krajowymi, które nie znajdują się w zasięgu oddziaływania norm unijnych, a objętymi tym zasięgiem¹³. Ponadto, w sprawie *ERT* Trybunał Sprawiedliwości uznał, że zakres kontroli praw podstawowych dotyczy również sytuacji, w których państwa członkowskie powołują się na klauzule derogacyjne.

Od kiedy do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zaczęły napływać sprawy, w których strony zarzucały Wspólnotom naruszanie praw podstawowych, Trybunał stanął przed trudnym zadaniem utrzymania spójności prawa europejskiego oraz zapewnienia ochrony prawnej ludziom nawet w sytuacji, gdy nie ma spisane europejskiego katalogu praw podstawowych¹⁴.

Pomysł stworzenia listy praw podstawowych, którymi związana byłaby Unia Europejska, po raz pierwszy pojawił się w raporcie Komisji Wspólnot Europejskich nr 5/75 z 25 czerwca 1975 r.¹⁵ Kolejną inicjatywę opracowania europejskiej karty praw człowieka zgłoszono w listopadzie 1977 r., gdy rezolucja przyjęta przez Parlament Europejski „wezwała” Komisję do przedstawienia dokumentu, który powstanie na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ z 1966 r.

Po raz pierwszy o ochronie praw podstawowych wspomniano w Jednolitym Akcie Europejskim z 1986 r. W jego preambule napisano, że jednym z celów Wspólnoty Europejskiej jest: [...] *popierać demokrację, w oparciu o fundamentalne prawa zagwarantowane w konstytucjach i systemach prawnych państw członkowskich, Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Europejskiej Karcie Społecznej, a w szczególności w oparciu o wolność, równość i sprawiedliwość społeczną*.

Kolejnymi ważnymi dokumentami były: Deklaracja Podstawowych Praw i Wolności przyjęta przez Parlament Europejski 12 kwietnia 1989 r. oraz Wspólnotowa Karta Podstawowych Praw Socjalnych Pracowników z 9 grudnia 1989 r. Dopiero jednak w późnych latach 90., gdy wszedł w życie Traktat z Amsterdamu, pojawiły się bardziej sprzyjające warunki do sporządzenia karty praw podstawowych Wspólnoty¹⁶.

Bezpośrednie prace, których efektem było przyjęcie jednolitego dokumentu – Karty Praw Podstawowych – rozpoczęły się na mocy decyzji o ujednoliceniu systemu ochrony praw człowieka, podjętej przez Radę Europejską podczas szczytu, który odbył się 3–4 czerwca 1999 r. w Kolonii. Podczas tego posiedzenia przywódcy państw postanowili, „że prawa podstawowe mające zastosowanie

¹³ Zob. Wyrok TSUE C-299/95 *Kremzow przeciwko Republice Austrii*, Zb. Orz. 1997, s. I-2629; wyrok TSUE C-60/00 *Carpenter przeciwko Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2002, s. I-6279; wyrok TSUE C-117/01 *K.B. przeciwko National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, Zb. Orz. 2004, s. I-541.

¹⁴ Ł. Bojarski, D. Schindlauer, K. Władasz, M. Wróblewski *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej jako żywy instrument*, Podręcznik dla prawników, Warszawa 2014, s. 16.

¹⁵ Biuletyn Wspólnot Europejskich, załącznik nr 5/75.

¹⁶ Punkt 12 Rezolucji w sprawie Traktatu z Amsterdamu, CONF 4007/97 – C4-0538/97, A4-0347/97.

na poziomie unijnym powinny zostać zebrane w jednym dokumencie i przez to uczynione bardziej oczywistymi”.

Podczas kolejnego spotkania Rady Europejskiej, które odbyło się w Tampere 15–16 X 1999 r., w konkluzjach Urzędu Przewodniczącego, dokładnie w aneksie, zawarto postanowienia dotyczące składu organu określonego jako Konwent i metody jego pracy. Konwent przyjął projekt 2 października 2000 r., następnie 14 listopada 2000 r. przyjęty został przez PE, 6 grudnia 2000 r. przez KE, zaś 7 grudnia 2000 r. został przyjęty i podpisany przez premierów rządów wszystkich państw UE i proklamowany w Nicei przez przewodniczących trzech instytucji: Parlamentu Europejskiego, Komisji i Rady.

Od momentu „narodzin” Karty w doktrynie nie brakowało poglądów, przewidujących uzyskanie przez Kartę Praw Podstawowych (dalej: KPP) znacznie mocniejszego statusu. Wedle tych opinii, już od momentu jej przyjęcia w Nicei Karta Praw Podstawowych UE miała znaczącą pozycję pośród źródeł prawa wspólnotowego, a zatem nie stanowiła ona jedynie programowej deklaracji¹⁷. Powoli zyskiwał podstawy pogląd – wzmocniony szeregiem oficjalnych dokumentów – że Karta wiąże instytucje Unii Europejskiej i że stanowi ona jeden z filarów, tworzących fundament przyszłej europejskiej konstytucji¹⁸. Jako przykład można wskazać stanowisko Komisji, która bezpośrednio po proklamowaniu KPP podkreśliła, że będzie ją traktowała jako akt o charakterze wiążącym i konsekwentnie badała propozycje legislacyjne pod kątem zgodności z jej postanowieniami. Podobne stanowisko zajął Parlament Europejski, który w oparciu o art. 34 regulaminu kontrolował projekty legislacyjne z postanowieniami KPP¹⁹.

W tym kontekście należy przede wszystkim wskazać postawę Trybunału Sprawiedliwości, który w jednym ze swoich orzeczeń podkreślił: „Choć karta ta nie stanowi wiążącego aktu prawnego, prawodawca wspólnotowy uznał jednakże jej wagę, potwierdzając, w motywie drugim dyrektywy, że dyrektywa ta przestrzega zasad uznanych nie tylko przez art. 8 EKPCz, lecz również przez kartę”. Skądinąd głównym celem karty, jak wynika to z jej preambuły, jest potwierdzenie „praw [...] wynikających zwłaszcza z tradycji konstytucyjnych i zobowiązań międzynarodowych wspólnych państwom członkowskim, z Traktatu o Unii Europejskiej, traktatów wspólnotowych, [...] [EKPCz], kart społecznych przyjętych przez Wspólnotę i Radę Europy oraz orzecznictwa Trybunału [...] i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”²⁰. Uznał tym samym, że może być ona stosowana ze względu na to, że jest zgodna ze standardami ochrony praw człowieka, które były chronione w UE.

¹⁷ V. Zeno-Zencovich, N. Vardi, *Konstytucyjne podstawy europejskiego prawa prywatnego*, „Nowa Europa. Przegląd Natoliński” Nr II (7), 2008, s. 265.

¹⁸ Por. J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999; A. M. Petroni, *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna 2001.

¹⁹ R. Wieruszewski, *Rola i znaczenie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla ochrony praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” nr 2, 2008, s. 52–53.

²⁰ Zob. Wyrok C 540/03 w sprawie *Parlament Europejski p. Radzie Unii Europejskiej*.

W Deklaracji z Laeken w sprawie przyszłości Unii Europejskiej, przyjętej podczas spotkania Rady Europejskiej 15 grudnia 2001 r., stwierdzono również, że: *należy także przemyśleć, czy Karta Praw Podstawowych powinna być włączona do podstawowego traktatu i czy Wspólnota Europejska powinna przystąpić do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*. Ostateczny tekst projektu Konstytucji UE, przygotowany przez Konwent w sprawie przyszłości Europy, przewidywał włączenie Karty Praw Podstawowych do części II Traktatu Ustanawiającego Konstytucję dla Europy. Jednakże proces ratyfikacji dokumentu został zatrzymany w 2005 r. – niektóre państwa członkowskie (m.in. Francja i Holandia) nie ratyfikowały Traktatu.

Karta wraz z wprowadzonymi poprawkami została ponownie ogłoszona w Strasburgu 12 grudnia 2007 r. przez przewodniczących Parlamentu, Rady i Komisji podczas sesji plenarnej Parlamentu Europejskiego. Właśnie do tej wersji Karty odnosi się art. 6 Traktatu z Lizbony, podpisany 13 grudnia 2007 r., który wszedł w życie 1 grudnia 2009 r.²¹

Przyjęcie Traktatu Lizbońskiego w 2007 r. zrodziło w debacie publicznej pytania o prawny charakter Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, o jej usytuowanie w europejskim systemie ochrony praw człowieka oraz o jej odniesienia do krajowych porządków prawnych. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej nie została włączona do Traktatu Lizbońskiego, jednak mocą jego postanowień i dzięki jego ratyfikacji uzyskała ona status obowiązującego prawa²².

Wejście w życie Traktatu z Lizbony w grudniu 2009 r. i nadanie Kartie Praw Podstawowych Unii Europejskiej takiej samej mocy, jaką posiadają Traktaty²³, było kamieniem milowym w kwestii zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony praw podstawowych Unii. Warto w tym miejscu wspomnieć o istotnym orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości, wydanym jeszcze przed nabraniem przez Kartę mocy prawnej, w sprawie *Volker*²⁴, w której Trybunał uznał postanowienia Karty za punkt odniesienia przy interpretacji praw podstawowych, rozumianych jako część zasad ogólnych.

Traktat z Lizbony nadał KPP moc wiążącą równą prawu pierwotnemu. Stała się ona zatem źródłem prawa posiadającym najwyższą moc normatywną w systemie unijnych źródeł prawa. Konsekwencją tego jest bezpośrednia skuteczność KPP oraz możliwość powołania się na jej postanowienia przed sądami krajowymi i TSUE (oczywiście pod warunkiem, że są to prawa bezpośrednio skuteczne i jedynie w obszarze obowiązywania prawa unijnego) oraz pośredni skutek w celu interpretacji postanowień prawa unijnego i krajowego w zakresie działania prawa UE. Ponadto KPP objęta została zasadą prymatu w przypadku

²¹ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską został przyjęty dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.Urz. UE 2007/C 306/1).

²² Patrz: art. 6 ust. 1 Traktatu Lizbońskiego.

²³ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. C 326 z 26 października 2012 r., art. 6 (1).

²⁴ Zob. Wyrok TSUE C-92/09 i C-93/09, *Volker i Markus Schecke i Hartmut Eifert przeciwko Hesji*, Zb. Orz. 2010, s. I-11063.

kolizji z normą prawa krajowego, znajdującego się w zakresie prawa unijnego oraz pod warunkiem właściwego powołania się na prawa podstawowe²⁵.

Wraz z wejściem w życie Traktatu Lizbońskiego Karta Praw Podstawowych UE uzyskała bowiem status umowy międzynarodowej. Niemniej jednak, jak zauważa Jerzy Jaskiernia, do czasu wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego jej status był niejednoznaczny. KPP EU nie była zatem umową międzynarodową, nie jest również rozporządzeniem, dyrektywą czy wspólnotową decyzją. Klasyfikowano ją jako deklarację trzech europejskich instytucji, to jest: Parlamentu, Rady i Komisji. Był to zatem rodzaj europejskiego, międzyinstytucjonalnego porozumienia²⁶.

Co przy tym istotne, rządy Wielkiej Brytanii i Polski ograniczyły dla swoich obywateli ochronę prawną KPP przez przyjęcie dodatkowego protokołu, będącego częścią Traktatu Lizbońskiego²⁷.

Treść protokołu zasadniczo wynegocjowana została przez Zjednoczone Królestwo, natomiast Polska przystąpiła do niego już w fazie finalnej negocjacji²⁸. W literaturze przyjmuje się, że stanowi on umowę międzynarodową, która jednocześnie jest częścią integralną Traktatu Lizbońskiego. Po wejściu w życie Traktatu zyskała zatem moc prawa pierwotnego²⁹.

Karta Praw Podstawowych stworzyła jednolity katalog praw, wolności i zasad chronionych na poziomie UE³⁰. Postanowienia KPP odwołują się do koncepcji antropocentryzmu, stawiają człowieka jako centrum regulacji³¹. Warto również podkreślić, że jej twórcy dokonali kodyfikacji praw, wolności i zasad, które wywodzą się z różnych źródeł: EKPCz, Europejskiej Karty Społecznej, tradycji konstytucyjnych wspólnych dla wszystkich państw członkowskich, jak również postanowień traktatów założycielskich³².

²⁵ A. Wyrozumska, *Inkorporacja Karty do UE: status Karty w prawie UE. Zakres obowiązku i stosowania, główne problemy interpretacyjne z uwzględnieniem stanowiska polskiego*, [w:] J. Barcz, *Ochrona w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 83–84.

²⁶ J. Jaskiernia, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej a Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – konflikt czy komplementarność?*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2009, s. 177.

²⁷ Protokół nr 30 w sprawie stosowania Karty Unii Europejskiej wobec Polski i Zjednoczonego Królestwa, Dz.Urz. C 326 z 26 października 2012 r.

²⁸ Szerzej na temat zasadności przystąpienia Polski do Protokołu brytyjskiego patrz np.: R. Wieruszewski, op. cit., s. 56–59; A. Wyrozumska, *Karta – polskie obiekty*, „Sprawy Międzynarodowe” 2007, nr 4, s. 59.

²⁹ A. Wyrozumska, *Znaczenie prawne zmiany statusu Karty Unii Europejskiej w Traktacie Lizbońskim oraz Protokółu Polsko-Brytyjskiego*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2(85), s. 32.

³⁰ Analiza struktury i postanowień KPP stanowi przedmiot wielu opracowań. Jako przykład można wskazać: F. Jasiński, *Karta Unii Europejskiej*, Warszawa 2003; S. Hambura, M. Muszyński, *Karta z komentarzem*, Bielsko-Biała 2001; A. Wróbel, *Karta Unii Europejskiej – komentarz*, Warszawa 2012.

³¹ C. Mik, *Karta Unii Europejskiej. Zagadnienia podstawowe*, [w:] A. Podraza, *Traktat Nicejski*, Lublin 2001, s. 66–70.

³² R. Arnold, *Karta Praw Zasadniczych Unii Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 3, s. 38 i n.

Katalog gwarantowanych praw w Karcie jest dość szeroki, liczy aż 50 artykułów. Ujęty jest w sześciu tytułach: I. Godność (art. 1–5), II. Wolności (art. 6–19), III. Równość (art. 20–26), IV. Solidarność (art. 27–38), V. Prawa obywatelskie (art. 39–46), VI. Wymiar sprawiedliwości (art. 47–50). Tytuł VII Karty zawiera postanowienia ogólne dotyczące wykładni oraz sposobu i zakresu stosowania Karty (tzw. postanowienia horyzontalne lub pomostowe)³³. Warto ponadto dodać, że postanowienia Karty mają zastosowanie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii oraz do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii.³⁴

Rozpatrując zakres przedmiotowy Karty należy podkreślić, iż pokrywa się on z zagadnieniem szeroko rozumianych praw człowieka, których źródłem jest godność osobowa³⁵. Adresatami praw i wolności sformułowanych w Karcie są wszystkie osoby, które nawet na krótko przebywają na terytorium państwa członkowskiego UE, albo nawet poza nim, ale w granicach jego jurysdykcji. Postanowienia Karty odnoszą się głównie do osób fizycznych, co potwierdza użycie określenia „każda osoba”, chociaż np. prawo dostępu do dokumentów (art. 42) i prawo petycji (art. 44) rozszerzają zakres podmiotów uprawnionych także na osoby prawne. Pewne kategorie praw przysługują tylko określonej grupie – obywatelom Unii Europejskiej. Dotyczy to praw politycznych, a więc biernego i czynnego prawa wyborczego w wyborach do Parlamentu Europejskiego (art. 39) i w wyborach lokalnych w państwach członkowskich (art. 40) oraz prawa do ochrony dyplomatycznej i konsularnej (art. 46).

Wspomniane wyżej prawo petycji do Parlamentu Europejskiego, zawarte w art. 44 KPP czy prawo skargi do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich z art. 43 KPP stanowią ponadto podstawowe narzędzie demokracji.

Zgodnie z art. 20 TFUE każdy obywatel UE może skierować petycję do Parlamentu Europejskiego i skargę do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich. Ponadto ma prawo zwrócić się do instytucji i organów doradczych Unii w jednym z języków traktatów oraz otrzymać odpowiedź w tym samym języku. Podobnie art. 41 ust. 4 KPP gwarantuje, że *każda osoba może zwrócić się pisemnie do instytucji Unii w jednym z języków traktatowych i musi otrzymać odpowiedź w tym samym języku*.

Standard ten jest składową prawa do dobrej administracji, wspomnianego w wyżej wymienionym art. 41 KPP. Prawo do dobrej administracji opiera się na istnieniu Unii jako podmiotu prawa, którego cechy zostały wymienione w orzecznictwie określającym dobrą administrację jako ogólną zasadę prawa³⁶.

³³ R. Mazur, *Karta Praw Podstawowych UE*, [w:] *Ochrona Praw Podstawowych w Unii Europejskiej*. Wybrane zagadnienia, red. A. Florczak, Warszawa 2009, s. 45.

³⁴ KPP, art. 51(1).

³⁵ C. Mik, *Wprowadzenie do prawa międzynarodowego praw człowieka. Szkoła praw człowieka. Teksty wykładów*, Zeszyt 3, Warszawa 1996, s. 23.

³⁶ Zob. C-255/90 P, *Burban przeciwko Parlamentowi Europejskiemu*, wyrok z 31 marca 1992 r.; T-167/94, *Nölle przeciwko Radzie Unii Europejskiej i Komisji Wspólnot Europejskich*, wyrok z 18 września 1995 r.; T-231/97, *New Europe Consulting i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, wyrok z 9 lipca 1999 r.

Treść pierwszych dwóch podpunktów ust. 2 wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej³⁷, a kwestia obowiązku uzasadniania pochodzi z art. 296 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Ustęp 3 odpowiada prawu obecnie gwarantowanemu przez art. 340 TFUE, ust. 4 zaś – art. 20 ust. 2 lit. d tego Traktatu.

Prawo do dobrej administracji oznacza, że każdy ma m.in. prawo do tego, aby jego sprawa była rozpatrzona w sposób bezstronny przez instytucje, organy i inne agencje UE³⁸. Istnieją dwa aspekty wymogu bezstronności: subiektywna bezstronność (żaden urzędnik danej instytucji nie może być w żaden sposób stronniczy ani uprzedzony) i obiektywna bezstronność (muszą istnieć wystarczające gwarancje, aby wykluczyć wszelkie uzasadnione wątpliwości odnośnie do stronniczości danej agencji lub instytucji). Trybunał Sprawiedliwości podkreśla, że Komisja Europejska jest do tego zobowiązana na mocy prawa do dobrej administracji, zawartego w art. 41 Karty³⁹.

Trybunał potwierdza istotne znaczenie prawa do bycia wysłuchanym w bardzo szerokim zakresie, biorąc jednocześnie pod uwagę, że prawo to musi obowiązywać we wszystkich postępowaniach, które mogą doprowadzić do wydania niekorzystnej decyzji⁴⁰. Prawo do bycia wysłuchanym gwarantuje każdej osobie możliwość skutecznego wyrażenia swojej opinii podczas postępowania administracyjnego i przed podjęciem jakichkolwiek decyzji, które mogą mieć niekorzystny wpływ na jej interesy⁴¹. Prawo do bycia wysłuchanym musi mieć zastosowanie w każdym postępowaniu, które może zakończyć się wydaniem decyzji o charakterze administracyjnym, mającej negatywny wpływ na interesy danej osoby.

Artykuł 41 KPP gwarantuje też prawo do składania oświadczeń na piśmie lub ustnie mających wpływ na decyzję organu w sprawach, które mogą niekorzystnie wpłynąć na jego interesy. Prawo do bycia wysłuchanym pełni różne funkcje. Po pierwsze, jest przydatne w ustalaniu faktów, a tym samym przy rozpatrywaniu sprawy. Złożenie oświadczenia przez daną osobę i ujawnienie wszystkich elementów, które mogą mieć wpływ na decyzję władz, umożliwiają organom wyczerpujące zbadanie faktów, okoliczności i przepisów, na których opiera się dane postępowanie. Po drugie, prawo do bycia wysłuchanym gwaran-

³⁷ Zob. C-222/86, *Heylens*, wyrok z 15 października 1987 r., § 15; C-374/87, *Orkem*, wyrok z 18 października 1989 r.; C-269/90, *TU München*, wyrok z 21 listopada 1991 r.; T-450/93, *Lisrestal*, wyrok z 6 grudnia 1994 r.; T-167/94, *Nölle przeciwko Radzie Unii Europejskiej i Komisji Wspólnot Europejskich*, wyrok z 18 września 1995 r.

³⁸ Zob. TSUE, C-439/11, opinia rzecznik generalnej, Juliane Kokott, w sprawie *Ziegler SA przeciwko Komisji Europejskiej*.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Zob. C-17/74, *Transocean Marine Paint Association przeciwko Komisji Europejskiej*, § 15; C-7/98, *Dieter Krombach przeciwko André Bamberskiemu*, § 42; C-349/07, *Sopropé*, § 36).

⁴¹ Zob. C-287/02, *Królestwo Hiszpanii przeciwko Komisji Europejskiej*, § 37 i przytoczone tam orzecznictwo; C-349/07, *Sopropé*, § 37; C-141/08 P, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware przeciwko Komisji*, § 83; C-27/09 P, *Republika Francuska przeciwko Organizacji Irańskiej Mudżahedinów Ludowych*, § 64 i 65.

tuje ochronę jednostce. Osoba ta jest uprawniona do udziału w postępowaniu, które jej dotyczy. W takim przypadku musi od razu wyrazić wszystkie swoje opinie na temat kwestii istotnych dla wyroku. Prawo do bycia wysłuchanym daje takiej osobie możliwość naprawienia błędu lub przedstawienia informacji w późniejszym terminie⁴².

Realizacja prawa do dobrej administracji jest wyznacznikiem zaufania obywatela do unijnych i krajowych organów administracyjnych. Trybunał przyznał jednostkom prawo do bycia wysłuchanym w ramach postępowania administracyjnego⁴³. Trybunał uznał również zakres tego prawa w kontekście postępowań penalnych, w których władze występują przeciwko danej osobie i dążą do nałożenia na nią kar ekonomicznych i finansowych⁴⁴.

Trybunał uznał też, że prawo do bycia wysłuchanym wymaga ujawnienia stronie zarzutów przed wydaniem decyzji w sprawie. Jakkolwiek ujawnienie zarzutów jest aktem przygotowawczym, który nie przesądza o ostatecznej decyzji Komisji, jednak określa wstępne wnioski Komisji odnośnie do naruszenia przepisów dotyczących konkurencji. Wyjaśnia on również ocenę okoliczności faktycznych i prawnych, które uwzględniono w trakcie badania sprawy, i rozpoczyna kontradiktoryjny etap postępowania⁴⁵.

Prawo dostępu do akt sprawy oznacza, że Komisja musi umożliwić zainteresowanemu przedsiębiorstwu zbadanie wszystkich dokumentów, które mogą mieć znaczenie dla jego obrony. Dokumenty te obejmują zarówno dowody obciążające, jak i uniewinniające, z zastrzeżeniem tajemnicy handlowej innych przedsiębiorstw, dokumentów wewnętrznych Komisji oraz innych poufnych informacji⁴⁶.

Naruszenie prawa dostępu do akt Komisji w toku postępowania przed wydaniem decyzji co do zasady może spowodować, że decyzja zostanie uchylona, jeżeli prawa do obrony zainteresowanego zostały naruszone⁴⁷. W takim wypadku szkoda powstała w wyniku naruszenia nie zostanie naprawiona przez sam fakt, że dostęp został umożliwiony w trakcie postępowania⁴⁸.

Jako że wynik postępowania sądowego ogranicza się do przeglądu postawionych zarzutów, nie ma ono tego samego przedmiotu ani skutków co pełne dochodzenie w sprawie w ramach postępowania administracyjnego. Ponadto spóźnione ujawnienie dokumentów w aktach nie daje skarżącemu przedsiębior-

⁴² Opinia rzecznika generalnego Yves'a Bota przedstawiona 26 kwietnia 2012 r. w sprawie C-277/11, *M. przeciwko Minister for Justice, Equality and Law Reform, Irlandii, Attorney General*.

⁴³ Sprawa dotycząca zwolnienia z cła (C-269/90, *Technische Universität München*).

⁴⁴ Zastosowanie tego prawa w odniesieniu do zasad konkurencji, por. C-322/07 P, C-327/07 P i C-338/07 P, *Papierfabrik August Koehler i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, wyrok z 3 września 2009 r., a w zakresie zwalczania terroryzmu: C-27/09, *Republika Francuska przeciwko Organizacji Irańskiej Mudżahedinów Ludowych*, wyrok z 21 grudnia 2011 r., § 61–66.

⁴⁵ Połączone sprawy: C-142/84 i C-156/84, *British American Tobacco i Reynolds przeciwko Komisji Europejskiej*, postanowienie z 18 czerwca 1986 r., § 70.

⁴⁶ Zob. C-254/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij i inni przeciwko Komisji Europejskiej*, wyrok z 15 października 2002 r., § 315; C-204/00, *Aalborg Portland i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, wyrok z 7 stycznia 2004 r., § 68.

⁴⁷ Zob. C-254/99, § 317.

⁴⁸ Zob. C-254/99, § 318.

stwu takich samych możliwości, jakie miałyby, gdyby mogło od razu skorzystać z pełnej dokumentacji podczas pierwszego etapu zgłaszania pisemnych i ustnych uwag Komisji⁴⁹.

W przypadku, gdy dostęp do akt sprawy, a szczególnie do dokumentów stanowiących dowód niewinności, został zapewniony dopiero podczas postępowania sądowego, wystarczy, by zainteresowane przedsiębiorstwo wykazało, że te dokumenty mogły być przydatne dla jego obrony. Nie musi natomiast wykazywać, że zapewnienie dostępu do dokumentów zaowocowałoby odmienną decyzją Komisji⁵⁰.

Prawo do dobrej administracji nakłada na administrację obowiązek uzasadniania swoich decyzji. Nie jest konieczne, aby uzasadnienie zawierało wszystkie istotne okoliczności faktyczne i prawne, ponieważ ocena, czy uzasadnienie aktu spełnia wymagania określone w art. 296 TFUE i art. 41 KPP, musi opierać się nie tylko na tych przepisach, ale również wynikać z kontekstu i całości ustawodawstwa dotyczącego danej dziedziny. Tak więc uzasadnienie decyzji niekorzystnej dla danej osoby jest wystarczające, jeśli została ona podjęta na podstawie kontekstu, który był tej osobie znany i który pozwala jej zrozumieć zakres tej decyzji. Ponadto stopień uszczegółowienia uzasadnienia musi być odpowiedni, tak aby jej adresat mógł bez wątpliwości zastosować się do decyzji⁵¹.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości uzasadnienie decyzji powinno jasno i jednoznacznie przedstawiać argumentację instytucji, która ją wydała, tak aby umożliwić zainteresowanym zapoznanie się z uzasadnieniem decyzji, a właściwemu sądowi – sprawdzenie jej zasadności.

Niezależnie od kryterium obywatelstwa UE, Karta przyznała szereg uprawnień innym kategoriom podmiotów, takim jak: dzieci (art. 24), osoby w podeszłym wieku (art. 25), osoby niepełnosprawne (art. 26), pracownicy (art. 27–31) i konsumenci (art. 38).

Postanowienia Karty są adresowane do instytucji i organów Unii, a więc Parlamentu Europejskiego, Rady UE, Komisji Europejskiej, Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) i Trybunału Obrachunkowego⁵² oraz do państw członkowskich, ale „wyłącznie w zakresie, w jakim stosują prawo Unii” (art. 51 ust. 2). W praktyce postanowienia Karty odnoszą się do instytucji i organów Unii, które najczęściej ingerują w prawa jednostki, a więc głównie do Komisji Europejskiej.

W wewnętrznym memorandum (*internal memorandum*) z marca 2001 r., adresowanym do pracowników Komisji Europejskiej, przewodniczący Romano Prodi oraz komisarz spraw wewnętrznych i sprawiedliwości Antonio Vitorino

⁴⁹ Zob. C-204/00, § 103.

⁵⁰ Zob. C-199/99 P, *Corus UK Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, wyrok z 2 października 2003 r., § 128; C-254/99, § 318; C-204/00, § 131; C-109/10 P, *Solvay SA przeciwko Komisji Europejskiej*, wyrok z 25 października 2011 r.

⁵¹ Zob. ETS, T-200/11, *Al Matri*, wyrok z 28 maja 2013 r.

⁵² Komisja Europejska stoi na stanowisku, iż postanowienia Karty mają zastosowania także do ciał powołanych na mocy umowy międzyrządowej, np. Europolu.

stwierdzili, iż przyszłe działania Komisji Europejskiej powinny być zgodne z postanowieniami dokumentu z Nicei.

Na szczególną uwagę zasługuje orzecznictwo Sądu Pierwszej Instancji, który już niejednokrotnie odwoływał się do postanowień Karty⁵³. Od grudnia 2000 r. także rzecznicy generalni ETS, przedkładający wnioski w zakresie spraw wniesionych przed sąd w Luksemburgu, coraz częściej powołują się na jej regulacje⁵⁴.

Prawa i wolności wymienione w Karcie możemy podzielić na dwie kategorie. Pierwsza z nich to prawa i wolności, sformułowane w związku z UE i jej funkcjonowaniem. Katalog ten obejmuje wyżej omówione prawa, takie jak m.in. prawo głosowania i kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego (art. 39), prawo do dobrej administracji (art. 41), prawo dostępu do dokumentów (art. 42), prawo skargi do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 43) czy prawo petycji do Parlamentu Europejskiego (art. 44). Druga kategoria to prawa, w treści których znajduje się odwołanie do porządku prawnego UE. Są to m.in. prawo do azylu (art. 18), prawo do niedyskryminacji (art. 21), dostęp do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (art. 36) czy swoboda przemieszczania się i pobytu (art. 45).

Zakres stosowania KPP wyznaczają postanowienia art. 51–54 KPP (zwłaszcza art. 51 KPP) oraz art. 6 ust. 1 TUE, jak również akapit 2 deklaracji nr 1 dołączonej do Traktatu Lizbońskiego w sprawie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz wyjaśnienia dołączone do KPP (art. 51).

Wspomniane wyżej art. 51–54 zebrane w rozdziale VII Karty, które objęte są wspólnym tytułem „Ogólne postanowienia rządzące wykładnią i stosowaniem Karty” stanowią podstawowe gwarancje dla państw członkowskich, że wprowadzenie katalogu praw podstawowych nie będzie oznaczało poszerzenia kompetencji UE w sposób niechciany przez państwa członkowskie, a więc z naruszeniem kompetencji tych państw⁵⁵.

A. Wyrozumska podkreśla również, że „stosowanie karty zostało obwarowane pięcioma warunkami określonymi w samej Karcie, powtórzonymi następnie w przez Traktat z Lizbony w art. 6 ust. 1 oraz wzmocnionymi politycznie przez Deklarację Konferencji”⁵⁶.

Art. 51 ust. 1 Karty wyznacza zakres jej zastosowania, zgodnie z którym „postanowienia niniejszej Karty mają zastosowanie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii przy poszanowaniu zasady pomocniczości oraz do Państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. Szanują one zatem prawa, przestrzegają zasad i popierają ich stosowanie zgodnie ze swymi odpowiednimi uprawnieniami i w poszanowaniu granic kompetencji

⁵³ Zob. Orzeczenia w sprawach: *British American Tobacco Investments and Imperial Tobacco*, C-491/01 z 2002 r., *Philip Morris International v. Commission*, T-377/00 z 2003 r.

⁵⁴ Dla przykładu zob. sprawy: C-340/99, C-173/99.

⁵⁵ A. Wyrozumska, *Inkorporacja Karty do UE: status Karty w prawie UE. Zakres obowiązywania i stosowania, główne problemy interpretacyjne z uwzględnieniem stanowiska polskiego*; [w:] J. Barcz, *Ochrona w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 84.

⁵⁶ Ibidem, s. 86.

Unii powierzonych jej w Traktatach”. Z tak sformułowanego art. 51 ust. 1 wyraźnie wynika, że nie można powołać się na prawo zawarte w Karcie w celu objęcia kontrolą obszarów ustawodawstwa państw członkowskich niebędących wynikiem aplikacji prawa unijnego, a jedynie na takie przypadki, które dotyczą istniejących przepisów unijnych.

Wzmocnienie wskazanych postanowień znajduje się w art. 51 ust. 2 KPP, który podkreśla, że „Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii, nie ustanawia nowych kompetencji ani zadań Unii, ani też nie zmienia kompetencji i zadań określonych w Traktatach”⁵⁷. Wskazane sformułowanie należy rozumieć jako wiążącą prawnie zasadę wykładni i stosowania prawa unijnego⁵⁸. Należy ją interpretować w taki sposób, że wykładnia prawa unijnego w związku z KPP lub zgodnie z jej postanowieniami nie powinna prowadzić do rozszerzenia kompetencji UE⁵⁹.

Podstawowy warunek wyrażony we wskazanych postanowieniach to ograniczenie stosowania KPP jedynie do zakresu stosowania prawa unijnego. Wyraźnie podkreślono, że katalog praw, wolności i zasad ujętych w KPP nie rozszerza zakresu zastosowania prawa UE poza jej kompetencje, ani zadań Unii, ani też nie zmienia kompetencji i zadań określonych w Traktatach⁶⁰. Tym samym UE podejmuje działania zgodnie z zasadą kompetencji powierzonych i tylko w granicach kompetencji przekazanych jej przez państwa członkowskie, zawartych w TUE i TFUE⁶¹. Instytucje unijne, w tym również TS, związane są w pełnym zakresie tą zasadą.

Kolejnym zagadnieniem – związanym ze stosowaniem KPP – jest zróżnicowany charakter zawartych w niej praw. Sama Karta wskazuje prawa, wolności i reguły. Pierwsze z nich mogą być bezpośrednio skuteczne, drugie natomiast stanowią swoiste normy programowe wymagające aktów implementujących, które mogą być wykorzystywane w celu interpretacji aktów implementujących lub do kontroli ich ważności. Karta Praw Podstawowych nie precyzuje, które przepisy zawierają prawa, a które reguły. Ponadto wyjaśnienia do KPP wskazują na przepisy, które w niektórych elementach zawierają zarówno zasady, jak i prawa⁶².

Ostatnią kwestią, na którą należy zwrócić szczególną uwagę, są postanowienia art. 52 ust. 2–4 KPP, które zawierają wskazówki interpretacyjne. Karta

⁵⁷ Art. 51(2) KPP.

⁵⁸ A. Wróbel, *Objaśnienia do art. 51 KPP*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 1343.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 1343.

⁶⁰ Art. 51 ust. 2 KPP.

⁶¹ Zasada kompetencji powierzonych wyrażona została w art. 5 ust. 2 TUE. Traktat lizboński jednocześnie doprecyzował rodzaje kompetencji, dzieląc je na kompetencje wyłączne (art. 3 TFUE), dzielone (art. 4 TFUE) i koordynacyjne (art. 6 TFUE).

⁶² Zgodnie z poglądami wyrażonymi w literaturze przedmiotu, prawa unormowane zostały w art. 2, art. 4–8, art. 9–14, art. 16–19, art. 21, art. 39–40, art. 42–48, art. 50. Zasady natomiast w art. 20, art. 25–26, art. 35–38. Przepisy łączące i prawa i zasady to: art. 3, art. 15, art. 23–24, art. 27–33, art. 34, art. 41, art. 49. Za: I. C. Kamiński, *Karta jako połączenie praw i zasad – strukturalna wada czy szansa?* [w:] *Karta w europejskim i krajowym porządku prawnym*, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2009, s. 42–44.

Praw Podstawowych zawiera prawa, wolności i zasady, które wywodzą się z EKPCz, traktatów założycielskich oraz tradycji konstytucyjnych wspólnych dla wszystkich państw członkowskich. Dodatkowo, jak wskazano, wyjaśnienia do Karty precyzują, jakie jest źródło danego postanowienia. W związku z tym postanowienia KPP należy interpretować zgodnie ze źródłem pochodzenia, czyli dorobkiem orzecznictwa ETPCz, orzecznictwem TS lub zgodnie z tradycjami konstytucyjnymi wspólnymi dla wszystkich państw członkowskich.

W art. 52 ust. 2 Karty zamieszczone jest ważne sformułowanie, dotyczące zakresu praw i zasad, które „są wykonywane na warunkach i granicach w nich określonych”. Zgodnie z wyjaśnieniami do Karty prawa, które zostały już wyrażone zagwarantowane w TWE oraz zostały uznane w Karcie, i które są obecnie zawarte w Traktatach, nadal podlegają warunkom i ograniczeniom stosowanym na mocy *acquis*. Zgodnie z art. 52 ust. 3 Karty w zakresie, w jakim Karta „zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w Europejskiej Konwencji, ich znaczenie i zakres są takie same, jak praw przyznanych przez tę konwencję”. Dodano również, że nic nie stoi na przeszkodzie, „aby prawo Unii przyznawało szerszą ochronę”.

Ponadto art. 53 Karty Praw Podstawowych stanowi, iż żadne z postanowień Karty „nie będzie interpretowane jako ograniczające lub naruszające prawa człowieka i podstawowe wolności uznane, we właściwych im obszarach zastosowania, przez prawo Unii i prawo międzynarodowe oraz konwencje międzynarodowe, których Unia lub wszystkie państwa członkowskie są stronami, w szczególności przez Europejską Konwencję oraz przez konstytucje państw członkowskich”.

Przepisy te mają na celu ograniczenie ryzyka dualizmu instytucjonalnego między Unią Europejską a Radą Europy, a także należy je odczytywać w kontekście potencjalnego przystąpienia UE do Konwencji Europejskiej, zgodnie z Traktatem z Lizbony. Szczegółowe określenie zakresu zgodności przepisów Karty oraz Konwencji zamieszczono w zaktualizowanych wyjaśnieniach do Karty⁶³.

Traktat z Lizbony w sposób jednoznaczny nadał Karcie Praw Podstawowych UE charakter prawnie wiążący. Tym samym mamy do czynienia z włączeniem Karty do prawa pierwotnego Unii. Traktat wyposażył również UE w kompetencję do przystąpienia do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i zawarł zobowiązanie Unii do przystąpienia do tejże Konwencji. Przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji oraz włączenie Karty w myśl postanowień Traktatu – do pierwotnego prawa unijnego mają łącznie wzmocnić system ochrony praw podstawowych w ramach UE i doprowadzić go do poziomu, jaki istnieje w państwach członkowskich⁶⁴.

⁶³ F. Jasiński, *Karta Praw Podstawowych: struktura, zakres regulacyjny i dotychczasowe znaczenie w praktyce*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2008, s. 45–46, 48.

⁶⁴ R. Wieruszewski, *Postanowienia Karty Praw Podstawowych w świetle wiążących Polskę umów międzynarodowych i postanowień Konstytucji RP z 1997*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2008, s.113.

Odniesienia do praw podstawowych, gwarantowanych przez Kartę, stały się nie tylko praktyką obowiązującą w orzecznictwie, lecz także elementem niezbędnym do prawidłowego interpretowania i stosowania treści zawartych w przepisach europejskich. Wyroki w sprawach, takich jak: *N.S.*⁶⁵, *DEB*⁶⁶, *Melloni*⁶⁷, *Jeremy F.*⁶⁸, *Trade Agency*⁶⁹ i wielu innych, dobrze ilustrują tendencje panujące obecnie w orzecznictwie.

Dla Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej prawa podstawowe stanowią niezmiernie ważną część dorobku prawnego, są również zasadniczym elementem składowym tożsamości europejskiej. Nie ma wątpliwości co do tego, że wejście w życie Karty Praw Podstawowych było wyraźnym potwierdzeniem ówczesnych tendencji prawodawczych i miało dla Unii Europejskiej szczególne, symboliczne znaczenie. Co więcej, wydarzenie to wzmocniło dalszy rozwój porządku prawnego i ogólnie rozumianej integracji w Europie. Było również początkiem nowego etapu w orzecznictwie TSUE dotyczącym praw człowieka.

THE GENESIS AND THE MEANING OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION FOR THE EUROPEAN UNION LEGAL

Key words: Charter of Fundamental Rights of European Union, human rights, catalogue of individual rights, fundamental rights, protection of fundamental rights

Summary

The aim of the following article is presenting the meaning of the Charter of Fundamental Rights of the European Union for the Union legal order. The article discusses the genesis, the successive stages of work till the moment of accepting and signing the Charter of Fundamental Rights of the European Union at the summit in Nice on 7th December 2000 by the Prime Ministers of all the EU states. Essential changes, which were implemented by the Treaty of Lisbon were also discussed. This treaty has explicitly made the Charter of Fundamental Rights of the European Union legally binding. Coming into effect of the Charter of Fundamental Rights of European Union has also been a milestone in the matter of ensuring the proper level of the fundamental rights protection of the EU.

Bibliografia

- Arnold R., *Karta Praw Zasadniczych Unii Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2002.
Bojarski Ł., Schindlauer D., Władasz K., Wróblewski M. *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej jako żywy instrument*, *Podręcznik dla prawników*, Warszawa 2014.
Biuletyn Wspólnot Europejskich, załącznik nr 5/75.

⁶⁵ Sprawy połączone: *C-411/10 i C-493/10, N.S. przeciwko Secretary of State for the Home Department i M.E. i inni przeciwko Refugee Applications Commissioner*, wyrok z 21 grudnia 2011 r.

⁶⁶ Zob. sprawa C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, wyrok z 22 grudnia 2010 r.

⁶⁷ Zob. sprawa C-399/11, *Stefano Melloni przeciwko Ministerio Fiscal*, wyrok z 26 lutego 2013 r.

⁶⁸ Zob. sprawa C-168/13, *Jeremy F.* wyrok z 30 maja 2013 r.

⁶⁹ Zob. sprawa C-619/10, *Trade Agency*, wyrok z 6 września 2012 r.

- Hambura S., Muszyński M., *Karta z komentarzem*, Bielsko-Biała 2001.
- Jaskiernia J., *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej a Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – konflikt czy komplementarność?*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2009.
- Jasiński F., *Karta Unii Europejskiej*, Warszawa 2003.
- Jasiński F., *Karta Praw Podstawowych: struktura, zakres regulacyjny i dotychczasowe znaczenie w praktyce*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2008.
- Kamiński I.C., *Karta jako połączenie praw i zasad – strukturalna wada czy szansa?*, [w:] *Karta w europejskim i krajowym porządku prawnym*, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2009.
- Mazur R., *Karta Praw Podstawowych UE*, [w:] *Ochrona Praw Podstawowych w Unii Europejskiej*. Wybrane zagadnienia, red. A. Florczak, Warszawa 2009.
- Mik C., *Wprowadzenie do prawa międzynarodowego praw człowieka. Szkoła praw człowieka. Teksty wykładów*, zeszyt 3, Warszawa 1996.
- Mik C., *Karta Unii Europejskiej. Zagadnienia podstawowe*, [w:] A. Podraza, *Traktat Nicejski*, Lublin 2001.
- Petron A. M. i in., *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna 2001.
- Weiler, J. H. H. *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999.
- Wieruszewski R., *Postanowienia Karty Praw Podstawowych w świetle wiążących Polskę umów międzynarodowych i postanowień Konstytucji RP Z 1997*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2008.
- Wieruszewski R., *Rola i znaczenie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla ochrony praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” nr 2, 2008.
- Wróbel A., *Karta Unii Europejskiej – komentarz*, Warszawa 2012.
- Wyrozumska A., *Inkorporacja Karty do UE: status Karty w prawie UE. Zakres obowiązku i stosowania, główne problemy interpretacyjne z uwzględnieniem stanowiska polskiego*, [w:] J. Barcz, *Ochrona w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
- Wyrozumska A., *Karta – polskie obiekty*, „Sprawy Międzynarodowe” 2007, nr 4.
- Wyrozumska A., *Znaczenie prawne zmiany statusu Karty Unii Europejskiej w Traktacie Lizbońskim oraz Protokołu Polsko-Brytyjskiego*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2(85).
- Wróbel A., *Objaśnienia do art. 51 KPP*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Zeno-Zencovich V., Vardi N., *Konstytucyjne podstawy europejskiego prawa prywatnego*, „Nowa Europa. Przegląd Natoliński”, nr II (7), 2008, s. 265.

HANNA WICZANOWSKA
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Współpraca Unii Europejskiej z regionalnymi organizacjami arabskimi i islamskimi w dziedzinie ochrony praw człowieka

Słowa kluczowe: prawa człowieka, demokracja, praworządność, Unia Europejska, Liga Państw Arabskich, Organizacja Współpracy Islamskiej, współpraca

Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest analiza i ewaluacja obecnego kształtu współpracy Unii Europejskiej z Ligą Państw Arabskich oraz Organizacją Współpracy Islamskiej w dziedzinie wzmocnienia przestrzegania oraz ochrony praw człowieka. Powyższe rozważania zostaną osadzone w kontekście historii wzajemnych relacji pomiędzy Europą a krajami cywilizacji islamskiej po II wojnie światowej. Wykorzystana w ten sposób metoda historyczna pozwoli nie tylko na ocenę zmiany dotyczącej podejścia Unii Europejskiej i organizacji islamskich we wzajemnych relacjach, ale przede wszystkim umożliwi dogłębne zrozumienie motywów, uprzedzeń i obaw obu stron wspomnianych stosunków. Dalsza część artykułu posłuży analizie konkretnych działań, kształtujących wzajemną współpracę oraz ocenie ich efektywności. W ramach artykułu zostaną również wykorzystane elementy metody dogmatyczno-prawnej i komparatystycznej. Zamiarem autorki jest także określenie miejsca praw człowieka z perspektywy priorytetów i założeń polityki zarówno Unii Europejskiej, jak i organizacji arabskich i islamskich. Podsumowanie zmierzać będzie do wykazania zarówno mocnych, jak i słabych punktów omawianej współpracy przez pryzmat efektywności ochrony praw człowieka na gruncie obu regionalnych systemów prawnych oraz sformułowania rekomendacji dla ulepszenia omawianej kooperacji.

Podjęty przez autorkę temat jest istotny z punktu widzenia określenia przyszłych priorytetów polityki zagranicznej Unii Europejskiej, a w pewnym zakresie również organizacji arabskich i islamskich. Jego rudymentarne znaczenie przejawia się jednak w odpowiedzi na pytanie o istnienie uniwersalizmu praw

człowieka oraz o wpływ różnic o charakterze kulturowym i religijnym na ich ochronę. Rozstrzygnięcie wspomnianej kwestii w bezpośredni sposób przekłada się na efektywność ochrony przysługujących jednostce praw i wolności w obu analizowanych systemach prawnych, co zostanie udowodnione w dalszej części niniejszego artykułu.

Relacje europejsko-islamskie z perspektywy doświadczeń II wojny światowej

Niniejszą część rozważań należy rozpocząć od stwierdzenia, iż doświadczenia II wojny światowej w znaczący sposób zmieniły relacje pomiędzy Europą a cywilizacją islamską. Nawiązując bowiem do stwierdzenia Gila Anidjara, w okresie wcześniejszym „koncept wroga, cień ponadczasowego ducha został wyznaczony w oparciu o relacje Europy z Żydami i Arabami”¹. Rozwijając wspomnianą myśl, cytowany autor stwierdził, że „chrześcijańska Europa od samego początku różniła wroga wewnętrznego (ang. *an enemy within*) i wroga zewnętrznego (ang. *an enemy without*). Jest to zatem pochodna specyficznej europejskiej niepewności w odniesieniu do własnej tożsamości kulturowej”². Z tej perspektywy należy zgodzić się z poglądem Jacquesa Derridy, zgodnie z którym Europa definiuje swoją przynależność kulturową poprzez różnice w odniesieniu do swoich obcych (ang. *cultural Others*), do których tradycyjnie zaliczają się zarówno Żydzi, jak i Arabowie³. Konstatacja ta potwierdza stanowisko większości przedstawicieli doktryny, iż Żydzi oraz Arabowie ustanawiali uwarunkowania dotyczące religii i polityki⁴.

Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż pomimo, że tożsamość europejska została ukształtowana w procesie zmagania z dwiema kulturowo obcymi jej cywilizacjami, statusu obu jej wrogów nie należy automatycznie zrównywać. Zgodnie bowiem z twierdzeniem G. Anidjara, „Europa ukształtowała swoją tożsamość poprzez stawianie czoła islamowi ze względu na fakt, iż obie wskazane kultury są w oczywisty sposób zaangażowane w spektakularne tworzenie odbić lustrzanych”⁵. Większość przedstawicieli doktryny akcentuje również fakt, iż islam jest dla Europy wrogiem zewnętrznym, podczas gdy judaizm wewnętrznym. Z drugiej jednak strony nie należy zapominać, iż „eksterytorialność islamu podkreśla również jego bliskość. W naszej historii, islam bowiem kojarzy się z nazwą tej eksterytorialności rozwijającej się na zewnętrznej granicy naszego świata, wkraczającej w jego granice”. Z tego względu w odniesieniu do tradycyjnych relacji pomiędzy Europą a islamem zasadne jest używanie terminu „wewnętrznej eksterytorialności”.

¹ G. Anidjar, *The Jew, the Arab: A History of Enemy*, Stanford 2003, s. xii.

² *Ibidem*.

³ J. Derrida, *The Other Heading: Reflections on Today's Europe*, Bloomington 1992, s. 23.

⁴ G. Anidjar, op. cit., s. xiii.

⁵ *Ibidem*.

Powyższy kształt relacji pomiędzy Europą a dwiema cywilizacyjnie odmiennymi od niej kulturami – żydowską i islamską został w znaczący sposób zachwiany przez doświadczenia II wojny światowej (w szczególności zbrodnię Holocaustu) oraz ich późniejsze implikacje. Czynniki te doprowadziły w szczególności do specyficznej zmiany znaczeniowej pojęć antysemityzmu i islamofobii. Celem zrozumienia powyższego zjawiska należy odwołać się do stwierdzenia Tomoko Masuzawy, która poprzez rozróżnienie semickich i aryjskich religii zasadnie wykazała, że przed II wojną światową Żydów i muzułmanów zaliczano do tej samej kategorii kulturowej⁶.

Powyższe okoliczności uległy jednak znaczącej zmianie po II wojnie światowej, co wiązało się z doświadczeniem Holocaustu. Należy przy tym zaakcentować pogląd, iż zmiana ta nie stanowi jedynie wyrazu „europejskich wyrzutów sumienia, „dotyczących masowej eksterminacji ludności żydowskiej”, lecz ma znacznie bardziej kompleksowy charakter. Kluczowe znaczenie w tym względzie miała decyzja dotycząca lokalizacji niepodległego państwa Izrael na terenie Bliskiego Wschodu. Ponownie nawiązując do opinii G. Anidjara, „Europa wyeksportowała swój własny konflikt na Bliski Wschód”⁷. Biorąc pod uwagę istnienie wzajemnej niechęci, wynikającej z odmienności o charakterze religijnym oraz „wewnętrznej wrogości”, decyzję o nieutworzeniu państwa Izrael na terenie Europy należy zakwalifikować jako świadomy zabieg polityczny. Umieszczenie państwa Izrael na spornym oraz pożądanym z punktu widzenia zarówno islamu, jak i judaizmu terytorium nie tylko doprowadziło do powstania konfliktu pomiędzy dwiema wspomnianymi kulturami, ale przede wszystkim spowodowało zmianę statusu Izraela. Z nieprzyjaciela Europy stał się on bowiem jej sojusznikiem, z którą połączyło go istnienie wspólnego nieprzyjaciela – islamu. Powyższe konstatacje dodatkowo wzmacnia fakt, iż okres po II wojnie światowej zapoczątkował odwołania do kulturowego dziedzictwa judeochrześcijańskiego, mającego stanowić naturalną przeciwwagę dla wrogiej kultury islamu. Wprawdzie część doktryny⁸ podkreśla, iż odniesienia te stanowią raczej mit niż faktyczny związek pomiędzy obiema kulturami, tym niemniej stanowią one wyraźny przykład świadomego nasilenia przez Europę animozji pomiędzy swoimi dotychczasowymi wrogami. W konsekwencji zatem przyjąć należy, iż odniesienie do wspólnego dziedzictwa judeochrześcijańskiego doprowadziło do demonizacji islamu i przeniesienia wszystkich animozji odzwierciedlających mit „wrogiego Semity” na jego wyznawców. Należy zatem przyjąć, że islamofobia w jej współczesnym kształcie jest niejako spadkobierczynią wczesnego antysemityzmu, obejmującego niechęć zarówno względem Żydów, jak i Arabów⁹.

⁶ T. Masuzawa, *Islam, a Semitic Religion*, [w:] *The Invention of World Religions. Or, How European Universalism Was Preserved in the Language of Pluralism*, Chicago 2005, s. 179–197.

⁷ G. Anidjar, op. cit., s. xvii.

⁸ G. Jikeli, *Perceptions of the Holocaust in Europe and Muslim Communities: Sources, Comparisons and Educational Challenges*, London 2013, s. 156.

⁹ I.D. Kalmar, *Anti-Semitism and Islamophobia: the Formation of a Secret*, „Human Architecture: Journal of the Sociology of Self-Knowledge”, VII, 2, wiosna 2009, s. 135–144.

Wnioski wypływające z powyższej analizy implikują pytanie, czy uwarunkowania historyczne, wyraźnie obciążające wzajemne relacje Europy oraz cywilizacji islamskiej, mogą zostać na tyle skutecznie przełamane, aby umożliwiło to budowanie efektywnej współpracy na rzecz wzmocnienia praw człowieka przez zainteresowane organizacje. Istotną kwestią jest również fakt, czy wspomniana współpraca sprowadzać się będzie do narzucania krajom cywilizacji islamskiej wartości tradycyjnie utożsamianych z dziedzictwem judeochrześcijańskim.

Próba nawiązania współpracy – przełom w relacjach europejsko-islamskich?

Na wstępie konieczne jest postawienie pytania dotyczącego powodów nawiązania współpracy pomiędzy Unią Europejską a islamskimi oraz arabskimi organizacjami regionalnymi. Odpowiedź na tak postawione pytanie wymagać będzie analizy zarówno z punktu widzenia Unii Europejskiej, Ligi Państw Arabskich oraz Organizacji Współpracy Islamskiej. Biorąc pod uwagę perspektywę europejską, należy rozważyć przede wszystkim ewolucję założeń polityki zagranicznej UE dotyczących konfliktu na Bliskim Wschodzie. W rozważaniach poświęconych organizacjom arabskim i islamskim, trzeba przede wszystkim zwrócić uwagę na historyczne zmiany podejścia do problematyki ochrony praw człowieka oraz umacniania zasady *rule of law*.

a. Perspektywa europejska

W pierwszej kolejności należy wskazać na fakt zmiany podejścia Unii Europejskiej dotyczącego konfliktu izraelsko-palestyńskiego, a w szczególności Palestyńskich Terytoriów Okupowanych. Niektórzy autorzy, m.in. Raffaella A. del Sarto wskazują nawet, iż Unia Europejska przestała postrzegać Izrael jako niezawodnego sojusznika na Bliskim Wschodzie. Autorka ta opisuje dwustronne relacje UE–Izrael jako politykę zbliżających się do siebie linii, które wprawdzie będą w tym samym kierunku, tym niemniej nigdy się nie przetną¹⁰. Autorka niniejszego artykułu nie podziela jednak tak radykalnej tezy. Zgodnie z twierdzeniem Benedetty Voltolini, podkreślić należy, iż generalne ramy polityki Unii Europejskiej względem konfliktu izraelsko-palestyńskiego nie uległy znaczącym zmianom¹¹. Tym niemniej w ostatnich latach Unia Europejska zmieniła sposób implementacji swoich bilateralnych porozumień z Izraelem. Najlepszym potwierdzeniem wspomnianej tezy jest opublikowanie w lipcu 2013 r., „Wytycznych dotyczących uprawnień jednostek izraelskich oraz ich aktywności na terytoriach

¹⁰ R.A. del Sarto, *Fragmented Borders: Interdependence and External Relations: the Israel-Palestine-European Triangle*, London 2015, p. 92 i n.

¹¹ B. Voltolini, *Lobbying in the EU Foreign Policy-making: The Case of Israeli-Palestinian conflict*, London and New York 2015, s. 63.

okupowanych przez Izrael od 1967 roku, do darowizn, nagród oraz instrumentów finansowych finansowanych ze środków Unii Europejskiej na rok 2014 i lata następne” (ang. *Guidelines on the eligibility of the Israel entities and their activities in the territories occupied by Israel since June 1967 for grants, prizes and financial instruments funded by the EU from 2014 onwards*)¹². Główną konsekwencję publikacji wspomnianych „Wytycznych” stanowi fakt, iż zarówno izraelskie ustalenia, jak i działania na Palestyńskich Terytoriach Okupowanych nie będą finansowane z budżetu Unii Europejskiej na lata 2014–2020, z wyjątkiem działań, które przynoszą korzyść osobom chronionym (ang. *protected persons*) na podstawie międzynarodowego prawa humanitarnego, zamieszkującym na wskazanym obszarze.

Zgodnie ze stanowiskiem przeważającej części doktryny, nie należy jednak przeceniać znaczenia omawianych „Wytycznych” dla współczesnego kształtu trójstronnej relacji europejsko-izraelsko-palestyńskiej. Odwołując się bowiem do opinii Nathana Thralla, należy podkreślić, iż wsparcie instytucji Unii Europejskiej w postaci darowizn, nagród oraz instrumentów finansowych na rzecz izraelskich banków działających na Palestyńskich Terytoriach Okupowanych miało wymiar minimalny. Uchwalone „Wytyczne” w żaden sposób nie wpływają natomiast na stosunki handlowe pomiędzy Unią Europejską a Izraelem oraz nie dotyczą izraelskich urzędników państwowych, nawet w przypadku podejmowania przez nich działań na okupowanych terytoriach¹³. Najbardziej istotna cecha europejskich „Wytycznych” wiąże się z faktem, iż nie stanowią one źródła powszechnie obowiązującego prawa dla państw członkowskich UE. Nieprzekonywający wydaje się przy tym argument, iż treść „Wytycznych” podlegała konsultacji z władzami państw członkowskich Unii Europejskiej, które poparły ją w zdecydowanej większości¹⁴. Z drugiej strony, część przedstawicieli doktryny podkreśla, że ważnym aspektem, wynikającym z uchwalenia powyższych „Wytycznych” jest fakt, iż UE w sposób niebudzący wątpliwości potwierdziła, iż prowadzona przez nią polityka zagraniczna będzie miała zastosowanie jedynie do terytorium państwa Izrael, uznanego przez społeczność międzynarodową. W ten sposób analizowane „Wytyczne” zapewniają poszanowanie przez UE ciążących na niej zobowiązań wynikających ze stanowionego przez nią prawa, a także norm prawa międzynarodowego i humanitarnego¹⁵. Nikolov uważa ponadto, iż przyjęte przez UE „Wytyczne” wprowadzają skuteczne rozwiązanie, biorąc pod uwagę konieczność poszanowania pewności prawa oraz bezpieczeństwa finansowego poprzez ustanowienie czytelnych mechanizmów implementacji oraz wprowadzenia w życie¹⁶.

¹² Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C-205/09 z dnia 19 lipca 2013 roku; 2013/C 205/05.

¹³ N. Thrall, *The Only Language They Understand: Forcing Compromise in Israel and Palestine*, New York 2017, s. 297.

¹⁴ *European Coordination of Committees and Association for Palestine*, lipiec 2013, dostęp: <http://www.eccpalestine.org/guidelines-on-the-eligibility-of-israeli-entities-active-in-the-occupied-territories-regarding-grants-awards-and-financial-instruments-funded-by-the-eu-from-2014/>.

¹⁵ B. Voltolini, *ibidem*.

¹⁶ K.Y. Nikolov, *Ashton's Second Hat: the EU Funding Guidelines on Israel as a Post-Lisbon Instrument of European Foreign Policy Making*, „Journal Diplomacy Diplomatic Institute” 11(2014), s. 176.

W odczuciu autorki niniejszego artykułu, uchwalone przez UE „Wytyczne” nie odzwierciedlają złożoności problemu pogwałcenia praw ludności palestyńskiej przez władze Izraela. Zgodnie bowiem z raportem Human Rights Watch, niemal natychmiast po rozpoczęciu izraelskiej okupacji w 1967 r., rząd Izraela rozpoczął tworzenie osad na Okupowanych Terytoriach Palestyny. Podkreślenia wymaga fakt, iż tworzenie wspomnianych osad stanowiło naruszenie międzynarodowego prawa praw człowieka. Był to ponadto przejaw dyskryminacyjnej polityki względem Palestyńczyków, która ma na celu poddanie każdego aspektu życia na okupowanych terytoriach wyłącznej kontroli Izraela. Kolejny symptom prowadzonej przez Izrael dyskryminacyjnej polityki stanowią przymusowe przemieszczenia ludności palestyńskiej, co ma sprzyjać wzrostowi liczby izraelskich osadników na terenach palestyńskich. Należy pamiętać, iż działanie to jest sprzeczne z Czwartą Konwencją Genewską. W świetle powyższych uwag, istotny jest fakt, że poprzez prowadzenie biznesu wewnątrz osad lub we współpracy z przedsiębiorstwami funkcjonującymi wewnątrz osad, poszczególne firmy przyczyniają się do naruszeń praw człowieka i prawa humanitarnego. Przedsiębiorstwa zlokalizowane wewnątrz osad czerpią bowiem korzyści z bezprawnej konfiskaty palestyńskiej ziemi oraz innych zasobów naturalnych. W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż Statut Rzymski ustanawia jurysdykcję Międzynarodowego Trybunału Karnego do zbrodni wojennych, obejmujących przestępstwa polegające na przemieszczaniu części cywilnej populacji państwa okupującego na terytorium okupowane, bądź też przymusowego przemieszczania ludności zamieszkującej okupowane terytorium.¹⁷

Z tej perspektywy należy jednoznacznie ocenić, że uchwalone przez Unię Europejską „Wytyczne” stanowią niewystarczający środek w porównaniu do wagi naruszeń praw człowieka dokonanych przez władze Izraela. Nie należy zapominać, iż dwustronne stosunki handlowe z Izraelem, zarówno UE, jak i jej państw członkowskich powodują umacnianie pozycji izraelskich przedsiębiorstw, również tych funkcjonujących w osadach. Zastrzeżenie, iż UE nie będzie finansować działań podmiotów izraelskich na okupowanych terytoriach wydaje się nieskuteczne, biorąc pod uwagę fakt, iż nawet jeśli środki finansowe zostaną przekazane rządowi bądź firmom działającym poza okupowanym terytorium, ich ostatecznym recypientem mogą stać się przedsiębiorstwa działające w specjalnie utworzonych osadach.

b. Perspektywa arabska i islamska

Poniżej zostanie omówiona ewolucyjna zmiana podejścia organizacji arabskich i islamskich względem międzynarodowej ochrony praw człowieka, wartości demokratycznych oraz zasady praworządności (tradycyjnie utożsamianych

¹⁷ Human Rights Watch, *Occupation, Inc. How Settlement Business Contribute to Israeli's Violations of Palestinian Rights*, 19 stycznia 2016.

z dorobkiem prawnym cywilizacji zachodniej). Dogłębne wyjaśnienie wspomnianego zagadnienia wymagać będzie odrębnej analizy z punktu widzenia Ligi Państw Arabskich oraz Organizacji Współpracy Islamskiej, biorąc pod uwagę odrębne uwarunkowania historyczne oraz cele wskazanych organizacji. Pozwoli to w szczególności udzielić odpowiedzi na pytanie, czy szanse na nawiązanie współpracy ze wskazanymi organizacjami przedstawiają się jednakowo, czy też którakolwiek z nich wykazuje większą chęć do podjęcia konkretnych działań na rzecz wzmocnienia poszanowania praw człowieka.

Niniejszą analizę należy rozpocząć od zarysowania perspektywy Ligi Państw Arabskich. Organizacja ta została powołana do życia 22 marca 1945 roku. Obecnie jest ona organizacją międzyrządową, która zrzesza 22 państwa, włączając w to również Palestynę. Podkreślenia wymaga fakt, iż Pakt Założycielski Ligi Państw Arabskich akcentuje znaczenie niepodległości „arabskich” terytoriów, które w okresie powstania Ligi Państw Arabskich były poddane europejskiej kontroli kolonialnej. Jednocześnie w 1945 r. wszystkie terytoria arabskie uzyskały niepodległość, a jedyny i oczywisty wyjątek stanowiła w tym względzie Palestyna. Pakt założycielski Ligi Państw Arabskich podkreśla również wagę współpracy pomiędzy państwami arabskimi celem wzajemnej promocji ich interesów politycznych i ekonomicznych, nie zawiera on jednak jakichkolwiek odniesień do zasady dobrych rządów (ang. *good governance*) ani praw człowieka. Pominięcie wspomnianych wartości trzeba jednak interpretować przez pryzmat specyficznego kontekstu historycznego. Nie należy bowiem zapominać, iż Liga Państw Arabskich ukonstytuowała się przed uchwaleniem pierwszego nowoczesnego instrumentu prawnego międzynarodowej ochrony praw człowieka – Uniwersalnej Deklaracji Praw Człowieka¹⁸.

Jednocześnie uwypuklenia wymaga fakt, iż w okresie swojego powstania, Liga Państw Arabskich położyła szczególny nacisk na osiągnięcie trzech poniższych celów:

- Promowanie niezależności terytoriów arabskich od jakiegokolwiek zwierzchnictwa innych państw;
- Promowanie współpracy pomiędzy nowopowstałymi niepodległymi państwami;
- Przeciwdziałanie się jakimkolwiek dążeniom ze strony Wielkiej Brytanii lub społeczności międzynarodowej, zmierzającym do utworzenia państwa Izrael na terytorium Palestyny¹⁹.

Kwestia powstrzymania utworzenia niepodległego państwa Izrael na Bliskim Wschodzie stanowiła jeden z głównych priorytetów dla Ligi Państw Arabskich. W rezultacie przyjąć należy, iż nie tylko niepowodzenie tych zamiarów, lecz przede wszystkim fakt ścisłej dwustronnej współpracy pomiędzy Unią Europejską

¹⁸ H. Hurst, D. L. Shelton (red.), *International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice*, New York 2016, s. 1031.

¹⁹ M. Rishmavi, M. Comandulli, *League of Arab States* [w:] Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2014, s. 678.

a Izraelem stanowić może okoliczność rzutuującą na faktyczną możliwość efektywnej współpracy pomiędzy Unią Europejską a Ligą Państw Arabskich. Przeszkodę taką stanowić może również brak odniesienia do konieczności ochrony praw człowieka, co jednak ze względu na okres ukonstytuowania Ligi wydaje się uzasadnione. Stąd wartościami leżącymi u podstaw powstania wspomnianej organizacji były przede wszystkim: prawo do samostanowienia, suwerenność oraz zasada nieinterwencji w sprawy wewnętrzne poszczególnych państw arabskich. Szczególnie ta ostatnia zasada pozostaje w sprzeczności ze współczesnym kształtem prawa międzynarodowej ochrony praw człowieka. Wniosek ten potwierdza w szczególności fakt, iż Pakt Ligi Państw Arabskich milczy na temat praw jednostek zamieszkujących na terytorium państw arabskich.

Powyższe obserwacje implikują zatem pytanie o ewolucyjny rozwój podejścia Ligi Państw Arabskich do praw człowieka. W najwcześniejszym okresie funkcjonowania Ligi Państw Arabskich prawa człowieka były wykorzystywane w sposób instrumentalny względem priorytetowych założeń organizacji, w szczególności jako narzędzia konfliktu izraelsko-palestyńskiego. Spostrzeżenie to dobitnie podkreśla opinia Waela Allama zgodnie z którą, „kwestia praw człowieka jedynie okazjonalnie wpływała na kształtowanie polityki Ligi Państw Arabskich. W rzeczywistości, Liga Państw Arabskich nigdy nie skrytykowała któregośkolwiek z państw za naruszenie praw człowieka. Jedyna krytyka i potępienie odnosi się do naruszeń praw człowieka przez władze izraelskie na okupowanych przez nie terenach”²⁰.

Pierwszą instytucją powołaną do ochrony praw człowieka z ramienia Ligi Państw Arabskich była Arabska Stała Komisja ds. Praw Człowieka (APCHR), utworzona w 1968 r. Należy przypomnieć, iż wspomniany organ nie dążył do zapewnienia praw całej ludności arabskiej; jego zadaniem było jedynie monitorowanie oraz piętnowanie naruszeń praw człowieka przez władze izraelskie. Głównym przedmiot działalności APCHR jest ochrona praw Palestyńczyków. Podkreślenia wymaga również fakt, iż Komisja ta stanowi organ o czysto politycznym charakterze, o czym przesądza sposób powoływania jej członków²¹. W przeciwieństwie do większości regionalnych organizacji ochrony praw człowieka, Komisja nie składa się z niezależnych ekspertów, a jedynie przedstawiciele rządów poszczególnych państw członkowskich. Liga Państw Arabskich traktuje ochronę praw człowieka jako przydatne narzędzie polityczne, w szczególności przeciwko postępowaniu Izraela na okupowanych terytoriach. Istotną przeszkodę dla skutecznej ochrony praw człowieka w ramach Ligi Państw Arabskich, która unaoczniała się w latach 70., były liczne odwołania do prawa szariatu jako okoliczności uniemożliwiającej stosowanie norm prawa człowieka w wewnętrznym porządku prawnym państw islamskich. Wypada wspomnieć, iż pochodzące z tamtego okresu traktaty ochrony praw człowieka akcentowały

²⁰ W. Allam, *The Arab Charter on Human Rights: Main Features*. Arab Law Quarterly 28, 1(2014), s. 40–63.

²¹ F. Viljoen, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford 2012, s. 14.

jedynie prawa ludności arabskiej, jak choćby Karta Praw Arabskiego Dziecka z 1983 r. To pokazują różnicę pomiędzy zachodnim ujmowaniem praw człowieka jako wartości uniwersalnych a ich świadomym wykorzystaniem przez państwa arabskie celem wzmocnienia ich partykularnych interesów.

Pewnym przełomem w omawianej kwestii stało się uchwalenie zrewidowanej wersji Arabskiej Karty Praw Człowieka w 2004 r. (weszła w życie w roku 2008), jednakże oceny wspomnianego dokumentu wśród poszczególnych przedstawicieli doktryny są bardzo rozbieżne. Z jednej strony, cytując Rishmawiego należy mieć świadomość, iż Arabska Karta Praw Człowieka stanowi dowód, że skupienie na kwestii praw człowieka i prawa międzynarodowego powoli, lecz coraz bardziej wpływa na decyzje Ligi Państw Arabskich²². Stwierdzenie to należy skonfrontować z poglądem Van Hullen, zdaniem której ów zwrot w zmianie sposobu rządzenia dokonany przez Ligę Państw Arabskich w 2004 r. nie nastąpił ze względu na nagłą wiarę w wartości demokratyczne, prawa człowieka, zasadę *rule of law* czy zasady dobrego rządzenia. Dogłębna analiza działalności wspomnianej organizacji dowodzi, iż ostatnia zmiana to jedynie symboliczna akcja, nie zaś próby efektywnego promowania i ochrony standardów dobrego rządzenia w regionie państw arabskich. Pomimo faktu, iż ostateczne uchwalenie Arabskiej Karty Praw Człowieka przybliżyło Ligę Państw Arabskich do globalnych standardów ochrony praw człowieka, jej treść w dalszym ciągu nie odzwierciedla powszechnie uznanych uniwersalnych norm ochrony praw człowieka, między innymi w zakresie równości płci, kary śmierci oraz derogacji praw człowieka na wypadek zaistnienia stanów nadzwyczajnych²³. Wspomniana autorka nie pozostawia również złudzeń co do tego, iż wprowadzenie wspomnianych reform nie było wyrazem wewnętrznego dążenia omawianej organizacji, lecz chęcią przypodobania się społeczności międzynarodowej, która zdecydowanie naciskała na zrewidowanie podejścia do ochrony praw człowieka. Obserwacje te podkreśla fakt, iż preambuła Karty identyfikuje syjonizm jako formę rasizmu oraz otwarcie go potępia jako zagrożenie dla ochrony praw człowieka oraz zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Zdaniem Wysokiego Komisarza ONZ do spraw praw człowieka, zapis ten jest niezgodny z Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego nr 46/86, która odrzuca pogląd, iż syjonizm jest formą rasizmu i dyskryminacji rasowej²⁴. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż Karta nie uznaje wolności od niewolnictwa oraz prawa do zmiany własnej religii, co wskazuje na jej bliskie związki z aksjologią religii islamskiej²⁵.

Jedną z najistotniejszych słabości Arabskiej Karty Praw Człowieka jest brak skutecznie działającego sekretariatu, wyposażonego w odpowiednie zasoby

²² M. Rishmawi, *The League of Arab States and the Arab Revolts*, [w:] *Human Rights, Human Security and State Security: The Intersection*, S. Takahashi (ed.), Westport 2014, s. 615–634.

²³ V. Van Hullen, *Just Leave us Alone: the Arab League and Human Rights*. [w:] *Governance Transfer by Regional Organizations: Patching together a Global Script*, T. Borzel (red.), Basingstoke 2015, s. 135–153.

²⁴ J. Rehman, *International Human Rights Law*, Essex 2010, s. 379.

²⁵ E. Cotran (red.), *Democracy: the Rule of Law and Islam*, London, the Hague, Boston 2015, s. 219.

ludzkie oraz finansowe oraz właściwe strategię służące rozwojowi praw człowieka. Jednocześnie zawarta w Pakcie Założycielskim zasada nieinterwencji nie pozwala na skuteczne egzekwowanie naruszeń praw, wynikających z Arabskiej Karty Praw Człowieka²⁶. Należy jednak odnotować niewątpliwy plus w postaci zwiększonej obecności praw człowieka na agendzie Ligi Państw Arabskich, co stanowić może pewien sukces społeczności międzynarodowej. Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy w niedalekiej przyszłości Liga Państw Arabskich zacznie postrzegać prawa człowieka jako rzeczywiste dążenia na rzecz ochrony sytuacji prawnej jednostki, nie zaś kolejne polityczne narzędzie, świadomie wykorzystywane w wojnie z Izraelem.

Poniżej omówione zostaną kwestie dotyczące Organizacji Współpracy Islamskiej oraz jej podejścia do kwestii ochrony praw człowieka. W Karcie Organizacji Współpracy Islamskiej z 2008 r., mówi się o tym, że przyświecają jej szlachetne islamskie wartości, takie jak pokój, tolerancja i umiarkowanie, a ponadto promuje ona również prawa człowieka, prawa kobiet i dzieci, demokrację, prawo do samostanowienia narodów oraz zasady dobrego rządzenia. Organizacja Współpracy Islamskiej deklaruje również poszanowanie, zabezpieczenie oraz ochronę narodowej suwerenności, niepodległości oraz integralności terytorialnej wszystkich państw członkowskich²⁷. Wspomniana konotacja wykazuje pewne podobieństwa z zasadą nieingerencji, omówioną na gruncie Paktu założycielskiego Ligi Państw Arabskich oraz w pewnym stopniu kolidującej z normami międzynarodowej ochrony praw człowieka. Unikalną cechą Organizacji Współpracy Islamskiej stanowi samozwańcza tożsamość religijna, co może tworzyć kolejną przeszkodę dla skutecznego wypełniania zobowiązań wynikających z międzynarodowej ochrony praw człowieka Organizacja Współpracy Islamskiej postrzega swoją rolę jako wyjaśnianie islamskich wartości oraz wypowiedzanie się w imieniu globalnej wspólnoty muzułmańskiej (ar. *ummah*).²⁸

Przechodząc do analizy związków pomiędzy działalnością Organizacji Współpracy Islamskiej a ochroną praw człowieka, wskazać należy, iż – podobnie jak miało to miejsce w przypadku Ligi Państw Arabskich – kładzie ona nacisk na suwerenność państwa oraz związaną z nią zasadę nieinterwencji. Okoliczność ta powoduje, iż pomimo faktu formalnego uznania praw człowieka, w gruncie rzeczy Organizacja Współpracy Islamskiej robi niewiele dla ich rzeczywistego promowania. Z tego względu pod jej adresem nierzadko wysuwany jest zarzut, iż stanowi ona w większym stopniu forum dla dyskusji i debat niż efektywną organizację, zmierzającą do rzeczywistego zwiększenia ochrony praw jednostki. Niemalą rolę odgrywa zarzut upolitycznienia praw człowieka, szczególnie trak-

²⁶ J. Rehman, op.cit., s. 397.

²⁷ Karta Organizacji Konferencji Islamskiej, 14 marca 2008, http://www.oic-oci.org/page/?p_id=53&p_ref=27&lan=en. Zmiana nazwy nastąpiła w 2011 roku, po przyjęciu Karty w 2008 r.

²⁸ J. Gunn, A. Lagresa, *Engagement with regional multilateral organizations. Case study: OIC and League of Arab States*, kwiecień 2016, Work Package No. 5- Deliverable No. 3, FP7 Collaborative Project, s. 15 i następn.

towanie ich jako skutecznego narzędzia w prowadzonej wojnie z Izraelem²⁹. Zwracając uwagę na ewolucyjny rozwój wewnętrznej konceptualizacji praw człowieka, w działalności Organizacji Współpracy Islamskiej należy wyróżnić trzy podstawowe okresy: pierwszy (okres założycielski) w latach 1969–2004, drugi to czas, kiedy Ekmeleddin İhsanoğlu pełnił funkcję Sekretarza Generalnego (2005–2014) oraz trzeci, przypadający bezpośrednio po zakończeniu pełnienia wspomnianej funkcji, a zatem trwający do chwili obecnej.

Deklaracja, przyjęta podczas Islamskiego Szczytu w Rabacie z 1969 roku (poprzedzającego formalne powstanie Organizacji Państw Islamskich w 1972 roku), głosiła, że państwa biorące udział w Szczycie potwierdzają swoje przystąpienie do Karty Narodów Zjednoczonych, jak również przywiązanie do podstawowych praw człowieka. Słowa te należy traktować jedynie jako formalną deklarację, szczególnie biorąc pod uwagę fakt, iż sama Deklaracja chwali „nieśmiertelne nauki islamu”. Instrumentalne traktowanie praw człowieka potwierdza fakt, iż Organizacja Współpracy Islamskiej w stanowczy sposób potępiła atak podpalaczy na al-Asqa Mosque w Jerozolimie, stanowiący święte miejsce muzułmanów. Organizacja ta nie potępiła jednak przejęcia Holy Mosque w Mekce w 1979 r. przez muzułmańskich ekstremistów, w wyniku czego zginęły setki muzułmańskich pielgrzymów. Należy także wskazać, iż również Karta Islamskiej Konferencji nie wyszła poza ramy formalnego uznania dokumentów międzynarodowej ochrony praw człowieka, dodając jedynie odwołania do sprzeciwiania się segregacji rasowej i kolonializmowi. Cechą charakterystyczną wspomnianej Deklaracji jest przejęcie przez nią języka islamu, wskazuje ona bowiem na konieczność „zachowania islamskich wartości duchowych, etycznych, socjalnych i ekonomicznych, które pozostaną jednym z najważniejszych czynników sprzyjających rozwojowi ludzkości”³⁰.

W podobnym duchu napisana została Kairska Deklaracja Praw Człowieka w Islamie, przyjęta w 1990 roku. Zawiera ona 15 nawiązań do prawa szariatu oraz 9 do Allaha. Ostatni artykuł Kairskiej Deklaracji mówi o anihilacji bądź ograniczeniu istoty niektórych praw i wolności jednostki, np. wolności wypowiedzi. Zdaniem A. Guichona: „celem Kairskiej Deklaracji nie jest stworzenie bezwarunkowej i niezbywalnej gwarancji, jak ma to miejsce w przypadku innych instrumentów ochrony praw człowieka. Zgodnie z opinią twórców Deklaracji, normy prawa szariatu mają charakter ostateczny, podczas gdy zawarte w Deklaracji prawa mają charakter względny. Prawo szariatu pozostaje zatem nienaruszone”³¹. Przytoczony cytat dobitnie unaocznia zatem, iż zobowiązanie państw Organizacji Współpracy Islamskiej do poszanowania Karty Narodów Zjednoczonych ma wymiar jedynie formalny i ograniczony prawami szariatu.

²⁹ S. N. Stern, *Saudi Arabia and the Global Islamic Terrorist Network. America and the West Fatal Embrace*, New York 2011, s. 65.

³⁰ Karta Organizacji Konferencji Islamskiej, 14 marca 2008, http://www.oic-oci.org/page/?p_id=53&p_ref=27&lan=en; J. Gunn, A. Lagresa, op. cit., s. 15.

³¹ A. Guichon [w:] J. Rehman, C. Breau (red.), *Religion, Human Rights and International Law*, Leiden-Boston 2007, s. 186.

Pewne zbliżenie działalności Organizacji Współpracy Islamskiej do zachodnich standardów ochrony praw człowieka nastąpiło podczas pełnienia funkcji Sekretarza Generalnego przez Ekmeleddina İhsanoğlu. W pierwszym okresie jego kadencji, Organizacja Współpracy Islamskiej przyjęła Dziesięcioletni Program Działania, w którym prawa człowieka oraz demokracja zajmują szczególne miejsce. Wspomniany dokument stanowił bowiem pewnego rodzaju „mapę drogową”, dotyczącą zamiarów i strategii organizacji w dziedzinie ochrony praw człowieka do 2015 roku³². Założeniem analizowanego dokumentu jest również wprowadzenie zmian w krajowych ustawach i regulacjach celem zapewnienia poszanowania praw człowieka przez poszczególne państwa członkowskie, co stanowi istotną zmianę priorytetów Organizacji Współpracy Islamskiej w zakresie relacji pomiędzy ochroną praw człowieka a zasadą suwerenności poszczególnych państw. Podobnie jednak jak w przypadku pozostałych inicjatyw tej organizacji, istotną wadą Planu jest brak efektywnych mechanizmów egzekwowania powyższych postanowień. Kontynuację postanowień Dziesięcioletniego Planu Działania stanowi nowa Karta Organizacji Współpracy Islamskiej, przyjęta w 2008 roku.

Optymistyczne jest, że Organizacja Współpracy Islamskiej jest zaangażowana w krzewienie zasady odpowiedzialności za ochronę (ang. *responsibility to protect*), szczególnie w obszarach zapobiegania konfliktom oraz pomocy humanitarnej. Wprawdzie nie należy zapominać, iż sama organizacja nigdy nie była orędownikiem zasady odpowiedzialności za ochronę (pozostającej w konflikcie z wyznawaną przez nią zasadą nieinterwencji) oraz nie zapewniła efektywnych mechanizmów wdrożenia jej trzeciego filaru, polegającego na urzeczywistnianiu praw człowieka (*duty to fulfill*). Pomimo tego, przeprowadzone przez nią reformy oraz podjęte działania w odpowiedzi na toczące się konflikty zbrojne wskazują na przywiązanie Organizacji Państw Islamskich do zasad wynikających z odpowiedzialności za ochronę, czego przykład stanowią wydarzenia w Libii z 2011 roku³³. Wśród szczegółowych inicjatyw należy przede wszystkim wskazać na: rozwój Jednostki ds. Mediacji w Sprawach Pokoju i Bezpieczeństwa (ang. *Peace and Security Mediation Unit*), Fundusz Humanitarnego Reagowania na Sytuacje Kryzysowe (ang. *Humanitarian Emergency Response Fund*), który ma zapewniać pomoc humanitarną natychmiast po zaistnieniu katastrofy naturalnej lub wywołanej działaniem człowieka, a wreszcie utworzenie Niezależnej Stałej Komisji Praw Człowieka (ang. *Independent Permanent Human Rights Commission*) w 2011 roku. Zdaniem M. Negróna-Gonzalesa, gdyby omówione programy i organizacje zostały wyposażone w niezbędne zasoby pozwalające im na niezależne funkcjonowanie, wówczas w przyszłości mogłyby one odegrać głębszą rolę w działalności na rzecz umocnienia zasady odpowiedzialności za ochronę, a w szczególności w zapobieganiu konfliktom³⁴. Z jednej strony należy zatem

³² M. Negrón-Gonzales, [w:] D. Sliander, D. Wallace (red.), *International Organizations and the Rise of ISIL: Global Responses to Human Security Threats*, London and New York 2017, s. 182.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

z uznaniem spoglądać na skutki działalności Organizacji Współpracy Islamskiej w dziedzinie wzmocnienia ochrony praw człowieka, z drugiej zaś otwarta pozostaje kwestia, czy będą one z równie dużym zapalem kontynuowane po zakończeniu kadencji E. İhsanoğlu. Część przedstawicieli doktryny wyraża bowiem niepokój, iż zwiększenie zainteresowania prawami człowieka miało jedynie charakter krótkotrwały i ograniczony do okresu sprawowania funkcji Sekretarza Generalnego przez İhsanoğlu³⁵. Czas pokaże, na ile te obawy okażą się uzasadnione.

Współpraca Unii Europejskiej i organizacji arabskich i islamskich w dziedzinie ochrony praw człowieka

Po wstępnej analizie zmian w polityce zagranicznej UE oraz ewolucji postrzegania konceptu praw człowieka przez Ligę Państw Arabskich oraz Organizację Współpracy Islamskiej, należy rozważyć dotychczas podjęte kroki w ramach współpracy UE z każdą z analizowanych organizacji celem wzmocnienia ochrony praw jednostki. Niniejszą część artykułu należy rozpocząć od przywołania art. 21 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, który wśród wartości leżących u podstaw Unii Europejskiej wymienia *demokrację, zasadę państwa prawnego, powszechności i niepodzielności praw człowieka i podstawowych wolności, poszanowania godności ludzkiej, zasad równości i solidarności oraz poszanowania zasad Karty Narodów Zjednoczonych oraz prawa międzynarodowego*³⁶. Równocześnie wspomniany przepis precyzuje, iż Unia dąży do rozwijania stosunków i budowania partnerstwa z państwami trzecimi oraz organizacjami międzynarodowymi, regionalnymi lub światowymi, które wyznają tożsame zasady. Zdaniem Johanna Swinnena, położenie nacisku na normy oraz wartości nierozzerwalnie związane z europejską tożsamością prawną może świadczyć o traktowaniu ich jako wartości eksportowych, które należy promować na arenie międzynarodowej. Unia Europejska postrzega bowiem samą siebie nie tylko jako wspólnotę ekonomiczną, ale także jako mocarstwo cywilne, które może przysłużyć się do normatywnej „europeizacji” innych regionów świata³⁷.

Emanacją analizowanego przepisu jest ustanowienie Strategicznych Ram i Planu Działania na rzecz Praw Człowieka i Demokracji (ang. *Strategic Framework and Action Plan for Democracy*), zgodnie z którymi Unia Europejska będzie pracować nad partnerstwem z regionalnymi i innymi organizacjami, takimi jak Liga Państw Arabskich oraz Organizacja Współpracy Islamskiej³⁸. Wspomnieć należy, iż pierwsza edycja wspomnianego planu oficjalnie wygasła w 2014 roku, natomiast druga edycja została zapoczątkowana w 2015 roku i obejmuje okres kolejnych 4 lat. W tym miejscu należy postawić pytanie, dla-

³⁵ J. Gunn, A. Lagresa, *op. cit.*, s. 18.

³⁶ Traktat o Unii Europejskiej opublikowany w Dz.Urz.UE 2016 C 202.

³⁷ J. Swinnen, *The Perfect Storm: The Political Economy of the Fischler Reforms of the Common Agricultural Policy*, CEPS 2008, s. 8.

³⁸ EU Strategic Framework and Action Plan for Democracy 25.06.2012, 11855/12.

czego akurat w analizowanym okresie Unii Europejskiej zależy na podjęciu współpracy z arabskimi oraz islamskimi organizacjami regionalnymi oraz jaki jest prawdziwy motyw nawiązania takiej współpracy. Zgodnie ze stanowiskiem większości przedstawicieli doktryny, powstania przeciwko tradycyjnym arabskim reżimom (Arabska Wiosna) zakwestionowały tradycyjne podejście UE, oparte na stabilnych porozumieniach z rządzącymi elitami. Masowe demonstracje i protesty w ramach arabskiej wiosny spowodowały u mieszkańców krajów arabskich narastające pragnienie większej politycznej wolności, praw obywatelskich oraz rozwoju ekonomicznego, co w oczywisty sposób współbrzmiało z aspiracjami Unii Europejskiej, którą niejednokrotnie krytykowano za przedkładanie strategicznych interesów nad proklamowanie przywiązania do wartości demokratycznych³⁹. Z powyższego wynika zatem, iż doświadczenie arabskiej wiosny zainicjowało inkluzywną geopolitykę Unii Europejskiej.

W tym kontekście należy odwołać się do Partnerstwa UE na rzecz Demokracji i Wspólnego Dobrobytu z regionem południowego basenu Morza Śródziemnego (ang. *EU Partnership for Democracy and Shared Prosperity with the Southern Mediterranean*)⁴⁰. W sposób szczególny akcentuje ono trzy wspomniane wartości: demokratyczną transformację i budowanie instytucji demokratycznych, silniejsze partnerstwo z obywatelami, zrównoważony oraz inkluzywny wzrost i rozwój ekonomiczny. Oprócz tego, opiera się ono na zastosowaniu obietnicy więcej za więcej (ang. *more for more*), według której kraje, które przeprowadzą jak najszybsze i najdalej posunięte reformy, jednocześnie otrzymają większe wsparcie ze strony Unii Europejskiej⁴¹. Wsparcie ze strony Unii Europejskiej jest dokonywane poprzez 3 kluczowe aspekty: środki finansowe, mobilność (rozumianą jako mobilne partnerstwo) oraz rynki w formie preferencyjnego dostępu do nich oraz Głębokich i Kompleksowych Porozumień o Wolnym Handlu (ang. *Deep and Comprehensive Free Trade Agreement*). Do końca 2011 roku tego typu porozumienia zostały zawarte z Egiptem, Marokiem, Tunezją oraz Jordanią⁴². Ponadto wskazać należy, iż w latach 2011–2012 Unia Europejska zainwestowała 350 milionów euro, a jedynie w 2011 roku przewidziała 750 grantów dla studentów z państw południowego basenu Morza Śródziemnego⁴³.

Liczni przedstawiciele doktryny zasadnie wskazują jednak, iż jeśli Partnerstwo UE na rzecz Demokracji i Wspólnego Dobrobytu stanowi poważną inicjatywę, powinno się podjąć znacznie większe wysiłki na rzecz aktywnego zaangażowania we współpracę ze społeczeństwem obywatelskim, zwiększenia

³⁹ L. Chappell, J. Mawdsley, P. Petrov, *The EU, Strategy and Security Policy. Regional and strategic challenges*, New York 2016, s. 106.

⁴⁰ *EU Partnership for Democracy and Shared Prosperity with the Southern Mediterranean*, European Commission, 8.03.2011.

⁴¹ T. Kerikmae, A. Chiochia, *Political and Legal Perspectives of the EU Eastern Partnership Policy*, London 2016, s. 60.

⁴² J. Davis, *The Arab Spring and Arab Thaw: Unfinished Revolutions and the Quest for Democracy*, New York 2013, s. 200.

⁴³ *Ibidem*.

finansowania małych i średnich przedsiębiorstw oraz problemów związanych z ubóstwem terenów wiejskich i nierówności pomiędzy regionami. Ponadto zdaniem Johna Davisa, większość środków inwestowanych w regionie islamskim i arabskim przybiera postać raczej pożyczek niż darowizn, czy też zwolnień z długu. Poza tym, nie należy zapominać, iż państwa zainteresowane wspomnianymi środkami muszą spełnić szereg warunków, które nie zawsze są powiązane z kryterium przeprowadzenia reform demokratycznych⁴⁴. Analizę konkretnych działań należy rozpocząć od współpracy Unii Europejskiej z Ligą Państw Arabskich. Najwyższy poziom relacji pomiędzy dwiema wskazanymi organizacjami stanowią spotkania ministrów spraw zagranicznych. Spotkania te odbywają się od 2008 roku do chwili obecnej, a oprócz tego Javier Solana wziął także udział i wypowiedział się podczas 19. Szczytu Ligi Arabskiej w 2007 roku. Doktryna zasadnie podkreśla, iż podobne kontakty nie są podtrzymywane pomiędzy Unią Europejską a Organizacją Współpracy Islamskiej. Z tego względu część doktryny zasadnie akcentuje, iż UE postrzega Ligę Państw Arabskich jako główny kanał wzmocnienia europejsko-arabskich relacji w okresie po zakończeniu arabskiej wiosny⁴⁵.

Pierwsze ze wspomnianych spotkań odbyło się w lutym 2008 roku na Malcie, natomiast podpisany po jego zakończeniu *Malta Communiqué* wyraża zaniepokojenie szeregiem kwestii, włączając w to konflikt izraelsko-palestyński (z wyrażeniem współczucia dla naruszeń praw Palestyńczyków), sytuację w Libanie i Iraku, niebezpieczeństwo terroryzmu, sporu pomiędzy Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi i Iranem oraz zmiany klimatyczne. Zawiera on jednak jedynie lakoniczne odwołanie do kwestii praw człowieka, zgodnie z którym ministrowie stwierdzają, że ich przywiązanie na rzecz pokoju i poszanowania zasad demokratycznych, praw człowieka i fundamentalnych wolności, pozostaje centralną kwestią w dialogu pomiędzy UE a Ligą Państw Arabskich. Dialog ten będzie prowadzony w oparciu o zasadę wzajemnego szacunku. Zastosowany język wskazuje, iż jest to jedynie formalne uznanie obowiązujących standardów ochrony praw jednostki. Nie wskazuje on bowiem na przedsięwzięcie jakichkolwiek konkretnych środków mających na celu urzeczywistnienie wspomnianego postulatu, ani też nie identyfikuje, które prawa lub wolności mają z punktu widzenia wspomnianej współpracy charakter fundamentalny⁴⁶. Kolejne spotkanie ministrów spraw zagranicznych doprowadziło do uchwalenia Kairskiej Deklaracji z listopada 2012 roku. Ponownie wymienia ona stosunkowo szeroki zakres kwestii objętych współpracą UE i Ligi Państw Arabskich. Wyraża ona również wsparcie dla „demokracji, zasady rządów prawa i poszanowania praw człowieka” oraz wskazuje na ambicje ludów obu analizowanych regionów dla ustanowienia zasad wolności, sprawiedliwości i praw człowieka oraz promowania wzajemnego szacunku i tolerancji pomiędzy osobami wywodzącymi się z grup

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ L. Chappel, *op. cit.*, s. 57.

⁴⁶ J. Gunn, A. Lagresa, *op. cit.*, s. 24–27.

różnych pod względem kulturowym, religijnym i etnicznym”. Należy wskazać, iż stworzenie mechanizmów współpracy na rzecz zwiększenia bezpieczeństwa stanowiło jeden z priorytetów Wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa, Catherine Ashton, która w swoim przemówieniu otwarcia podkreśliła, że zarówno zarządzanie procesami migracyjnymi, jak i inne wyzwania implikują skutki dla naszego wspólnego bezpieczeństwa oraz stabilnego i pomyślnego rozwoju⁴⁷.

Niewątpliwą zaletą analizowanego dokumentu jest dążenie do utworzenia w ramach Komisji Europejskiej Biura Współpracy z Ligą Państw Arabskich (ang. *LAS-Liaison Office*) z siedzibą na Malcie. Oprócz tego Deklaracja Kairska powieliła wskazane powyżej słabości *Malta Communiqué* i nie wnosi nic poza ogólnymi zapewnieniami o przywiązaniu do idei praw człowieka. Nie zawiera ona w szczególności mechanizmów egzekwowania naruszeń praw człowieka oraz przemilcza pogwałcenia praw jednostki dokonane przez państwa Ligi Państw Arabskich czy Unii Europejskiej. Sytuacji w tej mierze nie poprawiła również Deklaracja Ateńska z 2014 roku. Jej istotną zaletę stanowi jednak wyszczególnienie pewnych newralgicznych obszarów, które wymagać będą wzmożonej współpracy ze strony obu organizacji, m.in.: ochrona wolności religijnej, wolności wypowiedzi czy prawo do rozwoju ekonomicznego i socjalnego. Warto również wspomnieć o inicjatywach podejmowanych przez Międzynarodowe Centrum Dialogu Międzyreligijnego i Międzykulturowego im. Króla Abdullaha Bin Abdullaziza. Ośrodek ten podkreślił konieczność poszanowania różnorodności religijnej, promowania dialogu międzykulturowego oraz zwalczania mowy nienawiści⁴⁸.

Kolejną wymagającą omówienia inicjatywę stanowią Memoranda Zrozumienia (ang. *Memoranda of Understanding*) zawarte zarówno z Ligą Państw Arabskich (ze stycznia 2015 roku), jak i Organizacją Współpracy Islamskiej (z września 2015 roku). Interesujący wydaje się fakt, iż Unia Europejska traktuje oba memoranda jako instrument wspólnych działań na rzecz zapobiegania terroryzmowi, co wynika z wewnętrznego raportu Koordynatora UE ds. przeciwdziałania terroryzmowi z listopada 2015 roku. Tym niemniej funkcja ta nie wynika z tekstu dokumentu zawartego z Organizacją Współpracy Islamskiej. Memorandum z Ligą Państw Arabskich zawiera pewne sformułowania dotyczące walki z terroryzmem. Zaskakujące jest jednak, że w kontekście konieczności walki z terroryzmem, Raport całkowicie pomija kwestię praw człowieka. Równocześnie podkreślenia wymaga fakt, iż Memorandum z Ligą Państw Arabskich wzbudziło niemałe kontrowersje z uwagi na fakt, iż nie zostało ono ujawnione bezpośrednio po podpisaniu. Sprawa ta była do tego stopnia bulwersująca, iż w marcu 2015 roku stała się przedmiotem debaty w Parlamencie Europejskim, który zażądał ujawnienia treści memorandum. Pomimo tego należy wskazać, iż w gruncie rzeczy oba memoranda odnoszą się do podobnej problematyki, podkreślając konieczność

⁴⁷ F. Ippolito, S. Trevisanut, *Migration in the Mediterranean. Mechanisms of International Cooperation*, Cambridge 2015, s. 89.

⁴⁸ J. Gunn, A. Lagresa, *op. cit.*, s. 27.

wzmocnienia dwustronnej relacji, jak również wyrażają życzenie wzajemnej wymiany poglądów, rozwoju dialogu i współpracy w obszarach wspólnego zainteresowania, oparte na zasadach wzajemnego poszanowania i korzyści. Poza tym, oba memoranda zwracają uwagę na potrzebę zwiększenia zrozumienia względem kwestii polityki i bezpieczeństwa, między innymi poprzez utworzenie punktów kontaktowych. Istotną wadą obu wspomnianych memorandum jest przemilczenie kwestii praw człowieka oraz rozwoju wartości demokratycznych, pomimo iż zgodnie z oficjalną polityką Unii Europejskiej kwestia praw człowieka powinna być nieodłącznym elementem dyskusji we wszystkich istotnych kwestiach. Wobec tego okoliczność, iż zostały one zastąpione lakonicznymi deklaracjami o tolerancji i wzajemnym zaufaniu może prowadzić do znaczącego obniżenia skuteczności wzajemnej współpracy. Podobne obawy zostały również wyrażone w rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 12 marca 2015 roku, dotyczącej obu wspomnianych dokumentów. Pierwsza z nich dotyczy konstatacji, iż niemożliwe jest podejmowanie dyskusji na temat bezpieczeństwa, skupiając się jedynie na skutkach (zamachy terrorystyczne) i nie nawiązując do przyczyn, czyli m.in. braku poszanowania zasad demokracji i praw człowieka. Wspomniana teza implikuje bowiem jeszcze jedno poważne niebezpieczeństwo w postaci uznania za terrorystyczne organizacji pozarządowych działających na rzecz praw człowieka⁴⁹.

Podkreślenia wymaga również fakt, iż Unia Europejska – w porozumieniu z Ligą Państw Arabskich – poprzez Program Rozwoju ONZ w 2011 roku weszła w pierwszą fazę projektu wczesnego ostrzegania i zarządzania kryzysowego, która obejmuje między innymi utworzenie finansowanego ze środków UE Centrum Kryzysowego z siedzibą w Kairze. W listopadzie 2015 roku odbyło się spotkanie Unii Europejskiej oraz Ligi Państw Arabskich w ramach inicjatywy Dialogu Strategicznego, jak również spotkanie Komitetu UE ds. Politycznych i Bezpieczeństwa pomiędzy przedstawicielami tych samych organizacji. Równocześnie, zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, walka z terroryzmem stanowić może żywotną przeszkodę dla wypracowania wspólnego standardu w dziedzinie praw człowieka. Dzieje się tak z uwagi na fakt, iż celem wyeliminowania przeciwników politycznych bądź niepopularnych poglądów, rządy państw mogą świadomie sięgać po retorykę określającą je mianem „terrorystycznych”. W konsekwencji, sytuacja ta może doprowadzić do jeszcze większej powściągliwości państw arabskich względem konceptu praw człowieka, co ostatecznie przekreśli szansę na dalszą współpracę⁵⁰.

Konkluzje

Reasumując, należy podkreślić, iż aspiracje Unii Europejskiej do objęcia roli lidera w dziedzinie międzynarodowej ochrony praw człowieka wymagają apriorycznego zdefiniowania sojuszników oraz przeciwników z punktu widzenia

⁴⁹ *Ibidem*, s. 28.

⁵⁰ J. Gunn, A. Lagresa, *op. cit.*, s. 29–31.

podstawowych założeń jej polityki zagranicznej. W chwili obecnej bowiem widoczna jest jej niekonsekwencja – z jednej strony bowiem dąży ona do wzmocnienia współpracy z organizacjami islamskimi i arabskimi w oparciu o zasadę *more for more*, z drugiej wciąż widoczne są jej bliskie związki ekonomiczne z Izraelem. Na tej podstawie liczni przedstawiciele doktryny wysuwają wniosek, iż UE nie traktuje organizacji arabskich i islamskich jako równorzędnego partnera we współpracy, lecz postrzega je na zasadzie podporządkowania i narzucania im wartości tradycyjnie uznanych za europejskie. Z drugiej strony, arabskie i islamskie organizacje regionalne nierzadko wykorzystują prawa człowieka jako środek służący osiągnięciu partykularnych celów. Podejmowanie konkretnych, pozornie demokratycznych reform może zatem wynikać nie tyle z chęci umocnienia praw jednostki, co osiągnięcia korzyści, stanowiących pochodną zasady *more for more*. Dowodem na potwierdzenie wspomnianych tez są ogólnikowe zapisy wspólnych dokumentów obu organizacji, ograniczające się do wzmianki o tolerancji i wzajemnym dialogu. Nie przekreślając znaczenia wspomnianych deklaracji, należy jasno powiedzieć, iż stanowią one pierwszy i ważki, lecz wciąż niewystarczający krok, aby można było mówić o prawdziwej współpracy Unii Europejskiej i organizacji arabskich i islamskich na rzecz umocnienia praw człowieka.

Największy problem w omawianej materii stanowi fakt, iż żadna ze stron nie zalicza praw człowieka do kategorii tzw. twardych interesów, stanowiących priorytetowe zagrożenia ich polityki wewnętrznej i zagranicznej. Zarówno dla Unii Europejskiej, Ligi Państw Arabskich oraz Organizacji Współpracy w Islamie są one jedynie tzw. miękkimi interesami, czyli pełnią rolę środków dla osiągnięcia innych, ważniejszych celów. Teza ta dobitnie odzwierciedla się zarówno w konkluzjach spotkań ministerstw spraw zagranicznych, jak i Memorandach Zrozumienia.

THE COLLABORATION BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE REGIONAL ARAB AND ISLAMIC ORGANIZATIONS IN THE AREA OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Keywords: human rights; democracy, rule of law, European Union, League of Arab States, Organization of Islamic Cooperation, collaboration

Summary

The cultural diversity between certain States constitutes one of the crucial challenges for the contemporary mechanisms of the protection of individuals' rights and freedoms. In the light of an aforesaid remark, it is vital to underline the decision of mutual cooperation of the European Union with regional Arab and Islamic organizations which aims at ensuring democracy and human rights protection. The objective of the paper hereto is an evaluation of the efficiency of means undertaken by aforesaid organizations as well as chances and forecasts of the development of their collaboration. The presented research will be conducted with reliance upon legal dogmatic method with the elements of the historic method and comparative analysis.

Bibliografia

- Anidjar G., *The Jew, the Arab: A History of Enemy*, Stanford 2003.
- Chappell J., Mawdsley J., Petrov P., *The EU, Strategy and Security Policy. Regional and strategic challenges*, New York 2016, s. 106.
- Cotran E. (red.), *Democracy: The Rule of Law and Islam*, London, the Hague, Boston 2015, s. 219.
- Davis J., *The Arab Spring and Arab Thaw: Unfinished Revolutions and the Quest for Democracy*, New York 2013, s. 200.
- Derrida J., *The Other Heading: Reflections on Today's Europe*, Bloomington 1992.
- EU Partnership for Democracy and Shared Prosperity with the Southern Mediterranean, European Commission, 8.03.2011.
- European Coordination of Committees and Association for Palestine, lipiec 2013, <http://www.eccpalestine.org/guidelines-on-the-eligibility-of-israeli-entities-active-in-the-occupied-territories-regarding-grants-awards-and-financial-instruments-funded-by-the-eu-from-2014/>.
- Gunn J., Lagresa A., *Engagement with regional multilateral organizations. Case study: OIC and League of Arab States*, kwiecień 2016, Work Package No. 5- Deliverable No. 3, FP7 Collaborative Project.
- Guichon A. [w:] J. Rehman, C. Breau (red.), *Religion, Human Rights and International Law*, Leiden-Boston 2007, s. 186.
- Human Rights Watch, *Occupation, Inc. How Settlement Business Contribute to Israeli's Violations of Palestinian Rights*, 19 styczeń 2016.
- Hurst H., Shelton D.L. (red.), *International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice*, New York 2016.
- Ippolito F., Trevisanut S., *Migration in the Mediterranean. Mechanisms of International Cooperation*, Cambridge 2015.
- Jikeli G., *Perceptions of the Holocaust in Europe and Muslim Communities: Sources, Comparisons and Educational Challenges*, London 2013.
- Kalmar I.D., *Anti-Semitism and Islamophobia: the Formation of a Secret*, [w:] Human Architecture: Journal of the Sociology of Self-Knowledge, VII, 2, wiosna 2009.
- Kerikmae T., Chiochia A., *Political and Legal Perspectives of the EU Eastern Partnership Policy*, London 2016.
- Masuzawa T., Islam, a Semitic Religion, [w:] *The Invention of World Religions. Or, How European Universalism Was Preserved in the Language of Pluralism*, Chicago 2005.
- Negron-Gonzales M., [w:] D. Sliander, D. Wallace (red.), *International Organizations and the Rise of ISIL: Global Responses to Human Security Threats*, London and New York 2017.
- Nikolov K.Y., Ashton's Second Hat: The EU Funding Guidelines on Israel as a Post-Lisbon Instrument of European Foreign Policy Making, "Journal Diplomacy Diplomatic Institute" 11(2014).
- Rishmavi M., Comandulli M., *League of Arab States*, [w:] Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2014.
- Sarto del R.A., *Fragmented Borders: Interdependence and External Relations: the Israel-Palestine-European Triangle*, London 2015.
- Stern S.N., *Saudi Arabia and the Global Islamic Terrorist Network. America and the West Fatal Embrace*, New York 2011.
- Swinnen J., *The Perfect Storm: The Political Economy of the Fischler Reforms of the Common Agricultural Policy*, CEPS 2008.
- Thrall N., *The Only Language They Understand: Forcing Compromise in Israel and Palestine*, New York 2017.
- Voltolini B., *Lobbying in the EU Foreign Policy-making: The Case of Israeli-Palestinian conflict*, London and New York 2015.