

1

2010

ISSN 2082-1786

POLSKI ROCZNIK
PRAW CZŁOWIEKA
I PRAWA HUMANITARNEGO



Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie

Rada Programowa

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

Komitety Redakcyjne

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

Recenzenci

BOŻENA GRONOWSKA, PIOTR DARANOWSKI, JERZY MENKES, GRAŻYNA MICHAŁOWSKA,
MAREK PIECHOWIAK, LESZEK STANISŁAW STADNICZEŃKO

Redakcja tomu

RADOSŁAW FORDOŃSKI, MACIEJ LUBISZEWSKI

Redaktor wydawniczy

DANUTA JAMIOŁKOWSKA

Projekt okładki

MARIA FAFIŃSKA

Adres Redakcji

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

ISSN 2082-1786

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2010

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 273 egz., ark. wyd. 20,4, ark. druk. 17,25
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. 426

Spis treści

Słowo wstępne	5
---------------------	---

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jan Białocerkiewicz , Problematyka cudzoziemców jako czynnik integracji państw członkowskich Unii Europejskiej	9
Oksana Cabaj, Olga Łachacz , „Demokracja środowiskowa” w wybranych państwach Europy Środkowej i Wschodniej na przykładzie implementacji postanowień Konwencji z Aarhus	23
Jakub Czepek , Prawo do słusznego procesu w sprawach polskich – wybrane aspekty	43
Tadeusz Jasudowicz , Obowiązek państwa-strony współdziałania z Trybunałem Strasburskim na rzecz skuteczności postępowania skargowego na przykładzie spraw czecheńskich przeciwko Rosji	59
Maciej Lubiszewski , Lustracja a prawa człowieka. W poszukiwaniu podstawowych standardów	81
Rafał Mizerski , Krytyka wymiaru sprawiedliwości w interesie publicznym: Kudeshkina p. Rosji	99
Anna Mrozek , Zagrożenie terroryzmem a prawa podstawowe w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego	111
Maria Mysza , Demokracja i prawa człowieka w postanowieniach konstytucyjnych i praktyce Republiki Czeskiej i Republiki Kazachstanu – droga do standardów europejskich	129
Sebastian Ożóg , Standard ochrony danych osobowych w Polsce – omówienie wybranych elementów	149
Adam Wiśniewski , Orzecznictwo strasburskie wobec specyfiki procesu implementacji europejskiej konwencji praw człowieka w państwach środkowo- i wschodnioeuropejskich	165

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Małgorzata Judycka , Ochrona dziecka na tle konfliktu zbrojnego w byłej Jugosławii	185
Marcin Marcinko , Bojownicy o wolność czy terroryści? Członkowie ruchów narodowowyzwoleńczych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego..	205
Joanna Nowakowska-Małusecka , Dzieci-żołnierze i sprawiedliwość <i>casus</i> Sierra Leone	225

MISCELLANEA

Gaetano Dammacco , Diritto alla salute e tutela della persona umana	245
Maciej Perkowski , Samostanowienie a Partnerstwo Wschodnie Unii Europejskiej. Przyczynek do dyskusji	257

RECENZJE I OMÓWIENIA

Luca Marini , <i>Il diritto internazionale e comunitario della bioetica</i> (Piotr Krajewski)	277
--	-----

Contents

Introduction	5
--------------------	---

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Jan Białocerkiewicz , An Immigration as a Factor of the European Integration.....	9
Oksana Cabaj, Olga Łachacz , The Environmental Democracy in Selected Countries of Central and Eastern Europe in the Context of Implementation of Aarhus Convention	23
Jakub Czepek , Right to a Fair Trial in Polish Cases – Chosen Aspects.....	43
Tadeusz Jasudowicz , A Duty to Cooperate with the European Court of Human Rights: The Chechen Cases against the Russian Federation	59
Maciej Lubiszewski , Lustration and Human Rights. Researching the Fundamental Standards.....	81
Rafał Mizerski , The Criticism of the Administration of Justice in the Public Interest: Kudeshkina v. Russia	99
Anna Mrozek , Die Bedrohung durch den Terrorismus und die Grundrechte in der (aktuellen) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	111
Maria Myszka , Democracy and Human Rights in the Constitutional Principles and Practice of the Czech Republic and the Republic of Kazakhstan – a Path Towards the European Standards.....	129
Sebastian Ożóg , Personal Data Protection Standard in Poland – Elaboration on Chosen Elements	149
Adam Wiśniewski , Remarks on the Implementation of the European Convention on Human Rights by the Central and Easter European States.....	165

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICT

Małgorzata Judycka , Protection of Children in the Armed Conflict in Former Republic of Yugoslavia	185
Marcin Marcinko , “Freedom Fighters or Terrorists? Members of the National Liberation Movements in the Light of International Humanitarian Law”...	205
Joanna Nowakowska-Małusecka , Child Soldiers and Justice The Case of Sierra Leone	225

MISCELLANEA

Gaetano Dammacco , The Right to Health and the Protection of Human Being.....	245
Maciej Perkowski , Self-determination and the Eastern Partnership of European Union. A Contribution to the Discussion.....	257

BOOK REVIEWS

Luca Marini , <i>Il diritto internazionale e comunitario della bioetica</i> (Piotr Krajewski)	277
--	-----

Słowo wstępne

Wypada rozpocząć od słów głębokiej wdzięczności i gorącego podziękowania wszystkim tym, którzy swoją życzliwością, konkretnym wsparciem moich starań realnie się przyczynili do powstania „Polskiego Rocznika Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego”. Przrzekam nie szczędzić wysiłków, by „Rocznik” przynosił chwałę Uniwersytetowi Warmińsko-Mazurskiemu, a zwłaszcza jego Wydziałowi Prawa i Administracji.

Pragnę podziękować Panu Profesorowi Cezaremu Mikowi za gotowość pełnienia funkcji wiceprzewodniczącego Komitetu Redakcyjnego naszego „Rocznika”, a Panu Profesorowi Januszowi Symonidesowi za wejście w skład tego Komitetu Redakcyjnego, co jest dowodem na swoistą „sztafetę pokoleń”. Wszyscy trzej wywodzimy się z toruńskiej *Alma Matris Copernicanae* i jesteśmy związani z jej Wydziałem Prawa i Administracji: Profesor Symonides był niegdyś moim promotorem; ja z kolei przyjmowałem do pracy w utworzonej podówczas Katedrze Praw Człowieka na UMK w Toruniu Profesora Cezarego Mika (wówczas magistra). Niech nasz „Rocznik” będzie jeszcze jednym i znaczącym elementem tej więzi, która przetrwała nasze rozmaite doświadczenia w Toruniu, Warszawie, Paryżu i Olsztynie. Dziękuję również Profesorowi Janowi Sandorskiemu z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, który zna nas wszystkich trzech i który z nami owocnie od lat wielu już współpracuje.

Myślę, że o powyższym składzie Komitetu Redakcyjnego „Rocznika” można powiedzieć, iż niewątpliwie będzie dbał o stawianie zarówno nowo powołanemu pismu, jak i jego Autorom, którzy z „Rocznikiem” zechcą współpracować, wysokich wymagań jakościowych, w której to dbałości będzie korzystać ze wsparcia recenzenckiego czołowych polskich specjalistów nauki prawa międzynarodowego, a zwłaszcza prawa międzynarodowego praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, że wspomnę choćby o Profesorach: Bogusławie Banaszku (Uniwersytet Wrocławski), Piotrze Daranowskim (Uniwersytet Łódzki), Bożenie Gronowskiej (Uniwersytet Mikołaja Kopernika), Jerzym Menkesie (INP PAN), Grażynie Michałowskiej (Uniwersytet Warszawski), Marku Piechowiaku (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza), Jerzym Zajadło (Uniwersytet Gdański).

Obowiązki sekretarzy Komitetu Redakcyjnego „Rocznika” powierzamy dwóm adiunktom Katedry Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM: dr. Radosławowi Fordońskiemu i dr. Maciejowi Lubiszewskiemu.

Tak się przedstawia sprawa „Rocznika” *ratione personae*, w tym aspekcie tej *ratio*, która dotyczy strony roboczej. Jeśli chodzi o *creatio*, liczymy na autorską współpracę całej nauki polskiej: i tych starszych, zasłużonych, wiekowych, ale także tych, którzy dopiero się rozwijają, którzy naukowo dopiero „raczkują”. Nie będziemy zatrzaskiwać naszych bram przed najmłodszymi autorami; „Rocznik” ma służyć także ich promocji. Z uwagi

na pewne zamierzenia substancjalne wobec „Rocznika” (o czym za chwilę), chcemy liczyć na autorską współpracę przedstawicieli nauki z innych krajów europejskich, a zwłaszcza z krajów postsocjalistycznych.

O *ratio materiae* „Rocznika” w jakimś sensie przesądza sam jego tytuł, nawiązujący do problemów międzynarodowej ochrony praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, tych dwóch poważnych obszarów prawa międzynarodowego, postrzeganych zarówno odrębnie, jak też w ich wzajemnej interakcji. Z drugiej strony, zależałoby mi na stworzeniu z „Rocznika” czegoś oryginalnego, a zarazem istotnego. Stąd myśl o pewnym bardziej precyzyjnym, czy po prostu węższym uprofileowaniu „Rocznika”. Marzyłoby mi się, by stał się „Rocznik” – stopniowo i perspektywicznie – pewną klamrą naukową, skupiającą się przede wszystkim na badaniu problemów prawnych byłych państw socjalistycznych w Europie, zwłaszcza na ich adaptacji do wymagań standardów europejskich, włączając w to badania prawno-porównawcze. Wydaje się, że problemy tych krajów wykazują się pewną specyfiką m.in. z perspektywy orzecznictwa strasburskiego i jego oceny w stosunku do różnych elementów totalitarnego dziedzictwa tej grupy krajów.

Zatem, profil wiodący „Rocznika”, przejawiający się w jego pierwszej, zasadniczej części, będzie się koncentrował na problematyce postsocjalistycznej w Europie. Oczywiście, nie ma to być „polska ocena” tej grupy krajów, lecz stopniowe wciąganie naukowców z każdego z tych państw do współpracy autorskiej z „Rocznikiem”. To trudne zadanie, ale – miejmy nadzieję – nie niemożliwe. Mam nadzieję, że pismo nasze będzie się stawalo powoli przedsięwzięciem prawdziwie międzynarodowym.

Z drugiej strony, akcentowanie tego profilu specjalnego nie ma służyć – nie może służyć – eliminowaniu możliwości publikacji na łamach „Rocznika” opracowań dotyczących praw człowieka lub prawa humanitarnego, niezwiązanych z problemami byłych państw socjalistycznych. Będziemy je zamieszczać w dziale „Miscellanea”. Znajdą tu swoje miejsce także opracowania z zakresu teorii i filozofii międzynarodowo chronionych praw człowieka.

W dziale „Dokumenty i Materiały” będziemy zamieszczać wybrane dokumenty źródłowe, zwłaszcza związane z przemianami prawnymi w regionie Europy Środkowej i Wschodniej, jako że region ten ma za sobą doświadczenie totalitarne w ramach czy pod dyktatem imperium sowieckiego.

Przewidzieliśmy także dział „Recenzje i omówienia”. Niech krytyka naukowa – choćby w symbolicznych rozmiarach – zagości w naszym „Roczniku”.

Nie wszystko – z wyżej zarysowanej wizji przyszłościowej „Rocznika” – udało się zrealizować w pierwszym numerze czasopisma. Wskazać jednak warto, że: 1) na ogólną liczbę 15 artykułów, 12 z nich dotyczy problemów byłych państw socjalistycznych; 2) na ogólną liczbę 15 artykułów 8 opracowali pracownicy Wydziału Prawa i Administracji UWM, ale

7 to opracowania osób związanych z innymi uczelniami polskimi (1 z UMK, 1 z UŚl., 1 z UG, 1 z UJ, 1 z UB) lub zagranicznymi (prof. Gaetano Dammaco z Uniwersytetu w Bari, Anna Mrozek z Uniwersytetu w Lipsku). Jak na „pierwsze otwarcie”, nie jest to – jak się wydaje – rezultat najgorszy. Nad jego poprawą będziemy stale pracować.

Do autorskiej współpracy z „Rocznikiem” wszystkich zainteresowanych rozwojem badań naukowych – z kraju i z zagranicy – serdecznie zapraszamy!

Tadeusz Jasudowicz

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jan Białocerkiewicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego

Problematyka cudzoziemców jako czynnik integracji państw członkowskich Unii Europejskiej¹

Słowa kluczowe: integracja europejska, prawo wspólnotowe, swoboda przepływu osób, obywatelstwo Unii Europejskiej.

We współczesnej literaturze prawniczej (prawo administracyjne, konstytucyjne, międzynarodowe) oraz w judykaturze krajowej² i międzynarodowej³ ugruntowała się jednolita linia, według której cudzoziemiec nie może skutecznie domagać się prawa wjazdu i pobytu na terytorium innego państwa, o ile nie powoła się na obowiązującą umowę międzynarodową lub inne źródło prawa przyznające mu atrybut występowania z roszczeniem o zezwolenie na wjazd i pobyt⁴.

Takim atrybutem, wynikającym z pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego, dysponują wobec każdego państwa członkowskiego przede wszystkim obywatele – pracownicy, usługodawcy lub przedstawiciele wolnych zawodów, posiadający obywatelstwo któregośkolwiek państwa członkowskiego (*nationals*). Przyznanie takiego atrybutu jest konsekwencją założeń teleologicznych integracji europejskiej, zwłaszcza jej pierwszej fazy, wyraźnie zorientowanej na osiągnięcie wspólnych celów ekonomicznych (rynek wewnętrzny). Właśnie tenże rynek wewnętrzny został zdefiniowany w art. 14 (7 a ust. 2 TWE)⁵ jako „obszar bez granic wewnętrznych, na któ-

¹ Pierwotna wersja artykułu została opublikowana w Zeszytach z działalności naukowej Szkoły Wyższej im. Pawła Włodkowica w Płocku, filia w Iławie, nr 21 z 2002, s. 6–21.

² Np. Sąd Najwyższy USA w sprawie *Nishimura Etkiu v. USA*. 1242 U.S. 651–659.

³ Sędzia Read w *votum separatum* do wyroku w sprawie Fryderyka Nottebohma. ICJ REports 1955, s. 46.

⁴ J. Białocerkiewicz, *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 101 i n.

⁵ TWE – traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z 7.02.1992 r. W artykule powyższym numeracja podawana jest w wersji skonsolidowanej po zmianach wprowadzonych traktatem amsterdamskim z 2 października 1997 r., natomiast w nawiasie podano dawną numerację.

rym zagwarantowany jest swobodny przepływ towarów, usług i kapitału oraz w obrębie którego swobodnie mogą przemieszczać się osoby zgodnie z ustaleniami tego traktatu”.

Przebieg procesów integracyjnych w Europie ma charakter złożony i wielowątkowy dlatego też przy analizie jakiegokolwiek zagadnienia z szerokiego spektrum tej problematyki łatwo o uproszczenia. Takich uproszczeń świadomie dopuszcza się też autor niniejszego artykułu, kładąc akcent na jedno zagadnienie (wjazd i pobyt cudzoziemców), a jednocześnie trywializując kontekst, w którym ono powstaje i funkcjonuje.

W pierwszej fazie integracja europejska (w ścisłym tego słowa znaczeniu) miała charakter *par excellence* ekonomiczny i *de facto* wszystkie pozostałe sfery życia społecznego obywateli państw „szóstki” były podporządkowane wspólnotowym celom ekonomicznym.

W tej fazie integracji wjazd i pobyt cudzoziemców⁶ były więc dekodowane jako reguły właściwe dla wspólnego rynku wewnętrznego⁷ i jako jedno z podstawowych osiągnięć natury socjalnej⁸.

Prawna materializacja wjazdu i pobytu w celach ekonomicznych sformułowana została w traktacie rzymskim (25.03.1957 r.), który pośród rudymenarnych podstaw integracji gospodarczej wymieniał zasadę swobodnego przepływu osób (art. 48 ust. 2)⁹, otwierając tym samym możliwość podejmowania pracy najemnej, prowadzenia działalności gospodarczej i świadczenia usług przez obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium każdego innego państwa członkowskiego¹⁰.

Zasadę swobodnego przepływu osób szczegółowo dekodowano we wspólnotowym prawie wtórnym (rozporządzenie i dyrektywy)¹¹, które określiło m.in. czas pobytu na terytorium innego państwa członkowskiego celem podjęcia pracy najemnej, świadczenia usług lub wykonywania wolnego zawodu oraz inne warunki. Art. 1 Dyrektywy nr 360/68 wymagał, aby wszystkie państwa członkowskie uchyliły istniejące ograniczenia dotyczące swobodnego przepływu i osiedlania się cudzoziemców z obszaru Wspólnoty, a tym samym umożliwiły w praktyce osiągnięcie wspólnych celów.

Z uwagi na to, że zarówno traktat rzymski (dalej: TR), jak również traktat amsterdamski z 2.10.1997 r. (dalej: TA) posługują się pojęciem

⁶ J. Białocerkiewicz, *Kontrola wjazdu i pobytu cudzoziemców na terytorium Unii Europejskiej – implikacje dla Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Wschodnia granica RP zewnętrzną granicą Unii Europejskiej. Materiały z konferencji*, red. J. Białocerkiewicz, Kętrzyn 2001, s. 55 i n.

⁷ B. Schulte, *Reformy zabezpieczenia społecznego w Europie*, w: *Referaty na Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego*, Warszawa 1999, s. 283.

⁸ L. Florek, *Prawo pracy Unii Europejskiej*, w: *Europejskie prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Warszawa 1996, s. 19.

⁹ W TA numeracja została zmieniona (39, ust. 2).

¹⁰ B. Skulimowska, *Prawne ramy swobodnego przepływu pracowników w ramach Unii Europejskiej*, w: *Europejskie prawo pracy...*, s. 91 i n. Por. D. Lasok, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, cz. II: *Prawo gospodarcze*, Toruń 1998, s. 91 i n.

¹¹ Do najważniejszych należy Dyrektywa nr 360 z 15.10.1968 r. z późn. zm. oraz rozp. nr 1612/68 z 15.10. 1968 r. z późn. zm.

o bardzo pojemnej semantycznie treści (*worker*), ogromną rolę w interpretacji zasady swobody przepływu pracowników odegrał ETS (np. *Walrave and Koch v. Union Cycliste Internationale* 1974, ECR 1405, *Dona v. Montero* 1976, ECR 1333, *Adoui R., Cornauielle D. v. Królestwu Belgii* 1982, ECR 1665, *Bosman v. Królestwu Belgii* ECR 1995, s. I – 4921) ¹² dekodując w sposób bardziej elastyczny powyższą zasadę, czyli rozstrzygając zdecydowaną większość spraw na korzyść pracowników, opowiedział się *de facto* przeciwko restryktywnemu rozumieniu pojęcia „pracownik”.

W pierwszej fazie integracji prawo wjazdu i osiedlania się powiązane było z aktualną ofertą pracy (istniejąca i realna oferta pracy). Wyłomu w tym ortodoksyjnym podejściu do wjazdu i pobytu dokonał Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej: ETS). Za szczególnie istotne w tym względzie uważam orzeczenie ETS, przyznające prawo pobytu w celu poszukiwania pracy przez okres 6 miesięcy, a nawet dłużej, gdy zainteresowany cudzoziemiec dowiedzie, że nadal poszukuje pracy i ma realne szanse na jej znalezienie (*The Queen v. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen* – Report of cases 1991, 0745). Orzeczenie powyższe statuuje drugą zasadę ogólną, według której wjazd i pobyt w celu poszukiwania pracy mieści się w treści art. 48 ust. 2 TR.

W tej fazie integracji swoboda wjazdu i pobytu celem wykonywania pracy najemnej, świadczenia usług lub wykonywania wolnego zawodu była wystarczająca dla osiągnięcia założonych celów ekonomicznych i nie budziła zasadniczych kontrowersji między państwami członkowskimi. Poza pracownikiem ze swobody przemieszczania się i osiedlania się korzystają, pozostający na jego utrzymaniu, członkowie rodziny (małżonek i zstępni do lat 21 lub będący na utrzymaniu pracownika, wstępni pracownika lub małżonka pozostający na utrzymaniu pracownika) bez względu na obywatelstwo (art. 10 rozp. nr 1612/68). Na tej samej podstawie również osoby o podwójnym obywatelstwie korzystały w pełni z dobrodziejstwa prawa wspólnotowego (fundamentalne dla tej kwestii jest prejudycjalne orzeczenie z 7 lipca 1992 r. w sprawie *Marco Vincente Micheletti v. Delegacion del Gobierno en Cantabria*, w którym ETS orzekł, że stawianie dodatkowych, nie wynikających z prawa wspólnotowego warunków jest naruszeniem zasady swobodnego przepływu pracowników)¹³.

Na podstawie przepisów prawa wtórnego kraje członkowskie zostały zobowiązane do ułatwienia członkom rodziny, nie spełniającym warunków z prawa wspólnotowego wtórnego, połączenia się z pracownikiem, jeżeli w kraju pochodzenia pozostawali na jego utrzymaniu lub z nim zamieszkiwali (art. 10 ust. 3 rozp. nr 1612/68). Nie mogą natomiast korzystać z dobrodziejstwa prawa wspólnotowego osoby, które nie posiadają *nationals* państwa członkowskiego lub państwa Europejskiego Obszaru Gospo-

¹² Przegląd najważniejszych orzeczeń, w: J. Białocerkiewicz, *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 70–73.

¹³ *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, red. B. Wierzbicki, Białystok 1996, s. 367–368.

darczego (dalej: EOG), chociaż prawo wjazdu, przemieszczania się i osiedlania się może im służyć na podstawie innego tytułu prawnego (łączenie rodzin, azyl, bezpaństwowcy, mieszkańcy terytoriów zależnych i stowarzyszonych)¹⁴. Orzeczenie o takiej treści, dotyczące obywatelki brytyjskiej w Królestwie Holandii, której małżonek posiadał obywatelstwo państwa trzeciego w rozumieniu prawa wspólnotowego, wydał ETS w sprawie *Levin v. Staatsecretaris van Justice* ECR 1982, s. I – 3479.

Restrykcyjna interpretacja art. 48 ust. 2 TR była stopniowo łagodzona w prawie pierwotnym i wtórnym, gdyż jej utrzymanie blokowałoby przejście do dalszych etapów integracji. Wskazują na to jednoznacznie działania podejmowane na poziomie wspólnotowym. Zawarcie porozumienia z państwami EFTA w dniu 2 maja 1992 r. i utworzenie EOG poszerzyło krąg osób korzystających z prawa swobodnego przemieszczania oraz osiedlania się na podstawie prawa wspólnotowego (prawo pierwotne).

Dyrektywy Rady nr: 364, 365, 3666/ 1990 r. oraz układ o EOG¹⁵ rozszerzały uprawnienia w zakresie prawa pobytu na osoby, które zaprzestały działalności zawodowej, niezdolne do pracy, uczące się oraz mające przychody, wystarczające na utrzymanie się na terytorium państwa członkowskiego na odpowiednim poziomie (ta ostatnia to tzw. *the playboy Directive*).

Prawo do przemieszczania się i pobytu, funkcjonujące początkowo jako element polityki rynku wewnętrznego, dotyczące transferu pracowników, ewoluowało następnie w kierunku obywatelskiego prawa do swobodnego przemieszczania się i zamieszkania na terytorium każdego państwa członkowskiego. Innymi słowy – obok wymiaru ekonomicznego swobody przemieszczania się i osiedlania się – pojawił się wymiar ludzki i jest to właściwy kierunek ewolucji, która wszakże następowała powoli, gdyż państwa niezbyt przychylnie otwierały się na zmiany, które nie były warunkiem *sine qua non* osiągnięcia wspólnotowych celów ekonomicznych.

Najbardziej zdumiewające jest to, że te same państwa, które w ramach Rady Europy lub OECD podejmowały inicjatywy, a potem dokonywały implementacji instrumentów, przyjętych pod ich auspicjami, w przedmiocie liberalizacji wjazdu i pobytu były nastawione sceptycznie wobec identycznych czy też podobnych rozwiązań w oparciu o prawo wspólnotowe. Jednak nawet eurosceptycy podzielali pogląd o konieczności przejścia do kolejnej fazy integracji europejskiej, zanim osłabnie impet formuły „ekonomicznej”.

W tym stanie rzeczy, w latach 70. na salonach politycznych państw członkowskich zaczęła stopniowo dojrzewać koncepcja powiązania obywateli państw członkowskich ze Wspólnotami także innymi, niż ekonomiczne, więzami (Europa obywateli) z jednoczesnym wprowadzeniem wspólnej

¹⁴ *Department of Health and Society Security (Wyspa Man) v. Baar*. ECR 1991, s. I – 3479.

¹⁵ Opinia nr 1/91 ETS dotycząca projektu umowy. A. Evans, P. Falk, *Prawo integracji europejskiej. Wybór źródeł*, cz. II, Warszawa 1996, s. 9 i n.

polityki wobec obywateli państw trzecich¹⁶. Mimo woli w koncepcji tej wyrażało się wyraźną opozycję „swoi – obcy.”¹⁷

Na szczycie szefów państw i rządów EWG w 1974 r. postanowiono stworzyć Europę obywateli, której materialnym przejawem miała być unia paszportowa. Konferencja zleciła ówczesnemu premierowi Belgii, Leo Tindemansowi, przygotowanie raportu bez bliższego sprecyzowania materialnej treści pojęcia – „Europa obywateli”. W 1984 r. na szczycie Rady Europejskiej w Fontainebleau doraźna komisja przedstawiła raport, z którego jasno wynikała teza o konieczności ustanowienia swobodnego przepływu osób i prawa osiedlania się dla obywateli państw członkowskich, niezależnie od motywu leżącego u ich podstaw¹⁸. Jednak osiągnięcie tego celu nie było łatwe. Pomimo tego, że w Europie funkcjonowały *de facto* 3 odmienne unie paszportowe (Benelux, państwa skandynawskie, Wielka Brytania, Irlandia i wyspy Kanału La Manche) komisja nie przedstawiła konceptualnej wizji Europy obywateli, której jednym z przejawów miała być swoboda podróżowania i pobytu.

W poszczególnych państwach członkowskich obowiązywało prawo wewnętrzne zezwalające na wjazd nie tylko na podstawie paszportu, ale także na podstawie innego dokumentu podróży. To oznaczało zniesienie obowiązku wizowego, ale nie zwalniało ze szczegółowej kontroli granicznej i obowiązku okazywania środków pieniężnych. Komisja Europejska i ETS uznały, że szczegółowa kontrola i obowiązek okazywania środków pieniężnych są sprzeczne z prawem wspólnotowym. W 1981 r. zatwierdzono paszport europejski, co oznaczało, że będzie on jednolity w kolorze, wzorze oraz treści wpisów¹⁹. Był to trzeci, po fladze i hymnie, element utożsamiający jednostki ze Wspólnotami. Na tej podstawie wjazd i pobyt uległy dalszej liberalizacji aż do zlikwidowania w 1986 r. kontroli w ruchu osobowym obywateli państw członkowskich EWG. W odniesieniu do obywateli państw trzecich miała obowiązywać wspólna polityka wizowa, a ta generowała konieczność ujednolicenia wiz. W rezultacie państwa członkowskie wprowadziły dwa rodzaje wizy: tranzytową i pobytową, ujednolicając także jej wzór i formę.²⁰ W wizie pobytowej i tranzytowej wpisuje się rodzaj zezwolenia oraz deklarowany cel wjazdu i pobytu.

Kolejnym krokiem milowym w przedmiocie zasad wjazdu i pobytu jest zawarte w 1984 r. porozumienie francusko-niemieckie (porozumienie

¹⁶ W. Danielak, *Status prawny obywatela Unii Europejskiej oraz cudzoziemca na terytorium Unii Europejskiej*, niepubl. praca licencjacka, Toruń 1999, s. 15 i n.

¹⁷ Zob. E. Nowicka, *Opozycja „swoi – obcy” w przekonaniach Polaków. Dynamika zjawiska*, w: *Wschodnia granica RP...*, s. 121 i n.

¹⁸ H. C. Taschner, *Tło historyczne wejścia w życie układu z Schengen oraz jego związek z Traktatem Ustanawiającym Wspólnotę Europejską*, w: *Układ z Schengen. Współpraca policji i organów sprawiedliwości po Maastricht*, red. J. Beczała, Łódź 1998.

¹⁹ D. Lasok, op. cit., s. 110–111.

²⁰ A. Wąsowski, *Jednolity system wizowy państw Schengen a prawo swobodnego podróżowania*, w: *Wschodnia granica RP...*, s. 38.

z Saarbrücken),²¹ które otworzyło drogę do dalszej liberalizacji w zakresie kontroli ruchu osobowego. Rozszerzenie porozumienia z Saarbrücken na kraje Beneluksu, będące stronami unii paszportowej oraz Austrię, niebędącą podówczas członkiem EWG (Porozumienie z Schengen)²², miało ważne znaczenie dla dalszej liberalizacji wjazdu i pobytu i późniejszego III Filara UE. Porozumienie spotkało się z gwałtowną krytyką niektórych państw i *de facto* podzieliło Piętnastkę na trzy grupy: państwa, które w pełni wykonują układy z Schengen, państwa, które nie przystąpiły do układów oraz państwa, które – zdaniem Komitetu Wykonawczego z Schengen – nie spełniają kryteriów. Groziło to podziałem, którego skutki trudne były do przewidzenia.

19 czerwca 1990 r. zawarte zostało Porozumienie Wykonawcze do Porozumienia z Schengen (dalej: PWS)²³, a 15 czerwca 1990 r. przyjęta została Dublińska Konwencja Azylowa, która ustala zasady współpracy w dziedzinie azylu (weszła w życie 1 września 1997 r.) oraz określa minimalny standard wspólnotowy w tej dziedzinie. Jeden z Protokołów do TA inkorporuje zasady do systemu Unii (*acquis Schengen*), a to oznacza, że współpraca w tym przedmiocie odbywać się będzie w instytucjonalnych i prawnych ramach UE.²⁴

Niezwykle istotne jest to, że PWS dokonało dychotomicznego podziału obszaru UE na granice wewnętrzne i zewnętrzne, co oznaczało w praktyce wprowadzenie dwu reżimów kontroli: wnikliwy na zewnętrznych granicach i całkowita rezygnacja z kontroli przy przekraczaniu granic wewnętrznych. Nakładało to na państwo początkujące terytorium UE obowiązek weryfikacji tego, czy dana osoba może wjechać i przebywać na terytorium UE. W 1998 r. w prasie niemieckiej krytykowano „gorliwe” wykonywanie postanowień z Schengen przez belgijskie służby graniczne, które zatrzymały, a następnie odesłały do Rio de Janeiro obywatelkę Brazylii, lecącą via Bruksela do Berlina, z uwagi na niewystarczające środki finansowe²⁵

Ponadto PWS wprowadziło pojęcia: bezpiecznego kraju pochodzenia i bezpiecznego kraju trzeciego, pozwalające apriorycznie kwalifikować cudzoziemca, jeśli idzie o prawo azylu i wydalenie. Wdrażanie Porozumień z Schengen było nacechowane daleko idącą ostrożnością z uwagi na to, że przystąpienie do Porozumień oznaczało przejście odpowiedzialności za bezpieczeństwo UE. Przystąpienie do Schengen oznacza nie tylko obowiązkowe wdrożenie procedur prawnych, ale też stworzenie technicznych możliwości weryfikacji danych dotyczących osób i rzeczy. Egzemplifikacją trud-

²¹ Szczegółowe kalendarium Schengen przedstawia T. Siedlecki, *Układ z Schengen – urzeczywistnienie idei Europy bez granic*, w: *Integracja RP z Unią Europejską. Zadania Straży Granicznej. Materiały z konferencji*, Kętrzyn 2000, s. 22–23 i n.

²² Ibidem, s. 21 i n.

²³ Polski tekst: *Seria Dokumenty*, MSWiA, z. 2, s. 13–19.

²⁴ M. Zdanowicz, *Ruch osobowy i zniesienie kontroli na wewnętrznych granicach państw w Układzie z Schengen i Porozumieniu Wykonawczym a prawo polskie*, w: *Wschodnia granica RP...*, s. 13.

²⁵ Podaję za: *Układ z Schengen...*, s. 99.

ności, na jakie napotykają państwa we wdrożeniu systemu Schengen, może być przypadek Republiki Grecji²⁶, dla której zniesienie granicy wewnętrznej z pozostałymi państwami UE nastąpiło dopiero w roku 2000²⁷.

Zniesienie granic wewnętrznych generuje konieczność zacieśnienia współpracy i zaostrożenie kontroli na granicach zewnętrznych terytorium UE. Konieczna też jest wspólna polityka wobec obywateli państw trzecich. Instrumentami ochrony terytorium UE są:

- a) umowy readmisyjne,
- b) System Informatyczny Schengen,
- c) porozumienie ekstradycyjne,
- d) Dublińska Konwencja Azylowa,
- e) ustalenie listy bezpiecznych krajów pochodzenia i bezpiecznych krajów trzecich.

Porozumienia z Schengen wywołały poważny problem interpretacyjny w dwu warstwach normatywnych, a to: po pierwsze, czy Wspólnota posiada kompetencję w dziedzinie spraw wewnętrznych oraz po drugie, czy prawo wspólnotowe ma precedencję przed umowami z Schengen. W zasadzie art. 134 Porozumienia z Schengen stanowi, że jego postanowienia mogą być stosowane jedynie wówczas, jeżeli są zgodne z prawem wspólnotowym. Dodatkowo między państwami UE powstały różnice zdań co do tego, czy zniesienie kontroli dotyczy wszystkich obywateli państw członkowskich, czy tylko obywateli państw–stron umowy, stosownie do ugruntowanej reguły prawa traktatów: *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*²⁸.

W. Czapliński słusznie zauważa, że trudno optować za inną interpretacją niż ta, która obejmuje wszystkich obywateli państw członkowskich UE, a to z kolei oznacza, że w tym przypadku mamy do czynienia z traktatem o charakterze *pactum in favorem tertii*²⁹. Nie ma natomiast wątpliwości co do słuszności wprowadzenia przez PWS *ex definitione* kategorii cudzoziemca z państwa trzeciego (art. 1), oznaczającej dywersyfikację *de iure* w traktowaniu cudzoziemców pod względem wjazdu i pobytu.

Stosownie do stypulacji PWS, osoba pochodząca z państwa trzeciego, dopuszczona na terytorium Schengenlandu, może przekraczać granice wewnętrzne w każdym miejscu bez potrzeby poddawania się kontroli osobistej. Każde państwo–strona może jednakże wprowadzić na czas określony kontrolę, jeżeli wymaga tego bezpieczeństwo narodowe lub porządek publiczny.

Szczególnie restryktywnie ETS interpretował prawo państwa członkowskiego do derogacji swobody przepływu pracowników z uwagi na bezpieczeństwo publiczne, porządek publiczny, zdrowie lub moralność publiczną.

²⁶ Ten szczególnie przypadek polega na tym, że Republika Grecji ma skomplikowaną technicznie granicę z Turcją, z której płynie fala emigrantów ekonomicznych do krajów UE.

²⁷ Zob. T. Siedlecki, op. cit., s. 24.

²⁸ Zob. art. 34 z działu 4 wiedeńskiej konwencji o prawie traktatów z 23.05.1969 r.

²⁹ W. Czapliński, *Biała księga Polska – UE. Status obywateli państw nie będących członkami UE*, nr 34, Warszawa 1995, s. 8.

Przytoczone tu sprawy wskazują, że brakuje konceptualnej wizji, w jaki sposób ujednolicić pojęcia zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego, a także zdrowia i moralności publicznej. W sprawie *R. Rutili v. francuskiemu ministrowi spraw wewnętrznych* – ECR 1975, s. 1219 § 26 ETS uznał, że prowadzenie działalności związkowej i nawoływanie do podjęcia strajku nie godzi w porządek publiczny, gdyż jest elementem praw pracowników, w związku z czym nie może być podstawą wydalenia cudzoziemca, korzystającego ze wspólnotowej zasady swobody przepływu pracowników. W sprawie *Y. van Duyn v. Home Office* – ECR 1974, s. 1337 ETS skonstatował jednak, że odmowa prawa do podjęcia przez cudzoziemca pracy w organizacji nieuznawanej przez władze (np. Kościół scientologiczny) nie stanowi naruszenia swobody przepływu pracowników.

Liberalizacja ruchu osobowego wymagała podjęcia wspólnych działań, na szczeblu międzypaństwowym i wspólnotowym, zmierzających do zwalczania narkomanii, przestępczości, nielegalnego przekraczania granicy oraz imigracji ekonomicznej (tak *expressis verbis* art. 7 i 8 układu z Schengen z 14 czerwca 1985 r.)³⁰. W szczególności PWS ujednoliciła zasady kontroli dokonywanej na granicach zewnętrznych i podstawy odmowy udzielenia wizy lub odmowy wjazdu (art. 3).

Wzmocniona ochrona terytorium UE dała asumpt do sformułowania tezy, że zintegrowana Europa staje się hermetyczna i nieprzyjazna dla cudzoziemców spoza UE³¹. Teza ta, odpowiednio sparafrazowana, przedostała się do języka politycznego w postaci imperatywu: liberalizować wjazd i pobyt w obrębie Wspólnoty, zaostrzyć kontrolę wjazdu i pobytu na granicach zewnętrznych. Wspólnota dokonywała też zabiegów, zmierzających do ochrony swoich zewnętrznych granic i po części swobody przepływu w umowach readmisyjnych³² i układach stowarzyszeniowych³³ z państwami aplikującymi o nabycie członkostwa. W zasadzie więc państwa niebędące ani stronami Porozumień z Schengen, ani państwami członkowskimi UE przejęły *de facto* i *de iure* część obowiązków związanych z ochroną obszaru UE. Nowelizacja polskiego prawa o cudzoziemcach z 1 kwietnia 2001 r. jest tego ewidentnym przykładem (wiza schengenowska, Krajowy System Informacyjny, dokument podróży)³⁴.

W odniesieniu do obywateli państw trzecich PWS wprowadza wspólne zasady polityki wizowej we wjazdach turystycznych (do 3 miesięcy). Jednolita wiza nazywana jest czasami wizą schengenowską, gdyż wydana przez

³⁰ A. Tkacz, *Prawne aspekty zwalczania nielegalnej migracji. Wybrane problemy działania Unii Europejskiej*, w: *Wschodnia granica RP...*, s. 25 i n.

³¹ W. Czapliński, *Układy z Schengen. Czy pierwszy bastion twierdzy Europa?* „Przegląd Zachodni”, 1992, nr 1.

³² Porozumienie grupy Schengen z RP z dnia 29.03.1991 r. o przyjmowaniu osób przebywających bez zezwolenia. Tekst w: *Dokumenty europejskie*, t. II, Lublin 1999, poz. 11. 2.

³³ B. Skulimowska, *Stowarzyszenie Polski z Unią Europejską a swoboda przepływu osób*, „Polityka Społeczna”, 1995, nr 11/12, s. 18 i n.

³⁴ Szerzej: J. Białocerkiewicz, *Cudzoziemcy w Rzeczypospolitej Polskiej*, Toruń 2001, komentarz.

którekolwiek państwo członkowskie uprawnia do wjazdu i pobytu na terytorium całego Schengenlandu. Wizy wydawane cudzoziemcom na okres przekraczający 3 miesiące należą do prerogatyw każdego państwa członkowskiego i nie mogą być przedmiotem regulacji wspólnotowej lub międzyrządowej. Szczególne zasady wjazdu i pobytu dotyczą cudzoziemców, którzy aplikują o nadanie statusu uchodźcy w rozumieniu konwencji genewskiej z 28 lipca 1951 r. – o statusie uchodźców, uzupełnionej Protokołem nowojorskim z 1967 r. PWS harmonizuje procedury azylu³⁵, których celem jest m. in. zlikwidowanie zjawiska *refugees in orbit*, czyli uchodźców bez państwa schronienia, które powstaje w związku z brakiem jasnych reguł, które państwo obowiązane jest rozstrzygnąć wniosek cudzoziemca o nadanie statusu uchodźcy.

Wspólna polityka w zakresie wjazdu i pobytu cudzoziemców to tylko połowa tej skomplikowanej operacji. Druga połowa to wprowadzenie efektywnego systemu informacji o osobach, których wjazd i pobyt na terytorium Schengenlandu jest niepożądany. PWS wprowadziło elektroniczny system informatyczny (System Informacyjny Schengen – SIS)³⁶. Jest to system koncentryczny, którego działanie polega na tym, że wpis dokonany w systemie jakiegokolwiek państwa członkowskiego przekazywany jest do centralnego komputera w Strasburgu, a z centralnego komputera do wszystkich systemów państw członkowskich. Umożliwia on niemal natychmiastową identyfikację personalną i rzeczową.³⁷ SIS jest niezwykle ważnym elementem integracji nie tylko w dziedzinie wjazdu i pobytu, ale także w dziedzinie realizacji III Filara UE³⁸.

Krokiem milowym na drodze do osiągnięcia integracji europejskiej w zakresie wjazdu i pobytu jest traktat z Maastricht z 7.02.1992 r. (dalej: TM). Powołał on do życia UE oraz ustanowił obywatelstwo europejskie³⁹, co stanowi przełom w zakresie powiązania obywateli z Europą (swoboda wjazdu i pobytu na całym terytorium UE) i stworzył podstawy traktatowe do współpracy w dziedzinie spraw wewnętrznych i wymiaru sprawiedliwości (instrumenty wymienione w art. K. 3). Wcześniej państwa członkowskie podejmowały z powodzeniem wspólne działania w tym przedmiocie w ramach tzw. Grupy Trevi.⁴⁰

³⁵ M. Zdanowicz, *Harmonizacja procedur uchodźczych w Polsce ze standardami europejskimi*, w: „Z obcej ziemi”, 1999, nr 8, s. 5–7.

³⁶ M. T. Ford-Classen, *System Informacyjny Schengen*, w: *Układ...*, s. 61 i n.

³⁷ Polskie prawo o cudzoziemcach, po nowelizacji z 11.04.2001 r. jest przygotowane do włączenia się do powyższego systemu. Patrz J. Białoćkiewicz, *Cudzoziemcy...*, Toruń 2001, komentarz do rozdziału 10 A, s. 439 i n.

³⁸ Strukturę organizacyjną III Filara przedstawiono w pracy: M. Amin, J. Justyński, *Instytucje i porządek prawny Unii Europejskiej*, Toruń 1999, s. 163.

³⁹ C. Mik, *Obywatelstwo europejskie w świetle prawa wspólnotowego i międzynarodowego*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1994.

⁴⁰ Strukturę Trevi (Trevi I, II, III i 92) szczegółowo przedstawiono w pracy: S. M., Amin, J. Justyński, op. cit., s. 147.

Obszar wspólnego zainteresowania państw członkowskich przedstawiał się następująco: polityka azylowa, przekraczanie granic zewnętrznych, polityka imigracyjna, walka z przestępczością, w tym także zorganizowaną, walka z narkomanią, terroryzmem, współpraca wymiarów sprawiedliwości w sprawach cywilnych i karnych, współpraca w sprawach celnych, współpraca policji. Traktatową podstawą współpracy jest konwencja z 26 lipca 1995 r. o ustanowieniu Europejskiego Urzędu Policji (Europol)⁴¹. Dla prezentowanego zagadnienia ogromne znaczenie miało ustanowienie obywatelstwa europejskiego. W jednej z publikacji napisano, że nic tak nie „kształtuje więzi duchowej z kulturą i cywilizacją europejską oraz poczucia solidarności z narodami Europy jak obywatelstwo europejskie”⁴².

Wśród korzyści płynących z obywatelstwa europejskiego na pierwszym miejscu wymienia się prawo do swobodnego poruszania się i przebywania na terytorium państw członkowskich (art. 8a). Wprawdzie nie jest to *novum*, ale dzięki przepisom traktatowym prawo powyższe uzyskało postać uogólnioną i wyższą rangę formalną⁴³. TM nie przyznał prawa wjazdu i pobytu członkom rodziny obywatela europejskiego, którzy nie legitymują się *nationals* państwa członkowskiego, ale mogą oni wjechać i przebywać na terytorium innego państwa na podstawie wspólnotowego prawa pierwotnego i wtórnego, jeżeli spełniają kryteria w nim zawarte. Będzie to wywoływać kontrowersje w praktyce i stanowisku judykatury⁴⁴, gdyż państwa europejskie zobowiązały się politycznie (Akt Końcowy KBWE oraz Dokumenty w sprawie Ludzkiego Wymiaru KBWE) oraz prawnie (Europejska Karta Społeczna z 1961 r. oraz Zrewidowana Karta Społeczna z 1996 r.) do ułatwień w zakresie łączenia rodzin.

Można więc z całym przekonaniem stwierdzić, że prawo wjazdu i pobytu na terytorium wspólnotowym ewoluowało. Po wejściu w życie TM okazało się, że przejście do kolejnego etapu integracji wymaga reformy, zwłaszcza II i III Filara⁴⁵. 2 października 1997 r. przyjęty został TA. Główna modyfikacja polegała na ograniczeniu zakresu merytorycznego Tytułu

⁴¹ Tekst w: OJ C 316 z 27.XI.1995 r.

⁴² Z. Brodecki, *Prawo europejskiej integracji*, Warszawa 2000, s. 167.

⁴³ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 423.

⁴⁴ D. O’Keeffe, P. Maro, *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich*, Łódź 1998, s. 96.

⁴⁵ Poszczególne filary UE są bardzo rozbudowane, dlatego na potrzeby tego artykułu posłużyć się pewnymi skrótami i uproszczeniami:

I Filar obejmuje wszelkie zagadnienia związane z harmonijnym rozwojem działań gospodarczych, trwałego i nie inflacyjnego wzrostu z poszanowaniem środowiska naturalnego, wysokiego poziomu zatrudnienia i opieki socjalnej, podnoszenia stopy życiowej i jakości życia, ekonomicznej i społecznej spójności oraz solidarności między państwami członkowskimi;

II Filar obejmuje bezpieczeństwo i wspólną politykę zagraniczną, w tym umacnianie bezpieczeństwa Unii i jej państw członkowskich;

III Filar obejmuje współpracę państw członkowskich w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych. Państwa członkowskie uzgodniły dziedziny wspólnego zainteresowania, w ramach których prowadzą konsultacje i wymieniają informacje oraz koordynują wspólną politykę. Przedmiot prezentowanego artykułu mieści się w obrębie III Filara.

IV TM (współpraca policji i wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych) oraz włączeniu do III Filara tzw. *acquis Schengen*⁴⁶. Z powyższego wynika, że współpraca w zakresie wynikającym z Schengen będzie prowadzona w ramach instytucjonalnych i prawnych UE, co oznacza przeniesienie do porządku wspólnotowego zasad wjazdu i pobytu także w celach pozaekonomicznych..

Z punktu widzenia niniejszego opracowania niezwykle istotny był art. 2 TA, wprowadzający do katalogu celów UE (art. B. TM) „utrzymanie i rozwijanie Unii jako obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, na którym swobodny przepływ osób jest zapewniony w powiązaniu z właściwymi środkami dotyczącymi zewnętrznej kontroli granic, azylu, imigracji oraz zapobiegania i zwalczania przestępczości”. W zasadzie tendencje rozwojowe w przedmiocie objętym opracowaniem wyznaczają trzy dokumenty (żaden z nich nie jest umową międzynarodową ani prawem wtórnym): Deklaracja Podstawowych Praw i Wolności przyjęta w Strasburgu 12 kwietnia 1989 r.⁴⁷, Karta Wspólnotowa Podstawowych Praw Socjalnych Pracowników przyjęta w Strasburgu 9 grudnia 1989 r.⁴⁸ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej przyjęta w 2000 r.⁴⁹ w Nicei.

Krótką charakterystykę rozpoczynam od dokumentu 2, który petryfikuje zasady, dotyczące swobody przepływu pracowników na całym terytorium Wspólnoty z zastrzeżeniem ograniczeń z uwagi na porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne i zdrowie publiczne (ust. 1 tytułu I). W ust. 2 podkreślono po raz kolejny równość traktowania w zakresie dostępu do pracy, warunków pracy i ochrony socjalnej. Swoboda przepływu osób implikuje też m.in. łączenie rodzin i uznawanie dyplomów potwierdzających kwalifikacje zawodowe (ust. 3). Odmienne sformułowanie znajdujemy w pierwszym z dokumentów. Art. 8 (*Wolność poruszania się*), stanowi, że „obywatele Wspólnoty mają prawo swobodnego poruszania się na terytorium wspólnotowym i wybierania tam swojego miejsca zamieszkania”. Z powyższego wynika, że w dokumencie tym horyzontalnie rozszerzono katalog podmiotów uprawnionych. Według tej reguły nie tylko obywatele-pracownicy, ale wszyscy obywatele Wspólnoty mają prawo swobodnego poruszania się po terytorium wspólnotowym i wyboru miejsca zamieszkania.

Na szczycie w Nicei powrócono do koncepcji, według której rzeczywista integracja to nie tylko integracja ekonomiczna. Przyjęcie Karty Praw Podstawowych UE⁵⁰ (nie jest dokumentem wiążącym) wskazuje na to, że UE ewoluuje w tym sensie, że w procesie integracji ekonomicznej dostrzega

⁴⁶ Strukturę III Filara po wejściu w życie TA przedstawia A. Gruszcak, *Unia Europejska wobec przestępczości*, Kraków 2002, s. 25.

⁴⁷ Tekst w: *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, red. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s. 289 i n.

⁴⁸ Ibidem, s. 304 i n.

⁴⁹ *Traktat z Nicei. Wnioski dla Polski*, Warszawa 2001, s. 214 i n.

⁵⁰ Zob. stanowisko Rady Doradczej do spraw Praw Człowieka przy Ministrze Spraw Zagranicznych, w: ibidem, s. 228–238.

się też prawa człowieka (wjazd, pobyt, dostęp do wymiaru sprawiedliwości, traktowanie). W zasadzie można dokonać porządkującego podziału praw podstawowych⁵¹ na prawa dotyczące każdego człowieka (np. art. 1), prawa dotyczące pracowników (rozdz. IV), prawa dotyczące pracowników, którzy są obywatelami jednego z państw Unii (art. 34), prawa osób fizycznych i prawnych zamieszkających na terytorium UE (art. 41), prawa obywateli państw trzecich (art. 45 ust. 2), prawa obywateli europejskich (rozdz. V). Z punktu widzenia problematyki niniejszego opracowania najważniejsze znaczenie ma art. 45 ust.1, który przyznaje każdemu obywatelowi Unii prawo do swobodnego poruszania się i zamieszkiwania na terytorium państw członkowskich. W przekonaniu autora mamy tu do czynienia z istotną zmianą; TM i TA odwoływały się do prawa Rady Europy tam, gdzie powstawała konieczność respektowania praw człowieka, a Karta Wspólnotowa Praw Socjalnych i Karta Praw Podstawowych UE wskazuje na to, że zagadnienia te będą stopniowo przechodzić w sferę prawa wspólnotowego.

**

1. Ewolucję w zakresie wjazdu i pobytu cudzoziemców na terytorium Wspólnot (UE) można podzielić na cztery etapy. W pierwszym etapie koncepcja ekonomicznego powiązania Europy Zachodniej (R. Schuman) skutkowało tym, że swoboda przepływu i osiedlania się obejmowała pracowników najemnych, usługodawców i osoby wykonujące wolne zawody oraz członków ich rodzin. To „ograniczenie” podmiotowe nie pozwalało na przejście do dalszych etapów integracji;

2. W wyniku zmian prawa wspólnotowego i orzecznictwa ETS następuje rozszerzenie podmiotowe uprawnionych do wjazdu, pobytu i do osiedlania się. Niektóre państwa europejskie kontestują te restryktywne rozwiązania TR i domagają się szerszego, niż ekonomiczne, powiązania obywateli ze Wspólnotami. Materialnym wyrazem tego jest paszport europejski, uproszczone kontrole graniczne, wspólne kontrole graniczne;

3. W obawie, że na poziomie wspólnotowym nie da się zrealizować koncepcji Europa obywateli, państwa członkowskie podejmują działania na szczeblu międzypaństwowym. W ten sposób kształtuje się trzeci etap. Zawarcie Porozumień z Schengen zmierza do maksymalnej liberalizacji przepływu osób z jednoczesnym ustaleniem reguł wspólnej polityki wobec państw trzecich (wspólna polityka wizowa, imigracyjna, azylowa). Porozumienia z Schengen „dzieli” państwa Piętnastki i wywołują liczne spory o charakterze kluczowym. „Docieranie” się Porozumień z Schengen powoduje, że na szczycie nicejskim ostrze krytyki osłabło, gdyż Porozumienia z Schengen zaczynają przynosić oczywiste rezultaty;

4. TM przynosi nowe rozwiązania w prawie wspólnotowym. Przede wszystkim statuuje on obywatelstwo europejskie, które uprawnia do

⁵¹ Po raz pierwszy takiego pojęcia użył ETS w *sprawie Stauder* w 1969 r.

wjazdu i pobytu na terytorium każdego państwa członkowskiego, a nadto przenosi na poziom wspólnotowy zagadnienia bezpieczeństwa i polityki zagranicznej (II Filar) oraz współpracę w dziedzinie spraw wewnętrznych i wymiaru sprawiedliwości (III Filar);

5. Osnowę czwartego kierunku w przedstawionej ewolucji tworzą dokumenty należące do wspólnotowego *soft – law*, a zwłaszcza Karta Wspólnotowa Podstawowych Praw Socjalnych i Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. W dotychczasowej praktyce (TM i TA) tam, gdzie zachodziła konieczność ochrony praw człowieka przy stosowaniu prawa wspólnotowego odwoływano się do źródeł prawa międzynarodowego przyjętych pod auspicjami Rady Europy (Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Europejska Karta Społeczna). Przyjęcie Karty Praw Podstawowych oznacza, że UE uznaje i szanuje prawa podstawowe, ale jednocześnie dokonuje ich dywersyfikacji w zależności od tego, do kogo dane prawo ma zastosowanie.

AN IMMIGRATION AS A FACTOR OF THE EUROPEAN INTEGRATION

Key words: the european integration, the European Union law, freedom of movement, the European Union citizenship.

Summary

The European Commission has recently rekindled the debate about a possible future ruling on economic immigration, including the conditions and procedures for entry and residence, the principle of Community preference and the rights of third-country workers. The purpose of this paper is to recapitulate the main phases of Community action in the area of legal migration for economic reasons, starting with the political mandate given to the European Commission by the Tampere European Council. It moves on to outline the EU's current legislative programme to introduce policy instruments in 2007–09 for regulating the migration of specific categories of workers, some of which are aimed at easing the entry of highly skilled workers. It underscores the case for cohesive EU action in this controversial area in view of the need to improve the economic competitiveness of the EU and the risks posed by its ageing population.

Oksana Cabaj, Olga Łachacz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego

„Demokracja środowiskowa” w wybranych państwach Europy Środkowej i Wschodniej na przykładzie implementacji postanowień Konwencji z Aarhus

Słowa kluczowe: demokracja środowiskowa, ochrona środowiska, prawa człowieka, konwencja z Aarhus, implementacja konwencji z Aarhus, prawo do informacji, prawo do udziału w procedurach podejmowania decyzji.

1. Wstęp

Prawa człowieka mają liczne związki z prawem ochrony środowiska. Z jednej strony środowisko naturalne warunkuje wszelkie procesy życiowe, a zatem pośrednio wpływa także na realizację podstawowych praw i wolności człowieka, z drugiej strony, zagwarantowanie realizacji szeroko pojętych praw człowieka nie pozostaje bez wpływu na ochronę środowiska.

W tym kontekście warto poddać analizie, w jaki sposób demokracja, w tym także demokracja środowiskowa, wpływają na ochronę środowiska. Czy demokracja przyczynia się do zwiększenia poziomu ochrony środowiska? Czy też może realizacja wysokich standardów ochrony środowiska wpływa na umacnianie demokracji? Udzielenie odpowiedzi na te pytania wymaga omówienia związku tych zagadnień z kwestią ochrony praw człowieka.

Odrębną kwestią, wykraczającą poza ramy niniejszego opracowania, jest tzw. prawo człowieka do zdrowego środowiska. Należy zaznaczyć, że taka norma, rozumiana jako prawo podmiotowe człowieka, z którym wiązałyby się roszczenia prawne nie istnieje¹. Przedmiotem analizy będą głównie prawa proceduralne, przyznane jednostkom i osobom prawnym w obszarze środowiska, które pozwalają wpływać na kształt polityki środowiskowej, w tym także na kształt norm prawnych.

¹ Szerzej zob. O. Cabaj, *Środowisko jako dobro prawne (wprowadzenie do studium prawnego z zakresu środowiska)*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, red. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, Toruń 2009, s. 886 i n.

Obszar badań zawężony został do wybranych państw Europy Środkowej i Wschodniej, tj. Polski, Białorusi, Ukrainy oraz Węgier². Spośród nich jedynie Białoruś, pomimo że jest członkiem Organizacji Narodów Zjednoczonych, jako jedyny kraj europejski – ze względu na nieprzestrzeganie zasad praworządności i demokracji – nie należy do Rady Europy.

Większość państw Europy Środkowej i Wschodniej na swej drodze do demokracji musiała przejść okres głębokich i często burzliwych przemian w życiu politycznym i gospodarczym, w tym także dokonać trudnych reform ustrojowych.

Zarówno poziom demokracji w tych państwach, jak i integracji z organizacjami międzynarodowymi, takimi jak ONZ, Rada Europy czy Unia Europejska nie pozostaje bez wpływu na przyjęcie i realizację międzynarodowych standardów ochrony środowiska³.

Należy zauważyć, że stan środowiska i poziom jego ochrony jest silnie powiązany z szeroko pojętym poziomem rozwoju społeczeństwa i diametralnie różni się w poszczególnych rejonach świata. Wprowadzanie wysokich standardów ochrony środowiska w istotny sposób ogranicza swobodę wykorzystywania surowców naturalnych i nieskrępowany rozwój gospodarczy⁴. Stąd znacznie łatwiej jest wprowadzać je w państwach rozwiniętych gospodarczo, w których nie występuje drastyczne rozwarstwienie społeczeństwa, powodujące, że część ludzi żyje poniżej granicy ubóstwa. Istotne znaczenie odgrywa także poziom rozwoju nowych technologii. Wydaje się jednak, że jednocześnie zasadniczym czynnikiem dla skutecznej realizacji wysokich standardów ochrony środowiska jest sprawnie działająca admini-

² Pojęcie Europa Środkowa i Wschodnia, stosowane często zamiennie z terminem Europa Środkowa lub Europa Wschodnia, pojmowane jest różnorodnie, w zależności od kontekstu geopolitycznego czy też kulturowego i historycznego. Zob. A. Czarnocki, *Pojęcie Europa Środkowo-Wschodnia*, w: *Historia, polityka, stosunki międzynarodowe. Księga Jubileuszowa na 65-lecie Profesora J. Kukulki*, red. B. Mrozek, S. Bieleń, D. Popławski, R. Zięba, W. Lizak, Warszawa 1994, s. 45; K. Kołodziejczyk-Konarska, *Proces rozszerzania Unii Europejskiej na państwa Europy Środkowej i Wschodniej*, w: *Unia Europejska. Nowy typ wspólnoty międzynarodowej*, E. Haliżak, S. Parzymies, Warszawa 2002, s. 248; P. Eberhardt, *Między Rosją a Niemcami*, Warszawa 1996, s. 14–28; B. Dobek-Ostrowska, *Proces demokratyzacji Europy Środkowo-Wschodniej – przesłanki i przebieg*, w: *Demokracje Europy Środkowo-Wschodniej w perspektywie porównawczej*, red. A. Antoszewski, R. Herbut, Wrocław 1997, s. 12–31.

³ W wybranych państwach Europy Środkowej i Wschodniej, poza budową i umacnianiem demokracji, wśród czynników, które w znacznym stopniu przyczyniły się do poprawy stanu środowiska, wymienia się transformację gospodarczą oraz integrację m.in. z Unią Europejską. Na temat zmian w obszarze ochrony środowiska Estonii, Litwy, Łotwy, Polski, Czech, Słowacji, Słowenii i Węgier w związku z przystąpieniem tych państw do Unii Europejskiej zob. M. Pompo, *L'ambiente nei nuovi Stati dell'UE*, „Europa” 2004, s. 177–18; zob też: A. Batin-ti, M. Pompo, *Politiche ambientali dei PECO e loro adattamento all'acquis comunitario*, w: *UE e PECO: impatto ambientale dell'allargamento*, red. G. Paggi Bari 2004. Szerzej na temat Polski, zob. dane i wskaźniki specjalnej oceny w tym zakresie, zawarte w raporcie Inspekcji Ochrony Środowiska, analizującym lata 1994–2004. Zob. A. Zyśk, *Stan środowiska w Polsce, Raport Inspekcji Ochrony Środowiska*, „Środowisko”, nr 16(328)/2006, s. 4–5.

⁴ Na ten temat szerzej zob. O. Cabaj, *Środowisko naturalne człowieka pomiędzy prawem a ekonomią: casus doliny Rospudy*, w: *Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, red. G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj, Olsztyn – Bari 2008, s. 441–449.

stracja publiczna oraz takie społeczeństwo, które jest świadome znaczenia środowiska i stanu jego zagrożeń, a także czuje się współodpowiedzialne za naturę. W stanie zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych powinno ono stanowczo odrzucić wzorzec *homo economicus*⁵ i kierować się także dobrem samego środowiska naturalnego. Przy tym sprawnie działająca administracja publiczna ma za zadanie nie tylko zapewniać rozwój gospodarczo-społeczny, ale także kształtować właściwe wzorce i stymulować społeczeństwo do realizacji przyjętych standardów.

W walce ze współczesnymi zagrożeniami środowiska realizacja międzynarodowych standardów jego ochrony wymaga skutecznych działań organów władzy państwowej, ale także zaangażowania zwykłych ludzi, w związku z czym kluczową sprawą staje się zagwarantowanie tzw. demokracji środowiskowej.

2. Pojęcie „demokracji środowiskowej”

W przeszłości polityka środowiskowa była przedmiotem wyłącznie reglamentacji krajowej. Z czasem, głównie wskutek globalnego wymiaru zagrożeń środowiska, istotnie zwiększyła się rola reglamentacji międzynarodowej. Zaczęto jednocześnie poszukiwać rozwiązań, które pozwolą skuteczniej zarządzać środowiskiem na poziomie krajowym, a przez to przyczynią się do lepszego wdrażania standardów międzynarodowych. O ile początkowo w ogóle nie przewidywano bezpośredniego uczestnictwa społeczeństwa w podejmowaniu decyzji z zakresu ochrony środowiska, to dziś stanowi ono podstawowy trzon „demokracji środowiskowej”, bez której trudno wyobrazić sobie działania na rzecz ochrony samego środowiska, ale i ochrony człowieka w jego środowisku naturalnym.

Termin „demokracja” ma współcześnie kilka znaczeń i wyraża m.in. „formę ustroju politycznego państwa, w którym uznaje się wolę większości obywateli jako źródła władzy i przyznaje się społeczeństwu prawa i wolności polityczne, gwarantujące sprawowanie tej władzy”⁶. Obecnie bowiem, w demokratycznym państwie prawa, urzeczywistnia się koncepcja społeczeństwa obywatelskiego.

Kwestie związane z demokracją i społeczeństwem obywatelskim mają szczególne znaczenie czy też swoisty wymiar w państwach Europy Środkowej i Wschodniej, w których, począwszy od lat siedemdziesiątych, nasilała się tendencja do uwolnienia się od ustroju komunistycznego. Z czasem dokonały się w tych państwach, i wciąż dokonują, głębokie przemiany spo-

⁵ Prof. J. Białocerkiewicz wskazuje nawet na nowy wzorzec człowieka – *homo economicus* – „wykreowany przez liberalizm ekonomiczny i stojący w sensie ekonomicznym ponad przyrodą”. Idem, *Status prawny zwierząt. Prawa zwierząt czy prawna ochrona zwierząt*, Toruń 2005, s. 13.

⁶ Zob. Encyklopedia Wydawnictwa Naukowego PWN, [online] <<http://encyklopedia.pwn.pl/>>, dostęp: ostatnia wizyta 27.03.2009.

łeczne, ekonomiczne i polityczne. Współcześnie w państwach tych, dzięki takim instytucjom, jak samorządy lokalne czy organizacje pozarządowe, społeczeństwo obywatelskie przejęło od państwa wiele z jego prerogatyw. Rolą zaś państwa jest, aby w sposób skuteczny i oparty na jasnych, jednoznacznych regułach wykonywać określone zadania, a w szczególności zapewnić społeczeństwu bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne⁷.

Pojęcie „demokracja środowiskowa” oznacza stan, w którym społeczeństwo ma zagwarantowany udział w zarządzaniu środowiskiem, a przede wszystkim możliwość uczestniczenia w procedurach decyzyjnych, dotyczących środowiska. W związku z tym konieczne jest zapewnienie prawa do informacji w obszarze środowiska oraz prawa dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sprawach z zakresu środowiska⁸. Należy dodać, że realizacja założeń demokracji środowiskowej wymaga współpracy ogółu społeczeństwa, w tym organizacji pozarządowych, z organami władzy administracji publicznej, a także poszanowania zasady dobrej administracji. Aby założenia demokracji środowiskowej mogły być skutecznie realizowane, muszą być szczegółowo uregulowane i wdrażane na poziomie jak najbliższym obywatelowi.

Uznaje się, że pierwszy znaczący etap w tym zakresie wyznaczyła Deklaracja o Środowisku i Rozwoju z Rio de Janeiro z 1992 r. przyjęta pod auspicjami ONZ. W deklaracji tej stwierdzono, że udział społeczeństwa w sprawach dotyczących środowiska, a w szczególności prawo do informacji oraz dostęp do sądowych i administracyjnych procedur, stanowi gwarancję najlepszego zarządzania kwestiami środowiska na odpowiednim poziomie narodowym lub regionalnym (zasada nr 10)⁹.

Następnie, krokiem milowym było przyjęcie konwencji z Aarhus, której dziesięciolecie świętowano w 2008 r. Opracowaniu konwencji, jak potwierdzono w preambule, towarzyszyło przekonanie, że jej realizacja „przyczyni się do umocnienia demokracji w regionie Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ)”. Konwencja zosta-

⁷ A. Siciński, *O idei społeczeństwa obywatelskiego*, „Wiedza i Życie” nr 6/1996. Zob. też A. Miszańska, *Sytuacja demokracji w schyłku wieku – niepokoje globalne, niepokoje polskie*, „Kultura i Społeczeństwo”, nr 3/2000, s. 25–43.

⁸ W szczególności prawa dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sprawach z zakresu środowiska nie należy mylić z prawem do czystego środowiska – chodzi bowiem jedynie o możliwość zwrócenia się do sądu w celu ochrony prawa do informacji oraz prawa do udziału w podejmowaniu decyzji.

⁹ Deklaracja z Rio de Janeiro w sprawie środowiska i rozwoju, Zasady ogólnych praw i obowiązków, 3–14.06.1992, zasada nr 10: „Zagadnienia środowiskowe są najlepiej rozwiązywane, na odpowiednim poziomie, z udziałem wszystkich zainteresowanych obywateli. Na poziomie narodowym każda jednostka powinna mieć zapewniony odpowiedni dostęp do informacji dotyczącej środowiska, w której posiadaniu jest władza publiczna. Obejmuje to informacje dotyczące substancji niebezpiecznych i działalności w obrębie społeczności, jak również możliwość udziału w procesie podejmowania decyzji. Państwa powinny ułatwić, jak również podnieść świadomość i udział społeczeństwa przez stworzenie szerokiego dostępu do informacji. Powinien zostać zapewniony efektywny i rzeczywisty dostęp do prawnych i administracyjnych środków, włączając w to środki kompensujące i zaradcze.”

ła zresztą określona przez Kofi Annana jako krok naprzód w rozwoju prawa międzynarodowego w zakresie pogłębiania demokracji środowiskowej i praw obywateli¹⁰.

To właśnie Konwencja z Aarhus, jak zauważa prof. J. Jendrośka, wyznacza „najnowszy i najwyższy obecnie europejski standard prawny dialogu społecznego w ochronie środowiska”¹¹.

3. Geneza i specyfika konwencji z Aarhus

Przygotowana pod auspicjami Europejskiej Komisji Gospodarczej ONZ, Konwencja o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do wymiaru sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska została podpisana w Aarhus 25 czerwca 1998 r. Inicjatywa stworzenia instrumentu prawa międzynarodowego, który urzeczywistnia prawa społeczeństw w zakresie środowiska pojawiła się w 1991 r. na konferencji ministrów środowiska w Dobruż w Czechosłowacji wraz z zainicjowaniem programu Środowisko dla Europy¹². Tekst konwencji został przychylnie oceniony przez organizacje pozarządowe, które licznie uczestniczyły w pracach przygotowawczych¹³, stanowiąc zarazem jedną z grup podmiotów, do których konwencja jest adresowana.

Konwencja weszła w życie 30 października 2001 r. po uzyskaniu 17 ratyfikacji, a liczba państw, które ją podpisały i ratyfikowały wynosi obecnie 42. Nie wszystkie państwa, które podpisały konwencję, a zatem wyraziły wolę związania się nią, dokonały szybkiej ratyfikacji. Jeszcze w 2001 r. stosunek liczby państw, które ją ratyfikowały do tych, które tylko ją podpisały wynosił 11 do 44. Ratyfikacji dokonały bardzo szybko postkomunistyczne państwa Europy Środkowej i Wschodniej oraz państwa Azji Środkowej, podczas gdy na przykład Francja, Wielka Brytania i Niemcy zwlekały z ratyfikacją¹⁴. Związane jest to z nieco odmiennym stosunkiem do implementacji przepisów konwencji w krajach Europy Zachodniej oraz Europy

¹⁰ V. Rodenhoff, *The Aarhus Convention and its Implications for the 'Institutions' of the European Community*, „RECIEL”, 11 (3) 2002, s. 343.

¹¹ J. Jendrośka, *Prawa człowieka w międzynarodowym i polskim systemie ochrony środowiska*, [online] <www.mos.gov.pl>. Zob. też J. Jendrośka, *Konwencja z Aarhus. Geneza, status i kierunki rozwoju*, „Prawo i Środowisko”, 2001/1, s. 116 i n.

¹² T.R. Zaharchenko, G. Goldenman, *Accountability in Governance: The Challenge of Implementing the Aarhus Convention in Eastern Europe and Central Asia*, „International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics”, 4, 2004, s. 230.

¹³ M. Lee, C. Abbot, *The usual suspects? Public participation under the Aarhus Convention*, „The Modern Law Review”, January 2003, vol. 66, s. 81.

¹⁴ S.R. Ackerman, A.A. Halpaap, *The Aarhus Convention and the Politics of Process: The Political Economy of Procedural Environmental Rights*, Draft paper for The Law and Economics of Environmental Policy: A Symposium, Faculty of Laws, University College London, September 5–7, 2001. Forthcoming in Timothy Swanson, ed., „Research in Law and Economics”, 2001, s. 1.

Środkowej i Wschodniej. W tradycji tych pierwszych leży uprzednie dostosowanie porządku prawnego do postanowień danej umowy międzynarodowej i dopiero podjęcie decyzji o jej ratyfikacji, natomiast tradycja państw Europy Środkowej i Wschodniej wykazuje odwrotną kolejność. Poza tym, w literaturze podkreśla się, że pośpiech związany z procedurami ratyfikacji w państwach Europy Środkowej i Wschodniej, a w szczególności byłego ZSRR, związany był z silną potrzebą szybkiej transformacji systemu politycznego tych krajów, a więc osiągnięcia przynajmniej namiastki demokracji¹⁵ i poszanowania praw człowieka. Spośród wielu umów międzynarodowych konwencja z Aarhus, tworząc katalog proceduralnych praw środowiskowych, łączy demokrację środowiskową ze źródłami międzynarodowego prawa człowieka¹⁶.

Konwencja stanowi specyficzne źródło prawa międzynarodowego, które mimo regionalnego zasięgu może swobodnie być inspiracją dla podobnych regulacji na innych kontynentach, a przez to dla pozostałych państw członkowskich ONZ. Poza tym, konwencja jest interesująca również z punktu widzenia objęcia regulacją prawa międzynarodowego dziedzin, które do niedawna stanowiły obszar zarezerwowany do kompetencji państw. Kwestie związane z administracją publiczną, procedurami prawnymi oraz udziałem społeczeństwa były wcześniej normowane jedynie na poziomie krajowym. Regulacja konwencyjna stanowi więc wyraz zainteresowania prawa międzynarodowego tymi zagadnieniami.

Do konwencji przystąpiła Wspólnota Europejska¹⁷, co rodzi ciekawą sytuację w zakresie implementacji jej postanowień. Stronami konwencji są wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej, które powinny wdrażać jej postanowienia we własnym zakresie, niemniej jednak organy WE, w myśl art. 2, ust. 2 konwencji z Aarhus, stanowią „władzę publiczną” i na nich również ciąży obowiązek implementacji. Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, że jeszcze przed przyjęciem konwencji przez Wspólnotę Europejską realizowano wspólnotową politykę ochrony środowiska, w tym standardy udziału społeczeństwa np. w procedurach z wydaniem raportu oceny oddziaływania na środowisko. Należy pozytywnie ocenić wdrażanie postanowień konwencji przy pomocy instrumentów prawa wspólnotowego¹⁸, gdyż

¹⁵ T.R. Zaharchenko, G. Goldenman, op. cit., s. 232.

¹⁶ Przykładowo prawo do informacji potwierdzone w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r., uznawane jest (choć jako część prawa do wolności wypowiedzi) za jedno z podstawowych praw człowieka.

¹⁷ Wspólnota Europejska podpisała Konwencję z Aarhus 25.06.1998 r., a następnie zatwierdziła ją 17.02.2005 r. Zob. Decyzja Rady z 17.02.2005 r. w sprawie zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej Konwencji o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska (2005/370/WE). Zob. też Rozporządzenie (WE) 1367/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.09.2006 r. w sprawie zastosowania postanowień Konwencji z Aarhus o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska do instytucji i organów Wspólnoty (Dz.U. L. 264, 25.09.2006, s. 13).

¹⁸ M.in. Dyrektywa 2003/4/WE w sprawie publicznego dostępu do informacji dotyczących środowiska i uchylająca dyrektywę Rady 90/313/EWG (Dz.U. L 41 z 14.02.2003, s. 26); dyrek-

polega ono nie tylko na deklaracjach politycznych, lecz realizowane jest za pomocą aktów prawnie wiążących, takich jak rozporządzenia i dyrektywy.

Procedury demokracji środowiskowej, przewidziane w konwencji z Aarhus, podzielone są na trzy tak zwane filary, które regulują: dostęp do informacji, udział społeczeństwa w podejmowaniu decyzji dotyczących środowiska oraz dostęp do wymiaru sprawiedliwości. Filary te są od siebie wzajemnie zależne¹⁹. Udział społeczeństwa w podejmowaniu decyzji jest ściśle powiązany z prawem do informacji, a dostęp do wymiaru sprawiedliwości gwarantuje z kolei możliwość korzystania z prawa do udziału w podejmowaniu decyzji i prawa do informacji.

Prawo do informacji obejmuje prawo żądania i uzyskania informacji na temat środowiska oraz zobowiązuje władze do konkretnych działań, np. upubliczniania, jakimi informacjami dysponują i jak je można uzyskać oraz ustanowienia jasnych kryteriów dostępu do informacji. Ponadto udzielenie informacji powinno nastąpić w ciągu miesiąca od złożenia zapytania, chyba że sprawa jest bardziej skomplikowana. Państwa zobowiązują się także do publikowania rocznych raportów o stanie środowiska. W ramach drugiego filaru państwa – strony konwencji powinny zapewnić społeczeństwu udział w podejmowaniu decyzji – mających istotny wpływ na środowisko, przede wszystkim przez informowanie o wszczęciu postępowania w sprawie wydania takich decyzji i o możliwościach udziału przez składanie analiz i opinii społecznych, które powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji. Udział społeczny ma dotyczyć głównie planów, programów i wytycznych odnoszących się do środowiska, ale także przepisów wykonawczych do powszechnie obowiązujących aktów normatywnych. Gwarancje trzeciego filaru konwencji wiążą się z prawem dostępu do procedury odwoławczej przed sądem lub innym niezależnym i bezstronnym organem powołanym w sytuacji, gdy żądanie informacji pozostało nierozpatrzone, niesłusznie odrzucone, w całości lub w części, załatwione nieodpowiednio lub w inny sposób potraktowane niezgodnie z postanowieniami konwencji.

Państwa, które ratyfikowały konwencję z Aarhus, są zobowiązane do implementacji jej postanowień (art. 15) i na mocy decyzji I/8 podjętej podczas Pierwszego Spotkania Stron Konwencji (21–23.10.2002 r.) także do udzielania informacji na temat zaawansowania tego procesu. Nadzór nad implementacją sprawuje Komitet Wdrożeniowy, wyłoniony podczas Pierwszego Spotkania Stron. Sygnatariusze konwencji dostarczają Komitetowi raporty wdrożeniowe, które stanowią oficjalne źródło wiedzy na temat implementacji, niemniej jednak na podstawie decyzji I/8 również podmioty dysponują prawem do przesyłania takich informacji. Z tej tzw. nieformalnej drogi korzystają często organizacje pozarządowe i naukowcy. Przygo-

tywa 2003/35/WE przewidująca udział społeczeństwa w odniesieniu do sporządzania niektórych planów i programów w zakresie środowiska oraz zmieniająca w odniesieniu do udziału społeczeństwa i dostępu do wymiaru sprawiedliwości dyrektywę Rady 85/337/EWG i 96/61/WE (Dz.U. L 156 z 25.6.2003, s. 17).

¹⁹ T.R. Zaharchenko, G. Goldenman, op. cit., s. 233.

towanie przez państwo raportu wdrożeniowego poprzedzone jest wielokrotnymi konsultacjami z ogółem społeczeństwa, w tym z organizacjami pozarządowymi (Non Governments Organizations – NGOs) oraz organami władz administracji publicznej.

Stan zaawansowania procesów implementacji konwencji z Aarhus odzwierciedla różnice w systemach prawnych państw. W państwach byłego ZSRR konwencja odgrywa ważną rolę w procesie transformacji ustrojowej i postrzegana jest jako instrument budowania społeczeństwa obywatelskiego. Z kolei w państwach Unii Europejskiej wcześniejsze dostosowanie ustawodawstwa krajowego do prawa wspólnotowego miało bardzo pozytywny wpływ na poziom implementacji konwencji.

Według Raportu podsumowującego raporty wdrożeniowe państw²⁰, implementacja konwencji z Aarhus jest na zadowalającym poziomie, szczególnie biorąc pod uwagę ustanowienie ram prawnych dla funkcjonowania przepisów konwencji. Nieco inaczej wygląda praktyka, ponieważ nie zawsze przepisy są na tyle jednoznaczne, by obywatele mogli w pełni z nich korzystać, bowiem w niektórych sytuacjach decyduje wykładnia i wola urzędników.

Poniżej w zarysie przedstawiono przykłady wprowadzenia w życie przepisów konwencji z Aarhus w wybranych państwach. Pozwala to zobrazować faktyczny wpływ konwencji na urzeczywistnienie założeń demokracji środowiskowej w praktyce.

4. Implementacja konwencji z Aarhus w Rzeczypospolitej Polskiej

Polska podpisała konwencję z Aarhus w dniu jej otwarcia do podpisu w 1998 r. Na mocy ustawy z 21 czerwca 2001 r. o ratyfikacji konwencji o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska²¹ Parlament RP wyraził zgodę na jej ratyfikację, a Prezydent RP podpisał dokument ratyfikacyjny 31 grudnia 2001 r. i 15 lutego 2002 r. dokument ten został złożony u Sekretarza Generalnego ONZ w Nowym Jorku, pełniącego funkcję depozytariusza konwencji. Tekst konwencji opublikowano w maju 2003 r.²² i od tej chwili jest ona częścią krajowego porządku prawnego i może być bezpośrednio stosowana.

Transpozycja konwencji do polskiego porządku prawnego była możliwa na gruncie wielu źródeł prawa, wśród których należy przede wszystkim wymienić: ustawę Prawo ochrony środowiska z 27 kwietnia 2001 r., najnowszą ustawę o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie,

²⁰ Synthesis Report On The Status Of Implementation Of The Convention, ECE/MP.PP/2008/4, 21 May 2008.

²¹ Dz. U. Nr 89, poz. 970.

²² Dz. U. Nr 78 poz. 706.

udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko z 3 października 2008 r., ustawę o inspekcji ochrony środowiska z 20 lipca 1991 r., kodeks postępowania administracyjnego z 14 czerwca 1960 r., ustawę o dostępie do informacji publicznej z 6 września 2001 r. oraz ustawę o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie z 24 kwietnia 2003 r. Tak szeroki katalog źródeł implementujących przepisy konwencji tworzy sprawnie działający mechanizm, służący realizacji jej postanowień.

Implementacja przepisów konwencji dotyczących tzw. biernego (art. 4, na wniosek zainteresowanego) i czynnego prawa do informacji na temat środowiska (art. 5, rozpowszechnianie i gromadzenie takich informacji) opiera się – według raportu wdrożeniowego konwencji²³ – na wielotorowych działaniach, prowadzonych na szczeblu narodowym (np. powołanie Centrum Informacji o Środowisku, które prowadzi portal ekologiczny Ekoportal) i regionalnym, także we współpracy z innymi niż Ministerstwo Środowiska organami (np. Narodowa Strategia Edukacji Ekologicznej realizowana z Ministerstwem Edukacji, szkolenia e-learningowe, przygotowanie i druk podręczników, „zielone szkoły”, akcje promocyjno-edukacyjne itp.). Współpraca z organizacjami pożytku publicznego polega na zlecaniu im realizacji pewnych zadań, konsultowaniu projektów aktów normatywnych, tworzeniu wspólnych zespołów o charakterze doradczym i inicjatywnym (np. zapewnienie udziału przedstawicieli organizacji pożytku publicznego w radach nadzorczych funduszy ochrony środowiska). Poza tym, według raportu, większość urzędów stworzyła dodatkowe stanowiska pracy lub zorganizowała punkty informacyjne, prowadzi wykazy danych, wyznaczyła dyżury urzędników do przyjmowania skarg i wniosków, także w zakresie dostępu do informacji o środowisku. Ponadto urzędnicy biorą systematycznie udział w tematycznych szkoleniach²⁴. Natomiast podstawowym mechanizmem gromadzenia informacji o stanie środowiska są pomiary, oceny i prognozy, prowadzone w ramach systemu Państwowego Monitoringu Środowiska. Przez PMS zbierane są informacje o jakości środowiska, stanie zasobów, emisjach, wytwarzaniu i gospodarowaniu odpadami.

Implementacja postanowień drugiego filaru konwencji, a więc udziału społeczeństwa w podejmowaniu decyzji w sprawach przedsięwzięć dotyczących środowiska (art. 7 i 8) przewidziana jest w RP, po pierwsze, przez stworzenie takich procedur podejmowania decyzji, które gwarantują udział każdego obywatela (otwarte dla każdego), po drugie, przez przyznanie szczególnych uprawnień tzw. „zainteresowanej społeczności” oraz reprezentację organizacji pożytku publicznego w kolejalnych organach doradczych lub stanowiących²⁵. I tak na podstawie ustawy prawo ochrony środowiska każdy może uczestniczyć w postępowaniach związanych z wykonywaniem

²³ Raport wdrożeniowy konwencji z Aarhus, arkusz certyfikacyjny, opracowany przez Ministra Środowiska w imieniu RP zgodnie z decyzją I/8, 2008, źródło: <www.mos.gov.pl>.

²⁴ Raport ..., s. 8.

²⁵ Ibidem, s. 14.

raportu oceny oddziaływania na środowisko, a przy wydawaniu decyzji lokalizacyjnej dla wszystkich inwestycji celu publicznego należy podać je do publicznej wiadomości w drodze obwieszczenia oraz w sposób zwyczajowo przyjęty. Umożliwia to każdemu obywatelowi udział w takim postępowaniu, np. w drodze składanych skarg lub petycji.

Obok uprawnień przysługujących każdemu, pewne specjalne uprawnienia przysługują „zainteresowanej społeczności”. W Polsce są to osoby fizyczne lub prawne, których interesów prawnych lub obowiązków dotyczy postępowanie i korzystają one ze statusu strony postępowania oraz organizacje pożytku publicznego, którym przysługuje status uczestnika „na prawach strony”. Prawo przewiduje powoływanie reprezentantów organizacji w skład organów doradczych, w tym pełniących funkcję doradcą w podejmowaniu decyzji regulacyjnych, dotyczących konkretnych przedsięwzięć. Obok udziału w podejmowaniu decyzji regulacyjnych, organizacje pożytku publicznego uczestniczą w podejmowaniu decyzji o finansowaniu takich przedsięwzięć i posiadają reprezentantów w składach organów stanowiących o przyznaniu pomocy publicznej²⁶. Ponadto na szczeblu centralnym regulamin prac rządu przewiduje konsultacje społeczne w toku przygotowywania wszelkich dokumentów rządowych, w tym projektów aktów normatywnych, zaś ustawy o samorządzie terytorialnym odpowiednio w województwie oraz w gminie przewidują możliwość prowadzenia konsultacji z mieszkańcami w sprawach ważnych dla danego terenu. Regulamin Sejmu umożliwia ponadto uczestnictwo reprezentantów organizacji pożytku publicznego w posiedzeniach komisji oraz podkomisji sejmowych rozpatrujących projekty ustawodawcze. Mogą oni zadawać pytania, zgłaszać uwagi, a nawet przedstawiać propozycje nowych rozwiązań prawnych²⁷.

W ramach trzeciego filaru konwencji prawo dostępu do wymiaru sprawiedliwości (art. 9) w sprawach dotyczących środowiska jest realizowane przede wszystkim w postępowaniu administracyjnym i postępowaniu sądowno-administracyjnym lub w postępowaniu cywilnym (stosowanym w przypadku zaskarżeń działań lub zaniechań osób prywatnych). Interesujące jest, że o ile obywatel w Polsce ma prawo uczestniczyć w postępowaniu dotyczącym wydania decyzji w sprawie dotyczącej środowiska, to prawo uruchomienia procedury odwoławczej według art. 9, ust. 2 konwencji przysługuje jedynie „zainteresowanej społeczności”, czyli osobom legitymującym się interesem prawnym w sprawie oraz organizacjom pożytku publicznego. Udział organizacji pożytku publicznego w postępowaniach na prawach strony i dostęp do procedury odwoławczej ograniczony jest do spraw, w których przewidziany jest udział społeczeństwa, a więc jest wyłączony w przypadku, gdy organ postanowi o rezygnacji z pełnej procedury (zrezygnuje z żądania raportu oceny oddziaływania na środowisko)²⁸. W stosunku

²⁶ Ibidem, op.cit., s. 15.

²⁷ Ibidem, op.cit., s. 20.

²⁸ Ibidem, op.cit., s. 26.

do działań lub zaniechań osób fizycznych przysługuje prawo do wszczęcia postępowania przed sądem cywilnym, prowadzonego na ogólnych zasadach prawa cywilnego. Postępowanie takie mogą rozpocząć osoby, których interes prawny został naruszony oraz organizacje pożytku publicznego działające w interesie społecznym.

5. Implementacja konwencji na Białorusi

Białoruś, tak jak Malta, Niemcy i Węgry, nie podpisała konwencji 25 czerwca 1998 r. w Aarhus podczas IV Paneuropejskiej Konferencji Ministrów Ochrony Środowiska. Konwencja ta została zatwierdzona dekretem Prezydenta Republiki Białorusi nr 726 z 14 listopada 1999 r. i stanowi część prawa krajowego²⁹.

Warto na wstępie zwrócić uwagę na to, iż środowisko jest przedmiotem ochrony na gruncie ustawy zasadniczej Republiki Białorusi z 15 marca 1994 r. Artykuł 46 Konstytucji Republiki Białorusi przyznaje każdemu człowiekowi prawo do czystego środowiska, a po stronie państwa ustanawia obowiązek sprawowania kontroli w zakresie racjonalnego korzystania z zasobów przyrody, obowiązek ochrony i polepszania warunków życia, a także poprawy stanu środowiska³⁰.

Postanowienia konwencji z Aarhus zostały implementowane m.in. w wielokrotnie nowelizowanej ustawie o ochronie środowiska z 26 listopada 1992 r.³¹, a także dzięki specjalnym dekretem Rady Ministrów³² oraz Ministerstwa Zasobów Naturalnych i Ochrony Środowiska³³. W wyniku nowelizacji z 17 lipca 2002 r. ustawa o ochronie środowiska została uzupełniona o zagadnienia „informacji środowiskowej” (art. 74). Rozdział XIII ustawy zawiera postanowienia dotyczące edukacji, szkoleń i badań naukowych w obszarze ochrony środowiska. Ponadto zagadnienia związane z edukacją środowiskową, dostępem społeczeństwa do informacji środowiskowej zawarte zostały w Narodowej Strategii na rzecz Rozwoju Gospodarczo-Społecznego obejmującej okres do 2020 r.³⁴, a 30 grudnia 2005 r. utworzono

²⁹ Zgodnie z ustawą o aktach normatywnych Republiki Białorusi postanowienia konwencji mają moc prawną Dekretu Prezydenta Republiki Białorusi i są wiążące dla wszystkich organów wykonawczych.

³⁰ Конституция Республики Беларусь 1994 года, źródło: <<http://www.president.gov.by/press10669.html>>, dostęp: 30.03.2009.

³¹ Закон Республики Беларусь с 26 ноября 1992 г. № 1982–XII Об охране окружающей среды, źródło: <<http://pravo.by/webnpa/text.asp?RN=v19201982>>, dostęp: 30.03.2009.

³² Dekret nr 1900 z 29.12.2001 dotyczący planowanych środków implementacji konwencji.

³³ Dekret nr 22 z 29.05.2003 określający listę zagadnień, które swym zakresem przedmiotowym powinna obejmować informacja środowiskowa, do której odwołuje się art. 74 ustawy o ochronie środowiska.

³⁴ Realizacja założeń strategii jest w tym zakresie wspierana przez Radę Koordynacyjną, specjalnie w tym celu powołaną przy Ministerstwie Oświaty w 2006 r., a także w ramach wielopoziomowego pięcioletniego programu kształcenia, edukacji środowiskowej i oświaty z 2008 r.

Aarhuskie Centrum Informacji Republiki Białorusi³⁵, które zajmuje się rozpowszechnianiem informacji środowiskowej w Internecie³⁶.

Stan zaawansowania implementacji konwencji z Aarhus przedstawiony został w raporcie wdrożeniowym z 2005 r., a następnie w raporcie z 2008 r., którego opracowanie poprzedzone było konsultacjami z m.in. z agencjami rządowymi, z ministerstwami (np. Ministerstwem Zasobów Naturalnych i Ochrony Środowiska, Ministerstwem Sprawiedliwości, Ministerstwem Edukacji, Ministerstwem Zdrowia), z instytutami naukowymi (np. Białoruską Narodową Akademią Nauk), a także z organizacjami pozarządowymi (np. Ekopravo czy Ekodom)³⁷.

Jako przeszkody w realizacji I filaru konwencji w raporcie wymienia się problemy natury organizacyjnej w zakresie tworzenia regionalnych centrów edukacji ekologicznej, których zadaniem jest udostępnianie i rozpowszechnianie informacji o środowisku. Ma to związek z tym, iż postanowienia konwencji są aktywnie realizowane na szczeblu centralnym (Ministerstwa Zasobów Naturalnych i Ochrony Środowiska), ale znacznie słabiej na poziomie regionalnym. Wskazuje się także, że organy administracji publicznej nie prowadzą odrębnej statystyki, dotyczącej wniosków obywateli w zakresie informacji środowiskowej, oraz że nie zarejestrowano skarg dotyczących nieudzielenia informacji środowiskowej³⁸. W raporcie wdrożeniowym z 2008 r. nie przedstawiono natomiast informacji w zakresie realizacji postanowień art. 5 konwencji.

W ramach II filaru konwencji z Aarhus krajowe przepisy na Białorusi, przewidujące raporty oddziaływania na środowisko, nie odpowiadają w pełnym zakresie wymogom art. 6 konwencji. Wprawdzie przewiduje się w ustawodawstwie Republiki Białorusi udział społeczeństwa w przyjmowa-

³⁵ Oficjalna strona Aarhuskiego Centrum Republiki Białorusi, źródło: <http://www.aarhusbel.com>, dostęp: 30.03.2009; Centrum utworzone zgodnie z rozporządzeniem Ministerstwa Zasobów Naturalnych i Ochrony Środowiska Republiki Białorusi nr 421 z dnia 30.12.2005 r. oraz funkcjonuje na bazie РУП «Бел НИЦ «Экология»; Ministerstwo zasobów naturalnych na swojej oficjalnej stronie również zawiera informacje dotyczące możliwości pozyskania informacji środowiskowej zgodnie z Konwencją z Aarhus, źródło: <http://minpriroda.by/ru/orxus/> dostęp: 30.03.2009.

³⁶ W raporcie wdrożeniowym z 2005 r. wskazywano, iż mimo dostatecznej wiedzy ekspertów z Ministerstwa Zasobów Naturalnych i Ochrony Środowiska z zakresu implementacji konwencji, problemy finansowe w istotnym stopniu ograniczają organizowanie regularnych spotkań i konsultacji na szczeblu regionalnym, w tym także publikowanie materiałów informacyjnych, poświęconych konwencji z Aarhus. W pewnym zakresie informacja środowiskowa jest dostępna na stronie Aarhuskiego Centrum Republiki Białorusi, gdzie wśród bieżącej informacji można znaleźć m.in. opis założeń budowy elektrowni atomowej w kontekście ochrony środowiska i realizacji postanowień konwencji z Aarhus.

³⁷ Białoruś korzystała z międzynarodowych programów, mających pomóc w implementacji konwencji z Aarhus. Jeden z takich specjalnych projektów finansowany był przez Duńską Agencję Ochrony Środowiska (DEPA) Ministerstwa Środowiska Królestwa Danii. Zob. Implementation Report z 8 kwietnia 2005, ECE/MP.PP/2005/18/Add.3, s. 2.

³⁸ W raporcie wdrożeniowym z 2005 r. wykazywano, że taki stan rzeczy ma związek z niewłaściwym, nieskutecznym informowaniem obywateli o możliwościach dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska, Raport 2005..., s. 2.

niu planów i programów dotyczących środowiska, to wciąż brak jest odpowiednich procedur, które pozwoliłyby skutecznie realizować postanowienia art. 6, ust. 3, 4 oraz 8, w taki sposób, jak zostało to określone w art. 7 konwencji. Ponadto w aktach prawnych nie zostały przyjęte jasne kryteria, pozwalające na wskazanie podmiotów, które mogą uczestniczyć w przyjmowaniu planów i programów dotyczących środowiska³⁹.

Zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem Republiki Białorusi brak jest obowiązku rozpowszechniania treści projektów aktów prawnych władz wykonawczych i w związku z tym nie przewiduje się konsultacji społecznych – ten obowiązek występuje jedynie w stosunku do projektów ustaw.

W Republice Białorusi brakuje określonych zasad i procedur dotyczących konsultacji społecznych, w związku z tym nie przewiduje się na poziomie lokalnym możliwości konsultacji z mieszkańcami w sprawach ważnych dla danego terenu. Brak jest również gwarancji uwzględnienia przez organy władzy publicznej wyników takich konsultacji społecznych.

W ramach III filaru nieliczne są na Białorusi, podobnie zresztą jak w Polsce, przykłady rozstrzygania sporów w zakresie środowiska w postępowaniu cywilnym (przypadki zaskarżeń działań lub zaniechań osób prywatnych), a prawie nie znajduje zastosowania postępowanie karne. Bardziej rozwinięta jest praktyka odwołań od decyzji administracyjnych, podlegających zaskarzaniu na drodze administracyjnej i sądowno-administracyjnej przez osoby legitymujące się interesem prawnym w sprawie, choć poważny problem stanowi tu nieprzestrzeganie niezawisłości organu rozpatrującego skargę⁴⁰.

Podsumowując, należy stwierdzić, że na Białorusi, mimo wielu pozytywnych działań i inicjatyw, obserwuje się istotne utrudnienia w realizacji „demokracji środowiskowej”. Dotyczy to przede wszystkim przeszkód na poziomie regionalnym, a większość decyzji administracyjnych w sprawach indywidualnych (np. decyzje o lokalizacji, pozwolenia budowlane czy emisyjne) podejmowanych jest właśnie przez organy terenowe (przedstawiciela rządu w terenie, ale nie samego ministra środowiska). Brakuje zatem realizacji założeń „demokracji środowiskowej” na poziomie jak najbliższym obywatelowi.

6. Implementacja konwencji z Aarhus na Ukrainie

Katastrofa w Czarnobylu w 1986 r., o której społeczeństwo ukraińskie nie zostało odpowiednio wcześniej poinformowane, mimo poważnych konsekwencji dla życia i zdrowia obywateli – spowodowała, że zaczęto powszechnie żądać zagwarantowania prawa do informacji, przez co zyskało ono rangę jednego z podstawowych praw⁴¹. Dlatego też Ukraina była jednym z pierw-

³⁹ Raport 2008..., s. 23.

⁴⁰ Ibidem, s. 28.

⁴¹ T.R. Zaharchenko, G. Goldenman, op. cit., s. 234.

szych państw byłego bloku wschodniego, w którym bardzo szybko uchwalono prawo o gromadzeniu i udostępnianiu informacji na temat środowiska.

Ukraina ratyfikowała konwencję z Aarhus 6 lipca 1999 r. Jest ona częścią porządku prawnego Ukrainy i może być stosowana bezpośrednio. Za implementację konwencji odpowiedzialne jest Ministerstwo Środowiska. Z Raportu wdrożeniowego Ukrainy⁴² z 2008 r. wynika, że już w 2002 r. wprowadzono poprawki do wielu aktów prawnych, które mają urzeczywistniać demokrację środowiskową, np. znowelizowano ustawę Prawo ochrony środowiska, ustawę o samorządzie lokalnym, ustawę o odpowiedzialności urzędników za nieudzielenie lub nieterminowe udzielenie informacji oraz ustawę o środowiskowym audycie państwowym. Niemniej jednak w Raporcie wskazuje się na liczne opóźnienia implementacji niektórych przepisów konwencji, ze względu na złożoną i niestabilną sytuację polityczną na Ukrainie. Częste zmiany składu rządu nie pozostawały bez wpływu na obsadę stanowiska ministra ochrony środowiska, a przez to także na politykę środowiskową. Stąd też realizacja strategii wdrożenia konwencji do porządku prawnego napotykała poważne trudności. W celu monitoringu stanu zaawansowania zgodności prawa ukraińskiego z konwencją, minister ochrony środowiska powołał specjalne Aarhuskie Centra Informacji, działające przy Państwowym Instytucie Środowiska na szczeblu centralnym i regionalnym. Mają one udzielać wskazówek na temat sposobów wdrażania konwencji. W tym zakresie pomocne są także liczne organizacje pozarządowe, które biorą udział w tworzeniu i rozwijaniu ekologicznych programów rządowych. Ponadto utworzone centra udzielają informacji na temat ochrony środowiska, edukują społeczeństwo w zakresie udziału w procedurach podejmowania decyzji dotyczących środowiska oraz organizują specjalne szkolenia. Poza tym każdego roku minister ochrony środowiska jest zobowiązany do opublikowania ogólnie dostępnego Raportu o stanie Środowiska na Ukrainie i ściśle współpracuje z Ministerstwem Edukacji, czego efektem jest wdrażanie od 2001 r. Planu Edukacji Środowiskowej i specjalnego programu na temat ekologii, przeznaczonego dla szkół.

Prawo ukraińskie zapewnia obywatelom i organizacjom pozarządowym udział w procedurach podejmowania decyzji dotyczących środowiska. W szczególności, gdy wymagany jest raport oceny oddziaływania na środowisko, taki udział jest obowiązkowy, a opinie społeczne są brane pod uwagę tak dalece, jak to możliwe.

Z Raportu jasno nie wynika, czy istnieje możliwość zaskarżenia decyzji organu administracji, dotyczącej środowiska. Mowa jest jedynie o prawie do informacji na temat orzeczeń sądowych dotyczących środowiska, chociaż na podstawie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego urzędnicy ponoszą odpowiedzialność za nieudzielenie informacji.

⁴² Implementation Report Submitted By Ukraine, ECE/MP.PP/IR/2008/UKR, 7 May 2008. Źródło: www.unece.org.

6. Implementacja konwencji z Aarhus na Węgrzech

Węgry podpisały konwencję z Aarhus 18 grudnia 1998 r. i dokonały jej ratyfikacji 3 lipca 2001 r. Według Raportu wdrożeniowego Węgier z 2008 r.⁴³, za implementację jej postanowień do krajowego porządku prawnego odpowiedzialne jest Ministerstwo Środowiska i Wody.

Prawo do informacji jest zagwarantowane w węgierskim kodeksie postępowania administracyjnego z 2004 r. i obejmuje uzyskiwanie informacji dotyczących środowiska. Przejawem realizacji tego prawa na szczeblu centralnym i regionalnym są tzw. Zielone Punkty, działające przy Ministerstwie Środowiska i Wody, które udzielają obywatelom pomocy w zakresie dostępu do informacji na temat środowiska. Działalność Zielonych Punktów wspomagają liczne organizacje pozarządowe, między innymi KÖTHÁLÓ, która jest rodzajem sieci pozarządowych organizacji ekologicznych. W Raporcie zapowiada się powołanie na Węgrzech Rzecznika Praw Obywatelskich ds. Środowiska, do którego kompetencji należeć będzie rozpatrywanie skarg z zakresu prawa do udziału w sprawach dotyczących środowiska. Ponadto Ministerstwo organizuje liczne warsztaty, szkolenia, wydaje publikacje oraz organizuje, przy współpracy z Ministerstwem Edukacji, sieć tzw. Zielonych Przedszkoli i Ekologicznych Szkół. Informacje o środowisku gromadzone są na Węgrzech w ramach Narodowego Systemu Informacji Środowiskowej, który złożony jest z 10 baz danych i działa pod nadzorem Ministerstwa. System dysponuje informacjami o jakości środowiska, stanie zasobów, emisjach, wytwarzaniu i gospodarowaniu odpadami.

Udział społeczeństwa w procedurach podejmowania decyzji, dotyczących środowiska, zagwarantowany jest w przypadku procedur z wydaniem raportu oceny oddziaływania na środowisko. Konsultacje społeczne są w tym przypadku obowiązkowe, jednak w Raporcie wskazuje się na istnienie praktycznych trudności z urzeczywistnieniem tego prawa. Urzędnicy czynią zadość wymogom formalnym konsultacji, ale opinia społeczeństwa często nie jest brana pod uwagę. Projekty aktów normatywnych, dotyczących środowiska, muszą być publikowane, a organizacje pozarządowe mają prawo wyrażenia opinii, które również są publikowane.

W sytuacji nieudzielenia informacji na temat środowiska, uprawnionym podmiotom przysługuje prawo do zaskarżenia decyzji odmownej. Takim prawem dysponują wszystkie podmioty, na których sytuację prawną wpływa decyzja organów, zajmujących się kwestiami środowiska.

⁴³ Implementation Report Submitted by Hungary, ECE/MP.PP/IR/2008/HUN, 3 June 2008, źródło: <www.unece.org>, s. 2.

9. Wnioski

Stan zaawansowania procesów wdrożeniowych konwencji z Aarhus jest w poszczególnych państwach na różnym poziomie. Doświadczenia z demokracją krajów Europy Zachodniej i standardy wypracowane tam przez lata często służą za punkt odniesienia państwom Europy Środkowej i Wschodniej. Te ostatnie wciąż uczą się funkcjonowania w nowym dla nich systemie demokratycznym i nierzadko borykają się z trudnościami, związanymi z koniecznością zmiany mentalności, nastawienia społeczeństwa i władzy do kwestii, które w państwach o ugruntowanej tradycji demokracji są naturalnym składnikiem szeroko rozumianej podmiotowości społeczeństwa. Dla przykładu prawo dostępu do informacji gromadzonych przez władzę publiczną w państwach byłego ZSRR nie istniało – zasadą była tajność. Społeczeństwa republik byłego ZSRR wychowywane i żyjące od lat w określonym systemie nie wyobrażały sobie, aby mogły domagać się określonych informacji, a tym bardziej podejmować decyzje środowiskowe, dotąd zastrzeżone dla organów władzy publicznej. Można stwierdzić, że łatwiej jest realizować założenia demokracji środowiskowej w państwach, w których zagwarantowane są podstawowe prawa i wolności człowieka, w których aktywne społeczeństwo obywatelskie czynnie angażuje się w rozwiązywanie spraw publicznych. Przykład państw byłego bloku komunistycznego ukazuje jednak, że wzmożone dążenie do demokracji może pozytywnie wpłynąć na implementację międzynarodowych zobowiązań w dziedzinie środowiska. Jak wskazuje Jerzry Jendrośka, w konwencji z Aarhus „nie chodzi o to, by Wschód dogonił Zachód w osiągnięciu pewnych standardów uspołeczniania ochrony środowiska, lecz o to, by wszyscy osiągnęli tu odpowiedni, jednolity standard”⁴⁴.

W Europie Środkowej i Wschodniej regulacje prawne implementujące pierwszy filar konwencji, są na wysokim poziomie, chociaż w niektórych państwach pojawiają się problemy z ich realizacją zupełnie innej niż prawna natury. T.R. Zaharchenko i G. Goldenman wskazują, że jedna z trudności wiąże się z nawykami urzędników jeszcze z poprzedniej epoki. Z jednej strony chętnie udzielają oni informacji, ale z drugiej dążą do zachowania kontroli nad ich rozpowszechnianiem⁴⁵. Kolejna trudność dotyczy dostępu do informacji gromadzonych przez inne organy państwa, niż Ministerstwa

⁴⁴ J. Jendrośka, *Konwencja z Aarhus, geneza, status i kierunki rozwoju*, Wrocław 2002, <http://cpe.eko.org.pl/aarhus.html>.

⁴⁵ Mentalność urzędników państw byłego ZSRR obrazuje przykład pracowników Ministerstwa Środowiska Białorusi, którzy w 2001 r. zobowiązali ośrodek badawczy do przeprowadzenia sondażu wśród obywateli na temat informacji, jakie chcieliby oni uzyskać na temat środowiska. Chodziło o wcześniejsze przygotowanie odpowiedniego pakietu danych na wypadek ewentualnych kłopotliwych pytań ze strony społeczeństwa. Zob. T.R. Zaharchenko, G. Goldenman, op. cit., s. 237.

Środowiska, do których te ostatnie nie mają dostępu i w konsekwencji również obywatele nie mogą ich uzyskać⁴⁶.

Implementacja drugiego filaru konwencji w państwach byłego bloku wschodniego również wymagała pokonania istotnych barier. Najważniejsza przeszkoda wiązała się z faktem, że społeczeństwa tych państw przez lata nie były angażowane na procesy podejmowania decyzji, nie tylko tych dotyczących środowiska. Transformacja ustrojowa spowodowała konieczność edukowania obywateli na temat metod prowadzenia dialogu z władzami oraz sposobów oddziaływania na procedury decyzyjne (stąd nawet podręczniki, skrypty i ulotki na ten temat są rozpowszechniane w państwach byłego ZSRR)⁴⁷. Skuteczna edukacja środowiskowa w dużej mierze warunkuje korzystanie przez obywateli z przysługujących im praw.

Trzeci filar konwencji wymaga funkcjonowania sprawnego systemu wymiaru sprawiedliwości, który w wielu państwach byłego bloku wschodniego wciąż nie jest w pełni zreformowany. Można wskazać kilka głośnych spraw, wniesionych przez organizacje pozarządowe przeciwko władzom, na podstawie przepisów implementujących konwencję z Aarhus (np. Ecojuris Institute przeciwko Rosji w 1997 r., Ecopravo przeciwko Ukrainie w 1997 r., Law and Environment Eurasia Partnership przeciwko Kazachstanowi w 1999 r.).

Jakkolwiek w państwach Europy Środkowej i Wschodniej wciąż widoczne są trudności ze stworzeniem jasnych kryteriów udziału społecznego w procedurach podejmowania decyzji dotyczących środowiska, to konwencja z Aarhus stanowi jeden z instrumentów, służących przełamywaniu monopolu władzy.

Realizacja standardów demokracji środowiskowej wpływa nie tylko na organy władzy państwowej, które dokonują implementacji konwencji na gruncie formalnym, ale także przyczynia się do zmiany światopoglądu obywateli i postrzegania przez nich własnego statusu oraz przysługujących im praw, ugruntowując poczucie podmiotowości. Udział społeczeństwa w podejmowaniu decyzji wpływa również na umacnianie odpowiedzialności za stan środowiska. Wreszcie realizacja demokracji środowiskowej sprawia, że w społeczeństwie rozwija się poczucie wspólnoty i przynależności⁴⁸. Dzięki temu łatwiej jest pogodzić często sprzeczne interesy i kształtować właściwe postawy ludzkie. Społeczeństwo powinno postrzegać środowisko jako *bonum commune* (wspólne dobro), a nie tylko w kategoriach *res commune*. Powinno także uświadamiać sobie związek podstawowych praw i wolności człowieka z ochroną środowiska.

⁴⁶ Np. informacje o wysokości zagrożenia, wynikającego z poziomu radioaktywności po katastrofie w Czarnobylu, były gromadzone przez dowództwo wojskowe.

⁴⁷ Na temat edukacji środowiskowej zob. W. Lenart, *Edukacja środowiskowa wyzwaniem międzynarodowym*, w: *Edukacja środowiskowa społeczności lokalnych w Polsce i w innych krajach Unii Europejskiej*, red. L. Tuszyńska, Warszawa 2005, s. 9–21.

⁴⁸ Por. L. Santoro, *La convenzione di Aarhus, un contributo democratico all'ambiente*, www.dirittoambiente.com.

Poziom zagrożeń środowiska, w tym szczególnie skutki zmian klimatycznych, stanowi współcześnie bezprecedensowe wyzwanie, jakie stoi przed całą społecznością międzynarodową⁴⁹. Aby temu sprostać, potrzebne są głębokie przeobrażenia w świadomości i mentalności ludzkiej, wyrównanie dysproporcji rozwojowych w poszczególnych częściach świata, a także powszechna realizacja – jakkolwiek dosyć idealistycznej – koncepcji zrównoważonego rozwoju. Pomocne, czy też wręcz niezbędne w tym zakresie jest umacnianie wzajemnych powiązań praw człowieka z prawem ochrony środowiska. Społeczność międzynarodowa, zajmująca się prawami człowieka, powinna – bez względu na region świata – bardziej angażować się na rzecz ochrony środowiska, zaś działania na szczeblu krajowym i międzynarodowym na rzecz środowiska muszą kierować się względami ochrony prawa człowieka, w tym także praw przyszłych pokoleń. Konieczna jest przy tym ewolucja instytucji i aktów prawnych, tak aby odpowiadały one zmieniającym się wymogom⁵⁰.

Tak długo jak człowiek, wykorzystując katalog przysługujących mu praw i wolności, będzie aktywnie i w słusznym celu czynić użytek z założeń „demokracji środowiskowej”, z pożytkiem dla środowiska, korzystać z tego będzie cała społeczność.

THE ENVIRONMENTAL DEMOCRACY IN SELECTED COUNTRIES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE IN THE CONTEXT OF IMPLEMENTATION OF AARHUS CONVENTION

Key words: environmental democracy, protection of environment, human rights, Aarhus convention, implementation of Aarhus convention, access to information, public participation in decision-making.

Summary

The purpose of the article is to examine the linkage between human rights, democracy and protection of environment. Clean environment is an important condition for all life processes, so it influences also the realization of human rights and fundamental freedoms. On the other hand the guarantees of human rights can also provide the effective protection of environment. So it is worth analyzing in which way the democracy influences the protection of environment. Can the democracy increase the level of environmental protection, or maybe the high level of environmental protection strengthen the democracy? One of the most important treaties which directly pertain to the environment and democracy is the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, signed in Aarhus on 25 June 1998. The article analyzes the status of the implementation process in some Central and Eastern European countries, which on their way to democracy often had to overpass many political

⁴⁹ Warunkiem skutecznego działania instytucji międzynarodowych w dziedzinie ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju jest sprawne zarządzanie środowiskiem na szczeblu lokalnym i państwowym.

⁵⁰ Zob. International Council on Human Rights Policy (ICHRP), *Problem klimatu a prawa człowieka*, Oxfam Briefing Paper, październik 2008.

and economical reforms, and at the same time were obliged to provide high standards of environmental protection. The Aarhus Convention makes a potentially powerful statement on the importance of the public participation in decision-making process and in this way it influences the level of public sense of responsibility for the state of environment. However, the burden of implementing its provisions falls to national and local governments, citizens are also deeply involved in this process. The Convention changes the status of a person in front of the government in all environment related cases. It is especially important in post-soviet countries, where citizens had to learn democracy after the political transformation. High level of public participation help to develop right attitude towards problems and to solve conflicts. The societies should understand the environment as common good, not only in *res commune* categories, and be aware of the linkage between fundamental human rights and the protection of environment.

Jakub Czepek

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego

Prawo do słusznego procesu w sprawach polskich – wybrane aspekty

Słowa kluczowe: prawa człowieka, prawo do słusznego procesu, rozsądny czas postępowania, *Kudła przeciwko Polsce, Matyjek przeciwko Polsce.*

Prawo do słusznego (rzetelnego) procesu, wyrażone w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC) odgrywa kluczową rolę w europejskim systemie ochrony praw człowieka. Zajmuje ono ważne miejsce w demokratycznym społeczeństwie w rozumieniu Konwencji.¹ Art. 6 jest też najczęściej podnoszony w skargach kierowanych do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Stał się także przedmiotem wielu opracowań i licznych orzeczeń.

Prawo do słusznego procesu, sformułowane w art. 6 EKPC, zostało także wyrażone w innych dokumentach międzynarodowej ochrony praw człowieka. Warto wspomnieć o art. 10 i 11 ust. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10.12.1948 r. oraz o art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16.12.1966 r. Przedmiotem dalszej analizy będzie jednak wyłącznie art. 6 EKPC.

Przede wszystkim należy wyjaśnić, że celem i niejako zadaniem niniejszego artykułu nie jest wyczerpujące przedstawienie problematyki prawa do słusznego procesu (co byłoby niemożliwe ze względu na ograniczone ramy pracy), a jedynie przybliżenie najczęściej pojawiających się aspektów tego prawa w sprawach przeciwko Polsce. Wspomniana kwestia jest o tyle ważna, że większość skarg przeciwko Polsce, kierowanych do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dotyczy właśnie naruszenia art. 6 Konwencji. Wystarczy wspomnieć, że aż 35 ze wszystkich 111 orzeczeń przeciwko Polsce, wydanych w 2007 r., dotyczyło zarzutu nadmiernej długości postępowania, zaś 10 dotyczyło prawa do słusznego procesu.² Z kolei w latach

¹ Zob. np. wyrok ETPC w sprawie *de Cubber przeciwko Belgii*, skarga nr 9186/80, wyrok z dn. 26.10.1984, p. 30 – Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka cytowane w oparciu o zbiory ETPC – zob. <http://www.echr.coe.int/echr/> (przyp. J.C.).

² Zob. *Annual Report 2007, European Court of Human Rights, Registry of the European Court of Human Rights*, Strasburg 2008, s. 143.

1999–2007 aż 245 ze wszystkich 489 naruszeń dotyczyło nadmiernej długości postępowania, a 27 – prawa do słusznego procesu.³

Podobna tendencja występuje w odniesieniu do wszystkich Państw-Stron Konwencji. Oficjalny raport ETPC z 2007 r. dowodzi, że najczęściej kierowanymi skargami do Trybunału są te o naruszenie prawa do słusznego procesu (503 skargi w 2007 r.) i nadmierny czas trwania postępowania (384 skargi w 2007 r.)⁴. Po zsumowaniu tych dwóch liczb okazuje się, że niemal połowa wszystkich skarg rozpatrywanych przez ETPC w 2007 r. dotyczyła właśnie naruszenia art. 6 Konwencji. Z kolei w latach 1999–2007 aż 2064 skargi dotyczyły naruszenia prawa do słusznego procesu, a 2974 zarzutu przewlekłości postępowania, co stanowi ponad połowę ze wszystkich 8149 rozpatrywanych przez Trybunał w tym okresie.⁵

Prawo do słusznego procesu w EKPC zostało wyrażone w art. 6⁶. Przepis ten składa się z kilku fundamentalnych elementów, które łącznie tworzą standard, jaki powinna spełniać rozprawa, by mogła sprostać wymogom „słuszości”. I tak, zgodnie z art. 6 ust. 1 słuszny proces powinien spełniać wymogi: sprawiedliwości i publiczności postępowania, rozsądnego terminu postępowania, niezawisłości i bezstronności sądu. Ponadto przewiduje możliwość wyłączenia pełnej jawności postępowania ze względu na ochronę interesów wskazanych w ust.1. Niezbędne jest także prawne ustanowienie kompetencji sądu do orzekania w danej sprawie.

³ Ibidem, s. 145.

⁴ Ibidem, s. 143.

⁵ Ibidem, s. 145.

⁶ Art.6 EKPC stanowi:

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

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

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

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

W ust. 2 art. 6 Konwencja formułuje kolejny ważny element prawa do słusznego procesu, jakim jest zasada domniemania niewinności oskarżonego.

Z kolei ust. 3 art. 6 koncentruje się na uprawnieniach przysługujących oskarżonemu. Są to uprawnienia do informacji odnośnie do jego oskarżenia, prawo do obrony, prawo do obrońcy, prawo do aktywności dowodowej oraz prawo do pomocy tłumacza.

Szczegółowe omówienie wszystkich elementów prawa do słusznego procesu w ramach niniejszej pracy byłoby niemożliwie. Nie jest to również moim celem. Warto zwrócić jednak uwagę na bogactwo standardu, jaki zapewnia prawo do słusznego procesu w Konwencji. To bogactwo można też postrzegać jako ważną przyczynę częstotliwości zaskarżania art. 6 EKPC. Skarga może bowiem dotyczyć kilku elementów prawa do słusznego procesu, co niewątpliwie ułatwia wykrycie zaniedbań po stronie wymiaru sprawiedliwości Państwa-Strony. Z drugiej jednak strony, powoduje to częste podnoszenie kilku elementów art. 6 w skargach kierowanych do Trybunału.

1. Art. 6 ust. 1 EKPC – zagadnienia ogólne

Nie ulega wątpliwości, że najważniejszym elementem gwarancji wyrażonej w art. 6 EKPC, niejako jej „rdzeniem” i fundamentem jest gwarancja wynikająca z ust. 1 art. 6, zapewniająca prawo do „sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym czasie przez niezawisły i bezstronny sąd”. Przepis art. 6 ust. 1 zawiera standard ogólny, bowiem odnosi się zarówno do spraw o charakterze cywilnym, jak i karnym. Warto jednak powtórzyć za M. Balcerzakiem i B. Gronowską, że oba te pojęcia mają znaczenie autonomiczne, czyli są właściwe wyłącznie dla kontekstu, w jakim występują.⁷ Należy więc rozpatrywać art. 6 ust. 1 zarówno w płaszczyźnie cywilnej, jak i karnej.

Pojęcie „praw i obowiązków o charakterze cywilnym” nie odnosi się wyłącznie do osób fizycznych i – jak podkreślono – pojęcie to jest koncepcją autonomiczną, którą należy interpretować niezależnie od prawa wewnętrznego Państw-Stron.⁸ Ponadto natura prawa, zgodnie z którym spór powinien zostać rozstrzygnięty, nie musi wcale mieć charakteru cywilnego. Może wynikać np. z prawa handlowego czy prawa administracyjnego. Nie

⁷ M. Balcerzak, B. Gronowska, *Prawo do słusznego procesu*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 275.

⁸ Zob. Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie: *Van Leuven i De Meyere przeciwko Belgii*, skarga nr 7238/75, decyzja z dn. 10.03.1977, s. 140.

jest ważny także rodzaj uprawnionych do tego organów (sądy powszechne, organy administracyjne itp.).⁹

Nie ma także znaczenia, w razie sporu między jednostką a władzą publiczną, czy dany organ działa jako podmiot cywilny, czy jako dysponent władzy publicznej. Istotny jest natomiast charakter prawa, które wchodzi w grę.¹⁰

Podejmując próbę określenia orzecznictwa Trybunału w zakresie odnoszącym się do „praw i obowiązków o charakterze cywilnym”, należałoby stwierdzić, że ETPC nie wypracował ich uniwersalnej i jednoznacznej definicji, a ponadto Trybunał stale dopracowuje i rozszerza¹¹ zakres znaczenia wspomnianego pojęcia.¹²

W kwestii zasadności „oskarżenia w sprawie karnej”, Trybunał podkreśla, że na gwarancje wynikające z art. 6 ust. 1 może powoływać się wyłącznie oskarżony, a nie może tego dokonać osoba pokrzywdzona przestępstwem.¹³ Ponadto rozstrzygnięcie w sferze prawa karnego musi dotyczyć winy lub niewinności.¹⁴

Jak stwierdził Trybunał, „oskarżenie” dla celów art. 6 ust. 1 można określić jako poinformowanie oficjalnie przez właściwy organ o zarzucie popełnienia przestępstwa. W wielu decyzjach i opiniach Komisja zastosowała test polegający na zbadaniu, czy doszło do istotnej zmiany sytuacji podejrzanego.¹⁵

Ważne miejsce zajmowane w demokratycznym społeczeństwie przez prawo do słusznego procesu sprzyja bardziej „materialnej” niż „formalnej” koncepcji oskarżenia, o którym wspomina art. 6. Trybunał wielokrotnie podkreślał, że Konwencja ma za zadanie zapewnienie nie praw teoretycznych i iluzorycznych, lecz rzeczywistych i skutecznych. W związku z powyższym ETPC musi zbadać realne szanse kwestionowanej procedury. W szczególności należy ocenić sytuację oskarżonego według obowiązującego prawa krajo-

⁹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Ringeisen przeciwko Austrii*, skarga nr 2614/65, wyrok z dn. 16.07.1971, p. 94.

¹⁰ Wyrok ETPC w sprawie *König przeciwko Niemcom*, skarga nr 6232/73, wyrok z dn. 28.06.1978, p. 90.

¹¹ Zob. Orzeczenie ETPC w sprawie *Pellegrin przeciwko Francji*, skarga nr 28541/95, wyrok z dn. 8.12.1999, p. 64. We wspomnianym orzeczeniu Trybunał przyjął nowe kryterium funkcjonalne odnoszące się do stanowisk związanych ze sprawowaniem władzy publicznej.

¹² Zob. szerz. M. Balcerzak, B. Gronowska, op. cit., s. 276, zob. także: P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer-Boston 1990, s. 298 i nn.

¹³ Decyzja EKmPC w sprawie *Wallén przeciwko Szwecji*, skarga nr 10877/84, decyzja z dn. 16.05.1985, s. 184.

¹⁴ Decyzja EKmPC w sprawie *X. przeciwko Austrii*, skarga nr 8289/78, decyzja z dn. 5.03.1980, s. 160.

¹⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Deweert przeciwko Belgii*, skarga nr 6903/75, wyrok z dn. 27.02.1980, p. 46.

wego, uwzględniając przedmiot i cel art. 6, a zwłaszcza gwarancje prawa do obrony. Podsumowując, dostęp do sądu musi być skuteczny.¹⁶

Niezwykle istotne dla właściwej interpretacji art. 6 jako całości jest określenie „niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony na mocy prawa”. W opinii Trybunału, jeśli sąd nie spełnia tych wymogów, to znaczy nie jest niezawisły i bezstronny, nie może on gwarantować słusznego procesu sądowego.¹⁷ Gwarancje niezawisłości są ważne z punktu widzenia zaufania do sądów, które musi istnieć w demokratycznym społeczeństwie.¹⁸

Sama zaś niezawisłość jest najczęściej określana przez Trybunał z punktu widzenia doboru poszczególnych sędziów, ich stosunku do okoliczności sprawy, które mogą poddawać w wątpliwość ich bezstronność¹⁹, trybu lub metody powołania sędziów²⁰, czyli istnienia konieczności zapewnienia niezależności ze strony władzy (zarówno ustawodawczej, jak i wykonawczej). Ponadto sędziowie nie mogą podlegać stosunkowi podporządkowania i przyjmować żadnych instrukcji.²¹ Bezstronność sądu wiąże się z domniemaniem bezstronności sędziów, które oczywiście może zostać obalone przez skarżącą jednostkę.

Sąd w rozumieniu art. 6 ust.1 musi być „ustanowiony ustawą”. Ponadto charakteryzuje go w materialnym sensie jego funkcja sądownicza, czyli rozstrzyganie spraw należących do jego kompetencji zgodnie z zasadą rządów prawa i w postępowaniu prowadzonym w sposób zgodny z prawem. Musi oprócz tego spełniać warunki niezależności – w szczególności od władzy wykonawczej, warunek bezstronności, zapewnienie kadencyjności sędziów oraz zapewnienia ochrony proceduralnej w systemie krajowym innych praw, które zostały wyrażone m. in. w samym art. 6 EKPC.²²

Kwestią szczególnie istotną dla właściwej realizacji prawa do słusznego procesu jest aspekt „rozsądnego terminu” postępowania. Z uwagi na częsty problem przekroczenia „rozsądnego terminu” przez polskie organy, problematyka ta z pewnością wymaga szczególnej uwagi.

¹⁶ Ibidem, p. 44 i 42; zob. także Wyrok ETPC w sprawie *Airey przeciwko Irlandii*, skarga nr 6289/73, wyrok z dn. 9.10.1979, p. 24.

¹⁷ Zob. Raport Komisji w sprawie *Coyne przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 25942/94, 25.06.1996, p. 80; zob. także Raport Komisji w sprawie *Mitap i Müftüoğlu przeciwko Turcji*, skarga nr 15530/89, 8.12.94, p. 109.

¹⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Sramek przeciwko Austrii*, skarga nr 8790/79, wyrok z dn. 22.10.1984, p. 42.

¹⁹ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Barberà, Messegué i Jabardo przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 10590/83, wyrok z dn. 6.12.1988, p. 53 i nn.

²⁰ Zob. Raport Komisji w sprawie *Zand przeciwko Austrii*, skarga nr 7360/76, 12.10.1978, s. 28.

²¹ Np. w związku z art. 10 ust. 2 EKPC.

²² Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Belilos przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 10328/83, wyrok z dn. 26.04.1988, p. 64.

2. Prawo do rozpatrzenia sprawy w „rozsądnym terminie”

Zachowanie „rozsądnego terminu” postępowania jest kluczowe dla realizacji prawa do słusznego procesu w jego ogólnym znaczeniu. Trybunał zwrócił na to uwagę, podkreślając, że wymiar sprawiedliwości nie może być sprawowany z opóźnieniami, gdyż prowadzi to do osłabienia skuteczności sądów i zaufania do nich.²³

Rozpatrzenie sprawy przez sąd, jak stanowi art. 6 ust. 1, powinno być dokonane „w rozsądnym terminie”. Trybunał wielokrotnie precyzował, jaki termin na rozpatrzenie przez sąd sprawy jest „odpowiedni”.

Wspomniana kwestia jest z pewnością łatwiejsza do rozstrzygnięcia w przypadku art. 5 ust. 3, który wyraźnie stanowi, że każdy zatrzymany lub aresztowany zostanie „niezwłocznie postawiony przed sędzią lub przed innym urzędnikiem prawnie upoważnionym do wykonywania władzy sądowej”. W przypadku art. 5 ust. 3 momentem, od którego liczy się czas procedury, jest chwila zatrzymania lub aresztowania. Natomiast w przypadku art. 6 ust. 1 celem gwarancji jest, aby w rozsądnym czasie dana osoba była świadoma sytuacji prawnej, w jakiej znalazła się zgodnie z przepisami prawa cywilnego czy w związku z zarzutami karnymi przeciwko niej skierowanymi.²⁴

Niezwykle istotne dla określenia „rozsądnego terminu” postępowania jest stwierdzenie, od jakiego momentu się ono rozpoczyna. Trybunał dość wcześniej określił, że początkiem tego okresu jest chwila, gdy oskarżenie w sprawie karnej zostanie wniesione.²⁵ ETPC stwierdził też, że chwilą „oskarżenia” może być moment wcześniejszy niż samo postępowanie przed sądem²⁶. Może być to data aresztowania lub data określająca, kiedy dana osoba została oficjalnie zawiadomiona, że będzie przeciwko niej prowadzone postępowanie lub że rozpoczęło się przeciwko niej śledztwo²⁷. Jest to więc moment, w którym z powodu kroków podjętych przez właściwe organy osoba zaczyna się orientować, że sprawa toczy się właśnie przeciwko niej.²⁸

Samo zaś sformułowanie „oskarżenie” można zdefiniować jako „oficjalne poinformowanie danej osoby przez właściwy organ o istnieniu podejrzenia, iż dopuściła się ona przestępstwa” lub inne działania wskazujące na istnienie podejrzenia, wpływające w istotny sposób na jej sytuację.²⁹

²³ Wyrok ETPC w sprawie *Katte Klitsche de la Grange przeciwko Włochom*, skarga nr 12539/86, wyrok z dn. 27.10.1994, p. 61.

²⁴ P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 328–329.

²⁵ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Neumeister przeciwko Austrii*, skarga nr 1936/63, wyrok z dn. 27.06.1968, p. 18.

²⁶ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Deweer przeciwko Belgii*, p. 42.

²⁷ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Wemhoff przeciwko Niemcom*, skarga nr 2122/64, wyrok z dn. 27.06.1968, p. 19; Wyrok ETPC w sprawie *Neumeister przeciwko Austrii*, p. 18.

²⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Eckle przeciwko Niemcom*, skarga nr 8130/78, wyrok z dn. 15.07.1982, p. 73.

²⁹ Ibidem.

Warto zwrócić uwagę na odrębne potraktowanie w tej kwestii spraw o charakterze cywilnym³⁰. W odniesieniu do tych spraw okres, który bierze się pod uwagę, zazwyczaj rozpoczyna się w momencie złożenia pozwu. Są jednak sytuacje, gdy należy uwzględnić wcześniejszą datę, np. gdy niezbędne jest wcześniejsze uzyskanie decyzji administracyjnej. Wówczas omawiany okres należy liczyć od momentu postępowania administracyjnego, prowadzącego do wydania decyzji.³¹

Z kolei chwilą zakończenia okresu „rozsądnego terminu” jest moment, w którym sąd kończy okres niepewności jednostki co do jej sytuacji prawnej. Trybunał stwierdził wyraźnie, że nie ma powodu, by ochrona przed zwłoką po stronie sądów kończyła się wraz z rozpoczęciem postępowania przed sądem. Mogą bowiem wystąpić nieuzasadnione odroczenia lub nadmierne opóźnienia po ich stronie.³² Zakończeniem omawianego okresu będzie moment, w którym upłynie czas przewidziany na odwołanie od decyzji danego sądu, czyli moment, w którym jednostka zostanie poinformowana o ostatecznym orzeczeniu danego sądu.³³ Trybunał podkreśla, że wspomniany okres obejmuje całość postępowania, czyli nie tylko postępowanie w pierwszej instancji, lecz również procedurę odwoławczą.³⁴

Dopiero po oznaczeniu momentu zakończenia wspomnianego okresu można stwierdzić, ile trwało dane postępowanie i czy odbyło się ono „w rozsądnym terminie”. Na długi czas postępowania może mieć wpływ sama zainteresowana jednostka, co w takiej sytuacji oczywiście osłabia jej pozycję w przypadku złożenia przez nią skargi na przewlekłość postępowania.³⁵ Wpływ na czas trwania postępowania może mieć także sam złożony charakter sprawy, co wiąże się z większym nakładem pracy sądów.

Trybunał zdecydowanie unika wyraźnego określenia terminów, które byłyby w znaczeniu ogólnym „rozsądne.” Zdecydowanie bardziej koncentruje się na wyodrębnieniu z toku postępowania okresów beczynności organów krajowych, które mogą podlegać racjonalnemu wytłumaczeniu bądź stanowić nieuzasadnione opóźnienie. ETPC zdecydowanie stara się unikać kategorycznych ocen na podstawie samego czasu trwania postępowania.³⁶

Fakt, że Trybunał nie wyznacza „sztywnych” terminów postępowania, nie oznacza, że się nimi nie posługuje. Należy je jednak postrzegać bardziej jako ogólne wskazówki, gdyż priorytetem jest indywidualne traktowanie każdej sprawy. I tak, Komisja i ETPC stwierdziły, że w sprawie

³⁰ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *König przeciwko Niemcom*, p. 88 i nn.

³¹ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Schouten i Meldrun przeciwko Holandii*, skarga nr 19005/91, 19006/91, wyrok z dn. 9.12.1994, p. 62.

³² Wyrok ETPC w sprawie *Wemhoff przeciwko Niemcom*, p. 18.

³³ szerz. P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 331.

³⁴ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *König przeciwko Niemcom*, p. 98; zob. także Wyrok ETPC w sprawie *Eckle przeciwko Niemcom*, p. 73 i 76.

³⁵ Ibidem, p. 35 i 36; zob. także Wyrok ETPC w sprawie *Ringeisen przeciwko Austrii*, skarga nr 2614/65, wyrok z dn. 16.07.1971, p. 45.

³⁶ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*. Komentarz, t. I, Warszawa 2007, s. 22.

Eckle okres 17 lat stanowił zdecydowane przekroczenie rozsądnego terminu z art. 6 ust.1.³⁷ Z kolei w sprawie *B. przeciwko Niemcom*³⁸, Komisja stwierdziła, że postępowanie rozwodowe, które trwało więcej niż 9 lat, zdecydowanie przekracza wymogi rozsądnego terminu. Wskazuje to na konieczność szczególnie szybkiego działania w sprawach rozwodowych i regulujące sprawy rodziny.

Prawo do rozpatrzenia sprawy „w rozsądnym terminie” jest szczególnie interesujące z punktu widzenia spraw polskich. Zresztą, co widać po samej liczbie skarg, naruszenie art. 6 ust. 1 jest najczęstszą podstawą skarg kierowanych do ETPC przeciwko Polsce. Wśród tych skarg zarzut uchybienia wymogom „rozsądnego terminu” postępowania zdecydowanie przoduje. Oczywiście, są także inne Państwa-Strony Konwencji, które mają problem z opieszałością organów sądowych. Takim państwem są choćby Włochy, ale także Francja, Portugalia czy Węgry. Jak podkreślają D. Ostrowska i Z. Hołda, we Włoszech przewlekłość postępowań stała się tak nagminna, że ETPC uznał wręcz, że jest to praktyka niezgodna z Konwencją.³⁹

W sprawach przeciwko Polsce ETPC wielokrotnie stwierdził naruszenie wymogów rozsądnego terminu postępowania. I tak, choćby w orzeczeniu *Dudek przeciwko Polsce* Trybunał przypomniał, że rozsądna długość trwania postępowania musi być oceniona w świetle szczególnych okoliczności sprawy i z uwzględnieniem następujących kryteriów: stopnia skomplikowania sprawy, postępowania skarżącego i właściwych władz oraz wagi postępowania dla skarżącego.⁴⁰

Trybunał zauważa też, że art. 6 ust. 1 zobowiązuje Państwa-Strony do takiego zorganizowania ich systemu prawnego, aby sądy mogły spełniać wszystkie jego wymagania, w tym zobowiązanie do rozstrzygania spraw w rozsądnym terminie.⁴¹ Takie sformułowanie stanowi niewątpliwie zobowiązanie o charakterze pozytywnym, mające na celu zobligowanie państw, w których jest to konieczne, do przeprowadzenia odpowiednich reform wymiaru sprawiedliwości.

³⁷ Zob. Raport EKmPC w sprawie *Eckle przeciwko Niemcom*, skarga nr 8130/78, raport z dn. 11.12.1980, s. 43–56; wyrok ETPC wyrok z dn. 15.07.1982, s. 35–40.

³⁸ Raport EKmPC w sprawie *B. przeciwko Niemcom*, skarga nr 11118/84, raport z dn. 13.11.1987, p. 113.

³⁹ J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J.A. Rybczyńska, *Prawa człowieka – zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 109.

⁴⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Dudek przeciwko Polsce*, skarga nr 2560/02, wyrok z dn. 5.10.2004, p. 40; zob. także wyrok ETPC w sprawie *Frydlender przeciwko Francji*, skarga nr 30979/96, wyrok z dn. 27.06.2000, p. 43; wyrok ETPC w sprawie *Humen przeciwko Polsce*, skarga nr 26614/95, wyrok z dn. 15.10.1999, p. 60; wyrok ETPC w sprawie *Styranowski przeciwko Polsce*, skarga nr 28616/95, wyrok z dn. 30.10.1998, p. 47; wyrok ETPC w sprawie *Gęsiarz przeciwko Polsce*, skarga nr 9446/02, wyrok z dn. 18.05.2004, p. 50; wyrok ETPC w sprawie *Nowak przeciwko Polsce*, skarga nr 27833/02, wyrok z dn. 5.10.2004, p. 27; wyrok ETPC w sprawie *Piekara przeciwko Polsce*, skarga nr 77741/01, wyrok z dn. 15.06.2004, p. 29; wyrok ETPC w sprawie *Biskupska przeciwko Polsce*, skarga nr 39597/98, wyrok z dn. 22.07.2003, p. 43.

⁴¹ Ibidem.

W sprawach przeciwko Polsce ETPC często przypominał, że jego orzecznictwo jest oparte na fundamentalnej zasadzie, że rozsądna długość postępowania jest określana przez odniesienie do szczególnych okoliczności danej sprawy.⁴²

Stwierdził tak również w sprawie *Fojcik przeciwko Polsce*. We wspomnianej sprawie ETPC zauważył, że postępowanie toczyło się od 31 [sic!] lat i dalej nie było końcowego orzeczenia. Oczywiście, nie cały wspomniany okres postępowania został objęty temporalną jurysdykcją Trybunału, ponieważ Polska uznała prawo do składania skarg indywidualnych od 1 maja 1993 r. Biorąc pod uwagę jurysdykcję *ratione temporis*, Trybunał mógł uwzględnić okres, który minął od 1 maja 1993 r. ETPC w sprawie *Fojcik* uznał, że okres ostatnich 11 lat nie może być uznany za rozsądny.⁴³

W orzecznictwie Trybunału przeciwko Polsce zdarzają się także sytuacje, w których Trybunał stwierdza częściową odpowiedzialność skarżącego za opóźnienia w postępowaniu. I tak, w sprawie *Gęsiarz przeciwko Polsce* ETPC uznał, że skarżący w pewnym stopniu przyczynił się do przedłużenia postępowania. Kilkakrotnie nie uiszczył on opłat za opinie biegłych oraz podważał ich powołanie, co doprowadziło do zawieszenia postępowania. W związku z tym ETPC przypominał swe wcześniejsze stanowisko, że choć skarżący jest upoważniony do korzystania ze swoich praw procesowych, musi ponosić konsekwencje, jeżeli prowadzi to do opóźnień.⁴⁴

Należy również podkreślić, że ETPC często uznaje za uzasadnione opóźnienia wynikające z pracy organów sądowych. We wspomnianej sprawie *Gęsiarz przeciwko Polsce*, Trybunał zauważył, że sądy krajowe miały trudności w uzyskaniu zadowalających opinii biegłych. Jednak praca biegłych w ramach prowadzonego postępowania była nadzorowana przez sędziego, który był odpowiedzialny za przygotowanie i sprawne prowadzenie postępowania.⁴⁵ W podobnym tonie Trybunał wypowiedział się w sprawie *Piekara przeciwko Polsce*, stwierdzając, że sprawa była do pewnego stopnia skomplikowana pod względem faktycznym, ponieważ władze musiały zdobyć dowody odnoszące się do okoliczności, które miały miejsce ponad 50 lat temu.⁴⁶ Jednak w obu wspomnianych sprawach ETPC stwierdził, że zawiłość sprawy nie usprawiedliwia ogólnej długości trwania postępowania.

⁴² Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Mianowski przeciwko Polsce*, skarga nr 42083/98, wyrok z dn. 23.12.2003, p. 46; wyrok ETPC w sprawie *Olstowski przeciwko Polsce*, skarga nr 42083/98, wyrok z dn. 15.11.2003, p. 86.

⁴³ Wyrok ETPC w sprawie *Fojcik przeciwko Polsce*, skarga nr 57670/00, wyrok z dn. 21.09.2004, p. 47–48; zob. także wyrok ETPC w sprawie *Zwierzyński przeciwko Polsce*, skarga nr 34049/96, wyrok z dn. 19.06.2001, p. 40; wyrok ETPC w sprawie *Beller przeciwko Polsce*, skarga nr 51837/99, wyrok z dn. 6.06.2005, p. 66; wyrok ETPC w sprawie *Kudła przeciwko Polsce*, skarga nr 30210/96, wyrok z dn. 26.10.2000, p. 123.

⁴⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Gęsiarz przeciwko Polsce*, p. 52; także decyzja ETPC w sprawie *Malicka-Wąsowska przeciwko Polsce*, skarga nr 41413/98, decyzja z dn. 5.04.2001; wyrok ETPC w sprawie *Buchholz przeciwko Niemcom*, skarga nr 7759/77, wyrok z dn. 6.05.1981, p. 63.

⁴⁵ Ibidem, p. 53, także wyrok ETPC w sprawie *Proszak przeciwko Polsce*, skarga nr 25086/94, wyrok z dn. 16.12.1997, p. 44.

⁴⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Piekara przeciwko Polsce*, p. 30.

W sprawach przeciwko Polsce bardzo często podnoszona jest kwestia „rozsądnego terminu” postępowania. Problemem jest więc ewidentnie krajowy system sądownictwa, który z pewnością wymaga bardziej efektywnych wewnętrznych instrumentów, które pozwolą w sposób skuteczny zwalczać problem przewlekłości postępowania. Można powiedzieć, że ETPC w tym zakresie celnie dostrzega i piętnuje tę – ewidentnie słabą – stronę polskiego wymiaru sprawiedliwości.⁴⁷

3. Art. 6. ust. 1 EKPC w połączeniu z art. 13

Niezwykle istotny dla orzecznictwa strasburskiego jest stosunek art. 6 ust. 1 do art. 13 EKPC. Art. 13 stanowi:

Każdy, którego prawa i wolności zawarte w niniejszej Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego, także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swe funkcje urzędowe.

Trybunał bardzo długo stał na stanowisku, że art. 6 ust. 1 EKPC jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 13. W swych orzeczeniach ETPC stwierdzał wyraźnie, że art. 6 ust. 1 musi być traktowany jako *lex specialis* w stosunku do art. 13, którego gwarancje, jako słabsze, zostają w takiej sytuacji wchłonięte przez gwarancje art. 6.⁴⁸

W związku z powyższym, stwierdzenie naruszenia art. 6 ust. 1 wiązało się z odstąpieniem przez Trybunał od dalszej oceny sprawy w kontekście naruszenia art. 13 EKPC. Oczywiście, takie podejście przyczyniało się do konieczności wczesnego sięgania przez osoby dotknięte opieszałością sądów po skargę do ETPC z tytułu naruszenia art. 6. Przełomem w takim podejściu było niezwykle istotne orzeczenie w sprawie *Kudła przeciwko Polsce* z 26.10.2000 roku.⁴⁹

Skarżący zarzucił naruszenie przez Polskę praw przewidzianych w EKPC w toku toczącego się przeciwko niemu postępowania karnego. Trybunał stwierdził naruszenie art. 5 ust. 3 z powodu kilkuletniego tymczasowego aresztowania, które trwało łącznie ponad 4 lata (z czego 2 lata i 4 miesiące pozbawione uzasadnienia).⁵⁰ Ponadto ETPC orzekł o naruszeniu art. 6 ust. 1 Konwencji z powodu przekroczenia „rozsądnego terminu postępowania”, jako że postępowanie w tej sprawie trwało łącznie ponad 9 lat

⁴⁷ J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. A. Rybczyńska, op. cit., s. 107–110.

⁴⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Sporrong i Lönnroth przeciwko Szwecji*, skarga nr 7151/75, 7152/75, wyrok z dn. 23.09.1982, p. 88; zob. także Wyrok ETPC w sprawie *Airey przeciwko Irlandii*, p. 35; Wyrok ETPC w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 4451/70, wyrok z dn. 21.02.1975, p. 33; Wyrok ETPC w sprawie *De Wilde, Ooms i Versyp przeciwko Belgii*, skarga nr 2832/66, 2835/66, 2899/66, wyrok z dn. 18.06.1971, p. 95.

⁴⁹ J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. A. Rybczyńska, op. cit., s. 110.

⁵⁰ Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Kudła przeciwko Polsce*, p. 101–117.

(z czego okres 19 miesięcy pozbawiony był uzasadnienia).⁵¹ Oprócz tego, Trybunał stwierdził, że naruszony został także art. 13 Konwencji, ponieważ polski system prawny nie przewidywał jakiegokolwiek środka odwoławczego, który pozwalałby na kwestionowanie czasu postępowania karnego⁵².

Trybunał określił, że pan Kudła skarżył się do Prezesa Sądu Apelacyjnego w Krakowie, a także do Rzecznika Praw Obywatelskich, jednak żadna ze wspomnianych możliwości nie mogła być uznana za środek odwoławczy w rozumieniu art. 13. Określony w art. 13 standard wymaga skuteczności nie tylko w sensie prawnym, ale także w sensie faktycznym. Organ ten musi więc posiadać kompetencje, które pozwolą uznać dany środek za skuteczny.⁵³

Orzeczenie w sprawie *Kudła przeciwko Polsce* przełamało wcześniejszą wykładnię stosowaną przez Trybunał, czyli wcześniejsze rozpatrywanie art. 6 ust. 1 jako *lex specialis* w stosunku do art. 13. ETPC stwierdził, że nie występuje pokrywanie się i tym samym nie zachodzi absorpcja tam, gdzie zarzut domniemanego naruszenia Konwencji, który skarżący chce podnieść przed „władzą krajową”, stanowi naruszenie prawa do rozprawy w rozsądnym terminie wbrew postanowieniom art. 6 ust. 1. Kwestia tego, czy skarżący w danej sprawie skorzystał z rozprawy w rozsądnym terminie przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zarzucie karnym skierowanym przeciwko niemu, stanowi oddzielną kwestię prawną od tej, czy na gruncie prawa krajowego skarżący posiadał skuteczny środek odwoławczy, by złożyć skargę na tej podstawie.⁵⁴

Trybunał stwierdził więc, że nastał czas, by zrewidować swoje orzecznictwo w świetle ciągłego nagromadzania się skarg kierowanych do Trybunału, w których jedynym lub głównym zarzutem jest niezapewnienie rozprawy w rozsądnym terminie, co narusza tym samym art. 6 ust. 1. Ponadto, rosnąca częstotliwość uznawania naruszenia Konwencji w tym zakresie skłoniła Trybunał do zwrócenia uwagi na „poważne niebezpieczeństwo”, które istnieje dla rządów prawa w krajowym porządku prawnym, w sytuacji, gdy zaistnieje „nadmierna zwłoka w wykonywaniu władzy sądowej”, co do której strony nie posiadają „krajowego środka odwoławczego”.⁵⁵

Omawianą wykładnię Trybunał powtarzał wielokrotnie w swych kolejnych orzeczeniach. W sprawie *Lizut-Skwarek przeciwko Polsce* stwierdził, że skarżąca w czasie składania skargi do Trybunału nie dysponowała skutecznym środkiem w odniesieniu do skargi na przewlekłość postępowania. Ponadto ETPC odwołał się do swojego orzecznictwa, wedle którego żaden

⁵¹ Ibidem, p. 126–131.

⁵² Ibidem, p. 160.

⁵³ J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. A. Rybczyńska, op. cit., s. 111.

⁵⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Kudła przeciwko Polsce*, p. 147.

⁵⁵ Ibidem, p. 148.

szczególny środek odwoławczy w sprawie nadmiernej długości postępowania cywilnego nie istnieje w polskim prawie.⁵⁶

Można powiedzieć, że kumulatywne traktowanie zarzutów z art. 6 ust. 1 i art. 13 wzmacnia zasadę subsydiarności międzynarodowej ochrony praw człowieka. W ten sposób ETPC pragnie doprowadzić do skuteczniejszego rozwiązywania problemów już na poziomie krajowym. Art. 13 ustanawia dodatkową gwarancję, która umożliwia jednostce zadośćuczynienie za naruszenie jej praw wyrażonych w Konwencji jeszcze na poziomie krajowego wymiaru sprawiedliwości, przed wszczęciem postępowania przed ETPC. Jak słusznie podkreśla B. Gronowska, patrząc z tej perspektywy łatwo dostrzec, że taka interpretacja standardu art. 13 Konwencji wzmacnia prawo jednostki do rozprawy sądowej prowadzonej w rozsądnym czasie.⁵⁷

1. Art. 6 ust. 1 w związku z art. 6 ust. 3

Dla właściwej realizacji prawa do słusznego procesu kluczowe jest zapewnienie podstawowych uprawnień przysługujących stronom postępowania. Zostały one wyrażone w art. 6 ust. 3 EKPC.

Trybunał wielokrotnie podkreślał, że gwarancje wyrażone w art. 6 ust. 3 stanowią szczególne elementy prawa do słusznego procesu zapisanego w par. 1. Z tego powodu bada skargi w świetle tych dwóch przepisów czytanych łącznie.⁵⁸

ETPC zwraca też szczególną uwagę na przestrzeganie zasady równości broni (*equality of arms*). Reguła ta jest jedną z zasad szerokiej definicji słusznego procesu. Stanowi, że każda strona musi mieć zapewnioną godziwą możliwość przedstawienia swojej sprawy na warunkach, które nie stawiają jej w znacznie bardziej niekorzystnej sytuacji niż jej oponenta.⁵⁹ Poza tym, w celu zagwarantowania oskarżonemu sprawiedliwego procesu, wszelkie trudności linii obrony, spowodowane ograniczeniami jego praw, muszą być dostatecznie zrównoważone w postępowaniu organów sądowych.⁶⁰

⁵⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Lizut-Skwarek przeciwko Polsce*, skarga nr 71625/01, wyrok z dn. 5.10.2004, p. 40–41; zob. także wyrok ETPC w sprawie *D.M. przeciwko Polsce*, skarga nr 13557/02, wyrok z dn. 14.10.2003, p. 47.

⁵⁷ D. Gajdus, B. Gronowska, *Europejskie standardy traktowania więźniów. Rekonstrukcja standardów oraz ich znaczenie dla polskiego prawa i praktyki penitencjarnej*. Zarys wykładu, Toruń 1998, s. 120.

⁵⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Edwards przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 13071/87, wyrok z dn. 16.12.1992, p. 33; zob. także wyrok ETPC w sprawie *T. przeciwko Włochom*, skarga nr 14104/88, wyrok z dn. 12.10.1992, p. 25.

⁵⁹ Zob. Decyzja EKPCz w sprawie *Jespers przeciwko Belgii*, skarga nr 8403/78, decyzja z dn. 15.10.1980, s. 61; zob. także wyrok ETPC w sprawie *Foucher przeciwko Francji*, skarga nr 22209/93, wyrok z dn. 18.03.1997, p. 34; wyrok ETPC w sprawie *Bulut przeciwko Austrii*, skarga nr 17358/90, wyrok z dn. 22.02.1996, p. 47.

⁶⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Doorson przeciwko Holandii*, skarga nr 20524/92, wyrok z dn. 26.03.1996, p. 72; wyrok ETPC w sprawie *Van Mechelen i inni przeciwko Holandii*, skarga nr 21363/93, 21364/93, 21427/93, wyrok z dn. 23.04.1997, p. 54.

Bardzo wiele niejasności w opinii Trybunału w aspekcie realizacji prawa do słusznego procesu oraz zapewnienia stronom możliwości należytej realizacji swych uprawnień, wyrażonych w art. 6 ust. 3, powodują postępowania lustracyjne. Wskazuje na to choćby sprawa *Matyjek przeciwko Polsce*.

Skarżący podważał przed Trybunałem istotę postępowania lustracyjnego, jego nierówny i tajny charakter, tajność dokumentów oraz niesprawiedliwe procedury regulujące dostęp do akt sprawy i przeprowadzanie rozpraw. Twierdził, że postępowanie lustracyjne było nierzetelne, zasada *equality of arms* nie była przestrzegana, a on nie mógł właściwie się bronić. Ponadto, jego sytuacja była niekorzystna w stosunku do Rzecznika Interesu Publicznego, biorąc pod uwagę, iż państwo miało dostęp do archiwów oraz miało do swej dyspozycji środki techniczne i finansowe dla zbadania potrzebnych materiałów oraz wybrania tych, które zostały włączone do akt. Większość dokumentów uznana była za tajne, a zniesienie poufności materiałów było samo w sobie uznaniowe. Oprócz tego, skarżący podniósł, że podczas zaznajamiania się z aktami w kancelarii sądu lustracyjnego nie miał on prawa sporządzania kopii, wynoszenia notatek przygotowanych w kancelarii, pokazywania notatek komukolwiek lub używania ich na rozprawach.⁶¹

Trybunał w omawianej sprawie odwołał się do swego wcześniejszego orzeczenia w sprawie *Turek przeciwko Słowacji*, w którym stwierdził, że o ile nic innego nie wynika z faktów konkretnej sprawy, nie można zakładać istnienia ciągłego i faktycznego interesu publicznego w nakładaniu ograniczeń związanych z dostępem do dokumentów zaklasyfikowanych przez władze poprzednich reżimów jako poufne. Jest to spowodowane faktem, iż postępowanie lustracyjne, w swej specyfice, ma na celu ustalenie faktów mających swój początek w czasach komunistycznych i niepowiązanych bezpośrednio z obecnymi funkcjami i działaniami służb bezpieczeństwa. Postępowanie lustracyjne bezsprzecznie jest uzależnione od analizy dokumentów związanych z działaniami byłych komunistycznych służb bezpieczeństwa. Jeżeli strona, której dotyczą poufne materiały, będzie pozbawiona dostępu do wszystkich lub większości przedmiotowych dokumentów, jego lub jej możliwości przeciwstawienia się wersji służb bezpieczeństwa będą poważnie ograniczone.⁶²

Ponadto ETPC uznał, podobnie jak w sprawie *Turek przeciwko Słowacji*, że niebezpieczne jest, że to władze krajowych organów bezpieczeństwa były uprawnione do zdjęcia klauzuli tajności. Trybunał uznał istnienie podobnego uprawnienia Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego za niezgodne z wymogami słuszności postępowania lustracyjnego, w tym z zasadą równości broni.⁶³

⁶¹ Wyrok ETPC w sprawie *Matyjek przeciwko Polsce*, skarga nr 38184/03, wyrok z dn. 24.04.2007, p. 44–46.

⁶² Wyrok ETPC w sprawie *Turek przeciwko Słowacji*, skarga nr 57986/00, wyrok z dn. 14.02.2006, p. 115.

⁶³ Ibidem, zob. także wyrok ETPC w sprawie *Matyjek przeciwko Polsce*, p. 57.

Trybunał zwrócił także uwagę, że w postępowaniu przygotowawczym Rzecznik Interesu Publicznego posiadał prawo dostępu, w kancelarii tajnej swojego urzędu lub Instytutu Pamięci Narodowej, do wszystkich materiałów dotyczących lustrowanej osoby, stworzonych przez byłą służbę bezpieczeństwa. Z kolei skarżący, choć posiadał dostęp do swoich akt i mógł sporządzać z nich notatki, mógł je sporządzać jedynie w specjalnych notesach, które następnie były pieczętowane i składane w kancelarii tajnej. Notesy nie mogły być usunięte z kancelarii, a dostęp do nich miała jedynie osoba, które je sporządzała.⁶⁴

Tego typu rozwiązanie z pewnością nie sprzyjało realizacji uprawnień przewidzianych w art. 6 ust. 3. Podobnie stwierdził Trybunał, potwierdzając że skuteczne uczestnictwo oskarżonego w procesie karnym musi równocześnie zapewniać mu prawo do gromadzenia notatek w celu ułatwienia przeprowadzenia własnej obrony, niezależnie od tego czy jest on reprezentowany przez adwokata.⁶⁵

W omawianej sprawie, jak i w innych odnoszących się do zagadnienia lustracji, ETPC przypominał, że jeżeli państwo podejmuje kroki mające na celu lustrację, to musi zapewnić osobom, których lustracja dotyczy, wszelkie gwarancje procesowe przewidziane w Konwencji i związane z podejmowaniem przez państwo tych kroków.⁶⁶

Podobną linię orzecniczą zastosował Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Bobek przeciwko Polsce*, gdzie również stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 w związku z art. 6 ust. 3 w toku postępowania lustracyjnego. ETPC uznał, że z powodu tajności dokumentów oraz ograniczeń osoby lustrowanej w dostępie do akt – w szczególności w porównaniu do uprzywilejowanej pozycji Rzecznika Interesu Publicznego w postępowaniu lustracyjnym – możliwość skarżącej rozstrzygnięcia jej sprawy w sposób rzetelny była poważnie zredukowana. Biorąc pod uwagę szczególnie charakter postępowania lustracyjnego oraz kumulatywne stosowanie powyższych zasad, Trybunał jest zdania, iż w praktyce nałożyły one na skarżącą nadmierne obciążenie, jak również nie spełniły wymogów słusznego postępowania oraz zasady równości stron postępowania.⁶⁷

⁶⁴ Ibidem, p. 58.

⁶⁵ Ibidem, p. 59; zob. także decyzja ETPC w sprawie *Pulicino przeciwko Malcie*, skarga nr 45441/99, decyzja z dn. 15.06.2000.

⁶⁶ Ibidem, p. 62; zob. także wyrok ETPC w sprawie *Turek przeciwko Słowacji*, p. 115.

⁶⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Bobek przeciwko Polsce*, skarga nr 68761/01, wyrok z dn. 17.07.2007, p. 70.

Podsumowanie

Prawo do słusznego procesu wyrażone w art. 6 EKPC stanowi jedno z najbardziej fundamentalnych praw wyrażonych w Konwencji. Zajmuje ono ważne miejsce w demokratycznym społeczeństwie w jej rozumieniu.⁶⁸ Jak wskazują oficjalne raporty ETPC, jest to także najczęściej podnoszony zarzut w postępowaniu przed Trybunałem.⁶⁹

Jest to też najczęściej podnoszony zarzut w skargach kierowanych przeciwko Polsce. Można wręcz mówić tu o powszechności zjawiska. Celem niniejszej pracy ani ambicją jej autora nie jest wyczerpujące omówienie problematyki prawa do rzetelnego procesu, lecz przedstawienie istotnych jego aspektów, właśnie w skargach przeciwko Polsce. W tej mierze bowiem polski wymiar sprawiedliwości ma ciągle dużo do zrobienia.

D. Ostrowska i Z. Hołda stwierdzają, że Trybunał celnie punktuje słabe strony polskiego wymiaru sprawiedliwości.⁷⁰ Trudno się z powyższym stanowiskiem nie zgodzić. Jednak łatwo można zauważyć, że w cytowanych orzeczeniach ETPC często pojawiają się te same „słabe strony”. Jest to przede wszystkim przewlekłość postępowania oraz częsty brak właściwego środka odwoławczego z art. 13 EKPC. Natomiast zmiana krytykowanych przez Trybunał mechanizmów pozostaje obowiązkiem ustawodawcy.

RIGHT TO TO A FAIR TRIAL IN POLISH CASES – CHOSEN ASPECTS

Key words: Human rights, article 6 of the ECHR, article 6 par. 1 ECHR, reasonable time of the proceedings, art. 6 par 1 taken together with art. 13, *Kudła v. Poland*, *Matyjek v. Poland*.

Summary

According to European Court of Human Rights, right to a fair trial holds the prominent place in a democratic society within the meaning of the Convention⁷¹. This fact is followed by numerous statistic reports, which rank right to a fair trial (and particularly one of its aspects – length of proceedings) as applications most often submitted to the Court. In statistic reports of applications submitted against Poland, right to a fair trial is also most often violated.

The main aim of this paper is to present particular aspects of the cases against Poland, within article 6 of the Convention. It is not author's ambition to pick up all the aspects of this problem. However, the issues presented in the article give a vision of particular problems touching polish legal system. The main problem is length of proceedings, which very often – according to Court – creates a violation of State's obligations. However, this is not the only problem of polish legal system. The solution to most of them should be wise and effective legal system.

⁶⁸ Wyrok ETPC w sprawie *de Cubber przeciwko Belgii*, p. 30.

⁶⁹ Zob. *Annual Report 2007, European Court of Human Rights*, op. cit., s. 142–145.

⁷⁰ J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. A. Rybczyńska, op. cit., s. 107.

⁷¹ Wyrok ETPC w sprawie *de Cubber przeciwko Belgii*, p. 30.

Tadeusz Jasudowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Katedra Praw Człowieka

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego

Obowiązek państwa-strony współdziałania z Trybunałem Strasburskim na rzecz skuteczności postępowania skargowego na przykładzie spraw czeczeńskich przeciwko Rosji

Słowa kluczowe: interwencja wojskowa Rosji w Czeczenii, skarga indywidualna do Trybunału Praw Człowieka, *affirmanti incumbit probatio*.

1. Uwagi wstępne

Już na etapie szeroko rozumianych *travaux preparatoires* Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej EKPC) – zarówno na forum Ruchu Europejskiego, jak też Zgromadzenia Konsultacyjnego i Komitetu Ministrów Rady Europy¹ – jednoznacznie zakładano umocowanie w postanowieniach Konwencji gwarancji międzynarodowego dochodzenia roszczeń na wypadek naruszeń praw człowieka i podstawowych wolności, które byłyby ochroną Konwencji. Wobec tradycyjnego traktowania obowiązków w dziedzinie praw człowieka jako spraw należących do kompetencji własnej państwa, wykluczających więc ingerowanie w nie ze strony innych państw czy organizacji międzynarodowych,² było to rozwiązanie prawdziwie rewolucyjne,

¹ Deklaracja Kongresu Europy w Hadze z 10 maja 1948 r. w swojej części końcowej, „Przysięga”, w pkt. 2 głosiła: „Pragniemy Karty Praw Człowieka, gwarantującej wolność myśli, zgromadzeń i ekspresji, jak też prawo tworzenia opozycji politycznej”, a w pkt. 3 dodawała: „Pragniemy Trybunału Sprawiedliwości, z adekwatnymi sankcjami dla potrzeb urzeczywistniania Karty” – por. *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, ed. A. Mowbray, Oxford 2007, s. 2. Już rekomendacja 38 Zgromadzenia Doradczego Rady Europy z września 1949 r. wzywała Komitet Ministrów do przygotowania projektu konwencji, przewidującej m.in. utworzenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiej Komisji Praw Człowieka – patrz: *Collected Edition of the „Travaux Preparatoires”*, vol. I, The Hague 1975, s. XXVI.

² Wydawałoby się, że postanowienia Karty NZ – jednoznacznie, moim zdaniem, umocowujące jako zagadnienie *par excellence* prawo międzynarodowego zobowiązania państw w dziedzinie powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich (por. art. 1 ust. 3 oraz art. 55 „c”, w zw. z art. 56 KNZ) – położą osta-

które – z jednej strony – nie mogło być zbyt obcesowo państwom narzucone, a – z drugiej strony – które dla zapewnienia sprawności i skuteczności takiego międzynarodowego dochodzenia roszczeń musiało wprowadzić jakieś gwarancje współdziałania państwa pozwanego z organami konwencyjnymi.

Tej pierwszej potrzebie odpowiadało pierwotne założenie, iż związanie się samą Konwencją nie przesądza jeszcze o zaakceptowaniu przez państwo-stronę kompetencji orzecznictwa strasburskiego w stosunku do jego zobowiązań. Toteż – mocą art. 25 ust. 1 EKPC – kompetencja przyjmowania skarg przez Europejską Komisję Praw Człowieka wchodziła w grę „pod warunkiem, że Wysoka Umawiająca się Strona, przeciwko której skarga została skierowana, oświadczyła, iż uznaje kompetencję Komisji do przyjmowania takich skarg”. Podobnie – mocą art. 46 EKPC – właściwość Europejskiego Trybunału Praw Człowieka „we wszystkich sprawach dotyczących interpretacji i stosowania” Konwencji” zależała od oświadczenia państwa-strony, że taką właściwość – „bezwarunkowo albo pod warunkiem wzajemności”³ – „uznaje jako obowiązkową *ipso facto* i bez konieczności zawierania specjalnego porozumienia”. Generalnie można z perspektywy długoletnich doświadczeń stwierdzić, iż państwa-strony Konwencji wystarczająco chętnie uznawały kompetencję obydwu organów strasburskich. Model fakultatywny zdał swój dziejowy egzamin, zaś aktualny tekst Konwencji – po wejściu w życie Protokołu XI do niej – umocowuje już model obligatoryjny orzecznictwa strasburskiego; uznanie właściwości Trybunału wynika automatycznie z ratyfikacji samej Konwencji.⁴

Drugiej ze wspomnianych potrzeb służyło sformułowanie użyte w zdaniu II tegoż art. 25 ust. 1, mocą którego: „Wysokie Umawiające się Strony, które złożyły takie oświadczenie, zobowiązują się nie przeszkadzać w żaden sposób skutecznemu wykonywaniu tego prawa”, a więc prawa do wnoszenia skarg w związku z naruszeniami praw człowieka. Jest to delikatne i mogące rodzić wątpliwości zobowiązanie; państwa-strony muszą jedynie „nie przeszkadzać”, co prawda i na szczęście – „w żaden sposób”.

Toteż Komisja nie była skora do traktowania ewentualnych przeszkód ze strony państwa pozwanego jako odrębnego naruszenia praw człowieka i raczej zajmowała się takimi przypadkami w ramach skargi zasadniczej, z którą były one związane. Nawet jeśli Komisja stwierdziła zaistnienie ingerencji państwa w wykonywanie prawa do skargi, zazwyczaj postanawia-

tecnie kres traktowaniu praw człowieka jako zagadnienia z zakresu wyłącznej kompetencji własnej państw, jednakże – z nadużywającym wykorzystywaniem niezbyt szczęśliwie zredagowanej zasady art. 2 ust. 7 Karty – niejedno państwo nadal się stara postrzegać prawa człowieka jako obszar swej dyskrejonalnej kompetencji wewnętrznej. Jest to typowe dla państw o tendencjach totalitarnych. W obecnym stanie rozwoju prawa międzynarodowego podejście takie można i trzeba traktować jako przejaw nihilizmu prawnomiędzynarodowego.

³ Tekst polski (ówczesny) Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w: *Prawa człowieka. Wybór dokumentów międzynarodowych*, oprac. B.Gronowska, Jasudowicz, C.Mik, Toruń 1999, s. 77 i nn.

⁴ Obecny tekst Konwencji w: *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, oprac. M.Balcerzak, Toruń 2007, II/A/1, s. 1 i nn.

ła, iż żadne dalsze kroki nie są konieczne, dopóki skarżący ma możliwość przedstawiania swoich zarzutów w adekwatny sposób.

Przychylając się do wcześniejszych wywodów L. Mikaelsona,⁵ van Dijk i van Hoof słusznie podkreślali, że „Właśnie z uwagi na istnienie tego rodzaju ingerencji jest co najmniej wątpliwym, czy Komisja byłaby rzeczywiście zdolna do ukształtowania swojej opinii co do tego, czy skarga może zostać adekwatnie przedstawiona”. Dodawali przy tym: „Naszym zdaniem, najistotniejszym argumentem jest to, że art. 25 stanowi kamień węgielny, od którego zależy cały system Konwencji. Przecież, jeżeli i na tyle, na ile wykonywanie prawa do skargi indywidualnej podlega restrykcjom, także organy strasburskie zostają pozbawione głównego instrumentu oceny sytuacji związanej z ochroną innych praw i wolności gwarantowanych w Konwencji”.⁶

W istocie, niezmiernie bogate doświadczenie strasburskie wskazuje, że ani Komisja, ani Trybunał nie ograniczały się do czuwania nad owym zobowiązaniem państw-stron „nie przeszkadzać”, lecz naturalnie zakładały, iż jest obowiązkiem państwa pozwanego przedstawić wszelkie związane ze skargą fakty i dostarczyć wszelkich dowodów, w tym dokumentów, niezbędnych dla efektywnego badania skargi przez organy strasburskie. Organy te stanowczo domagały się przedłożenia przez państwo całości niezbędnej dokumentacji, a nieraz wręcz uporczywie. Było to niezmiernie istotne w związku z jednym ze specjalnych aspektów działania zasady pomocniczości, a mianowicie, przyjęcie przez organy strasburskie założenia, iż gromadzenie i ocena dowodów co do zasady należy do postępowania krajowego.⁷

Od początku tekst Konwencji nie wykluczał, że po uznaniu dopuszczalności skargi i „w celu ustalenia faktów” Komisja m.in., „jeżeli zajdzie taka potrzeba, uruchomi dochodzenie, dla którego skutecznego przeprowadzenia zainteresowane państwa udzielą wszelkich niezbędnych ułatwień”.⁸ Obecnie jest to kompetencja Trybunału wpisana w postanowienie art. 38 ust. 1 „a” Konwencji. Poczynając od pierwszej skargi Grecji przeciwko Zjednoczone-

⁵ L. Mikaelson, *European Protection of Human Rights*, Alphen aan den Rijn 1980, s. 27 i nn.

⁶ P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Deventer-Boston 1990, s. 50–51. Autorzy sugerowali rozwój w kierunku uznania po stronie państw-stron EKPC *Rechtsmittelbelehrung*, tj. obowiązku informowania stron prywatnych – po wyczerpaniu środków krajowych – o możliwości skorzystania ze skargi międzynarodowej – ibidem, s. 51–52. Por. też: J. Velu, R. Ergec, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1990, s. 842 i nn.

⁷ Tak np. w sprawie Mantovanelli'ego Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC, Trybunał) przypominał, że: „Konwencja nie ustala reguł dowodowych jako takich. To do sądów krajowych należy ocena dowodu, jaki chce przedstawić strona. Trybunał musi się jednak upewnić, czy postępowanie ujmowane jako całość, włączając w to sposób przeprowadzania dowodu, było słuszne, jak tego wymaga art. 6 ust. 1” – *Case of Mantovanelli v. France*, wyrok ETPC z 18.03.1997 r., pkt 34, tekst polski w: *Orzecznictwo strasburskie. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990–1997*, t. I, oprac. T. Jasudowicz, Toruń 1998, s. 304 i nn.

⁸ Por. art. 28 ust. 1 a EKPC. Szerzej na ten temat: J. Velu, R. Ergec, op. cit., s. 891 i nn.

mu Królestwu,⁹ Komisja korzystała z możliwości badań na miejscu, w tym przesłuchania świadków, przede wszystkim w skargach międzypaństwowych, uznając potem taką możliwość i korzystając z niej coraz częściej także w skargach indywidualnych.¹⁰

Konwencja nie przewiduje wymuszenia współdziałania państwa pozwanego. Van Dijk i van Hoof nie wykluczają w tym zakresie przydatności rezolucji Komitetu Ministrów Rady Europy i – chociaż wątpią w faktyczne prawdopodobieństwo uciekania się do takiego modelu postępowania – wiążą z brakiem gotowości wykonania rezolucji Komitetu przez państwo pozwane możliwość złożenia przez inne państwo-stronę skargi o naruszenie art. 28, skoro skarga międzypaństwowa może dotyczyć „jakiegokolwiek naruszenia postanowień Konwencji przez inną Wysoką Umawiającą się Stronę”.¹¹

Ograniczmy się do tych wskazań na unormowania Konwencji, kreujące po stronie państwa pozwanego jego obowiązek nie tylko „nieprzeszkadzania”, ale też aktywnego współdziałania dla zapewnienia rzetelności i skuteczności badania skarg przez instancje strasburskie. Warto dodać, że kwestia wywiązywania się przez państwa z tych obowiązków kojarzona była częstokroć z fundamentalnymi założeniami Konwencji, a więc dotyczyła jej „ducha” czy „przedmiotu i celu”, jak również, a może nawet przede wszystkim elementarnego standardu *rule of law*.

2. Refleksje ogólne o współdziałaniu Rosji z Trybunałem Strasburskim w sprawach czeczeńskich

Zakresem swojej analizy obejmuję 58 spraw czeczeńskich przeciwko Rosji, od wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) z 24 lutego 2005 r.¹² poczynając, a na wyroku z 16 lipca 2009 r.¹³ kończąc.

Zanim zbadamy możliwie precyzyjnie problem wypełniania przez państwo pozwane tego rodzaju obowiązków z art. 34 (dawniej art. 25) i art. 38 ust. 1, „a” (dawniej art. 28, „a”) Konwencji w sprawach czeczeńskich przeciwko Rosji, przypomnijmy, że Federacja Rosyjska ani nie uznała istnienia konfliktu zbrojnego w Czeczenii, ani nie wprowadziła tam żadnego stanu nadzwyczajnego; co więcej, w kontekście wielu spraw dotyczących pozbawienia życia nie powoływała się nawet na postanowienia art. 2 ust. 2 Kon-

⁹ Skarga nr 175/56, *Case of Greece v. the United Kingdom*, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, t. II (1095–1959), s. 182.

¹⁰ Por. P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 110–111.

¹¹ Ibidem, s. 111.

¹² Por. *Case of Isayeva v. Russia*, Appl. No. 57950/00; oraz *Case of Khashiyev v. Russia and Aakyeve v. Russia*, Appl. No. 57942/00 i 57945/00.

¹³ *Case of Karimov and Others v. Russia*, Appl. 29851/05.

wencji, dotyczące przypadków użycia siły absolutnie koniecznej.¹⁴ Zatem, nie wykorzystywała konwencyjnych mechanizmów wytyczających granice pełnego i skutecznego korzystania z praw człowieka: ani mechanizmu derogacji zobowiązań z art. 15 Konwencji, ani wyjątku *ex definitione* z art. 2 ust. 2 Konwencji.

Zwrócić należy uwagę, że zagadnienie wypełniania przez Rosję obowiązku współdziałania z ETPC dla skutecznego badania spraw czeczeńskich zazwyczaj dotyczyło spraw związanych z naruszeniem prawa do życia¹⁵, w szczególności przypadków wymuszonych zaginięć¹⁶. Z drugiej strony odnotować trzeba, że zdarzały się sprawy, w których Trybunał w swoich wyrokach specjalnie nie uwzględniał zarzutów braku właściwego współdziałania Rosji w badaniu skarg, lecz wywodził z jej postępowania istotne wnioski w kontekście pozytywnych obowiązków proceduralnych państwa,

¹⁴ W jednym z pierwszych orzeczeń w sprawach czeczeńskich podkreślono: *No state of emergency or martial law has been declared in Chechnya. No federal law has been enacted to restrict the rights of the population of the area. No derogation under Article 15 of the Convention has been made* – por. *Case of Isayeva v. Russia*, wyrok ETPC z 24.02.2005 r., pkt 133. W pkt. 191 wyroku Trybunał wyjaśnił, że „użycie tego rodzaju broni na obszarze ludnym, poza czasem wojny i bez uprzedniej ewakuacji osób cywilnych, jest niemożliwe do pogodzenia ze stopniem rozważliwości wymaganej od organu porządku prawnego w demokratycznym społeczeństwie. Żadnego stanu wojennego ani innego stanu nadzwyczajnego w Czeczenii nie ogłaszano, ani nie dokonywano żadnej derogacji na podstawie art. 15 Konwencji. Zatem, odnośne działania osądzać należy w świetle normalnego podłoża prawnego. Nawet w obliczu sytuacji, w której – jak twierdzi rząd – ludność wsi była utrzymywana w charakterze zakładników przez dużą grupę dobrze wyekwipowanych i wyszkolonych bojowników, pierwszorzędnym celem operacji powinna być ochrona życia przed bezprawną przemocą. Masowe użycie indyskryminacyjnej broni stoi w rażącej sprzeczności z tym celem i nie może być uznane za dające się pogodzić ze standardami troski stanowiącymi przesłankę tego rodzaju operacji, obejmującej użycie siły śmiertelnej przez funkcjonariuszy państwowych”. Por. identycznie: *Case of Khashiyev v. Russia and Akayeva v. Russia*, wyrok ETPC z 24.02.2005 r., pkt 97.

¹⁵ Dotyczy to już dwóch wyroków z 2005 r. I tak, w sprawie *Khashiyev i Akayeva* Trybunał – chociaż wskazał na znaczenie obowiązków państwa pozwanego, wynikających zarówno z art. 34 ust. 1 *in fine*, jak też z art. 38 ust. 1a, i uznał, że *it can draw inferences from the Government's conduct in this respect* – dopatrył się naruszenia art. 2 EKPC, tak w jego aspekcie substancjalnym, jak i w aspekcie proceduralnym – *Khashiyev and Akayeva*..., pkt 147 (w zw. z pkt. 136–147) oraz pkt 166 (w zw. z pkt. 153–166), odpowiednio. Podobnie – *Isayeva*..., pkt 201 (w zw. z pkt. 172–201) oraz pkt 224 (w zw. z pkt. 209–224), odpowiednio.

¹⁶ Skuteczne powoływanie się skarżących czeczeńskich także na niedopełnienie zobowiązań państwa, wynikających z art. 13, znajduje potwierdzenie w tychże dwóch pierwszych wyrokach. I tak, w sprawie *Isayeva* ETPC stwierdził: *Jednakże w okolicznościach, w których – jak tutaj – śledztwo karne dotyczące ataku było nieskuteczne i brakowało mu wystarczającego obiektywizmu i skrupulatności, oraz gdzie skuteczność jakiegokolwiek innego środka, jaki ewentualnie by istniał, w tym sugerowanych przez rząd środków cywilnych, była w konsekwencji podkopana, Trybunał stwierdza, że państwo nie wypełniło swych zobowiązań na podstawie art. 13 Konwencji* – *Isayeva*..., pkt 229. Wcześniej Trybunał przypominał, że: [...] *Z uwagi na fundamentalne znaczenie praw gwarantowanych przez art. 2 i 3 Konwencji, art. 13 wymaga – poza zaplaceniem, gdzie to właściwe, odszkodowania – skrupulatnego i skutecznego śledztwa mogącego doprowadzić do zidentyfikowania i ukarania osób odpowiedzialnych za pozbawienie życia i traktowanie sprzeczne z art. 3, w tym skutecznego dostępu skarżącego do postępowania śledczego, przypominając przy tym, że wymogi art. 13 są szersze niż zobowiązanie Umawiającego się Państwa oparte na art. 2 co do przeprowadzenia skutecznego śledztwa*. Por. niemal identycznie: *Khashiyev and Akayeva*..., pkt 185.

płynących z samego art. 2 EKPC, tak w aspekcie substancjalnym,¹⁷ jak i w aspekcie proceduralnym,¹⁸ ewentualnie również z perspektywy silniejszych obowiązków proceduralnych, wynikających z art. 13 Konwencji.¹⁹

Jednakże w większości spraw czeczeńskich problem braku adekwatnego wypełniania przez Rosję obowiązku współdziałania z Trybunałem istotnie się aktualizował, aczkolwiek w sposób urozmaicony, daleki od uniformizmu. Zdarzało się, że Trybunał w swoich rozważaniach *as to the law* wywodził daleko idące konsekwencje z braku dostarczenia przez państwo koniecznych dokumentów i to w związku z przyjmowanym przez siebie podejściem do postępowania dowodowego i oceny dowodów.²⁰

¹⁷ Wchodziło to w grę w każdej z uwzględnianych tu spraw. Trybunał dokonywał swoich ocen na podstawie materiałów przedłożonych przez strony, wzywając niejednokrotnie do ich uzupełnienia. Już w pierwszej ze spraw – co wielokrotnie się powtarzało w większości analizowanych wyroków – Trybunał podkreślił ogromne znaczenie prawa do życia w systemie Konwencji i dodał: *W świetle znaczenia ochrony zapewnianej przez art. 2, Trybunał musi poddawać przypadki pozabawienia życia najbardziej skrupulatnej kontroli („the most careful scrutiny”), biorąc pod uwagę nie tylko działania funkcjonariuszy państwowych, ale także wszelkie towarzyszące okoliczności – Isayeva, pkt 174, w zw. z pkt. 172–173.*

¹⁸ W tej sprawie Isayeva ETPC dokonał przeglądu pozytywnych zobowiązań proceduralnych państwa wynikających z art. 2 EKPC, wywodząc zeń – w powiązaniu z generalnym obowiązkiem z art. 1 Konwencji – wymóg *some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force*; dodał do tego bardziej konkretne wymogi: co do celu śledztwa – *to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life* oraz *to ensure the accountability for deaths occurring under their („State agents”) responsibility*; co do warunku jego skuteczności – *it may be generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events* oraz by śledztwo było *capable of leading to a determination of whether the force used in such cases was or was not justified in the circumstances*, z dołączeniem *a requirement of promptness and reasonable expedition* oraz z dodaniem *a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory* – ibidem, pkt 209–214, odpowiednio.

¹⁹ ETPC podkreślał, że środek ochrony prawnej, o jaki chodzi w art. 13, *„must be „effective” in practice as well as in law, in particular in the sense that its existence must not be incontestably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State* (podkr. T.J.). W szczególności, z uwagi na znaczenie prawa do życia z art. 2 oraz wolności od tortur z art. 3 Konwencji, art. 13 – zdaniem Trybunału – *requires, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the deprivation of life and infliction of treatment contrary to Article 3, including effective access for the complainant to the investigation procedure, przy czym requirements of Article 13 are broader than a Contracting State’s obligation under Article 2 to conduct an effective investigation* – ibidem, pkt 226 i 227, odpowiednio.

²⁰ W sprawie Isayevy Trybunał zwrócił uwagę, że [...] odpowiedzialność państwa nie ogranicza się do okoliczności, w których wchodzi w grę znaczące dowody na to, iż źle skierowane strzały funkcjonariuszy państwowych doprowadziły do zabójstwa osoby cywilnej. Może ona również wchodzić w grę tam, gdzie nie podejmują oni wszelkich stosownych środków ostrożności w wyborze środków i metod operacji bezpieczeństwa przeprowadzanej przeciwko grupie opozycyjnej w celu uniknięcia, a w każdym razie zminimalizowania przypadkowej utraty życia osób cywilnych – Isayeva, pkt 176.

3. Miejsce i rola zobowiązań państwa pozwanego z art. 34 EKPC

Wyżej we wstępnych wywodach ogólnych zwrócono już uwagę na umocowany w art. 34 EKPC (do r.1998 r. w art. 25 ust. 1 EKPC – T.J.) obowiązek nieprzeszkadzania przez państwo pozwane w skutecznym korzystaniu z prawa do skargi indywidualnej.²¹ Nie zawsze w analizowanych sprawach czeczeńskich Trybunał znajdował okazję do tego, by *expressis verbis* przypomnieć zobowiązania płynące z tego artykułu. Jednakże brak takiego konkretnego przywołania art. 34 nie oznacza, iżby Trybunał w danej sprawie zobowiązań tych nie uwzględniał; moim zdaniem, one *ex necessitate* wchodzą i muszą wchodzić w grę w każdej z badanych przez Trybunał spraw, nie w każdej jednak występują kłopoty z ich urzeczywistnieniem i nie w każdej zachodzi potrzeba wyraźnego odnoszenia się do nich.

Na zobowiązania z art. 34 ETPC powoływał się albo z osobna, albo też – co zdarzało się częściej – w bezpośrednim związku ze zobowiązaniami z art. 38 ust. 1/a/ Konwencji, przy czym czynił to albo na wstępie swojego uzasadnienia wyroku, albo wplatał to w esencję swoich rozważań o postępowaniu dowodowym, albo też uwzględniał to na końcu swoich rozważań. Odpowiednio do tego, ustosunkowanie się do zarzutów naruszenia zobowiązań państwa z tych artykułów płynących pojawiało się – aczkolwiek nie zawsze – w sformułowaniu sentencji końcowej.

Najwcześniej, we wspomnianej już sprawie Bazorkiny Trybunał – po uwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 2 Konwencji, w jego substancji (pkt. 98–112) i w jego aspekcie proceduralnym (pkt. 113–125), art. 3 (pkt. 126–142), art. 5 (pkt. 143–139), art. 6 (pkt. 150–153), art. 8 (pkt. 154–157) i art. 13 (pkt. 158–165) – oddzielną końcową część wyroku poświęcił „Przestrzeganiu art. 34 i 38 ust. 1/a/ Konwencji” (pkt. 166–176).

Skarżąca zarzucała, iż „spóźnione przedłożenie przez rząd żądanych przez Trybunał dokumentów, a mianowicie akt śledztwa karnego, było przejawem braku przestrzegania jego zobowiązań na podstawie art. 34 i 38 ust. 1/a/”.²² Co więcej, nie ograniczając się do zarzutu naruszenia zobowiązań w rozumieniu art. 38 ust. 1/a/, skarżąca specjalnie akcentowała, że

²¹ Patrz wyżej, s. 1–2.

²² *Bazorkina*, pkt 166–167. Por.: *Case of Baysayeva v. Russia*, Appl. 74237/01, wyrok z 5.04.2007 r., pkt 160 i nn.; *Case of Akhmadova and Sadulayeva v. Russia*, Appl. 40464/02, wyrok z 10.05.2007 r., pkt 130 i nn.; *Case of Alikhadzhiyeva v. Russia*, Appl. 68007/01, wyrok z 5.07.2007 r., pkt 97 i nn.; *Case of Khamila Isayeva v. Russia*, Appl. 6846/02, wyrok z 15.11.2007, pkt 168 i nn.; *Case of Kaplanova v. Russia*, Appl. 7653/02, wyrok z 29.04.2008 r., pkt 133 i nn. raz pkt 8 sentencji końcowej; *Case of Isigova and Others v. Russia*, Appl. 6844/02, wyrok z 26.06.2008 r., pkt 149 i nn.; *Case of Akhiyadova v. Russia*, Appl. 32059/02, wyrok z 3.07.2008 r., pkt 103 i nn.; *Case of Musayeva v. Russia*, Appl. 12703/02, wyrok z 3.07.2008 r., pkt 149 i nn. oraz pkt 11 sentencji końcowej; *Case of Ruslan Umarov v. Russia*, Appl. 12712/02, wyrok z 3.07.2008 r., pkt 150 i nn., zwłaszcza pkt 157 oraz pkt 12 sentencji końcowej; *Case of Meshidov v. Russia*, Appl. 67326/01, wyrok z 25.09.2008 r., pkt 84 i nn. zwłaszcza pkt 91 oraz pkt 6 sentencji końcowej.

„przez swoje traktowanie wniosku Trybunału w sprawie dokumentów rząd dodatkowo naruszył swoje zobowiązania na podstawie art. 34, ponieważ „nie była ona zdolna do uzasadnienia swych zarzutów dotyczących naruszeń Konwencji, a to z powodu braku dostępu do odnośnych dokumentów”.²³ Rząd – przeciwnie – twierdził, że dostarczył Trybunałowi akta śledztwa „w ich całości” i w stipulowanych przez Trybunał terminach.²⁴

Rzecz charakterystyczna, że Trybunał – uznając, że w niektórych typach spraw nie da się stosować w sposób sztywny zasady *affirmanti incumbit probatio* – potwierdził, że „najwyższe znaczenie dla skutecznego funkcjonowania systemu skargi indywidualnej umocowanego w art. 34 Konwencji ma to, że państwa powinny dostarczyć wszelkich koniecznych udogodnień dla umożliwienia właściwego i skutecznego badania skarg”.²⁵ Trybunał uznał dalej, że „Zobowiązanie to wymaga od Umawiających się Państw dostarczenia Trybunałowi wszelkich koniecznych udogodnień, czy to przy prowadzeniu śledztwa dla ustalenia faktów, czy też przy wykonywaniu jego ogólnych obowiązków w związku z badaniem skarg”.²⁶ Trybunał zwrócił uwagę na to, że „w postępowaniu dotyczącym tego rodzaju spraw, w których indywidualni skarżący oskarżają funkcjonariuszy państwowych o naruszenie swych praw na podstawie Konwencji, w niektórych przypadkach jedynie samo państwo pozwane ma dostęp do informacji mogących wesprzeć bądź odrzucić te zarzuty”.²⁷

Stwierdzenie braku przestrzegania przez rząd państwa pozwanego obowiązku przedłożenia Trybunałowi takich posiadanych przez rząd informacji, i to „bez satysfakcjonującego wyjaśnienia”, otwiera przed Trybunałem dwojaką możliwość: po pierwsze, „wywodzenia wniosków co do zasadności zarzutów skarżącego”; po drugie, uznania, że to „negatywnie odzwierciedla poziom przestrzegania przez państwo pozwane jego zobowiązań na podstawie art. 38 ust. 1/a/ Konwencji”.²⁸ Dotyczyć to może również zwłoki w przedłożeniu koniecznych informacji, „co szkodzi ustaleniu faktów w sprawie, zarówno przed, jak i po decyzji w sprawie dopuszczalności”.²⁹

Odnosząc te zasady do badanej sprawy, Trybunał nie dostrzegł w zaistniałych zwłokach poważniejszej szkody dla ustalania faktów bądź zaszkożenia w inny sposób właściwemu zbadaniu sprawy.³⁰ Z kolei, ustosunkowując się do zarzutu naruszenia zobowiązań z art. 34, Trybunał stwierdził: „Nie ma w sprawie niniejszej żadnych wskazań na to, iżby zaistniała przeszkoda dla prawa skarżącej do skargi indywidualnej, czy to przez zakło-

²³ Ibidem, pkt 168.

²⁴ Ibidem, pkt 169.

²⁵ Ibidem, pkt 170. Trybunał przypominał trudności Europejskiej Komisji Praw Człowieka w pozyskaniu dowodów w sprawie *Tanrikulu v. Turkey*, ECHR 1999-IV, pkt 70.

²⁶ Ibidem, pkt 171, zd.I.

²⁷ Ibidem, pkt 171, zd.II.

²⁸ Ibidem, pkt 171, zd.III. Trybunał przypominał swoje orzeczenie w sprawie *Tepe v. Turkey*, wyrok z 9.05.2003, pkt 128. Por.: *Baysayeva*, pkt 163.

²⁹ Ibidem, pkt 172.

³⁰ Ibidem, pkt 173–174.

cenie jej komunikacji z Trybunałem, czy też poprzez wywieranie na skarżącą niedopuszczalnej presji”.³¹ Trybunał uznał, że zwłoki w przedłożeniu Trybunałowi pełnego zestawu żądanych dokumentów „nie rodzą żadnych odrębnych zagadnień na podstawie art. 34, zwłaszcza że z cytowanego wyżej orzecznictwa wynika, iż Trybunał uważa jego postanowienia za pewien rodzaj *lex generalis* w relacji z postanowieniami art. 38, który konkretnie zobowiązuje państwa do współdziałania z Trybunałem”.³²

Ostatecznie, Trybunał nie stwierdził po stronie Rosji żadnego naruszenia jej zobowiązań wynikających z art. 35 i art. 38 ust. 1/a/ Konwencji.³³

W kolejnym wyroku w sprawie Estamirowa i innych Trybunał uwzględnił rozważania na temat zobowiązań z art. 34 w ramach wywodów na temat zastosowalności do badanej sprawy przypomnianych przezeń zasad ogólnych. Od strony merytorycznej, powtórzył swoje ustalenia ogólne sformułowane w sprawie Bazorkiny.³⁴ Uznał braki w przedłożeniu przez rząd potrzebnych Trybunałowi dokumentów za podstawę dla „wywodzenia wniosków z postępowania rządu w tym względzie”; nie dopatrzył się natomiast konieczności odrębnego orzekania o naruszeniu art. 38 ust. 1/a/, a to „z uwagi na przedłożenie przeważającej części akt sprawy”.³⁵ Wobec powyższego, nie było żadnego stwierdzenia o art. 34 i 38 Konwencji w sentencji końcowej orzeczenia.

W sprawie Imakajewej – podobnie jak w sprawie Bazorkiny – Trybunał znowu poświęcił końcową część uzasadnienia wyodrębnionemu zagadnieniu „Przestrzeganie art. 34 i 38 ust. 1/a/ Konwencji”. W zasadzie, Trybunał powtarzał tu swoje ustalenia sformułowane w sprawie Bazorkiny; dodał jednak: „W sprawie, w której skarga rodzi zagadnienia skuteczności śledztwa (a prawie we wszystkich sprawach czeczeńskich, tu rozważanych, te kwestie się aktualizowały – T.J.), dokumenty śledztwa karnego mają fundamentalne znaczenie dla ustalenia faktów, zaś ich brak może stanąć na przeszkodzie właściwemu zbadaniu zarzutu przez Trybunał, zarówno na stadium dopuszczalności, jak i na stadium merytorycznym”.³⁶

Trybunał przypominał, że kilkakrotnie domagał się od rządu przedłożenia kopii akt śledztwa dotyczącego zaginięcia krewnych skarżących. Rząd odmówił ich dostarczenia, powołując się na podstawy, które Trybunał uznał za niewystarczające. W rezultacie: „Powołując się na znaczenie współdziałania rządu pozwanego w postępowaniu konwencyjnym i będąc świadom trudności związanych z ustalaniem faktów w sprawach tego rodzaju, Try-

³¹ Ibidem, pkt 175.

³² Ibidem, pkt 175 *in fine*. Por. *Baysayeva*, pkt 168 *in fine*.

³³ Ibidem, pkt 176. Por. pkt 11 sentencji końcowej.

³⁴ *Case of Estamirov and Others v. Russia*, Appl. 60272/00, wyrok z 12.10.2006 r., pkt 103. Por.: *Case of Goygova v. Russia*, Appl. 74240/01, wyrok z 4.10.2007 r., pkt 80; *Case of Zubayrayev v. Russia*, Appl. 67797/01, wyrok z 10.01.2008 r., pkt 69; *Case of Aziyevy v. Russia*, Appl. 77626/01, wyrok z 20.03.2008 r., pkt 63; *Case of Utsayeva and Others v. Russia*, Appl. 29133/03, wyrok z 29.05.2008 r., pkt 149.

³⁵ Ibidem, pkt 105.

³⁶ *Case of Imakayeva v. Russia*, Appl. 7615/02, wyrok z 9.11.2006 r., pkt 199–200.

bunał stwierdza, że rząd nie wypełnił swych zobowiązań na podstawie art. 38 ust. 1 Konwencji, a to z racji braku przedłożenia przezeń kopii żądanych dokumentów dotyczących zaginięcia Saida-Khuseyna i Saida-Magomeda Imakajewów”.³⁷

W szczególności, skarżąca w tej sprawie twierdziła, że uprowadzenie jej męża i jego późniejsze zamordowanie było związane z jego skargą do Trybunału, a zarazem stanowiło – wespół z jej przesłuchaniem – wywieranie niedopuszczalnej presji na nią.³⁸ Trybunał – owszem – ponownie potwierdził, że „najwyższe znaczenie dla skutecznego funkcjonowania systemu skargi indywidualnej ustanowionego przez art. 34 ma to, że skarżący powinni móc swobodnie komunikować się z Trybunałem, nie podlegając żadnej formie presji ze strony władz dla wycofania lub zmiany ich zarzutów”.³⁹ Trybunał wyjaśnił, że „W tym kontekście presja obejmuje nie tylko przymus bezpośredni i rażące akty zastraszania, ale również inne niewłaściwe akty lub kontakty pośrednie, mające wyperswadować czy zniechęcić skarżących do korzystania ze środka konwencyjnego. Kwestia, czy kontakty między władzami a skarżącym oznaczają niedopuszczalne praktyki z punktu widzenia art. 34, musi być rozstrzygnięta w świetle szczególnych okoliczności danej sprawy. W kontekście przesłuchiwanie skarżących na temat ich skarg na podstawie Konwencji przez władze sprawujące krajową funkcję śledczą, będzie to zależało od tego, czy zastosowane procedury obejmowały jakąś formę niedozwolonej i nie dającej się zaakceptować presji, którą można by uznać za przeszkodę w korzystaniu z prawa do skargi indywidualnej”.⁴⁰

Odnosząc się do konkretnych okoliczności badanej sprawy, Trybunał uznał, że „z uwagi na brak przedłożenia przez rząd dokumentów ze śledztwa karnego, wszczętego w sprawie zaginięcia męża skarżącej, nie potrafi on ustalić prawdziwego powodu zatrzymania go”; nie dostrzegł jednak podstaw dla badania tego zarzutu z perspektywy art. 34 Konwencji.⁴¹ Z kolei, w związku z przesłuchiowaniem skarżącej, Trybunał – biorąc, z jednej strony, pod uwagę negowanie przez rząd jakiegokolwiek presji, a z drugiej, brak wskazania skarżącej na jakiegokolwiek „konkretne groźby czy inne próby zniechęcenia jej do zwracania się do Trybunału” – uznał, że nie dysponuje „materiałem wystarczającym dla wniosku, iż rząd pozwany naruszył swoje zobowiązania na podstawie art. 34 Konwencji”.⁴²

³⁷ Ibidem, pkt 201. Por. pkt 11 sentencji końcowej orzeczenia.

³⁸ Ibidem, pkt 202. Rząd określał te zarzuty jako *zupełnie bezpodstawne i nieuzasadnione*, podkreślając, że w postępowaniu krajowym skarżąca ich w ogóle nie podnosiła – ibidem, pkt 203.

³⁹ Ibidem, pkt 204, zd.I.

⁴⁰ Ibidem, pkt 204, zd. II–IV. Trybunał powołał się m.in. na swój wyrok w sprawie *Aydin v. Turkey*, Reports 1997–VI, pkt 115–117. Por. *Akhmadova and Sadulayeva*, pkt 132; *Magomadov and Magomadov*, pkt 131.

⁴¹ Ibidem, pkt 205.

⁴² Ibidem, pkt 206. Por. pkt 12 ostatecznej sentencji orzeczenia.

W sprawie Bajsajewej z kolei – w której Trybunał w końcowej części uzasadnienia swojego wyroku odniósł się do „Przestrzegania art. 34 i 38 ust. 1/a/ Konwencji”⁴³ – nie dopatrywał się on żadnej przeszkody dla prawa skarżącej do skargi indywidualnej, ani w formie zakłócenia komunikacji między skarżącą a Trybunałem, ani w przedstawicielstwie skarżącej przed instytucjami konwencyjnymi, ani też w formie niedopuszczalnej presji wywieranej na skarżącą”.⁴⁴

W innej sprawie Sadulayeva podnosiła zarzuty dotyczące środków odwetowych zastosowanych wobec niej i jej dzieci po złożeniu jej skargi do Trybunału. Trybunał, z jednej strony, z żalem odnotował brak przedłożenia przez rząd dokumentów dotyczących śledztwa w sprawie tego zarzutu; z drugiej zaś – wobec braku jakichkolwiek dowodów medycznych na wsparcie tego zarzutu, brak potwierdzenia zarzutu przez przesłuchiwanym świadków i brak jakichkolwiek dowodów przedstawionych przez samą skarżącą – uznał, iż „nie dysponuje materiałem wystarczającym do wniosku, jakoby rząd pozwany naruszył swoje zobowiązania na podstawie art. 34 Konwencji poprzez wywieranie niedopuszczalnej presji na drugą ze skarżących w celu zniechęcenia jej do kierowania jej skargi do Trybunału”.⁴⁵

Raczej wyjątkowo w sprawie Magomadov and Magomadov Trybunał poświęcił końcową część uzasadnienia orzeczenia „Przestrzeganiu art. 34 Konwencji”, a to w związku z zarzutem drugiego ze skarżących, iż „zaginięcie” pierwszego ze skarżących w 2004 r. było powiązane z jego skargą do Trybunału i stanowiło ciężkie naruszenie zobowiązania Rosji co do nieprzeszkadzania prawu do skargi indywidualnej na podstawie art. 34 Konwencji”.⁴⁶ Wobec braku w materiałach sprawy danych potwierdzających ten zarzut i braku przedłożenia przez drugiego ze skarżących jakichkolwiek dowodów zarzut wspierających, Trybunał uznał, iż „nie dysponuje materiałem wystarczającym dla wniosku, iż rzekome zaginięcie pierwszego ze skarżących związane jest z jego skargą, iż został on w ogóle zatrzymany przez przedstawicieli państwa albo że rząd pozwany w inny sposób naruszył swoje zobowiązania na podstawie art. 34 co do nieprzeszkadzania prawu do skargi indywidualnej”.⁴⁷

⁴³ *Case of Baysayeva v. Russia*, Appl. 64237/01, wyrok z 5.04.2007 r., pkt 160 i nn.

⁴⁴ Ibidem, pkt 168. Por. pkt 11 sentencji końcowej. Por. *Alikhadzhiyeva*, pkt 105 oraz pkt 11 sentencji końcowej; *Case of Betayev and Betayeva v. Russia*, Appl. 37315/03, wyrok z 29.05.2008 r., pkt 131 i nn.

⁴⁵ *Case of Akhmadova and Sadulayeva v. Russia*, Appl. 40464/02, wyrok z 10.05.2007 r., pkt 130–134. Trybunał – co ważne – przy okazji potwierdził, że *najwyższe znaczenie dla skutecznego funkcjonowania systemu skargi indywidualnej ustanowionego na podstawie art. 34 Konwencji ma to, że państwa powinny dostarczyć wszelkich koniecznych udogodnień dla umożliwienia właściwego i skutecznego badania skarg* – ibidem, pkt 135.

⁴⁶ *Case of Magomadov and Magomadov*, Appl. 68004/01, wyrok z 12.07.2007 r., pkt 129 i nn., zwł. pkt 131. Por.: *Case of Goncharuk v. Russia*, Appl. 58643/00, wyrok z 4.10.2007, pkt 91 i nn. zwłaszcza pkt 93.

⁴⁷ Ibidem, pkt 135. Por. pkt 7 sentencji końcowej. Por.: *Goncharuk*, pkt 95 i pkt 5 sentencji końcowej.

Uderza fakt, iż w drugiej połowie 2008 r. w wyrokach ETPC znika wyraźne odwoływanie się do zobowiązań z art. 34 Konwencji, co potwierdza najnowsze orzecznictwo z 2009 r. Moim zdaniem, absolutnie niedopuszczalnym byłby pogląd, iż zobowiązania państwa z art. 34 Konwencji straciły na znaczeniu czy – zgoła – że stały się one *dead letter*. Sądzę, że prawda znajduje się wręcz po przeciwnej stronie: Trybunał jest i nie przestaje być wymagający wobec państw pozwanych, jeśli chodzi o dostarczanie przez nie dokumentów i materiałów umożliwiających właściwe i skuteczne badanie skarg; dotyczy to – również i poniekąd przede wszystkim – Rosji w kontekście kierowanych przeciwko niej spraw czeczeńskich.

Jak widać, już wcześniej – a mianowicie w latach 2006–2007 – Trybunał, w pełni uwzględniając fundamentalne znaczenie „obowiązku nieprzeszkadzania” z art. 34 Konwencji, nie stwierdzał naruszenia tego zobowiązania państwa pozwanego. Przyczyna była dwojaka: albo skupienie się Trybunału na „obowiązku współdziałania” państwa pozwanego z art. 38 ust. 1/a/ Konwencji, stanowiącym jakby *lex specialis* w stosunku do *lex generalis* z art. 34 i korzystającym poniekąd z pierwszeństwa stosowania, ze zrozumiałych względów praktycznych, albo brak podstaw dowodowych, umożliwiających Trybunałowi stwierdzenie naruszenia zobowiązania z art. 34 Konwencji.

Istota rzeczy kryje się, na szczęście, w tym, że brak stwierdzenia naruszenia zobowiązań państwa pozwanego z art. 34 nie oznacza pełnej ekskulacji tego państwa, jako że – co Trybunał w sprawach czeczeńskich wyraziście potwierdzał – albo może on wywodzić z braku współdziałania państwa pozwanego, zwłaszcza z braku przedłożenia żądanych przez Trybunał dokumentów, a w szczególności akt śledztwa krajowego, daleko idące wnioski co do zasadności zarzutów formułowanych przez skarżącego, albo wręcz stwierdzać odrębnie naruszenie przez państwo pozwane jego zobowiązań z art. 38 ust. 1/a/.

4. Miejsce i rola zobowiązań państwa pozwanego z art. 38 ust. 1/a/ EKPC

Podstawowe informacje o zobowiązaniach państwa wynikających z art. 38 ust. 1/a/ EKPC (dawniej: art. 28, potem art. 28 ust. 1/a/ Konwencji – T.J.) zawarłem już we wstępnych rozważaniach niniejszego opracowania.⁴⁸ Warto na wstępie podzielić się ogólnym spostrzeżeniem na tle analizowanych spraw czeczeńskich przeciwko Rosji: po pierwsze, Trybunał o wiele częściej wyrażnie się odwołuje do zobowiązań państwa pozwanego z art. 38 ust. 1/a/ Konwencji niż do jego zobowiązań z art. 34 Konwencji; po drugie, nawet tam, gdzie Trybunał uwzględniał zobowiązania z art. 34 Konwencji, współ

⁴⁸ Patrz wyżej: s. 3–4.

ze zobowiązaniami z art. 38 ust. 1/a/ Konwencji, ostatecznie to właśnie na tych drugih zobowiązaniach się opierał i dodatkowo dawał temu wyraz w sentencji końcowej orzeczenia, wielokrotnie stwierdzając naruszenie przez państwo jego zobowiązań z art. 38 ust. 1/a/.

Jak już to wynika z wywodów dotyczących zobowiązań z art. 34, po raz pierwszy w sprawach czeczeńskich skarżąca domagała się, a Trybunał zdecydował się spojrzeć na sprawę z perspektywy wypełniania przez państwo pozwane zobowiązań z art. 38 ust. 1/a/, w sprawie Bazorkina. Trybunał – poza odnotowanym ustaleniem, iż brak przedłożenia Trybunałowi przez rząd pozwany informacji mogącej wesprzeć bądź zanegować zarzuty skarżącego, znajdującej się w wyłącznej dyspozycji rządu, bez satysfakcjonującego wyjaśnienia, może negatywnie świadczyć o wypełnianiu przez rząd zobowiązań z art. 38 ust. 1/a/ – uznał, że może to skłonić go do odrębnego stwierdzenia naruszenia tych zobowiązań.⁴⁹ Podkreślił przy tym, że: „W sprawie, gdzie skarga rodzi zagadnienia ciężkich bezprawnych działań funkcjonariuszy państwowych, dokumenty śledztwa karnego mają fundamentalne znaczenie dla ustalenia faktów, a ich brak może zaszkodzić właściwemu zbadaniu skargi przez Trybunał, zarówno na stadium dopuszczalności, jak i na stadium merytorycznym”.⁵⁰

W sprawie Estamirov Trybunał kilkakrotnie dopominał się o przedłożenie przez rząd dokumentów, które uważał za kluczowe dla ustalenia faktów w badanej skardze, a których jednak rząd mu nie przedłożył. Wobec powyższego, ETPC uznał, że „rząd nie wypełnił swych zobowiązań na podstawie art. 38 ust. 1/a/ Konwencji”.⁵¹ Nie był też Trybunał usatysfakcjonowany podejściem rządu w sprawie Baysayeva; wskazał tam, że „zobowiązanie na podstawie art. 38 Konwencji dotyczące wspomagania Trybunału w jego badaniu skargi staje się zastosowalne po uznaniu skargi za dopuszczalną”, ponieważ jednak „rząd nie spełnił żądania i nie dostarczył prawie wszystkich dokumentów z materiałów sprawy”, Trybunał uznał, że doszło w tym zakresie do naruszenia zobowiązań z art. 38 ust. 1/a/.⁵²

⁴⁹ *Bazorkina*, pkt 170–171.

⁵⁰ Ibidem, pkt 172. Ponieważ jednak w badanej sprawie rząd przedłożył połowę materiałów śledztwa, a po decyzji o dopuszczalności materiały te uzupełnił, zwłoki zaś nie stanęły na przeszkodzie właściwemu zbadaniu sprawy, Trybunał doszedł do wniosku, iż nie było naruszenia zobowiązań z art. 38 Konwencji – por. ibidem, pkt 173–174 oraz pkt 11 sentencji końcowej. Por. *Estamirov*, pkt 1-4-105; *Alikhadzhiyeva*, pkt 104 oraz pkt 10 sentencji końcowej.

⁵¹ *Estamirov*, pkt 201; por. pkt 11 sentencji końcowej.

⁵² *Baysayeva*, pkt 167, w związku z pkt. 163–164, oraz pkt 11 sentencji końcowej. Por.: *Akhmadova and Sadulayeva*, pkt 137, w związku z pkt. 136, oraz pkt 10 sentencji końcowej; *Khamila Isayeva*, pkt 174 oraz pkt 10 sentencji końcowej; *Case of Kukayev v. Russia*, Appl. 29361/02, wyrok z 15.11.2007 r., pkt 123 oraz pkt 7 sentencji końcowej; *Case of Zubayrayev v. Russia*, Appl. 67797/01, wyrok z 10.01.2008, pkt 77 oraz pkt 2 sentencji końcowej; *Aziyevy*, pkt 67 oraz pkt 2 sentencji końcowej; *Kaplanova*, pkt 139 oraz pkt 7 sentencji końcowej; *Utsayeva and Others*, pkt 153 oraz pkt 3 sentencji końcowej; *Atabayeva and Others*, pkt 77 oraz pkt 2 sentencji końcowej; *Akhiyadova*, pkt 110 oraz pkt 9 sentencji końcowej; *Musayeva*, pkt 155 oraz pkt 10 sentencji końcowej; *Ruslan Umarov*, pkt 156 oraz pkt 11 sentencji końcowej; *Mezhidov*, pkt 90 oraz pkt 5 sentencji końcowej; *Astamirova*, pkt 69 oraz pkt 2 sentencji końcowej.

W kolejnych sprawach Trybunał wyraźnie precyzował, że zobowiązanie z art. 38 aktualizuje się po uznaniu skargi za dopuszczalną. W sprawie Musajewa i Inni ponownie przypomniał tę prawdę; doszedł jednakże do wniosku, że brak przedłożenia informacji żądanej jeszcze przed decyzją o dopuszczalności nie upoważnia go do stwierdzenia, iż stanęło to na przeszkodzie ustaleniu faktów bądź w inny sposób uniemożliwiło właściwe zbadanie sprawy, mimo że – nawet po decyzji o dopuszczalności – rząd całości dokumentów nie przedłożył.⁵³

Brak stwierdzenia przez Trybunał faktu naruszenia zobowiązań z art. 38 niewątpliwie świadczy o jego dość pobłażliwym traktowaniu niedociągnięć Rosji w zakresie współdziałania z Trybunałem. W sprawie Khatsiyeva i Inni Trybunał wybaczył Rosji niedociągnięcia, ponieważ „mimo oporu w przedłożeniu kopii materiałów śledztwa na stadiach wcześniejszych, rząd zgodził się na ujawnienie żądanych materiałów po uznaniu niniejszej skargi za dopuszczalną”; chociaż Trybunał nie uzyskał całości materiałów, uznał, iż „rząd przedłożył znaczną część materiałów sprawy”, a to „znacząco ułatwiło badanie niniejszej skargi przez Trybunał”⁵⁴ Podobnie, w sprawie Isigova i Inni Trybunał, chociaż odnotował, iż niektórych żądanych dokumentów rząd nie przedłożył, stwierdził, że „przedłożył on znaczną część materiałów sprawy, zawierającą elementy kluczowe, które znacząco ułatwiły zbadanie niniejszej sprawy”.⁵⁵

W najnowszym orzecznictwie z 2009 r. – w odróżnieniu od zupełnej rezygnacji z wyraźnego powoływania się na zobowiązania z art. 34 – zdarza się, aczkolwiek o wiele rzadziej niż w latach 2006–2007, że Trybunał nie zapomina o wadze zobowiązań państwa pozwanego z art. 38 ust. 1/a/ Konwencji. Tak np. uwzględnił je w sprawie Dzhambekova i Inni, przypominając *in extenso* zasady ogólne w tym zakresie, nie widząc jednak konieczności stwierdzania naruszenia art. 38, ponieważ „rząd przedłożył większość dokumentów proceduralnych”, które „zawierały szczegółowy opis śledztwa i zeznań świadków, co wniosło znaczący wkład w zbadanie sprawy”; co do reszty uznał, iż „może wywodzić wnioski z braku ujawnienia przez rząd całej treści akt”.⁵⁶ I przeciwnie, w sprawie Malsagowej Trybunał zwrócił uwagę,

⁵³ *Case of Musayev and Others v. Russia*, Appl. 5794/00, 58699/00 i 60403/00, wyrok z 26.07.2007 r., pkt 183, w zw. z pkt 179–180 oraz pkt 6 sentencji końcowej. Przeciwnie, w wyroku z tegoż dnia w sprawie *Musayeva v. Russia*, Appl. 74239/01, pkt 124 oraz pkt 10 sentencji końcowej, Trybunał stwierdził naruszenie art. 38 *in that the Government refused to submit the documents requested by the Court*. W sprawie *Betayev i Betayeva*, pkt 132, Trybunał wyjątkowo skupił się raczej na art. 34, po drodze jakby zapominając o art. 38.

⁵⁴ *Case of Khatsiyeva and Others v. Russia*, Appl. 5108/02, wyrok z 17.01.2008 r., pkt 168–169 oraz pkt 6 sentencji końcowej.

⁵⁵ *Case of Isigova and Others*, Appl. 6844/02, wyrok z 26.06.2008 r., pkt 156 oraz pkt 10 sentencji końcowej.

⁵⁶ *Case of Dzhambekova and Others v. Russia*, Appl. 27238/03 i 35078/04, wyrok z 12.03.2009 r., pkt 250–254 oraz pkt 3 sentencji końcowej. Por.: *Case of Khasuyeva v. Russia*, Appl. 28159/03, wyrok z 11.06.2009 r., pkt 98–99 oraz 8 sentencji końcowej.

iż rząd dostarczył jedynie kopie decyzji o zawieszeniu lub wznowieniu śledztwa i przyznania statusu ofiary; nie wystarczało to do uznania wypełnienia przez Rosję zobowiązań z art. 38 ust. 1/a.⁵⁷

Statystycznie rzecz ujmując, wydawałoby się – podobnie jak w przypadku zobowiązań z art. 34 EKPC – że zobowiązania państwa pozwanego z art. 38 ust. 1/a/ Konwencji są coraz rzadziej przez Trybunał uwzględniane. Czyżby traciły na znaczeniu? Czyżby w systemie strasburskim coraz mniejszą wagę przypisywano skutecznej ochronie praw człowieka? Przecież – co sam Trybunał wielokrotnie podkreślał – szczere i pełne wykonywanie tych zobowiązań przez państwa pozwane stanowi fundamentalną przesłankę, a wręcz warunek *sine qua non*, „właściwego i skutecznego badania skarg”!

Na szczęście, o żadnym szkodliwym pomniejszaniu znaczenia zobowiązań z art. 38 nie może być nawet mowy. Przyczyn natomiast, tego, że coraz rzadziej Trybunał zwraca na nie uwagę w swoich orzeczeniach, dopatrywać się można we względach następujących: po pierwsze, Trybunał – zniechęcony oporami Rosji co do przedkładania niezbędnych dla postępowania strasburskiego materiałów – coraz umiejętniej i skuteczniej „wywodzi wnioski” co do zasadności zarzutów skarżących, przeciwko którym państwo pozwane – choćby i mogło – nie wytacza swoich (tajemniczych?!) argumentów; po drugie, Rosja dostrzegając nieskuteczność swej „blokady dokumentacyjnej”, która nie powstrzymuje zdolności Trybunału do skutecznego badania skarg, „ustępuje pola” i – chociaż nie w pełni – żądane przez Trybunał dokumenty, w tym materiały śledztwa krajowego, ujawnia i udostępnia.

Do ideału, oczywiście, daleko. W każdym razie batalia o ujawnienie między Rosją – jako państwem pozwanym w sprawach czeceńskich – a Europejskim Trybunałem Praw Człowieka toczy się „na gruncie” art. 161 rosyjskiego kodeksu postępowania karnego, któremu należy zatem poświęcić nieco uwagi.

5. Art. 161 rosyjskiego kodeksu postępowania karnego w świetle orzecznictwa ETPC w sprawach czeceńskich

Już w pierwszych swych wyrokach w sprawach czeceńskich ETPC Trybunał przypomniał dwa istotne ustalenia swojego orzecznictwa. Po pierwsze, „jeśli chodzi o fakty, które są w sporze”, znaczenie ma „w dokonywanej przezeń ocenie dowodów standard dowodu «ponad wszelką rozsądną wątpliwość»; „dowód taki może wynikać ze zbiegu wystarczająco mocnych, jasnych i spójnych wniosków bądź podobnych niezakwestionowanych do-

⁵⁷ *Case of Malsagova and Others v. Russia*, Appl. 27244/03, wyrok z 9.04.2009 r., pkt 1520158, zwłaszcza pkt 157–158, oraz pkt 9 sentencji końcowej. Por.: *Case of Taysumov and Others v. Russia*, Appl. 21810/03, wyrok z 14.05.2009 r., pkt 131–132 oraz pkt 7 sentencji końcowej.

mniemań faktycznych”, przy czym „trzeba brać pod uwagę postępowanie stron przy pozyskiwaniu dowodu”.⁵⁸ Po drugie, Trybunał podkreślił swoje wczuwanie się w „subsidiarny charakter jego roli” i uznał, że „musi być ostrożny w podejmowaniu się roli sądu faktów pierwszej instancji, o ile nie staje się to nie do uniknięcia mocą okoliczności konkretnej sprawy”, przy czym to właśnie zarzuty na tle art. 2 i 3 Konwencji wymagają stosowania przez Trybunał „szczególnie skrupulatnej kontroli, choćby nawet jakieś postępowanie i śledztwo krajowe już miało miejsce”.⁵⁹

W drugiej ze spraw rozstrzygniętych w początku 2005 r. Trybunał – poza powtórzeniem tych prawd⁶⁰ – dodał kolejne ustalenie: „Tam, gdzie wydarzenia leżą w całości bądź w znacznej części w sferze wyłącznej wiedzy władz, jak jest w przypadku osób podlegających ich kontroli w detencji, silne domniemania faktyczną zrodzą się odnośnie do uszkodzeń i śmierci zdarzających się podczas takiej detencji. Można uznać, że na władzach spoczywa ciężar dowodu co do zapewnienia satysfakcjonującego i przekonującego wyjaśnienia”.⁶¹

Co więcej, Trybunał – zwróciwszy po raz pierwszy uwagę na znaczenie zobowiązań z art. 34 i 38 Konwencji – wyraźnie stwierdził: „Trybunał nie został przekonany wyjaśnieniem rządu dla braku przedstawienia całości materiałów śledztwa, pod pretekstem, że niektóre dokumenty nie są dla sprawy istotne. Tam, gdzie skarga obejmuje zarzut, iż nie było skutecznego śledztwa, oraz gdzie – jak w niniejszej sprawie – żąda się od rządu kopii materiałów, Trybunał uważa, że ciąży na państwie pozwany obowiązek dostarczenia wszelkiej koniecznej dokumentacji należącej do tego śledztwa. Kwestia, czy niektóre dokumenty są istotne, czy też nie, nie może być jednostronnie rozstrzygana przez rząd pozwany. Co więcej, Trybunał zwraca uwagę, że rząd powoływał się w swoich spostrzeżeniach na dokumenty, które nie zostały przedłożone Trybunałowi”.⁶²

Nie było jednak w tych wyrokach odwołania się do art. 161 – ani w przeglądzie postanowień prawa krajowego, ani w uzasadnieniu samego Trybunału. Ponownie, to właśnie w sprawie Bazorkiny znajdujemy po raz pierwszy w sprawach czeczeńskich odniesienie się do tego przepisu. Zwraca się tam uwagę, że „Art. 161 nowego KPK ustanawia regułę niedopuszczalności ujawniania danych ze wstępnego śledztwa. Na podstawie ust. 3 tego artykułu, informacje ze śledztwa mogą być udostępniane za pozwoleniem prokuratora i śledczego i tylko w takim zakresie, w jakim nie narusza to praw i prawowitych interesów uczestników postępowania karnego ani nie

⁵⁸ *Bazorkina*, pkt 177. Por. *Zubayrayev*, pkt 78–85, zwłaszcza pkt 83–85, gdzie Trybunał stwierdził, iż nie zostało ustalone zgodnie z wymaganym standardem „ponad rozsądną wątpliwość”, że siły bezpieczeństwa były zaangażowane w śmierć Salaudi’ego Zubayrayeva; nie sądzi też Trybunał, by ciężar dowodu całkowicie przechodził na rząd.

⁵⁹ *Ibidem*, pkt 178.

⁶⁰ *Khashiyev and Akayeva*, pkt 134–135.

⁶¹ *Ibidem*, pkt 133.

⁶² *Ibidem*, pkt 138, w zw. z pkt 137. Por.: *Musayev and Others*, pkt 148–149.

szkodzi śledztwu”. Zarazem Trybunał – poza przypomnieniem zasadniczych, wspomnianych już wyżej ustaleń⁶³ – włączył dalsze ustalenie, w formie obszernego cytatu ze swojego wyroku w sprawie Timurtas przeciwko Turcji, dotyczące ustalania faktów w sprawach związanych z wymuszonymi zaginięciami.⁶⁴

W sprawie Estamirova Trybunał, stwierdzając naruszenie zobowiązań z art. 38 ust. 1/a/, zwrócił uwagę, że „[...] art. 161 kodeksu postępowania karnego, na który powołuje się rząd, nie wyklucza ujawniania dokumentów z akt toczącego się śledztwa, lecz raczej ustala procedurę i granice takiego ujawniania. Rząd nie określił charakteru dokumentów ani podstaw, w oparciu o które nie mogą one zostać ujawnione”; wobec tego, że w innych podobnych sprawach rząd ujawniał podobne dokumenty i przedkładał je, bez powoływania się na art. 161 kpk, Trybunał uznał „wyjaśnienia rządu dotyczące ujawnienia akt sprawy za niewystarczające do usprawiedliwienia wstrzymania żądanych przez Trybunał informacji”.⁶⁵

W kolejnym wyroku Trybunał, powtarzając to ustalenie, przypominał, że kilkakrotnie zwracał rządowi uwagę na możliwość domagania się zastosowania reguły 33 ust. 2 Regulaminu Trybunału, które zezwala na ograniczenie – w prawowitych celach, takich jak ochrona bezpieczeństwa narodowego i życia prywatnego stron, jak też interesów wymiaru sprawiedliwości – zasady publicznego charakteru dokumentów deponowanych w Trybunał.⁶⁶

W sprawie Gojgowej Trybunał, potwierdzając ponownie swoją interpretację art. 161 rosyjskiego kpk, nie tylko uznał, że „może wywodzić wnioski z postępowania rządu w tym względzie”, ale też rozumiał, iż „udostępnione mu dokumenty zostały wyselekcjonowane tak, by w maksymalnie możliwym zakresie wykazać skuteczność odnośnego śledztwa”.⁶⁷

Z kolei, w sprawie Azijewych Trybunał wskazał na to, że rząd – utrzymując, iż bracia Azijew zostali zabici przez członków jakiejś grupy paramilitarnej – „nie skonkretyzował tego twierdzenia ani nie przedłożył żadnego materiału dla jego wsparcia”; podkreślił przy tym, co ważne, że „ocena dowodów i ustalenie faktów jest sprawą Trybunału i to do niego należy

⁶³ Ibidem, pkt 104–107.

⁶⁴ Ibidem, pkt 109.

⁶⁵ *Estamirov*, pkt 104. Wobec powyższego, Trybunał uznał, że *może wywodzić wnioski z postępowania rządu w tym względzie*, nie widział natomiast konieczności stwierdzania naruszenia art. 38 – ibidem, pkt 105. Por.: *Baysayeva*, pkt 166–167; *Musayev and Others*, pkt 182; *Isayeva*, pkt 173; *Kaplanova*, pkt 138–139.

⁶⁶ *Imakayeva*, pkt 123. Por.: *Akhmadova and Sadulayeva*, pkt 97; *Musayeva and Others*, pkt 123–124; *Kukayev*, pkt 121, w związku z pkt. 120, 122–123; *Zubayrayev*, pkt 76; *Aziyevy*, pkt 66; *Utsayeva and Others*, pkt 152; *Case of Atabayeva and Others v. Russia*, Appl. 26064/02, wyrok z 12.06.2008 r., pkt 76; *Isigova and Others*, pkt 154; *Akhiyadova*, pkt 106–109; *Case of Musayeva v. Russia*, Appl. 12703/02, wyrok z 3.07.2008 r., pkt 154; *Ruslan Umarov*, pkt 155; *Case of Takhayeva and Others v. Russia*, Appl. 23286/04, wyrok z 18.09.2008 r., pkt 71–72; *Mezhidov*, pkt 88–89; *Case of Agayev v. Russia*, Appl. 4573/04, wyrok z 26.02.2009, pkt. 96.

⁶⁷ *Goygova*, pkt 82, w zw. z pkt 81.

rozstrzyganie o wartości dowodowej przedkładanych mu dokumentów”.⁶⁸ Dodał zarazem: „[...] tam, gdzie skarżący wnosi sprawę *prima facie*, a Trybunał nie może dojść do wniosków faktycznych z uwagi na brak takich dokumentów, to do rządu należy rozstrzygające wyjaśnienie, dlaczego odnośne dokumenty nie mogą służyć dla wsparcia zarzutów podnoszonych przez skarżących bądź dla dostarczenia satysfakcjonującego i przekonującego wyjaśnienia, jaki przebieg miały odnośne wydarzenia. Zatem, ciężar dowodu przechodzi na rząd, a jeżeli brakuje mu argumentacji, zrodzą się zagadnienia na podstawie art. 32 i/lub art. 3”.⁶⁹

W odróżnieniu od art. 38 ust. 1/a i art. 3 Konwencji, w najnowszych wyrokach nie brakuje ustosunkowania się Trybunału do art. 161 rosyjskiego kpk, a zwłaszcza do implikacji przezeń rodzonych, w związku z niechęcią Rosji do przedkładania Trybunałowi Strasburskiemu kompletu posiadanej przez nią dokumentacji. Prawidłowością się stało, że zazwyczaj jest to uwzględniane w części wyroku „Ocena dowodów i ustalenie faktów przez Trybunał”.

W najnowszym spośród uwzględnianych w tym opracowaniu wyroków Trybunał, obficie powtarzając wcześniej ustalone zasady, aczkolwiek bez wyraźnego powołania się na art. 34 i 38 Konwencji oraz art. 161 rosyjskiego kpk,⁷⁰ stwierdził: „[...] skarżący wniesli sprawę *prima facie*, iż ich krewny został uprowadzony przez funkcjonariuszy państwowych. Twierdzenie rządu, iż śledczy nie znaleźli żadnego dowodu wspierającego tezę o zaangażowaniu sił specjalnych w porwanie oraz jego ogólne odnoszenie się do ewentualności zaangażowania w zbrodnię nielegalnych powstańców, jest niewystarczające dla zwolnienia go z wyżej wspomnianego ciężaru dowodu.

⁶⁸ Azyevy, pkt 70.

⁶⁹ Ibidem, pkt 73. Trybunał przy okazji odnotował z wielkim zainteresowaniem, że wpłynęło doń szereg spraw, które sugerują, iż w Czeczenii dobrze znanym jest zjawisko „zaginięć”. Na ten sam wniosek wskazuje szereg raportów międzynarodowych. Trybunał zgadza się ze skarżącymi, że w kontekście konfliktu w Czeczenii – gdy osoba zostaje zatrzymana przez niezidentyfikowanych funkcjonariuszy, bez jakiegokolwiek późniejszego potwierdzenia detencji, można to uważać za sytuację zagrażającą życiu. W rezultacie ocenił, że: Postępowanie władz w obliczu dobrze uzasadnionych zarzutów skarżących prowadzi do silnego domniemania przynajmniej przyzwolenia na taką sytuację i rodzi poważne wątpliwości co do obiektywizmu śledztwa – ibidem, pkt 78. Orzekł również, iż zostało ustalone ponad rozsądną wątpliwość, że trzeba domniemywać, iż Lom-Ali i Umar-Ali Azyev zginęli w następstwie ich skrytej detencji przez funkcjonariuszy państwowych. Dodał przy tym: Trybunał stwierdza także, że w sprawie uprowadzenia nie było żadnego właściwego śledztwa, co przyczyniło się do ewentualnego zaginięcia dwóch mężczyzn. W konsekwencji, wchodzi w grę odpowiedzialność państwa pozwanego – ibidem, pkt 79. Por.: *Case of Gekhayeva and Others v. Russia*, Appl. 1755/04, wyrok z 29.05.2008 r., pkt 87, 90–91; *Case of Ibragimov and Others v. Russia*, Appl. 34561/03, wyrok z 29.05.2008 r., pkt 78–87; *Case of Sangariyeva and Others v. Russia*, Appl. 1839/04, wyrok z 29.05.2008 r., pkt 60–69; *Ustayeva and Others*, pkt 154–165; *Case of Elmurzaev and Others v. Russia*, Appl. 3019/04, wyrok z 12.06.2008 r., pkt 91–95; *Takhayeva and Others*, pkt 79; *Case of Akhmadova and Akhmadov v. Russia*, Appl. 20755/04, wyrok z 25.09.2008 r., pkt 55–67.

⁷⁰ *Case of Karimov and Others v. Russia*, Appl. 29851/05, wyrok z 16.07.2009 r., pkt 93–106 (*The Court's Assessment of the Evidence and the Establishment of the Facts*), zwłaszcza pkt 95 i nn. (*The Court's Evaluation of facts*).

Zbadawszy dokumenty przedłożone przez skarżących i wywodząc wnioski z braku przedłożenia przez rząd dokumentów, które znajdowały się w jego wyłącznym posiadaniu, bądź zapewnienia innego przekonującego wyjaśnienia odnośnych wydarzeń, Trybunał stwierdza, że Arbi Karimov został zatrzymany 11 stycznia 2003 r. przez funkcjonariuszy państwowych podczas skrytej operacji bezpieczeństwa⁷¹.

6. Próba konkluzji

Przeprowadzone badania pozwalają stwierdzić, że właściwie w każdej ze spraw czeczeńskich rozpatrywanych i rozstrzyganych przez ETPC w latach 2005–2009 Trybunał stawiał wobec niedostatku dokumentów i innych materiałów, których – mimo powtarzanych żądań Trybunału – rząd rosyjski nie udostępniał w ogóle albo udostępniał ze znacznym opóźnieniem, czasami już po uznaniu danej skargi za dopuszczalną. W istocie, takie postępowanie rządu rosyjskiego mogłoby zupełnie uniemożliwić Trybunałowi Strasburskiemu właściwe badanie skarg czeczeńskich. Na szczęście – co muszę uwydatnić w naszej dobie wszechogarniającej „poprawności

⁷¹ Ibidem, pkt 103. Trybunał brał pod uwagę brak jakichkolwiek wieści o porwanym, brak zarejestrowania faktu jego detencji, i to w kontekście zjawiska wymuszonych zaginięć w Czeczenii, co pozwoliło mu stwierdzić, że *dostępne dowody pozwalają mu na ustalenie, iż trzeba domniemywać, że Arbi Karimov zginął w następstwie jego skrytej detencji przez funkcjonariuszy państwowych* – ibidem, pkt 104–106. Por.: *Case of Pushigova v. Russia*, Appl. 15440/05, wyrok z 2.07.2009 r., pkt 75, w związku z pkt. 73–88; *Case of Khasuyeva v. Russia*, Appl. 28159/03, wyrok z 11.06.2009 r., pkt 97, w związku z pkt. 95–110; *Case of Taysumov and Others v. Russia*, Appl. 21810/03, wyrok z 14.05.2009 r., pkt 131, w związku z pkt. 126–132; *Case of Turluyeva and Khamidova v. Russia*, Appl. 12417/05, wyrok z 14.05.2009 r., pkt 81, w związku z pkt. 70–84; *Case of Alaudinova v. Russia*, Appl. 32297/05, wyrok z 23.04.2009 r., pkt 72, w związku z pkt. 71–83; *Case of Gakiyev and Gakiyeva v. Russia*, Appl. 3179/-5, wyrok z 23.04.2009 r., pkt 90, w związku z pkt. 84–101; *Case of Israilova and Others v. Russia*, Appl. 4571/04, wyrok z 23.04.2009 r., pkt 106, w związku z pkt. 100–120; *Malsagova*, pkt 104, w związku z pkt. 100–113; *Dzhambekova and Others*, pkt 250, w związku z pkt. 234–275; *Case of Dzhabrailova v. Russia*, Appl. 1586/05, wyrok z 9.04.2009 r., pkt 59, w związku z pkt. 57–66; *Case of Dokayev and Others v.*

Russia, Appl. 16629/05, wyrok z 9.04.2009 r., pkt 68, w związku z pkt. 67–79; *Case of Khadayeva and Others v. Russia*, Appl. 5351/04, wyrok z 12.03.2009 r., pkt 119, w związku z pkt. 117–132; *Case of Elsiyev and Others v. Russia*, Appl. 21816/03, wyrok z 12.03.2009 r., pkt 145, w związku z pkt. 142–155; *Case of Vagapova and Zubirayev v. Russia*, Appl. 21080/05, wyrok z 26.02.2009 r., pkt 76, w związku z pkt. 66–87. W *Case of Khadayeva and Others v. Russia*, Appl. 5351/04, wyrok z 12.03.2009 r., pkt 124, Trybunał – po przypomnieniu zasad i ich zastosowaniu do sprawy (pkt 116–123) – doszedł do wniosku: *Wywodząc wnioski z braku przedłożenia przez rząd dokumentów, które znajdowały się w jego wyłącznym posiadaniu, bądź zapewnienia przekonującego wyjaśnienia odnośnych wydarzeń, Trybunał stwierdza, że dostępne dowody pozwalają ustalić, zgodnie z wymaganym standardem dowodu, że p. Ali Khadayev został schwytyany w nocy z 4 na 5 stycznia 2003 r. w swoim domu w Urus-Martan przez funkcjonariuszy państwowych podczas operacji bezpieczeństwa* (pkt 124); zarazem stwierdził: *wydarzenia w Piatigorsku nie stanowią wystarczającego dowodu na to, iż p. Ali Khadayev żyje i trzeba domniemywać, że zginął on w następstwie jego skrytego schwytania przez funkcjonariuszy państwowych w nocy z 4 na 5 stycznia 2003 r.* (pkt 132).

politycznej” i swoistej „niedopuszczalności” wypowiedziania czegokolwiek, co działałoby na szkodę wizerunku „Matuszki Rossiji” – Trybunał potrafił w zasadzie zachować godną postawę i nauczył się praktycznie radzić z brakiem gotowości Rosji do szczerego i owocnego współdziałania z Trybunałem, jak tego wymagają zobowiązania z art. 34 oraz art. 38 ust. 1/a/ EKPC.

Faktem jest, że nie było stwierdzeń naruszenia zobowiązań państwa pozwanego wynikających z art. 34 *in fine* Konwencji. Staje się to zrozumiałe, gdy uwzględnimy, że w sprawach, w których skarżący wysuwali zarzut przeszkadzania w korzystaniu przez nich z prawa do skargi, nie potrafili tych zarzutów uzasadnić. W pozostałych przypadkach – mimo bardzo poważnego traktowania przez Trybunał zobowiązań państwa pozwanego z art. 34 – wygodniej było Trybunałowi dokonywać oceny z perspektywy art. 38 ust. 1/a/ jako *lex specialis* w stosunku do *lex generalis* z art. 34 *in fine*.

I przeciwnie – Trybunał wielokrotnie stwierdzał naruszenie przez Rosję jej zobowiązań płynących z art. 38 ust. 1/a/, gdy nieprzedłożone przez Rosję dokumenty, zwłaszcza brak pełnych akt śledztwa krajowego, uniemożliwiały mu „właściwe i skuteczne badanie skarg”. Z drugiej strony, warto wskazać, że – kiedykolwiek Trybunał, choćby i z opóźnieniem, uzyskał większość materiałów, zwłaszcza materiały dla oceny sprawy kluczowe – unikał odrębnego orzekania o naruszenie przez Rosję zobowiązań z art. 38 ust. 1/a/.

Batalia o dokumenty między Rosją a Trybunałem Strasburskim toczyła się „na gruncie” art. 161 rosyjskiego kodeksu postępowania karnego. W postępowaniu Rosji wyczuwa się – typowy dla państw socjalistycznych – „nimb tajemnicy państwowej” i niechęć do jej ujawniania. Wygląda to na swego rodzaju tajemnicę, chroniącą imponderabiliów rosyjskiego mocarstwa. Tymczasem, Trybunał interpretuje art. 161 „po swojemu”: nie dostrzega w nim zakazu ujawniania ani zasady nieujawniania, lecz wymogi proceduralne, jakich trzeba dopełnić dla uzyskania odnośnych materiałów, z uwzględnieniem koncepcji prawowitych celów, którym tajemnica ma służyć. Bliskie to jest rozumowaniu Trybunału w kontekście klauzul limitacyjnych, zwłaszcza jego rozumowaniu na tle specyficznego celu prawowitego z art. 10 ust. 2 Konwencji, a mianowicie „zapobiegania ujawnieniu informacji poufnych”.

To wszystko wplata się w przyjmowaną przez Trybunał koncepcję oceny dowodów i ustalania faktów. Na szczęście dalekie są czasy, kiedy organy strasburskie niejako przesadzały w wizji swojej subsydiarności i niemal bezwarunkowo pozostawiały organom, zwłaszcza sądom krajowym, zadanie ustalania faktów oraz przeprowadzania i oceny dowodów. Gdyby tak nadal było, orzecznictwo w sprawach czeczeńskich byłoby zgoła niemożliwe: zablokowane i nieefektywne śledztwa lub procesy krajowe, skrywane i nie udostępniane Trybunałowi informacje i dokumenty kluczowe dla rozstrzygnięcia spraw mu przedłożonych.

Dlatego za największą bodaj zasługę Trybunału mam pragmatyczne zakwestionowanie wszechobecności zasady *affirmanti incumbit probatio*.

Wszędzie tam, gdzie skarżący siłą rzeczy nie dysponuje argumentami, zwłaszcza konkretnymi dowodami, które znajdują się w wyłącznej dyspozycji państwa, jego kompetentnych władz, Trybunał przesuwając ciężar dowodu właśnie na państwo pozwane: co do autentycznego przebiegu odnośnych wydarzeń; co do wyjaśnienia przyczyn uszkodzeń lub śmierci następujących w warunkach pozbawienia wolności bądź tak czy inaczej pojętej kontroli państwowej itd. Na państwie ciąży obowiązek „satysfakcjonującego i przekonywającego wyjaśnienia”, z jego braku zaś Trybunał może wywodzić wnioski korzystne dla skarżących. Skoro państwo dysponuje odpowiednimi informacjami i dokumentami i skoro nie chce ich ujawnić, co ewentualnie umożliwiłoby mu odparcie zarzutów skarżących, przeto sytuacja taka dowodowo przemawia na niekorzyść państwa. Trybunał nauczył się skrzętnie to wykorzystywać.

I tak, Rosja przegrywa kolejne sprawy strasburskie. Niemal bez wyjątku, niekorzystne dla niej wyroki Trybunału zapadają jednomyślnie; pogwałcenia praw człowieka przez Rosję w Czeczenii nie budzą wątpliwości. Świat zazwyczaj nie interesuje się orzecznictwem strasburskim w sprawach czeczeńskich. A przydałoby się jego większe nagłośnienie – nie tylko na użytek czeczeńskich ofiar naruszeń praw człowieka; także na potrzeby polityków Rosji, Europy i świata. Może choć odrobinę leczyłoby to ich z choroby „poprawności politycznej”. Osobiście poruszony jestem faktem, że w kontekście konfliktu w Czeczenii Rosja: nie uznała jakiegokolwiek konfliktu zbrojnego; nie wprowadziła żadnego stanu nadzwyczajnego i nie wykorzystywała mechanizmu derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka; nawet nie powoływała się na „dobrodziejstwa” art. 2 ust. 2 Konwencji Europejskiej, by usprawiedliwić przypadki pozbawienia życia i wymuszonych zaginięć argumentem „absolutnie koniecznego użycia siły”.

Wygląda to tak, jakby państwo to – zgodnie z odwieczną tradycją rosyjską, a zwłaszcza sowiecką – lekceważyła prawo w ogóle. Jakże dalekie jest jej postępowanie od atmosfery *rule of law*! I jakże autentycznym przejawem braku poszanowania *rule of law* jest właśnie postawa Rosji w dziedzinie obowiązku współdziałania z trybunałem strasburskim w postępowaniu konwencyjnym dla potrzeb właściwego i skutecznego badania skarg. Czy dożyję czasu, w którym Rosja zrozumie, że takie szczere i owocne współdziałanie ostatecznie działa na jej własną korzyść?!

A DUTY TO COOPERATE WITH THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE CHECHEN CASES AGAINST THE RUSSIAN FEDERATION

Key words: individual applications to the European Court of Human Rights, duty to cooperate with the European Court of Human Rights, Russian military operation in Chechnya, *affirmanti incumbit probatio*.

Summary

The paper examines a duty of a respondent Contracting Party to cooperate with the European Court of Human Rights in the conduct of the individual application proceedings. The study is based on a survey of 58 judgements delivered by the Court in cases brought against the Russian Federation by the residents of Chechnya in years 2005–2009.

The Russian government has refused to recognise the existence of an armed conflict in Chechnya, characterising the events there as terrorism and banditry. No martial law and no state of emergency has been declared in Chechnya, and no derogation has been made under Article 15 of the Convention, so the operation in question therefore has been judged by the Court against a normal legal background.

The obligation stated by Article 34 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms requires the Contracting States to furnish all necessary facilities to the Court, whether it is conducting a fact-finding mission or performing its general duties as regards the examination of applications. In accordance with the case-law principles presented in the paper, delays in submitting information which is crucial to the establishment of facts may give rise to a separate finding under Article 38 of the Convention. In a case where the application raises issues of grave unlawful actions by State agents, the documents of the criminal investigation are fundamental to the establishment of facts and their absence may prejudice the Court's proper examination of the complaint both at the admissibility and merits stage.

The paper describes two major developments regarding the application of the above-mentioned safeguards in the cases brought before the Court by the Chechnya residents.

The survey finds that the practice of denying the Court access to requested documents, notably criminal investigation files, concerned a large number of cases (over 50) communicated by the Court to the Russian Government, most of which concerned allegations of serious human rights violations in Chechnya. In each concerned case the Russian government produced a list of documents that were exempted from the case file submitted to the Court and explained their non-disclosure on the grounds of national security (Article 161 of the Code of Criminal Procedure).

The Court has responded with an indication that proceedings in certain type of applications do not in all cases lend themselves to a rigorous application of the principle whereby a person who alleges something must prove that allegation. It is inherent in the proceedings relating to cases of this nature, where individual applicants accuse State agents of violating their rights under the Convention, that in certain instances it is only the respondent State that has access to information capable of corroborating or refuting these allegations. A failure on a Government's part to submit such information which is in their hands without a satisfactory explanation may not only give rise to the drawing of inferences as to the well-foundedness of the applicant's allegations, but may also reflect negatively on the level of compliance by a respondent State with its obligations under Article 38 § 1 (a) of the Convention.

Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego

Lustracja a prawa człowieka. W poszukiwaniu podstawowych standardów

Słowa kluczowe: prawa człowieka, dekomunizacja, lustracja, demokratyzacja.

1. Definicja lustracji

Mimo że lustracja jest mechanizmem uregulowanym prawnie, jej zdefiniowanie wymaga sięgnięcia do dorobku innych dyscyplin naukowych, w szczególności socjologii (w tym także socjologii prawa) i politologii. Wynika to przede wszystkim z braku definicji ustawowej.

Dość ogólną definicję lustracji podał S. Cohen, nazywając ją masowym oczyszczeniem (*mass purification*), polegającym w szczególności na usunięciu lub dyskwalifikacji ze stanowisk rządowych.¹ Interesujące nas pojęcie doprecyzował od strony podmiotowej S. L. Esquith, który stwierdził, że jest to usunięcie lub dyskwalifikacja ze stanowiska publicznego byłego funkcjonariusza państwowego lub partyjnego.²

Z kolei, N. Letki wyróżniła dwa podejścia do definicji lustracji.³ Pierwsze z nich to ujęcie szerokie, reprezentowane głównie przez S. Karstedt, która uznała, że lustracja składa się z dwóch typów procedur: 1) procedur karnych przeciwko członkom elit i władz wyższego szczebla oraz 2) procedur masowego sprawdzania (*screening*) prowadzonych przeciwko współpracownikom, członkom partii lub pracownikom instytucji państwowych (np. policji, służb bezpieczeństwa) głównie szczebla średniego i niższego.⁴

¹ S. Cohen, *State Crimes of Previous Regimes: Knowledge, Accountability, and the Policing of the Past*, „Law & Social Inquiry”, Vol. 20, No. 1 (Winter, 1995), s. 12.

² S. L. Esquith, *Toward a Democratic Rule of Law: East and West*, „Political Theory”, Vol. 27, No. 3 (Jun., 1999), s. 334.

³ N. Letki, *Lustration and Democratisation in East-Central Europe*, „Europe-Asia Studies”, Vol. 54, No. 4 (Jun., 2002), s. 530 i n.

⁴ S. Karstedt, *Coming to Terms with the Past in Germany after 1945 and 1989: Public Judgments on Procedures and Justice*, „Law and Policy”, Vol. 20 (1998), s. 16. Podane za: N. Letki, op. cit., s. 530.

Zwolennicy podejścia zawężającego, jak C. Offe, traktują lustrację wyłącznie jako procedurę ukierunkowaną na pozbawienie pewnych kategorii osób stanu posiadania i/lub statusu osobistego.⁵ W tym nurcie mieści się m.in. definicja N. Letki: „postępowania mające na celu sprawdzenie (*screening*), czy osoby ubiegające się o wybrane stanowiska publiczne miały powiązania z reżimem komunistycznym”.⁶ W literaturze przedmiotu zawężające rozumienie lustracji zdecydowanie dominuje, przez co zagadnienie odpowiedzialności karnej osób piastujących wysokie stanowiska w reżimach komunistycznych (czy szerzej: totalitarnych) uchodzi za kwestię odrębną, choć mieszczącą się (współ z lustracją) w nurcie zjawisk związanych z tzw. sprawiedliwością epoki przejściowej (*transitional justice*).⁷

Precyzyjniejsze objaśnienie pojęcia „lustracja” dała M. Łoś. Według niej, lustracja to „sprawdzenie (*screening*) lub przeświecenie (*vetting*) kandydatów na ważne stanowiska publiczne lub osób piastujących takie stanowiska w celu zidentyfikowania (oraz często – wykluczenia na określony czas) byłych współpracowników tajnych służb”.⁸

Jednocześnie autorka bardzo wyraźnie zaakcentowała różnicę pomiędzy lustracją a dekomunizacją. Ta druga odnosi się do wykluczenia byłych funkcjonariuszy partii komunistycznej oraz członków tzw. nomenklatury,⁹ zatem ostrza tych mechanizmów skierowane są wobec odmiennych kategorii osób. Owo zróżnicowanie mogłoby być tu pominięte, gdyby nie fakt, iż uwidacznia ono jedną z istotnych cech lustracji – jej celem jest zidentyfikowanie byłych tajnych współpracowników komunistycznych służb bezpieczeństwa.

Wydaje się, że takie rozumienie lustracji przyjęło się współcześnie, czego dowodem jest jedno z najnowszych opracowań, poświęconych interesującej nas materii.¹⁰ Autorzy przyjęli, iż lustracją jest „ustalenie, czy osoba

⁵ C. Offe, *The Varieties of Transition: the East European and East German experience*, Cambridge 1996, s. 80. Podane za: N. Letki, op. cit., s. 530.

⁶ N. Letki, op. cit., s. 530–531.

⁷ Por. np. L. Huyse, *Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past*, „Law & Social Inquiry”, Vol. 20, No. 1 (Winter, 1995), s. 52. Mianem *transitional justice* określa się różnego rodzaju mechanizmy stosowane przez państwa w celu rozliczenia się z totalitarną i/lub zbrodniczą przeszłością. *Transitional justice* ma zastosowanie w rzeczywistości posttotalitarnej i/lub postkonfliktowej. Do mechanizmów tych zalicza się m.in. postępowania karne (prowadzone przez sądy krajowe lub międzynarodowe), komisje prawdy, rekunciację, reparacje, rehabilitację, lustrację, reformy instytucjonalne, przedsięwzięcia upamiętniające. Por. m.in. R.G. Teitel, *Transitional justice*, Oxford 2000, J. Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge 2004.

⁸ Przywołana definicja pochodzi z opracowania: M. Łoś, A. Zybertowicz, *Privatizing the Police-State. The Case of Poland*, London 2000, s. 145. Maria Łoś ogłosiła tę definicję już wcześniej w artykule pt. *Lustration and Truth Claims: Unfinished Revolutions in Central Europe*, „Law & Social Inquiry”, Vol. 20, No. 1 (Winter, 1995), s. 121. Pierwotna wersja różniła się od powyższej, lecz różnice te nie są na tyle istotne, by je roztrząsać w tym miejscu.

⁹ M. Łoś, A. Zybertowicz, op. cit., s. 145.

¹⁰ K. Williams, A. Szczerbiak, B. Fowler, *Explaining Lustration in Central Europe: A 'Post-communist Politics' Approach*, „Democratization”, Vol.12, No.1 (Feb 2005), s. 22–43.

piastująca dane stanowisko, czy ubiegająca się o nie pracowała lub współpracowała z komunistycznymi służbami specjalnymi”.¹¹

Rekapitulując powyższe uwagi należy stwierdzić, że lustracja jest mechanizmem wypracowanym w ramach tzw. *transitional justice*, którego zadaniem jest sprawdzenie, czy osoba kandydująca na stanowisko publiczne lub osoba zajmująca takie stanowisko współpracowała z komunistycznymi służbami specjalnymi. Podstawowym celem jest zidentyfikowanie byłego współpracownika komunistycznych służb specjalnych. Celem dodatkowym może być (choć nie jest to warunek *sine qua non*) wyeliminowanie takiej osoby z życia publicznego.¹²

Wydaje się, choć prawdę mówiąc trudno o jednoznaczny afirmatywny argument, że taka definicja lustracji może być przeniesiona na grunt rozważań prawniczych.

Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1096 (1996) z 27.06.1996 r., dotycząca środków demontażu dziedzictwa po byłych totalitarnych systemach komunistycznych,¹³ wśród tytułowych środków w § 11 wymienia „ustawy lustracyjne lub dekomunizacyjne”. Taka formuła uwiadamia odrębność tych mechanizmów, chociaż przywołany dokument nie wyjaśnia, na czym ona polega.

Również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹⁴ potwierdza odrębność lustracji i dekomunizacji, odnosząc tę pierwszą do byłych współpracowników tajnych służb komunistycznych. W wyrokach, w których w grę wchodziły prawa byłych pracowników służb specjalnych lub partyjnych dygnitarzy,¹⁵ Trybunał skrzętnie unikał określenia

¹¹ Ibidem, s. 23. Na marginesie warto odnotować, że autorzy uznali tę definicję za „polski sposób rozumienia lustracji”.

¹² Niewątpliwie ciekawym zagadnieniem, choć wykraczającym poza ramy niniejszego opracowania, jest etymologia pojęcia „lustracja”. Część autorów wskazuje na łacińskie *lustrum* oznaczające obrzęd oczyszczenia dokonywany w starożytnym Rzymie co pięć lat przez ustępujących cenzorów. Tak np. J. Rohozińska, *Struggling with the Past. Poland's controversial lustration trial*, „Central Europe Review”, Vol. 2, No. 30, 11.09.2000, <http://www.ce-review.org/00/30/rohozinska30.html>. Bardziej przekonujące wyjaśnienie przedstawili K. Williams, A. Szczerbiak i B. Fowler. Według nich termin „lustracja” był używany przez archiwistów słowiańskojęzycznych dla określenia przeszukania baz danych (rejestrów) w celu odnalezienia informacji o danej osobie. Tak rozumiane pojęcie zostało przejęte przez czechosłowackich polityków na początku lat 90. – op. cit., przypis 7. Na czechosłowackie pochodzenie takiego rozumienia słowa „lustracja” wskazała też H. Welsh, choć ona także, podobnie jak Rohozińska, odwołuje się do łacińskiego *lustrum* – por. *Dealing with the Communist past: Central and East European Experiences after 1990*, „Europe-Asia Studies”, Vol. 48, No. 3 (May 1996), przypis 10.

¹³ *Resolution 1096 (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems*, <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta96/eres1096.htm>.

¹⁴ Dalej także jako ETPC lub Trybunał.

¹⁵ *Volkmer przeciwko Niemcom*, decyzja w przedmiocie dopuszczalności z dn. 22.11.2001 r., skarga nr 39799/98 (sekretarz honorowy SED – Niemieckiej Socjalistycznej Partii Jedności), *Rainys i Gasparavičius przeciwko Litwie*, wyrok z dn. 7.04.2005 r., skargi nr 70665/01 i 74345/01, *Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie*, wyrok z 27.07.2004 r., skargi nr 55480/00 i 59330/00 (funkcjonariusze KGB).

„lustracja” – nie pojawiło się ono ani razu.¹⁶ Pojęcie to było natomiast konsekwentnie stosowane przez ETPC w sprawach dotyczących byłych współpracowników komunistycznych służb bezpieczeństwa.¹⁷

Prawo krajowe, co do zasady, nie zaprzecza przyjętej w niniejszym artykule rozumieniu lustracji. Wprawdzie odpowiednie akty prawne¹⁸ nie ograniczają się wyłącznie do uregulowania mechanizmu lustracyjnego obejmując również dekomunizację (skierowane są także przeciwko funkcjonariuszom aparatu państwowego i partyjnego), jednak ustawodawcy nie nazwali tych ustaw „ustawami lustracyjnymi”.¹⁹

2. Prawne uregulowania lustracji w krajach postkomunistycznych

Charakter niniejszego opracowania nie pozwala na opisywanie mechanizmów lustracyjnych poszczególnych państw postkomunistycznych. Szczegółowe informacje można znaleźć w licznych publikacjach. W tym miejscu omówione zostaną jedynie cechy wspólne rozwiązań krajowych ze wskazaniem istniejących odstępstw w niektórych krajach byłego bloku komunistycznego.

Podstawą prawną lustracji jest akt prawa krajowego; w przytłaczającej większości są to ustawy. Można jednak zaobserwować pewne odstępstwa od tej reguły. Po pierwsze, zasadniczy trzon regulacji lustracyjnych w RFN znalazł się w umowie międzynarodowej, tj. w traktacie zjednoczeniowym z 31.08.1990 r.²⁰ Po drugie, istotny (choć nie niezbędny) element lustracji,

¹⁶ Pewnym wyjątkiem jest zdanie odrębne, które złożył słoweński sędzia Bojan Zupančič w sprawie *Ždanoka przeciwko Lotwie* (sprawa dotyczyła członkini Komunistycznej Partii Łotwy). Pojawiło się tam określenie „lustracja”. Kontekst, w jakim ono wystąpiło, nie jest do końca jasny, aczkolwiek można przypuszczać, iż Zupančič miał na myśli działania podejmowane przeciwko „byłym współpracownikom” (ang. *former collaborators*).

¹⁷ *Turek p. Słowacji*, wyrok z dn. 14.02.2006 r., skarga nr 57986/00, *Matyjek przeciwko Polsce*, decyzja w przedmiocie dopuszczalności z dn. 30.05.2006 r., wyrok z dn. 24.04.2007, skarga nr 38184/03, *Bobek przeciwko Polsce*, wyrok z dn. 17.07.2007 r., skarga nr 68761/01, *Luboch przeciwko Polsce*, wyrok z dn. 15.01.2008, skarga nr 37469/05, *Jałowiecki przeciwko Polsce*, wyrok z dn. 17.02.2009 r., skarga nr 34030/07.

¹⁸ Omówienie wybranych rozwiązań krajowych będzie przedmiotem kolejnej części niniejszego artykułu.

¹⁹ W języku potocznym takie określenia przyłgnęły do tych aktów prawnych. Polskie prawo wykazuje w omawianym zakresie pewną niekonsekwencję. Ustawa z 1997 r. posługiwała się wprawdzie terminem „oświadczenie” (a nie „oświadczenie lustracyjne”), ale postępowanie sądowe wszczynane w celu sprawdzenia prawdziwości oświadczenia określenie było mianem „postępowania lustracyjnego”. Z kolei, w ustawie z 2006 r. mowa już o „oświadczeniu lustracyjnym”.

²⁰ Traktat z 31.08.1990 r. pomiędzy Republiką Federalną Niemiec a Niemiecką Republiką Demokratyczną o ustanowieniu jedności Niemiec. Tekst w wersji anglojęzycznej opublikowany na stronie internetowej www.ena.lu.

jakim jest pozbawienie byłych współpracowników stanowisk w administracji publicznej, został wprowadzony na Litwie dekretem rządu z 12.10.1991 r.²¹

Prawo lustracyjne zawiera również mechanizm dekomunizacyjny. Oznacza to, że obok identyfikowania i ewentualnego wykluczenia z sektora publicznego byłych współpracowników tajnych służb bezpieczeństwa (lustracja), prawo krajowe obejmowało również byłych funkcjonariuszy tych służb, członków milicji, ale także osoby zajmujące wysokie stanowiska państwowe i/lub partyjne.²² W niektórych krajach postkomunistycznych mechanizm lustracyjny wykorzystano również do zidentyfikowania osób wspierających reżim nazistowski podczas drugiej wojny światowej.²³

Lustracja przeprowadzana jest wobec osób zajmujących stanowiska w sektorze publicznym lub osób ubiegających się o takie stanowiska. Katalog tych stanowisk różni się w zależności od kraju, jednak możliwe jest wskazanie pewnej części wspólnej. Lustracją objęte są zatem następujące stanowiska: członkowie parlamentu, prezydent i wiceprezydenci, członkowie rządu, kierownictwo mediów publicznych i przedsiębiorstw państwowych. W niektórych państwach, np. w Czechach i na Słowacji byli tajni współpracownicy komunistycznych służb bezpieczeństwa nie mogli piastować wysokich funkcji na wyższych uczelniach państwowych.²⁴ W wielu przypadkach lustracja obejmowała także stanowiska w wymiarze sprawiedliwości (w szczególności sędziów i prokuratorów) i wysokie stanowiska w siłach zbrojnych.²⁵

W wielu krajach stwierdzenie, że osoba lustrwana była współpracownikiem komunistycznych służb specjalnych, oznaczało pozbawienie jej stanowiska bądź wykluczenie z grona kandydatów. Takie rozwiązanie nie jest jednak powszechne – świadczy o tym przykład Polski, gdzie negatywne konsekwencje wobec osoby lustrwanej wyciągane są dopiero w przypadku

²¹ Dekret nr 418 z 12.10.1991 r. o wykluczeniu funkcjonariuszy i informatorów KGB ze stanowisk rządowych. Tekst w wersji anglojęzycznej opublikowano w N.J. Kritz, *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. III: *Laws, Rulings, and Reports*, Washington 1995, s. 427.

²² Por. np. ustawę nr 451/1991 Sb. określającą niektóre inne warunki pełnienia niektórych funkcji w organach i organizacjach państwowych Czeskiej i Słowackiej Republiki Federalnej, Republiki Czeskiej i Republiki Słowackiej. Akt ten został uchwalony 4.10.1991 r. przez Zgromadzenie Federalne Czeskiej i Słowackiej Republiki Federalnej. Tekst opublikowany na: <http://www.abscr.cz/data/pdf/normy/zakon451-1991.pdf>. Wersja anglojęzyczna opublikowana została na stronie parlamentu gruzińskiego: http://www.parliament.ge/files/437_1262_566752_Chekheti.pdf

²³ Np. na Węgrzech prawo lustracyjne objęło m.in. byłych Strzałokrzyżowców i członków partii faszystowskiej – por. K. Williams, A. Szczerbiak, B. Fowler, op. cit., s. 7. Podobnie w Estonii – por. M. S. Ellis, *Purging the past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc*, „Law and Contemporary Problems”, Vol. 59, No. 4 (Autumn 1996), s. 190. Z drugiej strony, lustracja w Czechach nie obejmowała osób piastujących wysokie stanowiska państwowe w okresie Praskiej wiosny – K. Williams, *Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic*, „Journal of Communist Studies and Transition Politics”, Vol. 19, No. 4 (Dec. 2003), s. 13–15.

²⁴ K. Williams, op. cit., s. 13–15. Podobne rozwiązanie obowiązuje w Polsce.

²⁵ Takie rozwiązanie przyjęto m.in. w Czechach, na Słowacji, na Węgrzech, w Polsce.

złożenia nieprawdziwego oświadczenia lustracyjnego. Na Węgrzech zmianę prawa lustracyjnego wymusiło orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, uchylające część przepisów ustawy z 9.03.1994 r. o prześwietleniu osób zajmujących pewne ważne stanowiska. Nowa ustawa przyjęta 3.07.1996 r. nie przewidywała automatycznej utraty zajmowanego stanowiska. Osobę zidentyfikowaną jako byłý tajny współpracownik służb bezpieczeństwa wzywano do ustąpienia w ciągu 30 dni, a jeżeli wezwanie było bezskuteczne, ustalenia panelu były publikowane w dzienniku urzędowym.²⁶

Lustracja prowadzona jest zwykle przez specjalną instytucję, która dysponuje dostępem do archiwów dawnych komunistycznych służb bezpieczeństwa.²⁷ Nie wyklucza to jednak możliwości skierowania postępowania na drogę sądową²⁸ lub sądowo-administracyjną.²⁹

Wiele krajowych aktów prawnych, wprowadzających czy modyfikujących mechanizm lustracyjny, wyznaczało okres, w którym lustracja powinna być dokonana, przy czym prolongata nie jest zjawiskiem nadzwyczajnym. Czesko-słowacka ustawa lustracyjna miała obowiązywać do końca 1996 r. Czeski parlament zdecydował o przedłużeniu jej obowiązywania o 5 lat, a następnie, w roku 2000 – na czas nieokreślony.³⁰ Podobnie w Niemczech, pierwotny termin (28.12.2006 r.) przedłużono do 2011 r.

3. Rekonstrukcja standardów międzynarodowych

Procesy dekomunizacji i lustracji nie zostały uregulowane w żadnej specjalnej umowie międzynarodowej. Tym niemniej możliwe jest zrekonstruowanie szeregu standardów, które powinny być zachowane przez państwo dokonujące rozliczenia swojej totalitarnej przeszłości, w szczególności poprzez mechanizmy lustracji i dekomunizacji.

Dokumentem, który może być w tym pomocny, jest Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1096 (1996) w sprawie środków demontażu spuścizny po byłych komunistycznych ustrojach totalitarnych, przyjęta w dniu 27.06.1996 r.³¹

²⁶ M. S. Ellis, op. cit., s. 184. W literaturze przedmiotu wyraźne złagodzenie prawa lustracyjnego (znacząco zawężono katalog stanowisk objętych lustracją) wiązane jest z dominacją postkomunistów w ówczesnym parlamencie – tak np. K. Williams, A. Szerbiak, B. Fowler, op. cit., s. 7.

²⁷ Np. Urząd ds. Akt Służby Bezpieczeństwa byłej NRD – tzw. Instytut Gaucka (Niemcy), Instytut Pamięci Narodowej (Polska, Słowacja).

²⁸ Np. w Niemczech, na Słowacji czy w Polsce.

²⁹ Np. na Litwie.

³⁰ Przy ostatniej prolongacie określono, że ustawa będzie obejmowała osoby urodzone przed 1.12.1971 r.

³¹ Dalej jako Rezolucja 1096. Dokument w wersji angielskiej opublikowany na stronie internetowej Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta96/eres1096.htm>

Wśród środków, jakimi dysponują kraje postkomunistyczne (postępowania karne, rehabilitacje niesłusznie skazanych ofiar reżimów komunistycznych, otwarcie archiwów tajnych służb specjalnych, zwrot bezprawnie odebranych majątków, wypłata odszkodowań), wymieniono takie środki administracyjne (ang. *administrative measures*) jak ustawy lustracyjne lub dekomunizacyjne.³²

W opinii Zgromadzenia Parlamentarnego,³³ celem tych ustaw jest „odsunięcie osób od wykonywania władzy rządowej, o ile nie można im powierzyć wykonywania jej w zgodzie z zasadami demokratycznymi, gdyż nie wykazały one przywiązania do tych zasad lub wiary w nie w przeszłości i nie mają interesu lub motywacji do przejścia na nie obecnie.”³⁴

Zarówno lustracja, jak i dekomunizacja powinny być zgodne z zasadami demokratycznego państwa prawa. Aby ten wymóg był zachowany, konieczne jest, zdaniem ZP RE, wypełnienie następujących kryteriów: „1) wina (indywidualna raczej niż zbiorowa) musi być udowodniona w każdym indywidualnym przypadku – odzwierciedla to potrzebę indywidualnego, a nie zbiorowego stosowania ustaw lustracyjnych. 2) prawo do obrony, domniemanie niewinności, prawo do odwołania do sądu muszą być zagwarantowane.”³⁵

Rezolucja 1096 stanowi ponadto, iż celem lustracji powinna być ochrona młodej demokracji, w związku z czym „nie mogą być dopuszczalne polityczne czy społeczne nadużycia (*misuse*) rezultatów postępowań lustracyjnych.”³⁶ Co więcej, Zgromadzenie Parlamentarne wyraziło pogląd, że „celem lustracji nie jest ukaranie osób uznanych za winne”, gdyż jest to „zadanie prokuratorów stosujących prawo karne.”³⁷

Twórcy omawianego dokumentu zdawali sobie sprawę, że jednym ze skutków zastosowania „ustaw lustracyjnych lub dekomunizacyjnych” jest (czy może być) pozbawienie niektórych osób posad. Zalecili zatem, by osoby te „co do zasady, nie traciły nabytych wcześniej uprawnień natury finansowej”. Jako wyjątek dopuścili sytuację, w której „elity rządzące dawnego reżimu przyznały sobie wyższe prawa do wynagrodzenia, niż prawa pozostałej części populacji”. Wówczas, istnieje możliwość zredukowania ich do „zwykłego poziomu”.³⁸

Wreszcie, Rezolucja 1096 „sugeruje”, aby lustracja była „zgodna z wymogami państwa opartego na zasadzie rządów prawa oraz skupiona na

³² Rezolucja 1096, § 11.

³³ Dalej także jako ZP RE.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem, § 12.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem. Sformułowanie, z którego wynika, jakoby prokuratorzy (*prosecutors*) karali osoby uznane za winne, jest niefortunne. Zgodnie z powszechnie przyjętą zasadą prawa, organem kompetentnym w tych sprawach są sądy. Niefortunność tego passusu polega na tym, że wymierzanie kar *de facto* przez prokuratorów i marionetkowa pozycja sądów to praktyki charakterystyczne dla wielu (jeżeli nie wszystkich) komunistycznych reżimów totalitarnych.

³⁸ Ibidem, § 14.

zagrożeniach podstawowych praw człowieka i procesie demokratyzacji.”³⁹ Zgromadzenie Parlamentarne, najwyraźniej świadome lakoniczności powyższej formuły, odwołało się do dokumentu pt. „Wskazówki, jak zapewnić, by prawa lustracyjne i podobne środki administracyjne były zgodne z wymogami państwa opartego na zasadzie rządów prawa”.⁴⁰ Dokument ten, w opinii Zgromadzenia Parlamentarnego, ma służyć jako „przydatna publikacja w tym zakresie”.⁴¹

Podsumowując, Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1096 w sprawie środków demontażu spuścizny po byłych komunistycznych ustrojach totalitarnych formułuje szereg istotnych standardów o charakterze proceduralnym, które powinny mieć zastosowanie do postępowań lustracyjnych: odpowiedzialność na zasadzie indywidualnej winy, domniemanie niewinności, prawo do obrony oraz prawo do odwołania się do sądu.

Wśród standardów o charakterze materialnym wymienić można: zakaz politycznych i społecznych nadużyć wyników lustracji, ograniczenie lustracji do sfery publicznej,⁴² ograniczenie konsekwencji ujawnienia współpracy.⁴³

Jeżeli chodzi o „Wskazówki, jak zapewnić, by prawa lustracyjne i podobne środki administracyjne były zgodne z wymogami państwa opartego na zasadzie rządów prawa”, dokument ten, trochę wbrew swojej nazwie, koncentruje się wyłącznie na wymogach stawianych lustracji. Tworzą one trzynastopunktową listę (litery a-m), przy czym niektóre jej punkty stanowią powtórzenie omówionych już zaleceń Rezolucji 1096, ewentualnie nieznacznie je rozwijając.⁴⁴

Niektóre rekomendacje, zawarte w omawianym dokumencie, zasługują na szczególną uwagę, ze względu na ich potwierdzenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Uprawnione jest zatem twierdzenie, że odzwierciedlają one, przynajmniej w swojej zasadniczej części, standardy wiążące zainteresowane państwa i często przez nie realizowane.⁴⁵

³⁹ Ibidem, § 13.

⁴⁰ *Guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a state based on the rule of law*, Doc. 7568, 3.6.1996. Dalej jako Wskazówki. Jest to część tzw. Raportu Adriana Severina opublikowanego na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc96/EDOC7568.htm>

⁴¹ W taki sposób polskie Ministerstwo Sprawiedliwości przetłumaczyło wyrażenie *reference text* – por. tłumaczenie wyroków w sprawach Bobek i Matyjek – www.ms.gov.pl/re/bobek.rtf (§ 43 *in fine*) oraz www.ms.gov.pl/re/matyjek.rtf (§ 39 *in fine*).

⁴² Wszak w § 11 Rezolucji mowa o wykonywaniu władzy rządowej.

⁴³ Mam tu na myśli § 11, w którym mowa o odsunięciu osób od wykonywania władzy rządowej, § 12 wykluczający możliwość karania osób uznanych za winne, oraz § 14 odnoszący się do utraty uprawnień natury finansowej.

⁴⁴ Por. np. lit. b) Wskazówek, gdzie autor podkreśla, że celem jest uwolnienie demokracji od osób, które mogą stanowić dla niej zagrożenie. W lit. c) Wskazówek stwierdza się, iż lustracja nie może służyć karaniu czy zemście.

⁴⁵ Standardy sformułowane w Rezolucji 1096 mają niewątpliwie charakter *soft law* i jako takie powinny być przez państwa uwzględniane. Mam poważne wątpliwości co do uznania Raportu Severina (tym samym również Wskazówek) za *soft-law*. Wiążący charakter standardu zawartego we Wskazówkach wynika, w mojej opinii, wyłącznie z potwierdzenia go w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Inne punkty Wskazówek są kontrowersyjne i ich ocena nie może być jednoznaczna. Zdarza się, co zostanie wykazane poniżej, że twórca tego dokumentu popada w sprzeczność z Rezolucją 1096. Ponadto, niemała grupa postulatów nie znajduje potwierdzenia w praktyce państw i działalności orzeczniczej Trybunału w Strasburgu.

Do pierwszej grupy zaliczyć należy standard zawarty w lit. a) Wskazówek, zgodnie z którą lustracja powinna być przeprowadzona przez specjalnie utworzony niezależny organ. W istocie, w wielu krajach takie instytucje powołano. Jednak autor dokumentu bardzo uszczegółowił ten wymóg określając, że ma to być „komisja wybitnych obywateli nominowanych przez głowę państwa i zatwierdzonych przez parlament.” Tak wysoki i często trudny do osiągnięcia w warunkach niedojrzałej demokracji standard powinien zostać uzasadniony, w szczególności, gdy – zdaniem piszącego te słowa – nie zapewniła postulowanej niezależności organu lustracyjnego.

Standardem współgrającym z powyższym jest wymóg z lit. m) omawianego dokumentu. Zgodnie z treścią tego punktu, „w żadnym razie osoba nie może być poddana lustracji bez dostarczenia jej w pełnej należytnej ochrony procesowej, włączając w to [...] prawo do pomocy prawnej (przydzieloną, jeżeli podmiot nie jest w stanie za nią zapłacić), do konfrontowania i podważania dowodów przemawiających przeciw niej, do dostępu do wszystkich obciążających i uniewinniających dowodów, do przedstawiania własnych dowodów, do otwarciej rozprawy, jeżeli tego sobie życzy, i prawa do odwołania do niezależnego organu sądowego.”

Jak pokaże analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w szczególności w sprawach polskich, przyznanie osobie lustrwanej gwarancji typowych dla postępowań karnych jest standardem wymaganym od postkomunistycznych państw członkowskich Rady Europy.

Wreszcie, w tej grupie należy wymienić standard zawarty w lit. f): lustracja nie powinna mieć zastosowania wobec stanowisk w organizacjach prywatnych. Przy akceptacji istoty tego wymogu⁴⁶ Severin rozszerzył jednak to wyłączenie na organizacje „półprywatne” (*semi-private*), nie wyjaśniając jednocześnie tego pojęcia. W opinii piszącego te słowa, minimalny wpływ podmiotu prywatnego na daną organizację (można go mierzyć np. wielkością udziałów państwa w strukturze właścicielskiej) nie wyklucza *per se* możliwości objęcia stanowisk mechanizmem lustracyjnym. Czynnikiem decydującym jest tu bowiem charakter tej organizacji, jej zadania i kompetencje, nie zaś wielkość udziału państwa w strukturze właścicielskiej.

Ponadto, autor Wskazówek tłumaczy konieczność wyłączenia lustracji wobec stanowisk w organizacjach prywatnych i półprywatnych tym, że posady te nie dają możliwości podważania podstawowych praw człowieka i procesów demokratycznych. Ta argumentacja jest chybiona.

⁴⁶ Znalazł on potwierdzenie w jednej z „dekomunizacyjnych” spraw rozstrzygniętych przez ETPC – *Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie*.

Można przecież wyobrazić sobie organizację prywatną, publikującą bardzo popularne i opiniotwórcze wydawnictwo, które – niewłaściwie wykorzystane – może stanowić poważne zagrożenie dla praw człowieka (np. poprzez prowadzenie kampanii wzywającej do nienawiści na tle narodowościowym). Czy to samo w sobie uzasadnia zastosowanie mechanizmu lustracyjnego?

Argumentem przemawiającym za objęciem danego stanowiska lustracją jest to, że jest to stanowisko z sektora publicznego. Od osób zatrudnionych w tym sektorze państwo może wymagać lojalności. Owey lojalności dowodzi m.in. wynik postępowania lustracyjnego. Natomiast takie wymogi nie mogą być stawiane zatrudnionym w sektorze prywatnym, dlatego lustracja w tym obszarze jest nieuzasadniona.⁴⁷

W grupie drugiej, tzn. wśród standardów, których trafność budzi wątpliwości, wymienić należy punkt d) Wskazówek. Nakazuje on ograniczyć zasięg lustracji do tych stanowisk, których piastowanie może powodować zagrożenie dla praw człowieka lub demokracji. Z powodów, o których była mowa wyżej (wspomniany wymóg lojalności), postulat ten nie zasługuje na uznanie. Nie spotkał się on z akceptacją ze strony państw, które np. wykluczały byłych współpracowników komunistycznych służb bezpieczeństwa z zarządów przedsiębiorstw państwowych.

Bardzo kontrowersyjnym postulatem Severina jest wyłączenie lustracji wobec stanowisk wybieranych, ponieważ „głosujący są uprawnieni do wybrania kogokolwiek sobie życzą”.⁴⁸ Temu standardowi przeczyła ukształtowana już praktyka państw, które czyniły członków parlamentów i kandydatów na parlamentarzystów niemal pierwszym „celem” mechanizmów lustracyjnych.⁴⁹ Ponadto, stanowisko ETPC wyrażone w sprawach *Ždanoka przeciwko Łotwie*⁵⁰ oraz *Chodyncki przeciwko Polsce*⁵¹ jednoznacznie potwierdza całkowitą nietrafność postulatu.

Równie niezrozumiały standard pojawił się w lit. g) Wskazówek, w której stwierdzono, że dyskwalifikacja osoby lustrowanej powinna trwać najwyżej pięć lat, gdyż należy docenić zdolność jednostki do „pozytywnej zmiany podejścia i nawyków”. Ponadto, działania lustracyjne miały być zakończone do 31.12.1999 r., ponieważ do tego czasu młoda demokracja okrzepnie we wszystkich krajach postkomunistycznych.

Co do okresu pięcioletniego, Severin nie wyjaśnił, dlaczego akurat taki czas wystarczy do „zmiany podejścia i nawyków”. Praktyka państw dowodzi braku akceptacji dla tego postulatu. Co więcej, ETPC w sprawie Ma-

⁴⁷ Por. *Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie*, § 57.

⁴⁸ Autor Wskazówek dodał, że prawo do głosowania może zostać uchylone w wyniku skazania decyzją sądu – to zaś nie stanowi *administrative lustration* a *criminal law measure*. Argument zaskakujący o tyle, że nikt rozsądny nie mówi tu o uchyleniu prawa do głosowania (czynnego prawa wyborczego), a raczej o uchyleniu biernego prawa wyborczego.

⁴⁹ Wyjątkiem było tu rozwiązanie czesko-słowackie i polskie, które nie wykluczało tych byłych współpracowników, którzy fakt swojej współpracy ujawnili w oświadczeniu lustracyjnym.

⁵⁰ *Ždanoka przeciwko Łotwie*, wyrok z dn. 16.03.2006 r., skarga nr 58278/00.

⁵¹ *Chodyncki przeciwko Polsce*, decyzja o dopuszczalności z 2.09.2008 r., skarga nr 17625/05.

tyjka odniósł się do dziesięcioletniego okresu „dyskwalifikacji”. Trybunał przyznał, iż taki środek jest surowy, lecz okoliczności historyczne w zupełności tę surowość usprawiedliwiają.⁵²

Jeżeli chodzi o termin zakończenia lustracji w krajach postkomunistycznych (do końca 1999 roku), sytuacja wygląda podobnie. W wielu państwach mechanizmy te funkcjonują nadal, co więcej, ich działanie zostało przedłużone na czas nieokreślony.⁵³ Trybunał wciąż rozpatruje sprawy, których podłożem było postępowanie lustracyjne czy dekomunizacyjne i nawet jeżeli stwierdza naruszenie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności,⁵⁴ to nie czyni tego z powodu upływu znaczącego czasu od upadku komunizmu.⁵⁵

Aspekt temporalny występuje także w punkcie j) Wskazówek, gdzie postuluje się, aby lustracja obejmowała działalność danej osoby po 1.01.1980 r. Ograniczenie to uzasadnia się poglądem, zgodnie z którym, jeżeli ktoś nie dokonywał naruszeń praw człowieka przez ostatnie dziesięć lat, nie będzie tego czynił obecnie. Wydaje się, że pogląd ten oparty jest wyłącznie na intuicji i wewnętrznym przekonaniu autora, nie zaś na dowiedzionych i powszechnie akceptowanych faktach. Ponadto, przeczy to – widocznemu na gruncie Rezolucji 1096⁵⁶ i samych Wskazówek⁵⁷ – rozróżnieniu pomiędzy lustracją a postępowaniem karnym. Celem lustracji nie jest zidentyfikowanie osób, które dopuściły się naruszenia praw człowieka, gdyż jest to, co do zasady, zadanie organów ścigania. Niezrozumiałe jest zatem uzasadnienie temporalnego ograniczenia z punktu j) Wskazówek. Braku akceptacji dla tego postulatu dowodzi praktyka państw i ETPC, który nie kwestionuje wyników postępowań lustracyjnych czy dekomunizacyjnych wyłącznie dlatego, że fakt współpracy miał miejsce przed 1980 r.

Zarówno Rezolucja 1096, jak i Raport Severina nie mają charakteru wiążącego.⁵⁸ Ponadto wydaje się, że omówione dokumenty nie doczekały się poważniejszego potraktowania ze strony państw, które konstruując

⁵² *Matyjek przeciwko Polsce* (dec.), § 55 *in fine*.

⁵³ Czechy i w pewnym zakresie również Niemcy (pracownicy badający akta Stasi).

⁵⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r., Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284. Dalej także jako Europejska Konwencja Praw Człowieka, EKPC lub Konwencja.

⁵⁵ Chociaż w sprawie *Rainys i Gasparavičius przeciwko Litwie* Trybunał podniósł problem przyjęcia przepisów dekomunizacyjnych „dekadę po uzyskaniu przez Litwę niepodległości” (§ 36). Miało to wspierać ocenę Trybunału, iż doszło do naruszenia art. 14 w koniunkcji z art. 8 Konwencji. Jednak w świetle wcześniejszego orzeczenia w bardzo podobnej sprawie (*Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie*, § 60), można z całą pewnością stwierdzić, że argument ten nie był przesądzający. W końcowej części niniejszego opracowania znajdują się bardziej szczegółowe rozważania na ten temat.

⁵⁶ Por. § 7 i 11 Rezolucji 1096.

⁵⁷ Por. lit. c) Wskazówek.

⁵⁸ O zaleceniowym charakterze uchwał Zgromadzenia Parlamentarnego przesądza Statut Rady Europy z dn. 5.05.1949 r., Dz. U. z 1994 r., Nr 118, poz. 565, w szczególności art. 23 lit. a). Por. też B. Gronowska, *Instytucjonalne gwarancje ochrony praw człowieka*, w: B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 121.

swoje mechanizmy lustracyjne i dekomunizacyjne nie uwzględniły wszystkich postulatów w nich zawartych. Co więcej, również stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie pozwala nadać Rezolucji 1096 jakiegóś szczególnego znaczenia normatywnego. Wprowadzie w kilku sprawach, w których podstawą skargi było postępowanie lustracyjne lub dekomunizacyjne, przywoływano Rezolucję 1096,⁵⁹ lecz pojawiała się ona jedynie w części zatytułowanej „Właściwe instrumenty międzynarodowe”,⁶⁰ powoływała się na nią strona skarżąca⁶¹ albo interwenient.⁶² Natomiast ani razu nie była brana pod uwagę przez Trybunał w jego merytorycznych rozważaniach.

W tym kontekście może zaskakiwać stanowisko polskiego Trybunału Konstytucyjnego, który uznał Rezolucję 1096 za dokument zasługujący na uwzględnienie przy dokonywaniu kontroli konstytucyjności.⁶³ W innym miejscu Trybunał potraktował Rezolucję 1096 jako element „standardu europejskiego”.⁶⁴

Przechodząc do rekonstrukcji standardów odnoszących się do lustracji z wypowiedzi Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, należy poczynić uwagę natury porządkującej.

Zgodnie z przyjętą definicją lustracji, w tym miejscu uwzględnić należy jedynie te orzeczenia ETPC, w których postępowanie krajowe dotyczyło byłych współpracowników tajnych służb.⁶⁵

Ścisłe trzymanie się takiego założenia nakazuje całkowicie pominąć szereg ciekawych orzeczeń na tle postępowań dekomunizacyjnych zawierających dyrektywy, które – zdaniem piszącego te słowa – mogą znaleźć zastosowanie również do mechanizmu lustracyjnego. Z tego powodu,

⁵⁹ Miało to miejsce w następujących sprawach: *Matyjek przeciwko Polsce*, *Turek przeciwko Słowacji*, *Luboch przeciwko Polsce* oraz *Bobek przeciwko Polsce*.

⁶⁰ *Matyjek przeciwko Polsce*, *Bobek przeciwko Polsce*.

⁶¹ *Luboch przeciwko Polsce*. W tej sprawie Rezolucja przywołana również jako *relevant international instrument*. Por. też *Chodyncki przeciwko Polsce*. W tej sprawie skarżący w szczególny sposób zaakcentował rzekome naruszenie przez Polskę Rezolucji 1096. Mimo to Trybunał całkowicie pominął ten dokument w swoich rozważaniach.

⁶² Helsińska Fundacja Praw Człowieka w sprawie *Turek przeciwko Słowacji*. Ponadto, powołał się na nią skarżący, zaś Trybunał przywołał Rezolucję jako *relevant international instrument*.

⁶³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 11.05.2007 r., Sygn. akt K 2/07, s. 90. Wyrok został opublikowany na stronie internetowej http://www.trybunal.gov.pl/Rozprawy/2007/k_02_07/K_2_07.pdf.

⁶⁴ Ibidem, s. 101. Ciekawe opinie pojawiły się w zdaniach odrębnych. Sędzia T. Liszcz uznała oparcie się Trybunału na dokumencie, który „nie jest [...] aktem o charakterze normatywnym” za „wadliwe” (ibidem, s. 184). Natomiast sędzia B. Zdziennicki stwierdził *inter alia*, że „to nie jest tylko jakieś <soft law>, gdyż wskazana Rezolucja opiera się na ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz ściśle koresponduje z wiążącym nas od chwili przystąpienia do Unii Europejskiej art. 6 ust. 1 i 2 Traktatu o Unii Europejskiej”. Sędzia Zdziennicki doszedł do wniosku, iż polskie prawo lustracyjne powinno spełniać wszystkie wymogi zawarte w Rezolucji 1096 i Raporcie Severina.

⁶⁵ W innym przypadku (pracownik służb specjalnych, funkcjonariusz państwowy lub partyjny itp.) będziemy mieli do czynienia z dekomunizacją.

w pierwszej kolejności przywołane zostaną orzeczenie *prima facie* nie mieszczące się w zakresie przedmiotowym niniejszego opracowania.

W sprawie *Volkmer przeciwko Niemcom* skarżący został zwolniony z pracy na stanowisku nauczyciela. Przyczyną zwolnienia było zatajenie faktu współpracy z komunistycznym Ministerstwem Bezpieczeństwa Państwa, pełnienie w latach 1983–1989 funkcji sekretarza honorowego komórki partyjnej w szkole, w której pracował oraz fakt wykorzystania jednego ze swoich uczniów do szpiegowania opozycji politycznej.

Trybunał uznał skargę za niedopuszczalną. Przychylnie się do argumentacji berlińskiego Sądu Pracy, który stwierdził, że wykorzystywanie ucznia jako instrumentu do szpiegowania oponentów politycznych stoi w sprzeczności z obowiązkiem nauczyciela do edukowania swoich uczniów i do zapewnienia, by szanowali oni zasady wolności wypowiedzi i tolerancji wobec poglądów innych osób.⁶⁶ Jeżeli chodzi o działalność skarżącego w partii komunistycznej, Trybunał zaakceptował stanowisko sądów niemieckich, uznających silne identyfikowanie się z systemem politycznym NRD (wysoka pozycja w partii, pełnienie funkcji honorowej i w pełnym wymiarze czasu) za nie do pogodzenia z obowiązkiem lojalności wobec konstytucji RFN, wymaganym od nauczycieli będących urzędnikami w służbie cywilnej.⁶⁷ Skarżący nie podniósł w skardze do ETPC, że pozbawienie go pracy w szkole ze względu na zatajenie faktu współpracy z Ministerstwem Bezpieczeństwa Państwa stanowiło naruszenie EKPC.

W sprawach *Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie* oraz *Rainys i Gasparavičius przeciwko Litwie* Trybunał badał, czy pozbawienie byłych funkcjonariuszy KGB możliwości znalezienia zatrudnienia w przedsiębiorstwach sektora prywatnego stanowiło naruszenie EKPC. W obydwu przypadkach ETPC stwierdził naruszenie art. 14 w koniunkcji z art. 8 EKPC. Analiza orzeczenia w sprawie *Sidabras i Džiautas* dowodzi, że dwa czynniki doprowadziły Trybunał do takiej konkluzji. Po pierwsze, pozbawianie osób zlustrowanych możliwości znalezienia zatrudnienia w różnych gałęziach sektora prywatnego jest sprzeczne ze standardami płynącymi z EKPC. O ile lojalność wobec kraju stanowi nieodzowny warunek zatrudnienia przez władze państwa, o tyle taki wymóg nie istnieje w sektorze prywatnym.⁶⁸ Po drugie, lista stanowisk, na których nie można było zatrudniać byłych funkcjonariuszy KGB, zawierała takie określenia jak „prawnicy” i „notariusze”, nie definiując precyzyjniej, o jakie „zawody, funkcje lub zadania” chodzi.⁶⁹ W opinii Trybunału skutkowało to „brakiem niezbędnych gwarancji dla uniknięcia dyskryminacji i dla zagwarantowania wystarczającego i odpowiedniego nadzoru sądowego wobec nakładanych ograniczeń.”⁷⁰

⁶⁶ *Volkmer przeciwko Niemcom*, § 1.

⁶⁷ *Ibidem*, § 2.

⁶⁸ *Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie*, § 57 i n. Por. też *Rainys i Gasparavičius przeciwko Litwie*, § 34.

⁶⁹ *Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie*, § 59.

⁷⁰ *Ibidem*.

Nieco odmienny charakter miała sprawa *Ždanoka przeciwko Łotwie*. Skarżąca została pozbawiona (mocą ustawy o wyborach parlamentarnych z 1995 r.) biernego prawa wyborczego ze względu na „aktywny udział” w działaniach Komunistycznej Partii Łotwy w okresie od stycznia do września 1991 r.⁷¹ Trybunał (Wielka Izba) uznał, że intencją tego środka nie było ukaranie tych, którzy działali w partii komunistycznej, ale „ochrona integralności procesów demokratycznych poprzez wykluczenie z udziału w pracach demokratycznej władzy ustawodawczej tych jednostek, które odegrały aktywną i przewodnią rolę w partii bezpośrednio powiązanej z próbą siłowego obalenia nowopowstałego demokratycznego systemu.”⁷²

Trybunał stwierdził ponadto, że „łotewskie władze były uprawnione, w granicach marginesu swobodnej oceny, do przyjęcia, że osoba, znajdując się w sytuacji skarżącej wyznawała poglądy będące w sprzeczności z potrzebą zapewnienia integralności procesów demokratycznych, oraz do uznania tej osoby za nie spełniającą wymaganych warunków do startu w wyborach.”⁷³

Wydaje się, że powyższe konkluzje ETPC mogą być odniesione do postępowań lustracyjnych. Oznacza to, że ujawnienie współpracy danej osoby z komunistycznymi służbami bezpieczeństwa może skutkować reakcją demokratycznego państwa w postaci pozbawienia jej zatrudnienia lub możliwości ubiegania się o zatrudnienie w sektorze publicznym, w szczególności na stanowiskach ważnych z perspektywy budowania demokracji oraz takich, gdzie wymagana jest lojalność względem państwa i jego instytucji. Takie ograniczenie nie może być jednak rozciągnięte na sektor prywatny. Ponadto, prawo określające, jakich stanowisk osoba zlustrowana nie może piastować, powinno być dostatecznie precyzyjne i zawierać gwarancje ochronne, w tym kontrolę sądową.⁷⁴

Wydaje się również, że pozbawienie byłego współpracownika służb bezpieczeństwa biernego prawa wyborczego może być uznane przez Trybunał strasburski za uzasadnione i dopuszczalne w świetle zobowiązań płynących z EKPC.

Z grupy orzeczeń odnoszących się wprost do postępowań lustracyjnych wyciągnąć można szereg gwarancji o charakterze proceduralnym.

W sprawie *Turek przeciwko Słowacji* badana była rzetelność procesu (*fairness of proceedings*) na podstawie art. 8 EKPC.⁷⁵ Trybunał przyznał,

⁷¹ Komunistyczna Partia Łotwy zmierzała do uchylecia łotewskiej Deklaracji Niepodległości z 4.05.1990 r. oraz wzywała władze ZSRR do reakcji. Następnie partia ta próbowała obalić rząd łotewski poprzez powołanie własnego. Doprowadziło to do starć zbrojnych, w których śmierć poniosło pięć osób, zaś 34 zostały ranne.

⁷² *Ždanoka przeciwko Łotwie*, § 122.

⁷³ Ibidem, § 123.

⁷⁴ Por. *Chodyncki przeciwko Polsce*. Pozbawienie skarżącego mandatu poselskiego nie stanowiło, zdaniem ETPC, naruszenia Konwencji.

⁷⁵ Skarżący twierdził, iż odmowa wydania mu tzw. certyfikatu bezpieczeństwa, umożliwiającego zatrudnienie na wysokich stanowiskach w administracji publicznej ze względu na zarejestrowanie go w aktach komunistycznych służb bezpieczeństwa (StB) jako agenta,

że w postępowaniach sądowych, odnoszących się do działalności służb bezpieczeństwa państwa, istnieje uzasadniona podstawa, by ograniczyć dostęp do niektórych dokumentów i materiałów. Niemniej jednak, twierdzenie to traci na znaczeniu w przypadku postępowań lustracyjnych. Po pierwsze, lustracja odnosi się do faktów z minionych czasów reżimu komunistycznego, które nie są bezpośrednio powiązane z współczesnymi działaniami służb bezpieczeństwa. Nie można zatem powoływać się na tajny charakter dokumentów służb komunistycznych w celu uniemożliwienia dostępu do nich stronie postępowania lustracyjnego (tj. osobie lustrowanej). Trybunał dopuścił możliwość utrzymania tajnego charakteru dokumentów, jednak na władzach spoczywa ciężar udowodnienia „aktualnego interesu publicznego w nałożeniu ograniczeń w dostępie do materiałów zaklasyfikowanych jako tajne przez byłý reżim.”⁷⁶

Po drugie, przebieg i wynik postępowania lustracyjnego w sposób nieuchronny zależy od zbadania dokumentów komunistycznych służb bezpieczeństwa. Strona pozbawiona dostępu do tych materiałów traci możliwość skutecznej ochrony swych interesów i podważania twierdzeń przeciwnika procesowego.⁷⁷

Po trzecie, służby bezpieczeństwa w wielu krajach dysponują prawem do decydowania, które dokumenty utajnić oraz wykazują skłonność do utajniania swoich materiałów na możliwie najdłuższy okres. W sytuacji, w której osoba lustrowana kwestionuje legalność działań służb bezpieczeństwa, pozycja tych służb skutkuje sprzecznością z zasadami słusznego procesu, w tym z zasadą równości broni procesowych.⁷⁸

W omawianej sprawie skarżący – osoba lustrowana – nie dysponował pełnym dostępem do materiałów i dowodów, które, zdaniem władz, przemawiały przeciwko niemu. Z drugiej strony, władze miały pełen wgląd w te materiały. W opinii Trybunału skutkowało to naruszeniem zasady równości, co z kolei po stronie skarżącego powodowało niemożność skutecznej ochrony swojego prawa do poszanowania życia prywatnego.⁷⁹

Ważne ustalenia poczynione zostały na gruncie sprawy *Matyjek przeciwko Polsce*.⁸⁰ Trybunał, analizując polskie postępowanie lustracyjne, doszedł do następujących wniosków. Po pierwsze, w przeciwieństwie do wielu krajów postkomunistycznych, w Polsce fakt współpracy ze służbami bezpieczeństwa nie skutkował *per se* zakazem przyjmowania i piastowania funkcji publicznych – taki skutek pojawiał się dopiero, gdy osoba lustrowana złożyła nieprawdziwe oświadczenie lustracyjne.

godziło w jego dobre imię i reputację. Stanowiło zatem ingerencję w życie prywatne – *Turek przeciwko Słowacji*, § 110.

⁷⁶ Ibidem, § 115.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem, § 116.

⁸⁰ W tym miejscu mowa o decyzji o dopuszczalności z 30.05.2006 r.

Po drugie, polskie postępowanie lustracyjne⁸¹ wykazywało cechy postępowania karnego, co Trybunał wykazał w oparciu o kryteria ze sprawy Engel. Oznaczało to, że w postępowaniu tym należy zapewnić osobie lustrowanej cały pakiet gwarancji, przysługujących oskarżonemu w sprawach kryminalnych.⁸²

To pozwoliło Trybunałowi zmienić podejście zaprezentowane w sprawie *Turek przeciwko Słowacji*, gdzie rzetelność procesu była badana na podstawie art. 8 EKPC,⁸³ i skonfrontować przebieg postępowania lustracyjnego z wymogami sądowego postępowania karnego zawartymi w art. 6 ust. 3 EKPC.

Konkluzja jednak była bardzo podobna – „ze względu na tajność dokumentów oraz ograniczeń osoby lustrowanej w dostępie do akt, jak również uprzywilejowanej pozycji Rzecznika Interesu Publicznego w postępowaniu lustracyjnym, zdolność skarżącego do udowodnienia, że jego kontakty z komunistycznymi służbami bezpieczeństwa nie oznaczały «umyślnej i tajnej współpracy» w znaczeniu ustawy lustracyjnej, była poważnie zredukowana.” W konsekwencji, Trybunał uznał, że wadą postępowania lustracyjnego było nieprzestrzeganie zasady równości broni procesowych.⁸⁴ Ponadto, Trybunał stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 EKPC poprzez brak możliwości skutecznego zaskarżenia decyzji o utajnieniu części sądowego postępowania lustracyjnego.⁸⁵

Do tożsamyh wniosków doszedł Trybunał w sprawach *Bobek przeciwko Polsce*,⁸⁶ *Luboch przeciwko Polsce*⁸⁷ oraz *Jałowiecki przeciwko Polsce*.⁸⁸

Na zakończenie warto odnieść się do aspektu temporalnego postępowań lustracyjnych. Przypomnijmy, że Raport Severina wskazywał na konieczność zakończenia tych postępowań do końca 1999 r. W orzecznictwie strasburskim ten postulat nie został uwzględniony. Co więcej, można przywołać wypowiedzi Trybunału, z których płynie wniosek przeciwny. W sprawie *Sidabras i Džiautas* sędziowie uznali upływ czasu (od uzyskania niepodległości) za *not in itself decisive*, choć mogący mieć znaczenie przy ustalaniu proporcjonalności podjętych środków. W wyroku w sprawie *Matyjka* Trybunał uznał, że „w końcu lat 90. państwo miało interes przeprowadzenia lustracji wobec osób sprawujących najważniejsze funkcje publiczne.”⁸⁹

⁸¹ Trybunał w tej sprawie oraz w kolejnych, które będą omawiane w niniejszym opracowaniu, analizował ustawę z dnia 11 kwietnia 1997 r. o ujawnieniu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944–1990 osób pełniących funkcje publiczne, Dz.U. z 1997 r., Nr 70 poz. 443 z późn. zm.

⁸² *Matyjek przeciwko Polsce* (dec.), § 48–59.

⁸³ W sprawie *Turka* Trybunał dopatrył się wprawdzie naruszenia art. 6 EKPC, lecz wyłącznie w kontekście przewlekłości postępowania (art. 6 ust. 1 EKPC).

⁸⁴ *Matyjek przeciwko Polsce* (wyrok), § 63. Tłumaczenie wyroku na język polski na www.ms.gov.pl.

⁸⁵ Ibidem, § 64.

⁸⁶ *Bobek przeciwko Polsce*, § 70 oraz § 71–73.

⁸⁷ *Luboch przeciwko Polsce*, § 68 oraz § 69–71.

⁸⁸ *Jałowiecki przeciwko Polsce*, § 38 oraz § 39.

⁸⁹ *Matyjek przeciwko Polsce* (wyrok), § 62.

Ten passus pojawił się w następnych sprawach, odnoszących się do lustracji, tj. w sprawie *Bobek*⁹⁰ i sprawie *Lubocha*. Kolejne orzeczenia przyniosły zmianę przychylnego stanowiska ETPC wobec tej kwestii. W decyzji o dopuszczalności w sprawie *Chodynckiego* Trybunał dodał, że „interes ten utrzymywał się na początku obecnej dekady, przynajmniej w odniesieniu do wyborów parlamentarnych.”⁹¹ Tę zmianę można odczytać jako rozszerzenie lustracyjnych uprawnień państwa.

Znamienna modyfikacja pojawiła się jednak w orzeczeniu w sprawie *Adamsons przeciwko Łotwie*, w której Trybunał stwierdził, iż środki lustracyjne są ze swej natury tymczasowe, zaś konieczność ich kontynuowania słabnie z upływem czasu.⁹² W najnowszym orzeczeniu w sprawie *Jałowieckiego* Trybunał powtórzył powyższą formułę znaną z *Matyjka*, zmodyfikowaną w sprawie *Chodynckiego* oraz dodał passus z *Adamsonsa*.⁹³

W opinii piszącego te słowa, zwiastuje to dalsze zaostrożanie stanowiska Trybunału. Niewykluczone, że w przyszłości sędziowie ze Strasburga dojdą do przekonania, iż upadek komunizmu nastąpił tak dawno, że środki lustracyjne przestały być konieczne. Temporalny postulat Severina ma szansę zostać zrealizowany, choć z dziesięcioletnim opóźnieniem.

LUSTRATION AND HUMAN RIGHTS. RESEARCHING THE FUNDAMENTAL STANDARDS

Key words: human rights, decommunisation, lustration, communist security services, democratisation.

Summary

This article undertakes an important and still actual question of human rights standards applicable to mechanism of lustration. Firstly, author determines the definition of lustration basing on achievements of social sciences, especially sociology (including sociology of law) and political science. According to Maria Łoś lustration is the screening or vetting of candidates and holders of important public offices to identify (and, usually, ban for certain period) former secret-services collaborators. In the second part of article there is a description of basic features of lustration models common to majority of post-communist states. Next part is dedicated to human rights standards applicable to lustration. In 1996 Parliamentary Assembly of Council of Europe has passed a Resolution 1096 (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems. This document is of non-binding character but this is the only document dedicated to that particular question. Besides there is a dispute against a background of judgment of Polish Constitutional Court referred to Lustration Act 2006. The conflicting sides of this debate were using the Resolution 1096 in their argumentation, so it is important to make some notes about this document. In the last part of article case-law of European Court of Human Rights is analyzed in order to

⁹⁰ *Bobek przeciwko Polsce*, § 69.

⁹¹ *Chodynicki przeciwko Polsce* (dec.), cz. „Prawo”.

⁹² *Adamsons przeciwko Łotwie*, wyrok z dn. 24.06.2008 r., § 116: [...] *les mesures de lustration étant, par leur nature, temporaires, la nécessité objective d'une restriction des droits individuels résultant d'une telle procédure décroît avec le temps.*

⁹³ *Jałowiecki przeciwko Polsce*, § 37.

research the basic standard applicable to lustration mechanism. Each state coming to terms with the past is allowed to apply this mechanism although some requirements must be met, for instance ban from some offices cannot be related to private sector of state economy and right of person subjected to lustration to fair trial and respect of his/her private life must be secured. Last ECHR judgment allows to predict that some temporal restriction will be impose by the Court because state entitlement to apply lustration decline with time.

Rafał Mizerski

Uniwersytet Warmiński-Mazurski w Olsztynie, Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego

Krytyka wymiaru sprawiedliwości w interesie publicznym: *Kudeshkina p. Rosji*

Słowa kluczowe: prawa człowieka, wolność ekspresji, krytyka wymiaru sprawiedliwości, Rosja.

I

26 lutego 2009 r. Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wydała wyrok w sporze *Kudeshkina p. Rosji*¹, dotyczącym granic dopuszczalnej krytyki wymiaru sprawiedliwości. Problematykę tę podejmowano już we wcześniejszym orzecznictwie, wciąż jednak ma ona prawo uchodzić za kontrowersyjną i ważną, biorąc pod uwagę jej wpływ na prawidłowe funkcjonowanie sądownictwa krajowego oraz społecznej kontroli nad nim. Bez dobrze działających sądów, a z drugiej strony, bez wolnej debaty nad kondycją wymiaru sprawiedliwości trudno mówić o społeczeństwie demokratycznym – centralnej wartości Europejskiej konwencji praw człowieka (EKPC)².

Wspomniany wyrok jest nie tylko przypomnieniem podstawowych reguł stosowanych przez ETPC w tego rodzaju sprawach, ale też przykładem ich użycia w szczególnych okolicznościach. Za takie uważam bowiem bardzo ostry i generalny charakter przedmiotowej krytyki oraz prowadzenie jej ze środka systemu, przez sędzię, która sama znalazła się w specyficznym położeniu osoby podejmującej działalność polityczną. Jestem skłonny zaryzykować tezę, że na stanowisko Trybunału wpływ miało także i to, przeciwko komu kierowane były zarzuty w tym postępowaniu, a zatem, że rzeczony rozstrzygnięcie ma zauważalny kontekst polityczny.

¹ Wyrok z 26. 02. 2009 r. w sprawie *Kudeshkina p. Rosji*, nr skargi 29492/05.

² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Rzym, 4. 11. 1950, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, ze zm. wynikającymi z Protokołu nr 11 do Konwencji, Dz.U. z 1998 r., nr 147, poz. 962.

II

Na gruncie EKPC krytyka wymiaru sprawiedliwości podlega ocenie z punktu widzenia art. 10 gwarantującego wolność ekspresji:

1 Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwolen przedsięwzięciom radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych.

2 Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

Nie ulega wątpliwości, że funkcjonowanie systemu wymiaru sprawiedliwości jest kwestią związaną z interesem publicznym, a debata na ten temat korzysta z ochrony art. 10³. Chodzi mianowicie o realizację prawa do przekazywania informacji i idei, któremu po stronie odbiorców odpowiada prawo do ich otrzymywania⁴. Uprawnienie do zabierania głosu w takiej debacie przysługuje każdemu, nie wyłączając funkcjonariuszy publicznych, w tym sędziów⁵, a także prawników nie będących funkcjonariuszami publicznymi⁶. Zgodnie z ogólnymi zasadami strasburskiej interpretacji wolności ekspresji, ochroną objęte są nie tylko informacje i idee przychylnie odbierane lub uznawane za nieszkodliwe bądź obojętne, ale też takie, które obrażają, oburzają i wywołują niepokój⁷; chroniona jest również sama forma przekazu⁸.

Objęcie ochroną nie oznacza nienaruszalności – wolność ekspresji nie jest uprawnieniem absolutnym: zd. 3 ust. 1 art. 10 wprowadza tzw. ograniczenie definicyjne (wyjątek *ex definitione*); ust. 2 tego przepisu to z ko-

³ Np. wyrok z 26. 04. 1995 r. w sprawie *Prager i Oberschlick p. Austrii*, nr skargi 15974/90, A 313, pkt 34.

⁴ R. Mizerski, *Wolność ekspresji*, w: B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, Wydawnictwo TNOiK „Dom Organizatora”, s. 334.

⁵ Np. decyzja z 29. 04. 2006 r. w sprawie *Harabin p. Słowacji*, nr skargi 62584/00, ECHR 2004-VI.

⁶ Np. wyrok z 30. 11. 2006 r. w sprawie *Veraart p. Holandii*, nr skargi 10807/04, niepubl., pkt 51.

⁷ Wyrok z 07. 12. 1976 r. w sprawie *Handyside p. Zjednoczonemu Królestwu*, nr skargi 5493/72, A 24, pkt 49.

⁸ Wyrok z 11. 01. 2000 r. w sprawie *News Verlags GmbH & Co.KG p. Austrii*, nr skargi 31457/96, ECHR 2000-I, pkt 39.

lei przykład klauzuli limitacyjnej; zastosowanie mogą znaleźć także klauzule derogacyjna (art. 15) i zastrzeżeniowa (art. 57) oraz art. 16, będący rodzajem kolejnego ograniczenia definicyjnego⁹. W praktyce, ingerencje w wypowiedzi, odnoszące się do wymiaru sprawiedliwości (zakaz publikacji, sankcja dyscyplinarna lub karna), uzasadniane są użyciem mechanizmu limitacyjnego z ust. 2 art. 10 Konwencji. Mechanizm ten uzależnia dopuszczalność ingerencji od spełnienia przez nią warunków legalności, celowości i konieczności, których znaczenie sprecyzowane zostało w praktyce orzeczniczej Trybunału strasburskiego i nieistniejącej już Europejskiej Komisji Praw Człowieka¹⁰. Ingerencja legalna, to ingerencja mająca podstawę w prawie obowiązującym w danym porządku prawnym, które cechuje odpowiednia jakość, zwłaszcza zaś odpowiednia dostępność i przewidywalność. Celowość nakazuje z kolei podejmowanie ingerencji wyłącznie w obronie któregoś z dóbr indywidualnych bądź publicznych, wymienionych w klauzuli. Ostatni ze wskazanych warunków wymaga rozważenia, czy z perspektywy społeczeństwa demokratycznego legalna i celowa ingerencja jest także konieczna.

Orzecznictwo na gruncie warunku legalności nie ma znaczenia przy wytyczaniu granic krytyki wymiaru sprawiedliwości, ponieważ, zasadniczo, warunek ten stawia wymagania odnośnie do formy prawa, nie zaś jego treści. Podobnie rzecz się ma z warunkiem celowości, mimo że w katalogu celów prawowitych art. 10 ust. 2 znajduje się „zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej” – kategoria mająca bezsprzecznie potencjał selekcyjny¹¹. W tym wypadku wynika to przede wszystkim z generalnej niechęci Trybunału do przypisywania stronom Konwencji złej woli, a taki wydzwitek niesie ze sobą konkluzja o niecelowości ingerencji¹².

⁹ Szerzej na temat klasyfikacji metod ograniczania praw człowieka w traktatach praw człowieka: R. Mizerski, *Metody ograniczania praw człowieka w konwencjach MOP*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, red. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, Toruń 2009, Wydawnictwo TNOiK „Dom Organizatora”, s. 307–309.

¹⁰ Szerzej na temat testów legalności, celowości i konieczności: R. Mizerski, *Limitacja korzystania z praw człowieka*, w: B. Gronowska i in., *Prawa człowieka...*, s. 204–211; por. też R. Mizerski, *Test legalności w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka*, Warszawa 2009, Wydawnictwo Sejmowe.

¹¹ Pośrednio zwrócił na to uwagę sędzia Loucaides w zdaniu częściowo zbieżnym, częściowo odrębnym do wyroku w sprawie *Amihalachioaie*, poddając w wątpliwość celowość ingerencji pozwanego państwa w wolność ekspresji skarżącego. W jego przekonaniu „powaga władzy sądowej” (*authority of the judiciary*), odczytywana w świetle wymogów współczesnego społeczeństwa demokratycznego, nie może być rozumiana jako uzasadnienie dla ochrony samego prestiżu instytucji państwowych. W społeczeństwie demokratycznym znacznie wyższą wartością jest bowiem prawo jednostki do krytykowania tych instytucji. Poza tym, słownikowe znaczenie terminu *authority* (władza bądź prawo do wymuszenia posłuszeństwa) wskazuje, że chodzi tu o coś więcej, niż tylko „brak szacunku”, który nie jest w stanie podważyć tak rozumianej powagi; wyrok z 20. 04. 2004 r. w sprawie *Amihalachioaie p. Mołdawii*, nr skargi 60115/00, ECHR 2004-III.

¹² Por. J. Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*, Tampere 2003, Tampere University Press, s. 210.

W zgodzie z tym podejściem, sformułowanie „powaga i bezstronność władzy sądowej” nie jest wykładane restryktywnie¹³.

Wnioski dotyczące dopuszczalnej krytyki wymiaru sprawiedliwości są zatem pochodną oceny konieczności ingerencji w wolność ekspresji. Zdaniem Trybunału, ingerencja jest konieczna, jeśli stoi za nią „pilna potrzeba społeczna”, a ona sama jest proporcjonalna do realizowanego celu prawowitego¹⁴. W zakresie tych ustaleń państwa korzystają z tzw. marginesu oceny, czyli ograniczonej swobody w implementacji postanowień EKPC¹⁵. Przyznawanie marginesu oceny nie podważa kompetencji kontrolnych Trybunału, zwłaszcza zaś jego prawa do oceny, czy powody uzasadniające ingerencję są w świetle okoliczności sprawy „odpowiednie i wystarczające”¹⁶.

Badanie pilnej potrzeby społecznej to w gruncie rzeczy konkretyzowanie przyczyn ograniczeń znajdujących uzasadnienie w wartościach i prawidłowym funkcjonowaniu społeczeństwa demokratycznego, a przynajmniej niekolidujących z nimi, tj. mieszczących się w marginesie oceny państwa-strony. Zasadnicze znaczenie ma tu rozróżnienie między stwierdzaniem faktów a wypowiedziami wartościującymi (opiniami). O ile te pierwsze wymagają udowodnienia, czyli potwierdzenia ich prawdziwości, te drugie wymykają się ocenie w kategoriach prawdy i fałszu. Wymagane jest tylko wykazanie, że zostały one sformułowane na wystarczającej podstawie faktograficznej, czyli że nie są ekscesywne (nadmierne)¹⁷.

Ocena proporcjonalność ingerencji wymaga z kolei uwzględnienia takich okoliczności, jak natura naruszanego uprawnienia, status ofiary naruszenia, zakres i środki ingerencji, czy charakter chronionego dobra pub-

¹³ Pojęcie „władzy sądowej” Trybunał odnosi do aparatu sprawiedliwości oraz sprawujących urząd sędziów. „Powaga władzy sądowej” obejmuje w szczególności pogląd, że sądy są – i za takie są generalnie uważane przez społeczeństwo – właściwym forum do ustalania praw i obowiązków oraz rozwiązywania dotyczących ich sporów a także, że społeczeństwo, co do zasady, szanuje i ma zaufanie do zdolności sądów do wypełnienia tej funkcji. Z kolei „bezstronność” oznacza normalnie brak uprzedzeń i stronniczości. Jednak w wypadku zagwarantowania bezstronności władzy sądowej chodzi o zaufanie, które w społeczeństwie demokratycznym sądy muszą wzbudzać w procesie karnym w oskarżonym i generalnie społeczeństwie; wyrok z 26. 04. 1979 r. w sprawie „*Sunday Times*” p. *Zjednoczonemu Królestwu*, nr skargi 6538/74, A 30, pkt 55; wyrok z 29. 08. 1997 r. w sprawie *Worm* p. *Austrii*, nr skargi 22714/93, Reports 1997-V, pkt 40.

¹⁴ Por. np. wyrok z 28. 10. 1999 r. w sprawie *Wille* p. *Lichtensteinowi*, nr skargi 28396/95, Reports of Judgments and Decisions 1999-VII, pkt 61–63.

¹⁵ Szerzej na temat marginesu oceny: R. Mizerski, *Doktryna margin of appreciation (marge d’appréciation) – między konieczną elastycznością a niebezpiecznym relatywizmem europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, w: *Człowiek a tożsamość w procesie integracji Europy*, red. B. Sitek, G. Dammacco, J.J. Szczerbowski, A. Kowalska, Olsztyn 2004, Wydawnictwo UWM, s. 347–355.

¹⁶ Wyrok z 03. 10. 2000 r. w sprawie *Du Roy i Malaurie* p. *Francji*, nr skargi 34000/96, ECHR 2000-X, pkt 27.

¹⁷ Wyrok z 08. 07. 1986 r. w sprawie *Lingens* p. *Austrii*, nr skargi 9815/82, A 103, pkt 46; wyrok z 24. 02. 1997 r. w sprawie *De Haes i Gijssels* p. *Belgii*, nr skargi 19983/92, Reports 1997-I, pkt 47. W sprawie *Kudeshkina* ustalenia te zostały potwierdzone odnośnie do wypowiedzi krytykujących wymiar sprawiedliwości, wyrok z 26. 02. 2009 r. w sprawie *Kudeshkina* p. *Rosji* ..., pkt 84.

licznego¹⁸. W wypadku ingerowania w wypowiedzi krytykujące wymiar sprawiedliwości najbardziej oczywistym kryterium ich proporcjonalności jest dolegliwość sankcji zastosowanej względem autora krytyki. Trzeba jednak zaznaczyć, że orzecznictwo strasburskie nie jest precyzyjne w różnieniu przyczyn braku pilnej potrzeby społecznej i nieproporcjonalności ingerencji¹⁹. Wydaje się natomiast, że stwierdzenie braku pilnej potrzeby społecznej będą zwykle uzasadniały bardziej oczywiste przypadki naruszania wymogu konieczności, niż ma to miejsce w razie potwierdzenia nieproporcjonalności ingerencji.

Analiza dotychczasowego orzecznictwa strasburskiego dotyczącego krytyki wymiaru sprawiedliwości, pozwala na wyróżnienie kilku reguł rządzących oceną jej dopuszczalnego zakresu. Po pierwsze, przedmiot wypowiedzi wciąż jeszcze wydaje się czynnikiem ograniczającym swobodę debaty²⁰. Wynika to z faktu, że sądownictwo odgrywa szczególną rolę w społeczeństwie – jest gwarantem sprawiedliwości i musi cieszyć się zaufaniem publicznym, potrzebnym do właściwego wykonywania ciężących na nim zadań. Poza tym, sędziowie mają obowiązek dyskrecji, wykluczający wdawanie się w polemiki w odpowiedzi na dotyczącą ich krytykę²¹. Po drugie, zakres dopuszczalnej krytyki będzie mniejszy w wypadku krytyki wymierzonej w osobę sędziego – zwłaszcza gdy przybiera ona postać napaści osobistej – niż w wypadku krytycznych wypowiedzi dotyczących funkcjonowania systemu sprawiedliwości, w tym nawet konkretnych rozstrzygnięć sądowych²². Niezależnie jednak od tego, czy wypowiedź jest skierowana przeciwko osobie, czy systemowi, może podlegać sankcjonowaniu, jeśli sprowadza się do

¹⁸ R. Mizerski, *Limitacja ...*, s. 211.

¹⁹ Np. w sprawie *Amihalachioaie* Trybunał stwierdził brak pilnej potrzeby społecznej, biorąc pod uwagę, że: 1) wypowiedź dotyczyła kwestii z zakresu interesu ogólnego; 2) nie była przejawem poważnego braku szacunku wobec Trybunału Konstytucyjnego, ani nie obrażała zasiadających w nim sędziów; 3) nie było pewności, czy wypowiedź skarżącego została przytoczona przez media precyzyjnie; 4) nałożona na niego grzywna była co prawda w wartościach bezwzględnych niska, ale jednocześnie zbliżała się do ustawowego maksimum (wyrok z 20. 04. 2004 r. w sprawie *Amihalachioaie p. Mołdawii ...*, pkt 35–39); z kolei w sprawie *Kobenter i Standard Verlags GmbH* Trybunał orzekł brak proporcjonalności ingerencji podnosząc, że: 1) inkryminowane wypowiedzi miały charakter ocen opartych na wystarczającej bazie fakto-graficznej; 2) krytyka dotyczyła wyroku, nie zaś sposobu prowadzenia postępowania, jak utrzymywały sądy krajowe; 3) fragment wyroku, który wywołał krytyczne komentarze, został następnie usunięty przez samego sędziego; został on też upomniany w postępowaniu dyscyplinarnym, co dowodziło, że w tym wypadku nie wykonał obowiązków sędziowskich w sposób zgodny z celami ich powierzenia sędziom (wyrok z 02. 11. 2006 r. w sprawie *Kobenter i Standard Verlags GmbH p. Austrii*, nr skargi 60899/00, pkt 30–32).

²⁰ Por. D. Gomien, *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2000, Council of Europe Publishing, s. 84.

²¹ Wyrok z 26. 04. 1995 r. w sprawie *Prager and Oberschlick p. Austrii ...*, pkt 34. W sprawie *Fey* Trybunał zauważył, że w społeczeństwie demokratycznym sądy muszą wzbudzać zaufanie w ogóle społeczeństwa, a nade wszystko w osobach oskarżonych w procesie karnym; wyrok z 24. 02. 1993 r. w sprawie *Fey p. Austrii*, nr skargi 14396/88, A 255-A, pkt 30.

²² Por. wyrok z 22. 02. 1989 r. w sprawie *Barfod p. Danii*, nr skargi 11508/85, A 149, pkt 35.

inwektyw²³. Po trzecie, krytyka ze strony pewnych „uprzywilejowanych” podmiotów – zwłaszcza polityków jako reprezentantów społeczeństwa²⁴ i dziennikarzy pełniących rolę gwaranta interesu publicznego²⁵ – korzysta z szerszej ochrony. Z kolei prawnicy – jako pośrednicy między sądami a społeczeństwem – powinni postępować w sposób sprzyjający właściwemu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości i utrzymaniu społecznego zaufania do niego; ewentualna krytyka z ich strony musi być więc szczególnie wyważona²⁶. Stosuje się to także do sędziów, którzy jak wszyscy urzędnicy publiczni mają obowiązek lojalności i dyskrecji²⁷, a ponadto muszą „powściągać się w korzystaniu ze swojej wolności ekspresji we wszystkich tych sytuacjach, w których autorytet i bezstronność sądownictwa mogą zostać poddane w wątpliwość”²⁸. Gdy jednak ograniczenia wolności ekspresji dotyczą sędziego piastującego wysoką funkcję sądową, Trybunał podkreśla konieczność ich szczególnego zbadania²⁹. Po czwarte, ważny jest również środek rozpowszechniania wypowiedzi: jeśli są to media, zakres dopuszczalnej krytyki będzie węższy – poszerza go adresowanie krytyki do wąskiego grona odbiorców (np. listownie)³⁰.

III

Spór *Kudeshkina p. Rosji* zainicjowała sędzia Sądu Miejskiego w Moskwie, pełniącego funkcję sądu apelacyjnego w okręgu moskiewskim³¹. W 2003 r. zasiadała ona w składzie orzekającym w sprawie przeciwko oficerowi śledczemu, oskarżonemu o nadużywanie władzy w związku z dokonywaniem nielegalnych przeszukiwań. Miało do nich dochodzić w ramach postępowania dotyczącego nadużyć finansowych, w które zamieszana była grupa przedsiębiorstw, a – rzekomo – także wysocy urzędnicy państwowi. W trakcie procesu prokurator zarzucił skarżącej, a następnie ławnikom, stronnictwo i zażądał ich wyłączenia ze sprawy. Wnioski zostały oddalone, ale ławnicy złożyli rezygnację. Następnie, decyzją prezes Sądu Miejskiego wyłączona została skarżąca – pozwany rząd utrzymywał, że powodem była

²³ Por. np. wyrok z 27. 05. 2003 r. w sprawie *Skalka p. Polsce*, nr skargi 43425/98, niepubl., zwł. pkt 41.

²⁴ Wyrok z 23. 04. 1992 r. w sprawie *Castells p. Hiszpanii*, nr skargi 11798/85, A 236, pkt 42.

²⁵ Np. wyrok z 17. 12. 2004 r. w sprawie *Pedersen i Baadsgaard p. Danii*, nr skargi 49017/99, ECHR 2004-XI, pkt 71.

²⁶ Wyrok z 20. 05. 1998 r. w sprawie *Schöpfer p. Szwajcarii*, nr skargi 25405/94, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, pkt 29; wyrok z 30. 11. 2006 r. w sprawie *Veraart p. Holandii...*, pkt 51.

²⁷ Wyrok z 26. 02. 2009 r. w sprawie *Kudeshkina p. Rosji* ..., pkt 85.

²⁸ Wyrok z 28. 10. 1999 r. w sprawie *Wille p. Lichtensteinowi* ..., pkt 64.

²⁹ Ibidem, decyzja z 29. 04. 2006 r. w sprawie *Harabin p. Słowacji* ...

³⁰ Por. wyrok z 27. 05. 2003 r. w sprawie *Skalka p. Polsce* ..., pkt 42.

³¹ B. Bowring, *Judicial Independence in Russia*, „The EU-Russia Review” 2006, nr 1, s. 33.

zwłoka w sformowaniu nowego składu orzekającego i obawa dalszej zwłoki w związku ze złożonym przez nią wnioskiem urlopowym; do sprawy wyznaczono innego sędziego. Po tych wydarzeniach skarżąca nadal wyrokowała w procesach karnych.

W październiku 2003 r. skarżąca zgłosiła swoją kandydaturę w wyborach do Dumy Państwowej i uzyskała zgodę na zawieszenie wykonywania funkcji sądowych. Elementem prezentowanego przez nią programu wyborczego był postulat reformy sądownictwa. W wywiadach radiowych i prasowych skarżąca krytycznie przedstawiała stan moskiewskiego wymiaru sprawiedliwości; twierdziła m.in., że: po latach pracy w Sądzie Miejskim w Moskwie wątpli w niezależne sądownictwo w tym mieście; formalnie niezależny sędzia jest w rzeczywistości często zwykłym urzędnikiem poddanym woli prezesa sądu; powstał mechanizm pośredniego wywierania nacisku na sędziów, w którym prezes udziela najpierw rad i wskazówek prawnych, a jeśli to nie skutkuje, zwiększa presję w celu uzyskania pożądanego rozstrzygnięcia; w większości wyroków przyjmowany jest punkt widzenia prokuratury; sądy są używane jako narzędzia ekonomicznej, politycznej i personalnej manipulacji; prawo jest stosowane ściśle wobec zwykłych obywateli, ale nie wobec osób zajmujących ważne stanowiska; na Syberii sądy są uczciwsze niż w Moskwie – wolne od tak brutalnej manipulacji i korupcji na taką skalę; jeśli wszyscy sędziowie będą milczeć, Rosja znajdzie się w stanie sądowego bezprawia. Skarżąca nawiązywała także do sprawy, w której została odsunięta od orzekania, w tym do nacisków, jakie wywierała na nią prezes Sądu Miejskiego w Moskwie.

Po przegranych wyborach skarżąca przywrócono na stanowisko sędziego. Zanim jednak podjęła na nowo obowiązki zawodowe, wystąpiła do sądu dyscyplinarnego ze skargą na postępowanie prezesa Sądu Miejskiego w Moskwie. Choć opisane przez nią próby wpłynięcia na wyrok potwierdzili ówcześni ławnicy i sekretarz sądowa – sąd nie znalazł dowodów na uchybienia ze strony prezesa i odmówił wszczęcia wobec niej postępowania dyscyplinarnego. Postępowanie dyscyplinarne wszczęto natomiast wobec skarżącej; zarzucono jej uchybienie godności sędziego w związku z nieuzasadnioną krytyką wymiaru sprawiedliwości, podważającą jego autorytet oraz komentowanie sprawy, w której odsunięto ją od orzekania, przed jej prawomocnym rozstrzygnięciem. W wyniku tego postępowania skarżąca została pozbawiona urzędu sędziego. Decyzję sądu dyscyplinarnego utrzymał Sąd Miejski w Moskwie (wniosek o przeniesienie sprawy do innego sądu został oddalony), a następnie Sąd Najwyższy Federacji Rosyjskiej.

W postępowaniu przed Trybunałem strasburskim skarżąca zarzuciła Rosji naruszenie art. 10 EKPC. Strony zgodziły się co do tego, że w okolicznościach niniejszej sprawy usunięcie skarżącej z urzędu sędziego było ingerencją w jej wolność ekspresji. Tego samego zdania był także Trybunał³². Nie podzielił on natomiast zarzutu skarżącej, że była to ingerencja

³² Wyrok z 28. 02. 2009 r. w sprawie *Kudeshkina p. Rosji* ..., pkt 79–80.

niespełniająca wymogów legalności i celowości³³ – o wyniku postępowania miała więc zadecydować ocena konieczności ingerencji.

Rozstrzygając tę kwestię Trybunał rozpoczął od rozróżnienia między ujawnionymi przez skarżącą informacjami o postępowaniu, w którym jakoby poddana została naciskom ze strony prezes Sądu Miejskiego w Moskwie, uznając je za stwierdzenia faktów – choć nie za ujawnienie tajemnicy służbowej – a pozostałymi wypowiedziami krytycznymi wobec wymiaru sprawiedliwości, które potraktowano jako wypowiedzi wartościujące. Trybunał podkreślił jednak, że te pierwsze uważa za ściśle związane z tymi drugimi, a w związku z tym, że oceniać będzie tylko to, czy przedmiotowa krytyka miała odpowiednią podstawę faktograficzną³⁴.

Trybunał podniósł w tym kontekście, że sąd dyscyplinarny, stwierdzając brak przesłanek do podjęcia postępowania przeciw prezes Sądu Miejskiego w Moskwie, nie uwzględnił świadectwa ławników oraz sekretarza sądowej, które potwierdzały zarzuty. Co więcej, przeoczono nieprawidłowości związane z odebraniem sprawy skarżącej i przekazaniem jej innemu sędziemu. Zgodnie z ustaleniami sędziego sprawozdawcy w postępowaniu przed sądem dyscyplinarnym, powodem wyłączenia skarżącej była dezaprobatą prezes sądu dla sposobu prowadzenia przez nią rozprawy oraz dotyczące tego „poufne raporty odpowiednich agencji”. Zdaniem Trybunału, sama sugestia, że tego rodzaju względy mogły odgrywać jakąś rolę, powinna wspierać twierdzenia skarżącej. Pominięcie tej okoliczności przez sąd dyscyplinarny spowodowało, że jego rozstrzygnięciu zabrakło rzetelnej podstawy faktycznej³⁵.

Trybunał zwrócił także uwagę, że wypowiedzi skarżącej na temat postępowania funkcjonariuszy publicznych, związanych ze sprawą korupcyjną czy nacisków na sędziów, poruszały bardzo ważne kwestie interesu publicznego, które w społeczeństwie demokratycznym powinny być przedmiotem wolnej debaty³⁶. Były one ponadto sformułowane w trakcie kampanii wyborczej, a wypowiedzi polityczne korzystają ze szczególnej ochrony art. 10 Konwencji. „Jeśli nawet skarżąca pozwoliła sobie na pewną przesadę i uogólnienie, właściwe agitacji przedwyborczej, to jej twierdzenia nie były całkowicie pozbawione podstawy faktycznej” – konkludował Trybunał³⁷.

Trybunał zakwestionował następnie tryb nałożenia sankcji dyscyplinarnej na skarżącą. Fakt, że w jednej z instancji decydował o tym Sąd Miejski w Moskwie, którego prezesem była osoba, wobec której skarżąca kierowała swoje zarzuty, uznano za niespełniający podstawowego wymogu proceduralnego, jakim jest bezstronność organu rozstrzygającego³⁸. Trybunał podkreślił także surowość kary dyscyplinarnej, która w jego ocenie nie odpowiadała

³³ Ibidem, pkt 81.

³⁴ Ibidem, pkt 91.

³⁵ Ibidem, pkt 92.

³⁶ Ibidem, pkt 94.

³⁷ Ibidem, pkt 95.

³⁸ Ibidem, pkt 96–97.

powadze zarzucanego skarżącej czynu. Taka kara może wywołać „efekt mrożenia” (*chilling effect*) debaty publicznej, odstręczając innych sędziów od formułowania krytycznych opinii na temat funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. W tym stanie rzeczy Trybunał orzekł większością czterech do trzech głosów nieproporcjonalność ingerencji, a w konsekwencji naruszenie art. 10 EKPC³⁹. Do wyroku złożone zostały dwa zdania odrębne⁴⁰.

IV

W przedmiotowej sprawie z krytyką wymiaru sprawiedliwości wystąpiła osoba znajdująca się w dwuznacznej sytuacji sędzi, a zarazem polityk, rzucający oskarżenia w trakcie kampanii wyborczej, oparte na doświadczeniach z okresu pracy w sądownictwie. Czy do takiej osoby powinien stosować się nadal obowiązek dyskrecji i lojalności właściwy sędziemu (skarżąca została zawieszona w pełnionej funkcji na czas wyborów), czy może jako polityk jest ona uprawniona do poszerzonego zakresu wolności ekspresji? Trybunał jednoznacznie opowiedział się za tym drugim rozwiązaniem, skoro zaakceptowany został w kontekście jej wypowiedzi „pewien poziom przesady i uogólnienia charakterystyczny dla przedwyborczej agitacji”⁴¹. Jak się zdaje, stało za tym przekonanie, że wystarczająca będzie w takich wypadkach kontrola nadmierności krytyki na podstawie ogólnych reguł oceny wypowiedzi wartościujących. Takie stanowisko można wesprzeć dodatkowo argumentem o niezasadności różnicowania pozycji polityków w debacie publicznej, zwłaszcza na niekorzyść tych z nich, którzy z daną problematyką są najlepiej obeznani – a do takich należą z pewnością sędziowie w debacie na temat funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Z drugiej strony, zróżnicowanie pozycji sędziów angażujących się w politykę i pozostałych sędziów tłumaczyć należy wymogami walki politycznej, na które odpowiadać muszą tylko ci pierwsi.

W tej sprawie jednak nie sama zasada, lecz jej zastosowanie budzi większe zastrzeżenia – także polityk powinien ważyć słowa, gdy wypowiada się o funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości. Inkryminowane wypowiedzi skarżącej cechował skrajny krytycyzm (naciski, manipulacja, korupcja); opisywały one stan rzeczy nie w pojedynczym sądzie, ale moskiewskim wymiarze sprawiedliwości; niektóre z nich odnosiły się wręcz do całego państwa (jeśli wszyscy sędziowie będą milczeć, Rosja znajdzie

³⁹ Ibidem, pkt 98–102. W sprawie orzekali sędziowie: Rozakis (Grecja – przewodniczący), Vajić (Chorwacja), Kovler (Rosja), Steiner (Austria), Spielmann (Luksemburg), Malinverni (Szwajcaria), Nicolaou (Cypr).

⁴⁰ Ibidem, zdanie odrębne sędziego Kovlera podzielone przez sędzię Steiner; zdanie odrębne sędziego Nicolaou.

⁴¹ Ibidem, pkt 95. Jednocześnie Trybunał nie przestał traktować skarżącej jak sędzi, skoro zwrócił uwagę na „efekt mrożenia”, jaki nałożona na nią kara może mieć dla krytyki wymiaru sprawiedliwości ze strony innych sędziów.

się w stanie sądowego bezprawia). Nie ulega wątpliwości, że były to opinie mogące podważyć zaufanie społeczne do wymiaru sprawiedliwości, tym bardziej że głosiła je osoba z wieloletnim stażem sędziowskim. Trybunał uznał ich dopuszczalność, kwalifikując je jako wypowiedzi wartościujące – a więc nie wymagające udowodnienia, tylko wykazania stosownej podstawy faktycznej – oraz jako wypowiedzi polityczne, dla których właściwa jest przesada i uogólnienie. Za stosowną podstawę faktyczną uznano sprawę, w której skarżącą z podejrzanych powodów odsunięto od orzekania. Skoro tak, to twierdzenia wykraczające poza tę sprawę musiano uznać za objęte koncepcją przesady i uogólnień właściwych dla wypowiedzi politycznych.

Taki sposób rozstrzygnięcia tej sprawy budzi mój sprzeciw. Przyjęcie przez Trybunał, że generalne opinie odnoszące się do moskiewskiego, a tym bardziej rosyjskiego wymiaru sprawiedliwości miały wystarczające uzasadnienie faktograficzne w przebiegu pojedynczego procesu sądowego – nawet przy uwzględnieniu politycznego charakteru tych wypowiedzi i rangi sądu, w którym doszło do domniemych nieprawidłowości – sprawia wrażenie arbitralnej oceny. Trudno sobie wyobrazić, by tego rodzaju uproszczony wywód prawny mógł uzasadnić podobną systemową krytykę brytyjskiego, francuskiego czy nawet⁴² polskiego wymiaru sprawiedliwości. Rację ma tedy sędzia Nicolaou w dołączonym do wyroku zdaniu odrębnym, nie zgadzając się z tą częścią rozstrzygnięcia⁴³. Podzielając jego zastrzeżenia, oponuję jednocześnie przeciw konkluzji o nienaruszeniu Konwencji.

Jest tajemnicą poliszynela, że istnieją poważne przesłanki do kwestionowania niezależności sądownictwa rosyjskiego. W sprawie *Kudeshkina* Trybunał otrzymał sposobność ich zbadania i rozważenia. W jego dyspozycji znajdowało się odpowiednie instrumentarium prawne: możliwość podjęcia dochodzenia (art. 38 ust. 1a EKPC), a w jego ramach m.in. przesłuchania w charakterze świadka, eksperta bądź jakimkolwiek innym każdej osoby, której zeznania lub oświadczenia mogłyby się okazać pomocne, a także możliwość wystąpienia do jakiejkolwiek osoby bądź instytucji o opinię bądź sporządzenie sprawozdania w każdej istotnej dla sprawy

⁴² Jako słabiej ugruntowanego – patrząc z perspektywy historycznej XX w. – w zasadzie rządów prawa.

⁴³ Wyrok z 28. 02. 2009 r. w sprawie *Kudeshkina p. Rosji* ..., zdanie odrębne sędziego Nicolaou. Ciekawe, że w zdaniu odrębnym sędziego Kovlera wybranego – jak wspomniano – z ramienia Rosji, argument niedostatecznej podstawy faktograficznej dla inkryminowanych stwierdzeń skarżącej o moskiewskim i rosyjskim wymiarze sprawiedliwości w zasadzie się nie pojawia, poza uwagą, że tego rodzaju opinie są nie do pogodzenia ze statusem sędziego. Impet polemiczny sędziego Kovlera skupia się wyłącznie na ocenie dopuszczalności wypowiedzi odnoszących się do sprawy, od której skarżąca została odsunięta (były to stwierdzenia faktów, a nie wypowiedzi wartościujące; stawiane przez skarżącą zarzuty nie znalazły potwierdzenia w niezależnym postępowaniu dyscyplinarnym; skarżąca ujawniła informacje służbowe dot. zawisłej sprawy sądowej z naruszeniem obowiązku lojalności i dyskrecji, próbując doprowadzić do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego dopiero po ujawnieniu sprawy opinii publicznej); ibidem, zdanie odrębne sędziego Kovlera podzielone przez sędzię Steiner.

kwestii⁴⁴. Trybunał mógł uwzględnić np. raport *Międzynarodowej Helsińskiej Federacji Praw Człowieka*, w którym sądownictwo rosyjskie scharakteryzowano jako wysoce zależne od władzy wykonawczej, sądownictwo, w którym sędziowie poddawani są presji i sankcjom ze strony prezesów sądów, działających zazwyczaj pod bezpośrednim wpływem władzy wykonawczej, w którym wzrasta liczba uchylanych przez Sąd Najwyższy wyroków uniewinniających, w którym istnieją bliskie patologiczne relacje między sądami a prokuraturą ...⁴⁵. Czemu więc Trybunał nie skorzystał z tej sposobności?

Nie wierzę, by sędziowie tworzący większość składu orzekającego nie zdawali sobie sprawy ze słabości przyjętej przez siebie argumentacji. Myślę, że wzięła tu raczej górę polityczna obawa przed postawieniem całego rosyjskiego wymiaru sprawiedliwości „przed sądem” – bez widoków na pomysły dla niego zakończenie „procesu” – i wynikającymi stąd konsekwencjami. Rzetelne potwierdzenie istnienia podstawy faktycznej tak ostrych zarzutów jak te wyrażone w tej sprawie podważyłoby bowiem podstawową kwalifikację pozwanego państwa do bycia stroną EKPC i członkiem Rady Europy, mianowicie – respektowanie przez nie zasady rządów prawa, która jest fundamentalnym składnikiem konwencyjnego ideału społeczeństwa demokratycznego.

THE CRITICISM OF THE ADMINISTRATION OF JUSTICE IN THE PUBLIC INTEREST: KUDESHKINA V. RUSSIA

Key words: human rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, freedom of expression, criticism of the administration of justice, Russia.

Summary

The article comments on the judgment of the European Court of Human Rights in the case of Kudeshkina v. Russia concerning limits of permissible criticism of the administration of justice. It starts with brief survey of previous case law of the Strasbourg Court to that point and then turns to the analysis of the facts and law of the Kudeshkina case. The author concurs with the Court's conclusion on the violation of art. 10 of the European Convention on Human Rights but partly dissents from its reasoning. He is of the opinion the Court wrongly accepted that there was provided sufficient factual basis for the kind of criticism had been made by the applicant on Russian administration of justice. Because of the severity and scope of the criticism (pressure on judges, manipulations and corruption in Moscow and Russian administration of justice) it seems inadequate to find – as the Court did – its factual

⁴⁴ Por. art. 1 ust. 1 i 2, *Rule of Court, Annex to the Rules*, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436E-987E-65AC8864BE4F/0/RulesOfCourt.pdf>

⁴⁵ *Human Rights in the OSCE Region: Europe, Central Asia and North America. Report 2007*, International Helsinki Federation for Human Rights, s. 139. Podobne spostrzeżenia nie są odosobnione. W raporcie Amnesty International za 2006 r. stwierdza się np., że w Rosji sądzane są wyroki więzienia po „procesach nie spełniających międzynarodowych standardów uczciwego procesu”; *Amnesty International Report 2007. The State of the World's Human Rights*, Amnesty International, s. 219. Por. też, B. Bowring, op. cit., s. 31–37.

justification only in individual case of judicial irregularities. The Strasbourg Court might and should have adopted investigative measures (e.g. to admit of reports of non-governmental organizations) to make sure formally that statements of the applicant had not been excessive – it is an open secret that Russian courts are not a good example of judicial independence and impartiality.

Anna Mrozek

Uniwersytet Lipski, Katedra Prawa Publicznego

Zagrożenie terroryzmem a prawa podstawowe w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego

Słowa kluczowe: Niemiecki Trybunał Konstytucyjny, konstytucyjne prawo do informacyjnego samookreślenia, tajemnica korespondencji i telekomunikacji, poufność i integralność systemów teleinformatycznych

I. Uwagi wstępne

Prawa człowieka i obywatela, zwane w Ustawie Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec prawami podstawowymi (Grundrechte), kształtowane są przez naukę prawa, a także przede wszystkim przez orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (Bundesverfassungsgericht, dalej Trybunał lub BVerfG).

Celem artykułu jest zarysowanie niektórych ważnych tendencji i wskazanie kierunków dyskusji związanych z omawianym orzecznictwem. Omawiam w szczególności orzeczenia, które podjęte zostały w wyniku skarg konstytucyjnych wniesionych przeciwko regulacjom normatywnym rządu ustawowego, dopuszczającym stosowanie środków wykorzystujących techniki informatyczne i teleinformatyczne oraz dotychczas niedozwolonemu wykorzystywaniu sił zbrojnych dla celów bezpieczeństwa wewnętrznego. Nowe akty prawne – konieczne zdaniem normodawców ze względu na zwiększenie ilościowych i jakościowych zagrożeń terrorystycznych – powodują zdaniem ich oponentów groźne dla praw podstawowych efekty uboczne i tym samym naruszają konstytucyjne prawa jednostki, których ochronie miałyby służyć.

Materia omawianych w artykule regulacji normatywnych jest kompleksowa i dynamiczna¹. Dotyczy zagadnień politycznych i wartości etyczno-

¹ W artykule uwzględniam stan prawny z marca 2009, podlegający dynamicznej modyfikacji.

moralnych i wymaga rozwiązywania przez Trybunał trudnych i spornych konstytucyjno-prawnych problemów dogmatycznych, które w tym artykule mogą być tylko zarysowane.

Na uwagę zasługują tutaj w szczególności orzeczenia: w sprawie komputerowej metody policyjnego wykrywania potencjalnych sprawców przestępstw (Rasterfahndung)², w sprawie bezpieczeństwa przestrzeni powietrznej (Luftsicherheitsgesetz)³, w sprawie przeszukiwania zapisów pamięci komputerowych (Online-Durchsuchung)⁴ i w sprawie jeszcze nie rozstrzygniętej retencji danych (Vorratsdatenspeicherung).⁵

Przytoczone rozstrzygnięcia uważam za charakterystyczne dla roli, jaką Trybunał aktualnie odgrywa w niemieckim porządku prawnym. Pozwala ją one również na ocenę jego funkcji społeczno-politycznych jako strażnika praw podstawowych.

II. Trybunał strażnikiem Ustawy Zasadniczej

W porównaniu do podobnych instytucji, działających w innych krajach demokratycznych (np. Supreme Court w USA czy Verfassungsgerichtshof w Austrii), powołany w roku 1951 niemiecki Trybunał⁶ jest instytucją stosunkowo młodą, aczkolwiek sądowa kontrola konstytucyjności znana była w Niemczech już wcześniej.⁷ Ważną nowością było wprowadzenie indywidualnej skargi konstytucyjnej przeciwko aktom władzy państwowej.⁸ Trzeba jednak stwierdzić, że w momencie powołania nowy sąd nie był traktowany jako instytucja dominująca w prawie konstytucyjnym. Odpowiadało to tendencji politycznej reprezentowanej w szczególności przez ówczesną Chrześcijańską Demokrację (CDU), która na pierwszy plan wysuwała Drugi Senat, do którego kompetencji należała „jedynie” kontrola konstytucyjności relacji między organami państwowymi (Staatsorganisation).⁹ Natomiast Pierwszy Senat, w którego gestii znajdowała się ochrona konstytucyjnych praw podstawowych, traktowany był – można powiedzieć – ra-

² Decyzje Trybunału, t. 115, s. 320 (Entscheidungen des BVerfG's, Band 115, S. 320; dalej BVerfGE).

³ BVerfGE 115, 118.

⁴ BVerfGE 120, 274.

⁵ BVerfG, sygn.akt 1BvR 256/08, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2008, 543. Por. teraz wyrok BVerfG z dn. 3.03.2010 r., Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2010, 833.

⁶ BVerfG znajduje umocowanie w konstytucji, art. 92-94 Ustawy Zasadniczej. BVerfG jest organem konstytucyjnym, jak również częścią judykatury.

⁷ Np. Staatsgerichtshof w Republice Weimarskiej i trybunały konstytucyjne działające w niektórych państwach niemieckich w XIX w., np. bawarski Staatsgerichtshof.

⁸ Należy jednakże wspomnieć, iż instytucja skargi konstytucyjnej początkowo wprowadzona była w Ustawie o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), a więc na poziomie zwykłej ustawy. Jej zakotwiczenie w konstytucji, a tym samym prawnokonstytucyjne umocowanie tego środka prawnego, nastąpiło dopiero w roku 1969.

⁹ Por. m.in.: U.Wesel, *Die Hüter der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1996, s. 16 i n.

czej drugoplanowo. Przyczyn pierwotnego dystansu politycznych decydentów w stosunku do nowej instytucji, wyposażonej przez Ustawę Zasadniczą formalnie w znaczne kompetencje,¹⁰ szukać należy z pewnością w słabym zakorzenieniu instytucji konstytucyjnej ochrony praw jednostki w tradycji prawnopaństwowej Niemiec.¹¹ Dodać też trzeba, iż ówczesne orzecznictwo sądów powszechnych pozostawało pod silnym wpływem sięgającego daleko w przeszłość autorytetu Sądu Rzeszy (Reichsgericht), którego kontynuację stanowić miał inny nowo utworzony sąd federalny (Bundesgerichtshof). Trybunał Konstytucyjny musiał dopiero stopniowo wypracowywać autorytet strażnika konstytucji, wyznaczony mu przez Ustawę Zasadniczą.¹²

Zadanie to zostało zrealizowane pomyślnie. Dużą popularność i znaczenie uzyskała w szczególności instytucja indywidualnej skargi konstytucyjnej. W stosunkowo krótkim czasie udało się, przede wszystkim Pierwszemu Senatowi, stworzyć doniosłe dla prawa konstytucyjnego orzecznictwo kształtujące system i porządek prawny Republiki Federalnej. Dotyczy to w szczególności orzeczeń zapadłych w sprawach cytowanych w literaturze prawniczej jako „SRP – Verbot”¹³, „Elfes”¹⁴, „Lüth”¹⁵, „Apothekenurteil”¹⁶, „Mephisto”¹⁷. Wymienione rozstrzygnięcia traktowane są w orzecznictwie i doktrynie jako ważne dyrektywy interpretacyjne dla praw podstawowych i całego systemu prawa. Tym samym Trybunał nie tylko uzyskał autorytet czołowego sądu, lecz zaczął odgrywać rolę ważnej instytucji prawnopolitycznej.

Wiele dróg prowadzi do Karlsruhe, gdzie umieszczona została siedziba Trybunału. Trafiają tam najczęściej sporne kwestie, wynikające nie tylko z odmiennych interpretacji obowiązującego prawa, lecz także mające swoje korzenie w braku konsensu politycznego. Z tego też powodu Trybunał stał się nie tylko strażnikiem konstytucji, lecz działa jako swoisty mediator pomiędzy obozami politycznymi w sporach relewantnych z prawnokonstytucyjnego punktu widzenia. Pozycja Trybunału budzi nawet w nauce obawy o zachwianie konstytucyjnej równowagi pomiędzy legislatywą a judyka-

¹⁰ Zob. art. 93 Ustawy Zasadniczej.

¹¹ W czasach Republiki Weimarskiej prawa człowieka i obywatela były uznawane za hasła programowe. Powszechnej deklaracji praw człowieka jak np. amerykańska Bill of Rights lub francuska Déclaration des droits de l'homme et du citoyen niemiecka Rzesza okresu przedweimarskiego nigdy się nie doczekała; konstytucje w poszczególnych państwach niemieckich były zazwyczaj okrojowane; „niemiecki” ruch na rzecz kodyfikacji praw człowieka i obywatela uległ załamaniu w przeważającej części po roku 1848 w wyniku klęski rewolucji marcowej. Zob. w szczególności B.Ch. Enders w: Friau/Höflig, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 2008, s. 17 i n.

¹² W kwestii kształtowania się pozycji BVerfG zob. w szczególności H.Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, Tübingen 1968, s. 254 i n.

¹³ BVerfGE 2, 1.

¹⁴ BVerfGE 6, 32.

¹⁵ BVerfGE 7, 198.

¹⁶ BVerfGE 7, 377.

¹⁷ BVerfGE 30, 173.

turą.¹⁸ Obaw tych nie należy ignorować, aczkolwiek trudno nie dostrzec, iż jest to spowodowane także tym, że wyraźne, logiczne granice pomiędzy prawem i polityką w praktyce często ulegają zatarciu. Za dodatkowy czynnik należy uznać również, iż funkcje sądów konstytucyjnych jako instytucji judykatury nie są prawnodogmatycznie jednoznaczne.¹⁹ Niemiecki Trybunał, podobnie jak Supreme Court w USA, ma nie tylko kompetencje rozstrzygania konfliktów prawnych między jednostką a państwem na podstawie konstytucji, ale także – i tutaj upatrywać należy szczególnej pozycji sądu – ma on kompetencje weryfikowania konstytucyjności tego prawa.²⁰ Ów *power of judicial review*²¹ stanowi główną przyczynę braku wyraźnych granic pomiędzy judykaturą a legislaturą.²²

III. Trybunał a kwestia bezpieczeństwa wewnętrznego

Współcześnie szczególnej aktualności nabrała kwestia bezpieczeństwa wewnętrznego oraz spór o konstytucyjność wydawanych w tej dziedzinie regulacji ustawowych.

W zasadzie Trybunał ma tutaj do czynienia z fundamentalnym konfliktem pomiędzy konstytucyjnie gwarantowaną wolnością jednostki (*Freiheit*) a konstytucyjnym obowiązkiem państwa zapewnienia tejże jednostce i społeczeństwu bezpiecznej egzystencji (*Sicherheit*). Wolność i bezpieczeństwo uznawane są powszechnie za warunkujące się aspekty „dobrej” egzystencji społeczeństwa.²³ Prawo podstawowe do bezpieczeństwa (*Grundrecht auf Sicherheit*) jako takie nie jest *explicite* wyrażone w tekście Ustawy Zasadniczej.²⁴ Jednakże Trybunał, rozstrzygając kwestie dopuszczalności abor-

¹⁸ Por. J. Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor*, Humboldt Forum Recht (www.humboldt-forum-recht.de) z 1996, Beitrag 12, z dalszymi odniesieniami.

¹⁹ Por. E-W Böckenförde, *Verfassungsgerichtsbarkeit: Struktur, Organisation, Legitimation*, „Neue Juristische Wochenschrift” (dalej NJW) 1999, 9, 6.

²⁰ W szczególności w ramach abstrakcyjnej kontroli ustaw (abstrakte Normenkontrolle Art. 93. Abs. 1 Nr. 2 GG), konkretnej kontroli ustawy (konkrete Normenkontrolle Art. 100) i indywidualnej skargi konstytucyjnej (individuelle Verfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG).

²¹ Główną podstawą tej koncepcji jest orzeczenie Supreme Court z roku 1803, *Marbury vs. Madison*, w której sędzia Marshal sformułował prawo Sądu Konstytucyjnego do weryfikowania prawa w świetle konstytucji jako „the very essence of judicial duty” (*Marbury vs. Madison* 5 US (1803) 137, 177). Thomas Jefferson skomentował przyznanie takiej kompetencji sądom pisząc m.in.: „[...] But the opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the legislative and executive also in their spheres, would make the judiciary a despotic branch.”, Thomas Jefferson, *The Writings of Thomas Jefferson*, 310 (1897).

²² Zgodnie z § 31 ust. 2 zd. 1 Ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) rozstrzygnięcia Trybunału mają moc ustawy.

²³ J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, New York 1983, s. 21; U. Di Fabio, *Sicherheit in Freiheit*, NJW 2008, 421, 422.

²⁴ Przeciwny pogląd wypowiada Isensee, j.w.

cji, stwierdził w 1975 r., iż konstytucja nakłada na państwo wynikający z art. 2 ust. 1 w związku z art. 1 obowiązek ochrony życia jednostki (Schutzpflicht).²⁵ Obowiązek takiej ochrony dotyczy wszystkich praw podstawowych. Nie jest natomiast określony zasięg, w jakim ta ochrona ma być gwarantowana, gdyż zostało to pozostawione uznaniu ustawodawcy zwykłego (gesetzgeberisches Ermessen).

Realizacja postulatu bezpieczeństwa uzasadnia posłużenie się represją i prewencją. Ochrona represyjna dóbr podstawowych występuje szczególnie w ramach prawa karnego i postępowania karnego. Środki prewencji karnej mogą być stosowane wyłącznie w sytuacjach, gdy popełnione zostało przestępstwo, w stosunku do konkretnego podejrzanego lub sprawcy. Ochrona prewencyjna wyprzedza stosowanie ochrony represyjnej. Jej celem jest zapobieganie możliwym zagrożeniom dóbr podstawowych, zanim dojdzie do ich naruszenia. Ochrona prewencyjna została przez ustawodawcę niemieckiego uregulowana w poszczególnych krajowych ustawach policyjnych.²⁶ Także w tym przypadku ustawodawcy krajowi, określając zasięg działań prewencyjnych, stosować winni zasadę uznania. Właśnie owo uznanie w zakresie podejmowania ustawowych decyzji, regulujących środki bezpieczeństwa, może prowadzić do konfliktów z postulatami wolności jednostki, naruszając konstytucyjno-prawną równowagę między biegunowymi wartościami prawnymi, jakimi są wolność jednostki (Freiheit) i bezpieczna egzystencja jednostki i społeczeństwa (Sicherheit).

Drugi istotny aspekt w omawianym kontekście wiąże się z zasadą państwa prawa (Rechtsstaatsprinzip), będącej jednym z głównych fundamentów Ustawy Zasadniczej.²⁷ Zasada ta nakłada na organy państwa bezwzględne ograniczenia wyrażające się w dopuszczeniu tylko takich ingerencji w prawa podstawowe, które mają uzasadnienie w ustawie.

Tylko zaistnienie ustawowo określonego stanu faktycznego (Tatbestand) zobowiązuje lub uprawnia organ państwowy do określenia ustawowych następstw (Rechtsfolge). Jednocześnie ustawa określająca stany faktyczne i ich skutki prawne podlega ograniczeniom wynikającym z zasady konstytucyjnej zakazującej naruszania proporcjonalności pomiędzy regulowanymi stanami faktycznymi i następstwami prawnymi (Verhältnismäßigkeitsprinzip).²⁸

²⁵ BverfGE 39, 1. Trybunał dogmatycznie połączył ze sobą gwarancje nienaruszalności godności człowieka (art. 1 ust 1) i obowiązek państwa do ochrony tej godności (art. 1 ust. 1 zdanie 2) z prawem do życia i nietykalności cielesnej (art. 2 ust 2 zdanie 1), wyprowadzając z tego obowiązek państwa do ochrony życia jako atrybutu godności człowieka.

²⁶ Ustawa Zasadnicza przyznaje kompetencje do wydania ustaw w zakresie prawa karnego (funkcja represyjna) Federacji, natomiast kompetencje wydania ustaw policyjnych (funkcja zapobiegania przestępczości – Gefahrenabwehrrecht) przysługuje krajom związkowym. Wykonanie funkcji represyjnej i prewencyjnej leży przede wszystkim w gestii organów krajowych.

²⁷ Zasada państwa prawa (Rechtsstaatsprinzip) wynika z art. 20 ust 2 zdanie 2 i ust. 3, art. 1 ust. 3, art. 19 ust. 4. Zob. m.i A. P. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen 1986.

²⁸ Por. B. Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 445-465.

W powyższych zasadach szukać należy granic prewencyjnej działalności ustawowej państwa w obszarze bezpieczeństwa. Państwo bowiem może zasadniczo działać legalnie tylko wówczas, jeśli istnieje konkretne i aktualne zagrożenie dobra prawnego, chronionego w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego (konkrete und gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung) i kierować te działania przeciw konkretnym osobom (Störer) zagrażającym owym dobrom. Przytoczone zasady stanowią dotychczas fundament niemieckiego prawa policyjnego.²⁹

Na gruncie wymienionych wyżej zasad konstytucyjnych toczy się w ostatnim czasie debata wokół nowych ustaw, regulujących zwalczanie przestępczości terrorystycznej, stanowiąc kontekst podejmowanych przez Trybunał rozstrzygnięć. Charakterystyczna bowiem dla nowych regulacji jest tendencja do przesuwania środków operacyjnych policyjnej prewencji w sferę działań zapobiegawczych stosowanych, gdy nie wystąpiło jeszcze konkretne zagrożenie porządku publicznego, np. w wyniku możliwych w przyszłości działań terrorystycznych, co w dyskusji określane bywa wręcz jako postępująca erozja szczebla zagrożenia.³⁰

Najważniejsze z tych orzeczeń³¹ z reguły ograniczają formalnie zastosowanie przewidywanych w spornych ustawach środków bezpieczeństwa, wyznaczając konstytucyjne warunki posługiwania się nimi przez policję i inne organy ścigania.

1. Rasterfahndung

Terminem Rasterfahndung określa się specyficzne działania operacyjne policji w zakresie prewencji kryminalnej, w trakcie których organy ścigania uzyskują od innych instytucji publicznych oraz prywatnych dane osobowe w celu ich automatycznego przetworzenia i porównania z innymi kryminalnie relevantnymi informacjami. Celem takiej eksploracji jest w szczególności uzyskanie tzw. profili osobowościowych, pozwalających wytypować grupy osób odpowiadających kryteriom relevantnym z punktu widzenia konkretnego stanu faktycznego, będącego w zainteresowaniu organów ścigania. Początki omawianej metody eksploracji danych sięgają lat siedemdziesiątych, kiedy znalazła ona po raz pierwszy zastosowanie w akcji przeciwko RAF (Rote Armee Fraktion). Prawne podstawy stosowania Rasterfahndung uregulowane są w ustawach policyjnych wszystkich

²⁹ Już w XIX w podwaliny tego stworzył Najwyższy Sąd Administracyjny Prus (Preussisches Oberverwaltungsgericht) w tak zwanym wyroku kreuzbergskim (Kreuzberger Urteil), określającym tak zwane konkretne zagrożenie jako przesłankę stosowania środków policyjnych, PrOVGE 9, 353ff.

³⁰ „Erosion der Gefahrenschwelle“, zob. R. Poscher, *Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit*, Die Verwaltung (Verw), 2008, 348 oraz cytowany przez tego autora H.-H.Trute, w: GS Jeand'Heure, 1999, 403 i n.

³¹ Zob. s. 1.

krajów związkowych.³² Po atakach terrorystycznych z 11 września 2001 r. metoda ta przeżyła prawdziwy renesans. Władze policyjne na terenie całej Republiki zwiększyły intensywność jej wykorzystywania do identyfikowania potencjalnych terrorystów (tzw. Schläfer). Także na terenie kraju związkowego Nadrenii-Westfalii zobowiązano liczne instytucje (uniwersytety i inne szkoły wyższe, urzędy meldunkowe, Centralny Rejestr Obcokrajowców) do przekazania na cele Rasterfahndung danych dotyczących mężczyzn urodzonych w latach 1960–1983.³³ Procedura kontroli konstytucyjnej zainicjowana została przez przebywającego na terenie RFN Marokańczyka, który uznał, że podjęte działania naruszają przysługujące mu konstytucyjne prawo do informacyjnego samookreślenia (Recht auf informationelle Selbstbestimmung), wynikające z art. 2 ust. 1 w związku z art. 1 Ustawy Zasadniczej.³⁴ Trybunał uznał skargę za uzasadnioną. Sędziowie nie zakwestionowali wprawdzie generalnie konstytucyjności metody jako takiej i uznali, iż bezpieczeństwo państwa jako gwaranta pokoju i porządku (als verfasste Friedens- und Ordnungsmacht), a także obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa przez państwo na rzecz społeczeństwa (die zu gewährleistende Sicherheit) stanowią samoistne wartości konstytucyjne. W wyroku stwierdzono jednak również, iż podejmowane za pomocą Rasterfahndung czynności informacyjno-śledcze znacznie ograniczają prawa podstawowe i tym samym jej zastosowanie może być zgodne z Ustawą Zasadniczą tylko w sytuacji wystąpienia *konkretnego i aktualnego zagrożenia* ważnych dóbr prawnych. Trybunał uznał, iż sądy niższej instancji (wykonujące dotychczas kontrolę stosowania eksploracji danych) tak szeroko interpretowały pojęcie istnienia bezpośredniego zagrożenia, iż sięganie na tej podstawie do metody Rasterfahndung w celu zwalczania terroryzmu przestało spełniać wymogi konstytucyjne. Istotne było w szczególności, iż Trybunał stanął na stanowisku, że samo powołanie się na sytuację zagrożenia, jaka powstała po atakach terrorystycznych z 11 września 2001 r., nie może być wystarczającym argumentem. Tym samym Trybunał przypomniał, iż wymóg zaistnienia *konkretnego i aktualnego zagrożenia* stanowi *conditio sine qua non* legalności podejmowanych przez policję działań prewencyjnych.

Rozstrzygnięcie to stało się ważnym prawniczym przyczynkiem, co najmniej częściowo, hamującym tendencje ograniczania swobód i wolności

³² Uregulowania te, odmienne ze względu na treść, nawiązują jednak wszystkie do istnienia bezpośredniego zagrożenia dla życia, zdrowia lub wolności jednostki, integralności lub bezpieczeństwa Federacji oraz wymagają sądowej kontroli przedsięwzięć podejmowanych w ramach „Rasterfahndung.”

³³ Podstawa prawna: § 31 ust. 1 ustawy policyjnej Nadrenii-Westfalii.

³⁴ Prawo do informacyjnego samookreślenia obejmuje ochronę zbierania, przechowywania, wykorzystywania i przekazywania danych osobowych. Zostało ono sformułowane przez Trybunał w orzeczeniu „Volkszählungsurteil”, BverfGE 65, 1 i ma fundamentalny charakter dla ochrony danych osobowych.

obywatelskich w atmosferze powszechnej paniki, którą wykorzystywano, aby zaostrzyć przepisy prawa w dziedzinie bezpieczeństwa publicznego.³⁵

2. Bezpieczeństwo przestrzeni powietrznej

Dyskusja dotycząca relacji pomiędzy postulatem bezpieczeństwa wewnętrznego i wymogami ochrony praw człowieka osiągnęła punkt kulminacyjny z chwilą nowelizacji federalnej ustawy o bezpieczeństwie przestrzeni powietrznej. Nowela zawierała m. in. upoważnienie do zestrzelenia samolotu, który mógł być użyty w celu dokonania zamachu terrorystycznego, zagrażającego życiu ludzi.³⁶ Przepis ten był tak skonstruowany, iż legalizował także zestrzelenie samolotu, na pokładzie którego znajdowałyby się osoby, niebędące przestępcami. W prasie i w wypowiedziach politycznych zwolenników radykalnych rozstrzygnięć (także ministrów rządu federalnego) dopuszczalność zestrzelenia samolotu opanowanego przez terrorystów traktowana była jako *ultima ratio* w walce społeczeństwa z zagrożeniem terrorystycznym.³⁷ Nadmienmy także, iż wśród niemieckich konstytucjonalistów i innych przedstawicieli prawa publicznego nierzadko reprezentowane było przekonanie, że przepis ten nie koliduje z konstytucją.³⁸ Eksponowano w szczególności obowiązek państwa do ochrony życia osób na powierzchni ziemi, mogących być ofiarami ataku terrorystycznego (Schutzpflicht), konieczność zabezpieczenia funkcjonowania państwa (Handlungsfähigkeit des Staates), wreszcie wskazywano na zasadność etyczną ewentualnej ofiary życia jednostki dla dobra wspólnoty (Aufopferungsgedanke).³⁹

Szczególnie ostatni z tych argumentów, mający uzasadnienie w prawnofilozoficznej koncepcji umowy społecznej, budzić może wątpliwości wynikające stąd, iż teoria umowy społecznej, stanowiąca w istocie fikcję historyczną, nie uprawnia do wyciągania wniosków prawnodogmatycznych, ograniczających konstytucyjne prawo jednostki nawet w sytuacji ulti-

³⁵ Por. ustawy antyterrorystyczne np. Ustawa o zwalczaniu międzynarodowego terroryzmu (Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus) z dn. 9.01.2002 r., BGBl. I, S. 361 w Niemczech lub Patriot-Act z roku 2001 w USA.

³⁶ § 14 Abs. 3 Ustawy o bezpieczeństwie przestrzeni powietrznej (Luftsicherheitsgesetzes) z dn. 11.01.2005 r., BGBl. I, S. 78.

³⁷ Zob. przemówienie ministra spraw wewnętrznych w Bundestagu, 30.01.2004, http://www.otto-schily.de/reden/reden_ak.html.

³⁸ Za możliwością zestrzelenia samolotów (wybór): J. Isensee, *Not kennt kein Gebot*, „Frankfurter Allgemeine Zeitung” (FAZ) 17/08, s. 10; Ch. Enders, *Der Staat in Not*, „Die öffentliche Verwaltung” (DöV) 2007, 1039 i n.; przeciwko możliwości zestrzelenia samolotów z niewinnymi (wybór): B. Schlink, *Das Opfer des Lebens*, in: Ch. Enders, J. Masing, *Freiheit des Subjekts und Organisation von Herrschaft*, Berlin 2006, s. 43-54; O. Lepsius, *Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz*, in: Roggan, *Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat*, Berlin 2006, s. 47, 73.

³⁹ Por. J. Isensee, ibidem, s. 10, Ch. Enders, ibidem, s. 1039 i n.

ma ratio. Także praktyczny problem, wynikający z faktu przebywania na pokładzie samolotu obywateli różnych państw, stwarza kolejne wątpliwości co do zasadności sięgania do konstrukcji umowy społecznej, uzasadniającej jakoby poświęcenie życia jednostki ludzkiej dla dobra wspólnoty.

Inny aspekt w związku z zestrzeleniem opanowanego przez terrorystów statku powietrznego dotyczył dopuszczalności wykorzystania w tym celu sił zbrojnych.⁴⁰ Wątpliwość wynikała stąd, iż Ustawa Zasadnicza ściśle określa dopuszczalność interwencji wojskowej, pozwalając na użycie wojska tylko w celu samoobrony przed atakiem innego państwa (Verteidigungsfall) lub w przypadku katastrof naturalnych i innych ciężkich wypadków.⁴¹ Ataki terrorystyczne nie dadzą się subsumować pod wymienione dyspozycje konstytucyjne.⁴²

Trybunał, którego rozstrzygnięcia oczekiwano z dużym napięciem, zakwestionował w pierwszej kolejności kompetencje ustawodawcy federalnego do regulowania materii należących do kompetencji krajów związkowych (Gefahrenabwehrrecht). Uznał także, iż zaskarżone postanowienia ustawy są sprzeczne z art. 2 ust. 2 zdanie pierwsze Ustawy Zasadniczej, gwarantującym prawo do życia, a ponadto z art. 1 ust. 1 gwarantującym poszanowanie godności człowieka w zakresie, w jakim gwarancje zawarte w obu tych artykułach odnoszą się do osób postronnych na pokładzie samolotu opanowanego przez terrorystów.⁴³

3. Przeszukiwanie zapisów pamięci komputerowych (Online-Durchsuchung)

Kolejnym orzeczeniem Trybunału w zakresie bezpieczeństwa wewnętrznego, wywołującym zainteresowanie prawników i szerokiej opinii publicznej, jest rozstrzygnięcie w sprawie tzw. przeszukiwania zapisów pamięci komputerowych (Online-Durchsuchung). Terminem tym określa się niejawną dostęp (organu państwowego) z zewnątrz do systemów informatycznych w celu uzyskania umieszczonych tam danych, które mogłyby dostarczyć informacji relewantnych dla bezpieczeństwa publicznego w celach prewencyjnych czy też ze względu na przedmiot prowadzonego postępowania dla realizacji funkcji represyjnej. W żargonie komputerowym takie postępowanie osób prywatnych określane bywa czasem jako tzw. „hakerstwo”

⁴⁰ Por. M.Baldus, *Streitkräfteeinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum – Sind die neuen luftsicherheitsrechtlichen Befugnisse der Bundeswehr kompetenz- und grundrechtswidrig?*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” (NVwZ) 2004,1278.

⁴¹ Art. 87a ust. 1 i art. 35 Ustawy Zasadniczej.

⁴² Podobny spór wystąpił w związku z użyciem wojska i policji dla ochrony konferencji G8 w Heiligendamm (G8-Gipfel) w czerwcu 2007, por. J.Plötzki, *Soldaten gegen Demonstranten*, in: Grundrechte-Report 2008, Frankfurt a.M. 2008.

⁴³ BVerfGE 115, 118 i nast. Por. też wyrok polskiego Trybunału Konstytucyjnego z dn. 30.09.2008 r. (sygn. akt K 44/07).

i pociąga za sobą zazwyczaj odpowiedzialność karną.⁴⁴ Opisana technika jest stosunkowo nowa i – w przeciwieństwie do omawianej wyżej metody eksploracji danych (Rasterfahndung) – nie miała uprzednio podstawy prawnej w ustawach policyjnych, postępowaniu karnym, ani też w innych regulacjach ustawowych.⁴⁵ Postępowanie tego rodzaju przypomina procedury związane z podsłuchem telefonicznym lub też ingerencje w tajemnice korespondencji. Badanie konstytucyjności przeszukiwania online podjął Trybunał na podstawie skargi konstytucyjnej, wniesionej przez kilku wnioskodawców (adwokaci i deputowani do parlamentu krajowego), skierowanej przeciwko przepisom krajowej Ustawy o Urzędzie Ochrony Konstytucji w Nadrenii-Westfalii (Verfassungsschutzgesetz NRW) dopuszczającym jej zastosowanie.⁴⁶

Podobnie jak w przypadku metody Rasterfahndung, metoda przeszukiwania online nie została „konstytucyjnie” całkowicie zdyskwalifikowana. Wynika to z generalnej zasady wyrażonej w uzasadnieniu orzeczenia, dopuszczającej ingerencję w prawa podstawowe w celach prewencyjnych i represyjno-karnych, jeśli jest to legitymowane podstawą ustawową, zgodną z Ustawą Zasadniczą. Tego warunku zaskarżona podstawa prawna (§5 ust. 2 nr 11 zdanie 1 Ustawy o Urzędzie Ochrony Konstytucji) nie spełniła i dlatego Trybunał orzekł jej nieważność.⁴⁷ Niekonstytucyjności podstawy prawnej dopatrył się Trybunał przede wszystkim w naruszeniu przez ustawę zasady proporcjonalności (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Agresywna ingerencja procedur przeszukiwania online, w formie dopuszczonej przez ustawę, w sferę konstytucyjnych praw podstawowych, budzi wątpliwość co do relacji pomiędzy celami i skutkami jej zastosowania. Rola, jaką odgrywają współcześnie systemy informatyczne w życiu wielu obywateli sprawić musi, iż zastosowanie tajnego przeszukiwania komputerowych zbiorów danych, umożliwiające tworzenie profili osobowościowych oraz inne rodzaje kontroli, odbije się negatywnie na rozwoju osobowości użytkowników tych systemów. Z tego też względu można oczekiwać, iż uzyskane efekty będą nieproporcjonalne w stosunku do możliwych negatywnych skutków.

We wstępie uzasadnienia Trybunał stwierdził, iż istniejące już konstytucyjne gwarancje, wynikające dla użytkowników systemów informatycz-

⁴⁴ Niemiecki kodeks karny wyodrębnia m.in. szpiegostwo komputerowe, § 202a StGB, fałszowanie danych, § 303a StGB, sabotaż komputerowy, § 303b StGB.

⁴⁵ Metoda ta była jednak stosowana bez podstawy prawnej przez służby specjalne od roku 2005 w oparciu o zalecenie służbowe ówczesnego ministra spraw wewnętrznych, Otto Schily'ego (SPD), por. np. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,479396,00.html>.

⁴⁶ § 5 ust. 2 Nr. 11 Ustawy o Urzędzie Ochrony Konstytucji w Nadrenii-Westfalii (§ 5 Abs. 2 Nr. 11 des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen in der Fassung des Gesetzes vom 20. Dezember 2006), GVBl NRW, S. 620.

⁴⁷ § 31 ust. 2 i § 95 ust. 3 Ustawy o Trybunale Konstytucyjnym (BverfGG): Trybunał może w razie stwierdzenia niekonstytucyjności aktu prawnego uznać go za nieskuteczny bądź nieważny. W pierwszym przypadku przepis pozostaje w mocy, w drugim zaś nie może być już stosowany.

nych z art. 10 (gwarancja tajemnicy telekomunikacyjnej) i z art. 13 (nienaruszalność mieszkania) Ustawy Zasadniczej, a także ewentualna ochrona z tytułu ukształtowanego w orzecznictwie konstytucyjnym prawa ochrony osobowości (allgemeines Persönlichkeitsrecht), określonego w art. 1 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, i wynikającego z niego prawa do samookreślenia informacyjnego (informationeller Selbstbestimmungsrecht)⁴⁸, nie są w przypadku skutków wywołanych przez przeszukiwania online wystarczające.⁴⁹ Wskazano w ten sposób pośrednio na jakościowo odmienny charakter tego typu ingerencji w sferę praw podstawowych. W konsekwencji Trybunał dostrzegł w badanej regulacji ustawowej ingerencję w nienazwane dotąd prawo podstawowe, gwarantujące *poufność i integralność systemów teleinformatycznych* (Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme), które podobnie jak prawo do informacyjnego samookreślenia – wyinterpretowane zostaje z ogólnego prawa ochrony osobowości (allgemeines Persönlichkeitsrecht). Nie jest do końca jasne, dlaczego Trybunał posłużył się tą zupełnie nową konstrukcją prawną, zamiast odwołać się do ugruntowanego już prawa do informacyjnego samookreślenia. Jednym z argumentów Trybunału jest wspomniany wyżej pogląd, iż metoda przeszukiwania online w tak wysokim stopniu zagraża dobrom chronionym przez prawo do informacyjnego samookreślenia, iż wykracza poza granice ochrony gwarantowanej przez to prawo i czyni je środkiem nieskutecznym. Dopiero przyszła praktyka wykaże zapewne, czy taka decyzja Trybunału umocniła konstrukcję prawa do informacyjnego samookreślenia, stwarzając temu prawu swoistego sojusznika w postaci podobnego prawa podstawowego, czy też je osłabiła, uzależniając ochronę danych osobowych od stopnia intensywności ingerencji, ocenianej indywidualnie w każdym przypadku.⁵⁰ Ewentualne stosowanie przeszukiwania online uzależnione zostało od wprowadzenia do ustawy surowych kryteriów. Umocowanie takie musi być powiązane z wystąpieniem *konkretnego zagrożenia dobra o znacząco większej wartości*. Ocena tego podlegać winna kontroli sędziego (Richtervorbehalt). Ustawowa regulacja, określająca warunki posługiwania się przeszukiwaniem online, winna zapewnić także nienaruszalność ściśle chronionej strefy prywatności.⁵¹ Także tego wymogu nie spełniała zaskarżona regulacja prawna.

⁴⁸ Por. przypis 34.

⁴⁹ Wyrok BverfG z dn. 27.02.2008 r., 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/0, Rn. 168-182.

⁵⁰ Krytycznie m.in. G.Britz, *Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – einige Fragen zum „neuen Grundrecht“*, DöV 2008, 411, 413.

⁵¹ Trybunał przyjmuje, iż wynikające z prawa ochrony osobowości prawo do prywatności implikuje różne sfery, które Ustawa Zasadnicza w różnym stopniu chroni przed ingerencją państwa lub innych podmiotów. Absolutnie chroniona jest sfera intymna. Ingerencja nie jest tutaj usprawiedliwiona nawet celem wyższym, zob. orzeczenia w sprawie „Elfes”, BverfGE 6, 32, 41; „Tagebuchaufzeichnungen”, BverfGE 80, 367, 381; „Großer Lauschangriff”, BVerfGE 109, 279; por. także M.Baldus, *Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungsoffen*, „Juristen Zeitung” (JZ) 2008, 218.

W tym miejscu Trybunał nawiązał do orzeczenia z roku 2004, cytowanego w literaturze jako „Großer Lauschangriff”, dotyczącego ustawy legalizującej prowadzenie podsłuchu w mieszkaniu (akustische Wohnraumüberwachung).⁵² Stwierdzono przy tej okazji, iż „Nienaruszalność godności człowieka wynikająca z art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej wymaga ustanowienia absolutnie chronionej strefy prywatności (absolut geschützter Kernbereichs privater Lebensgestaltung). W tej strefie nie jest dopuszczalny podsłuch nawet dla celów ścigania karnego (art 13 ust. 3 Ustawy Zasadniczej). Nie stosuje się zasady proporcjonalności (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz), polegającej na porównywaniu dobra wynikającego z nienaruszalności mieszkania (art. 13 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej) z interesami ścigania karnego”.⁵³ Trybunał uniemożliwił tym samym ustawodawcy jakąkolwiek ingerencję w sferę ścisłej prywatności, co oznaczało w konsekwencji absolutny zakaz podsłuchu w tej sferze. Jednocześnie jednak wynikało z tego, iż zakaz ten nie obowiązuje poza tą sferą – podsłuch jest wówczas dopuszczalny, gdyż nie narusza godności człowieka.⁵⁴

Sformułowane przez Trybunał wymogi konstytucyjne, dotyczące podsłuchu, ustawodawca spełnił w roku 2004.⁵⁵ Nowa ustawa nakazuje przerwanie podsłuchu w momencie ingerencji w sferę absolutnej prywatności podsłuchiwanego lub natychmiastową likwidację materiałów uzyskanych w takiej sytuacji. Decyzja taka musi być podjęta także wówczas, jeśli naruszałoby to interes postępowania karnego.⁵⁶

Z technicznego, a także z formalno-dogmatycznego punktu widzenia dostrzec można znaczne podobieństwa pomiędzy obydwiema technikami, stosowanymi dla potrzeb bezpieczeństwa. (Online-Durchsuchung i Großer Lauschangriff). Dlatego też Trybunał wykorzystał w swoim wyroku, dotyczącym przeszukiwania online, formalno-dogmatyczną konstrukcję prawa do ścisłej prywatności jako warunek dla przyszłej ustawy legalizującej tę metodę.

⁵² W celu umożliwienia takiego podsłuchu Bundestag dokonał w roku 1998 zmiany w Ustawie Zasadniczej, Ustawa o zmianie Ustawy Zasadniczej (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, Artikel 13), z dn. 31.03.1998 r., BGBl. I. 610, oraz dokonał konsekwentnie zmian w kodeksie postępowania karnego, §§ 100c, 100d, 100f, 101 StPO, Ustawa o zwiększeniu efektywności zwalczania zorganizowanej przestępczości (Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität) z dn. 4.05.1998 r., BGBl I S. 845.

⁵³ BVerfGE 109, 279 (Leitsatz Nr.2): „In diesen Bereich darf die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung (Art. 13 Abs. 3 GG) nicht eingreifen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt.“

⁵⁴ BVerfGE 109, 279 (Leitsatz Nr. 3).

⁵⁵ Por. § 100c ust. 4 -5 KPK (StPO), Ustawa o realizacji wyroku Trybunału z dn. 3.03.2004 r. (Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004) z dn. 24.06.2005 r., BGBl I S. 1841.

⁵⁶ Na temat tego orzeczenia por. m.i. F.Roggan (Ed.), *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff*; Ch. Gusy, *Lauschangriff und Grundgesetz*, „Juristische Schulung (JuS)” 2004, 457 i n.

4. Retencja danych

Kwestią, która również czeka na stanowisko Trybunału, jest tzw. retencja danych (Vorratsdatenspeicherung). Wbrew głosom opozycji Bundestag przyjął ustawę⁵⁷, nakładającą na operatorów telekomunikacyjnych obowiązek przechowywania przez okres sześciu miesięcy danych identyfikujących i lokalizujących użytkowników telefonów stacjonarnych i komórkowych, internetu i poczty elektronicznej, ze względu na możliwą (prewencyjną i represyjną) przydatność tych danych dla organów ścigania.⁵⁸ Magazynowane i przechowywane informacje dotyczą wszystkich osób korzystających z technik telekomunikacyjnych bez względu na to, czy są one podejrzane lub czy z innych względów pozostają w zainteresowaniu organów ścigania lub też w ogóle nie należą do tego kręgu osób. Analiza danych umożliwia prewencyjne tworzenie profili komunikacyjnych poszczególnych osób i może być wykorzystywana w celu represyjnym. Kwestia dopuszczalności przechowywania „na zapas” danych telekomunikacyjnych, wytworzonych przez poszczególnych użytkowników sieci telekomunikacyjnych, stanowi problem także w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej ze względu na obowiązywanie Dyrektywy nr 2006/24/EC.⁵⁹

W Niemczech stanowiska w omawianej kwestii, tak zresztą jak i w innych wyżej omawianych przypadkach, są bardzo podzielone. Głównym argumentem politycznym, przemawiającym za dopuszczeniem retencji danych, jest także w tym przypadku chęć zapewnienia organom porządkowym możliwości informacyjnych, pozwalających na skuteczniejsze zwalczanie globalnego terroryzmu. Kontrowersje dotyczą przede wszystkim efektywności i kosztów korzystania z retencji, ale także konstytucyjnej legalności tego przedsięwzięcia.

Zbiorowa skarga konstytucyjna, podpisana przez 34 939 wnioskodawców, stanowi aktualnie przedmiot analizy składu orzekającego.⁶⁰ Trybunał, dopuszczając skargę, wprowadził w marcu 2008 r. ograniczenie obowiązywania ustawy (einstweilige Anordnung).⁶¹ Podstawą tej decyzji było

⁵⁷ §§ 113a, 113b Ustawy o nowej regulacji monitorowania telekomunikacyjnego i innych ukrytych metod dochodzeniowych oraz implementacji dyrektywy 2006/24/EC (§§ 113a, 113b des Telekommunikationsgesetzes in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, BGBl I 2007, s. 3198 i n.).

⁵⁸ W celach ścigania czynów karalnych, w celu odparcia znacznego niebezpieczeństwa grożącego bezpieczeństwu publicznemu, w celu wykonania zadań wywiadów, por. § 113b Telekommunikationsgesetz.

⁵⁹ Skarga Irlandii wniesiona do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) o stwierdzenie nieważności tej dyrektywy z powodów formalno-prawnych została odrzucona, wyrok z dn. 10.02.2009 r., sygn.akt C-301/06. ETS nie wypowiedział się przy tej okazji merytorycznie w kwestii ewentualnej dopuszczalności retencji danych.

⁶⁰ Por. <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/51/70/lang,de/>.

⁶¹ BVerfG, decyzja z dn. 11.03.2008 r., sygn. akt 1 BvR 256/08 i z dn. 28.10.2008 r., sygn. akt 1 BvR 256/08; por. także odrzucającą decyzję z dn. 15.10.2008 r., sygn. akt 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08.

uznanie, iż poprzez sam fakt wykorzystania przez organy ścigania danych, zgromadzonych w wyniku retencji, następuje już istotne naruszenie prawa podstawowego tajemnicy korespondencji i telekomunikacji („Fernmeldegeheimnis”). Z tego względu Trybunał dopuścił warunkowo wykorzystywanie zgromadzonych za pomocą retencji danych tylko wówczas, gdy przedmiotem czynności śledczych są ciężkie przestępstwa karne (tylko w celu realizacji funkcji represyjnej).

Należy wskazać, iż w przypadku omawianej skargi konstytucyjnej dodatkową komplikację stanowi relacja pomiędzy prawem wewnętrznym państwowym i prawem Wspólnoty Europejskiej. Jak wyżej wspomniano, ETS uznał dyrektywę europejską, dopuszczającą stosowanie retencji za obowiązującą wbrew skardze Republiki Irlandii. W zasadzie Trybunał utracił kompetencję do stwierdzania konstytucyjności lub niekonstytucyjności ustawy federalnej, wydanej na podstawie dyrektywy europejskiej.⁶² Skarga konstytucyjna pozostaje możliwa tylko wówczas, gdy dyrektywa pozostawia różne warianty jej przetworzenia (Umsetzungsspielraum) przez niemieckiego ustawodawcę, bądź też, gdy ten wykracza poza postanowienia dyrektywy europejskiej.⁶³ Taka sytuacja zaistniała w przypadku omawianej ustawy federalnej o retencji danych.⁶⁴

Trybunał zobowiązał jednocześnie rząd federalny – jeszcze przed rozstrzygnięciem skargi Irlandii – do przedstawienia raportu o skuteczności nowej techniki, którego wyniki stanowiąc miały przesłankę przyszłego rozstrzygnięcia. Pierwsze informacje przedłożone Bundestagowi, uwzględniające kilkumiesięczne stosowanie retencji, stały się przedmiotem sporu parlamentarnego, wynikającego z różnych ocen przedstawionych danych.⁶⁵ Należy wnosić, iż – uwzględniając wyniki raportu – Trybunał bada także w tym przypadku wpływ retencji danych na prawo zachowania tajemnicy korespondencji i telekomunikacji (Fernmeldegeheimnis) oraz na prawo do informacyjnego samookreślenia użytkowników systemów telekomunikacyjnych. Dodatkowo rozstrzygnąć trzeba w tym przypadku wpływ retencji danych na prawo podstawowe, jakim jest swoboda działalności gospodarczej dostawców usług telekomunikacyjnych (Berufsfreiheit), art. 12 Ustawy

⁶² Zob. orzecznictwo Trybunału w tej kwestii, wyrok „Solange-II”, BVerfGE 73, 339, wyrok „Bananenmarktordnung”, BVerfGE 102, 147, BVerfGE 118, 79.

⁶³ W przypadku braku kompetencji sąd ostatniej instancji jest zobowiązany do złożenia wniosku do ETS o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zob. BVerfG, „Neue Juristische Wochenschrift” (NJW) 2001, 1267 i n. Sąd niższej instancji może także skorzystać z możliwości odwołania się do ETS, art. 234 ust 2 TWE. W sprawie retencji danych droga ta wykorzystana została przez Sąd Administracyjny w Wiesbaden, decyzja z dn. 27.02.2009 r., sygn. akt 6 K 1045/08.WI. Tym samym sprawa dopuszczalności retencji danych rozpatrywana jest przez BVerfG i – ponownie – przez ETS.

⁶⁴ Dyrektywa 2006/24/EC jest „otwarta” jeśli chodzi o jej przetworzenie na ustawę krajową i §§ 113a i 113b kwestionowanej Ustawy o nowej regulacji monitorowania telekomunikacyjnego i innych ukrytych metod dochodzeniowych oraz implementacji dyrektywy 2006/24/EC wykracza poza jej literalne postanowienia.

⁶⁵ „Berliner Zeitung” Nr. 284, z dn. 5.12.2008 r., s. 5.

Zasadniczej. Uwzględniając przedstawione orzecznictwo i wyrażony przez Trybunał w związku z rozstrzygnięciem warunkowym wstępny pogląd, można – niestety – spodziewać się, iż retencja danych zostanie przez Trybunał w rozstrzygnięciu głównym dopuszczona. Oczekiwać można jednak, że także w tym przypadku Trybunał sformułuje co najmniej rygorystyczne warunki ograniczające stosowanie tej metody i znajdzie odpowiednią formułę, zapewniającą ewentualne wykorzystanie magazynowanych danych wyłącznie dla realizacji celów związanych z bezpieczeństwem państwa i uniemożliwiająca nielegalne „wycieki”. Występująca w związku z retencją danych szczególnie intensywność problematyki zabezpieczenia danych (Datensicherung) stanowi w tym przypadku swoisty jakościowy wyróżnik w stosunku do innych omawianych orzeczeń. Niebezpieczeństwo wynikające z wykorzystywania wielkich zbiorów danych w sposób niezgodny z celem, w jakim zostały zgromadzone i wynikające z tego naruszenia praw podstawowych są bowiem w przypadku tej techniki szczególnie duże. Obrazują to liczne w ostatnim czasie spektakularne skandale związane z zarządzaniem wielkimi zbiorami danych osobowych w sektorze publicznym i prywatnym w Niemczech i innych krajach europejskich.⁶⁶

IV. Uwagi końcowe

W omawianych orzeczeniach Trybunał rozstrzygał, czy ustawy bądź też ich nowelizacje, modernizując środki prewencyjno-represyjne, stosowane w celu zwalczania lub zapobiegania przestępczości, nie ograniczają w sposób niekonstytucyjny praw i wolności jednostki.

Już we wcześniejszych wyrokach rozważano problemy oddziaływania technik informatycznych na prawa jednostki (Volkszählungsurteil). Masowy charakter ingerencji i nietypowość możliwych zagrożeń powodowały konieczność głębszej interpretacji poszczególnych praw podstawowych, umożliwiając identyfikowanie niedostrzeganych dotąd aspektów chronionych dóbr prawnych. Przykładem takiej „odkrywczej” interpretacji może być fundamentalne dla ochrony danych osobowych (Datenschutz) prawo do informacyjnego samookreślenia (informationelle Selbstbestimmungsrecht) czy też omawiane w artykule prawo do integralności i poufności systemów

⁶⁶ N.p. utrata danych dotyczących podatników w Anglii:

<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/article2907495.ece>; Kradzież danych w niemieckim Telekomie;

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,573094,00.html>; nielegalny obrót danymi mel-dunkowymi;

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,575097,00.html>; nielegalny obrót danymi o kon-tach bankowych;

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,571404,00.html>;

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,594874,00.html>.

informatycznych (w sprawie przeszukiwania online), które w obu wypadkach wynikały z ogólniejszego konstytucyjnego prawa ochrony osobowości.

Badając konstytucyjność nowych regulacji, poddawano analizie także oddziaływanie przedmiotowych technik na tradycyjne prawa podstawowe wyrażone *expressis verbis* w przepisach konstytucyjnych.

Zapadłe orzeczenia świadczą, iż ustawy, stanowiące przedmiot kontroli, zazwyczaj nie były zgodne z postanowieniami Ustawy Zasadniczej, w uznawanej powszechnie za wiążącą interpretacji strażników konstytucji. Ujawnia to istotne różnice w pojmowaniu stopnia zagrożenia dla praw podstawowych pomiędzy Trybunałem i ustawodawcą, a także – w niektórych wypadkach – przedstawicielami nauki prawa konstytucyjnego. Uchylające niekonstytucyjne przepisy orzeczenia Trybunału określają jednocześnie wymogi, jakie winny spełniać podstawy prawne. Trybunał natomiast nie ocenia poszczególnych technik z punktu widzenia pragmatycznej przydatności dla prewencji czy represji ani też nie dokonuje ocen etycznych ich skutków. Zajmuje się jednak frapującym aksjologicznie pytaniem o relację pomiędzy strefą wolności obywatelskich i strefą uprawnień kontrolno-represyjnych państwa („wie viel Sicherheit verträgt die Freiheit?”), stawianym tak często w publicystycznych polemikach. Rozważać go jednak może wyłącznie pod kątem dogmatyczno-prawnej konstrukcji zasady proporcjonalności (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). W szczególności pierwsze z pytań pozostaje prerogatywą ustawodawcy, uwzględniającego opinie zainteresowanych organów porządku publicznego.

Negatywnie bądź pozytywnie określone warunki konstytucyjnej legalności umożliwiały wprowadzanie modyfikacji w ramach ustawy zwykłej, zwalniając od podejmowania uciążliwych procedur zmiany Ustawy Zasadniczej (w omawianych przypadkach taka konieczność wystąpiłaby zresztą tylko w kwestii ustawy o bezpieczeństwie przestrzeni powietrznej), gdyż z reguły dla spełnienia wymogów konstytucyjności wystarczało ograniczenie pierwotnego zasięgu stosowania nowej techniki. Nie zmienia tego fakt, iż niektóre z koniecznych ograniczeń zakłócać mogą przebieg czynności operacyjno-dochodzeniowo-śledczych (np. w przypadku podsłuchu obowiązek wyłączenia urządzeń rejestrujących w ustawowo określonych sytuacjach lub obowiązek uzyskania zgody sędziego).

Zmodyfikowane podstawy prawne, eliminując wskazane przez Trybunał uchybienia, nadają nowym technikom zgodny z konstytucją charakter i otwierają drogę do ich legalnego stosowania.

Czy jednak w wyniku takiej kontrolnej działalności Trybunału w zakresie relacji pomiędzy obszarem wolności człowieka i obywatela a sferą uprawnień organów porządkowych zaistnieje pożądany stan „bezpiecznej wolności”, odpowiadający aksjologii Ustawy Zasadniczej?

Główne narzędzie prawno-dogmatycznej analizy w omawianych przypadkach stanowiła dla Trybunału zasada proporcjonalności (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), ograniczająca tylko formalnie działalność ustawodawczą, co jest raczej narzędziem mało skutecznym, gdyż ocena środków

bezpieczeństwa, jakie należy zastosować w celu ochrony społeczeństwa, pozostawiona zostaje w gestii ustawodawcy.⁶⁷

Doświadczenia niedalekiej przeszłości dostarczają – niestety – licznych przykładów, kiedy to formalne ograniczenia prawne nie stanowiły przeszkody dla brutalnych naruszeń praw człowieka i obywatela (legalizacja masowego werbunku tajnych współpracowników czy kontroli korespondencji i rozmów telefonicznych przez służby specjalne w państwach tzw. realnego socjalizmu czy też *extraordinary renditions*, *water boarding*, Guantánamo lub tajne więzienia, dopuszczane *praeter legem* w państwach prawa).

Również wielość i wyrafinowanie środków i technik kryminalistycznych (kamery video, banki danych biometrycznych, kontrola online, retencja danych, kontrola scannerowa i inne), stosowanych nawet legalnie w celu zapobiegania lub zwalczania przestępczości, czyni wyobraźną taką sytuację, w której państwo „współuczestniczyć” będzie w znacznej części zachowań i relacji międzyludzkich.⁶⁸ Orwellowska wizja groźby „przejrzystego człowieka” (*Gläserner Bürger*), przed którą od lat wielu ostrzegają nie tylko przedstawiciele ochrony danych, staje się niebezpiecznie realna.

Przedstawione tutaj orzecznictwo Trybunału z pewnością przeciwdziała wielu negatywnym skutkom, towarzyszącym nowym technikom. Można jednak wątpić, czy narzędzia formalno-prawne, którymi posługują się strażnicy konstytucji, są wystarczająco skuteczne w warunkach silnego nacisku wpływowego lobbingu na rzecz zwiększania skuteczności państwa w zwalczaniu terroryzmu i przestępczości, uznającego rozbudowywanie sfery bezpieczeństwa za niezbędny priorytet. „Likwidacja wolności przebiega szybko, jej przywrócenie trwa wieki.”⁶⁹

⁶⁷ Za charakterystyczny wyjątek można jednak uznać orzeczenie w kwestii *Rasterfahndung*. W tym przypadku Trybunał zakwestionował mianowicie szeroką interpretację domniemanego niebezpieczeństwa (*Gefahrenabwehr*) jako uzasadnienia dla stosowanych metod prewencyjnych.

⁶⁸ Charakterystyczna jest nowelizacja Ustawy o uprawnieniach Federalnego Urzędu Kryminalnego (Art. 7 des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten) z dn. 21.12.2007 r., BGBl I, s. 3198, obowiązująca od 1 stycznia 2009 r.

⁶⁹ A.C. Grayling, wywiad w „*Berliner Zeitung*” Nr. 296, z dn. 17.12.2008 r.

DIE BEDROHUNG DURCH DEN TERRORISMUS UND DIE GRUNDRECHTE IN DER (AKTUELLEN) RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Schlüsselwörter: Bundesverfassungsgericht, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Fernmeldegeheimnis.

Zusammenfassung

In der Funktion als „Hüter der Verfassung“ prägt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit seiner Rechtsprechung nicht nur die juristische, sondern auch die rechtspolitische Landschaft in Deutschland. Eine besonders gewichtige Rolle kommt dem Gericht in letzter Zeit im Hinblick auf eine Fülle zum Schutz der inneren Sicherheit ergangenen sogenannter Anti-Terror-Gesetzgebung, die den mit Sicherheitsaufgaben betrauten Behörden (Landespolizei, Bundesnachrichtendienst, Bundeskriminalamt, Verfassungsschutz) teilweise weitreichende und neue Befugnisse zur präventiven Gefahrenabwehr verleihen und über deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz das Gericht zu befinden hatte. Kennzeichnend für die neuen Regelungen ist auf der einen Seite eine zunehmende Loslösung von tradierten dogmatischen Grundsätzen des deutschen Polizeirechts durch zunehmende Vorverlagerung von Gefahrenabwehrmaßnahmen in das Feld der Gefahrenvorsorge und auf der anderen Seite eine erhebliche Technisierung dieser Maßnahmen. Der folgende Artikel skizziert ausgesuchte und wichtige Entscheidungen zu dieser Thematik, wie der Rasterfahndung, dem Luftsicherheitsgesetz, der Online-Durchsuchung und der noch anhängigen Verfassungsbeschwerde zur Vorratsdatenspeicherung.

Ohne die Maßnahmen als solche für unvereinbar mit dem Grundgesetz zu deklarieren, zeigt das BVerfG dem Gesetzgeber deutliche verfassungsrechtliche Schranken und stellt gewichtige formelle Anforderungen an eine verfassungskonforme Ausgestaltung solcher Regelungen und scheut nicht der Neuartigkeit vieler technischer Maßnahmen mit neuen Interpretationen von grundrechtlich geschützten Rechtspositionen zu begegnen. Das Gericht ist bemüht, eine verfassungsrechtlich gedeckte Balance zwischen Sicherheit und Freiheit zu finden, wobei dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine wichtige Rolle zukommt. Fraglich bleibt, ob diese formell-inhaltlichen Anforderungen an den Gesetzgeber angesichts der Quantität und Qualität der Maßnahmen das Aushüllen freiheitlicher Prinzipien des Grundgesetzes tatsächlich wirksam zu verhindern vermögen.

Maria Myszk

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Katedra Praw Człowieka

Demokracja i prawa człowieka w postanowieniach konstytucyjnych i praktyce Republiki Czeskiej i Republiki Kazachstanu – droga do standardów europejskich

Słowa kluczowe: systemy regionalne ochrony praw człowieka w Europie, gwarancje konstytucyjne praw człowieka i ustroju demokratycznego państwa, Republika Czeska, Republika Kazachstanu.

Podstawowe pojęcia

Republika Czeska – *Czech Republic*

Republika Kazachstanu – *Republic of Kazakhstan*

Państwo postkomunistyczne – *post-communist country*

Konstytucja Republiki Czeskiej – *Constitution of the Czech Republic*

Karta Podstawowych Praw i Wolności – *Charter of Fundamental Rights and Freedoms*

Konstytucja Republiki Kazachstanu – *Constitution of the Republic of Kazakhstan*

Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie – *Organization of Security and Cooperation in Europe*

Rada Europy – *Council of Europe*

Prawa człowieka – *human rights*

Demokracja – *democracy*

Wolność wyborów – *freedom of election*

Wolność stowarzyszeń – *freedom of association*

Pluralizm polityczny – *political pluralism*

Wolność słowa – *freedom of speech*

Wolność sumienia i wyznania – *freedom of conscience and believe*

Prawa mniejszości narodowościowych i etnicznych – *rights of national and ethnic minorities*

Uwagi wstępne

Zbudowanie samodzielnych państw, rządzących się zasadami demokracji i praw człowieka było bądź cały czas pozostaje wyzwaniem dla krajów leżących po wschodniej stronie granicy byłej żelaznej kurtyny. Na tendencję zwracania się przez owe państwa w kierunku ustroju demokratycznego wskazują ich konstytucje oraz wiążące je umowy międzynarodowe, dotyczące gwarancji praw człowieka, praworządności i demokracji. Jak odmienna potrafi być jednakże litera prawa od panującej rzeczywistości, łatwo można przekonać się konfrontując zobowiązania państw wynikające z ustaw zasadniczych i traktatów międzynarodowych z zapewnionymi w rzeczywistości standardami.

Analiza taka pozwala ponadto na zaobserwowanie diametralnych różnic w rozwoju demokracji i standardów praw człowieka państw byłego bloku socjalistycznego. Adekwatnym przykładem dalekiej odmienności dróg „od totalitaryzmu do pluralizmu” jest porównanie przemiany dwóch, dziś już zgoła odmiennych, państw byłego bloku komunistycznego: prozachodnich Czech i prorosyjskiego Kazachstanu. Przyjrzenie się postanowieniom konstytucyjnym i realiom panującym w tych dwóch państwach pozwala odtworzyć kontrast, jaki panuje w rozwoju demokracji w państwach byłego bloku komunistycznego.

Wybór Republiki Czeskiej i Republiki Kazachstanu nie jest przy tym przypadkowy. Czechy zaliczane są dziś do najprężniej rozwijających się demokracji w Europie Wschodniej. Republika Kazachstanu pozostaje zaś nadal państwem o cechach autorytarnych – jak zresztą i inne państwa byłego ZSRR (np. Tadżykistan, Azerbejdżan). Sytuacja Kazachstanu jest jednak niezwykle interesująca z uwagi na ostatnie zmiany prawne, powodowane czy wręcz wymuszone przez przyznanie Republice przewodnictwa w Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (dalej: OBWE) w 2010 r.¹ Daje to możliwość sprawdzenia, czy taka odpowiedzialność generuje poprawę standardów praw człowieka i dośnięcie demokratycznej Republiki Czeskiej w tym zakresie. Z drugiej strony – wymusza to obiektywną ocenę i odpowiedź na pytanie, czy Czechy są rzeczywiście idealnym wzorcem do naśladowania, czy też borykają się z problemami w zakresie poszanowania praw człowieka.

Na początku upadku systemów komunistycznych teoretycy i publicyści polityczni przekonani byli, iż proces tego upadku automatycznie prowadzić będzie do powstania systemów demokratycznych.² Ten kierunek uznawano za naturalny, choć niektórzy nie wykluczali możliwości regresu. Doświadczenie państw omawianego regionu, obserwowane w ciągu ostatnich kilkunastu lat, prowadzi do odrzucenia tego podstawowego założenia „tranzyto-

¹ Więcej na ten temat na stronie: <http://www.osce.org/cio/35839.html>.

² *Nowa Europa 2007 – Raport z transformacji*, red. A. Negri, rozdział II: Sytuacja polityczna oraz reformy demokratyczne w Europie Środkowej i Wschodniej, Krynica-Zdrój 2007, s. 30.

logii” o jednokierunkowym procesie zmian – od komunizmu do demokracji. Tylko część dawnych państw komunistycznych przekształciła się w skonolidowane systemy demokratyczne. Część przeszła zaś od dyktatury partii komunistycznej do jakiejś formy postkomunistycznego autorytaryzmu.³

Dziś wiadomo już, że zespół państw transformujących się jest bardzo niejednorodny pod względem sytuacji politycznej, postępu reform demokratycznych i poszanowania praw człowieka. Generalnie zaobserwować można w tym zakresie podział na dwie zasadnicze grupy. Z jednej strony wyróżniamy kraje Europy Środkowo-Wschodniej – te, które wybrały opcję prozachodnią czy proeuropejską. Opcja ta wiąże się w z przystąpieniem do europejskich organizacji międzynarodowych i wprowadzaniem wymaganych przez te organizacje standardów demokracji i praw człowieka. Wśród tych państw znajduje się Republika Czeska.

Z drugiej strony pozostają państwa prorosyjskie – w większości te, które należały do byłego ZSRR, a których system polityczny, pomimo konstytucyjnych zapisów, które mogłyby sprzyjać demokracji, pozostaje w zasadniczej mierze autorytarny. W państwach tych dominuje prezydencki system rządów, występują liczne naruszenia standardów demokracji, praworządności i praw człowieka, a w wielu z nich utrzymuje się niestabilna sytuacja polityczna.⁴ Do takich państw zaliczyć należy Republikę Kazachstanu.

Republika Czeska

Do pierwszej wymienionej grupy – tj. państw prozachodnich i prodemokratycznych – należy niewątpliwie Republika Czeska. Warto tu wspomnieć, że w podjętej przez *Economist Intelligence Unit*⁵ próbie zmierzenia poziomu demokracji w poszczególnych krajach⁶, Republika Czeska jako jedno z zaledwie dwóch państw byłego bloku komunistycznego (obok Słowenii) zaliczona została do tzw. pełnych demokracji (*full democracies*).⁷ To dodatkowo uzasadnia wybór właśnie tego państwa dla potrzeb niniejszej analizy.

³ Ibidem s. 30 i nn.

⁴ Ibidem, s. 26.

⁵ Economist Intelligence Unit – organizacja dostarczająca krajom, przedsiębiorcom i instytucjom raporty dotyczące m. in. stanu różnych sektorów gospodarki w poszczególnych krajach oraz sporządzająca tzw. *quality-life index*, dotyczący poziomu życia w różnych krajach

⁶ Jakkolwiek jest to wyzwanie trudne i nie w pełni miarodajne z uwagi na brak powszechnego konsensusu w kwestii samej definicji demokracji.

⁷ The Economist Intelligence Unit's Index of Democracy 2007 (powoływane dalej jako EIU Index of Democracy), [na:] www.economist.com/media/pdf/DEMOCRACY_INDEX_2007_v3.pdf, s. 3.

Generalnie przyjąć można założenie, że prawa człowieka w Czechach są w zasadniczej mierze przestrzegane. Próba wnikliwej analizy w tym zakresie ukazuje jednak nadal istniejące problemy.

Prawa i wolności człowieka i obywatela w ustawie konstytucyjnej

Prawa i wolności człowieka nie są regulowane bezpośrednio w Konstytucji Czeskiej. W tym zakresie art. 3 ustawy zasadniczej odwołuje do Karty Podstawowych Praw i Wolności (dalej także: Karta), stanowiąc iż ta ostatnia jest częścią porządku konstytucyjnego Republiki Czeskiej.⁸ Karta Podstawowych Praw i Wolności⁹ uchwalona została przez Zgromadzenie Federalne w styczniu 1991 r. – czyli jeszcze przed podziałem Czeskiej i Słowackiej Republiki Federacyjnej i wyodrębnieniem Republiki Czeskiej.¹⁰ O pozostawieniu Karty, jako odrębnej ustawy konstytucyjnej, zdecydowały spory wokół kwestii ostatecznej formy regulacji praw i wolności w porządku prawnym Czech. W wyniku kompromisu postanowiono zachować odrębność dokumentu, zamiast adaptować postanowienia Karty Podstawowych Praw i Wolności bezpośrednio do Konstytucji Republiki Czeskiej (jak miało to miejsce w wypadku Słowacji).¹¹ Z prawnego punktu widzenia uregulowanie takie nie ma, rzecz jasna, wpływu na rangę przepisów traktujących o podstawowych prawach i wolnościach – gdyż pozostają one normami rangi konstytucyjnej. Wątpliwości jednak może wywołać sytuacja niezgodności niektórych postanowień Karty i Konstytucji, która prowadzić może do sporów interpretacyjnych.¹²

W odniesieniu do gwarancji z zakresu praw człowieka, Konstytucja Republiki Czeskiej stanowi w swym art. 1, iż Republika Czeska jest „[...] demokratycznym państwem prawnym, opartym na poszanowaniu praw i wolności człowieka i obywatela”. Art. 4 podkreśla ponadto sądową ochronę podstawowych praw i wolności.

Sama Karta Podstawowych Praw i Wolności pozostaje pod wpływem zasadniczych umów międzynarodowych z zakresu praw człowieka oraz zobowiązań wynikających z członkostwa Czech w międzynarodowych organizacjach. Nie bez znaczenia były plany przystąpienia do Rady Europy i Unii Europejskiej.¹³ Stąd postanowienia Karty porównać można do założeń ta-

⁸ Konstytucja Republiki Czeskiej z dnia 16 grudnia 1992, tekst polski dostępny na stronie: www.poloniam-polska.pl/index.php?id=czech01 (fragmenty).

⁹ Uchwała Prezydium Czeskiej Rady Narodowej z dnia 16 grudnia 1992 r. o ogłoszeniu Karty Podstawowych Praw i Wolności jako części porządku konstytucyjnego Republiki Czeskiej, tekst dostępny na stronie: www.poloniam-polska.pl/index.php?id=czech02.

¹⁰ Republika Czeska jako samodzielne państwo powstała 1 stycznia 1993 r.

¹¹ K. Skotnicki, *System konstytucyjny Czech*, wydanie sejmowe, Warszawa 2000, s. 20.

¹² Ibidem, s. 20.

¹³ Co miało ostatecznie miejsce kolejno w latach 1993 i 2004.

kich dokumentów międzynarodowych, jak Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Europejska Karta Społeczna czy Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka.

Szczegółowa analiza wszystkich postanowień Karty jest, z uwagi na ograniczony zakres niniejszego opracowania, niemożliwa. Za konieczne uważam podkreślenie zagwarantowania wybranych praw, będące oznaką zwycięstwa z jarzmem komunizmu, których to przestrzeganie nastręcza problemy innym państwom postkomunistycznym – w tym Republice Kazachstanu. Przede wszystkim zwrócić należy uwagę na pewne minimum w zakresie praw, które charakteryzują demokrację, tj.: wolność słowa, wolne media, pluralizm polityczny, wolne wybory. Jako minimum dla systemów demokratycznych wskazuje się też generalną cechę: przestrzegania praw człowieka.¹⁴

Dla zobrazowania, czy demokracja w Czechach panuje w takim kształcie, jaki nadaje jej ustawa konstytucyjna i zobowiązania wynikające z członkostwa w organizacjach europejskich, odwołam się do tych postanowień wskazanych dokumentów, których realizacja nastręcza liczne problemy w rzeczywistości – innymi słowy: tych, których pogwałcenia najczęściej godzą w demokrację.

Karta Podstawowych Praw i Wolności nawiązuje wyraźnie do idei prawa natury, uznając już w preambule nienaruszalność przyrodzonych praw człowieka. Co istotne, preambuła wskazuje, że Karta ma być oddzieleniem od „gorzkich doświadczeń czasów, kiedy prawa człowieka i podstawowe wolności były uciskane”, czyli m. in. czasów komunizmu.

Katalog praw i wolności zawartych w Karcie jest niezwykle szeroki. Obok gwarancji materialnych, pojawiają się przepisy dotyczące procedury oraz dopuszczalnej ingerencji w dane prawa i wolności. Poza prawami osobistymi, obywatelskimi i politycznymi¹⁵, Karta szeroko reguluje także prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne¹⁶. W świetle tak rozbudowanego katalogu praw gwarantowanych, za wadę Karty należy uznać jednakże brak przepisu o możliwości jej bezpośredniego stosowania.¹⁷

Wolność stowarzyszeń, wolność słowa i wolne wybory

Kwestią nie do przecenienia, pozwalającą na oderwanie się od dotychczasowych doświadczeń ery komunizmu, jest zapewnienie jednostkom wolności wypowiedzi i wyrażania własnych poglądów, a także pokojowych zgromadzeń czy wolności stowarzyszania się. Wszystkie te prawa gwaran-

¹⁴ EIU Index of Democracy, s. 2.

¹⁵ Np. Rozdział II Konstytucji, art. 5–23.

¹⁶ Rozdział IV Konstytucji, art. 26–35.

¹⁷ Tak też: K. Skotnicki, op. cit., s. 26.

towane są w Karcie, odpowiednio w jej artykułach 17, 19, 20, 21. Ponadto punkt 3 art. 17 stanowi, iż cenzura jest niedopuszczalna.

Międzynarodowe raporty nie zawierają większych zastrzeżeń w temacie poszanowania wskazanych praw. Ewentualne ograniczenia powołanych praw wiążą się z dotykającym także Czechy problemem grup neonazistowskich. Choć funkcjonariusze państwa zobowiązani są ingerować w ich działalność, to w tym zakresie pojawiają się protesty organizacji pozarządowych w sprawie stosowania nieadekwatnych do sytuacji środków.¹⁸

Wybory w Republice Czeskiej zaliczyć można do wolnych, co jest jedną z podstawowych gwarancji demokracji, zawartą w art. 21 Karty. Jedyne wątpliwości budzi niska reprezentacja kobiet i przedstawicieli mniejszości narodowych i etnicznych na szczeblach władzy. Innym problemem, z którym boryka się ponadto Republika Czeska, jest szerząca się wśród przedstawicieli władzy korupcja.¹⁹

Kolejną oznaką walki ze złymi doświadczeniami komunizmu jest ustanowienie w Karcie odrębnego rozdziału, poświęconego ochronie sądowej i prawnej. O tych gwarancjach traktuje rozdział piąty. Generalnie gwarantuje tu się niezawisłość i bezstronność sądów, przed którymi każdy dochodzić może swoich praw. Ponadto art. 38 stanowi, iż sprawa powinna zostać rozpatrzona bez nieuzasadnionej zwłoki.

Choć co do zasady prawa te są przestrzegane, w międzynarodowych raportach podkreśla się, iż rzeczywista efektywność sądów jest czasami nadwątlona z uwagi na zbyt skomplikowane zasady procedury, co zanadto wydłuża postępowanie, a także przez wpływy polityczne, czy nawet korupcję.²⁰

Prawa mniejszości narodowościowych i etnicznych

Kwestią, jaka wzbudza największe kontrowersje – dostrzeżoną już przed laty na arenie międzynarodowej – jest aspekt poszanowania praw mniejszości narodowościowych i etnicznych w Czechach, w tym w szczególności praw Romów. Nie znaczy to jednak, że Republika Czeska nie gwarantuje żadnych praw tego typu mniejszościom. Przede wszystkim przepisy Karty Podstawowych Praw i Wolności zawierają istotne gwarancje w tym zakresie. *Primo*, art. 3 Karty stanowi, iż podstawowe prawa i wolności gwarantuje się wszystkim bez względu na m. in. przynależność do mniejszości narodowej czy etnicznej. *Secundo*, cały rozdział trzeci Karty poświęcony jest prawom mniejszości narodowych i etnicznych, a zgodnie z pierwszym artykułem tego rozdziału, przynależność do jakiegokolwiek z tych mniejszości nie może nikomu przynosić szkody. Kolejne regulacje

¹⁸ Np. Amnesty International Report 2008 – Czech Republic, 28 May 2008.

¹⁹ Bureau of Democracy, Human Rights and Labour, Country Report on Human Rights Practices, March 2008, section 3.

²⁰ Ibidem, section 1e.

sformułowane zostały na poziomie ustawowym – m. in. w Ustawie z dnia 10 lipca 2001 r. o prawach członków mniejszości narodowych i o zmianie niektórych ustaw.²¹

Ponadto Republika Czeska związana jest zobowiązaniami międzynarodowymi w tym zakresie, w tym m.in. Dyrektywą Rady UE, wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne²² oraz Konwencją Ramową o ochronie mniejszości narodowych.²³ Preambuła Konwencji podkreśla zaś powiązanie pomiędzy rzeczywistą demokracją a poszanowaniem praw mniejszości, stanowiąc, iż „burzliwe wydarzenia europejskiej historii udowodniły, iż ochrona mniejszości narodowych jest niezbędna dla stabilizacji, bezpieczeństwa demokratycznego i pokoju na tym kontynencie” oraz iż „pluralistyczne i demokratyczne społeczeństwo [...] powinno szanować etniczną, kulturalną i językową tożsamość [...]”.²⁴

Dodać należy, iż istnieje szereg aktów Rady Europy oraz Unii Europejskiej, zaliczanych do *soft law*, do których zaleceń Republika Czeska winna się dostosowywać z uwagi na swoje członkostwo we wskazanych organizacjach. Dokumenty te odnoszą się bezpośrednio do Romów, a wśród nich wyróżnić można m. in. Rekomendację Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 563 o sytuacji Romów i innych wędrowców w Europie z 1969 r., Deklarację Brukselską uczestników rozmów okrągłego stołu w Parlamencie Europejskim dotyczących Romów w Europie z 12 lipca 1996 r. oraz Rekomendację Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI): Walka z rasizmem i nietolerancją wobec Romów z 1997 r.²⁵

Pomimo powyższych gwarancji prawnych, kolejne raporty i wytyczne organów międzynarodowych wskazują, iż problem dyskryminacji – dotyczący w największym stopniu ludności romskiej, zaliczonej do mniejszości narodowych Republiki Czeskiej – jest ciągle aktualny i poważny. Jest to z całą pewnością kwestia powstała już za czasów komunizmu, z którą (m.in.) demokratyczna Republika Czeska nie potrafi sobie od lat poradzić. Za oczywiste uznaje przy tym, iż Romowie są grupą szczególnie narażoną na wykluczenie społeczne nie tylko z uwagi na niechęć reszty społeczności, ale i z uwagi na jej nieprzystosowanie do życia poza swoją społecznością i niekorzystanie z możliwości, jakie oferuje im demokratyczne państwo, szczególnie w zakresie edukacji czy pomocy socjalnej. Decydująca jest tu specyficzna tradycja, kultura i nawyki. Niemniej jednak nie może to usprawiedliwiać dyskryminacji przedstawicieli tej grupy, gdy ci korzystają ze

²¹ Fragmenty dostępne na stronie: www.wspolnota-polska.org.pl/index.php?id=czech04.

²² Dz. U. L 180 z 19.07.2000, str. 22–26.

²³ Dz.U. 2002, nr 22, poz. 209.

²⁴ Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych z dnia 1.02.1995 r., tekst dostępny na stronie Biura Informacji Rady Europy: www.coe.org.pl/re_konw/ETS_157.pdf.

²⁵ General Policy Recommendation no 3 of the Council of Europe's European Commission against Racism and Intolerance Combating racism and intolerance against Roma/Gypsies CRI(98)29 rev (1998).

swych praw, ani braku podejmowania przez państwo odpowiednich środków prawnych czy społecznych, które te nierówności likwidują.²⁶

Rasistowskie nastroje przeciwko Romom obserwuje się w samym społeczeństwie czeskim. Zgodnie z badaniami przeprowadzonymi w 2006 r., dwie trzecie Czechów ma negatywny stosunek do Romów, z czego jedna trzecia stwierdziła, iż nie do przyjęcia jest sąsiedowanie z Romami.²⁷ Dyskryminacja Romów przejawia się niekiedy nawet w wywieszaniu zakazów ich wstępu do niektórych miejsc publicznych, jak np. restauracji.²⁸

Swoje zatroskanie utrzymywaniem się negatywnych nastrojów w stosunku do ludności romskiej wyraził m. in. Komitet Praw Człowieka, podkreślając, iż na państwie ciąży odpowiedzialność za poprawę relacji pomiędzy ludnością czeską i romską poprzez promowanie tolerancji i zapewnienie, że wszystkie osoby korzystają będą z przynależnych im praw i wolności.²⁹ Taki też obowiązek wynika z art. 6 Konwencji Ramowej o ochronie mniejszości narodowych, który stanowi zobowiązanie państw-stron do umacniania ducha tolerancji oraz dialogu międzykulturowego i podjęcia skutecznych środków w celu wspierania wzajemnego poszanowania, zrozumienia i współpracy pomiędzy wszystkimi osobami żyjącymi na ich terytoriach niezależnie od ich tożsamości etnicznej, kulturalnej, językowej i religijnej [..]. W tym zakresie Komitet Doradczy wspomnianej Konwencji Ramowej docenił kroki podejmowane przez państwo w celu krzewienia ducha tolerancji, podkreślając jednak, iż problem nadal pozostaje palący, a negatywne nastawienie do Romów zauważalne jest w m.in. w mediach oraz wśród władz – przede wszystkim lokalnych.³⁰

Przedstawiciele i funkcjonariusze państwowi powinni zaś w pierwszym rzędzie pokazywać społeczeństwu dobry przykład w zakresie tolerancji i poszanowania mniejszości narodowych. Tymczasem niektórzy działacze polityczni otwarcie przyznają się do niechęci wobec społeczności cygańskiej³¹,

²⁶ Więcej uwag na ten temat: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Prawo Roma do Bycia Człowiekiem, „Monitor Unii Europejskiej” nr 12(54), s. 47–50.

²⁷ Survey conducted by the Centre for Empirical Research in Prague (STEM), CTK 16 June 2006.

²⁸ Bureau od Democracy, op. cit., section 5.

²⁹ Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by States Parties under art. 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee – Czech Republic, CCPR/C/CZE/CO/2, 9 August 2007, para 13.

³⁰ Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Second opinion on the Czech Republic, adopted on 24 Februar 2005, ACFC/INF/OP/II(2005)002, para 82–88.

³¹ Np. Wypowiedź senator i majora Ostravy Liany Janackovej z lipca 2007 r., która stwierdziła, iż „niestety jest ona rasistką i nie wierzy w integrację Romów w jej okręgu”, na podstawie: Immigration and Refugee Board of Canada, *Czech Republic: Situation of Roma, including treatment by the authorities as well as in the education, employment, health and housing sectors; state protection and assistance from Romani organizations; prevalence of Roma among judges, legislators, physicians, police and teachers (January 2006 – November 2007)*, 12 December 2007. CZE102667.EX. Online: UNHCR Refworld, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47d6544a23.html> [accessed 28 December 2008].

z kolei – jak odnotował m. in. Komitet Praw Człowieka – policja dopuszcza się nadużyć głównie w stosunku do ludności romskiej.³²

Powyższym nastrojom sprzyja, niestety, niepełny w tym zakresie porządek prawny Republiki Czeskiej. Pomimo istnienia wymienionych na wstępie regulacji dotyczących mniejszości narodowościowych i etnicznych, organy międzynarodowe³³ stwierdzają ciągły brak pełnej legislacji antydyskryminacyjnej oraz brak odpowiedniego organu, który zapewniłby niezależne i pełne śledztwo w sprawach nadużyć wobec mniejszości, których dopuszczają się m. in. funkcjonariusze publiczni.³⁴ Z uwagi na lukę w rozwiązaniach instytucjonalno-prawnych, pomimo realizowanych niekiedy programów antydyskryminacyjnych, dyskryminacja Romów utrzymuje się w praktyce, w szczególności w płaszczyźnie zatrudnienia, dostępu do edukacji czy opieki zdrowotnej oraz w związku z ograniczeniami zamieszkania.³⁵

Problemem, który nagłośniony został w ostatnich latach na arenie międzynarodowej, jest kwestia dostępu dzieci romskich do edukacji. Osłabionym procederem było kierowanie dzieci mających romskie korzenie do szkół specjalnych – utworzonych na terenie Republiki Czeskiej po I wojnie światowej dla dzieci o tzw. szczególnych potrzebach. Choć państwo uzasadniało taki stan rzeczy szczególną sytuacją Romów w zakresie edukacji i wychodzeniem naprzeciw ich specjalnym potrzebom, instytucje międzynarodowe niejednokrotnie zgłaszały obawy, iż wyraźna przewaga dzieci romskich w szkołach specjalnych (zgodnie z opinią Komitetu Doradczego Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych – nieoficjalne statystyki wskazywały w 2005 r., iż około 70% uczniów tych szkół ma romskie korzenie³⁶) jest częstokroć rezultatem dyskryminacji i braku wrażliwości władz na specyficzne, trudności stojące przed tą mniejszością.³⁷

Kwestia dyskryminacji dzieci romskich w dziedzinie edukacji rozstrzygana była przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC). Konsekwencją skargi złożonej przez osiemnastu członków mniejszości romskiej, zarzucającej Republice Czeskiej dyskryminację w korzystaniu z prawa do edukacji z uwagi na pochodzenie rasowe i etniczne – właśnie poprzez umieszczenie ich w latach 1996–1999 w szkołach specjalnych – był wyrok Wielkiej Izby, uznający władze czeskie za winne zarzucanych naruszeń. ETPC stwierdził, iż działania władz nie miały racjonalnego ani

³² Human Rights Committee, op. cit., para 9; Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, op. cit., para 13.

³³ M. in. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Czech Republic, CERD/C/CZE/CO/7, 11 April 2007, para 8.

³⁴ Human Right Committee, op. cit., para 16.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, op. cit., para 146.

³⁷ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, op. cit., para 17.

obiektywnego uzasadnienia.³⁸ Umieszczenie dzieci w szkołach specjalnych odizolowało je od szerszej populacji i – zamiast pomóc im rozwinąć umiejętności, które ułatwiłyby im życie w społeczeństwie – uniemożliwiło ich rozwój, zmniejszając szanse dla adaptacji, a w tym także uzyskania miejsca na rynku pracy w przyszłości.³⁹

Choć do dnia dzisiejszego rząd czeski zlikwidował większość szkół specjalnych, utworzone zostały odrębne specjalne klasy, których utrzymywanie wiąże się z kontynuacją problemu, jako że większość uczniów takich klas stanowią dzieci romskie.⁴⁰

Kolejne obawy wzbudzają doniesienia o przymusowej sterylizacji kobiet, w szczególności romskiego pochodzenia. Podkreśla się, iż te charakterystyczne dla czasów komunizmu (*sic!*), bezprawne praktyki, mają miejsce po dzień dzisiejszy i nie spotykają się z konsekwencjami karnymi ani wypłaceniem odpowiedniego zadośćuczynienia.⁴¹

Z pewnością rozwiązaniem dla problemów ludności romskiej byłaby lepsza asymilacja z resztą czeskiego społeczeństwa. Ta jest, rzecz jasna, utrudniona z uwagi na wspomnianą specyfikę mniejszości romskiej, która nie jest chętna integracji. Sytuację pogarszają uprzedzenia reszty społeczeństwa.

W Republice Czeskiej problem jest jednak jeszcze bardziej skomplikowany. Obserwuje się bowiem nagminną izolację Romów poprzez tworzenie tzw. gett dla tej części społeczeństwa. Na proceder ten zwrócił uwagę m. in. Komisarz Praw Człowieka Rady Europy Thomas Hammarberg, który wraz ze Specjalnym Sprawozdawcą ONZ ds. właściwych warunków mieszkaniowych Miloon'em Kothari wydał wspólne oświadczenie, wyrażając swoje zaniepokojenie przymusowym wysiedlaniem Romów i stwierdzając, iż Czechy dopuszczają się złamania prawa do mieszkania w stosunku do ludności romskiej.⁴²

Powyższe rozważania wskazać mają na fakt, iż w Republice Czeskiej podjęto znaczące kroki w celu odejścia od reżimu komunistycznego w stronę demokracji i państwa prawa. Jednakże i ten kraj – uważany za jeden z najprężniej rozwijających zasady praworządności – boryka się z problemami w zakresie poszanowania praw człowieka. Szczególne obawy budzi dyskryminacja z uwagi na pochodzenie etniczne, która jest niejako ciężarem dziedzictwa reżimów totalitarnych. Niemniej jednak Republika Cze-

³⁸ Judgement of the Court of 13 November 2007, D. H. And others v the Czech Republic, para 208.

³⁹ Ibidem, para 207.

⁴⁰ Human Rights Committee, op. cit. para 17; Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, op. cit. para 60–62.

⁴¹ Organy międzynarodowe podkreślają, że ewentualność przeprowadzania tego typu zabiegów poprzedzona musi być poinformowaniem kobiety o wszystkich jego konsekwencjach – co istotne – w zrozumiałym dla niej języku oraz uzyskaniem jej zgody na piśmie – którego formularz również winien być sporządzony w języku, jakim posługuje się zainteresowana. Patrz np.: Human Rights Committee, op. cit., para 10.

⁴² Amnesty International, op. cit.

ska jest tym z państw postkomunistycznych, w którym zwalczanie piętna komunizmu w zakresie poszanowania praw podstawowych jest nie do przecenienia.

Trzeba podkreślić raz jeszcze, że w zasadzie wszystkie państwa byłego bloku komunistycznego dążyć miały do demokracji i poszanowania praw człowieka. Dziś już wiadomo, że niektóre z nich, jak szczególnie większość państw byłego ZSRR, dalekie są od praworządnych rozwiązań, a swą sytuację – sprowadzającą się częstokroć do demokracji czysto fasadowej, a rzeczywistej władzy autorytarnej – tłumaczą koniecznością utrzymania stabilności i brakiem gotowości krajów i społeczeństw na zaprowadzenie pełnej demokracji.

Republika Kazachstanu

Jednym z przykładów takich państw jest Kazachstan. Sytuację poszanowania praw człowieka i dążenia do rzeczywistego zaprowadzenia demokracji w tym kraju należy rozważać przez pryzmat konstytucyjnych postanowień w tym zakresie oraz w świetle zobowiązań wynikających z członkostwa w ONZ, współpracy prowadzonej z Radą Europy⁴³, a nade wszystko planowanego objęcia przez ten kraj przewodnictwa w OBWE w 2010 r.

W związku z ostatnią kwestią, po dwóch nieudanych próbach ubiegania się o podaną rolę w latach 2005–2007 (chodziło o przewodnictwo w 2009)⁴⁴, w odpowiedzi na obawy społeczeństwa międzynarodowego co do politycznej i prawnej gotowości przewodniczenia organizacji, minister spraw zagranicznych Republiki Kazachstanu Marat Tazhin w listopadzie 2008 obiecał odpowiednie reformy prawne. Miały one objąć przede wszystkim prawo dotyczące mediów, wyborów oraz zliberalizować wymogi rejestracji partii politycznych oraz prawo dotyczące wolności religii.⁴⁵ W grudniu 2008 r. potwierdzono, iż Kazachstan jest gotowy na objęcie przewodnictwa OBWE zaplanowanego na 2010 r.

Odpowiedzią organizacji międzynarodowych była otwarta krytyka, dotycząca stanu praw człowieka w Kazachstanie. Państwa zachodnie, które postrzegają ten bogaty w ropę kraj jako alternatywne źródło energii, użyły

⁴³ Kazachstan ma status obserwatora przy tzn. Komisji Weneckiej (Europejska Komisja na rzecz Demokracji przez Prawo – *European Commission for Democracy through Law*), zaś parlament Kazachstanu współpracuje ze Zgromadzeniem Parlamentarnym RE od 2004 r. Nie wyklucza się możliwości uzyskania przez Kazachstan członkostwa w RE, co zdeterminowane ma być koniecznością ściślejszego przestrzegania reguł demokracji i praw człowieka w Kazachstanie, więcej w: Resolution 1526 (2006), Situation in Kazakhstan and relations with the Council of Europe, [na:] <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/ERES1526.htm>.

⁴⁴ Ostatecznie o przewodnictwie Kazachstanu w 2010 zdecydowano w grudniu 2007 r.

⁴⁵ Human Rights Watch, World Report 2009 – Kazakhstan, 14 January 2009, dostępny na stronie: www.unhcr.org

jednak łagodniejszych sformułowań.⁴⁶ Niniejsze opracowanie, pomagając w obiektywnej ocenie sytuacji, nawiązuje do najnowszych reform prawa, które w większości nie weszły jeszcze w życie,⁴⁷ a które są odpowiedzią na naciski międzynarodowe.

Przemiany ustrojowe

Z krótkiej analizy przemian ustrojowych Republiki Kazachstanu, przeprowadzonej przez Evgeniego Zhovitsa, dyrektora Międzynarodowego Biura Praw Człowieka i Sprawiedliwości Kazachstanu, odnotować należy, iż początkowo (zaraz po utworzeniu państwa – tj. w latach 1991–1995) wydawało się, że Republika była na dobrej drodze do demokracji. Choć władza była w zasadzie kontynuacją tej, jaką pozostawił reżim komunistyczny (wybrany prezydent Nursułtan Nazarbajew był wcześniej I sekretarzem Komitetu Centralnego Komunistycznej Partii Kazachstanu⁴⁸), to w przeświadczeniu Zhovitsa pierwsze przemiany dawały nadzieję na demokratyzację ustroju.

Rok 1995 i ustanowienie nowej konstytucji oraz przeprowadzenie referendum, w którym zadecydowano o wydłużeniu kadencji prezydenta Nazarbajewa do 2000 r., dał niemalże nieograniczoną władzę głowie państwa. Okazało się to krokiem w tył i początkiem nowego państwa autorytarnego.⁴⁹

Ograniczenie działania wolnych mediów oraz ograniczenia wszelkich wolności politycznych zaczęto zauważać na arenie międzynarodowej w końcu lat 90. Początek XXI w. ujawnił prawdziwy kryzys praw człowieka w Republice Kazachstanu.⁵⁰

Obecna sytuacja w zakresie poszanowania praw podstawowych wzbudza kontrowersje obserwatorów międzynarodowych. Z jednej strony władze Republiki Kazachstanu obiecują liczne reformy w związku z przewodnictwem OBWE, z drugiej – organizacje międzynarodowe zwracają uwagę na powierzchowność reform i ciągły brak podstawowych gwarancji, charakterystycznych dla demokratycznego państwa prawa.

Zgodnie z najnowszym raportem *Freedom House*⁵¹, Kazachstan pozostaje państwem zniewolonym (*status: not free*), a przyznana mu ocena odnosząca się do praw politycznych (*political rights score*) wynosi 6, zaś wolności obywatelskich (*civil rights score*) 5, w skali od 1 do 7, gdzie

⁴⁶ Tymczasem coraz częściej usłyszeć można argumenty, iż przy podejmowaniu decyzji o przewodnictwie Kazachstanu w OBWE nie kierowano się celem doprowadzenia do umocnienia demokracji w tym państwie. Podnosi się, iż państwa złagodziły swój opór z uwagi na bogactwa surowcowe.

⁴⁷ Stan na 1 lutego 2009.

⁴⁸ Nota biograficzna na stronie: http://pl.wikipedia.org/wiki/Nursu%C5%82tan_Nazarbajew.

⁴⁹ Евгений Жовтис, *Права человека в Казахстане*, na: <http://freeas.org/?nid=386>.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Freedom House – założona w 1941 r. amerykańska organizacja na rzecz demokracji i wolności na całym świecie; sporządza m. in. coroczne raporty o stanie demokracji i wolności we wszystkich państwach świata oraz roczne raporty o wolności prasy na świecie.

1 jest oceną świadczącą o najwyższym poziomie wolności.⁵² W świetle tych wyników przypomnieć trzeba, iż OBWE, której przewodniczyć ma wkrótce Kazachstan, odgrywa kluczową rolę w działaniach na rzecz promowania demokracji i praw człowieka w Europie Wschodniej i w krajach dawnego ZSRR. Rodzą się więc obawy, iż słabe postępy Kazachstanu w tej dziedzinie grożą podważeniem wizerunku i efektywności działań organizacji.

Wśród istotnych zmian, zaprowadzonych w ostatnich latach, pozytywnie ocenia się ratyfikowanie przez Kazachstan w 2006 r. Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka, a w 2008 r. Protokołu dodatkowego do Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur i innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Jednakże w praktyce nie zaobserwowano znaczących postępów w zakresie poszanowania i promowania gwarancji wynikających z tych zobowiązań.⁵³

Prawa i wolności w Konstytucji Republiki Kazachstanu

W świetle litery prawa kazachskiego, art. 1 Konstytucji przyjętej 30 sierpnia 1995 r. uznaje Republikę Kazachstanu za państwo demokratyczne⁵⁴, podkreślając najwyższą wartość człowieka, jego życia, praw i wolności. Prawa człowieka i obywatela regulowane są przede wszystkim w rozdziale drugim Konstytucji, w art. 12–39. Regulują one zarówno prawa obywatelskie i polityczne, jak też społeczne, gospodarcze i kulturalne⁵⁵, odwołując się także do obowiązków⁵⁶ oraz dopuszczalnych limitacji praw.⁵⁷ Nie wnikając we wszystkie regulacje ustawy zasadniczej w zakresie tych praw, przyjrzyjmy się niektórym z tych czynników, które zaliczyć można do minimum determinującego istnienie ustroju demokratycznego. Będą to wolne wybory, pluralizm polityczny, wolność słowa, myśli, sumienia i religii.

Wolne wybory i pluralizm polityczny

Konstytucja Republiki Kazachstanu gwarantuje w art. 3 ust. 2 sprawowanie władzy przez Naród m.in. poprzez wolne wybory. Przepis ten pozostaje martwą literą prawa. Organizacje międzynarodowe jednogłośnie

⁵² Freedom House, *Freedom in the World, Country Report: Kazakhstan*, edition 2008 www.freedomhouse.org/template.cfm?page=22&year=2008&country=7421.

⁵³ Human Rights Watch, op. cit.

⁵⁴ Tekst konstytucji (wersja angielskojęzyczna) dostępny na stronie: www.asstrecovery.org/kc/resources/org.apache.wicket.Application/repo?nid=1d1292dd-80c2-11dd-aec8-83823fa6e881.

⁵⁵ W tym zakresie brak jest wyraźnego podziału – prawa pierwszej rodziny przeplatane są prawami drugiej.

⁵⁶ Np. art. 37 Konstytucji.

⁵⁷ Art. 39 Konstytucji.

alarmują, iż przeprowadzane w Kazachstanie wybory nie spełniają powszechnie przyjętych standardów.⁵⁸ Co istotne, w Kazachstanie nigdy nie przeprowadzono wyborów, które OBWE uznałaby za sprawiedliwe i wolne. Władza prezydenta pozostawała zaś (i nadal pozostaje) niemal nieograniczona, a w skład parlamentu wchodziły wyłącznie partie sprzyjające głowie państwa (a nawet przez nią kierowane).

Odpowiedzią na naciski Zachodu co do konieczności zmiany tej sytuacji była nowela Konstytucji, dokonana w 2007 r., i związane z nią przedterminowe wybory. Zgodnie z deklaracjami, ich celem miało być wzmocnienie roli parlamentu i dalsza demokratyzacja Kazachstanu. Nowelizacje, choć przedstawione przez rząd jako rewolucyjne, w rzeczywistości zmieniają niewiele.

Wśród nich znajdują się m. in. postanowienia o skróceniu kadencji prezydenta z 7 do 5 lat (ma obowiązywać od momentu zakończenia obecnej kadencji, czyli od 2012 r.), zwiększeniu składu parlamentu ze 116 do 154 osób, wprowadzeniu systemu proporcjonalnego w wyborach parlamentarnych oraz przepis mówiący o tym, że nominowany przez prezydenta kandydat na premiera musi uzyskać aprobatę większości Mażylistu (niższej izby parlamentu).⁵⁹

Do zmian konstytucyjnych doszły też zmiany prawa wyborczego. Zgodnie z nimi, partia, która chce wejść w skład parlamentu, musi przekroczyć 7% próg wyborczy. Nowelizacja prawa z lipca 2007 r. zakazała łączenia się partii w bloki w czasie wyborów. W konsekwencji w wyborach w 2007 r. wygrała prezydencka partia Nur Otan. Najbardziej zgubny dla partii opozycyjnych okazał się właśnie zakaz tworzenia koalicji⁶⁰, co spowodowało, iż żadna z nich nie weszła w skład parlamentu.⁶¹

Kolejne wątpliwości wzbudza niemal nieograniczona władza prezydenta. Choć ta utemperowana miała zostać właśnie nowelizacjami Konstytucji Republiki z 2007 r., podkreśla się, iż w istocie zmiany dotyczące prerogatyw prezydenta są dość powierzchowne, a prezydent nadal w pełni kontroluje aparat władzy.⁶² Ponadto ogromne kontrowersje wzbudza dołączony do noweli w ostatniej chwili przepis, który umożliwia Nazarbajewowi kandydowanie w wyborach prezydenckich nieograniczoną ilość razy. Obecny prezydent nie dotyczy więc postanowienie o ograniczeniu kadencji głowy państwa do dwóch.⁶³

Najnowsze projekty, dotyczące reformy prawa wyborczego, są konsekwencją obietnic MSZ Kazachstanu, który zapewnił o dokonaniu kolejnych

⁵⁸ Potwierdza to Raport: Situation in Kazakhstan and its relations with the Council of Europe, Political Affairs Committee, Rapporteur: Tadeusz Iwiński, doc. 11007, 7 July 2006.

⁵⁹ A. Wołowska, Kazachstan – zmiany w konstytucji, „Tydzień na Wschodzie”, nr 11, z 23 maja 2007, s. 5, <http://osw.waw.pl/files/tnw11.pdf>.

⁶⁰ Idący w parze z problemami rejestracji partii.

⁶¹ Human Rights Watch, op. cit.

⁶² A. Wołowska, op. cit., s. 5.

⁶³ Ibidem.

zmian opisanego powyżej, kontrowersyjnego prawa. W listopadzie 2008 r. rząd przekazał parlamentowi projekty. Pozostawiają one 7% próg wyborczy, zakładając jednak, iż przynajmniej dwa ugrupowania polityczne muszą być reprezentowane w parlamencie (co jest odpowiedzią na wzmogłą krytykę wyborów w 2007 r., które doprowadziły do powstania jednopartyjnego parlamentu). Jeśli więc wyłącznie jedna partia przekroczy 7% próg wyborczy, miejsca mogą być przydzielone także drugiej partii, która zdobyła kolejno największą liczbę głosów. Inne zmiany – jak chociażby obniżenie liczby osób popierających koniecznych dla rejestracji partii politycznej z 50 tysięcy do 40 tysięcy⁶⁴, zdają się mieć charakter czysto formalny i nie niosą za sobą realnej zmiany w kierunku promocji pluralizmu w kraju.

Wolność słowa, wolne media

Aspekt promowania i respektowania wolności ekspresji to kolejna kwestia, w ramach której Kazachstan nie spełnia standardów wyznaczonych przez organizacje międzynarodowe, w tym OBWE. Podczas gdy Konstytucja Republiki w art. 20 gwarantuje wolność słowa i zakazuje cenzury, większość istniejących mediów pozostaje pod wpływem władz politycznych. Niezależne media to jeden z decydujących o wolności i otwartości społeczeństwa czynników, szczególnie istotny także dla ochrony praw człowieka i podstawowych wolności.⁶⁵

Szacuje się, że niemal wszystkie znaczące media kazachskie pozostają pod kontrolą ludzi lojalnych wobec prezydenta bądź spokrewnionych z nim.⁶⁶ Prawo wymaga rejestracji mediów przez ministerstwo ds. kultury i informacji (wyjątek stanowią strony internetowe). Ta zaś wiąże się z przedstawieniem szeregu dokumentów, których zgromadzenie zabiera często kilka miesięcy.⁶⁷ System przyznawania licencji jest niejasny.

Prawo zakazuje ponadto krytykowania prezydenta i wyższych urzędników. Wiąże się z tym zastraszanie niezależnych dziennikarzy za krytykę wobec prezydenta i rządu.⁶⁸ Można przeczytać, iż niektórzy przedstawiciele opozycji zostali pobici bądź zamordowani w niejasnych okolicznościach.⁶⁹ Dodatkowe obawy budzi nagminne wytaczanie postępowań karnych wobec dziennikarzy, którzy dopuścili się przestępstwa pomówienia.

⁶⁴ Human Rights Watch, *An Atmosphere of Quiet Repression – Freedom of Religion, Assembly and Expression in Kazakhstan*, December 2008, s. 8 (dalej: HRW, *Atmosphere...*).

⁶⁵ 87 Conference on Security and Co-operation in Europe, "Document of the Moscow Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE," Moscow, October 3, 1991, para. 26, http://www.hrni.org/EN/instruments_list.php?i=1&j=2&title=General%20Instrument%20in%20the%20Regional%20Systems, (accessed November 22, 2008).

⁶⁶ Radio Free Europe/Radio Liberty Country Kazakhstan, *Kazakhstan: Media ownership leaves little room for independence*, na: <http://www.rferl.org/content/Article/1076718.html>.

⁶⁷ HRW, *Atmosphere...*, s. 30–32.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 30–40.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 32–40.

W 2007 r. odnotowano 27 spraw tego typu.⁷⁰ Ponadto postępowania cywilne i administracyjne wobec mediów, toczące się z uwagi na oskarżenia o obrażę honoru czy godności, kończą się zasądzeniem horrendalnych sum zadośćuczynienia.⁷¹

Pożądane propozycje zmiany prawa w tym zakresie nie prowadzą do żadnej istotnej rewolucji. W lutym 2008 r. po raz kolejny odrzucono projekt pierwszej grupy roboczej, w skład której wchodziła niezależna przedstawicielstwo społeczeństwa, proponujący zasadnicze nowele w zakresie rejestrowania środków masowego przekazu. Kolejno powstała grupa zmuszona była w zasadzie zaakceptować propozycje rządu w tym zakresie.⁷² Projekt zmian prawa, przedstawiony w istocie przez przedstawicieli rządu koncentruje się na przemianach w zakresie działania mediów. Zignorowano problemy nawarstwiające się z uwagi na obecny kształt prawa karnego i administracyjnego. Nie dokonano chociażby zmian w zakresie karalności rzekomych pomówień.⁷³

Wolność sumienia i wyznania

Szczególne niepokój wzbudza kolejno zapewnienie wolności religijnej w Republice Kazachstanu. Za istotne uważam przypomnieć, iż w tym zakresie Akt Końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie zobowiązuje państwa do uznawania i szanowania wolności jednostki w zakresie wyznawania i praktykowania, indywidualnie lub wspólnie z innymi, religii lub przekonań zgodnie z nakazami jej własnego sumienia.⁷⁴ Ponadto Konstytucja Kazachstanu w art. 14 ust. 2 stanowi, iż nikt nie może być narażony na jakąkolwiek dyskryminację m. in. z powodu stosunku do religii oraz przekonań. Art. 19 stanowi zaś, iż każdy ma prawo określać i deklarować lub nie deklarować swej przynależności religijnej.

Szczegółowe przepisy prawne utrudniają jednak realizację tych gwarancji. Pod koniec 2006 r. prezydent Nazarbajew podpisał bowiem dekret, zgodnie z którym „społeczeństwo powinno unikać nietradycyjnych czy ekstremistycznych zgromadzeń religijnych”.⁷⁵ Od tego momentu mniejszościowe grupy religijne zaczęły być kategoryzowane jako sekty bądź grupy nietradycyjne. Skutkowało to szeregiem ograniczeń i presji wywieranej przez władze.

W styczniu 2008 r., w czasie spotkania partii Nur Otan, prezydent Nazarbajew powiedział, iż za konieczne uważa zlikwidowanie nielegalnych ru-

⁷⁰ Ibidem, s. 39.

⁷¹ Radio Free Europe/Radio Liberty, op. cit.

⁷² HRW, Atmosphere..., s. 31–33.

⁷³ Ibidem, s. 32–33.

⁷⁴ Akt Końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, na: Viadrina International Law Project, www.vilp.de/Plpdf/p001.pdf.

⁷⁵ HRW, Atmosphere..., s. 1–2.

chów religijnych w Kazachstanie. Zdaniem prezydenta, w Republice działają tysiące organizacji misyjnych, których cele i zadania nie są mu znane, stąd nie należy ich tolerować. Prezydent zadeklarował, że choć sprawy religijne są oddzielone od spraw państwowych, nie oznacza to, że Kazachstan powinien stać się siedliskiem przeróżnych ruchów religijnych.⁷⁶

Zmiany prawa, odnoszące się do wolności sumienia i wyznania, idą w ślad za postulatami prezydenta. Jak wskazuje Forum 18⁷⁷, najnowsze nowelizacje w kwestii prawa odnoszącego się do religii, pomimo obietnic liberalizacji, zaostrzają wcześniejsze regulacje. Zgodnie z nowelami status prawnie uznanych stowarzyszeń religijnych uzyskać mogą tylko te grupy, które mają pięćdziesięciu bądź więcej członków w danej społeczności lokalnej. Grupy religijne nie mające statusu stowarzyszenia nie będą mogły legalnie działać.⁷⁸

Nowe prawo po raz pierwszy więc wyraźnie zakazuje niezarejestrowanej działalności religijnej. Ponadto wymaga też m. in. uzyskania przez dziecko poniżej 18 lat zgody obojga rodziców na wzięcie udziału w jakimkolwiek wydarzeniu religijnym oraz zaaprobowania przez specjalną grupę ekspertów wszelkiej literatury religijnej importowanej do kraju. Zdecydowano także o zaostrzeniu kar za niezgodne z prawem prowadzenie działalności religijnej bądź charytatywnej oraz nielegalne importowanie, publikowanie i rozpowszechnianie literatury o treściach religijnych.⁷⁹

To kontrowersyjne prawo, które mimo szerokiej krytyki ze strony wspólnot religijnych oraz instytucji rządowych i pozarządowych całego świata, zostało zatwierdzone przez parlament, przekazano do podpisu prezydenta w grudniu 2008 r. Ten ostatni, powodowany zapewne m. in. wspomnianą krytyką, zdecydował o przekazaniu nowego aktu pod rewizję Rady Konstytucyjnej w celu zbadania jego zgodności z konstytucją.⁸⁰

Konkluzje

Z powyższej analizy sytuacji prawnej i praktycznej, odnoszącej się przede wszystkim do poszanowania praw człowieka w Republice Czeskiej i Republice Kazachstanu, można wysnuć kilka zasadniczych wniosków co do podobieństw i różnic systemów.

⁷⁶ Decree no. 228 of the President of Kazakhstan Establishing a State Program for Patriotic Education of Citizens of the Republic of Kazakhstan for 2006–2008, October 10, 2006, http://www.ayalyalakansko.kz/ru/infobaza/prog_patriot.shtml, chapter 3.

⁷⁷ Norweska organizacja praw człowieka, promująca wolność religijną.

⁷⁸ M. Bayram, F. Corley, Forum 18, KAZAKHSTAN: New Law still in parliament and harshened, 18 November 2008, http://www.forum18.org/Archive.php?article_id=1218, s. 1–2.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ F. Corley, Forum 18, KAZAKHSTAN: Repressive actions continue, repressive law sent for review, 9 January 2009, http://www.forum18.org/Archive.php?article_id=1238, s. 1–3.

Regulująca postanowienia dotyczące praw człowieka czeska Karta Podstawowych Praw i Wolności oraz rozdział drugi Konstytucji Republiki Kazachstanu zapewniają szereg porównywalnych praw i wolności człowieka i obywatela. Gwarantuje się tu m.in. wolne wybory, wolność słowa, wolność sumienia i wyznania. Praktyka pokazuje jednak, iż w przypadku Republiki Kazachstanu gwarancje te mają charakter czysto fasadowy. Zostają one daleko ograniczone przez prawo, które powinno służyć ich wykonaniu. Uchwalane są liczne przepisy niższej rangi, które w rzeczywistości uznać należałoby za sprzeczne z konstytucją, gdyż ograniczają one rzeczywistą wolność wyborów, wolność słowa czy wolności sumienia i wyznania.

Dlaczego uchwalane są postanowienia sprzeczne ze standardami praw człowieka, a demokracja nie okazała się naturalnym następstwem komunistycznego reżimu? Czynnikiem generującym te problemy były zmiany w gremiach władzy, a w zasadzie ich brak. Niektóre państwa wyciągnęły lekcję z historii, inne nie.

W Republice Czeskiej, po upadku komunizmu, scena polityczna uległa diametralnej zmianie, rozpoczęto starania o zaistnienie na arenie Europy. Czechy przystępując do organizacji europejskich, musiały sprostać stawianym wyzwaniom w zakresie poszanowania demokracji, rządów prawa i praw człowieka. Choć kraj ten nie jest wolny od problemów – co unaczynia przedstawiona sytuacja mniejszości romskiej – można liczyć, iż zobowiązania i zalecenia organów międzynarodowych, a w ich konsekwencji działania władz, doprowadzą do zmiany sytuacji.

Inaczej może być w przypadku Kazachstanu. W Republice Kazachstanu wolne wybory nie miały praktycznie miejsca.⁸¹ Scena polityczna po 1991 r. nie uległa zmianie. Głową państwa został były I sekretarz Komitetu Centralnego Komunistycznej Partii Kazachstanu, który w szybkim czasie zyskał niemalże nieograniczoną władzę i po dzień dzisiejszy prowadzi politykę, która zamiast sprzyjać rozwojowi demokracji, sprzyja systemowi autorytarnemu i utrzymaniu *status quo*. W takim systemie dalszy rozwój standardów praw człowieka okazuje się praktycznie niemożliwy. Nie pomaga nawet presja związana z odpowiedzialnością przewodniczenia OBWE. Już dzisiejszy dzień pokazuje, że reformy, powodowane tym faktem, są powierzchowne i nie niosą znaczącej zmiany w sytuacji prawno-politycznej kraju ani nie osłabiają niemal nieograniczonej władzy prezydenta.

Rzeczą jasną jest, że należy doceniać i drobne kroki w kierunku realnej zmiany fasadowego, póki co, ustroju. Decydująca na dzień dzisiejszy pozostaje jednak odpowiedź na pytanie: czy powierzenie Kazachstanowi przewodnictwa w OBWE okaże się trafną decyzją, która wymusi faktyczne zmiany w kierunku poszanowania zasad demokracji i praw człowieka w tym kraju – podobne do tych, jakie miały miejsce po upadku systemu

⁸¹ Od odzyskania niepodległości w 1991 r., żadne wybory w Republice Kazachstanu nie zostały uznane za wolne i demokratyczne. Więcej na ten temat np.: *Missed opportunity in Kazakhstan*, Rep. Christopher H. Smith, Co-Chairman, December 15, 2005, http://www.csce.gov/index.cfm?Fuseaction=ContentRecords.ViewDetail&ContentRecord_id=107&Content Type=G.

komunistycznego w Czechach – czy też stanie się wymówką dla obecnych władz i pomocą w przekonywaniu społeczeństwa, że skoro Kazachstan używał zadanie przewodniczenia organizacji, promującej m. in. prawa człowieka, to z ich poszanowaniem w Republice wcale nie jest tak źle.

DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND PRACTICE OF THE CZECH REPUBLIC AND THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN – A PATH TOWARDS THE EUROPEAN STANDARDS

Key words: human rights protection systems in Europe, constitutional guarantess of human rights and democracy, Czech Republic, Republic of Kazakhstan.

Summary

This article touches upon issues concerning the present situation in terms of respecting human rights and rules of the democratic political system in post-communist countries, taking the Czech Republic and the Republic of Kazakhstan as an example. The main purpose of this paper is to compare *constitutional principles as well as the obligations resulting from membership in international organizations – European ones in particular – with practical* guaranties of fundamental rights and freedoms which are crucial to democracy. The author acknowledges minimum standards determining applicability of constitutional democracies as (among others): free electoral system, political pluralism, freedom of speech and association, the right to receive and to pass on information (including freedom of the media), and respecting human rights in general.

The first part of this article describes the case of the Czech Republic. The author includes this country among the pro-European ones, considering its successful efforts towards joining the Council of Europe and the European Union. Therefore it can be numbered among the *pro-Western states, which present little difficulties in applying the democratic political system established by their constitutions. However, the author believes that it is necessary to shed some light on the situation of the Romani minority that continues to draw international concern. She considers the discrimination of the Romani being the main problem of the Czech Republic in assuring rights resulting from domestic and international commitments.*

The second part of this article deals with the situation in the Republic of Kazakhstan. Being also regarded as the post-communist country, Kazakhstan has not disposed of authoritarianism that is typical for the communist regime.

Concerning the fact that the Republic of Kazakhstan is to preside the Organisation of Security and Co-operation in Europe in year 2010, arguments remain in the light of the obligations related to that duty. The author analyses respectively the situation concerning respecting free election, political pluralism, freedom of speech and media, freedom of thoughts, conscience and religion as the most crucial problems in Kazakhstan and as far as constitutional principles and presiding OSCE is concerned.

Comparing analyses of situations in post-communist countries aims at providing with a reflection where truly may lead the road of two countries from which evolving in the direction of democracy and respecting human rights was expected. The author does not claim that the article is a typical comparative paper. Nevertheless – a description of two legal systems might be helpful in finding out their general differences and similarities, the reasons for them and allows a short, critical evaluation. From this point of view – the closest to the way of following analysis is the classical comparative method.

The author agrees that historical conditions and situation in post-communist countries were different. Nevertheless today the authorities justify the dissimilarity regarding guarantee of rights and freedoms and alarming situation regarding this matter in the most of post-communistic countries in Central Asia by societal unreadiness for deep reforms.

Sebastian Ożóg

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego

Standard ochrony danych osobowych w Polsce – omówienie wybranych elementów

Słowa kluczowe: prawa człowieka, prawo do prywatności, ochrona prawna prawa do prywatności, ochrona danych osobowych.

29 sierpnia 2009 r. minęło dwanaście lat od uchwalenia polskiej ustawy o ochronie danych osobowych¹ (dalej Ustawy). W tym czasie przebyła ona ciekawą drogę od prawnego *novum*, swoistej „efemerydy”, której konieczności nie dostrzegała większość prawników, po akt o fundamentalnym znaczeniu dla ochrony danych osobowych w naszym kraju. Przemiana ta dotyczyła także postrzegania głównego organu kontrolnego, powołanego na podstawie Ustawy, czyli Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (GIODO).

Organy kontrolne o charakterze zbliżonym do polskiego zostały w podobnym czasie powołane we wszystkich młodych demokracjach Europy Środkowej i Wschodniej. Z uwagi na podobną drogę i doświadczenia oraz występowanie nowych zjawisk, nieznanych wcześniej w krajach Europy Zachodniej, od początku organy te działały w bliskim kontakcie, dzieląc się nawzajem swymi krajowymi doświadczeniami. System ochrony danych osobowych w Polsce zawiera w związku z tym szereg podobieństw do rozwiązań innych państw naszego regionu, w szczególności z uwagi na podleganie przez nie tym samym standardom ochronnym w ramach regulacji międzynarodowych. W 2001 r. polski GIODO zainicjował cykl spotkań Rzeczników Ochrony Danych Osobowych Europy Środkowej i Wschodniej. W 2009 r. w miejscowości Sinaia w Rumunii odbyło się już jedenaste takie spotkanie.²

¹ Dz.U. z 1997 r. Nr 133, poz. 883 z późn. zm, tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.

² Jako narzędzie wspomagające prace grupy utworzono także stronę internetową (<http://www.cecprivacy.org>), na której przedstawiane są aktualnie obowiązujące akty prawne z zakresu ochrony danych osobowych w poszczególnych krajach oraz tematy wspólnie dyskutowanych problemów.

Spotkania o podobnym charakterze odbywają się także w szerszym gronie na organizowanej od 1991 r. tzw. Wiosennej Konferencji Europejskich Organów Ochrony Danych. W jej ramach kolejne spotkania poświęcane są różnym aspektom ochrony danych osobowych w Europie, a ich uczestnicy podejmują działania, mające na celu nie tylko wdrażanie unijnych przepisów, ale również monitorowanie ich przestrzegania w poszczególnych krajach.³ Od roku 2004 działa też Europejski Inspektor Ochrony Danych, który kontroluje przetwarzanie danych osobowych przez instytucje i organy Wspólnot Europejskich. Ponadto wszystkie porządki krajowe państw wspólnotowych pozostają pod silnym wpływem regulacji Rady Europy, która od lat promuje wysokie standardy w zakresie zbierania i przetwarzania danych osobowych oraz ich ochrony. Aktualnie regulacje tworzone na poziomie krajowym i międzynarodowym coraz bardziej się splatają, tworząc swoisty i niepowtarzalny system ochrony danych osobowych, w ramach którego kształtuje się także polski standard ochronny.

Problematyka ochrony danych osobowych stale przybiera na znaczeniu i z każdym rokiem pojawiają się nowe inicjatywy w zakresie jej poszerzania. Jest to konsekwencja narastania zagrożeń w tej dziedzinie i pojawiania się ciągle nowych problemów, wobec których dotychczasowe rozwiązania okazują się niewystarczające. Wymaga to stałego monitorowania występujących na tym polu zjawisk i możliwie szybkiego (jednak nie prowizorycznego) dostosowywania do nich istniejących rozwiązań prawnych – tak, by nadal stanowiły skuteczną ochronę przed możliwymi nadużyciami, nie prowadząc jednak przy tym do inflacji prawa.

Polską Ustawę nowelizowano od jej uchwalenia do chwili obecnej czternaście razy,⁴ przy czym niektóre modyfikacje miały charakter drobnego i porządkowego, niektóre zaś fundamentalnie zmieniały zakres i charakter tej regulacji.⁵ Należy przy tym pamiętać, że Polska (podobnie jak reszta krajów Europy Środkowej i Wschodniej) nie miała wcześniej prawnych standardów ochronnych w tej dziedzinie. Tworzono je, odmiennie niż w państwach zachodnich, niemalże równolegle do szerszego standardu – ochrony prywatności. Z braku krajowych doświadczeń w tej materii Ustawa była

³ Ostatnia konferencja odbyła się w dniach 17–18 kwietnia 2008 r. w Rzymie. W ramach Konferencji Wiosennej w szczególności poruszane są kwestie związane ze stosowaniem Dyrektywy 95/46/WE w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, a także ochrona danych osobowych przetwarzanych na potrzeby współpracy policji, jak też współpracy sądów w sprawach karnych i cywilnych (czyli działań podejmowanych w zakresie tzw. trzeciego filaru UE).

⁴ W Sejmie ważą się losy projektu kolejnej istotnej nowelizacji, wniesionej do łaski marszałkowskiej przez Prezydenta RP. Projekt ten zaostreza m.in. szereg sankcji karnych przewidzianych w przypadkach naruszenia obowiązków przewidzianych w Ustawie.

⁵ Np. nowelizacja z 30 sierpnia 2002 r. (Dz.U. z 2002 r. Nr 153, poz. 1271) zastępowała w jednym tylko przepisie wyrazy „Naczelnego Sądu Administracyjnego” zwrotem „sądu administracyjnego”, podczas gdy nowelizacja z 22 stycznia 2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 33, poz. 285) zmieniała brzmienie aż 35 spośród wszystkich 62 artykułów.

mocno wzorowana na aktach prawnych innych państw⁶ oraz na regulacjach międzynarodowych.⁷

Od momentu uchwalenia Ustawy postrzeganie jej przez prawników i specjalistów z zakresu ochrony danych znacznie się poprawiło (choć nadal ma ona pewne słabości). Ważniejsze jednak, że istotnie wzrosła (co można chyba uznać za sukces tej regulacji) świadomość prawna społeczeństwa polskiego w zakresie przedmiotu unormowania tego aktu. Obecnie, spośród wszystkich mieszkańców UE, Polacy są „najbardziej świadomi swoich praw do ochrony danych osobowych i prawa do prywatności”, podczas gdy jeszcze trzy lata temu zajmowali w świetle badań odległe, osiemnaste miejsce.⁸ Z ustawy znanej wyłącznie osobom zainteresowanym stała się aktem powszechnie kojarzonym i powoływanym. Podobnie GODO z niemal anonimowego urzędnika stał się osobą często cytowaną i obecną nie tylko w literaturze specjalistycznej, ale także w mediach popularnych, coraz częściej zainteresowanych jego działalnością. Wyraznym tego potwierdzeniem jest opublikowany 10 października 2008 r. raport TNS OBOP z badania dotyczącego postaw Polaków związanych z ochroną danych osobowych oraz standardów ochrony tych danych panujących w polskich firmach.⁹ Według przeprowadzonego sondażu aż 88% Polaków ma świadomość, że ich zgoda jest niezbędna do wykorzystania ich danych osobowych, a 78% wie o obowiązkach informacyjnych instytucji zbierających takie dane.¹⁰ Z uwagi m.in. na powszechność w obrocie gospodarczym tzw. „klauzul o przetwarzaniu danych osobowych”, dołączanych do wielu wzorców umów, wiedza obywateli o istnieniu Ustawy i jej materii dalece przekracza znajomość innych aktów prawnych. Tej społecznej świadomości nie towarzyszy jednak proporcjonalny wzrost wiedzy wśród urzędniczej części społeczeństwa, czego dowodzą wpływające do GODO skargi, dotyczące w znacznej mierze przetwarzania danych osobowych w strukturach administracji rządowej i samorządowej.

⁶ Wzorce prawa krajowego zaczerpnięto przede wszystkim z państw Europy Zachodniej takich jak Francja, Niemcy i Szwajcaria.

⁷ W szczególności na Konwencji nr 108 Rady Europy z dnia 28 stycznia 1981 r., dotyczącej ochrony osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych oraz Dyrektywie Unii Europejskiej nr 95/46/CE z dnia 24 października 1995 r., dotyczącej ochrony osób fizycznych ze względu na przetwarzanie danych o charakterze osobowym oraz swobodnego przepływu tych danych.

⁸ Wywiad z polskim GODO – Michałem Serzyckim w *Dzienniku Zachodnim*, dostępny w internecie pod adresem <http://polskatimes.pl/stronaglowna/153159,internet-ma-pamiec-slonia,id,t.html> (data dostępu: 20 grudnia 2009 r.).

⁹ Raport TNS OBOP sporządzony 10 października 2008 r. na zlecenie firmy Fleishman-Hillard. Badanie telefoniczne złożone z 13 zamkniętych pytań (metodą CATI) przeprowadzono na terenie całego kraju w okresie od 25 września do 3 października 2008 r. Próbę podstawową stanowiła reprezentatywna grupa 300 osób w wieku 18 i więcej lat.

¹⁰ Jednak statystyki te nie są już tak optymistyczne jeśli chodzi o przekonanie Polaków co do jakości przetwarzania danych w krajowych instytucjach – mniej niż połowa badanych (43%) ma pewność co do dobrego zabezpieczenia w nich danych osobowych. Co gorsza, nieliczne osoby (5–7%) samodzielnie chronią swoje dane osobowe poprzez niszczenie przed wyrzuceniem do kosza dokumentów zawierających dane adresowe, odręczne podpisy czy dane medyczne.

Z uwagi na swoistą popularność omawianej tematyki Ustawa doczekała się w ostatnich latach licznych komentarzy i opracowań – część z nich miała wpływ na kolejne zmiany brzmienia tego aktu. Materia Ustawy jest w związku z tym już dość szczegółowo poznana. Większość z zawartych w niej pojęć i instytucji, początkowo dość enigmatycznych, nie wzbudza już takich wątpliwości, a te nie w pełni jeszcze doprecyzowane są coraz trafniej i pewniej tłumaczone w ramach orzecznictwa sądowego. Polski system ochronny nie opiera się jednak wyłącznie na Ustawie, która jest skoncentrowana *stricte* na swym tytułowym zagadnieniu. Aby zrekonstruować pełny standard ochrony w tej dziedzinie trzeba uwzględnić także inne akty, dotyczące ochrony prywatności *sensu largo*. Regulacje te częściowo nakładają się na siebie, tworząc bardziej złożony system norm. Normy te przenikają się nawzajem, tworząc w ten sposób szczelniejszą, choć czasami przez to mniej przejrzystą barierę ochronną. Warto pamiętać, że Ustawa, z uwagi na swe miejsce w hierarchii źródeł prawa, musi być zgodna z wieloma innymi aktami, w których można poszukiwać dodatkowych środków ochronnych, nie zagwarantowanych w samej Ustawie. Niniejszy artykuł stanowi próbę ogólnego spojrzenia na te właśnie akty i wybrane zagadnienia, związane z ich stosowaniem.

Podstawę całego systemu prawnej ochrony prywatności w Polsce stanowi Konstytucja,¹¹ która z uwagi na swą normatywną pozycję wyznacza miejsce pozostałych aktów i determinuje w ten sposób ich wzajemne relacje. Prawa do prywatności dotyczą art. 47, 49, 50 i 51 ustawy zasadniczej, zaś kwestii ochrony samych danych osobowych w szczególności dotyczy art. 51. Część przepisów Ustawy stanowi swoiste rozwinięcie gwarancji zawartych w tym przepisie (użyty w art. 51 ust. 1. termin „informacji dotyczących osoby” zdaje się być bliskoznaczny pojęciu „danych osobowych” na gruncie Ustawy).

Zgodnie z wspomnianym przepisem „nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby”. Oznacza to wprowadzenie istotnego ograniczenia co do możliwości zobowiązywania obywateli do ujawniania wszelkich dotyczących ich danych. Przepis ten nie wyklucza wprowadzenia możliwości regulowania w aktach niższego rzędu szczegółowych kwestii dotyczących statusu danych jednostki, jednak ustawowe upoważnienie do wydania takiego aktu musi spełniać wymagania określone w art. 92 Konstytucji, a samo rozporządzenie powinno być zgodne z innymi ustawami i mieścić się w granicach upoważnienia ustawowego.¹² W świetle tego przepisu niedopuszczalne zdaje się być wprowadzenie obowiązku ujawnienia takich danych w innych źródłach takich jak choćby regulaminy pracy czy układy zbiorowe.¹³ Można na-

¹¹ Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm., sprost. Dz.U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319.

¹² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 2 listopada 2005 r. (sygn. VI SA/Wa 1080/2005).

¹³ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz* (Wyd. 4), Kraków 2007, Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., s. 113–114.

tomiaś w tego rodzaju aktach wprowadzić zapisy uzależniające przyznanie dodatkowych świadczeń (np. świadczenia socjalnego) od dobrowolnego złożenia przez uprawnionego zaświadczenia o wysokości zarobków uzyskiwanych u innego pracodawcy.¹⁴

W drugim ustępie wspomnianego artykułu¹⁵ wprowadzono ogólne ograniczenie dopuszczalności przetwarzania danych przez władze publiczne naszego kraju do danych niezbędnych w demokratycznym państwie prawa. Ta generalna klauzula uniemożliwia gromadzenie przez organy państwowe dowolnych danych „na wszelki wypadek”. Każda kategoria zbieranych danych powinna być traktowana indywidualnie, a ich przetwarzanie dopuszczalne wyjątkowo – po spełnieniu warunku niezbędności w demokratycznym państwie prawa (którego elementem jest niewątpliwie skuteczna ochrona danych osobowych obywateli). Dodatkowo zasady i tryb gromadzenia i udostępniania informacji, zgodnie z art. 51 ust. 5, muszą być uregulowane w drodze ustawy.¹⁶ W połączeniu z dyspozycją wspomnianego art. 51 ust. 2 oznacza to, że organy władzy publicznej w Polsce nie mogą zbierać i przetwarzać danych osobowych bez ustawowego upoważnienia. Upoważnienie takie powinno zaś precyzyjnie określać kategorie danych, które mogą być przetwarzane oraz zasady postępowania z takimi zbiorami informacji. Należy przy tym zwrócić uwagę, że ograniczenie to dotyczy wyłącznie organów władzy publicznej – podobnych gwarancji przepis nie daje w przypadku danych znajdujących się w posiadaniu osób prywatnych czy wszelkich innych jednostek nie posiadających atrybutu władzy publicznej. W przypadku przetwarzania danych przez te podmioty ochrony na gruncie Konstytucji należy więc poszukiwać w dyspozycji jej art. 47,¹⁷ który chroni całość życia prywatnego, rodzinnego, cześć i dobre imię jednostek. Tego, że może być to ochrona skuteczna dowodzą państwa, które nie posiadają szczegółowej regulacji z zakresu ochrony danych osobowych – w nich prawo do ochrony takich danych wyprowadza się wprost z gwarancji prawa do prywatności, zawartych w ustawie zasadniczej, posiłkując się przy tym często bogatym w tej materii orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Wspomnianym powyżej ograniczeniom towarzyszą wyrażone w art. 51 ust. 3 i 4 swoiste uprawnienia kontrolne każdego obywatela w postaci „prawa dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów

¹⁴ Tak w Wyroku Sądu Najwyższego – Izby Administracyjnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 8 maja 2002 r. (sygn. I PKN 267/2001).

¹⁵ Art. 51 ust. 2 Konstytucji: „Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”.

¹⁶ Nieprzypadkowo przesłanki te brzmią podobnie do przesłanek standardu ochrony prywatności i życia rodzinnego z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zapisy Konstytucji były bowiem w znacznym stopniu inspirowane Konwencją i orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

¹⁷ Art. 47 Konstytucji: „Każdy ma prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”.

danych”, a także możliwości „żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą”. Dokonując wykładni językowej art. 51 ust. 3 można dojść do wniosku, że jego dyspozycja obejmuje szerszą kategorię dokumentów i zbiorów danych niż tylko te zawierające dane osobowe, bowiem teoretycznie dokumenty „dotyczące go” nie zawsze muszą zawierać dane osobowe kogoś, kogo dotyczą, podczas gdy w świetle tego przepisu także takie zbiory powinny być dla obywatela dostępne.¹⁸ Uprawnienie sformułowane we wskazanym przepisie może być, zgodnie z jego dalszą dyspozycją, ograniczone w drodze ustawy. Ponieważ norma mówi wyłącznie o „urzędowych dokumentach i zbiorach danych” nie można na podstawie tego artykułu żądać dostępu do materiałów (także tych urzędowych) znajdujących się w posiadaniu osób prywatnych.¹⁹

Istotne znaczenie dla polskiego systemu ochrony danych osobowych mają umowy międzynarodowe, które w przypadku „wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji” są ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie.²⁰ To z kolei daje im uprzywilejowaną pozycję w polskim porządku prawnym, gdyż (zgodnie z art. 91 Konstytucji) mają one pierwszeństwo przed tymi ustawami, których treści nie da się pogodzić z treścią takiej umowy. Unormowania tych umów w dużej mierze ukształtowały obowiązujący w Polsce standard ochrony prywatności, a w jego ramach także przepisy z zakresu ochrony danych osobowych. W szczególności ważką rolę odgrywają tu dwa europejskie źródła takich regulacji – Rada Europy i Wspólnoty Europejskie, a także powszechnie obowiązujące standardy praw człowieka uchwalone w ramach ONZ.

Europejską organizacją o najstarszych tradycjach w zakresie ochrony praw człowieka jest niewątpliwie Rada Europy. To właśnie w ramach tej organizacji powstało najwięcej zaleceń w omawianej dziedzinie, a w 2006 r. na jej forum ustanowiono, obchodzony co roku 28 stycznia,²¹ Dzień Ochrony Danych Osobowych. Uchwalone w ramach Rady Europy liczne konwencje i rezolucje oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²² (dalej EKPC) wywarły ogromny wpływ na rozwój praw człowieka na naszym kontynencie i poza nim.

Prawo do prywatności zostało uregulowane w art. 8 EKPC. Niepodobna oczywiście omówić tu nawet skrótowo całości orzecznictwa dotyczącego szeroko rozumianego prawa do prywatności, można jednak zwrócić uwagę na znaczenie wybranych tez z orzecznictwa dla zagadnienia ochrony danych

¹⁸ Odmienne, interpretując wskazaną dyspozycję zawężająco – tj. wyłącznie do zbiorów zawierających dane wprost dotyczące osoby – J. Barta i in., op. cit., s. 114.

¹⁹ Ibidem, s. 114–115.

²⁰ Art. 89 ust. 1 p. 2) Konstytucji.

²¹ Czyli w rocznicę otwarcia do podpisu Konwencji Rady Europy nr 108 z 28 stycznia 1981 r. w sprawie ochrony osób w zakresie zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych.

²² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.), ratyfikowana przez Polskę 19 stycznia 1993 r.

osobowych. Co ciekawe, pomimo znaczącej liczby skarg z Polski, wpływających do Trybunału każdego roku, właściwie nie wpływają z naszego kraju skargi dotyczące przetwarzania danych osobowych.²³ Można to chyba ostrożnie uznać za oznakę pewnej skuteczności krajowych środków odwoławczych w tej dziedzinie.

Aby przetwarzanie danych spełniało standardy EKPC, musi ono odbywać się na podstawie ustawy, realizować uprawniony cel i być przy tym konieczne w społeczeństwie demokratycznym.²⁴ Przepisy regulujące przetwarzanie danych powinny być dla obywatela dostępne i przewidywalne oraz na tyle precyzyjne, by każdy mógł dostrzec wynikające z nich konsekwencje i uniknąć ingerencji w sferę swojej prywatności.²⁵ W przypadku zaistnienia takiej ingerencji, gromadzone dane powinny być ograniczone wyłącznie do informacji niezbędnych dla potrzeb prowadzonego postępowania.²⁶ Przechowywanie i udostępnianie zebranych informacji powinno być szczegółowo unormowane, a osoby, których takie dane dotyczą, powinny mieć możliwość żądania zmiany tych informacji lub ich usunięcia w sytuacji, gdy byłyby one fałszywe, pomawiające lub gdy nie spełniałyby kryteriów wyznaczonych przepisami prawa.²⁷ Nie można też ograniczać prawa dostępu strony w postępowaniu sądowym do dotyczących jej dokumentów z uwagi na objęcie ich klauzulą tajności,²⁸ jak też zakładać nieprzemijającej aktualności takiej klauzuli w przypadku dokumentów archiwalnych, w szczególności wytworzonych jeszcze przez służby poprzedniego reżimu.²⁹

Informacje chronione prawem do prywatności nie ograniczają się tylko do tzw. „wewnętrznego kręgu”, w którym jednostka żyje własnym, osobistym życiem, wedle swego wyboru, wyłączając jednocześnie z tego pojęcia pozostający poza nim świat zewnętrzny. Poszanowanie życia prywatnego musi zawierać w sobie do pewnego stopnia prawo do nawiązywania i rozwijania relacji z innymi ludźmi.³⁰ Rozmowy telefoniczne prowadzone z miejsca pracy tak samo jak te z domu mogą być objęte zakresem „życia prywatnego” i „korespondencji” i podlegają ochronie.³¹ Z drugiej

²³ Ostatnio jednak pojawiły się skargi na kanwie zgodności z EKPC tzw. postępowań lustracyjnych i dostępu do danych archiwalnych z czasów PRL, ciągle jeszcze zaopatrzonych w klauzulę tajności (sprawy Matyjek p. Polsce, Bobek p. Polsce, Luboch p. Polsce i Rasmussen p. Polsce). Więcej na temat tych spraw w niniejszym numerze *Rocznika* w artykule M. Lubiszewskiego, *Lustracja a prawa człowieka. W poszukiwaniu podstawowych standardów* w niniejszym nrze. „Polskiego rocznika...”.

²⁴ Art. 8 ust. 2 EKPC.

²⁵ Orzeczenie w sprawie Kopp p. Szwajcarii z 1998 r.

²⁶ Orzeczenie w sprawie Amann p. Szwajcarii z 2000 r.

²⁷ Orzeczenie w sprawie Leander p. Szwecji z 1987 r. oraz orzeczenie w sprawie Rotaru p. Rumunii z 2000 r.

²⁸ Orzeczenie w sprawie Bobek p. Polsce z 2007 r.

²⁹ Orzeczenie w sprawie Turek p. Słowacji z 2006 r. oraz orzeczenie w sprawie Luboch p. Polsce z 2008 r.

³⁰ Orzeczenie w sprawie Niemietz p. Niemcom z 1992 r.

³¹ Orzeczenia w sprawach: Klass i Inn i p. Niemcom z 1978 r., Malone p. Wielkiej Brytanii z 1984 r., Huvig p. Francji z 1990 r. oraz Halford p. Wielkiej Brytanii z 1997 r.

strony nikt nie może oczekiwać pełnego poszanowania swojej prywatności w sytuacji, gdy świadomie angażuje się w czynności, które z uwagi na swą specyfikę (w szczególności sposób i miejsce ich dokonania) mogą podlegać automatycznemu rejestrowaniu i dalszemu przetwarzaniu za pomocą różnych środków technicznych.³²

W łonie Rady Europy narodził się także akt o fundamentalnym znaczeniu dla międzynarodowej ochrony danych osobowych *sensu stricto*. Chodzi oczywiście o Konwencję Rady Europy nr 108 z 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych. Jest ona najstarszym aktem prawnym o zasięgu międzynarodowym, kompleksowo regulującym zagadnienia związane z ochroną danych osobowych.³³ Postanowienia konwencji uzupełnia Protokół Dodatkowy, który wszedł w życie 1 lipca 2004 r.³⁴ Konwencja wraz z protokołem wprowadza wśród państw-stron pewien jednolity standard ochronny w zakresie przetwarzania danych osobowych. Państwa, które ją ratyfikowały zobowiązują się standard ten chronić i rozwijać. Jest to, w duchu innych rozwiązań Rady Europy, standard minimalny i państwa są zachęcane do jego rozszerzania w ramach regulacji krajowych. Regulując ochronę danych osobowych w opisanym zakresie, konwencja nie wprowadza jednak gotowych i ustalonych wzorców. Respektuje ona w tej mierze już istniejące w niektórych państwach rozwiązania, innym państwom daje zaś możliwość autonomicznego i odmiennego kształtowania środków ochronnych (mających jednak zagwarantować przewidziany w konwencji poziom ochrony). Trzeba przy tym zauważyć, że (odmiennie niż EKPC) akt ten nie przyznaje żadnych uprawnień bezpośrednio obywatelom poszczególnych krajów – nakłada jedynie obowiązki w sferze publiczno-prawnej na same państwa-strony.

Celem konwencji jest „zapewnienie każdej osobie fizycznej [...] poszanowania jej prawa do prywatności w związku z automatycznym przetwarzaniem dotyczących jej danych osobowych”.³⁵ Do danych tych, w świetle definicji zawartej w art. 2 lit. a) aktu, zaliczymy każdą informację dotyczącą osoby fizycznej o określonej lub dającej się zidentyfikować tożsamości. W art. 5 konwencja nakłada na państwa obowiązki co do jakości przetwarzanych danych w zakresie ich gromadzenia i przetwarzania. Są to wymogi przetwarzania rzetelnego, zgodnego z prawem i wyłącznie dla usprawiedliwionych celów. Samo przechowywanie ma zaś być dokładne i umożliwiające aktualizację danych oraz nie może trwać dłużej niż jest to wymagane ze względu na cel, w którym dane zgromadzono. Dane powinny być przy tym

³² Orzeczenie w sprawie P.G. i J.H. p. Wielkiej Brytanii z 2001 r.

³³ Konwencja RE nr 108 weszła w życie 1 października 1985 r., po ratyfikowaniu jej przez 5 państw (Francję, Niemcy, Norwegię, Hiszpanię i Szwecję). W stosunku do Polski konwencja weszła w życie 1 września 2002 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25).

³⁴ Polska ratyfikowała go 12 lipca 2005 r. (Dz.U. z 2006 r. Nr 3 poz. 15). Protokół ten służy przede wszystkim złagodzeniu różnic pomiędzy konwencją a Dyrektywą 95/46/WE w materii dotyczącej organów nadzoru przetwarzania danych osobowych oraz transgranicznego przepływu tych danych.

³⁵ Art. 1 („Przedmiot i cel”) Konwencji RE nr 108.

zabezpieczone przed zniszczeniem, zagubieniem, a także nieupoważnionym dostępem, zmienianiem ich lub rozpowszechnianiem.³⁶ Ponadto, zgodnie z art. 8, państwa muszą zapewnić każdej osobie dostęp do informacji o dotyczących jej zbiorach danych, możliwość ich poprawienia lub usunięcia w przypadku ich przetwarzania z naruszeniem standardów konwencji oraz odpowiednie środki prawne (w tym także system sankcji karnych i odszkodowawczych – art. 10) na wypadek naruszenia jej uprawnień. Konwencja wyróżnia też kategorię danych szczególnie wrażliwych, do których zalicza: pochodzenie rasowe, poglądy polityczne, przekonania religijne, a także dane dotyczące stanu zdrowia, życia seksualnego i karnego skazania. Dane takie nie mogą być przetwarzane automatycznie bez zapewnienia przez prawo wewnętrzne państwa dodatkowych gwarancji ochronnych.³⁷ Ograniczenia w stosowaniu opisanych gwarancji mogą mieć miejsce wyłącznie na podstawie przepisów prawa, w przypadku ich konieczności w społeczeństwie demokratycznym dla ochrony wskazanych w konwencji celów prawowych, takich jak ochrona państwa, jego interesów finansowych, porządku i bezpieczeństwa publicznego, ochrony osób, których dane dotyczą albo praw lub wolności innych osób.³⁸

W zakresie konwencji powołano też do życia komisję doradczą, złożoną z przedstawicieli wszystkich państw-stron. Organ ten proponuje zmiany mogące ułatwić stosowanie konwencji (w tym także zmiany treści samej konwencji), a na prośbę państw zajmuje stanowisko we wszelkich kwestiach związanych z wykonywaniem konwencji.

Zgodnie z art. 3, przystępując do konwencji państwa mogą, w drodze złożenia stosownych oświadczeń, zarówno rozszerzyć jak i ograniczyć zakres zbiorów danych objętych jej ochroną. (np. poprzez objęcie nią także zbiorów danych o instytucjach zrzeszających osoby fizyczne, czy dane nie przetwarzane automatycznie).

Wdrażanie odpowiednich środków ochronnych mogą państwom ułatwić rezolucje i rekomendacje Rady Europy uszczegóławiające standardy przetwarzania danych w poszczególnych dziedzinach. Nie mają one charakteru wiążącego, ale w praktyce stanowią swoiste kanony, do których państwa często się odwołują w ramach regulacji specyficznych aspektów przetwarzania danych osobowych. Dwie najważniejsze rezolucje dotyczą ochrony prywatności osób fizycznych w aspekcie wykorzystywania elektronicznych danych w sektorze prywatnym³⁹ i publicznym.⁴⁰ Zawarte w nich zasady doprecyzowują kategorie danych podlegających przetwarzaniu wraz ze sposobami ich przetwarzania i dostępu do nich, zalecają także określone środki zabezpieczające oraz ograniczenia czasowe przetwarzania. W drodze rekomendacji Rada Europy zaleca stosowanie określonych środków ochron-

³⁶ Art. 7 („Bezpieczeństwo danych”) Konwencji RE nr 108.

³⁷ Art. 6 („Szczególne kategorie danych”) Konwencji RE nr 108.

³⁸ Art. 9 („Wyjątki i ograniczenia”) Konwencji RE nr 108.

³⁹ Rezolucja Komitetu Ministrów Rady Europy nr 22 (73).

⁴⁰ Rezolucja Komitetu Ministrów Rady Europy nr 29 (74).

nych w różnych dziedzinach, takich jak banki danych medycznych, prawnych, statystycznych i naukowych, karnych, marketingowych, społecznych czy ubezpieczeniowych. Łącznie jest to kilkadziesiąt aktów, dotyczących różnych aspektów przetwarzania danych, których omówienie przekracza ramy niniejszego opracowania.⁴¹

W latach dziewięćdziesiątych XX w. ochrona danych osobowych znalazła się także w polu zainteresowania Unii Europejskiej. Początkowo rekomendowano państwom członkowskim podpisanie Konwencji nr 108 Rady Europy, z czasem jednak podjęto prace nad stworzeniem odpowiednich regulacji w ramach prawa wspólnotowego. Obecnie tematyki tej dotyczy kilka unijnych dyrektyw i rozporządzeń,⁴² które były już także (z uwagi na rozbieżności interpretacyjne) przedmiotem orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w ramach zgłaszanych przez sądy krajowe państw członkowskich pytań prawnych.

Podstawowym aktem prawa wspólnotowego z zakresu danych osobowych jest Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 95/46/WE z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu danych (dalej Dyrektywa).⁴³ Zobowiązała ona państwa członkowskie do implementacji jej założeń w ramach prawa krajowego (co nastąpiło nie bez opóźnień – Komisja Europejska musiała pozwać niektóre państwa w celu zainicjowania w nich odpowiednich procedur legislacyjnych). Należy przy tym pamiętać, że – w sytuacji braku implementacji postanowień Dyrektywy – osoby poszkodowane mogą powoływać się na nią przed sądami krajowymi bezpośrednio, w miejsce niewprowadzonych lub nieprawidłowo wprowadzonych przepisów prawa krajowego. Dyrektywa została oparta na podobnych zasadach co Konwencja Rady Europy, dostosowano ją jednak do nowych zagrożeń, które pojawiły się od czasu uchwalenia Konwencji. Regulacja Dyrektywy jest też bardziej szczegółowa, pozostawiając tym samym państwom członkowskim mniejszą swobodę w zakresie przyjętych w prawie krajowym rozwiązań. Podstawową różnicą jest wprowadzenie w Dyrektywie obowiązku powołania krajowych organów nadzorczych w celu stałego monitorowania stanu ochrony danych osobowych w danym kraju, a przede wszystkim uregulowanie kwestii transferu banków danych osobowych do państw trzecich.⁴⁴

⁴¹ Zestawienie rezolucji i rekomendacji Rady Europy wraz z krótkim omówieniem można znaleźć m.in. w komentarzu do Ustawy autorstwa J. Barty i in., op. cit., s. 75 – 83.

⁴² Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady: 95/46/WE, 2000/31/WE, 2002/58/WE, 2006/24/WE, Rozporządzenie Rady (WE) nr 2725/2000, Rozporządzenie (WE) nr 45/2001 Parlamentu, Decyzja ramowa Rady 2008/977/WSiSW.

⁴³ Dz.U. L281 z 23 listopada 1995 – str. 31, z późn. zmianami wprowadzonymi Rozporządzeniem (WE) nr 1882/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 września 2003 r. (Dz.U. L284 z 21 października 2003 r. – str. 1). Termin implementacji Dyrektywy wyznaczono na 23 października 1998 r.

⁴⁴ Różnice te obecnie zmniejszono poprzez uchwalenie wspomnianego wcześniej Protokołu Dodatkowego do Konwencji.

Przekazanie danych może nastąpić, zgodnie z art. 25 Konwencji, tylko wówczas, gdy kraj, do którego są one przekazywane, zapewnia odpowiedni (*adequate*) poziom ochrony. Odpowiedniość ochrony należy oceniać w świetle wszystkich okoliczności dotyczących operacji przekazania danych lub zestawu takich operacji. Należy przy tym zwrócić szczególną uwagę na charakter przesyłanych danych, cel i czas trwania proponowanych operacji przetwarzania danych, kraj pochodzenia i kraj ostatecznego przeznaczenia, obowiązujące w kraju trzecim normy prawne (zarówno ogólne, jak i branżowe) oraz przepisy zawodowe i środki bezpieczeństwa stosowane w tym kraju.⁴⁵ Szczególne uprawnienia przysługują tu Komisji Europejskiej, która może zobowiązać państwa do zapobiegania przekazywaniu danych do wybranego państwa trzeciego (w przypadku stwierdzenia nieadekwatnych środków ochronnych), a także potwierdzić, że wybrane państwo spełnia wymogi Dyrektywy.⁴⁶ Niezależnym ciałem doradczym, wydającym opinie m.in. w powyższej kwestii, jest powołany na podstawie art. 29 Dyrektywy zespół roboczy, złożony z przedstawicieli krajowych organów ochrony danych oraz przedstawiciela Komisji. Wyjątkowo możliwe jest także przekazanie danych osobowych do państw nie zapewniających odpowiedniej ochrony, pod warunkiem spełnienia wymogów przewidzianych w art. 26 Dyrektywy. Poza możliwością potwierdzenia „adekwatności” ochrony przez Komisję Europejską możliwe jest także dokonanie jej w drodze decyzji krajowego organu ochrony danych (jednak w świetle polskiej Ustawy GODO zasadniczo nie posiada tej kompetencji)⁴⁷, a także poprzez dokonanie jednostkowej oceny adekwatności poziomu ochrony przez administratora danych (przy czym podlega on jednak kontroli krajowego organu nadzoru).⁴⁸ Ponieważ właściwie nie jest możliwe kontrolowanie adekwatności ochrony każdego transferu danych do państwa trzeciego *ad casum*,⁴⁹ postuluje się utworzenie „białej listy” państw trzecich, „generalnie” zapewniających należytą ochronę. Lista ta nie miałaby wiążącego charakteru, jednak stanowiłaby wskazówkę co do tego, czy w konkretnej sytuacji niezbędna jest jednostkowa ocena dopuszczalności transferu danych.⁵⁰

W kwestii oceny zagadnienia transferu danych (a ściślej tego, co należy, a czego nie należy uznać za transfer) duże znaczenie ma wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Bodil Lindqvist (C-101/01).⁵¹

⁴⁵ Art. 25 ust. 2 („Zasady”) Dyrektywy.

⁴⁶ Art. 25 ust. 3–6 Dyrektywy.

⁴⁷ G. Sibiga, *Postępowanie w sprawach ochrony danych osobowych*, Warszawa 2003, Dom Wydawniczy ABC, s. 206.

⁴⁸ X. Konarski, G. Sibiga, *Zasady przekazywania danych osobowych do państwa trzeciego w prawie polskim i Unii Europejskiej*, w: *Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i nowe wyzwania*, red. X. Konarski, G. Sibiga, Kraków 2007, Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., s. 94.

⁴⁹ *First Orientation on Transfers of Personal Data to Third Countries Possible Ways Forward in Assessing Adequacy*, WIPR 1997, vol. 11, 332.

⁵⁰ J. Barta i in., op. cit., s. 87–88.

⁵¹ Dz.U. C007 z 10 stycznia 2004 r., s. 3–4.

W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że nie mamy do czynienia z transferem danych w rozumieniu art. 25 Dyrektywy, jeśli osoba w państwie członkowskim umieszcza dane osobowe na stronie internetowej serwera znajdującego się w tym lub innym państwie członkowskim, w sytuacji, gdy strona ta jest powszechnie dostępna, także dla osób z państw trzecich. W uzasadnieniu swego orzeczenia Trybunał podniósł m.in., że dla oceny, czy w danej sytuacji mamy do czynienia z „transferem danych”, istotny jest sam sposób funkcjonowania internetu i procedura nawiązywania w nim połączeń oraz znaczenie w tym kontekście słowa „transfer”. W świetle ustaleń Trybunału strona, na której pani Lindqvist umieściła dane innych osób, była dostępna dla wszystkich (także w państwach trzecich), jednak nie udowodniono, by dane z niej nie były wprost przekazywane (transferowane) do tych państw. Przyjmując, że w tej sytuacji nie doszło do „transferu” Trybunał dał pierwszeństwo wykładni językowej słowa „transfer” nad wykładnią celowościową (z której wynika, że umieszczenie danych na stronie internetowej może do takiego transferu danych prowadzić). Taka interpretacja może jednak powodować realne zagrożenie wykorzystania stron internetowych do niekontrolowanego przekazywania danych. Często trudno bowiem będzie udowodnić, czy dane umieszczone na stronie internetowej zostały w całości przesłane i zapisane na komputerze osoby z państwa trzeciego, czytającej treść takiej strony (w większości krajów dostawcy internetu nie mają obowiązku rejestrowania, jakie dane podlegały transferowi, a co najwyżej fakt połączenia z określoną stroną). W rezultacie niemożliwe może się okazać udowodnienie, czy i w jakim zakresie transfer danych miał miejsce (w szczególności, jeśli protokół takiej transmisji podlegał szyfrowaniu). W komentarzach do orzeczenia Trybunału zwraca się jednak także uwagę, że w tym przypadku musiano wyznaczyć granicę pomiędzy ochroną danych osobowych w postaci prewencyjnego całkowitego zakazu ich publikacji celem zapobieżenia ewentualnemu transferowi a wolnością wypowiedzi w internecie, która w konsekwencji takiego zakazu mogłaby zostać poważnie ograniczona.

Na gruncie prawa europejskiego tematyka ochrony danych osobowych aktualnie jest coraz bardziej obecna, a związane z danymi osobowymi kwestie są dodatkowo regulowane w rozlicznych aktach, dotyczących szczególnych dziedzin przetwarzania tych danych. Tematyka ta stała się także przedmiotem działań ONZ, która ogłosiła 14 grudnia 1990 r. rezolucję, zawierającą wytyczne w sprawie uregulowania kartotek skomputeryzowanych danych osobowych.⁵² Akt ten nie ma jednak charakteru wiążącego, dlatego ochrony przetwarzania danych osobowych na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego należy na razie poszukiwać w źródłach wiążących o bardziej ogólnym charakterze, takich jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej Pakt).⁵³

⁵² Rezolucja 45/95 Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 26 czerwca 1985 r.

⁵³ Uchwalony 19 grudnia 1966 r., wszedł w życie 23 marca 1976 r., przez Polskę ratyfikowany 3 marca 1977 r., wszedł w życie wobec Polski 18 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38,

System kontrolny Paktu (w przypadku ratyfikacji Protokołu Fakultatywnego obejmujący także prawo do skargi indywidualnej) nie jest systemem *stricte* sądowym – decyzje Komitetu Praw Człowieka nie wiążą wprost organów państw-stron. Nie zmienia to jednak faktu, że jako umowa międzynarodowa jest on źródłem prawa obowiązującego w Polsce i można się na niego powoływać w sytuacji, gdy akty niższej rangi (także ustawy) nie respektują przewidzianych w nim praw.

Szeroko pojęte prawo do prywatności jest uregulowane w art. 17 Paktu stanowiącym, że „nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię.”

Zgodnie z samym Paktem, jak i w świetle Uwag Ogólnych Komitetu Praw Człowieka (dalej Uwagi i Komitet)⁵⁴ ochrona prywatności, a więc także danych osobowych nie ma charakteru bezwzględnego. Jednak wszelka ingerencja powinna być dokonywana wyłącznie wtedy, gdy jest niezbędna z punktu widzenia społeczeństwa, w ramach obowiązującego prawa i przez uprawnione do tego organy. Przepisy regulujące taką ingerencję powinny być maksymalnie szczegółowe, aby wyeliminować arbitralność decyzji osób działających w imieniu władzy państwowej. Państwo powinno w ramach składanych raportów okresowych informować Komitet o podmiotach uprawnionych do dokonywania takiej ingerencji oraz zasadach ich postępowania. Raporty powinny ponadto zawierać informację na temat skarg złożonych w sprawie arbitralnej lub bezprawnej ingerencji, liczbę potwierdzonych przypadków oraz zastosowane środki zaradcze.

W zakresie ochrony danych osobowych Komitet wymaga, by środki prawne, gwarantujące integralność i poufność korespondencji, były wyraźnie określone w prawie i rzeczywiście dostępne, podobnie jak środki przeciwko osobom odpowiedzialnym za naruszenia w tym zakresie. Wszelka korespondencja (także elektroniczna) powinna być doręczona do adresata bezpośrednio, bez jej otwierania czy odczytywania w inny sposób. Wszelkie elektroniczne i inne środki inwigilacji, przechwytywanie telefonicznych, telegraficznych i innych form komunikacji, podsłuchy oraz nagrywanie rozmów powinny być zabronione.

Zgodnie z Uwagami Komitetu „zbieranie i przechowywanie danych osobowych w komputerach, bankach danych i innych urządzeniach, zarówno przez władzę publiczną jak i prywatne osoby lub ich grupy, musi być uregulowane prawnie.”⁵⁵ Pakt nie uzależnia w tym względzie faktu przysługiwania ochrony prawnej od rodzaju podmiotu dokonującego przetwarzania

poz. 167). Protokół Fakultatywny przewidujący prawo do skargi indywidualnej do Komitetu Praw Człowieka Polska ratyfikowała 14 października 1991 r., wszedł w życie wobec Polski 7 lutego 1992 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 23, poz. 80).

⁵⁴ *General Comment No. 16: The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation (Art. 17)* : z 8 kwietnia 1988 r. (32. sesja Komitetu Praw Człowieka), tłum. wł.

⁵⁵ *Ibidem*.

danych. Państwo powinno zagwarantować, by informacje dotyczące życia prywatnego osób nie dostawały się w ręce osób nie uprawnionych oraz by nie mogły być wykorzystane w celu sprzecznym z Paktem.

W świetle Uwag Komitetu każdy „powinien mieć prawo ustalić w zrozumiały sposób czy, a jeśli tak to jakie dane osobowe i w jakim celu są przechowywane w plikach z danymi” oraz „móc ustalić jakie władze publiczne, osoby prywatne lub ich grupy mają kontrolę nad tymi plikami”.⁵⁶ W przypadku, gdyby dane te były jakkolwiek nieprawidłowe czy zebrane niezgodnie z prawem, osoba, której dane dotyczą, ma prawo oczekiwać, wedle potrzeby, ich sprostowania lub usunięcia.

W konsekwencji, w drodze interpretacji, Komitet ustanowił w dziedzinie przetwarzania danych osobowych standard ochronny nie odbiegający mocno od, dużo bardziej szczegółowo uregulowanych, standardów wspólnotowych. Jest to dowód na to, że problemy pojawiające się przy wprowadzaniu nowych technologii często można z powodzeniem rozstrzygać w drodze mądrej i respektującej podstawowe wartości interpretacji, bez wprowadzania rozbudowanych, szczegółowych i pełnych technicznego żargonu regulacji.

Standard ochrony danych osobowych w Polsce jest systematycznie podnoszony. Jego zakres jest określony nie tylko w ramach Ustawy, ale także w szeregu innych aktów. Rozwój ten odbywa się nie tylko na płaszczyźnie krajowej, ale też w znacznym stopniu poza nią, w ramach prawa Wspólnot Europejskich i innych organizacji międzynarodowych. W niniejszym artykule w zasadzie nie poruszano kwestii szczegółowych regulacji krajowych i międzynarodowych z zakresu chociażby prawa telekomunikacyjnego, przetwarzania danych medycznych czy na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa. W ich ramach istnieje szereg odmiennych uregulowań i odstępstw od zasad ogólnych. Wszystkie te akty tworzą coraz bardziej złożony system, w którym zakres ochrony określonych kategorii danych zależy od tego, pod który z tych szczegółowych aktów możemy konkretny zbiór danych zakwalifikować (Ustawę stosujemy w ograniczonym stopniu do zbiorów, których przetwarzanie uregulowane jest w innych ustawach). Tak narastającą regulację wymusza postęp technologiczny, stawiający przed legislatorami kolejne wyzwania. W tym swoistym normatywnym „pędzie” do objęcia przepisami wszelkich możliwych sytuacji przetwarzania danych nie można jednak zapominać, że im bardziej szczegółowa regulacja, tym mniejsze pole jej praktycznego zastosowania. Norm o dużym stopniu szczegółowości dotyczy też szybsza dezaktualizacja, powodująca konieczność nowelizacji zwiększającej i tak już dotkliwe zjawisko inflacji prawa. Ta swoista „nadregulacja” nie jest całkiem niekorzystna z perspektywy podmiotu chronionego, gdyż ten zawsze może poszukiwać ochrony w ramach innych przepisów. Opisane regulacje zachodzą bowiem na siebie, tworząc przez to system bardziej szczelny, choć przez to także mniej przejrzysty. Może to jednak stwarzać swoiste problemy interpretacyjne i wątpliwości co do za-

⁵⁶ Ibidem.

kresu obowiązywania poszczególnych aktów. Do takiego konfliktu prowadzić mogło stosowanie norm Konwencji i Dyrektywy w zakresie transferu danych do państw trzecich. Konwencja w art. 12 zobowiązywała państwa-strony do zapewnienia „swobodnego przepływu danych”, podczas gdy Dyrektywa uzależniała go od zapewnienia przez państwo trzecie adekwatnego poziomu ochrony przekazywanych danych.⁵⁷ Dlatego w przyszłej regulacji trzeba będzie w coraz większym stopniu uwzględniać wzajemne przenikanie się norm różnych standardów ochronnych, co na pewnym etapie może wymagać bardziej kompleksowego rozwiązania problemu ich wzajemnego oddziaływania. W tym nawale coraz bardziej technicznych i szczegółowych norm, być może warto czasem przyjąć koncepcję odmienną, bazującą na ogólnych wartościach, już dawno uznanych w ramach praw człowieka i pozostawiać nieco szersze możliwości interpretacyjne organom stosującym prawo. Nie wyeliminuje to oczywiście konieczności nowelizowania prawa. To poniekąd zresztą naturalna tendencja do udoskonalania tego, co już zostało osiągnięte. Niezbędne jednak na pewnym etapie stanie się kompleksowe i jednolite uregulowanie kwestii, które obecnie są rozstrzygane wielotorowo, w ramach różnych, niepowiązanych rozwiązań. Stabilną podstawę do takiego rozwiązania mogą stanowić standardy międzynarodowe, od lat sprawdzone w ramach ochrony prawa do prywatności. Niejednokrotnie zdarzało się już bowiem, że zamiast tworzyć w prawie krajowym nowe, bardziej szczegółowe koncepcje prawne, wystarczyło oprzeć się na tych powszechnie uznanych, by w drodze ich interpretacji odnaleźć rozwiązanie.

PERSONAL DATA PROTECTION STANDARD IN POLAND – ELABORATION ON CHOSEN ELEMENTS

Key words: human rights, right to privacy, legal privacy protection, personal data protection.

Summary

Article is about Polish personal data protection system, nowadays consisting of many different legal acts from different legal sources. Article elaborates on some of these regulations.

Polish personal data protection act is almost twelve years old. Legal system has changed since introduction of this regulation. New international guarantees have been introduced by the European Union, the Council of Europe and other international organizations. Most important guarantees of the right to privacy these days are contained in Polish Constitution, Convention No 108 of Council of Europe, Directive 95/46/WE of European Union and International Pact of Civil and Political Rights of United Nations. This makes it more secure system, but also a more complicated one. Article concentrates on main differences between these acts.

Polish Constitution has essential role in Polish legal system. It determines the role of all other law sources and it also regulates the right to privacy itself, specifically personal

⁵⁷ Problem ten rozwiązano w drodze Protokołu do Konwencji, który wprowadza zakaz przekazywania danych, gdy państwo trzecie nie spełnia stosownych standardów ochronnych.

data protection (in art. 51). Its importance cannot be overestimated as Constitutional rules influence the interpretation of all other regulations.

Significant source of legal regulations concerning personal data protection is Council of Europe. Its Convention No 108 has defined legal limits in that matter for many years. Also the judicature of European Court of Human Rights has great importance in interpretation and understanding of the nature of the right to privacy.

On the foundations of these regulations bases the law of the European Union that nowadays affects legal systems of all the member states, as national regulations are to be fully harmonized with the directives of EU. Also General Comments of the Human Rights Committee to the International Pact of Civil and Political Rights have great importance for the interpretation of international obligations of Poland.

Unfortunately these international guarantees are not fully harmonized, which sometimes causes conflicting legislation. Some treaties obligate Poland to give free access to and transfer of information, while others prohibit such transfer when protective measures in the legal system of the country the data are being transferred to are not adequate to the national ones. It gives lawyers different ways to provide legal aid on the basis of different legal acts. On the other hand it causes uncertainty about the impact of some regulations. In consequence we have to choose which norms to abide. Article compares main legal regulations in the subject matter – their differences, similarities and scope. It also contains some thesis and suggestions of solutions for the conflicting rules of these regulations.

Adam Wiśniewski

Uniwersytet Gdański, Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego

Orzecznictwo strasburskie wobec specyfiki procesu implementacji europejskiej konwencji praw człowieka w państwach środkowo- i wschodnioeuropejskich

1. Przystąpienie państw środkowo- i wschodnioeuropejskich do Rady Europy oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Słowa kluczowe: doktryna marginesu oceny, Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Rada Europy, implementacja, państwa postkomunistyczne, naruszenia systemowe.

Celem tego opracowania jest przedstawienie niektórych zagadnień związanych z implementacją Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC) w państwach Europy Środkowej i Wschodniej. W orzecznictwie strasburskim od początku pojawił się problem podejścia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do grupy nowych państw-stron EKPC w związku z ich specyfiką, wynikającą w dużej mierze z doświadczeniem długotrwałego funkcjonowania w tych krajach systemu komunistycznego. Punktem wyjścia dla prowadzonych tu rozważań jest charakterystyka przełomowego dla Rady Europy (RE) procesu rozszerzenia, obejmującego grupę państw postkomunistycznych. Na tym tle uzasadnione jest przedstawienie problematyki tzw. naruszeń systemowych oraz bliższe przyjrzenie się dwóm istotnym kwestiom, pozostającym w związku z zagadnieniem stanowiska ETPC wobec państw środkowo- i wschodnioeuropejskich. Idzie tu o zarzut stosowania przez ETPC podwójnych standardów oraz, co się z tym wiąże, aplikację doktryny marginesu oceny w odniesieniu do grupy państw środkowo- i wschodnioeuropejskich. Przedstawiona sekwencja rozważań prowadzi do próby odpowiedzi na pytanie – jakie powinno być podejście strasburskiego Trybunału do państw postkomunistycznych w procesie implementacji standardów EKPC?

Regionalny system ochrony praw człowieka, utworzony w ramach Rady Europy (RE), uległ po 1989 r. przełomowym zmianom. Do 1989 r. Rada

Europy uznawana była za organizację zachodnioeuropejską¹. Upadek komunizmu w Europie Środkowej i Wschodniej otworzył drogę państwom z tego regionu zarówno do członkostwa w Radzie Europy, jak i stania się stroną wielu instrumentów prawnych przyjętych w ramach tej organizacji, w tym najbardziej znanej konwencji tej organizacji, dotyczącej ochrony praw jednostki, jaką jest Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPC)². W 1992 r. do Konwencji przystąpiły Bułgaria, Czechy, Słowacja oraz Węgry, rok później także Polska, a w 1994 r. uczyniły to Rumunia i Słowenia. Następnie do EKPC przystąpiły kolejno Litwa (1995), Albania (1996), Estonia (1996), Łotwa (1997), Mołdawia (1997), Chorwacja (1997), Republika Macedonii (1997), Ukraina (1997), Rosja (1998), Gruzja (1999), Armenia (2002), Azerbejdżan (2002), Bośnia i Hercegowina (2002), Czarnogóra (2004) i Serbia (2004). Proces ten, który w literaturze anglojęzycznej określany jest niejednokrotnie mianem *enlargement* (powiększenie), doprowadził w ciągu kilkunastu lat do podwojenia liczby państw członkowskich Rady Europy.³ Tym samym zarówno sama Rada Europy, jak i system EKPC utworzony w jej ramach, nabrały prawdziwie paneuropejskiego wymiaru, obejmując obszar od Gibraltaru po Władywostok, wykraczający poza Europę w sensie geograficznym. Zasięgiem jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka utworzonego na podstawie EKPC objętych zostało około 800 milionów osób. W swoim memorandum, poświęconym powiększeniu RE z 1996 r., Sekretarz Generalny tej organizacji przedstawił proces poszerzenia jako wielką szansę Rady Europy w promowaniu ponownego zjednoczenia kontynentu europejskiego w oparciu o podstawowe, wspólne wartości. Idzie tu, dodajmy, zwłaszcza o trzy fundamentalne wartości i jednocześnie cele RE, tj. demokrację, rządy prawa i poszanowanie praw człowieka.⁴

Chociaż można zatem mówić o bezprecedensowym w historii systemu EKCP poszerzeniu jego zasięgu, to jednak warto pamiętać, iż w początkowym okresie zjawisku temu towarzyszyły poważne niejednokrotnie obawy dotyczące zagrożeń, jakie mogą się z nim wiązać. Podnoszono m.in., iż proces ten stanowił wyraz zwycięstwa polityki nad zasadami⁵, że Rada Europy obniżyła swoje standardy dotyczące warunków przystępowania nowych członków przyjmując państwa, które w sposób oczywisty nie spełniają ustalonych minimalnych standardów dotyczących zarówno poszanowania

¹ Warto jednak zauważyć, iż państwem członkowskim Rady Europy była od 9 sierpnia 1949 r. także Turcja.

² Pełna nazwa konwencji brzmi: „Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności” z 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

³ Jeszcze w 1990 r. do Rady Europy należały 23 państwa, podczas gdy w roku 2007 już 47 państw. Nie wszystkie jednak państwa, które w tym okresie przystąpiły do RE i EKPC, mogą być zaliczone do grupy państw wschodnio- i środkowoeuropejskich. Dotyczy to Monako, które przystąpiło do RE w 2004 r.

⁴ *After Enlargement "Towards a Common Democratic Space in Europe. Memorandum prepared by the Secretary General, „Council of Europe”, 24 październik 1996, s. 2–6.*

⁵ Zob. np. ibidem, s. 2.

rządów praw, jak i istnienia stabilnych oraz rzeczywiście funkcjonujących instytucji demokratycznych.⁶ Niektórzy autorzy pisali wręcz o krytycznym osłabieniu systemu strasburskiego, wskazując na przekształcenie Rady Europy z ustabilizowanego „klubu demokracji” w zwykłe „centrum szkoleniowe” dla państw, które w niektórych przypadkach są oczywiście niezdolne do poszanowania podstawowych zasad RE.⁷

Określenie *enlargement* łączone jest najczęściej ogólnie z powiększeniem liczby członków Rady Europy o grupę państw z Europy Środkowej i Wschodniej. Nie należy jednak zapominać, iż grupa ta od początku nie była postrzegana jako monolit. Z jednej strony wymieniano państwa takie, jak Polska, Węgry, Czechy czy Słowacja, dostrzegając ich wysiłki zmierzające do doprowadzenia do zgodności ich systemów z wymogami EKPC. Z drugiej, były to kraje, którym zarzucano brak poważnego zaangażowania w dostosowanie się do wymogów systemu strasburskiego. Dotyczyło to zwłaszcza Rosji.⁸ W artykule *Russia and the "Legality" of Strasbourg Law* z 1997 r. M. Janis stwierdził, iż Rosja nie jest w stanie sprostać minimalnym standardom ochrony praw człowieka, jakie wymagane są od państw członkowskich Rady Europy. W rezultacie można mówić w przypadku tego kraju o istnieniu poważnej niezgodności z prawem strasburskim, podważającej normatywny konsensus ukształtowany wokół EKPC.⁹ Z drugiej jednak strony, podając dziewięć lat później przykłady sądów krajowych, wykazujących determinację bezpośredniego stosowania standardów Konwencji i integrowania orzecznictwa Konwencji do właściwych systemów prawnych, sędziowie Trybunału L. Wildhaber¹⁰ oraz L. Garlicki wymienili m.in. decyzję z 10 października 2003 r. rosyjskiego Sądu Najwyższego, zasiadającego w pełnym składzie, która zawierała stwierdzenie, że wyroki Europejskiego Trybunału są „wiążące dla wszystkich władz Federacji Rosyjskiej, łącznie z sądami”.¹¹

Z perspektywy Strasburga jednym z najbardziej dostrzegalnych skutków powiększenia Rady Europy i systemu EKPC o państwa środkowo- i wschodnioeuropejskie był z pewnością ogromny przyrost liczby skarg do ETPC. Pomimo reformy systemu implementacji EKPC, dokonanej w 1998 r.

⁶ R. Harmsen, *The European Convention on Human Rights after Enlargement*, „International Journal of Human Rights”, 2001, vol. 5, nr 4, s. 19.

⁷ F. Sudre, *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam: Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme?*, „La Semaine Juridique” 7.01.1998 r., s. 9–16.

⁸ Takie stanowisko przedstawił m.in. Peter Leuprecht, były zastępca Sekretarza Generalnego Rady Europy. Zob. szerzej R. Harmsen, op. cit., s. 19–20.

⁹ M. Janis, *Russia and the "Legality" of Strasbourg Law*, „European Journal of International Law”, 1997, vol. 8, nr 1, s. 93–99.

¹⁰ Przewodniczący Europejskiej Trybunału Praw Człowieka w okresie od 1 listopada 1998 r. do 1 listopada 2007 r.

¹¹ L. Garlicki, L. Wildhaber, *Torując drogę dalekosiężnej wizji europejskiej ochrony praw człowieka w XXI w. II Szczyt Rady Europy i Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, w: *Polska i Rada Europy 1990–2005*, red. H. Machińska, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2006, s. 121.

na podstawie Protokołu 11 do Konwencji, liczba składanych skarg stale rosła. O ile w 1998 r. do Trybunału wpłynęły 18 164 nowe skargi, to w roku 2002 liczba skarg wyniosła 34 546. Był to wzrost aż o 90% w porównaniu z rokiem 1998. W 2006 r. natomiast liczba skarg złożonych do Trybunału wyniosła aż 50 500. W latach 2007 oraz 2008 liczba skarg przekazanych do rozpoznania przez składy sędziowskie Trybunału wyniosła odpowiednio 41 700 oraz 46 200, przy czym w roku 2007 ogółem złożono 79 400 skarg¹². Ta aktywność skarżących znalazła swoje odzwierciedlenie w ilości orzeczeń wydawanych przez ETPC. O ile jeszcze w 1995 r. Trybunał wydał 56 wyroków, w 2000 r. już 695 wyroków, to w 2006 r. liczba tych wyroków sięgnęła 1560.¹³ Nie można też zapominać, iż jak wykazują szczegółowe analizy – ponad 90% skarg kierowanych do Trybunału jest uznawanych za niedopuszczalne, bez merytorycznego rozpatrywania.¹⁴

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż wzrost liczby nowych skarg jedynie po części był efektem procesu powiększenia RE i systemu EKPC o nowe państwa. Pośród innych czynników, odpowiedzialnych za rosnącą liczbę skarg składanych do Strasburga, wymienia się m.in. sukcesywne poszerzanie katalogu praw i wolności chronionych w ramach systemu Konwencji Europejskiej, rozszerzającą interpretację tych praw przez Trybunał, rosnącą popularność Trybunału oraz niedostateczną ochronę praw człowieka w poszczególnych państwach.¹⁵

2. Naruszenia systemowe

W kontekście zjawiska coraz większej liczby skarg, związanego z procesem powiększenia RE, nie można pominąć problematyki tzw. naruszeń systemowych i związanej z tym nowej kategorii orzeczeń Trybunału, tzw. wyroków pilotażowych. W Rezolucji Komitetu Ministrów RE w sprawie wyroków ujawniających podstawowy problem systemowy, przyjętej 12 maja 2004 r., Komitet zaprosił Trybunał (*invites the Court*), aby ten, na ile to możliwe, identyfikował w swoich wyrokach stwierdzających naruszenie Konwencji leżący u podstaw naruszenia problem systemowy oraz źródła tego problemu, w szczególności jeżeli jest prawdopodobne, iż problem ten może przyczynić się do wnoszenia licznych skarg.¹⁶

¹² Zob. *European Court of Human Rights Survey of Activities 2006*, Registry of the European Court of Human Rights, Strasbourg 2007, s. 48–50 oraz *European Court of Human Rights, Analysis of Statistics 2007*, marzec 2007, s. 6.

¹³ Ibidem W roku 2007 ETPC wydał 1503 wyroki. *European Court of Human Rights, Analysis of Statistics 2007*, s. 8.

¹⁴ Zob. R. Kowalska, *Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy”, 2004, nr 1, s. 7.

¹⁵ Ibidem, s. 6–7.

¹⁶ Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem, przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy 12 maja 2004 r. na jego 114 sesji.

Trybunał ustalił po raz pierwszy istnienie systemowego naruszenia Konwencji w sprawie *Broniowski przeciwko Polsce* definiując je jako sytuację, w której „stan faktyczny sprawy ujawnia istnienie w krajowym porządku prawnym defektu, wskutek którego cała grupa obywateli została pozbawiona i w dalszym ciągu jest pozbawiana możliwości spokojnego korzystania ze swojego mienia” oraz gdzie „wady prawa krajowego i praktyki ujawnione w indywidualnej sprawie mogą stanowić podstawę do wnoszenia kolejnych, licznych i uzasadnionych skarg”.¹⁷ Cechą naruszenie systemowego jest zatem przede wszystkim jego powszechny zasięg. Naruszeniem dotknięta jest znaczna grupa osób (a *whole class of persons*).¹⁸ Ma ono charakter systemowy w tym sensie, iż wynika z przepisów prawa oraz/lub z rozpowszechnionego sposobu ich stosowania.¹⁹ W sprawie *Broniowski* zapadł też pierwszy wyrok pilotażowy, a zatem wyrok, który poza rozstrzygnięciem sprawy indywidualnej (ETPC uznał, iż doszło do naruszenia artykułu 1 Protokołu I), wskazuje środki o charakterze ogólnym, zwłaszcza legislacyjne, które pozwolą na usunięcie systemowej dysfunkcji oraz zapobiegnie kolejnym wyrokom na tle tego samego problemu.²⁰ Według ETPC procedura wyroku pilotażowego ma za zadanie przede wszystkim pomóc państwom-stronom w rozwiązywaniu problemów na poziomie krajowym, zapewniając w krótszym czasie poszanowanie praw osób dotkniętych systemowym naruszeniem, tym samym także uwalniając Trybunał od rozstrzygania wielkiej liczby podobnych spraw.²¹

Zasady ustalone w sprawie *Broniowski* zostały zastosowane również w sprawie *Hutten-Czapska przeciwko Polsce*, gdzie przyjęto, iż działanie reżimu regulacji czynszu może dotyczyć potencjalnie jeszcze większej, niż w sprawie *Broniowski*, liczby osób – około 100 000 właścicieli budynków oraz od 600 000 do 900 000 najemców. Uznano zatem, iż okoliczności sprawy ujawniły istnienie systemowego problemu związanego z poważnymi brakami w krajowym porządku prawnym. Niedostatki te, zdaniem Trybunału, polegały na złym funkcjonowaniu ustawodawstwa polskiego dotyczącego mieszkalnictwa w takim zakresie, w jakim nałożyło ono i nadal nakłada na indywidualnych właścicieli nieruchomości ograniczenia w podwyższaniu wysokości czynszu należnego im z tytułu najmu mieszkań będących ich własnością, uniemożliwiając im otrzymywanie czynszu współmiernego do ponoszonych kosztów utrzymania nieruchomości.²²

¹⁷ Wyrok Wielkiej Izby Trybunału w sprawie *Broniowski przeciwko Polsce* z 22.06.2004 r., skarga nr 31443/96, pkt 189.

¹⁸ Wyrok Wielkiej Izby Trybunału w sprawie *Broniowski przeciwko Polsce* z 28/09/2005, skarga nr 31443/96, pkt 3.

¹⁹ M. Krzyżanowska-Mierzevska, *Sprawy mienia zabużańskiego przed ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 12, s. 22.

²⁰ Zob. M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2008, s. 205.

²¹ Wyrok Wielkiej Izby Trybunału w sprawie *Broniowski* (2005)..., pkt 35.

²² Wyrok w sprawie *Hutten-Czapska przeciwko Polsce* z 22.02.2005 r., skarga nr 35014/97 (dalej jako *Hutten-Czapska* 2005), pkt 190–191.

Problematyka naruszeń systemowych, związanych z dysfunkcjami systemów krajowych, które mogą generować znaczną liczbę skarg kierowanych do ETPC, wskazuje z pewnością na charakter trudności krajów postkomunistycznych w adaptacji do standardów strasburskich. Wyroki pilotażowe dotyczą bowiem przede wszystkim tej grupy państw²³, chociaż nie można zapominać, iż naruszenia systemowe stwierdzane były także np. w sprawach przeciwko Włochom.²⁴ W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż przyczyny kryzysu systemu strasburskiego, któremu ma zarządzić m.in. oczekujący na wejście w życie Protokół 14 do EKPC, zmieniający system kontroli Konwencji z 13 maja 2004 r., mają charakter nie tyle proceduralny, ale strukturalny. Wynikają one bowiem, jak pisze L. Garlicki, „z niezdolności państw członkowskich do samodzielnego rozwiązywania sytuacji, w których dochodzi do naruszania praw i wolności gwarantowanych przez Konwencję”.²⁵

Wspomniany Protokół 14 wprowadzający m.in. nowe kryterium, pozwalające na uznanie skargi za niedopuszczalną, polegające na tym, iż „skarżący nie doznał znaczącego uszczerbku”, oceniany jest, z jednej strony, jako osłabienie indywidualnego prawa petycji, które uznawane jest za kamień węgielny systemu Konwencji²⁶. Z drugiej strony, nowe kryterium dopuszczalności uznawane jest za instrument, który wprowadzi w ograniczonym zakresie, ale jednak daje możliwość Trybunałowi uwalniania się od spraw nieistotnych, na rzecz spraw o zasadniczym znaczeniu dla systemu ochrony praw człowieka²⁷.

²³ Trzeba jednak zauważyć, iż ETPC wydał dotychczas stosunkowo niewiele wyroków pilotażowych. Poza orzeczniami w sprawach *Broniowski i Hutten-Czapska*, wyrok pilotażowy wydany został także w sprawie *Lukenda przeciwko Słowenii* z 6.10.2005 r., skarga nr 23032/02. Procedura wyroku pilotażowego jest też krytykowana w literaturze przedmiotu. M. Krzyżanowska-Mierzevska zwróciła uwagę, iż w sprawie mienia zabużańskiego Trybunałowi wprowadzi rzeczywistość udało się zmniejszyć liczbę spraw do rozpoznania, jednak zawieszając postępowanie we wszystkich innych sprawach naraził skarżących na wieloletnie oczekiwanie na ich wynik. Zastosowanie procedury pilotażowej w sprawie *Broniowski* przyniosło zatem skutki odwrotne do zamierzonych. Zdaniem M. Krzyżanowskiej-Mierzevskiej, zastosowanie przez ETPC zwykłej procedury i orzekanie kolejno o naruszeniach Konwencji pozwoliłoby na znacznie szybsze rozstrzygnięcie spraw zabużan. M. Krzyżanowska-Mierzevska, *Sprawy mienia zabużańskiego...*, s. 22–23. Zob. M. Krzyżanowska-Mierzevska, *Sprawy mienia zabużańskiego przed EPTC*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 12, s. 22.

²⁴ Zob. np. wyrok w sprawie *Scordino przeciwko Włochom* z 29.03.2006 r., skarga nr 36813/97. M. A. Nowicki zwraca z kolei uwagę, iż pierwsze sprawy, w których Trybunał stwierdzał nagromadzenie identycznych naruszeń dotyczyły skarg przeciwko Włochom, dotyczących chronicznego problemu przewlekłości postępowań sądowych. Zob. M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2006, s. 71. Wyrok pilotażowy wydany został także w sprawie *Ocalan przeciwko Turcji* z 12.05.2005 r., skarga nr 46221/99.

²⁵ L. Garlicki, *Perspektywy dostępu obywateli do europejskiego wymiaru sprawiedliwości*, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy”, 2004, nr 1, s. 111.

²⁶ M. Beernaert, *Protocol 14 and New Strasbourg Procedures: Towards Greater Efficiency? And at What Price?*, „European Human Rights Law Review”, 2004, nr 5, s. 556.

²⁷ K. Drzewicki, *Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – filozofia zmian czy zmiana filozofii?*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2006, nr 6, s. 11.

Problematyka naruszeń systemowych wiąże się niewątpliwie ze znaczeniem pozaprawnych, w tym zwłaszcza historycznych, systemowych, społecznych, politycznych i kulturowych uwarunkowań problematyki wykonywania zobowiązań, wynikających z EKPC, przez kraje Środkowej i Wschodniej Europy. Dobrym przykładem wieloaspektowego podejścia do badania problematyki wykonywania EKPC przez państwa postkomunistyczne może być opracowanie pod redakcją Andreasa Umlanda pt. *The Implementation of the European Convention in Human Rights in Russia. Philosophical, Legal and Empirical Studies* z 2001 r.²⁸ Poza analizą prawną²⁹, w książce tej znajduje się m.in. część zatytułowana *Spółeczny kontekst praw człowieka w Rosji*. Jeden z autorów, A. Azarov, pisze m.in. o panującym w Rosji „prawnym nihilizmie, braku poszanowania dla praw i prawa, czego wyrazem są częste naruszenia rosyjskiej Konstytucji”.³⁰ W części opisującej naruszenia praw jedna z autorek zwraca uwagę, iż wykonywanie międzynarodowych konwencji dotyczących praw człowieka doznaje w praktyce przeszkody w postaci braku niezależności i profesjonalizmu sądownictwa oraz ignorancji, nawet wśród sędziów i sądów, co do traktatów, których Rosja jest stroną.³¹ Także w opracowaniach dotyczących Polski odnaleźć można próby podejścia badawczego, analizującego społeczne aspekty recepcji EKPC. W opracowaniu *Europejska Konwencja Praw Człowieka: Refleksja nad recepcją Konwencji w Polsce po dziesięciu latach od ratyfikacji* M. Krzyżanowska-Mierzevska, analizując przyczyny dużej liczby skarg napływających z Polski do Strasburga, zauważa m.in., iż skarżący z krajów Europy Środkowej i Wschodniej zareagowali szybciej niż ich odpowiednicy w innych krajach europejskich na szansę skorzystania z możliwości złożenia skargi do instytucji strasburskich.³² Wśród przyczyn tego stanu rzeczy autorka wymienia m.in. traktowanie strasburskiej skargi indywidualnej, w pierwszych latach po ratyfikacji Konwencji, jako swoistego instrumentu umożliwiającego naprawienie krzywd doznanych za sprawą systemu komunistycznego, a także roszczeniowy sposób myślenia.³³ Piszac z kolei o recepcji EKPC M. Krzyżanowska-Mierzevska porusza m.in. problem stosunkowo rzadkiego powoływania się na ten instrument przez sądy niższych instancji.³⁴

²⁸ A. Umland, *The Implementation of the European Convention in Human Rights in Russia. Philosophical, Legal and Empirical Studies* z 2001 r., Proceedings of an International Conference Held at Yekaterinburg on 6–7 April 2001, Stuttgart 2004.

²⁹ Zob. np. M. Hussner, *The Incorporation of International Human Rights Treaties into Russian Legal System*, w: ibidem, s. 91.

³⁰ Ibidem, s. 80.

³¹ Ibidem, s. 91.

³² Zob. Jorundsson, de Salvia, *Applications lodged against Central and Eastern European Countries with the Human Rights Protection organs in Strasbourg. Materials of International Judicial Conference*, Strasbourg 1999, s. 6.

³³ Zob. np. M. Krzyżanowska-Mierzevska, *Europejska Konwencja Praw Człowieka: refleksja nad recepcją Konwencji w Polsce po dziesięciu latach od ratyfikacji*, Biuletyn Biura Informacji Rady Europy 2003, nr 3, s. 36.

³⁴ Ibidem, s. 67.

Podsumowując dotychczasowy wątek rozważań stwierdzić można, iż zagadnienie implementacji standardów strasburskich w krajach Środkowej i Wschodniej Europy wymaga prowadzenia szczegółowych, porównawczych badań dotyczących wszystkich państw z tej grupy i uwzględniających znaczne niekiedy odmienności pomiędzy nimi. Badania te przy tym nie powinny ograniczać się wyłącznie do aspektów prawnych, obejmując także swoim zakresem ważne, pozaprawne, tj. społeczne, polityczne, historyczne czy kulturowe aspekty procesu akomodacji EKPC.

3. ETPC i podwójne standardy w odniesieniu do państw postkomunistycznych

W związku z przystąpieniem państw z Europy Środkowej i Wschodniej do EKPC formułowane były m.in. obawy co do obniżenia, czy też stosowania podwójnych standardów wobec tych państw.³⁵ Obawy te opierały się na założeniu, iż poza standardami, mającymi zastosowanie w sprawach dotyczących państw-stron Konwencji sprzed procesu poszerzenia, Trybunał miałby stosować także standardy łagodniejsze, mające zastosowanie w odniesieniu do państw środkowo- i wschodnioeuropejskich. Idzie tu zatem w istocie o nierówne traktowanie państw-stron Konwencji przez Trybunał, polegające na tym, iż w sprawach, w których zarzuca się naruszenie Konwencji, państwa postkomunistyczne miałyby być traktowane łagodniej niż pozostałe państwa.

Przykładem jednej z wczesnych spraw przeciwko Polsce, w której pojawił się zarzut stosowania podwójnych standardów, jest sprawa *Janowski przeciwko Polsce*, dotycząca skazania za użycie przez skarżącego słów uznanych za obelżywe wobec strażników miejskich. W skardze do Strasburga J. M. Janowski argumentował, że użyte przez niego słowa mieściły się w granicach dopuszczalnej krytyki urzędnika.³⁶ Z argumentacją tą zgodziła się generalnie Europejska Komisja Praw Człowieka, wydając opinię (stosunkiem głosów 8 do 7) o naruszeniu przez władze polskie art. 10 Konwencji.³⁷ Z kolei przyjęta przez Trybunał argumentacja zmierzała do zanegowania zwiększonej ochrony wolności wypowiedzi w sprawie Janowskiego, na którą powoływała się Komisja. Trybunał uznał, iż słowa skarżącego wypowiedziane na placu, gdzie świadkami byli przechodnie, nie stanowiły części otwartej debaty o sprawach wagi publicznej. Nie wiązały się one również z wolnością prasy, albowiem w czasie zdarzenia skarżący występował nie jako dziennikarz (taki był jego zawód), ale jako osoba pry-

³⁵ Obawy te dotyczyły zwłaszcza Rosji, co do której podnoszono, iż nie jest w stanie dostosować się do minimalnych standardów ochrony praw człowieka, wymaganych od członków Rady Europy. Zob. szerzej R. Harmsen, *The European Convention...*, s. 20–21.

³⁶ Wyrok w sprawie *Janowski przeciwko Polsce* z 21.01.1999 r., skarga numer 25716/94.

³⁷ Raport Komisji Praw Człowieka w sprawie *Janowski przeciwko Polsce* z 3.12.1997 r.

watna.³⁸ Zdaniem Trybunału istotne było również i to, że skazanie pana Janowskiego nastąpiło nie dlatego, iż wyraził on opinie krytyczne o strażnikach czy też zarzucił bezprawność ich działań, ale dlatego, że wypowiedział dwa słowa, które były dla nich obraźliwe („głupki” i „ćwoki”). Z tego powodu Trybunał nie zgodził się z argumentacją skarżącego, iż skazanie go stanowiło próbę przywrócenia cenzury oraz zniechęcało do wyrażania krytyki w przyszłości. W wydanym przez siebie wyroku stosunkiem głosów 12 do 5 Trybunał uznał, iż nie doszło do naruszenia art. 10 Konwencji.³⁹

Wyrok Trybunału spotkał się z krytyką zarówno w Polsce, jak i zagranicą.⁴⁰ Określono go nawet jako „ponuro dyktatorski werdykt”, twierdząc, iż grozi on stosowaniem „podwójnej miary”, czyli łagodniejszych wymagań dla byłych krajów komunistycznych, zamiast stosowania takich samych standardów i zasad dla całej Europy.⁴¹ Z drugiej strony Trybunałowi zarzucono, iż nie wziął należycie pod uwagę totalitarnej przeszłości i związanych z tym okresem ograniczeń wolności wypowiedzi w Polsce. W wyroku bowiem nie pojawiła się „żadna wyraźna wzmianka o politycznej historii Europy Wschodniej”.⁴²

Analiza późniejszych orzeczeń w sprawach przeciwko Polsce, dotyczących artykułu 10 EKPC, nie wydaje się jednak potwierdzać zarzutu stosowania podwójnych standardów. Kolejny wyrok przeciwko Polsce w sprawie, dotyczącej zarzutu naruszenia art. 10 Konwencji, zapadł w marcu 2002 r. w sprawie *Gawęda przeciwko Polsce*, dotyczącej odmowy rejestracji czasopism przez sądy krajowe.⁴³ ETPC uznał, iż – ponieważ na gruncie prawa polskiego sądowa odmowa rejestracji czasopisma jest równoznaczna z odmową jego publikowania – decyzje sądów stanowiły ingerencję w prawa skarżącego, chronione na podstawie art. 10 Konwencji. Naruszenia art. 10 stwierdzone zostały także w sprawach *Skalka przeciwko Polsce* (skazanie osa-

³⁸ Ibidem, pkt 32.

³⁹ Czterech sędziów złożyło zdania odrębne do tego orzeczenia. M. in. Sędzia Wildhaber argumentował, iż nałożenie grzywny na p. Janowskiego za użycie „dwóch umiarkowanie obraźliwych słów w spontanicznej i żywej dyskusji, w celu obrony poprawnego z punktu widzenia prawnego stanowiska [...] nie było „konieczne w demokratycznym społeczeństwie” w celu zapobieżenia nieporządkowi.

⁴⁰ Negatywne oceny wyroku w sprawie *Janowski przeciwko Polsce* pojawiają się nadal w literaturze przedmiotu, wiele lat po wydaniu tego wyroku, Zob. J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska. J.A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Zakamycze 2004, s. 75.

⁴¹ Zob. np. artykuł Lorda Lestera, który ukazał się w „The Guardian” z 31 maja 1999 r., omówiony obszernie przez M. A. Nowickiego w artykule *Podwójna miara dla wymysłów. Wyrok, który budzi emocje*, „Rzeczpospolita” z 27.07.1999 r. Zob. też krytyczną ocenę tego orzeczenia w artykule K. Czyżewskiego, *Wolność ekspresji a granice dopuszczalnej krytyki władzy na podstawie wyroku w sprawie Janowski przeciwko Polsce*, w: *Polska wobec europejskich standardów praw człowieka*, red. T. Jasudowicz *Materiały konferencji naukowej doktorantów i studentów UMK*, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2001, ss. 301–310.

⁴² M.B. Dembour, M. Krzyżanowska-Mierzewska, *Ten Years On: the Voluminous and Interesting Polish Case Law*, „European Human Rights Law Journal”, 2004, nr 5, s. 534.

⁴³ Wyrok w sprawie *Gawęda przeciwko Polsce* z dnia 14 marca 2002 r., skarga nr 26229/95.

dzanego za obrazę sędziów),⁴⁴ *Sokołowski przeciwko Polsce* (zniesławienie radnego w ulotce)⁴⁵, *Dąbrowski przeciwko Polsce* (skazanie za zniesławienie lokalnego polityka w artykule prasowym)⁴⁶ *Kwiecień przeciwko Polsce* (krytyka kandydata do rady powiatu w liście otwartym)⁴⁷ oraz *Kulis przeciwko Polsce* (opublikowanie wywiadu zawierającego krytykę polityka).⁴⁸

Ustalenie czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie ETPC stosuje politykę podwójnych standardów, wymaga przeprowadzenia szczegółowych analiz porównawczych orzecznictwa strasburskiego dotyczącego państw postkomunistycznych, obejmujących zarówno wyroki, jak i decyzje w kwestii dopuszczalności skarg, co wykracza poza ramy tego opracowania. Warto jednak zauważyć, iż poszczególni autorzy, analizujący orzecznictwo Trybunału w odniesieniu do państw Europy Środkowej i Wschodniej, dochodzą do wniosku, iż zarzut stosowania podwójnych standardów nie znalazł potwierdzenia. R. Harmsen stwierdził np., iż nie może być mowy o rozwoju generalnej ochrony, opartej na podwójnych standardach, oraz że takie stanowisko oparte jest na szerszym konsensusie w łonie samego Trybunału.⁴⁹ Również inny autor, J. Sweeney, który przeprowadził badania nad orzecznictwem Trybunału, dotyczącym państw postkomunistycznych, doszedł do wniosku, iż nie można mówić o nowej erze orzecznictwa opartego na nadmiernym „ustępowaniu” przez Trybunał wobec władz krajowych, a sprawy rozpatrywane z udziałem tych państw potwierdzają, iż nie była w nich kwestionowana sama istota praw chronionych przez Konwencję⁵⁰. Konieczność unikania stosowania podwójnych standardów postrzegana jest przy tym w literaturze przedmiotu jako posiadająca zasadnicze znaczenie dla integralności systemu EKCP. Były wicekanclerz Trybunału, P. Mahoney, zauważył, iż „o ile ustępstwa na rzecz nowych członków wynikające z faktu, iż znajdują się oni w procesie transformacji oraz na drodze do pełnej demokracji, są możliwe na poziomie międzyrządowym lub parlamentarnym Rady Europy, to ze względu na potrzebę utrzymania integralności systemu Konwencji, szczególnego znaczenia nabiera unikanie przez konwencyjne instytucje podejścia opartego na ustępowaniu przy stosowaniu zasady uniwersalności w rozstrzyganych sprawach”.⁵¹

⁴⁴ Wyrok w sprawie *Skalka przeciwko Polsce* z dnia 27.05.2003 r., skarga nr 43425/98.

⁴⁵ Wyrok w sprawie *Sokołowski przeciwko Polsce* z dnia 29.03.2005 r., skarga nr 75955/01.

⁴⁶ Wyrok w sprawie *Dąbrowski przeciwko Polsce* z 19.12.2006 r., skarga nr 18235/02.

⁴⁷ Wyrok w sprawie *Kwiecień przeciwko Polsce* z 9.01.2007 r., skarga nr 51744/99.

⁴⁸ Wyrok w sprawie *Kulis przeciwko Polsce* z 18.03.2008 r., skarga nr 15601/02.

⁴⁹ R. Harmsen, *The European Convention...*, s. 30.

⁵⁰ J.A. Sweeney, *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*, „International and Comparative Law Quarterly” 2005, t. 54, nr 2, s. 474. Autor ten omawia szerzej w swoim artykule dwie sprawy: *Janowski przeciwko Polsce* oraz *Tammer przeciwko Estonii*.

⁵¹ P. Mahoney, *Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgements*, „European Human Rights Law Review”, 1997, nr 4, s. 371 i in.

Moim zdaniem, problem należałoby rozpatrywać szerzej, nie tyle przez pryzmat łagodniejszego traktowania, ile pytania – czy w ogóle można mówić o odmiennym traktowaniu w systemie EKPC grupy państw środkowo- i wschodnioeuropejskich? Nasuwa się tu też pytanie o to, czy państwa z tej grupy nie są niekiedy traktowane być może nawet surowiej, niż dotychczasowe państwa-strony EKPC? O takim traktowaniu można np. mówić na etapie przystępowania państw postkomunistycznych do systemu EKPC. K. Drzewicki pisze, iż „akomodacja Konwencji Europejskiej nie była łatwym i szybkim zabiegiem w państwach uznawanych za demokratyczne, w tym i państwach o stabilnym modelu demokracji”.⁵² Tymczasem państwom z Europy Środkowej i Wschodniej postawiono na wstępie, jak zauważa ten autor, trudne warunki szybkiej ratyfikacji Konwencji wraz z akceptacją prawa do skargi i uznaniem jurysdykcji Trybunału. W rezultacie ta grupa państw musiała stosunkowo szybko dostosować się do zaawansowanych standardów EKPC.⁵³ Czy w tej sytuacji ETPC, pomimo iż odżegnuje się od polityki podwójnych standardów, nie powinien jednak uwzględniać w swoim orzecznictwie specyfiki państw środkowo- i wschodnioeuropejskich, wynikającej z ich komunistycznej przeszłości i trudności, z jakimi borykają się w procesie transformacji ustrojowej? Odpowiedź na to pytanie powinna łączyć się z kwestią aplikacji doktryny marginesu oceny w orzecznictwie strasburskim.

4. Doktryna marginesu oceny i wykonywanie EKPC przez państwa środkowo- i wschodnioeuropejskie

Zachodzi dość wyraźny związek pomiędzy zarzutami dotyczącymi stosowania podwójnych standardów przez ETPC oraz doktryną marginesu oceny w odniesieniu do państw środkowo- i wschodnioeuropejskich. Wraz z przystąpieniem bowiem tej grupy państw do RE oraz do EKPC wyrażane były obawy przed nadmiernym ustępowaniem przez Trybunał wobec władz krajowych, w szczególności w związku ze stosowaniem koncepcji marginesu oceny.⁵⁴

Dla potrzeb tego opracowania można przyjąć w pewnym uproszczeniu, iż doktryna czy też koncepcja marginesu oceny (*doctrine of margin of appreciation*) jest pewną konstrukcją, stworzoną na potrzeby orzecznictwa strasburskiego przez organy zajmujące się kontrolą przestrzegania tej Konwencji, która w procesie kontroli stosowania Konwencji i jej protokołów przez państwa-strony pozwala tym organom (tj. obecnie ETPC) na uwzględnianie dyskrecjonalności władz krajowych.⁵⁵ Warto tu zauważyć,

⁵² Autor ten podaje przykład Włoch i Francji. K. Drzewicki, *Reforma ...*, s. 5.

⁵³ Ibidem

⁵⁴ J.A. Sweeney, *Margins of Appreciation...*, s. 459–461 i 474.

⁵⁵ W opracowaniu monograficznym, poświęconym doktrynie marginesu oceny w orzecznictwie strasburskim, przyjąłem, iż można mówić o koncepcji marginesu oceny w sensie pewnego zespołu powiązanych ze sobą elementów – założeń. Zob.: A. Wiśniewski, *Koncepcja*

iz stosowanie strasburskiej doktryny marginesu oceny nie znajduje oparcia w tekście EKCP, bowiem w postanowieniach tej Konwencji w ogóle nie wspomina się o marginesie oceny. Doktryna ta stanowi zatem, jak zauważa L. Garlicki, czysty twór „prawa sędziowskiego.”⁵⁶

Koncepcja marginesu oceny stanowi bodajże najbardziej kontrowersyjny instrument, wykorzystywany w procesie interpretacji i stosowania EKPC. Opinie o tej doktrynie sięgają od aprobujących do skrajnie krytycznych, nawołujących wręcz do jej wyeliminowania z orzecznictwa strasburskiego. Analiza funkcji pełnionych przez strasburską koncepcję pokazuje jednak, iż może być ona wykorzystywana zarówno w sposób zasługujący na ocenę krytyczną, zwłaszcza gdy jej stosowanie prowadzi od relatywizacji czy też obniżenia standardów ochrony praw człowieka, jak i pozytywną, np. gdy przyczynia się ona do ochrony pluralizmu.⁵⁷ Ważnym bowiem aspektem zastosowania koncepcji marginesu oceny jest poszanowanie lokalnych specyficznych cech, tradycji, odrębności kulturowych danego państwa-strony w procesie stosowania Konwencji.⁵⁸ O ile zatem w przypadku zasady konsensusu brana jest pod uwagę przede wszystkim praktyka czy rozwiązania prawne wspólne dla państw-stron EKPC, to w przypadku zasady poszanowania specyfiki krajowej ETPC uwzględnia szczególne okoliczności dotyczące danego państwa, abstrahując niejako od rozwiązań przyjmowanych w innych państwach-stronach. Warto zauważyć, iż niektórzy autorzy uznają funkcję poszanowania pluralizmu za główne *raison d'être* strasburskiej koncepcji. Y. Arai-Takahashi pisze, iż „jedyną dającą się obronić racją tej doktryny [doktryny marginesu oceny – A.W.] w czasie trwania oraz po zakończeniu procesu integracji jest umożliwienie Trybunałowi strasburskiemu dostarczenia wsparcia dla utrzymania różnorodności kulturowej”⁵⁹. Koncepcja marginesu oceny nie powinna być zatem postrzegana, jak to się niekiedy czyni, jako instrument o wyłącznie negatywnym znaczeniu w procesie stosowania EKPC.

Przedstawienie, z konieczności skrótowo, niezwykle bogatej problematyki, dotyczącej strasburskiej doktryny marginesu oceny⁶⁰, pozwala na przejście do zagadnienia jej aplikacji w odniesieniu do państw postkomunistycznych. Poczynić tu można spostrzeżenie, iż także w odniesieniu

marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Wydawnictwo Fundacji Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2008, s. 55–76.

⁵⁶ L. Garlicki, *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 4, s. 5.

⁵⁷ Zob. szerzej, A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 395–423.

⁵⁸ T. Jasudowicz pisze o zasadzie sytuacyjności praw człowieka, zwracając uwagę, iż „schematyzm i sztampanie obce są duchowi praw człowieka”. Zob. T. T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 1996, s. 36. Zob. szerzej także A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 71–72.

⁵⁹ Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia Uitgevers N.V., Antwerp-Oxford-New York 2002, s. 249.

⁶⁰ Zob. szerzej m.in. A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 23–80, 125–412.

do tej grupy państw doktryna ta może być stosowana w sposób trudny do zaakceptowania. Nasuwają się tu zwłaszcza obawy o wykorzystywanie strasburskiej koncepcji dla uzasadnienia niewykonywania zobowiązań wynikających z EKPC przez te państwa. Wspomnieć tu też można o tzw. fasadowym wykorzystywaniu doktryny marginesu oceny, tj. jako namiastki autentycznej argumentacji, uzasadniającej osiągnięte przez Trybunał rozstrzygnięcie, albo wręcz – w niektórych przypadkach – dla uzasadnienia przez ETPC braku jednoznacznego stanowiska w kontrowersyjnych sprawach⁶¹. Poza tym, jednym ze skutków przystąpienia państw z Europy Środkowej i Wschodniej do EKPC może być, sygnalizowane niekiedy w orzecznictwie strasburskim, zawężanie marginesu oceny przyznawanego władzom krajowym przy wykonywaniu postanowień Konwencji. Sędzia Martens w swojej równoległej opinii do wyroku w sprawie *Brannigan i McBride przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* zauważył, iż stanowisko Trybunału dotyczące zakresu marginesu oceny, zajęte w 1978 r. w sprawie *Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, oparte było na założeniu, że państwa-strony Konwencji „posiadają od długiego czasu ustroj demokratyczny i, jako takie, były w pełni świadome zarówno wagi prawa jednostki do wolności, jak i niebezpieczeństwa związanego z przyznaniem władzy wykonawczej zbyt szerokiej władzy do dokonywania zatrzymań”⁶². Założenie to, zdaniem sędziego Martensa, utraciło swoją aktualność wraz z przystąpieniem do Konwencji państw środkowo- i wschodnioeuropejskich⁶³. W związku z tym sędzia ten doszedł w swoich wywodach do wniosku, iż nie ma uzasadnienia dla pozostawiania państwom szerokiego marginesu oceny zarówno w kwestii, czy istnieją podstawy do derogacji na podstawie artykułu 15 EKCP, jak i przy decydowaniu, czy derogacja jest uzasadniona „w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji”⁶⁴. Sugerowana przez sędziego Martensa postawa ograniczonego zaufania do krajów środkowo- i wschodnioeuropejskich sugeruje podział państw-stron EKPC na mniej oraz bardziej demokratyczne.⁶⁵ Aplikacja koncepcji marginesu oceny oparta na założeniu niejednakowego traktowania państw-stron EKPC wydaje się być jednak trudna do zaakceptowania z punktu widzenia potrzeby zachowania integralności systemu EKCP.

Wykorzystywanie strasburskiej koncepcji nie powinno zatem sprowadzać się do przyznawania państwom postkomunistycznym z założenia węższego marginesu oceny w porównaniu z innymi państwami-stronami, tak

⁶¹ Niektórzy autorzy piszą retorycznym zastosowaniu koncepcji marginesu oceny. Ibidem, s. 232.

⁶² Opinia równoległa sędziego Martensa w sprawie *Brannigan i McBride przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 26.05.1993 r., skarga nr 14553/89, pkt 3.

⁶³ Ibidem

⁶⁴ Ibidem, pkt 4.

⁶⁵ W literaturze przedmiotu zwraca na tu uwagę m.in. I. Cameron, który pisze, iż „wszyscy członkowie Rady Europy powinni być państwami demokratycznymi, jednak niektóre z tych państw są bardziej demokratyczne niż inne”. I. Cameron, *National Security and the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, Uppsala 2000, s. 56.

jak nie powinno polegać na usprawiedliwianiu niewykonywania Konwencji przez tę grupę państw. O wiele większe znaczenie mogą mieć natomiast inne aspekty zastosowania tej kontrowersyjnej doktryny. W literaturze przedmiotu trafnie zwraca się uwagę, iż koncepcja marginesu oceny może być stosowana w odniesieniu do nowych państw-stron Konwencji z Europy Środkowej i Wschodniej, tak aby uwzględnić szczególne okoliczności, związane z transformacją ich krajowych instytucji demokratycznych⁶⁶. Wskazuje się w tym kontekście m.in. na wyrok w sprawie *Rekvényi przeciwko Węgrom*, w którym ETPC przyjął, biorąc pod uwagę szczególne historyczne okoliczności Węgier związane z funkcjonowaniem reżimu totalitarnego, iż ograniczenia działalności politycznej funkcjonariuszy policji mogą być uznane za spełniające standardy celowości oraz konieczności. W konsekwencji nie dopatrzonego się naruszenia artykułów 10 oraz 11 Konwencji⁶⁷. Z kolei w innej ze spraw, *Podkolzina przeciwko Litwie*, ETPC stwierdził, iż „mając na uwadze zasadę poszanowania cech krajowych (*regard being had to the principle of respect for national characteristics*), Trybunał nie musi zajmować stanowiska dotyczącego wyboru przez parlament krajowy obowiązującego w nim języka. Decyzja ta, zdeterminowana względami historycznymi oraz politycznymi, specyficznymi dla danego kraju, jest co do zasady decyzją, którą państwo może podjąć we własnym zakresie. Dlatego, mając na uwadze margines oceny pozwanego państwa, Trybunał uznaje, iż domaganie się od kandydatki w wyborach do parlamentu wystarczającej znajomości języka urzędowego realizuje uprawniony cel”⁶⁸.

Z drugiej jednak strony, w innych orzeczeniach Trybunał odmawia uznania trudności związanych z szeroko rozumianym procesem transformacji jako okoliczności łagodzącej dla państwa postkomunistycznego. W sprawie *Podbielski przeciwko Polsce*, dotyczącej przewlekłości postępowania sądowego, Trybunał nie uwzględnił argumentu strony rządowej, iż opóźnienie w wydaniu ostatecznego orzeczenia w sprawie skarżącego zostało spowodowane w dużym stopniu m.in. przez zmiany w ustawodawstwie, wynikające z wymogów przejścia z systemu kontrolowanego przez państwo do wolnorynkowego.⁶⁹ Również w orzeczeniu *Majaric przeciwko Słowenii* doszukano się naruszenia art. 6 EKPC, pomimo iż rząd pozwanego kraju powoływał się na trudności wynikające z transformacji. W uzasadnieniu tego orzeczenia stwierdzono: „co do powołania się przez rząd na przeciążenie sądów krajowych wynikające z reform w Słowenii, należy przypomnieć, iż art. 6 par. 1 nakłada na państwa-strony obowiązek zorganizowania ich systemu sądowego w taki sposób, aby ich sądy mogły spełnić każdy z jego wymogów [...]. Trybunał nie otrzymał żadnej informa-

⁶⁶ R. Harmsen, *The European Convention...*, s. 31.

⁶⁷ Wyrok w sprawie *Rekvényi przeciwko Węgrom* z 20.05.1999 r., skarga nr 25390/94, pkt. 41, 48–49, 50, 61–62.

⁶⁸ Wyrok w sprawie *Podkolzina przeciwko Litwie* z 09.04.2002 r., skarga nr 46726/99, pkt 34.

⁶⁹ Wyrok w sprawie *Podbielski przeciwko Polsce* z 30.10.1998 r., skarga nr 27916/95, pkt. 38.

cji, która wskazywałaby, iż trudności napotkane przez Słowenię w przedmiotowym okresie były tego rodzaju, aby mogły one pozbawić skarżącego jego prawa do rozstrzygnięcia sprawy w „rozsądnym terminie czasu”⁷⁰.

Postawić tu można zatem pytanie – kiedy szczególne okoliczności dotyczące państw środkowo- i wschodnioeuropejskich, zwłaszcza te związane z transformacją ustrojową, decydować będą o stwierdzeniu braku naruszenia EKPC, w kiedy nie? Odpowiedź należałoby poprzedzić uwagą, iż decydowanie o naruszeniu EKPC wiąże się często ze stosowaniem przez Trybunał metody wyważania (*balancing*), w ramach którego dokonywana jest kumulatywna ocena argumentów *pro* oraz *contra*, przy uwzględnieniu ogółu mających znaczenie w sprawie czynników i kontekstu sprawy, a także wchodzących w grę w danej sprawie zasad i metod interpretacji. Wiodącą regułą kolizyjną w procesie wyważania jest zasada „słusznej równowagi” (*fair balance*).⁷¹ Oznacza to, iż nawet uwzględnienie przez ETPC szczególnych okoliczności, dotyczących np. transformacji ustrojowej, nie musi wcale przesądzać o stwierdzeniu braku naruszenia Konwencji, jeżeli w procesie wyważania w konkretnej sprawie górę wezmą inne czynniki, dotyczące np. wagi naruszenia chronionego prawa. Dobrym przykładem tego podejścia Trybunału są wspomniane już sprawy *Broniowski* oraz *Hutten-Czapska*.

W sprawie *Broniowski* Trybunał uznał, iż „radikalna reforma systemu politycznego oraz gospodarczego kraju, jak również stan finansów państwa mogą usprawiedliwiać surowe ograniczenia w zakresie kompensaty dla zabużan”⁷². Stwierdził jednak dalej, iż „margines, niezależnie od tego, jak jest znaczny, nie jest nieograniczony i wykonywanie dyskrecjonalności przez państwo, nawet w kontekście najbardziej złożonych reform, nie może pociągać za sobą konsekwencji niezgodnych ze standardami Konwencji.”⁷³ Z kolei w wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Hutten-Czapska* Trybunał stwierdził, iż „polskie państwo, które odziedziczyło po reżimie komunistycznym dolegliwy brak mieszkań przeznaczonych na najem w zamian za czynsz na dostępnym poziomie, musi wyważyć wyjątkowo trudne i społecznie wrażliwe kwestie związane z godzeniem konfliktowych interesów właścicieli i najemców.”⁷⁴ Ponadto „uprawniony interes społeczeństwa domaga się sprawiedliwego podziału społecznych i finansowych ciężarów związanych z transformacją oraz reformą zasobów mieszkaniowych kraju”. Również zatem i w tej sprawie nie można przyjąć, iż zachodził „oczywisty brak uzasadnionej podstawy” w ramach marginesu oceny przysługującego państwu, tym bardziej iż w obu sprawach Trybunał uwzględnił znaczenie transformacji ustrojowej w Polsce i szczególnych problemów z tym zwią-

⁷⁰ Wyrok w sprawie *Majaric przeciwko Słowenii* z 8.02.2000 r., skarga nr 28400/95, pkt 39.

⁷¹ Zob. szerzej, A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 405–412.

⁷² Wyrok w sprawie *Broniowski...*, pkt 183.

⁷³ Ibid, pkt 182.

⁷⁴ Wyrok w sprawie wyrok Wielkiej Izby Trybunału w sprawie *Hutten-Czapska przeciwko Polsce* z 19.06.2006 r., skarga nr 35014/97, pkt 166 (dalej jako *Hutten-Czapska* 2006)..., pkt 225.

zanych przy ocenie granic marginesu oceny.⁷⁵ Pomimo jednak uznania w sprawie *Hutten-Czapskiej*, iż ograniczenia prawa własności są uzasadnione, Trybunał stwierdził, iż ciężar związany z transformacją „nie może, jak w obecnej sprawie, spoczywać na jednej konkretnej grupie społecznej, niezależnie od tego, jak ważne są interesy tej grupy lub społeczeństwa jako całości.”⁷⁶ Uwzględniając dodatkowo skutki działania ustawodawstwa służącego kontroli czynszów na prawa skarżące i innych osób w podobnej sytuacji, w czasie całego rozważanego okresu, ETPC uznał, iż „państwo polskie nie utrzymało wymaganej równowagi pomiędzy ogólnym interesem społeczeństwa a ochroną własności.”⁷⁷ W rezultacie nastąpiło stwierdzenie naruszenia artykułu 1 Protokołu nr I”.⁷⁸ Ocena właściwej równowagi oraz proporcjonalności w obu tych sprawach wiązała się z uwzględnieniem, jako czynnika odgrywającego istotną rolę w procesie wyważania, także znacznej ilości osób dotkniętych naruszeniem prawa chronionego w artykule 1 Protokołu I.

Specyficzne okoliczności związane z transformacją ustrojową uwzględniane były na korzyść pozwanego państwa m.in. w sprawach dotyczących zarzutu naruszenia prawa własności wnoszonych przeciwko Niemcom po zjednoczeniu. Trybunał wielokrotnie w swoich orzeczeniach „odnosił się do wyjątkowego kontekstu ponownego zjednoczenia oraz ogromu zadań, przed którymi stawała niemiecka władza legislacyjna zajmując się skomplikowanymi sprawami, które w sposób nieuchronny narosły w czasie przejścia z reżimu komunistycznego do demokratycznego systemu opartego na wolnym rynku”. Dotyczy to w szczególności wszystkich spraw związanych z likwidacją reformy ziemskiej, symbolu *par excellence* kolektywistycznej idei prawa własności.”⁷⁹

Sprawa *Jahn i inni przeciwko Niemcom* dotyczyła odebrania skarżącym jako spadkobiercom bez odszkodowania nieruchomości nabytej na podstawie przepisów o reformie rolnej. Osoby te odziedziczyły grunty nabyte przez ich rodziców w ramach reformy rolnej w sowieckiej strefie okupacyjnej w 1945 r. z zastrzeżeniem ograniczeń możliwości ich zbycia. Ogranicze-

⁷⁵ Wyrok w sprawie *Broniowski...*, pkt 149, także wyrok w sprawie *Hutten-Czapska* 2005..., pkt 149.

⁷⁶ Ibidem, pkt 225.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Jak wynika z uzasadnienia wyroku w sprawie *Hutten-Czapska*, czynnikiem decydującym o rozstrzygnięciu było naruszenie przez państwo polskie zasady właściwej równowagi. Wyrok w sprawie *Hutten-Czapska* 2006..., pkt 225. W wyroku Izby Trybunału w tej sprawie za decydujące uznano naruszenie zasady proporcjonalności. Wyrok w sprawie *Hutten-Czapska* 2005..., pkt 188.

⁷⁹ Zob. np. decyzja w kwestii dopuszczalności w sprawie *von Maltzan i inni przeciwko Niemcom* z 2.03.2005, skarga nr 71916/01 i in., p. 110, wyrok Izby w sprawie *Jahn i inni przeciwko Niemcom* z 22.01.2004 r., skarga nr 46720/99 i inne, pkt 89, dalej jako *Jahn i inni* (2004), *Wittek przeciwko Niemcom* z 12.12.2002 r., skarga nr 37290/97, pkt 61, decyzja w kwestii dopuszczalności w sprawie *Kuna przeciwko Niemcom* z 26.10.1999 r., skarga nr 52449/99, pkt. B. Zob. także wyrok w sprawie *Forrer-Niedenthal przeciwko Niemcom* z 20.02.2003 r., skarga nr 47316/99.

nia te zostały zniesione przez tzw. ustawę Modrowa, która weszła w życie 16 marca 1990 r. Jednak po zjednoczeniu Niemiec osoby, które odziedziczyły takie nieruchomości, zostały zobowiązane do przekazywania ich organom skarbowym landów bez odszkodowania na podstawie znolizowanej ustawy RFN z 14 lipca 1992 r. o prawach majątkowych. W tej sprawie zapadły dwa odmienne wyroki – Izby Trybunału z 22 stycznia 2004 r. oraz Wielkiej Izby Trybunału z 30 czerwca 2005 r. W orzeczeniu z 2004 r. Izba Trybunału uznała wprowadzić szeroki margines oceny władz krajowych w kontekście niemieckiego zjednoczenia oraz transformacji w kierunku gospodarki wolnorynkowej, a także, iż cel niemieckiej władzy ustawodawczej, polegający na skorygowaniu, jej zdaniem, niesprawiedliwych skutków ustawy Modrowa mieścił się w pojęciu „interesu publicznego”, o którym mowa w artykule 1 Protokołu I.⁸⁰ Ostatecznie jednak stwierdzono naruszenie artykułu 1 Protokołu I, uzasadniając to tym, iż „nawet jeżeli okoliczności dotyczące niemieckiego zjednoczenia powinny być uznawane za wyjątkowe, brak jakiegokolwiek odszkodowania za odebranie przez państwo własności należącej do skarżących narusza, ze szkodą dla skarżących, słuszną równowagę, która powinna zostać osiągnięta pomiędzy ochroną własności oraz wymogami interesu ogółu.”⁸¹ W wyroku Wielkiej Izby wydanym w tej samej sprawie w roku 2005 Trybunał nie doszukał się jednak naruszenia artykułu 1 Protokołu Konwencji. Jak wynika z uzasadnienia tego orzeczenia, Trybunał podzielił stanowisko Izby co do szerokiego marginesu oceny, przysługującego władzom krajowym w kontekście procesu zjednoczenia. Wyjątkowy charakter tego procesu uznano w tym przypadku za przemawiający za uznaniem, iż nie została naruszona zasada właściwej równowagi. W części rozstrzygającej orzeczenia w sprawie *Jahn i inni* ETPC orzekł bowiem, iż „w szczególnym kontekście niemieckiego zjednoczenia, brak jakiegokolwiek odszkodowania nie narusza „właściwej równowagi, która powinna być osiągnięta pomiędzy ochroną własności a wymogami interesu ogółu.”⁸²

Orzeczenia w sprawach *Broniowski i Hutten-Czapska*, a także wyrok Izby Trybunału w sprawie *Jahn i inni* pokazują, iż ETPC nie traktuje specyfiki związanej z transformacją ustrojową jako swoistej „taryfy ulgowej”, która niejako automatycznie w ramach marginesu oceny usprawiedliwi różne postaci naruszenia prawa własności. Z drugiej jednak strony, wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Jahn i inni* stanowi przykład tego, iż w niektórych przypadkach wyjątkowe, szczególne okoliczności, związane z komunistyczną przeszłością, mogą przemawiać za stwierdzeniem braku naruszenia postanowień EKPC i jej protokołów.

Na zakończenie tego wątku rozważań warto wspomnieć o pewnym jeszcze aspekcie, związanym ze znaczeniem koncepcji marginesu oceny w pro-

⁸⁰ Wyrok w sprawie *Jahn i inni* (2004), pkt 80 oraz 91.

⁸¹ Ibidem, pkt 93.

⁸² Wyrok w sprawie *Jahn i inni przeciwko Niemcom* z 30.06.2005 r., skarga nr 46720/99 i in., pkt 117.

cesie implementacji standardów Konwencji i jej protokołów. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż strasburska doktryna działa jako swego rodzaju mechanizm sygnalizujący, za pomocą którego Trybunał może identyfikować praktyki potencjalnie problematyczne dla państw-stron, zanim zostaną one uznane za naruszenie EKPC, pozwalając tym państwom na przewidywanie możliwości zakwestionowania ich przepisów krajowych w przyszłości⁸³. Koncepcja ta jest przy tym pozytywnie oceniana przez zwolenników tzw. pluralistycznej koncepcji systemu prawa międzynarodowego, w ramach której m.in. podkreśla się wagę „międzysądowego dialogu”⁸⁴. N. Krisch w artykule *The Open Architecture of European Human Rights Law* dochodzi do wniosku, iż „pluralistyczna struktura europejskiego reżimu praw człowieka, jak się wydaje, stworzyła sprzyjające warunki dla generalnie harmonijnego dialogu pomiędzy sądami krajowymi oraz europejskimi”⁸⁵.

Zwolennicy stanowiska pluralistycznego upatrują istoty doktryny marginesu oceny w tym, iż stwarza ona możliwość uwzględniania lokalnych odmienności (*local variation*), umożliwiając tym samym wprowadzenie w ograniczonym zakresie pluralizmu w procesie stosowania Konwencji.⁸⁶ W tym ujęciu koncepcja marginesu oceny może być również postrzegana jako instrument pozwalający na wypracowanie wspólnych europejskich standardów praw człowieka przez swego rodzaju dialog, umożliwiając rozwój tych standardów w procesie, który można byłoby nazwać dialektycznym, zważywszy na liczne towarzyszące mu antynomie.⁸⁷ Pamiętać bowiem należy, że standardy EKPC rozwijane są stopniowo, długofalowo. Koncepcja marginesu oceny pozwala Trybunałowi na unikanie szkodliwej konfrontacji, nadmiernego „iskrzenia” w obliczu napięć i konfliktów, pojawiających się nieuchronnie w procesie rozwijania standardów konwencyjnych.

W kontekście tych uwag można poczynić spostrzeżenie, iż także w odniesieniu do implementacji postanowień EKPC przez państwa środkowo- i wschodnioeuropejskie doktryna marginesu może w dłuższej perspektywie czasowej sprzyjać skuteczniejszej implementacji strasburskich standardów w tych państwach. Skuteczność tego procesu zależy nie tylko od samego

⁸³ Ta funkcja strasburskiej koncepcji łączy się z zasadą konsensusu; zob. P.S. Berman, *Global Legal Pluralism*, „Southern California Law Review”, 2007, t. 80, s. 1202.

⁸⁴ W. Burke-White, *International Legal Pluralism*, „Michigan Journal of International Law”, 2004, t. 25, s. 979. O trudnościach związanych z prowadzeniem tego dialogu zob. m.in. E. Łętowska, *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa (cz. II)*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 12, s. 4–8.

⁸⁵ N. Krisch, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, „Modern Law Review”, 2008, nr 2, s. 215.

⁸⁶ Zob. np. P.S. Berman, *Global Legal Pluralism*, „Southern California Law Review”, 2007, t. 80, s. 1201–1202.

⁸⁷ Zob. szerzej A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny ...*, s. 404. Nie można tu oczywiście przeceniać znaczenia strasburskiej koncepcji. E. Brems zauważa, iż „technika marginesu oceny stanowi nie tyle rozwiązanie problemu uniwersalizm-różnorodność, ile narzędzie służące osiąganiu rozwiązań w specyficznych przypadkach. E. Brems, *Human Rights Universality and Diversity*, Mass: MIT Press, The Hague–Boston–London 2001, s. 422.

Trybunału, w tym i sposobu, w jaki wykorzystuje strasburską doktrynę, ale i w dużej mierze także od postawy tych państw, a zwłaszcza autentycznej gotowości po ich stronie urzeczywistniania strasburskich standardów.

5. Uwagi końcowe

Nie ulega wątpliwości, iż implementacja Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w państwach Europy Środkowej i Wschodniej stanowi ważny element na drodze transformacji tych krajów w kierunku demokratycznego państwa prawa, w którym respektowane są prawa człowieka. Implementacja ta powinna być przy tym postrzegana nie jako jednorazowy akt, ale raczej będący w toku proces, który nie jest wolny od przeszkód, wynikających w dużej mierze z postkomunistycznej przeszłości. Odrzucając politykę podwójnych standardów Trybunał wysyła jasny sygnał, iż państwa z tej grupy nie mogą liczyć na pobłażliwość w przypadku naruszeń Konwencji. Trafnie zwraca się bowiem uwagę, iż takie podejście Trybunału ma istotne znaczenie dla zachowania integralności całego systemu EKCP. Z tych samych jednak względów państwa byłego bloku wschodniego nie powinny być traktowane w sposób bardziej surowy, niż pozostałe państwa-strony Konwencji.

Stosowanie doktryny marginesu oceny nie powinno stanowić swoistego parawanu dla pobłażliwego traktowania przez Trybunał państw postkomunistycznych. Strasburska doktryna nie może bowiem być w żadnym razie rozumiana jako usprawiedliwienie dla niewykonywania zobowiązań wynikających z EKPC i jej protokołów. Doktryna ta nie została bowiem powołana po to, aby podważać zasadę *pacta sunt servanda*, ale po to m.in., by w większym stopniu nasycić ogólne, ramowe postanowienia Konwencji treścią wynikającą z poszczególnych systemów krajowych. Organy strasburskie dopuściły dyskrecjonalność krajową przy wykonywaniu postanowień EKPC, ponieważ pewna swoboda władz krajowych przy wykonywaniu ogólnie sformułowanych postanowień Konwencji jest nieunikniona. Za zgodne z zasadami systemu EKPC należałoby natomiast uznać takie zastosowanie strasburskiej doktryny, które pozwala Trybunałowi na zachowanie pewnej elastyczności w tych sytuacjach, gdy uwzględnienie szczególnych okoliczności, dotyczących krajów postkomunistycznych, staje się koniecznością w związku z potrzebą poszanowania ich specyfiki oraz pluralizmu w gronie 47 państw-stron EKPC. Doktryna ta pozwala bowiem zachować w procesie implementacji postanowień EKPC, jak pisze P. Mahoney, „cudowne bogactwo różnorodności”, nie podważając tego bogactwa przez rygorystyczne wdrażanie jednolitych standardów dla wszystkich demokratycznych społeczeństw tworzących społeczność Konwencji⁸⁸. Rozważne

⁸⁸ P. Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, „Human Rights Law Journal”, 1998, t. 19, nr 1, s. 3.

stosowanie koncepcji marginesu oceny może przy tym w dłuższej perspektywie sprzyjać efektywniejszej adaptacji strasburskich standardów przez państwa Europy Środkowej i Wschodniej.

REMARKS ON THE IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE CENTRAL AND EASTERN EUROPEAN STATES

Key words: Council of Europe, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, implementation, the margin of appreciation doctrine, post-communist states, systemic violations.

Summary

The article examines the selected aspects of the implementation of the European Convention on Human Rights (ECHR) by Central and Eastern European states. The Author argues that the problem of the implementation of Strasbourg standards in Central and Eastern European countries requires the conduct of detailed, comparative analysis covering all states from this group and taking into account often significant differences between them. Moreover, these analysis should not be limited only to legal issues including also social, political, historical or cultural aspects of the ECHR implementation process among the post-communist states.

Focusing further on the problem of the application by the European Court of Human Rights of double standards (i.e. misgivings as to treating new member states in a less stringent manner than their Western European counterparts), and the application of the margin of appreciation doctrine in relation to the group of Central and Eastern European states, the author, *inter alia*, points out that misgivings about the application of double standards in the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) have, generally, not been confirmed. The point is also, however, that new member states should not be judged according to more stringent criteria than Western European countries, because both approaches threaten the integrity of the system. This does not mean that the Strasbourg Court should omit in its case law the specificity of post-communist countries including circumstances connected with their transformation. This specificity may be considered through the margin of appreciation doctrine, which allows for the preservation of the richness of diversity of the state-parties to the Convention in the process of the implementation of ECHR. The author argues that the prudent application of this doctrine by the Court may, in the long run, contribute to the more effective implementation of Strasbourg standards by post-communist states.

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Małgorzata Judycka

Ochrona dziecka na tle konfliktu zbrojnego w byłej Jugosławii

Słowa kluczowe: derogacja, prawa dzieci, gwałt, ludobójstwo, wojna bałkańska.

1. Wstęp

Krwawe walki między Serbami a Chorwatami, do jakich doszło latem 1991 r. na terenie ówczesnej Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii, przenosząc się na obszar Bośni i Hercegowiny, przybrały postać międzynarodowego konfliktu zbrojnego. Czystki etniczne, skierowane w znacznej mierze przeciwko ludności cywilnej, gwałty kobiet wraz z masowym zabijaniem bezbronných dzieci oraz wiele innych zbrodniczych wynaturzeń stały się dla społeczności międzynarodowej moralnym i psychicznym wstrząsem.¹

Los dzieci uwikłanych w konflikt zbrojny napawa strachem. Dzieci stając się w sposób szczególny ofiarami wojny podlegają eksterminacji, nieludzkiemu traktowaniu, prześladowaniom, osieroceniu i tułaczce, niedostatkom elementarnej opieki i ochrony. Wojna nie oszczędza najmłodszych, stąd normy prawa humanitarnego zapewniają im ochronę ogólną jako osób niebiorących bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych oraz ochronę specjalną jako osób szczególnie narażonych. Mimo zakazów międzynarodowego prawa humanitarnego tysiące dzieci jest przymusowo wcielanych do oddziałów zbrojnych i wykorzystywanych w charakterze żołnierzy, szpiegów, zwiadowców oraz tragarzy.²

¹ Prawa rodziny, prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Materiały Krajowej Konferencji Naukowej, Toruń 22–23 X 1998 r., red. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 321–322.

² *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie – osiągnięcia i wyzwania. Materiały Toruńskiej Konferencji Naukowej z 13 grudnia 2006 r.*, red. T. Jasudowicz Toruń 2007, s. 75–76.

2. Dziecko wartością szczególnie chronioną w świetle dokumentów prawa międzynarodowego i prawa humanitarnego

Ochronie praw dziecka zarówno w prawie międzynarodowym, jak i prawie humanitarnym poświęca się wiele uwagi. Dziecko jako podmiot praw człowieka i podstawowych wolności w sposób oczywisty korzysta z gwarancji przyznanych każdemu człowiekowi na wypadek sytuacji nadzwyczajnych. Podmiotem praw podlegających ochronie specjalnej w czasie konfliktu zbrojnego jest przede wszystkim dziecko, pojmowane najczęściej jako istota ludzka w wieku poniżej 18 lat, przy czym niektóre normy ochronne dotyczą tylko dziecka w wieku poniżej 15 lat, małego dziecka, niemowlęcia, noworodka czy dziecka poczętego. W perspektywie praw dziecka istotne są normy stanowiące o podmiocie pośrednio uprawnionym, jak prawa matki, prawa opiekunów oraz organizacji humanitarnych.³ Prawa podmiotów pośrednich mają znaczący wpływ na uprzywilejowany status dziecka podczas konfliktu zbrojnego oraz na jego prawa do specjalnej opieki, ochrony i pomocy.⁴ Podmiotem zobowiązanym z tytułu praw dziecka jest nie tylko państwo, na którego terytorium dziecko przebywa i którego jurysdykcji podlega, ale też inne państwa i społeczność międzynarodowa.⁵

Dokument Konwencji Praw Dziecka z 1989 r. dostrzega konieczność zapewnienia dzieciom szczególnej troski w każdej sytuacji.⁶ Komitet Praw Dziecka poświęca środkom urzeczywistniania Konwencji wiele uwagi, powołując się na zasadę skuteczności i rzeczywistości, która *expressis verbis* odnosi się do praw dziecka. Komitet podkreśla, że ogólne środki urzeczywistniania mają na celu promocję pełnego korzystania z Konwencji przez wszystkie dzieci.⁷ Art. 38 Konwencji gwarantuje ochronę dziecka w trakcie konfliktu zbrojnego. Zobowiązuje państwa do przestrzegania jej postanowień oraz zakazuje respektowania norm międzynarodowego prawa humanitarnego, jeżeli miałyby ono zastosowanie w czasie konfliktu zbrojnego w sprawach odnoszących się do dzieci.⁸

Dokument Konwencji dostrzega konieczność podjęcia przez państwa wszelkich możliwych środków, aby osoby, które nie osiągnęły wieku piętnastu lat, nie brały bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych.⁹ W świetle postanowień Konwencji państwa winny powstrzymywać się przed rekrutowaniem do swoich sił zbrojnych osób, które nie osiągnęły wieku piętnastu lat. Podczas przeprowadzania rekrutacji konieczne jest

³ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *O prawach dziecka*, Toruń 1994, s. 48.

⁴ Ibidem, s. 48.

⁵ Ibidem.

⁶ Wstęp do Konwencji Praw Dziecka, w: Dz.U. nr 120, poz. 526.

⁷ Uwagi Ogólne nr 5 (2003) Komitetu Praw Dziecka „Ogólne środki urzeczywistniania Konwencji Praw Dziecka”, CRC/GC/2003/5, p. 6.

⁸ Ibidem, art. 38, pkt 1.

⁹ Ibidem, art. 38, pkt 2.

wcielanie w pierwszej kolejności młodzieży starszej wiekiem.¹⁰ Konwencja zobowiązuje do podjęcia właściwych środków, aby dzieci, dotknięte skutkami konfliktu zbrojnego, korzystały z ochrony i opieki.¹¹

Dokument Konwencji Praw Dziecka obliguje państwa do szanowania i zapewnienia poszanowania norm międzynarodowego prawa humanitarnego, które mają zastosowanie w przypadku konfliktu zbrojnego, a których ochrona rozciąga się na dzieci.¹² Konwencja uznaje, że zgodnie ze zobowiązaniami, które ciążą na państwach na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego odnośnie do ochrony ludności cywilnej podczas konfliktu zbrojnego, konieczne jest podjęcie wszelkich środków w celu zorganizowania ochrony i opieki nad dziećmi dotkniętymi skutkami wojny.¹³ Konwencja zwraca uwagę na konieczność podjęcia działań w celu ułatwienia rehabilitacji fizycznej i psychicznej oraz reintegracji społecznej każdego dziecka, będącego ofiarą jakiegokolwiek formy zaniedbania, wyzysku, wykorzystywania, tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania, karania bądź konfliktu zbrojnego. Dokument dostrzega znaczenie takiej rehabilitacji bądź reintegracji, która będzie przebiegała w warunkach sprzyjających zdrowiu i szacunkowi dla godności dziecka.¹⁴

2.1. Kryteria derogacyjne w konflikcie zbrojnym dotyczące praw dziecka

Art. 38 Konwencji Praw Dziecka, odsyłając do norm międzynarodowego prawa humanitarnego, dostrzega, że międzynarodowo chronione prawa człowieka mogą być zawieszone (derogowane) zarówno w trakcie międzynarodowego, jak i wewnętrznego konfliktu zbrojnego. Konwencja powołując się na postanowienia międzynarodowego prawa humanitarnego uznaje derogowalność międzynarodowo chronionych praw człowieka zarówno w trakcie międzynarodowego, jak i wewnętrznego konfliktu zbrojnego.¹⁵

Klauzule derogacyjne określają granice dopuszczalności odstępstwa państwa od jego zobowiązań w dziedzinie praw człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych¹⁶ Normą bezwzględnie obowiązującą *ius cogens* jest norma przyjęta i uznana przez międzynarodową wspólnotę. Uchylenie tej normy jest niedopuszczalne. Norma może być zmieniona jedynie przez późniejszą normę powszechnego prawa międzynarodowego o tym samym

¹⁰ Ibidem, art. 38, pkt 3.

¹¹ Ibidem, art. 38, pkt 4.

¹² Ibidem, art. 38, pkt 1.

¹³ Ibidem, art. 38, pkt 4.

¹⁴ Ibidem, art. 39.

¹⁵ *Prawa rodziny, prawa w rodzinie...*, s. 309.

¹⁶ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej, IV Ogólnopolska Konferencja Prawnicza Toruń 19–20 listopada 1998 r.*, red. C. Mik, Toruń 1999, s. 35.

charakterze.¹⁷ W świetle art. 4 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r.¹⁸, art. 15 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r.¹⁹ oraz art. 30 Europejskiej Karty Socjalnej z 1961 r.²⁰ dopuszczalne są możliwości uchylecia niektórych zobowiązań, jeżeli istnieje niebezpieczeństwo publiczne, które zagraża życiu narodu.²¹ Dokumenty krajowe i międzynarodowe precyzują obowiązki państwa podczas stanu nadzwyczajnego oraz w sytuacji jego zakończenia.²² Tytuł państwa do derogacji jest tytułem ograniczonym. W katalogu praw niepodlegających derogacji, prawo do życia²³ wzmocnione jest przez normy prawa humanitarnego dotyczące: ścigania i karania „umyślnych zabójstw” jako „ciężkich naruszeń”.²⁴

Dokument Konwencji w sprawie Zapobiegania i Karania Zbrodni Ludobójstwa stanowi, iż należy uznać za zbrodnie ludobójstwa stosowanie środków, mających na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy²⁵ oraz przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy.²⁶ Międzynarodowa ochrona praw człowieka wprowadza zakaz orzekania kary śmierci wobec dzieci do lat osiemnastu, wykonywania kary śmierci wobec kobiet ciężarnych i matek małych dzieci.²⁷ Niederogowalny zakaz tortur wraz z okrutnym, nieludzkim, poniżającym traktowaniem oraz karaniem²⁸ doznaje wzmocnienia w normach prawa humanitarnego poprzez nakaz karania i ścigania jako ciężkich naruszeń.²⁹

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych dodaje, iż nikt nie może być poddawany bez swej zgody, swobodnie wyrażonej, doświadczeniom lekarskim lub naukowym.³⁰ Doświadczenia biologiczne, umyślne sprawianie wielkich cierpień bądź ciężkich uszkodzeń ciała lub zdrowia w świetle prawa humanitarnego uznane zostało za bezwzględnie obowiązujące i niepodlegające zawieszeniu na wypadek wojny.³¹

Deklaracja Organizacji Narodów Zjednoczonych o Ochronie Kobiet i Dzieci w trakcie Stanu Nadzwyczajnego i Konfliktu Zbrojnego z 1974 r.

¹⁷ *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych ze szczególnym uwzględnieniem prawa i praktyki polskiej*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1997, s. 37.

¹⁸ Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167.

¹⁹ Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284.

²⁰ Dz.U. z 1999 r. nr 8, poz. 67.

²¹ *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych...*, s. 11.

²² *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski...*, s. 39.

²³ Art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

²⁴ Art. II Konwencji w sprawie Zapobiegania i Karania Zbrodni Ludobójstwa uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 9 grudnia 1948 r., w: Dz.U. z 1952 r., nr 2, poz. 9.

²⁵ *Ibidem*, art. II pkt d).

²⁶ *Ibidem*, art. II pkt e).

²⁷ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, op. cit., s. 49

²⁸ Art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r., tekst, w: Dz.U. z 1977 r. nr 38 poz. 167

²⁹ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, op. cit., s. 49.

³⁰ Art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

³¹ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, op. cit., s. 49.

zobowiązuje państwa do zapewnienia zakazu stosowania środków takich jak prześladowania, tortury, środki karne, poniżające traktowanie oraz przemoc, uznając wszelkie formy represji oraz nieludzkiego i okrutnego traktowania kobiet i dzieci za formy przestępstwa. Deklaracja stanowi, iż przestępstwem są także tortury, uwięzienie, rozstrzelanie, masowe aresztowania, kary zbiorowe, niszczenie mieszkań oraz masowe deportacje kobiet i dzieci.³²

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych zakazuje trzymania kogokolwiek w niewoli, a także zakazuje handlu niewolnikami we wszystkich formach.³³ Postanowienie przeze mnie przytoczone, a także zakaz poddaństwa nie podlegają zawieszeniu w żadnej sytuacji.³⁴ Podobnie postanowienie o zakazie pozbawienia wolności jedynie z powodu niemożności wywiązania się ze zobowiązań umownych nie podlega derogacji.³⁵ Pakt wyraźnie podkreśla, że nie podlega derogacji postanowienie, iż nikt nie może być skazany za czyn lub zaniechanie, które w myśl prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowiły przestępstwa w chwili ich popełnienia.³⁶ Pakt wprowadza zakaz wymierzania kary surowszej od tej, którą można było wymierzyć w chwili popełnienia przestępstwa.³⁷ Przepis dopuszcza zastosowanie kary łagodniejszej, jeżeli po popełnieniu przestępstwa zostanie ona przez ustawę ustanowiona.³⁸

Niedogodny jest także art. 16 Paktu, stanowiący o prawie do uznawania wszędzie podmiotowości prawnej. Wolność myśli, sumienia i religii, włączając w to wolność posiadania lub przyjmowania religii lub przekonań według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania swej religii lub przekonań, indywidualnie lub wspólnie z innymi publicznie lub prywatnie, przez uprawianie kultu, obrządki, praktykowanie i nauczanie.³⁹ Należy w tym miejscu nadmienić, że Pakt, wyliczając prawa niedogodne, nie daje państwom arbitralnej swobody ich zawieszania.⁴⁰

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, podążając za Paktem, dostrzega możliwość podjęcia przez państwa środków zmierzających do odstępstw od stosowania zobowiązań z niej wynikających pod warunkiem, że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami, wynikającymi z prawa międzynarodowego.⁴¹ Dokument Konwencji podobnie jak dokument Paktu ujmuje w swej treści konieczność wprowadzenia zakazu odstępstwa od zobowiązań wynikających z prawa do życia. Wyjątkiem są przypadki śmierci, będące skutkiem zgodnych z pra-

³² Ibidem.

³³ Art. 8 pkt 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

³⁴ Ibidem, art. 8 pkt 2.

³⁵ Ibidem, art. 11.

³⁶ Ibidem, art. 15 pkt 1.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem, art. 18 pkt 1.

⁴⁰ Ibidem, art. 4.

⁴¹ Art. 15 pkt 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

wem działań wojennych oraz zobowiązań wynikających z przepisów, dotyczących zakazu tortur i niewolnictwa oraz pracy przymusowej.⁴²

Wspomniana przeze mnie wcześniej Europejska Karta Socjalna uznaje derogację jej zobowiązań na czas wojny bądź innego stanu wyjątkowego zagrażającego życiu narodu⁴³ podkreślając, że podjęte środki nie mogą być sprzeczne z jej innymi zobowiązaniami na podstawie prawa międzynarodowego.⁴⁴ Amerykańska Konwencja Praw Człowieka z 22 listopada 1969 r., przytaczając konieczność zawieszenia zobowiązań na wypadek wojny bądź innego niebezpieczeństwa publicznego, które zagroziłoby życiu narodu wraz z niepodległością stanowi, iż środki podjęte przez państwo nie powinny pociągać za sobą dyskryminacji za względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię lub pochodzenie społeczne.⁴⁵ Konwencja, podobnie jak Pakt i Europejska Konwencja, nie upoważnia do odstępstwa od stosowania postanowień dotyczących prawa do życia, prawa do ludzkiego traktowania, do obywatelstwa, do nazwiska, do udziału w rządzeniu, wolności od niewolnictwa, od praw *ex post facto*, sumienia i religii, zasadniczych gwarancji sądowych dla ochrony tych praw, uznając dodatkowo za niederogowalne prawa rodziny i prawa dziecka.⁴⁶

Konwencja stanowi o prawie do środków ochrony każdego małoletniego dziecka. Zobowiązuje przy tym rodzinę, społeczeństwo oraz państwo do przestrzegania praw dziecka.⁴⁷ Formuła zawarta w dokumencie Konwencji różni się jednak od postanowień, zawartych w innych dokumentach międzynarodowych praw człowieka.⁴⁸ Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, iż każde państwo ponosi odpowiedzialność za „życie narodu” w sytuacji wojny, rzeczywistego i bezpośredniego niebezpieczeństwa publicznego.⁴⁹

Warunkiem, by państwo mogło skorzystać z uprawnienia do derogacji jest istnienie niebezpieczeństwa publicznego.⁵⁰ W sytuacji zagrożenia państwa, bezpieczeństwa obywateli i porządku publicznego, prezydent na wniosek Rady Ministrów może wprowadzić na czas oznaczony stan wyjątkowy na części albo na całym terytorium państwa.⁵¹ Rozważając treść klauzuli derogacyjnej konieczne jest przytoczenie klauzul limitacyjnych w zakresie korzystania z praw człowieka w sytuacjach wyjątkowych. W korzystaniu z praw i wolności każdy podlega jedynie ograniczeniom określo-

⁴² Ibidem, art. 15 pkt 2.

⁴³ Art. 30 pkt 1 Europejskiej Kart Socjalnej,

⁴⁴ Ibidem,

⁴⁵ Art. 27 pkt 1 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 22 listopada 1969 r., tekst w: Wspólny standard do osiągnięcia – stan rzeczywistnienia, red. T. Jasudowicz, Toruń 1998, s. 607.

⁴⁶ Ibidem, art. 27 pkt 2.

⁴⁷ Art. 19 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, w: M. Balcerzak, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka*. Wybór źródeł, Toruń 2007.

⁴⁸ *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych...*, s. 12.

⁴⁹ *Wspólny Standard do Osiągnięcia – Stan Urzeczywistnienia*, Toruń 1998, s. 605.

⁵⁰ *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych...*, s. 11.

⁵¹ Art. 230 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej z 2 kwietnia 1997 r.: Dz. U. z dnia 16 lipca 1997 r.

nym przez prawo, wyłącznie w celu zapewnienia należytego uznania i poszanowania praw i wolności innych oraz zaspokojenia słusznym wymogom moralności, porządku publicznego i powszechnego dobrobytu w społeczeństwie demokratycznym.⁵²

Dokumenty praw człowieka stanowią, że korzystanie z wolności może podlegać ograniczeniom przewidzianym przez prawo tylko wówczas, kiedy wymaga tego interes bezpieczeństwa narodowego, integralność terytorialna lub bezpieczeństwo publiczne, zapobieganie zamieszkom i przestępczości, ochrona zdrowia lub moralności, ochrona dobrego imienia i praw innych osób. Podmiot uprawniony jest ograniczony w korzystaniu ze swych praw obowiązkiem uznania i poszanowania „dobra wspólnego” oraz „dobra bliźniego”⁵³. Istotną kwestią jest odpowiednia ocena sytuacji w państwie, czy dopuszczalne jest uchylenie zobowiązań. Międzynarodowy konflikt zbrojny jawi się jako model niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża życiu narodu.⁵⁴ Międzynarodowa społeczność potwierdza, że uchylenie zobowiązań dotyczących praw człowieka i podstawowych wolności muszą mieścić się ściśle w granicach przewidzianych przez prawo międzynarodowe.⁵⁵

3. Postanowienia prawa humanitarnego dotyczące specjalnej ochrony praw dziecka na wypadek konfliktu zbrojnego

Dążenie społeczności międzynarodowej do zapewnienia dzieciom ochrony ma swoje korzenie w tradycyjnej ochronie osób niebiorących udziału w działaniach zbrojnych. Fundamentalną zasadą jest zapobieganie nadużyciom i działanie w kierunku poszanowania praw dziecka z zastosowaniem środków niezbędnie wymaganych przez sytuację bądź środków wynikających z zakresu specjalnej ochrony praw dziecka, zawartych w konwencjach międzynarodowego prawa humanitarnego.⁵⁶ Konwencje Genewskie o ochronie ofiar wojny z 1949 r. wraz z Protokołami Dodatkowymi z 1977 r., stanowiąc rdzeń międzynarodowego prawa humanitarnego, przewidywały specjalną ochronę praw dziecka.

IV Konwencja Genewska o Ochronie Praw Cywilnych podczas Wojny z 12 sierpnia 1949 r. ujmuje konieczność ochrony dzieci w wieku poniżej lat 15 oraz kobiet i matek dzieci poniżej lat 7 przed skutkami wojny.⁵⁷ Specjalne warunki powinny być przewidziane dla nieletnich, oskarżonych

⁵² Art. 29 pkt 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, tekst w: *ibidem*, s. 589.

⁵³ Red: C. Mik, *op. cit.*, s. 43.

⁵⁴ *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych...*, *op. cit.*, s. 12.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *op. cit.*, s. 45.

⁵⁷ Art. 14 IV Konwencji Genewskiej o Ochronie Osób Cywilnych podczas Wojny, Dz.U. z 1956 r., nr 38, poz. 171, Załącznik.

o popełnienie przestępstwa w warunkach wojny.⁵⁸ W całym okresie internowania członkowie tej samej rodziny, a zwłaszcza rodzice i dzieci, winni być umieszczeni w tym samym miejscu. Konwencja dostrzega potrzebę internowania rodziców wraz z dziećmi,⁵⁹ dostarczenie dodatkowych porcji żywności kobietom w ciąży, w położu oraz dzieciom poniżej lat 15.⁶⁰ Kobiętom w ciąży, matkom z niemowlętami i małym dzieciom, które przeszły długą niewolę Konwencja gwarantuje możliwość repatriacji, a także powrotu do miejsc zamieszkania lub leczenia szpitalnego w kraju neutralnym.⁶¹ Art. 94 zwraca uwagę na konieczność zapewnienia kształcenia dzieci i młodzieży w warunkach internowania.

Dokument Konwencji potwierdza prawo dzieci do spełniania praktyk religijnych. Strony w konflikcie winny ułatwić dzieciom wykonywanie takich praktyk, a także umożliwić im dostęp do nauki.⁶² Konieczne jest zapewnienie wolnego przewozu przesyłek zawierających niezbędną żywność, odzież, środki wzmacniające przeznaczone dla dzieci do lat 15, a także dla kobiet ciężarnych i położnic.⁶³ Dzieci powinny być traktowane w sposób uprzywilejowany.⁶⁴ Mocarstwo okupacyjne winno ułatwić należyte funkcjonowanie zakładów poświęconych opiece nad dziećmi i ich wychowaniu.⁶⁵ Dzieciom należy ułatwić ustalenie tożsamości oraz rejestrację ich pochodzenia.

Protokoły Dodatkowe do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 r. ujmują ochronę dzieci, matek opiekujących się małymi dziećmi, a także kobiet ciężarnych. Dzieci powinny korzystać ze szczególnego poszanowania i być chronione przed wszelkimi postaciami zamachu na obyczajność.⁶⁶ Strony konfliktu winny podjąć wszelkie możliwe kroki, by dzieci poniżej 15 lat nie uczestniczyły bezpośrednio w działaniach zbrojnych, a także nie były powoływane do sił zbrojnych.⁶⁷

Protokół, podobnie jak Konwencja, zwraca uwagę na konieczność zapewnienia każdemu ewakuowanemu dziecku ciągłości nauki, w tym także nauki religii i moralności, zgodnie z życzeniami rodziców.⁶⁸ Dla ułatwienia ewakuacji dzieciom i powrotu do swych rodzin i swego kraju, Protokół Dodatkowy dostrzega potrzebę sporządzenia dla każdego dziecka karty zaopatrzonej w fotografię, którą władze strony dokonującej ewakuacji winny

⁵⁸ Ibidem, art. 76.

⁵⁹ Ibidem, art. 82.

⁶⁰ Ibidem, art. 89.

⁶¹ Ibidem, art. 132.

⁶² Ibidem, art. 24.

⁶³ Ibidem, art. 23.

⁶⁴ Ibidem, art. 38 pkt 5.

⁶⁵ Ibidem, art. 50.

⁶⁶ Art. 77 pkt 1 I Protokołu Dodatkowego do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Genewa, 8 czerwca 1977 r., Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175, Załącznik.

⁶⁷ Ibidem, art. 77 pkt 2.

⁶⁸ Ibidem, art. 78 pkt 2.

przekazać do Centralnego Biura Informacji Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża. Karta powinna zawierać w miarę możliwości dane dotyczące dziecka, jeżeli nie przyniesie mu to szkody.⁶⁹ Wśród danych dziecka należy uwzględnić imię i nazwisko, płeć, imiona i nazwiska rodziców, adres rodzinny, obywatelstwo, a także aktualny adres dziecka w kraju przyjmującym.⁷⁰

II Protokół Dodatkowy do Konwencji Genewskich podkreśla konieczność humanitarnego traktowania i gwarancji podstawowych dla osób, które nie biorą bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych lub takiego udziału zaniechały.⁷¹ Dzieciom należna jest opieka i pomoc, jakich potrzebują, a w szczególności winny one pobierać naukę, łącznie z nauką religii i moralności, z uwzględnieniem życzeń rodziców, a w razie nieobecności rodziców – osób sprawujących opiekę nad nimi.⁷²

Protokół podkreśla, że dzieci do 15 lat nie powinny brać udziału w działaniach zbrojnych, a także nie powinny być wcielone do sił lub grup zbrojnych. Szczególna ochrona dzieci poniżej 15 lat ma zastosowanie również wtedy, gdy wbrew postanowieniom Protokołu biorą one bezpośrednio udział w działaniach zbrojnych i zostaną pojmane.⁷³ W razie potrzeby Protokół nakłada konieczność podjęcia środków ewakuacji czasowej dzieci z obszaru, na którym toczą się działania zbrojne do obszaru bardziej bezpiecznego w kraju oraz zapewnienia im bezpieczeństwa i opieki. Winno to się odbyć, jeżeli jest to możliwe, za zgodą rodziców lub osób, które zgodnie z prawem lub zwyczajem sprawują opiekę nad dziećmi.⁷⁴ Protokół uznaje, że nie należy orzekać kary śmierci w stosunku do osób, które nie miały osiemnastu lat w chwili popełnienia przestępstwa. Kary tej nie wolno wykonywać także wobec kobiet ciężarnych i matek małych dzieci.⁷⁵

Ochrona praw dziecka w sytuacji konfliktu zbrojnego nie ogranicza się tylko do praw niederogowalnych, które państwa mają obowiązek szanować, ale także potwierdza całą gamę praw także ze sfery praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych. Pozwala to na sformułowanie tezy, że prawa dziecka są aktualne zawsze: w czasie pokoju, w czasie wojny oraz w sytuacjach nadzwyczajnych. Prawa te winny być bezwzględnie przestrzegane i nawet wojna nie może ograniczyć należnych dziecku praw⁷⁶.

⁶⁹ Ibidem, art. 78 pkt 3.

⁷⁰ Ibidem, art. 78 pkt 3.

⁷¹ Art. 4 pkt 1 II Protokołu Dodatkowego do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949r., dotyczący Ochrony Ofiar Międzynarodowych Konfliktów Zbrojnych. Genewa, 8 czerwca 1977 r., Dz.U. z 1992r., Nr 41, poz. 175, Załącznik.

⁷² Ibidem, art. 4 pkt 3a).

⁷³ Ibidem, art. 4 pkt 3c) i 3d).

⁷⁴ Ibidem, art. 4 pkt 3e).

⁷⁵ Ibidem, art. 6 pkt 4.

⁷⁶ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, op. cit., s. 53.

4. Dramatyczna sytuacja dzieci – świadków wydarzeń w byłej Jugosławii oparta na faktach i zdarzeniach

Los dziecka w konfliktach zbrojnych jest dramatyczny. Problem ten nabrał szczególnego znaczenia na tle wydarzeń w byłej Jugosławii, choć należy stwierdzić jednoznacznie, że ma walor globalny. Trudno być obojętnym wobec danych liczbowych ujawnionych przez UNICEF w 1995 r.⁷⁷ Wynika z nich, że w ciągu dziesięciu lat, między 1989 a 1996 r. w trakcie działań wojennych zginęły dwa miliony dzieci. W tym samym czasie pięć milionów dzieci zostało kalekami, dwanaście milionów straciło dom rodzinny, jeden milion – rodziców, a u dziesięciu milionów zaobserwowano poważne urazy psychiczne.⁷⁸ Wojna w Jugosławii ukazała ekonomię przemocy. Polityka „czystek etnicznych” przy użyciu jawnej przemocy militarnej oraz ludobójstwa wywołała sprzeciw całej społeczności międzynarodowej. Przemoc stosowana wobec kobiet i dzieci, gwałcenie kobiet w celu prokreacji, widok dzieci-żołnierzy, z których tworzone były całe jednostki, znęcanie się fizyczne i moralne to tylko część tragedii, jaką niosła za sobą wojna „bałkańska”⁷⁹.

Specjalny Sprawozdawca Komisji Praw Człowieka dla byłej Jugosławii, Tadeusz Mazowiecki w *Raportach* z 1991 r. za jedną z największych tragedii wojny uznał „czystki etniczne”, gwałty kobiet i zabijanie dzieci.⁸⁰ Gwałt będąc zbrodnią brutalną i ohydą stał się synonimem konfliktu na terenie byłej Jugosławii. Ofiarami tej zbrodni padły setki tysięcy kobiet i młodziutkich dziewcząt, przede wszystkim muzułmanek. Dobór ofiar i gwałty publiczne, połączone niejednokrotnie ze zmuszaniem najbliższej rodziny ofiar, aby była ich świadkiem, nie tyle prowadził do załamania psychicznego samej ofiary gwałtu, ile stawał się bezpośrednią torturą dla rodziny jako całości. Podobnie praktyka przetrzymywania kobiet oraz ich wielokrotnego gwałcenia, w połączeniu z ich zwalnianiem po zajściu w ciążę, wskazywała na zamiar całkowitego zniszczenia więzi łączących członków poszczególnych rodzin.⁸¹

Serbscy czetnicy z Bośni stosowali praktykę uprowadzania dziewcząt i młodych kobiet z wiosek i ich gwałcenia, przy czym nie chodziło tylko o zdobycie seksualnych niewolnic dla przywódców grup, ale o zniszczenie wspólnoty społecznej, zerwanie więzi rodzinnych i przerwanie ciągłości pokoleniowej. Gwałty towarzyszące ludobójstwu wynikały ze strategii zaplanowanej przez polityczno-wojskowe kierownictwo. Gwałty były przeprowa-

⁷⁷ *The State of the Word Children*, UNICEF, Oxford 1995, s. 13.

⁷⁸ *Prawa rodziny, prawa w rodzinie...*, s. 307–308.

⁷⁹ H. Munkler, *Wojny naszych czasów*, Kraków 2004, s. 101.

⁸⁰ Słowo wstępne do: *Raporty Tadeusza Mazowieckiego z byłej Jugosławii*, Poznań-Warszawa 1993, s. 9.

⁸¹ *Prawa rodziny. Prawa w rodzinie...*, s. 325.

dzane w kontekście strategii przemocy i ekonomii. Nie były jednorazowym incydentem, ale świadczyły o generalnej seksualizacji przemocy.⁸²

Tadeusz Mazowiecki stwierdza w swych *Raportach*, że ofiary wojny znajdowały się pośród wszystkich stron konfliktu, a więc zarówno Serbów, Chorwatów jak i muzułmanów, jednak ta grupa religijna stanęła przed obliczem eksterminacji.⁸³ Tadeusz Mazowiecki poinformował świat o groźącej i dziejącej się w środku Europy zagładzie bośniackich muzułmanów, systematycznym prześladowaniu ludności cywilnej, masowych mordach, gwałtach, niszczeniu domów i świątyń, zbrojnych atakach na miasta, sterroryzowanej ludności, która masowo opuszcza swoje domy.⁸⁴ Czystki etniczne, które były skierowane przeciwko bezbronnej ludności cywilnej, oznaczały tragedię rodzin serbskich, chorwackich i muzułmańskich. Zarówno międzynarodowe prawo humanitarne, prawo międzynarodowe praw człowieka, jak i organizacje międzynarodowe – zwłaszcza Międzynarodowy Czerwony Krzyż – podejmowały heroiczne wysiłki na rzecz ratowania zagrożonych głodem i eksterminacją rodzin, m.in. poprzez niesienie im pomocy humanitarnej, organizowanie i prowadzenie akcji łączenia rodzin oraz przekazywanie rodzinom informacji o losie ich zaginionych członków.⁸⁵

W „The Daily Telegraph” Martin Bell opisuje wydarzenia z 1991 r., których był naocznym świadkiem w Sarajewie. Jak pisał Bell: „cywilom – celom ostrzału, brakuje chleba i wody, a snajperzy strzelają do ludzi stojących w kolejce i biorą na cel hydranty uliczne. Żołnierze ONZ ryzykują życie, by ratować innych, jednak zawodzą politycy”. Mandat ONZ okazał się w Sarajewie fikcją, a rzekome „strefy bezpieczeństwa”- polami śmierci.⁸⁶

Dokonywana na masową skalę eksterminacja ludności cywilnej, pacyfikacje w formie masowych mordów, egzekucje na mieszkańcach danej miejscowości, deportacje ludności cywilnej do więzień i obozów w połączeniu z nieludzkim traktowaniem stały się codziennością bałkańskiej wojny. Pacyfikacja muzułmańskiej wioski Ahmici przez chorwackie siły paramilitarne była jedną z najstraszliwszych masakr wojny. Dokonana w kwietniu 1993 r. była dziełem samych Chorwatów.

W wojnie bałkańskiej nikt nie miał monopolu ani na zło, ani na cierpienia.⁸⁷ Sekretarz Generalny ONZ, Kofi Annan, uznał tragedię, jaka rozegrała się po upadku Srebrenicy, za największą masakrę po II wojnie światowej. Oceniono, że od 12 do 16 lipca 1995 r., wymordowano ponad

⁸² H. Munkler, op. cit., s. 110.

⁸³ *Prawa rodziny. Prawa w rodzinie...*, s. 322.

⁸⁴ Przemówienie T. Mazowieckiego na forum Rady Bezpieczeństwa ONZ 13 listopada 1992 r., w: *Raporty Tadeusza Mazowieckiego...*

⁸⁵ *Prawa rodziny. Prawa w rodzinie...*, s. 322.

⁸⁶ „The Taily Telegram”, Martin Bell, 31 lipca 2008, w: http://pogranicze.sejny.pl/?s=skryptorium&a=Skrzynka&e=karadzic_wojna

⁸⁷ Ibidem.

7 tysięcy mężczyzn, z czego szczytka blisko 2 tysięcy mężczyzn i chłopców zidentyfikowano, zaś ofiarami czystek etnicznych, dokonywanych przez Serbów, były również kobiety i dzieci.⁸⁸

5. Powołanie Statutu Międzynarodowego Trybunału do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popelnione na Terytorium b. Jugosławii

Ciężkie naruszenia Konwencji Genewskich z 1949 r., naruszenia praw i zwyczajów wojennych, ludobójstwo oraz zbrodnie przeciwko ludzkości stanowią najważniejsze przestępstwa wojny w Jugosławii. Konwencja w sprawie Zapobiegania i Karania Zbrodni Ludobójstwa definiuje pojęcie ludobójstwa⁸⁹ oraz stanowi, iż winni ludobójstwa będą karani bez względu na to, czy są konstytucyjnie odpowiedzialnymi członkami rządu, funkcjonariuszami publicznymi czy też osobami prywatnymi.⁹⁰ Osoby oskarżone o ludobójstwo będą sądzone przez właściwy trybunał państwa, na którego obszarze czyn został dokonany lub przez międzynarodowy trybunał karny.⁹¹

25 maja 1993 r. uchwalono Statut Międzynarodowego Trybunału do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popelnione na Terytorium b. Jugosławii.⁹² Statut wyraźnie definiuje ciężkie naruszenia: umyślne zabójstwo⁹³, torturowanie lub nieludzkie traktowanie włączając w to doświadczenia biologiczne⁹⁴, umyślne sprawianie wielkich cierpień albo ciężkie uszkodzenie ciała lub zdrowia⁹⁵, niszczenie i przywłaszczanie majątku nieusprawiedliwione koniecznością wojskową oraz dokonywane na wielką skalę w sposób niedozwolony i samowolny⁹⁶, zmuszanie jeńca wojennego lub osoby cywilnej do służby w siłach zbrojnych mocarstwa nieprzyjacielskiego⁹⁷, umyślne pozbawianie jeńca wojennego lub osoby cywilnej prawa do tego, by byli sądzeni

⁸⁸ http://www.unic.un.org.pl/jugoslawia/index.php?id=tragedia_w_srebrnicy.

⁸⁹ Art. I Konwencji w sprawie Zapobiegania i Karania Zbrodni Ludobójstwa ONZ z 9 grudnia 1948 r.

⁹⁰ Ibidem, art. IV.

⁹¹ Ibidem, art. VI.

⁹² T. Jasudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak, *Wojna i pokój. Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Zbiór materiałów*, Toruń 2008, s. 99.

⁹³ Art. 2 pkt a) Statutu Międzynarodowego Trybunału do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popelnione na Terytorium b. Jugosławii, ibidem.

⁹⁴ Ibidem, art. 2 pkt b).

⁹⁵ Ibidem, art. 2 pkt c).

⁹⁶ Ibidem, art. 2 pkt d).

⁹⁷ Ibidem, art. 2 pkt e).

w sposób słuszny i bezstronny⁹⁸, bezprawna deportacja lub przeniesienie albo bezprawne pozbawienie wolności osoby cywilnej⁹⁹ oraz branie osób cywilnych jako zakładników.¹⁰⁰

Międzynarodowy Trybunał uzyskał legitymację do sądzenia osób, które naruszyły prawa lub zwyczaje wojenne.¹⁰¹ Do najważniejszych naruszeń należały: używanie broni zatrutej lub innej broni mogącej zadawać zbyteczne cierpienia,¹⁰² umyślne niszczenie miast, miejscowości lub wsi albo ich pustoszenie, nieuzasadnione koniecznością wojenną,¹⁰³ atakowanie i bombardowanie w jakikolwiek sposób bezbronnych miast, wsi, domów mieszkalnych lub budowli¹⁰⁴, zajmowanie, niszczenie lub umyślne uszkodzanie instytucji kościelnych, dobroczynnych i wychowawczych, artystycznych i naukowych, pomników historycznych, dzieł sztuki oraz nauki,¹⁰⁵ grabież własności publicznej lub prywatnej.¹⁰⁶ Międzynarodowy Trybunał zgodnie ze Statutem uzyskał prawo do sądzenia osób, które popełniły zbrodnię ludobójstwa. Ludobójstwo w świetle postanowień Statutu oznacza którykolwiek z niżej wymienionych czynów, dokonany z zamiarem zniszczenia w całości lub w części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej.¹⁰⁷ Statut uznaje za ludobójstwo następujące czyny: zabójstwo członków grupy,¹⁰⁸ spowodowanie ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy,¹⁰⁹ rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego,¹¹⁰ stosowanie środków mających na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy.¹¹¹ W świetle postanowień Statutu ludobójstwo,¹¹² zмова w celu popełnienia ludobójstwa,¹¹³ bezpośrednie i publiczne podżeganie do ludobójstwa,¹¹⁴ usiłowanie popełnienia ludobójstwa¹¹⁵ oraz współudział w tej zbrodni¹¹⁶ są penalizowane i podlegają karze.¹¹⁷

Międzynarodowy Trybunał uznał, iż w czasie wojny w byłej Jugosławii miały miejsce zbrodnie przeciwko ludzkości. Zgodnie ze Statutem Trybunał

⁹⁸ Ibidem, art. 2 pkt f).

⁹⁹ Ibidem, art. 2 pkt g).

¹⁰⁰ Ibidem, art. 2 pkt h).

¹⁰¹ Ibidem, art. 3.

¹⁰² Ibidem, art. 3 pkt a).

¹⁰³ Ibidem, art. 3 pkt b).

¹⁰⁴ Ibidem, art. 3 pkt c).

¹⁰⁵ Ibidem, art. 3 pkt d).

¹⁰⁶ Ibidem, art. 3 pkt e).

¹⁰⁷ Ibidem, art. 4.

¹⁰⁸ Ibidem, art. 4 pkt 2 a).

¹⁰⁹ Ibidem, art. 4 pkt 2 b).

¹¹⁰ Ibidem, art. 4 pkt 2 c).

¹¹¹ Ibidem, art. 4 pkt 2 d).

¹¹² Ibidem, art. 4 pkt 3 a).

¹¹³ Ibidem, art. 4 pkt 3 b).

¹¹⁴ Ibidem, art. 4 pkt 3 c).

¹¹⁵ Ibidem, art. 4 pkt 3 d).

¹¹⁶ Ibidem, art. 4 pkt 3 e).

¹¹⁷ Ibidem, art. 4 pkt 3).

uzyskał prawo do sądenia osób odpowiedzialnych za zbrodnie, jeżeli zostały one popełnione przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej podczas konfliktu zbrojnego, niezależnie od tego, czy konflikt miał charakter międzynarodowy, czy wewnętrzny.¹¹⁸ Trybunał uznał za zbrodnie: zabójstwo,¹¹⁹ eksterminację,¹²⁰ niewolnictwo,¹²¹ deportację,¹²² uwięzienie,¹²³ torturowanie,¹²⁴ zgwałcenie,¹²⁵ prześladowanie z powodów politycznych, rasowych i religijnych¹²⁶ oraz inne czyny niehumanitarne.¹²⁷

6. Kontrola przestrzegania prawa humanitarnego w byłej Jugosławii na tle orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii

Kontrola przestrzegania prawa humanitarnego jest bardzo utrudniona, gdyż wykonywane ono jest w szczególnych warunkach. Adresatem tego prawa są ofiary wojny, ranni i chorzy, jeńcy wojenni, internowani, kobiety ciężarne, dzieci do lat 15 oraz dzieci osierocone lub oddzielone od swoich rodziców wskutek wojny.¹²⁸ Orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii ukazuje powagę, w której Izba Sądząca wielokrotnie podkreśla obowiązki Trybunału w zakresie poszanowania praw człowieka oskarżonego oraz zobowiązuje się do zapewnienia rzetelnego procesu sądowego.¹²⁹ Zdaniem Trybunału, fundamentalną zasadą jest poszanowanie godności osoby ludzkiej i ochrona jednostki przed niehumanicznym traktowaniem.¹³⁰ Ze względu na fakt, że uniwersalne i regionalne instrumenty praw człowieka oraz Konwencje Genewskie posiadają wspólny „rdzeń” podstawowych standardów, mających zastosowanie zawsze i w każdych okolicznościach, Trybunał orzekł, że ich celem jest ochrona osoby ludzkiej przed haniebnymi czynami, uznanymi przez wszystkie cy-

¹¹⁸ Ibidem, art. 5.

¹¹⁹ Ibidem, art. 5 pkt a).

¹²⁰ Ibidem, art. 5 pkt b).

¹²¹ Ibidem, art. 5 pkt c).

¹²² Ibidem, art. 5 pkt d).

¹²³ Ibidem, art. 5 pkt e).

¹²⁴ Ibidem, art. 5 pkt f).

¹²⁵ Ibidem, art. 5 pkt g).

¹²⁶ Ibidem, art. 5 pkt h).

¹²⁷ Ibidem, art. 5 pkt i).

¹²⁸ *Prawa rodziny. Prawa w rodzinie...*, s. 309–310.

¹²⁹ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Prosecutor v. Dragan Nikolic, Case No. IT-94-2-S (18.12.2003), w: T. Jasudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak, op. cit., s. 377.

¹³⁰ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-T (25.06.1999), ibidem, s. 379.

wilizowane narody za niedopuszczalne we wszystkich okolicznościach.¹³¹ Zakaz tortur ustanowiony w traktatach praw człowieka odzwierciedla prawo absolutne, wobec którego nie mogą być nigdy podjęte środki derogacyjne, nawet w sytuacji stanu nadzwyczajnego.¹³²

Zdaniem Trybunału, żaden międzynarodowy instrument praw człowieka nie zakazuje w sposób szczególny gwałtu lub innej ciężkiej napaści natury seksualnej. Niemniej te przestępstwa są pośrednio zakazane przez postanowienia, gwarantujące fizyczną integralność i są zawarte we wszystkich odpowiednich traktatach międzynarodowych. W pewnych okolicznościach gwałt może stanowić torturę i zostać uznany przez międzynarodowe organy sądowe za naruszenie normy zakazującej tortur.¹³³ W świetle orzecznictwa Trybunału akty umyślnego zabójstwa, morderstwa, spowodowanie poważnych urazów fizycznych i psychicznych były wystarczająco poważne w porównaniu z innymi zbrodniami i w związku z tym mogą stanowić prześladowanie. Jak stwierdziła Izba Sądząca, zbrodnia prześladowania rozwinęła się w prawie zwyczajowym, prawie międzynarodowym, aby objąć akty obejmujące „morderstwo, eksterminację, tortury oraz inne poważne akty skierowane przeciw osobie”.¹³⁴

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału niewolnictwo stanowi zbrodnię przeciwko ludzkości, zwyczajowy charakter zniewolenia znajduje zastosowanie wobec przestępstwa niewolnictwa,¹³⁵ zaś gwałt jest torturą. Zdaniem trybunału, aby uznać gwałt za torturę, muszą zaistnieć elementy gwałtu, jak i elementy tortur. W opinii Trybunału, należy spoglądać nie tylko na fizyczne konsekwencje, ale również na psychiczne i społeczne skutki gwałtu.¹³⁶ Zdaniem Komisji, charakter działania, które uderza w samo serce fizycznej i psychicznej integralności ofiary, musi być określony jako szczególnie okrutny i wywołujący dotkliwie cierpienie fizyczne i psychiczne, jeżeli dopuszcza się tego osoba, we władzy której znajduje się ofiara.¹³⁷

W opinii Trybunału, zgodnie z jurysprudencją praw człowieka, interpretującą tortury, dotkliwość bólu lub cierpienia jest wyróżniającą cechą tortur, która wyodrębnia je z innych podobnych przestępstw. Precyzyjny próg do określenia, jaki stopień cierpienia jest wystarczający dla spełnienia definicji tortur, nie może być wyznaczony. Konieczna jest obiektywna

¹³¹ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdrapko Mucic (aka „PAVO”), Hazim Delic i Esad Landžo (aka „ZENGA”) („Celebici Case”), Case No. IT-96-21-A (20.02.2001), ibidem, s. 379–380.

¹³² Wyrok Izby Sądowej w sprawie Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T (10.12.1998), ibidem, s. 381–382.

¹³³ *Gwałt i inne formy przemocy seksualnej w prawie międzynarodowym*, ibidem, s. 383–384.

¹³⁴ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie Prosecutor i Dario Korčić i Mario Cerkez, Case No. IT-95-14/2-A (17.12.2004), w: Ibidem, s. 386

¹³⁵ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Prosecutor v. Milorad Krnojelec, Case No. IT-97-25-T (15.03.2002), ibidem, s. 389.

¹³⁶ Wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac i Zoran Vukovic Case No. IT-96-23& IT-96-23/1-A (12.06.2002), ibidem, s. 389.

¹³⁷ Ibidem, s. 390.

ocena zadanych ofierze cierpień, jak i przyjęcie kryterium subiektywnego, takiego jak: fizyczne lub umysłowe skutki traktowania dla konkretnej osoby oraz wiek ofiary, płeć i stan zdrowia.¹³⁸ Okaleczenia lub innego rodzaju dotkliwe krzywdy cielesne, bicie i inne akty przemocy¹³⁹, poważne urazy o charakterze fizycznym i psychicznym,¹⁴⁰ przymusowe przesiedlenia¹⁴¹, nieludzkie lub poniżające traktowania¹⁴², wymuszona prostytutka¹⁴³ oraz wymuszone zaginięcia osób¹⁴⁴ są wymieniane przez Trybunał jako mieszczące się w kategorii tortur.¹⁴⁵

Czuając się w obowiązku bliższej analizy sprawy represyjnego zabijania niewinnych ludzi, Trybunał uznał, że jakiegokolwiek represje w mniejszym czy większym stopniu skierowane przeciwko niewinnym ludziom, w przeważającej części cywilom, w tym matkom i dzieciom, są pogwałceniem najbardziej podstawowych zasad praw człowieka. Trybunał powołując się na Konwencję Genewską z 1949 r. zakazuje jakichkolwiek represaliów w międzynarodowych konfliktach zbrojnych w odniesieniu do wyraźnie zakazanych czynów, jak i innych represaliów, niezgodnych z absolutnym wymogiem humanitarnego traktowania. Tak więc, zdaniem Komisji, represalia wobec osób cywilnych w rejonie działań zbrojnych są zakazane.¹⁴⁶ Izba Sądząca wskazała, iż formą dyskryminacji jest prześladowanie z powodu rasy, religii lub opinii politycznych, które prowadzi do pogwałcenia podstawowych praw jednostki. Jakiegokolwiek prześladowania, jeżeli osiągnęły poziom wyjątkowej dotkliwości, stanowią rażące i jawne pozbawienie podstawowych praw człowieka i mogą stanowić zbrodnię przeciw ludzkości¹⁴⁷

¹³⁸ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radić, Zoran Žigić, Dragoljub Prcać, Case No.IT-98-30/1-T (2.11.2001), ibidem, s. 408–409.

¹³⁹ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Tadić, par. 730, ibidem, s. 409.

¹⁴⁰ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Blaškić, par. 239, ibidem.

¹⁴¹ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Kupreškić, par. 566; Wyrok Izby Sądowej w sprawie Krstić, par. 523, ibidem, s. 410.

¹⁴² Wyrok Izby Sądowej w sprawie Kupreškić, par. 566, ibidem.

¹⁴³ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Kupreškić, par. 566, ibidem.

¹⁴⁴ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Kupreškić, par. 566; Wyrok Izby Sądowej w sprawie Krstić, par. 523, ibidem.

¹⁴⁵ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos..., ibidem, s. 409–410.

¹⁴⁶ Wyrok Izby Sądowej w sprawie Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Stanic, znany jako „Vlado”, Case No. IT-95-16-T (14.01.2000), ibidem, s. 400–401.

¹⁴⁷ Ibidem, s. 404.

7. Nasilenie międzynarodowej ochrony praw dziecka po konflikcie w byłej Jugosławii.

Geneza powstania Protokołu Fakultatywnego do Konwencji o Prawach Dziecka dotyczącego udziału dzieci w konfliktach zbrojnych z 2000 r.

Międzynarodowy Trybunał dla byłej Jugosławii powstał w związku z zaistnieniem sytuacji, zagrażającej światowemu pokojowi i bezpieczeństwu. Pogwałcenie praw człowieka, poważne naruszenia praw dziecka, w tym nagminnie przymusowe wcielanie dzieci do oddziałów zbrojnych skłoniło międzynarodową społeczność, w tym prawotwórców, do zastanowienia się, czy w dziedzinie ochrony praw dziecka w konfliktach zbrojnych wszystko zostało już precyzyjnie i trafnie uregulowane. Ogólnie wiadomo, że w działaniach wojennych dzieci są najbardziej narażone na cierpienia, choroby oraz utratę życia.¹⁴⁸

Po wojennej pustce, jaka ogarnęła Europę, tragedii bezbronnych ludzi, w tym dzieci i matek, nasunęło się pytanie: czy art. 28 Konwencji Praw Dziecka gwarantuje należytą ochronę dziecka w trakcie konfliktu zbrojnego? Krytykę art. 38 Konwencji Praw Dziecka można znaleźć już m.in. w materiałach z dyskusji toczonych w Komisji Praw Człowieka w marcu 1989 r. oraz w Komitecie Trzecim Zgromadzenia Ogólnego ONZ w listopadzie tego samego roku.¹⁴⁹ Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża uznał w trakcie wspomnianej dyskusji, że należy wprowadzić zmiany w ustępie dotyczącym zakazu, by dzieci, które nie osiągnęły piętnastu lat, nie brały bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych oraz by zaprzestać jakiejkolwiek rekrutacji do sił zbrojnych dzieci, które nie osiągnęły piętnastu lat. Pomimo wymienionych mankamentów art. 38 jest powszechnie uznawany za jedno z najważniejszych postanowień Konwencji Praw Dziecka.¹⁵⁰ Zastraszające dane liczbowe, m.in. wojny „bałkańskiej” o tysiącach dzieci poniżej osiemnastego roku życia zwerbowanych do rządowych sił zbrojnych, oddziałów paramilitarnych, cywilnej obrony oraz wielu pozarządowych grup¹⁵¹, sprowokowały państwa do pracy nad nasileniem ochrony praw dziecka w konfliktach zbrojnych. Komitet Praw Dziecka już 9 października 1992 r. w związku z konfliktem w Jugosławii podjął i uczynił przedmiotem dyskusji problematykę *Children in armed conflict*¹⁵². W 1993 r. Komitet zarekomendował przyjęcie protokołu fakultatywnego, którego celem było podniesienie minimalnego wieku rekrutacji do lat

¹⁴⁸ *Prawa rodziny. Prawa w rodzinie...*, s. 307–311.

¹⁴⁹ UN Doc. A/C 344SR.38(10.11.1989), *ibidem*, s. 313.

¹⁵⁰ *Prawa rodziny. Prawa w rodzinie...*, s. 314.

¹⁵¹ *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, s. 76.

¹⁵² UN Doc. CRC/C/10 (13.10.1992), *ibidem*, s. 83.

osiemnastu.¹⁵³ Rekomendację podniesienia wieku z 15 do 18 lat dla rekrutacji i specjalnego udziału w walkach zawierało wiele raportów, w tym m.in. Specjalnego Przedstawiciela ONZ ds. wpływu konfliktu zbrojnego na dzieci. Państwa w większości dokonały zmian w przepisach dotyczących rekrutacji.

Zakaz angażowania i wykorzystywania dzieci w działaniach zbrojnych widnieje także w innych dokumentach międzynarodowych. Działania sprzeczne z tym zakazem zostały poddane międzynarodowej jurysdykcji karnej. W myśl art. 8 Międzynarodowego Trybunału Karnego z 17 lipca 1998 r. uznano za zbrodnię wojenną „wcielanie lub werbowanie dzieci poniżej 15 roku życia do narodowych sił zbrojnych lub faktycznie używanie ich w działaniach zbrojnych”¹⁵⁴ Kwestia dzieci – żołnierzy stała się przedmiotem zainteresowania Rady Bezpieczeństwa ONZ i znalazła odzwierciedlenie w rezolucjach potępiających rekrutację i posługiwanie się dziećmi w działaniach zbrojnych. Rada wzywała walczące strony do zaprzestania wykorzystywania dzieci jako żołnierzy.¹⁵⁵ Protokół Fakultatywny do Konwencji Praw Dziecka, dotyczący włączenia dziecka w konflikt zbrojny, został przyjęty w Nowym Jorku 25 maja 2000 r., a wszedł w życie 12 grudnia 2002 r. W 2006 r. dokument Protokołu ratyfikowały 122 państwa, będące sygnatariuszami protokołu opcyjnego oraz 110 będących jego stronami.¹⁵⁶ Protokół w art. 1 precyzuje, iż państwa winny podjąć właściwe środki dla zapewnienia, by członkowie ich sił zbrojnych, którzy nie osiągnęli wieku osiemnastu lat, nie brali bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych¹⁵⁷ oraz zapewnić, by osoby, które nie osiągnęły wieku osiemnastu lat, nie podlegały obowiązkowemu rekrutowaniu do ich sił zbrojnych.¹⁵⁸ Art. 4 Protokołu zabrania prowadzenia naboru lub wykorzystywania w działaniach zbrojnych osób poniżej osiemnastego roku życia.¹⁵⁹ Dokument obli-guje państwa do podjęcia odpowiednich środków w celach zapobiegawczych oraz ustalenia środków prawnych, koniecznych do zakazania karania takich praktyk.¹⁶⁰

Protokół uznaje obowiązek państw do złożenia podczas ratyfikacji dokumentu deklaracji o dopuszczalnym minimalnym wieku ochotniczego wstępowania do narodowych sił zbrojnych danego kraju.¹⁶¹ Dokument dostrzega konieczność złożenia opisu gwarancji w celu zapewnienia, że rekrutacja nie będzie prowadzona siłą ani pod przymusem.¹⁶² Państwa, które dopuszczają

¹⁵³ Komitet Praw Dziecka, Report on the third session (Geneva, 11-29 I 1993), UN Doc. CRC/C/16 z 5 III 1993 r., s. 36-37; zob. UN Doc. E/CN.4/1994/WG.13/2, Annex VII.

¹⁵⁴ Dz.U. z 2003 r., Nr 78, poz. 708.

¹⁵⁵ *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, s. 88.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Dz. U. z 2007r. nr 91 poz. 608.

¹⁵⁸ Ibidem, art. 2.

¹⁵⁹ Ibidem, art. 4 pkt 1).

¹⁶⁰ Ibidem, art. 4 pkt 2).

¹⁶¹ Ibidem, art. 3 pkt 2).

¹⁶² Ibidem.

ochotnicze wstępowanie do swoich sił zbrojnych osób poniżej 18 roku życia, winny otrzymać zgodnie z postanowieniami Protokołu gwarancję, mającą jako minimum zapewnić, by wstąpienia takie były rzeczywiście dobrowolne¹⁶³, żeby odbywały się za świadomą zgodą rodziców lub opiekunów prawnych osoby wstępującej¹⁶⁴ oraz by osoby takie były w pełni poinformowane o obowiązkach związanych z taką służbą wojskową,¹⁶⁵ a także by osoby takie przed ich przyjęciem do narodowych sił zbrojnych przedstawiły wiarygodną metrykę urodzenia.¹⁶⁶

Omawiany Protokół stanowi krok naprzód w dziedzinie ochrony praw dziecka, jednak bez odpowiedniego zrozumienia powagi problemu przez społeczność międzynarodową, prawny zakaz angażowania dzieci w konflikt zbrojny pozostaje bezskuteczny.

Zakończenie

Reasumując, należy zadać sobie pytanie, czy jest możliwe osiągnięcie celu w dziedzinie ochrony praw dziecka? Czy kiedykolwiek skończy się gehenna związana z wojną i jej następstwami? Świat w pędzie do osiągnięcia doskonałości zatracą się, ludzie zapominają o podstawowych zasadach kierujących naszą egzystencją, o dekalogu, o miłości do bliźniego. Dziesiątki wojen toczą się obecnie na świecie, niektóre z nich są zupełnie niezauważone. Los dziecka biorącego udział w konflikcie zbrojnym jest wstrząsający, prawo humanitarne staje się „tarczą ochronną”, a często jedyną „deską ratunku”. Wojna, będąc tragedią dorosłych i dzieci, pozostaje przeżyciem traumatycznym w psychice ofiar na długie lata. Międzynarodowe prawo humanitarne wraz z unormowaniami praw człowieka starają się zmienić sytuację cierpiących zarówno dorosłych, jak i dzieci. Jednak przemoc stosowana w czasie nowoczesnych wojen, w szczególności ekonomia gwałtu pozwalają twierdzić, że w dziedzinie ochrony praw dziecka pozostaje jeszcze wiele do zrobienia.

¹⁶³ Ibidem, art. 3 pkt 3 a).

¹⁶⁴ Ibidem, art. 3 pkt 3 b).

¹⁶⁵ Ibidem, art. 3 pkt 3 c).

¹⁶⁶ Ibidem, art. 3 pkt 3 d).

PROTECTION OF CHILDREN IN THE ARMED CONFLICT IN FORMER REPUBLIC OF YUGOSLAVIA

Key words: derogation, rights of children, violation, genocide, the Balkan war.

Summary

Due to their physical and psychical immaturity, children have become subjects under particular protection, regardless of their situation and circumstances. The fate of children embroiled in military conflicts fills people with fear. Drastic situations often witnessed by children, such as mass rapes, provoke the world to undertake some actions in order to protect their rights, also in case of declaring a state of emergency or a military conflict. The conflict in Yugoslavia has shown how much is still to be done in the field of protection of children's rights in spite of the existence of many legally-binding international documents on their protection.

The dissertation attempts to present the nature of the problem by showing the gravity of the situation on the example of the conflict in Yugoslavia. Those are children who become particular victims of war as they are subjected to extermination, inhumane treatment, persecution, orphaning and wandering, shortages of elementary care and protection. War does not spare the youngest ones. Despite bans put by the international humanitarian law, thousands of children are conscripted forcibly into military units and used as soldiers, spies, scouts and carriers.

Marcin Marcinko

Uniwersytet Jagielloński, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego

Bojownicy o wolność czy terroryści? Członkowie ruchów narodowowyzwoleńczych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego

Słowa kluczowe: bojownicy o wolność, terroryzm, wojna narodowowyzwoleńcza, Protokół Dodatkowy I.

Zagadnienia wstępne

W styczniu 1987 r. ówczesny prezydent USA, Ronald Reagan, skierował do Senatu Stanów Zjednoczonych list przewodni¹, w którym zalecił ratyfikację Protokołu Dodatkowego II z 1977 r. (PD II), uzupełniającego konwencje genewskie o ochronie ofiar wojny z 1949 r. i dotyczącego nie-międzynarodowych konfliktów zbrojnych². Jednocześnie prezydent Reagan zwrócił się do Senatu z apelem, by nie ratyfikował Protokołu Dodatkowego I, dotyczącego międzynarodowych konfliktów zbrojnych (PD I)³, administracja amerykańska uznała bowiem ten akt prawny za *fundamentally and irreconcilably flawed* („wadliwy w stopniu zasadniczym i nieprzejednanym”), podkreślając przy tym, że niektóre postanowienia Protokołu Dodatkowego I mogą podważyć prawo humanitarne oraz wystawić na niebezpieczeństwo osoby cywilne w sytuacji wojny. Dowodem owej „sprzeczności” z prawem humanitarnym była wyrażona w art. 1 ust. 4 PD I norma, zgodnie z którą „wojny narodowowyzwoleńcze” stawały się konfliktami zbrojnymi o charakterze międzynarodowym. Według Waszyngtonu, uznanie danego konfliktu za międzynarodowy lub niemiędzynarodowy powinno opierać się wyłącznie na „obiektywnej rzeczywistości”, nie zaś na subiektywnym odczuciu, dotyczącym moralnego wymiaru danego konfliktu. W liście prze-

¹ *Letter of Transmittal from President Ronald Reagan to the Senate of the United States*, The White House, 29 January 1987 (przedruk w: „American Journal of International Law”, vol. 81, 1987, s. 910–912).

² Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175.

³ Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175.

wodnim podkreślono, iż stosowanie subiektywnych przesłanek, bazujących na rzekomym celu wojny, prowadzi do upolitycznienia prawa humanitarnego, co w konsekwencji zaciera różnicę między konfliktami międzynarodowymi i niemiędzynarodowymi.

Kolejnym przykładem „istotnej wadliwości” Protokołu Dodatkowego I są – w opinii administracji amerykańskiej – postanowienia, w świetle których możliwe stało się przyznanie członkom nieregularnych sił zbrojnych statusu kombatanta, nawet jeśli nie spełnili oni podstawowego warunku odróżniania się od ludności cywilnej i tym samym postępowali w sposób sprzeczny z prawami i zwyczajami wojny. Zdaniem Waszyngtonu, taka praktyka może narazić na szwank osoby cywilne, wśród których terroryści i członkowie oddziałów nieregularnych będą usiłowali się ukrywać. Zgodnie z poglądami amerykańskiego rządu, wymienione kwestie mają znaczenie fundamentalne, dlatego postanowienia, które ich dotyczą, nie mogą być pominięte przy ratyfikacji w drodze zgłoszenia zastrzeżeń⁴, co oznacza odrzucenia całego Protokołu Dodatkowego I, nawet jeśli większość jego postanowień stanowi odzwierciedlenie zasad i norm zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego bądź konstytuuje nowe reguły, odnoszące się do metod i środków walki oraz poszanowania osób i obiektów cywilnych. Ceną za rozwój prawa humanitarnego nie może być bowiem (i nie powinno być) uznanie i ochrona ugrupowań terrorystycznych.

Stanowisko administracji amerykańskiej w omawianej sprawie wywołało ostrą polemikę w kręgu prawników amerykańskich oraz wśród prawników-internacjonalistów⁵, jednak mimo wielu głosów krytykujących decyzję Waszyngtonu, Stany Zjednoczone do dziś nie ratyfikowały Protokołu Dodatkowego I (choć podpisały ten dokument 12 grudnia 1978 roku), uzna-

⁴ W kwestii zgłaszania zastrzeżeń do traktatów międzynarodowych – zob. art. 19 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. (Dz.U. z 1990 r., Nr 74, poz. 439 – załącznik).

⁵ Poglądy krytyczne wobec argumentacji Waszyngtonu w omawianej kwestii wyrazili m.in.: H.-P. Gasser, *Agora: The U.S. Decision not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims – An Appeal for Ratification by the United States*, „American Journal of International Law”, vol. 81, 1987, s. 912–925; W.A. Solf, *A Response to Douglas J. Feith's Law in the Service of Terror – The Strange Case of the Additional Protocol*, „Akron Law Review”, vol. 20, 1986, s. 261–289; Ch. Greenwood, *Terrorism and Humanitarian Law – The Debate over Additional Protocol I*, „Israel Yearbook on Human Rights”, vol. 19, 1989, s. 187–207; T. Meron, *The Time Has Come for the United States to Ratify Geneva Protocol I*, „American Journal of International Law”, vol. 88, 1994, s. 678–686. Opinie przychylnie stanowisku administracji amerykańskiej można natomiast znaleźć m.in. w: A.D. Sofaer, *Terrorism and the Law*, „Foreign Affairs”, vol. 64, 1986, s. 901–922; D.J. Feith, *Law in the Service of Terror – The Strange Case of the Additional Protocol*, „National Interest”, No. 1, 1985 (przedruk w: R.J. Woolsey (red.), *The National Interest on International Law and Order*, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2003, s. 178–193); A.D. Sofaer, *Agora: The U.S. Decision not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims – The Rationale for the United States Decision*, „American Journal of International Law”, vol. 82, 1988, s. 784–787; G.H. Aldrich, *Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, „American Journal of International Law”, vol. 85, 1991, s. 4–7.

jąc go za „proterrorystyczny”. Dyskusja dotyczyła wspomnianych wyżej dwóch politycznie kontrowersyjnych kwestii, czyli uznania przez Konferencję Dyplomatyczną w sprawie potwierdzenia i rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego, stosowanego w konfliktach zbrojnych⁶ – wskutek nacisków ze strony państw rozwijających się, afrykańskich ruchów narodowowyzwoleńczych oraz Organizacji Wyzwolenia Palestyny (OWP) – „wojen narodowowyzwoleńczych” za międzynarodowe konflikty zbrojne oraz nadania statusu jeńca (lub co najmniej statusu równorzędnego) członkom oddziałów nieregularnych, którzy z powodu wyjątkowej sytuacji militarnej nie są w stanie spełnić tradycyjnych warunków wymaganych od kombatanów. Podjęto zatem próbę rozwiązania problemów, które w istocie można wyrazić za pomocą dwóch utartych sloganów – pierwszym z nich jest *one man's war of national liberation can be another man's war of national secession*⁷, drugim zaś *one man's terrorist is another man's freedom fighter*⁸. Czyżby więc Konferencja Dyplomatyczna, wykorzystując prawo, rozwiązała dylematy, których żadną miarą nie udało się rozstrzygnąć przy pomocy argumentów natury politycznej? Czy może rzeczywiście „wmieszała” politykę w obiektywne z założenia prawo humanitarne, a terrorystom ułatwiła ich przestępczą działalność? W celu uzyskania odpowiedzi na te pytania, warto bliżej przyjrzeć się problemowi statusu członków oddziałów nieregularnych, uczestniczących w wojnach narodowowyzwoleńczych, w rozumieniu Protokołu Dodatkowego I, szczególną uwagę zwracając przy tym na warunki, jakie powinni spełniać członkowie takich oddziałów oraz na różnice między ich postępowaniem a działaniami terrorystycznymi. Analiza tych kwestii wymaga jednak uprzedniego wyjaśnienia i zrozumienia samego pojęcia „wojna narodowowyzwoleńcza”, jak również jej elementów definicyjnych.

Wojna narodowowyzwoleńcza w świetle Protokołu Dodatkowego I

Termin „wojna narodowowyzwoleńcza” oznacza niepokojową metodę realizacji prawa narodów do samostanowienia, stanowiącą swoisty wyjątek od zakazu użycia siły wyrażonego w Karcie NZ. Z kolei samostanowienie

⁶ Konferencja ta odbywała się w Genewie w latach 1974–1977, a jej owocami są oba Protokoły Dodatkowe do konwencji genewskich. W dalszej części artykułu konferencja określana jest mianem „Konferencji Dyplomatycznej”.

⁷ Sformułowania tego użył Richard R. Baxter w artykule zatytułowanym *The Geneva Conventions of 1949 and Wars of National Liberation* (zob. M. Cherif Bassiouni (red.), *International Terrorism and Political Crimes*, Charles C. Thomas Publisher, Springfield 1975, s. 122).

⁸ Zob. np.: B. Ganor, *Defining Terrorism – Is One Man's Terrorist Another Man's Freedom Fighter?*, <http://www.ict.org.il/ResearchPublications/tabid/64/Articleid/432/currentpage/1/Default.aspx>.

narodów, będące jednym z fundamentalnych celów działalności ONZ⁹, oznacza prawo narodów do ustanowienia niepodległego, suwerennego państwa, do swobodnego wyboru ustroju politycznego, gospodarczego i społecznego oraz do swobodnego rozwoju w sferze gospodarczej, społecznej i kulturalnej. Jednym z niezbędnych elementów zasady samostanowienia jest prawo do jego realizacji, wiążące się z podejmowaniem stosownych działań dla osiągnięcia tego celu. Jednakże dokładny zakres tego prawa rozumiana jako prawo do użycia siły (*ius ad bellum*), a także jego aspekty podmiotowe i przedmiotowe, zawsze stanowiły problematykę wysoce kontrowersyjną¹⁰. Nie ulega natomiast wątpliwości, że z punktu widzenia prawa wojennego (*ius in bello*), w czasie konfliktu zbrojnego wszyscy jego uczestnicy zobowiązani są przestrzegać w swych wzajemnych relacjach „praw i zwyczajów wojny” – bez względu na przyczynę i cel konfliktu¹¹.

Zanim doszło do uregulowania kwestii wojen narodowowyzwoleńczych w międzynarodowym prawie humanitarnym w 1977 r., Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło szereg rezolucji¹², które wzmiankowały o legalności użycia siły w konfliktach o wyzwolenie narodu, gdyż takie użycie siły stosowane jest w samoobronie przeciw kolonializmowi. Rezolucje te podkreślały również, że międzynarodowe prawo humanitarne, *in toto*, jest jak najbardziej właściwe, by regulować walkę zbrojną w celu realizacji prawa

⁹ Zob. art. 1 ust. 2 i art. 55 Karty NZ (Dz.U. z 1947 r., Nr 23, poz. 90 z późn. zm.). Zasada samostanowienia narodów pojawiła się również w Deklaracji w sprawie przyznania niepodległości krajom i narodom kolonialnym (UN GA Res. 1514 (XV), 14 December 1960), w art. 1 ust. 1 obu Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167) oraz w Deklaracji w sprawie zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współpracy między państwami (UN GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970).

¹⁰ *Terrorism and human rights – Final report of the Special Rapporteur, Kalliopi K. Koufa*, Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2004/40, 25 June 2004, punkt 29. Zob. też E. Chadwick, *Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1996, s. 7.

¹¹ H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, vol. II – *Disputes, War and Neutrality*, Longmans, Green & Co., London 1952, s. 218. Założeniem prawa konfliktów zbrojnych jest ustanowienie pewnych minimalnych standardów postępowania pomiędzy zwaśnionymi stronami, które uciekły się do przemocy i użycia siły, by rozwiązać swój spór. Pomijając wysiłki Ligi Narodów i ONZ dotyczące sformułowania prawnej definicji agresji, w regułach prowadzenia wojny nie próbowano potępiać lub obarczać winą jednej z walczących stron za rozpoczęcie konfliktu. Zasady i normy międzynarodowego prawa humanitarnego zaczynają obowiązywać z chwilą, gdy konflikt zbrojny się rozpoczął, a celem ich stosowania jest złagodzenie w możliwie największym stopniu cierpień kombatantów i osób cywilnych (P.A. Tharp, Jr., *The Laws of War as a Potential Legal Regime for the Control of Terrorist Activities*, „Journal of International Affairs”, vol. 32, No. 1, 1978, s. 98).

¹² Zob. m.in.: UN GA Res. 1514 (XV), 14 December 1960; UN GA Res. 2105 (XX), 20 December 1965; UN GA Res. 2446 (XXIII), 19 December 1968; UN GA Res. 2506 (XXIV), 21 November 1969; UN GA Res. 2547 (XXIV), 11 December 1969. Wiele z przyjętych w omawianej kwestii rezolucji odnosiło się w szczególności do konfliktów w koloniach portugalskich (Angola, Mozambik, Gwinea Bissau oraz Wyspy Świętego Tomasza i Książęca), Namibii oraz Rodezji Południowej. Wyrażano pogląd, iż są to międzynarodowe konflikty zbrojne, w stosunku do których należy stosować konwencje genewskie, uzasadniano zaś ów pogląd faktem, że toczą się one w celu realizacji prawa do samostanowienia (zob. R.R. Baxter, op. cit., s. 121).

do samostanowienia¹³. Skutkiem tych rezolucji – odzwierciedlających opinię wyrażaną przez wyraźną większość państw członkowskich ONZ – stało się uznanie wojen prowadzonych w celu wyzwolenia narodów spod jarzma kolonializmu za konflikty międzynarodowe, toczące się nie między dwoma istniejącymi państwami, lecz między państwem istniejącym a państwem „mającym się narodzić” (*in statu nascendi*)¹⁴.

Niewątpliwie wojny związane z procesem dekolonizacji zaczęły zmieniać wizerunek współczesnych konfliktów zbrojnych i faktu tego nie można było dłużej ignorować. Dlatego rozszerzenie zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego na wojny narodowowyzwoleńcze (lub, innymi słowy, „wojny w celu realizacji prawa do samostanowienia”) uzyskało aprobatę zdecydowanej większości państw uczestniczących w Konferencji Dyplomatycznej i znalazło swój wyraz w art. 1 ust. 4 PD I¹⁵. Zgodnie z tym artykułem, Protokół znajduje zastosowanie do „konfliktów zbrojnych, w których ludy walczą przeciw panowaniu kolonialnemu i obcej okupacji oraz przeciw reżimom rasistowskim, wykonując swe prawo do samostanowienia zawarte w Karcie Narodów Zjednoczonych oraz w Deklaracji w sprawie zasad prawa międzynarodowego, dotyczących przyjaznych stosunków i współpracy między państwami, zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych”. Protokół Dodatkowy I rozszerzył zatem postanowienia całego międzynarodowego prawa humanitarnego na wojny narodowowyzwoleńcze i włączył te wojny do szerszej kategorii międzynarodowych konfliktów zbrojnych.

Brak jest jednak w Protokole Dodatkowym I przepisów, precyzujących pojęcie walki przeciw „panowaniu kolonialnemu”, „obcej okupacji” i „reżimom rasistowskim”. Protokół nie zawiera też żadnych postanowień, które wyjaśniałyby, jakie ugrupowania bądź organizacje mogą korzystać z prawa do samostanowienia, co pozwoliłoby zaliczyć je do ruchów narodowowyzwoleńczych. Co więcej, żaden z instrumentów prawnomiędzynarodowych nie określa dokładnie, co należy rozumieć pod pojęciem narodu. Decyzja, czy spełnione zostały warunki określone w art. 1 ust. 4 PD I, wydaje się być zatem pozostawiona indywidualnemu uznaniu państw i mieć charakter subiektywny. Doktryna prawa międzynarodowego wypracowała jednak pewne wskazówki interpretacyjne w omawianej kwestii, należy też zaznaczyć, że w praktyce Organizacja Narodów Zjednoczonych oraz konferencje międzynarodowe, zwoływane pod auspicjami ONZ lub z nią powiązane, pozostawiają powyższą decyzję tym organizacjom regionalnym, które na obszarze swojej działalności stykają się z kwestią ruchu narodowowyzwoleń-

¹³ *Terrorism and human rights...*, pkt 30.

¹⁴ E. Rosenblad, *Guerrilla Warfare and International Law*, „Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre”, vol. 12, 1973, s. 113.

¹⁵ Przyjęciu odnośnego postanowienia przez konsensus sprzeciwił się tylko Izrael, przede wszystkim z powodu obaw, że PD I mógłby uczynić zadość żądaniom OWP, dotyczącym traktowania jej bojowników jako jeńców wojennych. Izrael oparł zresztą swą argumentację prawną, dotyczącą kwalifikacji wojen narodowowyzwoleńczych i nowej kategorii kombatantów, na tych samych przesłankach, co Stany Zjednoczone.

czego, dążącego do realizacji prawa do samostanowienia, kiedy zaś dana organizacja regionalna podejmie stosowną decyzję, jest ona zazwyczaj akceptowana przez pozostałych członków społeczności międzynarodowej¹⁶.

Jeśli chodzi o sytuacje, do których odnosi się art. 1 ust. 4 PD I, to z uwagi na stosunkowo szeroką formułę, zastosowaną w tym artykule, właściwa w tym względzie wydaje się być interpretacja uwzględniająca kontekst historyczny. Analizując przypadki, w których dopuszczalne byłoby użycie siły w celu realizacji prawa do samostanowienia, Konferencja Dyplomatyczna skupiła się na trzech konkretnych i aktualnych wówczas problemach: kolonii portugalskich w Afryce, polityki apartheidu w Republice Południowej Afryki oraz terytoriów okupowanych przez Izrael w Palestynie¹⁷. W związku z powyższym, jedynie sytuacje związane ze zwierzchnictwem kolonialnym (które współcześnie już nie występują), obcą okupacją (ograniczoną jednakże do form okupacji stosowanej przez obce państwa) i reżimem rasistowskim (swoiste pojęcie obejmujące tylko historyczny już przypadek Republiki Południowej Afryki) mogą być uznawane za sytuacje uzasadniające odwołanie się do użycia siły w celu prowadzenia wojny narodowowyzwoleńczej. Międzynarodowy charakter tych wojen można natomiast wywnioskować z treści Deklaracji zasad prawa międzynarodowego z 1970 r., zgodnie z którą „terytorium kolonii lub innego terytorium niesamodzielnego ma, w świetle Karty, odrębny status od terytorium państwa nim zarządzającego i ów odrębny status w świetle Karty istnieje do czasu, gdy ludność kolonii lub terytorium niesamodzielnego zrealizuje swoje prawo do samostanowienia [...]”. Jeśli więc kolonie i obszary niesamodzielne charakteryzują się wspomnianą odrębnością, to mocarstwo kolonialne lub mocarstwo odmawiające terytorium prawa do samostanowienia, zwalczając ruch narodowowyzwoleńczy, angażuje się w międzynarodowy konflikt zbrojny¹⁸.

Odniesienie do zasady samostanowienia, określonej w Deklaracji zasad prawa międzynarodowego, prowadzi do jeszcze jednej konkluzji – zakaz naruszania integralności terytorialnej istniejących państw oznacza, że ruchy secesjonistyczne nie mogą liczyć na uznanie ich walki przeciw rządowi danego państwa za wojnę narodowowyzwoleńczą. Tym samym wojny domowe, działalność zbrojna ruchów separatystycznych, a nawet powstania przeciw represyjnym i oligarchicznym rządów nie są objęte formułą wyrażoną w art. 1 ust. 4 PD I. Ta ograniczona koncepcja zasady samostanowienia nie zostanie prawdopodobnie w jakimś znaczącym stopniu rozszerzona, bowiem żaden rząd nie ma interesu w podważaniu zasady integralności terytorialnej państw lub pośrednio swej własnej pozycji. Zakres zastosowania reguły określonej w PD I jest zatem bardzo ograniczony i taki praw-

¹⁶ Zob. L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edition, Manchester University Press, Manchester 2000, s. 63–64.

¹⁷ Zob. T. Meron, *The Time Has Come for the United States to Ratify Geneva Protocol I*, „American Journal of International Law”, vol. 88, 1994, s. 683.

¹⁸ R.R. Baxter, op. cit., s. 121–122.

dopodobnie pozostanie¹⁹. Można więc przyjąć, że dzięki Konferencji Dyplomatycznej krajom „trzeciego świata” udało się stworzyć specjalny reżim prawny, regulujący „antyimperialistyczne” walki o wyzwolenie, zapobiegając jednocześnie rozszerzeniu zakresu norm międzynarodowych na „zwykłe” niemiędzynarodowe konflikty zbrojne, które potencjalnie mogą być groźne dla nich samych²⁰.

Nie wszystkie zatem walki o wyzwolenie są regulowane art. 1 ust. 4, lecz jedynie pewna szczególna ich kategoria – wojny narodowowyzwoleńcze, służące realizacji prawa do samostanowienia. Jak już wspomniano, sytuacje „zwierzchnictwa kolonialnego” i „reżimów rasistowskich” mają obecnie znaczenie historyczne. Trzeci przypadek, „obca okupacja”, podczas Konferencji Dyplomatycznej budził sprzeciw głównie Izraela. Należy jednak wskazać, że sytuacje „obcej okupacji” mogą wykraczać poza przypadek terytoriów okupowanych w Palestynie. Obca okupacja może mieć miejsce nawet po całkowitej likwidacji kolonializmu i ostatecznym upadku reżimów rasistowskich²¹. Kategoria „obcej okupacji” mogłaby więc przypuszczalnie objąć takie przypadki, jak marokańska okupacja Sahary Zachodniej, okupacja Wschodniego Timoru przez Indonezję, interwencja radziecka w Afganistanie, interwencja wietnamska w Kambodży i być może również aneksja Erytrei przez Etiopię²². Problem jednak w tym, że w przypadkach „obcej okupacji”, w których PD I mógłby hipotetycznie zostać zastosowany, państwa oskarżane o to, że są „obcym okupantem”, będą zawsze kwestionować ten pogląd, twierdząc, że okupowane przez nie terytorium jest „integralną częścią ich terytorium państwowego” (jak uczyniły Maroko, Indonezja i Etiopia), bądź też będą usprawiedliwiać swoją interwencję „bratnią pomocą”, udzieloną na prośbę „legalnego i uznanego rządu”, zwykle powołanego wskutek tej interwencji. Wydaje się być więc wysoce nieprawdopodobne, by zastosowanie art. 1 ust. 4 w konkretnym przypadku zostało zaakceptowane przez wszystkie zaangażowane w konflikt strony. W rezultacie, art.

¹⁹ H.-P. Gasser, *An Appeal for Ratification by the United States*, „American Journal of International Law”, vol. 81, 1987, s. 917. Por. L.C. Green, op. cit., s. 61–62. Warto jednak zaznaczyć, że w doktrynie prawa międzynarodowego pojawiają się również poglądy odmienne – przykładowo, Elizabeth Chadwick uważa, iż po 1945 r. zakres zasady samostanowienia znacznie się poszerzył. Początkowo zasada ta obejmowała terytoria kolonialne, z czasem jednak „samostanowienie” zaczęło odnosić się również do ludów w państwach postkolonialnych oraz w tych państwach, w których naruszenia praw człowieka, dokonywane przez rząd, uzasadniają użycie przeciwko niemu siły w celu samoobrony lub zachowania tożsamości. Koniec „zimnej wojny” doprowadził do dalszego rozszerzenia zakresu omawianej zasady, zaczęły się bowiem na nią powoływać „ludy” byłych krajów bloku wschodniego. Podobnie jest w przypadku różnorodnych grup bądź „narodów” wysuwających roszczenia terytorialne i domagających się naprawienia „historycznych błędów” – próbują one realizować prawo do samostanowienia przede wszystkim w drodze secesji (zob. E. Chadwick, op. cit., s. 3–4).

²⁰ S. Oeter, *Terrorism and „Wars of National Liberation” from a Law of War Perspective. Traditional Patterns and Recent Trends*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”, vol. 49, 1989, s. 470.

²¹ Por. S. E. Nahlik, *Status prawny kombatanta*, „Sprawy Międzynarodowe”, nr 12, 1988, s. 117.

²² Por. S. Oeter, op. cit., s. 472.

1 ust. 4 ma raczej znaczenie polityczne i ideologiczne, a w praktyce trudno liczyć na jego skuteczne zastosowanie²³. Poza tym, jak podkreśla Stefan Oeter, art. 1 ust. 4 nie może być traktowany jako potwierdzający skrajny pogląd, zgodnie z którym legalność wojen narodowowyzwoleńczych stanowi część istniejącego już prawa zwyczajowego. Artykuł 1 ustęp 4 należy raczej postrzegać w kategoriach normy konstytucyjnej, przyznającej wojnom narodowowyzwoleńczym szczególny status prawny, nie zaś jako normę deklaratywną, potwierdzającą istniejące prawo zwyczajowe²⁴.

Podmiotowy aspekt art. 1 ust. 4 budzi większe wątpliwości interpretacyjne, w artykule jest bowiem mowa o „ludach” jako o podmiocie uprawnionym do realizacji prawa do samostanowienia. Problem w tym, że prawo międzynarodowe nie zawiera definicji legalnej „ludu” czy też „narodu”. Generalnie „naród” to grupa etniczna posiadająca wspólne, silne więzi historyczne, dyskusyjne jest już natomiast, jak głębokie powinny być więzi etniczne bądź jak powinny wyglądać wzajemne powiązania o charakterze terytorialnym, językowym czy religijnym. Stąd też pojęcie „narodu” formułowane jest częściej w oparciu o elementy subiektywne niż w oparciu o obiektywny stan rzeczy. Nie należy poza tym zapominać, że to przede wszystkim sama grupa decyduje, czy uważa się za „naród” oraz jakie warunki są konieczne do spełnienia, by do tej grupy należeć²⁵. W sensie ogólnym można jedynie wskazać, że do cech odróżniających narody mające prawo do samostanowienia od grup, którym to prawo nie przysługuje, należy zaliczyć: historię ich niepodległego lub samodzielnego bytu na ściśle określonym terytorium, własną, odrębną kulturę oraz wolę i zdolność do odzyskania suwerenności²⁶. Innymi słowy, termin „naród” oznaczałby te grupy, które mają wspólne cele polityczne, chcą żyć razem oraz łączą je silne i wyraźne więzi etniczne i/lub kulturalne. Bardziej rozbudowana i bardziej współczesna definicja „narodu” obejmuje grupy charakteryzujące się odrębnościami etnicznymi i/lub kulturalnymi, wykazujące stopień społecznej i/lub politycznej spójności wystarczającej do zastosowania rozwiązań siłowych lub przymusu wobec państwa²⁷.

Brak odpowiednich zasobów i środków, właściwy dla podmiotów niepaństwowych, powoduje jednak, iż działania zbrojne prowadzone przez ugrupowania i ruchy dążące do wyzwolenia narodu, w celu realizacji prawa do samostanowienia, przyjmują zwykle postać walki partyzanckiej, dość często też przybierają one formę aktów terrorystycznych. Gdyby nie fakt, że Konferencja Dyplomatyczna przyznała tym grupom częściową przynajmniej podmiotowość prawnomiędzynarodową oraz zmieniła zasady dotyczące

²³ S. Oeter, op. cit., s. 472–473.

²⁴ Ibidem, s. 471.

²⁵ Y. Dinstein, *Terrorism and War of Liberation: An Israeli Perspective of the Arab-Israeli Conflict* [w:] M. Cherif Bassiouni (red.), *International Terrorism and Political Crime*, Charles C. Thomas Publisher, Springfield 1975, s. 156–157.

²⁶ *Terrorism and human rights...*, punkt 29.

²⁷ Zob. E. Chadwick, op. cit., s. 5.

statusu kombatanta i jeńca, członkowie ruchów narodowowyzwoleńczych mogliby być uznawani za zwykłych przestępców i być zdani na łaskę i niełaskę strony przeciwnej. Co prawda nadanie podmiotowości niesie ze sobą możliwość korzystania z praw, ale i rodzi pewne obowiązki, zaś jedną z konsekwencji rozszerzenia zakresu PD I na wojny narodowowyzwoleńcze jest traktowanie aktów nielegalnej przemocy lub terroryzmu stosowanych przez lub w imieniu „narodów walczących o niepodległość” w kategoriach „ciężkich naruszeń” prawa humanitarnego, uznawanych za zbrodnie wojenne²⁸.

„Bojownik o wolność” – nowa kategoria kombatanta

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień, które pojawiało się zawsze przy próbach zdefiniowania wojny narodowowyzwoleńczej oraz ustalenia ścisłej granicy pomiędzy terroryzmem a realizacją zasady samostanowienia, było określenie statusu prawnego „bojowników o wolność”, czyli osób walczących z reżimami kolonialnymi, okupacyjnymi i rasistowskimi o wolność (niepodległość), przy założeniu, że osoby te występują w imieniu narodu, któremu przysługuje prawo do samostanowienia²⁹. W kontekście uznania wojen narodowowyzwoleńczych za międzynarodowe konflikty zbrojne, pojawiło się bowiem pytanie – czy „bojownikom o wolność” przysługuje status kombatanta i stanowiący jego konsekwencję status jeńca wojennego?

Jednoznaczne stanowisko w powyższej kwestii zajęło Zgromadzenie Ogólne ONZ w swoich rezolucjach – przykładowo, w rezolucji 2674 (XXV) z 9 grudnia 1970 r. dotyczącej poszanowania praw człowieka w konfliktach zbrojnych, Zgromadzenie Ogólne wezwało do traktowania uczestników ruchów oporu i bojowników o wolność w Afryce Południowej oraz na terytoriach podległych kolonialnej i obcej dominacji i okupacji, walczących o swe wyzwolenie i samostanowienie, jak jeńców wojennych. Z kolei w rezolucji 3103 (XXVIII) z 12 grudnia 1973 r., dotyczącej „podstawowych zasad statusu prawnego kombatantów walczących przeciwko kolonialnej i obcej dominacji oraz przeciwko reżimom rasistowskim”, Zgromadzenie w sposób bardziej ogólny uznało, iż wobec kombatantów walczących o wolność i samostanowienie powinno się stosować postanowienia konwencji genewskich (III i IV) z 1949 r. Takie podejście Zgromadzenia Ogólnego do problemu „bojowników o wolność” zostało zaakceptowane przez uczestników Konfe-

²⁸ Ibidem, s. 7.

²⁹ Por. Y. Dinstein, op. cit., s. 158–159. Termin „bojownik o wolność” nie jest jednak pojęciem prawnym, tzn. nie pojawia się i nie jest definiowany w PD I – wprowadzono go w niniejszym artykule w celu odróżnienia „bojowników o wolność” od innych kategorii osób walczących oraz w celu uwypuklenia jego charakterystycznych elementów. Szerzej na temat „bojowników o wolność” – zob. R.P. Barnidge, Jr, *Terrorism: Arriving at an Understanding of a Term* [w:] Michael J. Glennon, Serge Sur (red.), *Terrorisme et droit international / Terrorism and International Law*, Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2008, s. 184–191.

rencji Dyplomatycznej i w rezultacie art. 1 ust. 4 rozszerzył ochronę wynikającą z postanowień konwencji genewskich, dotyczących międzynarodowych konfliktów zbrojnych, na nową kategorię kombatantów – bojowników walczących z władzą kolonialną, obcą okupacją i reżimami rasistowskimi. Innymi słowy, osoby prowadzące w imieniu narodu działania zbrojne w wojnach narodowowyzwoleńczych otrzymały status kombatanta. Jednocześnie przyznano im określone prawa i nałożono pewne obowiązki wynikające zarówno z postanowień Protokołu, jak i z pozostałych norm traktatowych i zwyczajowych prawa humanitarnego³⁰.

Konsekwencją wprowadzenia przez PD I nowej kategorii kombatanta stało się swoiste poszerzenie zakresu pojęcia „siły zbrojne”, ściślej zaś – wyeliminowanie różnicy między oddziałami regularnymi i nieregularnymi. Artykuł 43 PD I definiuje bowiem „siły zbrojne” strony konfliktu jako siły składające się „ze wszystkich uzbrojonych i zorganizowanych sił, grup i oddziałów, które podlegają dowództwu odpowiedzialnemu przed tą stroną za postępowanie jego podwładnych, choćby ta strona była reprezentowana przez rząd lub władzę nie uznane przez stronę przeciwną”. Takie siły zbrojne powinny podlegać systemowi wewnętrznej dyscypliny, który by zapewniał m.in. poszanowanie przepisów prawa międzynarodowego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych. Zgodnie zaś z art. 43 ust. 2, członkowie tych sił są kombatantami i mają prawo bezpośredniego uczestniczenia w działaniach zbrojnych³¹. Powyższe elementy definicyjne niewątpliwie spełniają wymogi prawa humanitarnego, zarówno jeśli chodzi o prawo traktatowe, jak i zwyczajowe. W istocie, art. 43 potwierdza wymóg dotyczący istnienia dowództwa odpowiedzialnego za działania swoich podwładnych, wymóg dotyczący zorganizowania i podlegania dyscyplinie wewnętrznej, wymóg podporządkowania się jednej ze stron konfliktu, wreszcie wymóg postępowania zgodnego z prawami i zwyczajami wojennymi³². Należy przy tym zaznaczyć, że w świetle postanowień PD I, siły zbrojne ruchu narodowowyzwoleńczego muszą spełnić te same warunki, co inne siły zbrojne.

Zorganizowane na wzór wojskowy ruchy oporu i grupy partyzanckie na terytoriach okupowanych, jak również ruchy narodowowyzwoleńcze w sytuacjach określonych w art. 1 ust. 4 PD I, mogą zatem zostać zakwalifikowane do „sił zbrojnych” w rozumieniu art. 43, co wiąże się z nadaniem członkom tych ruchów i grup korzystnego dla nich statusu kombatanta. Fakt, iż „bojownicy o wolność” otrzymali ten status, powoduje, że są oni wyraźnie zobowiązani do postępowania zgodnego z prawami i zwy-

³⁰ Zob. A. Cassese, *The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts*, „International and Comparative Law Quarterly”, vol. 30, 1981, s. 417.

³¹ Tym samym osoba, która nie należy do sił zbrojnych, a która dopuściła się aktu przemocy w trakcie konfliktu zbrojnego, np. popełniła akt terrorystyczny, nie korzysta z przywilejów statusu kombatanta. Taka osoba powinna zostać osądzona i ukarana zgodnie z prawem wewnętrznym, z zastrzeżeniem, że będą w stosunku do niej zapewnione określone gwarancje procesowe (H.-P. Gasser, op. cit., s. 919).

³² Zob. I. Detter, *The Law of War*, 2nd edition, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s. 137.

czajami wojny. Reguła ta odnosi się zresztą do każdej ze stron wojny narodowowyzwoleńczej. W odniesieniu do ruchów narodowowyzwoleńczych działających w sytuacjach określonych w art. 1 ust. 4, Protokół umożliwił im – na podstawie art. 96 ust. 3 – złożenie jednostronnego oświadczenia do depozytariusza³³, w którym dany ruch zobowiązuje się do stosowania konwencji genewskich i PD I. Po otrzymaniu takiego oświadczenia przez depozytariusza, konwencje i Protokół stają się wiążące w równym stopniu dla wszystkich stron konfliktu – co oznacza, że ruch narodowowyzwoleńczy może korzystać z tych samych praw, co państwa-strony konwencji i PD I, ale jednocześnie ma takie same obowiązki, co wspomniane państwa³⁴.

Przekształcenie ruchów narodowowyzwoleńczych w *sui generis* podmioty prawa międzynarodowego oznacza w rezultacie, że są one związane prawem międzynarodowym³⁵. Jeśli więc ruch narodowowyzwoleńczy przyjmie ideologię i realizuje politykę, w świetle których „odrzuci” prawo humanitarne, jego „siły zbrojne” nie będą mogły powoływać się na artykuł 43, zaś członkom tych sił nie będzie przysługiwał status kombatanta. Nie oznacza to jednak, że jakiegokolwiek naruszenie praw i zwyczajów wojny popełnione przez pojedynczych kombatantów wywołuje generalny skutek w postaci pozbawienia sił zbrojnych ich statusu³⁶. Naruszenia dokonywane przez jednostki oceniane są w świetle reguł dotyczących indywidualnej odpowiedzialności karnej, której podlega każdy z członków sił zbrojnych³⁷.

Podleganie odpowiedzialnemu dowództwu oraz przestrzeganie praw i zwyczajów wojennych to jednak nie wszystkie tradycyjne warunki wymagane przez prawo humanitarne w odniesieniu do oddziałów nieregularnych. W świetle art. 1 Regulaminu haskiego z 1907 roku³⁸ oraz art. 4A (2) III Konwencji Genewskiej³⁹, członkowie takich oddziałów powinni jeszcze nosić

³³ Depozytariuszem Protokołu Dodatkowego I (podobnie jak konwencji genewskich) jest Szwajcarska Rada Związkowa (zob. art. 93 PD I).

³⁴ Theodor Meron zwraca jednak uwagę, że żaden z ruchów narodowowyzwoleńczych nie podjął konkretnych kroków w celu złożenia wspomnianego oświadczenia, być może dlatego, iż zaakceptowanie i przestrzeganie wszystkich zobowiązań wynikających z konwencji genewskich i PD I mogłoby się okazać dla nich ciężarem nie do udźwignięcia i napotykałoby na duże trudności (T. Meron, op. cit., s. 683).

³⁵ S. Oeter, op. cit., s. 473.

³⁶ Zgodnie z komentarzem MKCK do PD, art. 43 należy interpretować w ten sposób, że siły zbrojne ruchów narodowowyzwoleńczych muszą przestrzegać prawa międzynarodowego stosowanego w konfliktach zbrojnych, jest to bowiem warunek konstytutywny (niezbędny) dla uznania takich sił. Nieprzestrzeganie tego prawa prowadzi do utraty przez członków ruchów narodowowyzwoleńczych korzyści wynikających z posiadania statusu kombatanta i jeńca wojennego, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, red. Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann, International Committee of the Red Cross, Geneva 1987, s. 522–525).

³⁷ H.-P. Gasser, op. cit., s. 919.

³⁸ Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej, będący załącznikiem do IV Konwencji Haskiej dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej z 18 października 1907 r. (Dz.U. z 1927 r., Nr 21, poz. 161).

³⁹ Konwencja Genewska (III) o traktowaniu jeńców wojennych z 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r., Nr 38, poz. 175).

„stałą i dającą się rozpoznać z daleka odznakę wyróżniającą” oraz jawnie nosić broń. Warunków tych nie uwzględniono w art. 43 PD I. Niemniej jednak, choć sformułowania art. 43 są bardziej elastyczne niż język użyty w konwencjach genewskich, warunki dotyczące statusu kombatanta wymagają odczytywania ich w kontekście i przy uwzględnieniu innych postanowień PD I⁴⁰.

Konferencja Dyplomatyczna musiała zmierzyć się z odwiecznym problemem prawa wojny: walką partyzancką. Mówiąc ogólnie, w tzw. asymetrycznym konflikcie zbrojnym jego słabsza strona często nie może przestrzegać wspomnianych wyżej warunków wymaganych od kombatantów. Takie sytuacje zdarzają się głównie podczas okupacji przez obce siły zbrojne lub w wojnach narodowowyzwoleńczych. Noszenie munduru lub stałe noszenie odznaki rozpoznawczej oraz jawne noszenie broni mogłoby dla partyzantów oznaczać całkowitą klęskę – rozporządzający olbrzymią przewagą techniczną przeciwnik bez trudu identyfikowałby członków oddziałów partyzanckich i bez skrupułów ich likwidował⁴¹. Z drugiej strony, możliwość odróżniania kombatantów od nie-kombatantów jest niezwykle istotna dla właściwego funkcjonowania prawa wojny. Zasada rozróżniania wymaga, by ci, którzy mogą być atakowani (ponieważ sami korzystają z prawa do użycia broni), odróżniali się od tych, którzy atakowani być nie mogą. Tylko w ten sposób można, w sensie praktycznym, zapewnić ludności cywilnej ochronę przed skutkami działań wojennych⁴².

W omawianej kwestii należy odwołać się do art. 44 ust. 3 PD I – w pierwszym zdaniu ustępu 3 nie określono co prawda, w jaki sposób kombatanci powinni odróżniać się od osób cywilnych (brak tam jakiegokolwiek wzmianki o „stałej i dającej się rozpoznać z daleka odznace wyróżniającej”), nadal jednak na kombatantach ciąży obowiązek odróżniania się od ludności cywilnej podczas przeprowadzania ataku lub w trakcie wojskowej operacji przygotowawczej do ataku. Postanowienie to należy łączyć z art. 37 ust. 1 (c) PD I, który za akt wiarołomstwa, będący zbrodnią wojenną, uznaje „udawanie posiadania statusu osoby cywilnej lub niekombatanta”.

Wspomniane wyżej pierwsze zdanie art. 44 ust. 3 można traktować jako zasadę – regułę generalną wprowadzającą pewien rygorystyczny standard. Bardziej liberalna i jednocześnie bardziej kontrowersyjna jest natomiast reguła ustanowiona w drugim zdaniu art. 44 ust. 3, zgodnie z którą „w toku konfliktów zbrojnych istnieją sytuacje, gdy wskutek charakteru działań zbrojnych uzbrojony kombatant nie może odróżniać się od ludności cywilnej” w sposób wymagany przez regułę generalną. Niemniej jednak „zachowuje on swój status kombatanta pod warunkiem, że w takich sytuacjach nosi otwarcie broń:

- a) w czasie każdego starcia zbrojnego;
- b) gdy jest widoczny dla nieprzyjaciela podczas rozwinięcia wojskowego, poprzedzającego rozpoczęcie ataku, w którym ma uczestniczyć”.

⁴⁰ I. Detter, op. cit., s. 137.

⁴¹ Zob. S.E. Nahlik, op. cit., s. 110.

⁴² H.-P. Gasser, op. cit., s. 919.

Co istotne, działania podejmowane w takich sytuacjach nie są uważane za akty wiarołomstwa.

Pojawia się jednak pytanie, kiedy powyższe postanowienie znajdzie zastosowanie, a także co należy rozumieć pod pojęciem „sytuacji, gdy wskutek charakteru działań zbrojnych uzbrojony kombatan nie może odróżniać się od ludności cywilnej”. Zgodnie z Komentarzem MKCK do PD I, sytuacje takie mogą zachodzić wyłącznie na terytorium okupowanym lub podczas wojen narodowowyzwoleńczych. W pozostałych przypadkach stosuje się regułę generalną określoną w pierwszym zdaniu art. 44 ust. 3⁴³. Innymi słowy, obowiązek odróżniania się od ludności cywilnej w określonych okolicznościach stanowi regułę, a owa „niemożność” – wyjątek od reguły, musi być – według ogólnych zasad interpretacji – interpretowany bardzo ściśle⁴⁴. Znaczenie drugiego kluczowego sformułowania, czyli „rozwinęcia wojskowego, poprzedzającego rozpoczęcie ataku”, jest już mniej oczywiste. Stany Zjednoczone i Wielka Brytania, przy podpisywaniu PD I, oświadczyły, że zwrot ten oznacza „każdy ruch w kierunku miejsca, z którego przeprowadzony będzie atak”. Taka interpretacja odzwierciedla też poglądy wielu innych państw-stron Protokołu, nie tylko zresztą państw zachodnich⁴⁵. Co się zaś tyczy wymogu otwartego noszenia broni przez kombatanę w okolicznościach, określonych w drugim zdaniu art. 44 ust. 3, Waldemar Solf uważa, iż kombatan musi otwarcie nosić broń przez cały czas, gdy jest widoczny dla przeciwnika podczas przemieszczania się z miejsca, z którego przeprowadzany jest atak⁴⁶.

„Bojownikowi o wolność”, który spełnia wymagania stawiane przez drugie zdanie art. 44 ust. 3 w sytuacjach, gdy norma ta znajduje zastosowanie, przysługuje status kombatan i jeńca wojennego, nie może on również być oskarżony o akt wiarołomstwa w rozumieniu art. 37 ust. 1 (c). Oczywiście, jeśli konflikt zbrojny toczy się na terytorium państwa, które nie ratyfikowało PD I, „bojownicy o wolność” będą przez rząd tego państwa uważani za członków zbrojnej opozycji (zwykle zaś za rebeliantów i/lub przestępców). W przypadku ich schwytania nie będą więc oni traktowani jak jeńcy wojenni, należy jednak pamiętać, że strona trzecia, która ratyfikowała PD I, ma obowiązek uznać tych bojowników za kombatanów⁴⁷.

⁴³ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977 – *Commentary* (Art. 44), <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750054?OpenDocument>. Zob. też M. Bothe, K.-J. Partsch, W.A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston 1982, s. 241–258; H.-P. Gasser, op. cit., s. 920.

⁴⁴ S.E. Nahlik, op. cit., s. 117.

⁴⁵ H.-P. Gasser, op. cit., s. 920. Pojawiły się również inne interpretacje – przykładowo, według przedstawiciela OWP, omawiany zwrot oznacza, że kombatan musi się odróżniać jedynie w ostatnim momencie, zanim padnie pierwszy strzał (ibidem, s. 921).

⁴⁶ W.A. Solf, *A Response to Douglas J. Feith's Law in the Service of Terror – The Strange Case of the Additional Protocol*, „Akron Law Review”, vol. 20, 1986, s. 276.

⁴⁷ Por. A.W. Dahl, *The Legal Status of the Opposition Fighter in International Armed Conflicts*, „Revue de droit militaire et de droit de la guerre”, vol. 43, 2004, s. 140.

Doktryna nie jest w pełni zgodna, czy „bojownik o wolność” może być sądzony za naruszenie reguły generalnej, ustalonej w pierwszym zdaniu art. 44 ust. 3. Wydaje się jednak, iż jest to możliwe⁴⁸. Bezpośredni atak przeprowadzony w przebraniu cywilnym jest nie tylko zakazany, lecz stanowi ponadto akt wiarołomstwa. Status „bojownika o wolność”, który działa niezgodnie z art. 44 ust. 3 – gdy zdanie drugie nie znajduje w jego przypadku zastosowania, albo gdy nie spełnia on wymagań określonych w zdaniu drugim w sytuacji, która się do niego odnosi – jest regulowany art. 44 ust. 4. Artykuł ten stanowi, że członek oddziału nieregularnego, który dostanie się w ręce strony przeciwnej i który popełnił zbrodnię wojenną jest, co do zasady, pozbawiony statusu jeńca i może być sądzony i ukarany jako zbrodniarz wojenny⁴⁹. Należy mu jednak zagwarantować traktowanie równoważne z tym, które przysługuje jeńcom. Wydaje się wszakże, że owo traktowanie „analogiczne” z jenieckim ma trwać jedynie do momentu osądzenia danej osoby, stanowi zatem *sui generis* gwarancję procesową. Odnośny zwrot należy zresztą niewątpliwie interpretować w związku z art. 44 ust. 2, który przewiduje odpowiedzialność za nieprzestrzeganie norm prawa konfliktów zbrojnych⁵⁰. Tym samym naruszenie przez bojownika art. 44 ust. 3 nie pozostaje bezkarne – w takiej sytuacji będzie on odpowiadał za wspomnianą wyżej zbrodnię wiarołomstwa.

W odniesieniu do „bojowników o wolność” zastosowanie znaleźć może również art. 45 PD I, zgodnie z którym w przypadku każdej osoby, która bierze udział w działaniach zbrojnych i która zostanie schwytana przez stronę przeciwną, domniemywa się, że jest ona jeńcem wojennym. W razie jakiegokolwiek wątpliwości co do prawa do statusu jeńcy wojennego, taka osoba nadal korzysta z tego statusu (i w związku z tym z ochrony III Konwencji Genewskiej i PD I) do czasu ustalenia jej statusu przez „właściwy sąd”. Co więcej, jeżeli okaże się, że osoba schwytana dopuściła się czynów uznawanych przez mocarstwo zatrzymujące za przestępstwa (związane z działaniami zbrojnymi), może ona podnieść kwestię swego prawa do statusu jeńcy wojennego przed sądem orzekającym. Choć nie zostało to dokładnie wyjaśnione, kwestia statusu takiej osoby powinna zostać rozstrzygnięta przed wydaniem orzeczenia co do przestępstwa, jeśli bowiem osoba ta jest uprawniona do statusu jeńcy, jej działania zbrojne będą wówczas działaniami kombatanta i niekoniecznie muszą stanowić przestępstwo. Nadal jednak osoba ta może być sądzona za jakąkolwiek zbrodnię wojenną, której się dopuściła⁵¹.

⁴⁸ W.A. Solf, op. cit., s. 276.

⁴⁹ W tym sensie, art. 44 zrównuje pozycję „nieregularnych” z członkami regularnych sił zbrojnych (Ch. Greenwood, op. cit., s. 204).

⁵⁰ S.E. Nahlik, op. cit., s. 118.

⁵¹ L.C. Green, op. cit., s. 112.

Działania militarne „bojowników o wolność” a terroryzm

Skoro wojny narodowowyzwoleńcze uważane są w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego za konflikty zbrojne o charakterze międzynarodowym, normy tego prawa powinny być w sposób absolutny przestrzegane przez każde ugrupowanie, które określa się mianem ruchu narodowowyzwoleńczego. Tym samym zabronione jest stosowanie terroryzmu w walkach narodowowyzwoleńczych, choć oczywiście sama walka narodowowyzwoleńcza terroryzmem nie jest. Wojny narodowowyzwoleńcze są bowiem wojnami, których niewątpliwie szczytnym celem jest uzyskanie niepodległości. Terroryzm zaś to metoda prowadzenia walki, stosowana zarówno w czasie wojny, jak i pokoju, wykorzystywana nie tylko przez „bojowników o wolność”, ale także przeciwko nim⁵². Słuszność sprawy nie uzasadnia jednak zastosowania niektórych form przemocy, nie tylko przeciw osobom niewinnym, lecz także przeciw członkom sił zbrojnych wroga⁵³.

Niestety, niektórzy zwolennicy ruchów narodowowyzwoleńczych przeprowadzali zamachy nie tylko na przedstawicieli wrogiego względem nich aparatu ucisku, lecz atakowali również bezbronnych i niezainteresowanych ich walką ludzi, nie zawsze zresztą będących obywatelami państwa „zaborczego”. Historia wojen narodowowyzwoleńczych dostarcza wielu dowodów na stosowanie przez „bojowników o wolność” represji wobec ludności cywilnej, aby zdobyć i utrzymać nad nią kontrolę. Przykładowo, Front Wyzwolenia Narodowego (*Front Liberation Nationale* – FLN) podczas walk o niepodległość Algierii wymordował około 16 tysięcy muzułmanów, za sprawą FLN przepadło też bez śladu 50 tysięcy kolejnych. Szacuje się również, że w starciach wewnątrz samej organizacji śmierć poniosło 12 tysięcy jej członków. Innym przykładem może być działalność Afrykańskiego Kongresu Narodowego (*African National Congress* – ANC), przed objęciem rządów w RPA powszechnie uważanego za ruch narodowowyzwoleńczy zaangażowany w legalną walkę przeciwko apartheidowi. Komisja Prawdy i Pojednania dla Afryki Południowej (*Truth and Reconciliation Commission of South Africa* – TRC) w swoim raporcie z 21 marca 2003 r. przyznała, iż ANC w czasie swojej walki zasadniczo postępował zgodnie z prawem humanitarnym. Jednakże zbrojne skrzydło ANC – *Umkhonto we Sizwe* („Włócznia Narodu”) – dopuszczało się w swej militarnej działalności szeregu naruszeń prawa humanitarnego i praw człowieka. Jako przykłady Komisja podaje dokonywane bez rozróżnienia i niezaplanowane ataki na osoby sprzeciwiające się oficjalnej polityce ANC, przeprowadzanie operacji wojskowych skutkujących śmiercią osób cywilnych, przeprowadzanie zamachów na osoby podejrzewane o zdradę, w których ginęły również osoby

⁵² Y. Dinstein, op. cit., s. 155.

⁵³ Por. B. Wierzbicki, *Terroryzm międzynarodowy. Pojęcie, źródła, zwalczanie*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych”, nr 20, 1978, s. 173.

postronne, stosowanie tortur, czy odmowę prawa do sprawiedliwego procesu podejrzanym o akcje sabotażowe. Wszystkie te działania są w świetle prawa humanitarnego jego ciężkimi naruszeniami⁵⁴.

Cechą charakterystyczną wszystkich wojen narodowowyzwoleńczych jest ich asymetryczność, która wymusza niejako na „bojownikach o wolność” prowadzenie działań militarnych w formie walki partyzanckiej, z wszelkimi nieodzownymi jej właściwościami, jak nieujawnianie się przedwcześnie, działanie w małych grupach, zaskakiwanie przeciwnika, czy wciąganie go w różnego rodzaju pułapki⁵⁵. Wybór środków i metod walki dokonywany przez ugrupowania partyzanckie najczęściej podyktowany jest okolicznościami lub zaistniałą sytuacją. Co istotne, w czasie asymetrycznych konfliktów zbrojnych linia rozgraniczająca terroryzm od działań partyzanckich bywa zwykle trudna do ustalenia, zwłaszcza, że słabsza strona konfliktu dość często ucieka się do niedozwolonych metod szkolenia przeciwnikowi. Terroryzm często jest więc mylony lub zrównywany z wojną partyzancką, traktowany jak jej synonim⁵⁶. Nie jest to pełnym zaskoczeniem, ponieważ „nieregularni” często stosują tę samą taktykę (zabójstwa, porwania, podkładanie bomb, branie zakładników itd.) w tych samych celach (aby zastraszyć lub przymusić, a więc wpłynąć na zachowanie przez wzbudzenie strachu), co terroryści⁵⁷.

Terroryzmu nie można jednak mieszać z walką partyzancką, ponieważ terroryzm nie jest stosowany wyłącznie w czasie wojen, a partyzanci, którzy przestrzegają praw i zwyczajów wojennych (np. powstrzymując się od ataków na obiekty cywilne) nie mają nic wspólnego z terrorystami – są po prostu oddziałami nieregularnymi⁵⁸. Słowo „partyzant” (*guerrillero*) w najbardziej powszechnie akceptowanym użyciu odnosi się do liczbowo większej grupy uzbrojonych osobników, którzy działają jako jednostka wojskowa, atakują siły militarne nieprzyjaciela, zdobywają i utrzymują teren (choćby tylko przelotnie), sprawując równocześnie jakąś formę suveren-

⁵⁴ Zob. *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, 21 March 2003, <http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/rep.pdf>, s. 642–669.

⁵⁵ Por. S.E. Nahlik, op. cit., s. 110.

⁵⁶ Zdaniem Fritza Kalshovena, wojna partyzancka i terroryzm to szczególne metody i formy walki, które mogą być stosowane zarówno w konfliktach wewnętrznych, jak i międzynarodowych. Obie te formy charakteryzuje różnorodność wykorzystywanych przez nie środków. Walka partyzancka stanowi bardziej ogólną metodę walki, która może stosować terroryzm jako jeden ze środków (F. Kalshoven, *The position of the guerrilla fighters under the law of war*, „Revue de droit penal militaire et de droit de la guerre”, vol. XI, No. 2, 1972, s. 58–91).

⁵⁷ B. Hoffmann, *Oblicza terroryzmu*, „Politeja”, Warszawa 1999, s. 39. Łączenie elementów walki partyzanckiej z działalnością terrorystyczną jest charakterystyczne dla *guerrilleros* z Ameryki Łacińskiej. Świetlisty Szlak (*Sendero Luminoso*), Rewolucyjne Siły Zbrojne Kolumbii (FARC) czy Narodowa Armia Wyzwoleńcza (ELN) sprawują władzę nad określonym terytorium, okupują miasta i przeprowadzają ataki na posterunki policji i konwoje wojskowe, co nie przeszkadza im zajmować się równocześnie działalnością terrorystyczną polegającą m.in. na podkładaniu bomb czy braniu zakładników (zob. A. Merari, *Terrorism as a Strategy of Insurgency*, „Terrorism and Political Violence”, vol. 5, No. 4, 1993, s. 242).

⁵⁸ Y. Dinstein, op. cit., s. 164.

ności czy kontroli nad określonym obszarem geograficznym i jego mieszkańcami. W walce partyzanckiej stosuje się najczęściej taktykę „uderz i uciekaj” (*hit and run*), wymierzoną w siły zbrojne przeciwnika, w celu osłabienia jego zdolności militarnych. Terroryści natomiast nie działają otwarcie jako uzbrojone oddziały, na ogół nie próbują zdobywać czy utrzymywać terytorium, świadomie unikają angażowania w walkę sił zbrojnych nieprzyjaciela i rzadko sprawują bezpośrednią kontrolę czy władzę nad jakimś terenem czy ludnością⁵⁹. Terroryzm wykorzystuje ponadto ślepą przemoc przeciwko osobom i obiektom cywilnym w celu szerzenia terroru i destabilizowania istniejącego porządku⁶⁰. Co więcej, terroryzm nie uznaje żadnych linii demarkacyjnych w sensie geograficznym, nie godzi się także na istnienie jakichkolwiek stref, gdzie obowiązywałoby zawieszenie broni lub zakaz prowadzenia działań zbrojnych. Terroryzm jest więc wyraźnie zabroniony przez prawa i zwyczaje wojny. Jako strategia zaś terroryzm to przede wszystkim oddziaływanie psychologiczne pozbawione materialnych elementów walki partyzanckiej⁶¹.

Różnice między legalnymi działaniami partyzanckimi a aktami terroryzmu można jasno wyłumaczyć na przykładzie akcji sabotażowych, stanowiących jedną z typowych form wojny partyzanckiej. Ich celem jest zwykle przerwanie komunikacji i odcięcie przeciwnika od dostaw zaopatrzenia. Są one częścią strategii określanej mianem „wojny na wyczerpanie”, służącej osłabieniu sił nieprzyjaciela i zmuszenia go do poddania. Co istotne, celem akcji sabotażowych są obiekty o znaczeniu militarnym, nie zaś obiekty lub osoby cywilne. Co prawda w wyniku sabotażu mogą przypadkowo ponieść śmierć osoby cywilne, jeśli jednak sabotaż ma być zgodny z prawem humanitarnym, jego głównym celem musi być zniszczenie wojskowych struktur przeciwnika. W przypadku, gdy akcja sabotażowa świadomie kierowana jest przeciwko ludności cywilnej, przyjmuje ona charakter aktu terrorystycznego. Podobnie, jeśli atak sabotażystów ma charakter nieukierunkowany, jest więc atakiem bez rozróżnienia⁶². Co więcej, jeśli kombatanci, lub ściślej, „bojownicy o wolność”, zbliżając się do celu sabotażu lub w czasie akcji sabotażowej, noszą ubrania cywilne lub mundury przeciwnika,

⁵⁹ B. Hoffman, op. cit., s. 39. Por. też W. Laqueur, *Guerilla: A Historical and Critical Study*, Little, Brown and Co., Boston-Toronto 1976, s. XI. Na temat tzw. terroryzmu miejskiego zob. W. Laqueur, *Terrorism*, Little, Brown and Co., London 1980, s. 213.

⁶⁰ Jak zauważył sędzia MTS Pieter Hendrik Kooijmans w zdaniu odrębnym, odnoszącym się do opinii doradczej MTS w sprawie konsekwencji prawnych budowy tzw. muru izraelsko-palestyńskiego (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory – Advisory Opinion*): „celowe i dokonywane bez rozróżnienia ataki wymierzone w osoby cywilne z zamiarem pozbawienia ich życia stanowią kluczowy element terroryzmu [...]” (zob. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory – Separate Opinion of Judge Kooijmans*, ICJ Reports 2004, s. 221, punkt 5).

⁶¹ Por. A. Merari, op. cit., s. 224. Zob. też J. Toman, *Terrorism and the Regulation of Armed Conflicts*, w: *International Terrorism and Political Crimes*, red. M. Cherif Bassiouni, Charles C. Thomas Publisher, Springfield 1975, s. 145.

⁶² E. Rosenblad, op. cit., s. 110.

stają się winni zbrodni wiarołomstwa, która stanowi ciężkie przestępstwo, również w przypadku wojen narodowowyzwoleńczych⁶³.

Jak zatem odróżniać „bojowników o wolność” od terrorystów? Generalnie można przyjąć, że „terroryzm” i „walka o wolność” to pojęcia, które opisują dwa odmienne aspekty ludzkich zachowań. Pierwsze pojęcie odnosi się do metody walki, a drugie – do jej przyczyny. Mogą zatem istnieć ugrupowania, które walcząc w imię wolności i niepodległości stosują metody charakterystyczne dla terroryzmu, z drugiej jednak strony, wiele ruchów narodowowyzwoleńczych w celu realizacji swoich dążeń może powstrzymać się od używania siły, w tym od przeprowadzania zamachów terrorystycznych. Innymi słowy, członkowie niektórych zbrojnych ugrupowań ze względów ideologicznych są niejako jednocześnie „terrorystami” i „bojownikami o wolność”, członkowie innych grup będą zaliczani tylko do jednej z tych kategorii, mogą wreszcie istnieć takie ugrupowania, które prowadzą walkę w sposób bezkrwawy, w żadnym też wypadku nie stosują terroryzmu⁶⁴. Właściwego rozróżnienia pomiędzy „terrorystami” a „bojownikami o wolność” można zatem dokonać dopiero po dokładnej analizie konkretnego przypadku, przy uwzględnieniu odpowiednich postanowień konwencji genewskich i PD I. W sensie ogólnym jednak działania ruchów narodowowyzwoleńczych mogą być klasyfikowane jako operacje militarne regulowane prawem humanitarnym i legalne w świetle tego prawa tak długo, jak długo są one prowadzone przeciwko nieprzyjacielskim siłom zbrojnym na terytorium kontrolowanym przez przeciwnika⁶⁵. Krótko mówiąc, traktowanie sprawy, o którą walczy ruch narodowowyzwoleńczy, za słuszną, nie oznacza, że członkowie tego ruchu nie muszą postępować słusznie (zgodnie z prawem humanitarnym) podczas prowadzenia swojej walki.

Wnioski końcowe

Analiza problematyki statusu członków ruchów narodowowyzwoleńczych w świetle współczesnego międzynarodowego prawa humanitarnego skłania do sformułowania kilku ogólnych konkluzji. Przede wszystkim należy podkreślić, że „bojownikom o wolność” przysługiwać będzie status kombatanta i jeńca jedynie w przypadku ich udziału w wojnie narodowowyzwoleńczej, czyli w wojnie prowadzonej w celu realizacji prawa narodów do samostanowienia, od 1977 r. uznawanej za międzynarodowy konflikt

⁶³ Zob. art. 8 ust. 2 (e) (i) Statutu Rzymskiego Międzynarodowego Trybunału Karnego (Dz.U. z 2003 r., Nr 78, poz. 708).

⁶⁴ Por. A. Merari, op. cit., s. 226.

⁶⁵ Warto przy okazji dodać, że „tajne operacje” na terytorium neutralnym przy użyciu strategii terrorystycznej mogą być potraktowane jako czyny przestępcze przez państwo, do którego to terytorium należy, bez względu na fakt, czy zostały one dokonane przez tajne służby uznanego państwa, czy przez „agentów wywiadu” lub członków „zbrojnego ramienia” ruchu narodowowyzwoleńczego (S. Oeter, op. cit., s. 478).

zbrojny. Zgodnie zaś z art. 1 ust. 4 PD I, wojny takie mają miejsce tylko w sytuacji walki przeciw zwierzchnictwu kolonialnemu, obcej okupacji oraz reżimom rasistowskim. Co istotne, w czasie każdego konfliktu zbrojnego strony walczące obowiązane są przestrzegać praw i zwyczajów wojennych (*ius in bello*), bez względu na legalność takiego konfliktu w świetle prawa do wojny (*ius ad bellum*) oraz fakt, czy działania wojenne prowadzone są w imię uzasadnionej prawnie samoobrony, czy też jest to zakazany akt agresji. Decydujące znaczenie dla statusu kombatantha nie mają bowiem motywy leżące u podstaw walki, lecz sposób, w jaki jest ona prowadzona⁶⁶.

Reguły umożliwiające przyznanie „bojownikom o wolność” statusu kombatantha (art. 43 i art. 44 PD I) nie wyłączają zatem obowiązku postępowania zgodnego z prawem humanitarnym, żaden też z obu wspomnianych artykułów w żaden sposób nie bagatelizuje zakazu aktów terroryzmu. Protokół Dodatkowy I ani nie chroni terrorystów, ani nie pozwala „bojownikom o wolność” na prowadzenie operacji wojskowych „w przebraniu” osób cywilnych. Problem rozróżnienia między „terrorystami” i „bojownikami o wolność” leży zatem w kwestii uznania. W opinii Elizabeth Chadwick, „przemoc terrorystyczna jest często wykorzystywana przez ruchy narodowowyzwoleńcze jako część ich politycznej i ideologicznej strategii. Przemoc ta staje się zatem taktyką mającą zwykle na celu uzyskanie międzynarodowego współczucia, osiągnięcie pewnego stopnia politycznej interakcji z zaatakowanym państwem oraz nawiązanie stosunków prawnych z zastraszonym rządem w celu uzyskania równej pozycji w przyszłych negocjacjach”⁶⁷. Nieograniczone prawo do używania siły zbrojnej nie było jednak nigdy powszechnie uznawane, nawet przy akceptacji poglądu, że ruchy narodowowyzwoleńcze mogą legalnie uciec się do działań zbrojnych w celu realizacji ich fundamentalnego prawa do samostanowienia. Jak już wyżej wspomniano, kwestia, czy dany konflikt zbrojny można uzasadnić prawnie, czy też jest on bezprawny, nie ma wpływu na ocenę statusu prawnego „bojowników o wolność” czy jakichkolwiek innych kombatanthów.

Istotne jest również, iż zakazy wyrażone w międzynarodowym prawie humanitarnym skupiają się na naturze i skutkach nielegalnych działań zbrojnych. Traktatowe i zwyczajowe prawo humanitarne w sposób absolutny i bez żadnych wyjątków zabrania aktów terrorystycznych popełnianych w trakcie jakichkolwiek konfliktów zbrojnych. Prawo humanitarne nie definiuje co prawda terroryzmu, zawiera jednak szereg postanowień, które w bezpośredni lub pośredni sposób odnoszą się do działań o charakterze terrorystycznym, uznając je za niedozwolone metody walki. Co więcej, zasady i normy prawa humanitarnego w jednakowy sposób oceniają postępowanie rządów i zorganizowanych ugrupowań zbrojnych, piętnując zachowania niezgodne z prawem bez względu na podmiot za nie odpowiedzialny. Każde państwo-strona konwencji genewskich ma więc obowiązek ścigać

⁶⁶ E. Rosenblad, op. cit., s. 123.

⁶⁷ E. Chadwick, op. cit., s. 8.

sprawców zbrodni wojennych, a następnie ich osądzić bądź dokonać ich ekstradycji – od tego obowiązku nie ma bowiem wyjątku w postaci politycznego charakteru przestępstwa⁶⁸. Międzynarodowe prawo humanitarne stanowi zatem neutralne forum, na gruncie którego „bojownicy o wolność” stosujący metody terrorystyczne odpowiadają za swe nielegalne czyny i mogą być za nie ukarani⁶⁹.

Reguły określone w PD I pozwalają poddać członków ruchów narodowowyzwoleńczych ścisłemu reżimowi prawnemu. W celu korzystania z praw zawartych w PD I, ruch narodowowyzwoleńczy musi „zapłacić cenę”: składając deklarację zgodnie z art. 96 ust. 3, zobowiązuje się przestrzegać wszystkich praw i zwyczajów wojennych. Tym samym PD I nie osłabia prawa humanitarnego. Przeciwnie, postanowienia szczególne Protokołu dotyczące wojen narodowowyzwoleńczych i statusu kombatantha mają być zachętą dla omawianych ruchów, by stosowały się do przyjętych standardów humanitarnych – dla dobra i ochrony ludności cywilnej⁷⁰.

FREEDOM FIGHTERS OR TERRORISTS? MEMBERS OF THE NATIONAL LIBERATION MOVEMENTS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Key words: freedom fighters, terrorism; war of national liberation; Additional Protocol I.

Summary

Additional Protocol I of 1977, as stipulated in art. 1 subparagraph 4 thereof, has adopted a principle according to which wars of national liberation, i.e. armed conflicts fought in the exercise of the nations' rights of self-determination are recognized as international armed conflicts. The above principle, however, refers only to circumstances when a war of national liberation is fought against colonial domination, alien occupation and against racist regimes. Participants of such wars, members of national liberation movements – “freedom fighters” – provided they are organized after the military fashion, are subject to self-discipline and comply with laws and customs of war should be treated as combatants – members of armed forces of a party to the conflict. “Asymmetry” of wars of national liberation forces the “freedom fighters” to conduct hostilities in a form of guerrilla warfare which may, among others, hinder the observance of the obligation to distinguish oneself from the civilian population. Although the Additional Protocol I admits, in situations envisaged in art. 44 subparagraph 3, a departure from the above principle, it must be emphasised that it is deemed to be an exception which is to be construed very precisely according to the general rules of interpretation. Moreover, guerrilla warfare should not be confused with acts of terrorism, which are always forbidden, irrespective of the nature of armed conflict, since international humanitarian law constitutes a neutral forum on grounds of which combatants (including “freedom fighters”) who practice terrorism are liable for their illegal actions and may be punished.

⁶⁸ Należy zaznaczyć, że „ciężkie naruszenia” konwencji genewskich i PD I nie są i nie mogą być uznawane za przestępstwa polityczne.

⁶⁹ E. Chadwick, *op. cit.*, s. 8.

⁷⁰ Por. H.-P. Gasser, *op. cit.*, s. 922.

Joanna Nowakowska-Matusecka

Uniwersytet Śląski, Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego i Prawa Europejskiego

Dzieci-żołnierze i sprawiedliwość *casus* Sierra Leone

Słowa kluczowe: prawa dziecka, konflikty zbrojne, dzieci-żołnierze, Specjalny Trybunał dla Sierra Leone, Komisja Prawdy i Pojednania, międzynarodowa odpowiedzialność karna.

1. Wprowadzenie

W 2005 r. w belgijskiej telewizji ukazała się kreskówka przygotowana przez UNICEF przedstawiająca znane wszystkim dzieciom smerfy, które wesoło bawiły się w swojej wiosce. Tym razem nie była to bajka dla dzieci, jako że wioska nagle została zbombardowana, zginęła Smerfetka, a inne smerfy w panice i z płaczem zaczęły szukać schronienia. Na zakończenie pojawił się napis: *Nie pozwól, by wojna wpłynęła na życie naszych dzieci*. Film był brutalny, dlatego stacje telewizyjne pokazywały go w późnych godzinach wieczornych. Był on przesłaniem trwającej nieustannie kampanii, której celem jest ukazanie dramatu dzieci, dotkniętych konfliktami zbrojnymi na całym świecie, zwłaszcza w Afryce, Ameryce Łacińskiej i Azji. Można, niestety, podać również przykłady europejskie, nie tak bardzo odległe w czasie. Największym problemem, objętym kampanią nie tylko UNICEF-u, ale także wieku organizacji pozarządowych, jest rekrutowanie dzieci do sił zbrojnych i grup paramilitarnych. UNICEF oraz inne organizacje zajmujące się ochroną praw człowieka podają, że takich dzieci-żołnierzy jest na świecie około 300 tysięcy¹.

Udział dzieci w wojnach nie jest zjawiskiem, które pojawiło się dopiero w ostatnich kilkunastu czy kilkudziesięciu latach. Historia podaje wiele takich przykładów. Są nim między innymi wydarzenia, które miały miejsce w 1212 r. Po wyprawach krzyżowych, w których udział brali przede wszystkim władcy, możni i rycerze, doszło do krucjaty dziecięcej. Dzieci, zgromadzone wokół francuskiego pastuszka Stefana i dziesięcioletniego

¹ *Drastyczna kreskówka UNICEF-u. Smerfetka ginie pod gradem bomb*. w: „Gazeta Wyborcza” z dn. 18.10.2005 r.

Mikołaja z Niemiec, ruszyły na południe. Były nieuzbrojone i poprzez swoją niewinność chciały osiągnąć to, co nie udawało się moźnym – nawrócić muzułmanów. Dzieci te spotkał jednak tragiczny los. Tylko nielicznym udało się dotrzeć do Ziemi Świętej. Wiele zmarło z głodu i wyczerpania, część wróciła do domu, jednak większość została sprzedana w niewolę².

Historia najnowsza – dwudziestowieczna – pełna jest przykładów udziału dzieci w wojnach. Pokazała to zwłaszcza II wojna światowa. Werbowanie, często przymusowe, młodych chłopców, którzy w dogorywającej III Rzeszy do ostatniej kropli krwi mieli bronić swojego führera, było aktem nie tyle desperackim, co zbrodniczym. Tysiące młodych ludzi, którzy zostali wcieleni do Dywizji *Hitlerjugend*, utworzonej w 1943 r., zginęło na froncie. Tysiące także poległo walcząc w oddziałach *Volkssturmu* w 1944 r. lub biorąc udział w samobójczych atakach na oddziały alianckie, wkraczające na terytorium III Rzeszy³. Wykorzystane zostały dziecięca wiara, naiwność i niewinność.

Należy też pamiętać o innym aspekcie tego problemu, który z punktu widzenia historii Polski i tradycji niepodległościowych, choć niezwykle tragiczny, jest jednocześnie okryty chwałą. Był charakterystyczny dla okupowanej Polski. Oddziały Szarych Szeregów rekrutowały się z harcerzy, dziewcząt i chłopców, którzy nie mieli 18 lat, a w czasie Powstania Warszawskiego młodzi „Zawiszacy” (dzieci kilkunastoletnie, a nawet młodsze) roznosili meldunki, pocztę polową, a nawet niejednokrotnie atakowali czołgi niemieckie butelkami z benzyną. Ich udział był ochotniczy i spontaniczny. Ginęli jak żołnierze za swoją Ojczyznę, nie oszczędzał ich okupant, nie oszczędzała ich wojna.

Jednak we współczesnych konfliktach zbrojnych problem zaczął narastać i przybrał nieco inny wymiar. Dzieci, będąc ofiarami wojen niemal od zawsze, stały się ich aktywnymi uczestnikami. Pozostawione samym sobie, bez opieki, rodziny, domu i środków do życia są świetnymi kandydatami na rekrutów. Często nagrodą za walkę i zabijanie jest darowanie życia albo po prostu posiłek. Czasem lepiej jest walczyć niż pozostać w domu i się bać⁴. Można więc wyodrębnić trzy zasadnicze przyczyny czy okoliczności, które sprzyjają rekrutowaniu dzieci do sił zbrojnych. Pierwszą z nich jest rozłąka z rodziną będąca następstwem wojny. Dziecko, które znalazło się samo w strefie konfliktu, pozbawione przyjaznego mu środowiska, bez pewności o przyszłość i los najbliższych, jest potencjalnym kandydatem na małego żołnierza. Drugą przyczyną są złe warunki bytowe. Skrajna bieda, przemoc na ulicy i brak jakiegokolwiek wsparcia socjalnego powodują, że członkostwo w siłach zbrojnych czy grupach militarnych daje pewnego rodzaju ochronę i status społeczny, może też być środkiem do przetrwania.

² A. Konstam, *Wyprawy krzyżowe*, Warszawa 2005, s. 170–171.

³ B.R. Lewis, *Hitlerjugend. W czasach wojny i pokoju 1933–1945*, Warszawa 2008, s. 9, zob. także G. Knopp, *Dzieci Hitlera. Historia pokolenia, które pozbawiono wyboru*, Warszawa 2008.

⁴ *Children and War*, ICRC, Geneva 1994, s. 16.

I trzecią, najbardziej drastyczną przyczyną, jest przymusowa rekrutacja dzieci, używana jako środek zastraszenia, terroru i szantażu wobec ludności cywilnej. Ponadto, dzieci biorące bezpośredni udział w działaniach zbrojnych wykorzystywane są często w charakterze szpiegów, posłańców, służących czy dla celów seksualnych. Co więcej, dzieci są werbowane, ponieważ łatwo nimi manipulować, nie są w pełni świadome zagrożeń i nie do końca są w stanie odróżnić dobro od zła. Uzbrojone, pojone alkoholem, faszerowane narkotykami są w pełni zależne od grup, które je zwerbowały. Nie są w stanie znaleźć drogi ucieczki, stają się zagrożeniem dla siebie i innych. We wszystkich tych okolicznościach narażone są na ogromne ryzyko. Dzieci-żołnierze pozbawione są rodzin, prawa do edukacji, bezpieczeństwa oraz tych wszystkich korzyści, które niesie ze sobą dzieciństwo mające być przygotowaniem do dorosłości⁵.

Trzeba pamiętać, że tak jak wcześniej nie istniały żadne instrumenty prawne, które chroniłyby ludność cywilną (w tym dzieci) od skutków wojny, tak obecnie takie regulacje istnieją i mają moc obowiązującą. Są wśród nich zarówno dokumenty międzynarodowego prawa humanitarnego, jak i praw człowieka. Chodzi tu rzecz jasna o konwencje genewskie o ochronie ofiar wojny z 1949 r. (KG), a zwłaszcza o IV KG dotyczącą ochrony ludności cywilnej⁶, Protokoły dodatkowe do tych Konwencji z 1977 r. (PD I – art. 77.2 i PD II – art. 4.2(c))⁷, Konwencję o prawach dziecka z 1989 r. (art. 38)⁸, a także o Protokół fakultatywny do konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne z 2000 r.⁹ Należy również wspomnieć, że Międzynarodowa Organizacja Pracy w 1999 r. przyjęła Konwencję nr 182 dotyczącą zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci¹⁰, która w art. 3(a) do najgorszych form pracy dzieci zalicza między innymi przymusowe lub obowiązkowe ich rekrutowanie do udziału w konflikcie zbrojnym. Także na gruncie regionalnym, prawo ustanowione na mocy Afrykańskiej Karty Praw i Dobra Dziecka z 1990 r. wymaga od państw-stron podjęcia wszelkich koniecznych działań dla zapew-

⁵ *Child Soldiers*, ICRC, Geneva 2003, s.4–5.

⁶ *IV Konwencja Genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny z dn. 12.08.1949 r.* Dz.U. 1956, nr 38, poz. 171, załącznik.

⁷ *I Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12.08.1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z dnia 8.06.1977 r.* Dz.U. 1992, nr 41, poz. 175, załącznik, *II Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12.08. 1949 r., dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych z dnia 8.06.1977 r.* Dz.U. 1992, nr 41, poz. 175, załącznik.

⁸ *Konwencja o prawach dziecka z dn. 20.11.1989.* Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526, Dz.U. 2000, nr 2, poz. 11.

⁹ *Protokół fakultatywny do konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne z dn. 25.05.2000 r.* Dz.U. 2007, nr 91, poz. 608.

¹⁰ *Konwencja nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminacji najgorszych form pracy dzieci z dn. 17.06.1999 r.* Dz.U. 2004, nr 139, poz. 1474.

nienia, że dzieci nie będą brały bezpośredniego udziału w działaniach wojennych, jak również nie będą wcielane do sił zbrojnych (art. 22)¹¹.

Znaczący wzrost zainteresowania społeczności międzynarodowej problematyką udziału dzieci w konfliktach zbrojnych, a zwłaszcza omawianej tu kwestii, związany jest z przygotowaniem i opublikowaniem w 1996 r. raportu byłej minister edukacji Mozambiku Graçy Machel *Wpływ konfliktów zbrojnych na dzieci*¹². Został on sporządzony na podstawie rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 48/157 przyjętej 20 grudnia 1993 r.¹³ Raport stanowi omówienie wielu aspektów zjawiska jakim jest udział (bierny i czynny) dzieci w konfliktach zbrojnych. Na pierwszym miejscu autorka raportu skoncentrowała się właśnie na problemie dzieci-żołnierzy – jednym z najbardziej alarmujących trendów we współczesnych konfliktach zbrojnych¹⁴.

Od czasu przedstawienia raportu notowany jest pewien postęp w kwestii rekrutowania dzieci do sił zbrojnych. Część państw, pod naciskiem społeczności międzynarodowej, w tym także szeroko zakrojonych kampanii prowadzonych przez organizacje rządowe (UNICEF) i pozarządowe (np. Coalition to Stop the Use of Child Soldiers), dostosowała swoją praktykę do obowiązującego prawa. Nadal jednak jest to postęp zbyt mały. Werbowanie dzieci jest procederem, który ciągle ma miejsce w różnych formach w co najmniej 86 państwach na całym świecie. A chodzi tu nie tylko o rekrutowanie dzieci do narodowych sił zbrojnych, ale także – a często przede wszystkim – o ich werbowanie przez uzbrojone grupy rebeliantów¹⁵.

2. Dzieci-żołnierze a prawo międzynarodowe

Dziecko, zdefiniowane ogólnie jako osoba, która nie ukończyła 18 r. życia (por. art. 1 Konwencji o prawach dziecka) podlega szczególnej ochronie na mocy wszystkich wyżej wymienionych dokumentów, jednak w znacznej większości z nich zakaz rekrutowania do sił zbrojnych obejmuje tylko dzieci poniżej 15 roku życia (por. np. art. 38 Konwencji o prawach dziecka, art. 77.2. PD I). Protokół dodatkowy z 2000 r. poszedł w swych regulacjach o krok dalej. Artykuły 1, 2 i 3 dotyczą rekrutowania dzieci do narodowych sił zbrojnych i zobowiązują państwa do zapewnienia, by członkowie tych formacji, którzy nie ukończyli 18 roku życia, nie brali bezpośredniego

¹¹ Afrykańska Karta Praw i Dobra Dziecka z dnia 11.07.1990 r. Polski tekst w: A. Łopatka, *Dziecko i jego prawa człowieka*, Warszawa 2000, s. 175–199.

¹² *Impact of Armed Conflict on Children. Report of the Expert of the Secretary-General, Ms. Graça Machel, Submitted Pursuant to General Assembly Resolution 48/157. A/51/306* z dnia 26.08.1996.

¹³ UN Doc. GA Res. 48/157, 20.12.1993. Zob. także: G. Michałowska, *Problemy ochrony praw człowieka w Afryce*, Warszawa 2008, s. 394.

¹⁴ *Impact of Armed Conflict...*, para 34–62.

¹⁵ *Child Soldiers. Global Report 2008*, Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, London 2008, s. 12.

udziału w konflikcie zbrojnym. Ponadto, takie osoby nie mogą być objęte obowiązkową rekrutacją do sił zbrojnych. Natomiast państwa powinny również podwyższyć minimalny wiek dobrowolnego rekrutowania, mając na uwadze szczególną ochronę, jaką powinny być objęte osoby poniżej 18 roku życia, a jaka jest im przyznana zwłaszcza na podstawie Konwencji o prawach dziecka. Artykuł 3 Protokołu formułuje ponadto gwarancje, jakie należy zapewnić w sytuacji, gdyby prawo państwa przewidywało możliwość dobrowolnego rekrutowania do narodowych sił zbrojnych osób poniżej 18 lat. Gwarantuje te, to autentyczna dobrowolność, świadoma zgoda rodziców lub opiekunów prawnych, rzetelne poinformowanie osoby objętej rekrutacją o obowiązkach, jakie niesie za sobą służba wojskowa, oraz dostarczenie przez tę osobę *wiarygodnego dowodu*, dotyczącego jej wieku. Dalsze postanowienia Protokołu (art. 4) jednoznacznie zakazują rekrutowania i wykorzystywania w działaniach wojennych osób w wieku poniżej 18 lat przez grupy zbrojne, które nie należą do sił zbrojnych państwa. Jednocześnie na państwa został nałożony obowiązek zapobiegania takiemu działaniu oraz przyjęcia odpowiednich przepisów w tej materii, włączając odpowiedzialność karną za stosowanie tego typu praktyk.

Zgodnie z przyjętą w 1997 r. i zaakceptowaną definicją, dzieckiem-żołnierzem jest każda osoba poniżej 18 roku życia, która jest członkiem jakichkolwiek regularnych czy nieregularnych sił zbrojnych czy innych tego typu grup w jakimkolwiek charakterze, włączając między innymi kucharzy, tragarzy, posłańców, towarzyszących takim grupom, a nie będących członkami rodzin. Definicją tą objęto również dziewczęta, zwerbowane dla celów seksualnych lub przymusowego małżeństwa. Dziecko-żołnierz to nie tylko osoba nosząca broń i jej używająca. Tak szeroka definicja została sformułowana w celu zapewnienia lepszej ochrony wszystkim dzieciom dotkniętym konfliktem zbrojnym poprzez angażowanie ich w jego prowadzenie, co daje później także możliwość zapewnienia im udziału w programach demobilizacji i reintegracji. Należy jednak zaznaczyć, że – choć szeroko akceptowana (m.in. przez UNICEF i ONZ oraz organizacje pozarządowe) – nie jest to jednak definicja legalna¹⁶. Została ona sformułowana w tzw. Zasadach z Kapsztadu, opracowanych podczas konferencji dotyczącej problemu dzieci-żołnierzy, która odbyła się w kwietniu 1997 r.¹⁷

Sam problem jest oczywiście ogromny i wzbudza zdecydowany sprzeciw. Warto jednak zwrócić uwagę na bardzo ważny aspekt tego zjawiska – na odpowiedzialność, zarówno tych, którzy nie wahają się wykorzystywać dzieci w charakterze żołnierzy, ale także samych dzieci, które często są sprawcami okrutnych zbrodni. Ta druga kwestia wydaje się być szczególnie trudna z punktu widzenia tak prawnego (chodzi przecież o odpowie-

¹⁶ *Guide to the Optional Protocol on the Involvement of Children In Armed Conflict*, UNICEF, New York 2003, s. 14.

¹⁷ *Cape Town Principles and Best Practices. Adopted at the Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa*. UNICEF 1997.

działność za zbrodnie prawa międzynarodowego), jak i moralnego (wyłączenie odpowiedzialności m.in. ze względu na wiek, częstą manipulację, nieodróżnianie dobra od zła i nierzadkie działanie pod wpływem strachu). Co więcej, bycie dzieckiem-żołnierzem już oznacza bycie ofiarą.

Omawiany problem zostanie tu naświetlony na przykładzie konfliktu w Sierra Leone, który stał się jednym z najtragiczniejszych, na przełomie wieków, pod względem wykorzystywania dzieci jako żołnierzy przez różne grupy militarne, prowadzące działania wojenne. Od zakończenia konfliktu w tym państwie mówi się o ogromie popełnianych tam zbrodni, ale nikt jeszcze ostatecznie ich nie oszacował. Wiadomo jednak, że uczestniczyło w nim bezpośrednio, po obu stronach konfliktu, około 5000 dzieci. Nawet po podpisaniu traktatu pokojowego były one wcielane dobrowolnie do sił zbrojnych, zwłaszcza przez formację CDF (*Civil Defence Forces*). Uważa się, że w żadnym dotychczasowym konflikcie zbrojnym dzieci nie zostały równie okrutnie i brutalnie potraktowane, jak właśnie w Sierra Leone. Zdemoralizowani chłopcy dopuszczali się najkrwawszych zbrodni, także na osobach im najbliższych. Z dziewczętami obchodzono się bezwzględnie, traktując je jak niewolnice¹⁸.

W ostatnich latach nie notuje się w Sierra Leone werbowania do sił zbrojnych osób, które nie ukończyły 18 roku życia, chociaż z dużym prawdopodobieństwem mówi się o rekrutowaniu dzieci przez LURD (*Liberians United for Reconciliation and Democracy*) do walk w Liberii w lipcu 2005 r. Należy też podkreślić, że w 2002 r. Sierra Leone ratyfikowało Protokół fakultatywny do konwencji o prawach dziecka z 2000 r., a prawo wewnętrzne nie przewiduje obowiązkowego poboru do sił zbrojnych, natomiast minimalny wiek dla poboru ochotniczego wynosi 18 lat¹⁹.

3. Geneza i jurysdykcja Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone

Konflikt w Sierra Leone, który na dobre rozpoczął się z początkiem lat 90. XX wieku, był podyktowany głównie dążeniami do przejęcia kontroli nad eksploatacją złóż diamentów, boksytów i rud tytanu. Istniał również związek pomiędzy walkami w Sierra Leone a sytuacją w Liberii, w której prezydentem w 1997 r. został Charles Ghankay Taylor. Już od 1991 r. Taylor wspierał działania rebeliantów w Sierra Leone, dostarczając im przede wszystkim broń w zamian za diamenty²⁰. Krwawa wojna domowa trwała od 1991 do 2002 r. Wprawdzie w 1999 r. zostało podpisane porozumienie pokojowe w Lomé, ale działania wojenne zakończyły się faktycznie dopiero

¹⁸ G. Michałowska, *Problemy ochrony...*, s. 395–396.

¹⁹ *Child Soldiers. Global Report 2008...*, s. 297.

²⁰ K. Kubiak, *Wojny, konflikty zbrojne i punkty zapalne na świecie*, Warszawa 2005, s. 106–109, 119–120.

3 lata później, kiedy to we Freetown doszło do zawarcia ugody pomiędzy rządem Sierra Leone a rebeliantami Zjednoczonego Frontu Rewolucyjnego (*Revolutionary United Front* – RUF).

Porozumienie z Lomé przewidywało amnestię dla sprawców przestępstw. Jednak spotkało się to ze zdecydowanym sprzeciwem ze strony ONZ, stojącej na stanowisku całkowicie wykluczającym możliwość objęcia amnestią sprawców najpoważniejszych zbrodni, takich jak ludobójstwo, zbrodnie wojenne czy inne zbrodnie w rozumieniu prawa międzynarodowego²¹. W oparciu o porozumienie z Lomé w lutym 2000 r. w Sierra Leone, na podstawie aktu wydanego przez parlament, została utworzona Komisja Prawdy i Pojednania (TRC – *Truth and Reconciliation Commission*)²², która w dużej mierze zajęła się problemem rekrutowania i wykorzystywania dzieci w siłach zbrojnych. Komisję powołano również w celu wprowadzenia specjalnych procedur, które zwróciłyby uwagę na potrzeby dzieci będących zarówno ofiarami, jak i sprawcami naruszeń.

Tak więc, zasadniczym zadaniem TRC w odniesieniu do dzieci było stworzenie bezstronnego i oficjalnego zapisu tego, co rzeczywiście przydarzyło się dzieciom podczas konfliktu w Sierra Leone. Co do kwestii pojednania, Komisja miała odbudować istniejące mechanizmy promujące reintegrację i pojednanie dzieci, w szczególności działalność agencji i struktur zajmujących się ochroną dzieci. Oczekiwano, że TRC przyczyni się do ponownej integracji dzieci z ich społecznościami czy też ze społecznościami ich goszczącymi²³. Swoją sprawozdanie Komisja przedstawiła w październiku 2004 r.

Jednocześnie, z inicjatywy rządu Sierra Leone, zostały podjęte działania, zmierzające do utworzenia specjalnego trybunału, którego zadaniem miało być osądzenie winnych naruszeń prawa podczas konfliktu w tym państwie. 14 sierpnia 2000 r. Rada Bezpieczeństwa przyjęła rezolucję nr 1315²⁴, w której zobowiązała Sekretarza Generalnego ONZ do podjęcia negocjacji z rządem Sierra Leone w sprawie powołania niezależnego trybunału. Sekretarz Generalny przedstawił raport²⁵, którego częścią był projekt porozumienia pomiędzy ONZ a rządem Sierra Leone oraz projekt statu-

²¹ A. Smith, *Sierra Leone: The Intersection of Law, Policy, and Practice*, w: *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, ed. C.P.R. Romano, A. Nollkaemper, J.K. Kleffner, Oxford 2004, s. 130. Zob. także: H. Jallow, *The legal Framework of the Special Court for Sierra Leone*, w: *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Freiburg 2003, za: M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, T. I, Zakamycze, Kraków 2004, s. 98.

²² *Children and the Truth and Reconciliation Commission for Sierra Leone. Recommendations for Policies and Procedures for Addressing and Involving Children in the Truth and Reconciliation Commission*, UNICEF, National Forum for Human Rights, UNAMSIL/Human Rights, Freetown 2001, s. 9.

²³ *Children and the Truth...*, s. 1.

²⁴ SC Resolution S/Res/1315 (2000), 14.08.2000.

²⁵ *Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court of Sierra Leone*. UN Doc. S/2000/915.

tu przyszedłemu sądu, zamieszczony jako załącznik²⁶. Ostatecznie trybunał został powołany na mocy porozumienia podpisanego we Freetown dnia 16 stycznia 2002 r. pomiędzy ONZ a Sierra Leone, a jego częścią integralną jest właśnie Statut Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone²⁷ (dalej: Trybunał lub STSL).

Z punktu widzenia niniejszych rozważań, najistotniejsza jest kwestia jurysdykcji Trybunału w odniesieniu do udziału dzieci w konflikcie w Sierra Leone oraz popełnianych wobec nich zbrodni. Jurysdykcja *ratione materiae* obejmuje zbrodnie przeciwko ludzkości (art. 2 Statutu), naruszenia art. 3, wspólnego dla konwencji genewskich z 1949 r. oraz naruszenia II Protokołu dodatkowego do tych konwencji z 1977 r. (art. 3 Statutu), inne poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego (art. 4 Statutu) oraz zbrodnie w świetle prawa wewnętrznego, obowiązującego w Sierra Leone (art. 5 Statutu). Dzieci mogły być i były ofiarami każdej z wymienionych zbrodni, jednak wyraźnie do nich odnoszą się postanowienia art. 4 i 5 Statutu. Pośród innych poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego zadaniem Trybunału jest także ściganie za „rekrutowanie i werbowanie dzieci poniżej 15 roku życia do sił zbrojnych bądź zbrojnych ugrupowań albo wykorzystywanie ich do aktywnego udziału w działaniach zbrojnych.” Artykuł 5 natomiast, będący podstawą ścigania za zbrodnie w rozumieniu prawa wewnętrznego Sierra Leone, wymienia przestępstwa określone między innymi w Ustawie o Zapobieganiu Okrucieństwu wobec Dzieci z 1926 r., tj. wykorzystywanie dziewczynek poniżej 13 roku życia oraz pomiędzy 13 i 14 rokiem życia, a także uprowadzanie dziewczynek w celach niemoralnych.

Z punktu widzenia odpowiedzialności karnej za popełnione w czasie konfliktu zbrojnego w Sierra Leone zbrodnie, jak również tematyki niniejszych rozważań, na uwagę zasługują bez wątpienia postanowienia art. 7 Statutu, dotyczące jurysdykcji Trybunału wobec osób, które ukończyły 15, a nie osiągnęły jeszcze wieku 18 lat. Chodzi tu bowiem o jedną z najtrudniejszych kwestii, a mianowicie o ewentualną bezpośrednią odpowiedzialność dzieci-żołnierzy, które – w większości przymuszone – znalazły się w szeregach RUF oraz innych ugrupowań zbrojnych zaangażowanych w konflikt²⁸. Statut więc stanowi, że jurysdykcja Trybunału nie obejmuje dzieci poniżej 15 roku życia, natomiast może on orzekać w sprawie zbrodni popełnionych przez osoby pomiędzy 15 i 18 rokiem życia. W tym jednak przypadku Trybunał ma obowiązek traktowania takiej osoby „w sposób

²⁶ D.K. Drózdź, *Z problematyki jurysdykcji trybunału specjalnego dla Sierra Leone*, „Przegląd Prawa Karnego”, 2006, z. 25, s. 16–17.

²⁷ *Letter dated 6 March 2002 from the Secretary-General Addressed to the President of the Security Council*. UN Doc. S/2002/246 (Porozumienie i Statut Trybunału są częścią tego dokumentu). Polski tekst (fragmenty) zob. w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*. Uzupełn. i red. M. Gaska, E. Mikos-Skuza, Warszawa 2003.

²⁸ D.K. Drózdź, *Z problematyki jurysdykcji...*, s. 25–26.

godny, z poszanowaniem jej wartości, przy uwzględnieniu jej młodego wieku i w dążeniu do przywrócenia jej społeczeństwu, do ponownego włączenia i podjęcia przez nią aktywnego udziału w życiu społecznym, w sposób zgodny z międzynarodowymi standardami praw człowieka, zwłaszcza praw dziecka”. Co do środków, jakie Trybunał może zastosować wobec młodego sprawcy, artykuł 7 – zamiast kary pozbawienia wolności – daje mu do dyspozycji: kuratelę, nadzór, wykonywanie prac społecznych, doradztwo, opiekę wychowawczą, programy szkolenia poprawczego, oświatowego i zawodowego, uczęszczanie do szkół dla nieletnich przestępców, a także – jeśli zajdzie taka konieczność – objęcie programami rozbrojenia, demobilizacji i reintegracji lub programami agencji, które zajmują się opieką nad dziećmi (por. art. 7.2 Statutu). Ponadto, art. 1 Statutu wyraźnie wskazuje, że Trybunał ma sądzić osoby, „które ponoszą największą odpowiedzialność” za popełniane w czasie konfliktu zbrodnie, a więc nie każdy sprawca (także dorosły) zostanie przez Trybunał postawiony w stan oskarżenia.

Mając na uwadze wprowadzone regulacje oraz powołanie dwóch jakże różnych instytucji, tj. Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone oraz Komisji Prawdy i Pojednania, należy w tym miejscu przyrzeć się результатам ich prac w kontekście angażowania dzieci w konflikt zbrojny, a zwłaszcza rekrutowania i wykorzystywania dzieci-żołnierzy.

4. Zbrodnie rekrutowania i wykorzystywania dzieci w konflikcie zbrojnym w pracach Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone

Chociaż teoretycznie dzieci są objęte jurysdykcją Trybunału, to jednak jeszcze w 2002 r. potwierdzono, że nie zostaną one postawione w stan oskarżenia przez tenże organ²⁹. Podobne stanowisko reprezentowała Rada Bezpieczeństwa ONZ, wyrażając pogląd, że postawienie dzieci i młodocianych przed Trybunałem jest nierealne i że inne instytucje, takie jak Komisja Prawdy i Pojednania, będą w stanie lepiej pokierować sprawami dotyczącymi nieletnich³⁰. Dlatego sprawy, które toczyły się lub toczą przed Trybunałem, dotyczą zbrodni popełnianych nie przez dzieci, ale w dużej większości na dzieciach, jak rekrutowanie ich do ugrupowań militarnych.

²⁹ Special Court for Sierra Leone, *Special Court prosecutor says he will not prosecute children*. Press Release, 2 November 2002, www.sc-sl.org za *Child Soldiers. Global Report 2008*..., s. 300–301.

³⁰ Letter dated 31 January 2001 from the President of the Security Council addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2001/95, 31.01.2001.

Do maja 2008 r. zakończyły się postępowania wobec ośmiu z ogólnej liczby trzynastu osób oskarżonych przez STSL³¹, dwóch oskarżonych zmarło w więzieniu³².

20 czerwca 2007 r. Specjalny Trybunał dla Sierra Leone ogłosił pierwszy wyrok wobec trzech oskarżonych – byłych dowódców AFRC (*Armed Forces Revolutionary Council*), w którym uznano ich za winnych popełnienia 11 z 13 postawionych im zarzutów³³. Alex Tamba Brima został skazany na 50 lat pozbawienia wolności m.in. za planowanie oraz nakazywanie rekrutowania i wykorzystywania dzieci poniżej 15 roku życia w charakterze żołnierzy. Brima Bazzy Kamare skazano na 45 lat, a Santigie Borboru Kanu – na 50 lat więzienia także m.in. za planowanie porwań i wykorzystywanie dzieci-żołnierzy. W ten sposób po raz pierwszy międzynarodowy trybunał karny uznał winę jednostek za czyn, którym jest rekrutowanie i wykorzystywanie dzieci jako żołnierzy³⁴. Wydając orzeczenie sędziowie II Izby Trybunału podkreślili, że skazani dopuścili się jednych z najbardziej haniebnych, brutalnych i potwornych zbrodni, jakie zna historia ludzkości³⁵.

Druga sprawa, która znalazła swój finał przed STSL, dotyczyła trzech byłych przywódców CDF (*Civil Defence Forces*) – Samuela Hingi Normana, Moininy Fofana oraz Allieu Kondewy³⁶. Pierwszy z nich w momencie aresztowania był ministrem spraw wewnętrznych w rządzie Sierra Leone. Duża część społeczeństwa Sierra Leone jego ściganie przez Trybunał uważała za kontrowersyjne, także w kontekście omawianej tu zbrodni³⁷. Jednak, w związku ze śmiercią Normana na początku 2007 r., 2 sierpnia tegoż roku Trybunał wydał wyrok w sprawie pozostałych oskarżonych. Zarzucono im m.in. popełnienie zbrodni wojennych, a wobec Kondewy sformułowano również zarzut werbowania dzieci, które nie ukończyły 15 roku życia, do oddziałów zbrojnych oraz wykorzystywania ich w celu aktywnego udziału w działaniach wojennych. 9 października 2007 r. I Izba Trybunału skazała Fofanę na 6 lat więzienia, a Kondewę na 8 lat pozbawienia wolności³⁸, zaznaczając jednocześnie, że Kondewa wcielał do CDF nawet 11-letnie dzieci³⁹.

³¹ *Fifth Annual Report of the President of the Special Court for Sierra Leone, June 2007 to May 2008*. www.sc-sl.org, s. 5.

³² Przywódca RUF (*Revolutionary United Front*), Foday Sankoh, zmarł w 2003 r., a przywódca CDF (*Civil Defence Forces*), Samuel Hinga Norman – w lutym 2007 r. Za *Child Soldiers. Global Report 2008...*, s. 300.

³³ *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*. Case No. SCSL – 04 – 16 – T, Trial Chamber II, Judgment, 20 June 2007.

³⁴ *Child Soldiers. Global Report 2008...*, s. 300.

³⁵ *Fifth Annual Report...*, s. 17.

³⁶ *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa*. Case No. SCSL – 03 – 14 – I, Consolidated Indictment, 4 February 2004.

³⁷ M. Happold, *International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court of Sierra Leone's Decision in Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*. "Leiden Journal of International Law", 2005, vol. 18, no. 2, s. 284.

³⁸ *Fifth Annual Report...*, s. 13–14.

³⁹ *Child Soldiers. Global Report 2008...*, s. 300.

Szczególnie interesujący przebieg – z punktu widzenia prawa międzynarodowego oraz penalizacji rekrutowania dzieci-żołnierzy – miała sprawa samego Hingi Normana, oskarżonego m.in. o poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego z art. 4 Statutu STSL, tj. o „werbowanie dzieci poniżej 15 roku życia do sił zbrojnych bądź zbrojnych ugrupowań albo wykorzystywanie ich do aktywnego udziału w działaniach zbrojnych”. Norman zakwestionował jurysdykcję Trybunału w tej sprawie twierdząc, że zbrodnia ta nie stanowiła części zwyczajowego prawa międzynarodowego w okresie, którego dotyczy akt oskarżenia (czyli wydarzeń w Sierra Leone, które miały miejsce po 30 listopada 1996 r. – por. art. 1.1 Statutu STSL), a więc została naruszona zasada *nullum crimen sine lege*. Wprawdzie – zdaniem obrony Normana – II Protokół dodatkowy z 1977 r. do konwencji genewskich z 1949 r. oraz Konwencja o prawach dziecka z 1989 r. nakładają na państwa strony obowiązek powstrzymywania się od rekrutowania dzieci-żołnierzy, to jednak go nie penalizują. Kwestię tę rozpatrywała Izba Apelacyjna, odrzucając ostatecznie argumentację Normana⁴⁰. Należy jednak zauważyć, że nie była to decyzja jednomyślna, ponieważ sędzia Robertson zgłosił zdanie odrębne⁴¹.

25 lutego 2009 r. Specjalny Trybunał dla Sierra Leone wydał kolejne orzeczenie, w którym uznał winę oskarżonych. Proces dowódców RUF, Issy Hassana Sesaya, Morrisa Kallona oraz Augustine Gbao, rozpoczął się 5 lipca 2004 r., a zakończył 24 czerwca 2008 r.⁴² Oskarżonym zarzucano m.in. naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego, polegające na porywaniu i wykorzystywaniu do aktywnego udziału w działaniach wojennych dzieci poniżej 15 roku życia. Był to proceder prowadzony przez RUF na dużą skalę w wielu regionach kraju. Oskarżeni nie mogli o nim nie wiedzieć, zwłaszcza że Sesay i Kallon aktywnie w tych poczynaniach uczestniczyli. Porywane dzieci poddawane były szkoleniu wojskowemu, uczono je taktyki i posługiwania się bronią. Organizowano je w grupy SBUs (*Small Boys Units*) i SGUs (*Small Girls Units*). Wykorzystywane były w operacjach militarnych, jako szpiegdy, członkowie uzbrojonych patroli, bądź ochroniarze (*bodyguards*) wyższych dowódców RUF. Nakłaniano je do popełniania zbrodni przeciwko ludności cywilnej, stawiano na warcie do ochrony obiektów wojskowych, obozów RUF i kopalni diamentów. Niektóre z tych dzieci nie miały więcej niż 8, 9 lat. Co do tych zarzutów Trybunał uznał winę Sesaya i Kallona, przyznał natomiast, że oskarżyciel nie udo-

⁴⁰ *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*. Case No. SCSL – 2004 – 14 – AR729E, Appeals Chamber, Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment), 31 May 2004.

⁴¹ Szerzej na te temat zob. M. Happold, *International Humanitarian Law...*, s. 287–297 oraz W.A. Schabas, *The Rights of the Child, Law of Armed Conflict and Customary International Law: A Tale of Two Cases*, w: *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, ed. K. Arts, V. Popovski, The Hague 2006, s. 29–35.

⁴² *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*. Case No. SCSL – 04 – 15 – T, Judgment, 25.02.2009.

wodnił, jakoby Gbao w jakiejkolwiek formie brał udział w popełnianiu tej zbrodni. Stąd też Gbao, co do tego zarzutu, został uznany za niewinnego⁴³.

Jedną z najbardziej znanych i aktualnych spraw, jakie toczą się przed Specjalnym Trybunałem dla Sierra Leone, jest sprawa Charles'a Ghankay Taylora, którego postawiono w stan oskarżenia 7 marca 2003 r.⁴⁴ Uzupełniony i zmieniony akt oskarżenia został zatwierdzony przez sędziego Trybunału 16 marca 2006 r. Taylor, były prezydent Liberii, jest odpowiedzialny – oprócz popełnienia innych poważnych zbrodni – za werbowanie dzieci poniżej 15 roku życia do ugrupowań zbrojnych, a także za nakłanianie ich do aktywnego udziału w działaniach wojennych. W akcie oskarżenia zwrócono uwagę, że w ten sposób wykorzystywano zarówno chłopców, jak i dziewczynki. Wiele z nich zostało najpierw uprowadzonych, potem przeszkolonych w obozach AFRC czy RUF w całym kraju, a następnie wykorzystanych do walki.

Akt oskarżenia został publicznie ogłoszony w czerwcu 2003 r., podczas gdy Taylor prowadził rokowania pokojowe w Ghanie. Po złożeniu urzędu prezydenckiego, Taylor schronił się w Nigerii, której prezydent Olusegun Obasanjo zapewnił mu bezpieczeństwo i gdzie skutecznie ukrywał się przez 3 lata, bowiem Nigeria odmawiała przekazania go Trybunałowi. Jednak na żądanie nowo wybranego prezydenta Liberii Hellen Johnson-Sirleaf Nigeria zgodziła się na wydanie Taylora, ale nie doszło do jego aresztowania. Taylor próbował uciec do Kamerunu, jednak został zatrzymany w pobliżu granicy, przewieziony do Liberii, a następnie przekazany ONZ i przewieziony do Freetown, do siedziby Trybunału⁴⁵.

Rozpoczęcie procesu Taylora było wielokrotnie przekładane. Nie jest on też sądzony we Freetown, lecz w Hadze w pomieszczeniach Międzynarodowego Trybunału Karnego. Zdecydowano się na taki krok na prośbę Trybunału w Sierra Leone ze względów bezpieczeństwa. Ostatecznie rozprawa rozpoczęła się latem 2007 r., a ostatni świadek oskarżenia złożył zeznania 30 stycznia 2009 r.

Rezultaty prac działającego od 2003 r., Trybunału nie są zbyt imponujące, ale trzeba pamiętać, w jakich warunkach i w jakim regionie działa ten organ. Ponadto, ze względu na ogrom zbrodni, do jakich doszło w Sierra Leone oraz dużą liczbę sprawców Trybunał, o czym była już mowa, ściga tylko tych najważniejszych.

Co jednak najistotniejsze, po raz pierwszy tak wyraźnie i jednoznacznie dochodzi do penalizacji jednego z najokrutniejszych procederów – wykorzystywania dzieci jako żołnierzy, procederów praktykowanych w wielu państwach, ogarniętych konfliktami zbrojnymi. Doszło więc do wyraźnego uznania, że rekrutowanie dzieci do sił zbrojnych czy innych ugrupowań militarnych oraz nakłanianie ich do aktywnego udziału w działaniach

⁴³ Tamże oraz www.sc-sl.org

⁴⁴ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*. Case No. SCSL – 2003 – 01 – PT.

⁴⁵ www.hrw.org/legacy/english/2007/05/31/sierrala6027htm

wojennych jest odrębną zbrodnią, za którą jednostka ponosi odpowiedzialność karną, także przed sądem międzynarodowym.

Specjalny Trybunał dla Sierra Leone, na mocy Statutu⁴⁶, może także ścigać osoby, które ukończyły 15 rok życia, a nie osiągnęły jeszcze wieku 18 lat, jeżeli dopuściły się zbrodni objętych jurysdykcją Trybunału. Wydaje się jednak, co potwierdził sam oskarżyciel, a o czym była już mowa wcześniej, że taka możliwość istnieje tylko w teorii. Trybunał bowiem nie zamierza stawiać w stan oskarżenia dzieci-żołnierzy. Czy istnieje więc jakaś inna możliwość czy droga do prawdy i osiągnięcia sprawiedliwości w tym przypadku (dzieci-żołnierzy pomiędzy 15 a 18 rokiem życia, które były sprawcami często niezwykle okrutnych czynów)? Rzecz jasna, główna wina leży po stronie dorosłych, którzy nie tylko rekrutowali dzieci, nakłaniali do walki, ale często zmuszali do popełniania krwawych zbrodni. I to oni powinni ponieść odpowiedzialność karną. Wydaje się więc, że taką właśnie drogę obrał Specjalny Trybunał dla Sierra Leone.

5. Problem dzieci-żołnierzy w działalności Komisji Prawdy i Pojednania w Sierra Leone

Wiele państw, aby podjąć jakiekolwiek działania, dotyczące odpowiedzialności za łamanie praw człowieka, powołuje komisje prawdy i pojednania. Co najmniej 25 takich komisji, działających na różnych podstawach i posiadających różne mandaty, funkcjonowało lub funkcjonuje od 1974 r. w takich państwach, jak Niemcy, Gwatemala, Haiti, Urugwaj, Republika Południowej Afryki czy Argentyna⁴⁷. W zasadzie zadaniem takich komisji jest zwrócenie uwagi opinii publicznej na ogrom naruszeń, do jakich doszło w państwie podczas konfliktu lub w czasach rządów poprzedniego reżimu, ujawnienie prawdy oraz wskazanie na problem odpowiedzialności. W zależności od konkretnego mandatu komisje mogą również wskazywać na osoby odpowiedzialne za łamanie praw człowieka. Ponadto, tego typu mechanizmy dają również ofiarom forum, na którym mogą być wysłuchane. Na podstawie zebranych zeznań komisje zwykle mogą formułować zalecenia na przyszłość, jak również ustanowić instytucjonalną i indywidualną odpowiedzialność, ujawniając braki, które pozwoliły czy wręcz ułatwiły łamanie prawa. Komisje prawdy angażują całą społeczność w proces odbudowy i dochodzenia tej prawdy, a więc mogą również odgrywać ogromną rolę, wspomagając postępowania sądowe. Nie są to jednak organy sądowe właściwe do ścigania naruszeń i też nie powinny ich zastępować. Mogą natomiast działać wspólnie w celu ścigania tych, którzy dopuścili się naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego czy praw człowieka, a także, by

⁴⁶ Por. przypis 27.

⁴⁷ *International Criminal Justice and Children*. No Peace Without Justice, UNICEF Innocenti Research Centre, September 2002, s. 124.

zapewnić ofiarom prawo do bycia wysłuchanym⁴⁸. Niestety, w niektórych przypadkach mandat komisji pozwala na objęcie amnestią tych sprawców naruszeń, którzy dobrowolnie wyznali przed komisją prawdę, przyznali się do ich popełnienia i wyrazili skruchę. Jest to niedopuszczalne zwłaszcza w przypadku ciężkich przestępstw, a przede wszystkim zbrodni prawa międzynarodowego. W tym wypadku bowiem muszą działać organy ścigania, czy to krajowe, czy międzynarodowe, czy też o charakterze mieszanym.

Szereg komisji prawdy stosuje różnego rodzaju metody gromadzenia informacji związanych także z łamaniem praw dzieci. Jednym z przykładów może być raport takiej komisji, ustanowionej w Gwatemali. W raporcie zwróciła ona uwagę na wiele zbrodni popełnionych na dzieciach podczas wojny domowej, wśród których były m.in.: przymusowy udział chłopców poniżej 15 roku życia w działaniach wojennych, rozpowszechnione na szeroką skalę tortury i zabójstwa dzieci, a także przemoc seksualna wobec dziewczyn⁴⁹. Aby jednak możliwe było zbieranie tego typu informacji, komisje powinny starać się angażować dzieci w ich prace, na przykład poprzez zbieranie ich zeznań. Jest to możliwe jednak tylko wtedy, gdy komisja ma do dyspozycji specjalne środki i mechanizmy, które zapewnią dzieciom poczucie bezpieczeństwa i pewności. Oczywiście, w zależności od sytuacji w państwie, a także wieku dzieci biorących udział w pracach komisji, należy wprowadzić procedury, które będą odpowiednie dla poszczególnych grup wiekowych⁵⁰. Jeśli dzieci mają brać udział w pracach komisji prawdy, niezależnie od tego, czy w charakterze ofiar, świadków, czy sprawców przestępstw, zapewnienie praw dziecka powinno stanowić priorytet przy ustalaniu i stosowaniu procedur. Należy więc wziąć w pierwszym rzędzie pod uwagę dobro dziecka, jego najlepszy interes i tam, gdzie to możliwe, zapewnić środki, których celem jest rehabilitacja i reintegracja dzieci, włączając w to środki, mające kształtować szacunek i respekt dziecka dla praw innych osób⁵¹.

Mandat Komisji Prawdy i Pojednania w Sierra Leone (TRC) obejmował w dużej mierze sprawy dotyczące seksualnego wykorzystywania dzieci oraz ich tragicznych doświadczeń podczas konfliktu zbrojnego. Grupa ekspertów sformułowała dla Komisji szereg zaleceń, które powinny być brane pod uwagę. W pierwszym rzędzie należało kierować się najlepszym interesem dziecka. Należało również kierować się jego prawem do uczestniczenia w życiu społeczności oraz wyrażania siebie, ochroną cywilnych, politycznych, ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych praw dziecka w celu zapewnienia mu przetrwania i rozwoju oraz wolnością od wszelkiej dyskryminacji. Chociaż uznano, że ze względu na odmienne doświadczenia dzieci konieczne będzie psychologiczne wsparcie, różniące się w swej formie, to jednak nie ma potrzeby, aby Komisja ustanowiła inne kategorie

⁴⁸ Ibidem, s. 125–126.

⁴⁹ Ibidem, s. 126.

⁵⁰ Ibidem, s. 128.

⁵¹ Ibidem, s. 130.

czy inne traktowanie dzieci będących ofiarami, świadkami czy sprawcami. Takie różnicowanie byłoby także sprzeczne z celem, jakim jest reintegracja i pojednanie. Dla celów Komisji wszystkie dzieci miały uczestniczyć w jej pracach w charakterze świadków, dostarczając koniecznych informacji. Powinno się przy tym dzieciom zagwarantować niejawnosć postępowania i anonimowość. Co bardzo istotne, dzieci będące sprawcami zbrodni należało w pierwszym rzędzie traktować jako ofiary, ponieważ zostały porwane i zmuszone do walki. Ich głos o tym jakich zbrodni na sobie doświadczyły, musiał być wysłuchany⁵².

Raport końcowy z prac Komisji Prawdy i Pojednania w Sierra Leone, opublikowany w 2004 r., zwrócił uwagę na to, w jak ogromnym stopniu dzieci w tym kraju dotknięte zostały konfliktem zbrojnym. Temu problemowi poświęcony jest jeden z rozdziałów tego obszernego raportu⁵³.

Przed wybuchem wojny i całkowitym rozpadem instytucji państwowych dzieci w Sierra Leone nie korzystały w pełni nawet z tych najbardziej podstawowych praw. Ponadto, obowiązujące normy, dotyczące dzieci, z wielkim trudem były wprowadzane w życie i implementowane. Co więcej, nawet normy odnoszące się do definicji dziecka były ze sobą sprzeczne⁵⁴.

Komisja zwróciła uwagę, że przymusowe rekrutowanie i wykorzystywanie dzieci jako żołnierzy przez wszystkie strony konfliktu, także oddziały prorządowe, było osobliwą i wyjątkową cechą konfliktu w Sierra Leone⁵⁵. Do roku 1998 około 25% wojujących miało mniej niż 18 lat. Różne grupy zbrojne poszukiwały i werbowały nawet chłopców pomiędzy 10 i 14 rokiem życia. Ponad 50% osób, które poddane były przymusowej rekrutacji, w momencie porwania ich z domu miało zaledwie 15 lat albo mniej, a ponad 28% – nie miało nawet ukończonego 12 roku życia⁵⁶. Raport Komisji stanowi smutne świadectwo tego, co przydarzyło się tym młodym ludziom. Ich zeznania, cytowane w raporcie, pokazały, że bez względu na płeć i wiek, po tym jak porwano je z rodzinnych wiosek, były one w czasie wojny wykorzystywane w różnym charakterze.

Komisja zwróciła uwagę na swego rodzaju podwójną tożsamość dzieci – jako ofiar i jako przestępców. Brutalny charakter konfliktu stłumił ich wrażliwość, i tak już okaleczoną przez uzależnienie od narkotyków. Nieustająca presja, a także potrzeba jakiejś przynależności sprawiły, że dzieci te musiały się przystosować i aby przeżyć musiały stać się bardziej bezwzględne niż ci, którzy je porwali⁵⁷.

⁵² *Children and the Truth and Reconciliation Commission...*, s. 16–19.

⁵³ *Children and the Armed Conflict in Sierra Leone*. Chapter 4 of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone, Vol. 3b, October 2004, zwłaszcza § 120 i następne.

⁵⁴ *Ibidem*, para. 46, 114.

⁵⁵ *Ibidem* para. 126.

⁵⁶ *Child Soldiers. Global Report 2008...*, s. 299.

⁵⁷ *Ibidem*.

W Sierra Leone systematycznie dokonywane były akty gwałtu oraz przemocy na tle seksualnym, jednak Komisja nie była w stanie ustalić ostatecznych rozmiarów tego zjawiska. Większość dziewcząt była porwana przez żołnierzy RUF i AFRC, którzy czynili z nich niewolnice, trzymane dla celów seksualnych. Rozwinał się wtedy proceder utrzymywania tzw. *bush wife*. Dziewczeta i młode kobiety, które stały się celem tych ataków, miały od 10 do 25 lat; 50% z nich nie miało nawet 15, a 25% – 12 lat. Jedna czwarta ofiar zbrodni gwałtu, to dziewczynki poniżej 13 roku życia. Wiele dzieci było także okaleczanych. Piętnowano je wypalając lub wycinając na ich ciałach nazwę grupy, która je porwała i w ten sposób zapobiegano ucieczkom. Po wojnie blizny te stały się powodem strachu i obaw przed stygmatyzacją⁵⁸.

Koszmar dzieci-żołnierzy nie zakończył się wraz z podpisaniem układu pokojowego, bowiem wiele z nich nie powróciło do swoich rodzin. Przyczyny były różne. Część dzieci została porwana w tak młodym wieku, że nie pamiętały już swoich bliskich. Inne dzieci zostały odrzucone przez rodziny oraz społeczności, z których się wywodziły. Jeszcze inne same nie zdecydowały się na powrót z obawy przed odrzuceniem czy piętnem zbrodniarza. Pojawił się też jeszcze inny problem. Otóż, wszystkie ugrupowania prowadziły wobec dzieci politykę uzależnienia ich poprzez, przymusowe początkowo, podawanie narkotyków, które miały zabić w nich wszelkie uczucia i wyzwolić agresję. Niestety, powojenne konsekwencje wszystkich tych praktyk są zatrważające: uzależnienie od narkotyków ogromnej liczby młodych ludzi, przestępczość i prostytutka⁵⁹.

W raporcie Komisja niejednokrotnie podkreślała, że badając zbrodnie, których ofiarami podczas konfliktu były dzieci, nie ma wątpliwości, że w Sierra Leone doświadczyły one najbardziej okrutnego i nieludzkiego traktowania przez zbrojne ugrupowania. Dzieci te zostały okradzione ze swej młodości, niewinności i nadziei na przyszłość. Wiele z nich nigdy nie powróciło do rodzinnego domu⁶⁰.

Podczas swoich prac Komisja traktowała wszystkie dzieci jako neutralnych świadków, także te, które dopuściły się zbrodni. Jednocześnie Komisja dążyła do pełnego poznania motywacji i doświadczeń tych dzieci, chciała przekonać się, czy były one zdolne do zrozumienia swojej sytuacji i swoich poczynań. Komisja podkreśliła, że jej zadaniem nie było ustalenie winy, lecz ustalenie, w jaki sposób dzieci uczestniczyły w dokonywanych zbrodniach, aby w przyszłości podobne wydarzenia nie miały miejsca⁶¹. Warto zauważyć, że czyny, których dopuszczali się mali żołnierze, były to te same akty, których i oni byli ofiarami: zabójstwa, porwania, okaleczenia, wymuszenia, niszczenie, gwałty i przemoc na tle seksualnym, przymu-

⁵⁸ Tamże.

⁵⁹ Tamże oraz *Children and the Armed Conflict...*, para. 134–140, 152–174, 179–181, 195–201, 312–381.

⁶⁰ *Children and the Armed Conflict...*, para. 203.

⁶¹ Ibidem, para. 225.

sowa rekrutacja, wysiedlanie, przetrzymywanie, tortury, pobicia i przymusowa praca. Jednak odmowa popełnienia zbrodni czy brania w niej udziału było sprawą życia lub śmierci⁶².

W konkluzji raportu Komisja podkreśliła priorytetowy charakter działań, które powinny być podjęte w Sierra Leone odnośnie do sytuacji dzieci. Komisja zaleciła przyjęcie, jako niezwykle pilnej, Karty Praw Dziecka oraz podjęcie przez rząd wszelkich możliwych działań, także przy współpracy z organizacjami międzynarodowymi i innymi agendami zajmującymi się ochroną praw dziecka, aby zwrócić szczególną uwagę na problemy dzieci i zapewnić pełne respektowanie ich praw⁶³.

6. Zakończenie

Początkowo, gdy jeszcze nie do końca jasne były relacje pomiędzy Komisją Prawdy i Pojednania a Specjalnym Trybunałem dla Sierra Leone, obawiano się, że dzieci nie będą chciały składać zeznań przed Komisją bojąc się, że będą one podawane do wiadomości Trybunału. Dopiero, kiedy okazało się, że informacje nie będą wychodziły poza Komisję, a dzieci będą traktowane tylko jako ofiary wojny, liczba młodocianych, biorących udział w pracach Komisji, zwiększyła się. Jednak dziewczęta były mniej skłonne do uczestniczenia w tym procesie, zwłaszcza te, które doświadczyły wykorzystywania seksualnego czy gwałtów, ponieważ nie chciały, by ktoś inny poznał ich traumatyczne przeżycia⁶⁴.

Wyrażano również obawę, że angażowanie (nawet w pełni dobrowolne, jak to miało miejsce przed TRC) dzieci w prace Komisji utrwała w nich pamięć o horrorze wojny, co mogłoby mieć niekorzystny wpływ na ich psychikę. Jednak okazało się, że w wielu przypadkach pomogło to dzieciom pogodzić się z własnymi doświadczeniami, niektóre z nich – po przesłuchaniach – wyrażały ulgę, a zarazem dumę ze swojego wkładu w prace TRC⁶⁵.

Pojawiły się jednak pytania, czy rzeczywiście należy dzieciom-żołnierzom, które dopuścili się zbrodni podczas konfliktu, zagwarantować bezkarność ze względu na ich wiek oraz na to, że wcielono je do sił zbrojnych pod przymusem, czyniąc z nich przede wszystkim ofiary? Pytanie to, za kilkoma innymi autorami, zadaje Angela Veale⁶⁶, patrząc również na ten

⁶² Ibidem, para. 228–230.

⁶³ Ibidem, para. 472.

⁶⁴ S. Siegrist, *Child Participation in International Criminal Accountability Mechanisms: The Case of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission*, w: *International Criminal Accountability...*, s. 62. Na temat relacji pomiędzy Komisją i Trybunałem zob. m.in. W.A. Schabas, *Internationalized Courts and Their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms: The Case of Sierra Leone*, w: *Internationalized Criminal Courts...*, s. 165–179.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ A. Veale, *The Criminal Responsibility of Former Child Soldiers: Contributions from Psychology*, w: *International Criminal Accountability...*, s. 97–108.

problem z psychologicznego punktu widzenia. Zauważa się, że bezkarność zachęca do dalszych naruszeń. Co więcej, ignorowanie ich, nawet wtedy, gdy dopuścili się ich małoletni, może zachwiać autorytetem wymiaru sprawiedliwości w szerszym aspekcie. A co z zastosowaniem koncepcji odpowiedzialności dowódców (*command responsibility*) w przypadku, gdy osoba, której podlegają dzieci-żołnierze, sama jest dzieckiem? Do jakiego stopnia były dziecko-żołnierze, które przeszło przez wszystkie programy rehabilitacji i reintegracji, może być zaakceptowane przez społeczność, z której się wywodzi, kiedy brak było dyskusji na temat sprawiedliwości? ⁶⁷ Odpowiedź na te pytania jest niezwykle trudna, problem bowiem wzbudza wiele wątpliwości. W Sierra Leone niektóre społeczności nie były skłonne do tego, aby zapewnić bezkarność wszystkim młodocianym sprawcom zbrodni. Wiek, jako kryterium rozróżniające w procesie przywracania sprawiedliwości, jest dosyć problematyczny, zwłaszcza że w niektórych grupach kulturowych pojęcie dziecka różni się od tego, które zdefiniowano w Konwencji o prawach dziecka z 1989 r. Regulacje w samym Sierra Leone, o czym była już mowa, także nie były jednolite. Angela Veale stoi więc na stanowisku, że odpowiedzialność karna może na dłuższą metę służyć interesowi byłego dziecka-żołnierza i społeczności, z której pochodzi, społeczności, gdzie ten młody człowiek spędził kilka lat jako aktywny członek sił zbrojnych, gdzie dopuścił się poważnych naruszeń praw człowieka, gdzie – być może – także sprawował jakąś władzę, a teraz przychodzi mu tam ponownie żyć⁶⁸. Choć na ten temat stale toczą się dyskusje, które będą powracać wraz z innymi przykładami udziału dzieci w konfliktach zbrojnych w charakterze czynnych żołnierzy (a tych niestety jest niemało), to w przypadku Sierra Leone przyjęto rozwiązanie, w którym ochrona dziecka jest rozumiana najszerzej. A więc także ochrona przed odpowiedzialnością karną. Wydaje się to słuszne, zważywszy na całą sytuację w kraju, przebieg konfliktu i masowy charakter zbrodni popełnianych na dzieciach, w tym zbrodni polegającej na przymusowym rekrutowaniu i wykorzystywaniu dzieci do czynnego udziału w działaniach wojennych.

CHILD SOLDIERS AND JUSTICE THE CASE OF SIERRA LEONE

Key words: children's rights, armed conflict, child-soldiers, Special Tribunal for Sierra Leone, Truth and Reconciliation Commission, international criminal responsibility.

Summary

One of the most tragic aspects of modern armed conflicts is an active participation of children who – in many cases – have not reached the age of 15. The use of child soldiers is not a new problem but in armed conflicts in the end of XX and in the beginning of XXI century

⁶⁷ Ibidem, s. 103–104.

⁶⁸ Ibidem, s. 104 i 107–108.

this problem has become more serious. Wars, mostly civil ones, waging in Asia, Africa and South America, engage thousands of children, abducted from their homes, separated from their families and forced to kill. The conflict in Sierra Leone in the 90thies of the last century was the example of cruelty to children and of ruthless using them as soldiers. That conflict exposed children to the worst possible violence and abuse.

Because of the conflict and a serious number of crimes committed there, two organs were established. First of all, the Truth and Reconciliation Commission (TRC) was created in 2000 under the Lomé Peace Agreement. Secondly, under the international agreement between the UN and the government of Sierra Leone signed in 2002, the Special Court for Sierra Leone (SCSL) was established.

The crime of recruitment and use for active participation in hostilities of child soldiers is – among others – under the jurisdiction of the Court. The Statute also gives the Special Court jurisdiction over persons aged 15 years or older at the time of the alleged commission of the crime. But the prosecutor viewed all children as victims as well as perpetrators and he confirmed that children would not be indicted by the Court. Such cases should rather be the subject of the work of the TRC but it should be mentioned that the Commission was not a court and had no power to prosecute. But on the other hand it was mandated to give special attention to the experiences of children and in that aspect it played a very important role.

There is a significant concern about granting impunity to child soldiers who committed crimes, very often the most serious ones. Some communities in states like Sierra Leone have been reluctant to receive all children involved in atrocities with impunity. It is a very difficult issue which perhaps should be solved bearing in mind the specific culture, traditions and understanding of the notion “child” in communities in question. But it also should be stressed that the rights of a child must be granted and guaranteed.

MISCELLANEA

Gaetano Dammacco

Uniwersytet w Bari / Università degli Studi di Bari

Diritto alla salute e tutela della persona umana

1- La salute come diritto della persona umana

La nozione di salute è di carattere polisemico e storico ed è, pertanto, oggetto di differenti interpretazioni, che si differenziano in relazione alle culture, agli ordinamenti degli stati, ai momenti storici, al variare delle finalità politiche. La nozione, pertanto e' stata sottoposta a un processo di cambiamento, che ha influenzato anche il contenuto e, dunque, il concetto di salute si è trasformato da "bene" individuale (necessità del singolo di essere curato) a "bene" collettivo (interesse della comunità ad avere individui sani), con un relativo adattamento dell'atteggiamento delle Istituzioni verso la questione sanitaria. Parallelamente anche il ruolo dello Stato è cambiato, passando da un ruolo meramente assistenzialistico a gestore esclusivo della sanità, con precisi doveri di intervento.

La Conferenza Internazionale della Sanità (New York, 1946) e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definiscono la salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate». Da questa definizione si delinea come compito dello Stato la prevenzione e la limitazione delle situazioni di non-benessere, che possono impedire al soggetto una vita dignitosa.

Il diritto alla salute rappresenta, quindi, uno dei diritti fondamentali della persona, poichè e' strettamente congiunto alla sua dignità, che deve essere salvaguardato e tutelato, prima di tutto per il tramite dell'azione dei pubblici poteri. Competenza dello Stato sociale è garantire a tutti l'accesso ai diritti fondamentali, mettere tutti nelle condizioni di poterne

fruire in eguale misura e tutelare i soggetti deboli e marginali (come ad esempio, le persone emarginate, quelle in stato di costrizione, i detenuti, i minori, gli anziani, gli immigrati, ...). La garanzia dell'equità della salute per tutti, cittadini e non, è il fine e l'obiettivo che devono perseguire gli Stati, attraverso i relativi servizi sanitari nazionali, nella applicazione anche del principio di solidarietà. In questa direzione vanno le direttive emanate dall'OMS, note come "Principio di equivalenza delle cure", con le quali si sancisce come inderogabile la necessità di garantire al detenuto le stesse cure, mediche e psico-sociali, che sono assicurate a tutti gli altri membri della comunità.

Occorre distinguere "l'equità della salute" dalla semplice "equità delle cure" (Amartya Sen) perchè la prima non è la semplice disponibilità di servizi sanitari, ma è la reale possibilità di utilizzo degli stessi per raggiungere un effettivo stato di salute da parte dell'utente, in base ai suoi bisogni. L'esercizio concreto di questo diritto comporta l'elaborazione di paradigmi etici ispirati ad una visione della giustizia personale e sociale nello stesso tempo, nel rispetto delle esigenze dei singoli e della collettività.

Il principio di giustizia si traduce quindi nell'adozione di due criteri correlati:

- Il criterio d'imparzialità, fondato sull'uguale dignità degli uomini. Implica che tutti hanno diritto ad uguale trattamento mediante la garanzia dei beni fondamentali.
- Il criterio dell'equa distribuzione delle risorse, fondato sul riconoscimento della solidarietà. Esige sia data uguale possibilità di accesso ai beni per consentire un'adeguata realizzazione personale, primo fra questi quello della salute.

Il diritto alla salute come un diritto della persona umana è sostenuto da alcuni principi che possiamo così indicare:

- principio di autonomia: riflette il rispetto alla persona e il riconoscimento del suo diritto all'autodeterminazione;
- principio di beneficalità: impone la ricerca di assicurare la salute ed il benessere della persona;
- principio di non-maleficità: esige di non recare danno alla persona;
- principio di giustizia: prescrive di trattare le persone in modo uguale e di evitare ogni forma di discriminazione.

Tuttavia, occorre sottolineare che l'applicazione di questi principi non è mai automatica all'interno del contesto sociale, infatti, essi si compongono in modo variegato fra di loro, creando, a volte, situazioni apparentemente contraddittorie e conflittuali. Ad esempio, con il diritto alla salute si incrociano altri diritti della persona, quali il diritto alla vita, il diritto alla privacy, il diritto a non subire discriminazioni, il diritto ad essere adeguatamente informati, il diritto ad esprimere il proprio consenso informato.

Il diritto alla salute, quindi, comporta la sua tutela in quanto diritto sociale del cittadino e della persona, che affonda le proprie radici nel principio di solidarietà, dal quale deriva il riconoscimento della necessaria interrelazione tra i diversi progetti di vita. Pertanto, il riconoscimento del diritto all'uguaglianza della persona deve essere valutato nelle differenti forme della sua esistenza e nel bisogno oggettivo di giustizia. La giustizia esige il superamento di ogni forma di discriminazione ed è necessaria per ristabilire l'uguaglianza negli interessi quando esiste fra loro sperequazione. Ciò significa che l'assegnazione delle risorse pubbliche e degli strumenti di politica pubblica nel campo della salute deve attuarsi in modo equo, senza penalizzare ingiustamente singoli soggetti o diverse categorie sociali.

Quindi la salute è in relazione alla reale capacità del soggetto di perseguire la "sua concezione di salute", di mantenere la propria capacità progettuale nelle scelte esistenziali e la pari capacità e/o possibilità di fruizione dei beni sanitari.

2- I Principi costituzionali italiani riguardanti la tutela della salute

La Costituzione con gli artt. 2, 3 e 32, tutela l'individuo nel suo bisogno di personalità e socialità. In particolare:

- il diritto alla salute è riconosciuto come fondamentale diritto dell'individuo. La salute è una situazione soggettiva che deve essere tutelata contro tutti gli elementi nocivi ambientali o a causa di terzi, che possano in qualche modo ostacolarne il godimento;
- la salute è intesa come fondamentale diritto verso lo stato chiamato a predisporre strutture e mezzi idonei, ad attuare programmi di prevenzione, di cura, di riabilitazione e di intervento per perseguire l'equilibrio psicofisico della popolazione. Il diritto alla salute è inteso come "diritto sociale" che realizza nella sanità il principio di eguaglianza fra i cittadini;
- l'art. 32 della Costituzione garantisce il diritto di libertà individuale tale che "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge", legge che "non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Nello stesso articolo si sottolinea pure la gratuità delle prestazioni sanitarie a favore degli indigenti;
- la tutela della salute è, per l'art. 3 della Costituzione, uno strumento di elevazione della dignità sociale dell'individuo e quindi costituisce interesse della collettività;
- la tutela della salute, vista come "rispetto della persona umana", assume un carattere personalistico tanto che il mancato riconoscimento di

mezzi di tutela per singoli aspetti specifici di protezione viola il valore costituzionale della persona.

Per lungo tempo l'art. 32 della Costituzione è stato considerato solo per il suo carattere "pubblicistico" (Chieffi), cioè come puro interesse della collettività, considerando come secondario il carattere personalistico, pur esplicitamente sancita dal dettato costituzionale. Determinante è stata la sentenza n. 88 del 1979 della Corte Costituzionale, che ha ribadito il valore della salute come «un diritto individuale fondamentale, primario ed assoluto, da inquadrare tra quelle posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione». Il principale cambiamento proposto dalla Consulta riguarda la considerazione della salute come «l'oggetto di un diritto inviolabile dell'uomo da inserire tra quelli garantiti dall'art. 2», recuperando il collegamento con il dettato dell'art. 2 della Costituzione.

Per quanto riguarda i trattamenti obbligatori, ricordiamo che secondo l'art. 32 della Costituzione solo la legge può stabilire l'obbligatorietà di determinati trattamenti sanitari, anche se in nessun caso questi possono violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. In un certo senso, quindi, si può considerare aperta la strada verso forme alternative di cura rispetto alla medicina tradizionale, poichè il trattamento deve essere quello più rispondente ai bene della persona e, quindi, al rispetto della sua dignità.

I modi concreti di realizzazione della tutela della salute come diritto umano fondamentale sono disciplinati solo dalla legge. Questa riserva di legge riguarda aspetti specifici delle forme di garanzia (ad esempio durata, controllo di esecutività, tutela giurisdizionale: art. 33 e seguenti della legge n. 833 del 1978), sempre nei limiti del rispetto della persona umana. Inoltre, si deve tenere nella giusta considerazione quanto disposto dall'art. 13 della Costituzione italiana, il quale stabilisce che la libertà personale è inviolabile e, pertanto, non è ammessa alcuna sua forma di restrizione, se non per atto motivato dall'autorità Giudiziaria e nei soli casi previsti dalla legge. Si tratta, tuttavia, di limitazioni della libertà personale stabilite per ragioni di sicurezza pubblica e di giustizia in conformità a quanto previsto dall'art. 5 della Convenzione per la salvaguardia di Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.

3- L'intervento dello Stato e la protezione del diritto umano alla salute

Il problema del garantismo, cioè delle garanzie effettive offerte dalla presenza dello Stato quando è impegnato nella tutela della salute, deve essere considerato nella prospettiva di un obbligo corrispondente alla tutela di un diritto fondamentale della persona umana. I diritti fondamentali costituiscono un diritto insopprimibile della persona, che possono essere

protetti anche attraverso una forma di ingerenza dello Stato nell'esercizio di un diritto fondamentale. Questa ingerenza, però, pur comportando alcune restrizioni o errori o eccessi di potere, in linea generale non può essere vista con sfavore se e in quanto risulta preordinata alla migliore realizzazione della tutela della salute. Solo l'esigenza di protezione di un diritto umano fondamentale, quello alla salute che riguarda l'uomo nella sua totalità, comprendente, cioè, sia il corpo sia la psiche, rende accettabile l'"invasione" dello Stato in un campo esclusivo della persona umana.

La salute dell'uomo non lo riguarda solo nella sua dimensione individuale, ma anche nella sua vita di relazione e nella sua dimensione sociale. L'inserimento della persona umana, e non solo del cittadino, in un determinato contesto ambientale porta a considerare la protezione della salute in un modo più ampio, egualmente protetto dall'art. 32 della Costituzione italiana. In tale prospettiva, il diritto alla salute non può essere inteso solo come diritto dell'uomo all'assistenza sanitaria, cioè come una serie di diritti che hanno come destinatario l'apparato burocratico statale, predisposto per le cure sanitarie. Infatti, la salute deve essere considerata come una condizione della persona umana, concepita nella sua dimensione di unità. Solo considerando la persona umana come valore in sé e nella sua unità si possono comprendere alcuni interventi legislativi specifici, come ad esempio quello che disciplina il mutamento di sesso (cosa che comporta un intervento trasformativo e in qualche modo devastante su un corpo), spesso originato dalla necessità di salvaguardare la salute psichica di chi non si identifica con quello che è il proprio sesso apparente. Infatti, per l'ordinamento giuridico il corpo umano è, comunque, un bene giuridico unico e inseparabile nella sua dimensione di corpo e spirito, in quanto destinato a realizzare il senso della soggettività personale e individuale. La persona umana, pertanto, deve essere considerata nella sua globalità, come l'insieme di più dimensioni. Corpo (con riferimento ai fenomeni biologici), mente (quanto al mondo simbolico, alla sintesi percettivo-comportamentale) e spirito (quanto alla domanda di senso e significato).

Considerando la persona nella sua unità e globalità, appare chiaro che il problema della tutela della persona umana è un problema unitario, e risulta di tutte evidenze che la protezione costituzionale della persona umana risponde a una visione di unitarietà. A questa esigenza fornisce protezione il precetto costituzionale costituito non solo dal contenuto dell'art. 32, ma anche dal contenuto dell'art. 2, che, in quanto riconosce i diritti inviolabili, costituisce una clausola generale di protezione della persona umana, utilizzando una formula giuridica di ampia efficacia. Infatti, l'intento della Costituzione è quello di dare tutela e protezione a qualunque interesse funzionale alla persona umana e alla sua personalità, come ha sottolineato la Corte costituzionale nella sentenza n. 561 del 1987.

Il primo comma dell'articolo 32 della Costituzione («La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti») distingue la salute come diritto fondamentale dell'individuo, che integra un interesse della collettività, dal diritto ad essere curati e dal diritto di cura che è previsto, gratuitamente, soltanto per gli indigenti. Quindi, il diritto a conservare il proprio benessere (cioè la propria salute) è distinto dal diritto ad essere curati qualora il bene salute fosse compromesso. In questa prospettiva, la tutela della salute rileva sotto diversi profili. Ad esempio può rilevare sotto il profilo riparatorio o risarcitorio del danno subito dal paziente a seguito di un intervento sanitario errato. In tal caso, il problema riguarda principalmente la responsabilità civile o penale del professionista. Inoltre, il primo comma dell'art. 32 mette in evidenza l'interesse della collettività alla tutela della salute personale. In questa direzione, la riforma del sistema sanitario nazionale (proprio in attuazione dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, considerati come obbliganti dall'art. 2) ha previsto un dovere contributivo a carico di tutti i cittadini al fine di reperire, almeno in parte, le risorse finanziarie necessarie ad assicurare effettiva garanzia ed attuazione a tale diritto. In attuazione dell'«interesse della collettività», previsto dall'art. 32 cost., lo Stato si rende parte attiva, organizzando un proprio servizio a salvaguardia della protezione del bene salute. Tuttavia, proprio in riferimento all'intervento dello Stato deve essere considerato il secondo comma dell'art. 32 cost. («Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»), che sopra ogni altro potere riconosce come inalienabile i limiti imposti dal rispetto della persona umana e della sua volontà, alla quale può essere opposto solo il limite delle disposizioni di legge. La riserva di legge è chiaramente indirizzata alla tutela dell'uomo e della sua dignità. Nel nostro sistema, pertanto, non sussiste un «dovere» personale alla conservazione della salute tanto che, ad esempio, il suicidio, quale massima negazione della salute, non è un reato, essendo punito solo la istigazione (art. 580 del codice penale). Tuttavia, non esiste neppure un diritto a morire, tanto che chi tenta il suicidio non può essere lasciato morire e, se possibile, deve essere curato, assistito, mantenuto in vita, senza che si adottino metodi che individuano un accanimento terapeutico. Che non vi sia un diritto a morire è, altresì, confermato dall'art. 579 del codice penale che punisce con la reclusione da sei a quindici anni chi cagiona la morte di un uomo con il consenso di questi. Esiste, invece, il diritto a non essere sottoposto a una terapia da accanimento, che non conduce a una evidente guarigione del malato, perchè in quel caso sarebbe violata la dignità della persona umana, considerata come oggetto di sperimentazione. La salute, essendo espressione della personalità umana, non può essere violata da nessun soggetto e non può essere messa in pericolo da alcuna situazione. Il diritto

alla salute, proprio per le sue caratteristiche, non può essere annoverata tra i diritti pienamente disponibili. Di qui anche il problema della legittimità costituzionale di una legge volta ad ammettere l'eutanasia quale espressione della "libera scelta a morire dolcemente" perchè siffatta scelta legislativa sarebbe in contrasto con il primo comma dell'art. 32 cost. che tutela la salute quale "diritto fondamentale dell'individuo".

3- Le istituzioni carcerarie e la salvaguardia del diritto alla salute

Un aspetto particolare di tutela del diritto personale alla salute riguarda il dovere delle istituzioni carcerarie nei confronti della persona detenuta. La Conferenza Internazionale della Sanità (New York, 1946) e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definiscono la salute come <<uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate>>. L'OMS con l'emanazione delle direttive note come "Principio di equivalenza delle cure" stabilisce la inderogabile necessità di garantire al detenuto le stesse cure, mediche e psico-sociali, che sono assicurate a tutti gli altri membri della comunità. Si tratta di assicurare la garanzia dell'equità della salute per tutti i cittadini, fine dei servizi sanitari nazionali in un sistema di solidarietà. "L'equità della salute" è cosa diversa dalla semplice "equità delle cure" (Amartya Sen): la prima non è il semplice accesso ai servizi sanitari, ma è la reale possibilità che questi servizi siano utilizzati per raggiungere un effettivo stato di salute da parte della persona utente. Le "Regole minime europee" (1987), tra l'altro, raccomandano (articolo 1) che «la privazione della libertà deve eseguirsi in condizioni materiali e morali che salvaguardino il rispetto della dignità umana e in conformità con questa regola»; inoltre, all'art. 3 chiariscono che «la finalità del trattamento dei detenuti deve essere quello di salvaguardare la salute e la dignità».

Il Consiglio d'Europa nel documento sulle "Regole penitenziarie europee" nel preambolo prospetta una costante evoluzione di tali regole, impegnandosi a «definire criteri di base realistici, che permettano alle

amministrazioni penitenziarie di giudicare i risultati ottenuti e di misurare i progressi in funzione di più elevati standard qualitativi». Le più rilevanti convenzioni internazionali¹ mettono in relazione il diritto dei detenuti alla salute con il corrispondente dovere delle istituzioni a tutelare la salute di persone che si trovano in particolari condizioni di ristrettezza. In materia di misure alternative il Consiglio d'Europa ha prodotto la raccomandazione n. R. (92) 16 del Comitato dei Ministri circa le "Regole europee sulle sanzioni e misure alternative alla detenzione", che già nelle premesse valuta la positività delle misure alternative in quanto esse «evitano gli effetti negativi della carcerazione».

Per quanto riguarda in particolare l'Europa, si devono menzionare tra le altre le iniziative del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (in specie le Raccomandazioni n. R (87) 25 del 12.02.1987 e n. R (89) 14 del 24.10.1989) e dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (in particolare le Raccomandazioni n. 1080/88 del 30.06.1988 e n. 1116/89 del 29. 09. 1989 e la più recente direttiva del marzo 2004 rivolta al Comitato per la difesa dei diritti umani).

Un problema particolare che riguarda la salute dei detenuti è costituito dalle malattie infettive, specialmente dall'AIDS, e dalla diffusione della tossicodipendenza. A tal proposito, si richiamano le specifiche disposizioni europee, come le "Linee europee su HIV/AIDS ed epatite in carcere", che sottolineano l'importanza della prevenzione, e la "Carta di Hodenburg" del 1998, nota come "Raccomandazioni europee su carcere e tossicodipendenza", che considera anche l'aspetto della prevenzione e della riduzione del danno. Prendendo atto della direttiva dell'OMS, nota come "Principio di equivalenza delle cure", in Italia il Ministero della Sanità ha stilato le "Linee guida sulla riduzione del danno". Inoltre, nell'ambito del comitato interministeriale per i diritti umani presso il Ministero degli Affari Esteri, istituito nel febbraio del 1978 (con decreto ministeriale n. 519) per monitorare e realizzare rapporti e suggerimenti in tema di diritti umani, esistono commissioni e strutture di settore con funzioni connesse alla tutela e alla promozione dei diritti umani, tuttavia,

¹ Tra esse si ricordano: oltre alla "Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"; le "Regole minime per il trattamento dei detenuti" (risoluzione dell'ONU del 30 agosto 1955); le regole penitenziarie europee, di cui alla raccomandazione del comitato dei ministri della comunità europea del 12 febbraio 1987; il " patto internazionale relativo ai diritti civili e politici" (New York, 16 dicembre 1966); la "Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti" (New York, 10 dicembre 1984, ratificata con la legge n. 488 del 3 novembre 1988). Con la l. 2 gennaio 1989, n. 7 di ratifica ed esecuzione della convenzione europea per la prevenzione della tortura o delle pene o trattamenti inumani o degradanti (Strasburgo, 26 novembre 1987), è istituito il Comitato europeo per la prevenzione della tortura o delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Di particolare importanza è la *Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea* (2000/C 364/01), che all'art. 35, intitolato *Protezione della salute*, dispone "Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana.

non esiste ancora nulla di specifico per la tutela del diritto alla salute in ambito penitenziario a dimostrazione di quanto sia articolato e non ancora del tutto affrontato il campo della tutela della salute, come diritto fondamentale della persona umana.

Il dilagare del fenomeno AIDS negli istituti penitenziari ha fatto emergere due aspetti del diritto di tutela della salute, facendo attenzione alla salute del detenuto da una parte e alle connessioni sociali dall'altra, che si realizzano per prima con riferimento alla salute degli altri detenuti non malati, i quali sono costretti a una convivenza forzata. Infatti, esiste un rapporto diretto tra carcere e sieropositività, in quanto la convivenza in spazi ristretti trasforma il carcere in un ambiente ad alto rischio. L'O.M.S. e il Consiglio d'Europa hanno emanato raccomandazioni e direttive per la tutela dei diritti individuali stabilendo principi generali per l'esecuzione della pena con l'intento di armonizzare le politiche d'intervento dei singoli stati, ma, di fatto, è lasciata alla discrezionalità dei legislatori nazionali la possibilità di recepirle e applicarle al rapporto punitivo di tipo carcerario.

Con la Raccomandazione n. 1080, relativa ad una "politica sanitaria coordinata per prevenire la diffusione dell'AIDS nelle prigioni", i governi erano invitati anche a adottare politiche di riduzione del danno, autorizzando la distribuzione di preservativi e, in casi estremi, di siringhe ai detenuti tossicodipendenti.

Nella stessa direzione era anche la Raccomandazione R (89) 14 del 24 ottobre 1989. Il Consiglio d'Europa nella Raccomandazione R (93) 6 del 18 ottobre 1993 per il trattamento dell'infezione da HIV in ambiente penitenziario formula principi generali e disposizioni particolari, orientandosi ad una gestione "liberale" del problema. Tuttavia, non esiste nei Paesi dell'Unione europea un sistema penitenziario che adotti politiche di riduzione del danno, a parte qualche isolata sperimentazione. In Italia il Ministero di Giustizia ammette con gran difficoltà anche l'esistenza di rischi specifici carcerari nella diffusione della patologia in questione.

4- Il detenuto come persona umana destinatario di tutela della salute

La gravità dei problemi di sicurezza pubblica e sociale e le condizioni di precarietà e di emergenza in cui per necessità si trova in generale il sistema carcerario, spesso mettono in secondaria importanza il fatto che destinatario dei provvedimenti di restrizione è una persona umana, che non perde il valore della sua dignità per il fatto di scontare una pena. Inoltre, la condizione di separatezza dell'universo carcerario spesso determinano la compressione dei diritti fondamentali per i detenuti con la conseguente perdita della facoltà di esercizio dei propri diritti. E' evidente che occorrono leggi equilibrate ed esperienza di vita perchè la

conservazione della dignità personale e l'esercizio dei diritti umani non sia solo un fatto astratto, ma si adatti alla particolare situazione. Inoltre, non si deve dimenticare neppure la particolare condizione di coloro che, essendo preposti alla sorveglianza e al controllo dei detenuti, di fatto subiscono gli effetti delle restrizioni con la conseguente riduzione dei diritti personali.

Il diritto alla salute, anche se sancito dalla Costituzione, può, comunque, incontrare limiti per quanto riguarda l'organizzazione dei servizi sanitari e per le esigenze di tutela di altri interessi legati allo stato di detenzione, per es. le esigenze di sicurezza, che possono diventare primarie rispetto al diritto di tutela della salute. Infatti, non si deve dimenticare che il valore della autonomia della persona umana non può essere annullato dalle misure di restrizione, ma deve essere adattato per garantirne l'esercizio. I trattamenti e le terapie sanitarie, quando è in pericolo la salute della persona, non sono compatibili con la coercizione, finalizzata alla sicurezza sociale e alla reintegrazione del condannato. La tutela del diritto alla salute nelle particolari condizioni di restrizione subisce adattamenti (come ad esempio l'impossibilità di scegliere il luogo di cura o la limitazione del diritto a scegliere il medico curante) che hanno il solo scopo di adattare l'esercizio dei diritti, ma non di annullarlo, in quanto gli interventi sanitari devono essere finalizzati, secondo la valutazione degli operatori socio-sanitari, al suo benessere. Una prova, comunque, della importanza del valore del diritto alla salute si osserva nel fatto che il detenuto invece è obbligato a rivolgersi alle cure dei medici penitenziari. Le limitazioni legislative al diritto alla salute del detenuto, motivate da ragioni di sicurezza, pur limitando gli spazi della tutela, sono coerenti con l'orientamento della Corte costituzionale italiana, che ha elaborato un concetto di "diritto alla salute" inteso come una pluralità di situazioni soggettive: il diritto all'integrità psico-fisica; il diritto alla salubrità dell'ambiente; il diritto degli indigenti alle cure gratuite; il diritto all'informazione sul proprio stato di salute e sui trattamenti che il medico vuole effettuare; il diritto alla partecipazione; il diritto di accesso alle strutture; il diritto del malato di comunicare con i propri congiunti, il diritto a prestare il suo consenso informato agli accertamenti e trattamenti sanitari propostigli.

Il diritto alla salute del detenuto può essere limitato nell'utilizzo delle risorse del Sistema Sanitario Nazionale (S.S.N.) per quanto concerne l'accesso ai servizi, ai trattamenti, all'informazione, alla partecipazione, alla salubrità dell'ambiente. Il sistema che si delinea, pur non essendo perfetto, deve essere costruito secondo il dettato dell'art. 27 della Costituzione che testualmente recita: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». In questa prospettiva, anche la tutela del diritto alla salute del detenuto diventa uno strumento per le attività di recupero e reinserimento sociale delle persone in stato di detenzione. L'assistenza

sanitaria del detenuto, in tal senso, si pone come attività strumentale e si qualifica rispetto alla funzione di trattamento e di sicurezza.

5- Il diritto alla tutela per i figli delle detenute

Infine, un problema specifico rappresenta quello della proiezione degli effetti delle restrizioni su persone innocenti, come i cosiddetti “figli del carcere”, cioè figli di donne detenute. Pur non essendo numerosi, essi pongono un problema di diritto di grande importanza, poichè la loro particolare condizione potrebbe compromettere già in tenera età il loro diritto alla salute psico-fisica. I piccoli numeri in cui ritraduce il problema (ad esempio secondo dati ufficiali al 31.12.1998 erano 14 gli asili nido funzionanti, 4 i non attivi, 41 le detenute madri, 42 il numero dei figli, e 4 le detenute in stato di gravidanza) non possono far passare in secondaria importanza il diritto del bambino e la tutela dei suoi diritti, sanciti nell'art. 3 della Convenzione sui diritti del bambino di New York del 1989, ratificata in Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991, che recita: «in tutte le decisioni riguardanti i bambini di competenza sia delle istituzioni pubbliche o privata e di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente». Secondo questa carta, tra i diritti dei bambini, cioè individui di età inferiore ai 18 anni (art. 1), il cui interesse deve essere tenuto in primaria considerazione in ogni circostanza (art. 3), si devono considerare il diritto alla vita (art. 6), nonchè il diritto alla salute e alla possibilità di beneficiare del servizio sanitario (art. 24), il diritto di esprimere la propria opinione (art. 12) e ad essere informati (art. 13), il diritto al nome, tramite la registrazione all'anagrafe subito dopo la nascita, nonchè alla nazionalità (art. 7), il diritto di avere un'istruzione (art. 28 e 29), quello di giocare (art. 31) e quello di essere tutelati da tutte le forme di sfruttamento e di abuso (art. 34).

Come si può osservare, il diritto alla salute non sopporta nessuna restrizione con riferimento ai bambini ed è distinto dal diritto al servizio sanitario, cioè alle cure, specificamente menzionato.

In Italia, in particolare, esiste una legge (“Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori”) di tutela dei “bambini in stato di detenzione”, entrata in vigore l'8 marzo 2001. L'obiettivo della legge è quello di tutelare il valore della maternità e della educazione nel rapporto madre- figlio e contiene, per questo, misure agevolate per le madri detenute (come ad esempio la sospensione della pena obbligatoria a beneficio di donna incinta o di madre di bambini di età non superiore ad un anno, la detenzione domiciliare speciale per madri di prole di età inferiore ai dieci anni purchè abbiano scontato un terzo della pena, la sospensione della pena facoltativa concessa a madre

di bambini di età inferiore ai tre anni). Tuttavia, si deve osservare che spesso si avverte come prevalente il beneficio offerto alla madre, sia pure considerando l'importanza della sua funzione, piuttosto che la tutela dei diritti del bambino, come soggetto debole.

THE RIGHT TO HEALTH AND THE PROTECTION OF HUMAN BEING

Key words: health, right to health, healthcare in Italian legal system; healthcare of women detained and their children.

Summary

The Author analyzes the meaning of health, especially the health as a human right. Author presents some principles of the Italian Constitution, which are dedicated to the healthcare system and the state's responsibility for the health of its Nation. Subsequently it is analyzed in generally how healthcare system is organized on national level and in particular by the system of prison organization and institutions. A very important and relevant problem is prisoners condition of health, especially in front of contagious diseases or such as AIDS and the diffusion of drug addiction. The very last, fundamental, problem analyzed in the paper is right to healthcare of women detained and their children, which demand particular protection.

Maciej Perkowski

Uniwersytet w Białymstoku, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego

Samostanowienie a Partnerstwo Wschodnie Unii Europejskiej. Przyczynek do dyskusji

Słowa kluczowe: Partnerstwo Wschodnie, samostanowienie, rosyjska strefa wpływów.

Obserwując międzynarodową promocję praw człowieka i ich ochrony – łatwo odnieść wrażenie, że każdy niemal aspekt aktywności podmiotów prawa międzynarodowego ma lub może mieć związek z prawami człowieka. Z jednej strony to dobrze, gdyż w ten sposób obok celów *sensu stricte* osiąga się cele *sensu largo*. Można to ująć jako paradygmat progresywnej ustawiczności – nigdy dość promocji praw człowieka! Z drugiej jednak strony zachodzi tu swoista deprecjacja pojęcia, utrata jego „ostrości”, a przez to rzeczywisty spadek znaczenia w praktyce... Wynikający stąd dylemat można rozwiązać, jeśli promocji praw człowieka towarzyszy ich konkretyzacja i profesjonalizacja systemu ochrony. Tak też raczej się dzieje we współczesnych stosunkach międzynarodowych. Do podjęcia pogłębionych analiz całości zarysowanej problematyki nie czuję się uprawniony, a i zamysł przyjęty dla tego opracowania ma całkiem odmienną postać. Poruszyć zamierzam dwa zagadnienia – samostanowienie i Partnerstwo Wschodnie Unii Europejskiej, przyjmując tezę o ich współzależności.

O samostanowieniu

W duchu dekolonizacji Zgromadzenie Ogólne NZ w rezolucji 2200/A/XXI z 16 grudnia 1966 r. uchwaliło Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (zwane dalej Paktami Praw Człowieka). Mają one charakter wielostronnych umów międzynarodowych. Choć regulują jednostkowe prawa człowieka, w swoim art. 1, wyodrębnionym w samodzielnej części, omawiają zbiorowe prawa i obowiązki, składające się na zasadę samostanowienia narodów. Z regulacji tej wynika, że wszystkie „narody” mają prawo do samostanowienia, z mocy którego swobodnie określają swój status polityczny i swobodnie zapewniają swój rozwój gospodarczy, spo-

łeczny i kulturalny. Ponadto mogą one swobodnie rozporządzać dla swoich celów swymi bogactwami i zasobami naturalnymi bez uszczerbku dla jakichkolwiek zobowiązań, wynikających z międzynarodowej współpracy gospodarczej, opartej na zasadzie wzajemnych korzyści, oraz prawa międzynarodowego i w żadnym przypadku nie mogą być pozbawione swoich własnych środków egzystencji. Z kolei państwa-strony, wedle regulacji art. 1, będą popierały realizację prawa do samostanowienia i będą szanowały to prawo, zgodnie z samą Kartą NZ¹. Ranga umowy międzynarodowej i normatywny kształt art. 1 obu Paktów Praw Człowieka z 1966 r. są z punktu widzenia doktryny prawniczej bezsporną zaletą tej regulacji, zwłaszcza że większość państw związało się Paktami.² Komentatorzy wskazują, że regulacja ta szła dalej, niż ówczesne prawo zwyczajowe.³ W przeciwnieństwie do tego ostatniego, ograniczającego się do dekolonizacji, Pakty Praw Człowieka zaprezentowały uniwersalną koncepcję samostanowienia. Stanowiły też istotny bodziec do dalszego rozwoju prawa zwyczajowego, które w dość krótkim czasie uwzględniło uniwersalny charakter zasady samostanowienia narodów.⁴ Treść ówczesnego prawa zwyczajowego w odniesieniu do zasady samostanowienia narodów doskonale odzwierciedla deklaracja zasad prawa międzynarodowego z 1970r.⁵ Trzeba było jednak dwóch dekad, by uniwersalny charakter zasady samostanowienia narodów potwierdziła praktyka.

Prawo do suwerennego państwa legło u podstaw wielu nowych państwowości na obszarach byłego ZSRR i byłej SFR Jugosławii. Doszukiwanie się podstaw prawnych powstania wyżej wymienionych, nowych państw w prawie wewnętrznym byłego ZSRR i byłej Jugosławii nie znajduje uzasadnienia. Po pierwsze, stosowne zapisy konstytucyjne, na przykładzie Litwy czy Kosowa, można uznać za martwą literę prawa. Poza tym pokojowy rozpad Czechosłowacji na Czechy i Słowację, mimo braku właściwego zapisu w czechosłowackiej konstytucji, zdaje się dowodzić tezy, iż nie należy doszukiwać się podstaw powstania nowych państw europejskich w prawie wewnętrznym ich państw–poprzedników. Bez wątpienia chodzi tu o prawo „narodów” do samostanowienia. Na szczególną uwagę zasługuje też fakt, że społeczność międzynarodowa, uznając podmiotowość między-

¹ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1993, s. 25 i n.

² L. Antonowicz, *Samostanowienie narodów jako zasada prawa międzynarodowego*, „Annales UMCS”, 1996, nr 43, s. 70. Należy podkreślić, że w początkowej fazie, wbrew oczekiwaniom, jedynie niewielka liczba państw przyjęła zobowiązania w nich zawarte. W związku z tym większa część społeczności międzynarodowej była w owym czasie związana jedynie mało precyzyjną treścią zasady samostanowienia narodów, zawartą w Karcie NZ.

³ A. Cassese, *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, p. 65.

⁴ T. M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, „American Journal of International Law”, 1992, Vol. 86, p. 58.

⁵ A. Cassese, *Political Self-Determination – Old Concepts and New Developments*, w: tenże, *UN Law Fundamental Rights. Two Topics in International Law*, Sijthoff & Nordhoff, Leyden 1979, p. 137 & n.

narodową nowych państw, położyła nacisk na ich demokratyczny ustrój.⁶ W doktrynie dominuje pogląd, że prawo do samostanowienia ma aspekt zewnętrzny, polegający na prawie do państwowości, i aspekt wewnętrzny, polegający na prawie „narodu” do swobodnego wyboru odpowiadającego mu statusu polityczno-prawnego oraz na prawie do rozwoju społeczno-ekonomicznego.⁷ Narzucanie ustroju przez społeczność międzynarodową byłoby więc sprzeczne z tym poglądem. Ta sprzeczność jest jednak tylko pozorna. Po pierwsze ustrój demokratyczny jako jedyny zawiera mechanizmy pozwalające na rzeczywiste i swobodne określenie przez „naród” szeroko rozumianego ustroju swojego państwa. Tym samym demokracja jest gwarancją realizacji samostanowienia w jego wewnętrznym znaczeniu oraz utrzymania trwałego efektu samostanowienia zewnętrznego. Po drugie, istnieje wątpliwość, czy na pewno zachodzi potrzeba wyróżniania samostanowienia zewnętrznego i wewnętrznego, skoro prawo międzynarodowe reguluje przede wszystkim sferę „poza państwem”.⁸ Z kolei w „sferze wewnętrznej” państwa jest ono obecne poprzez ochronę praw człowieka, zarówno w wymiarze indywidualnym, jak i grupowym. Przyjęcie wniosku, że treścią zasady samostanowienia narodów jest m.in. prawo do utworzenia suwerennego i demokratycznego państwa, poza tym, że odzwierciedla aktualną praktykę międzynarodową, stanowi funkcjonalne uproszczenie, tym bardziej że argumentacja komentatorów prawa międzynarodowego, zaliczających wewnętrzny aspekt samostanowienia wprost do suwerenności państwa, nie jest pozbawiona podstaw.⁹ Można zaryzykować twierdzenie, że nie tyle chodzi o aspekt wewnętrzny samostanowienia, ile o zastosowanie zasady samostanowienia narodów (w postaci prawa do utworzenia suwerennego, demokratycznego państwa) w państwach wielonarodowych nie postępujących zgodnie z nią, tj. w państwach, które nie posiadają władz reprezentujących cały „naród” terytorium państwowego, bez względu na rasę, wyznanie, itp. Prawo do suwerennego i demokratycznego państwa nie ogranicza się do utworzenia tegoż, ale obejmuje też prawo do jego zachowania, to znaczy, że „naród” nie może być pozbawiony państwa wbrew swej woli. W ten sposób prawo „narodu” do samostanowienia – istniejąc niezależnie od zasady suwerennej równości i zasadniczego prawa państwa do istnienia – stanowi istotne ich uzupełnienie. Można też powiedzieć, że prawo do samostanowienia „narodu” danego państwa ostatecznie decyduje o niele-

⁶ T. M. Franek, *The Emerging...*, op. cit., s. 52; Wytyczne w sprawie uznania nowych państw w Europie Wschodniej i na obszarze Związku Radzieckiego, uchwalone przez Radę Europejską w dniu 16.12.1991r., „International Law Reports”, vol. 92.

⁷ R. Mc Corquodale, *Self-Determination: a Human Rights Approach*, „International and Comparative Law Quarterly”, 1994, nr 43, p. 865.

⁸ J. Tyranowski, *Suwerenna równość, samostanowienie i interwencja w prawie międzynarodowym*, w: *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe. Zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin Profesora Janusza Gilasa*, pod red. C. Mika, Toruń 1997, s. 405.

⁹ J. Tyranowski, *Integralność terytorialna, nienaruszalność granic i samostanowienie w prawie międzynarodowym*, PWN, Warszawa 1990, s. 283.

galności ewentualnej aneksji jego terytorium. W doktrynie ten aspekt prawa do samostanowienia bywa określany jako defensywne, tj. wyrażające prawo do obrony całości terytorium przed agresją lub secesją.¹⁰ Na tym tle interesująco przedstawia się reakcja społeczności międzynarodowej przeciwko irackiej inwazji na Kuwejt.¹¹

Współcześnie nie mniej istotny okazał się dylemat, czy mniejszości uprawnione są do samostanowienia? W pierwszej kolejności należy ustalić, czym jest mniejszość. Przy okazji rozważań nad definicją narodu odnotowane zostało spostrzeżenie, że prawo międzynarodowe nie daje w zasadzie odpowiedzi na to pytanie. Potwierdza to przyjęta w 1995 r., w ramach systemu prawnego Rady Europy, ramowa konwencja o ochronie mniejszości narodowych, która nie zawiera pozytywnej definicji mniejszości.¹² Poza tym prawo międzynarodowe najczęściej reguluje ochronę osób należących do mniejszości, w oparciu o ich indywidualne prawa, nie chroniąc mniejszości jako grup zbiorowych.¹³ Na forum Komitetu Praw Człowieka wielokrotnie prowadzona była dyskusja nad kwestią, dlaczego mniejszości nie chroni się jako zbiorowości. Wysuwano idee, aby jako podmiot ochrony międzynarodowej ujmowana była mniejszość jako grupa społeczna. Ostatecznie Komitet interpretując art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. uznał mniejszość jako grupę za podmiot

¹⁰ W. Czapliński, *Instytucja „Niemca” w rozumieniu art. 1161 ust. zas., obywatelstwo i prawo narodu niemieckiego do samostanowienia (na marginesie wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie Teso)*, „Przegląd Zachodni”, 1990, nr 1, s. 101 i n.

¹¹ S. C. Resolution nr 660 z 2 VIII 1990 r., w: *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, red. B. Wierzbicki, Temida2, Białystok 2008, s. 45.

¹² Tekst dostępny w: „The Review”, 1995, No. 54, p. 79–87; por.: A. Łopatka, *Międzynarodowe prawo praw człowieka. Zarys*, Wyższa Szkoła Handlu i Prawa, Warszawa 1998, s. 115.

¹³ A. von Egen, *Die Südtirol-Frage vor den Vereinten Nationen. Rechtsgeschichte und Dokumente – mit einer Zusammenfassung in italienischer und englischer Sprache*, Peter Lang, Frankfurt am Main–Berlin–Bern–New York–Paris–Wien 1997, s. 21 u. n.; A. J. Hanneman, *Independence and Group Rights in the Baltics: A Double Minority Problem*, „Virginia Journal of International Law”, 1995, Vol. 35, p. 485 & n.; H. Hannum, *Contemporary Developments in the International Protection of the Rights of Minorities*, „Notre Dame Law Review”, 1993, Vol. 66, p. 1431 & n.; A. Heraclides, *The Self-Determination of Minorities in International Politics*, Frank Cass, London 1991, p. 21 & n.; T. Jasudowicz, *Międzynarodowe standardy ochrony mniejszości (najnowsze dokumenty wraz z wprowadzeniem i komentarzem)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, 1993, nr 3, s. 375 i n.; C. Mik, *Ochrona mniejszości narodowych w prawie europejskim*, „Państwo i Prawo”, 1996, nr 3, s. 19 i n.; M. Nowak, *The Right of Self-Determination and Protection of Minorities in Central and Eastern Europe in light of the case-law of the Human Rights Committee*, „International Journal on Group Rights”, 1993, No. 1, p. 7 & n.; J. P. Schreuder, *Minority Protection within the Concept of Self-Determination*, „Leyden Journal of International Law”, 1995, No. 8, p. 53 & n.; H. Suchocka, *Charakter praw mniejszości etnicznych i językowych w świetle art. 27 Paktu praw obywatelskich i politycznych i niektórych konstytucji europejskich*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych”, 1987, nr 2, s. 97 i n.; P. Thornberry, *Self-Determination, Minorities, Human Rights: A Review of International Instruments*, „International and Comparative Law Quarterly”, 1989, Vol. 38, No. 10, p. 867 & n.

ochrony międzynarodowej. Zdaniem A. Michalskiej, była to wykładnia na-
zbyt rozszerzająca, żeby nie powiedzieć *contra legem*.¹⁴

W praktyce można spotkać szereg quasi-prawnych lub doktrynalnych
definicji mniejszości. Dla przykładu opracowany w systemie Rady Europy
projekt europejskiej konwencji dotyczącej ochrony mniejszości definiował
mniejszość jako „grupę liczebnie mniejszą od reszty populacji państwa,
której członkowie – będący obywatelami tego państwa – posiadają etnicz-
ne, religijne lub językowe cechy różne od tych charakterystycznych dla
pozostalej populacji i którzy kierują się wolą zachowania własnej kultu-
ry, tradycji lub języka”.¹⁵ Spośród definicji doktrynalnych za istotne osią-
gnięcia należy uznać, za C. Mikiem, definicje F. Capotoriego z 1979 r. oraz
J. Dechenesa z 1985 r. Pierwszy z nich uznał, że mniejszość określają na-
stępujące elementy:

- 1) istnienie w granicach państwa dających się wyodrębnić grup ludności,
mających stałe cechy charakterystyczne (etniczne, religijne lub języko-
we), które różnią się w sposób klarowny od cech reszty ludności;
- 2) grupy te są liczebnie podrzędne w stosunku do reszty ludności;
- 3) grupy te nie mają charakteru dominującego w społeczeństwie;
- 4) składają się one z obywateli państwa;
- 5) członkowie grupy mniejszościowej manifestują przynajmniej *implicite*
więzy solidarności, które ich łączą, a tym samym manifestują wolę za-
chowania własnej tożsamości.¹⁶

Określenie Dechenesa z kolei mówi, iż mniejszość to: „grupa obywa-
teli państwa, tworząca liczebną mniejszość i pozostająca w tym państwie
w pozycji nie dominującej, posiadająca cechy etniczne, religijne lub języko-
we, które odróżniają ją od większości ludności, mająca poczucie solidarno-
ści wzajemnej, kierująca się chociażby tylko pośrednio zbiorową wolą prze-
trwania i celem, którym jest zapewnienie równości z większością ludności
tak pod względem faktycznym, jak prawnym”¹⁷.

W doktrynie na ogół odmawia się mniejszościom prawa do samostano-
wienia, co znalazło wyraz w raportach specjalnych sprawozdawców Pod-
komitetu ds. Zapobiegania Dyskryminacji i Ochrony Mniejszości Komisji
Praw Człowieka ONZ.¹⁸ Praktyka państw w stosunku do mniejszości nie

¹⁴ A. Michalska, *Ochrona mniejszości etnicznych w świetle praktyki Komitetu Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo”, 1990, nr 6, s. 28 i n.

¹⁵ Patrz: *Proposal for a European Convention for the Protection of Minorities*, CDL/91/7, Strasbourg 1991.

¹⁶ F. Capotori, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, UN, New York 1979, E/CN. 4/Sub. 2/384/, Rev. 1, p. 102, cyt. za: C. Mik, *Zbiorowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1992, s. 116.

¹⁷ B. G. Ramcharan, *Peoples' Rights and Minorities' Rights*, „Nordic Journal of International Law”, 1987, Vol. 56, No. 1, p. 25.

¹⁸ A. Cristescu, *The Right to Self-Determination. Historical and Current Development on the Basis of the United Nation Instruments*, New York 1981, p. 38; H. Gros Espiell, *The Right to Self-Determination. Implementation of the United Nations Resolutions*, New York 1981, p. 9.

daje podstaw do zaliczenia ich do podmiotów uprawnionych do samostanowienia. Wręcz przeciwnie, państwa – tworząc prawne uregulowania zasady samostanowienia narodów – sformułowały w odniesieniu do mniejszości odrębne postanowienia, których treść wskazuje, że mowa w nich o jednostkowych prawach człowieka. Biorąc pod uwagę dość płynną granicę między „narodem państwa wielonarodowego” a „mniejszością” doszło obecnie do znacznego zrelatywizowania obydwu pojęć. Nie ma więc przeciwwskazań dla określenia mniejszości jako „nosicieli” prawa do samostanowienia. Tym samym istnieje także w stosunku do nich potencjalna zdolność do korzystania z prawa do samostanowienia. Samoistna podmiotowość nie jest możliwa, gdyż mniejszość, która ma prawo do samostanowienia, nie jest już mniejszością, lecz uprawnionym „narodem”.

Wiek XXI potwierdził przewidywania niektórych osób i gremiów, że przyszłość przyniesie przewartościowanie samostanowienia. Wydaje się, że dziś – bardziej, niż kiedykolwiek – utożsamia się ono z rozwojem. Warto przyjrzeć się, jak ten stan narastał. Pakty Praw Człowieka, deklaracja zasad prawa międzynarodowego z 1970 r. oraz Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z 1981 r. przewidują prawo do swobodnego kontynuowania przez „narody” swojego gospodarczego, społecznego i kulturalnego rozwoju.¹⁹ W praktyce międzynarodowej prawo do rozwoju bywa często traktowane jedynie jako prawo państwa.²⁰ Jest to raczej zbyt zawężające ujęcie. „Naród”, aby osiągnąć status uprawniający go do samostanowienia, musi spełnić szereg wymogów. Odmowa przyznania „narodom” prawa do rozwoju skutkowałaby utrzymaniem politycznego *status quo* na świecie. Tylko bowiem ciągły rozwój gospodarczy, społeczny i kulturalny zapewnić może „narodom” elity zdolne do ich reprezentowania i potencjał gwarantujący im efektywność w dążeniach do samostanowienia.²¹ 4 grudnia 1986 r. ZO NZ przyjęło deklarację o prawie do rozwoju.²² Zgodnie z jej treścią rozwój należy rozumieć jako proces globalny o charakterze ekonomicznym, socjalnym, kulturalnym i politycznym, zmierzający do stałego wzrostu dobrobytu ogółu ludności i wszystkich jednostek na podstawie ich aktywności i znaczącego uczestnictwa w rozwoju i sprawiedliwym podziale dóbr. Pośrednio gwarancją poszanowania prawa do rozwoju są zakazy ludobójstwa i dyskryminacji rasowej oraz szereg norm z zakresu międzynarodowej ochrony praw człowieka. W doktrynie rozwinęła się nawet teoria, zgodnie z którą szereg praw człowieka, w tym prawo do rozwoju, określa się jako

¹⁹ Szeroko na ten temat: S. R. Chowdhury, E. M. G. Denters, P. J. I. M. Waart, *The Right to Development in International Law*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague/Boston/London 1992.

²⁰ *The Realization of the Right to Development. Global Consultations of the Rights to Development as a Human Right*, Human Rights UN Publications 1991, nr 2, p. 33,45; z kolei koncepcja *sustainable development* dotyczy państw.

²¹ Elity rozumiane jako zbiór osób, które z uwagi na swe szeroko rozumiane kompetencje mają istotny wpływ na funkcjonowanie „narodów”; por.: J. Sztumski, *Elity, ich miejsce i rola w społeczeństwie*, Wydawnictwo Śląsk, Katowice 1997, s. 15.

²² *The Realization...*, p. 65 & n.

prawa człowieka III generacji.²³ A. Łopatka podaje, że prawo do rozwoju jest niezbywalnym prawem człowieka, zarówno w wymiarze indywidualnym, jak i grupowym oraz, że zakłada ono pełną realizację prawa narodów do samostanowienia i wykonywania prawa do niezbywalnej i stałej suwerenności nad swoimi bogactwami i zasobami naturalnymi.²⁴ To ostatnie prawo znalazło się też w Paktach Praw Człowieka z 1966 r. oraz w Afrykańskiej KPCiL z 1981 r.²⁵ Obserwując praktykę międzynarodową wypada przyznać rację tym przedstawicielom doktryny, którzy traktują to prawo jako prawo suwerennych państw, a jako prawo „narodów” zaliczają je, co najwyżej, do sfery postulatów.²⁶ W praktyce, w tym wypadku nie tyle chodzi o prawo do bogactw, ile o same bogactwa. Aby prawo do bogactw nie było martwą literą, musi istnieć po stronie podmiotów uprawnionych rzeczywistość, a nie tylko deklarowana zdolność do ich zabezpieczenia. Dysponowanie przez „narody” bogactwami naturalnymi i zasobami mineralnymi terytoriów, które zamieszkują, jest więc ściśle zależne od ich efektywności, a w ostatecznym rozrachunku od ich prawnej zdolności państwowotwórczej. Niekiedy odnosi się jednak wrażenie, że duże i silne państwa zmagają się z pokusą siłowego „stawiania sprawy” i z trudem kontynuują ekspansję gospodarczą wobec krajów słabszych, acz hojniej wyposażonych w bogactwa naturalne. Nie znaczy to, że konflikty na tle samostanowienia odeszły do historii...

Zmiany na mapie politycznej świata, zaistniałe na początku lat 90. XX w. wskazały na instytucję, która, zdaniem wielu, znajdowała się poza prawem międzynarodowym²⁷. Mowa tu o secesji integralnej części terytorium państwowego. Przypomnijmy, że zgodnie z deklaracją zasad prawa międzynarodowego z 1970 r. obszary zależne nie wchodzą w skład tego terytorium. W 1970 r. w komentarzu do nieudanej secesji nigeryjskiej prowincji Biafra (wydarzenia te miały miejsce w latach 1967–1970) ówczesny Sekretarz Generalny ONZ U Thant oświadczył m.in.: „Narody Zjednoczone nigdy nie zaakceptowały i nie wierzę, by kiedykolwiek zaakceptowały instytucję secesji części terytorium państwa członkowskiego”²⁸. Wskaza-

²³ K. Drzewicki, *Prawo do rozwoju. Studium z zakresu praw człowieka*, Gdańsk 1988, s. 63 i n.; A. Łopatka, *Międzynarodowe prawo...*, s. 45 i n.; C. Mik, *Zbiorowe prawa...*, s. 82 i n.

²⁴ A. Łopatka, *Prawo do rozwoju*, w: *Prawa człowieka – model prawny*, red. R. Wieruszewski Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wyd. PAN, Wrocław, Warszawa, Kraków 1991, s. 45 i n.

²⁵ T. Gadkowski, *Prawo do dysponowania bogactwami i zasobami naturalnymi*, w: *Prawa człowieka...*, red. R. Wieruszewski, s. 65 i n.; J. Menkes, *Prawne aspekty wykonywania stałej suwerenności państw nad bogactwami naturalnymi*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych”, 1988, nr 1, s. 81 i n.

²⁶ J. Tyranowski, *Integralność...*, s. 284; U. O. Umozurike, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, „American Journal of International Law”, 1983, Vol. 77, p. 907, 911.

²⁷ R. Lefebvre, M. Fitzmaurice, E. W. Vierdag, *The Changing Political Structure of Europe. Aspects of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1991, p. 74; R. Müllerson, *International law, rights and politics. Developments in Eastern Europe and the CIS*, London–New York 1994, p. 58 & n.

²⁸ UN Monthly Chronicle 1979, nr 1, p. 36.

na praktyka państw, w szczególności związana z rozpadem byłego ZSRR, dowiodła, że takie rozumowanie w obecnej rzeczywistości prowadzić może jedynie do anonii. Skutecznie przeprowadzone secesje (np. republik bałtyckich: Litwy, Łotwy i Estonii, bądź też Gruzji czy Azerbejdżanu) były z reguły akceptowane przez ONZ²⁹. Współcześnie można oczekiwać tendencji do powstawania głównie państw secesjonistycznych, chociaż zmiany prawdopodobnie nie będą już tak gwałtowne, jak w ostatnich latach. Obecnie silne ruchy separatystyczne ujawniły się m.in. na Bałkanach (Kosowo), w Indiach (Chalistan), Kanadzie (Quebec), Somalii (Somaliland), Sudanie (Południowy Sudan), Turcji (Kurdystan), Zairze (Szaba), Angoli (Kabinda) oraz w wielu byłych republikach radzieckich (Abchazja, Czeczenia, Krym, Tatarstan).³⁰ Jak dotychczas ruchy te nie uzyskały zdecydowanego poparcia międzynarodowego. O to poparcie zabiega m.in. powstała w 1991 r. Organizacja Niereprezentowanych Narodów i Ludów (UNPO; skupia 47 członków), której działalność stanowi dobitny przykład liberalizacji podejścia państw do kompetencji wyłącznych państwa.³¹ Z drugiej strony część państw europejskich (np. Hiszpania) zdecydowanie przeciwstawia się tendencjom secesjonistycznym, nie bacząc nawet na ogólny kierunek polityki organizacji, do których należy i partnerów w tych gremiach (np. w kwestii uznania Kosowa).

Samostanowienie narodów a prawa człowieka

Zanim jednak dojdzie do tych rozważań, należy określić relacje między pojęciami „prawo do samostanowienia” i „zasada samostanowienia”. Otóż art. 1 obu Paktów Praw Człowieka z 1966 r. stanowi, że „Wszystkie narody mają prawo do samostanowienia”, podczas gdy art. 1, pkt 2 Karty NZ oraz deklaracja zasad prawa międzynarodowego z 1970 r. mówią o „zasadzie sa-

²⁹ A. de Zayas, *Selbstbestimmungsrecht und Vereinte Nationen*, w: *Selbstbestimmungsrecht der Völker – Herausforderung der Staatenwelt*, red. H. J. Heintze, Dietz, Bonn 1997, s. 175.

³⁰ Patrz: A. Buchanan, *Secession. The Morality of Political Divorce from Fort Sumner to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder–San Francisco–Oxford 1991, p. 151 & n.; tenże, *Self-Determination and the Right to Secede*, „Journal of International Affairs”, 1992, Vol. 45, nr 2, p. 347 & n.; L. C. Buchheit, *Secession. The Legitimacy of Self-Determination*, Yale University Press, New Haven–London 1978, p. 138 & n.; A. Heraclides, *Secession, Self-Determination and Nonintervention: In Quest of a Normative Symbiosis*, „Journal of International Affairs”, 1992, Vol. 45, nr 2, p. 403 & n.; A. M. Lloyd, *The Southern Sudan: A Compelling Case for Secession*, „Columbia Journal of Transnational Law”, 1994, Vol. 32, p. 419 & n.; G. Marchildon, E. Maxwell, *Quebec's Right of Secession Under Canadian and International Law*, „Virginia Journal of International Law”, 1992, Vol. 32, p. 583 & n.

³¹ M. C. van Walt van Praag, *The Position of UNPO in the International Legal Order*, w: C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck, *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1993, p. 313 & n.; A. C. Zoller, *International Representation of Peoples and Minorities*, w: C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck, *Peoples...*, p. 301 & n.

mostanowienia". Jak podaje A. Michalska, analiza powyższych i innych aktów prawa międzynarodowego nie daje podstaw do ustalenia żadnych różnic pomiędzy „zasadą samostanowienia” a „prawem do samostanowienia”, zaś używanie odmiennej terminologii stanowi kwestię przypadku. Wydaje się, że jakkolwiek polaryzowanie obydwu pojęć nie jest celowe, to jednak sprowadzanie ich do wspólnego mianownika stanowi zbytnie uproszczenie. W ujęciu teorii państwa i prawa „zasada” jest pojęciem szerszym, bardziej ogólnym i stanowi normę nakazującą realizację pewnego stanu rzeczy w możliwie najwyższym stopniu z uwagi na prawne i faktyczne możliwości.³² Jak się wydaje, zasada samostanowienia obejmuje zarówno prawo do samostanowienia, jak i odpowiadający mu obowiązek *sunt servanda*, a nawet wyznacza swoisty system norm prawnych kompleksowo regulujących problematykę samostanowienia.

Podstawowym elementem zasady samostanowienia narodów jest prawo „narodów” do samostanowienia. W tym świetle można stwierdzić, że „naród” jest podmiotem zbiorowym, skupiającym wszystkich ludzi, których łączy wspólnota terytorialna i celowościowa oraz stanowisko społeczności międzynarodowej, uznające ich za podmiot uprawniony do samostanowienia. Tu powstaje wątpliwość, czy zasada samostanowienia narodów uprawnia „narody” jako zbiorowości, czy poszczególnych ludzi działających zbiorowo? W pierwszym przypadku można byłoby mówić o zbiorowych prawach człowieka, w drugim zaś o prawach człowieka wykonywanych zbiorowo.

W prawie międzynarodowym prawa człowieka oznaczają wedle C. Mika: „sytuacyjnie rozwarstwione naturalne możliwości ludzkie, co do istoty indywidualne, ale społecznie zdeterminowane, równe, niezbywalne, czasowo trwałe, uniwersalne podmiotowo, przedmiotowo i terytorialnie (a do pewnego stopnia także kulturowo), konieczne i zawsze wpływające z przyrodzonej każdemu człowiekowi godności osobowej”.³³

Pojęcie zbiorowych praw człowieka nie występuje w wiążących dokumentach prawa międzynarodowego z dziedziny ochrony praw człowieka.³⁴ Jest ono konstrukcją stworzoną przez doktrynę prawa międzynarodowego.³⁵ Według C. Mika, trzy koncepcje zbiorowych praw człowieka zasługują na wyszczególnienie: prawa zbiorowe jako prawa zbiorowości (różnych grup ludzkich, zwłaszcza „ludów” – tym pojęciem posługuje się C. Mik), jako prawa wykonywane zbiorowo, we wspólnocie z innymi oraz jako prawa gospodarcze, socjalne i kulturalne.³⁶ Zasada samostanowienia wiąże się prze-

³² T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, nr 3, s. 18; por.: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1978, p. 26.

³³ C. Mik, *Zbiorowe prawa...*, s. 27.

³⁴ Por.: J. Niewerth, *Der kollektive und der positive Schutz von Minderheiten und ihre Durchsetzung im Völkerrecht*, Duncker & Humbolt, Berlin 1996, s. 55; B. Simma, P. Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Ius Cogens, and General Principles*, "American Year Book of International Law", 1992, Vol. 12, p. 82 & n.

³⁵ K. Vasak, *Vers un droit international spécifique des droits de l'homme*, w: *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, red. K. Vasak, Paris 1978, p. 709.

³⁶ C. Mik, *Zbiorowe prawa...*, s. 67.

de wszystkim z pierwszą spośród nich.³⁷ Ewolucję tego związku doskonale obrazuje chronologiczna analiza odnośnej praktyki ONZ.

W początkowej fazie działalności ONZ prawa człowieka i samostanowienie „narodów” postrzegano rozłącznie. Dowodzi tego fakt pominięcia zasady samostanowienia narodów w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r., pomimo uprzedniego wyrażenia jej w Karcie NZ.³⁸ W rezolucji 421.V. przyjętej przez ZO NZ 2 grudnia 1950 r. prawo do samostanowienia uznane zostało za fundamentalne prawo człowieka, zaś w 1951 r. w rezolucji 545.VI. ZO ustaliło, że przyszły Międzynarodowy Pakt Praw Człowieka powinien zawierać artykuł o prawie narodów do samostanowienia, które jest warunkiem wstępnym do pełnego korzystania z wszystkich praw człowieka.³⁹ Jak podaje A. Michalska, uchwalenie tej rezolucji poprzedzone było ożywioną dyskusją. Z jednej strony zwłaszcza przedstawiciele państw kapitalistycznych podkreślali, że podmiotem zasady samostanowienia narodów nie może być jednostka, a zatem zasada ta nie powinna figurować w akcie regulującym prawa człowieka. Z drugiej strony, reprezentanci państw socjalistycznych i rozwijających się stali na stanowisku, że realizacja tej zasady jest podstawowym warunkiem korzystania przez jednostkę ze wszystkich praw i wolności. Kolejna dyskusja na tym samym polu i w odniesieniu do analogicznych treści wywiązała się na forum ZO NZ w 1955 r. Przeciwnicy umieszczenia zasady samostanowienia narodów w przyszłych Paktach Praw Człowieka powoływali się głównie na jej polityczny charakter. Argumenty zwolenników inkorporacji opierały się o *pacta sunt servanda* względem Karty NZ. Podkreślali oni ponadto nadrzędny charakter zasady samostanowienia narodów wobec praw człowieka, których realizacja nie jest możliwa bez zagwarantowania prawa do samostanowienia.⁴⁰ Ostatecznie o włączeniu do Paktów zasady samostanowienia narodów i brzmieniu stosownego jej zapisu zdecydował Trzeci Komitet ZO NZ większością 33 głosów przeciwko 12 i przy 13 wstrzymujących się.⁴¹ Przełomowe znaczenie ma wprowadzenie tejże zasady do uchwalonych 16 grudnia 1966 r. (rez. ZO NZ 2200/A/XXI) Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, których jednobrzmiące artykuły 1, zawierające regulację prawa „narodów” do samostanowienia są pierwszym, wyraźnym i prawnie wiążącym (weszły w życie odpowiednio 3 stycznia 1976 r. i 23 marca 1976 r.) skojarzeniem praw człowieka z prawami „narodów”. Od tej też chwili prawa „narodów” zaczęto coraz częściej określać mianem

³⁷ W. Czapliński, *Instytucja...*, s. 100.

³⁸ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa...*, s. 15 i n.

³⁹ United Nations Action in the Field of Human Rights, United Nations, New York & Geneva 1994, p. 247; por.: A. Łopatka, *Międzynarodowe prawo...*, s. 60.

⁴⁰ A. Michalska, *Prawa...*, s. 71 i n.

⁴¹ *Report of the Third Committee*, General Assembly, Official Records, Annexes (X), p. 30 & n.

zbiorowych praw człowieka.⁴² Pakty Praw Człowieka łączą z prawem do samostanowienia prawo do swobodnego rozporządzania bogactwami i zasobami naturalnymi (art. 1, pkt 2), zdefiniowane uprzednio w rezolucji ZO NZ 1803 XVII z 14 grudnia 1962 r.⁴³

Późniejsza praktyka międzynarodowa ukształtowała stałą płaszczyznę łączenia prawa do samostanowienia z kategorią zbiorowych praw człowieka. Taką koncepcję kilkakrotnie prezentowało ZO NZ, m.in. w deklaracji o postępie społecznym i rozwoju z 11 grudnia 1969 r. (rez. 2542 – XXIV)⁴⁴ czy też w Karcie Ekonomicznych Praw i Obowiązków Państw z 14 grudnia 1974 r. (rez. 3281 – XXIX).⁴⁵ Jak podaje L. Antonowicz, bardzo wymowne pod tym względem są sformułowania ostatnich rezolucji ZO NZ, dotyczących zasady samostanowienia narodów jako przesłanki podstawowych praw i wolności człowieka. Autor ten powołuje się na rezolucję z dnia 23 grudnia 1994 r. zatytułowaną „Powszechna realizacja prawa narodów do samostanowienia”, która stwierdza m.in., że „powszechna realizacja prawa do samostanowienia wszystkich narodów, włączając w to narody pozostające pod dominacją kolonialną, zagraniczną lub obcą, jest podstawowym warunkiem skutecznego zapewnienia i przestrzegania praw człowieka”.⁴⁶ Do koncepcji łączenia zbiorowych praw człowieka z prawem do samostanowienia nawiązuje wspomniany uprzednio ważny dokument regionalny – Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z 1981r., głosząca na wstępie, że realne poszanowanie praw „ludu” jest gwarancją dla jednostkowych praw człowieka. Powyższa praktyka, a nade wszystko specjalne umiejscowienie postanowień, dotyczących samostanowienia w strukturze formalnej Paktów Praw Człowieka, tzn. nie w części III, zawierającej katalog praw i wolności, a na wstępie, ujętym w dodatku jako samodzielna część I, wydaje się nadawać prawu do samostanowienia inną rangę aniżeli prawom człowieka, lokalizując je, co prawda, pośród tych praw, lecz na specyficznym miejscu.⁴⁷ Należy zgodzić się z Komitetem Praw Człowieka, że wykonanie przez zbiorowość prawa do samostanowienia w sensie swobodnego określenia jej położenia międzynarodowego jest jednym z podstawowych warunków pełnej realizacji praw człowieka, jak również warunkiem promocji i umocnienia tych praw.⁴⁸ Samostanowienie widziane jako prawo zbiorowości wiąże się ściśle z prawami jednostek i odwrotnie, poszanowanie jednostkowych praw człowieka zakłada uznanie prawa zbiorowości do

⁴² C. Mik, *Zbiorowe prawa...*, s. 74.

⁴³ Patrz: *Prawa Człowieka. Dokumenty*, Vol.1, Ossolineum, Wrocław 1989, s. 151.

⁴⁴ *Human Rights. A Compilation of International Instruments*, UN, New York 1987, p. 378 & n., w: C. Mik, *Zbiorowe prawa...*, s. 75.

⁴⁵ „Zbiór Dokumentów PISM” 1974: nr 5, poz. 52; nr 12, poz. 193.

⁴⁶ L. Antonowicz, *Samostanowienie...*, s. 74.

⁴⁷ A. Michalska, *Prawa...*, s. 79.

⁴⁸ A. Michalska, *Interpretacja Międzynarodowego Paktu Praw Cywilnych i Politycznych w świetle raportów Komitetu Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny”, 1986, nr 2, s. 13–14.

samostanowienia.⁴⁹ C. Mik uważa, że między prawami człowieka a prawami „ludów” (terminologia C. Mika) istnieją silne powiązania w płaszczyznach: ideologicznej, formalnoprawnej oraz praktycznej. Determinują one konieczność łącznego ich postrzegania, jednakże nie w ramach jednej kategorii prawnej.⁵⁰

Relacje treściowe zasady samostanowienia narodów z prawami człowieka wiążą się też z cytowaną już koncepcją praw człowieka III generacji, a w szczególności z prawem do rozwoju. Jak podaje K. Drzewicki: „samostanowienie jest fundamentalnym warunkiem wszelkiego rozwoju, a prawo narodów do samostanowienia stanowi integralną część prawa do rozwoju”. Autor ten przytacza wiele aktów prawa międzynarodowego, głównie rezolucji ZO NZ oraz Komisji Praw Człowieka NZ, potwierdzających to założenie.⁵¹

Komentatorzy prawa międzynarodowego prezentują raczej ujednolicone, lecz umiarkowane poglądy na problematykę relacji zbiorowych praw człowieka i zasady samostanowienia narodów. W sprawozdaniu dla Komisji Praw Człowieka NZ na temat historycznego rozwoju praw „narodów” do samostanowienia A. Cristescu w 1978 r. stwierdził, że prawo do samostanowienia, które jest fundamentalnym prawem człowieka, odgrywa ważną rolę w realizacji innych praw człowieka i podstawowych wolności, tworząc ogólne ramy i fundament dla implementacji i promocji praw człowieka.⁵² H. J. Heintze dostrzega niewątpliwy związek z prawami człowieka, szczególnie w świetle Paktów Praw Człowieka, twierdząc przy tym, że prawo „narodów” do samostanowienia zawiera więcej niż tylko sumę praw indywidualnych. Autor ten przedstawia jednocześnie krytykę koncepcji samostanowienia jako zbiorowego prawa człowieka. Dostrzega bowiem, że państwa podchodzą do tego zagadnienia sporadycznie i wycinkowo.⁵³ Wypada, niestety, zgodzić się z tym mało optymistycznym stwierdzeniem. Wielu przedstawicieli doktryny prezentuje podobne stanowisko, dostrzegając związek zasady samostanowienia narodów z prawami człowieka, lecz nie precyzując tego związku.⁵⁴

⁴⁹ H. Dembiński, *Samostanowienie...*, s. 117; por.: *Deklaracja z Algieru*, w: *Pour un droit...*, p. 27.

⁵⁰ C. Mik, *Zbiorowe prawa...*, s. 166.

⁵¹ K. Drzewicki, *Prawo...*, s. 85–86.

⁵² A. Łopatka, *Międzynarodowe prawo...*, s. 61.

⁵³ H. J. Heintze, *Selbstbestimmungsrecht...*, s. 34, 41.

⁵⁴ L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1998, s. 45; W. Czapliński, *Instytucja...*, s. 99; R. Kryś, *The Right of Peoples to Self-Determination*, „Revue de droit international, de sciences, diplomatiques et politiques”, 1985, Vol. 63, p. 292; R. Kuźniar, *Prawa człowieka i stosunki międzynarodowe*, „Sprawy Międzynarodowe”, 1998, nr 3, s. 40; R. Mc Corquodale, *Self-Determination...*, p. 868; W. Sokolewicz, *Prawo narodów do samostanowienia*, w: *Prawa człowieka – model prawny*, red. R. Wieruszewski, Zakł. Nar. im. Ossolińskich, Wyd. PAN, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 24; W. G. Vitzthum, *Völkerrecht*, WdeG, Berlin–New York 1997, s. 214; A. de Zayas, *Selbstbestimmungsrecht...*, s. 175.

Współcześnie warto zwrócić uwagę na całkiem niedawną (a w przypadku Kosowa – wręcz aktualną) praktykę związaną z uznawaniem nowych państw, powstałych z rozpadu SFR Jugosławii i ZSRR, w której jednym z wymogów stawianych uznawanym państwom było przestrzeganie praw człowieka. Dowodzi to wzrastającego znaczenia praw człowieka we współczesnych stosunkach międzynarodowych. Ważność praw człowieka jest tym większa, że już kilkakrotnie ich naruszenia zostały uznane za zagrożenie dla pokoju światowego i dały RB NZ podstawę do zalecenia przeprowadzenia interwencyjnych działań zbrojnych w ramach rozdziału VII Karty NZ.⁵⁵

W chwili obecnej z pewnością można stwierdzić wzajemne związki zasady samostanowienia narodów i praw człowieka. Rozwój tych związków doprowadził do pojawienia się odrębnej jakościowo struktury praw zbiorowych – praw „narodów”.⁵⁶ Nie to jednakże – jak się wydaje – jest najważniejszym efektem relacji zasady samostanowienia narodów z prawami człowieka. Podstawowe znaczenie ma tu możliwość praktycznej implementacji *lex generalis*, czyli zasady samostanowienia, poprzez *lex specialis*, czyli normy z zakresu międzynarodowej ochrony praw człowieka, do wewnętrznego porządku państw, przez co ewentualna realizacja praktyczna tej pierwszej będzie znacznie łatwiejsza i konkretniejsza. Koło się zamyka, gdy zważymy, iż właśnie realizacja praktyczna zasady samostanowienia narodów jest podstawowym warunkiem skutecznego przestrzegania praw człowieka. Ta swoista ich koegzystencja jest faktem, zaś ewentualny rozwój zasady samostanowienia narodów z pewnością będzie związany z prawami człowieka.

Wzrastająca rola praw człowieka potwierdzona została choćby użyciem siły przeciw Jugosławii, w sprawie Kosowa, czy też działaniami Unii Europejskiej względem swego członka Austrii, w związku ze „szczególnym” składem politycznym i personalnym jej rządu powołanego po wyborach w 2000 r. W obu przypadkach podstawą były naruszenia lub obawa o naruszenia praw człowieka. Prawa człowieka to również główny „punkt zapalny” w stosunkach państw euro-atlantyckich z Chinami. Podobnie przedstawiają się analogiczne relacje z Indonezją czy państwami Afryki. Trudno odmówić słuszności promowaniu międzynarodowej ochrony praw człowieka, lecz nie można podchodzić doń bezkrytycznie, żeby nie powiedzieć bałwochwalczo. Wszak nie jest ona celem samym w sobie, lecz stanowi jedynie środek do realizacji subiektywnie odczuwanych praw poszczególnych jednostek, w ramach obiektywizujących je społeczności. Jeśli postawa państw euro-atlantyckich nie ulegnie zmianie, powstaje obawa, czy nazbyt „sugestywna” promocja praw człowieka nie będzie współcześnie tym, czym była chry-

⁵⁵ W. Czapliński, *Aktualne problemy prawa do samostanowienia*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju”, 1994–1995, z. 3, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1996, s. 95; M. Flemming, *Interwencje w prawie i w stosunkach międzynarodowych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, 1993, nr 3–4, s. 17 i n.

⁵⁶ I. Brownlie, *The Rights of Peoples in Modern International Law*, w: *The Rights of Peoples*, ed. J. Crawford, Clarendon Press, Oxford 1988, p. 1 & n.

stianizacja w dobie średniowiecznych wypraw krzyżowych. Przypomnieć należy, że art. 1 Karty Narodów Zjednoczonych stanowi m.in., że jednym z celów ONZ jest popieranie i zachęcanie do poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich, bez względu na rasę, płeć, język lub wyznanie. Nieprzypadkowo zaakcentowano tam zakaz dyskryminacji. O ile bowiem samo pojęcie praw człowieka na równi z treściami prawnymi obejmuje kwestie pozaprawne (etyczne, filozoficzne, kulturowe itp.), o tyle zakaz dyskryminacji jest problemem ściśle prawnym. Promocja praw człowieka powinna więc przede wszystkim unikać ingerencji w przyjęty przez poszczególne społeczności zakres pojęcia praw człowieka, akcentując zakaz dyskryminacji w obrębie tegoż zakresu. Jednocześnie należy prowadzić stałą, długofalową kampanię informacyjną, a wręcz reklamową, z wykorzystaniem systemów komunikacji multimedialnej, która może przynieść efekt w postaci materialnego rozszerzenia zakresu pojęcia praw człowieka, nawet w społecznościach współcześnie akceptujących totalitaryzm i przemoc jako metodę postępowania w stosunkach publicznych i prywatnych.

Z zagadnieniem relacji samostanowienia z prawami człowieka wiążą się dążenia emancypacyjne Czeczenów zamieszkujących, w ramach republiki autonomicznej, fragment terytorium Rosji.⁵⁷ W tym przypadku zaakcentowania wymagają dwa argumenty władz rosyjskich, bezwzględnie zwalczających te dążenia. Pierwsza z nich to zarzucany Czeczenom terroryzm, który jako zbrodnia (szczególnie istotne naruszenie) prawa międzynarodowego wywołuje powszechną jego represję, druga to przywoływanie sprawy Kosowa z 1999 r., kiedy to państwa NATO pominęły zasadę zakazu użycia siły i bez upoważnienia Rady Bezpieczeństwa ONZ (poza samoobroną jedyną możliwą legalnych działań siłowych), uznając, że naruszenia praw człowieka w Kosowie zagrażają stabilności i bezpieczeństwu co najmniej europejskiemu, rozpoczęły bombardowania obiektów państwowych i cywilnych, a także sił zbrojnych Jugosławii, jako państwa odpowiedzialnego za te naruszenia. Rosja, nie bez racji twierdzi, że jeśli państwa NATO miały prawo bombardować odległą i nie związaną z nimi Jugosławię, to jej operacje wojskowe w Czeczenii (skierowane przeciwko terroryzmowi i paradoksalnie przeciwko naruszeniom praw człowieka), stanowiącej integralną część jej terytorium, są tym bardziej legalne. Słuszność rosyjskiej argumentacji nie niweluje obowiązku przestrzegania podstawowych praw człowieka i głównych reguł międzynarodowego prawa humanitarnego (przynajmniej tych odnoszących się do wewnętrznych konfliktów zbrojnych). Z kolei wspomniana interwencja w Kosowie – obok problemu jej legalności – stawia na porządku dziennym pytanie: jak daleko państwa mogą się posunąć w obronie praw człowieka, innymi słowy – czy można bombardować w imię praw człowieka?

⁵⁷ Por.: L. Usmanow, *Niepokorjonnaja Czeczenia*, Parus, Moskwa 1997.

O Partnerstwie Wschodnim Unii Europejskiej

Na przełomie maja i czerwca 2008 r. polskie Ministerstwo Spraw Zagranicznych zaprezentowało europejskiej opinii publicznej główne założenia Partnerstwa Wschodniego – inicjatywy przygotowanej wspólnie ze Szwecją. Bardzo szybko projekt zyskał popularność i poparcie polityczne. W konsekwencji Rada Europejska podczas posiedzenia w dniach 19–20 czerwca 2008 r. wezwała Komisję do opracowania projektu „partnerstwa wschodniego” (PW), podkreślając potrzebę zróżnicowanego podejścia, uwzględniającego charakter Europejskiej Polityki Sąsiedztwa (EPS) jako jednolitych i spójnych ram politycznych. Na posiedzeniu nadzwyczajnym Rady Europejskiej 1 września 2008 r. poproszono o przyspieszenie tych prac w odpowiedzi na potrzebę wyraźnego zasygnalizowania zaangażowania UE po konflikcie w Gruzji oraz jego szerszych następstwach. Odnosząc się doń – w dniu 3 grudnia 2008 r. Komisja Wspólnot Europejskich opublikowała Komunikat do Parlamentu Europejskiego i Rady zatytułowany *Partnerstwo wschodnie*.⁵⁸

Rodowodu idei Partnerstwa Wschodniego UE doszukiwać się można w ukształtowanej przez lata minione realnej potrzebie wzmocnienia oferty europejskiej na kierunku wschodnim oraz w przemianie polityki zagranicznej Rosji wobec swych sąsiadów na przestrzeni ostatnich kilku lat.

W założeniu Partnerstwo Wschodnie powinno bazować na EPS, wykraczając jednak ponad jej obecny kształt, potwierdzając, z jednej strony, zasadę zróżnicowania w stosunku do sąsiadów, zgodnie z EPS, z drugiej wzmocnienie pomiędzy nimi i UE więzi horyzontalnych. W tym kontekście zaproponowano:

- pogłębienie współpracy dwustronnej, gdzie oferta głębszej integracji z UE powinna obejmować wszystkich partnerów wschodnich. W pierwszej kolejności skorzystałaby z tego Ukraina; kolejne państwa dołączałyby w zależności od ambicji i osiągnięć.
- stworzenie stałej formuły współpracy wielostronnej, komplementarnej wobec istniejących schematów współpracy regionalnej.

Na posiedzeniu Rady Europejskiej w Brukseli, w dniach 19–20 marca 2009 r. uzgodniono oświadczenie w sprawie uruchomienia Partnerstwa Wschodniego.⁵⁹ Ujęto je w załączniku nr 2. Wskazano tam, że promowanie wśród wschodnich sąsiadów stabilności, dobrych rządów i rozwoju gospodarczego ma dla Unii Europejskiej znaczenie strategiczne. Dlatego UE jest żywotnie zainteresowana zacieśnianiem stosunków ze swoimi partnerami wschodnimi – Armenią, Azerbejdżanem, Białorusią, Gruzją, Republiką Mołdowy i Ukrainą, czemu służyć ma właśnie propozycja stworzenia wraz z tymi krajami ambitnego – w ocenie propagatorów – Partnerstwa Wschod-

⁵⁸ Patrz.: tamże, KOM(2008) 823 wersja ostateczna.

⁵⁹ *Konkluzje Prezydencji*, Rada Unii Europejskiej, Bruksela – 20 marca 2009 r., CONCL 1, 7880/09.

niego. To ostatnie powinno zdecydowanie wzmocnić politykę UE wobec jej wschodnich partnerów – przez dążenie do stworzenia warunków niezbędnych do stowarzyszenia politycznego i dalszej integracji gospodarczej oraz przez wypracowanie konkretnego wschodniego wymiaru europejskiej polityki sąsiedztwa. Aby to osiągnąć, Partnerstwo Wschodnie dążyć ma do wspierania reform politycznych i społeczno-gospodarczych, ułatwiając zbliżenie i konwergencję z Unią Europejską. W tym samym duchu Partnerstwo Wschodnie będzie przyczyniać się do budowy zaufania i zacieśnienia stosunków między wspomnianymi sześcioma partnerami wschodnimi. Rada Europejska skonkludowała ponadto, że prace w ramach Partnerstwa Wschodniego będą prowadzone z poszanowaniem aspiracji poszczególnych krajów uczestniczących odnośnie do ich przyszłych stosunków z Unią Europejską, na zasadach wspólnej odpowiedzialności, zróżnicowania i uwarunkowania. Przyjęto, że u podstaw partnerstwa będą leżały wspólne wartości, takie jak demokracja, praworządność i poszanowanie praw człowieka, a także zasady gospodarki rynkowej, zrównoważonego rozwoju i dobrych rządów. Rosnące zaangażowanie Unii Europejskiej – w zamyśle twórców – będzie miało charakter zgodny z głównymi celami Partnerstwa Wschodniego i będzie uzależnione od postępów osiąganych przez poszczególnych partnerów. Zwiększone wsparcie finansowe – zgodnie z wnioskiem Komisji wynoszące 600 mln EUR na okres do roku 2013 – zostanie udzielone z poszanowaniem zasobów dostępnych w wieloletnich ramach finansowych, w tym odpowiednich marginesach. Wyraźnie podkreślono, że nie kreuje się tu nowego funduszu czy instrumentarium finansowego. Partnerstwo Wschodnie ma być skutecznym uzupełnieniem realizowanych już inicjatyw regionalnych w sąsiedztwie Unii Europejskiej, w szczególności synergii czarnomorskiej. W odniesieniu do tej ostatniej Rada Europejska podkreśla pozytywne zaangażowanie Unii Europejskiej, odnotowując jednocześnie, że o ile punkt ciężkości owej synergii spoczywa na współpracy regionalnej w obszarze czarnomorskim, o tyle Partnerstwo Wschodnie kładzie nacisk na zbliżenie i doprowadzi do wzmocnienia powiązań między krajami partnerskimi a UE, przy – co najmniej – neutralnym oddziaływaniu na współpracę między UE a państwami trzecimi. W tym przypadku aż nadto wiadomo, że chodzi o Rosję.

Rada Europejska założyła, że współpraca dwustronna w ramach Partnerstwa Wschodniego powinna stać się fundamentem nowych układów o stowarzyszeniu między UE a tymi partnerami, którzy poczynili wystarczające postępy w urzeczywistnianiu zasad gospodarki rynkowej, zrównoważonego rozwoju i dobrych rządów oraz wartości takich jak: demokracja, praworządność i poszanowanie praw człowieka i którzy wyrażają wolę i mają możliwość wypełnienia wynikających stąd zobowiązań – między innymi utworzenia lub przyjęcia za cel kreacji głębokich i rozległych obszarów wolnego handlu. Realizowane przez Unię Europejską kompleksowe programy tworzenia instytucji mają – w założeniu – pomóc krajom uczestniczącym poprawić zdolności administracyjne. Partnerstwo Wschodnie

ma promować mobilność obywateli krajów partnerskich za pomocą umów o ułatwieniach wizowych i readmisji. Zgodnie z globalnym podejściem do kwestii migracji – UE powinna także podjąć stopniowe kroki w kierunku pełnej liberalizacji reżimu wizowego jako celu długofalowego w relacjach z poszczególnymi krajami partnerskimi i w indywidualnie dostosowany sposób, pod warunkiem, że spełnione zostaną wymogi dobrze zarządzanej i bezpiecznej mobilności. Partnerstwo Wschodnie dążyć ma do zacieśnienia współpracy ze wszystkimi uczestnikami w zakresie bezpieczeństwa energetycznego w odniesieniu do długoterminowych dostaw i tranzytu energii, m.in. przez lepsze uregulowania i efektywność energetyczną. W ten sposób partnerom zostaną oddane do dyspozycji doświadczenie i wiedza UE w zakresie polityk rozwoju gospodarczego.

Wielostronne ramy Partnerstwa Wschodniego umożliwić zaś mają działania w zakresie współpracy i dialogu, służące celom partnerstwa. Partnerstwo powinno być realizowane na podstawie wspólnych decyzji państw członkowskich UE i partnerów wschodnich, bez uszczerbku dla autonomii decyzyjnej UE. Rada Europejska zaproponowała więc odbywanie regularnych posiedzeń – z zasady co dwa lata – na szczeblu szefów państw lub rządów Partnerstwa Wschodniego oraz – raz na rok – na szczeblu ministrów spraw zagranicznych. Zarekomendowała też utworzenie czterech platform tematycznych, zgodne z głównymi dziedzinami współpracy 1) demokracja, dobre rządy i stabilność; 2) integracja gospodarcza i konwergencja w zakresie polityk UE; 3) bezpieczeństwo energetyczne; oraz 4) kontakty między narodami). Rada Europejska wsparła również uruchamianie sztabowych inicjatyw, aby nadać partnerstwu dynamiczny bieg i konkretną treść, zaznaczając, że oczekuje z zainteresowaniem wczesnych dyskusji z partnerami. Państwa trzecie będą się kwalifikowały do uczestnictwa w konkretnych projektach, działaniach i spotkaniach platform tematycznych, jeżeli będzie się to przyczyniało do osiągania celów poszczególnych działań oraz celów ogólnych Partnerstwa Wschodniego na podstawie zindywidualizowanych kryteriów.

W ujęciu instytucjonalno-podmiotowym – Partnerstwo Wschodnie będzie się angażowało w działania z szerokim spektrum podmiotów, m.in. z ministerstwami i organami rządowymi, parlamentami, społeczeństwem obywatelskim, organizacjami międzynarodowymi, instytucjami finansowymi i sektorem prywatnym.

Na koniec Rada Europejska upoważniła Komisję Europejską, by ta – mając za podstawę cytowany dokument – przeprowadziła niezbędne konsultacje z partnerami wschodnimi na potrzeby przygotowania wspólnego oświadczenia w sprawie Partnerstwa Wschodniego, które zostało przyjęte w Pradze, na szczycie inicjującym Partnerstwo Wschodnie w dniu 7 maja 2009 r.

O związkach Partnerstwa Wschodniego Unii Europejskiej z samostanowieniem

Prace przygotowawcze nad Partnerstwem Wschodnim Unii Europejskiej oraz przyjęte dotąd oficjalne oświadczenia instytucji UE uznają słabość dotychczasowych prób sformatowania relacji ze wschodnimi sąsiadami, przy towarzyszącej jej sceptycznej lub niekiedy negatywnej postawie Rosji. Ta ostatnia (a wcześniej ZSRR) skutecznie deformowała samostanowienie nowo powstałych państw w jej niegdyś strefie wpływów, ujęte jako klasyczna koncepcja prawnomiędzynarodowa.⁶⁰ Partnerstwo Wschodnie pomyślano więc jako przeciwwagę dla deformującej samostanowienie interwencyjnej doktryny strefy wpływów, która znacząco ogranicza dążenia emnypacyjne odnośnych państw. Komisja Europejska przedkładając (o czym była już mowa) założenia Partnerstwa Wschodniego Parlamentowi Europejskiemu i Radzie – zwróciła uwagę opinii publicznej na problem traktowany dotąd pobieżnie lub zgoła koniunkturalnie. Chodzi mianowicie o podejście do własnej państwowości oraz politykę zagraniczną (w tym ewentualnie integracyjną) państw, do których skierowane jest PW. Nietrudno zauważyć, że determinantem w obu przypadkach jest głównie ich postradziecki rodowód i lokalizacja w nieformalnej, acz odczuwalnej – strefie wpływów głównego sukcesora ZSRR – Rosji. Taka sytuacja uniemożliwia nie tylko swobodną decyzyjność wskazanych państw w stosunkach międzynarodowych, ale także stwarza mimowolny nierzadko impas w implementacji takich koncepcji, jak wolny rynek, konkurencja, a nawet prawa człowieka. Partnerstwo Wschodnie UE stwarza istotną przeciwwagę dla owej sytuacji, promując pośrednio europejską koncepcję samostanowienia *sensu largo*.

Można zakładać, że państwa, wobec których zaadresowano Partnerstwo Wschodnie UE – chcąc korzystać z przewidzianych w nim funduszy oraz licząc na korzystną współpracę gospodarczą w ogóle – rozpoczną „europeizację” *expressis verbis* lub raczej pośrednio. Unia zapewne będzie konsekwentnie kładła nacisk na prawa człowieka, ochronę mniejszości, zrównoważone wykorzystanie bogactw naturalnych itp. Nawet jeśli efekt nie będzie od razu satysfakcjonujący, ba! – nawet gdy będzie zgoła skromny – ważne jest, że ma duże szanse nastąpić. Tak się bowiem składa, że w praktyce międzynarodowej – społeczne procesy emancypacyjne na ogół potrzebowały jedynie impulsu, by ruszyć z miejsca i niepowstrzymanie, choć nieraz wolno – toczyć się progresywnie. Ważne, aby impuls był optymalny. Praktyka pokaże – czy można tak rzec o Partnerstwie Wschodnim Unii Europejskiej. A doktryna?

W doktrynie póki co – trudno o miarodajne odniesienia bibliograficzne do tematycznej literatury, przynajmniej w ujęciu samoistnym. Przed-

⁶⁰ Na temat tej ostatniej pisałem m. in. w: *Samostanowienie w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2001.

sięwzięcie jest absolutnie nowe i naukowo „dziewicze”. Nie znaczy to bynajmniej, że badacz musi je obserwować, wyczekując upływu „stosownego czasu”. Badacz może i powinien badać PW, jednak przez pryzmat koncepcji klasycznych, zweryfikowanych naukowo. W ten sposób uzyskuje się niekwestionowany układ odniesienia. Bez wątplenia – samostanowienie (czy jego europejska koncepcja) może pełnić taką rolę względem PW. To ostatnie oparcie znajduje głównie w dokumentach, publicystyce popularyzatorskiej i opiniach kreatorów politycznych. Tu istotne znaczenie ma polski wkład w koncepcję PW, co wydaje się dodatkowo uwiarygodniać badania krajowej doktryny. Publikacje polskie i zagraniczne na temat samostanowienia w prawie międzynarodowym nie odnoszą się – lub nie uwzględniają całokształtu – wpływu integracji europejskiej na procesy państwowotwórcze, integracyjne czy koncepcję państwa w Europie Wschodniej i na południowym Kaukazie. Z powodu braku odpowiednich źródeł nieodzowne wydają się gruntowne badania tej sfery integracji europejskiej i stosowne publikacje. Bez wątplenia zadaniem nauki jest wyjaśnianie społeczeństwu – w możliwie prosty sposób – tego, co słabo poznane i skomplikowane. Dlatego też analiza oddziaływania PW na samostanowienie w Europie Wschodniej i na południowym Kaukazie powinna dotrzeć nie tylko do naukowców, ale i społeczeństwa.

SELF-DETERMINATION AND THE EASTERN PARTNERSHIP OF EUROPEAN UNION. A CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION

Key words: Eastern Partnership, self-determination, Russian sphere of influence.

Summary

The latest initiative of the Polish-Swedish cooperation concerning the European Union's post-Soviet countries has been recognized as the Eastern Partnership. It is extended to Ukraine, Moldova, Georgia, Armenia and Azerbaijan, and conditionally Belarus. It includes multi-faceted cooperation, stimulating resource of considerable financial funds. Subjects as economy and governments' policy, environmental protection and human rights, and far more, have been entered there in a sustainable way. All of them remain of special importance to the Eastern Partnership. They are to condition and verify other areas. It seems that the EP concept makers, in a discreet way, made self-determination a tool of self-sanitation in the countries to which it is addressed. It is clear that the classic shape of self-determination has been deformed (whether voluntarily or unintentionally) for the purpose of legitimization in the Russian sphere of influence. EP is an initiative that does not challenge this directly, but indirectly, it certainly can bring reconstruction of the *status quo*. That is with certain assumptions made. As always, the real effects will reveal when put in practice.

RECENZJE I OMÓWIENIA

Luca Marini, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, G. Giappichelli Editore, Torino 2006, s. 518.

„Wiedza to władza” – dziś stwierdzenie to wydaje się bardziej aktualne niż kiedykolwiek w przeszłości. Nauka i technika pomnożyły możliwości poznawania świata, ale też stworzyły nowe sytuacje ryzyka, podważające pozycję człowieka, zagrażając jego życiu i godności. Relatywizacja pryncypiów demokratycznej organizacji społeczeństwa – szczególnie z zakresie biomedycyny – grozi załamaniem się systemu scalającego członków wspólnoty, nawet tych, którzy pomimo chęci zachowania odrębności religijnej, kulturowej, językowej czy politycznej, we własnym odczuciu są częścią większej europejskiej rodziny. Stoimy w tej chwili przed realną groźbą ideologicznej instrumentalizacji wolności prowadzenia badań naukowych, która poprzez symulację trzymania się samousprawiedliwiającej się logiki relatywizuje zasady etyki zawodowej i zmierza ku afirmacji założeń utylitarystycznych, a w końcu do powolnej degradacji człowieka do roli przedmiotu. Ta dostrzegana niemal na każdym kroku ewolucja statusu moralnego i prawnego człowieka w ostatnich dziesięcioleciach zaowocowała szybkim rozwojem praw człowieka stanowionych na poziomie międzynarodowym. Obiecujące pod wieloma względami osiągnięcia sprzężonych ze sobą nauk biologicznych i medycznych doczekały się też krytyki i głosów, wzywających do zaostrzenia kontroli nad prowadzonymi pracami badawczymi, które – w świetle sukcesów inżynierii genetycznej – jednak się wydaje, zbyt śmiało przekraczają granice dopuszczalnego ryzyka. Okazuje się, że niebezpieczeństwo związane z doskonaleniem genetyki molekularnej dotyczy zarówno człowieka, jak i reszty nierozzerwalnie z nim związanego świata żywego. W społeczności międzynarodowej utwierdza się świadomość i przekonanie, że osoba ludzka – podobnie jak wszystkie inne istoty żywe, pozostające we wzajemnej zależności – w obliczu świadomego prowokowanego niebezpieczeństwa, potrzebuje skutecznych hamulców moralnych i bardziej zdecydowanych mechanizmów prawnych, wymuszających chwile refleksji i racjonalnej oceny aktualnej sytuacji. Z jednej strony dostarcza ich bioetyka, stosunkowo nowa interdyscyplinarna dziedzina nauki, która w oparciu o zdroworozsądkowe myślenie, umocowane w poczuciu wierności odwiecznym zasadom etyki, skłania do refleksji przed podjęciem ważnych decyzji. Z drugiej, systemem czuwającym nad poprawnością ludzkiego działania w równie szerokim wymiarze jest prawo międzynarodowe (a w naszym przypadku również prawo europejskie i wspólnotowe), które poświęcając wiele uwagi osobie ludzkiej dąży do maksymalnego zabez-

pieczenia jej interesów, a w szczególności do ochrony życia w różnych jego przejawach. W konsekwencji propozycja L. Mariniego zwraca się ku tradycyjnemu problemowi skuteczności kontroli oddziaływania praw ekonomii i rynku również na taką „oazę” etycznego działania, jaką była do niedawna medycyna. A ponieważ wiedza naukowa pozwala monopolizować władzę i wynikające z tego korzyści, konieczna okazuje się interwencja instytucji ustawodawczych, mogących przywrócić równowagę wpływów pomiędzy dysponującymi ogromnymi zasobami ekonomiczno-intelektualnymi a wielkością wspólnoty ludzkiej, która jest tych zasobów pozbawiona.

Obecnie, bardziej niż kiedykolwiek, jesteśmy świadomi mitu neutralności badań naukowych. Niestety zbyt często zapominamy, że wolność poszukiwań w nauce znajduje swe usprawiedliwienie jedynie w granicach wyznaczonych nienaruszalnym dobrem drugiego człowieka, który (obojętnie z jakiego powodu) nie jest w stanie osobiście upomnieć się o należne mu prawa (dobrym tego przykładem mogą tu być osoby pozostające w stanie śpiączki).

Właśnie takim nietypowym, ekstremalnym sytuacjom, z jakimi mamy coraz częściej do czynienia, poświęcona jest książka L. Mariniego, obszernie analizującego prawo międzynarodowe i wspólnotowe w świetle obowiązujących standardów bioetycznych. Autor omawia wybrane zagadnienia bioetyki i bioprawa, które stały się już rzeczywistością i nieodłączną częścią życia społecznego i biopolityki w kontekście postępującego procesu globalizacji. W działalności międzynarodowych instytucji ustawodawczych widać nie tylko poczucie obowiązku realizowania zadań i odpowiedzialności rządów poszczególnych państw w zakresie ochrony życia i rozwoju biomedycyny, ale też świadomość społeczną rozwijania ingerencji instytucjonalnych w sytuacji zanikania naturalnych mechanizmów samoregulujących. Prezentowana książka – w intencji autora – ma być przyczynkiem do zaznajomienia się z rozległą problematyką bioetyki medycznej w perspektywie założeń normatywnych prawa, która wpływa na regulacje międzynarodowe, służące doskonaleniu prawa wewnętrznego.

W kolejnych rozdziałach L. Marini wskazuje na zależność pomiędzy biotechnologiami, informatyką, nanotechnologiami i działami nauki, nastawionymi na poznanie tajemnic biologii, które w rzeczywistości faworyzują tendencję do komercjalizacji ciała człowieka i jego elementów składowych, które mogą stać się przedmiotem prawa patentowego, a także próbują przypisać istocie ludzkiej konotacje odmienne od ontologicznych, naturalnie z nim związanych.

Na szczególną uwagę zasługuje więc część druga, poświęcona pryncypiom i instytucjom bioprawa międzynarodowego i wspólnotowego, podkreślająca zdezaktualizowany podział na naukę i technikę, które to wraz z informatyką tworzą dziś jedną siłę ekspansji cywilizacji nauki.

W części trzeciej L. Marini zwraca uwagę na niebezpieczeństwa płynące z komercyjnego traktowania organizmu człowieka, wyrażające się m.in. rozwojem prawa patentowego.

W części czwartej omówione zostały niektóre nowe problemy pojawiające się wraz z szybkim rozwojem biomedycyny. W tym wypadku prawo międzynarodowe może poszczycić się poważnymi osiągnięciami, jeżeli chodzi np. o normy prowadzenia doświadczeń medycznych, testów genetycznych i gromadzenie uzyskanych tą drogą informacji, a także ogólne zasady postępowania dla ratujących i podtrzymujących życie.

W tym zbyt już skomplikowanym dla wielu kontekście szybko następujących zmian społeczno-kulturowych ustawodawstwo międzynarodowe, a w szczególności europejskie i wspólnotowe, podjęło się niezwykle trudnego zadania przełożenia na język prawa wartości sugerowanych przez bioetykę. Cenną pomocą w zrozumieniu tego wysiłku jest właśnie omawiana pozycja L. Mariniego, która oprócz interesującej treści, wzbogaconej obszerną literaturą, przybliży bogaty dorobek bioetyków włoskich, przejętych – podobnie jak i my – przyszłością zasad, sugerujących uznanie genomu człowieka za dziedzictwo ludzkości, wymagające odpowiedniej ochrony prawnej.

Piotr Krajewski (UWM Olsztyn)