

2

2011

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 Redakcyjny

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

Recenzenci

**PIOTR DARANOWSKI, BOŻENA GRONOWSKA, GRAŻYNA MICHAŁOWSKA,
IRENA RZEPLIŃSKA, ANDRZEJ RZEPLIŃSKI**

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, 19-702 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 2011

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

Nakład 120 egz., ark. wyd. 29,0; ark. druk. 24,50
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. 538

Spis treści

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jakub Bartoszewicz , Zakaz zaślania twarzy a prawo do uzewnętrzniania wyznania	7
Tadeusz Jasudowicz , Prawo do wolnych wyborów w byłych europejskich państwach socjalistycznych w świetle orzecznictwa strasburskiego	19
Małgorzata Judycka , Ideały wychowawcze w Polsce po II wojnie światowej – ewolucja czy rewolucja?	39
Przemysław Komorowski , Niepodległe Kosowo, prawo międzynarodowe i prawa człowieka – próba odnalezienia wspólnego mianownika	63
Mariusz Lewandowski , Realizacja art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w Europie Środkowo-Wschodniej. Przegląd orzecznictwa strasburskiego	89
Joanna Markiewicz-Stanny , Sytuacja prawna cudzoziemców a respektowanie praw człowieka. Wybrane problemy	107
Maria Myszk , Prawne aspekty zatrudniania cudzoziemców spoza UE na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Federalnej Niemiec	129
Anna Napiórkowska , Lustracja „po polsku”	147
Sebastian Ożóg , Monitoring pracownika w sieci komputerowej	159
Katarzyna Piecha , Ochrona dóbr osobistych w związku z publikacją artykułu prasowego – w poszukiwaniu prawa właściwego dla aspektów transgranicznych	171
Marcin Rutecki , Tajemnica państwowa na tle przemian ustrojowych w Polsce	181

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Małgorzata Andrzejczak-Świątek , Koncepcja „uprzywilejowanego kombatanta” w stosunku do dziecka biorącego bezpośredni udział w działaniach wojennych	203
Marcin Marcinko , Kwestia stosowania prawa okupacji wojennej w operacjach ONZ	219
Natalia Zawadzka , Czystki etniczne – analiza prawnomiędzynarodowa	245

MISCELLANEA

Radosław Fordoński , Applicability of International Human Rights Law in Situation of armed conflict: The Gaza Strip Naval Blockade Case	273
Izabela Grzybowska , Prawo do dziedziczenia w państwach socjalistycznych – część I (ujęcie historyczno-prawne)	289
Monika Maśnicka , Wpływ ideologii Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich na kształt instytucji obrony koniecznej w Polsce i w Niemczech	315

DOKUMENTY I MATERIAŁY

Prawo do udziału w sprawach publicznych, prawa wyborcze oraz prawo równego dostępu do służby publicznej General Comment No. 25 z 12 lipca 1996 r. Przyjęte na 1510. posiedzeniu (57. sesji) Komitetu Praw Człowieka ONZ	335
Głosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 czerwca 2010 r. w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii	348
Sąd Najwyższy Federacji Rosyjskiej, Moskwa dec. nr 5 z 10.10.2003 r. (Plenum SN) „W sprawie stosowania przez sądy powszechne powszechnie uznanych zasad i norm prawa międzynarodowego oraz traktatów międzynarodowych Federacji Rosyjskiej” HLRJ 2004, vol. 25, No. 1–4, s. 108 i n.	351
Więźniowie polityczni w Azerbejdżanie Rezolucja 1272/2002 z 24 stycznia 2002 roku Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy [w:] HRLJ 2002, t. 23, nr 8–12, s. 467–468	360
Rekomendacja CM/Rec(2007)7 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie Dobrej Administracji z 20 czerwca 2007 r.	362
Europejskie zasady administracji publicznej; OECD: Wsparcie na rzecz doskonalenia rządu i zarządzania w krajach Europy Środkowej i Wschodniej SIGMA Papers No.27, 1999	373

RECENZJE I OMÓWIENIA

<i>Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarne</i> , pod red. Tadeusza Jasudowicza, Michała Balcerzaka, Julii Kapelańskiej-Pręgowskiej, Toruń 2009 (Jakub Czepek)	391
--	-----

Contents

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Jakub Bartoszewicz , Face Veiling Ban and the Right to Manifest One's Religion	7
Tadeusz Jasudowicz , Right to Free Election in the Former Socialist States in the Rulings of the European Court of Human Rights	19
Małgorzata Judycka , Ideals of Education in Poland after Second World War – Evolution or Revolution?	39
Przemysław Komorowski , Independent Kosovo, International Law and Human Rights – an Attempt to Find a Common Ground.	63
Mariusz Lewandowski , The Implementation of Article 3rd of the European Convention on Human Rights in the Cental – Eastern Europe. The Overview of ETC's Case – law	89
Joanna Markiewicz-Stanny , Legal Situation of Foreigners and Respecting Their Human Rights. Selected Issues	107
Maria Myszka , Rechtliche Aspekte der Beschäftigung von Nicht-EU-Ausländern in Polen und der Bundesrepublik Deutschland	129
Anna Napiórkowska , Vetting on Polish Way	147
Sebastian Ożóg , Employee Monitoring in Computer Network	159
Katarzyna Piecha , Protection of Personal Rights in the Light of Press Publication – Searching for the Proper Law in a Transborder Meaning	171
Marcin Rutecki , State Secret in Relation to Systemic Changes in Poland	181

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICT

Małgorzata Andrzejczak-Świątek , The Concept of the „Privileged Combatant” in Relation to the Child Involved in Armed Conflict	203
Marcin Marcinko , The Question of Applicability of the Law of Military Occupation in the UN Operations	219
Natalia Zawadzka , Ethnic Cleansing	245

MISCELLANEA

Radosław Fordoński , Applicability of International Human Rights Law in Situation of Armed Conflict: The Gaza Strip Naval Blockade Case	273
Izabela Grzybowska , The Right to Inherit in Socialist States – Part I (Historical Overview)	289
Monika Maśnicka , Impact of the Ideology of the Union of the Soviet Socialist Republics on the Institution of the Right of Self-defense in Poland and Germany	315

DOKUMENTS AND MATERIALS

Prawo do udziału w sprawach publicznych, prawa wyborcze oraz prawo równego dostępu do służby publicznej General Comment No. 25 z 12 lipca 1996 r. Przyjęte na 1510. posiedzeniu (57. sesji) Komitetu Praw Człowieka ONZ	335
Głosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 czerwca 2010 r. w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii	348
Sąd Najwyższy Federacji Rosyjskiej, Moskwa dec. nr 5 z 10.10.2003 r. (Plenum SN) „W sprawie stosowania przez sądy powszechne powszechnie uznanych zasad i norm prawa międzynarodowego oraz traktatów międzynarodowych Federacji Rosyjskiej” HLRJ 2004, vol. 25, No. 1–4, s. 108 i n.	351
Więźniowie polityczni w Azerbejdżanie Rezolucja 1272/2002 z 24 stycznia 2002 roku Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy [w:] HRLJ 2002, t. 23, nr 8–12, s. 467–468	360
Rekomendacja CM/Rec(2007)7 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie Dobrej Administracji z 20 czerwca 2007 r.	362
Europejskie zasady administracji publicznej; OECD: Wsparcie na rzecz doskonalenia rządu i zarządzania w krajach Europy Środkowej i Wschodniej SIGMA Papers No.27, 1999	373

BOOK REVIEWS

<i>Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarne</i> , pod red. Tadeusza Jasudowicza, Michała Balcerzaka, Julii Kapelańskiej- -Pręgowskiej, Toruń 2009 (Jakub Czepek)	391
--	-----

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jakub Bartoszewicz

doktorant w Katedrze Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Zakaz zasłaniania twarzy a prawo do uzewnętrzniania wyznania

Słowa kluczowe: wolność religii, wolność myśli, sumienia i wyznania, islam.

W trakcie mijającego roku, Francja i Belgia wprowadziły do swych porządków prawnych przepisy, które sprawiły, że noszenie przez muzułmańskie kobiety tradycyjnych burek i nikabów stało się nielegalne. W dzień po wejściu w życie tych regulacji doszło do nałożenia pierwszych kar¹. Podobne zakazy planują wprowadzić także Holandia i Włochy. W sposób naturalny pojawia się zatem pytanie, czy takie regulacje nie są, w samej swej istocie, sprzeczne z wolnością myśli, sumienia i wyznania, gwarantowaną przez art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, bądź też, czy nie otwierają szeroko drzwi do naruszania tej wolności przez organy państwa. Co prawda, jak wynika z dotychczasowej praktyki orzeczniczej organów strasburskich, ingerencja w uzewnętrznianie wyznania poprzez ubiór, w rozpoznawanych sprawach nie była zasadniczo uznawana za naruszającą art. 9 Konwencji, gdyż przemawiały za nią cele prawowite, wskazane w ust. 2 tegoż artykułu. Sprawy te dotyczyły jednak sytuacji szczególnych, nie zaś zakazów generalnych. Chodziło bowiem o zachowanie laickiego charakteru publicznych placówek edukacyjnych², zakazu oddziaływania symbolami religijnymi na dzieci³ czy wymogów bezpieczeństwa, związanych z kontrolą tożsamości⁴ lub też noszeniem kasków motocyklowych⁵. Zakazy, jakie wprowadzono we Francji i w Belgii obejmują jednak swoim zasięgiem już nie tylko takie sytuacje

¹ http://www.huffingtonpost.com/2011/04/11/france-burqa-ban-takes-ef_n_847366.html (1 listopada 2011 r.).

² Por. Case of Leyla Sahin v. Turkey, judgment of 10.11.2005; Case of Dogru v. France and Kervanci v. France, judgment of 4.12.2008; Case of Aktas v. France, Bayrak v. France, Gamaleddyn v. France, Ghazal v. France, J. Singh v. France and R. Singh v. France, decision of 30.05.2009.

³ Por. Case of Dahlab v. Switzerland, decision of 15.02.2001.

⁴ Por. Case of El Morsli v. France, decision of 4.3.2008.

⁵ Por. X v. Great Britain, application no 7992/77, decision of 12.07.1978.

wyjątkowe, ale oddziałują na obecność burki i nikabu, czyli ubiorów, których noszenie wynika z przekonań religijnych, we wszystkich miejscach publicznych.

Jak wynika z treści art. 9 Konwencji, wolność myśli, sumienia i wyznania odnosi się przede wszystkim do sfery osobistych przeżyć jednostki i w tym aspekcie zawiera w sobie swobodę przyjmowania, posiadania oraz zmiany przekonań i wyznania (*forum internum*). Człowiek, jako istota materialno-duchowa, wyraża się jednak przede wszystkim poprzez działania zewnętrzne, które potwierdzają jego społeczny charakter⁶. Aby zatem prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania było prawem pełnym, odzwierciedlającym sposób funkcjonowania człowieka w społeczeństwie, Konwencja rozciąga ochronę także na obiektywizowane przeżycia wewnętrzne jednostki, które są uzewnętrzniane w sposób widoczny dla innych. Chroniona jest więc również manifestacja przekonań i wyznania i to zarówno w wymiarze indywidualnym, jak i kolektywnym, publicznym i prywatnym. Może ona przy tym przybrać różnorodną formę i Konwencja wprost wskazuje na objęcie ochroną takich przejawów ekspresji, jak uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne (*forum externum*). Wyliczenie to nie jest jednak wyczerpujące i możliwe są także inne przejawy uzewnętrzniania przekonań i wyznania⁷. Wolność myśli, sumienia i religii odnosi się przy tym do poglądów, które osiągnęły pewien poziom siły przekonywania, powagi, spójności i znaczenia⁸.

Z punktu widzenia poruszanej tematyki, istotny jest przede wszystkim ten aspekt ekspresji, który wiąże się z praktykowaniem przyjętej wiary. Jego zakres jest najszerszy spośród wprost wymienianych przez Konwencję, a co za tym idzie, przysparzał pewnych trudności interpretacyjnych. Organy strasburskie dokonały jednak jego zawężenia, zakreślając granicę, poza którą, dane zachowanie, nawet jeśli inspirowane było w jakiś sposób przez przekonania czy wyznanie, nie podlegał ochronie art. 9 Konwencji. Przyczynkiem do powyższego stała się sprawa *Arrowsmith przeciwko Wielkiej Brytanii*⁹, w której skarżącej odmówiono ochrony jej działaniom, polegającym na rozdawaniu żołnierzom brytyjskim ulotek wyrażających krytyczny stosunek do polityki brytyjskiej w Irlandii Północnej, jako tylko inspirowanym pacyfizmem, nie będącym zaś jego praktykowaniem. Mimo, że w tej konkretnej sprawie stanowisko sędziów, co do rozstrzygnięcia nie było jednolite¹⁰, to

⁶ M. Piechowiak, *Wolność religijna – aspekty filozoficznoprawne*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” nr 3 (1994–1995), s. 18.

⁷ K. Warchołowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 108.

⁸ Por. *Case of Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, judgment of 25.02.1982, par. 36; *Case of Leela Förderkreis v. Germany*, judgment of 6.9.2009, par. 80.

⁹ *Case of Arrowsmith v. United Kingdom*, application no. 7050/75, judgment of 16.05.1977.

¹⁰ Oddzielną opinię złożyli sędziowie Opsahl i Klecker, jednakże ich odrębne stanowisko dotyczyło tylko rozstrzygnięcia, nie zaś konieczności samego rozdzielenia aktów wyłącznie motywowanych przekonaniami lub wyznaniem od aktów będących ich bezpośrednim praktykowaniem.

zasadę wyrażoną w tym orzeczeniu przyjęto, jako wyznacznik dla definiowania pojęcia praktykowania wyznania i poglądów¹¹. Zgodnie z takim znaczeniem, nie każde działanie, choćby jego powiązanie z przekonaniami lub wyznaniem było wyraźnie deklarowane, stanowi ich praktykowanie w rozumieniu art. 9 Konwencji¹². Aby wyznaczyć granicę w konkretnym przypadku należy zatem rozważyć, czy dane zachowanie polegało na bezpośrednim wyrażeniu danego wyznania lub przekonań, czy wyznanie to ustanawiało moralną powinność takiego zachowania i czy zachowanie to stanowiło powszechnie przyjętą, w ramach danego wyznania, formę jego praktykowania. Na podstawie takich kryteriów wskazać można, że w zakresie tak rozumianego praktykowania z całą pewnością mieścić się będzie czczenie świąt religijnych, odbywanie pielgrzymek i procesji, formy pamięci o zmarłych, czy też sposób ubierania się. Jest to stosunkowo wąskie ujmowanie pojęcia praktykowania, które od uprawiania kultu odróżnia nieraz zaledwie to, że czynności te podejmowane są poza świątyniami i dotyczą szerszej przestrzeni życia społecznego, wykraczając poza prywatność określonej grupy wyznaniowej¹³.

Takie rygorystyczne ujęcie praktykowania Trybunał złagodził w sprawie *Jakóbski przeciwko Polsce*¹⁴. W wydanym tam wyroku uznano za podlegające ochronie pewne zachowania skarżącego, poprzestając na przypisaniu im wyłącznie motywacji lub inspiracji religijnej, bez rozważania, czy stanowi to wyraz bezpośredniego wyrażenia wyznania, a więc bez uciekania się do sprawdzenia czy spełnione zostały wskazane powyżej kryteria¹⁵. Ciężko w tym momencie przewidzieć, czy takie otworenie granic pojęcia praktykowania jest wyrazem trwałej ewolucji stanowiska Trybunału, czy tylko jednostkowym wyjątkiem w sytuacji, gdy zachowania skarżącego były spójne i zakorzenione w jednej z najbardziej rozpowszechnionych religii. Bez względu jednak, w jaki dokładnie sposób określone zostaną granice ochrony praktykowania wyznania, jego manifestowanie poprzez zwyczajowo przyjęty dla danej grupy wyznaniowej sposób ubierania się, który daje wyraz przekonaniom religijnym jej członków, a czasem stanowi też element szerszej tradycji i kultury, niewątpliwie powinien się tam znaleźć¹⁶. Organy strasburskie co do tego nie miały zresztą nigdy wątpliwości¹⁷.

¹¹ Por. w szczególności *Case of Kalac v. Turkey*, judgment of 1.7.1997, par. 27 i *Case of Pichon and Sajous v. France*, decision of 2.10.2001.

¹² Por. *Case of X . v. Germany*, decision of 10.3.1981; *Case of C. v. United Kingdom*, decision on. 15.12.1983; *Case of V v. Netherland*, decision of 5.7.1984; *Case of Van den Dungen v. Netherlands*, decion of 22.2.1995.

¹³ L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, C.H.Beck 2010, dostęp za pośrednictwem systemu Legalis, komentarz do art. 9, s. 10; por. K. Warchołowski, op.cit., s. 129–130.

¹⁴ *Case of Jakóbski v. Poland*, application no. 18429/06, judgment of 7.12.2010. Skarżący jest pratykującym buddystą i domagał się od władz więziennych dostarczenia mu posiłków bezmięsnych uzasadniając to wyznawaną wiarą.

¹⁵ *Jakóbski*, par. 45.

¹⁶ L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, op.cit., s. 12.

¹⁷ Por. *Case of Dahlab v. Switzerland*, decision of 15.02.2001; *Case of Leyla Sahin v. Turkey*, judgment of 10.11.2005; *Case of El Morsli v. France*, decision of 4.3.2008; *Case of*

Z punktu widzenia islamu, sposób ubierania się wiernych nie jest obojętny, gdyż stanowi on wzmocnienie i uwydatnienie ludzkiej godności¹⁸. Wśród samych uczonych muzułmańskich nie ma jednak pełnej zgodności, co do szczegółowych zasad ubioru, a w szczególności tego, czy całkowite zakrywanie twarzy przez kobiety jest obowiązkiem płynącym wprost z zapisów Koranu, czy też raczej uwarunkowaniem kulturowym lub etnicznym. Powyższe wynika z niejednoznaczności języka arabskiego, i wielości możliwych interpretacji odpowiednich wersetów koranicznych¹⁹. Większość muzułmanów uważa jednak, że kobiety winny zakrywać wyłącznie włosy²⁰, choć wyznawcy odmiennego poglądu, mimo, że w mniejszości, stanowią i tak bardzo dużą grupę²¹. Konkretna liczba wyznawców, którzy kierują się daną praktyką nie powinna mieć jednak istotnego znaczenia dla stwierdzenia, czy zakładanie danego ubioru mieści się w chronionym praktykowaniu wyznania. Potwierdził to Trybunał w sprawie *Ahmet Arslan i Inni przeciwko Turcji*²², w której za przejaw praktykowania wyznania poprzez ubiór uznano szaty noszone przez członków niewielkiej religijnej grupy Aczimendi tarikaty. Ubrania te imitowały strój Mahometa i składały się z turbanu, luźnych spodni, tuniki i kija. Nie sposób rozpowszechnienia wśród wyznawców danej religii, ale rzeczywiste ugruntowanie, czy też motywacja płynąca wiary dla danego zachowania winny mieć zatem znaczenie dla oceny, czy dany ubiór rzeczywiście stanowi formę praktykowania wyznania. W odniesieniu do sposobu ubierania się muzułmańskich kobiet, zarówno samach chusta zakrywająca włosy, jak również stroje zasłaniające niemal całkowicie twarz, jak burka,

Dogru v. France and Kervanci v. France, judgment of 4.12.2008; Case of Aktas v. France, Bayrak v. France, Gamaleddyn v. France, Ghazal v. France, J. Singh v. France and R. Singh v. France, decision of 30.05.2009; Case of Ahmet Arslan and Others v. Turkey, judgment of 23.02.2010. Por. także sprawę rozpoznawaną przez Komitet Praw Człowieka ONZ: Case of Raihon Hudoyberganova v. Uzbekistan, application no. 931/2000, judgment of 5.11.2004.

¹⁸ M.A. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford University Press 2009, s. 64.

¹⁹ K 24:30–31; według Jana Murzy Tarak Buczackiego werset ten należy tłumaczyć w sposób następujący: „Zaleć niewiastom, aby spuszczały oczy, aby strzegły swej czystości, i tylko to ze swego ciała okazywały, co powinno być odkrytem”. Spory dotyczą zatem w istocie tego, jak rozumieć stwierdzenie „co powinno być odkrytem”. Podobnie istotę problemu postrzega M.A.Baderin, op. cit., s. 64. Powyższe umyka nieco w tłumaczeniu Józefa Bielawskiego, który ten sam werset każe rozumieć, jako: „ Powiedz wierzącym kobietom, żeby spuszczały skromnie swoje spojrzenia i strzegły swojej czystości; i żeby pokazywały jedynie te ozdoby, które są widoczne na zewnątrz”.

²⁰ Takim poglądem kierują się w szczególności wyznawcy najbardziej rozpowszechnionej szkoły prawa – szkoły hanafickiej, a także szkoły malikickiej i szyici.

²¹ Obowiązek taki uznają wyznawcy szafickiej i hanbalickiej szkoły prawa muzułmańskiego. Ta pierwsza rozpowszechniona jest głównie w Afryce Wschodniej, Dolnym Egipcie, Indonezji i Filipinach, jej wyznawcy stanowią niecałe 30 % wyznawców islamu. Druga natomiast jest najmniej liczna spośród podstawowych szkół prawa i określone przez nią reguły są stosowane głównie na Półwyspie Arabskim.

²² Case of Ahmet Arslan and Others v. Turkey, application no. 41135/98, judgment of 23.02.2010.

czy nikab, mogą stanowić zatem element ekspresji wiary muzułmańskiej, którego ochronę państwo winno zapewnić na podstawie art. 9 Konwencji.

Zgodnie jednak z przepisami francuskiej ustawy nr 2010–1192 z dnia 11 października 2010 r.²³, która weszła w życie w dniu 11 kwietnia 2011 r., żadna osoba, w miejscach publicznych, nie może nosić ubrania mającego na celu ukrycie twarzy. Za miejsce takie rozumie się przy tym drogi publiczne i miejsca udostępnione do zwiedzania lub związane z wykonywaniem usług publicznych, a co za tym idzie, obejmuje ono w istocie wszystko, co nie jest przestrzenią *stricto* prywatną. W szczególności wykracza poza instytucje publiczne, takie jak urzędy, czy placówki oświatowe. Złamanie tego zakazu obwarowane jest karą grzywny w wysokości 150 euro. Znacznie wyższa kara została z kolei przewidziana za zmuszanie innej osoby do zasłaniania twarzy i w takim przypadku wynosi 1 rok pozbawienia wolności i 30 000 euro grzywny lub nawet 2 lata pozbawienia wolności i 60 000 euro, jeżeli dotyczy to osoby małoletniej. Z zakazu zasłaniania twarzy wyłączone są jedynie przypadki związane z nakazami prawa, uzasadnione ze względów zdrowotnych, zawodowych, czy też wynikające z uprawiania sportu i uczestnictwa w festiwalach artystycznych i tradycyjnych.

Podobne regulacje, poczynszy od dnia 22 lipca 2011 r.²⁴ obowiązują w Belgii, gdzie do Kodeksu Karnego z 1848 r. wprowadzono art. 563bis, zgodnie z którym, karze grzywny lub pozbawienia wolności podlega ten, kto, jeśli nie wymaga tego prawo, w miejscach dostępnych dla publiczności maskuje lub zakrywa swoją twarz w taki sposób, że nie jest rozpoznawalny. Wysokość grzywny ustalona jest w przedziale pomiędzy 15 a 30 euro, okres pozbawienia wolności wynosi natomiast do 7 dni. Zakaz nie dotyczy zasłaniania twarzy związanego z wykonywaniem pracy, utrzymaniem porządku lub udziałem w festiwalach.

W żadnej z tych ustaw nie wskazano motywów religijnych, jako wyłączających zakaz zasłaniania twarzy. Powody takiego stanu rzeczy stają się oczywiste, gdy poza samą treść uchwalonych regulacji, weźmie się pod uwagę także motywy, jakie legły u podstaw ich wprowadzenia. Ustawy te wprost określane były bowiem w mediach jako „*burqa ban law*”²⁵, a Francuska Rada Konstytucyjna badająca zgodność zakazu zakrywania twarzy z ustawą zasadniczą Francji widziała w tym przepisie przede wszystkim odniesienie do muzułmańskich kobiet. W decyzji z dnia 7 października 2010 r., powołując się

²³ Journal Officiel de la République Française, nr 0237 z dnia 12 października 2010 r., s. 18345; pełny tekst pod adresem <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&dateTexte=> (dostęp w dniu 5 listopada 2011 r.).

²⁴ Moniteur Belge nr 202 z dnia 13 lipca 2011 r., s. 41734; pełny tekst pod adresem http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2011060108 (dostęp w dniu 5 listopada 2011 r.).

²⁵ Por. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8652861.stm> ; <http://strasbourgobservers.com/2011/04/28/belgium-votes-burqa-ban/> ; <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/8444177/BurkaFranceNational-FrontMarine-Le-PenMuslimFadela-AmaraAndre-Gerinhibab.html> ; <http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/10/france-burqa-law-kenza-drider> (dostęp w dniu 1 listopada 2011 r.).

na art. 4 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela²⁶ wskazała ona, że „praktyki, do których odwołuje się ustawa (...) ignorują minimalne wymagania życia w społeczeństwie. Dodatkowo, ustawodawca jest przekonany, że kobiety ukrywające twarz, czy to dobrowolnie, czy też nie, znajdują się w sytuacji wykluczenia i niższości w sposób oczywisty niezgodny z konstytucyjnymi zasadami wolności i równości (...)”²⁷. Także prezydent Francji, Nicolas Sarkozy dał wyraz takim intencjom oświadczając, że „burka nie jest mile widziana we Francji”²⁸.

Bez względu jednak na to, czy na przepisy francuskiej ustawy z dnia 11 października 2010 r. i belgijskiej z dnia 13 lipca 2011 r. patrzemy wyłącznie pod kątem ich brzmienia, czy też uwzględniamy tło ich przyjęcia, ocena końcowa będzie taka sama. W sposób generalny zakazują one bowiem, we wszystkich miejscach publicznych, noszenia burek i nikabów, a więc strojów noszonych dla wyrażenia przez wiernych praktykowanego wyznania. Niewątpliwie, mamy zatem do czynienia z ingerencją w prawa i wolności chronione przez art. 9 Konwencji.

Wolność uzewnętrzniania wyznania, w przeciwieństwie do aspektu wewnętrznego wolności chronionych przez art. 9 Konwencji, nie jest jednak absolutna i może podlegać limitacji. W społeczeństwie demokratycznym, gdzie żyją obok siebie ludzie wyznający różne religie, pomiędzy którymi dochodzi do społecznych interakcji, konieczne jest nieraz wprowadzanie pewnych ograniczeń sfery manifestacji poglądów i wiary, gdyż istnieje konieczność pogodzenia interesów różnych grup i zapewnienia poszanowanie przekonań każdej osoby²⁹. Wychodząc z takiego założenia, Konwencja przewiduje zatem w art. 9 ust. 2, że wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę

²⁶ „Wolność polega na czynieniu tego wszystkiego, co nie szkodzi drugiemu. W ten sposób nie ma innych granic dla używania praw naturalnych człowieka, jak te, które zapewniają używanie tychże praw innym członkom społeczeństwa. Te granice może określić tylko Ustawa” (B. Lesiński (red.), *Historia Państwa i Prawa – wybór tekstów źródłowych*, Poznań 1995, s. 204-205).

²⁷ Journal Officiel de la République Française, nr 0237 z dnia 12 października 2010 r., s. 18345; pełny tekst decyzji Rady Konstytucyjnej pod adresem http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=9E2B279F2327FC55C6CCD96F6E7BCFCB.tp.djo14v_2&dateTexte=?cidTexte=JORFTEXT000022911681&categorieLien=cid (dostęp w dniu 1 listopada 2011 r.). W tym miejscu należy wskazać, że stanowisko Rady Konstytucyjnej jest niezwykle kontrowersyjne. Dokonuje ona bowiem arbitralnej oceny zachowań ludzkich, jako sprzecznych z zasadami wolności i równości, mimo, że właśnie te zachowania wypływać mogą z wolnej, nieprzymuszonej woli, co zresztą sama Rada podkreśla. Stanowisko takie, w moim przekonaniu, jest wewnętrznie sprzeczne. Równie dobrze może prowadzić także do arbitralnego, odgórnego rozwiązania chrześcijańskich zakonów, szczególnie tych, w których mnisi i mniszki dobrowolnie poddają się szczególnie rygorystycznym regułom odosobnienia i wyłączenia ze społeczeństwa, poświęcając swe życie Bogu.

²⁸ <http://www.nytimes.com/2010/07/14/world/europe/14burqa.html> (dostęp w dniu 5.11.2011).

²⁹ Case of Kokkinkis v. Greece, application no. 14307/88, judgment of 25.05.1993, par. 33.

praw i wolności innych osób. Ingerencja w sferę uzewnętrzniania wyznania nie może być zatem w żadnym razie arbitralna, a winna opierać na przesłankach legalności formalnej (wprowadzenia przez ustawę), legalności materialnej (powiązania z jednym z celów prawowych) oraz przesłance konieczności w społeczeństwie demokratycznym.

W odniesieniu do kryterium legalności przyjąć należy, że jest ono spełnione zarówno przez regulację belgijską, jak i francuską, która zresztą podlegała nawet badaniu przez Radę Konstytucyjną tego kraju. Problematyczna jednak staje się już kwestia, czy ingerencja w prawa i wolności chronione art. 9 Konwencji, jaka ma miejsce na skutek wprowadzenia zakazów zakrywania twarzy w miejscach publicznych rzeczywiście realizuje jeden z celów wskazanych w ust. 2 tego artykułu, a także, czy w demokratycznym społeczeństwie jest ona konieczna.

Jak już zaznaczono na wstępie, ograniczenia ekspresji wyznania przez ubiór były już rozpatrywane w dotychczasowej praktyce orzeczniczej organów strasburskich i zasadniczo nie dopatrywano się w takich działaniach naruszeń wolności myśli, sumienia i wyznania. W powoływanej już sprawie *Leyla Sahin przeciwko Turcji*³⁰ Trybunał uznał, że odmowa władz uniwersyteckich wydania skarżącej dokumentu potwierdzającego ukończenie przez nią studiów w związku z niedostarczeniem zdjęcia, na którym skarżąca miałaby ona odkrytą głowę, była dopuszczalna. W państwie takim, jak Turcja, wyższe uczelnie mogą bowiem, zdaniem Trybunału, regulować miejsce i sposób manifestowania kultów i noszenia symboli religijnych, aby zapewnić pokojowe współżycie studentów różnych wyznań oraz chronić porządek publiczny i przekonania innych³¹. Podobne rozstrzygnięcia zapadały także przy rozpoznawaniu skarg wniesionych w związku z wykonywaniem francuskiej ustawy z dnia 15 marca 2004 r., która reguluje, w oparciu o zasadę laickości, noszenie symboli lub ubiorów religijnych w publicznych placówkach edukacyjnych. W sprawie *Dogru przeciwko Francji i Kervanci przeciwko Francji*³², skarżące, będące uczennicami zostały wydalone ze szkoły w związku z tym, że nie uczestniczyły w zajęciach wychowania fizycznego, gdyż odmawiały zdjęcia nakryć głowy. Decyzje władz szkolnych zostały podtrzymane przez sądy francuskie, a sam Trybunał nie dopatrzył się w takim działaniu władz oświatowych naruszenia art. 9 Konwencji. Wskazano bowiem, że w tym przypadku konsekwencje, jakie poniosły skarżące, związane były z nieprzestrzeganiem przez nie reguł obowiązujących w szkole, co do których zostały wcześniej właściwie poinformowane, nie zaś z ich przekonaniami. Także w połączonej sprawie *Aktas przeciwko Francji, Bayrak przeciwko Francji, Gamaleddyn przeciwko Francji, Ghazal przeciwko Francji, J. Singh przeciwko Francji i R. Singh przeciwko Francji*³³ Trybunał dokonał oceny zgodności

³⁰ Zob. przyp. 1.

³¹ Leyla Sahin, par. 116.

³² Zob. przyp. 1.

³³ Zob. przyp. 1.

wydalenia ze szkoły uczniów, którzy wbrew regulacjom, chcieli uczęszczać na zajęcia w ubraniach manifestujących przynależność religijną (dziewczęta w chustach na głowach, chłopcy noszący keski³⁴). Orzekając o niedopuszczalności skarg Trybunał wskazał, że państwo należycie wykonywało swój obowiązek neutralnego organizatora nauki w placówkach publicznych i wprowadzone regulacje nie naruszają art. 9 Konwencji. Tym bardziej, że uczniowie mogli kontynuować naukę np. w formie korespondencyjnej³⁵. W sprawie *Dahlab przeciwko Szwajcarii*³⁶ ocenie poddane zostały działania władz placówki oświatowej, które zakazały nauczycielce, będącej wyznania muzułmańskiego, prowadzenia zajęć lekcyjnych z dziećmi z założoną na głowie chustą. Trybunał wskazał w tym przypadku, że noszenie chusty islamskiej jest sprzeczne z przesłaniem tolerancji, szacunku dla innych, a zwłaszcza równości i niedyskryminacji, które każdy nauczyciel w społeczeństwie demokratycznym musi przekazywać swoim uczniom.

Inne względy, niż związane z koniecznością zapewnienia neutralności światopoglądowej instytucji oświatowych, legły u podstaw decyzji o niedopuszczalności skargi w sprawie *El Morsli przeciwko Francji*³⁷, w której skarżąca odmówiła pokazania twarzy w celu identyfikacji tożsamości męskiemu pracownikowi konsulatu francuskiego w Marakeszu, co spowodowało niewydanie jej wizy. Trybunał wskazał, że konieczność zapewnienia bezpieczeństwa publicznego legitymowała działanie personelu konsulatu, a naruszenie wolności skarżącej było bardzo ograniczone w czasie. Względy bezpieczeństwa legły także u podstaw uznania za zgodne z prawem ograniczeń związanych z koniecznością noszenia kasków podczas jazdy motocyklem, które mogą pozostawać w sprzeczności z obowiązkami religijnymi, dotyczącymi nakrycia głowy³⁸.

We wszystkich przywoływanych powyżej sprawach ograniczenia manifestacji wyznania poprzez ubiór uznane zostały za usprawiedliwione na gruncie art. 9 ust. 2 Konwencji. Należy jednak zauważyć, że organy strasburskie dokonywały oceny limitacji wolności myśli, sumienia i wyznania wprowadzanej w sytuacjach szczególnych, ograniczonych w miejscu i czasie. Francuskie i belgijskie przepisy, na podstawie których zakazuje się noszenia burek i nikabów dotyczą z kolei całej przestrzeni publicznej, rozumianej w dodatku bardzo szeroko i daleko wykraczającej poza placówki edukacyjne, czy instytucje publiczne. Nie ma zatem raczej możliwości odnoszenia tych orzeczeń, *per analogiam*, do wprowadzonych zakazów. Wydaje się natomiast, że możliwość

³⁴ Nakrycie głowy noszone przez Sikhów.

³⁵ Por. *Case of Raihon Hudoyberganova v. Uzbekistan* (przyp. 17), w której Komitet Praw Człowieka ONZ uznał za naruszające wolność religii działania uczelni, zmuszające do zdejmowania chusty z głowy przez skarżącą. W systemie ochrony praw człowieka na podstawie Paktu Praw Obywatelskich i politycznych takie działania ocenia się zatem odmiennie niż w systemie opartym na Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

³⁶ Zob. przyp. 2.

³⁷ Zob. przyp. 3.

³⁸ *Case of X v. United Kingdom*, decision of 12.07.178 r.

taka dotyczy powołanej już sprawy *Ahmet Arslan i Inni przeciwko Turcji*³⁹, w której doszło do aresztowania członków grupy religijnej Aczimendi tarikatu tylko na podstawie ubioru, jaki nosili. Trybunał orzekł, że w tym wypadku, działania władz nie były usprawiedliwione, gdyż brak jest jakichkolwiek dowodów, że osoby, przeciwko którym wyciągnięto konsekwencje w jakikolwiek sposób naruszały swoim wyglądem porządek publiczny, czy też prowadziły formę niedozwolonego prozelityzmu⁴⁰. Stąd, działania władz, jako arbitralne, uznane zostały za naruszające art. 9 Konwencji, gdyż ingerencja w sferę wolności myśli, sumienia i wyznania nie znajdowała żadnego usprawiedliwienia w ust. 2 tegoż artykułu i odbyła się wyłącznie w związku z formą uzewnętrzniania wyznania przez ubiór⁴¹.

Odniesienie takiego stanowiska Trybunału do zakazów zasłaniania twarzy wprowadzonych we Francji i Belgii powoduje, że zarówno same przepisy, jak i podejmowane w zgodzie z nimi działania, uznać można za nieuprawnioną ingerencję w wolności chronione przez art. 9, a więc za jego naruszenie. Zastosowanie tych regulacji nie jest bowiem obwarowane jakimikolwiek dodatkowymi przesłankami i osoba podlega sankcjom karnym już za samo pojawienie się w miejscu publicznym z twarzą zasłoniętą burką lub nikabem. Nie jest zatem nawet wymagane, aby jej zachowanie w jakikolwiek sposób wypełniało znamiona naruszenia bezpieczeństwa publicznego, gdyż już sam ubiór, bez względu na inne okoliczności, stanowi podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej. Co prawda Rada Konstytucyjna Francji argumentowała, że zakaz ten obejmuje zachowania mogące stanowić publiczne zagrożenie, co mogłoby korespondować ze wskazaniem Trybunału, że „każde państwo, w ślad za swoimi doświadczeniami historycznymi i zgodnie z wymaganiami Konwencji, powinno przeciwstawiać się ekstremistycznym ruchom politycznym usiłującym narzucić społeczeństwu symbole i koncepcję życia oparte na regułach religijnych⁴²”. Czy jednak noszenie burki lub nikabu w każdym przypadku stanowi wyraz poglądów ekstremistycznych i stanowi zamach na wartości społeczeństwa demokratycznego oraz na bezpieczeństwo i porządek publiczny? Odpowiedź na powyższe pytanie musi być negatywna, gdyż tego typu generalizacja, szczególnie jeżeli odnosi się do ubioru, którego zakładanie znajduje religijną motywację w szerokich kręgach wiernych, jest całkowicie nieuprawniona. Nie ma przy tym żadnej korelacji i łącznika pomiędzy noszeniem tego typu ubrań, a działalnością ekstremistyczną, gdyż burka i nikab nie są wyrazem przynależności do zradyzalizowanej sekty, której działalność ma cele niezgodne z prawem, jak mogłoby to mieć miejsce np. w przypadku noszenia symboli naziistowskich, ale są wyrazem podążania ścieżką wiary wyznaczoną przez szkoły prawa muzułmańskiego, obejmujące ok. 33% wyznawców islamu, a więc ponad 500 000 000 ludzi⁴³.

³⁹ Zob. przyp. 22.

⁴⁰ Ahmet Arslan, par. 49–50.

⁴¹ Wyrok nie zapadł jednak jednomyślnie i zdanie odrębne złożył sędzia Popovic.

⁴² Leyla Sahin, par. 39.

⁴³ Zgodnie z danymi zawartymi w *The Future of the Global Muslim Population* (Pew Research Center, 2011), liczba muzułmanów na świecie w 2010 r. wyniosła 1,6 mld.

Zakaz zasłaniania twarzy może być przy tym oczywiście motywowany względami bezpieczeństwa, jednakże tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z istnieniem rzeczywistego zagrożenia. Dotyczy to w szczególności sytuacji, kiedy ukrywanie twarzy może wynikać z chęci uniknięcia rozpoznania (np. w przypadku pseudokibiców, bądź też w sytuacji stanu wyjątkowego, jak wojna, zamieszki itp.). Nie może się jednak odnosić do całej przestrzeni publicznej w każdym czasie, gdyż prowadziłby to do konieczności zamknięcia w sferze ściśle prywatnej i wyłączenia z życia społecznego osób, dla których noszenie burki i nikabu jest integralną formą praktykowania wyznania, bądź też zmuszałoby je do postępowaniu wbrew swym wierzeniom w życiu codziennym. Wprowadzonych zakazów generalnych nie da się także usprawiedliwić ochroną wolności innych osób. Nie wiadomo zresztą, przed czym przepisy te miałyby chronić i kogo. Mając bowiem na uwadze, że jak wskazał Trybunał w sprawie *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*⁴⁴, w społeczeństwie pluralistycznym nikomu nie przysługuje roszczenie o brak styku z innymi wyznaniem, a także z ich publicznym uzewnętrznianiem i przeciwdziałać można tylko takim formom praktykowania, które wywołują interakcję z innymi w sposób wykraczający poza zwykłe wzajemne obcowanie. Mowa tu choćby o siłowym narzucaniu przekonań. Uznanie danego zachowania za kulturowo, czy wyznaniowo obce, nie może jednak, *a priori*, powodować jego dyskwalifikacji i wykluczenia. Samo pojawienie się w miejscu publicznym w burce, czy nikabie z całą pewnością nie wkracza zatem w wolność innych osób w niedozwolony sposób.

Działanie władz francuskich i belgijskich uznać przy tym należy za sprzeczne z samą istotą społeczeństwa demokratycznego. Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślał bowiem w swoich orzeczeniach⁴⁵, że nieodzowną częścią takiego społeczeństwa jest pluralizm. Podstawowym, o ile wręcz nie najważniejszym prawem, które ten pluralizm chroni, jest wolność myśli, sumienia i wyznania. Podobnie, jak nienaruszalność integralności fizycznej chroni istotę ludzką w wymiarze fizycznym, tak wolność ta chroni ją w wymiarze intelektualnym i duchowym⁴⁶. W takim ujęciu, wolność myśli, sumienia i wyznania nabiera dodatkowego znaczenia, gdyż obok ukierunkowania na ochronę praw indywidualnych, gdzie jest jednym z najważniejszych elementów, jakie składają się na tożsamość wierzących i ich wizję życia⁴⁷, wpisuje się także w szerszą aksjologię Konwencji, która ma na celu budowanie społeczeństwa demokratycznego⁴⁸. Nie ma zatem przesady w stwierdzeniu

⁴⁴ Por. Case of *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Application no. 13470/87, judgment of 20.09.1994.

⁴⁵ Case of *Kokkinakis v. Greece* application no. 14307/88, judgment of 25.05.1993, par. 31; Case of *Grzelak v. Poland*, application no. 7710/02, judgment of 15.06.2010, par. 85.

⁴⁶ J. Falski, *Europejskie kryteria wolności sumienia i wyznania a islam*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 9, s. 57.

⁴⁷ *Kokkinakis*, par. 31.

⁴⁸ L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, C.H.Beck 2010, dostęp za pośrednictwem systemu Legalis, komentarz do art. 9, s. 2.

Trybunału, że wolność myśli, sumienia i wyznania jest fundamentem społeczeństwa demokratycznego⁴⁹. Arbitralne usuwanie z przestrzeni publicznej osób manifestujących swoje wyznanie poprzez określony ubiór powoduje, że naruszana jest sama istota pluralizmu, który nie może przecież dotyczyć wyłącznie koncesjonowanych przez państwo form wyrażania wyznania. W takim wypadku nie mamy już do czynienia z pluralizmem, a co za tym idzie, podkopujemy fundament społeczeństwa demokratycznego. Żadne państwo nie jest przy tym uprawnione do oceny charakteru przekonań religijnych i środków służących do ich wyrażania, co wprost Trybunał podkreślił w sprawie *Manous-sakis przeciwko Grecji*⁵⁰. Powyższe powtórzono także w sprawie *Hassan i Tchaouch przeciwko Bulgarii*⁵¹, w której wskazano, że z wyjątkiem sytuacji nadzwyczajnych, prawo do wolności wyznania w rozumieniu Konwencji wyłącza możliwość dokonywania oceny przez państwo, co do słuszności przekonań religijnych i sposobów ich wyrażania⁵². Z kolei w sprawie *Kosteski przeciwko Macedonii*⁵³ Trybunał bardzo dobitnie wskazał, że „obraz państwa wydającego sądy o wewnętrznych, osobistych przekonaniach jednostki byłby odrażający i mógłby przypominać dawniejsze haniebne prześladowania”⁵⁴.

Podsumowując powyższe należy wskazać, że francuska i belgijska regulacja prawna, zakazująca zakrywania twarzy w miejscach publicznych, winna być uznana za sprzeczną z art. 9 Konwencji, jako arbitralnie i w sposób całkowicie nieuzasadniony ingerująca w wolność uzewnętrzniania wyznania przez jego praktykowanie polegające na czynieniu zadość przyjętym regułom religijnym nakazującym noszenie określonego rodzaju ubrania. Podobna konkluzja winna dotyczyć działań podejmowanych przez władze w zgodzie z tymi przepisami, jeżeli ich wyłączną motywacją jest noszenie sprzecznego z prawem ubrania, nie zaś okoliczności konkretnej sprawy, z których wynika, że ingerencja państwa jest uprawniona na mocy art. 9 ust. 2 Konwencji. Dodatkowo, w związku z tym, że zakaz dotyczy w istocie szczególnej grupy wyznawców jednej religii, nie są nieuzasadnione przypuszczenia, że dojść mogło także do naruszenia art. 14 Konwencji. Powyższe wykracza już jednak poza ramy niniejszej pracy.

Obok oceny omawianych regulacji przez pryzmat prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania, należy jeszcze dodać, że przyjęte rozwiązania są sprzeczne z samą aksjologią Konwencji, która jak wskazano powyżej, ukierunkowana jest na budowę społeczeństwa demokratycznego, które cechuje tolerancja, otwartość i pluralizm. Regulacje te są jednocześnie krokiem wstecz w i tak już bardzo niełatwym dialogu międzykulturowym i międzyreligijnym⁵⁵.

⁴⁹ Kokkinakis, par. 31.

⁵⁰ Por. Case of Manous-sakis and Others v. Greece, judgment of 26.09.1996 r., par 44, 47, 53.

⁵¹ Case of Hassan and Tchaouch v. Bulgaria, application no. 30985/96, judgment of 26.10.2000.

⁵² Hassan and Tchaouch, par. 78.

⁵³ Case of Kosteski v. Macedonia, Application no. 55170/00, judgment of 13.07.2006.

⁵⁴ Kosteski, par. 39.

⁵⁵ Na marginesie powyższych rozważań należy jeszcze dodać, że wprowadzony zakaz, zgodnie z intencją twórców, miał na celu uwolnienie kobiet od dyskryminacji i zmuszania

FACE VEILING BAN AND THE RIGHT TO MANIFEST ONE'S RELIGION

Keywords: freedom of religion, freedom of thought, conscience and religion, islam.

Summary

France and Belgium became the first European countries which introduced a total ban on face veiling in all public places. As a result of these regulations, wearing burqa and niqab, the traditional dress worn by some muslim women, became illegal. Wearing this kind of garment comes out of religious precepts, and therefore can be regarded as a form of manifestation of the religion. Naturally the question arises whether introduced prohibitions interfere with the freedoms guaranteed by Article. 9 of the European Convention on Human Rights and, if so, whether that interference is permissible under the Convention. The answer based on the analysis of earlier rulings of the European Court of Human Rights should be affirmative. General and universal ban on wearing clothes, by which the religion is manifested, certainly goes beyond the boundaries of permissible interference with the freedoms guaranteed by Article. 9 of the Convention, and thereby causes a breach of this provision.

do noszenia ubioru całkowicie zasłaniającego twarz. Zachowania z tym związane są oczywiście godne najwyższego potępienia i winny być zwalczane z całą stanowczością. Ta część regulacji francuskiej, która nakłada sankcję za takie czyny winna być zatem oceniona pozytywnie. Nie wydaje się jednak zasadnym przypuszczenie, że we wszystkich, a nawet w większości przypadków, mamy do czynienia z siłowym, odgórnym narzucaniem noszenia określonego ubioru przez rodzinę, czy mikrospołeczność, w której dana osoba żyje. Kobiety, które ukarano jako pierwsze po wejściu w życie zakazu, zjawily się w miejscach publicznych, mając na sobie niedozwolone ubrania, zupełnie celowo, by zmanifestować swoje praktyki. (http://www.huffingtonpost.com/2011/04/11/france-burqa-ban-takesef_n_847366.html). Dodatkowo, w przypadkach, gdy rzeczywiście kobiety są zmuszane do nakładania burek i nikabów, zakaz może wywołać efekt całkowicie odwrotny od zamierzonego. Skoro bowiem osoby trzecie były w stanie narzucić komuś nakaz noszenia takiego stroju, w momencie, gdy nie jest ona już w stanie legalnie nosić go publicznie, będą najprawdopodobniej także w stanie wymóc na niej całkowite wyłączenie się ze sfery publicznej poprzez zamknięcie w domu i całkowitą izolację. Należy także wskazać, że notuje się aktualnie znaczny wzrost zachowań agresywnych wobec kobiet które nadal decydują się na noszenie burki i nikabu (<http://www.guardian.co.uk/world/2011/sep/19/battle-for-the-burqa>).

Tadeusz Jasudowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Katedra Praw Człowieka

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

Prawo do wolnych wyborów w byłych europejskich państwach socjalistycznych w świetle orzecznictwa strasburskiego

Słowa kluczowe: demokracja polityczna, prawo do głosowania, prawo do kandydowania w wyborach, margines oceny.

Swego czasu, a było to w roku 2001, opublikowałem zbiór materiałów, poświęcony m.in. „Prawu i systemom wyborczym”, a noszący wymowny podtytuł „W dwudziestolecie «Polskiego doświadczenia Solidarności»”.¹ Zawierał on m.in. w miarę wyczerpujące orzecznictwo Europejskiej Komisji Praw Człowieka i raczkujące dopiero orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w skargach opieranych na art. 3 Protokołu do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.² W zbiorze tym znalazł się również wyrok w sprawie *Rekvenyi p. Węgrom*, który – co prawda – dotyczył zarzutów osnutych na tle art.10 i 11 Konwencji, ale – zważywszy na bezpośrednie znaczenie praw w tych artykułach, gwarantowanych dla korzystania z praw umocowanych w art.3 Protokołu I – ma bezpośrednie znaczenie dla badanego tu problemu i poniekąd otwiera w tym zakresie orzecznictwo strasburskie w sprawach byłych europejskich państw socjalistycznych.³ Jakby symbolicznym zamknięciem początkujących dopiero doświadczeń tego orzecznictwa w tym zakresie był wyrok ETPC w sprawie *Gaulieder p. Słowacji* z 18.05.2000 r., przyjmujący do wiadomości polubowne załatwienie sporu, w którym mieściło się

¹ Patrz: *Orzecznictwo Strasburskie: Wolność pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się. Wolność związkowa. Prawa i systemy wyborcze. W dwudziestolecie „Polskiego doświadczenia Solidarności”*, tłum. i oprac. T. Jasudowicz, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2001.

² Por. wyroki w sprawach: *Gitonas i inni p. Grecji* z 1.07.1991r. oraz *Matthews p. Zjedn.Królestwu* z 18.02.1999 r., ibidem, s. 151 i nn., 168 i nn., odpowiednio.

³ Por.: ibidem, s.184 i nn. Chodzi zwłaszcza o sposób rozumienia terminu „działalność polityczna”, w kontekście „zbioru przepisów częściowo dopuszczających – okazjonalnie, pod warunkiem zezwolenia – a częściowo ograniczających uczestnictwo funkcjonariuszy policji w niektórych rodzajach działalności politycznej” – pkt 35 wyroku.

zarówno ubolewanie ze strony rządu wobec skarżącego, jak też rekompensata szkody pieniężnej i niepieniężnej oraz kosztów prawnych poniesionych przez skarżącego.⁴

Gdy się spogląda na orzecznictwo strasburskie w sprawach wyborczych w pierwszym dziesięcioleciu XXI w., uderza fakt, z jednej strony, bardzo rzadkiego – rzec można wręcz, wyjątkowego – badania przez Trybunał Strasburski skarg skierowanych przeciwko tzw. państwom zachodnim;⁵ przeciwnie, zdecydowanie zaczęły dominować – ilościowo i poniekąd jakościowo – skargi przeciwko byłym europejskim państwom socjalistycznym.⁶ Moim zdaniem, trudno się temu dziwić. Z jednej strony, społeczeństwa tych państw dotkliwie odczuwały „głód demokracji”, odzwyczajone od tradycji wolnych wyborów przez dziesięciolecia realnego socjalizmu; z drugiej strony, systemy wyborcze tych państw – w ich prawie, a zwłaszcza w praktyce – zderzały się i poniekąd musiały się zderzać z zupełnie szczególnymi problemami dziedzictwa postkomunistycznego czy postsowieckiego.

To najnowsze orzecznictwo strasburskie wcale nie wprowadza żadnej rewolucji w swym dorobku; przeciwnie, stanowi ono jakby twórczą kontynuację wcześniejszego orzecznictwa, a sprawą po dziś dzień przypominaną jest sprawa Mathieu-Mohin i Clerfayt p. Belgii,⁷ będąca autentycznym precedensem w tym zakresie. Nie pojawił się w sprawach przeciwko byłym państwom socjalistycznym problem wyborów do Parlamentu Europejskiego, swoją drogą skupiający dotąd sporo uwagi orzecznictwa strasburskiego: od najwcześniejszych ustaleń Europejskiej Komisji Praw Człowieka, kwestionujących jeszcze możliwość postrzegania Parlamentu Europejskiego jako „władzy ustawodawczej” w rozumieniu art.3 Protokołu I do EKPC,⁸ aż po wyrok

⁴ *Case of Gaulieder v. Slovakia*, appl.no.36009/97, pkt 15–18. Wobec tego, sprawa została skreslona z listy – ibidem, pkt 18.

⁵ Por.: *Case of Lykourazos v. Greece*, wyrok z 15.06.2006 r.; *Affaire Vincenzo Taiani c. Italie*, wyrok z 13.07.2006 r.; *Affaire Sitaropoulos et autres c. Grece*, wyrok z 8.07.2010 r.

⁶ Spośród 16 wyroków ETPC, wydanych w latach 2001–2010 przeciwko państwom z tej grupy: 1 przypadek na rok 2002 (*Podkolzina p. Łotwie*), 2 na rok 2004 (*Ždanoka p. Łotwie i Melnychenko p. Ukrainie*), 1 na rok 2006 (*Suchovetzkiy p. Ukrainie*), 2 na rok 2007 (*Rosyjska Partia Konserwatywna Przedsiębiorców p. Rosji oraz Krasnov i Skuratov p. Rosji*), aż 4 na rok 2008 (*Kovach p. Ukrainie, Sarukhanyan p. Armenii, Adamsons p. Łotwie oraz Gruzińska Partia Pracy p. Gruzji*); 3 na rok 2009 (*Petkov i inni p. Bułgarii, Seyidzadz p. Azerbajdżanowi oraz Sejdic i Finci p. Bośni i Hercegowinie*); wreszcie 3 na rok 2010 (*Grosaru p. Rumunii, Tanase p. Mołdowie oraz Namat Aliyev p. Azerbajdżanowi*).

⁷ *Case of Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, wk z 28.01.1987 r.

⁸ W decyzji z 28.02.1979 r., w sprawie nr 7700/76 Europejska Komisja Praw Człowieka uznała, iż „nie jest powołana do określania, czy art.3 Protokołu I obejmuje również prawo do głosowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego”. Jednak już w sprawie Kennedy, Lindsay i inni p. Zjednoczonemu Królestwu, Komisja – chociaż uznała, iż „twórcy Konwencji, przyjmując ten artykuł, mieli na myśli krajową władzę ustawodawczą” nie wykluczyła zarazem „możliwości, iż rozwój w strukturze wspólnot Europejskich wymagać będzie od Wysokich Umawiających się Stron przyznania prawa chronionego na podstawie art.3 Protokołu I odnośnie do nowych organów przedstawicielskich częściowo przejmujących kompetencji i funkcje krajowej władzy ustawodawczej”. To jakby zapowiedź tego, co stwierdził później ETPC w wyroku Matthews. Por. *Orzecznictwo...*, s. 60, 71 i 172–175 (pkt 40–51 wyroku).

w sprawie Matthews p. Zjednoczonemu Królestwu, w którym Trybunał – po dogłębnym rozważeniu – doszedł do wniosku, że „Parlament Europejski jest wystarczająco zaangażowany w specyficzny proces ustawodawczy prowadzący do tworzenia prawa na podstawie art. 189 b i 189 c Traktatu WE, i jest wystarczająco zaangażowany w ogólny nadzór demokratyczny nad działalnością Wspólnoty Europejskiej, by stanowić część «władzy ustawodawczej» z punktu widzenia celów art. 3 Protokołu I”.⁹ Sprawa została więc jednoznacznie rozstrzygnięta na korzyść zastosowalności i wymagalności w tym zakresie umocowanego w systemie EKPC standardu wolnych wyborów, zanim większa grupa byłych europejskich państw socjalistycznych uzyskała członkostwo UE z dniem 1.05.2004 r.

Przypomnijmy, że art. 3 Protokołu I do EKPC stanowi: „Wysokie Układające się Strony zobowiązują się organizować w rozsądnych odstępach czasu wolne wybory, oparte na tajnym głosowaniu, w warunkach zapewniających swobodę wyrażania opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego”.¹⁰ Rzuca się w oczy specyficzne sformułowanie tego postanowienia w porównaniu z większością innych substancjalnych postanowień Konwencji i jej Protokołów. Nie ma tu typowego akcentu na podmiot uprawniony ani na przysługujące mu prawa; jest raczej akcent położony na obowiązek państw–stron. W wyroku w sprawie Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu Trybunał wręcz skłaniał się do tezy, że art. 3 Protokołu I prowadzi tylko do zobowiązań między państwami”.¹¹ Dobrze się stało, że w wyroku Mathieu-Mohin Trybunał skrzętnie przeanalizował orzecznictwo Komisji i jego ewolucję, by skłonić się do „podmiotowych praw uczestnictwa” «prawa do głosowania» oraz «prawa do kandydowania w wyborach władzy ustawodawczej»”.¹² Koncepcja powszechnych podmiotowych praw uczestnictwa w wyborach w postaci czynnej lub biernej nie budziła już wątpliwości i wielokrotnie była potwierdzana w wyrokach dotyczących byłych europejskich państw socjalistycznych.¹³ Do

⁹ *Case of Matthews v. the United Kingdom*, wyrok z 18.02.1999 r., pkt 54. Por. szersze wywody – ibidem, pkt 34–53.

¹⁰ Osobiście wolę mówić o „Umawiających się Stronach” i o „władzy ustawodawczej”.

¹¹ *Case of Ireland v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 18.01.1978 r., ser.A, nr 25, pkt 239. Warto zwrócić uwagę na to, że Komisja wcześniej już koncepcję praw podmiotowych w kontekście art. 3 Protokołu I uznała; najpierw przyjmując prawo do „powszechnego głosowania”, ale nie wywodząc z tego konsekwentnie prawa podmiotowego każdej i jakiegokolwiek jednostki (np. skarga nr 5836/72, dec. 30.09.1974 r., w: *Orzecznictwo...*, s.36; X. p. Holandii, skarga nr 6573/74, dec. z 19.12.1974 r. – ibidem, s. 36–37), a potem w sprawie W., X., Y. i Z. p. Belgii wyraźnie zdecydowała się „częściowo zrewidować swoją interpretację”, jako że „wynika zarówno z Preambuły, jak i z art.5 Protokołu I, że umocowane w Protokole prawa chronione są takim samymi gwarancjami, jak prawa zawarte w samej Konwencji”, i dlatego „trzeba przyjąć, że „bez względu na sformułowanie art.3, prawo, które on przyznaje, ma charakter prawa indywidualnego, ponieważ ta jakość stanowi samą podwalinę całości Konwencji” (skarga nr 6745/74 i 6746/74, dec. z 30.05.1975 r. – w: ibidem, s. 38 i nn., na s. 39).

¹² *Mathieu-Mohin*, pkt 51. Szerzej – pkt 48–50.

¹³ Por.: *Case of Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others v. Russia*, wyrok z 11.01.2007 r., pkt 48; *Case of Krasnov and Skuratov v. Russia*, wyrok z 19.07.2007 r.,

problemów korzystania z prawa do głosowania oraz z prawa do kandydowania w wyborach władzy ustawodawczej jeszcze powrócę.

Art. 3 Protokołu I to nie byle jakie postanowienie w europejskim systemie ochrony praw człowieka. Zwrócił na to uwagę Trybunał Strasburski, stwierdzając w wyroku *Mathieu-Mohin i Clerfayt*: „Zgodnie z Preambułą Konwencji, fundamentalne prawa i wolności człowieka najlepiej są podtrzymywane przez «efektywną demokrację polityczną». Ponieważ wpisuje on charakterystyczną zasadę demokracji, art. 3 Protokołu I ma – co za tym idzie – pierwszorzędne znaczenie w systemie Konwencji”.¹⁴ Także ten element dorobku orzeczniczego znajdował później bogate odzwierciedlenie w sprawach przeciwko byłym europejskim państwom socjalistycznym.¹⁵ W sprawie Rosyjskiej Konserwatywnej Partii Przedsiębiorców Trybunał – poza przypomnieniem, i.z art. 3 „wpisuje zasadę fundamentalną dla skutecznej demokracji politycznej” – zacytował fragment swego wyroku w sprawie Komunistycznej Partii Turcji (pkt 45): „Niewątpliwie, demokracja jest fundamentalną zasadą europejskiego porządku publicznego. Wynika to, po pierwsze, z Preambuły Konwencji, która ustanawia bardzo jasny związek między Konwencją a demokracją, stwierdzając, że utrzymywanie i dalsze urzeczywistnianie praw człowieka i podstawowych wolności najlepiej jest zabezpieczone, z jednej strony, przez skuteczną demokrację polityczną, a z drugiej, przez wspólne rozumienie i przestrzeganie praw człowieka. Preambuła przechodzi do potwierdzenia, że kraje europejskie mają wspólne dziedzictwo tradycji politycznych, ideałów, wolności i *rule of law*.”¹⁶

Zajmując się w wyroku *Mathieu-Mohin i Clerfayt* specyficznym sformułowaniem postanowień art. 3 Protokołu I, Trybunał podkreślał, z jednej strony, że to nie odzwierciedla żadnej substancjalnej różnicy w porównaniu z innymi klauzulami Konwencji i Protokołów”, a z drugiej, akcentował, że „pierwszorzędnym obowiązkiem w tej dziedzinie nie jest powstrzymywanie się czy nieingerencja, jak w przypadku większości praw obywatelskich i politycznych, lecz przyjęcie przez państwo środków pozytywnych co do «przeprowadzania» demokratycznych wyborów”.¹⁷ Również ta idea zobowiązań pozytywnych, jakby typowych dla art.3 Protokołu I, znajdowała później

pkt 40; *Case of the Georgian Labour Party v. Georgia*, wyrok z 8.07.2008 r., pkt 72; *Case of Petkov and others v. Bulgaria*, wyrok z 11.06.2009 r., pkt 59; *Case of Seyidzadze v. Azerbaijan*, wyrok z 3.12.2009 r., pkt 27; *Affaire Grosaru c. Roumanie*, wyrok z 2.03.2010 r., pkt 42, 47; *Case of Namat Aliyev v. Azerbaijan*, wyrok z 9.04.2010 r., pkt 70.

¹⁴ ...*Mathieu-Mohin and Clerfayt*..., pkt 47.

¹⁵ Por. *Case of Melnychenko v. Ukraine*, wyrok z 19.10.2004 r., pkt 53; *Russian Conservative Party*..., pkt 47; *Krasnov*..., pkt 39; *Case of Sarukhanyan v. Armenia*, wyrok z 27.05.2008 r., pkt 37; *Seyidzadze*..., pkt 27; *Case of Tanase v. Moldova*, wyrok z 27.04.2010 r., pkt 154. W tej ostatniej sprawie Trybunał przypomniał swoje stanowisko z wyroku w sprawie *Yumak i Sadak p. Turcji* (pkt 105), stosownie do którego „prawa gwarantowane na podstawie art.3 Protokołu I są kluczowe dla ustanowienia i utrzymywania podwalin efektywnej i znaczącej demokracji opartej na *rule of law*”, a „wolne wybory i wolność ekspresji, w tym zwłaszcza wolność debaty politycznej, tworzą podwaliny wszelkiej demokracji”.

¹⁶ *Russian Conservative Party*..., pkt 47.

¹⁷ *Mathieu-Mohin and Clerfayt*..., pkt 50.

odzwierciedlenie w wyrokach przeciwko byłym państwom socjalistycznym.¹⁸ Miało to jednak odniesienie do kwestii szczegółowych dotyczących realizacji prawa do głosowania bądź dochodzenia roszczeń na tle nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu wyborczego. Ze swej strony, chciałbym bardzo silnie podkreślić, iż znalezienie jakby sedna zobowiązań płynących z art.3 Protokołu I w koncepcji pozytywnych zobowiązań państwa, w żadnym razie nie może prowadzić do prób osłabienia jego niewątpliwych zobowiązań negatywnych – jak zauważymy, Trybunał wskazuje bardzo wyraziście granice kompetencji państwa w kontekście praw i systemów wyborczych, przestrzegając przed niebezpieczeństwami koncepcji kompetencji dyskrecjonalnych.

Z tym się wiążą z kolei koncepcje „*implied limitations*” i „*margin of appreciation*”. Komisja już w 1975 r. stwierdziła, że prawo, o które chodzi w art. 3 Protokołu I, „nie jest ani absolutne, ani nieograniczone”; zaś „państwa mogą nakładać pewne ograniczenia na prawo do głosowania i prawo do kandydowania, pod warunkiem, że ograniczenia takie nie mają charakteru arbitralnego ani nie godzą w swobodne wyrażanie opinii ludności”.¹⁹ Odwołując się do prac przygotowawczych Konwencji, Trybunał w sprawie Mathieu-Mohin i Clerfayt stwierdził, że: „W swych krajowych porządkach prawnych Umawiające się państwa poddają prawa do głosowania i do kandydowania warunkom, które na podstawie art. 3 w zasadzie wykluczone nie są. Dysponują one w tej sferze szerokim marginesem oceny(...)”.²⁰

Ta – rzadko przez Trybunał wykorzystywana – koncepcja nie „wąskiego” czy „pewnego”, lecz właśnie „szerokiego” marginesu oceny, jest niewątpliwie dowodem uznawania i szanowania tożsamości narodowej każdego z państw-stron i wynikającego stąd prawa do specyfiki, odpowiadającej tradycjom, obyczajom i wierze danego społeczeństwa-narodu; pośrednio jest jakby potwierdzeniem suwerenności państwa oraz prawa narodu do samostanowienia. Z drugiej strony, Trybunał konsekwentnie przypomina, że „to do Trybunału należy ostatecznie rozstrzyganie, czy wymogi Protokołu I były przestrzegane; musi on upewnić się, że (ustalone przez państwo) warunki nie uszczuplają odnośnych praw w takim zakresie, iż godzą w samą ich istotę i pozbawiają je ich skuteczności, że są one nakładane dla realizacji celu prawowitego oraz że użyte środki nie są dysproporcjonalne”.²¹

Te ustalenia stanowiły później stały składnik orzecznictwa strasburskiego w sprawach przeciwko byłym europejskim państwom socjalistycznym, tak jeśli chodzi o koncepcję „dorozumianych ograniczeń”,²² jak też koncepcję

¹⁸ Por.: *Russian Conservative Party...*, pkt 72; *Georgian Labour Party...*, pkt 90; *Natan Aliyev...*, pkt 88.

¹⁹ *Sprawa W., X., Y i Z. p. Belgii*, dec. z 30.05.1975 r., Orzecznictwo..., s. 40, pkt 3.

²⁰ *Mathieu-Mohin and Clerfayt...*, pkt 52.

²¹ *Mathieu-Mohin and Clerfayt...*, pkt 52.

²² Por.: *Affaire Podkolzina c. Lettonie*, wyrok z 9.04.2002 r., pkt 33; *Affaire Ždanoka c. Lettonie*, wyrok z 17.06.2004 r., pkt 82; *Melnychenko...*, pkt 54; *Case of Sukhovetsky v. Ukraine*, wyrok z 28.03.2006 r., pkt 50; *Case of Kovach v. Ukraine*, wyrok z 7.02.2008 r., pkt 49; *Sarukhanyan...*, pkt 38; *Affaire Adamsons c. Lettonie*, wyrok z 24.06.2008 r., pkt 111.

„szerokiego marginesu oceny”²³ oraz koncepcję ostatecznej kompetencji Trybunału Strasburskiego do rozstrzygania powstających na tym te sporów i wątpliwości.²⁴

W związku z koncepcją „dorozumianych ograniczeń” dostrzega się znamiennej ewolucje stanowiska w orzecznictwie strasburskim. I tak, jeszcze w wyroku *Żdanoka* Trybunał – po przypomnieniu dotychczasowego podejścia – uznał, że „powinien się kierować tymi samymi kryteriami, jak w przypadku ingerencji dopuszczonych na podstawie art. 8–11 Konwencji: jedyną formą konieczności mogącą usprawiedliwiać ingerencję w prawa oparte na art. 3 Protokołu I jest zatem konieczność, jaką dyktuje «demokratyczne społeczeństwo»”.²⁵

Ale już wyroku *Adamsons* Trybunał – przypomniawszy „konieczność zapewnienia poszanowania pluralizmu poglądów w demokratycznym społeczeństwie” oraz wymóg postrzegania Konwencji i jej Protokołów „jako całości” – zwrócił jednak uwagę, że w kontekście zarzutów naruszeń art. 3 Protokołu I „Trybunał nie powinien automatycznie odwoływać się do tych samych kryteriów, które są stosowane przy ingerencjach dopuszczonych przez ust. 2 art. 8–11 Konwencji, podobnie jak nie powinien systematycznie opierać swych wniosków na tle art. 3 Protokołu I na zasadach wynikających ze stosowania art. 8–11 Konwencji”; „Normy stosujące się do ustalania zgodności z art. 3 Protokołu I należy więc postrzegać jako mniej ściśle od norm, które są stosowane na terenie art. 8–11 Konwencji”.²⁶

Zatem, chociaż w art. 3 Protokołu I nie ma żadnej klauzuli limitacyjnej, dorozumiewamy poniekąd ją, tyle że państwom–stronom Konwencji pozostawiamy więcej dyskrecji czy swobody, co – swoją drogą – doskonale harmonizuje z przypisywaniem im przez orzecznictwo strasburskie „szerokiego marginesu oceny”. Znajduje to odniesienie do każdego z trzech testów dopuszczalności ingerencji władzy publicznej: legalności, celowości i konieczności.

I tak, jeśli chodzi o test celowości, Trybunał – potwierdzając prawo państw–stron do ustalania warunków korzystania z praw wyborczych i funkcjonowania systemów wyborczych – podkreśla wymóg, „że warunki te kierują się celem prawowitym”, ale zwraca uwagę na to, że „Trybunał w obszarze art. 3 Protokołu I nie jest związany wyczerpującym wyliczeniem «celów prawowitych»” i – nawiązując do koncepcji «szerokiego marginesu oceny» – uznał, iż „inkryminowany środek kierował się trzema celami prawowitymi

²³ Por.: *Podkolzina*..., pkt 33; *Żdanoka*..., pkt 82; *Melnychenko*..., pkt 54 i 59; *Suchovetsky*..., pkt 50 i 68; *Krasnov*..., pkt 42; *Russian Coservative Party*..., pkt 48; *Kovach*..., pkt 49; *Sarukhanyan*..., pkt 38; *Adamsons*..., pkt 114f, 115 i 132; *Georgian Labour Party*..., pkt 90; *Tanase*..., pkt 157 i 161; *Grosaru*..., pkt 43 i 47; *Seyidzadze*..., pkt 28; *Natan Aliyev*..., pkt 72.

²⁴ Por.: *Podkolzina*..., pkt 33; *Żdanoka*..., pkt 82; *Melnychenko*..., pkt 54, 57 i 59; *Sukhovetsky*..., pkt 51–52, 69 i 70; *Kovach*..., pkt 50; *Sarukhanyan*..., pkt 38; *Seyidzadze*..., pkt 88; *Krasnov*..., pkt 40; *Russian Conservative Party*..., pkt 48; *Grosaru*..., pkt 44; *Tanase*..., pkt 161; *Natan Aliyev*..., pkt 71–72.

²⁵ *Żdanoka*, pkt 82.

²⁶ *Adamsons*..., pkt 111a.

cytowanymi przez rząd: ochroną niepodległości państwa, reżimu demokratycznego oraz bezpieczeństwa narodowego”.²⁷ Z kolei, w wyroku *Sarukhanyan* Trybunał podkreślił, że „państwo ma prawowity interes w zapewnieniu normalnego funkcjonowania swego własnego systemu instytucjonalnego”, co tym bardziej się odnosi do parlamentu narodowego, a to z uwagi na jego prawodawcze kompetencje i pierwszorzędą rolę w demokratycznym państwie.²⁸

W wyroku *Adamsons* Trybunał jednoznacznie stwierdził: „Zważywszy, że art. 3 nie jest ograniczony precyzyjną listą «celów prawowitych», jak są one wymienione w art. 8–11, Umawiające się Państwa mogą zatem swobodnie opierać się na celu, który nie figuruje na takiej liście dla usprawiedliwienia ograniczenia, pod warunkiem, że w szczególnych okolicznościach danej sprawy zostanie wykazana zgodność tego celu z zasadą rządów prawa oraz z ogólnymi celami Konwencji”.²⁹

W szczególności w wyroku *Tanase*, w którym Trybunał stanął wobec problemu lojalności osób o podwójnym obywatelstwie, stwierdził on, że „nie ma usprawiedliwienia dla stwarzania przeszkód grupie politycznej tylko dlatego, że dąży ona do debaty publicznej nad położeniem części ludności państwa oraz uczestnictwem w życiu politycznym narodu, w celu znalezienia – stosownie do reguł demokratycznych – rozwiązań mogących zadowolić wszystkich zainteresowanych”; „fakt, że mołdawscy członkowie parlamentu o podwójnym obywatelstwie mogą dążyć do programu politycznego, który przez innych byłby uważany za nie do pogodzenia z aktualnymi zasadami i strukturami państwa mołdawskiego, nie powoduje niemożności pogodzenia ich z normami demokracji”; „musi ona dopuścić do proponowania i debatowania rozmaitych programów politycznych, nawet tam, gdzie kwestionują one sposób, w jaki państwo aktualnie jest zorganizowane, pod warunkiem, że nie szkodzą demokracji jako takiej”.³⁰

Także test konieczności w kontekście badania ograniczeń wprowadzanych przez państwa w obszarze art. 3 Protokołu I nie jest prostą repliką testu konieczności typowego dla mechanizmu limitacji korzystania z praw w art. 8–11 Konwencji. W wyroku *Adamsons* Trybunał podkreślił, że „nie stosuje tradycyjnych koncepcji «konieczności» lub «naglącej potrzeby społecznej», których się używa w ramach art. 8–11”; „Trybunał zasadniczo trzyma się dwóch kryteriów: z jednej strony, bada on, czy zachodzi arbitralność lub brak proporcjonalności, a z drugiej strony, czy ograniczenie ugodziło w swobodne wyrażanie opinii ludności”.³¹ Akcentuje przy tym konieczność indywidualizacji

²⁷ *Żdanoka...*, pkt 82 i 86. W wyroku *Suchovetskyy...*, pkt 62 – za cel prawowity uznano „zapewnienie prawa do skutecznego, sprawnego przedstawicielstwa poprzez wsparcie odpowiedzialności kandydatów w wyborach oraz ograniczenie wyborów do kandydatów poważnych, przy jednoczesnym unikaniu nierozsądnego wydatkowania funduszy publicznych”.

²⁸ *Sarukhanyan...*, pkt 42. Por. *Krasnov...*, pkt 44.

²⁹ *Adamsons...*, pkt 111b. Por. *Seyidzadze...*, pkt 27.

³⁰ *Tanase...*, pkt 167.

³¹ *Adamsons...*, pkt 111c. Trybunał dodał „konieczność oceny wszelkiego ustawodawstwa wyborczego w świetle ewolucji politycznej danego kraju, jako, że cechy nie do przyjęcia

rzeko o niezgodnego z Konwencją środka ustawodawczego, zwracając uwagę na to, iż „stopień jego wymaganej indywidualizacji zależy od okoliczności każdej konkretnej sprawy, tj. od charakteru, typu, czasokresu oraz konsekwencji spornego ograniczenia prawnego”.³²

Jeśli chodzi o test legalności, już w sprawie Podkolzina Trybunał zwrócił uwagę na to, że „wielość sytuacji przewidzianych w konstytucjach i ustawach wyborczych wielu państw–członków Rady Europy wykazuje różnorodność możliwych wyborów w tej dziedzinie”, a „Dla potrzeb art. 3, każde prawo wyborcze zawsze powinno być oceniane w świetle ewolucji politycznej kraju, bo elementy nie do przyjęcia w ramach jednego systemu dają się usprawiedliwić w ramach drugiego systemu”.³³ W sprawie Żdanoka stanął Trybunał wobec zarzutu nielegalności partii PCL i jej działalności u progu niepodległości Łotwy w 1991 r. i przy tej okazji przypomniał, że „badając poszanowanie kryterium «legalności» ingerencji przewidzianych w art. 8–11 Konwencji, wielokrotnie potwierdzał, że wszelkie przepisy restrykcyjne powinny być «przewidywalne», a wymóg ten jest ściśle związany z zasadą bezpieczeństwa prawnego”.³⁴

Szczególnie mocno zabrzmiiała ocena Trybunału w wyroku Krasnov, w części dotyczącej Skuratova, któremu – jako kandydatowi w wyborach do Dumy – władze zarzucały braki w informacji o jego zatrudnieniu. Trybunał zauważył, że „nie tylko że decyzje władz krajowych były *inter se* sprzeczne, ale nie były też one oparte na żadnych przepisach prawnych ani na orzecznictwie interpretującym wymogi Ustawy Wyborczej, jeśli chodzi o wskazywanie swojego miejsca pracy”, wobec czego Trybunał stwierdził, że „obowiązku wyliczania zmian w zatrudnieniu ani obowiązku rozróżniania pomiędzy stanowiskami stałymi a przejściowymi, nie da się wywieść z literalnego sformułowania Ustawy Wyborczej, która wymaga jedynie wskazywania «głównego miejsca pracy»”, „Brak jasnej podstawy prawnej dla decyzji władz krajowych uzasadnia wnioszek Trybunału, iż nie spełniły one konwencyjnego standardu «zgodności z prawem» oraz przewidywalności inkryminowanego środka, standardu, który wymaga, by jakiegokolwiek prawo było wystarczająco precyzyjne, tak by zainteresowana osoba mogła – w razie potrzeby, za właściwym poradnictwem – przewidywać konsekwencje, do jakich dane działania mogą prowadzić”.³⁵

w ramach jednego systemu mogą dawać się usprawiedliwić w kontekście drugiego systemu”. Por. *Seyidzadze...*, pkt 27–28.

³² Ibidem, pkt 111d.

³³ *Podkolzina...*, pkt 33.

³⁴ *Żdanoka...*, pkt 90. Stwierdził zarazem, że „żaden akt normatywny nie zakazywał – ani wyrażnie, ani choćby w sposób dorozumiany – funkcjonowania PCL lub PCUS do sierpnia 1991 r.”, wobec czego „angażując się do tych organizacji albo walcząc w ich łonie w tamtym okresie, skarżąca nie mogła rozsądnie przewidzieć negatywnych konsekwencji mogących wyniknąć w przyszłości. Nie można więc jej zarzucać walki w nielegalnym zrzeszeniu”.

³⁵ *Krasnov...*, pkt 60. Zdaniem Trybunału, skoro nic nie wskazywało, iżby p. Skuratov „działał w złej wierze”, „zadaniem władz było wyjaśnienie wchodzących w grę wymogów prawnych i udzielenie drugiemu skarżącemu jasnych informacji, jak przygotować dokumenty” – ibidem, pkt 61.

W wyroku Seyidzadze Trybunał – rozważając zakres kompetencji reglamentacyjnych państwa i po przypomnieniu, że przy ustalaniu unormowań wyborczych chodzi o zapewnienie, by „warunki te nie ograniczały odnośnych praw w takim zakresie, by godzić w samą ich istotę i pozbawiać je ich skuteczności”, by służyły one „realizacji prawowitego celu” oraz by użyte środki „nie były dysproporcjonalne” – specjalny akcent położył na to, że „żadne nakładane warunki nie mogą zniweczyć swobodnej opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego – innymi słowy, muszą one odzwierciedlać, a nie niweczyć potrzebę utrzymywania integralności i skuteczności procedury wyborczej mającej na celu zidentyfikowanie woli ludności za pośrednictwem głosowania powszechnego”.³⁶ Podkreślił też: „Chociaż prawdą jest, że państwa korzystają z szerokiego marginesu oceny przy ustalaniu abstrakcyjnych warunków kandydowania, zasada, iż prawa mają być skuteczne, wymaga, by procedura kandydowania zawierała wystarczające gwarancje dla zapobieżenia decyzjom arbitralnym”.³⁷

Zatem, przypominając prawo państw do „wprowadzania schematów polityki ogólnej środkami legislacyjnymi”, w tym odmiennie traktującymi niektóre kategorie osób, Trybunał zaznaczył: „Tam, gdzie odnośne ustawodawstwo krajowe jest wystarczająco jasne i precyzyjne, jeśli chodzi o zdefiniowanie kategorii dotkniętych osób i zakres stosowania danego ograniczenia ustawowego, koniecznym jest li tylko określenie, iż cel leżący u podłoża ustawy daje się pogodzić z konwencyjnym wymogiem proporcjonalności. Jak długo rozróżnienie ustawowe samo jest proporcjonalne, zadanie władz krajowych może się ograniczać do ustalenia, czy dana jednostka należy do inkryminowanej kategorii ustawowej”. (...) Tam, gdzie definicja inkryminowanej kategorii ustawowej jest szeroka lub nieprecyzyjna, koniecznym może się okazać przyjęcie «zindywidualizowanego» podejścia w ograniczaniu praw wyborczych osobo należącej do tej kategorii oraz oceny, czy – w danej indywidualnej sprawie – jego lub jej osobiste zaangażowanie polityczne przedstawiało zagrożenie dla porządku demokratycznego”.³⁸

W sprawie tej chodziło o interpretację ustawowych terminów „osoba duchowna” i „zawodowa działalność religijna”. Ani Konstytucja, ani ustawy, ani wreszcie orzecznictwo sądów krajowych definicji takiej nie dostarczało; Trybunał zaś przypomniał swoje tradycyjne stanowisko: „Nie jest zadaniem Trybunału zastępowanie swoją własną interpretacją interpretacji władz krajowych,

³⁶ Seyidzadze..., pkt 28. Por.: *Case of Hirst*, no 2, ECHR 2005–IX, pkt 62; *Yumak i Sadak*..., pkt 118; *Adamsons*..., pkt 116–119.

³⁷ Ibidem, pkt 29.

³⁸ Ibidem, pkt 30. Trybunał zwrócił uwagę na to, że „główny przedmiot zarzutów skarżącego dotyczył jakości prawa, na którym ograniczenie się opierało”, zwłaszcza „przewidywalność ograniczenia” – ibidem, pkt 32. Dodał przy tym: „tam, gdzie – jak w niniejszej sprawie – ograniczenia kandydowania w wyborach są przewidziane przez prawo, prawo takie musi spełniać pewne minimalne wymogi co do jego jakości, takie jak wymóg przewidywalności”; przypomniał też, że „reguła jest «przewidywalna», jeżeli jest ona sformułowana z precyzją wystarczającą do umożliwienia każdej jednostce – w razie potrzeby, za właściwym poradnictwem – regulowania jej postępowania” – ibidem, pkt 33.

a zwłaszcza sądów, jako że w pierwszym rzędzie to do nich należy interpretacja i stosowanie prawa krajowego”.³⁹ Zdaniem Trybunału, „ustawodawstwo krajowe przewidujące inkryminowane ograniczenie nie było przewidywalne co do jego skutków i pozostawiało znaczącą przestrzeń na spekulacje co do definicji kategorii osób nim dotkniętych”; w rezultacie Trybunał uznał, że „definicja prawna kategorii osób dotkniętych przez inkryminowane ograniczenie była nazbyt szeroka i nieprecyzyjna”, a „stosowanie prawa w stosunku do skarżącego rodziło sytuację, w której sama istota jego praw gwarantowanych przez art. 3 Protokołu I doznała szwanku”.⁴⁰

Inny aspekt testu legalności pojawił się w sprawie Gruzińskiej Partii Pracy, w której władze wyborcze „stały przed wyzwaniem błyskawicznego zaradzenia oczywistym niedostatkom w głosowaniu w «postrewolucyjnej» sytuacji politycznej”; Trybunał jednak doszedł do wniosku, iż „niespodziewana zmiana w regułach rejestracji wyborców na miesiąc przed powtórzonymi wyborami parlamentarnymi 28 marca 2004 r. była – w specyficznych warunkach tej sytuacji – rozwiązaniem nie podlegającym krytyce na podstawie art. 3 Protokołu I”; Trybunał szerokim marginesem oceny przysługującym państwu usprawiedliwił wprowadzenie „aktywnego systemu rejestracji wyborców, który częściowo przerzucił odpowiedzialność za dokładność spisów wyborczych z władz na wyborców”, uznając, że „dawało się to pogodzić z pozytywnymi zobowiązaniami Umawiających się państw co do zapewnienia swobodnego wyrażania opinii ludności”.⁴¹

W sprawie Grosaru przedmiotem sporu była interpretacja przepisów dotyczących parlamentarnej reprezentacji mniejszości narodowej, a konkretnie o sposób rozumienia „deputowanego, który zebrał największą ilość głosów”, jako że nie było wiadomo, „czy chodzi o największą liczbę głosów w skali kraju, czy też w okręgu wyborczym”.⁴² Centralne Biuro Wyborcze przyjęło ten drugi wariant. Trybunał, przypominając wcześniejsze wyroki, w których potępił ekstensywną interpretację ograniczeń wyborczych, zwrócił m.in. uwagę na brak wyjaśnienia, „dlaczego kryterium reprezentatywności terytorialnej zastosowano do mniejszości narodowych, skoro korzystały one – pod innymi względami dotyczącymi wyborów – z przepisów szczególnych związanych z kryterium reprezentatywności narodowej”, zwłaszcza że w stosunku do organu rozpatrującego protest wyborczy skarżącego powstawały poważne zarzuty braku bezstronności.⁴³

Pomocą w ochronie przed nadużywającymi praktykami państw–stron przychodzą dwie – często przywoływane przez Trybunał – zasady podstawowe.

³⁹ Ibidem, pkt 35.

⁴⁰ Ibidem, pkt 37 i 39.

⁴¹ *Georgian Labour Party...*, pkt 89–90. Por. dalsze wywoły Trybunału, m.in. dotyczące pokrewnych systemów rejestracji w innych państwach europejskich – ibidem, pkt 91–93.

⁴² *Grosaru...*, pkt 49.

⁴³ Ibidem, pkt 52 i 54. Toteż Trybunał stwierdził, że „brak jasności prawa wyborczego, jeśli chodzi o mniejszości narodowe, oraz brak wystarczających gwarancji bezstronności organów upoważnionych do badania protestów skarżącego godził w samą substancję praw gwarantowanych przez art.3 Protokołu I” – ibidem, pkt 57.

Po pierwsze, już w wyroku Podkolzina Trybunał – po przedstawieniu szerokiego marginesu oceny państwa – podkreślił: „Taki przyznany państwu margines manewru zawsze jest ograniczony przez obowiązek poszanowania fundamentalnej zasady art. 3, a mianowicie «swobodnego wyrażania opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego»”.⁴⁴ Po drugie, raz po raz Trybunał odwołuje się do „zasady skuteczności praw”. W tejże sprawie Trybunał – przypominając, „że przedmiot i cel Konwencji, jako instrumentu ochrony istot ludzkich, wymaga interpretowania i stosowania jej postanowień w sposób, który czyni jej wymogi nie teoretycznymi czy iluzorycznymi, ale konkretnymi i skutecznymi” – stwierdził: „Prawo do kandydowania w wyborach zagwarantowane w art. 3 Protokołu I, nieodłączne od koncepcji reżimu autentycznie demokratycznego, byłoby czysto iluzorycznym, gdyby zainteresowana osoba w jakimkolwiek momencie mogłaby być go pozbawiana”; „zasada skuteczności praw wymaga, by decyzje dotyczące nieprzestrzegania tych warunków w indywidualnym przypadku każdego z kandydatów odpowiadały pewnej liczbie kryteriów pozwalających uniknąć arbitralności”.⁴⁵

Wśród rozpoznanych przez orzecznictwo strasburskie praw podmiotowych podlegających ochronie na podstawie art. 3 Protokołu, wyraźnie wymieniano prawo do głosowania i prawo do kandydowania w wyborach. Przygniatająca większość objętych niniejszym badaniem praw dotyczyła drugiego z tych praw, a więc prawa do kandydowania, a bardziej konkretnie – granic dopuszczalności dyskwalifikacji wybranego już – zdawałoby się – kandydata. Tym niemniej, pewne uwagi Trybunału odnoszące się do prawa do głosowania warto wychwycić. Nie od rzeczy też jest zwrócić uwagę na naturalny związek między tymi dwoma prawami, jako że dyskwalifikacja wybranego kandydata jest przecież siłą rzeczy zakwestionowaniem wyboru dokonanego przez „ludność”, niejako ciosem w „wolność wyborców”.⁴⁶ W wyroku Melnychenko

⁴⁴ Podkolzina..., pkt 33 *in fine*. Por. m.in.: Żdanoka..., pkt 83 *in fine*. W sprawie tej Trybunał, przeciwstawiając się zrównywaniu pozycji posłów z położeniem pracowników służby cywilnej, wyraźnie podkreślił: „Art.3 Protokołu I chroniący «swobodne wyrażanie opinii ludności» jest efektywnie oparty na idei pluralizmu politycznego; ani parlament, ani indywidualny deputowany nie może – już z samej definicji – być «politycznie neutralny»” – ibidem, pkt 85; Melnychenko..., pkt 55 *in fine*; Seyidzadze..., pkt 28; Grosaru..., pkt 44; Tanase..., pkt 157.

⁴⁵ Podkolzina..., pkt 35. Trybunał doprecyzował: „W szczególności, decyzje takie powinny być podejmowane przez organ zapewniający minimum gwarancji bezstronności. Kompetencja ocenna tego organu nie może być nadmierna; powinna ona być, z wystarczającym stopniem precyzji, opisana w przepisach prawa krajowego. Wreszcie, procedura stwierdzania dyskwalifikacji powinna mieć taki charakter, by gwarantować decyzję słuszną i obiektywną, tak by uniknąć wszelkiego nadużycia władzy przez ów kompetentny organ”.

Por. Melnychenko..., pkt 59; Krasnov..., pkt 42; Seyidzadze..., pkt 29; Tanase..., pkt 158–159. W wyroku Natan Aliyev..., pkt 72 – Trybunał dodał: „Chociaż pierwotnie sformułowana w związku z warunkami kandydowania w wyborach, zasada wymagająca zapobiegania arbitralności jest równie istotna w innych sytuacjach, gdzie wchodzi w grę skuteczność indywidualnych praw wyborczych”.

⁴⁶ W sprawie Podkolzina..., pkt 33 Trybunał podkreślił, że owe kryteria dyskwalifikacji wyrastają „ze wspólnej troski – o zapewnienie niezależności wybranych, ale też i wolności wyborców”. Por. Żdanoka..., pkt 83; Melnychenko..., pkt 55.

Trybunał zauważył, że „mogą być nałożone surowsze wymogi dla kwalifikowania do kandydowania w wyborach do parlamentu niż kwalifikowania do głosowania”.⁴⁷

Z kolei, w sprawie Rosyjskiej Konserwatywnej Partii Przedsiębiorców Trybunał bardziej się skupił na prawie do głosowania. Stwierdził m.in.: „Wspólne zasady europejskiego dziedzictwa konstytucyjnego, które tworzą podstawy każdego autentycznie demokratycznego społeczeństwa, umocowują prawo do głosowania jako możliwość oddania głosu w powszechnych, równych, wolnych, tajnych i bezpośrednich, regularnie odbywanych wyborach. Art. 3 Protokołu I wyraźnie przewiduje prawo do wolnych wyborów periodycznie odbywanych w tajnym głosowaniu, a inne zasady również zostały uznane w orzecznictwie instytucji konwencyjnych”.⁴⁸

Trybunał dodał, że „Wolność głosowania jest kamieniem węgielnym ochrony przyznanej przez art. 3 Protokołu I”, a „słowa «swobodne wyrażanie opinii ludności» oznaczają w pierwszym rzędzie, że «wybory nie mogą być odbywane pod żadną formą presji co do wyboru jednego lub więcej kandydatów oraz że w tym wyborze wyborca nie może być niedopuszczalnie naciskany w kierunku oddania głosu na rzecz tej lub innej partii»”; „Innymi słowy, z perspektywy wyborcy wolne głosowanie obejmuje dwa aspekty: wolność kształtowania poglądów oraz wolność wyrażania tych poglądów”.⁴⁹

Tę pierwszą wolność opisywano w Radzie Europy „jako obowiązek honorowania przez państwo swej neutralności, zwłaszcza tam, gdzie wchodziło w grę zastosowanie mediów masowych, afiszy, prawa do demonstrowania oraz zasilanie finansowe partii i kandydatów”, dostrzegając też w tej wolności „pewne zobowiązania pozytywne po stronie władz, takie jak obowiązek przedstawienia kandydatur elektoratowi oraz udostępniania informacji o kandydatach”.⁵⁰

Jeśli chodzi o drugą wolność, Trybunał stwierdził: „Swoboda wyrażania przez wyborców ich życzeń, z drugiej strony, rozumiana była jako ścisłe przestrzeganie procedury głosowania. Wyborcy powinni dysponować możliwością oddawania swoich głosów na zarejestrowane listy lub na kandydatów, w warunkach chroniących ich przed groźbami lub przymusem, mającymi powstrzymać ich od oddawania ich głosów albo od kierowania się własnymi życzeniami, niezależnie od tego, czy takie groźby pochodziłyby od władz, czy też od innych jednostek”.⁵¹

Trybunał nie dopatrywał się jednak podstaw dla stwierdzenia naruszenia prawa do głosowania trzeciego skarżącego w związku z dyskwalifikacją określonej

⁴⁷ *Melnichenko...*, pkt 57. Trybunał nie wykluczył więc dopuszczalności wymogu 5-letniego nieprzerwanego pobytu kandydatów w kraju, „by umożliwić takim osobom nabycie wystarczającej znajomości zagadnień związanych z zadaniami parlamenty krajowego”.

⁴⁸ *Russian Conservative Party...*, pkt 70.

⁴⁹ *Ibidem*, pkt 71.

⁵⁰ *Ibidem*, pkt 72. Trybunał powoływał się na „*Guidelines on Elections*” Komitetu Ministrów Rady Europy i dołączony do nich „*Explanatory Report*” – por. pkt 3.1.a–b oraz pkt 26.a–b, odpowiednio.

⁵¹ *Ibidem*, pkt 73. Por. pkt 3.2. *Guidelines* oraz pkt 27 *Explanatory report*.

partii politycznej i niemożnością oddania głosu na jej liście. Po pierwsze, wątpił, czy można by w takiej sytuacji dochodzić „spornego roszczenia”, skoro wchodziłby tu w grę „oczywisty problem z uzyskaniem wystarczającej podstawy dowodowej dla wykazania charakteru i powagi takiego „sfrustrowanego życzenia wyborczego”, ponieważ „Zamiar głosowania na określoną partię jest zasadniczo myślą mieszczącą się w *forum internum* jednostki. Nie da się dowieść jego istnienia ani go zanegować. Chyba że i na ile został on wyrażony poprzez akt głosowania albo wręczenie kartki czy druku”.⁵²

Trybunał zaakcentował: „(...) prawo do głosowania nie może być rozumiane jako dające ogólną gwarancję iż każdy wyborca ma być zdolny do znalezienia na kartce wyborczej kandydata lub partii, na których miał zamiar głosować; jednakże „swobodnego wyrażania opinii ludności nie da się pojąć bez uczestnictwa wielości partii politycznych reprezentujących rozmaite odcienie opinii znajdowane wśród ludności kraju”.⁵³

Problemy prawa do głosowania pojawiły się również w sprawie Gruzjińskiej Partii Pracy. Zdaniem Trybunału, „właściwe prowadzenie list wyborczych stanowi przesłankę wolnego i sprawiedliwego głosowania. Umożliwienie rejestracji wszystkich kwalifikujących się wyborców służy *inter alia* zasadom powszechności i równości głosowania i podtrzymuje powszechne zaufanie do administrowania przez państwo procesami wyborczymi”; między obu prawami dostrzegł Trybunał „wystarczająco ścisły związek przyczynowy” i „jeśli lista wyborcza nie uwzględnia niektórych wyborców i/lub umożliwia wielokrotną rejestrację innych wyborców, takie niedociągnięcia nie tylko że podkopują interesy wyborców, ale mogą również zmniejszyć szanse kandydatów do równej i słusznej pozycji w wyborach”.⁵⁴

W związku z argumentem, iż „nagła zmiana w systemie rejestracji była dla wyborców niespodziewana”, Trybunał potwierdził, że „politycznie byłoby lepiej podtrzymywać stabilność prawa wyborczego”; „Fundamentalne normy

⁵² Ibidem, pkt 76. Trybunał zwrócił ponadto uwagę na to, iż „preferencje wyborcy nie są statyczne. lecz mogą z czasem ewoluować, podlegać wpływom wydarzeń politycznych i kampanii wyborczych. Nagłe i radykalne zmiany w zamiarach wyborców są dobrze udokumentowanym zjawiskiem politycznym i społecznym” – *ibidem*.

⁵³ Ibidem, pkt 79. Trybunał zwrócił uwagę na to, że „Trzeci skarżące nie dostarczył żadnych informacji o sposobie, w jaki wykonywał swoje prawo do głosowania. Nie wiadomo, czy wrzucił on swoją kartkę do głosowania, ani czy w ogóle udał się w dniu wyborów do punktu wyborczego. Nie wszczynał on ani nie brał udziału w żadnym postępowaniu krajowym, w którym sądy mogłyby ustalić fakt, iż zamierzał on głosować na partię skarżącą” – *ibidem*, pkt 77. Por. też: *ibidem*, pkt 80.

⁵⁴ *Georgian Labour Party...*, pkt 82–83. W wyroku *Adamsons* Trybunał potwierdził, że „prawo do kandydowania w wyborach parlamentarnych może zostać otoczone bardziej ścisłymi wymogami niż prawo do głosowania”; „W konsekwencji, podczas gdy kryterium dotyczące „aktywnego” aspekty art.3 Protokołu I zwykle implikuje szerszą ocenę proporcjonalności przepisów prawnych pozbawiających osobę czy grupę osób prawa do głosowania, stanowisko zajęte przez Trybunał co do „biernego” aspektu tego postanowienia ogranicza się zasadniczo do zweryfikowania braku arbitralności w procedurach wewnętrznych prowadzących do zdyskwalifikowania jednostki” – *Adamsons...*, pkt 111e. Por. co do interakcji obu praw – *Tanase...*, pkt 155 *in fine*.

wyborcze, takie jak normy dotyczące rejestracji wyborców, normalnie nie powinny podlegać zbyt częstym zmianom, a zwłaszcza w przededniu wyborów, w przeciwnym razie państwo stwarza ryzyko podkopania szacunku i zaufania do istnienia gwarancji wolnych wyborów”.⁵⁵

Jak już wyżej stwierdzono, w przysięgającej większości spraw badanych przez Trybunał Strasburski chodziło o zarzuty bezpodstawnej dyskwalifikacji wybranych kandydatów. W sprawie Podkolzina Trybunał przyznał, że prawo wyborcze może przewidywać dyskwalifikację kandydatów nie władających w wystarczającym stopniu językiem państwowym, ponieważ „interes każdego państwa w zapewnieniu normalnego funkcjonowania jego własnego systemu instytucjonalnego ma niewątpliwie prawowity charakter”; wybór „języka roboczego parlamentu narodowego(...) – dyktowany właściwymi dlań względami o charakterze historycznym i politycznym – należy w zasadzie do sfery wyłącznej kompetencji państwa”.⁵⁶

Z kolei, w wyroku Żdanoka Trybunał – wskazując na art.17 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – przypominał, że „nikt nie może być upoważniony do korzystania z postanowień Konwencji dla osłabienia czy zniszczenia ideałów i wartości demokratycznego społeczeństwa” oraz potwierdził prawowity charakter założenia o „demokracji zdolnej do samoobrony”.⁵⁷ Nawiązując do wcześniejszego orzecznictwa strasburskiego, przypominał on rozróżnienie między konsekwencjami działalności skarżących w przeszłości a ich aktualnym zaangażowaniem i działalnością polityczną. Odrzucając dopuszczalność odnoszenia obowiązków „politycznej neutralności” do parlamentarzystów, Trybunał stwierdził, że „obowiązek lojalności” – nawet gdyby takowy w przypadku parlamentarzystów wchodził w grę – „nie może być ani identyczny, ani nawet podobny do obowiązku nakładanego na członków służby cywilnej”.⁵⁸

Zarazem, Trybunał przypominał, że – chociaż „nie należy doń rozstrzyganie kontrowersji historycznych między stronami” – „totalitarny i antydemokratyczny charakter partii komunistycznych kierujących państwami Europy Środkowej i Wschodniej przed 1990 r. stanowi zaszłość historyczną notorycznie znaną”.⁵⁹ Odwoływanie się do idei „demokracji zdolnej do samoobrony” „mogłoby być usprawiedliwione i proporcjonalne w pierwszych latach po przywróceniu niepodległości Łotwy”; „Jednak po upływie pewnego

⁵⁵ *Georgian Labour Party...*, pkt 88. W szczególnym kontekście sytuacyjnym tej sprawy, Trybunał taką zmianę usprawiedliwił – por. *ibidem*, pkt 89–93.

⁵⁶ *Podkolzina...*, pkt 34. Trybunał stwierdził jednak naruszenie praw skarżącej, a to ze względu na „brak jakiegokolwiek, gwarancji obiektywizmu i jakiegokolwiek celu, którym by się kierował ten powtórny egzamin”, a „procedura zastosowana wobec skarżącej...nie dawała się pogodzić z warunkami sprawiedliwości proceduralnej i pewności prawnej, wymaganymi w sferze dyskwalifikacji kandydatów”.

⁵⁷ *Żdanoka...*, pkt 79–81, z nawiązaniem do wyroków w sprawie *Refah Partisi p. Turcji* (pkt 99,102) oraz *Vogt p. Niemcom* (pkt 51 i 59).

⁵⁸ *Ibidem*, pkt 85, w zw. z pkt 84. Por. *Adamsons...*, pkt 112.

⁵⁹ *Ibidem*, pkt 91.

czasu podstawa ta już nie wystarcza(...)”.⁶⁰ W rezultacie, Trybunał stwierdził, że „stała dyskwalifikacja skarżącej...nie jest proporcjonalna w stosunku do prawowitych celów, którymi się kieruje”, a przy tym „redukuje ona prawa wyborcze skarżącej w stopniu, który godzi w samą ich substancję” i „nie została wykazana jej konieczność w demokratycznym społeczeństwie”.⁶¹

Podstawy dla dyskwalifikacji kandydatów w poszczególnych sprawach strasburskich były rozmaite. I tak, w sprawie Melnychenko Trybunał dopatrzył się naruszenia gwarancji z art.3 Protokołu I w związku z zarzutem braku wymaganego pobytu skarżącego na Ukrainie, „mimo że miał on nadal zarejestrowane miejsce legalnego pobytu na Ukrainie” (*“propiska”*).⁶²

W sprawie Rosyjskiej Konserwatywnej Partii Przedsiębiorców dyskwalifikacja całej partii i indywidualnych skarżących wynikała z podania przez jednego z kandydatów z czołowych miejsc na liście nieprawdziwych danych finansowych; Trybunał uznał, że „skarżąca partia i drugi skarżący zostali ukarani za okoliczności, które nie były związane z ich własną postawą przestrzegania prawa i które pozostawały poza ich kontrolą” oraz że dyskwalifikacja w tych warunkach „była dysproporcjonalna w stosunku do realizowanych celów prawowitych. A mianowicie zapewnienia prawdziwości oświadczeń o położeniu finansowym kandydatów oraz promocji integralności bloków lub związków wyborczych”.⁶³

W sprawie Krasnova i Skuratova Trybunał zajął dwa odmienne stanowiska: w związku z podaniem przez Krasnova fałszywych informacji o zatrudnieniu, „decyzja dotycząca jego dyskwalifikacji nie była dysproporcjonalna do realizowanego celu prawowitego” i do naruszenia art. 3 nie doszło;⁶⁴ przeciwnie, jeśli chodzi o Skuratova, decyzja o jego dyskwalifikacji „oparta na rzekomym braku podania przezeń akuratnych informacji o jego zatrudnieniu i członkostwie partii, nie była oparta na relewantnych i wystarczających powodach i nie odpowiadała oczywistym faktom”, była więc dysproporcjonalna i stanowiła naruszenie art. 3 Protokołu I.⁶⁵

Z kolei w sprawie Petkova i innych p. Bułgarii podstawą dla stwierdzenia przez Trybunał naruszenia art. 3 Protokołu I był brak przywrócenia trojga skarżących na listy kandydatów, mimo takiego orzeczenia kompetentnego sądu; było to dla Trybunału okazją do przypomnienia wymogów zasady *rule of law*, która to zasada „będąc jedną z fundamentalnych zasad demokratycznego

⁶⁰ Ibidem, pkt 92. Por. szczegółowe wywody Trybunału w pkt 93–98.

⁶¹ Ibidem, pkt 99. Por. Adamsons..., pkt 129–132.

⁶² Melnychenko..., pkt 66, w zw. z pkt 54–65.

⁶³ Russian Conservativ Party..., pkt 65. Przyjął też stanowisko rosyjskiego Trybunału Konstytucyjnego, w myśl którego „dyskwalifikacja kandydatów i całych sojuszy wyborczych z powodów nie związanych z ich postępowaniem w niedopuszczalny sposób ugodziła w ich bierne prawa wyborcze, bez względu na podstawy wycofania kandydata z jednego z pierwszych trzech miejsc i była sprzeczna z zasadą prawną nulla poena sine culpa” – ibidem, pkt 66. Por. Sarukhanyan..., pkt 50, gdzie dyskwalifikacja skarżącego została uznana za dysproporcjonalna m.in. z uwagi na „the minor nature of his property rights”.

⁶⁴ Krasnov..., pkt 51, w zw. z pkt 48–50.

⁶⁵ Ibidem, pkt 66, w zw. z pkt 56–65.

społeczeństwa, obejmuje ciążący na państwie i na władzach publicznych obowiązek poszanowania wydanych przeciwko nim wyroków i decyzji sądowych”.⁶⁶

Jak już wskazywano wyżej, w sprawie Seyidzadze chodziło o dyskwalifikację kandydata jako „osoby duchownej” z powodu jego rzekomej „zawodowej działalności religijnej”. Po wnikliwym rozpoznaniu sprawy, Trybunał stwierdził, że „definicja prawna kategorii osób dotkniętych przez inkryminowane ograniczenie była zbyt szeroka i nieprecyzyjna”, zaś „stosowanie prawa w stosunku do skarżącego rodziło sytuację, w której sama istota praw gwarantowanych przez art. 3 Protokołu I doznawała szwanku”.⁶⁷

Wielce oryginalnym był przypadek Seidica i Finciego, którzy zostali zdyskwalifikowani jako kandydaci do Izby Ludowej Bośni i Hercegowiny. Będąc pochodzenia cygańskiego i żydowskiego, nie zostali przez władze wyborcze zaliczeni do *constituent people*. W specyficznym kontekście politycznym i normatywnym konstrukcja ta miała ogarniać Bośniaków, Serbów i Chorwatów i była związana z dążeniem do zapewnienia pokoju. Trybunał – orzekając na podstawie art.14 Konwencji w związku z art. 3 Protokołu I – uznał, że kontynuowanej dyskwalifikacji skarżących jako kandydatów do Izby Ludowej Bośni i Hercegowiny brak obiektywnego i rozsądnego usprawiedliwienia”.⁶⁸

W sprawie Grosaru p. Rumunii powodem dyskwalifikacji kandydata w wyborach parlamentarnych roku 2000 były przepisy rumuńskie dotyczące – szczególnie właśnie w tym państwie rozbudowanego – prawa mniejszości narodowych do reprezentacji parlamentarnej. Chodziło o spór dotyczący kryterium rozstrzygającego – czy decydować ma ilość głosów w danym okręgu wyborczym, czy zbiorcza liczba głosów w skali całego kraju? Trybunał stwierdził, że „brak jasności prawa wyborczego, jeśli chodzi o „mniejszości narodowe, oraz brak wystarczających gwarancji bezstronności organów upoważnionych do badania protestów skarżącego godził w samą substancję praw gwarantowanych przez art. 3 Protokołu I”.⁶⁹

Tanase został zdyskwalifikowany jako kandydat w wyborach parlamentarnych w Mołdowie, ponieważ miał podwójne obywatelstwo, a nie dokonał

⁶⁶ *Case of Petkov and others v. Bulgaria*, wyrok z 11.06.2009 r., pkt 62, w zw. z pkt 67.

⁶⁷ *Seyidzadze...*, pkt 39, w zw. z pkt 31–38. Warto dodać, że w związku z podnoszeniem przez skarżącego zarzutów także na podstawie art. 6 Konwencji, Trybunał zauważył, iż chodziło o „rozstrzygnięcie co do prawa skarżącego do kandydowania w wyborach parlamentarnych”, że – zatem – „spór dotyczył więc praw politycznych skarżącego i nie miał żadnego związku z jego «prawami i obowiązkami o charakterze cywilnym» w rozumieniu art. 6 ust.1 Konwencji” – ibidem, pkt 45–46.

⁶⁸ *Case of Seidic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, wyrok z 22.12.2009 r., pkt 50. Trybunał zwrócił uwagę na specjalne zobowiązania państwa pozwanego z 2002 r., gdy stawało się ono członkiem Rady Europy i zobowiązywało się do zrewidowania prawa wyborczego zgodnie z wymogami „standardów Rady Europy”. Warto zwrócić uwagę, że Trybunał stwierdził również naruszenie art.1 Protokołu XII do EKPC – ibidem, pkt 56, w zw. z pkt 52–55.

⁶⁹ *Grosaru...*, pkt 57, w zw. z pkt 48–56. Trybunał stwierdził również naruszenie art.13 Konwencji, w zw. z art.3 Protokołu I, właśnie z uwagi na brak bezstronności organów; odrzucił też odwoływanie się rządu do ustawodawstwa wyborczego innych krajów, a to z racji „szczególnego statusu, z jakiego korzystają mniejszości narodowe w Rumunii” – ibidem, pkt 61–62.

wszczęcia procedury zrzeczenia się obywatelstwa rumuńskiego. Trybunał pozostawił otwartą kwestię, „czy zakaz zasiadania w parlamencie osób z wielorakim obywatelstwem służy prawowitemu celowi?”⁷⁰ Trybunał brał pod uwagę fakt, że trzy państwa w Radzie Europy mają w swych porządkach krajowych identyczny zakaz, tyle że żadne z nich nie związało się art. 17 Europejskiej Konwencji o Obywatelstwie z 1997 r.⁷¹ Mołdowa tym postanowieniem się związała, co oznacza, że ma obowiązek zapewnienia, „by obywatele Mołdowy posiadający inne obywatelstwo mieli takie same prawa i obowiązki jak inni obywatele Mołdowy”.⁷²

Zupełną specyfiką wykazuje się na tym tle sprawa Namata Aliyeva p. Azerbajdżdanowi. Nie chodziło w niej o jakieś konkretne kryterium dyskwalifikacji kandydata, lecz raczej o nieprawidłowości w procedurze wyborczej i ich wpływ na prawa wyborcze skarżącego. Trybunał przypomniał, że – „choć prawdą jest, że państwa mają szeroki margines oceny w abstrakcyjnym ustalaniu warunków kwalifikacji, zasada że prawa muszą być skuteczne, wymaga, by postępowanie kwalifikacyjne zawierało wystarczające gwarancje dla zapobieżenia arbitralnym decyzjom”, a „zasada wymagająca zapobiegania arbitralności jest równie istotna w innych sytuacjach, w których wchodzi w grę skuteczność indywidualnych praw wyborczych”; wskazał również, że „istotne jest, by władze odpowiedzialne za administrację wyborczą funkcjonowały w sposób transparentny oraz by zachowywały bezstronność i niezawisłość od manipulacji politycznej”.⁷³

⁷⁰ *Tanase...*, pkt 170. Trybunał wskazał: „Tam, gdzie władze wprowadzają znaczące ograniczenia prawa do głosowania lub kandydowania, a w szczególności tam, gdzie zmiany takie są wprowadzane na krótko przed odbyciem wyborów, należy do rządu dostarczenie istotnych dowodów na wsparcie jego twierdzenia co do zamierzonego celu inkryminowanego środka. W przypadkach takich jak niniejszy, gdzie środek rodzi znaczący szkodliwy skutek dla zdolności uczestnictwa partii opozycyjnych w procesie politycznym, wymóg, by rząd przedstawił dowody na wykazanie, iż zmiany zostały wprowadzone z prawowitych powodów, jest tym bardziej kluczowym. W niniejszej sprawie rząd nie potrafił przedstawić ani jednego przykładu członka parlamentu z podwójnym obywatelstwem wykazującego brak lojalności wobec państwa mołdawskiego” – *ibidem*, pkt 169.

⁷¹ Zdaniem Trybunału, „przegląd praktyki państw członkowskich Rady Europy przejawia *consensus*” – „tam, gdzie dozwolone jest wielorakie obywatelstwo, utrzymywanie więcej niż jednego obywatelstwa nie może stanowić podstawy dla dyskwalifikowania z zasiadania w parlamencie, nawet tam, gdzie ludność jest etnicznie różnorodna, a liczna członków parlamentu z wielorakim obywatelstwem mogłaby się okazać wysoka” – *ibidem*, pkt 172.

⁷² *Ibidem*, pkt 177. Trybunał nie wykluczał, iż – mimo konsensusu europejskiego – „odmienne podejście mogłoby być usprawiedliwione tam, gdzie wchodzi w grę względy specjalne historyczne lub polityczne, które zmuszają do bardziej restrykcyjnej praktyki” (pkt 172). Jednak, w odpowiedzi na twierdzenie Mołdowy, iż „około 1/5 członków parlamentu ma bądź ubiega się o podwójne obywatelstwo”, Trybunał wskazał, że „znacząca proporcja ludności także ma podwójne obywatelstwo”, a „obywatele ci mają prawo do bycia reprezentowanymi przez członków parlamentu, którzy odzwierciedlają ich interesy i poglądy polityczne” (pkt 172, w zw. z pkt 174 *in fine*).

⁷³ *Namat Aliyev...*, pkt 72–73. Zdaniem Trybunału, „chodziło w tej sprawie nie o prawo skarżącego do zwycięstwa w wyborach w jego okręgu, lecz o prawo do swobodnego i skutecznego ubiegania się o to” – *ibidem*, pkt 75.

Skarżący złożył protest wyborczy. Jednakże komisje wyborcze – w tym także w trybie odwoławczym Centralna Komisja Wyborcza – odrzuciły go, nie starając się swojej decyzji nawet uzasadnić. Trybunał uznał, że „z uwagi na złożoność procesu wyborczego i związane z nim ograniczenia czasowe, wymagające dynamizowania rozmaitych procedur wiążących się z wyborami, od kompetentnych władz krajowych oczekuje się badania apelacji związanych z wyborami w stosunkowo krótkich terminach dla uniknięcia opóźnień w procesie wyborczym”; wobec tego „państwa mogą postrzegać jako niewygodne wymagać od tych władz przestrzegania zbioru bardzo ścisłych gwarancji proceduralnych albo dołączania bardzo szczegółowych uzasadnień”.⁷⁴ Względem tego rodzaju „nie mogą jednak służyć do podkopywania skuteczności procedury apelacyjnej. Należy zapewnić, by podjęte zostały autentyczne wysiłki dla zajęcia się substancją spornych zarzutów indywidualnych dotyczących nieprawidłowości wyborczych oraz by odnośne decyzje były wystarczająco uzasadnione”.⁷⁵ W badanej sprawie Trybunał spełnienia tych wymogów się nie dopatrzył; uznał zatem, że „zarzutami skarżącego dotyczącymi nieprawidłowości wyborczych na szczeblu krajowym efektywnie się nie zajęto i odrzucono je w sposób arbitralny”.⁷⁶

Niewątpliwie nie wyczerpałem problematyki związanej z realizacją praw wyborczych w byłych europejskich państwach socjalistycznych w świetle orzecznictwa strasburskiego. Zwróciłem uwagę na wybrane podstawowe kwestie interpretacji i stosowania art. 3 Protokołu I do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w ich specyficznym odniesieniu do postkomunistycznych warunków funkcjonowania systemów wyborczych i realizacji praw wyborczych, a zwłaszcza nadużywających praktyk w sferze dyskwalifikacji kandydatów. Moim zdaniem, problemy te są na tyle ważne, że prawdziwie zasługują na ich obszerne monograficzne opracowanie, m.in. z akcentem na granice dopuszczalności walki z tzw. dziedzictwem postkomunistycznym, w szczególności z wyłaniającymi się w tle problemami dekomunizacji i lustracji.

⁷⁴ Ibidem, pkt 90, w zw. z pkt 82–89.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem, pkt 91. Co do znaczenia gwarancji proceduralnych w kontekście praw i systemów wyborczych – por.: *Podkolzina...*, pkt 35 i 37; *Melnychenko...*, pkt 59; *Russian Conservative Party...*, pkt 50 i 57; *Sarukhanyan...*, pkt 40; *Adamsons...*, pkt 114f i 116; *Petkov...*, pkt 61, 63 i 67; *Seyidzadze...*, pkt 30; *Grosaru...*, pkt 46–47.

RIGHT TO FREE ELECTION IN THE FORMER SOCIALIST STATES IN THE RULINGS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Key words: elections, political democracy, right to vote, right to stand for election, margin of appreciation.

Summary

This paper reviews the existing rulings of the European Court of Human Rights regarding the cases implicating an infringement of both civil right to vote and the right to stand for election as stated in Article 3 of the Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in European post-socialist states. Based on the *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* and the rulings of the European Commission of Human Rights, the review addresses specifically the unique context of the former communist states involving the questions of the decommunisation and lustration processes.

Małgorzata Judycka

Doktorantka w Katedrze Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Ideale wychowawcze w Polsce po II wojnie światowej – ewolucja czy rewolucja?

Słowa kluczowe: ideologia komunistyczna, transformacja ustrojowa, pluralizm, cele edukacji, ideał pedagogiczny, prawo do nauki, prawa dziecka.

1. Stereotypy i założenia powojennych programów wychowawczych

Historycznej ewolucji ideału wychowawczego towarzyszyły reformy zarówno Polski Ludowej z jej socjalistycznymi stereotypami, jak i Rzeczypospolitej Polskiej, która od 1989 r. funkcjonuje jako państwo demokratyczne. Zasadniczym problemem jest interpretacja pojęcia ideału, metod wychowawczych, treści, form i celów edukacji przyjętych przez polską pedagogikę w różnych okresach dziejowych. W społeczeństwie quasi-totalitarnym, pedagogika legitymizowała się ostateczną i niepodważalną ideologią oddziaływań politycznych, a tym samym sprzyjała utrwalaniu izolacji od innych prądów i nurtów wychowawczych.¹ Odrzucanie pluralizmu w naukach o wychowaniu było ściśle powiązane z pedagogiką socjalistyczną jako jedynie słusznym systemem wiedzy o wychowaniu totalitarnego społeczeństwa.²

Polska powojenna, indoktrynowana ideologicznie przez Związek Radziecki, daleka od prawdy historycznej, łamiąca zasady godności wyznaczała poprzez władzę komunistyczną cele i treści edukacji oraz formy jej funkcjonowania. Ustrój państwa ukształtowany bez jego udziału i akceptacji, wzorowany na systemie radzieckim, oznaczał sowietyzację Polski. Związek Radziecki narzucał swoje prawa, zaś Polska gwarantowała posłuszeństwo i całkowite podporządkowanie radzieckiej władzy komunistycznej.³ Manifest

¹ *Pedagogika. Podręcznik akademicki*, red. Z. Kwieciński, B. Śliwerski, t. 1, Warszawa 2004, s. 185.

² *Ibidem*.

³ A. Gaca, K. Kamińska, Z. Naworski, *Historia i współczesność. Świat i Polska. Ludzie i poglądy*, t. II, Toruń 1998, s. 266–277.

do Narodu Polskiego, ogłoszony 22 lipca 1944 r. przez Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego uznając za obowiązujące postanowienia Konstytucji z 17 marca 1921 r. do czasu powołania nowej konstytucji, narzucił charakter demokracji ludowej w ścisłym sojuszu z ZSRR nowo powstałemu państwu. Manifest ogłosił wprowadzenie w szkołach jednolitego programu nauczania, uznając za priorytetowe zasady powszechności, publiczności oraz bezpłatności.⁴ Podejmował problem odbudowy szkolnictwa umacniając w społeczeństwie polskim przekonanie, że istnieją przesłanki do stworzenia demokratycznego państwa prawa. Na takiej płaszczyźnie odbywały się ożywione dyskusje i debaty ujmujące znaczenie demokratycznego ideału wychowawczego w kształtowaniu się oblicza ideowego powszechnej edukacji narodu. Wielki Zjazd Oświatowy debatujący w Łodzi w 1945 r., uwidocznił rolę socjalistycznych podstaw ideału w polskiej pedagogice poprzez toczący się dyskurs: *kim jest, kim ma być człowiek uspołeczniony i obywatel w ustroju demokratycznym oraz jaka ma być polska szkoła*.⁵

Referendum ludowe, które odbyło się w Polsce 30 czerwca 1946 r. w oparciu o ustawę o przeprowadzeniu głosowania ludowego z 28 kwietnia 1946 r. uchwaloną przez Krajową Radę Narodową⁶, sfałszowane przez władzę komunistyczną, miało być sprawdzianem popularności rządzących krajem komunistów. Fale terroru skierowane przeciwko różnym grupom społecznym, w tym także przeciwko Kościołowi, księżom, szkolnictwu kościelnemu, katechezie w szkołach miały miejsce w czasach funkcjonowania Rzeczypospolitej Polskiej wraz z konstytucyjnie zagwarantowanymi demokratycznymi rozwiązaniami prawnymi. Bezprawie aparatu bezpieczeństwa i jego wszechwładza wymuszały umacnianie się demokracji ludowej,⁷ zaś szkoła polska realizowała ideały wychowania komunistycznego według wzorców ukształtowanych w Związku Radzieckim, a następnie przeszczepianych na grunt polski. Podstawą ówczesnych teorii pedagogicznych były nowatorskie metody Rosjanina, Antoniego Makarenki, dotyczące pracy kolektywnej.⁸

W tym miejscu warto przybliżyć postać Antoniego Makarenki, który wywarł olbrzymi wpływ na losy powojennej polskiej pedagogiki, gdyż skupiał się na problemie ideowo-moralnym w procesie wychowawczym, walcząc tym samym o umacnianie podstaw ustroju komunistycznego. Jako ludowy nauczyciel i proletariacki pedagog, Makarenko odrzucał stare zasady i tradycje, podkreślając znaczenie wychowania klasy robotniczej w kolektywie, stanowiącym – jego zdaniem – siłę znakomitą, twórczą, surową, dokładną i doświadczoną. Uznawał on mistrzostwo pedagogiczne za najwyższe osiągnięcie nauczyciela traktującego priorytetowo jedność w kolektywie, zwartość, brak indywidualizmu i karność. Podstawowym środkiem rozwijania dyscypliny

⁴ Dz. U. 1944, Nr 1, poz. 1.

⁵ *Pedagogika...*, s. 162–163.

⁶ Dz. U. 1946, Nr 15, poz. 105.

⁷ A. Gaca, K. Kamińska, Z. Naworski, op. cit, s. 267.

⁸ *Pedagogika...*, s. 173.

był, według Makarenki, proces i program wychowawczy, zaś najważniejszym środkiem wychowawczym – dobry kolektyw pedagogów i jednolity kolektyw uczniowski.⁹ W swej ideologii dostrzegał konieczność stosowania rozkazów, raportów i kar, uznając karę za najwłaściwszy środek względem najlepszych, wszelką manipulację za źródło sukcesu, a przewyciężanie przeszkód, spełnianie trudnych zadań i dokonywanie bohaterskich czynów za obowiązek każdego wychowanka.¹⁰

Socjalistyczny program wychowawczy, bazujący w PRL na wykorzystaniu czynników opartych na założeniach ideologii marksistowsko-leninowskiej,¹¹ uznawał za priorytowe działania Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej, która wpływała bezpośrednio na program wychowawczy szkoły.¹² W 1948 r. powołano 11-letnią szkołę ogólnokształcącą, składającą się z 7-letniej szkoły podstawowej i 4-letniego liceum ogólnokształcącego lub maturalnych szkół zawodowych, umożliwiających podjęcie studiów wyższych. Próbowano w ten sposób wykształcić i wychować robotniczo-chłopską inteligencję jako podporę władzy ludowej.¹³

Od roku 1949 wraz z wprowadzeniem języka rosyjskiego jako obowiązkowego nasiliła się w edukacji *ofensywa ideologiczna*. Wszystkie decyzje dotyczące szkolnictwa i dyscypliny podejmowano w ramach działalności Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej, resortu oświaty oraz środowisk pedagogicznych.¹⁴ W styczniu 1947 r. rząd komunistyczny powołał Specjalną Komisję Dyscyplinarną, której celem była weryfikacja kadry nauczycielskiej. W procesie tym wykorzystano uczniów do oskarżania niewygodnych politycznie nauczycieli. Przemówienia ministrów oświaty inaugurujące naukę szkolną miały charakter *sluchowisk obowiązkowych* podkreślających szczerą przyjaźń polsko-radziecką oraz priorytet wychowania socjalistycznego.¹⁵ Represyjna polityka rządu oraz chęć ograniczenia autonomii Kościoła nakłoniły księży do podpisania 14 kwietnia 1950 r. porozumienia z rządem, dotyczącego m.in. nauczania katechezy w szkołach.¹⁶

Ustawą regulującą funkcjonowanie naszego państwa była Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r., która w Preambule, uznając państwo polskie za republikę ludu pracującego, podkreślała znaczenie idei wyzwoleniczych polskich mas pracujących¹⁷ oraz poparcie dla historycznego zwycięstwa Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich.

⁹ A. Lewin, M. Bybluk, *Makarenko o wychowaniu. Wybór pism*, Warszawa 1988, s. 78.

¹⁰ Ibidem, s. 135.

¹¹ *Słownik wiedzy obywatelskiej*, Warszawa 1970, s. 163.

¹² Ibidem, s. 191.

¹³ K. Bartnicka, I. Szybiak, *Zarys historii wychowania*, Warszawa 2001, s. 206–207.

¹⁴ Ibidem, s. 205.

¹⁵ T. Hejnicka-Bezwińska, *Zarys historii wychowania (1944–1989) (oświata i pedagogika pomiędzy dwoma kryzysami)*, cz. IV, Kielce 1996, s. 103.

¹⁶ S. Wyszynski, *Zapiski więzienne*, Bydgoszcz 1990, s. 15.

¹⁷ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r., w: Dz. U. 1952, Nr 33, poz. 232.

Podstawą władzy PRL w świetle postanowień Konstytucji był sojusz robotniczo-chłopski, który stał na straży zdobyczy ludu pracującego, broniąc jego władzy i wolności przed wrogami ludu oraz dążąc do likwidacji klas żyjących z wyzysku.¹⁸ Art. 61 Konstytucji zapewniał wszystkim obywatelom PRL prawo do nauki, uznając szkolnictwo podstawowe za powszechne, bezpłatne i obowiązkowe,¹⁹ gwarantując stałą rozbudowę szkolnictwa średniego ogólnokształcącego, zawodowego i wyższego²⁰ oraz rozbudowę burs, internatów, domów akademickich, form pomocy materialnej dla dzieci robotników, pracujących chłopów, a także inteligencji.²¹

Konstytucja otoczyła opieką małżeństwo, rodzinę²² oraz wychowanie młodzieży²³, zaś art. 79 obligował rodziców do wychowania dzieci na prawych i świadomych obywateli Polski Ludowej.²⁴ Ideologia socjalistyczna ograniczała obywatelom korzystanie z wolności myśli, sumienia i religii, a nadużywanie tej wolności było surowo karane, mimo że Konstytucja w art. 82 pkt 1 zapewniała swobodę wypełnianiania funkcji i obrzędów religijnych. Zważywszy na zapis art. 81, zakazującego szerzenia pogardy, nienawiści, wywoływania waśni, poniżania człowieka ze względu na wyznanie, swobodne korzystanie z praw i wolności nie było możliwe. Kościół został konstytucyjnie oddzielony od państwa, zaś zasady stosunku państwa do Kościoła oraz sytuację prawną i majątkową związków wyznaniowych regulowały odrębne ustawy.²⁵

Funkcjonujący w PRL system oświaty narzucał władzy szkolnej stosowanie cenzury, metod manipulacji w dziedzinie edukacji, uznanych ideałów, celów edukacyjnych oraz treści i form kształcenia.²⁶ Przełom październikowy 1956 r. zaowocował reformą systemu,²⁷ z programów nauczania usunięto slogany ideologiczne a także zmniejszono wymiar nauki szkolnej. Akcja eliminowania nauki religii ze szkół nie ustała, podobnie jak programowa laicyzacja nauczania i wychowania. 8 grudnia 1956 r. minister oświaty Władysław Bieńkowski wydał zarządzenie w sprawie nauczania religii w szkołach jako przedmiotu nadobowiązkowego, zaś 11 grudnia 1956 r. ukazało się zezwolenie na tworzenie szkół bez nauki religii.²⁸

Po decyzji plenium Komitetu Centralnego Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej z 15 lipca 1961 r. sejm uchwalił *Ustawę o rozwoju systemu oświaty i wychowania*.²⁹ Ustawa – podobnie jak Konstytucja – podkreślała, że oświata i wychowanie są jedną z podstawowych dziedzin działalności państwa wraz

¹⁸ A. Gaca, K. Kamińska, Z. Naworski, op cit., s. 271.

¹⁹ Art. 61 pkt 2, 1) Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r.

²⁰ Ibidem, art. 61, pkt 2, 2.

²¹ Ibidem, art. 61, pkt 4.

²² Ibidem, art. 67, pkt 1.

²³ Ibidem, art. 68.

²⁴ Ibidem, art. 79, pkt 2.

²⁵ Ibidem, art. 82, pkt 2.

²⁶ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *O prawach dziecka*, Toruń 1994, s. 111.

²⁷ T. Hejnicka-Bezwińska, op. cit., s. 96.

²⁸ <http://www.opoka.org.pl/biblioteka/T/TA/TAK/historia_katechezy.html>, dostęp: ????

²⁹ Dz. U. 1961, Nr 32, poz. 160.

z państwowym, bezpłatnym i laickim szkolnictwem oraz nauką religii, odbywającą się w kościołach.³⁰ W myśl art. 2 ustawy szkoły i placówki wychowawcze jako instytucje świeckie były zobligowane do wprowadzania systemu nauczania i wychowania o charakterze świeckim eliminując tym samym nauki religii ze szkół. Ustawa wprowadziła 8-letnią obowiązkową szkołę podstawową, bezpłatną i dostępną dla wszystkich, 4-klasowe licea ogólnokształcące oraz 4- lub 5-letnie technika i licea zawodowe. Absolwenci szkoły podstawowej mogli też zdobywać kwalifikacje w 2- lub 3-letnich szkołach zasadniczych zawodowych.³¹

Zadaniem szkół było dostarczanie wykwalifikowanych pracowników, świadomych budowniczych socjalizmu. Ideał wychowawczy był kształtowany poprzez pryzmat ideologii wedle hasel propagandowych systemu totalitarnego. Reforma oświaty z 1973 r., mimo iż opierała się na szczytnych hasłach Komisji Edukacji Narodowej, wprowadzała zmiany, podkreślając obowiązek realizowania systemu wychowania socjalistycznego w szkole podstawowej. Nowo powstałe gminne szkoły zbiorcze miały umożliwić szerszy dostęp do oświaty w środowiskach wiejskich, projekt 10-letniej szkoły podstawowej miał umożliwić podniesienie poziomu edukacji, zaś obowiązek uzyskania przez każdego nauczyciela wyższego wykształcenia miał na celu podniesienie rangi zawodu nauczycielskiego.³²

Propaganda ideologiczną był przesiąknięty cały system szkolny. Uczniowie nosili granatowe fartuszki z przyszytymi tarczami i białymi kołnierzykami, mieli obowiązek posiadania dzienniczków z ocenami i uwagami, musieli uczestniczyć w uroczystościach szkolnych, służących indoktrynacji, w pracach społecznych oraz w zajęciach Towarzystwa Przyjaźni Polsko-Radzieckiej. Tydzień nauki trwał od poniedziałku do soboty, w salach – obok państwowego godła – wisały portrety polskich i radzieckich dygnitarzy.

Do połowy lat 60. kary cielesne powszechnie akceptowano, zaś Konstytucja z 1952 r. nie regulowała tej kwestii. Dyscyplina szkolna, oparta na przekłamanach, socjalistycznych autorytetach, stanowiła część propagandy systemu wprowadzonego przez ZSRR. Podręczniki szkolne przedstawiające młodzieży nieprawdziwą historię Polski stanowiły bulwersujący obraz manipulacji przez władzę PRL.

Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka z 1966 r. ujmujące w ramy prawne polityczne i osobiste prawa człowieka, ratyfikowane przez PRL w 1977 r., pomimo zobowiązań wynikających z art. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych dotyczącego przestrzegania postanowień, pozostawały traktatami *na papierze*. Okoliczności ratyfikacji Paktów w warunkach manipulacji władzy komunistycznej, mimo protestów podziemnych organizacji o charakterze wolnościowym, nie pozwoliły na objęcie ratyfikacją Protokołu Fakultatywnego, wprowadzającego mechanizm skargi indywidualnej.

³⁰ Ks. A. Orczyk, op.cit., s. 311.

³¹ K. Bartnicka, I. Szybiak, op. cit., s. 207.

³² T. Hejnicka-Bezwińska, op. cit., s. 131.

Rewolucyjna czujność komunistów nie dopuściła do sytuacji, w której obywatele mogliby składać indywidualne skargi do Komitetu Praw Człowieka w Genewie,³³ powołanego na podstawie postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.³⁴ Ratyfikacja przez Polskę Protokołu Fakultatywnego do Paktów nastąpiła dopiero w dniu 7 listopada 1991 r., zaś jego wejście w życie – 7 lutego 1992 r. Zgodnie z art. 1 Polska uznała właściwość Komitetu co do przyjmowania i rozpatrywania zawiadomień osób – ofiar naruszenia przez Państwo–Stronę praw zagwarantowanych w Pakcie.³⁵ Działania Komitetu Praw Człowieka z czasów „zimnej wojny” były lakoniczne, bazowały na wypowiedziach członków, pomijając tym samym możliwość ingerencji w przypadku naruszeń praw człowieka.³⁶ Konfrontacja ideologiczna zakończyła się dopiero po 1989 r., kiedy to zarówno w obozie państw socjalistycznych, jak i w Polsce nastąpiły zmiany ustrojowe, czego wynikiem jest transformacja samego Komitetu Praw Człowieka. Polska, zobligowana do przestrzegania postanowień zawartych w Paktach, stworzyła dopiero po 1989 r. nowy porządek prawny, zaś umowy międzynarodowe stały się źródłem powszechnie obowiązującego w Polsce prawa.³⁷

Pomimo iż PRL ratyfikując Pakty zobowiązała się do przestrzegania zasad i założeń ideału pedagogicznego, uwzględnionego w art. 13 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych, należy przypomnieć, iż realizacja tych założeń nastąpiła dopiero po 1989 r., podobnie jak rozpowszechnianie wiedzy o prawach człowieka, wdrażanie standardów praw człowieka do programów nauczania przedmiotów dotyczących wychowania do życia w społeczeństwie, wiedzy o społeczeństwie, edukacji europejskiej,³⁸ edukacji seksualnej³⁹ oraz edukacji religijnej.⁴⁰

Edukacja religijna w czasach PRL odbywała się w punktach katechetycznych, budynkach kościelnych i domach prywatnych, więc o realizacji postanowień Paktów odnośnie poszanowania wolności myśli, sumienia i religii,⁴¹ wolności rodziców do zapewnienia swym dzieciom wychowania religijnego i moralnego zgodnie z własnymi przekonaniami⁴² oraz uznania religii

³³ Palestra, Pismo Adwokatury Polskiej z 11 grudnia 2006, tekst w: <<http://www.palestra.pl/index.php?go=artykul&id=2140>>, dostęp: ????????

³⁴ Art. 28 pkt 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

³⁵ Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r., w: Dz. U. z 1994 r., Nr 23, poz. 80

³⁶ Ministerstwo Sprawiedliwości. Departament Współpracy Międzynarodowej i Prawa Europejskiego, Realizacja przez Polskę postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. V sprawozdanie okresowe Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, Warszawa 2005, s. 5–10

³⁷ Art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., w: Dz. U. 1997 r. Nr 78 poz. 483

³⁸ Ibidem, s. 26.

³⁹ Ibidem, s. 47.

⁴⁰ Ibidem, s. 116.

⁴¹ Art. 18 pkt 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

⁴² Ibidem, art. 18 pkt 4.

jako ważnego elementu dziedzictwa duchowego narodów europejskich nie mogło wtedy być mowy.⁴³ Polskie rodziny, świadome tradycji i tożsamości chrześcijańskiej, a jednocześnie dostrzegając ostoję polskości w wierze katolickiej pomimo sprzeciwów władzy socjalistycznej wychowywały dzieci według zasad katolickich. *Opieka* państwa oparta na prześladowaniach *wrogów* socjalizmu, kryzysie moralnym i wychowawczym została zachwiana, a wybór Polaka Karola Wojtyły na papieża w roku 1978 przyspieszył upadek komunizmu. Zmiana ustroju w roku 1989 pociągnęła za sobą również nowe spojrzenie na sprawy oświaty i wychowania.

2. Ewolucja ideału wychowawczego po 1989 r.

Począwszy od 1989 r. zmieniło się oblicze Polski i Polaków. Na mocy Ustawy z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej⁴⁴ powstaje Rzeczpospolita Polska jako demokratyczne państwo prawne urzeczywistniające zasady równości społecznej,⁴⁵ co potwierdza Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. dostrzegając znaczenie tradycji chrześcijańskiej w polskim narodzie oraz konieczność poszanowania wartości uniwersalnych, dbających o zachowanie godności człowieka.⁴⁶

W wymiarze politycznym i społecznym wartości te stały się fundamentem polskiego społeczeństwa i demokratycznego państwa prawa. Postanowienia Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, dotyczące zakazu wszelkiej propagandy wojennej oraz popierania w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej oraz religijnej, co stanowiłoby podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu⁴⁷, stały się priorytetowe, zaś Polska zobligowana została do składania okresowych sprawozdań z realizacji zarówno tego prawa, jak i innych zawartych w Paktach. Art. 13 Konstytucji zakazał istnienia partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk nazizmu, faszyzmu i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową lub narodowościową, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa. Art. 256 Konstytucji zakazuje stosowania praktyk propagujących ustrój totalitarny, penalizując jakąkolwiek dyskryminację czy nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych oraz wyznaniowych. W wyniku przemian ustrojowych w systemie polskiej edukacji pojawiła się problematyka praw i wolności człowieka,

⁴³ Encyklopedia..., op. cit., s. 818.

⁴⁴ Dz.U. 1989 Nr 75 poz. 444.

⁴⁵ Ibidem, art. 4.

⁴⁶ Preambuła Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., w: Dz. U. 97. 78. 483.

⁴⁷ Art. 20 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

zaś ewolucja ideału edukacyjnego wraz z założeniami demokratycznego państwa stymulowały do wprowadzenia nowoczesnego porządku szkolnego, opartego na samokontroli i aktywności uczniów.

Wśród unormowań krajowych zmieniających polską szkołę po 1989 r. priorytetowe znaczenie mają postanowienia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, która ukazując prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami, podkreśla, iż wychowanie winno uwzględniać stopień dojrzałości dziecka, wolność sumienia, wyznania oraz jego przekonania.⁴⁸ Art. 53 pkt 3 stanowiąc o prawie rodziców do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego oraz religijnego uznaje konieczność wprowadzenia religii jako przedmiotu nauczania do szkół.⁴⁹ W tym miejscu warto wspomnieć, iż gwarancja konstytucyjna dotycząca wolności sumienia i religii⁵⁰ implikuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie oraz nauczanie.⁵¹

Konstytucja, gwarantując prawo do nauki,⁵² nadmienia, iż nauka w szkołach publicznych jest obowiązkowa do 18 roku życia i bezpłatna,⁵³ władze publiczne zapewniają powszechny i równy dostęp do wykształcenia,⁵⁴ rodzice korzystają z wolności wyboru dla swych dzieci szkół innych niż publiczne,⁵⁵ zaś obywatele i instytucje mają prawo zakładać szkoły podstawowe, ponadpodstawowe i wyższe.⁵⁶ Konstytucja zakazuje stosowania kar cielesnych oraz okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania⁵⁷, zapewniając gwarancje ochronne dzieciom.⁵⁸ Konstytucja stanowi, iż każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją,⁵⁹ zaś ustawa określa kompetencje i powołuje instytucję Rzecznika Praw Dziecka⁶⁰, będącego swoistym strażnikiem praw dzieci.

Ustawa o systemie oświaty z 7 września 1991 r. regulując system polskiej edukacji przypomina o celach nauczania stanowiąc, iż oświata jest wspólnym dobrem całego społeczeństwa, kieruje się zasadami zawartymi w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz wskazaniem Powszechnej De-

⁴⁸ Art. 48 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., w: Dz. U. 1997, Nr 78, poz. 483.

⁴⁹ Art. 53 pkt 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

⁵⁰ Ibidem, art. 53 pkt 1.

⁵¹ Ibidem, art. 53 pkt 2.

⁵² Ibidem, art. 70 pkt 1, 2.

⁵³ Ibidem, art. 70 pkt 2.

⁵⁴ Ibidem, art. 10 pkt 4.

⁵⁵ Ibidem, art. 70 pkt 3.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem, art. 40.

⁵⁸ Ibidem, art. 72, pkt 1.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem, art. 72, pkt 4.

klaracji Praw Człowieka, Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Konwencji Praw Dziecka.⁶¹ Nauczanie i wychowanie zgodnie z ustaleniami ustawy winny respektować chrześcijański system wartości, uniwersalne zasady etyki, rozwijać u młodzieży poczucie odpowiedzialności, miłości ojczyzny, uszanować polskie dziedzictwo kulturowe oraz kulturę Europy i świata. Ustawa stanowi, że szkoła winna zapewnić każdemu uczniowi warunki niezbędne do jego rozwoju, przygotować go do wypełniania obowiązków rodzinnych i obywatelskich w oparciu o zasady solidarności, demokracji, tolerancji, sprawiedliwości i wolności.⁶²

Ustawa szczegółowo określa realizację prawa każdego ucznia do nauki oraz prawa dzieci i młodzieży do wychowania i opieki, odpowiednich do wieku i osiągniętego rozwoju,⁶³ wspomaganie przez szkołę wychowawczej roli rodziny,⁶⁴ możliwość zakładania i prowadzenia szkół przez różne podmioty,⁶⁵ dostosowanie treści, metod i organizacji nauczania do możliwości psychofizycznych uczniów,⁶⁶ opiekę nad uczniami szczególnie uzdolnionymi,⁶⁷ upowszechnianie dostępu do szkół średnich,⁶⁸ utrzymywanie bezpiecznych i higienicznych warunków nauki,⁶⁹ upowszechnianie wiedzy ekologicznej⁷⁰ oraz dostosowanie kierunków i treści kształcenia do wymogów rynku pracy.⁷¹

W myśl ustawy nauczyciel w swoich działaniach dydaktycznych, wychowawczych i opiekuńczych jest zobowiązany kierować się dobrem uczniów, troską o ich zdrowie, postawę moralną i obywatelską wraz z poszanowaniem godności osobistej ucznia.⁷² Organ prowadzący szkołę winien dbać o zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków nauki, wychowania i opieki,⁷³ wyposażenie szkoły w pomoce dydaktyczne i sprzęt niezbędny do pełnej realizacji programów nauczania.⁷⁴ Szkoły podstawowe i gimnazja winny organizować naukę religii na życzenie rodziców, zaś publiczne szkoły ponadgimnazjalne – na życzenie rodziców bądź samych uczniów.⁷⁵

Szkoła i placówka zobowiązane są do umożliwienia uczniom podtrzymywania poczucia tożsamości narodowej, etnicznej, językowej i religijnej, a w szczególności naukę języka oraz własnej historii i kultury,⁷⁶ zaś na wniosek rodziców

⁶¹ Preambuła Ustawy o systemie oświaty z dnia 7 września 1991 r., w: Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem, art. 1 pkt 1.

⁶⁴ Ibidem, art. 1 pkt 2.

⁶⁵ Ibidem, art. 1 pkt 3.

⁶⁶ Ibidem, art. 1 pkt 4.

⁶⁷ Ibidem, art. 1 pkt 6.

⁶⁸ Ibidem, art. 1 pkt 7.

⁶⁹ Ibidem, art. 1 pkt 10.

⁷⁰ Ibidem, art. 1 pkt 10.

⁷¹ Ibidem, art. 1 pkt 13.

⁷² Ibidem, art. 4.

⁷³ Ibidem, art. 5 pkt 1.

⁷⁴ Ibidem, art. 5 pkt 4.

⁷⁵ Ibidem, art. 12 pkt 1.

⁷⁶ Ibidem, art. 13 pkt 1.

nauka ta może być prowadzona bądź w osobnych grupach,⁷⁷ w grupach, oddziałach lub szkołach z dodatkową nauką języka oraz własnej historii i kultury,⁷⁸ bądź w międzyszkolnych zespołach nauczania.⁷⁹

Ustawa stanowi, iż nauka do 18 roku życia jest obowiązkowa, zaś obowiązek szkolny rozpoczyna się z początkiem roku szkolnego, w którym dziecko skończy 7 lat.⁸⁰ Na wniosek rodziców naukę może rozpocząć dziecko w wieku 6 lat, jeżeli spełnia odpowiednie wymogi⁸¹, oraz poza szkołą w indywidualnych przypadkach.⁸²

Ustawa precyzyjnie wymienia prawa ucznia, które szkoła winna respektować i realizować. Uczeń ma prawo do zapoznawania się z programem nauczania,⁸³ korzystania z prawa do jawnej i umotywowanej oceny postępów w nauce i zachowaniu,⁸⁴ a także prawa do rozwijania własnych zainteresowań.⁸⁵

Ustawa – Karta Nauczyciela obliguje polskich nauczycieli i wychowawców do pracy wychowawczej i edukacyjnej.⁸⁶ Karta podkreśla szczególną rangę zawodu nauczyciela i jego powinności względem młodego pokolenia. Nauczyciel, zgodnie z Kartą, winien kształcić i wychowywać młodzież w umiłowaniu ojczyzny, w poszanowaniu Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, w atmosferze wolności sumienia i szacunku dla każdego człowieka. Jest zobowiązany dbać o kształtowanie u uczniów postaw moralnych i obywatelskich zgodnie z ideą demokracji, pokoju oraz przyjaźni między ludźmi różnych narodów, ras i światopoglądów.⁸⁷

Zarówno Ustawa o systemie oświaty, Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r., jak i Ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania z 17 maja 1989 r.⁸⁸ normują naukę religii w polskiej szkole uznając prawo rodziców do religijnego wychowania dzieci oraz zasadę tolerancji.⁸⁹ Program nauczania religii w szkole, stosownie do postanowień Konkordatu, opracowuje władza kościelna i podaje do wiadomości kompetentnej władzy państwowej.⁹⁰ Zgodnie

⁷⁷ Ibidem, art. 13 pkt 2. 1).

⁷⁸ Ibidem, art. 13 pkt 2. 2).

⁷⁹ Ibidem, art. 13 pkt 2. 3).

⁸⁰ Ibidem, art. 15.

⁸¹ Ibidem, art. 16 pkt 1.

⁸² Ibidem, art. 16 pkt 8.

⁸³ Ibidem, art. 55.5 pkt 1.

⁸⁴ Ibidem, art. 55.5 pkt 2.

⁸⁵ Ibidem, art. 55.5 pkt 3.

⁸⁶ Preambuła Ustawy z dnia 26 stycznia 1982 r. Kart.a Nauczyciela, w: Dz. U. z 2004 r. Nr 179, poz. 1845.

⁸⁷ Ibidem, s. 6.

⁸⁸ Ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania z 17 maja 1989 r., w: Dz.U. z 2000 r., Nr 26, poz. 319.

⁸⁹ Art. 13 pkt 1 Ustawy o systemie oświaty z 7 września 1991r., w: Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572, Art. 12 pkt 1 Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską z dnia 28 lipca 1993 r. , w: Dz. U. z 1998 r., Nr. 51, poz. 318

⁹⁰ Art. 12 pkt 2 Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską.

z regulacją Konkordatu, Kościół katolicki ma prawo zakładać i prowadzić placówki oświatowe i wychowawcze.⁹¹

Ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania⁹² uznaje prawo do posiadania i korzystania z przedmiotów potrzebnych do uprawiania kultu i praktyk religijnych przez dzieci i młodzież,⁹³ w tym także przebywającą w zakładach karnych, poprawczych i wychowawczych, aresztach śledczych, ośrodkach przystosowania społecznego oraz w schroniskach dla nieletnich.⁹⁴

Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobów organizowania nauki religii w publicznych przedszkolach i szkołach⁹⁵ w § 1 pkt 1 stanowi, iż w publicznych szkołach podstawowych i ponadpodstawowych organizuje się w ramach planu zajęć naukę religii oraz etyki dla uczniów, których rodzice bądź opiekunowie prawni wyrażą takie życzenie, zaś w szkołach ponadpodstawowych – dla uczniów, których rodzice lub sami uczniowie wyrażą takie życzenie. Po osiągnięciu pełnoletności, zgodnie z rozporządzeniem o pobieraniu nauki religii i etyki decydują sami uczniowie. Szkoła zobowiązana jest zorganizować naukę religii dla grupy nie mniejszej niż siedmiu uczniów danej klasy, zaś w sytuacji mniejszej liczby uczniów religia winna być zorganizowana w grupie międzyklasowej lub międzyoddziałowej.⁹⁶ Nauczanie religii odbywa się w oparciu o programy zatwierdzone przez właściwe władze Kościoła Katolickiego, Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego oraz władze zwierzchnie innych kościołów i związków wyznaniowych, przedstawionych Ministrowi Edukacji Narodowej do wiadomości.⁹⁷ Szkoła może zatrudnić nauczyciela religii,⁹⁸ który prowadzi zajęcia z religii⁹⁹ i wchodzi w skład rady pedagogicznej szkoły.¹⁰⁰

Bezpieczeństwo dziecka i ochrona przed przemocą winny stanowić podstawowe prawa zagwarantowane uczniom w szkole, stąd w obowiązujących przepisach oświatowych, statutach szkoły podstawowej i gimnazjum widnieją regulacje dotyczące szczegółowo określonych warunków pobytu uczniów w szkole wraz z zagwarantowanym bezpieczeństwem, ochroną przed przemocą, uzależnieniami oraz innymi przejawami patologii społecznej.¹⁰¹

⁹¹ Ibidem, art. 14 pkt 1.

⁹² Ustawa z dnia 17 maja o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, w: Dz. U. z 2000 r. Nr 26, poz. 319.

⁹³ Ibidem, art. 4 pkt 1. 2. 2.

⁹⁴ Ibidem, art. 4 pkt 1. 3.

⁹⁵ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobów organizowania nauki religii w publicznych przedszkolach i szkołach, w: Dz. U. z 1992 r. Nr 36, poz. 155.

⁹⁶ Ibidem, § 2 pkt 1.

⁹⁷ Ibidem, § 4.

⁹⁸ Ibidem, § 5 pkt 1.

⁹⁹ Ibidem, § 5 pkt 3.

¹⁰⁰ Ibidem, § 7 pkt 1.

¹⁰¹ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 21 maja 2001r. w sprawie ramowego statutu publicznej sześciolletniej szkoły podstawowej i publicznego gimnazjum, Dz. U. z 2001 r., Nr 61, poz. 624.

Wśród dokumentów systemu uniwersalnego praw człowieka, obowiązujących polską oświatę, na uwagę zasługują postanowienia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka uchwalonej 10 grudnia 1948 r. w Paryżu,¹⁰² która w sposób kompleksowy ujęła prawa jednostki oraz nakreśliła ramy międzynarodowo uznanych celów edukacji. Deklaracja już w swej Preambule podkreśla znaczenie przyrodzonej godności, równych, niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jako podstawy wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie oraz obliuguje państwa, by poprzez nauczanie i wychowanie dążyły do pełniejszego poszanowania praw i wolności wszystkich ludzi. Celem oświaty, zgodnie z Deklaracją, winien być pełny rozwój osobowości ludzkiej oraz ugruntowanie poszanowania dla praw człowieka i podstawowych wolności, zaś oobowiązkiem edukacji winno być krzewienie zrozumienia, tolerancji i przyjaźni między narodami, grupami rasowymi lub religijnymi oraz udzielanie poparcia działalności Organizacji Narodów Zjednoczonych, zmierzającej do utrzymania pokoju.¹⁰³

Deklaracja precyzując cele edukacji podkreśla znaczenie prawa rodziców do wyboru rodzaju nauczania dla swych dzieci¹⁰⁴ oraz prawo każdego do nauki sugerując, iż oświata na poziomie podstawowym winna być bezpłatna i obowiązkowa, edukacja techniczna i zawodowa powszechnie dostępna, a oświata na poziomie wyższym dostępna w zależności od zalet osobistych.¹⁰⁵

Dokumentem systemu uniwersalnego, który wraz z Deklaracją podkreśla znaczenie edukacji ujmując w sposób bardziej obszerny międzynarodowo uznane cele edukacji jest Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych. Pakt -podobnie jak Deklaracja – podkreśla uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jako podstawę wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie¹⁰⁶, jednak dostrzega konieczność umożliwienia wszystkim ludziom korzystania z praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych,¹⁰⁷ w tym prawa każdego do nauki podkreślając, iż nauka winna zmierzać do pełnego rozwoju osobowości i poczucia ludzkiej godności oraz umacniać poszanowanie dla praw człowieka i podstawowych wolności.¹⁰⁸ Pakt potwierdzając cele edukacji ujęte w Deklaracji podkreśla, iż nauka winna umożliwiać wszystkim efektywny udział w wolnym społeczeństwie, rozwijać zrozumienie, tolerancję i przyjaźń między wszystkimi narodami i grupami rasowymi, etnicznymi i religijnymi, jak również popierać działalność Organizacji Narodów Zjednoczonych na rzecz utrzymania pokoju.¹⁰⁹

¹⁰² Tekst w: B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1993.

¹⁰³ Art. 26 pkt 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka.

¹⁰⁴ Ibidem, art. 26 pkt 3.

¹⁰⁵ Ibidem, art. 26 pkt 1.

¹⁰⁶ Preambuła każdego z Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem, art. 13 pkt 1.

¹⁰⁹ Ibidem.

W celu pełnej realizacji prawa do nauki, Pakt zobowiązuje państwa do wprowadzania nauczania podstawowego jako obowiązkowego, bezpłatnego i dostępnego dla wszystkich,¹¹⁰ nauczania średniego, w tym technicznego i zawodowego jako ogólnie dostępnych uwzględniając potrzebę wprowadzania bezpłatnej nauki¹¹¹ oraz nauczania wyższego jako dostępnego na podstawie kryterium zdolności.¹¹² Pakt popiera nauczanie elementarne i jego rozwój w możliwie jak największym stopniu dla osób, które nie otrzymały lub nie ukończyły pełnego wykształcenia podstawowego¹¹³ oraz popiera rozwój systemu szkół wszystkich stopni, w tym ustanowienia odpowiedniego systemu stypendiów i systematyczną poprawę warunków materialnych personelu nauczającego.¹¹⁴

Pakt uwzględniając prawa rodziców, zobowiązuje państwa do poszanowania ich wolności w zakresie wyboru dla swych dzieci szkół innych niż szkoły publiczne, ale odpowiadające minimalnym wymaganiom edukacyjnym zatwierdzonym przez państwo, jak również zapewnienia swym dzieciom wychowania religijnego i moralnego, zgodnie z własnymi przekonaniami.¹¹⁵

Uwzględniając międzynarodowo przyjęte cele edukacji, Pakt dopuszcza możliwość tworzenia i prowadzenia zakładów oświatowych przez różne osoby i instytucje podkreślając jednocześnie, iż zakazane winno być naruszanie wolności tych osób i instytucji wraz z zastrzeżeniem, iż przestrzegane będą zasady dotyczące ustalonych celów edukacji, a nauka udzielana w tych zakładach będzie odpowiadać minimalnym wymaganiom ustalonym przez państwo.¹¹⁶

W Komentarzu Ogólnym do art. 13 Paktu Gospodarczego Komitetu Narodów Zjednoczonych ds. Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych z 8 grudnia 1999 r. został poruszony w szerokim zakresie problem celów edukacji oraz konieczność realizacji tych celów, nawet wtedy, gdy jest to sprawa odległa. Edukacja, zdaniem Komitetu, będąc prawem służącym do urzeczywistniania innych praw, koreluje z dostępnością i bezpieczeństwem ekonomicznym. Jawi się często jako pierwszorzędne narzędzie do wyzwolenia z ubóstwa, dowartościowania kobiet, zabezpieczenia dzieci przed eksploatacją i niebezpieczną pracą czy wyzyskiem seksualnym. Komitet podkreśla konieczność uznania edukacji za najlepszą inwestycję finansową, bowiem wyedukowany i oświecony, aktywny umysł, zdolny do swobodnej i wszechstronnej penetracji stanowi jedno z narzędzi i zdobywczy bytu ludzkiego.¹¹⁷

¹¹⁰ Ibidem, art. 13 pkt 2 a).

¹¹¹ Ibidem, art. 13 pkt 2 b).

¹¹² Ibidem, art. 13 pkt 2 c).

¹¹³ Ibidem, art. 13 pkt 2 d).

¹¹⁴ Ibidem, art. 13 pkt 2 f).

¹¹⁵ Ibidem, art. 13 pkt 3.

¹¹⁶ Ibidem, art. 13 pkt 4.

¹¹⁷ Pkt 1 : Prawo do nauki (art.13), w: *Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No.13: The Right to Education 8 grudnia 1999.– UN Doc.E/C.12/1999/10.*

Międzynarodowo ustalone cele edukacji ujęte w art. 13 Paktu – zdaniem Komitetu – dotycząc w pełni edukacji publicznej i prywatnej odzwierciedlają zarówno fundamentalne cele i zasady Narodów Zjednoczonych, jak i konieczność ukierunkowania edukacji na poczucie godności, przygotowanie ludzi do uczestnictwa w swobodnym społeczeństwie, potrzebę zrozumienia dla wszystkich grup etnicznych, rasowych i religijnych z podkreśleniem celów edukacyjnych najbardziej fundamentalnych, uwzględniających pełny rozwój osobowości ludzkiej.¹¹⁸

Cele edukacji ulegając modyfikacjom, przemianom, ewolucji prowokują do wprowadzania coraz to nowych elementów. W interpretacji Komitetu, istotny jest problem równości płci czy poszanowania środowiska, które podobnie jak wydolność systemu edukacji, dostępność, akceptowalność czy adaptowalność wydają się być niezbędnymi, wywierającymi olbrzymi wpływ na kształt międzynarodowo przyjętego ideału edukacyjnego.¹¹⁹

Ujęty w Komentarzu element wydolności, związany z funkcjonowaniem instytucji i programów edukacyjnych ogólnie dostępnych, zwraca uwagę na problem zdrowia i bezpieczeństwa w szkole, warunki sanitarne, wyszkolenie nauczycieli, korzystanie z bibliotek, urządzeń komputerowych czy technologii informatycznej.¹²⁰

Element dostępności, zdaniem Komitetu, wydaje się być nieodzowny, bowiem gwarancja dostępu wszystkich do instytucji i programów edukacyjnych, w ramach jurysdykcji państw będących stronami Paktu, jest konieczna. Owa dostępność wykazuje wymiar; niedyskryminacji ujmując edukację dostępną dla wszystkich grup; dostępności fizycznej w ramach której edukacja winna być osiągalna w bezpiecznym dostępie fizycznym poprzez dogodną lokalizację geograficzną (*np. szkoła znajdująca się w sąsiedztwie*), czy za pośrednictwem nowoczesnej technologii (*np. programy „nauczania na odległość”*); dostępności ekonomicznej umożliwiającej uzyskanie wykształcenia wszystkim grupom społecznym na poziomie podstawowym oraz w miarę możliwości średnim i wyższym.¹²¹

Z uwagi na aspekt akceptowalności ujęty w Komentarzu, forma i treść edukacji wraz z programami szkolnymi i metodami nauczania winna być odpowiednia do zaakceptowania przez uczniów oraz często przez ich rodziców, właściwa kulturowo, dobrej jakości oraz zgodna z celami edukacyjnymi art 13 Paktu i minimalnymi standardami edukacyjnymi, jakie aprobowałoby dane państwo.¹²² Adaptowalność – zdaniem Komitetu – winna polegać na stworzeniu edukacji na tyle elastycznej, by można było ją dostosować do zmieniających się potrzeb społeczeństw i wspólnot oraz odpowiadać potrzebom

¹¹⁸ Ibidem, pkt 4: I Normatywna treść art. 13, art. 13 (1): Cele edukacji.

¹¹⁹ Ibidem, pkt 6: art. 13 ust. 2: Prawo do otrzymania edukacji – kilka uwag ogólnych.

¹²⁰ Ibidem, pkt 6 a).

¹²¹ Ibidem, pkt 6 b).

¹²² Ibidem, pkt 6 c).

uczniów w ich różnorodnych sytuacjach społecznych oraz kulturowych¹²³ uznając za priorytet interesy ucznia.¹²⁴

Wśród międzynarodowo ujętych celów edukacji elementem stanowiącym wartość nadrzędną – zgodnie z wolą Komitetu – winna być wolność rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami, nauczanie w szkołach publicznych religii i etyki udzielanej w sposób bezstronny i obiektywny wraz z poszanowaniem swobody opinii, sumienia i ekspresji oraz wolność rodziców co do wyboru dla swych dzieci szkół innych niż szkoły publiczne.

Komitet podkreślając, iż elementem istotnym w ujęciu całego szkolnego systemu dyscyplinarnego i wychowawczego jest stosowanie odpowiednich form dyscypliny szkolnej, opartej na fundamentalnej zasadzie przewodniej prawa międzynarodowego praw człowieka, uważa, iż kary cielesne oraz publiczne poniżanie winny być wyeliminowane, bowiem żadna forma dyscypliny nie może naruszać praw opartych na Pakcie. Komitet uznając konieczność podjęcia kroków, by dyscyplina, która jest niezgodna z Paktem, nie występowała w żadnej publicznej czy prywatnej instytucji edukacyjnej, uznaje inicjatywy państw, które aktywnie wspierają szkoły, wprowadzające *pozytywne*, wolne od przemocy podejście do dyscypliny szkolnej.¹²⁵

Konwencja w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty z 15 grudnia 1960 r., ratyfikowana przez Polskę w 1964 r., jest kolejnym standardem uniwersalnym, obowiązującym polską oświatę, dotyczącym międzynarodowo ustalonych celów edukacji. Konwencja w sposób bardzo szczegółowy rozważa problem zakazu dyskryminacji w dziedzinie oświaty i jednakowego traktowania uznając za niedopuszczalne zamknięcie komukolwiek dostępu do edukacji bądź jego ograniczenie.¹²⁶

Państwa, będące stronami Konwencji zobligowane są do opracowywania, rozwijania i wprowadzania w życie polityki ogólnopaństwowej mającej na celu zapewnienie jednakowych możliwości i jednakowego traktowania w dziedzinie oświaty.¹²⁷ Konwencja, podobnie jak inne dokumenty systemu uniwersalnego podkreśla, iż celem edukacji winien być pełny rozwój osobowości ludzkiej wraz z poszanowaniem praw człowieka i podstawowych wolności. Edukacja, zgodnie z Konwencją winna sprzyjać wzajemnemu zrozumieniu, tolerancji i przyjaźni między wszystkimi narodami, grupami rasowymi i religijnymi, a także popieraniu działalności Narodów Zjednoczonych na rzecz utrzymania pokoju.¹²⁸

W świetle postanowień Konwencji rodzice powinni mieć zagwarantowaną możliwość posyłania swych dzieci do szkół prywatnych odpowiadających minimalnym wymaganiom ustalonym przez państwo oraz zapewnioną możliwość

¹²³ Ibidem, pkt 6 d).

¹²⁴ Ibidem, pkt 7.

¹²⁵ Ibidem, art. 13 ust. 2: Prawo do otrzymania edukacji – kilka uwag ogólnych, pkt 41.

¹²⁶ Art. 1 pkt 1 a) Konwencji w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty z 15 grudnia 1960 r., w: Dz. U. z dnia 19 listopada 1964 r., Nr 40, poz. 268 – załącznik.

¹²⁷ Ibidem, art. 4.

¹²⁸ Ibidem, art. 5 pkt 1 a).

wychowania swoich dzieci pod względem moralnym i religijnym zgodnie ze swymi osobistym przekonaniem. Konwencja dodaje ponadto, iż nie wolno nikomu ani indywidualnie ani grupowo narzucać religijnego wychowania niezgodnego z ich przekonaniem.¹²⁹

Konwencja uznaje prawo mniejszości narodowych do prowadzenia własnej działalności oświatowej oraz kierowania szkołami w sposób zgodny z polityką każdego państwa w dziedzinie oświaty w kwestii używania albo nauczania własnego języka.¹³⁰ Konwencja podkreśla możliwość utworzenia lub utrzymywania odrębnych systemów oświatowych lub placówek oświatowych dla uczniów różnej płci jeżeli systemy te zapewniają jednakowy dostęp do edukacji, dysponują personelem pedagogicznym o identycznych kwalifikacjach, dysponują lokalami szkolnymi i wyposażeniem tej samej jakości oraz umożliwiają odbywanie nauki według jednakowych programów¹³¹. Konwencja dopuszcza także możliwość utworzenia lub utrzymywania odrębnych systemów oświatowych z przyczyn natury religijnej lub językowej, ale dających wykształcenie odpowiadające wyborowi rodziców¹³² oraz utworzenie lub utrzymywanie prywatnych zakładów oświatowych, jeżeli ich celem jest uzupełnienie możliwości kształcenia zapewnionych przez państwo.¹³³

Konwencja bardzo obszernie rozważa problem dyskryminacji stanowiąc, iż konieczne jest dostosowanie prawa oświatowego w taki sposób, by wyeliminowane zostały przepisy o dyskryminacyjnym charakterze,¹³⁴ dyskryminacja przy przyjmowaniu uczniów do szkół¹³⁵ oraz w przypadku przyznawania stypendium.¹³⁶

Standardem uniwersalnym, ujmującym w sposób szczegółowy międzynarodowo ustalone cele edukacji oraz bezpośrednio odnoszącym się do dziecka, jest Konwencja Praw Dziecka z 20 listopada 1989 r., ratyfikowana przez Polskę 7 lipca 1991 r.¹³⁷ Konwencja stanowiąc o prawie dziecka do nauki podkreśla znaczenie celów edukacji i wypowiada się na temat samego ideału edukacyjnego. Nauka dziecka, zgodnie z postanowieniami Konwencji, winna zmierzać do rozwijania osobowości dziecka, jego talentów i zdolności umysłowych oraz fizycznych w jak najpełniejszym zakresie.¹³⁸ Konwencja potwierdzając postanowienia dokumentów międzynarodowych stanowi, iż nieodzownym elementem celów edukacji jest konieczność wpojenia dziecku szacunku dla praw człowieka i podstawowych wartości, dla zasad zawartych w Karcie

¹²⁹ Ibidem, art. 5 pkt 1 b).

¹³⁰ Ibidem, art. 5 c).

¹³¹ Ibidem, art. 2 a).

¹³² Ibidem, art. 2 b).

¹³³ Ibidem, art. 2 c).

¹³⁴ Ibidem, art. 3 a).

¹³⁵ Ibidem, art. 3 b).

¹³⁶ Ibidem, art. 3 c).

¹³⁷ Konwencja Praw Dziecka z 20 listopada 1989 r., w: Dz. U. z dnia 23 grudnia 1991 r., Nr 120, poz. 256.

¹³⁸ Ibidem, art. 29 pkt 1 a).

Narodów Zjednoczonych¹³⁹ oraz dodaje, iż wartością chronioną winien być szacunek dziecka dla rodziców, własnej tożsamości, języka i wartości kulturowych, jak również szacunek dla wartości narodowych kraju, w którym mieszka, kraju, z którego pochodzi oraz dla innych kultur.¹⁴⁰

Konwencja mówiąc o celach edukacji, dostrzega konieczność przygotowania dziecka do odpowiedzialnego życia w wolnym społeczeństwie, w duchu zrozumienia, pokoju, tolerancji, równości płci oraz przyjaźni między wszystkimi narodami i grupami etnicznymi, narodowymi i religijnymi oraz z osobami rdzennego pochodzenia.¹⁴¹ Konwencja podkreśla także potrzeby wpajania dziecku szacunku dla środowiska naturalnego, co świadczy o ewolucji w dziedzinie nauczania oraz szeroko pojętej edukacji.¹⁴²

Konwencja uznając prawo dziecka do nauki podkreśla konieczność uznania tego prawa na zasadzie równości szans oraz obliguje państwa będące jej stronami do zapewnienia nauczania podstawowego jako obowiązkowego i nieodpłatnego dla wszystkich,¹⁴³ udzielania poparcia dla różnych form nauczania ponadpodstawowego, w tym ogólnokształcącego oraz zawodowego wraz z uczynieniem ich otwartymi i dostępnymi dla każdego dziecka oraz podjęcia właściwych kroków, mających na celu wprowadzenie nieodpłatnego nauczania oraz udzielania, w razie potrzeby, pomocy finansowej.¹⁴⁴

Konwencja obliguje państwa do zastosowania wszelkich możliwych środków w celu uczynienia nauczania wyższego dostępnego dla wszystkich na zasadzie zdolności¹⁴⁵, udostępnienia wszystkim dzieciom informacji i poradnictwa szkolnego oraz zawodowego¹⁴⁶ oraz podjęcia środków na rzecz zapewnienia regularnego uczęszczania do szkół oraz zmniejszenia wskaźnika porzucania nauki.¹⁴⁷ Konwencja zobowiązując państwa do podejmowania właściwych środków, by dyscyplina szkolna była stosowana w sposób zgodny z godnością dziecka jako istoty ludzkiej,¹⁴⁸ stanowi jednocześnie o konieczności udzielania poparcia dla rozwoju współpracy międzynarodowej w dziedzinie oświaty, szczególnie w celu likwidacji ignorancji i analfabetyzmu wraz z ułatwianiem dostępu do wiedzy naukowo-technicznej i nowoczesnych metod nauczania.¹⁴⁹

Konwencja akcentuje konieczność zapewnienia skutecznej ochrony dziecka przed wszelkimi formami dyskryminacji lub karania,¹⁵⁰ torturami albo nieludzkim bądź poniżającym traktowaniem,¹⁵¹ uznania praw dziecka

¹³⁹ Ibidem, art. 29 pkt 1 b).

¹⁴⁰ Ibidem, art. 29 pkt 1 c).

¹⁴¹ Ibidem, art. 29 pkt 1 d).

¹⁴² Ibidem, art. 29 pkt 1 e).

¹⁴³ Ibidem, art. 28 pkt 1 a).

¹⁴⁴ Ibidem, art. 28 pkt 1 b).

¹⁴⁵ Ibidem, art. 28 pkt 1 c).

¹⁴⁶ Ibidem, art. 28 pkt 1 d).

¹⁴⁷ Ibidem, art. 28 pkt 1 e).

¹⁴⁸ Ibidem, art. 28 pkt 2.

¹⁴⁹ Ibidem, art. 28 pkt 3.

¹⁵⁰ Ibidem, art. 2.

¹⁵¹ Art. 37, pkt a) Konwencji Praw Dziecka.

do wolności myśli, sumienia i religii¹⁵² wraz z szacunkiem dla praw i obowiązków rodziców wynikających z ukierunkowania dziecka w sposób zgodny z jego zdolnościami,¹⁵³ praw dziecka do wyrażania swoich poglądów,¹⁵⁴ z uwzględnieniem jego wieku i stopnia dojrzałości¹⁵⁵ oraz praw do korzystania z wolności poszukiwania, otrzymywania i rozpowszechniania informacji, w formie ustnej, pisemnej, za pomocą druku, w formie artystycznej lub z wykorzystaniem każdego innego środka przekazu zgodnie z wyborem dziecka.¹⁵⁶

Korzystanie przez dziecko z tych wolności może podlegać – w myśl Konwencji – ograniczeniom przewidzianym przez prawo, bądź w celu ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku publicznego, publicznego zdrowia i moralności, a także podstawowych praw i wolności innych osób.¹⁵⁷

Konwencja podkreśla, że państwa powinny zadbać o otwartość i dostępność nauki poprzez rozwijanie sieci szkolnictwa, uszanowanie swobód osób i instytucji w zakresie tworzenia i prowadzenia szkół wraz z poszanowaniem ideału wychowawczego oraz przestrzeganiem minimalnych standardów edukacyjnych zatwierdzonych przez państwo.¹⁵⁸

W Uwagach Ogólnych Komitetu Praw Dziecka, dotyczących ogólnych środków urzeczywistniania Konwencji Praw Dziecka istnieje zapis, iż w kwestii urzeczywistniania praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych Konwencja obliguje państwa do podjęcia środków dostępnych w danym państwie w maksymalnym zakresie,¹⁵⁹ nadania realności prawom dzieci oraz zapewnienia dzieciom ochrony i opieki koniecznej dla ich dobrobytu, biorąc pod uwagę prawa i obowiązki rodziców.¹⁶⁰ W sytuacji braku zasobów – zdaniem Komitetu – istnieje konieczność wprowadzania koncepcji „postępowego urzeczywistniania” praw, biorąc pod uwagę współdziałanie międzynarodowe.¹⁶¹ Komitet jest zdania, iż państwa winny wprowadzać właściwą politykę, programy, tworzyć odpowiednie służby, powoływać organy do spraw dzieci, w tym rzeczników stojących na straży realizacji i ochrony ich praw.¹⁶²

Spośród standardów europejskich, obowiązujących w polskiej szkole, podejmujących problem ideału edukacyjnego i prawa do nauki, na uwagę zasługuje Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r., ratyfikowana przez Polskę 19 stycznia 1993 r.,¹⁶³ która wraz z Protokołem I do Europejskiej Konwencji o Ochronie

¹⁵² Ibidem, art. 14 pkt 1.

¹⁵³ Ibidem, art. 14 pkt 2.

¹⁵⁴ Ibidem, art. 12.

¹⁵⁵ Ibidem, art. 12 pkt 1.

¹⁵⁶ Ibidem, art. 13 pkt 1.

¹⁵⁷ Ibidem, art. 13 pkt 2, 14 pkt 3.

¹⁵⁸ Ibidem, art. 29 pkt 2.

¹⁵⁹ Uwagi Ogólne nr 5(2003) Komitetu Praw Dziecka „Ogólne środki urzeczywistniania Konwencji Praw Dziecka” *CRC/GC/2003/5*, s. 2.

¹⁶⁰ Ibidem, s. 3.

¹⁶¹ Ibidem, s. 4.

¹⁶² Ibidem, s. 5.

¹⁶³ Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r., w: Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 20 marca 1952 r., ratyfikowanym przez Polskę 10 października 1994 r.¹⁶⁴, gwarantuje poszanowanie praw i wolności dzieciom i ich rodzicom. Konwencja powołując się na prawa i wolności ujęte w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka¹⁶⁵ potwierdza konieczność realizacji praw człowieka i podstawowych wolności.¹⁶⁶ Zakaz tortur,¹⁶⁷ prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego,¹⁶⁸ wolność myśli, sumienia i wyznania,¹⁶⁹ wyrażania opinii¹⁷⁰ zawarte w Konwencji wraz z prawem do nauki, o którym mówi Protokół I¹⁷¹, potwierdzają prawa zawarte w dokumentach systemu uniwersalnego. Prawo do nauki, o którym mówi art. 2 Protokołu podkreśla, że nikt nie będzie nauki pozbawiony, zaś wykonując funkcje edukacyjne, państwa winny szanować prawo rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi.

Zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, postanowienia art. 2 Protokołu I stosuje się do wszelkich funkcji państwa w zakresie wychowania i nauczania wraz ze zobowiązaniem państwa do poszanowania przekonań religijnych i filozoficznych rodziców w ramach państwowego programu edukacyjnego.¹⁷² W zakres kompetencji państwa wchodzi ustalenie i zaplanowanie państwowych programów edukacyjnych oraz nauczania o charakterze religijnym lub filozoficznym w sposób zgodny z oczekiwaniami rodziców dzieci.¹⁷³

Trybunał jest zdania, że postanowienie art 2 Protokołu implikuje w sobie zobowiązanie państwa do wypełniania funkcji w zakresie wychowania i nauczania oraz przekazywania wiedzy w sposób obiektywny, krytyczny i pluralistyczny, bowiem obowiązkiem państwa jest poszanowanie przekonań religijnych i filozoficznych rodziców oraz zakaz indoktrynacji.¹⁷⁴ Zapewnienie pluralizmu w edukacji jest istotne dla zachowania demokratycznego społeczeństwa,¹⁷⁵ gdyż postanowienie art 2 Protokołu I ma na celu zapobieganie

¹⁶⁴ Protokół Nr 1 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 20 marca 1952 r., w: Dz. U. z 1995 r. nr 36 poz. 175.

¹⁶⁵ Preambuła Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Ibidem, art. 3.

¹⁶⁸ Ibidem, art. 8.

¹⁶⁹ Ibidem, art. 9.

¹⁷⁰ Ibidem, art. 10.

¹⁷¹ Art. 2 Protokołu Nr 1 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

¹⁷² *Sprawa Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen przeciwko Danii*, wyrok z dnia 7 grudnia 1976 r., pkt 51, w: T. Jasudowicz, *Wolność religii. Wybór materiałów. Dokumenty. Orzecznictwo*, Toruń 2001, s. 195.

¹⁷³ *X. i Y. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Skarga nr 7527/76 – Decyzja z 5 lipca 1977 DR11, s. 147 i n.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ *40 Matek przeciwko Szwecji*. Skarga nr 6853/74 – Decyzja z 9 marca 1977, DR 9, s. 27 i nast., w: T. Jasudowicz, op. cit., s. 196.

indoktrynacji dzieci oraz „propagandzie ideologicznej”, której rodzice nie akceptują. Metody dyscyplinarne oraz inne środki praktyczne, dotyczące administrowania szkołą, nie dotyczą religijnych czy filozoficznych przekonań dziecka.¹⁷⁶

Trybunał potępiając nawet drobne formy karcenia cielesnego,¹⁷⁷ podkreśla konieczność stosowania środków dyscyplinarnych, pozbawionych nadużyć i przemocy wobec dzieci.¹⁷⁸ Kwestia wymierzania kar cielesnych w szkołach powinna być zbadana dogłębnie gdyż – zdaniem Trybunału – jest to zagadnienie złożone i nie zawsze może być rozważane na podstawie art. 2 Protokołu I, zważywszy, iż w niektórych państwach wymierzanie kar cielesnych stanowi nadal część polityki edukacyjnej.¹⁷⁹ Trybunał podkreśla, iż w okolicznościach, w których państwo zapewnia i organizuje przymusową naukę, ponosi ono odpowiedzialność za postępowanie władz szkolnych, a także nauczycieli, w szczególności zaś za wymierzanie kar cielesnych tam, gdzie stanowi to część polityki edukacyjnej.¹⁸⁰ Trybunał podkreślił, iż wychowanie dzieci stanowi sumę działań, poprzez które dorośli dążą do wdrożenia swych wierzeń, obyczajów i innych wartości.¹⁸¹

Standardem europejskim obowiązującym polską oświatę, zawierającym gwarancje uzupełniające prawo dziecka do nauki należą postanowienia Europejskiej Karty Socjalnej z 18 października 1961 r., ratyfikowanej przez Polskę w 1997 r.¹⁸² Karta zawiera regulacje dotyczące praw dzieci i młodzieży do ochrony, ustalając wiek piętnastu lat jako minimalny dopuszczający do zatrudnienia dziecka, z wyjątkiem prac lekkich, nieszkodliwych dla zdrowia, moralności lub nauki,¹⁸³ podkreśla konieczność zapewnienia, by osoby podlegające obowiązkowi szkolnemu były zatrudniane w pracy umożliwiającej im pełne korzystanie z edukacji¹⁸⁴, oraz żeby osobom zatrudnionym poniżej osiemnastego roku życia przysługiwał roczny urlop płatny.¹⁸⁵ Karta dostrzega konieczność specjalnej ochrony dzieci i młodzieży przed niebezpieczeństwami fizycznymi i moralnymi, na jakie dzieci i młodzież mogłyby być narażone, podkreślając w szczególności ochronę przed niebezpieczeństwami,

¹⁷⁶ *Grace Campbell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Skarga nr 7511/76 – Decyzja z 15 grudnia 1977 DR 12, s. 49 i nast., w: *Ibidem*, s. 54–55.

¹⁷⁷ *Seven individuals v. Sweden*, Adm. Dec., 13 May 1982, w: T. Jasudowicz, *Prawa rodziny. Prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Orzecznictwo Strasburskie*, Toruń 1999, s. 125.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Grace Campbell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu...*, s. 58–59.

¹⁸⁰ *J. Y. Cosans i J. S. Cosans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Decyzja z 15 grudnia 1977, DR 12, s. 140 i nast., s. 148–150, w: T. Jasudowicz, *Wolność religii*, s. 203.

¹⁸¹ G. Cohen – Jonatan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1989, s. 498.

¹⁸² Europejska Karta Socjalna z 18 października 1961 r., w: Dz. U. z dnia 29 stycznia 1999r., Nr 8, poz. 67.

¹⁸³ *Ibidem*, art. 7 pkt 1.

¹⁸⁴ *Ibidem*, art. 7 pkt 3.

¹⁸⁵ *Ibidem*, art. 7 pkt 7.

wynikającymi bezpośrednio bądź pośrednio z ich pracy.¹⁸⁶ Zgodnie z orzecznictwem Komitetu Niezależnych Ekspertów, ochrona dzieci dotyczy niebezpieczeństw wynikających z pracy¹⁸⁷ oraz wszelkich niebezpieczeństw fizycznych i moralnych, na jakie dzieci i młodzież mogłyby być narażone.¹⁸⁸

Podejmując próbę porównania postanowień dotyczących ideału można dostrzec bogactwo norm standardów europejskich i systemu uniwersalnego. Zważywszy, iż transformacja ustrojowa 1989 r. przeobraziła pojęcie ideału, a reformy szkolnictwa osiągały w kolejnych fazach różne stadia rozwoju, władze oświatowe zobligowane zostały do stopniowego wprowadzania nowych kierunków polityki szkolnej, związanych z eliminacją politycznej i ideologicznej indoktrynacji, wdrażaniem nowatorskich programów nauczania, innowacji pedagogicznych oraz uszanowaniem praw rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami.¹⁸⁹ Na uwagę zasługuje istotna rola Kościoła katolickiego, posiadającego w Polsce szczególną pozycję i znaczący wpływ na życie społeczne i nauczanie religijne młodych Polaków.¹⁹⁰ Ważne zadanie Kościoła uwarunkowane jest zarówno względami historycznymi, jak i faktem, iż około 90 % polskiego społeczeństwa to katolicy,¹⁹¹ a wychowanie religijne kojarzy się z patriotyzmem, odwagą i miłością do ojczyzny.

Zdaniem Komitetu Praw Człowieka, problematyka praw człowieka widoczna jest w polskim szkolnictwie;¹⁹² na lekcjach religii nie występuje zjawisko faworyzowania wyznań;¹⁹³ znamiona pewnej dyskryminacji dotyczą tylko wprowadzania dni wolnych od zajęć szkolnych w święta;¹⁹⁴ dyscyplina szkolna stosowana jest zgodnie z ludzką godnością dziecka, jednak skuteczną egzekucję przepisów zakazujących stosowania kar cielesnych w szkołach winno wzmocnić – zdaniem Komitetu – zwiększenie roli nadzoru pedagogicznego. Komitet podkreśla, iż niezbędne jest w szkołach objęcie nadzorem bezpiecznych i higienicznych warunków nauki, wychowania i opieki, wyeksponowanie problematyki przestrzegania praw ucznia, konsekwencje w przypadku nieusunięcia przez dyrektora uchybień, dożywianie głodnych dzieci w szkole w celu zapewnienia im prawidłowych warunków rozwoju,¹⁹⁵ dofinansowywanie podręczników szkolnych dla dzieci niewidomych bądź słabosłyszących,¹⁹⁶ właściwa realizacja programu medycyny szkolnej,¹⁹⁷ wprowadzenie edukacji seksualnej w szkołach wraz z profilaktyką przemocy w rodzinie

¹⁸⁶ Ibidem, art. 7 pkt 10.

¹⁸⁷ Conclusions I, s. 41., w: T. Jasudowicz, *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w systemie Europejskiej Karty Socjalnej. Orzecznictwo Komitetu Niezależnych Ekspertów*, Toruń 1999, s. 180.

¹⁸⁸ Conclusions XII–1, s. 135., w: ibidem, s. 192.

¹⁸⁹ Wielka Encyklopedia PWN, Tom 21, Red: J. Wojnowski, Warszawa 2004, s. 456.

¹⁹⁰ *Realizacja...*, s. 116–117.

¹⁹¹ Ibidem, s. 117.

¹⁹² Ibidem, s. 26.

¹⁹³ Ibidem, s. 122.

¹⁹⁴ Ibidem, s. 123.

¹⁹⁵ Ibidem, s. 140–141.

¹⁹⁶ Ibidem, s. 141.

¹⁹⁷ Ibidem, s. 142.

i przemocy seksualnej wobec dzieci,¹⁹⁸ w także opracowywanie programów dotyczących wychowania i profilaktyki dzieci i młodzieży.¹⁹⁹

Reasumując, elementy ideału związane zarówno z dostępnością, wydolnością, akceptowalnością, jak i adaptowalnością zauważalne są w systemie polskiej oświaty, jednak konieczność udoskonalania, ciągłego wzbogacania standardów edukacyjnych w imię przyjętych ideałów wolności i demokracji oraz rozwiązań dotyczących dyscypliny i bezpieczeństwa w szkołach stymulują do podejmowania dalszych działań. Ideał związany z pluralistyczną wizją przyszłości, otwarty na rozwój winien korelować z bezpieczeństwem ekonomicznym, z pozycją społeczną i materialną rodzin, dostępem do edukacji wszystkich bez różnicy, walką z przemocą, mobbingiem, agresją i uzależnieniami wśród dzieci i młodzieży, walką z niedożywieniem dzieci i dbałością o ich zdrowie. Niewłaściwy rozwój bowiem obniża szanse edukacyjne,²⁰⁰ a tym samym ogranicza możliwości pełnego rozwoju osobowości.

Warto w tym miejscu wspomnieć o konieczności wdrażania międzynarodowo ustalonych celów edukacji, gdyż pewne elementy rozwoju, widoczne w polskiej oświacie, nie wystarczą do udźwignięcia ciężaru wychowania młodego pokolenia Polaków w duchu poszanowania praw człowieka, poczucia tożsamości narodowej i patriotyzmu. Porównując na przestrzeni lat ewolucję ideału, można z powodzeniem wspomnieć o swego rodzaju rewolucji poczynawszy od systemu socjalistycznego Antoniego Makarenki, a skończywszy na dzisiejszym zarysie ideału demokratycznego, funkcjonującego w polskim szkolnictwie. Widoczny jest postęp, małymi kroczkami *gonimy* Europę mimo iż funkcjonujemy w niej od zawsze, nie dane nam było czuć się Europejczykami. „Żelazna kurtyna” bowiem zmieniła wiele w polskiej mentalności, przeobraziła polskie społeczeństwo na długie lata, izolując je od postępowych rozwiązań. Konieczne jest zatem nadrobienie strat, wyzbycie się zakorzenionych w narodzie kompleksów i chociaż zmiany są widoczne, jest jeszcze wiele do zrobienia w polskiej oświacie, w dostosowaniu naszego systemu do norm europejskich.

TITLE: IDEALS OF EDUCATION IN POLAND AFTER SECOND WORLD WAR – EVOLUTION OR REVOLUTION?

Key words: communist ideology, political transformation, pluralism. aims of education, ideal educational, right to education, children's rights.

Summary

The historical evolution of the ideal of educational reform was accompanied by her Polish People's Socialist Republic of stereotypes and Polish, which since 1989 operates as a democratic country. The interpretation of the concept of the ideal, educational methods, content, forms

¹⁹⁸ Ibidem, s. 144–145.

¹⁹⁹ Ibidem, s. 145.

²⁰⁰ Ibidem, s. 141.

and educational goals adopted by the Polish pedagogy in different periods of history has become a major problem in both the quasi-totalitarian society with influence of ideological doctrine of the Association of Soviet Socialist Republics, as well as a democratic society where the dignity of each man has become a universally applicable. Rejecting pluralism in education sciences closely related to the pedagogy of the socialist system as the only legitimate knowledge about the upbringing of a totalitarian society led to isolation, the effects are visible today. The need to make up for losses in the adaptation of our education system to European standards is a priority for the Polish education. Perfection teaching in the Polish school has evolved, even though the building blocks are slightly visible.

Przemysław Komorowski

Doktorant w Katedrze Praw Człowieka Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

Niepodległe Kosowo, prawo międzynarodowe i prawa człowieka – próba odnalezienia wspólnego mianownika

Słowa kluczowe: Kosowo, prawa człowieka, integralność terytorialna, suwerenność, precedens, uznanie państw, secesja.

Ogłoszenie niepodległości przez Kosowo stało się poważnym problemem z punktu widzenia prawa międzynarodowego. O powadze sytuacji świadczą rozbieżności w ocenie tego aktu przez najważniejszych aktorów areny międzynarodowej, co w efekcie doprowadziło do decyzji Zgromadzenia Ogólnego NZ o wystosowaniu wniosku o udzielenie opinii doradczej przez MTS. Trybunał miał udzielić odpowiedzi na pytanie: „Czy jednostronna deklaracja niepodległości ogłoszona przez Tymczasowe Instytucje Samorządu Kosowa jest zgodna z prawem międzynarodowym?”¹. 22 lipca 2010 r. Trybunał wydał opinię w tej kwestii – jak się jednak okazało, nie rozwiązała ona wątpliwości, prawnych związanych z badanym przypadkiem. Trybunał postanowił bowiem – dosyć sztucznie – ograniczyć zakres odpowiedzi, nie poruszając niezwykle istotnych kwestii związanych chociażby z problemem państwowości Kosowa, statusem prawnym instytucji „remedial secession” czy konsekwencjami uznania Kosowa za państwo. Jak się zatem wydaje, Trybunał stracił wspaniałą okazję, żeby wypowiedzieć się na temat współczesnej sytuacji tych niezwykle kontrowersyjnych instytucji², badając jedynie stosowne dokumenty oraz normy ogólne prawa międzynarodowego w poszukiwaniu zakazu deklaracji niepodległości. W swej konkluzji Trybunał uznał tego typu akt za działanie faktyczne, które nie było sprzeczne z prawem międzynarodowym ani z Rezolucją 1244 RB, ani z ramami konstytucyjnymi ogłoszonymi przez UNMIK (Misja Tymczasowej Administracji Organizacji Narodów Zjednoczonych w Kosowie). Biorąc jednak pod uwagę fakt, że powyższa opinia nie

¹ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/14797.pdf>>, dostęp: 18 maja 2010 r.

² Por. deklarację Sędziego Bruno Simmy do omawianej opinii doradczej, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>>, dostęp: 20 listopada 2010 r.

rozstrzyga problemu sytuacji prawnej Kosowa (mimo deklaracji niepodległości najwyższą władzą w Kosowie pozostaje UNMIK – wobec braku kolejnej rezolucji Rady Bezpieczeństwa) ciągle zasadne wydają się rozważania dotyczące Kosowa.

Jak się wydaje, aby zmierzyć się z powyższym problemem, należy: rozważyć treść dokumentów międzynarodowych regulujących sytuację Kosowa przed deklaracją niepodległości; ocenić secesję z punktu widzenia ogólnych reguł prawa międzynarodowego; przeanalizować przypadki uznania Kosowa przez poszczególne państwa, a także znaczenie uznania w tym konkretnym przypadku. Istotna będzie również odpowiedź na pytanie, czy przypadek Kosowa można traktować jako precedens, wytyczający pewną nową linię postępowania, czy przeciwnie, jest to, jak chcieliby tego przedstawiciele władz Stanów Zjednoczonych – *a unique case*.

1. Ocena rezolucji 1244

Po jednostronnym ataku wojsk NATO na Jugosławię w 1999 r. Rada Bezpieczeństwa NZ postanowiła efektywnie partycypować w rozwiązaniu problemu kosowskiego³. Ramowy program działań w tej kwestii został zawarty w rezolucji 1244 Rady Bezpieczeństwa z 10 czerwca 1999 r. Ze względu na wiążącą moc rezolucji RB podejmowanych w ramach rozdziału VII *Karty NZ*⁴, postanowienia omawianego dokumentu stały się niezwykle istotne po ogłoszeniu niepodległości przez Kosowo. Serbia oraz Rosja zajęły stanowisko, iż Kosowo nie może dokonać secesji bez zgody Serbii, co wynika jasno z zapisów rezolucji 1244, chroniących integralność terytorialną wspomnianego państwa. Część autorów jest jednak odmiennego zdania, wskazując, że zastrzeżenia dotyczące integralności terytorialnej Serbii znajdują się jedynie w preambule powyższej rezolucji, nie zaś we właściwym tekście.⁵ Co więcej, MTS w opinii doradczej odniósł się bezpośrednio do powyższej kwestii stając na stanowisku, iż zasada integralności terytorialnej dotyczy jedynie podmiotów, które są państwami⁶, nie zaś grup ludności, dążących do utworzenia nowego państwa.

³ Skoro *veto* dwóch stałych członków RB – Rosji oraz Chin nie wystarczyło, żeby zatrzymać zbrojną interwencję (choć dzięki temu akcja nie była przeprowadzona w trybie Rozdziału VII *Karty NZ*), państwa te chciały mieć wpływ na dalszy bieg wydarzeń w tym regionie.

⁴ Wynika to z brzmienia art. 25 *Karty NZ*; zob. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2004, s. 127.

⁵ Ch. Borgen, *Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition*, ASIL Insights, 2008, nr 2, vol. 12, <<http://www.asil.org/insights080229.cfm>>, dostęp: 1 maja 2010 r.; J. Cerone, *The Legality and Legal Effect of Kosovo's Purported Secession and Ensuing Acts of recognition*, Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition, 3, 2008, s. 68.

⁶ Par. 80 Opinii Doradczej MTS, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, dostęp: 20 listopada 2010 r.

Rzeczywiście, w tekście preambuły rezolucji 1244 Rada Bezpieczeństwa potwierdza „uznanie wszystkich państw członkowskich dla suwerenności i integralności terytorialnej Federalnej Republiki Jugosławii a także innych państw regionu”⁷. Jednakże odniesienie do wspomnianej reguły można odnaleźć także w tekście głównym rezolucji. Paragraf pierwszy stanowi bowiem: „Rada Bezpieczeństwa postanawia, że polityczne rozwiązanie kryzysu kosowskiego będzie bazowało na ogólnych zasadach zawartych w Aneksie 1 oraz w później ustalonych zasadach i innych koniecznych elementach w Aneksie 2”. W obu aneksach znajdują się jasne odniesienia do zasady integralności terytorialnej.⁸ Zatem, jak wskazuje Miloš Jovanović, Aneksy 1 i 2 zawierają zasady, które stanowią bazę do rozwiązania problemu kosowskiego⁹.

Odnosząc się do konkluzji MTS w sprawie podmiotów, których dotyczy omawiana zasada warto mieć jednak na uwadze rozbieżności w ocenie tego problemu wśród prawników międzynarodowych, o czym może świadczyć choćby opinia odrębna sędziego Koromy.¹⁰

Poważne kontrowersje budzi kwestia, czy rezolucja 1244 wskazuje sposób rozwiązania kryzysu kosowskiego, a więc, czy dopuszcza możliwość secesji Kosowa bez zgody Serbii. W tej materii największy problem rodzi interpretacja paragrafu jedenastego omawianej rezolucji. Pośród głównych celów cywilnej administracji odnajdujemy tam promocję „ustanowienia, zmierzającej do ostatecznego porozumienia, znacznej autonomii i samorządu w Kosowie, z pełnym uwzględnieniem Aneksu 2 oraz porozumień z Rambouillet (S/I 999/648)”, a także „wspomagania procesu politycznego mającego na celu określenie przyszłego statusu Kosowa, z uwzględnieniem porozumień z Rambouillet (S/I 999/648)”.

Użycie zwrotów „przyszły status” czy „ostateczne porozumienie” (wyrażnie oddzielone od zwrotu „znaczna autonomia i samorząd”¹¹) mogą sugerować, że droga do oderwania się Kosowa od Serbii jest otwarta. Takie też stanowisko zajęła Unia Europejska w pisemnym memorandum dotyczącym wysłania do Kosowa misji UELEX¹². Powyższą tezę wspiera przywołanie przez rezolucję porozumień z Rambouillet i to w wersji niezaakceptowanej

⁷ Tekst rezolucji 1244 dostępny na stronie: <<http://www.nato.int/Kosovo/docu/u990610a.htm>>, dostęp: 18 maja 2010 r.

⁸ I tak np. Aneks 1, jako jedną z głównych zasad wskazuje „polityczny proces prowadzący do ustanowienia tymczasowego ramowego porozumienia zapewniającego istotny samorząd dla Kosowa, z pełnym uwzględnieniem porozumienia z Rambouillet oraz zasad suwerenności i integralności terytorialnej Federalnej Republiki Jugosławii oraz innych krajów regionu, a także rozbrojenia Armii Wyzwolenia Kosowa”.

⁹ M. Jovanović, *Recognition of Kosovo Independence as a Violation of International Law*, Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition, 3, 2008, s. 137.

¹⁰ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15991.pdf>>, dostęp: 22 listopada 2010 r.; wart odnotowania jest fakt, że zastrzeżenie poszanowania integralności terytorialnej w wielu dokumentach międzynarodowych występuje w ustępach poświęconych zasadzie samostanowienia, co wyraźnie implikuje jej obowiązywanie również w odniesieniu do ruchów secesyjnych.

¹¹ M. Jovanović, op. cit., s. 138.

¹² Zob. Ch. Borgen, op. cit.

przez Serbię. Przesądza o tym dołączenie do tekstu *Rambouillet accords* odniesienia (S/I 999/648); jest to sytuacja wielce kontrowersyjna, bowiem jak wskazuje Panayotis G. Haritos, powyższe odniesienie zostało dodane w ostatniej chwili i nie występuje po zwrocie *Rambouillet accords* w artykule 8 Aneksu 2 Rezolucji 1244¹³. Aneks 2 powstał na bazie porozumienia z Belgradu z 3 czerwca 1999 r., które nie zawierało ultimatum postawionego przez Grupę Kontaktową, występującego pod tytułem *Tymczasowe porozumienie dla pokoju i samorządu w Kosowie* (dodanego do zwrotu *Rambouillet accords* właśnie w formie numeru porządkowego S/I 999/648)¹⁴.

Serbia nie chciała zaakceptować powyższego rozwiązania, gdyż wiązało się to m.in. z przyzwoleniem na swobodne poruszanie się sił NATO po całym terytorium Serbii (rozdział 7, aneks B, artykuł 8), a także przewidywało międzynarodową konferencję, która w trzy lata po wejściu w życie omawianego ultimatum określi mechanizm ostatecznego rozwiązania kryzysu, biorąc pod uwagę wolę ludności Kosowa (rozdział 8, artykuł 1, punkt 3)¹⁵. Bez dopisania numeru porządkowego powyższego ultimatum jasne było, że pod pojęciem *Rambouillet accords* były rozumiane jedynie faktyczne, zgodne stanowiska zainteresowanych stron. Prof. Haritos używa mocnych słów stwierdzając, że działanie delegacji Francji, która postulowała dopisanie omawianego numeru jest pogwałceniem bardzo istotnej zasady prawa międzynarodowego – zasady dobrej wiary¹⁶. Na pewno wypada przychylić się do zdania, iż trudno nazwać „porozumieniem” akt, na który nie zgadza się jedna ze stron.

Pomijając jednak okoliczności związane z włączeniem ultimatum w ramy rezolucji 1244 – stało się to faktem, który wiąże się z pewnymi konsekwencjami. Jak wskazuje Piotr Daranowski, zawarcie porozumień z Rambouillet w omawianej rezolucji pokazuje jasno, że perspektywa niepodległości Kosowa nie była wykluczona w 1999 roku¹⁷. Pojawiają się tu jednak dwa problemy: po pierwsze Kosowo ogłosiło niepodległość pomijając konieczność przeprowadzenia międzynarodowej konferencji, która miała ustalić mechanizmy prowadzące do tego rozstrzygnięcia, co było niezgodne z postanowieniami *Tymczasowego porozumienia dla pokoju i samorządu w Kosowie*; po drugie zarówno w treści powyższego ultimatum, jak i w wielu miejscach rezolucji jest mowa o „porozumieniu”, zatem konieczna jest zgoda wszystkich zainteresowanych stron – jak wiadomo, Serbia nie uznała deklaracji niepodległości Kosowa. Co więcej przywołany wcześniej paragraf jedenasty rezolucji 1244

¹³ Zob. M. Jovanović, op. cit., s. 139.

¹⁴ Tekst porozumienia dostępny na stronie: <<http://www.barder.com/politics/international/kosovo/>>, dostęp: 18 maja 2010 r.

¹⁵ Przy miażdżącej przewadze ludności pochodzenia albańskiego władze Serbii zdawały sobie sprawę, jaki będzie wynik wspomnianego plebiscytu.

¹⁶ M. Jovanović, op. cit., s. 139.

¹⁷ P. Daranowski, *Uznanie niepodległości Kosowa – usankcjonowanie precedensu* [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, t. 2, pod red. T. Jasudowicza i M. Balcerzaka, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2009, s. 629–630.

mówi o pełnym uwzględnieniu nie tylko porozumień z Rambouillet, ale także Aneksu 2, który mówi o politycznym procesie, prowadzącym do osiągnięcia istotnego samorządu Kosowa z pełnym uwzględnieniem zasad suwerenności i integralności terytorialnej Federalnej Republiki Jugosławii.

MTS, rozważając powyższą kwestię, dochodzi do odmiennych wniosków. W paragrafie 114 Trybunał stwierdza, że Rezolucja 1244 nie zawiera żadnych ustaleń dotyczących ostatecznego statusu Kosowa ani mechanizmów prowadzących do rozwiązania tego problemu.¹⁸ Biorąc pod uwagę omawianą już treść porozumień z Rambouillet, taka konkluzja nie wydaje się uprawniona.

W najlepszym więc razie można powiedzieć, iż rezolucja 1244 nie przesądza, czy secesja Kosowa była dozwolona, czy zabroniona¹⁹, co może wynikać z niejasnych, a czasem nawet sprzecznych sformułowań zawartych w tekście. Bliższa jednak intencjom autorów wydaje się być teza, że rezolucja 1244 miała zmierzać ostatecznie do ustanowienia samorządu i przyznania znacznej autonomii Kosowu w ramach Federacyjnej Republiki Jugosławii²⁰. Świadczy o tym kilka argumentów. Po pierwsze w preambule, jak i w części materialnej rezolucji wielokrotnie jest mowa o poszanowaniu integralności terytorialnej FRJ. Po drugie, jak wskazuje M. Jovanović, artykuł czwarty rezolucji przewidywał powrót wojsk i policji jugosłowiańskiej na terytorium Kosowa w celu m.in. współpracy z siłami międzynarodowymi czy kontroli ważniejszych przejść granicznych²¹. Powyższe rozwiązanie (co interesujące, nigdy nie wprowadzone w życie), przywracające pewne aspekty suwerenności Jugosławii nad Kosowem zawierała w sobie, jak się wydaje, domniemanie zamiaru utrzymania jedności terytorialnej Jugosławii.

Następnie należy spojrzeć na zachowanie Rady Bezpieczeństwa po ogłoszeniu deklaracji niepodległości Kosowa. Na sesji zwołanej niezwłocznie po wspomnianym akcie RB nie potrafiła dojść do porozumienia w sprawie wydania nowych instrukcji – nie przyjęto nowej rezolucji zastępującej akt 1244. Wypływa z tej sytuacji jasny wniosek – członkowie RB nie uznali jednogłośnie, że spełnione zostały cele postawione przed społecznością międzynarodową w związku z Kosowem. Ogłoszenie niepodległości nie zostało zatem przyjęte za „ostateczne porozumienie”, a rezolucja 1244 nie utraciła mocy prawnej.

Warto podkreślić, iż nawet gdyby rezolucja 1244 nie wykluczała niepodległości Kosowa, powinna ona być uzyskana w zgodzie z postanowieniami omawianego aktu, co nie miało miejsca.

¹⁸ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, dostęp: 25 listopada 2010 r.

¹⁹ Tak: Ch. Borgen, op. cit., takie jest także stanowisko Wielkiej Brytanii, które Colin Warbrick streszcza frazą „co nie jest w jasny sposób zabronione, jest dozwolone, a nie ma nic [...] w rezolucji 1244, co wykluczałoby niepodległość”; C. Warbrick, *Kosovo: The Declaration of Independence*, International and Comparative Law Quarterly, 57, 2008, s. 688.

²⁰ Do takich wniosków dochodzi prof. Warbrick, a także prof. Tomuschat; zob. C. Warbrick, op. cit., s. 685, 686.

²¹ M. Jovanović, op. cit., s. 138.

2. Deklaracja niepodległości Kosowa jako akt secesji?

Większość autorów jest obecnie zgodna odnośnie do istnienia państwowości Kosowa. Problematiczna jednak ciągle pozostaje kwestia uzasadnienia powyższego stanu, a więc odnalezienia norm bądź instytucji w prawie międzynarodowym, które potwierdzą i udowodnią taką tezę. Niestety Opinia Doradcza MTS nie udziela odpowiedzi na powyższe pytanie. Jak się wydaje dwie możliwości zasługują na uwagę w związku z tą materią. Po pierwsze niepodległość Kosowa jest wykonaniem prawa do samostanowienia w drodze *remedial secession*. Po drugie Kosowo oderwało się od Serbii w drodze secesji *de facto*.

2.1. Secesja Kosowa jako wykonanie prawa do samostanowienia

Jedynym pewnym i akceptowanym przez społeczność międzynarodową sposobem określenia strony podmiotowej zasady samostanowienia jest kryterium terytorialne²². Kosowo z pewnością nie może być zakwalifikowane jako terytorium mandatowe, powiernicze czy niesamodzielne zgodnie ze znaczeniem, jakie tym terminom nadają rezolucje ONZ. Także Komisja Badintera nie uznała terytorium Kosowa jako uprawnionego do wykonania prawa do samostanowienia. Co więcej wyraźnie wypowiedziała się ona w sprawie Republiki Serbskiej, której sytuacja była praktycznie identyczna z sytuacją Kosowa; Komisja uznała, że wspomniany region autonomiczny, jeśli w ogóle ma prawo do samostanowienia, jest to możliwe jedynie w jego wewnętrznym aspekcie²³.

Jak się wydaje, jedyną koncepcją, związaną z zasadą samostanowienia i jednocześnie przystającą do okoliczności zaistniałych w Kosowie, jest teoria *remedial secession*. Do najistotniejszych prawnych przesłanek powyższej koncepcji Chris Borgen zalicza: istnienie ludu (w znaczeniu etnicznym); wystąpienie poważnych naruszeń praw człowieka, których dopuściło się państwo–poprzednik; uznanie, że brak jest innych efektywnych metod rozwiązania sporu na gruncie prawa krajowego oraz międzynarodowego²⁴. Przy zaistnieniu powyższych przesłanek łącznie secesja Kosowa mogłaby być uprawniona.

2.1.1. Czy Kosowarzy są „ludem”?

Prawo międzynarodowe nie wypracowało jednolitej i powszechnie zaakceptowanej definicji „ludu”. Drogą negacji wykluczono jednak mniejszości narodowe i etniczne z kręgu grup uprawnionych do zewnętrznego prawa do samostanowienia. Wniosek ten został przedstawiony już przez Komisję Jurystów

²² Szerzej na ten temat: J. Crawford, op. cit., s. 124–127.

²³ Por. A. Pellet, *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee. A Second Breath for the Self-Determination of Peoples*, „European Journal of International Law”, 1992, 3. <<http://207.57.19.226/journal/Vol3/No1/art12-13.pdf>>, dostęp: 22 maja 2010 r.

²⁴ Ch. Borgen, op. cit.

w sprawie Wysp Alandzkich, a także potwierdzony przez Komisję Badintera oraz liczne opinie wybitnych prawników międzynarodowych.

Żądania separatystyczne w Kosowie są wysuwane przez ludność albańską, która stanowi zdecydowaną większość w tym regionie. W obrębie Serbii jednak stanowi ona bezspornie grupę zaliczaną do mniejszości narodowych, gdyż Albańczycy posiadają już swoje państwo narodowe. Jak się zatem wydaje, na gruncie tradycyjnego pojmowania zasady samostanowienia pozycja mniejszości albańskiej byłaby zdecydowanie słabsza niż choćby Czechenów, którzy nie posiadają swojego państwa²⁵. Co więcej kosowscy Albańczycy zamieszkują terytorium, któremu nie przysługuje prawo do samostanowienia. Zgodnie bowiem z praktyką wypracowaną w toku rozpadu Związku Radzieckiego oraz Jugosławii, jedynie członkom federacji przysługiwało wspomniane uprawnienie.

Jak zatem zauważa Chris Borgen, przypadek Kosowa stanowi pewne przesunięcie w rozumieniu pojęcia „lud”, które powinno od teraz obejmować także homogeniczne enklawy etniczne, a nie jedynie, jak to było wcześniej, kompletne etnicznie ludy²⁶. Piotr Daranowski zwraca także uwagę na fakt, iż państwowość Kosowa oznacza odejście od badinterowskiego wzorca, który przyznawał prawo do samostanowienia tylko członkom federacyjnym; obecnie omawiane prawo obejmuje swym zakresem także inne jednostki administracyjne państwa²⁷.

Powyższy przypadek wydaje się potwierdzać teoretyczne założenia strony podmiotowej koncepcji *remedial secession*. Jeśli bowiem wystąpią dwie pozostałe przesłanki, konieczne do „uruchomienia” omawianej instytucji, wystarczy, że pewna grupa ludności zamieszkuje dające się wyodrębnić terytorium oraz jest jednolita etnicznie²⁸. Zatem ze względu na wagę pozostałych okoliczności, tj. naruszeń praw człowieka i braku możliwości rozwiązania sporu w sposób inny niż secesja, *remedial secession* stawia znacznie niższe wymagania odnośnie do strony podmiotowej niż tradycyjna koncepcja zasady samostanowienia, wypracowana na gruncie dekolonizacji oraz rozpadu państw federacyjnych.

2.1.2. Czy miały miejsce poważne naruszenia praw człowieka?

W tym miejscu należy rozważyć dwie kwestie: czy Kosowarzy doświadczili ograniczania ich prawa do wewnętrznego samostanowienia oraz czy byli poddani naruszeniom praw człowieka, związanym z użyciem przemocy.

²⁵ Takie było również stanowisko Komisji Jurystów, która w sprawie Wysp Alandzkich stwierdziła, iż ludność szwedzka omawianych wysp nie posiada tak silnego roszczenia jak przykładowo Finowie, którzy odrywając się od Związku Radzieckiego objęli państwowością praktycznie ogół ludności fińskiej.

²⁶ Ch. Borgen, op. cit.

²⁷ P. Daranowski, op. cit., s. 627–628.

²⁸ R. Pails, *Self-Determination, the Use of Force and the International Law: an Analytical Framework*, „University of Tasmania Law Review”, 20, 2001, s. 83–84.

Ograniczenie wewnętrznego prawa do samostanowienia ludności Kosowa związane jest przede wszystkim z wprowadzeniem poprawek do konstytucji Serbii w marcu 1989 r.. Na takie działania władz serbskich można jednak spojrzeć z innej strony – zgodnie z nimi zniesiona została niespotykana nigdzie indziej zależność państwa od jego obszarów autonomicznych, która *de facto* ograniczała wykonywanie suwerenności Serbii nad całym swym terytorium²⁹. Nie oznaczały one całkowitego zniesienia autonomii Kosowa, która została jednak zawieszona w związku z ogłoszeniem w 1990 r. przez parlament Kosowa niepodległości. Część autorów wskazuje, iż władze Serbii zlikwidowały w tym czasie zupełnie odrębność omawianego regionu, a także stosowały masowe aresztowania i prześladowania ludności albańskiej³⁰. Marek Waldenberg próbuje tłumaczyć powyższe represje masowymi demonstracjami ludności albańskiej oraz tworzeniem przez nią odrębnych organów władzy, niezależnych od tych państwowych³¹. Ludność albańska bojkotowała państwowe szkolnictwo, służbę zdrowia, a także rezygnowała z udziału w życiu politycznym Serbii³². Milos Jovanović wskazuje, że z prawnego punktu widzenia nic nie stało na przeszkodzie, aby Albańczycy dążyli do osiągnięcia swoich celów poprzez udział w demokratycznych wyborach w ramach Serbii; jednakże jedynym politycznym celem elit kosowskich Albańczyków była pełna niepodległość Kosowa³³. Zatem ludność Kosowa dobrowolnie rezygnowała ze swojego wewnętrznego prawa do samostanowienia na rzecz budowania nielegalnych, quasi-państwowych struktur. Mimo wprowadzania sporadycznych represji wobec takich działań, władze serbskie zasadniczo tolerowały powyższy stan rzeczy, czego przykładem może być brak interwencji podczas wyborów do parlamentu Republiki Kosowa³⁴. Jest to jednak tylko jedna z możliwych interpretacji³⁵, część autorów zwraca bowiem uwagę na fakt, iż Albańczycy byli w tym czasie masowo usuwani z pracy na ogromną skalę, a także poddawani masowym aresztowaniom³⁶.

Kolejną kwestią, poddaną pod rozwałę w tym podrozdziale, jest sprawa poważnych naruszeń praw człowieka, związanych z użyciem siły. Jak się wydaje, podłożem do rozwałowań na ten temat powinien być problem z porozu-

²⁹ M. Waldenberg, *Rozbicie Jugosławii: od separacji Słowenii do wojny kosowskiej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2003, s. 282–283; M. D. Luković, *Kryzys kosowski oczyma Serbów*, M. Luković, Belgrad 1999, s. 73; M. Jovanović, op. cit., s. 132.

³⁰ J. L. Charney, *Self-Determination: Chechnya, Kosovo and East Timor*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law”, 34, 2001, s. 460–462.

³¹ M. Waldenberg, op. cit., s. 284–285.

³² Ibidem.

³³ M. Jovanović, op. cit., s. 132.

³⁴ M. Waldenberg, op. cit., s. 286.

³⁵ Używam słowa „interpretacja”, gdyż w przypadku wskazanych wydarzeń mamy do czynienia z rozbieżnymi przekazami odnośnie do faktów i żadna z wersji nie wydaje się być ostatecznie przekonująca.

³⁶ Ibidem, s. 284; J. L. Charney, op. cit., s. 461; podobne informacje można znaleźć na stronie: <http://www.stosunkimiedzynarodowe.info/kraj_start.php?xkraj_stos=Kosovo&kraj=Serbia&typ=problemy>, dostęp: 20 maja 2010 r.

mieniem między władzami serbskimi a ludnością albańską. Doprowadziło to do podjęcia prób osiągnięcia swoich celów drogą zbrojną – przez Albańczyków za pomocą terrorystycznych działań Wyzwoleńczej Armii Kosowa, przez władze Serbii zaś poprzez zintensyfikowanie represji. Sytuacja prowadząca do interwencji wojsk NATO była tak skomplikowana, że nie sposób przedstawić jej w tak krótkim opracowaniu³⁷ – należy zatem skonstatować, iż naruszenia praw człowieka w Kosowie miały z pewnością miejsce, wątpliwości budzi jednak ich charakter oraz skala. Jest to o tyle istotne, że większość autorów wskazuje konieczność wystąpienia poważnych naruszeń o masowych rozmiarach³⁸; jak zaznaczył Sąd Najwyższy Kanady, prawo do zewnętrznego samostanowienia „powstaje tylko i wyłącznie w najcięższych przypadkach i, nawet wtedy, przy uważnie zbadanych okolicznościach”³⁹. Jest to bowiem wyjątkowa sytuacja, w której dwie fundamentalne zasady prawa międzynarodowego – zasada suwerenności oraz integralności terytorialnej – mają ustąpić pola.

W przypadku Kosowa rzekomym momentem zaistnienia powyższych naruszeń były wydarzenia poprzedzające interwencję wojsk NATO z 1999 r. Ze względu na fakt, że kluczową przesłanką legitymizującą zarówno interwencję humanitarną (gdyż za taką uważały swe działania siły NATO), jak i *remedial secession* są właśnie poważne naruszenia praw człowieka, należy przyrzec się stanowisku społeczności międzynarodowej oraz prawników międzynarodowych odnośnie do zasadności powyższej interwencji. Jeśli bowiem była ona uprawniona, spełniona będzie także odpowiednia przesłanka secesji jako *remedium*.

Bezsporne są następujące fakty: siły NATO nie uzyskały autoryzacji Rady Bezpieczeństwa do przeprowadzenia zbrojnego ataku na Serbię; większość autorów jest zgodna, że interwencja NATO stanowiła pogwałcenie zakazu użycia siły⁴⁰; Serbowie nie dopuścili się zbrodni ludobójstwa⁴¹. Jednak-

³⁷ Zob. M. D. Luković, *Kryzys kosowski oczyma Serbów*, M. Luković, Belgrad 1999, D. Gibas-Krzak, *Serbsko-albański konflikt o Kosowo w XX wieku. Uwarunkowania – przebieg – konsekwencje*, Dom Wydawniczy DUET, Toruń 2008, M. Waldenberg, *Rozbicie Jugosławii: od separacji Słowenii do wojny kosowskiej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2003, M. Korzeniewska-Wiszniewska, *Serbia pod rządami Slobodana Miloševicia*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2008, Human Rights Watch, *The Continuing Failure to Address Accountability I Kosovo Post-March 2004*, artykuł dostępny na stronie: <<http://www.hrw.org/en/reports/2006/05/29/not-agenda-0>>, dostęp: 6 czerwca 2010.

³⁸ Tak: Theodore Christiakakis, Christian Tomuschat, Miloš Jovanović; por. M. Jovanović, op. cit., s. 120.

³⁹ *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998rcs2-217/1998rcs2-217.html>>, par. 126>, dostęp: 22 maja 2010 r.

⁴⁰ J. Cerone, op. cit., s. 67; M. Jovanović, op. cit., s. 134. R. Skidelsky, *The Kosovo Effect*, artykuł dostępny na stronie: <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2008/apr/21/thekosovoeffect>>, dostęp: 22 maja 2009 r.; R. Pails, op. cit., s. 96; zob. także: A. D. Sofaer, *International Law and Kosovo*, „Stanford Journal of International Law”, 2000, 1.

⁴¹ R. Skidelsky, op. cit.; M. Waldenberg, op. cit., s. 356; S. Sykuna, *Humanitarna interwencja. Kosowo – studium jednego przypadku*, rozprawa doktorska na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego pod kierunkiem dra hab. Jerzego Zajadło, prof. UG, s. 127.

że należy zauważyć, że Rada Bezpieczeństwa nie potępiła omawianej interwencji; powszechna jest również opinia, że w Kosowie doszło do czystek etnicznych⁴².

Powyższe fakty pokazują, jak trudnym do oceny przypadkiem jest sytuacja zaistniała w Kosowie w latach 1998–1999. Pomimo wątpliwości natury prawnej odnośnie do zasadności zbrojnej interwencji z pobudek humanitarnych⁴³, społeczność międzynarodowa w większości uznała, iż interwencja w Kosowie była moralnie słuszna. Dała temu wyraz w licznych rezolucjach, w których potwierdzona została liczba 230 tys. albańskich uchodźców (rezolucja 1199 RB) oraz użyte zwroty: *grave humanitarian situation*, *threat to international peace and security* (rezolucja 1244 RB).

Można zatem powiedzieć, że interwencja humanitarna w Kosowie znacznie przyczyniła się do ugruntowania opinii o poważnych naruszeniach praw człowieka przez władze serbskie. W związku z powyższym, nie wydaje się obecnie możliwe kwestionowanie, że omawiana przesłanka *remedial secession* została spełniona.

2.1.3. Czy nie istniała inna możliwość rozwiązania konfliktu na gruncie prawa wewnętrznego lub międzynarodowego?

Okres od interwencji wojsk NATO w 1999 r. do ogłoszenia niepodległości Kosowa w 2008 r. naznaczony był niemożnością porozumienia się obu stron konfliktu. Ostatecznie specjalny przedstawiciel Sekretarza Generalnego ONZ, Martti Ahtisaari, zaproponował w lutym 2007 r. „sterowaną niepodległość” Kosowa jako „mniejsze zło”⁴⁴. Czy rzeczywiście było to najlepsze wyjście, a jeśli tak, czy był to odpowiedni moment na ogłoszenie niepodległości?

Już od lat 70 wszystkie ważniejsze siły polityczne kosowskich Albańczyków dążyły do jednego celu – secesji Kosowa⁴⁵. Ludność pochodzenia albańskiego odmawiała udziału w życiu politycznym Jugosławii, a Wyzwoleńcza Armia Kosowa dokonywała licznych akcji terrorystycznych. Jak wskazuje Miloš Luković, w roku 1998 – w odpowiedzi na żądania społeczności międzynarodowej – strona serbska stworzyła delegację w celu osiągnięcia porozumienia z przedstawicielami ludności albańskiej. Na czele wspomnianej delegacji stanął wiceminister rządu, profesor prawa konstytucyjnego Ratko

⁴² S. Sykuna, op. cit., s. 130; R. Pails, op. cit., s. 84–85.

⁴³ Trafnie przedstawił powyższą myśl Bruno Simma: „nie powinniśmy zmieniać ugruntowanych reguł tylko po to, by uczynić zadość naszym humanitarnym impulsom, nie powinniśmy ustanawiać żadnych nowych standardów (prawnych) tylko po to, by w pojedynczym przypadku czynić to, co jest słuszne (moralnie)”, zob. M. Waldenberg, op. cit., s. 370; wydaje się to o tyle słuszne, że w kontekście sytuacji Czeczenów czy Kurdów inna kwalifikacja oznaczałaby wprowadzanie podwójnych standardów, wiadomo bowiem, że społeczność międzynarodowa nie będzie interweniowała humanitarnie w tych miejscach ze względów politycznych.

⁴⁴ Zob. C. Warbrick, op. cit., s. 678.

⁴⁵ M. Waldenberg, op. cit., s. 288.

Marković. Przedstawiciele rządu Serbii wyjeżdżali do Prisztiny ponad dwadzieścia razy aby szukać rozwiązania konfliktu, lecz negocjatorzy z ważniejszych partii albańskich nie pojawiali się⁴⁶. Jeszcze bowiem przed interwencją wojsk NATO albańskie elity polityczne uzyskały wsparcie znaczących państw zachodnich⁴⁷. Jak stwierdzał w swym sprawozdaniu z 4 czerwca 1998 r. sekretarz generalny ONZ, „jednostronny międzynarodowy nacisk na kierownictwo jugosłowiańskie i tolerowanie przemocy stosowanej przez WAK zdawały się umacniać ją w kontynuowaniu wybranej drogi”⁴⁸. Warto w tym miejscu nadmienić, że przed interwencją wojsk NATO kosowscy Albańczycy nie mieli żadnych podstaw prawnych do dokonania secesji. Wszelkie zatem wspomniane działania były niezgodne zarówno z wewnętrznym prawem Serbii, jak i prawem międzynarodowym.

Po interwencji zbrojnej NATO powyższa sytuacja uległa znacznemu pogorszeniu. Stanowisko Serbii było bowiem otwarcie lekceważone przez społeczność międzynarodową, co sprawiało, że nie mogło być mowy o równoprawnej pozycji stron w dyskusji. Jak wskazuje Miloš Jovanović, autonomia oferowana mniejszości albańskiej przewyższała wszelkie międzynarodowe standardy. Zgodnie z serbskim programem negocjacji, kosowscy Albańczycy uzyskaliby wyłączne kompetencje i zupełny samorząd we wszystkich dziedzinach życia, z wyłączeniem uprawnień związanych z polityką monetarną, zagraniczną czy cłami, które miały pozostać w gestii centralnych organów państwowych (w których Albańczycy mogliby także uczestniczyć przy pomocy instytucji demokratycznych)⁴⁹. Co więcej, powyższe propozycje nie wydawały się gołosłowne, jeśli przyjrzymy się szerokiej autonomii przyznanej Wojwodinie oraz faktycznemu poszanowaniu praw jej mieszkańców⁵⁰. Przedstawiciele ludności albańskiej wiedzieli jednak, iż poparcie społeczności międzynarodowej dla nich jest tak przytłaczające, że nie muszą się godzić na żadne ustępstwa⁵¹.

Nawet przy założeniu, że z racjonalnego punktu widzenia nie istniała żadna alternatywa dla niepodległości Kosowa, gdyż skala przemocy i związana z nią wzajemna nienawiść obydwu stron były nie do pogodzenia w ramach jednego państwa, wydaje się, że Kosowo nie było jeszcze gotowe na

⁴⁶ M. Luković, op. cit., s. 12.

⁴⁷ Ibidem, M. Waldenberg, op. cit., s. 288.

⁴⁸ Cyt za M. Waldenberg, op. cit., s. 296.

⁴⁹ M. Jovanović, op. cit., s. 133.

⁵⁰ M. Goodwin, *What Future for Kosovo? From Province to Protectorate to State? Speculation on the Impact of Kosovo's Genesis upon the Doctrines of International Law*, „German Law Journal”, 8 no.1, 2007, artykuł dostępny pod adresem: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=786>>, dostęp: ??????//

⁵¹ Zob. R. Skidelsky, op. cit.; jak pokazuje przypadek Aceh, autonomicznego terytorium Indonezji, któremu po długim okresie walk, a następnie mediacji pokojowych przyznano autonomię w ramach Indonezji, można rozwiązać podobny konflikt w inny sposób, zwłaszcza gdy istnieją realne przesłanki, że sytuacja naruszeń praw człowieka już się nie powtórzy, por. M. Jovanović, *Is Kosovo and Metohija Indeed a 'Unique Case'?*, s. 2, artykuł dostępny pod adresem: <<http://www.kosovo-law.org/mjovanovic.pdf>>, dostęp: 25 maja 2010 r.

niepodległość⁵². Martti Ahtisaari, który zaproponował wizję „sterowanej niepodległości”, wskazywał, że zdolność Kosowa do sprostania problemom związanym z ochroną mniejszości narodowych, rozwojem demokracji, odbudową gospodarki oraz pojednaniem społecznym jest wielce ograniczona⁵³. Bardziej dosadnie określił obecny stan Kosowa Robert Skidelsky: „Kosowo pozostaje w politycznej próżni do dnia dzisiejszego. Dwa tysiące urzędników Unii Europejskiej zarządza krajem, a szesnaście tysięcy żołnierzy NATO strzeże jego bezpieczeństwa”⁵⁴.

Jak się zatem wydaje, secesja Kosowa była przedwczesna, stworzyła państwo niesamodzielne, utrzymywane i zarządzane przez misje międzynarodowe. Lepszym wyjściem z sytuacji byłoby utrzymanie protektoratu. Dzięki temu możliwe byłoby albo załagodzenie kryzysu i przyznanie Kosowu wewnętrznej autonomii w ramach Serbii, albo stworzenie efektywnego aparatu państwowego i wydolnej gospodarki, która pozwoliłaby Kosowu na samodzielny byt państwowy. Odnosząc się do jednej z postulowanych wcześniej przesłanek *remedial secession* należy stwierdzić, że pogrążone w chaosie i przestępczości państwo nie wydaje się być lekarstwem na problemy ludności Kosowa.

2.1.4. Wnioski

Prawo do samostanowienia rozumiane w kontekście dekolonizacji i rozpadu państw federacyjnych, nie obejmowało swym zastosowaniem regionu Kosowa. Co wydaje się być równie istotne, jak zauważa prof. Tomuschat, rezolucja 1244 RB ONZ w żadnym miejscu nie wspomina zasady samostanowienia⁵⁵. Zatem nawet po zaistnieniu poważnych naruszeń praw człowieka społeczność międzynarodowa nie uznała, aby miały one usprawiedliwiać „uruchomienie” koncepcji *remedial secession*. Idąc dalej tym tropem, jeśli członkowie Rady Bezpieczeństwa niezwłocznie po wydarzeniach z 1999 r. nie zezwolili na secesję (co byłoby odpowiedzią na rażącą niesprawiedliwość), tym bardziej nie powinno być to uprawnione w momencie, gdy w Serbii przestrzegane są prawa człowieka, gwarantowana autonomia Wojwodiny, a także umożliwiona została legalna secesja Czarnogóry⁵⁶. Takie stanowisko Rady Bezpieczeństwa może wynikać z faktu, że zasadniczo wszystkie przesłanki secesji jako *remedium* nie są możliwe do zastosowania w przypadku Kosowa bez kontrowersji. Zatem taka subsumpcja prowadziłaby nieuchronnie do znacznego poszerzenia, a nawet rozmycia omawianej koncepcji, czego

⁵² M. Goodwin, op. cit.

⁵³ C. Warbrick, op. cit., s. 678.

⁵⁴ R. Skidelsky, op. cit.

⁵⁵ Zob. C. Warbrick, op. cit., s. 686; jedynie w przytaczanym już ultimatum dla strony serbskiej, które zostało przywołane we wspomnianej rezolucji można znaleźć zwrot mając na uwadze wolę społeczności”; por. P. Daranowski, op. cit., s. 629.

⁵⁶ M. Goodwin, op. cit.

świadoma jest społeczność międzynarodowa, powtarzająca jak mantrę zapewnienie o unikalnym, niespotykanym wcześniej charakterze przypadku Kosowa, który żadną miarą nie może być traktowany jako precedens⁵⁷.

Ze względu na powyższe wątpliwości odnośnie do możliwości zastosowania konstrukcji *remedial secession* do przypadku Kosowa nasuwają się pytania o ewentualne nadużycie prawa do samostanowienia (*abuse of the right to self-determination*) oraz naruszenie zasady *ex iniuria ius non oritur*.

Jak zwracają uwagę John Dugard i David Raïć, „akt jednostronnej secesji, który nie spełnia tych warunków, jest nadużyciem prawa oraz [jest] nielegalny jako naruszenie prawa do samostanowienia”⁵⁸. Warto w tym momencie zwrócić uwagę na motywację i działania przywódców kosowskich Albańczyków. Jak to zostało przedstawione, już od momentu ograniczenia autonomii regionu kosowskiego, tj. roku 1989, ludność pochodzenia albańskiego zrezygnowała z wykonywania swoich praw w drodze demokratycznej reprezentacji, tworząc nielegalne instytucje o charakterze politycznym i quasi-państwowym. Następnie Armia Wyzwolenia Kosowa podjęła działania zbrojne o charakterze terrorystycznym. Serbia, wykonując swoją suwerenność, miała prawo odpowiedzieć siłą na zaistniałą sytuację. Zazwyczaj bowiem kiedy państwo, chroniąc zgodnie z prawem międzynarodowym swoją suwerenność i integralność terytorialną przeciwstawia się ruchom secesyjnym, dochodzi do konfliktu zbrojnego. Po stronie walczącej o niepodległość brak jest najczęściej regularnej armii, walczą zatem bojownicy, którym sprzyja często cała zainteresowana ludność, nierzadko uzbrojona. Jak zauważa Malcolm Shaw, „To, czy jakąś grupę określa się mianem terrorystów, czy bojowników o wolność, zależy od zajmowanego stanowiska politycznego”⁵⁹. W tym kontekście działania elit politycznych i militarnych kosowskich Albańczyków można widzieć jako próbę doprowadzenia do sytuacji, w której przemoc przekroczy akceptowalny próg, co wywoła interwencję społeczności międzynarodowej⁶⁰. Także wskazany wcześniej brak woli porozumienia w sprawie znacznej autonomii mógłby być uznany za nadużycie prawa⁶¹.

Część autorów zwraca również uwagę na możliwość nadużycia omawianego prawa w sytuacji, gdy nowo powstałe państwo nie zapewnia ochrony swoim mniejszościom narodowym⁶². Powyższy pogląd wydaje się trafny⁶³, gdyż to właśnie naruszenia praw człowieka umożliwiły powstanie Kosowa – zatem powielanie patologicznych schematów byłoby ewidentną karykaturą prawa do samostanowienia. Niestety, tego typu zachowanie pośród ludności

⁵⁷ Zob. wypowiedź sekretarz stanu USA, Condoleezy Rice, towarzyszącą uznaniu niepodległości Kosowa, przytoczoną na stronie: <<http://www.america.gov/st/peacesec-english/2008/February/20080218144244dmslahrellek0.9832117.html>>, dostęp: 25 maja 2010 r.

⁵⁸ Za M. Jovanović, op. cit., s. 120.

⁵⁹ M. N. Shaw, op. cit., s. 596.

⁶⁰ Por. M. Goodwin, op. cit.

⁶¹ Ibidem, s. 133.

⁶² C. Warbrick, op. cit., s. 686.

⁶³ Choć nie znalazł on poparcia w praktyce państw.

kosowskich Albańczyków wobec mniejszości serbskiej czy romskiej występowało powszechnie⁶⁴.

Powyższe okoliczności mogą być również kwalifikowane jako naruszenie zasady *ex iniuria ius non oritur*⁶⁵. Wpływ działalności zbrojnej WAK (będącej zabronioną przez prawo działalnością terrorystyczną) wraz z brakiem woli porozumienia z władzami serbskimi bez wątpienia przyczyniły się do uzyskania przez Kosowo niepodległości. Akt secesji naruszał integralność terytorialną Serbii, chronioną przez system prawa międzynarodowego, a w szczególności przez rezolucję 1244. Wydaje się być zatem uzasadnione twierdzenie, iż z bezprawnych działań kosowskich Albańczyków nie powinno powstać prawo do samostanowienia⁶⁶. Podobnie do bezpośrednich przyczyn uzyskania przez Kosowo niepodległości należy zaliczyć interwencję sił NATO, która powszechnie klasyfikowana była jako naruszenie zakazu użycia siły⁶⁷.

Jak zatem konkluduje Miloš Jovanović, utworzenie niepodległego Kosowa stanowi potrójne naruszenie prawa: zasady integralności terytorialnej, zasady samostanowienia oraz zakazu użycia siły, które dodatkowo stanowią pogwałcenie zasady *ex iniuria ius non oritur*⁶⁸. Wydaje się to być bardzo surową kwalifikacją, z którą powinny wiązać się daleko idące konsekwencje. Jak pokazuje jednak praktyka państw, nie znalazła ona uznania w oczach społeczności międzynarodowej.

2.2. Powstanie niepodległego Kosowa jako secesja *de facto*

Wspomniane okoliczności mogą podważać tezę, że secesja Kosowa stanowiła wykonanie prawa do samostanowienia. Gdyby tak było, byłby to akt neutralny z punktu widzenia prawa międzynarodowego, będący wewnętrzną sprawą Serbii⁶⁹. O skuteczności powstania nowego państwa w drodze secesji decydowałoby spełnienie przesłanek przedstawionych w *Konwencji z Montevideo* z 1933 r., tj. posiadanie stałej ludności, określonego terytorium oraz rządu, a także zdolność do wchodzenia w stosunki z innymi państwami. Jak wskazuje jednak Malcolm Shaw, „określenia te nie są ani wystarczające, ani niezmiennie[...] Niewątpliwie natomiast środkiem ciężkości, wokół którego skupia się całe zagadnienie, jest kwestia skutecznego wykonywania władzy na danym terytorium.”⁷⁰

⁶⁴ M. Goodwin, op. cit.; M. Waldenberg, op. cit., s. 389–391.

⁶⁵ Powyższa zasada jest charakteryzowana jako podstawa każdego systemu prawnego, a także jedna z ogólnych zasad prawa międzynarodowego; szerzej na ten temat: J. Symonides, *Zasada efektywności w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwa Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1967, s. 13–15.

⁶⁶ M. Jovanović, op. cit., s. 136.

⁶⁷ J. Cerone, op. cit., s. 67.

⁶⁸ M. Jovanović, op. cit., s. 136.

⁶⁹ J. Crawford, op. cit., s. 388.

⁷⁰ M. N. Shaw, op. cit., s. 127.

Biorąc pod uwagę powyższe kryteria, powstaje pytanie, czy Kosowo spełnia warunki niepodległej państwowości. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że posiada ono ludność, stosunkowo określone terytorium oraz rząd zdolny do wchodzenia w stosunki z innymi państwami⁷¹. Poważne problemy rodzą się jednak w momencie rozpatrywania kwestii efektywnej kontroli władz Kosowa nad zajmowanym terytorium. Co istotne, jak podaje John Cerone, w sytuacji kiedy państwo-poprzednik przeciwstawia się secesji, stopień omawianej kontroli powinien być bardzo wysoki⁷². Przypadek Kosowa diametralnie odbiega od tego wzorca. Instytucje państwowe są bardzo kruche, stworzone i wspomagane przez administrację Unii Europejskiej⁷³. Granic państwowych, wciąż realnie⁷⁴, muszą bronić siły KFOR. Kosowo jest także praktycznie całkowicie zależne finansowo od państw UE i trudno snuć przypuszczenia, kiedy powyższa zależność dobiegnie końca⁷⁵.

Część autorów wskazuje, że zasada efektywności musi być rozpatrywana w kontekście rywalizacji między kontrolą sprawowaną przez państwo a siłą tworzącego do secesji⁷⁶. Zatem, w przypadku Kosowa stopień kontroli może być stosunkowo niewielki, gdyż siły serbskie nie sprawują wcale faktycznej władzy nad omawianym regionem. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że Serbia najpierw została zbrojnie przymuszona do takiej decyzji przez społeczność międzynarodową, a następnie sama zrezygnowała z użycia siły w odpowiedzi na deklarację niepodległości Kosowa, sprawa ta nie wydaje się być tak oczywista.⁷⁷ Zgodnie bowiem z obowiązującym prawem międzynarodowym, Serbia w sytuacji secesji *de facto* posiadała prawo do podjęcia działań w celu przywrócenia stanu poprzedniego wszelkimi dostępnymi środkami⁷⁸. Wydaje się być oczywiste, że w obliczu ataku wojsk serbskich władze albańskie nie byłyby w stanie utrzymać swojej niepodległości bez pomocy sił międzynarodowych. Co więcej rezolucja 1244 przewidywała powrót serbskich sił policyjnych i wojskowych na terytorium Kosowa, co nigdy nie zostało przeprowadzone, a byłoby czynnikiem przywracającym pewien stopień kontroli Serbii nad Kosowem⁷⁹. Jak wskazuje zatem Morag Goodwin, Serbia została postawiona w sytuacji bez wyjścia. Akceptacja obecności UNMIK na terytorium Kosowa doprowadziła do zarzutów o dobrowolnym zrzeczeniu się suwerenności nad Kosowem; brak takowej akceptacji zostałby odczytany jako zamach na autonomię Kosowa, co wzmocniłoby dążenia kosowskich Albańczyków do niepodległości⁸⁰.

⁷¹ J. Cerone, op. cit., 65.

⁷² Ibidem.

⁷³ C. Warbrick, op. cit., s. 682.

⁷⁴ Serbowie w ramach protestu niszczyli słupki graniczne pomiędzy Kosowem a Serbią; zob. C. Warbrick, op. cit., s. 682.

⁷⁵ M. Goodwin, op. cit.

⁷⁶ J. Cerone, op. cit., s. 66.

⁷⁷ C. Warbrick, op. cit., s. 682.

⁷⁸ J. Crawford, op. cit., s. 388; C. Warbrick, op. cit., s. 682.

⁷⁹ M. Jovanović, op. cit., s. 135.

⁸⁰ M. Goodwin, op. cit.

Przypadek Kosowa jest zatem potwierdzeniem obecnej w prawie międzynarodowym tendencji do odchodzenia od testu efektywności przy ocenie państwowości⁸¹. Społeczność międzynarodowa niejako stworzyła nowe państwo, nie udzieliła jednak odpowiedzi, w którym momencie i w jaki sposób Serbia utraciła swój tytuł do Kosowa. Sztuczne utrzymywanie przy życiu niesamodzielnych tworów (przy założeniu, iż nie są one jednostkami uprawnionymi do samostanowienia) prowadzi do osłabienia znaczenia obiektywnych kryteriów państwowości⁸². Jest to o tyle niebezpieczne, że wprowadza niepewność odnośnie do kluczowych podmiotów prawa międzynarodowego oraz znacząco uzależnia państwowość od politycznej instytucji uznania.

3. Uznanie Kosowa przez społeczność międzynarodową

Pomimo deklaratywnego charakteru uznania państwa występują sytuacje, w których ma ono szczególne znaczenie, wykraczające, jak się wydaje, poza ramy zwykłego potwierdzenia zaistniałego faktu. Najczęściej są to przypadki kontrowersyjne, kiedy prawo międzynarodowe nie udziela jasnej odpowiedzi czy dana jednostka osiągnęła już byt państwowy lub też gdy panuje w tej kwestii rozbieżność między członkami ONZ.

W takich właśnie okolicznościach powstało niepodległe Kosowo, dlatego prześledzenie reakcji poszczególnych państw, a zwłaszcza Serbii, wydaje się być niezwykle istotne.

3.1. Nieuznanie niepodległości Kosowa przez Serbię

Brak zgody Serbii na secesję Kosowa wydaje się być najpoważniejszym problemem dla społeczności międzynarodowej oraz komentatorów prawnych. Jak pokazuje bowiem praktyka, od 1945 r. jeszcze żadne państwo powstałe w drodze jednostronnej secesji, przy sprzeciwie państwa–poprzednika, nie zostało przyjęte w poczet ONZ⁸³. W sytuacjach gdy między stronami istniał konsensus, kwalifikacja prawna nie odgrywała znaczącej roli, a uznanie nowego państwa przez resztę najważniejszych podmiotów prawa międzynarodowego przebiegało zazwyczaj sprawnie i bez kontrowersji⁸⁴.

Serbia ma poważne argumenty żeby nie uznawać Kosowa. Deklaracja niepodległości jest nielegalna z punktu widzenia jej wewnętrznego prawa, a także, jak było to przedstawione powyżej, prawne konsekwencje takiego

⁸¹ W przypadku Chorwacji oraz Bośni i Hercegowiny społeczność międzynarodowa uznała ich państwowość w momencie, gdy duże obszary obu państwa pozostawały poza kontrolą legalnych władz; zob. J. Crawford, op. cit., s. 128;

⁸² M. Goodwin, op. cit.

⁸³ J. Crawford, op. cit., s. 390.

⁸⁴ W taki sposób powstały m.in. Erytrea, Senegal, Singapur.

aktu mogą stanowić naruszenie prawa międzynarodowego⁸⁵. Argumenty te przemawiają do dwóch stałych członków Rady Bezpieczeństwa (Rosji oraz Chin) a także do pokaźnej części społeczności międzynarodowej. Sytuacja Kosowa jest zatem dosyć skomplikowana – nie wydaje się możliwe w najbliższym czasie, aby zostało ono przyjęte w poczet ONZ czy innych międzynarodowych organizacji; Rada Bezpieczeństwa nie potępiła deklaracji niepodległości Kosowa ani też nie uznała jej poprzez wprowadzenie rezolucji zastępującej dokument 1244, brak jest zatem nowych instrukcji ze strony ONZ informujących, jak powinny zachowywać się jej instytucje w obliczu zaistniałej sytuacji. Powyższy brak jednoznacznego stanowiska budzi zaniepokojenie, zwłaszcza że jest obecnie odczytywany w myśl zasady: co nie jest wyraźnie zabronione, jest dozwolone. Taki stan rzeczy James Crawford skomentował w następujący sposób: *It seems to be a serious thing for the UN basically to act as a midwife to a new state in a situation in which the previous state doesn't agree*⁸⁶.

Jak się wydaje, w przypadku kwalifikacji secesji Kosowa jako *remedial secession*, uznanie ze strony państwa–poprzednika nie powinno być konieczne. Wynika to jasno z konstrukcji wspomnianej instytucji, w której to państwo, poprzez swoje naganne zachowanie, traci suwerenność nad prześladowanym regionem. Jeśli zatem w doktrynie przeważy pogląd, iż secesja Kosowa była wykonaniem prawa do samostanowienia, można spodziewać się pierwszego przypadku przyjęcia w poczet ONZ państwa, które powstało w drodze jednostronnej secesji bez zgody państwa–poprzednika⁸⁷.

3.2. Reakcja społeczności międzynarodowej

Deklaracja niepodległości Kosowa w założeniu miała być jednostronnym aktem tworzącym państwo. Jak wskazuje jednak część autorów, był to jedynie śmiały dokument, który nie miał sam w sobie mocy sprawczej, gdyż *de facto* sytuacja Kosowa nie uległa zmianie ani w kwestii praktycznej, ani teoretycznej⁸⁸. Kluczowa w tym przypadku miała okazać się odpowiedź Serbii (która, jak wiemy, zrezygnowała z użycia siły), a także stanowisko społeczności międzynarodowej. W tym miejscu trzeba zatem zaznaczyć, że uznanie Kosowa miało charakter mieszany, z przewagą elementów konstytutywnych.

Jak się wydaje, państwa kierowały się dwiema kwestiami przy podejmowaniu decyzji o uznaniu bądź nieuznaniu Kosowa – obie posiadały charakter wybitnie polityczny. Po pierwsze, istotne było stanowisko danego kraju wobec interwencji sił NATO w 1999 r., gdyż w większości przypadków państwa, które brały udział w powyższej misji, wspierały Kosowo w dążeniach separa-

⁸⁵ C. Warbrick, op. cit., s. 684.

⁸⁶ Cyt. za *Canada Faces No Threat over Kosovo: Experts*, National Post, dostępne na stronie <<http://www.nationalpost.com/scripts/story.html?id=386919>>, dostęp: 28 maja 2010 r.

⁸⁷ Istotne znaczenie może mieć tu opinia MTS w tej sprawie.

⁸⁸ C. Warbrick, op. cit., s. 682.

tystycznych. Po drugie, uznania Kosowa odmówiła większość państw wieloetnicznych, które same borykają się z problemami różnych ruchów separatystycznych⁸⁹.

Częściej jednak to państwa negujące niepodległość Kosowa odwoływały się do prawa międzynarodowego, przywołując argumenty prezentowane także w niniejszym artykule.

Odpowiedź Rosji na zaistniałą sytuację była stanowcza. Rosyjska Duma wydała oświadczenie, w którym wykluczyła możliwość przyznania prawa do samostanowienia Kosowu przy jednoczesnej odmowie tego prawa innym twórcom powstałym przez jednostronny akt⁹⁰. Siergiej Ławrow, minister spraw zagranicznych Rosji, wielokrotnie podkreślił, iż uznanie niepodległości Kosowa to wywrócenie wszystkich fundamentów prawa międzynarodowego⁹¹.

Podobnie prezydent Cypru, Dimitris Christofias powiedział do Serbów: „Cypr nie uznał jednostronnej deklaracji niepodległości Kosowa i nie uzna jej w przyszłości. Jesteśmy po waszej stronie nie tylko ze względu na fakt, że wasza sytuacja jest podobna do naszej – jest to kwestia zasad”⁹².

Jeden z ambasadorów Iranu zwrócił uwagę na fakt, iż „ONZ podzieliła jednego ze swoich członków na dwie części, mimo że rezolucja 1244 potwierdza integralność terytorialną Serbii. Jest to bardzo dziwne wydarzenie. Naszym zdaniem pewne kraje starają się osłabić organizacje międzynarodowe”⁹³.

Warto także przytoczyć wspólne oświadczenie ministrów spraw zagranicznych Indii, Chin oraz Rosji przedstawione na konferencji w Jekaterynburgu 15 maja 2008 r. W dokumencie tym strony jasno zaznaczyły, że jednostronna deklaracja niepodległości narusza rezolucję 1244⁹⁴.

W stanowiskach państw uznających Kosowo warto zwrócić uwagę na słowa, jakich użyto w owych tekstach. Charakterystyczne są zwroty zastosowane przez Bułgarię i Włochy, które uznają „niepodległość pod międzynarodowym nadzorem”⁹⁵. Rozwinięcie powyższej myśli można odnaleźć w stanowisku Szwecji, która „uznaje Republikę Kosowa jako niepodległy kraj, którego niepodległość jest nadzorowana tymczasowo przez społeczność międzynarodową[...] Rozpoczął się teraz trudny i wymagający okres budowania państwa kosowskiego, które będzie spełniać międzynarodowe standardy”⁹⁶. Jak wskazuje Colin Warbrick, nie jest to normalny język, jakim posługują się państwa uznając inne kraje. Zdaniem autora są to formuły, które w najlepszy sposób oddają intencje powyższych państw – w ten sposób bowiem otwar-

⁸⁹ Otwarcie przyznały to: Hiszpania, Izrael, Cypr, Bośnia i Hercegowina, Gruzja, Azerbejdżan.

⁹⁰ Zob. Ch. Bergen, op. cit.

⁹¹ British Broadcasting Company, <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7244538.stm>>, dostęp: 28 maja 2010 r.

⁹² Cyt. za <http://www.b92.net/eng/news/politics-article.php?yyyy=2009&mm=02&dd=23&nav_id=57371>, dostęp: ????

⁹³ Cyt. za <<http://mnweekly.ru/world/20080313/55316656.html>>, dostęp: 28 maja 2010 r.

⁹⁴ Cyt. za <<http://www.balkaninsight.com/en/main/news/10202/>>, dostęp: 28 maja 2010 r.

⁹⁵ C. Warbrick, op. cit., s. 684, 687.

⁹⁶ Ibidem, s. 684.

ta pozostaje kwestia niepodległości Kosowa, które to może nie sprostać „międzynarodowym standardom”⁹⁷. Co więcej, jak podaje autor, charakter powyższego nadzoru będzie ewidentnie ekspansywny, a niepodległość oparta na sile społeczności międzynarodowej. Nie jest to sposób, w jaki tradycyjnie pojmowano niepodległość⁹⁸.

Państwa Wspólnoty Europejskiej wypracowały pewne zasady dotyczące uznawania nowych krajów, zamieszczone w *Wytycznych w sprawie uznania nowych państw w Europie Wschodniej i Związku Radzieckim* z 1991 r. Pośród nich znajdowały się m.in. obowiązek poszanowania praw człowieka czy gwarancje dla grup mniejszości narodowych i etnicznych. Już przedwcześnie uznanie Chorwacji oraz Bośni i Hercegowiny pokazały, że Wspólnota będzie honorowała nawet zapowiedzi akceptacji powyższych zastrzeżeń, nie zagłębiając się w rzeczywiste postępowanie nowych państw⁹⁹. Jak się wydaje, w przypadku uznania Kosowa państwa UE także nie przykładały wagi do realiów, jeśli spojrzymy na działania kosowskich Albańczyków, skierowane przeciwko mniejszości serbskiej¹⁰⁰.

Decyzje państw o uznaniu bądź nieuznaniu Kosowa miały podłoże wybitnie polityczne. Nie ulega jednak wątpliwości, iż skutki akceptacji Kosowa przez istotnych aktorów sceny międzynarodowej, przy bezwładzie decyzyjnym Rady Bezpieczeństwa ONZ wykraczały znacznie poza ramy zwykłych deklaracji. Jak zwraca uwagę Morag Goodwin: „Suwerenność powinna być jednocześnie proklamowana i wykonywana. Jest czymś dziwnym do zaakceptowania, że suwerenność może być po prostu dana”¹⁰¹. Co prawda zdarzały się przypadki, w których Rada Bezpieczeństwa ONZ zmieniała układ granic oraz przyznawała niepodległość pewnym terytoriom¹⁰², jednakże w kwestii powstania niepodległego Kosowa nie mamy zgody Rady Bezpieczeństwa na podobne działania.

4. Kosowo jako przypadek *sui generis*?

Secesja Kosowa jest przypadkiem wyjątkowo trudnym do oceny i kwalifikacji, zarówno z punktu widzenia prawa międzynarodowego, jak i polityki. Jak zostało to zaznaczone w niniejszej pracy, praktycznie wszystkie okolicz-

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem, 688.

⁹⁹ A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, New York 2005, s. 18; przykładowo, mimo deklaracji o poszanowaniu praw mniejszości Chorwacja dokonała w 1995 roku ataku na Republikę Serbska Kraina, dokonując tam czystki etnicznej ludności serbskiej; por. M. Waldenberg, op. cit., s. 142–151.

¹⁰⁰ Human Rights Watch przedstawia przekonujące dane o zbrodniach kosowskich Albańczyków dokonanych na mniejszościach etnicznych i narodowych w latach 1999 oraz 2004, <<http://www.hrw.org/en/news/2008/12/16/kosovo-ethnic-crimes-top-priority-eu-mission>>, dostęp: 30 maja 2010 r.

¹⁰¹ M. Goodwin, op. cit.

¹⁰² Przykładowo w drodze decyzji RB nastąpił podział Palestyny w 1947 r., czy też ustalenie granic między Kuwejtem a Irakiem po I wojnie w Zatoce Perskiej; por. M. Goodwin, op. cit.

ności prowadzące do niepodległości Kosowa mogą powodować sprzeczne interpretacje. Ponadto ich wzajemne relacje zwielokrotniają możliwe kwalifikacje.

Państwa uznające Kosowo bardzo wyraźnie podkreślały unikalny charakter secesji tego regionu i łączyły z tym faktem zastrzeżenie, że nie może być on traktowany jako precedens dla innych ruchów secesyjnych. Condoleezza Rice, sekretarz stanu USA, użyła następujących słów: „Niezwykle powiązanie czynników zaistniałych w Kosowie nie wystąpiło nigdzie więcej, dlatego sytuacja Kosowa jest przypadkiem wyjątkowym. Kosowo nie może zostać uznane za sprawę precedensową dla żadnej innej sytuacji istniejącej obecnie na świecie”¹⁰³. Czy zatem przypadek Kosowa tworzy swoją odrębną kategorię jako sprawa wyjątkowa i czy tym samym wyklucza to możliwość traktowania go jako precedensu w innych podobnych sytuacjach?

Autorzy zwracają uwagę na kilka powodów, wyróżniających Kosowo spośród innych separatystycznych ruchów. Po pierwsze ludność kosowska została poddana represjom na olbrzymią skalę, co zmusiło siły NATO do interwencji humanitarnej¹⁰⁴. Po drugie, w konflikt zaangażowała się ONZ, przejmując praktycznie całkowicie kontrolę nad terytorium Kosowa. Połączenie faktu zbrojnej interwencji z następującą po niej misją ONZ stworzyły niejako polityczną odpowiedzialność społeczności międzynarodowej za wypracowanie rozwiązania, które poprawi sytuację kosowskich Albańczyków¹⁰⁵. Wskazano także, iż ze względu na stopień wzajemnych krzywd Kosowo nie może powrócić pod zarządek Serbii.

Serbscy prawnicy międzynarodowi próbowali zbijać przedstawione argumenty. Miodrag Jovanović wskazuje, że poważne naruszenia praw człowieka nie są z pewnością sytuacją wyjątkową i, jak pokazuje praktyka państw, można rozwiązać tego typu konflikt pokojowo, w drodze szerokiej autonomii dla pokrzywdzonej ludności¹⁰⁶. Obecność misji ONZ na spornym terenie również nie musi oznaczać utraty suwerenności przez nadzorowane państwo. Obrazuje to świetnie przykład Tureckiej Republiki Północnego Cypru czy Sławonii, Baranji i Sremu Zachodniego, które znajdowały się pod administracją ONZ, a w 1997 r. zostały przekazane pokojowo Chorwacji¹⁰⁷.

Jak się wydaje, można zakwestionować wyjątkowość przypadku Kosowa negując kolejne argumenty z osobna, jednak ich połączenie tworzy sytuację rzeczywiście unikalną¹⁰⁸. Czy jednak ta sytuacyjna wyjątkowość przekreśla możliwość powoływania się na przypadek Kosowa przez inne grupy ludności? Jak podaje Chris Borgen, Kosowo może być jednocześnie unikalne i za-

¹⁰³ Wypowiedź dostępna na stronie: <<http://www.america.gov/st/peacesec-english/2008/February/20080218144244dmslahrellek0.9832117.html>>, dostęp: 25 maja 2010 r.

¹⁰⁴ M. A. Jovanovic, op. cit., s. 1–2.

¹⁰⁵ C. Warbrick, op. cit., s. 680.

¹⁰⁶ Autor przytacza przypadek Acehu, którego ludność uzyskała szeroką autonomię w ramach Indonezji w drodze rozmów pokojowych.

¹⁰⁷ M. Goodwin, op. cit.

¹⁰⁸ C. Warbrick, op. cit., s. 680.

razem tworzyć precedens¹⁰⁹. Cóż bowiem za znaczenie będzie miała obecność interwencji zbrojnej czy długotrwałej misji ONZ, jeśli dana grupa użyje secesji Kosowa jako przykładu rozszerzenia pojęcia „lud” na potrzeby prawa do samostanowienia. Co więcej, „wyjątkowość” przypadku Kosowa może być rozpatrywana w kategoriach czysto historycznych, gdzie żadne wydarzenie nie jest identyczne z innym. Prawnie bowiem precedens składa się z części tworzącej pewną normę, dającą się zastosować w innych sytuacjach (*ratio decidendi*) oraz części będącej dodatkowymi okolicznościami (*obiter dicta*). W omawianym przypadku możliwe wydaje się wyciągnięcie swoistej „esencji”, która może być zastosowana w innych przypadkach.

Jak pokazała praktyka państw, tego typu sytuacje mogą być wykorzystane politycznie bez względu na to, czy takie było życzenie państw znakujących Kosowo jako przypadek *sui generis*. Rosyjska Duma jasno wyraziła powyższe obawy: „prawo ludów do samostanowienia nie może usprawiedliwiać uznania niepodległości Kosowa przy jednoczesnym sprzeciwie, aby rozważać inne samozwańcze państwa, które uzyskały niepodległość *de facto* wyłącznie własnymi siłami”¹¹⁰. Co więcej, Rosja niejako wprowadziła swoje obawy w czyn, odrywając Osetię Południową i Abchazję od Gruzji. Schemat działania był podobny do tego zastosowanego w 1999 r. – Stany Zjednoczone nie liczą się z głosem Rosji i interweniują zbrojnie w Kosowie, zatem Rosja podejmuje działania zbrojne w Czeczenii. Federacja Rosyjska bardzo szybko uzmysłowiła stronie zachodniej, że niepodległość Kosowa będzie nosiła cechy precedensu.

Siergiej Ławrow, minister spraw zagranicznych Rosji, szybko powiązał także zamieszki w Tybecie z proklamacją niepodległości Kosowa¹¹¹. Nie wydaje się to zupełnie bezpodstawne, gdy prześledzimy wypowiedzi aktywistów różnych ruchów separatystycznych. Daniel Turp, jeden z przedstawicieli Partii Quebeckiej, stwierdził, że Kosowo może pokazywać drogę, jak ominąć referendum w sprawie secesji¹¹². Jeden z członków nacjonalistycznej partii Republiki Serbskiej stwierdził natomiast, że jeśli nielegalny parlament Kosowa ma prawo ogłosić niepodległość, nie ma powodów sądzić, że legalny parlament Republiki Serbskiej nie posiada takowego prawa¹¹³.

Podsumowując, secesja Kosowa jest z pewnością wynikiem złożonych procesów, które tworzą przypadek unikalny. Wątpliwe natomiast jest, czy ta wyjątkowość musiała koniecznie prowadzić do niepodległości. W tym kontekście charakterystyczną cechą Kosowa, niespotykaną zbyt często w relacjach międzypaństwowych, jest wola dużej części społeczności międzynarodowej,

¹⁰⁹ Ch. Borgen, op. cit.

¹¹⁰ Cyt. za Ch. Bergen, op. cit.

¹¹¹ Zob. R. Skidelsky, op. cit.

¹¹² Zasugerował, że wybory do organów przedstawicielskich Quebecu poprzedzające secesję mogą być skuteczniejsze niż powtarzające się referenda; zob. National Post, *Faces No Threat over Kosovo: Experts*.

¹¹³ SETimes, *Bosnian Serb Nationalists Threaten Secession*, dostępne na stronie: <http://www.setimes.com/cocoon/setimes/xhtml/en_GB/features/setimes/features/2008/02/15/feature-01>, dostęp: 30 maja 2010 r.

aby pozbawić jednego z członków ONZ części swojego terytorium bez jego zgody.

Druga cecha, która miała wynikać z wyjątkowości przypadku Kosowa to brak możliwości potraktowania go jako sprawy precedensowej. To „pobożne życzenie” zwłaszcza USA i państw UE zostało prawie natychmiast wprowadzone na ziemię wraz z deklaracjami państw wieloetnicznych (m.in. Rosji, Chin, Indii, Hiszpanii, Gruzji, Cypru, Bośni i Hercegowiny, Ukrainy, Izraela), że nie uznają one Kosowa w związku z obawami o zintensyfikowanie ruchów separatystycznych na ich własnych terytoriach. Także wielu prawników międzynarodowych, na czele z Jamesem Crawfordem (obecnie jednym z największych autorytetów w kwestii powstawania nowych państw), wypowiada się wprost o Kosowie jako o sprawie precedensowej¹¹⁴. Profesor Crawford stwierdza: „Międzynarodowe uznanie niepodległości Kosowa – z pominięciem protestów Serbii – tworzy kłopotliwy precedens”¹¹⁵. Autor podkreśla następnie negatywne konsekwencje z tym związane: „Na świecie jest sto ruchów separatystycznych. Niektóre przypadki są klarowniejsze niż inne, lecz większość spraw jest wyraźnie trudnych. Destabilizacja i tak już wątplych państw w świecie nie jest zasadniczo dobrym pomysłem”¹¹⁶.

Przypadek Kosowa tworzy zatem niebezpieczny precedens, który zamiast wprowadzać stabilizację na Bałkanach już zdążył przyczynić się do zaognienia sytuacji na świecie (*vide*: Gruzja).

5. Podsumowanie

Deklaracja niepodległości Kosowa jest dokumentem niezwykłym. Jest to bowiem żądanie organu o wątpliwym statusie, skierowane do społeczności międzynarodowej, aby ta uznała powstanie nowego państwa na terytorium innego państwa. Jednakże organ ów nie posiada efektywnej kontroli nad terytorium, do którego rości sobie prawa, a prawowity suweren nie zgadza się na takie rozwiązanie. Zostaje jednak pozbawiony możliwości obrony swoich praw przez społeczność międzynarodową, która jednak nie potrafi zająć jednoznacznego stanowiska wobec zaistniałej sytuacji.

Bezsprzecznie rysuje się przed oczami obraz upokorzonego państwa, pod którym chwieją się fundamenty prawa międzynarodowego. Colin Warbrick wskazuje, że nie istnieje w tym prawie norma zezwalająca na ukaranie państwa poprzez utratę terytorium, nawet jeśli miały miejsce poważne naruszenia tegoż prawa¹¹⁷. Komisja Prawa Międzynarodowego zrezygnowała z koncepcji „zbrodni państw” w projekcie dotyczącym odpowiedzialności tych-

¹¹⁴ Zob. *Canada Faces no Threat over Kosovo: Experts*; R. Skidelsky, op. cit.; M. A. Jovanovic, dz. op. cit.; Ch. Borgen, op. cit.

¹¹⁵ Cyt. za *Canada Faces no Threat over Kosovo: Experts*.

¹¹⁶ Tamże.

¹¹⁷ C. Warbrick, op. cit., s. 680, 685.

że. A w sprawie naruszeń praw człowieka w Kosowie jednostki zostały postawione w stan oskarżenia i w dużej mierze już osądzone przez Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii; mimo to Serbia, która już dawno przestała być Serbią Miloševića, pokutuje jako kraj za grzechy swoich byłych przywódców.

Powyższe konstatacje są jednak prawdziwe tylko w sytuacji, gdy mamy do czynienia z secesją *de facto*. W przypadku zaś, gdy uznamy, że ludność Kosowa wykonała prawo do samostanowienia w drodze *remedial secession*, przed oczami powinien zarysować się zupełnie odmienny obraz. Oto prześladowany lud, pozbawiony swoich praw i możliwości porozumienia z poprzednim suwerenem tworzy nowe państwo, co jest jego przyrodzonym uprawnieniem. W tej sytuacji inne reguły prawa międzynarodowego muszą ustąpić.

I tu jednak powstaje poważny dylemat, gdyż teoretyczna koncepcja secesji jako *remedium* nie daje się zastosować bez zastrzeżeń do przypadku Kosowa. Możemy zatem uznać, że uległa ona zasadniczemu poszerzeniu i, *de facto*, rozmyciu lub odrzucić możliwość zastosowania omawianej teorii w tej sytuacji.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, najbardziej trafne wydaje się zastosowanie analogii pojęciowej do przypadku Bangladeszu. James Crawford użył zwrotu *fait accompli*, określając wybiecie się na niepodległość tego kraju¹¹⁸. A zatem był to „fakt dokonany, utrudniający powrót do stanu poprzedniego”¹¹⁹, zaistniały w wyniku zewnętrznej interwencji zbrojnej w towarzystwie wyjątkowych okoliczności. Stopień represji stosowany przez armię pakistańską spowodował przekroczenie progu, po którym ponowne przyłączenie tego regionu do Pakistanu było niemożliwe do zaakceptowania. Zatem społeczność międzynarodowa zaczęła uznawać niepodległość Bangladeszu jeszcze przed uznaniem jej przez Pakistan – może nie było to legalne (*legal*), lecz z pewnością słuszne (*legitimate*).

Podobieństwa Bangladeszu i Kosowa w kwestii zarówno zaistniałych okoliczności jak i reakcji państw są uderzające. Przy kwalifikacji prawnej powstania pierwszego z nich, ONZ nie odniosła się do zasady samostanowienia, mimo solidnych ku temu powodów¹²⁰. Już na pierwszy rzut oka widać tu najważniejsze przesłanki, konstytuujące koncepcję *remedial secession*. Chronologicznie rzecz biorąc, to jednak secesja Bangladeszu przyczyniła się do ukształtowania powyższej koncepcji, a nie na odwrót. Jednakże przypadek Kosowa miał miejsce wówczas, gdy wskazana teoria była już ugruntowana. Cóż zatem stanęło na drodze takiej kwalifikacji przez ONZ? Jak się wydaje, była to obawa przed daleko idącymi konsekwencjami, a także brak konsensusu wśród kluczowych państw odnośnie do zgodności z prawdą wydarzeń, które miały mieć miejsce w Kosowie, i które miały taką kwalifikację umożliwić.

¹¹⁸ J. Crawford, op. cit., s. 415–416.

¹¹⁹ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, dostępny na stronie: <<http://www.slownik-online.pl/kopaliniski/D1088AA9EABE1376412565BF002A4DAB.php>>, dostęp: 31 maja 2010 r.

¹²⁰ Zob. J. Crawford, op. cit., 415.

Zatem tak jak w przypadku Bangladeszu, na drodze prawa międzynarodowego stają „wyjątkowe okoliczności”, które czynią z secesji Kosowa *fait accompli*. Powstanie Kosowa wymyka się zatem z ram *stricte* prawnych, będąc rozwiązaniem po prostu moralnie słusznym. A jak wiemy, państwa jako społeczność są dysponentami prawa międzynarodowego i to, co dziś jest niezgodne z tym systemem prawnym, za sprawą globalnego konsensusu staje się uprawnione. W myśl tej zasady można odczytywać treść opinii doradczej MTS. Trybunał, jak się wydaje, swoją powściągliwością chciał uniknąć sytuacji, w której musiałby stanąć w roli prawodawcy.

Na koniec, w kontekście sprawy Kosowa zasadne wydaje się poczynienie kilku uwag o miejscu, w którym znajduje się obecnie prawo międzynarodowe oraz stosunki międzynarodowe. Po czasach dwupodziału świata na obóz kapitalistyczny i obóz socjalistyczny społeczność międzynarodowa wydaje się ciągle borykać z problemem przystosowania instytucji ponadnarodowych do nowej sytuacji. Rada Bezpieczeństwa jest ciągle niewydolna decyzyjnie, gdy chodzi o sprawy dotyczące bezpośrednio obszarów będących dawną strefą wpływów mocarstw w niej zasiadających. Zatem dwupodział świata nie został wcale zniwelowany, a prawo międzynarodowe – ponad dwadzieścia lat po upadku muru berlińskiego – nie jest w stanie uporać się z jego konsekwencjami. Kolejnym problemem, który będzie z pewnością narastał jest kwestia odnalezienia realnych, skutecznych i sprawiedliwych reguł, które pozwolą na pokojowe funkcjonowanie państw wieloetnicznych. Rozwiązań obu wskazanych problemów prawo międzynarodowe wydaje się coraz wyraźniej poszukiwać w powrocie do koncepcji prawnonaturalnych, które przenikają i „rozpuszczają” dosyć skostniałe i sztywne zasady, będące podstawą stosunków międzynarodowych w poprzednim wieku (jak choćby zasada suwerenności, integralności terytorialnej czy zakaz użycia siły).

INDEPENDENT KOSOVO, INTERNATIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS – AN ATTEMPT TO FIND A COMMON GROUND

Key words: Kosovo, human rights, territorial integrity, sovereignty, precedent, state recognition, remedial secession.

Summary

The aim of this article is to find the legal basis for Kosovo statehood in international law. The author, taking into consideration the restrained opinion of ICJ on the legality of Kosovo declaration of independence, analyses the possible legal qualifications of the secession. Firstly, the Security Council Resolution 1244 (1999) is being examined in order to find regulations allowing the People of Kosovo to establish their own country without consent of Serbia and international society. In the next section, the author introduces the concept of remedial secession. Within this concept it is analyzed whether Albanian Kosovars may be treated as a „people” and whether the humanitarian situation before the NATO intervention in 1999 was severe enough to use the concept of remedial secession. Lastly, the possible different ways of solving the discussed problem are being examined. In the next part the author considers the

possible qualification of Kosovo secession as a *de facto* secession. The criteria of statehood taken from Montevideo Convention from 1933 and the principle of effectiveness are being considered in relation to Kosovo situation.

The next paragraph is dedicated to the institution of state recognition and the reaction of international society on the Kosovo declaration of independence. In the end of the article the author contemplates the case of Kosovo as *sui generis* and *fait accompli*. In closing remarks there are some notices concerning the contemporary condition of international law.

Mariusz Lewandowski

doktorant w Katedrze Praw Człowieka Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

Realizacja art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w Europie Środkowo-Wschodniej. Przegląd orzecznictwa strasburskiego

Słowa kluczowe: tortury, niehumanitarne lub poniżające traktowanie oraz karanie, siły policyjne, nadmierna siła, pozbawieni wolności, przemoc na tle rasowym, prześludnione cele, warunki higieniczne i sanitarne.

Wysoko rozwinięta kultura prawna Europy, tradycyjne przywiązanie do rządów prawa, a nade wszystko pamięć doświadczeń drugiej wojny światowej, obozów koncentracyjnych, praktyk gestapo i podobnych formacji terroru, jak i krzywd poczynionych przez tajne i oficjalne służby w środkowych i wschodnich państwach Starego Kontynentu, zwłaszcza w tzw. okresie stalinowskim, nie pozwalają pozostać jej obojętną na zachodzące przypadki niehumanitarne i poniżającego traktowania jednostek ludzkich, nie mówiąc już o torturach¹. Państwa, a przede wszystkim instytucje europejskie wyposażone w odpowiednie atrybuty, żywo reagują na takie naruszenia, które w dużej mierze są echem poprzedniego ustroju politycznego Europy Środkowo-Wschodniej, ale nie można wykluczyć też zjawisk nowych, stanowiących zapowiedź kolejnych wypaczeń. Głównym forum takiej reakcji, a w konsekwencji ostrej krytyki jest Rada Europy, *in primis* Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu oraz Europejski Komitet Zapobiegania Torturom.

Uwagi ogólne na tle art. 3 Konwencji Europejskiej

Europejska Konwencja Praw Człowieka² w art. 3 stanowi, iż „Nikt nie może być poddany torturom ani niehumanicznemu lub poniżającemu traktowaniu

¹ G. Michałowska, *Ochrona praw człowieka w Radzie Europy i Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 116.

² Konwencja Rady Europy, otwarta do podpisu 4 listopada 1950 r., Dz.U. 93 nr 61, poz. 284.

albo karaniu”. Podobny przepis zawierają także Powszechna Deklaracja Praw Człowieka³, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁴, Amerykańska Karta Praw Człowieka⁵ oraz Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów⁶. Wymienione dokumenty zawierają niewielkie różnice w sensie jakościowym regulacji, ale najważniejsze jest, iż konstytuowana przez nie wolność od tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania ma status wolności chronionej w sposób absolutny.

Przywołany art. 3 Konwencji zawiera jedną z najbardziej podstawowych wartości demokratycznych społeczeństw⁷. Zakaz tortur oraz niehumanitarnego albo poniżającego traktowania lub karania nie podlega derogacji na wypadek wojny lub w obliczu innego niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu⁸. Nawet w najtrudniejszych okolicznościach, takich jak zwalczanie terroryzmu i przestępczości zorganizowanej bezwzględnie pozostaje aktualny; *a minori ad maius* nie dopuszcza się jego jakichkolwiek ograniczeń *ad casum*. Potwierdził to Trybunał Strasburski w swoim orzecznictwie, *expressis verbis* stanowiąc, iż „zakazuje w sposób absolutny tortur(...), niezależnie od okoliczności i sposobu zachowania ofiary”⁹. Innymi słowy, nadaje on art. 3 charakter prawa bezwzględnego¹⁰.

Konfrontując treść art. 1 EKPCz, który zobowiązuje państwa–strony do zapewnienia każdemu człowiekowi podlegającemu ich jurysdykcji praw i wolności określonych w Rozdziale I Konwencji, z art. 3, należy zauważyć, iż muszą one podejmować kroki gwarantujące, aby osoby te nie były poddane torturom ani złemu traktowaniu. Środki takie powinny zapewniać ochronę skuteczną, zwłaszcza dzieci i innych osób bezbronnych oraz umożliwiać zapobieżenie takim negatywnym praktykom, o którym władze krajowe powinny były wiedzieć¹¹. Warto przytoczyć w tym miejscu sprawę M.C. przeciwko Bułgarii, dotyczącą niewłaściwego sposobu prowadzenia postępowań karnych w sprawach o gwałt, w której Trybunał wskazał, że zgodnie ze współczesnymi standardami i procesami obowiązek państw ochrony przed traktowaniem i karaniem niezgodnym z art. 3 musi również obejmować penalizację i skuteczne

³ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III) przyjęta i proklamowana dnia 10 grudnia 1948 r., art. 5.

⁴ Otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U.77 nr 38 poz. 167, art. 7.

⁵ «Pact of San Jose, Costa Rica» z dnia 22.11.1969 r.

⁶ African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights, Adopted on 17 June 1981, art. 5.

⁷ Zob. orzeczn. Labita przeciwko Włochom [GC], nr 26772/95, 6.4.2000, § 119, ECHR 2000-IV.

⁸ Zob. orzeczenie Soering przeciwko Wielkiej Brytanii z dnia 7 lipca 1989r., A. 161, § 88.

⁹ Zob. orzeczn. Iwańczuk przeciwko Polsce z dnia 15 listopada 2001 r., Sekcja IV, skarga nr 25196/94, § 49.

¹⁰ EKPCz, art. 15 ust. 1, 2.

¹¹ Zob. orzeczn. Z. i inni przeciwko Wielkiej Brytanii z 10 maja 2001 r., Wielka Izba, skarga nr 29392/95, § 73, RJD 2001.

ściganie każdego niedobrowolnego aktu seksualnego, także w sytuacji, gdy jego ofiara nie stawia oporu¹².

Przedmiotem art. 3 są tortury oraz niehumanitarne i poniżające traktowanie lub karanie. Organy Konwencji Europejskiej dla wykładni pojęcia „tortur” posługują się definicją przyjętą w art. 1 konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania z 10 grudnia 1984 r.¹³. Wynika z niej, że torturą jest każde działanie, za pomocą którego osobie torturowanej umyślnie zadaje się dotkliwy ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, aby uzyskać od niej lub od osoby trzeciej informacje lub wyznania, aby ukarać ją za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także aby zastraszyć lub wywrzeć nacisk na nią lub osobę trzecią albo w innym celu wynikającym z dyskryminacji w jakiejkolwiek formie, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub też z ich polecenia albo za ich wyraźną czy milczącą zgodą¹⁴. Nie obejmuje to bólu lub cierpienia wynikającego jedynie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie z nimi związanego lub przypadkowego.

Na podstawie orzecznictwa strasburskiego przyjmuje się, że tortury są formą szczególną umyślnego, niehumanitarnego traktowania powodującego bardzo poważne i dotkliwe cierpienie¹⁵.

Trybunał uznaje traktowanie za niehumanitarne m.in. wtedy gdy, podjęto je z premedytacją, stosowano bez przerwy, powodując obrażenia lub poważne cierpienie fizyczne lub psychiczne¹⁶. Natomiast, w związku z pojęciem „poniżające traktowanie” ETPCz podkreślił, że nie można takiego stwierdzić, jeśli nie było poniżenia lub upodlenia ofiary choćby w minimalnym stopniu. Ocena tego stopnia jest jednak względna i zależy od okoliczności konkretnej sprawy¹⁷. Mianowicie, traktowanie można uznać za poniżające, jeżeli rodzi u ofiary poczucie strachu i poniżenia, prowadzące do upodlenia, którego skutkiem może być załamanie fizyczne i psychiczne. Nadto wystarczy, że ofiara czuje się poniżona we własnych oczach.

Trybunał bada również, czy celem postępowania wobec jednostki jest poniżenie i upodlenie oraz czy – biorąc pod uwagę skutki – negatywnie wpłynęło ono na osobowość ofiary w sposób sprzeczny z art. 3¹⁸.

¹² Zob. orzeczn. M. C. p-ko Bułgarii z dnia 4 grudnia 2003 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 39272/98, § 166.

¹³ Dz.U. 1989 nr 63, poz. 378.

¹⁴ Por. B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 249.

¹⁵ M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2006, s. 104.

¹⁶ Zob. orzeczn. Kałasznikow przeciwko Rosji z dnia 15 lipca 2002 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 47095/99, § 96–97.

¹⁷ Zob. orzeczn. Iwańczuk przeciwko Polsce, § 50.

¹⁸ Ibidem, § 52.

Należy dodać, iż nawet cierpienie wynikające z naturalnej choroby – fizycznej lub umysłowej – może być objęte jego ochroną, gdy jest lub może być na skutek złego traktowania intensyfikowane, np. w związku z warunkami aresztowania, za które władze ponoszą odpowiedzialność¹⁹.

Wspólnym mianownikiem opisanych wyżej terminów oraz fundamentem stwierdzenia naruszenia standardu Konwencji w przedmiotowej materii jest przekroczenie pewnego minimalnego poziomu dolegliwości danej formy traktowania lub karania człowieka²⁰, które będzie zależało od m.in. długości okresu złego traktowania, jego skutków psychicznych i fizycznych, a w niektórych okolicznościach płci, wieku i stanu zdrowia podmiotu.

Należy zauważyć, zgadzając się z B. Gronowską, iż praktyka orzecznicza Trybunału Strasburskiego na tle art. 3 Konwencji ukazuje niezwykle zróżnicowane sytuacje, co jest odbiciem wielowarstwowości przedmiotu ochrony tego przepisu – godności osobowej²¹. Obejmowała ona sprawy najcięższe pod względem gatunkowym (Salman przeciwko Turcji, wyrok z dnia 27 czerwca 2000r.), poprzez okazjonalne zastosowania w sposób nadmierny środków przymusu bezpośredniego w trakcie czynności służbowych i interwencji (Assenov przeciwko Bułgarii, wyrok z dnia 28 października 1998r.), aż po przypadki «ekscentrycznego» nękania osoby (Jankow przeciwko Bułgarii, wyrok z dnia 11 grudnia 2003r. dotyczący przymusowego zgolenia włosów więźniowi)²².

Wolność jednostki od tortur i traktowania w sposób przewidziany w art. 3 nabiera szczególnego znaczenia, przede wszystkim, w warunkach rozumianego *sensu largo* systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. *In primis*, do naruszeń tego artykułu wielokrotnie dochodzi w trakcie czynności służbowych, interwencji, zatrzymań dokonywanych przez funkcjonariuszy publicznych. Tortury, poniżające lub niehumanitarne traktowanie jest również realnym zagrożeniem dla osób już zatrzymanych, aresztowanych, przetrzymywanych w warunkach detencji.

Na szczególną uwagę zasługuje, w tym kontekście, sytuacja osób odbywających karę pozbawienia wolności. Już samo przymusowe «zamknięcie» mocno uderza w sferę godności człowieka, a skrajne warunki panujące w zakładach karnych, które są mankamentem i wizytówką systemu penitencjarnego Europy środkowo – wschodniej, mogą prowadzić do deprawacji jego wartości i dehumanizacji, co jest jawnie sprzeczne z art. 3.

Nadto, Trybunał rozpatrywał wolność od tortur w aspekcie zakazu wydalenia cudzoziemca z terytorium państwa do kraju, w którym istnieje realne ryzyko, iż zostanie on tam poddany torturom, niehumanitarnej bądź poniża-

¹⁹ Orzec. Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii z dnia 29 kwietnia 2002 r., skarga nr 2346/02, § 52.

²⁰ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, op. cit., s. 251.

²¹ Ibidem, s. 250.

²² Por., orzec. Salman przeciwko Turcji z dnia 27 czerwca 2000 r., skarga nr 21986/93, § 110–117, orzec. Assenov przeciwko Bułgarii z dnia 28 października 1998 r., § 90–106, orzec. Jankow przeciwko Bułgarii z dnia 11 grudnia 2003 r., skarga nr 39084/97, § 99–122.

jącemu traktowaniu lub karaniu. Jest to bezsprzeczny standard strasburski, któremu ETPCz dał wyraz w orzeczeniu Shamayev i 12 innych osób przeciwko Rosji i Gruzji²³.

Wskazane pejoratywne zjawiska związane z wymiarem sprawiedliwości i systemem penitencjarnym, które mają notorycznie miejsce w państwach Europy Środkowo-Wschodniej, w dużej mierze stanowią relikty dawnego ustroju, który przez wiele lat obowiązywał na ich terytorium. Pod rządami tamtego ustroju, sprzeczne z Konwencją postępowanie funkcjonariusza publicznego było codziennością i spotykało się z pochwałami i aprobatą przełożonych. Nie sposób jednak całego zła sprowadzić do następstw przeszłości. Tym samym, należy zgodzić się z G. Michałowską, która zaznacza, iż przypadki nieludzkiego lub poniżającego traktowania, rzadziej tortur, wielokrotnie rodzą się ze zwyrodnień pojedynczych jednostek²⁴. Autorka w ten sposób próbuje uzasadnić *gros* skarg do ETPCz na naruszenia art. 3 Konwencji Europejskiej, skierowanych przeciwko państwom demokratycznego Zachodu²⁵.

Europejski Komitet Zapobiegania Torturom

Zagadnienia związane z ochroną przed torturami lub innym nieludzkim bądź poniżającym traktowaniem są uregulowane w systemie europejskim nie tylko w EKPCZ, ale również w Europejskiej Konwencji o Zapobieganiu Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu²⁶, którą Komitet Ministrów Rady Europy przyjął 26 czerwca 1987 r. Geneza przyjęcia tej Konwencji wynika z jej Preambuły, w której nawiązano do art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i podkreślono, że mechanizm w niej ustanowiony odnosi się do osób, które twierdzą, że już padły ofiarą naruszenia tego artykułu, zatem konieczne i uzasadnione było wprowadzenie środków pozasądowych o charakterze prewencyjnym, opartym na wizytacjach²⁷. Innymi słowy, uznano, że system ochrony oparty na skargach indywidualnych i skargach między państwami wymaga uzupełnienia środkami o charakterze prewencyjnym.

Wskazaną lukę wypełnił Komitet (o nazwie odpowiadającej tytułowi Konwencji z 1987 r.), który swoją działalność opiera na wizytacjach w każdym, podlegającym jurysdykcji państwa – strony miejscu, „gdzie ludzie są

²³ Orzec. z kwietnia 2005 r., Izba (Seksja II), skarga nr 36378/02, § 375.

²⁴ G. Michałowska, op. cit., s. 116.

²⁵ Przykładowo: orzec. Selmouni przeciwko Francji z dnia 28 lipca 1999 r., Wielka Izba, skarga nr 25803/94, § 70–105; orzec. Caloc przeciwko Francji z dnia 20 lipca 2000 r., Izba (Seksja III), skarga nr 33951/96, § 75–109.

²⁶ Dz.U. 95, nr 46 poz. 238 i 239.

²⁷ Por. Z. Hołda, *Europejskie Standardy Ochrony Praw Człowieka a Ustawodawstwo Polskie. Komitet Zapobiegania Torturom Rady Europy*, pod. red. E. Dyni i C.P. Kłaka, Rzeszów 2005, s. 45.

pozbawieni wolności przez władze publiczne”²⁸. Obejmuje to wszelkiego typu więzienia, areszty, zakłady dla nieletnich, szpitale psychiatryczne, izby wytrzeźwień etc... Mogą to być zarówno zakłady publiczne jak i niepubliczne²⁹.

Wizytacje Komitetu dzielą się na okresowe, które odbywają się regularnie w każdym z państw–stron co 4 lata, oraz tzw. wizytacje *ad hoc*, podejmowane w określonych warunkach jako konieczne³⁰. Wizytacja każdorazowo, niezależnie od charakteru, wymaga uprzedniej notyfikacji³¹.

Po przeprowadzeniu wizytacji Komitet sporządza sprawozdanie dotyczące okoliczności ustalonych podczas jej trwania, mając na uwadze zastrzeżenia przedstawione przez wizytowane państwo³². Oprócz tego, może on przekazać państwu zalecenia czy w trybie konsultacji zaproponować poprawę ochrony osób pozbawionych wolności³³. Należy odnotować, że jeżeli państwo–strona odmawia kooperacji czy zastosowania się do zaleceń Komitetu, może on zadecydować kwalifikowaną większością (2/3) głosów o wydaniu publicznego oświadczenia w tej sprawie. Taka praktyka miała miejsce dotychczas m.in. w stosunku do Rosji i Turcji³⁴.

Trzeba podkreślić, iż Europejski Komitet Zapobiegania Torturom nie jest organem sądowym i nie wyręcza Trybunału Strasburskiego w orzekaniu w przedmiocie naruszenia art. 3 EKPCZ, ograniczając się do działań prewencyjnych.

Opisywany organ, w toku swojej działalności, sformułował autonomiczne definicje pojęcia „tortur” oraz „niehumanitarnego” czy „poniżającego” traktowania. Jego zdaniem, termin „tortur” jest zarezerwowany do określenia dolegliwości fizycznych zadawanych przez funkcjonariuszy policyjnych instrumentalnie (np. celem wymuszenia zeznań). Natomiast, pojęcia traktowanie „niehumanitarne” lub „poniżające”, stosowane razem lub osobno, służą do określania rozmaitych przypadków dolegliwości wynikających z warunków uwięzienia, głównie warunków bytowych, mieszkalnych, gdzie element celowego działania nie występuje³⁵.

Co ciekawe, przytoczone definicje Komitetu wchodzi w polemikę z rozumieniem tych pojęć przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Dla przypomnienia – na tle jego orzecznictwa – tortury, niehumanitarne i poniżające traktowanie to formy niedopuszczalnego postępowania różniące się stopniem dolegliwości, gdzie tortury zawsze są kwalifikowaną postacią naruszenia. Nie bada się natomiast w Strasburgu, intencjonalności dokonanych naruszeń

²⁸ Europejska Konwencja o Zapobieganiu..., art. 2.

²⁹ Z. Hołda, op. cit., s. 46.

³⁰ Europejska Konwencja o Zapobieganiu..., art. 7.

³¹ Ibidem, art. 8.

³² G. Michałowska, op. cit., s. 118.

³³ Europejska Konwencja o Zapobieganiu..., art. 10.

³⁴ Zob. Z. Hołda, op. cit., s. 48.

³⁵ Zob. Sprawozdanie dla polskiego rządu z wizyty w Polsce przeprowadzonej przez Europejski Komitet ds. Zapobiegania Torturom lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu 8–19 maja 2000 r., § 63.

dla potrzeb ich zakwalifikowania do jednej z trzech wymienionych postaci pogwałcenia wolności z art. 3.

Wymaga odnotowania, iż Polska ratyfikowała Europejską Konwencję o Zapobieganiu Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu w 1994 r. i jak do tej pory trzykrotnie była wizytowana, nigdy *ad hoc*, przez Komitet, odpowiednio w roku 1996, 2000 i 2004.

Pozycja i znaczenie wskazanej Konwencji wzrosły w 2002 r., kiedy wszedł w życie protokół nr 1 do niej, upoważniający Komitet Ministrów Rady Europy do zaproszenia do przystąpienia do Konwencji każdego państwa nie będącego członkiem organizacji³⁶.

Przestrzeganie art. 3 a postępowanie organów aparatu wykonawczego

W państwach Europy Środkowo-Wschodniej art. 3 Konwencji Europejskiej jest notorycznie naruszany przez siły policyjne i więzienne przy interwencjach służbowych, w szczególności przy zatrzymaniach. Wielokrotnie funkcjonariusze używają nadmiernej siły do zatrzymania osoby i tym samym dopuszczają się pobicia podejrzanego. Przykładem takiej tendencji jest sprawa Rehbock przeciwko Słowenii³⁷, w której trzynastu policjantów podczas planowanej akcji dokonało zatrzymania trzech obywateli słoweńskich, dotkliwie bijąc jednego z nich. Znamienne jest, iż osoby podejrzane nie zagrażały policjantom, nie nosiły ostentacyjnie broni ani nie stawiały czynnego oporu, a operacja policji była sumiennie przygotowana i nie obrała nieoczekiwanego obrotu, co mogłoby w części uzasadnić użycie przez władze siły o dużym natężeniu.

Oczywiście, nie można wykluczyć stosowania środków przymusu bezpośredniego przez siły prewencyjne, jednakże – jak podkreśla Trybunał – użycie siły przy zatrzymaniu musi być nieodzowne i nie może być nadmierne. Takiego testu nie zdała interwencja policjantów bułgarskich, którzy podczas patrolu dotkliwie pobili czternastoletniego chłopca, którego to przypadku dotyczyła sprawa Vasilev przeciwko Bułgarii³⁸. Mając na uwadze stopień doznanych przez niego obrażeń, przewagę fizyczną policjantów nad nim oraz okoliczności sprawy, nie można nie zgodzić się z Trybunałem, który jednogłośnie stwierdził, iż zastosowane środki przymusu były nadmierne, zarówno pod względem ich intensywności, jak i okresu ich stosowania, w szczególności, że art. 3 zakazuje nieludzkiego traktowania w sposób absolutny, niezależnie od zachowania ofiary.

Na terytorium przedmiotowych państw mają miejsce przypadki stosowania przemocy wobec pozbawionych wolności, *in primis*, zatrzymanych czy

³⁶ M. A. Nowicki, op. cit., s. 114.

³⁷ Orzec. z dnia 28 listopada 2000 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 29462/95, § 65–81.

³⁸ Orzec. z dnia 12 kwietnia 2007 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 48130/99, § 55–65.

tymczasowo aresztowanych. Trybunał w sprawie Dzwonkowski przeciwko Polsce³⁹ wskazał, iż sięganie po siłę fizyczną, która nie była ściśle konieczna w stosunku do osoby pozbawionej wolności ze względu na jej własne zachowanie, uderza w ludzką godność i stanowi w zasadzie naruszenie prawa zagwarantowanego w art. 3. Rząd musi wykazać przy pomocy wiarygodnych argumentów, że intensywne środki, które doprowadziły do licznych obrażeń, nie były nadmierne⁴⁰. Należy zauważyć, iż przy ich ocenie ETPCZ nie lekceważy ani potencjału przemocy w środowisku więziennym, ani tego, że ryzyko nieposłuszeństwa ze strony aresztowanych może doprowadzić do przelewu krwi i wymagać sięgnięcia przez władze po pomoc sił porządkowych⁴¹.

Przy rozpatrywaniu skarg z tytułu nieludzkiego traktowania aresztantów Trybunał posługuje się konstrukcją domniemania, z której wynika, że jeśli osoba pozbawiona wolności lub pozostająca pod kontrolą policji doznała obrażeń, sugeruje to poważne domniemanie stosowania wobec niej przemocy. Tym samym, jeżeli jednostka została przyjęta do aresztu w stanie dobrym, a przy zwolnieniu zanotowano ślady obrażeń, na państwie ciąży obowiązek przedstawić uzasadnione wyjaśnienia ich źródła. Takie domniemanie znalazło zastosowanie w przytoczonym już przypadku Dzwonkowskiego i w sprawie Colibaba przeciwko Mołdawii⁴².

Zdarza się, iż stosowanie nadmiernych środków przymusu bezpośredniego przez władze porządkowe ma miejsce na tle rasowym. W kazusie Osman (Bułgar pochodzenia tureckiego) przeciwko Bułgarii⁴³, policjanci uczestniczący w eksmisji dopuścili się użycia siły do opanowania protestu skarżących. Jednakże intensywność ich reakcji była nieproporcjonalna, dodatkowo towarzyszyły temu niszczenie mienia przy pomocy ciężkich maszyn i obrazy słowne, poczynione na tle pochodzenia ofiar. Co do ostatniego, Trybunał nie był przekonany, czy zostały w pełni wyczerpane przesłanki postawy rasistowskiej i powiązał obelżywe wypowiedzi bezpośrednio ze sporem związanym z zajmowaniem terenu. Natomiast ETPCZ nie miał już żadnych wątpliwości w sprawie Cobzaru (Roma) przeciwko Rumunii⁴⁴, w której stanowił, że przemoc na tle rasowym jest szczególnym zamachem na godność ludzką i wymaga od władz państwa specjalnej czujności oraz stanowczej reakcji. Są one zobligowane wszelkimi dostępnymi środkami zwalczać rasizm i związane z nim akty przemocy oraz dbać w ten sposób o demokratyczną wizję społeczeństwa, w którym różnorodności nie postrzega się jako zagrożenia, ale jako źródło bogactwa⁴⁵. Trybunał dodał, iż obowiązek państwa dotyczący badania

³⁹ Orzec. z dnia 12 kwietnia 2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 46702/99, § 43–67.

⁴⁰ Ibidem, § 51.

⁴¹ Orzec. Shamayev i 12 innych osób przeciwko Rosji i Gruzji z dnia 12 kwietnia 2005 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 36378/02, § 375.

⁴² Orzec. z 23 października 2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 29089/06, § 43.

⁴³ Orzec. z 16 lutego 2006r., Izba (Sekcja I), skarga nr 43233/98, § 56.

⁴⁴ Orzec. z 26 lipca 2007r., Izba (Sekcja III), skarga nr 48254/99, § 97.

⁴⁵ Podane za M. A. Nowicki, *Europejski Komitet Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2007*, s. 66.

możliwych elementów rasistowskich w aktach przemocy nie jest absolutny, ale wymaga daleko idącej staranności.

Cechą charakterystyczną dla przypadków naruszeń art. 3, aktualną dla funkcjonariuszy wszystkich państw, w tym państw środkowo-wschodniej części Starego Kontynentu, jest brak przeprowadzenia odpowiedniego śledztwa w przedmiocie pociągnięcia do odpowiedzialności tych funkcjonariuszy. W przypadku pogwałcenia art. 3 wymagane jest skuteczne urzędowe śledztwo, pozwalające na ustalenie i ukaranie osób odpowiedzialnych. W innym przypadku, ogólny zakaz tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania i karania, w oderwaniu od jego fundamentalnego znaczenia, byłby nieskuteczny w praktyce, a w skrajnych wypadkach umożliwiałyby funkcjonariuszom całkowicie bezkarne naruszanie praw osób pozostających pod ich kontrolą⁴⁶. W wielu sprawach ETPCZ stwierdzał, iż wskazane standardy nie zostały wypełnione, śledztwa były nieskuteczne, powierzchowne, nieobiektywne, a ich konkluzje nie miały oparcia w starannej analizie faktów⁴⁷. Powyższa nieprawidłowość silnie związana jest z negatywnymi zjawiskami, towarzyszącymi grupie zawodowej funkcjonariuszy, tj. z hermetycznością, wyalienowaniem oraz ich – najczęściej – nieetyczną solidarnością zawodową. Nie ulega zatem wątpliwości, iż konieczne i zasadne jest wprowadzenie kontroli przedmiotowej działalności funkcjonariuszy prowadzonej przez niezawisły i bezstronny organ, która to kontrola przyczyniłaby się do efektywnego prowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Istotnym mankamentem jest również częstokroć nieuzasadnione uniemożliwienie więzionym kontaktowania się z adwokatem, jak w sprawie Shamayeva i 12 innych osób przeciwko Rosji i Gruzji. *Signum specificum* tej sprawy było również poważne utrudnianie przez władze rosyjskie sprawowania międzynarodowego monitoringu nad prawami więzionych, co jest notoryczne w przypadku aresztowań w związku z konfliktem czeczeńskim. Nadto, Trybunał z niepokojem odebrał raport Międzynarodowej Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, iż międzynarodowa pomoc na północnym Kaukazie staje się coraz bardziej sporadyczna, co powoduje prawie całkowity brak niezbędnych środków i pomocy z zewnątrz⁴⁸.

Trybunał wielokrotnie podkreślał, iż z racji absolutnego charakteru zakazu tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania każdorazowo ciąży nad władzami powinność przedstawienia przekonujących i wiarygodnych argumentów pozwalających wyjaśnić lub usprawiedliwić postępowanie, w szczególności siłę, użytą podczas interwencji policyjnej⁴⁹. Ten obowiązek jest konsekwencją przywołanego wcześniej domniemania złego traktowania osoby, która doznała obrażeń podczas pozostawiania pod kontrolą służb mundurowych. W tym kazusie ETPCZ przypomniał także, że organa Konwencji

⁴⁶ Orzec. Colibaba przeciwko Mołdawii, § 53; Cobzaru przeciwko Rumunii, § 65.

⁴⁷ Orzec. Dzwonkowski przeciwko Polsce, § 48.

⁴⁸ Orzec. Shamayev i inni przeciwko Gruzji i Rosji, § 234–244.

⁴⁹ Por. orzec. Rehbock przeciwko Słowenii, § 67.

mają swobodę nadania kwalifikacji prawnej faktom uznanym za ustalone na podstawie przedstawionych dowodów w sposób odmienny niż skarżący lub mogą inaczej te fakty postrzegać i w żadnym wypadku nie są związane dokonaną przez niego kwalifikacją prawną⁵⁰.

Na szczególną uwagę zasługuje zagadnienie sytuacji prawnej ofiar stosowania przemocy przez służby mundurowe, które jako osoby podejrzane, zatrzymane czy też tymczasowo aresztowane są w świetle prawa nadal niewinne. Wynika to *expressis verbis* z tzw. zasady domniemania niewinności, która obowiązuje do chwili uprawomocnienia się orzeczenia stwierdzającego odpowiedzialność karną sprawcy⁵¹. Mając na uwadze powyższy standard oraz okoliczność, że aresztowani pozostają pod całkowitym nadzorem władz, sposób ich traktowania musi być poddany skrupulatnej kontroli na podstawie EKPCZ⁵².

W przedmiocie poniżającego traktowania osób pozbawionych wolności należy przywołać sprawę Jankow przeciwko Bułgarii⁵³, która jest nietypowa z tej racji, iż dotyczy przymusowego ogolenia głowy więźniowi. Trybunał zaznaczył, iż prowadzi to do przymusowej zmiany wyglądu jednostki, która z dużym prawdopodobieństwem może łączyć się z uczuciem poniżenia i zamachu na jej godność. W zależności od sytuacji takiej osoby oraz okoliczności działania sprawców i jego celu, taki zamach może spełnić przesłanki poniżenia. Oprócz tego, w przywołanym orzeczeniu zostało podniesione, że karanie⁵⁴ więźniów za rzekomo fałszywe oskarżenia dotyczące warunków panujących w więzieniu oraz działań administracji penitencjarnej, uwzględniając *sui generis* zależność osób pozbawionych wolności, jeśli ma być uznane za konieczne w demokratycznym społeczeństwie, wymaga szczególnie solidnego uzasadnienia⁵⁵. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż granice krytyki funkcjonariuszy wymiaru sprawiedliwości, jak i zwykłych urzędników, z uwagi na pełnione przez nich funkcje, są bardziej elastyczne niż w odniesieniu do osób prywatnych⁵⁶.

Cechy nietypowości nie można odmówić także kazusowi Nevmerzheritsky przeciwko Ukrainie⁵⁷, w którym ETPCZ rozważał, czy przymusowe karmienie może być w pewnych okolicznościach poniżającym traktowaniem, zakazanym w oparciu o art. 3 Konwencji Europejskiej, oraz analizował konflikt,

⁵⁰ Ibidem, § 62–64.

⁵¹ Zob. EKPCZ, art. 6 ust. 2.

⁵² Orzec. Iwańczuk przeciwko Polsce z dnia 15 listopada 2001 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 25196/94, § 53; podobnie orzec. Kałasznikow przeciwko Rosji z dnia 15 lipca 2002 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 47095/99, § 95.

⁵³ Orzec. z dnia 11 grudnia 2003 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 39084/97, Reports of Judgments and Decisions 2003-XII.

⁵⁴ Na marginesie: Jankow został ukarany karą dyscyplinarną za wypowiedzi zawarte w rękopisie książki.

⁵⁵ Orzec. Jankow przeciwko Bułgarii, podane za M. A. Nowicki, *Nowy...*, s. 312.

⁵⁶ Por. Orzec. Janowski przeciwko Polsce z dnia 21 stycznia 1999 r., skarga nr 25716/94, § 33.

⁵⁷ Orzec. z dnia 5 kwietnia 2005 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 54825/00, § 89.

którego Konwencja sama nie rozwiązuje, a mianowicie, między prawem jednostki prowadzącej głódówkę do integralności fizycznej a obowiązkiem państwa na podstawie art. 2 (ochrony życia). Jako konkluzję z przeprowadzonych rozważań przedstawił stanowisko, że środek wymagany ze względu na potrzebę określonej terapii nie może być co do zasady uznany za niehumanitarny lub poniżający⁵⁸. Analogicznie należy podejść do kwestii przymusowego karmienia, niezbędnego dla ratowania życia aresztanta, świadomie odmawiającego przyjmowania pokarmu⁵⁹. Owa niezbędność musi znaleźć potwierdzenie w niezależnej i sumiennie przygotowanej opinii medycznej.

Dla uzyskania pełnego obrazu ochrony praw z art. 3 EKPCZ warto wskazać sprawę, przy rozpoznaniu której Trybunał nie dopatrzył się naruszenia tego artykułu. Jedną z takich spraw jest *case* Berliński przeciwko Polsce; który dotyczył złego traktowania skarżących przez policjantów, w tym pobicia ich podczas zatrzymania.⁶⁰ ETPCZ przypomniał w tej sprawie, iż zarzut odnośnie do nieprawidłowego traktowania musi być poparty stosownymi dowodami. Nadto, przy ocenie tych dowodów Trybunał przyjmuje standard „ponad rozsądną wątpliwość”⁶¹. Kluczowa dla uznania, iż w badanym przypadku nie doszło do poniżającego lub niegodnego traktowania jest okoliczność, że skarżący stawiali czynny opór podczas operacji policyjnej i w konsekwencji nadali jej nieoczekiwany obrót⁶². Trybunał, uwzględniając gwałtowny przebieg akcji policyjnej – zatrzymania, doszedł do wniosku, iż poważny stopień obrażeń, których doznali skarżący *per se* nie może przesłonić faktu, iż użycie przemocy fizycznej w niniejszej sprawie było konieczne z uwagi na ich postępowanie⁶³. Tym samym, zastosowaną wobec nich siłę nie można uznać za nadmierną. Co istotne, zdaniem Trybunału w sprawie Berliński nie doszło do naruszenia art. 3 także w aspekcie przeprowadzenia sumiennego, rzetelnego śledztwa krajowego w sprawie pobicia skarżących⁶⁴. Prokuratorskie postępowanie przeciwko policjantom obfitowało w przesłuchania niezależnych świadków i sporządzenie oddzielnych opinii przez biegłych, co przesądziło o spełnieniu przez władze krajowe gwarancji przeprowadzenia dokładnego i skutecznego śledztwa, skutkującego sprawiedliwym rozpoznaniem i ewentualnym ukaraniem osób odpowiedzialnych za naruszenia⁶⁵.

Reasumując, w państwach byłego bloku wschodniego nagminnie dochodzi do naruszania praw człowieka, w szczególności wolności wynikających z art. 3. Te negatywne zjawiska są najczęściej generowane godnym potępienia postępowaniem funkcjonariuszy publicznych w stosunku do zatrzymywanych

⁵⁸ Ibidem, § 90.

⁵⁹ Ibidem, § 91.

⁶⁰ Orzec. Berliński przeciwko Polsce z dnia 20 czerwca, nr skargi 27715/95 i 20309/96, § 57–71.

⁶¹ Ibidem, § 59.

⁶² *A contrario* sprawa Rehbock przeciwko Słowenii, gdzie 13 policjantów dokonywało zatrzymania i dotkliwie pobiło 2 osób w ogóle nie stawiających oporu osób.

⁶³ Orzec. Berliński przeciwko Polsce, § 64.

⁶⁴ Ibidem, § 68.

⁶⁵ Ibidem, § 69.

lub aresztowanych. Szczególnie niepokojący jest fakt, że nieludzkie, poniżające traktowanie ze strony władz ma miejsce nie tylko podczas zatrzymań czy aresztowań, które w pojedynczych wypadkach, przybrawszy nieoczekiwany obrót, mogą uzasadniać nadmierną reakcję funkcjonariuszy. Lwia część skarg skierowanych do Strasburga dotyczy dotkliwych pobić, poniżeń oraz innych przejawów niedopuszczalnego traktowania osób pozbawionych już wolności, przebywających w aresztach śledczych lub zakładach karnych. Niepokój wzrośnie, jeżeli będziemy pamiętać o tym, że zakaz z art. 3 jest absolutny i obowiązuje niezależnie od zachowania człowieka.

Na tle przywołanych spraw, widoczne jest, iż przedmiotowa część Europy nie jest wolna od uprzedzeń rasowych. Szczególnie aktualny staje się w tym kontekście problem dyskryminacji społeczności romskiej⁶⁶.

Art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w warunkach pozbawienia wolności

Europejska Konwencja Praw Człowieka *expressis verbis* w art. 5 stanowi, iż „każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego”. Dodatkowo, „nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem [m.in.] [...] zgodnego z prawem pozbawienia wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd” lub „[...] zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w celu postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą [...]”⁶⁷. Z przytoczonej treści wynika, że EKPCZ legalizuje enumeratywnie wymienione przypadki zamachów na wolność jednostki; do takich przykładowo należą: prawomocne orzeczenie kary pozbawienia wolności przez sąd oraz uzasadnione zastosowanie tzw. środków zapobiegawczych – zatrzymania lub tymczasowego aresztowania.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, nie sposób traktować pozbawienia wolności *per se* jako naruszenia art. 3, mimo iż przebywanie w takich warunkach samo w sobie może powodować cierpienie i uczucie upokorzenia. Tak uważa także ETPCZ, który w orzeczeniu Kałasznikow przeciwko Rosji podkreślił, że dla naruszenia art. 3 cierpienie i poniżenie musi być większe niż zwykle spotykane w związku ze zgodnym z prawem traktowaniem lub karaniem w warunkach pozbawienia wolności⁶⁸. Oczywiście jest, iż nie zwalnia to państwa od powinności zapewnienia pobytu skazanego lub aresztowanego w warunkach umożliwiających zachowanie ludzkiej godności, a sposób i przebieg odbycia odpowiednio kary lub aresztowania nie mogą prowadzić do zagrożenia lub niewygód większych niż nieuniknione. Z uwzględnieniem

⁶⁶ Orzec. Moldovan i inni przeciwko Rumunii z dnia 12 lipca 2005r., Izba (Sekcja II), skarga nr 41138/98, § 88–114.

⁶⁷ EKPCZ, art. 5 ust. 1 lit. a, b, c.

⁶⁸ Orzec. Kałasznikow p-ko Rosji, § 95.

praktycznych warunków pozbawienia wolności, należy odpowiednio dbać o zdrowie i dobro aresztowanego⁶⁹.

Do analogicznych wniosków Trybunał doszedł w sprawie Melnik przeciwko Ukrainie⁷⁰, w której stwierdził, iż pozbawienie wolności nie usprawiedliwia poniżającego traktowania, a skazani powinni odbywać karę w środowisku zapewniającym poszanowanie ludzkiej godności.

Po skonfrontowaniu pozbawienia wolności z dyspozycją art. 3 EKPCZ oraz ogólnym wskazaniu, jakie obowiązki przywołany artykuł nakłada na państwa – strony w kontekście prawidłowego wykonywania kary detencyjnej i tymczasowego aresztu, warto zbadać konkretne przypadki naruszeń tego artykułu w państwach byłego bloku wschodniego. Tytułem wstępu, należy zauważyć, iż stan więziennictwa w Europie Środkowo-Wschodniej budzi wiele zastrzeżeń na tle standardów europejskich. Głównymi jego mankamentami są przeludnione cele oraz, tym samym, mała powierzchnia cel (niezgodna z normami Europejskiego Komitetu Zapobiegania Torturom), brak odpowiednich warunków sanitarnych czy brak odpowiedniej opieki zdrowotnej⁷¹. W tej części Starego Kontynentu (Ukraina – do roku '97, Rosja) aktualny pozostaje problem orzekania kary śmierci, a w konsekwencji ekstremalna sytuacja skazanego osadzonego w tzw. celi śmierci, w której oczekuje on na wykonanie wyroku⁷². Jego sytuacja wymaga szczególnej pieczy i ochrony na podstawie przedmiotowego przepisu EKPCZ.

Niepokojący jest fakt, iż także w Polsce, będącej członkiem Rady Europy i od niedawna Unii Europejskiej, stan więziennictwa daleki jest od spełniania wymogów Konwencji. *Signum specificum* polskiego systemu penitencjarnego jest wyraźny rozdźwięk między literą prawa krajowego, w pełni realizującego standardy europejskie, a codzienną praktyką⁷³. Zostało to bezpośrednio wyartykułowane w raportach Europejskiego Komitetu Zapobiegania Torturom z jego wizyt w RP w latach 1996, 2000 i 2004 oraz w wyroku Trybunału Konstytucyjnego, który orzekając w kwestii zgodności przepisów Kodeksu Karnego Wykonawczego z Konstytucją⁷⁴, nakreślił rzeczywisty obraz polskiego więziennictwa.

⁶⁹ Ibidem, § 98.

⁷⁰ Orzec. z dnia 28 marca 2006 r., Izba (Seksja II), skarga nr 72286/01.

⁷¹ Na podstawie: Kałasznikow przeciwko Rosji, § 92–121; Melnik przeciwko Ukrainie, § 92–125; Dorokhow przeciwko Rosji, orzec. z dnia 14 lutego 2008 r., V Sekcja, nr skargi 66802/01, § 44–60; Nevmerzhitsky przeciwko Ukrainie, § 78–106; wyrok TK z dnia 26 maja 2008 r., sygn. akt SK 25/07; Sprawozdanie dla Polskiego Rządu z wizyty w Polsce Europejskiego Komitetu ds. Zapobiegania Torturom lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu 8–19 maja 2000 r., Przegląd Więziennictwa Polskiego nr 36, Warszawa 2002.

⁷² Na podstawie: Poltoratskiy przeciwko Ukrainie, orzec. z dnia 29 kwietnia 2003 r., Izba (Seksja IV), skarga nr 38812/97, § 71 i n.

⁷³ Por. J. Karaźniewicz, *System polskiego więziennictwa na tle europejskich standardów resocjalizacji i readaptacji skazanych. Europejskie standardy praw człowieka a ustawodawstwo polskie*, Rzeszów 2005, s. 598.

⁷⁴ Dz.U. 2008 nr 96, poz. 620.

Zgodnie z wytycznymi Europejskiego Komitetu Zapobiegania Torturom, każda z osób pozbawionych wolności powinna mieć do swojej dyspozycji 7 m²⁷⁵. Dla przykładu, w skardze Melnik przeciwko Ukrainie podniesiono, że skazany przebywał w 44 m² celi wraz z 60 innymi osobami, a w kazusie Kałasznikow przeciwko Rosji odpowiednio w 17–20 m² celi z 8 skazanymi. Bezsprzeczne jest, iż zatłoczone więzienia sprzyjają demoralizacji, deprawacji potrzeb, stręczycielstwu ze strony współwięźniów, nerwowości i wielu innym uciążliwym zjawiskom, wpływającym destrukcyjnie na osoby odbywające karę⁷⁶. Odbycie kary w takich warunkach nie pozwala więźniowi na readaptację, innymi słowy, nie dokona się odbudowa hierarchii wartości skazanego, jego resocjalizacja, która na tle KKW jest głównym celem izolacji penitencjarnej⁷⁷. Tym samym, zasadne jest stwierdzenie ETPCZ, że już samo w nich przebywanie będzie stanowić traktowanie poniżające⁷⁸.

W podobnym tonie Trybunał wypowiadał się w sprawie Dorokhov przeciwko Rosji, wskazując, iż „poważne przeludnienie celi wyklucza jakąkolwiek prywatność aresztowanego w życiu codziennym, co samo w sobie jest traumatyzującym doświadczeniem⁷⁹”.

W przedmiocie ochrony zdrowia, z art. 3 nie wynika ogólny obowiązek zwolnienia aresztowanego ze względów zdrowotnych lub umieszczenia go w szpitalu cywilnym z powodu konieczności określonej terapii⁸⁰. Nie jest także niehumanitarnym odmowa konsultacji z określonym lekarzem specjalistą, jeśli pomoc medyczną zapewniono więźniowi w inny sposób⁸¹. Przytoczony przepis nie nakłada również obowiązku spełnienia każdej prośby w tym zakresie ani wyboru leczenia, a więzień musi zaakceptować określone ograniczenia. Natomiast wymaga, aby więzień odbywał karę w warunkach higienicznych i sanitarnych, które umożliwią opiekę medyczną i leczenie⁸², zwłaszcza w okresie izolacji penitencjarnej, skutkującej zerwaniem więzi społecznych.

Nieludzkie warunki, w jakich skazani odbywają karę pozbawienia wolności, związane z przestarzałą infrastrukturą więzienną, nie mogą być usprawiedliwiane brakiem środków finansowych państwa. ETPCZ zaznaczył w sprawie Poltoratskiy przeciw Ukrainie, że problemy ekonomiczne państwa nie mogą służyć w żadnym wypadku za wyjaśnienie lub usprawiedliwienie warunków tak złych, że stają się traktowaniem sprzecznym z art. 3 Konwencji⁸³.

⁷⁵ Orzec. Melnik przeciwko Ukrainie, § 64–72.

⁷⁶ Por. Andrzej Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 251.

⁷⁷ Kodeks Karny Wykonawczy z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz.U. nr 90, poz. 557, art. 67.

⁷⁸ Orzec. Melnik przeciwko Ukrainie, § 113.

⁷⁹ Orzec. Dorokhov przeciwko Rosji, § 58.

⁸⁰ Orzec. Kałasznikow przeciwko Rosji, § 95.

⁸¹ Orzec. Kudła przeciwko Polsce z dnia 26 października 2000 r., Wielka Izba, skarga nr 30210/96, § 12.

⁸² Orzec. Nevmerzhitsky przeciwko Ukrainie, § 93.

⁸³ Orzec. Poltoratskiy przeciwko Ukrainie, § 148.

Sytuacja skazanego w powyższej sprawie, jak i w sprawie Ilascu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji⁸⁴, wymaga dokładniejszej analizy, z tej racji, iż obejmuje problem kary śmierci, orzekanej jeszcze na Ukrainie (do 1997 r.) i Rosji, oraz oczekiwania przez skazanego na egzekucję. W przywołanych orzeczeniach ETPCZ przypominał, że ze względu na rozwój polityki karnej państw członkowskich Rady Europy i powszechnie akceptowanych standardów w tej sferze, kara śmierci może rodzić problem na tle art. 3. Osobiste warunki skazanego na karę śmierci, jej proporcjonalność i warunki pozbawienia wolności przed wykonaniem wyroku są przykładowymi czynnikami prowadzącymi do uznania, że traktowanie lub karanie jest objęte zakazem zawartym w art. 3⁸⁵. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że dyspozycji art. 3 nie można interpretować w sposób, z którego wynikałby zakaz kary śmierci, bo w ten sposób brzmienie art. 2 ust 1 EKPCZ stałoby się martwą literą.

Ponadto, Trybunał wskazał, że nieodzowny okres między wymierzeniem kary a jej wykonaniem jest źródłem poważnego stresu dla skazanego. Tym samym, skazanie na karę śmierci w pewnych okolicznościach jest tożsame z naruszeniem art. 3, kiedy np. więzień musi spędzić długi okres w korytarzu śmierci w ekstremalnych warunkach, z ciągle rosnącym udręczeniem w oczekiwaniu na egzekucję⁸⁶. Lęk i cierpienie więźnia są dodatkowo wzmacnane zakazem kontaktowania z innymi skazanymi; co prawda taki zakaz może być w części uzasadniony względami ochronnymi, ale trzeba pamiętać, iż kompletna izolacja prowadzi do zniszczenia ludzkiej osobowości i jest formą niehumanitarnego traktowania, nieusprawiedliwionego wymaganiami bezpieczeństwa⁸⁷. Na marginesie, Ilascu – autor badanej skargi, w celi śmierci spędził 8 lat (1993–2001).

W kontekście deportacji cudzoziemców, ETPCZ wypowiedział się, że ani Konwencja, ani jej protokoły nie zawierają prawa do azylu politycznego, ale bezpośrednio stwierdził, iż państwa mają obowiązek powstrzymania się przed ekstradycją lub wydaleniem, w tym także osoby zwracającej się o azyl, jeśli istnieją poważne i uzasadnione argumenty, pozwalające na przekonanie o istnieniu rzeczywistego ryzyka traktowania sprzecznego z art. 3 EKPCZ⁸⁸. Ten obowiązek pozostaje aktualny również w obliczu walki z terroryzmem i ochrony ludności przed przemocą terrorystyczną, gdyż powyższy przepis generuje ochronę bezwzględna, absolutną, niezależną od okoliczności⁸⁹.

Dla kontrastu z dotychczas przedstawionymi sprawami, w których Trybunał nie miał wątpliwości co do naruszenia wolności od tortur albo poniżającego lub niegodnego traktowania, należy wskazać na przypadek, gdzie

⁸⁴ Orzec. z dnia 8 lipca 2004 r., Wielka Izba, skarga nr 48787/99.

⁸⁵ Orzec. Poltoratskiy przeciwko Ukrainie, § 120–149, Ilascu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji, § 376–399.

⁸⁶ Orzec. Ilascu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji, § 430.

⁸⁷ Ibidem, § 432.

⁸⁸ Orzec. Shamayew i 12 innych przeciwko Rosji i Gruzji z dnia 12 kwietnia 2005 r., Izba (Sekcja II), skargi nr 36378/02, § 316, 345–353.

⁸⁹ Ibidem, § 335.

takiego naruszenia Trybunał nie stwierdził. W kazusie Valasinas przeciwko Litwie, Trybunał, po dokładnym zbadaniu sytuacji skarżącego, orzekł, iż warunki pozbawienia wolności, w jakich skarżący przebywa i sposób, w jaki jest traktowany przez władze penitencjarne, nie wyczerpują cechy dotkliwości traktowania i tym samym nie stanowią naruszenia art. 3 EKPCZ („the conditions of the applicant's detention under the normal regime did not attain the minimum level of severity amounting to «degrading» treatment within the meaning of Article 3 of the Convention”⁹⁰).

Podsumowując, stan więziennictwa w państwach Europy Środkowo-Wschodniej mocno odstaje od standardów europejskich. Genezy takiego stanu należy upatrywać w reliktach dawnego ustroju politycznego, w którym więzienia były wykorzystywane do prowadzenia polityki kraju i stanowiły formę politycznej represji obywateli. W okresie hegemonii poprzedniego systemu, w tej części Starego Kontynentu prawa człowieka były systematycznie łamane; *a minori ad maius* prawa więźnia nie były w najmniejszym stopniu respektowane.

Pocieszający jest fakt, iż wraz z upadkiem komunizmu w tej części Europy, zmieniono podejście do problemu kary pozbawienia wolności. Powszechne uznanie zdobyły Europejskie Reguły Więzienne⁹¹, stanowiące *sui generis* moralno-polityczny apel do państw i wyznaczające minimalne standardy traktowania więźniów⁹². Ich motywem przewodnim jest filozofia wykonywania kary pozbawienia wolności, która opiera się na założeniu, iż „uwięzienie stanowi z powodu pozbawienia wolności karę samą w sobie. W związku z tym, warunki pozbawienia wolności oraz rygory nie mogą [...] zwiększać cierpienia nieodłącznie związanego z uwięzieniem”⁹³. Kolejnym krokiem dla państw wschodniej Europy jest implementacja takich reguł do codziennej praktyki, w taki sposób, by słowa, że „do więzienia wchodzi człowiek, a przestępca pozostaje poza bramą (...)”⁹⁴ oraz podstawowe resocjalizacyjne cele pozbawienia wolności były urzeczywistniane.

Problematyka wykonania kary pozbawienia wolności w RP

Jak powiedziano, światowy kryzys związany z wykonywaniem kary pozbawienia wolności nie ominął systemu penitencjarnego RP. Warto poświęcić kilka zdań dla zarysowania problematyki więziennictwa w Polsce.

Marginalne znaczenie ma okoliczność, iż polskie ustawodawstwo w przedmiocie statusu i egzekwowania kary pozbawienia wolności wychodzi

⁹⁰ Zob. orzeczn. Valasinas przeciwko Litwie z dnia 24 czerwca 2001, nr skargi 44558/98, § 111.

⁹¹ Przyjęte przez Komitet Ministrów RE jako załącznik do zalecenia R (87) 3 w 1987 r., zob. <http://www.ms.gov.pl>, dostęp: ????????

⁹² J. Karaźniewicz, op. cit., s. 579.

⁹³ ERW, reguła 64.

⁹⁴ Por. Ibidem, reguła 1.

naprzeciw oczekiwaniom europejskim. Już Konstytucja stanowi o konieczności traktowania każdego pozbawionego wolności w sposób humanitarny⁹⁵, nie wspominając już o zakazie tortur, ani okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania⁹⁶. Jeżeli dodamy do tego dyrektywy wykonywania kar z KKW, iż „kary, środki karne, zabezpieczające i zapobiegawcze wykonuje się w sposób humanitarny, z poszanowaniem godności ludzkiej skazanego”⁹⁷ oraz zasady wymiaru kary z KK, że „[...] sąd orzeka karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary”⁹⁸, z czego wynika uznanie izolacji penitencjarnej za *ultima rationem*, to polski system penitencjarny wydaje się modelowy. Co więcej, będzie on w pełni odzwierciedlać podstawowe założenia europejskiej filozofii wykonywania kary pozbawienia wolności⁹⁹.

Niestety, na literze prawa optymizm się kończy, gdyż realizacja obowiązujących norm pozostawia wiele do życzenia. Rzeczywistość więzienną charakteryzują drastyczne przeludnienie jednostek penitencjarnych, braki kadrowe, archaiczna, wymagająca znacznych nakładów inwestycyjnych infrastruktura, jak i ciągłe niedofinansowanie całego pionu penitencjarnego¹⁰⁰. Wskazane okoliczności przyczyniają się do łamania praw człowieka, w tym zapisanych w EKPCZ, oraz nie pozwalają na skuteczne prowadzenie programów resocjalizacyjnych.

Należy dodać, iż na rok 2007, stosownie do „Sprawozdania statystycznego na rok 2007”, przygotowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości – Centralny Zarząd Służby Więziennej, poziom zapełnienia w polskich więzieniach oscylował w granicach 120 %, a około 30 tysięcy skazanych oczekuje na miejsce do odbycia kary¹⁰¹. Tym samym, mając na uwadze przytoczone statystyki, aktualne pozostaje stanowisko profesora Marka, iż „sytuacja taka jest wręcz katastrofalna, godząc w prewencyjne i wychowawcze funkcje wymiaru sprawiedliwości”¹⁰².

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, szybko można dojść do wniosku, że polskie więzienia są w stanie permanentnego naruszania art. 3 EKPCZ. *Remedium* dla wyeliminowania tego stanu należy szukać w gruntownej modernizacji obiektów więziennych, reformie systemu penitencjarnego jako całości, a *in primis* w ograniczeniu stosowania kary pozbawienia wolności na rzecz tzw. wolności kontrolowanej, zwłaszcza że resocjalizacja w jej warunkach najczęściej daje lepsze efekty¹⁰³.

⁹⁵ Konstytucja RP, art. 41 ust. 4.

⁹⁶ Ibidem, art. 40.

⁹⁷ KKW, art. 4.

⁹⁸ KK, art. 58.

⁹⁹ J. Karaźniewicz, op. cit., s. 598.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Informacja o wykonywaniu Kary Pozbawienia Wolności i Tymczasowego Aresztowania, <<http://www.sw.gov.pl>>, dostęp: ????????

¹⁰² A. Marek, *Prawo Karne w pytaniach i odpowiedziach*, Toruń 2005, s. 160.

¹⁰³ Ibidem, s. 160.

THE IMPLEMENTATION OF ARTICLE 3RD OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN THE CENTRAL - EASTERN EUROPE. THE OVERVIEW OF ETC'S CASE - LAW

Key words: torture and inhuman or degrading treatment or punishment, police force, excessive physical force, deprived of freedom, racial violence, hygienic, overcrowded prison ward, sanitary conditions.

Summary

The reason of writing this article is to show in a brief an implementation one of the most important international and European standards – Article 3 of ECHR that prohibits torture, and „inhuman or degrading treatment or punishment” – in the central – eastern Europe.

It is important to remember that this article does not take into account any exceptions or limitations on this right and enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim's behaviour. Given that, it is very disturbing that article 3rd has been notoriously breached, especially in the eastern part of Europe.

The article is divided into four parts.

The first part gives a reader general premises over article 3rd of ECHR and defines terms used in this rule. It also describes the subject – matter (the human dignity) that is under legal protection in article 3rd. In this part the author shows what European Courts of Human Rights takes into account while examining case of violation of article 3rd of ECHR.

The second part concerns the institution of the European Committee for the Prevention of Torture – CPT. It tells a reader about its origin and its main goals. The Committee has the right to visit, at any time, any place where persons are deprived of their liberty by a public authority. It also has the right to interview in private detained persons, and to enter into contact with anyone else who may be able to provide relevant information. After each visit, the CPT sends a confidential report containing its conclusions and recommendations to the State concerned. This constitutes the basis for a dialogue between the CPT and the national authorities in order to strengthen the protection of detained persons from ill-treatment.

The third and the fourth part are more specific and they are based on individual law cases of the European Tribunal. The third part is about ill – treatment that takes place during arrests, apprehensions and other police actions. It is common knowledge that police officers notoriously beat man during arrest. Physical force used by them is far too excessive and in the majority of cases not necessary. There are hundreds of cases that during being arrested men are severely beaten and caused serious injuries. Some cases of beating are jointed with so called racial violence, especially in the cases of the Rom communities. The author gives an overview over this problem through specific law cases from Russia, Latvia, Lithuania, Belarus, Poland and other countries from eastern Europe.

The third part also includes brief outlook over criminal proceeding that have been taken against police officers who committed aggression towards detainees and suspects.

The fourth part of the article is completely dedicated to cases of detainees who suffers from non hygienic, sanitary conditions in the prison wards. It tells about standards in the conditions of imprisonment and emphasizes drawbacks of penitentiary system such as overcrowded prison wards and small surfaces of prison wards. The separate paragraph is dedicated to cases of men who have been sentenced to capital punishment and have spend many years in so called condemned cells. This part is based on law cases from Russia, Chechen Republic, Republic of Moldova, Poland, Bulgaria and others.

The last paragraphs shows situation of the polish penitentiary system, which is very dramatic. The prison wards are in the high percentage overcrowded and many sentenced criminals do not have even possibility to do in their sentence. Such malfunctions of penitentiary system completely distorts the main idea of reconciliation of prisoners and educating them how to life in society.

Joanna Markiewicz-Stanny

Uniwersytet Zielonogórski, Instytut Politologii, Zakład Państwa i Prawa

Sytuacja prawna cudzoziemców a respektowanie praw człowieka. Wybrane problemy

Słowa kluczowe: cudzoziemcy, prawa człowieka, polityka migracyjna, azyl, uchodźstwo.

1. Uwagi wstępne

Obowiązek zapewnienia pełnego korzystania z praw człowieka wszystkim osobom, które znajdują się na terytorium i podlegają jurysdykcji Państwa – Strony jest sformułowany w art.2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej jako MPPOiP), art.1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej jako EKPCz), art.1 Amerykańskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka (dalej jako AKPCz). Tylko w niektórych aspektach zakres tych praw może być ograniczony podmiotowo do obywateli, o czym wyraźnie stanowi się np. w art. 25 MPPOiP¹. Tymczasem, wedle raportu Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka ONZ, można pisać o swoistej przepaści pomiędzy gwarancjami wynikającymi z międzynarodowego prawa praw człowieka a rzeczywistością, z którą stykają się cudzoziemcy². Nie bez przyczyny od 1999 r. w łonie ONZ funkcjonuje Specjalny Sprawozdawca ds. Praw Człowieka Miigrantów, który obecnie jest powiązany instytucjonalnie z Radą Praw Człowieka (dalej: Specjalny Sprawozdawca)³.

¹ Zob. na tym tle General Comment of Human Rights Committee, *The position of aliens under Covenant*, 11/04/86 CCPR General Comment No 15.

² Por. *The Rights of Non-citizens*, Office of the United High Commissioner for Human Rights, New York and Geneva 2006, HR/PUB/06/11, s. 5.

³ Powołany Rezolucją Komisji Praw Człowieka 1999/44. Jego mandat był dwukrotnie przedłużany – najpierw Rezolucją Komisji 2005/47, następnie zaś Rezolucją 8/10 z 18 czerwca 2008 r. Rady Praw Człowieka.

Państwa stosunkowo dobrze rozwinięte i bogatsze coraz trudniej sobie radzą z dużymi falami migracji ludności z regionów niestabilnych politycznie, biednych, gospodarczo zacofanych. Kraje zachodniej Europy mają już bogate doświadczenie w tym względzie, ale wobec obecnej skali zjawisk migracyjnych również i one stają przed nowymi wyzwaniami. Coraz częściej więc, obok pojęcia „polityka migracyjna” (*migration policy*), używa się terminu „zarządzanie migracjami” (*migration management*)⁴. Jest to sygnał zmian jakościowych w podejściu do zjawisk migracyjnych. Działania państw mają być kształtowane, w stopniu większym niż do tej pory, w sposób wyprzedzający w stosunku do przewidywanych problemów i zagrożeń. Dotychczasowa polityka, oparta głównie na reakcji na już zaistniałe sytuacje, okazuje się po prostu niewystarczająca. Problemem jest nie tylko ponoszenie kosztów związanych z przyjęciem dużych grup ludności; potrzebne jest też takie ukształtowanie procedur migracyjnych, aby państwa w sposób efektywny, ale też z poszanowaniem praw jednostki, były w stanie kontrolować, kto znajduje się pod ich jurysdykcją oraz czy i w jakim zakresie może korzystać z prawa do pobytu i zamieszkania na ich terytorium⁵. W przypadku państw wysoko uprzemysłowionej północy obserwuje się tendencje do zaostrzania reguł wjazdu i pobytu cudzoziemców, zwłaszcza zaś kryminalizację migracji o charakterze nieautoryzowanym⁶. Niepokój budzi również coraz powszechniejsza praktyka stosowania środków detencyjnych wobec migrantów nieregularnych⁷. Jako pożądaną należy postrzegać zmianę orientacji działań organów państwowych z wyłącznie punitywnej – skoncentrowanej na ochronie granic, na podejście integracyjne i ochronne w stosunku do migrantów. Specjalny Sprawozdawca postuluje w szczególności, aby państwa nie blokowały dostępu do procedur azylowych oraz nie unikały identyfikacji poszczególnych osób jako ofiar handlu ludźmi⁸.

Zarówno organy Rady Europy⁹, jak i ONZ, podnoszą konieczność wyeliminowania dość rozpowszechnionej, m.in. w dokumentacji UE, praktyki używania określenia „nielegalni migranci” (*illegal migrants*). Jak słusznie za-

⁴ Zob. prace Centrum Stosunków Międzynarodowych, m.in. K. Iglicka, P. Kaźmierkiewicz, M. Mazur-Rafał, *Zarządzanie migracją – przypadek i doświadczenie Polski w odniesieniu do dyrektyw Komisji Europejskiej*, CSM 2007.

⁵ Por. UNHCR *Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers*, February 1999, wstęp, par. 5 <<http://www.unhcr.org/protection/PROTECTION/3bd036a74.pdf>>, dostęp: 20.10.2011.

⁶ Por. T. Hammarberg, *It is Wrong to Criminalize migration*, „European Journal of Migration and Law” 2009, nr 11, s. 383.

⁷ Zob. szerzej H.O’Nions, *No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, „European Journal of Migration and Law” 2008, nr 10, s. 149–185.

⁸ *Human Rights of Migrants, Report of Special Rapporteur on the human rights of migrants*, 03.08.2010, A/65/222, s. 20, par. 79.

⁹ Przywołać tu należy Rezolucję 1509 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy *Human Rights of irregular Migrants*; w punkcie 7 tego aktu stwierdza się, że Zgromadzenie „preferuje” używanie sformułowania *irregular migrant* zamiast *illegal migrant* lub *migrant without papers*.

uważa Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, ludzie nie mogą być nielegalni¹⁰. W zamian proponowane jest używanie określenia „migrant w sytuacji nieregularnej” lub „migrant pozbawiony dokumentów” w takim sensie, w jakim zostało to przyjęte w art.5 *Konwencji o ochronie praw pracowników migrujących i członków ich rodzin* z 1990 r.¹¹ Słowo „nielegalny” wywołuje w społecznym odbiorze skojarzenia z działalnością przestępczą, co skutkuje dodatkową stygmatyzacją i marginalizacją migrantów. Można poczynić konstatację, że skoro prawo danego państwa penalizuje czyny związane z nieautoryzowanym wjazdem lub pobytem, to są one przestępstwami. Tu zaś w konsekwencji pojawia się pytanie, czy rzeczywiście sam fakt przekroczenia granicy bez dokumentów lub bez zezwolenia powinien być sankcjonowany prawem karnym. Perspektywa ochrony praw człowieka nakazuje uwzględnić fakt, iż takie czyny nie uderzają w żadne dobra innej jednostki i są „przestępstwami bez ofiar” (*victimless crimes*); wyjątek stanowi handel istotami ludzkimi. Zachowania te godzą w nienaruszalność granic i porządek publiczny, ale – zdaniem Komisarza Praw Człowieka Rady Europy – kryminalizacja w tym wypadku jest sprzeczna z zasadą proporcjonalności i wystarczałaby tu w zupełności sankcja administracyjna¹².

W Unii Europejskiej przepisy prawne dotyczące cudzoziemców są zróżnicowane ze względu na państwo pochodzenia. Obywatele państw strefy Schengen korzystają z maksymalnych ułatwień w zakresie przemieszczania się, wjazdu, pobytu i zatrudnienia, natomiast obywatele państw trzecich są traktowani restrykcyjnie, a polityka migracyjna wobec nich obfituje w liczne obostrzenia¹³. Ta dywersyfikacja była już oceniana w orzecznictwie strasburskim na tle zróżnicowania przepisów dotyczących deportacji. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, iż specjalne traktowanie obywateli państw UE ma rozsądne i obiektywne uzasadnienie w ustanowieniu specjalnego porządku prawnego, z którym łączy się instytucja obywatelstwa europejskiego¹⁴. Komitet Praw Człowieka również przyjął, iż treść umowy międzynarodowej, ustanawiającej preferencyjny system traktowania, może zostać uznana za obiektywne i rozsądne kryterium zróżnicowania¹⁵, lecz zastrzegł, iż nie stanowi to reguły. Zdaniem Komitetu porozumienie międzynarodowe nie może być brane pod uwagę jako jedyna przesłanka oceny, czy zostały spełnione wymogi art. 26 MPPOiP. Niezbędna jest także ocena okoliczności konkretnej sprawy¹⁶.

¹⁰ Por. wnioski Komisarza [w:] *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Commissioner for Human Rights, Issue Paper, 2010.

¹¹ Weszła w życie 1 czerwca 2003 r.

¹² T. Hammarberg, op. cit., s. 384.

¹³ Zob. szerzej J. Białocerkiewicz, *Problematyka cudzoziemców jako czynnik integracji państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego”, 2010, nr 1, s. 9–21.

¹⁴ Por. *C. v. Belgium*, skarga nr 21794/93, wyrok z 7 sierpnia 1996, par. 37–38.

¹⁵ Por. *Van Oord v. The Netherlands*, CCPR/C/60/D/658/1995, par. 8.5.

¹⁶ Por. *Karakurt v. Austria*, Communication No. 965/2000, CCPR/C/74/D/965/2000, par. 8.4 oraz *Van Oord v. The Netherlands*, par. 8.5.

W wielu dokumentach UE deklaruje podniesienie poziomu ochrony cudzoziemców, ze szczególnym uwzględnieniem równości ich traktowania. Takie cele przyświecają budowie Wspólnego Europejskiego Systemu Azylowego (WESA)¹⁷, którą ma wspomagać Europejski Urząd Wsparcia w dziedzinie Azyłu¹⁸. W rozporządzeniu o utworzeniu tego urzędu odwołano się m.in. do Europejskiego paktu o migracji i azylu Rady Europejskiej¹⁹, przypominając, że każdy prześladowany cudzoziemiec ma prawo otrzymać pomoc i ochronę na terytorium UE na mocy konwencji genewskiej²⁰. Pomimo tych deklaracji przynajmniej niektóre działania legislacyjne Unii stoją w jaskrawej sprzeczności ze standardami międzynarodowego prawa praw człowieka, odpowiadając raczej coraz bardziej restrykcyjnej polityce migracyjnej poszczególnych państw członkowskich.

2. Formy ochrony cudzoziemców

Zjawisko współczesnych migracji jest o tyle złożone, że powody, dla których ludzie opuszczają swój kraj pochodzenia, są nie tylko zróżnicowane, ale też często nakładają się na siebie. Stosunkowo liczną grupę stanowią migranci ekonomiczni, a więc osoby, które w poszukiwaniu lepszego statusu materialnego dobrowolnie opuszczają swój kraj i migrują zarobkowo. Czy uczynią to legalnie, czy też skorzystają np. z usług przemytników, zależy od wielu czynników, m.in. od indywidualnej sytuacji, kraju pochodzenia, polityki migracyjnej państwa docelowego pobytu.

Inną grupę stanowią osoby, które emigrują ze względu na grożące im niebezpieczeństwo. Część z nich to uchodźcy *sensu stricto*, a więc jednostki, które uciekają z własnego kraju w obawie przed prześladowaniami, spełniające kryteria określone w *Konwencji genewskiej dot. statusu uchodźców* (dalej jako Konwencja genewska)²¹ oraz w *Protokole nowojorskim*²². Pomimo że definicja zawarta w tych umowach międzynarodowych jest najczęściej stosowana, to jednak jej interpretacja jest różna. Często też przyjmowane są

¹⁷ Pierwotnie zakładano, że powstanie on do 2010 r., ale w dokumentach organów wspólnotowych zakładano ewentualne przesunięcie cezury na rok 2012.

¹⁸ Rozporządzenie PE i Rady nr 349/2010 z 19 maja 2010 r. *w sprawie utworzenia Europejskiego Urzędu Wsparcia w dziedzinie Azyłu*, Dz. Urz. UE z 29 maja 2010 r., L 132/11.

¹⁹ European Pact on Immigration and Asylum, przyjęty przez Radę Europejską we wrześniu 2008, dokument dostępny w wersji elektronicznej <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st13/st13440.en08.pdf>>, dostęp: ?????????

²⁰ Pkt 4 Preambuły Rozporządzenia 349/2010.

²¹ Konwencja dot. statusu uchodźców sporządzona w Genewie 28 lipca 1951 r., Dz. U. 1991, Nr 119, poz. 515.

²² Protokół dot. statusu uchodźców sporządzony w Nowym Jorku 31 stycznia 1967 r. Dz. U. 1991, nr 119, poz. 517 i 518.

rozwiązania szczegółowe, które to pojęcie modyfikują, np. ze względu na specyfikę zjawisk uchodźczych w danym regionie świata²³.

Coraz liczniejsze są ruchy migracyjne jednostek, które co prawda nie są prześladowane indywidualnie, ale szukają schronienia przed grożącym im niebezpieczeństwem natury ogólnej. Dotyczy to zwłaszcza ucieczek z regionów dotkniętych klęskami żywiołowymi lub objętych działaniami zbrojnymi. Należy zauważyć, iż osoby migrujące w związku ze zmianami środowiska naturalnego mogą korzystać z ochrony międzynarodowej w stosunkowo niewielkim stopniu. Co prawda również i ta grupa jest określana mianem uchodźców, a w każdym razie podlega ochronie Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców (par.6 lit.A (ii) e Statutu UNHCR), to jednak klęska żywiołowa czy degradacja środowiska nie stanowią „prześladowania” w rozumieniu konwencji genewskiej²⁴. Na poziomie międzynarodowym nie są to również okoliczności, na które można się powołać bezpośrednio w wypadku ochrony przed wydaleniem lub wnioskując o objęcie ochroną uzupełniającą, choć takie propozycje były już brane pod uwagę. Ewentualnie można wtedy poszukiwać związku pomiędzy warunkami życia w kraju pochodzenia a naruszeniem prawa do życia oraz narażeniem na nieludzkie traktowanie²⁵.

Prowadzenie właściwej polityki migracyjnej jest dodatkowo utrudnione ze względu na brak jednoznacznego związku pomiędzy powodem emigracji a legalnością przekroczenia granicy i pobytu. Obecnie mamy do czynienia z tzw. mieszanymi przepływami migracyjnymi, gdzie wśród osób przekraczających granice państw znajdują się zarówno migranci ekonomiczni, jak i osoby potrzebujące ochrony międzynarodowej.

W Konstytucji RP występują dwie instytucje ochrony cudzoziemców – są to azyl i status uchodźcy. Zgodnie z art.56 ust.1 Konstytucji cudzoziemcy mogą korzystać z prawa do azylu na zasadach określonych w ustawie. Natomiast w ustępie 2 tego artykułu stanowi się, że cudzoziemcowi, który poszukuje na terenie RP ochrony przed prześladowaniem, może być przyznany status uchodźcy zgodnie z wiążącymi RP umowami międzynarodowymi. W prawie polskim zatem następuje wyraźne rozróżnienie pomiędzy instytucją azylu, będącą formą ochrony udzielanej w ramach swobody i prawa wewnętrznego państwa oraz instytucją uchodźstwa. Ta ostatnia jest formą

²³ Uwagi pojęciowe zob. B. Mikołajczyk, *Osoby ubiegające się o status uchodźcy. Ich prawa i standardy traktowania*, Katowice 2004, s. 21–30. Por. art. 1, ust. 2 *Konwencji dotyczącej specyficznych aspektów problemów uchodźstwa w Afryce* z 1969 r., 1001 UNTS 46, albo Deklaracja z Kartagenu 1984 tekst, [w:] *Basic Documents on international Migration Law*, red. R. Plener, The Hague-Boston-London 1997, s. 192.

²⁴ Statut Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców został przyjęty w formie Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych Nr 428 (V) z dnia 14 grudnia 1950 r. Por. także B. Wierzbicki, *Uchodźcy w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1993, s. 26.

²⁵ Zob. V. Kolmannskog, F. Myrstad, *Environmental displacement in European Asylum Law*, „European Journal of Migration and Law” 2009, nr 11, s. 313–326.

ochrony umocowaną w prawie międzynarodowym, której udzielanie jest regulowane przede wszystkim w konwencji genewskiej.

Katalog form ochrony cudzoziemców w polskim porządku prawnym jest rozszerzony poprzez ustawę *o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP* (dalej: *ustawa o udzielaniu ochrony*)²⁶. W art. 3 ust. 1 tego aktu, poza statusem uchodźcy i azylem, wymienia się jeszcze ochronę uzupełniającą, pobyt tolerowany oraz ochronę czasową.

Nie można pominąć rozwiązań prawnych, które umożliwiają pomoc ofiarom handlu ludźmi. Na podstawie art. 53, ust.3, pkt 15 *ustawy o cudzoziemcach*²⁷, cudzoziemcowi, który jest ofiarą handlu ludźmi w rozumieniu decyzji ramowej Rady z dnia 19 lipca 2002 r. *w sprawie zwalczania handlu ludźmi*²⁸ udziela się zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. Cudzoziemiec musi jednakże przebywać na terytorium RP, podjąć współpracę z organami właściwymi do zwalczania tego przestępstwa, a także zerwać kontakty z osobami podejrzanymi o popełnienie czynów zabronionych związanych z handlem ludźmi. W ocenie Komitetu Praw Człowieka warunek podjęcia współpracy z organami państwa powinien być wyeliminowany; stwierdził on: *Państwo Strona powinno ponadto podjąć środki, w tym legislacyjne, w celu zapewnienia, że udzielenie pomocy ofierze handlu ludźmi nie będzie uwarunkowane podjęciem przez ofiarę współpracy w postępowaniu*²⁹. Komitet jednocześnie zauważył, że co prawda do kodeksu karnego zostały wprowadzone przepisy definiujące handel ludźmi, to jednak brakuje norm chroniących ofiary tego handlu przed ściganiem, zatrzymaniem lub karaniem za nielegalny wjazd, nielegalny pobyt lub za działania, w które są one zaangażowane, a które są bezpośrednią konsekwencją ich sytuacji jako ofiar handlu ludźmi³⁰.

Zgodnie z art. 53a, ust. 2, pkt 4 *ustawy o cudzoziemcach* w wypadku, gdy cudzoziemiec przebywa na terytorium RP nielegalnie, ustawodawca pozostawia organom państwa pewien luz decyzyjny wskazując, iż można udzielić zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. Wymaga się wystąpienia przesłanki prawdopodobieństwa, że cudzoziemiec jest ofiarą handlu ludźmi, co musi zostać stwierdzone przez organ właściwy do prowadzenia postępowania w tym zakresie.

Cudzoziemcy spełniający powyższe kryteria są uprawnieni do świadczeń w formie interwencji kryzysowej, schronienia, posiłku, niezbędnego ubrania oraz zasiłku celowego na podstawie art.5a *ustawy o pomocy społecznej*³¹.

Zgodnie z art. 13, ust. 1 *ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP*, status uchodźcy nadaje się osobie, która na skutek uzasadnionej

²⁶ Dz. U. 2003, Nr 128, poz. 1176.

²⁷ Ustawa z 13 czerwca 2003 r., tekst jednolity Dz.U. 2006, Nr 234, poz. 1694.

²⁸ Dz. Urz. UE L 203 z 1 sierpnia 2002 r.

²⁹ CCPR/C/POL/CO/6, pkt 15 – na podstawie tłumaczenia udostępnianego na w wersji elektronicznej przez Ministerstwo Sprawiedliwości: <www.bip.ms.gov.pl>, dostęp: 20.10.2011.

³⁰ CCPR/C/POL/CO/6, pkt 14.

³¹ Zmiana wprowadzona ustawą z 24 października 2008 r., Dz. U. Nr 216, poz. 1367 – weszła w życie z dniem 1 stycznia 2009 r.

obawy przed prześladowaniem w kraju pochodzenia z powodu rasy, religii, narodowości, poglądów politycznych, przynależności do określonej grupy społecznej nie chce lub nie może korzystać z ochrony tego kraju. Są to przesłanki odpowiadające wymogom określonym w art. I A konwencji genewskiej. Wcześniej ustawodawca bezpośrednio odsyłał do treści tej umowy międzynarodowej i na jej podstawie sądownictwo administracyjne dokonywało wykładni pojęcia uchodźcy³². NSA orzekł m.in., iż weterani wojenni, czyli byli żołnierze lub członkowie ruchu oporu, mogą stanowić szczególną grupę społeczną w rozumieniu art. I A pkt 2 konwencji genewskiej³³. W praktyce orzeczniczej wyjaśniano pojęcie prześladowania z powodu religii, które w ocenie sądu obejmuje zabranianie przynależności do określonej wspólnoty religijnej, udziału w obrzędach lub prywatnego, nauczania religii. Mogą to być również formy dyskryminacji stosowane wobec osób praktykujących swoją religię lub przynależących do określonej wspólnoty religijnej³⁴. W jednym z orzeczeń podniesiono, że do uznania, iż obawa przed prześladowaniem jest uzasadniona, niezbędne jest – poza elementem subiektywnym – wystąpienie czynników obiektywnych w postaci informacji o warunkach i polityce prowadzonych w kraju pochodzenia³⁵. W aktualnym stanie prawnym pojęcie prześladowania zostało doprecyzowane w art. 13, ust. 3, i art. 14 ustawy, które są powtórzeniem art. 9 i 10 dyrektywy Rady 2004/83/WE *dotyczącej przesłanek nadawania statusu uchodźcy lub udzielania ochrony subsydiarnej* (tzw. dyrektywa kwalifikacyjna)³⁶. Warto wskazać, iż na tym tle w ocenie sądownictwa administracyjnego *przesłanką nadania statusu uchodźcy mogą być wyłącznie konkretne powody prześladowania lub uprawdopodobnienie istnienia okoliczności mogących stworzyć uzasadnioną obawę przed prześladowaniem*³⁷. Wydaje się konieczne wykazanie istnienia rzeczywistego i konkretnego związku pomiędzy zachowaniem lub określonymi cechami osoby ubiegającej się o status uchodźcy a prawdopodobieństwem ewentualnej represji. Sam fakt zaistnienia naruszeń praw człowieka w danym państwie nie jest uznawany za wystarczający, jeśli nie ma on wpływu na sytuację osoby wnioskującej. Ponadto prześladowaniem nie jest każda forma negatywnych konsekwencji, wynikających z niezastosowania się do przepisów obowiązujących w państwie pochodzenia. Wojewódzki Sąd Administracyjny uznał, iż taką przesłanką nie może być obawa przed karą nałożoną w związku z uchylaniem się od służby wojskowej³⁸.

³² Zob. J. Białocerkiewicz, *Nowe polskie prawo o cudzoziemcach*, Toruń 2003, s. 122–124.

³³ Wyrok NSA z 29 sierpnia 2007, II OSK 1551/06.

³⁴ Wyrok NSA z 25 lipca 2007, II OSK 736/06.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Dyrektywa Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony, Dz. Urz. UE L 304/12, 30.9.2004.

³⁷ Por. wyrok WSA w Warszawie, 27 października 2010 r., VSA/Wa 900/10.

³⁸ Ibidem, VSA/Wa 900/10.

Nową instytucją, wprowadzoną nowelizacją z 2008 r., jest ochrona uzupełniająca³⁹. Udziela się jej osobom, które nie mogą być uznane za uchodźców, ale w przypadku powrotu do kraju ojczystego mogłyby doznać poważnej krzywdy. W myśl art.15 *ustawy o udzielaniu ochrony na terytorium RP* poważną krzywdę stanowi *narażenie na orzeczenie kary śmierci lub wykonanie egzekucji, tortury, niehumanitarne lub poniżające karanie lub traktowanie oraz poważne, zindywidualizowane zagrożenie dla życia lub zdrowia wynikające z powszechnego stosowania przemocy wobec ludności cywilnej w sytuacji międzynarodowego lub wewnętrznego konfliktu zbrojnego*. W ustawie wskazuje się na to, iż takie ryzyko musi mieć charakter rzeczywisty i właśnie ze względu na nie cudzoziemiec nie chce lub nie może korzystać z ochrony kraju pochodzenia. W art. 20 ustawy zostały wyliczone przesłanki odmowy udzielenia ochrony uzupełniającej.

Samo wprowadzenie ochrony uzupełniającej jest ważnym krokiem ku zapewnieniu ochrony osobom, które rzeczywiście jej potrzebują, ale nie są prześladowane indywidualnie. Wydaje się jednak, że można było pójść nieco dalej, w pełni zrównując status uchodźców i osób, które uzyskały ochronę uzupełniającą. Takie rozwiązania są sygnalizowane przez Komisję Europejską, a ich przyjęcie może zaowocować nowelizacją dyrektywy 2003/9/ WE *ustanawiającą minimalne normy przyjmowania osób ubiegających się o azyl*⁴⁰. W pełni podzielam pogląd zawarty w opinii Komitetu Regionów UE, że ze względu na zasadnicze zmiany w zjawiskach generujących uchodźstwo z kraju ojczystego należałoby traktować ochronę uzupełniającą jako dodatkową, ale nie gorszą, podrzędną czy drugorzędną⁴¹.

Przykładem wspomnianego zróżnicowania jest treść przepisów odnoszących się do dokumentu podróży. Na dzień dzisiejszy uchodźcy otrzymują taki dokument ważny na okres 2 lat od daty wydania i kartę pobytu na okres 3 lat od daty wydania. Natomiast cudzoziemcy korzystający z ochrony uzupełniającej są, na podstawie art. 73 ust.1 *ustawy o cudzoziemcach*, uprawnieni do uzyskania polskiego dokumentu podróży w sytuacji, gdy utracili oni dokument podróży, uległ on zniszczeniu bądź utracił ważność, a uzyskanie nowego dokumentu jest niemożliwe. Dokument ten na mocy art.73 ust.3 jest ważny przez rok. Karta pobytu zachowuje ważność przez okres 2 lat od daty wydania.

Ochrona czasowa jest udzielana cudzoziemcom masowo wkraczającym na terytorium RP, którzy opuścili swój kraj lub określony obszar geograficzny z powodu obcej inwazji, wojny, wojny domowej, konfliktów etnicznych lub rażących naruszeń praw człowieka (art.106 ust.1 *ustawy o udzielaniu ochrony na terytorium RP*). Ochrony czasowej udziela się do momentu, gdy możli-

³⁹ Wprowadzona nowelą z 29 maja 2008 r., Dz. U. 2008, Nr 70, poz. 416.

⁴⁰ Dz.Urz. UE L, 31,2003, s. 18; por. Zielona Księga w sprawie przyszłego wspólnego europejskiego systemu azylowego, Com/2007/0301/, s. 6.

⁴¹ Opinia Komitetu Regionów, *Przyszły europejski wspólny system azylowy*, Dz. Urz. UE, 05.07.2008, C 172/05, par. 22–23.

wy jest powrót cudzoziemców do uprzedniego miejsca zamieszkania, jednakże nie dłużej niż przez okres roku (art.106 ust.2). Okres ten może ulec wydłużeniu o 6 miesięcy, jeśli po upływie roku nie ustały przyczyny, dla których udzielono ochrony czasowej, ale nie może to nastąpić więcej niż dwukrotnie (art.106, ust. 3) .

Azyl, w myśl art. 90 ust.1 ustawy o udzielaniu ochrony na terytorium RP, może być udzielony, jeśli jest to niezbędne do zapewnienia ochrony cudzoziemcowi oraz przemawia za tym ważny interes RP. Nawet jednak, kiedy wystąpią obie wymienione przesłanki, organy państwa nie mają obowiązku pozytywnego rozpatrzenia wniosku, ponieważ ustawodawca zastrzegł, iż azyl „może” być udzielony. Swoboda uznania państwa w tym zakresie wynika także z treści art. 56, ust.1 Konstytucji RP. Można zatem stwierdzić, iż w obecnym stanie prawnym azyl pozostaje prawem państwa, którego realizacja nie ma odpowiednika w materialnym prawie jednostki podmiotowym do azylu. Zasadniczo tak się kształtuje prawnomiędzynarodowe rozumienie azylu⁴².

Prawo do ubiegania się o azyl jest zawarte w art.14 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, ale nie uwzględnia go ani Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych ani Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Jest ono natomiast obecne w art. 22, par.7 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, gdzie wskazuje się, iż każdy ma prawo zwracać się o azyl oraz uzyskać azyl na obcym terytorium zgodnie z prawem międzynarodowym i prawem tego państwa⁴³. Podobne gwarancje zawiera art. 12, ust.3 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów: *każda osoba ma prawo w sytuacji gdy jest prześladowana, zwracać się o azyl i uzyskiwać azyl w innych krajach, zgodnie z prawem tych krajów oraz konwencjami międzynarodowymi*⁴⁴.

W myśl art. 97, ust. 1, pkt 1 ustawy o zapewnieniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP zgodę na pobyt tolerowany wydaje się w przypadku, gdy wydalenie cudzoziemca mogłoby nastąpić jedynie do kraju, w którym zagrożone byłoby jego prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego, w którym mógłby zostać poddany torturom albo nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu lub być zmuszony do pracy lub pozbawiony prawa do rzetelnego procesu sądowego albo być ukarany bez podstawy prawnej w rozumieniu Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Niestety, wbrew uwagom formułowanym w doktrynie, ustawodawca odwołuje się w tym przypadku nadal tylko do instrumentu regionalnej ochrony praw człowieka, jakim jest EKPCz, nie wspominając choćby o Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych⁴⁵. Zgoda na pobyt tolerowany musi być wydana również w sytuacji gdy wydalenie

⁴² Por. J. Białocerkiewicz, *Nowe polskie prawo...*, s. 147.

⁴³ Tekst polski [w:] *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, opr. i przekład B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993, s. 311 i n.

⁴⁴ Tekst [w:] *ibidem*, s. 344 i n.

⁴⁵ Por. J. Białocerkiewicz, *Nowe polskie prawo...*, s. 156.

stanowiłoby naruszenie prawa do życia rodzinnego w myśl EKPCz lub naruszałoby prawa dziecka określone w Konwencji Praw Dziecka, w stopniu istotnie zagrażającym jego rozwojowi psychofizycznemu, o czym stanowi art. 97, ust. 1, pkt 1a ustawy⁴⁶.

3. Ochrona przed wydaleniem i gwarancje proceduralne

Podstawowe gwarancje proceduralne w sprawach dotyczących wydalenia cudzoziemców zawierają art. 1 Protokołu nr 7 do EKPCz oraz art. 13 MPPOiP. Oba te postanowienia odnoszą się jednak tylko do cudzoziemców przebywających legalnie na terytorium danego państwa. W obu przypadkach wymaga się, aby procedura zapewniała możliwość przedstawienia racji przeciwko wydaleniu, wniesienia środków odwoławczych oraz bycia reprezentowanym dla tych celów. Jednakże w ustępie 2 art. 1 Protokołu do EKPCz zezwala się na odstąpienia od tych praw, gdy jest to konieczne ze względu na porządek publiczny lub uzasadnione względami bezpieczeństwa państwowego.

Konwencja genewska w art. 33 ust. 1 zakazuje wydalenia uchodźcy do granic terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne⁴⁷. W art. 33, ust. 2 konwencji genewskiej stanowi się, że uchodźca nie może powoływać się na zasadę *non refoulment* w sytuacji, gdy istnieją podstawy, aby uznać go za groźnego dla bezpieczeństwa państwa, w którym się on znajduje, lub który będąc skazanym prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne zbrodnie stanowi niebezpieczeństwo dla społeczeństwa tego państwa.

W prawie międzynarodowym zakazuje się wydalenia czy dokonywania ekstradycji cudzoziemców w sytuacji, gdy byłoby to równoznaczne z narażeniem jednostki na tortury, poniżające lub nieludzkie traktowanie lub karanie. Odpowiednie gwarancje w tym zakresie zawiera art. 3 EKPCz, art. 7 MPPOiP⁴⁸, art. 3 *Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania* z 10 grudnia

⁴⁶ Należy uwzględnić również treść art. 97, ust. 2. Stanowi się w nim, iż można udzielić zgody na pobyt tolerowany na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli wydalenie mogłoby nastąpić jedynie do kraju, do którego wydanie cudzoziemca jest niedopuszczalne na podstawie orzeczenia sądu o niedopuszczalności wydania cudzoziemca albo na podstawie rozstrzygnięcia ministra sprawiedliwości o odmowie jego wydania, uwzględniając przyczynę, z powodu której odmówiono wydania cudzoziemca, oraz interes Rzeczypospolitej Polskiej.

⁴⁷ Szczegółowy komentarz zob. E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The Scope and Content of the principle of non refoulment: Opinion*, [w:] *Refugee protection in international law: UNHCR's global consultations on international protection*, ed. E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, Cambridge – New York – Geneva 2003, Cambridge University Press, s. 108–126.

⁴⁸ Zob. General Comment of Human Rights Committee, *Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment and punishment*, No 20 (1992) HRI/HEN/1/Rev.1, par. 9.

1984 r.⁴⁹ Groźba tortur, poniżającego karania lub traktowania nie musi być powiązana z prześladowaniem ze względu na jakikolwiek aspekt; wystarczy samo zagrożenie ich zastosowania. Warto zauważyć, iż identyfikacja konkretnych stanów faktycznych z poniżającym lub nieludzkim traktowaniem lub karaniem przebiega w orzecznictwie międzynarodowym w zróżnicowany sposób. Na gruncie art. 3 EKPCz Trybunał Praw Człowieka przyjmuje, że w zakres tych pojęć wchodzi sytuacja cierpień psychicznych, wywołanych długoletnim przebywaniem w celi śmierci (tzw. *death row phenomenon*)⁵⁰. Komitet Praw Człowieka uznaje z kolei, iż jeśli ten przedłużający się okres jest wynikiem korzystania ze środków odwoławczych i próśb o ułaskawienie, to nie konstytuuje on *per se* nieludzkiego lub poniżającego traktowania⁵¹. Nie oznacza to wszak, iż Komitet całkowicie taką możliwość wyklucza⁵². Za każdym razem ocena, czy doszło do naruszenia art. 7 MPPOiP, powinna być oparta o okoliczności konkretnej sprawy. Komitet Praw Człowieka zwrócił uwagę, iż sytuacja rozpatrywana przez ETPCz była w wielu punktach inna – m.in. dotyczyło to wieku i stanu psychicznego osoby ewentualnie deportowanej, jak również warunków panujących w systemie więziennym miejsca ekstradycji.

Zakaz tortur w powołanych dokumentach z zakresu praw człowieka ma charakter niederogowalny i nie podlega ograniczeniom, o jakich mowa w art. 32 i 33 konwencji genewskiej. Podkreśla to w swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka zauważając, iż w tym sensie zakres ochrony wynikający z art. 3 EKPCz jest szerszy niż ten wypływający z art. 33 konwencji genewskiej⁵³; oznacza to, że zachowanie się jednostki, choćby było niepożądane czy niebezpieczne, nie może stanowić przesłanki oceny dopuszczalności wydalenia w tym przypadku⁵⁴. Gwarancje ustanowione w art. 3 EKPCz nie są uzależnione od rodzaju popełnionego przestępstwa. Nawet osoby oskarżone lub podejrzane o terroryzm mają prawo do ochrony przed wydaleniem czy ekstradycją, jeżeli w ich wyniku byłyby zagrożone torturami, poniżającym, nieludzkim traktowaniem lub karaniem⁵⁵. Polski Sąd

⁴⁹ Dz. U. 1989, Nr 63, poz. 378.

⁵⁰ Por. *Soering v. The United Kingdom*, skarga nr 14038/88, wyrok z 7 lipca 1989 r., par. 100–111; szerzej zob. Maarten den Haider, *Whose Rights which Rights?: Continuing Story of Non Refoulment under the European Convention on Human Rights*, "European Journal of Migration and Law" 2008, Nr 10, s. 277–314.

⁵¹ Por. *Kindler v. Canada*, Communication 470/1991, CCPR/C./48/D/470/1991, par. 15.2, *Howard Martin v. Jamaica*, Communication 317/1988, Views adopted on 24 March 1993, paragraph 12.2

⁵² Por. General Comment of Human Rights, *Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture ...*, par. 6.

⁵³ *Ryabikin v. Russia*, skarga nr 8320/04, wyrok z 19 czerwca 2008 r., par. 118.

⁵⁴ Por. *Chahal v. United Kingdom*, skarga nr 22414/93 wyrok z 15 listopada 1996 r., Reports 1996–V, par. 80; *Ahmed v. Austria*, skarga nr 25964/94, wyrok z 17 grudnia 1996, Reports 1996 – VI, par. 41.

⁵⁵ Por. m.in. *Saadi v. Italy*, skarga nr 37201/06, wyrok z 28 lutego 2008 r., par. 127; *Indelicato v. Italy*, skarga nr 31143/96, wyrok z 18 października 2001, par. 30; *Ramirez Sanchez v. France* [GC], skarga nr 59450/00, wyrok z 4 lipca 2006, par. 115–116.

Najwyższy, powołując się na orzecznictwo strasburskie, przyjął, iż nie jest niezbędne stwierdzenie, że dana osoba na pewno byłaby poddana takiemu traktowaniu – wystarczające jest wykazanie takiego prawdopodobieństwa⁵⁶.

Dosyć ciekawa jest sprawa *Ryabikin* przeciwko Rosji, w której skarżący utrzymywał, iż uciekł z Turkmenistanu, ponieważ był prześladowany z powodu pochodzenia etnicznego. Okoliczności towarzyszące postępowaniu karnemu, w którym został oskarżony o malwersacje wskazywały, iż prawdopodobnie spędziłby w więzieniu wiele lat. Rząd twierdził, iż nie było podstaw do oceny warunków detencji skarżącego w Turkmenistanie, ponieważ nigdy nie był on pozbawiony wolności w tym kraju. Jednakże ze względu na absolutny charakter zakazu określonego w art. 3 Konwencji, ETPCz stwierdził, iż ocena taka powinna mieć miejsce przed wydaniem decyzji o ekstradycji i należy tu brać pod uwagę konieczność zapobieżenia złemu traktowaniu⁵⁷.

Stosunkowo najszersza wydaje się być XXX Rekomendacja Komitetu d.s. *Likwidacji Dyskryminacji Rasowej dotycząca dyskryminacji cudzoziemców* z sierpnia 2004 r.⁵⁸; w par. 27 tego dokumentu zawarto zasadę, że nieobywatele nie powinni być zwracani (*non returned*) lub usuwani (*removed*) do krajów gdzie istnieje ryzyko, iż będą poddani poważnym naruszeniom praw człowieka.

W istocie zatem zakres podmiotowy i przedmiotowy zasady *non refoulement* jest w poszczególnych umowach międzynarodowych zróżnicowany. Z tego powodu należy ocenić wysoko szerokie sformułowanie w polskim prawie przesłanek, umożliwiających udzielenie cudzoziemcowi zgody na pobyt tolerowany.

Wprowadzenie na poziomie ustawowym ochrony cudzoziemców przed wydaleniem ze względu na poszanowanie życia rodzinnego zapewnia dodatkową gwarancję ochrony więzi rodzinnych w polskim systemie prawnym. Piszę dodatkową, ponieważ zanim weszły w życie odpowiednie normy ustawowe, sądy administracyjne w Polsce niejednokrotnie brały pod uwagę ochronę prawa do poszanowania życia rodzinnego na podstawie art. 8 EKPCz. W orzecznictwie utrzymuje się pogląd, iż ochronie podlegają relacje pomiędzy rodzicami a dziećmi, nawet jeśli istnieje pomiędzy nimi tylko węzeł natury biologicznej, a nie prawnej, pod warunkiem istnienia rzeczywistych więzi rodzinnych⁵⁹. Natomiast w pozostałych przypadkach relacji, np. dziadek – wnuczka, takiej ochrony odmówiono. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi stwierdził, iż w sytuacji, w której rodzice małoletniej żyją, mają pełnię praw rodzicielskich i przebywają na terytorium Polski, cudzozie-

⁵⁶ Por. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 1997 r., II KKN313/97 wraz z powołanym orzecznictwem *Soering v. The United Kingdom*, wyrok z 7 lipca 1989, *Cruz Yarez v. Sweden*, wyrok z 20 marca 1991 r.

⁵⁷ *Ryabikin v. Russia*, par. 120. Por. także *Garabayev v. Russia*, skarga nr 38411/02, wyrok z 7 czerwca 2007 r., par. 79.

⁵⁸ Tekst [w:] *The Rights of Non-citizens*, Office of the United High Commissioner for Human Rights, New York and Geneva 2006, HR/PUB/06/11.

⁵⁹ Wyrok NSA z 30 listopada 2005 r., II OSK 1148/05.

miec będący dziadkiem małoletniej nie może skorzystać z ochrony przed wydaleniem⁶⁰.

Powyższe rozumowanie koresponduje z interpretacją więzi rodzinnych i życia rodzinnego, przyjmowaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka na gruncie art.8 EKPCz⁶¹. Ochrona przed wydaleniem nie ma w tym przypadku charakteru absolutnego, doznając wyjątków na zasadach określonych w art. 8, par. 2 EKPCz. Powołując się na ten przepis konwencji i orzecznictwo ETPCz, Naczelny Sąd Administracyjny przyjął, że wydalenie cudzoziemca jest możliwe, ale należy wziąć pod uwagę sytuację rodzinną i osobistą cudzoziemca, a w tym: długotrwałość pobytu cudzoziemca w Polsce, charakter więzów łączących go z krajem pobytu oraz z krajem pochodzenia, skutki, jakie zrodzi dla rodziny przeniesienie do innego kraju, ewentualnych przeszkód do zamieszkania z dzieckiem w kraju pochodzenia, a także stopień, w jakim życie rodzinne zostanie rzeczywiście przerwane w wyniku decyzji o wydaleniu⁶². Polskie sądownictwo administracyjne słusznie uznaje, iż *zawarcie małżeństwa jedynie w celu obejścia przepisów prawa co do legalizacji pobytu nie może pociągać za sobą ochrony życia rodzinnego zarezerwowanej dla faktycznej rodziny*⁶³.

W obecnym stanie prawnym ustawodawca zastrzegł, iż przepis o udzielaniu zgody na pobyt tolerowany w wypadku ochrony więzi rodzinnych i dobra dziecka nie będzie miał zastosowania, gdy dalszy pobyt cudzoziemca stanowi zagrożenie obronności lub bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 97, ust. 1a *ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony*).

Ochrona przed wydaleniem jest wzmocniona i uzupełniana prawem do skutecznego środka odwoławczego. Na tym tle zwraca uwagę orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Soldatenko*⁶⁴. Skarżącemu groziła deportacja do Turkmenistanu. Był on poszukiwany przez władze tego kraju, w związku z czym władze Ukrainy, na której terytorium przebywał, pozbawiły go wolności. Skarżący wskazywał, iż nie miał skutecznego środka odwoławczego przeciwko ekstradycji, która narażała go na nieludzkie i poniżające traktowanie w kraju przeznaczenia. ETPCz orzekł w tym przypadku, iż pojęcie skutecznego środka odwoławczego obejmuje również środki pozwalające zapobiegać stosowaniu środków sprzecznych z konwencją, a które potencjalnie mogłyby mieć nieodwracalne skutki⁶⁵. W polskim orzecznictwie

⁶⁰ Wyrok WSA w Łodzi z 7 listopada 2007 r., III SA/Łd587/07.

⁶¹ Por. *Lebbink v. the Netherlands* skarga nr 45582/99, wyrok z 1 czerwca 2004 r., par. 37–42; *Kroon and Others v. the Netherlands*, skarga nr 18535/91, wyrok z 27 października 1994 r., Series A no. 297-C, s. 55–56, par. 30.

⁶² NSA wyrok z 12 września II OSK 1706/06 niepubl. Omówienie orzeczenia dostępne [w:] *Informacja o działalności sądów administracyjnych w 2007 r.*, NSA, Warszawa 2008, s. 167. Opracowanie publikowane w formie pliku PDF, <www.nsa.gov.pl/index.php/pol/content/download/926/6145/file/rok%202007.pdf>, s. 168>, dostęp: 20.10.2011.

⁶³ Wyrok WSA w Warszawie, VSA/Wa 593/10.

⁶⁴ *Soldatenko v. Ukraine*, skarga nr 2440/07, wyrok z 23 października 2008 r.

⁶⁵ Por. *Soldatenko*, par. 82, *Garabayev*, par. 105.

administracyjnym ugruntowany jest pogląd, iż gwarancje rzetelnej procedury i prawa do sądu⁶⁶ nakazują wydać na wniosek skarżącego postanowienie o wstrzymaniu wykonalności decyzji o wydaleniu z terytorium RP, jeśli cudzoziemiec taką decyzję zaskarży do sądu⁶⁷. W ocenie NSA, wyjazd cudzoziemca z Polski przed rozpoznaniem sprawy przez sąd pozbawia go nie tylko możliwości osobistego uczestnictwa w postępowaniu sądowym, ale także sprawia, że w razie ewentualnego uwzględnienia skargi, udzielona cudzoziemcowi ochrona sądowa może okazać się iluzoryczna⁶⁸.

Konwencja genewska ma w wielu aspektach ramowy charakter. Jej postanowienia nie zawierają gwarancji proceduralnych i sposobów określenia wymogów odnośnie do przyznania statusu uchodźcy, czyli tzw. procedury uchodźczej. W związku z tym państwa tworzą tu swoje własne procedury, które są w istocie mocno zróżnicowane. Dotyczy to również państw członków UE, pomimo że obowiązujące akty prawne miały na celu ujednolicenie praktyki państw. Problem leży m.in. w tym, że aczkolwiek dyrektywa Rady 2005/85/WE w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich zawiera standardy postępowania w sprawach uchodźczych, to jednak nie ustanawia spójnego, jednolitego mechanizmu, który mógłby mieć zastosowanie na zasadzie identyczności we wszystkich państwach.

Komisja Europejska wskazuje na konieczność ponownego rozpatrzenia kwestii związanych z uznawaniem danego kraju za „bezpieczny” (bezpieczny kraj pochodzenia, bezpieczny kraj trzeci, bezpieczny europejski kraj trzeci)⁶⁹. Obowiązujące dotychczas rozwiązania były krytykowane przez Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców, głównie ze względu na brak odpowiednich gwarancji umożliwiających skuteczne obalenie domniemania, iż dane państwo trzecie nie jest bezpieczne w konkretnej, indywidualnej sytuacji⁷⁰. Standardy opracowane na podstawie konwencji genewskiej wymagają zawsze badania indywidualnie sytuacji poszczególnych osób, natomiast prawo UE w tym zakresie stwarza dobre warunki dla swoistego automatyzmu i wszelkie wnioski są uznawane za oczywiście bezzasadne. Prawo

⁶⁶ Por. także V SA/ Wa 2221/10/.

⁶⁷ Ma tu zastosowanie art.61 par. 3 ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – por. Postanowienie WSA w Warszawie o wstrzymaniu wykonalności decyzji Rady d.s. uchodźców w przedmiocie odmowy nadania statusu uchodźcy, odmowy udzielenia ochrony uzupełniającej oraz wydalenia z terytorium RP VSA/Wa 2374/10.

⁶⁸ Wyrok z 14 grudnia 2005 r., sygn. akt II OZ 1330/05.

⁶⁹ Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 6 maja 2008 r. orzekł o nieważności art. 29, ust. 1 i 2 oraz art. 36 Dyrektywy 2005/85 w sprawie minimalnych norm dotyczących nadawania i cofania statusu uchodźcy w państwach członkowskich. Sprawa C-133/06. Zaznaczyć jednak należy iż w rzeczonym postępowaniu przedmiotem zarzutu było zastosowanie niewłaściwych procedur (procedury konsultacji zamiast współdecydowania) i braku kompetencji Rady Unii Europejskiej, nie zaś aspekty merytoryczne. związane z problemem minimalnej listy krajów bezpiecznych .

⁷⁰ *Summary of UNHCR Observations on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status*, march 2005, <www.unhcr.org/refworld/pdfid/4249292c4.pdf, s.1>, dostęp: 20.10.2011.

polskie zapewnia tu jednak wyższy poziom ochrony, ponieważ kraj znajdujący się na minimalnej liście UE może być uznany za bezpieczny, jeżeli wnioskodawca nie podał żadnych podstaw do nieuznawania tego kraju za bezpieczny w jego indywidualnej sytuacji (art. 34, ust. 3 ustawy o udzielaniu ochrony na terytorium RP).

Do ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP wprowadzono nową, istotną gwarancję: mianowicie w myśl art. 9 tego aktu nie można udostępniać danych cudzoziemca władzom lub instytucjom publicznym kraju jego pochodzenia na podstawie których władze te mogłyby ustalić, że prowadzone jest postępowanie w celu udzielania ochrony albo się zakończyło, lub też ustalenia, iż uchodźcy udzielono lub odmówiono nadania statusu uchodźcy, udzielenia azylu, zgody na pobyt tolerowany oraz udzielono lub odmówiono ochrony uzupełniającej.

4. Pozbawienie wolności

Konsekwencją założenia, iż migranci w sytuacji nieregularnej nie są przestępcami jest postulat, aby co do zasady nie poddawać ich środkom detencyjnym. W Rezolucji 1707 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy *detention of asylum seekers and irregular migrants* zachęca się państwa do tego, aby wykorzystywały inne, dostępne środki (pkt 9.1.1), a jeśli nie są one możliwe do zastosowania, to detencja powinna trwać możliwie najkrócej (pkt 9.1.10)⁷¹. W Europie pomimo to trwa proces rozbudowy i zwiększania liczby miejsc detencji cudzoziemców w sytuacji nieregularnej. Czyni się to wszak w taki sposób, aby uniknąć krytyki międzynarodowej – m.in. zamiast pojęć „detencja” lub „pozbawienie wolności” używa się określenia „ograniczenia w poruszaniu się”; migrantów, zamiast w więzieniach, umieszcza się w „ośrodkach pobytu”, „ośrodkach dla uchodźców”, „centrach recepcyjnych” (*reception centres*). Państwa dokonują w tym względzie swoistych zabiegów semantycznych, ponieważ są to miejsca nadzorowane, gdzie pobyt nie ma charakteru dobrowolnego; jednocześnie warunki życia bywają w praktyce dużo cięższe niż w klasycznych więzieniach⁷². W stosunkowo niedawno wydanym orzeczeniu ETPCz uznał, iż warunki pozbawienia wolności cudzoziemca w greckim centrum detencji stanowią naruszenie art. 3 EKPCz i są poniżającym traktowaniem w rozumieniu konwencji⁷³. Należy zauważyć, iż

⁷¹ Parliamentary Assembly Resolution 1707 *detention of asylum seekers and irregular migrants* 28 stycznia 2010 r., zob. także *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Commissioner for Human Rights, Issue Paper, 2010.

⁷² Por. uwagi Specjalnego Sprawozdawcy Narodów Zjednoczonych ds. Tortur i innego okrutnego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania z misji w Grecji, z 22 października 2010 r. – tekst dostępny w wersji nieoficjalnej <<http://www2.ohchr.org/english/issues/torture/rapporteur/>>, dostęp: 20.10.2011; Rezolucja Parlamentu Europejskiego dotycząca sytuacji w obozach dla uchodźców na Malcie, P6_TA(2006)0136, Dz.Urz. UE C/293E/301.

⁷³ Por. *M.S.S. v. Belgium and Grece*, skarga nr 30696/09, wyrok 21 stycznia 2011 r., par. 233.

zastrzeżenia odnośnie do warunków pozbawienia wolności cudzoziemców zgłaszano w stosunku do Polski⁷⁴, ale w świetle raportów organizacji pozarządowych sytuacja poprawiła się znacząco⁷⁵. W polskim prawie formami pozbawienia wolności cudzoziemca, przewidzianymi *ustawą o cudzoziemcach* są: zatrzymanie (art. 101), umieszczenie w strzeżonym ośrodku oraz areszcie w celu wydalenia (art. 102). W ustawie przewiduje się także możliwość umieszczenia cudzoziemca w wydzielonym pomieszczeniu Straży Granicznej lub Policji, jednakże jest ona obwarowana koniecznością usunięcia przeszkody uniemożliwiającej doprowadzenie do strzeżonego ośrodka lub aresztu w celu wydalenia (art. 101, ust. 4).

Pozbawianie wolności migrantów w związku z niezgodnym z prawem przekroczeniem granicy i nielegalnym pobytem na terytorium państwa nie może mieć charakteru bezprawnego i arbitralnego⁷⁶. Komitet Praw Człowieka w skardze *A. v. Australia* stwierdził, iż detencja nie może być przedłużana ponad czas, który da się obiektywnie uzasadnić. Fakt nielegalnego wjazdu może wskazywać na potrzebę przeprowadzenia dochodzenia i mogą istnieć inne czynniki, które usprawiedliwiają określony czas detencji, takie jak: prawdopodobieństwo ucieczki i braku współpracy ze strony danej jednostki. Jednakże bez zaistnienia tych czynników detencja ma charakter arbitralny, nawet jeśli jednostka znalazła się na danym terytorium nielegalnie⁷⁷.

ETPCz wielokrotnie podkreśla, że państwa mają niezaprzeczalne prawo kontroli wjazdu i pobytu cudzoziemców na ich terytorium, jednakże prawo to musi być wykonywane w zgodzie z Europejską Konwencją Praw Człowieka, a w tym z art. 5 EKPCz⁷⁸. Poprzez pozbawienie wolności na gruncie art. 5 EKPCz rozumie się również przetrzymywanie w strefie tranzytowej lotniska, pod nadzorem straży granicznej, bez możliwości swobodnego poruszania się⁷⁹. Pozbawienie wolności, które nie zostało zarządzone przez sąd lub inną osobę upoważnioną do wykonywania funkcji sądowych, nie może być uznane za zgodne z prawem w rozumieniu art. 5, ust 1 EKPCz. Co prawda wymóg ten nie jest wprost sformułowany w konwencji, ale w ocenie Trybunału można go wywieść z art.5 jako całości, a zwłaszcza z ustępu 1 c (*w celu postawienia przed właściwym organem sądowym*) oraz paragrafu 3 (*powinien zostać niezwłocznie postawiony przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez ustawę do wykonywania władzy sądowej*)⁸⁰.

⁷⁴ Por. Komitet Zapobiegania Torturom Rady Europy CPT/Inf (2006) 11 Poland, par. 59.

⁷⁵ Por. *Becoming Vulnerable in Detention*, Jesuit Refugee Service– European Regional Service, s. 300–312

⁷⁶ Por. G. S. Godwin-Gill, op. cit. , s. 222.

⁷⁷ Por. *A v. Australia*, Communication No 650/1993, Human Rights Committee, 03.04.1997, CCPR/C/59/D/560/1993, par. 9.

⁷⁸ Por. *Amuur v. France*, skarga nr 19776/92, wyrok z 25 czerwca 1996 r., Reports III, par. 41.

⁷⁹ Por. *Shamsa* przeciwko Polsce, skarga nr 45355/99 i 45357/99, wyrok z 27 listopada 2003 r., par. 47; *Nolan and K. v. Russia*, skarga nr 2512/04, wyrok z 6 lipca 2009 r., par. 93–96.

⁸⁰ Por. *Shamsa*, par. 59.

Stosowanie środków detencyjnych wobec cudzoziemców jest możliwe w oparciu o wyjątek przewidziany w art.5 par.1 f EKPCz. Dopuszcza się w nim pozbawienie wolności osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa lub osoby, przeciwko której toczy się postępowanie o wydalenie lub o ekstradycję. ETPCz dość kontrowersyjnie przyjmuje, że pozbawienie wolności w tym wypadku, co prawda, nie może być arbitralne, ale nie musi spełniać standardu niezbędności⁸¹. W precedensowej sprawie *Saadi przeciwko Wielkiej Brytanii* test arbitralności został przeprowadzony jedynie w oparciu o warunek wykonywania pozbawienia wolności w dobrej wierze (*in good faith*) i ścisłego powiązania z celem, a więc zapobieżeniem nieautoryzowanemu wjazdowi osoby na terytorium państwa⁸². Jest to stosunkowo wąski zakres kryteriów kontroli, w porównaniu z wymogami płynącymi z art. 9 MPPOiP. W pakcie praw obywatelskich i politycznych gwarancje wolności i bezpieczeństwa osobistego nie doznają wyjątków – dotyczą wszystkich, a w tym osób migrujących. Komitet Praw Człowieka wywodzi stąd, że detencja musi spełniać wymóg niezbędności i proporcjonalności w każdej sytuacji i w każdych warunkach. Arbitralność jest rozumiana nie tylko jako sprzeczność z prawem, ale musi być interpretowana szerzej i zawierać elementy nieadekwatności (*inappropriateness*), niesprawiedliwości oraz brak przewidywalności (*lack of predictability*)⁸³. Detencja, w ocenie Komitetu, może być uznana za arbitralną, jeśli państwo nie jest w stanie wykazać, iż nie było łagodniejszych środków realizacji polityki migracyjnej⁸⁴.

Z tak rozumianą arbitralnością koresponduje stanowisko ETPCz z orzeczeniu *Nolan and K. przeciwko Rosji*. ETPCz nie powtórzył twierdzenia o braku wymogu niezbędności detencji, wykazał natomiast, iż na tle art. 5, par. 1f postępowanie państwa musi spełniać wymóg odpowiedniej jakości prawa *quality of law*, a więc pozbawienie wolności musi opierać się na normach wystarczająco dostępnych (*sufficiently accesible*), precyzyjnych i przewidywalnych w zastosowaniu⁸⁵.

Trzeba zauważyć, iż w cytowanym orzeczeniu *Saadi przeciwko Wielkiej Brytanii* większość sędziów Trybunału nie widziała potrzeby rozróżnienia reguł postępowania w sytuacjach objętych pierwszą częścią zdania art. 5, par. 1f EKPCz (zapobieżenie nielegalnemu wkroczeniu) i drugą – dotyczącą sytuacji osób objętych procedurami mającymi na celu ekstradycję lub wydalenie⁸⁶. Zgadzam się z opinią wyrażoną w zdaniu odrębnym, iż tym samym

⁸¹ Por. *Saadi v. The United Kingdom*, skarga nr 13229/03, wyrok z 29 stycznia 2008 r., par. 72. Por. także *Mikolenko v. Estonia*, skarga nr 10664/05, wyrok z 8 stycznia 2010 r., par. 59.

⁸² Por. *Saadi*, par. 74.

⁸³ Por. *Van Alphen*, par. 5.8.

⁸⁴ Por. *C. v. Australia*, Communication 900/1999 28 October 2002 CCPR/C/76/D/900/1999; *Sharif Baban v. Australia*, Communication 1014/2001, CCPR/C/78/D/1014/2001.

⁸⁵ Por. *Nolan and K.*, par. 98.

⁸⁶ Por. *Saadi*, par. 73.

Wielka Izba potraktowała identycznie osoby, których położenie prawne i faktyczne jest mocno zróżnicowane. Trudno zaakceptować dopuszczalność takich samych standardów postępowania wobec migrantów nieregularnych, w tym osób poszukujących azylu, i wobec ludzi oczekujących na ekstradycję w związku z popełnieniem przestępstw.

W tym ostatnim przypadku pozbawienie wolności jest zgodne z konwencją tak długo, jak odnotowuje się postęp w procedurach ekstradycyjnych lub ekspulsyjnych. W orzecznictwie strasburskim nie wymaga się wskazania konkretnego czasu pozbawienia wolności w celu ekstradycji⁸⁷, ale wszelkie zaniechania i brak należytej pilności powodują, że detencja przestaje spełniać standardy art. 5, par. 1f EKPCz⁸⁸.

Problemem czasu trwania aresztu w celu wydalenia zajął się polski Sąd Najwyższy. Odpowiadał on na pytanie czy wskazany w art. 106, ust. 2 ustawy o cudzoziemcach okres roku jako maksymalny czas pobytu cudzoziemca w areszcie w celu wydalenia odnosi się do nieprzerwanego okresu pobytu cudzoziemca w ośrodku lub areszcie, czy też obejmuje łączny czas pobytu cudzoziemca w różnych okresach w ośrodku lub areszcie w celu wykonania tej samej decyzji o wydaleniu. SN orzekł co następuje: *wypadku gdy cudzoziemiec w ramach postępowania zmierzającego do wykonania tej samej decyzji o wydaleniu pozbawiony jest wolności więcej niż raz, okresy jego detencji podlegają sumowaniu.(...) Odmienne interpretacja art. 106 ust. 2 zd. 2 ustawy o cudzoziemcach tolerowałaby oczywiste nadużycia, albowiem pozwalałaby na przerwanie okresu izolacji osoby podlegającej wydaleniu choćby na kilka godzin, by osobę tę ponownie zatrzymać i rozpocząć liczenie okresu, o którym mowa w art. 106 ust. 2 zd. 2 ustawy o cudzoziemcach, od początku. Oznaczałoby zatem nie tylko osłabienie, ale wręcz wyłączenie gwarancyjnej funkcji, jaką ten przepis pełni*⁸⁹.

Polskie prawo zapewnia wyższy standard ochronny w tym zakresie niż dyrektywa w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (tzw. dyrektywa powrotowa)⁹⁰. Zgodnie z art. 15, ust. 5 tego aktu czas trwania środka detencyjnego nie może przekroczyć 6 miesięcy, ale już w kolejnym ustępie wskazuje się, iż takie przedłużenie jest możliwe o kolejne 12 miesięcy, jeżeli pomimo rozsądnych starań wydalenie może potrwać dłużej z powodu braku współpracy ze strony obywatela państwa trzeciego lub z powodu opóźnienia uzyskania niezbędnej dokumentacji od państw trzecich. Dopuszczalność przetrzymywania przez półtora roku osoby, która nie popełniła żadnego przestępstwa wywołała protesty społeczności

⁸⁷ Por. *Chahal v. The United Kingdom*, skarga nr 22414/93, wyrok z 15 listopada 1996 r., par. 113; *Borodovsky v. Russia*, skarga nr 49491/99, wyrok z 8 maja 2005 r., par. 50.

⁸⁸ Por. *Mikolenko*, par. 59; *A. and Others v. The United Kingdom*, skarga nr 3455/05, wyrok z 19 lutego 2009 r., par. 164.

⁸⁹ Zob. Postanowienie SN z 27 września 2007 r., sygn. akt I KZP 36/07.

⁹⁰ Dyrektywa z 16 grudnia 2008/115 WE, Dz.Urz. UE L 348/98.

międzynarodowej, zwłaszcza ze strony 10 niezależnych ekspertów ONZ⁹¹, a także Komisarza ds. Praw Człowieka Rady Europy⁹². Zwrócono również uwagę, iż dyrektywa umożliwia także detencję dzieci, które nie mają opiekunów, ofiar handlu ludźmi i innych grup osób szczególnie wrażliwych (*vulnerable*).

Wydaje się, że jedną z poważniejszych konsekwencji będzie miało przyjęcie przez ETPCz w sprawie *Saadi* założenia, iż dopóki imigrant nie otrzyma stosownej zgody na pobyt ze strony państwa, dopóty nie znajduje się na jego terytorium zgodnie z prawem, niezależnie od tego czy chodzi o udzielenie ochrony międzynarodowej czy inną formę legalizacji pobytu⁹³. Jest to twierdzenie, którego nie da się pogodzić z zasadą rozróżniania pomiędzy osobami poszukującymi ochrony międzynarodowej a migrantami w ogóle. Ponadto, tym samym ETPCz przyjął standard niższy w stosunku do ochrony wypływającej z art. 12 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁹⁴. Zgodnie z orzecznictwem Komitetu Praw Człowieka cudzoziemiec, który wjedzie na terytorium państwa niezgodnie z przepisami, ale przedstawi wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej (*duly presented asylum application*), jest uznawany za przebywającego w danym kraju zgodnie z prawem⁹⁵.

Powyższy pogląd w pełni koresponduje z zasadą, iż zatrzymanie i pozbawianie wolności nie powinny dotyczyć osób ubiegających się o ochronę międzynarodową. Z tego względu jednak, że uchodźcy często przekraczają granice nielegalnie, trudno ich odróżnić od innych migrantów. Interesujące uwagi na ten temat poczyniła V.M. Lax, stwierdzając, iż polityka państw koncentruje się na uchodźcach jako jednej z grup migrujących, zamiast na konieczności szczególnej ochrony tych osób w kontekście ich specyficznej sytuacji⁹⁶.

W literaturze słusznie zauważa się, że uzyskanie statusu uchodźcy jest możliwe dopiero z momentem znalezienia się na terytorium jakiegoś państwa. Dokonanie tego zgodnie z prawem zazwyczaj łączy się z koniecznością posiadania odpowiednich dokumentów i wniesienia stosownych opłat. Spełnienie tych warunków często jest nieosiągalne dla uciekających przed prześladowaniem; w związku z tym próbują oni wjazdu w jakikolwiek inny sposób⁹⁷. Dodatkowym utrudnieniem jest wprowadzenie kar finansowych dla przewoźników, którzy podejmą się przewozu osób nie mających stosownych dokumentów, nawet jeśli te osoby poszukują ochrony międzynarodowej⁹⁸.

⁹¹ <www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/27C3A187C0BDB81C125748A0037A405?opendocument>, dostęp: 20.10.2011.

⁹² Por. T. Hammaberg, *It is wrong...*, s. 384.

⁹³ Por. *Saadi*, par. 65

⁹⁴ Zdanie odrębne napisali w tej sprawie sędziowie Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeve, Spielmann i Hirvela.

⁹⁵ Por. General Comment of Human Rights Committee Nr 27, *Freedom of movement*, (art. 12) CCPR/C/21/Rev.21/Add.9, par. 4; *Celepli v. Sweden*, CCPR/C/51/D/456/1991, par. 92.

⁹⁶ Por. V.M. Lax, *Must EU Borders hale Doors for Refugees? On the Compability of Schengen Visa and Carrier's Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees*, „European Journal of Migration and Law”, 2008, nr 10, s. 332–333.

⁹⁷ Ibidem, s. 326.

⁹⁸ Por. art.4 ust.2 Dyrektywy 2001/51/WE uzupełniającej postanowienia art. 26 Konwencji Wykonawczej do układu z Schengen z 14 czerwca 1985 r.

W polskim prawie, w myśl art. 138, ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, jest to kara administracyjna wynosząca od 3000 do 5000 euro za każdą osobę, która łącznie nie może przekroczyć 500 tysięcy euro w przypadku jednorazowego wwozu grupy osób.

Zgodnie z art. 31, ust. 1 konwencji genewskiej na uchodźców nie powinno się nakładać kar za nielegalny wjazd lub pobyt, jeśli przybywają bezpośrednio z terytorium, na którym ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo. Warunkiem jest tu jednakże zgłoszenie się bezzwłocznie do władz i przedstawienie wiarygodnych przyczyn nielegalnego pobytu.

Stosownie do art. 31, ust. 2 konwencji genewskiej ograniczenia poruszania się mogą być nakładane na uchodźców tylko dopóty ich status nie zostanie uregulowany albo dopóki nie zostaną przyjęci w innym państwie (art. 33, ust. 2 KG)⁹⁹. Wysoki Komisarz ds. Uchodźców podkreśla, iż o ile jest to możliwe powinny być najpierw wykorzystane środki alternatywne w stosunku do detencji¹⁰⁰. Dalej w swych wnioskach idzie Specjalny Sprawozdawca ds. praw człowieka migrantów, który stwierdza, iż zasada proporcjonalności wymaga, aby detencja o charakterze administracyjnym była środkiem ostatecznym, kiedy zastosowanie żadnych innych środków nie jest możliwe¹⁰¹.

Zgodnie z wytycznymi Komisarza ds. Uchodźców środki detencji powinny być stosowane, tylko jeśli są niezbędne w następujących okolicznościach:

- w celu ustalenia tożsamości,
- w celu ustalenia okoliczności, na których opiera się wniosek,
- w sytuacji zniszczenia dokumentów przez wnioskującego lub używania dokumentów podrobionych w celu wprowadzenia w błąd władz kraju ubiegania się o status uchodźcy,
- gdy istnieje konieczność ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego¹⁰².

5. Uwagi końcowe

Postępowanie państw wobec cudzoziemców jest w dużym stopniu zdeterminowane obawami przed napływem ludności, która aczkolwiek zasługuje na ochronę i pomoc, to jednak będzie stanowiła dodatkowe obciążenie dla

⁹⁹ Zob. G. S. Godwin-Gill, *Article 31 on the 1951 Convention Relating to Status of Refugees*, [w:] *Refugee protection in international law: UNHCR's global consultations on international protection*, ed. E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, Cambridge – New York – Geneva 2003, Cambridge University Press, s. 193–218.

¹⁰⁰ Por. zasada 2 i 3 *UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers*, February 1999.

¹⁰¹ Por. *Human Rights of Migrants, Report of Special Rapporteur on the human rights of migrants*, par.25

¹⁰² Por. *UNHCR Revised Guidelines...*, zasada 3, zob. także *Badanie alternatywnych wobec detencji środków zapobiegawczych w przypadku osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, red. N. Chmelickova, Regionalna Koalicja 2006, www.alternatives-to-detention.org.

budżetu państwa. Ponadto ze względu na walkę z terroryzmem i aktualną sytuację polityczną na świecie, polityka migracyjna jest stale zaostrzana. Dzieje się to poniekąd w specyficznej opozycji do postulatów „dekryminalizacji” nieautoryzowanego wjazdu i pobytu migrantów na terytorium państw oraz traktowania tego typu czynów jako wykroczeń natury administracyjnej. W związku z tym można wyróżnić prawa, z których korzystanie jest z punktu widzenia spraw cudzoziemskich szczególnie ważne. Fundamentalne znaczenie ma przestrzeganie przez państwa zakazu tortur, poniżającego lub niehumanitarnego traktowania lub karania w kontekście wydalenia i procedur ekstradycyjnych, jak również warunków pobytu w miejscach detencji. Wszelkie formy pozbawiania wolności cudzoziemców powinny spełniać standardy, jakie wypływają z prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Działania państw nie mogą być ani arbitralne, ani bezprawne. Dotyczy to zarówno podstaw prawnych detencji, jej form i czasu jej trwania. Należy zauważyć, iż w kontrowersyjnym orzeczeniu *Saadi przeciwko Wielkiej Brytanii* Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjął stosunkowo łagodne kryteria kontroli postępowania państw odnośnie do pozbawiania wolności cudzoziemców w oparciu o art.5 par.1f EKPCz. Wyrok został opatrzony zdaniem odrębnym aż sześciu sędziów, którzy słusznie zwrócili uwagę, iż tym samym konwencja została zinterpretowana w sposób gwarantujący niższy standard ochrony niż ustanowiony w art.9 MPPOiP i w orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka.

Szczególną wagę ma również prawo do skutecznego środka odwoławczego, zwłaszcza tam, gdzie może wchodzić zastosowanie zasady *non refoulement*. Niezbędne jest także, aby regulacje prawne związane z prawem do pobytu na terytorium państwa i wydaleniem, uwzględniały ochronę prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego.

Przeprowadzona w 2008 r. nowelizacja polskiego prawa o cudzoziemcach jest znaczącym krokiem ku podwyższeniu poziomu standardów ochrony udzielanej na terytorium RP. Na szczególną uwagę zasługuje wprowadzenie nowej instytucji w postaci ochrony uzupełniającej oraz szerokie sformułowanie przesłanek umożliwiających uzyskanie zgody na pobyt tolerowany. W istocie te właśnie normy prawne odpowiadają aktualnym potrzebom i problemom, jakie wiążą się z uchodźstwem i migracjami na świecie.

LEGAL SITUATION OF FOREIGNERS AND RESPECTING THEIR HUMAN RIGHTS. SELECTED ISSUES

Key words: foreigners, human rights, migration, management, asylum, seekers, refugees.

Summary

This article analyses some aspects of legal situation of foreigners in respect of human rights. The issues were presented in a context of general tendency observed in immigration management of particular countries. Special attention should be brought to: sharpening the

rules of foreigners entry and residence, criminalisation of non authorized migration and detention. The latter becoming a more common practice. Because of very wide range of discussed problems, the subject of consideration was limited to few aspects. Firstly the article raises the issues concerning subjective and objective range of protection the foreigners can apply for. Next discussed issue concerns the protection against removal and procedural guarantees. The standards concerning imprisonment were discussed as the third problem because of its bigger guarantee role. The study takes into consideration the universal and European system of human rights protection as well as Polish law and the jurisdiction of Polish courts.

Maria Myszka

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Katedra Praw Człowieka

Prawne aspekty zatrudniania cudzoziemców spoza UE na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Federalnej Niemiec

Słowa kluczowe: cudzoziemiec, imigracja, zezwolenie na pracę, dostęp do rynku pracy, pracodawca, wolność wyboru zawodu.

Niniejszy artykuł traktuje o problemie dopuszczania cudzoziemców do świadczenia pracy na podstawie umowy z podmiotami, których siedziba, miejsce zamieszkania, oddział, zakład lub inna forma zorganizowanej działalności znajduje się na terytorium Republiki Federalnej Niemiec (dalej: RFN) oraz Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: RP). Problem ten jest rozważany w intencji ustalenia możliwości prawnych zatrudnienia obywateli państw byłego bloku komunistycznego, które nie są członkami Unii Europejskiej oraz zasad ochrony ich praw w systemach prawnych RP i RFN.

Artykuł przedstawia na wstępie korzyści i obawy wynikające z zatrudniania cudzoziemców. Kolejno, opisana została pokrótce sytuacja imigracyjna w Niemczech i Polsce. Analiza przepisów prawnych obydwu systemów rozpoczyna się od nawiązania do regulacji ustaw zasadniczych w zakresie prawa do swobodnego wyboru rodzaju i miejsca zatrudnienia. Dalsza część opracowania ma na celu zestawienie postanowień prawnych, stanowiących o ograniczeniach i warunkach dopuszczenia cudzoziemców do świadczenia pracy na terytorium Polski i Niemiec oraz przepisów traktujących o treści zezwoleń na pracę. W końcu, rozważaniu poddane są przepisy dotyczące prawa cudzoziemców do równych warunków pracy i równego wynagrodzenia z porównywalnymi pracownikami polskimi i niemieckimi oraz konsekwencje zatrudniania obcokrajowców wbrew tym regułom.

Podstawowym zadaniem opracowania jest ocena istniejących przepisów prawnych i statusu prawnego cudzoziemców zatrudnianych na terytoriach RP i RFN. Założeniem przewodnim jest konieczność odnalezienia odpowiedniej granicy pomiędzy ochroną ważnych interesów ekonomicznych i społecznych państwa i jego obywateli a postulatami liberalizowania regulacji prawnych

dotyczących zatrudniania pracowników zagranicznych oraz upraszczania obowiązujących formalności dotyczących zezwalania cudzoziemcom na pracę, a także konieczności zapewnienia im odpowiedniej ochrony. Powyższe postulaty zawarte zostały w Europejskiej Karcie Społecznej stąd są wiążące zarówno wobec Polski jak i RFN.¹

1. Uwagi wstępne

Zatrudnianie osób do pracy na terytorium państw, których nie są obywatelami, jest kwestią generującą liczne dyskusje – zarówno o wymiarze społecznym, politycznym, jak i prawnym. Ustawodawcy państw stoją przed trudnym wyzwaniem pogodzenia takich wolności człowieka, jak: prawo do pracy – do wyboru miejsca i rodzaju zatrudnienia z koniecznością ochrony praw i interesów własnych obywateli, ich bezpieczeństwa, ale i ochrony i rozwoju wewnętrznego rynku pracy.

Całkowite odrzucenie możliwości pracy cudzoziemców na terytorium danego państwa nie jest ani możliwe² ani pożądane. Jak pokazuje rzeczywistość, przyjmowanie imigrantów ma także pozytywny wpływ na sytuację państwa.

Dostrzega się m.in. pozytywne skutki napływu wysoko wykwalifikowanej siły roboczej oraz osób, będących potencjalnymi pracodawcami dla obywateli danego państwa i działających na korzyść PKB. Szczególnie w dobie wysokiej migracji zarobkowej, obserwowanej m.in. w Polsce, powodowanej otwarciem konkurencyjnych wobec polskiego, bo oferujących pracownikom nierzadko lepsze warunki pracy, rynków pracy innych państw UE, imigranci spoza UE wypełnić mogą luki spowodowane stratą, częstokroć wykwalifikowanej, siły roboczej.³ Po drugie, napływ imigrantów stanowić może swego rodzaju remedium na problemy demograficzne i związane z nimi starzenie się społeczeństw, obserwowane m.in. w Republice Federalnej Niemiec. Z drugiej strony, otwarcie rynku dla obcokrajowców rodzi obawy obywateli o ich miejsca pracy bądź też obawy o obniżanie płac z powodu pozyskiwania tańszej, zagranicznej siły roboczej.⁴

Przedmiotem niniejszego opracowania nie ma być jednak konfrontacja argumentów za i przeciw zatrudnianiu cudzoziemców na rodzimym rynku

¹ Art. 18 Europejskiej Karty Społecznej (dalej: EKS), Turyn, dnia 18 października 1961 r., Dziennik Ustaw z 1999 r. Nr 8 poz. 67.

² Choćby z uwagi na zobowiązania związane z udzielaniem ochrony cudzoziemcom na terytorium RP – patrz art. 56 Konstytucji RP, Dz.U. Nr 78, poz. 483. Szczegółowy tryb przyznawania ochrony, w tym statusu uchodźcy określa: Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tekst jednolity z dnia 22 października 2009: Dz.U. Nr 189, poz. 1472.

³ M. Szaniawska-Schwabe, *Polityka imigracyjna Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Zachodni” 2009, nr 4, tekst dostępny na stronie: http://150.254.215.205/pz/folder2/dokumenty/2009_4/artikul.4_2009.pdf, s. 1>, dostęp: ?????

⁴ *Ausländer in Deutschland Fakten gegen Vorurteile*, tekst dostępny na stronie: <<http://www.loester.net/fakten-print.htm>>, dostęp: ?????

pracy. Mając jednak wspomnianą dyskusję na uwadze, z pewnością stwierdzić można, iż regulacje prawne, które przeciwdziałać będą rozwojowi nielegalnego rynku pracy cudzoziemców, także z uwagi na jasne i respektujące prawa cudzoziemców rozwiązania, niwelować będą obawy co do negatywnych skutków zatrudniania cudzoziemców oraz rozwiązywać dyskusje na jego korzyść.

Jednoczenie się Europy po upadku komunizmu i rozwój wspólnotowego prawa dotyczącego kwestii migracji, oddziałuje na krajowe przepisy dotyczące możliwości zatrudniania cudzoziemców. W stosunku do obywateli państw członkowskich UE (a także szerzej: EOG), zgodnie z zasadą swobodnego przepływu osób, dostęp do rynku pracy na terytorium wspólnotowym staje się znacznie ułatwiony, zrównując niemal pozycję cudzoziemca i obywatela.⁵

Oznacza to, iż w zakresie dostępu do świadczenia pracy, w systemach prawnych Polski i RFN, wyróżnić można podział cudzoziemców na dwie kategorie: cudzoziemców traktowanych na równi z obywatelami oraz cudzoziemców, których dostęp do rynku pracy jest – w różnym stopniu – prawnie ograniczony.⁶ Wyzwaniem dla ustawodawcy pozostaje takie skonstruowanie przepisów, które pozwoli na pozyskanie odpowiedniej zagranicznej kadry, zapętlającej luki na krajowym rynku pracy i generującej wzrost gospodarczy, ale i zapewni odpowiednią ochronę – i to zarówno w stosunku do obywateli, jak i przyjętych do pracy cudzoziemców.

Regulacje dotyczące uzyskiwania i warunków zezwoleń na pracę oraz możliwości ich cofnięcia i wezwania cudzoziemca do opuszczenia kraju, stanowią w sposób oczywisty ingerencję w stosunki między pracownikiem a pracodawcą. Ukazują przy tym różnice w statusie pracownika–cudzoziemca oraz pracownika–obywatela. W tym świetle zasadnicze staje się pytanie, gdzie są granice tej ingerencji i do jakiego stopnia cudzoziemca w sferze stosunków zatrudnienia należy postrzegać i kontrolować jako „nieobywatela” danego państwa, mającego ograniczone możliwości i prawo dostępu do rynku pracy obcego państwa, a kiedy należy go postrzegać i chronić po prostu jako pracownika.

2. Zjawisko imigracji zarobkowej w RFN oraz Polsce

RFN jest od lat jednym z największych krajów imigracyjnych Europy. Niemniej jednak aspekt uznania Niemiec za kraj imigracyjny przez dziesięciolecia, wbrew napływającym falom cudzoziemców, pozostawał nierozwiąza-

⁵ W RFN kwestie dostępu obywateli państw UE do rynku pracy regulowane są przede wszystkim w: Gesetz ueber die Allgemeine Freizugigkeit von Unionsbuerger oraz Drittes Buch Sozialgesetzbuch, teksty obu aktów dostępne na stronie: <<http://bundesrecht.juris.de>>, dostęp: ????????; W Polsce kwestie dostępu obywateli UE do rynku pracy reguluje: Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. 2004, Nr 99, poz. 1001 ze zm.). Obowiązują także przepisy przejściowe. Tematyka ta wykracza jednak poza przedmiot zainteresowania niniejszego tekstu.

⁶ Podobna uwaga w odniesieniu do polskiej regulacji: A. Kisielewicz, *Praca cudzoziemców w Polsce*, „Monitor Prawa Pracy” 3/2005, s. 68.

ny. Reforma niemieckiej polityki imigracyjnej zapoczątkowana została dopiero w 1998 r. z inicjatywy koalicji złożonej z Socjaldemokratycznej Partii Niemiec i Sojuszu 90/Zielonych, a jej owocem jest obecne prawo dotyczące cudzoziemców. Doprowadziła ona do zmiany podstawowych zasad polityki imigracyjnej i formalnego uznania tego, co od lat pozostawało rzeczywistością – statusu Niemiec jako kraju imigracyjnego.⁷

Zgodnie ze statystykami Federalnego Urzędu Statystycznego (*Statistisches Bundesamt*), od 1994 r. liczba cudzoziemców zamieszkujących RFN utrzymuje się w granicach 7 milionów.⁸ Pierwsze znaczące fale imigracji zarobkowej, powodowane zapotrzebowaniem na siłę roboczą i koniecznością wypełnienia luk na rynku pracy rozwijających się gospodarczo Niemiec, obserwowano od początku lat 60. Luki na rynku zaczęli wypełniać pracownicy kontraktowi zwani *Gastarbeitern*, sprowadzani do Niemiec na podstawie umów bilateralnych. Na kolejną tendencję wzrostową oddziaływały przemiany ustrojowe i zjednoczenie Niemiec w latach 1989–1990.⁹ Miejsca pracy zapełniali także uchodźcy i azylanci.

Najliczniejszą grupę cudzoziemców w RFN stanowią obecnie Turcy (ok. 25% cudzoziemców), kolejno znajdują się Włosi (7,7%) i Polacy (6%). Cudzoziemcy spoza państw UE stanowią ok. 65% wszystkich cudzoziemców, przy czym ok. 3% cudzoziemców zamieszkujących w RFN stanowią obywatele Federacji Rosyjskiej, ok. 2,3% – Bośni i Hercegowiny, ok. 3,3% obywatele Chorwacji.¹⁰ Około 3 milionów cudzoziemców zatrudnianych jest legalnie na niemieckim rynku pracy.¹¹

Imigracja w Polsce zaczęła rozwijać się dopiero po transformacjach ustrojowych w 1989 r. Napływ cudzoziemców pozostaje stosunkowo niski, co wiąże się z faktem, iż Polska pozostaje mniej atrakcyjnym krajem docelowym dla cudzoziemców w porównaniu z takimi krajami o charakterze imigracyjnym, jak m.in. właśnie RFN. Pod koniec 2009 r. w Polsce przebywało legalnie około 90 tys. cudzoziemców.¹² Cudzoziemcy przybywający do Polski pochodzą głównie z byłych obszarów ZSRR, przede wszystkim z Ukrainy (ok. 26 tys.), Rosji (ok. 13 tys.) i Białorusi (niespełna 9 tys.).¹³ Wśród najlicz-

⁷ Więcej na ten temat: M. Mazur-Rafał, *Zmiana paradygmatu w niemieckiej polityce imigracyjnej w latach 1998–2004? Wnioski dla Polski*, Central European Forum For Migration Research, Working Paper 2/2006, s. 4 i n.

⁸ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, *Ausländerzahlen 2009*, Nürnberg, 31.12.2009, s. 5.

⁹ M. Szaniawska-Szwabe, op. cit., s. 4.

¹⁰ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, op. cit., s. 11–13.

¹¹ Statistisches Bundesamt, *Bevölkerung mit Migrationshintergrund – Ergebnisse des Mikrozensus 2008 – Fachserie I Reihe 2 pkt 2*, Wiesbaden 2010, s. 48.

¹² Ośrodek Badań nad Migracjami, *Biuletyn Migracyjny, Migracje międzynarodowe: Polska-Unia Europejska-Europa Wschodnia*, numer 25, Luty 2010, tekst dostępny na stronie: <<http://www.biuletynmigracyjny.uw.edu.pl>, s. 4>, dostęp: ?????

¹³ Ibidem, s. 5 oraz P. Kaczmarczyk, R. Stefańska, J. Tyrowicz, *Cudzoziemcy w Polsce*, *Biuletyn* nr 6, kwiecień 2008, s. 6, tekst dostępny na stronie: <http://www.bezrobocie.org.pl/files/1bezrobocie.org.pl/public/biuletyny_fise/Biuletyn_FISE_kwiecień_2008_cudzoziemcy.pdf>, dostęp: ?????

niejszych grup cudzoziemców w Polsce znajdują się także Wietnamczycy (ponad 8 tys.).

Zatrudnienie cudzoziemców w Polsce pozostaje również na poziomie marginalnym. Dopiero nowelizacja przepisów dotyczących udzielania zezwoleń na zatrudnienie w 2009 r. przełożyła się na ich wydatną liczbę. W 2009 r. wydano 29 430 zezwoleń na pracę (wraz z przedłużeniami zezwoleń), co oznaczało wzrost liczby wydanych zezwoleń o ponad 60% w stosunku do 2008 r., kiedy to wydano niewiele ponad 18 tys. zezwoleń, oraz o ponad 140 proc. w porównaniu z 2007 r., kiedy to wydano ponad 12 tys. zezwoleń. Najwięcej zezwoleń wydano dla obywateli Ukrainy (9504). Istotna liczba tych zezwoleń została przydzielona także obywatelom Chin (4536), Wietnamu (2577), Białorusi (1669), Turcji (1422) i Indii (1164).¹⁴

3. Prawo do swobodnego wyboru pracy w ustawach zasadniczych

Prawo każdego człowieka do uzyskania możliwości utrzymania się poprzez swobodnie wybraną lub przyjętą pracę należy do podstawowego kanonu w rodzinie praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych.¹⁵ Podlegać może ono określonym wyjątkom i ograniczeniom, w tym m.in. związanym z obowiązkiem państwa, wiążącym się z zapewnieniem dostępu do rynku pracy dla własnych obywateli i przeciwdziałania bezrobociu oraz z zapewnieniem bezpieczeństwa państwa.

Prawo do swobodnego wyboru rodzaju i miejsca zatrudnienia regulowane jest na poziomie ustaw zasadniczych zarówno Polski, jak i RFN, jednakże regulacje te są dalece odmienne.

Konstytucja Rzeczypospolitej w art. 37 stanowi, iż kto znajduje się pod władzą Rzeczypospolitej Polski, korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji.¹⁶ Odnoszące się do cudzoziemców wyjątki regulowane są w ustawach. Postanowieniu temu odpowiada art. 65, odnoszący się do przedmiotowego zagadnienia. Zgodnie z nim, każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy. Wyjątki od tej wolności określa ustawa.¹⁷

Regulacja prawa do zatrudnienia na poziomie ustawy zasadniczej RFN nie charakteryzuje się podobną uniwersalizacją. Nie statuuje ona powszech-

¹⁴ Ośrodek badań nad migracjami..., s. 5.

¹⁵ Tak też: art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych Społecznych i Kulturalnych, Nowy Jork, 19.12.1966 r., Dz.U. 77.38.169; podobnie: Europejska Karta Społeczna, cz. I ust. 1, Turyn 18.10.1961 r., Dz.U. 99.08.67, Zrewidowana Europejska Karta Społeczna, cz. I ust. 1, Strasbourg 3.05.1996 r., tekst dostępny na stronie: <<http://www.mpips.gov.pl/index.php?gid=485>>, dostęp: ?????

¹⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 97.78.483.

¹⁷ Ibidem.

nego prawa wyboru zawodu i miejsca jego wykonywania, a ogranicza je jedynie do obywateli Niemiec. Art. 12 Konstytucji stanowi bowiem, iż wszyscy Niemcy mają prawo do swobodnego wyboru zawodu, miejsca pracy i miejsca kształcenia.¹⁸ Ustawa zasadnicza niemiecka nie uwzględnia tym samym obecnych tendencji do uniwersalizacji praw i wolności także o charakterze ekonomicznym.

4. Regulacje ustawowe – ograniczenia w dostępie do rynku pracy dla cudzoziemców spoza UE

Republika Federalna Niemiec

W odniesieniu do obydwu państw szczegółowe regulacje dotyczące możliwości i ograniczeń w dopuszczaniu cudzoziemców do pracy na ich terytorium znalazły się na poziomie przepisów ustawowych oraz wykonawczych, a także w odpowiednich umowach międzypaństwowych.

Sytuację cudzoziemców niebędących obywatelami UE, a chcących uzyskać zatrudnienie na terenie RFN reguluje obecnie w zasadniczej mierze Ustawa o pobycie, działalności gospodarczej i integracji cudzoziemców na terenie RFN (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet – Aufenthaltsgesetz*; powoływana dalej *Aufenthaltsg*).¹⁹ Jest ona częścią Ustawy z dnia 30 lipca 2004 r. w sprawie sterowania i ograniczania napływu i w sprawie regulacji pobytu i integracji obywateli Unii Europejskiej i cudzoziemców (*Gezetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern*)²⁰. Ustawa weszła w życie w dniu 1 stycznia 2005 r.

Przepisy wykonawcze do ustawy, przyjęte na podstawie delegacji § 42, zawarte są w dwóch rozporządzeniach Federalnego Ministra Gospodarki i Pracy (*Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*): Rozporządzeniu w sprawie zezwolenia na wykonywanie pracy nowo przybyłym cudzoziemcom (*Verordnung über die Zulassung von neu einreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung*; dalej: *BeschV*)²¹ oraz Rozporządzeniu w sprawie postępowania i zezwolenia na wykonywanie pracy cudzoziemcom żyjącym na terenie kraju (*Verordnung über das Verfahren und die Zulassung von im Inland lebenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung*).²²

¹⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, [w:] Nomos Gesetze Öffentliches Recht, 18. Auflage, Baden-Baden 2009, s. 7–53.

¹⁹ Tekst dostępny na stronie: <http://bundesrecht.juris.de/aufenthg_2004/>, dostęp: ?????

²⁰ Tekst dostępny na stronie: <<http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/150220/publicationFile/13549/Zuwanderungsgesetz.pdf>>, dostęp: ?????

²¹ Tekst dostępny na stronie: <<http://bundesrecht.juris.de/beschv/>>, dostęp: ?????

²² Tekst dostępny na stronie: <<http://bundesrecht.juris.de/beschverfv/>>, dostęp: ?????

Zatrudnienie cudzoziemca na terytorium RFN uzależnione jest od posiadania przez niego odpowiedniego tytułu pobytowego (*Aufenthaltstitel*: wiza, zezwolenie na pobyt, zezwolenie na osiedlenie się, zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego), uprawniającego go do podjęcia pracy.²³

Oznacza to, iż w stosunku do cudzoziemca spoza UE, pragnącego podjąć pracę na terenie RFN, razem z decyzją dotyczącą udzielenia tytułu zezwalającego na pobyt podejmuje się też decyzję o dopuszczeniu do niemieckiego rynku pracy. W tym celu odpowiedni urząd ds. cudzoziemców (*Ausländerbehörde*) lub odpowiednie przedstawicielstwo niemieckie poza granicami kraju (*deutsche Auslandsvertretung*), do którego zgłasza się zainteresowany cudzoziemiec, sprawdza przesłanki udzielenia tytułu pobytowego oraz zwraca się do Federalnej Agencji Pracy (*Bundesagentur für Arbeit*) o udzielenie zgody na zezwolenie na dostęp do niemieckiego rynku pracy. Jedynie w wypadku, gdy ustawa, rozporządzenie lub umowa międzypaństwowa tak stanowi, zgoda Federalnej Agencji Pracy nie jest wymagana²⁴.

Tym samym zezwolenie na podjęcie pracy jest przyznawane przez Urząd do spraw cudzoziemców jako dodatkowe upoważnienie w tytule pobytowym, po otrzymaniu odpowiedniej zgody Agencji Pracy. Dla rozpoczęcia tego procesu konieczne jest istnienie konkretnej oferty pracy, o którą ubiega się cudzoziemiec²⁵, a którą będzie mógł za zgodą Agencji Pracy podjąć jedynie wówczas, jeżeli odpowiednie przesłanki negatywne wskazane w ustawie nie zostaną spełnione, wystąpią zaś przesłanki pozytywne wydania zezwolenia. Dla ich ustalenia, obok podania cudzoziemca, konieczne jest przedstawienie przez pracodawcę szczegółowych informacji dotyczących oferty pracy (*Stellenbeschreibung*).²⁶

Kryteria dopuszczenia cudzoziemca do rynku pracy RFN

Zgodnie z § 18 AuenhaltsG – dopuszczenie cudzoziemców do rynku pracy w RFN zorientowane jest na pozycję ekonomiczną Niemiec. Konieczne jest wzięcie pod uwagę sytuacji na rynku pracy oraz wymogu skutecznego zwalczania bezrobocia. Założeniem jest więc dokonanie oceny potrzeb ekonomicznych i uwarunkowań na rynku pracy.

²³ § 18 AufenthaltsgG

²⁴ § 4 AufenthaltsgG. W tym zakresie BeschV w § 1 – § 16 szczegółowo określa przypadki, w których zgoda nie jest wymagana. np. w stosunku do: § 7 dziennikarzy, zatrudnionych u pracodawcy spoza RFN, których działalność zgłoszono Rządowemu Centrum Prasy i Informacji; § 10 – studentów i uczniów do pracy podczas wakacji, przy pośrednictwie Federalnej Agencji Pracy – do 3 miesięcy w roku; § 12 osób pracujących przy organizacji międzynarodowych imprez sportowych, akredytowanych przez komitet organizacyjny itd.

²⁵ § 18 ust. 5 AuenhaltsG.

²⁶ Więcej na ten temat: Bundesagentur für Arbeit, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmers in Deutschland, 2009; <<http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/Merkblatt-Sammlung/MB7-Beschaeftigung-ausl-AN.pdf>>, dostęp: ??????

W tym celu Federalna Agencja Pracy, zgodnie z literą § 39 omawianej ustawy, ma obowiązek przeprowadzenia odpowiedniego badania, uwzględniającego dwa podstawowe kryteria dopuszczalności cudzoziemca do rynku pracy. Po pierwsze, zatrudnienie cudzoziemca nie może mieć niekorzystnego wpływu na rynek pracy, przede wszystkim na strukturę zatrudnienia na rynku pracy, w regionie i w danym sektorze gospodarki.²⁷ Po drugie, zatrudnienie cudzoziemca nie będzie możliwe wówczas, gdy o dane stanowisko ubiega się obywatel Niemiec bądź cudzoziemiec, mający równe z nim uprawnienia w dostępie do pracy bądź inny cudzoziemiec, który zgodnie z prawem UE ma prawo pierwszeństwa w dostępie do rynku pracy.²⁸ Ustawa stanowi przy tym, iż dostępność pracowników z grupy uprzywilejowanej ma miejsce także wtedy, gdy mogą być oni zatrudnieni tylko przy wsparciu finansowym ze strony Agencji Pracy.²⁹ Federalna Agencja Pracy może udzielić zezwolenia także wówczas, gdy badanie rynku pracy dla poszczególnych grup zawodowych i sektorów wykaże, że obsadzenie wolnych miejsc pracy zagranicznymi kandydatami jest uzasadnione dla rynku pracy i polityki integracji.³⁰

Oznacza to, iż sama wola pracodawcy zatrudnienia na dane stanowisko konkretnego cudzoziemca nie będzie jednoznaczna z udzieleniem mu zezwolenia. Szczegółową ofertę pracy przedstawioną przez pracodawcę rozpowszechnia właściwa Agencja Pracy (co do zasady odpowiednia z uwagi na siedzibę pracodawcy) oraz sprawdza, czy odpowiednio wykwalifikowani kandydaci nie są dostępni na rynku pracy. Czas trwania tego typu badania rynku pracy uzależniony jest od wymogów związanych z profilem danego stanowiska oraz związanego z tym rozmiaru podjętych czynności pośrednictwa zatrudnienia.³¹

Rzeczpospolita Polska

W Polsce kwestia dostępu cudzoziemców do rynku pracy regulowana jest przede wszystkim w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (dalej: PromZatrudU)³² oraz rozporządzeniach do ustawy. Pewne aspekty związane z tą kwestią reguluje także Ustawa o cudzoziemcach.³³

Podstawowym warunkiem, pozwalającym cudzoziemcowi na świadczenie pracy na polskim rynku pracy, jest uzyskanie zezwolenia na pracę. Według przepisów obowiązujących do stycznia 2009 r., postępowanie w sprawie wydania zezwolenia było dwuetapowe. Warunkiem wydania samego zezwolenia było wcześniejsze uzyskanie przez pracodawcę przyrzeczenia i uzyskanie

²⁷ § 39 ust.2 pkt 1 lit. a Aufenthaltsg.

²⁸ § 39 ust.2 pkt 1 lit. b Aufenthaltsg.

²⁹ § 39 ust.2 pkt 2 zd. 2 AufenthG.

³⁰ § 39 ust.2 pkt 2 zd. 1.

³¹ Bundesagentur für Arbeit..., s. 18–19.

³² Ustawa z dnia 20.04.2004 r., Dz.U. 2004, Nr 99, poz. 1001 ze zm.

³³ Ustawa z dnia 13.06.2003 r., Dz. U. Dz.U. 2003, Nr 128, poz. 1175 ze zm.

przez cudzoziemca odpowiedniego dokumentu, legalizującego pobyt cudzoziemca w Polsce.³⁴

Obecnie przepisy nie przewidują konieczności wydawania przyrzeczenia, ale ograniczają postępowanie o dopuszczenie do świadczenia pracy na polskim rynku pracy do wydania zezwolenia na pracę przez właściwego wojewodę oraz odpowiedniego tytułu pobytowego – najczęściej wizy w celu wykonywania pracy. Zmianę postępowania należy uznać za pozytywną, upraszcza ona procedurę i ogranicza liczbę dokumentów, jakie muszą być przedstawione organom w postępowaniu o uzyskanie zezwolenia. Uproszczenie to wydaje się rodzić tym bardziej pozytywne skutki dla samych cudzoziemców. Należy bowiem zauważyć, iż zarówno o przyrzeczenie, jak i zezwolenie na pracę występował sam pracodawca – nadal zresztą wyłącznie on jest stroną postępowania w przedmiocie wydania zezwolenia przed właściwym wojewodą. Przyrzeczenie uprawniało pracownika do uzyskania tytułu pobytowego i legalnego wjazdu na terytorium Polski. Realnym więc stawał się proceder, iż pracodawca zatrudni pracownika bez uzyskania zezwolenia finalizującego postępowanie bądź z opóźnieniem, często za niewiedzą samego cudzoziemca, nie znającego dostatecznie polskiego prawa i nie będącego w rzeczywistości stroną w postępowaniu administracyjnym o uzyskanie zezwolenia na pracę. Cudzoziemiec jednak musiałby ponieść konsekwencje tego typu sprzecznego z prawem zatrudnienia w przypadku kontroli. Obecne uproszczenie daje więc większą gwarancję kontroli samego cudzoziemca nad procesem i legalizacją jego zatrudnienia w Polsce.

Niemniej jednak, zgodnie z przepisami systemu prawnego RFN i stosowaną w procedurze praktyką, cudzoziemiec ma większą kontrolę i udział w postępowaniu związanym z uzyskiwaniem zgody na zatrudnienie. To on występuje z wnioskiem o zgodę na zatrudnienie, składanym równolegle z wnioskiem o tytuł pobytowy. Szerszy udział cudzoziemców w tym procesie w Polsce niwelowałby ewentualne późniejsze problemy związane z rozbieżnościami między faktycznie wykonywaną pracą a zezwoleniem na zatrudnienie, co będzie częścią dalszych rozważań.

Badanie rynku pracy

Podobnie jak w postępowaniu w RFN, udzielenie zezwolenia na pracę cudzoziemcowi w Polsce wiąże się z wcześniejszym badaniem polskiego rynku pracy. Sytuację na lokalnym rynku pracy zobowiązany jest uwzględnić wojewoda, wydający zezwolenie na pracę, o które występuje podmiot powierający jej wykonanie. W tym celu musi on uzyskać odpowiednie informacje od starosty, dotyczące możliwości zaspokojenia potrzeb kadrowych pracodawcy poprzez zatrudnienie osób posiadających pierwszeństwo w dostępie do

³⁴ Tekst ustawy w powoływanej wersji (bez zmian) dostępny na stronie: <<http://www.abc.com.pl/serwis/du/2004/1001.htm>>, dostęp: ?????

rynku pracy.³⁵ Stąd też pracodawca zobowiązany jest przedstawić właściwemu staroście ofertę pracy, którą chciałby powierzyć cudzoziemcowi. Starosta zaś dokonuje analizy rejestrów bezrobotnych i poszukujących pracy oraz – gdy analiza za tym przemawia – organizuje rekrutację i wydaje odpowiednią informację o możliwości realizacji oferty pracy w oparciu o wskazane rejestry oraz rekrutację.³⁶ Czas na podjęcie określonych powyżej zadań przez starostę jest stosunkowo niedługi i nie uwzględnia – jak w przypadku postępowania w RFN – różnic związanych z wymaganiami dla objęcia danego stanowiska pracy. Zgodnie z art. 88 c ust. 2 PromZatrudU, starosta ma zadanie wydać informację, dotyczącą analizy rejestrów w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia złożenia oferty w powiatowym urzędzie pracy, jeżeli nie wynika z niej możliwości zorganizowania rekrutacji, a gdy ta jest organizowana – wojewoda ma 14 dni na wydanie informacji od dnia złożenia oferty pracy.

Wyjątki, w których zezwolenie na pracę nie jest wymagane, określa Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy w art. 88 ust. 2 oraz Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę.³⁷ Rozporządzenie to ułatwia możliwość zatrudnienia m.in. obywatelom państw graniczących z Polską.³⁸

Ograniczenia w dostępie do zatrudnienia ze względu na wykształcenie

Dostęp do rynku pracy RFN podlega dalszemu ograniczeniu, związanemu z wykształceniem kandydata na stanowisko pracy. Zgoda na podjęcie pracy w Niemczech może zostać udzielona przede wszystkim cudzoziemcom

³⁵ Art. 88 c PromZatrudU. Zgodnie z art. 10 ust. 4 pkt 1 wojewoda określa wykaz zawodów i rodzajów pracy, w stosunku do których wydanie zezwolenia na pracę nie wymaga uwzględnienia informacji starosty, kierując się sytuacją na lokalnym rynku pracy, w szczególności liczbą zarejestrowanych bezrobotnych i poszukujących pracy w poszczególnych zawodach w stosunku do liczby ofert zgłoszonych do powiatowych urzędów pracy. Ponadto Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2009 r. w sprawie określenia przypadków, w których zezwolenie na pracę cudzoziemca jest wydawane bez względu na szczegółowe warunki wydawania zezwoleń na pracę cudzoziemców określa przypadki, w których zezwolenie na pracę cudzoziemca jest wydawane przez wojewodę bez względu na warunki wydawania zezwoleń na pracę cudzoziemców, o których mowa w art. 88c PromZatrudU, czyli m.in. bez wymogu uzyskania omawianej informacji od starosty. Zwolnienie z konieczności uzyskania wskazanej informacji od starosty dotyczy, zgodnie z § 3 pkt 3 powołanego rozporządzenia, m.in. przypadków udzielania zezwoleń na pracę obywatelom państw graniczących z Rzeczpospolitą Polską, wykonującym prace pielęgnacyjno-opiekuńcze lub jako pomoc domowa na rzecz osób fizycznych w gospodarstwie domowym.

³⁶ Dokładne postępowanie w tym zakresie określa Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2009 r. w sprawie wydawania zezwolenia na pracę cudzoziemca, Dz. U. Z 2009 r., Nr 16, poz. 84.

³⁷ Dz. U. z 2006, Nr 156, poz. 1116 ze zm.: Dz. U. z 2007r., Nr 120, poz. 824, Dz. U. z 2008 r., Nr 17, poz. 106, Dz. U. z 2009 r., Nr 21, poz. 114.

³⁸ § 2 pkt 27 – dotyczy określonych cudzoziemców wykonujących pracę w okresie nieprzekraczającym sześciu miesięcy w ciągu kolejnych dwunastu miesięcy, na podstawie oświadczenia podmiotu o zamiarze powierzenia im wykonywania pracy.

wykwalifikowanym, czyli takim, którzy posiadają określone wykształcenie zawodowe. Zgodnie z ust. 4 § 18 AufenthaltsG, tytuł pobytowy w celu zatrudnienia, wymagającego wykwalifikowanego wykształcenia zawodowego, może być przyznany tylko dla zatrudnienia w grupie zawodowej określonej w rozporządzeniu do ustawy. W uzasadnionych tylko przypadkach tytuł taki może być przyznany, gdy za danym zatrudnieniem przemawia publiczny interes, przede wszystkim o charakterze regionalnym, ekonomicznym i odpowiadającym polityce rynku pracy.

Szczegółowe regulacje dotyczące zgody na pracę dla pracowników wykwalifikowanych reguluje ustęp 3 BeschV, uściślając, iż wykwalifikowane wykształcenie zawodowe wymaga co najmniej dwuletniego okres kształcenia.³⁹ Zgodnie z treścią rozporządzenia, zgoda na wykonywanie pracy odpowiadającej uzyskanym kwalifikacjom zawodowym może być przyznana m.in. specjalistom z uznanym lub porównywalnym z niemieckim dyplomem ukończenia szkoły wyższej (*Hochschulabschluss*) czy też specjalistom z uznanym dyplomem szkoły wyższej, potwierdzającym porównywalne kwalifikacje w obszarze technologii informatycznych i komunikacyjnych.⁴⁰

Tym samym, w przypadku, gdy cudzoziemiec nie posiada określonego przez przepisy wykonawcze, wykwalifikowanego wykształcenia, jego szanse uzyskania zgody na zatrudnienie na niemieckim rynku pracy są dalece ograniczone. Nie jest ono jednak niemożliwe, gdyż zgodnie z ust. 2 § 18 AufenthaltG, zezwolenie na pobyt w celu wykonywania zatrudnienia, które nie wymaga żadnego wykwalifikowanego wykształcenia, może być przyznane, jeśli stanowi tak umowa międzypaństwowa lub – zgodnie z rozporządzeniem – udzielenie zgody na pobyt w celu tego zatrudnienia jest dozwolone. W tym zakresie rozporządzenie dopuszcza cudzoziemców przede wszystkim do prac sezonowych w rolnictwie, leśnictwie, hotelarstwie, w pracach związanych z przetwórstwem owoców i warzyw, przy tartakach, a także do opieki (*Au-pair*), pomocy domowej itd.⁴¹ Przepisy przewidują jednak co do zasady pewne dodatkowe ograniczenia czasowe, minimalizujące okres zatrudnienia do np. killu miesięcy w roku.

Postanowienia powyższe pokazują, iż RFN nastawiona jest przede wszystkim na przyjmowanie kadry wykwalifikowanej. Potwierdza to tym bardziej dodatkowe uprzywilejowanie, mające przyciągać tzw. pracowników wysoko wykwalifikowanych do pracy w RFN. W szczególnych przypadkach bowiem mogą oni uzyskać zgodę na osiedlenie się.⁴²

³⁹ § 25 BeschV.

⁴⁰ § 27 pkt 1 i 2.

⁴¹ § 18–24 BeschV.

⁴² Zgodnie z § 19 AufenthaltG, wysoko wykwalifikowanemu cudzoziemcowi może w szczególnych przypadkach zostać przyznane pozwolenie na osiedlenie się, jeżeli zgodę wyraziła Federalna Agencja Pracy zgodnie z § 39 lub zgodnie z § 42 rozporządzenie lub międzyrządowe porozumienie potwierdza, że pozwolenie na osiedlenie może być przyznane bez zgody Agencji i uzasadnionym jest założenie, że integracja w stosunki życia w Republice Niemieckiej i środki utrzymania zapewnione będą bez pomocy rządowej.

Ustawa polska nie przewiduje podobnych jak przepisy niemieckie ograniczeń związanych z wykwalifikowanym wykształceniem. Oznacza to, iż rynek pracy nie jest skoncentrowany wyłącznie na przyjmowaniu pracowników wykwalifikowanych. W odniesieniu do przypadków zapotrzebowania na określonego typu kadrę, przepisy wykonawcze określają wspomniane ułatwienia w uzyskaniu zezwolenia na pracę lub całkowicie zwalniają z obowiązku jego uzyskania.

Treść zgody

Spełnienie powyższych warunków, dyktowanych względami dbałości o interes ekonomiczny regionów i kraju, kwestią pierwszeństwa dostępu do pracy określonych grup oraz – w przypadku RFN – ograniczeniom w dostępie do rynku pracy związanym z kwalifikacjami, nie oznacza, iż treść zgody na świadczenie pracy ma charakter nieograniczony.

Ustawa niemiecka o pobycie, działalności gospodarczej i integracji cudzoziemców na terenie RFN stanowi, iż pozwolenie na zatrudnienie może określać – i tym samym ograniczać: dozwolony rodzaj działalności zawodowej i zatrudnienia oraz jego okres.⁴³ Federalny Urząd Pracy może też ograniczyć zgodę na zatrudnienie wyłącznie do niektórych zakładów pracy lub może się ograniczyć do zezwolenia na zatrudnienie w określonych regionach.⁴⁴ Wszystkie te ograniczenia winny zostać ujęte w tytule pobytowym, uprawniającym do świadczenia pracy.⁴⁵

Zgodnie z obowiązującą polską ustawą o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, zezwolenie na pracę wydawane jest na czas ograniczony nie dłuższy jak 3 lata, jednakże może być przedłużane.⁴⁶ Zezwolenie to określać musi podmiot powierzający wykonywanie pracy przez cudzoziemca i stanowisko oraz rodzaj wykonywanej pracy, a także okres ważności zezwolenia.⁴⁷ Choć ustawa nie określa dalszych wymogów dotyczących treści zezwolenia, zgodnie z wzorem zezwolenia zamieszczonym w załączniku nr 2 do rozporządzenia w sprawie wydawania zezwolenia na pracę cudzoziemca, w treści zezwolenia określa się rodzaj umowy oraz minimalny wymiar czasu pracy, a także dolną granicę wysokości wynagrodzenia brutto.⁴⁸

Warunki zatrudnienia cudzoziemca

Zarówno przepisy niemieckie, jak i polskie przewidują ochronę pracownika-cudzoziemca pod względem warunków zatrudnienia. Istotnym warunkiem możliwości udzielenia zgody na zatrudnienie, zgodnie z § 39 AufenthaltsgG, jest

⁴³ § 39 ust. 4 AufenthaltsgG.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ § 18 ust. 2 zd. 2.

⁴⁶ 88 e ust. 1.

⁴⁷ 88f ust. 1.

⁴⁸ Dz. U. z 2009 r., nr 16, poz. 84, załącznik nr 2.

to, iż cudzoziemiec nie może być zatrudniony na mniej korzystnych warunkach niż jest zatrudniany porównywalny pracownik niemiecki.

Odpowiednik tego artykułu w polskiej ustawie, choć przedmiotowo ograniczony – art. 88 c ust. 1 pkt 1 PromZatrudU – stanowi, iż wojewoda wydaje zezwolenie, jeżeli wysokość wynagrodzenia, która będzie określona w umowie z cudzoziemcem nie będzie niższa od wynagrodzenia pracowników wykonujących pracę porównywalnego rodzaju lub na porównywalnym stanowisku.

Postanowienia te z jednej strony mają przeciwdziałać dyskryminacji pracowników–cudzoziemców na rynku pracy – co lepiej odzwierciedla, odwołująca się do warunków zatrudnienia w ogóle, ustawa niemiecka – z drugiej niwelować zagrożenie dumpingu płac, czyli sytuacji, w której zatrudnianie cudzoziemców byłoby bardziej korzystne z uwagi na możliwość zatrudniania ich za niższym wynagrodzeniem niż w przypadku własnych obywateli.

Istotny jest także fakt, iż zatrudniony cudzoziemiec staje się pracownikiem w rozumieniu przepisów prawa pracy i podlega odpowiedniej ochronie z nich wynikającej.

5. Wybrane uwagi na temat nielegalnego wykonywania pracy przez cudzoziemców

Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy definiuje nielegalne wykonywanie pracy przez cudzoziemca, jako wykonywanie pracy przez cudzoziemca, który nie posiada ważnej wizy lub innego dokumentu uprawniającego go do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub którego podstawa pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie uprawnia do wykonywania pracy, lub który wykonuje pracę bez zezwolenia, w przypadkach gdy jest ono wymagane, lub na innych warunkach lub na innym stanowisku niż określone w zezwoleniu na pracę, z zastrzeżeniem art. 88i, lub bez zawarcia wymaganych umów o pracę albo umów cywilnoprawnych.⁴⁹

Z kolei, zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 2 Ustawy o cudzoziemcach, sankcją za wykonywanie pracy niezgodnie z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy jest decyzja o wydaleniu cudzoziemca z terytorium RP. Sankcja ta jest w każdym wypadku obligatoryjna, gdyż przepis posługuje się imperatywnym sformułowaniem „decyzję o wydaleniu *wyda się*”. W decyzji określa się termin wydalenia, nie dłuższy jak 14 dni. Względnie, gdy z okoliczności sprawy wynika, iż cudzoziemiec dobrowolnie wykona obowiązek opuszczenia kraju, zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1, wydaje się decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do opuszczenia kraju, której obligatoryjnie nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.⁵⁰

⁴⁹ Art. 2, ust. 1, pkt 14 Prom ZatrudU.

⁵⁰ Art. 97, ust.2 Ustawy o cudzoziemcach.

Powyższe decyzje powodują z mocy prawa unieważnienie wizy, unieważnienie zezwolenia na przekraczanie granicy w ramach małego ruchu granicznego, cofnięcie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony oraz zezwolenia na pracę.⁵¹

Konsekwencje naruszenia postanowień PromZatrudU są więc daleko idące i katagoryczne z punktu widzenia cudzoziemca. Szczególne w odniesieniu do przesłanki wykonywania pracy na warunkach innych niż w wydanym zezwoleniu na pracę, w tym w odniesieniu do wynagrodzenia, skutek w postaci obligatoryjnego cofnięcia zezwolenia oraz wydalenia cudzoziemca z państwa rodzić może wątpliwości.

Zgodnie z wcześniej powoływanymi regulacjami, pracodawca musi zatrudniać cudzoziemca na takich warunkach płacowych, jak innych pracowników na porównywalnych stanowiskach. Pracodawca zobowiązuje się we wniosku o zezwolenie na pracę do wypłacania pracownikowi zgodnego z tą zasadą wynagrodzenia, którego wysokość zostaje wpisana do zezwolenia. Należy jednakże zauważyć, iż pracodawca jest jedyną stroną w postępowaniu o wydanie zezwolenia i to jemu wydawane są, zgodnie z art. 88 f ust. 2 dwa egzemplarze zezwolenia na pracę. Powinien on przekazać jeden z nich cudzoziemcowi. Jest on zobowiązany do zawarcia z cudzoziemcem umowy zgodnej z treścią tego zezwolenia i do uwzględnienia w umowie z cudzoziemcem warunków, o których mowa w art. 88 c – w tym wysokości wynagrodzenia.⁵² Kontrolowanie tego zobowiązania przez cudzoziemca może być jednak ograniczone. Istnieje zagrożenie, iż rzeczywiście zawarta umowa o pracę między pracodawcą a cudzoziemcem, będzie, wbrew wiedzy bądź woli tego drugiego, w części dotyczącej wynagrodzenia, niezgodna z wydanym zezwoleniem na pracę, bądź – w praktyce – pracodawca będzie wypłacał niższe wynagrodzenie niż widniejące w treści zezwolenia i zgodnej z nią umowy o pracę.

Wykazanie powyższych okoliczności przez organy kontrolne w trakcie prowadzonej w czasie wykonywania zatrudnienia kontroli prowadzi do wniosku o świadczeniu pracy niezgodnie z wydanym zezwoleniem – gdyż za zbyt niskim wynagrodzeniem. Z tego punktu widzenia organ stwierdzić powinien – zgodnie z literalną wykładnią przepisów przedmiotowych ustaw – nielegalność zatrudnienia, prowadzącą do cofnięcia zezwolenia i wydalenia cudzoziemca z Polski.

Ustawa o promocji zatrudnienia zdaje się przewidywać tego typu sytuację, stanowiąc w ust. 4, art. 88 c, iż w przypadku stwierdzenia naruszenia w postaci nieuwzględnienia w umowie o pracę warunku dotyczącego wynagrodzenia, pracodawca powinien dokonać czynności – tj. zawrzeć odpowiednią umowę oraz wypłacić cudzoziemcowi zaległe wynagrodzenie za okres wykonywanej pracy w wysokości zgodnej z zawartą we wniosku o wydanie zezwolenia na pracę oraz opłacenia związanych z nim składek na ubezpie-

⁵¹ Art. 90, ust. 3 oraz 97, ust. 3 Ustawy o Cudzoziemcach.

⁵² Art. 88h, ust. 1, pkt 1 PromZatrudU.

czenie społeczne i zaliczek na podatek dochodowy. Jednakże odzwierciedlający to postanowienie wyjątek nie został zawarty w przepisie stanowiącym o nielegalności zatrudnienia i nakazującym wydalenie cudzoziemca w przypadku złamania Ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Skutkuje to w praktyce, w sytuacji przeprowadzania kontroli i wykazania, uznaniem przez organy kontrolne, iż cudzoziemiec świadczył pracę za niezgodnym z zezwoleniem wynagrodzeniem. Tym samym, organy kontrolne stwierdzają naruszenie warunków zezwolenia, co uznane zostaje za świadczenie pracy nielegalnie i skutkuje wydaleniem z RP.⁵³ W praktyce więc, choć sytuacja ta może być całkowicie niezawiniona przez cudzoziemca, ponieść może on najistotniejsze konsekwencje uznania go za cudzoziemca niepożądanego na terytorium RP, z uwagi na fakt, iż – z negatywnym skutkiem także dla siebie – wykonywał pracę za niższym niż określone w zezwoleniu wynagrodzenie. Fakt nadawania decyzjom rygoru natychmiastowej wykonalności utrudnia zaś cudzoziemcowi realną obronę jego praw.

Za pewnik należałoby przyjąć, iż w sytuacji, gdy ustalenie treści zawartej między pracownikiem a pracodawcą umowy budzi w tym zakresie wątpliwości, sam fakt wykonywania pracy i woli w tym zakresie, nawet w obliczu otrzymywania wynagrodzenia niższego niż w zezwoleniu, nie może skutkować negatywnymi dla cudzoziemca konsekwencjami. Przeciwnie, powinien on generować, przysługującą mu zgodnie z przepisami prawa pracy, ochronę.

Podsumowując, przepisy polskie są w zakresie ewentualnego wykazania świadczenia pracy przez cudzoziemca za niższym wynagrodzeniem, niejasne. Powyższy problem ustawodawca niemiecki zdaje się rozwiązywać w trafniejszy sposób. Zgodnie z § 41 świadczenie pracy w warunkach gorszych niż w przypadku porównywalnych pracowników niemieckich jedynie *może*, a nie musi skutkować cofnięciem pozwolenia na pracę. Przepis dyspozytywny pozwala organom na ocenę sytuacji i ewentualnego wpływu cudzoziemca na uchybienie. Najważniejsze jednak wydaje się przeciwdziałanie zatrudnianiu cudzoziemców na mniej korzystnych warunkach poprzez odpowiednie kary wobec pracodawców, chcących częstokroć uniknąć dodatkowych opłat, m.in. w postaci podatków, i stawiających cudzoziemca przed wyborem świadczenia pracy na gorszych warunkach bądź jej utraty. W tym zakresie niemiecka Ustawa w sprawie walki z nielegalną pracą i nielegalnym zatrudnieniem (*Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung*) przewiduje, w porównaniu z PromZatrudU, dużo surowsze kary, w tym karę grzywny oraz karę pozbawienia wolności do 3 lat, a w szczególnie ciężkich przypadkach karę od 6 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności.⁵⁴

⁵³ Zgodnie z przeprowadzonymi przeze mnie badaniami w tym zakresie w kancelarii adwokackiej Mariana Helty w Gdańsku, zajmującej się m.in. tego typu sprawami.

⁵⁴ §10 Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung, tekst dostępny na stronie: <http://www.gesetze-im-internet.de/schwarzarbg_2004/index.htm>, dostep: ??????. Art. 120 PromZatrudU przewiduje w tym zakresie karę grzywny 3000 zł wobec pracodawcy i 1000 zł. wobec pracownika.

6. Podsumowanie

Podsumowując powyższe ustalenia, proponuję je pokrótce skonfrontować z międzynarodowymi zobowiązaniami Polski i Niemiec w zakresie dopuszczania do zatrudnienia, wynikającymi z innych niż wspólnotowe zobowiązań i mającymi znaczenie dla większej liczby państw byłego bloku komunistycznego. Dokumentem rangi międzynarodowej, szeroko odwołującym się do poruszanej problematyki, jest Europejska Karta Społeczna.⁵⁵ Część I ust. 18 Karty stanowi, iż obywatele każdej z Umawiających się Stron mają prawo do prowadzenia wszelkiej działalności zarobkowej na terytorium innej Umawiającej się Strony, na zasadzie równości z obywatelami tej ostatniej, z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z ważnych powodów ekonomicznych lub społecznych.⁵⁶ W celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa do prowadzenia działalności zarobkowej na terytorium każdej innej Umawiającej się Strony, Umawiające się Strony zobowiązują się: stosować istniejące regulacje prawne w duchu liberalnym; uprościć obowiązujące formalności oraz zmniejszyć lub znieść opłaty administracyjne i inne opłaty, nakładane na pracowników zagranicznych lub ich pracodawców; liberalizować, indywidualnie lub zbiorowo, regulacje prawne dotyczące zatrudniania pracowników zagranicznych.⁵⁷

Przepisy polskie oraz niemieckie podlegały na przełomie ostatniego dziesięciolecia istotnym zmianom, mającym na celu postulowaną liberalizację. Jednakże, m.in. w świetle specyfiki modelu niemieckiej polityki migracyjnej, zorientowanej głównie na przyjmowanie wykwalifikowanej siły roboczej, a także chociażby wspomnianych niejasności polskich przepisów co do statusu prawnego cudzoziemca w postępowaniu o udzielenie zezwolenia na zatrudnienie oraz jego ochrony w trakcie zatrudnienia, stwierdzić można, iż optymalny model polityki zatrudnienia cudzoziemców wymaga nadal dopracowań, także w zakresie prawa. Trudno także zgodzić się, by model ten i obowiązujące obecnie procedury, dotyczące uzyskania zezwolenia na pracę w którymś z przedmiotowych państw, realizowały cel dopuszczenia obywateli *każdej ze stron* EKS do prowadzenia *wszelkiej* działalności zarobkowej na terytorium innej Strony. W tym zakresie, żaden z systemów prawnych nie przewiduje szczególnych ułatwień, dotyczących obywateli państw–stron Karty (chyba że są oni obywatelami UE, co nie ma wiele wspólnego ze zobowią-

⁵⁵ Zarówno Polska, jak i Niemcy nie ratyfikowały Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej.

⁵⁶ Postanowieniem tym związana jest zarówno RP jak i RFN, ma ono charakter programowy i wyznacza cele, do których osiągnięcia strony dążyć mają przy pomocy wszelkich stosownych środków zarówno o charakterze krajowym, jak i międzynarodowym i stworzyć warunki, w których zasady te będą mogły być skutecznie realizowane.

⁵⁷ Art. 18 EKS – postanowieniem tym związana jest RFN (RP tylko ust. 4, art. 18). Szczegóły dotyczące uznania poszczególnych artykułów EKS przez strony, w myśl art. 20, dostępne na stronie: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ProvisionTableRev_en.pdf>, dostęp: ?????

zaniami wynikającymi z EKS). Uzyskanie zezwolenia na pracę pozostaje dla cudzoziemca procesem skomplikowanym i wymagającym zaangażowania, chęci i kosztów, także ze strony pracodawcy.

Europejski Komitet Praw Społecznych (dalej: EKPS) – przed opisaną powyżej reformą prawa niemieckiego – stwierdził niezgodność regulacji z art. 18 EKS, z uwagi na kompleksowe formalności, dotyczące dopuszczania cudzoziemców do niemieckiego rynku pracy, w tym przede wszystkim istnienie dwóch osobnych procedur w przyznawaniu pozwolenia na pracę i zezwolenia na pobyt.⁵⁸ W nowszych uwagach, Komitet wyraził zaniepokojenie faktem prawnego rozróżnienia statusu pracowników wysoko wykwalifikowanych oraz nisko wykwalifikowanych i niewykwalifikowanych. Wskazał, iż dostęp dwóch ostatnich grup do rynku pracy jest wykluczony, poza możliwymi wyjątkami dla określonych kategorii pracowników sezonowych, których jednak także dotyczą ograniczenia.⁵⁹ Ograniczeń i różnicowań w stosunku np. do obywateli państw UE dotyczy dopuszczenie do rynku pracy także pracowników wysoko wykwalifikowanych. EKPS wystąpił o informacje dotyczące możliwości uczynienia wskazanych postanowień bardziej elastycznymi oraz wystąpił z pytaniem, czy regulacje te mają zastosowanie także w odniesieniu do obywateli państw–stron EKS. EKPS zauważył także ograniczenia dla cudzoziemców, którzy stracili pracę, z uwagi na możliwość odebrania im pozwolenia na pobyt w związku z jej utratą, co z kolei przesądza o braku szans na odnalezienie nowego zatrudnienia. Ten sposób uzależnienia pracowników od jednego pracodawcy, z zagrożeniem, iż w przypadku utraty pracy będą zmuszeni opuścić kraj przyjmujący, nie odzwierciedla, zdaniem EKPS, ducha liberalności i elastyczności regulacji.⁶⁰ Podsumowanie o braku pełnego odzwierciedlenia ducha liberalności i elastyczności wydaje się dobre także dla powyżej poczynionych wybranych uwag, dotyczących uzyskania i utrzymania pozwolenia na pracę i pobyt w Polsce.

Choć oba porównywane państwa próbują uelastyczyć normy dotyczące zatrudnienia cudzoziemców na ich terytoriach, co uznać należy za pozytywne, regulacje te są niekiedy raczej odzwierciedleniem strachu przed „zalaniami” rynku pracy przez cudzoziemców. Choć nie miejsce tu na debatę na temat korzyści i zagrożeń liberalizacji dostępu do rynku pracy⁶¹, założyć można, także na podstawie doświadczeń państw o bardziej liberalnych uregulowaniach, iż strach, jak zwykle, ma wielkie oczy.

⁵⁸ Conclusions XV-2 and XVII-2. Uwagi od I cyklu nadzoru dostępne w bazie danych EKS, na stronie: <<http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?language=en>>, dostęp: ?????? Choć w uwagach, wydanych po reformie, Komitet przyznał, iż postępowanie uległo uproszczeniu, wystąpił o dodatkowe informacje dotyczące nowych procedur. Patrz: Conclusions XIX-I, s. 164. Uwagi EKPS z lat 2003–2009 dostępne na stronie: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/ConclusionsYear_en.asp>, dostęp: ??????

⁵⁹ Conclusions XIX-I – Germany, Article 18, s. 167–169.

⁶⁰ Conclusions II, Statement of Interpretation of Article 18, oraz Conclusions XIX-I, s. 169–170.

⁶¹ Ta leży zresztą przede wszystkim w gestii ekspertów z wykształceniem ekonomicznym.

RECHTLICHE ASPEKTE DER BESCHÄFTIGUNG VON NICHT-EU-AUSLÄNDERN IN POLEN UND DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Schlüsselwörter: Ausländer, Einwanderung, Arbeitserlaubnis, Zugang zum Arbeitsmarkt, Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Berufsfreiheit.

Zusammenfassung

Dieser Artikel befasst sich mit dem Problem der Zulassung von Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung im Rahmen eines Vertrages mit einem Rechtsträger, dessen Sitz sich im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder der Polnischen Republik befindet. Dieses Problem wurde mit der Absicht untersucht, Möglichkeiten für legale Beschäftigung von Staatsangehörigen der Länder des ehemaligen Ostblocks, die nicht Mitglieder der Europäischen Union sind, und Vorschriften zum Schutz der ausländischen Arbeitnehmer in den Rechtssystemen beider betrachteten Länder zu identifizieren.

Zu Beginn stellt der Beitrag die Vorteile der Beschäftigung von Ausländern gegenüber der damit verbundenen Sorgen dar. Im weiteren Verlauf wird in Kürze die Situation der Einwanderung in Deutschland und Polen beschrieben. Die Analyse der juristischen Bestimmungen für die beiden Systeme beginnt mit der Anknüpfung an die verfassungsrechtlich garantierten Freiheiten auf die Wahl der Beschäftigung nach Art und Ort. Weiterführend erfolgt eine Zusammenfassung der Gesetzesnormen über Einschränkungen und Bedingungen der Zulassung von Ausländern zum polnischen bzw. deutschen Arbeitsmarkt und Bestimmungen zum Inhalt der Arbeitserlaubnis. Abschließend wird auf die gesetzlichen Vorgaben abgestellt, welche verlangen, dass Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen beschäftigt werden dürfen, als vergleichbare einheimische Arbeitnehmer und auf die Konsequenzen bei Verstößen gegen diese Vorgaben.

Die primäre Aufgabe dieses Aufsatzes ist es, die bestehenden Gesetze und den rechtlichen Status von Ausländern, welche in den Gebieten Polens und Deutschlands arbeitstätig sind, zu bewerten. Es gilt eine geeignete Grenze des Schutzes der wichtigsten wirtschaftlichen und sozialen Interessen eines Staates und seiner Bürger zur geforderten Öffnung der Arbeitsmärkte für ausländische Arbeitnehmer und Vereinfachung von Formvorschriften zu ziehen. Diese Forderungen nach Liberalisierung der Arbeitsmärkte wurden in der Europäischen Sozialcharta formuliert und sind somit für die Republik Polen und die Bundesrepublik Deutschland bindend.

Anna Napiórkowska

doktorantka w Katedrze Praw Człowieka Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

Lustracja „po polsku”

Słowa kluczowe: lustracja, dekomunizacja, Instytut Pamięci Narodowej, prawo do susznego procesu.

Na temat lustracji można by pisać w nieskończoność. Tyle samo ile zwolenników jej przeprowadzenia – tyle samo przeciwników. Kontrowersji jest wiele... przede wszystkim sens i cel, ale także sposób, zasięg osobowy i przedmiotowy, wpływ na rozwijającą się demokrację. Również element czasu, a mianowicie jego upływ, sprawiają, że z każdym rokiem proces ten wzbudza coraz więcej pytań o zasadność jego przeprowadzania.

Czy nie powinno się raz na zawsze zamknąć bolesny rozdział w historii polskiego narodu i zacząć budować nową rzeczywistość? Czy człowiek, żyjący w „trudnych czasach”, być może pod presją, pod ciągłą obawą o życie swoje i własnej rodziny, nie ma prawa do nowego życia? Do przebaczenia? Wreszcie, komu tak naprawdę zależy na poznaniu prawdy? Poszkodowanym, historykom czy być może przeciwnikom politycznym?

1. Dekomunizacja

„Komunizm rozpadł się w 1989 roku niczym domek z kart. Mniej więcej połowa członków ówczesnej elity władzy i pieniądza w Polsce zajmowała w czasach komunizmu stanowiska kierownicze, jedna trzecia – wykonywała zawody „specjalistów”, a tylko 11 procent plasowało się na niższych szczeblach drabiny społecznej. Koniec komunizmu bowiem, to – przede wszystkim – swoista *rewolucja menadżerska*”.¹ Rewolucja, która dzięki szerokiemu procesowi lustracji postanowiła „pozbyć się” znacznej większości polityków w każdym niemalże kraju.

Pod pojęciem dekomunizacji rozumie się postulat zerwania z komunistyczną przeszłością poprzez rozliczenia moralne, polityczne i wreszcie prawne

¹ J. Staniszkis, *Postkomunizm. Próba opisu*, Gdańsk 2005, s. 5.

dawnych przywódców państwa. Do tego procesu zaliczyć należy również ustawowy zakaz pełnienia pewnych funkcji publicznych przez dawnych członków elit władzy.²

Dekomunizacja nie jest procesem swoistym tylko dla Polski, ale dla wszystkich państw postkomunistycznych. Odwołując się do przykładów sąsiednich państw, warto zwrócić uwagę na byłą NRD, gdzie w wyniku tego procesu zwolniono z pracy w instytucjach publicznych wszystkich byłych pracowników aparatu partyjnego oraz aparatu represji, odbierając im również m. in. przywileje emerytalne.

W Czechosłowacji natomiast, a później w Czechach, zakazywano na okres pięciu lat, z przedłużeniem w niedługim czasie o kolejne pięć, pełnienia pewnych funkcji publicznych. Zakaz ten dotyczył wszystkich byłych członków partii komunistycznej, którzy pełnili swe funkcje na stanowiskach od poziomu powiatowego wzwyż.³

2. Lustracja jako element dekomunizacji

Elementem procesu dekomunizacji jest proces lustracji. Po raz pierwszy posłużono się tym terminem w Czechosłowacji, w połowie 1990 roku. Oznacza on w najprostszym wyjaśnieniu – sprawdzenie funkcjonariuszy publicznych pod kątem ich ewentualnej współpracy ze służbami komunistycznego państwa. Natomiast jego konsekwencją jest odsunięcie od pełnionych stanowisk i funkcji osób, które były agentami lub tajnymi współpracownikami byłych służb bezpieczeństwa państwa. W szerszym wydaniu proces lustracji oznacza również ujawnienie i udostępnienie społeczeństwu materiałów dotyczących obywateli, które zgromadziły dawne służby specjalne.⁴

Ważnym jest również cel, dla którego przeprowadza się proces lustracji. Według opinii Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy – „celem lustracji jest ochrona rodzącej się demokracji przed osobami, co do których nie ma pewności, że będą sprawowały władzę zgodnie z zasadami demokracji, ponieważ nie wykazały się one zaangażowaniem na ich rzecz ani wiarą w nie w przeszłości, a obecnie nie są zainteresowane ani nie mają motywacji, aby je sobie przyswoić”.⁵

² J. Macała, *Nauka – zemsta czy oczyszczenie?*, „Puls” nr 6 (106), czerwiec 2007 r. (rok X), s. 1.

³ Ibidem, s. 1.

⁴ Ibidem, s. 1.

⁵ Pkt 11 i 12 Rezolucji Nr 1096 (1996) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy dotyczącej środków demontażu dziedzictwa po byłych totalitarnych ustrojach komunistycznych przyjętej w dniu 27 czerwca 1996 r.

3. Dekomunizacja i lustracja w Polsce

Postulaty sprawdzania, która z osób publicznych była agentem Urzędu Bezpieczeństwa i Służby Bezpieczeństwa, wysuwały w Polsce od przełomu 1989 r. różne, głównie prawicowe partie i środowiska. W maju 1992 r. własną uchwałą⁶ Sejm zobowiązał ówczesnego Ministra Spraw Wewnętrznych do ujawnienia, kto z parlamentarzystów i wysokich urzędników współpracował z UB i SB.⁷

4 czerwca 1992 r. minister Macierewicz przekazał listę 66 nazwisk parlamentarzystów, członków rządu i Kancelarii Prezydenta RP, których bezpieka zarejestrowała jako agentów. Na liście znaleźli się m.in. prezydent Lech Wałęsa i marszałek Sejmu Wiesław Chrzanowski (obydwu sąd oczyścił z zarzutów).⁸

Wkrótce potem Trybunał Konstytucyjny uznał uchwałę lustracyjną za niezgodną z prawem, gdyż – jak stwierdził – nakładała ona na ministra w drodze pozaustawowej obowiązek wkroczenia w sferę praw obywateli. Trybunał zawiesił wykonanie uchwały.⁹

Jesienią 1992 r. zaczęły się przygotowania do opracowania i wprowadzenia w życie jednolitej ustawy lustracyjnej. Niestety, przed rozwiązaniem Sejmu w maju 1993 r. nie udało się doprowadzić procesu legislacyjnego do końca.

Jednak pewne elementy lustracji wprowadzono już podczas wyborów parlamentarnych w 1993 r. Kandydaci mieli składać komisjom wyborczym oświadczenia o ewentualnej współpracy ze służbami specjalnymi, nie było jednak przewidzianych żadnych konsekwencji za kłamstwo.

Po raz kolejny sprawa lustracji wróciła do Sejmu pod koniec 1995 r., gdy ówczesnemu premierowi Józefowi Oleksu zarzucono kontakty z oficerem wywiadu b. ZSRS i Rosji Władimirem Ałganowem. Do Sejmu wpłynęło kilka projektów ustaw lustracyjnych. Powołana w sierpniu 1996 r. komisja nadzwyczajna przyjęła jednolity projekt w styczniu 1997 r.

Sejm przyjął ustawę lustracyjną 11 kwietnia 1997 r. Zobowiązywała ona wszystkich kandydujących do ważnych urzędów w państwie lub osoby urzędy te sprawujące do składania oświadczeń, czy byli funkcjonariuszami bądź tajnymi i świadomymi współpracownikami służb specjalnych PRL. Ich prawdziwość miał badać specjalny prokurator – Rzecznik Interesu Publicznego. Podejrzewając, że ktoś zataił swe związki ze służbami PRL, kierował sprawę

⁶ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 28 maja 1992 r. (M.P. nr 20, poz. 157).

⁷ Gazeta Wolni i Solidarni. Dziennik Polonii w Kanadzie, Archiwum spraw najciekawszych, Lustracja w Polsce – 20 lat za późno, 23 marca 2007 r., [on line], [dostęp 02 czerwca 2010]. Dostępny w World Wide Web:

⁸ W. Czuchnowski, *Z dziejów lustracji w Polsce*, Gazeta Wyborcza.pl, 19 stycznia 2009 r., [on line], [dostęp 02 czerwca 2010]. Dostępny w World Wide Web:

⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 czerwca 1992 r., sygn. akt U 6/92 (OTK 1992, poz. 13).

do Sądu Lustracyjnego.¹⁰ W przypadku stwierdzenia przez sąd fałszywości oświadczenia – wymierzano 10-letni zakaz pełnienia funkcji publicznych. Ustawa nie zakazywała jednak pełnienia stanowisk tym, którzy sami się przyznają do związków z tajnymi służbami.

Autorzy ponad 200 oświadczeń przyznali się do różnego rodzaju związków ze służbami PRL. Nie wiadomo, ile osób od 1997 roku powstrzymało się od działalności publicznej, nie chcąc składać oświadczeń lustracyjnych.

Nowy wymiar lustracji nadało powołanie, ustawą z 1998 r.¹¹, Instytutu Pamięci Narodowej – instytucji, która m.in. gromadzi i udostępnia dokumenty organów bezpieczeństwa PRL. Do 2005 r. dostęp do teczek wiązał się z nadaniem przez IPN statusu pokrzywdzonego (była nim osoba, o której organy PRL „zbierały informacje na podstawie celowo gromadzonych danych, w tym w sposób tajny”, a nie była agentem). W 2005 r. Trybunał Konstytucyjny¹² uznał, że dostęp do akt IPN wytworzonych na swój temat powinni mieć wszyscy, w tym także oficerowie i agenci.¹³

Dyskusja na temat lustracji rozgorzała na nowo, gdy w styczniu 2005 r. do Internetu trafił IPN-owski spis katalogowy 160 tys. nazwisk funkcjonariuszy i agentów oraz osób wytypowanych przez nią do współpracy. Potocznie nazwano go „listą Wildsteina”.

4. „Ustawa lustracyjna” z 18 października 2006 r.

Zmieniona ustawa lustracyjna z 18 października 2006 r.¹⁴ zastąpiła dotychczasową ustawę z 1997 r. Likwidacji uległy m. in. działający od 1999 r. Sąd Lustracyjny oraz urząd Rzecznika Interesu Publicznego.

Z 27 tys. do kilkuset tys. zwiększyła się natomiast liczba osób, które muszą obecnie składać oświadczenia o ewentualnych związkach z tajnymi służbami. Teraz prawdziwość ich oświadczeń o tym, czy byli funkcjonariuszami, pracownikami lub tajnymi współpracownikami służb specjalnych PRL

¹⁰ Z. Romaszewski, *Historia lustracji w Polsce od roku 1991 do roku 1998*, oficjalna strona senatora Zbigniewa Romaszewskiego, [on line], [dostęp 12 czerwca 2010]. Dostępny w World Wide Web: http://www.romaszewski.pl/podstrony/awantury_lustracja_do_1998.html#wprowadzenie

¹¹ Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucji Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Dz.U.07.63.424.

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie ograniczenia dostępu do dokumentów IPN z dnia 26 października 2005, sygn. K 31/04 (Z.U. 2005 / 9A / 103), Dz.U.05.222.1914 z dnia 4 listopada 2005.

¹³ Gazeta Wolni i Solidarni. Dziennik Polonii w Kanadzie, Archiwum spraw najciekawszych, Lustracja w Polsce – 20 lat za późno, 23 marca 2007 r., [on line], [dostęp 02 czerwca 2010]. Dostępny w World Wide Web:

¹⁴ Ustawa z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów, tekst jednolity Dz.U.07.63.425.

od 22 lipca 1944 r. do 31 lipca 1990 r. bada nowy pion lustracyjny Instytutu Pamięci Narodowej oraz sądy powszechne.¹⁵

Zgodnie z art. 56. 1. nowej ustawy, „osoba urodzona przed dniem 1 sierpnia 1972 r., która w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy pełni funkcję publiczną (...) ma obowiązek złożenia oświadczenia (...) w terminie jednego miesiąca od dnia doręczenia powiadomienia...”. Oznacza to również, że osoby, które na mocy poprzedniej ustawy złożyły oświadczenie lustracyjne, lub prowadzone wobec nich postępowanie w sprawie zgodności oświadczenia z prawdą oczyściło je z zarzutów współpracy – również ponownie muszą złożyć oświadczenie!

Osoba, która przyzna się do związków z tajnymi służbami PRL, nie będzie automatycznie tracić swej funkcji. Ustawa pozostawia decyzję w tej kwestii pracodawcy lub wyborcom.¹⁶

Zgodnie z art. 57, w przypadku niezłożenia w terminie oświadczenia lustracyjnego, osoba która zaniedbała ten obowiązek lub spóźniła się ze złożeniem oświadczenia, zostaje pozbawiona funkcji publicznej **z mocy prawa z dniem**, w którym upłynął termin do jego złożenia.¹⁷

Pytanie zatem: co ma karać nowa ustawa lustracyjna? Brak współpracy ze służbami bezpieczeństwa czy właśnie tę współpracę? W przypadku niezłożenia oświadczenia lustracyjnego nie można mówić o spełnieniu jakiegokolwiek z tych przesłanek. Brak złożenia oświadczenia w ogóle lub niezłożenia go w terminie są traktowane surowiej niż złożenie fałszywego oświadczenia, a więc zatajenie faktu współpracy z tajnymi służbami PRL w działaniu na szkodę poszanowania praw człowieka.

Przy takiej konstrukcji przepisu nie ma również miejsca na zastosowanie zasady domniemania niewinności, ze względu na brak dochodzenia winy. Pozbawienie pewnych praw jednostki następuje niejako „odgórnie”, bez procesu i bez udziału stron.

Według orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do naruszenia wspomnianej zasady dochodzi już nawet w momencie wątpliwych wypowiedzi czy sugestii organów procesowych przed formalnym ustaleniem winy¹⁸. Także poza formalnymi czynnościami procesowymi mamy do czynienia z uwzględnieniem i przestrzeganiem zasady domniemania niewinności.¹⁹

Ta gwarancja procesowa, zapewniona art. 6 EKPC, ma na celu ochronę osoby przed implikowaniem jej winy, bez wcześniejszego jej udowodnienia, co

¹⁵ Gazeta Wolni i Solidarni. Dziennik Polonii w Kanadzie, Archiwum spraw najciekawszych, Lustracja w Polsce – 20 lat za późno, 23 marca 2007 r., [on line], [dostęp 02 czerwca 2010]. Dostępny w World Wide Web:

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ustawa z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów, tekst jednolity Dz.U.07.63.425.

¹⁸ Sprawa Allenet de Ribemont przeciwko Francji, wyrok z 10 lutego 1995 r., pkt 35–36.

¹⁹ Np. w trakcie oświadczeń przekazywanych na konferencji dla prasy – sprawa Daktaras przeciwko Litwie, wyrok z 10 października 2000 r., pkt 41–44.

niewątpliwie wyraża obowiązek „uznawania za niewinną, a nie „zakaz domniemania winy”.²⁰

Mimo, że art. 57. wspomnianej ustawy lustracyjnej, w części odnoszącej się do niektórych osób wymienionych w ustawie (prezydent RP, wójt, burmistrz, prezydent miasta), jest niezgodny z Konstytucją oraz Konwencją, do pozostałych osób może być swobodnie stosowany!

5. Możliwość wymierzenia kary bez sądu?

Według polskiej ustawy Kodeks karny²¹ – utrata praw publicznych jest jednym ze środków karnych, a więc wymierzanych przez sąd! Mówi o tym wyraźnie artykuł 40 Kodeksu karnego traktujący o pozbawieniu praw publicznych.

Pozbawienie praw publicznych jest przejawem potępienia moralnego sprawcy przestępstwa. Pełni też istotną rolę szczególnie prewencyjną, wyłączając sprawców skazanych na pozbawienie praw publicznych od pełnienia praktycznie wszelkich funkcji o charakterze publicznym. Ponieważ obejmuje ono pozbawienie sprawcy przestępstwa praw o charakterze publicznym, nie dotyczy zatem przysługujących mu praw o charakterze cywilnym.²²

Pozbawienie praw publicznych orzeka się w latach, trwa ono najkrócej 1 rok, najdłużej 10 lat (art. 43 § 1 i 2 k.k.). Pozbawienie praw publicznych obowiązuje od uprawomocnienia się orzeczenia.²³ Ograniczenia praw w ramach tego środka są poważne, ale też dotyczą sprawcy poważnego przestępstwa. Popełnione przez sprawcę przestępstwo świadczy o utracie do niego publicznego zaufania, autorytetu przynależnemu każdemu obywatelowi. Środek ten zawiera elementy represji, ale także profilaktyki. Przynosi ujmę na honorze **skazanego**. Nie może więc on pełnić odpowiednich funkcji publicznych.²⁴

Z kolei art. 41 mówi o podobnym środku – „zakaz zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu, jeżeli sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem”.²⁵

Zakaz ten sąd może orzec w przypadku, gdy sprawca przy popełnieniu przestępstwa nadużył stanowiska lub zawodu albo okazał, że dalsze zajmo-

²⁰ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 282.

²¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z dnia 2 sierpnia 1997 r.)

²² *Prawo karne materialne*, red. Marek Mozgaw, wyd.2, Warszawa 2009, s. 385.

²³ Ibidem, s. 386.

²⁴ T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Wyd.3, Warszawa 2008, s. 269.

²⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny. (Dz. U. z dnia 2 sierpnia 1997 r.)

wanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża interesowi społecznemu, tj. istotnym dobrom chronionym prawem.²⁶ Stanowiskiem jest pozycja, jaką sprawca zajmuje hierarchii instytucji państwowych, samorządowych lub społecznych, a także, jak się wydaje, w korporacjach zawodowych.²⁷

6. Prawo do sądu w Konstytucji RP z 1997 r. oraz w EKPC

Gwarancja prawa do sądu zapisana została w art. 6 ust.1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Konwencja wyraźnie wskazuje, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd [...]” oraz, że „każdego oskarżonego o popełnienie czynu zagrożonego karą uważa się za niewinnego do czasu udowodnienia mu winy zgodnie z ustawą”.²⁸

Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoich licznych orzeczeniach podkreśla, że prawo do sądu jest jedną z najważniejszych gwarancji praw człowieka. Podstawowym fundamentem państwa prawnego i jego praworządności.²⁹ Omawiany przepis implikuje w sobie również samo prawo **do** **stępu do** sądu³⁰, a więc możliwość skorzystania z tej ścieżki dochodzenia swoich praw i roszczeń. Te wartości podkreśla również art. 45 Konstytucji RP z 1997 r.

Konstytucja RP wyraźnie wskazuje w swoich dwóch artykułach, że „każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem” (art. 42 ustęp 3) oraz, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd” (art. 45 ustęp 1).³¹

Na podstawie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka można z całą pewnością powiedzieć, że wszelkie sprawy dotyczące uprawnień zawodowych (w naszym przypadku pozbawienie możliwości pełnienia funkcji publicznej prowadzi do ograniczenia możliwości zarobkowania) zaliczają się do sfery spraw, których ochronę gwarantuje art. 6. EKPC.³² Również Sąd Najwyższy, powołując się na wyrok ETPC³³, wskazywał, że droga

²⁶ T. Bojarski, op. cit., s. 269.

²⁷ *Prawo karne materialne...*, s. 388.

²⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – Publikacja w Dziennik Ustaw z 1993 r. nr 61, poz. 284. Artykuł 6 ustęp 1 i 2.

²⁹ L. Leszczyński, B. Liżewski, *Ochrona praw człowieka w Europie, szkic zagadnień podstawowych*, Lublin 2008, s. 67.

³⁰ Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, orzeczenie z 21 lutego 1975 r., pkt 36.

³¹ Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. Dz. U. z dnia 16 lipca 1997 r.

³² Zob. wyrok z dnia 28 czerwca 1978 w sprawie König przeciwko RFN, sprawa nr 6232/73 oraz wyrok z dnia 16 lipca 1971 w sprawie Ringeisen przeciwko Austrii, sprawa nr 2614/65.

³³ Sprawa nr 2614/65 – Ringeisen przeciwko Austrii, wyrok z 16 lipca 1971 r.

sądowa, do której każdy ma prawo w celu dochodzenia swoich racji, to „każde postępowanie, którego wynik ma rozstrzygające znaczenie dla praw i obowiązków cywilnych”.³⁴ Prawo do sądu przysługuje także we wszystkich sprawach o charakterze karnym, do których zalicza się sprawy, w których wystarczy samo wystąpienie zagrożenia pociągnięcia do odpowiedzialności karnej lub *quasi* karnej.³⁵ Kryterium rozstrzygającym o tym, czy mamy do czynienia ze sprawą karną, jest również charakter i stopień dotkliwości kary.³⁶

Wobec powyższego dziwi fakt, że tak dotkliwa sankcja – jaką jest 10-letnia utrata prawa do pełnienia funkcji publicznej – może zostać wymierzona bez sądowego rozpatrzenia sprawy.

10-letni zakaz jest również niewspółmierny wobec wszystkich osób, które współpracowały z tajnymi służbami. Dla jednych bowiem, ta współpraca opierała się jedynie na dostarczaniu informacji o osobach, dla innych zaś mogła oznaczać wydawanie wyroków pozbawienia wolności na niewinnych obywateli, katowanie zatrzymanych w więzieniach, torturowanie itp. Dla każdej z tych osób ustawodawca przewidział jeden i ten sam wymiar kary – utrata i 10-letni zakaz pełnienia funkcji publicznych.

7. „Polska lustracja” przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu

Ze względu na dość delikatną materię, z jaką mamy do czynienia w procesie lustracji, nie dziwi fakt, że osoby „pokrzywdzone” w jego wyniku szukają sprawiedliwości również przed organami Strasburskimi.

Bycie uznanym za kłamcę lustracyjnego przynosi plamę nie tylko na honorze i dobrym imieniu tej osoby, ale niekiedy niesie również negatywne skutki dla całej jego rodziny. Wpływa na wiarygodność jego samego, jako człowieka, jako członka danej społeczności, danego narodu.

Przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu znalazło się już kilka odrębnych skarg wobec prowadzonego w Polsce procesu lustracji. Mówi się o tzw. sprawach „klonach” w zakresie przeprowadzania tej procedury według polskiego ustawodawstwa. Sześć spraw z tego zakresu Polska już przegrała w Strasburgu, a kolejnych tyle zostało zakomunikowanych rządowi. W każdym z tych przypadków Trybunał uznawał złamanie zasady równości broni procesowych, która jest elementem wynikającego z art. 6 EKPC prawa do rzetelnego procesu. Oskarżenia o kłamstwo lustracyjne nie mają pełnego dostępu do tajnych akt zgromadzonych na ich temat przez tajne służby okresu PRL. Niestety, polski rząd na razie nie robi nic

³⁴ K 14/96; Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 1997, nr 9, s. 131.

³⁵ K. Machowicz, *Ochrona praw człowieka w Rzeczypospolitej Polskiej na tle standardów europejskich*, Lublin 2009, s. 57.

³⁶ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 277.

w kwestii zmiany prawa, ignorując tym samym wyroki strasburskie.³⁷ „Zasady postępowania w procesach lustracyjnych nie zmieniły się, a to oznacza, że każdy, kto po zakończeniu postępowania w kraju wniesie skargę do Strasburga, ma sprawę wygraną.”³⁸

Precedensowa sprawa Tadeusza Matyjka – oskarżonego o kłamstwo lustracyjne – została rozstrzygnięta przez Trybunał w 2007 roku. Wyrok Trybunału potwierdził, że były poseł nie miał dostępu do akt IPN i nie mógł odpierać zarzutów rzecznika interesu publicznego. Naruszono tym samym art. 6 Konwencji Praw Człowieka.³⁹

W 2004 r. Sąd Lustracyjny orzekł po tajnym procesie, że Alicja Rasmussen ze Szczecina, sędzia w stanie spoczynku od 1997 r., złożyła nieprawdziwe oświadczenie o tym, że nie była świadomym i tajnym współpracownikiem służb specjalnych PRL. Sąd uznał materiały jej sprawy za niekompletne, ale wystarczające, by stwierdzić, że w latach 80. była świadomym współpracownikiem służb PRL – czemu ona zaprzeczała. W 2005 r. pozbawiono ją uposażenia związanego z sędziowskim stanem spoczynku. W kwietniu 2009 r. ETPC stwierdził naruszenie jej prawa do rzetelnego procesu przez ograniczenie dostępu do tajnych akt sprawy.⁴⁰

Sędzia Elżbieta Wrona z Ropczyc, która przez polskie sądy uznana została za kłamcę lustracyjnego i usunięta z zawodu, zdaniem Trybunału, nie miała zagwarantowanego wystarczającego prawa do obrony. Wyrok zapadł 5 stycznia 2010 r. i jest to tym samym następne takie rozstrzygnięcie w stosunku do polskich sędziów.⁴¹

Niedługo Trybunał w Strasburgu zajmie się kolejną sprawą lustracji. Dotyczy ona byłego posła Samoobrony Jerzego Zawiszy, uznanego za kłamcę lustracyjnego według poprzedniej procedury lustracyjnej.⁴² Wszystko wskazuje na to, że Polska będzie musiała wypłacić wysokie zadośćuczynienie za straty moralne skarżącemu, tak jak to uczyniła w trzech innych podobnych sprawach Matyjka, Bobka i Rubacha.⁴³

Wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu wyraźnie wskazują, że w Polsce nie umiemy prawidłowo podejść do procesu lustra-

³⁷ J. Podgórska, Na co się skarżymy w Strasburgu, *Polityka.pl*, 3 lutego 2010 r., [on line], [dostęp 06 czerwca 2010]. Dostępny w World Wide Web:

³⁸ Wypowiedź Pawła Osika z zespołu Prawa Człowieka a Rozliczenia z Przeszłością w Fundacji Helsińskiej dla tygodnika „Polityka” w lutym 2010 r.

³⁹ Tadeusz Matyjek, skarga nr 38184/03, wyrok 24 kwietnia 2007, pkt 63.

⁴⁰ Alicja Rasmussen, skarga 38886/05, wyrok 28 kwietnia 2008, pkt 47 i 76.

⁴¹ Krzysztof Sobczak, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, artykuł z dnia 06 stycznia 2010 r. [on line], [dostęp 07 czerwca 2010]. Dostępny w World Wide Web: <http://lex.pl/?cmd=artykul,3292>. Por. Wyrok Wrona przeciwko Polsce z dnia 05 stycznia 2010 r., sprawa nr 23119/05.

⁴² Trybunał w Strasburgu zajmie się lustracją Jerzego Zawiszy, artykuł z dnia 31 maja 2010 r., [on line], [dostęp 07 czerwca 2010]. Dostępny w World Wide Web: <http://www.salon24.pl/news/21155,trybunal-w-strasburgu-zajmie-sie-lustracja-jerzego-zawiszy>

⁴³ K. Zaczekiewicz, Strasburg: lustracyjne skargi, *Gazeta Prawna*, artykuł z dnia 03 listopada 2008 r., [on line], [dostęp 11 czerwca 2010]. Dostępny w World Wide Web: http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/93255,strasburg_lustracyjne_skargi.html

cji. Nie mamy odpowiednich i rzetelnych regulacji prawnych, które uczyniłyby ten proces zgodny z podstawowymi standardami. Obecne wyroki dotyczą „ustawy lustracyjnej” z 1997 roku, ale gdy zajrzemy do tekstu jednolitego nowej „ustawy lustracyjnej” z 2006 roku okaże się, że jest ona prawie całkowicie „poszatkowana” przez wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2007 roku.⁴⁴ Połowa artykułów okazuje się niezgodna nie tylko z polską Konstytucją, ale również Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Mimo tak oczywistych wad, reguły zawarte w tekście ustawy nadal obowiązują i są stosowane.

8. Prawdziwe „oblicze” ustawy lustracyjnej

Lustrację można pogodzić z zasadą demokratycznego państwa prawnego, jeśli proces lustracyjny spełni szereg bardziej szczegółowych warunków, a środki lustracyjne określone prawem kryteria.⁴⁵ Pozostając w zgodzie z wymaganiami państwa opartego na rządach prawa lustracja ma być skierowana przeciwko niebezpieczeństwom grożącym podstawowym prawom człowieka oraz procesowi demokratyzacji. Ma za zadanie ochraniać rodzącą się demokrację przed osobami, co do których nie ma pewności, że będą sprawowały władzę zgodnie z jej zasadami.⁴⁶ Nie może jednak i nie powinna zaspokajać żądzy zemsty lub zezwalać na nadużywanie jej dla celów politycznych lub społecznych. Koniecznym jest, aby respektowano takie prawa człowieka i podstawowe swobody, jak prawo do należytego procesu, prawo do wysłuchania czy prawo do obrony. To również oznacza, że winę – mającą charakter indywidualny, a nie zbiorowy – należy udowodnić w każdym jednostkowym przypadku, co wskazuje wyraźnie na konieczność *stricte* personalnego, a nie kolektywnego, stosowania ustaw lustracyjnych. Należy zagwarantować domniemanie niewinności do czasu udowodnienia winy oraz prawo odwołania się do sądu.⁴⁷

Wspomniany już wcześniej upływ czasu też ma niebagatelny wpływ na bieżącą i aktualną ocenę procesu lustracji. Trudno jest dzisiaj oceniać postawy i zachowania ludzi, którzy w okresie PRL musieli żyć, pracować, wychowywać dzieci, utrzymywać rodziny. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że ludzie się zmieniają, żałują. niesprawiedliwym byłoby nie uwzględniać tego, dokonując oceny ich działalności w tamtym okresie.

⁴⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2007 r. sygn. akt K 2/07. Sentencja została ogłoszona dnia 15 maja 2007 r. w Dz. U. Nr 85, poz. 571.

⁴⁵ W. Gontarski, *Gazeta Prawna* nr 124 (1742) 2006-06-28, *Prawo Gospodarcze*. Aktualności; Rezolucje Rady Europy. Standardy postępowania lustracyjnego, Najpierw rzetelny proces, później informacja, s. 1.

⁴⁶ Punkt 12 Rezolucji Nr 1096 (1996) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy przyjętej w dniu 27 czerwca 1996 r.

⁴⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2007 r. Sygn. akt K 2/07. Sentencja została ogłoszona dnia 15 maja 2007 r. w Dz. U. Nr 85, poz. 571.

W związku z ciągłą walką pomiędzy zwolennikami a przeciwnikami lustracji, coraz częściej zaciera się właściwy jej cel. Jest nim bowiem, przede wszystkim, fakt ujawnienia działalności w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944–1990, bądź ustalenie, że danej osoby takie fakty nie dotyczą. Chodzi więc o to, aby osoby będące w przeszłości funkcjonariuszami, pracownikami i współpracownikami organów bezpieczeństwa państwa ujawniały – w imię transparentności życia publicznego – fakt służby, pracy lub współpracy, a także o usunięcie niebezpieczeństwa związanego np. z szantażem, który mógłby być zastosowany wobec tych osób ze względu na nieujawnione fakty z przeszłości. Dlatego też istotne jest w konsekwencji ustalenie przede wszystkim powyższego zdarzenia, a nie samego kłamstwa danej osoby. Według nowej ustawy lustracyjnej sama współpraca nie zamyka obywatelowi drogi do pełnienia funkcji publicznych. Negatywne konsekwencje dla zainteresowanych osób, które pełnią lub zamierzają pełnić funkcje publiczne, powoduje jedynie złożenie niezgodnego z prawdą oświadczenia.⁴⁸

Liczne wątpliwości budzi również wprowadzone ustawą lustracyjną przepisy mówiące o możliwości pozbawienia funkcji publicznej i 10-letni zakaz jej wykonywania z powodu niezłożenia oświadczenia lustracyjnego lub niezłożenia go w terminie. Oznacza to, że w tym przypadku ponownie dochodzi do karania innych faktów niż współpracy z tajnymi służbami PRL.

Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny w swoim wyroku⁴⁹, należy przede wszystkim właściwie zastosować konstytucyjną zasadę proporcjonalności. Cele, dla których uchwalono dane przepisy, należy osiągnąć stosując adekwatne do zakładanych rezultatów środki.

VETTING ON POLISH WAY

Key words: vetting, decommunisation, the Institute of National Remembrance, right to a fair trial.

Summary

The author of the article presents the analysis of problems with vetting in Poland and not only. She points at the Institute of National Remembrance role in process of decommunisation. The article refers to the new ‘vetting law’, which is too restrictive and disjunctive with internal polish law.

The author tries to show how many defects have new rules in vetting process. This new solutions do not ensure a right to a fair trial, which is protected by Poland Constitution and the European Convention of Human Rights (art. 6). The European Court of Human Rights several times points in own judgments at breach of law by Poland – Tadeusz Matyjka’s case, Alicja Rasmussen’s case, Elżbieta Wrona’s case, etc.

The article tries to show a true color a new ‘vetting law’ from the 16th of November 2006.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

Sebastian Ożóg

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

Monitoring pracownika w sieci komputerowej

Słowa kluczowe: prawa człowieka, prawa pracownicze, prawo do prywatności, monitoring pracownika, ochrona danych osobowych.

Nowoczesne technologie zmieniają nasz świat – to prawda, o której w dobie społeczeństwa informacyjnego nikogo nie trzeba przekonywać. Dostęp do informacji za pośrednictwem podłączonych do Internetu urządzeń (nie tylko komputerów, ale także telefonów komórkowych czy nawet telewizorów) ma charakter powszechny. W czerwcu 2009 r. współczynnik penetracji Internetu dla polskich gospodarstw domowych wyniósł 36,7% dla sieci stacjonarnych i 13,3% dla sieci mobilnych.¹ Korzyści płynące z bezpośredniego dostępu do informacji doceniają także pracodawcy, coraz powszechniej tworzący firmowe sieci komputerowe, zapewniające stały dostęp do Internetu wszystkim komputerom danego przedsiębiorstwa. Bezpośredni dostęp do zasobów informacyjnych Internetu oraz tzw. telefonii internetowej (telefonii IP) przynosi pracodawcom szereg ułatwień i oszczędności, a w przypadku niektórych stanowisk pracowniczych umożliwia wręcz ich funkcjonowanie poza zakładem pracy.

Oczywiście nowoczesną technologię, neutralną samą w sobie, można wykorzystać na różne sposoby, nie wszystkie pożądane przez pracodawcę. Narastającym wśród pracowników, negatywnym zjawiskiem jest tzw. *cyberslacking*, czyli wykorzystywanie Internetu w pracy do celów prywatnych. Według badania przeprowadzonego przez firmę Gemius w listopadzie 2007 r. w Polsce do *cyberslackingu* przyznawało się 93% osób mających dostęp do Internetu w pracy, przy czym aż 74% badanych nie widziało w takim zachowaniu niczego nagannego.² Za pośrednictwem firmowej sieci komputerowej

¹ Raport Urzędu Komunikacji Elektronicznej „Technologie dostępu do sieci Internet w Polsce” z grudnia 2009 r. dostępny pod adresem: <<http://www.uke.gov.pl/uke/re-dir.jsp?place=galleryStats&id=24117>>, dostęp: 30 października 2010 r.

² R. Grabarek, *Cyberslacking, czyli pracownik się obija*, Gazeta.pl: Technologie. Artykuł dostępny pod adresem: <http://technologie.gazeta.pl/technologie/1,81028,7571064,Cyberslacking_czyli_pracownik_sie_obija.html>, dostęp: 30 października 2010 r.

pracownicy najczęściej sprawdzają prywatną pocztę elektroniczną i przeglądają strony www, około 1/3 badanych używa także w pracy komunikatorów internetowych i dokonuje zakupów przez Internet.³ Przeprowadzone przez firmę E-marketing badania „Internet w pracy” wskazują, że jedna trzecia pracowników spędza na swobodnym przeglądaniu Internetu godzinę dziennie, a 7 % pracowników spędza tak ponad trzy godziny.⁴

Oprócz „nieszkodliwego” przeglądania stron www, pracownicy potrafią także pobierać i rozpowszechniać za pośrednictwem sieci p2p (*peer-to-peer*) nielegalne oprogramowanie, nielicencjonowane kopie utworów audiowizualnych czy pornografię dziecięcą. Internet bywa także wykorzystywany do działalności wprost szkodliwej dla pracodawcy poprzez udostępnianie konkurencji plików komputerowych, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pracodawcy, a nawet instalowanie oprogramowania, umożliwiającego dostęp z zewnątrz do komputerów przedsiębiorstwa (tzw. *backdoor*). Poza tym, nawet bez złej woli ze strony pracownika, Internet przeglądany bez zachowania środków ostrożności łatwo może stać się źródłem infekcji szkodliwym oprogramowaniem (tzw. trojanami, robakami i wirusami komputerowymi), za pomocą którego można wykorzystać sieć pracodawcy do bezprawnego pozyskiwania jego danych, wysyłania innym odbiorcom niechcianej korespondencji elektronicznej (tzw. *spamu*) lub przeprowadzania ataków na inne systemy komputerowe.

W odpowiedzi na takie postępowanie, w celu zabezpieczenia sieci wewnętrznej, pracodawcy wdrażają różnorodne systemy monitorowania firmowych zasobów komputerowych. Nadzorowane urządzenia stanowią ostatecznie mienie pracodawcy, a czas spędzany przez pracowników w firmie jest przez niego opłacany. Zrozumiałe jest więc oczekiwanie pracodawcy, by udostępnione przezeń dla świadczenia pracy środki nie były wykorzystywane w innych celach.

Naprzeciw takiemu zapotrzebowaniu pracodawców wychodzą producenci oprogramowania, tworzący aplikacje umożliwiające śledzenie instalowanych i uruchamianych przez pracownika programów, analizowanie treści komunikatów wprowadzanych z jego klawiatury, monitorowanie poczty internetowej (zarówno jej treści, jak i adresów, pod które jest wysyłana) oraz adresów otwieranych stron internetowych. Programy te umożliwiają śledzenie właściwie każdego działania podjętego z użyciem komputera, umożliwiając ich rejestrację i późniejsze odtworzenie. Niektórzy producenci takiego oprogramowania uprzedzają również, że skorzystanie z wybranych opcji bez powiadamiania pracownika może być nielegalne i powodować pociągnięcie pracodawcy do odpowiedzialności z tytułu naruszenia dóbr osobistych pracownika.⁵

³ Ibidem.

⁴ J. Kaniewski, *Monitoring pracowników*, „Serwis Prawno-Pracowniczy” 51/2008 z 16 grudnia 2008 r., s. 9.

⁵ Internetowe witryny programów komputerowych tego rodzaju, które zawierają noty prawne, wskazujące na konieczność informowania pracownika o stosowaniu monitoringu, to np.: <<http://statlook.pl>> czy <<http://www.okoszeffa.pl>>, dostęp: 30 października 2010 r.

Komputer pracodawcy wraz z zainstalowanym na nim oprogramowaniem należy traktować jako udostępnione pracownikowi narzędzie pracy. Pracodawca ma więc prawo oczekiwać, że narzędzie to będzie wykorzystywane zgodnie z treścią wiążącej strony umowy o pracę, ma on także prawo sprawdzać, czy jest tak w rzeczywistości. Każdy pracodawca powinien zatem móc kontrolować, nie przekraczając wyznaczonych prawem granic, przebieg i jakość świadczonej pracy oraz jej efekty, a także monitorować sposób wykonywania pracy przez pracowników i ich wydajność. W przypadku pracy przy stanowisku, mającym dostęp do sieci Internet, pracodawca, stosownie do treści art. 120 kodeksu pracy (k.p.),⁶ może ponadto ponosić odpowiedzialność za działania pracowników względem osób trzecich, co tym bardziej uzasadnia wprowadzenie jakiejś formy nadzoru.⁷

Polskie prawo w zasadzie jednak nie reguluje kwestii monitoringu pracowników – próżno szukać dotyczących tej kwestii przepisów w obowiązującym kodeksie pracy. Szczątkową regulację w tym zakresie odnajdziemy w załączniku do rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na stanowiskach wyposażonych w monitory ekranowe.⁸ W punkcie 10 lit. e) tego załącznika zakazano „dokonywania jakościowej i ilościowej kontroli pracy pracownika” bez jego wiedzy. Regulacja ta wskazuje więc, że pracownik powinien być o monitorowaniu swojej pracy na komputerze poinformowany. Nie rozstrzyga jednak szeregu kwestii szczegółowych dotyczących form monitoringu, ich zakresu oraz rodzaju danych podlegających kontroli.⁹

W tej sytuacji należy dokonać swoistej rekonstrukcji substancji prawnie chronionej na gruncie innych przepisów. W szczególności należy wziąć pod uwagę regulację konstytucyjną, zobowiązania prawno-międzynarodowe, a także wybrane przepisy kodeksu pracy, kodeksu cywilnego (k.c.)¹⁰ i innych ustaw, które, w zależności od zaistniałego stanu faktycznego, mogą czasami znaleźć zastosowanie. Ostateczny zakres możliwości monitorowania pracownika jest wypadkową dwóch przeciwstawnych interesów prawnych – z jednej strony prawa pracodawcy do nadzorowania i organizacji procesu pracy, zaś z drugiej prawa pracownika do ochrony jego prywatności.

Jeśli chodzi o podstawowe obowiązki pracownika to – zgodnie z art. 100 § 1 k.p. – jest on obowiązany wykonywać swoją pracę sumiennie i starannie

⁶ Ustawa Kodeks pracy z dnia 26 czerwca 1974 r. (Dz.U. z 1974 r. nr 24, poz. 141 z późn. zm.).

⁷ G. Orłowski, *Pracownik monitorowany*, „Personel i Zarządzanie” 12/2004, s. 30.

⁸ Załącznik „Minimalne wymagania bezpieczeństwa i higieny pracy oraz ergonomii, jakie powinny spełniać stanowiska pracy wyposażone w monitory ekranowe” do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 1 grudnia 1998 r. (Dz.U. Z 1998 r. nr 148, poz. 973).

⁹ Z uwagi na istotność omawianej kwestii *de lege ferenda* należy postulować, by została ona uregulowana w sposób bardziej zupełny, w akcie rangi ustawowej. Przepisy wskazywane w dalszej części artykułu mają charakter ogólny, a konieczność ich powoływania powodowana jest właśnie brakiem bardziej szczegółowej regulacji w tej dziedzinie.

¹⁰ Ustawa Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

oraz stosować się do dotyczących pracy poleceń przełożonych. W szczególności pracownik powinien przestrzegać ustalonego czasu pracy (art. 100 § 2 pkt 1 k.p.), regulaminu i porządku pracy (art. 100 § 2 pkt 2 k.p.), a także dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę (art. 100 § 2 pkt 4 k.p.). Nie ulega wątpliwości, że korzystanie z Internetu w pracy w celach prywatnych, ponad ustaloną przez pracodawcę normę, można traktować zarówno jako naruszenie ustalonego czasu pracy, jak i jej porządku. Pracownik jest też zobowiązany chronić mienie pracodawcy w postaci udostępnionego mu komputera i nie narażać go np. na ryzyko infekcji szkodliwym oprogramowaniem, pochodzącym z przeglądanych stron internetowych. Oprogramowanie takie może następnie umożliwić dokonywanie nadużyć i przestępstw z komputerów pracowniczych, a także skopiowanie z nich danych o charakterze poufnym.

Przy stosunkowo niskiej świadomości osób korzystających z Internetu co do zagrożeń z tym związanych, naturalną reakcją pracodawców jest w tej sytuacji instalowanie aplikacji chroniących ich sieć komputerową przed szkodliwym oprogramowaniem, a także przed niepożądanymi zachowaniami pracowników. Programy takie zabezpieczają system komputerowy na różnych poziomach dostępu, często także monitorując aktywność pracowników w celu określenia wydajności ich pracy i wychwycenie działań niepożądanych z punktu widzenia pracodawcy. Takie działania pracodawca powinien jednak rozpocząć od wyraźnego ukształtowania polityki dostępu do Internetu w miejscu pracy i określenia, czy i na jakich zasadach dopuszcza, bądź zakazuje korzystania z Internetu w celach nie związanych z wykonywaną pracą. Bez wprowadzenia wyraźnego ograniczenia w tym zakresie w regulacjach zakładowych nie można domniemywać istnienia całkowitego zakazu korzystania z Internetu w celach prywatnych w miejscu pracy (poza przypadkami gdy bezsprzecznie wpływałoby to na wydajność pracownika).

W literaturze zaleca się udostępnianie pracownikom możliwości przeglądania Internetu czy sprawdzania prywatnej poczty elektronicznej.¹¹ W tym celu proponuje się pracodawcom np. tworzenie dwóch kont pracownika – prywatnego i służbowego.¹² Podczas gdy pierwsze byłoby monitorowane zasadniczo tylko co do czasu korzystania z niego (a więc jego wpływu na wydajność pracownika), drugie podlegałoby szerszemu nadzorowi (także co do jakości i efektów świadczonej pracy). W ten sposób cele pracodawcy, takie jak utrzymanie wydajności pracy i nadzór nad jej wykonywaniem, byłyby nadal realizowane, a ryzyko naruszenia prywatności pracownika zostałoby

¹¹ A. Lach, *Monitorowanie pracownika w miejscu pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 10/2004, Legalis.

¹² Article 29 Data Protection Working Party, *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, przyjęty 29 maja 2002 r. (5401/01/EN/Final WP 55), dostępny w Internecie pod adresem: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf>, dostęp: 30 października 2010 r.

zminimalizowane. Oczywiście pracodawca w ramach regulacji zakładowej może tę kwestię ukształtować inaczej i wyraźnie zabronić wykorzystywania komputerów pracowniczych do celów prywatnych.

Niezależnie od przyjętej polityki pracodawcy w tej kwestii, dopiero przy jasnym sprecyzowaniu zasad korzystania z Internetu może on formułować wyraźne oczekiwania w tym względzie wobec pracowników i – w przypadku ich nierespektowania – stosować odpowiedzialność dyscyplinarną. W takiej sytuacji, w celach dowodowych, konieczne może się okazać wprowadzenie programowego monitoringu, umożliwiającego śledzenie i rejestrowanie aktywności pracownika w sieci pracodawcy. Trzeba jednak zaznaczyć, że taki komputerowy nadzór nie może naruszać granic obowiązującego prawa, w szczególności nie może naruszać prawa do prywatności pracowników.

Zgodnie z art. 11¹ k.p. pracodawca jest obowiązany szanować godność i inne dobra osobiste pracownika. Jest to jeden z podstawowych obowiązków pracodawcy – jego naruszenie może skutkować możliwością rozwiązania przez pracownika umowy o pracę bez wypowiedzenia i domagania się wypłaty odszkodowania (art. 55 § 1¹ k.p.). Poza godnością dobra osobiste pracownika nie zostały w art. 11¹ k.p. szczegółowo określone, co powoduje konieczność wykazania ich istnienia na gruncie konkretnych stanów faktycznych, będących przedmiotem postępowania sądowego. Ponadto, w związku z treścią art. 300 k.p., do spraw pracowniczych należy stosować odpowiednio art. 23 k.c., na podstawie którego chronione są wszelkie dobra osobiste człowieka. Co prawda w przepisie tym nie wskazano wprost godności czy prywatności, jako wartości chronionych (choć wskazano np. tajemnicę korespondencji), to jednak, z uwagi na przykładowy („w szczególności”) charakter wyliczenia, dyspozycja tego przepisu obejmuje wszelkie możliwe do zrekonstruowania dobra osobiste. Potwierdzeniem tego jest orzecznictwo Sądu Najwyższego, które niejednokrotnie wyprowadzało wartości chronione z dóbr takich, jak prywatność czy godność jednostki.¹³ W jednym z takich wyroków¹⁴ podkreślono, że każdy pracodawca powinien traktować swych pracowników z szacunkiem i liczyć się z ich poczuciem własnej godności i wartości osobistej, w związku z czym nie może on bezpodstawnie negatywnie odnosić się do pracownika i wyrażać się o nim w sposób poniżający wśród innych pracowników. Nie narusza natomiast godności osobistej pracownika krytyczna ocena wykonanych przez niego zadań, nawet niesłuszna, jeżeli nie powoduje ona krzywdzącej pracownika dyskwalifikacji zawodowej i nie zawiera sformułowań zbędnych, wykraczających poza potrzebę.¹⁵

¹³ Tak np. w wyroku Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 2004 r. (sygn. akt III CK 442/02), wskazującym, że może stanowić naruszenie prywatności przetwarzanie określonych danych osobowych, czy w wyroku SN z dnia 21 marca 2007 r. (sygn. akt I CSK 292/06), rekonstruującym m.in. pojęcie godności osobistej jako wewnętrznego przekonania człowieka o swoim moralnym i etycznym nieposzlakowaniu oraz czci, jako wyrazu pozytywnego ustosunkowania się innych ludzi do wartości osobistej i społecznej określonej jednostki.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 3 marca 1975 r. (sygn. akt I PR 16/75).

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 6 grudnia 1973 r. (sygn. akt I PR 493/73).

W przypadku naruszenia dóbr chronionych treścią art. 23 k.c. przez pracodawcę, odpowiedniemu zastosowaniu podlega także art. 24 k.c., na podstawie którego każda osoba, której dobro osobiste zostało zagrożone, może żądać zaniechania takiego działania i dopełnienia wszelkich czynności niezbędnych do usunięcia skutków takiego naruszenia. Niezależnie od tych roszczeń można także żądać odpowiedniego zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 k.c. Sąd Najwyższy uznał jednak, że w przypadku rozwiązania (także wadliwego) stosunku pracy przez pracodawcę stosowanie przepisów prawa cywilnego o ochronie dóbr osobistych możliwe jest tylko wtedy, gdy w związku z tym rozwiązaniem pracodawca naruszy dobro osobiste pracownika poza zakresem stosunku pracy, podejmując działania nie mieszczące się w ukształtowanej przez ustawodawcę formie i treści czynności prawnej rozwiązującej stosunek pracy.¹⁶

Prawo do ochrony życia prywatnego (prywatności) każdej osoby w naszym kraju wynika wprost z art. 47 polskiej Konstytucji.¹⁷ Doniosłość tego prawa uwidacznia m.in. okoliczność, że prawo to jest, stosownie do treści art. 233 ust. 1 Konstytucji, nienaruszalne nawet w ustawach ograniczających inne prawa, wydawanych w stanie wojennym i wyjątkowym. Dodatkowo, zgodnie z art. 49 Konstytucji, w Polsce „zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się”, a „ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie”. Nie ulega wątpliwości, że powyższa regulacja dotyczy także monitorowania komputerów i ich komunikacji z Internetem. Niemal każda forma monitorowania pracownika stanowi ingerencję w jego życie prywatne,¹⁸ jednak nie każda pociąga za sobą naruszenie tajemnicy komunikowania się. Nadzorowanie komputera może więc czasami powodować „jedynie” ingerencję w prywatność (np. poprzez monitorowanie adresów przeglądanych stron internetowych czy nazw uruchamianych na komputerze aplikacji), a czasami także naruszenie tajemnicy komunikowania się (tak będzie np. przy monitoringu treści poczty elektronicznej, komunikatorów internetowych czy telefonii IP). Z tego powodu pracodawca powinien różnicować zasady swojego postępowania i zakres ich uzgodnienia z pracownikiem w zależności od rodzaju „komputerowej” aktywności pracownika, podlegającej nadzorowi oraz formy samego nadzoru. W żadnej jednak sytuacji monitorowanie pracownika nie powinno być dopuszczalne, jeżeli nie został on o tym wcześniej poinformowany. Dodatkowo, ponieważ ograniczenie wolności komunikowania się, zgodnie z art. 49 Konstytucji, może nastąpić wyłącznie w drodze ustawy, a kwestia monitoringu pracowników nie

¹⁶ Wyrok SN z 16 listopada 2000 r. (sygn. akt I PKN 537/00).

¹⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

¹⁸ Nie będzie jednak ingerencją monitorowanie w ramach oznaczonej aplikacji, np. czynności projektanta w programie komputerowym, pod warunkiem nadzorowania wyłącznie tego programu. Większość istniejących na rynku programów do nadzoru pracowników nie posiada jednak takiej funkcjonalności i monitoruje wszystkie aktywne w danym systemie aplikacje.

została dotychczas w ten sposób uregulowana, dyskusyjne jest, czy kontrola pracownika naruszająca jego tajemnicę komunikowania się, w ogóle jest dopuszczalna.¹⁹ O istotności tego ograniczenia świadczy chociażby krąg podmiotów, które mogą, w drodze ustawowo wprowadzonego wyjątku, dokonać ingerencji w wolność komunikowania się – są to służby takie jak np. kontrola skarbową, Policja, czy Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego.²⁰ W ramach czynności operacyjnych mogą one stosować m.in. podsłuch, jednak co do zasady wyłącznie za zgodą sądu.²¹ Istotne jest też, że informacje pozyskiwane w ten sposób przez uprawnione służby powinny być trudne bądź niemożliwe do uzyskania za pomocą innych, mniej ingerujących w prywatność, środków.

Tymczasem monitorujący komunikację pracownika pracodawca działa obecnie bez wyraźnych podstaw prawnych, a co ważniejsze bez jakiejkolwiek kontroli proporcjonalności podjętych przez niego środków i ich zasadności w konkretnej sytuacji. Nie ulega wątpliwości, że samo uprawnienie pracodawcy do „organizowania pracy w sposób zapewniający pełne wykorzystanie czasu pracy” jest zbyt ogólną podstawą do wprowadzenia środków tak głęboko ingerujących w prywatność pracowników.²² Nieistnienie regulacji w tym zakresie jest niewątpliwie luką prawa pracy, przy czym trudne do zaakceptowania jest tłumaczenie Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, jakoby „szybki i ciągły rozwój technologii informatycznych, telekomunikacyjnych oraz przekazu elektronicznego sprawiał, że nie jest możliwe uregulowanie w przepisach prawa pracy wszystkich aspektów tej sprawy”.²³ Z uwagi na wymagania konstytucyjne i prawnomiedzynarodowe, regulacja w tym zakresie jest niezbędna. Obecnie pracodawca stosujący monitoring może, w zależności

¹⁹ Chyba że pracodawca wyraźnie zakazał oznaczonych form komunikacji o charakterze prywatnym w czasie pracy lub przekazywana informacja miałaby charakter prawnie chronionej (np. na podstawie ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2005 r. nr 196, poz. 1631 z późn. zm.). Wymagania konstytucyjne są w tym zakresie zbieżne z wymaganiami, powoływanych w dalszej części artykułu, umów międzynarodowych, które zakładają konieczność ustawowej regulacji każdej formy ingerencji w korzystanie z praw człowieka.

²⁰ Por. art. 237 Kodeksu postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. nr 89, poz. 555 z późn. zm.), art. 19 ustawy o Policji (Dz.U. z 2007 r. nr 43, poz. 277 z późn. zm.) czy art. 36c ustawy o kontroli skarbowej (Dz.U. z 2004 r. nr 8, poz. 65 z późn. zm.).

²¹ W przypadkach niecierpiących zwłoki możliwe jest, co prawda, podjęcie doraźnej kontroli operacyjnej, powinna być ona jednak następnie zatwierdzona przez sąd w terminie 5 dni. W razie nieudzielenia przez sąd zgody organ zarządzający musi wstrzymać kontrolę operacyjną oraz dokonać protokolarnego, komisijnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

²² Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich powoływane w artykule *RPO: pracodawcy nie mogą kontrolować maili pracowników*, <<http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80708,4801398.html>>, dostęp: 30 października 2010 r.

²³ Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 12970 z dnia 27 listopada 2009 r. w sprawie zasad montowania monitoringu w zakładach pracy, dostępna na stronie Biura Prasowego Kancelarii Sejmu: <<http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/0F5E9040>>, dostęp: 30 października 2010 r.

od sytuacji, ryzykować naruszenie dóbr osobistych pracownika, a nawet zakwalifikowanie swoich działań jako przestępstwa nielegalnego podsłuchu z art. 267 kodeksu karnego.²⁴

Nasuwa się pytanie, czy – wobec braku upoważnienia ustawowego do ingerencji w tajemnicę komunikacji – w ogóle dopuszczalny jest monitoring pracownika w tym zakresie. Należałoby tu rozważyć możliwość monitoringu wprowadzanego za zgodą pracowników. Dysponowanie zgodą osoby uprawnionej z tytułu ochrony dóbr osobistych zasadniczo wyłącza bezprawność ingerencji. Zgoda pracownika na „podsłuchiwanie” jego komunikacji niewątpliwie może powodować brak naruszenia. Takie rozwiązanie budzi jednak pewne wątpliwości z uwagi na przewagę pracodawcy nad pracownikiem i możliwość wpływania tego pierwszego na swobodę udzielenia zgody przez pracownika. Dyskusyjne jest, czy pracownik postawiony przed wyborem, czy pracować w warunkach monitorowania, czy też nie pracować u danego pracodawcy w ogóle, ma pełną swobodę w podjęciu decyzji. Z drugiej strony takie właśnie może być oczekiwanie pracodawcy – by pracowały u niego osoby mające już na etapie rozpoczynania zatrudnienia świadomość monitoringu i wyrażające na to zgodę, tak by pracodawca miał pełną kontrolę nad przebiegiem i jakością świadczonej pracy oraz jej efektami. W tym przypadku pracownik rozpoczynający zatrudnienie formalnie ma swobodę co do wyrażenia zgody na monitorowanie swoich działań (co jednak nie zawsze będzie oznaczać pełną swobodę w znaczeniu materialnym).²⁵ Przyjmując, że takie działanie w ramach zgody pracownika byłoby dopuszczalne, zgodę tę należałoby uzyskiwać apriorycznie, najlepiej w ramach umowy o pracę, razem z innymi warunkami zatrudnienia, ewentualnie w osobnym oświadczeniu, złożonym w tej sprawie. Nie ulega wątpliwości, że zarówno informacja, jak i ewentualna zgoda na wprowadzenie monitoringu powinny mieć charakter wyprzedzający w stosunku do jego uruchomienia. Ponadto pracownik powinien znać zasady takiego nadzoru, tak by nie miał wątpliwości, w jakich sytuacjach i w jakim zakresie mu podlega.

Regulacja ochrony prywatności w polskiej Konstytucji jest zasadniczo tożsama co do zakresu wartości chronionych²⁶ z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka,²⁷ który w § 1 stanowi, że „każdy ma prawo do własnego

²⁴ A. Adamski, *Przestępczość w cyberprzestrzeni. Prawne środki przeciwdziałania zjawisku w Polsce na tle projektu konwencji Rady Europy*, Toruń 2001, s. 28.

²⁵ Swoboda decyzji pracownika w takiej sytuacji jest zawsze dyskusyjna i powinna być oceniana indywidualnie, w zależności od zaistniałych okoliczności. Tak np. za naruszenie praw pracownika i swobody wyrażenia przez niego woli uznał Naczelny Sąd Administracyjny sytuację, w której pracownik, na prośbę pracodawcy, wyraził zgodę na pobranie od siebie odcisków linii papilarnych w celu umożliwienia monitorowania czasu pracy za pomocą czytników tych linii zainstalowanych przy wejściach do budynku pracodawcy (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt I OSK 249/09).

²⁶ T. Liszcz, *Ochrona prywatności pracownika w relacjach z pracodawcą*, „Monitor Prawa Pracy” 1/2007, Legalis.

²⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., ratyfikowana przez Polskę 19 stycznia 1993 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

życia prywatnego i rodzinnego oraz do tajemnicy korespondencji i do nietykalności mieszkania”. Orzekający na podstawie Konwencji Europejski Trybunał Praw Człowieka szczegółowo wypowiedział się co do zasad monitorowania pracownika na tle cytowanego przepisu w sprawie *Copland przeciw Wielkiej Brytanii*.²⁸ W czasie gdy doszło do wydarzeń stanowiących podstawę skargi, w Wielkiej Brytanii, podobnie jak aktualnie w Polsce, nie obowiązywały jeszcze przepisy dostatecznie regulujące monitorowanie pracowników.²⁹ W orzeczeniu tym Trybunał jednoznacznie potwierdził, że zarówno wysyłana z pracy poczta elektroniczna (e-mail), jak i monitorowanie przeglądania Internetu są objęte ochroną w ramach art. 8 § 1 Konwencji,³⁰ a brak informacji ze strony pracodawcy o stosowaniu monitoringu uzasadnia oczekiwanie pracownika, że jego komunikacja będzie miała charakter prywatny.³¹ Bez znaczenia pozostaje fakt, czy gromadzone dane zostaną następnie w jakikolwiek sposób ujawnione, czy wykorzystane przeciw pracownikowi – naruszeniem prywatności jest bowiem już sam fakt ich gromadzenia.³²

Ponadto Trybunał stwierdził, że nie może stanowić podstawy takiej ingerencji prawo nie spełniające wymagań co do jego jakości, w szczególności regulujące przedmiotową kwestię w sposób ogólnikowy i nieprzewidywalny. Przepisy muszą w jasny sposób określać okoliczności, w których jednostka powinna liczyć się z możliwością naruszenia jej prywatności, a także, jakie środki i na jakich zasadach mogą być w takiej sytuacji zastosowane.³³ Wprowadzenie odpowiednich przepisów to oczywiście obowiązek państwa, trzeba jednak zauważyć, że brak regulacji w tej dziedzinie nie może stanowić podstawy dla przedsięwzięcia przez pracodawcę środków, które wyraźnie przepisami prawa nie zostały przewidziane. Jeśli bowiem prawo nie reguluje danej kwestii dostatecznie, to na gruncie art. 8 § 2 Konwencji należy przyjąć, że „ingerencja taka nie jest zgodna z prawem”.³⁴ W przedmiotowej sprawie, z uwagi na brak podstaw prawnych do wprowadzenia monitoringu przez pracodawcę, Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 8 Konwencji.³⁵ Z uwagi na podobieństwo aktualnego stanu polskiej regulacji prawnej (czy raczej jej braku) do sytuacji prawnej zaistniałej w sprawie *Copland*, należy przyjąć, że *de lege lata* wprowadzenie przez polskiego pracodawcę monitoringu Internetu bez wiedzy pracownika także będzie skutkowało naruszeniem art. 8 Konwencji.

²⁸ *Copland przeciw Wielkiej Brytanii* – wyrok ETPC z 3 kwietnia 2007 r. (skarga nr 62617/00), HUDOC.

²⁹ Kwestia ta została w Wielkiej Brytanii uregulowana w roku 2000 w ramach *The Regulation of Investigatory Powers Act 2000* („the 2000 Act”) oraz *The Telecommunications (Lawful Business Practice) Regulations 2000*.

³⁰ *Copland...*, ust. 41.

³¹ *Ibidem*, ust. 42.

³² *Ibidem*, ust. 43–44.

³³ *Ibidem*, ust. 46–47.

³⁴ *Ibidem*, ust. 48.

³⁵ *Ibidem*, ust. 49.

Prawo do prywatności podlega także ochronie na podstawie art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.³⁶ System kontrolny Paktu (w przypadku ratyfikacji Protokołu Fakultatywnego,³⁷ 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 ratyfikowana umowa międzynarodowa jest on w Polsce źródłem prawa i można się na niego powoływać, w szczególności gdy przepisy krajowe nie regulują wyczerpująco przedmiotowej kwestii. Swoistej (niewiązającej) wykładni traktatu w zakresie rozumienia poszczególnych praw dokonuje Komitet Praw Człowieka w drodze tzw. Uwag Ogólnych do Paktu – w przypadku art. 17 Paktu są to Uwagi Ogólne nr 16.³⁸

Pomimo iż podstawową funkcją Paktu jest ochrona przed naruszeniami ze strony państwa, to w przypadku prawa do prywatności Komitet w swych uwagach wskazuje, że „prawo to powinno być chronione przed wszelkimi ingerencjami i zamachami, niezależnie od tego czy dokonywałoby ich państwo, czy też osoby fizyczne lub prawne”.³⁹ Obowiązkiem państwa jest zaś „zapewnić środki prawne i pozaprawne gwarantujące powstrzymanie takich ingerencji i zamachów, na równi z ochroną samego prawa”.⁴⁰ W świetle cytowanych uwag Komitetu, biorąc pod uwagę zasadniczy brak krajowej regulacji dotyczącej monitorowania pracowników, można mieć wątpliwości, czy Polska prawidłowo wypełnia swoje zobowiązania traktatowe w tym zakresie. Ponadto Komitet podkreśla, że choć ochrona prywatności nie ma charakteru bezwzględnego, to 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.⁴¹ Niedopuszczalna jest ingerencja, która nie została wyraźnie przewidziana przez prawo danego państwa,⁴² co – w przypadku braków polskiej regulacji – stawia pod znakiem zapytania legalność jakichkolwiek form monitoringu pracowników. Dodatkowo Komitet wskazuje, że przepisy regulujące ingerencję powinny być maksymalnie szczegółowe, aby wyeliminować arbitralność decyzji osób jej dokonujących. W przypadku korespondencji (także elektronicznej) Komitet oczekuje od państw zagwarantowania jej poufności i inte-

³⁶ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, 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, poz. 167).

³⁷ Protokół Fakultatywny, przewidujący prawo do skargi indywidualnej do Komitetu Praw Człowieka, ratyfikowany przez Polskę 14 października 1991 r., wszedł w życie wobec Polski 7 lutego 1992 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 23, poz. 80).

³⁸ *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. (tłum. wł.), dostępne w Internecie pod adresem: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>>, dostęp: 30 października 2010 r.

³⁹ Ibidem, ust. 1.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem, ust. 8.

⁴² Ibidem, ust. 3.

gralności – powinna ona być dostarczona do adresata „bez jej otwierania czy odczytywania w inny sposób”, zaś „wszelkie elektroniczne i inne środki inwigilacji, przechwytywanie telefonicznych, telegraficznych i innych form komunikacji, podsłuchy oraz nagrywanie rozmów powinny być zabronione”.⁴³ Nie wyklucza to możliwości dokonania ingerencji w tak określoną tajemnicę komunikacji, jednak mogą to uczynić wyłącznie ustawowo upoważnione podmioty, w zakresie przez prawo przewidzianym, w celach zgodnych z założeniami, celami i postanowieniami Paktu.⁴⁴

W świetle przedstawionych powyżej uwag uregulowanie monitoringu korzystania z Internetu przez pracowników nie jest proste. W szczególności, nie można apriorycznie zanegować lub potwierdzić prawa pracodawcy do stosowania takiego środka kontroli. Podstawowe znaczenie ma bowiem zakres takiego monitoringu i zasady jego zastosowania. To na ich podstawie można stwierdzić, czy i w jakich sytuacjach taka ingerencja będzie uznana za dopuszczalną.

Aby pracodawca mógł posłużyć się monitoringiem Internetu, konieczne jest przede wszystkim poinformowanie o tym pracownika. Warto zadbać o pisemne potwierdzenie świadomości pracowników w tym względzie, poprzez wprowadzenie stosownego zapisu w umowie o pracę lub osobne oświadczenie o zapoznaniu się z regulaminem pracy w tym zakresie. Zasady działania takiego systemu nadzorowania pracowników muszą być ponadto szczegółowo określone, tak by nie było wątpliwości, kiedy i w jakim zakresie działania pracowników zostaną utrwalone. Nie można też zapominać o tym, że wprowadzane środki muszą być proporcjonalne do zagrożeń, co powinno przekładać się na zróżnicowanie zakresu monitoringu w zależności od rodzaju stanowiska pracy i zakresu obowiązków danego pracownika. Celem uniknięcia wątpliwości, czy w ramach nadzorowania pracownika pracodawca nie przekroczył granic prywatności, być może warto zastosować się do wspomnianej wcześniej sugestii Grupy Roboczej ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i wprowadzić system odrębnych kont prywatnych i pracowniczych. Tylko te drugie powinny być monitorowane szczegółowo, np. co do treści transmitowanych za pośrednictwem sieci komunikatów. Użytkowanie konta prywatnego powinno być monitorowane tylko co do czasu, przez który się z niego korzysta. W ten sposób minimalizuje się ryzyko przypadkowego naruszenia prywatności. Pracownik jest w tej sytuacji należycie chroniony, a w przypadku utrwalenia komunikacji o charakterze prywatnym, wychodzącej z konta służbowego, niejako sam się na naruszenie naraża, działa bowiem w pełnej świadomości archiwizowania swoich poczynąń. Nie sposób oczywiście przewidzieć wszelkich możliwych do zaistnienia sytuacji, ale przygotowanie właściwej polityki monitorowania Internetu w miejscu pracy powinno ograniczyć sytuacje wątpliwe do minimum. Ponadto należy oczekiwać, że w najbliższej przyszłości polski ustawodawca

⁴³ Ibidem, ust. 8.

⁴⁴ Ibidem, ust. 3.

uregułuje tę kwestię bardziej szczegółowo – w sposób umożliwiający określenie, w jakich sytuacjach i w jakim zakresie ingerencja w prywatność pracownika będzie dopuszczalna.

EMPLOYEE MONITORING IN COMPUTER NETWORK

Key words: human rights, workers rights, right to privacy, employee monitoring, personal data protection.

Summary

Article is about increasing employers' need for the measures of monitoring of the employee's access to the computer network. The main purpose of this paper is to point out lacks of Polish legal regulation in the matter and attempt to find legal basis in this situation.

In the introductory part of the article author presents some basic statistical data about behaviours of the employees working in corporation computer networks having access to the Internet, especially so called *cyberslacking*. Author considers briefly most common negative consequences of such behaviour and their potential implications. Then the article touches upon the software measures preventing such actions and possible abuses of the workers' right to privacy and freedom of communication.

In the following part the article presents rudimentary Polish regulation contained in the regulation of the Ministry of Labour and Social Policy about work safety and industrial hygiene, Polish labour code and civil code. Author also touches upon the propositions on the separation of the worker's private and professional computer accounts given by the Article 29 Data Protection Working Party in the *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*.

Then the article concentrates on the possibilities and limits of employee's monitoring and their consequences in the scope of Polish Constitution (art. 47 and also specifically art. 49). Author considers possible interim measures for the employers and presents some postulates as for the future legislation. As a main point of consideration author takes the art. 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, taking into account the *Copland vs United Kingdom* case, in which the European Court for Human Rights in detail considered situation of the employee monitoring via the electronic and software measures when lacking country's legal regulation.

Next, the article considers Polish obligations in the scope of the art. 17 of the Covenant on the Civil and Political Rights, mostly taking into account the *General Comment No. 16 (The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation)*, in which the Human Rights Committee presents its reasoning and interpretation of the subject.

In conclusion the author suggests how the Polish employer should proceed and how should he regulate monitoring of the access to the Internet of his employees to minimize the threat of potential workers' privacy intrusion.

Katarzyna Piecha

doktorantka w Katedrze Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Ochrona dóbr osobistych w związku z publikacją artykułu prasowego – w poszukiwaniu prawa właściwego dla aspektów transgranicznych

Słowa kluczowe: prawo prywatne międzynarodowe, wolność prasy, dobra osobiste

W dobie powszechnej globalizacji wymiana informacji, poglądów i opinii przez radio, telewizję, Internet czy prasę jest niemal całkowicie nieograniczona i powszechna. Coraz częściej prowadzi to do burzliwych dyskusji oraz powstawania sporów nie tylko w obrębie danego kraju, ale również w stosunkach międzynarodowych. Jest to tym bardziej poważne, ponieważ informacja, która znajduje się w środkach masowej komunikacji, skierowana jest do nieograniczonego kręgu odbiorców i ma nieograniczoną szybkość rozprzestrzeniania się. Rozpowszechnienie jednej krzywdzącej czy też nieprawdziwej informacji dotyczącej określonej osoby, będzie więc miało dla niej wyjątkowo dotkliwe skutki.

Przemiany, jakie zachodzą w świecie zjawisk społecznych, nie pozostają bez wpływu na obowiązujące prawo. Żeby zachować podstawową funkcję regulatora życia społecznego, prawo nie może pozostawać niezmiennie, musi dostosowywać się do otaczającego świata. W przeciwnym razie prawo stanie się martwą literą i jako takie utraci sens swojego istnienia.

Tym samym, życie wymusiło na państwach uregulowanie kwestii dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia dóbr osobistych w kontekście transgranicznym.

Przedmiotem niniejszych rozważań jest ustalenie właściwości sądu krajowego, w przypadku, gdy strony procesu pochodzą z różnych państw Wspólnoty Europejskiej. W celu sprecyzowania należy zaznaczyć, że chodzi o sytuację opublikowania artykułu prasowego zawierającego informacje nieprawdziwe, godzące w dobra osobiste obywatela pewnego państwa, podczas gdy wydawca tego artykułu ma siedzibę w innym państwie. Należy rozważyć,

według jakiego prawa powinno się oceniać możliwość domagania się przez jednostkę w ogóle ochrony dóbr osobistych, jako sfery jej praw podmiotowych, w tym również – według jakiego prawa identyfikować naruszone dobro osobiste.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, osoby zamieszkujące terytorium państwa członkowskiego mogą być pozywane przed sądy innego państwa członkowskiego tylko zgodnie z przepisami sekcji 2–7 rozdziału II. Z kolei, zgodnie z art. 5 pkt 3 tego rozporządzenia, należącego do sekcji 2 tego samego rozdziału II, zatytułowanego „Jurysdykcja szczególna”, osoba, która ma miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, może być pozwana w innym państwie członkowskim, jeżeli przedmiotem postępowania jest czyn niedozwolony lub czyn podobny do czynu niedozwolonego albo roszczenia wynikające z takiego czynu – przed sąd miejsca, gdzie nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę¹.

Znaczenie występującego w tym przepisie określenia „miejsce, gdzie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę”, wyjaśniał Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie *Zuid Chemie BV vs Philippos Mineralenfabriek NV/SA*. Przypominał mianowicie, że rozporządzenia 44/2001 powinny być przedmiotem wykładni autonomicznej, przy odwołaniu się do wprowadzanego przez nie systemu oraz do jego celów². Jednakże w zakresie, w jakim rozporządzenie nr 44/2001 zastępuje obecnie w stosunkach między państwami członkowskimi Konwencję z dnia 27 września 1968 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych³, zmienioną późniejszymi konwencjami o przystąpieniu nowych państw członkowskich do tej konwencji (zwanej dalej konwencją brukselską), wykładnia dokonana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w odniesieniu do pierwotnych przepisów (postanowień tej konwencji) jest także ważna dla późniejszych przepisów (rozporządzenia jurysdykcyjnego), jako że przepisy konwencji brukselskiej i rozporządzenia nr 44/2001 można uznać za równorzędne (ekwiwalentne).

Europejski Trybunał Sprawiedliwości argumentował mianowicie, że przepisy rozporządzenia nr 44/2001 kierują się tą samą logiką (mają taką samą systematykę) co konwencja brukselska, a ponadto mają niemal identyczne brzmienie. Wobec tej ekwiwalencji (przepisów) należy zapewnić, zgod-

¹ Rozporządzenie Rady Wspólnot Europejskich nr 44/2001 z dn. 22 grudnia 2000 r., Dz.U. UE L z 2001 r., Nr 12 poz. 1.

² Zob. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dn. 16 lipca 2009 r. C-189/08 *Zuid Chemie BV vs Philippos Mineralenfabriek NV/SA*; por. Także wyroki ETS z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-372/07 *Hassett i Doherty*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 17; a także z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-167/08 *Draka NK Cables i in.*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 19.

³ Zob. Konwencja z dnia 27 września 1968 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. E L 1972.299.32).

nie z motywem 19 rozporządzenia nr 44/2001, kontynuację takiej samej wykładni tych dwóch instrumentów.⁴

Zatem, opierając się na orzecznictwie utrwalonym już na gruncie konwencji brukselskiej i kontynuowanym w oparciu o rozporządzenie jurysdykcyjne, w przypadku, gdy miejsce zdarzenia mogącego wywołać odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu popełnienia czynu niedozwolonego lub czynu podobnego do czynu niedozwolonego nie jest miejscem, w którym wystąpiła spowodowana przez to zdarzenie szkoda, wyrażenie *miejsce, gdzie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę*, występujące w art. 5 ust. 3 konwencji brukselskiej (*ergo*: także w art. 5 pkt 3 rozporządzenia jurysdykcyjnego), należy rozumieć w ten sposób, że obejmuje ono swoim zakresem zarówno miejsce wystąpienia samej szkody, jak również miejsce zdarzenia będącego przyczyną tej szkody, wobec czego pozew może zostać skierowany przeciwko pozwanemu według wyboru powoda do sądu jednego z tych miejsc⁵.

Następnie odnieść się należy do znaczenia występującego w tym przepisie określenia „miejsce, gdzie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę”, którego sposób rozumienia przypomniat ostatnio Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie *Zuid Chemie BV przeciwko Philippos Mineralenfabriek NV/SA*⁶. Przy stosowaniu przepisu art. 5 pkt 3 rozporządzenia 44/2001 pamiętać mianowicie należy, że według utrwalonego orzecznictwa przepisy tego rozporządzenia powinny być przedmiotem wykładni autonomicznej, przy odwołaniu się do wprowadzanego przez nie systemu oraz do jego celów⁷.

Jednakże, równie istotnym zagadnieniem wymagającym wyjaśnienia przed wydaniem wyroku jest jeszcze rozstrzygnięcie, porządek prawny którego z państw jest właściwy dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Poszukiwanie prawa właściwego ma pozwolić przede wszystkim na określenie, które prawo (materialne) jest właściwe dla ustalenia:

1. czym są dobra osobiste, a także – czy podlegają one ochronie prawnej (czy istnieje możliwość domagania się ochrony prawnej dóbr osobistych);

2. jakie obowiązują zasady odpowiedzialności sprawców za naruszenie dóbr osobistych w związku z publikacją artykułu prasowego, w tym określenie podmiotów potencjalnie odpowiedzialnych za tego rodzaju delikty, przesłanek przypisania tym podmiotom odpowiedzialności cywilnoprawnej

⁴ Zob. wyrok ETS w sprawie *Draka NK Cables i in.*, pkt 20; wyrok z dnia 14 maja 2009 r. w sprawie C-180/06 *Ilseinger*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 58.

⁵ Zob. w szczególności wyroki ETS: z dnia 30 listopada 1976 r. w sprawie 21/76 *Mines de potasse d'Alsace*, Rec. 1976 r. str. 01735, pkt 24, 25; z dnia 1 października 2002 r. w sprawie C-167/00 *Henkel*, Rec. 2002 r. str. I-08111, pkt 44; z dnia 5 lutego 2004 r. w sprawie C-18/02 *DFDS Torline*, Rec. 2004 r. str. I-01417, pkt 40.

⁶ Zob. Wyrok ETS z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie C-189/08 *Zuid Chemie BV przeciwko Philippos Mineralenfabriek NV/SA*.

⁷ Zob. w szczególności wyroki ETS: z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-372/07 *Hassett i Doherty*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 17; a także z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-167/08 *Draka NK Cables i in.*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 19.

i wreszcie rodzajów roszczeń przysługujących poszkodowanemu w przypadku ziszczenia się przesłanek rodzących odpowiedzialność sprawców za naruszenie dóbr osobistych w związku z publikacją artykułu prasowego⁸.

Nadto przyjmijmy, że w omawianym przypadku Rzeczpospolita Polska nie jest stroną ani multilateralnej, ani bilateralnej umowy międzynarodowej zawartej z państwem–stroną, która regulowałaby zagadnienie deliktów polegających na naruszeniu dóbr osobistych, związanych z publikacją artykułu prasowego. Warto dodać, że od 11 stycznia 2009 r. obowiązuje na obszarze prawnym Unii Europejskiej Rozporządzenie (WE) Nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych („Rzym II”), wskazujące prawo właściwe dla zobowiązań pozaumownych. Jednakże, na podstawie art. 1 ust. 2 lit. g Rzym II, wyłączono zastosowanie tego aktu dla zobowiązań powstałych w związku z naruszeniem dóbr osobistych⁹.

Co również ciekawe, Rzym II, zgodnie z pierwotnym projektem, miał regulować również delikty związane z naruszeniem dóbr osobistych, w tym w związku z publikacją artykułu prasowego¹⁰. Jednakże, w trakcie dalszych prac nie doszło do wypracowania zgodnego stanowiska w przedmiocie właściwości prawa dla deliktów polegających na naruszeniu dóbr osobistych w związku z publikacją artykułu prasowego. Wypracowano nawet stanowisko kompromisowe, podobne do zaproponowanego w projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe. Jednakże spotkało się ono z silnym oporem ze strony przedstawiciela brytyjskiego, który domagał się wprowadzenia łącznika siedziby nadawcy lub wydawcy (na co z kolei nie chciały się zgodzić państwa kontynentalne).

W rezultacie, w związku z brakiem kompromisu, aby uratować z kolei rozporządzenie, wprowadzono przepis art. 1 ust. 2 lit. g Rzym II, wyłączający w ogóle z zakresu jego zastosowania zobowiązania wynikające z naruszenia dóbr osobistych¹¹. Tym samym, Wspólnota Europejska zdecydowała się pozostawić to zagadnienie regulacjom krajowym.

Z powyższych względów uznać należy, że jedynym aktem prawnym, który ma zastosowanie w rozstrzygnięciu ww. zagadnień kolizyjnych, jest ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe. Ponieważ ustawa ta nie reguluje w sposób bezpośredni przedmiotowych rozważań oraz zawiera wiele luk w tej dziedzinie, jej wykładni należy dokonywać w oparciu o reguły wykształcone w innych dziedzinach prawa¹². Przepisem rozstrzyga-

⁸ Por. M. Pazdan, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1996, s. 135 i n.

⁹ Rozporządzenie(WE) Nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych, zwane dalej „Rzym II”, Dz.U.UE L 07.199.40.

¹⁰ Art. 6 projektu rozporządzenia Rzym II z 2003 r., CON (2003) 427, final.

¹¹ Zob. M. Świerczyński, *Ujednolicanie reguł kolizyjnych dotyczących odpowiedzialności deliktowej (Rozporządzenie Rzym II)*, Monitor Prawniczy 8/2008, s. 405.

¹² M. Pazdan, op. cit., s. 43.

jącym powyższe zagadnienie jest art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego, zgodnie z którym *zobowiązanie nie wynikające z czynności prawnej podlega prawu państwa, w którym nastąpiło zdarzenie będące źródłem zobowiązania*¹³. Dla celów wykładni art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego warto jeszcze zauważyć, że powyższe wskazuje na dominację interesu poszkodowanego przy poszukiwaniu prawa właściwego dla deliktów. Występujące obok inne źródła polskiego prawa międzynarodowego prywatnego, regulujące szczegółowo wybrane stosunki prawne, nie mają znaczenia dla omawianego przypadku.

Zakres normy prawnej wynikającej z tego przepisu jest szeroki; obejmuje on zarówno najczęściej występujące pozaumowne źródła zobowiązania, czyli czyny niedozwolone (delikty), ale i takie zobowiązania, wynikające z innych zdarzeń nie będących czynnościami prawnymi (np. prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia lub bezpodstawnie wzbogacenie)¹⁴. Powód domaga się w omawianym przypadku ochrony dóbr osobistych naruszonych przez publikację artykułu prasowego. Zatem niewątpliwie mamy do czynienia z tą klasą zdarzeń prawnych, które uznaje się za pozaumowne źródła zobowiązań (ściślej rzecz biorąc – za delikt, czyn niedozwolony)¹⁵, przez to mieszczącą się w zakresie normy kolizyjnej wynikającej z art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego. Podkreślić należy, że nie ma przepisów szczególnych, wskazujących prawo właściwe dla pozaumownych zobowiązań powstałych w związku z publikacją artykułu prasowego, co zmusza do oparcia się w tego rodzaju sprawach właśnie na ww. przepisie ogólnym, regulującym – w zakresie nieobjętym rozporządzeniem Rzym II – zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych.

Wskazać przy tym warto na powszechnie przyjęty w doktrynie zakres statutu deliktowego, który został właśnie wskazany przez przepis art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego. Zgodnie mianowicie z poglądami M. Pazdana, statutowi deliktowemu podlega ocena zarówno samego źródła zobowiązania, jak i stosunku prawnego zobowiązaniowego wynikłego z czynu niedozwolonego. Będzie więc on rozstrzygał w szczególności o przesłankach odpowiedzialności deliktowej i sposobie ich ujmowania (zatem także o pojęciu szkody, o sposobie rozumienia związku przyczynowego, stopniach i zakresie winy, bezprawności, podstawach wyłączenia winy itp.). Będzie on również ustalał, komu przysługują roszczenia w ramach odpowiedzialności deliktowej, a także określał krąg podmiotów odpowiedzialnych z tytułu czynu niedozwolonego. Ponadto, to właśnie statut deliktowy stanowi podstawę określenia rodzaju szkód podlegających naprawieniu, sposobu naprawienia tych szkód oraz zasad ustalania odszkodowania¹⁶.

¹³ Art. 31 par.1 Ustawy prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zmian.

¹⁴ Zob. M. Pazdan, op. cit., s. 133.

¹⁵ Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 173.

¹⁶ Zob. M. Pazdan, op. cit., s. 135–136.

Stąd też niezbędne jest wyjaśnienie, jak należy identyfikować miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie będące źródłem zobowiązania (czyli jak określić miejsce, w którym nastąpił czyn niedozwolony). Jest to zagadnienie złożone, co wynika z faktu, że poszczególne elementy stanu faktycznego deliktu (np. niedozwolone działania sprawcze i skutki tych działań) mogą być powiązane z obszarami prawnymi różnych państw.

W tej materii doktryna, niestety, nie wypracowała jeszcze jednoznacznego stanowiska. Podstawowy spór sprowadza się w zasadzie do rozstrzygnięcia, czy miejsce czynu niedozwolonego jest tam, gdzie zostało dokonane działanie sprawcy czynu, czy tam, gdzie wystąpił skutek niedozwolonego działania, bądź może jeszcze każde z tych miejsc, według wyboru sędziego lub poszkodowanego. W celu uniknięcia tego rodzaju sporu doktryna zaczęła wyrażać poglądy, zmierzające do ograniczenia statutu deliktowego bądź nawet zastąpienia go regułą bardziej elastyczną (*more flexible principle*). Właśnie ta tendencja do uelastycznienia rozwiązań, pozwalających ustalić prawo właściwe dla deliktów, spowodowała sformułowanie poglądu w doktrynie krajowej, aby sędzia polski wiązał właściwość prawa z różnymi czynnikami lokalizującymi, zależnie od okoliczności danej sprawy, nie krępując się z góry przyjętymi założeniami, ale opierając się na wnikliwej analizie konkretnego stanu faktycznego¹⁷.

Na gruncie obowiązujących przepisów dla celów judykacyjnych nie można zastąpić statutu deliktowego bardziej elastyczną regułą, lecz - co najwyżej - można uznać ten pogląd za doktrynalny postulat *de lege ferenda*. Zatem, lepszym rozwiązaniem powyższego sporu będzie oparcie się na legislacyjnych trendach wspólnotowych (patrz Rzym II) i krajowych (projekt ustawy - Prawo międzynarodowe prywatne, zob. niżej). Analiza tych trendów pokazuje zaś, że przez miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie będące źródłem zobowiązania, o którym mowa w art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego, należy rozumieć miejsce, gdzie nastąpił skutek niedozwolonego czynu (czyli szkoda).

Na uzasadnienie powyższego najpierw warto wskazać wspomniane już rozporządzenie Rzym II. Mianowicie, w przepisie art. 4 ust. 1 Rzym II została ustanowiona ogólna norma kolizyjna dla zobowiązań wynikających z czynów niedozwolonych, zgodnie z którą *prawem właściwym dla zobowiązania pozaumownego wynikającego z czynu niedozwolonego jest prawo państwa, w którym powstaje szkoda, niezależnie od tego, w jakim państwie miało miejsce zdarzenie powodujące szkodę, oraz niezależnie od tego, w jakim państwie lub państwach występują skutki pośrednie tego zdarzenia*.¹⁸

Wartość tego przepisu jest znacząca, albowiem podejmuje się on wskazania statutu deliktowego i rozstrzygnięcia problemu wielomiejscowości stanu faktycznego deliktu. Warto podkreślić, że rozstrzygnięcie tego problemu na rzecz miejsca szkody (czyli skutku dokonania czynu niedozwolonego) ma

¹⁷ M. Sośniak, *Zobowiązania* (1971), s. 29 i n., za: ibidem, s. 135.

¹⁸ Art. 4 ust. 1 Rzym II.

wymiar uniwersalny, jako że zostało wyrażone w zasadach ogólnych regulujących problematykę czynów niedozwolonych. Stąd też, pomimo że delikty związane z naruszeniem dóbr osobistych zostały wyłączone spod regulacji tego rozporządzenia¹⁹, rozwiązanie wielomiejscowości stanu faktycznego deliktu oparte na art. 4 ust. 1 Rzym II należy przyjąć również na potrzeby niniejszego przypadku. Rozwiązanie to mieści się bowiem w normatywnym zakresie przepisu art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego, przez to nadaje się do celów judykacyjnych (w przeciwieństwie do koncepcji *more flexible principle*, niemającej oparcia w przepisach), a przy tym odpowiada wspólnotowemu sposobowi rozumienia statutu deliktowego. Co więcej, zgodnie z koncepcją J. H. C. Morisa, twórcy koncepcji *proper law of the torts*, zobowiązanie z czynu niedozwolonego należy poddać systemowi prawnemu charakteryzującemu się najściślejszym oraz najbardziej doniosłym powiązaniem z czynem niedozwolonym oraz jego następstwami²⁰.

Jeszcze dalej zdaje się iść polski ustawodawca, który w projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe zamierza poświęcić oddzielny przepis instytucji dóbr osobistych. Mianowicie, zgodnie z zamierzoną regulacją, dobra osobiste osoby fizycznej mają podlegać prawu ojczystemu (*lex patriae*). Jednak do roszczeń z tytułu naruszenia lub zagrożenia naruszenia dobra osobistego osoby fizycznej stosuje się – według wyboru osoby, o której dobro chodzi – bądź prawo państwa, na terytorium którego nastąpiło zdarzenie powodujące to zagrożenie lub naruszenie, bądź prawo państwa, na terytorium którego wystąpiły skutki tego naruszenia²¹. Widać zatem, że ustawodawca zamierza pozostawić poszkodowanemu wybór, którego państwa prawo będzie właściwe dla naruszenia jego dóbr osobistych: prawo państwa, w którym dokonano czynu zabronionego, czy prawo miejsca powstania (lub zagrożenia powstania) szkody.

Na uwagę zasługuje wyjątek od tej reguły, zgodnie z którym, jeżeli do naruszenia dobra osobistego doszło w środkach społecznego przekazu, o prawie do odpowiedzi, sprostowania lub innego podobnego środka ochronnego rozstrzyga prawo państwa, w którym siedzibę albo zwykły pobyt ma nadawca lub wydawca²². Zwrócić mianowicie uwagę należy, że przewidziany w tym przepisie statut siedziby nadawcy lub wydawcy dotyczy wąskiego zakresu spraw, czyli prawa do odpowiedzi, sprostowania lub innego podobnego środka ochronnego. Wyjątek ten zatem nie będzie dotyczyć takich roszczeń, jakie zostały określone w art. 24 polskiego kodeksu cywilnego.

Oznacza to, że dążeniem polskiego ustawodawcy, w kontekście deliktów związanych z publikacją artykułu prasowego naruszających dobra osobiste, jest pozostanie przy statucie deliktowym i przyjęcie kumulatywnego rozwią-

¹⁹ Patrz art. 1 ust. 2 lit. g Rzym II.

²⁰ M. Sośniak, *Zobowiązania* (1971), s. 166, za: M. Pazdan, op. cit., s. 135.

²¹ Art. 18 ust. 1–3 projektu ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, druk sejmowy nr 1277 wniesiony do Sejmu RP w dniu 31 października 2008 r.

²² Ibidem, art. 18 ust. 3.

zania problemu wielomiejscowości stanu faktycznego deliktu, gdzie wybór prawa pomiędzy wieloma obszarami związanymi z danym czynem niedozwolonym rozstrzyga sam poszkodowany.

Oczywiście powyższy projekt ustawy może nie wejść w ogóle w życie bądź zostać jeszcze zmieniony. Jednak pojawienie się tego projektu potwierdza pożądaną przez ustawodawcę sposób rozumienia łącznika miejsca deliktu na poziomie krajowym i wspólnotowym. Co istotne, powyższe dwa rozwiązania problemu wielomiejscowości stanu faktycznego deliktu mieszczą się w zakresie normatywnym obowiązującego przepisu art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego, mogą więc być przyjęte również na podstawie właśnie tego przepisu.

Mając powyższe na względzie, miejscem, w którym nastąpiło zdarzenie będące źródłem zobowiązania, o którym mowa w art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego, jest miejsce powstania szkody, spowodowane naruszeniem dobra osobistego w związku z publikacją artykułu prasowego. Źródłem szkody jest publikacja artykułu prasowego, upubliczniającego nieprawdziwe informacje i wywołujące krzywdę (tj. szkodę niemajątkową), dotyczącą sfery psychicznej powoda. Zatem, nie powinno budzić wątpliwości, że prawem właściwym dla omawianego problemu jest prawo właściwe pokrzywdzonego, jako że to na jego obszarze prawnym miało miejsce zdarzenie będące źródłem zobowiązania (art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego), przez co należy rozumieć miejsce doznania przez niego krzywdy.

Na koniec tej części rozważań warto powrócić do zagadnienia, według jakiego prawa należy oceniać możliwość domagania się w ogóle przez jednostkę ochrony dóbr osobistych jako sfery jej praw podmiotowych, w tym również – według jakiego prawa identyfikować naruszone dobro osobiste.

Naturę i granicę poszczególnych dóbr osobistych wyznaczają przeważające w społeczeństwie zapatrywania prawne, moralne i obyczajowe. Dokonując oceny, czy nastąpiło naruszenie dobra osobistego, należy odwoływać się do poglądów panujących w społeczeństwie i posługiwać się wzorcem „przeciętnego obywatela”, a nie odwoływać się do subiektywnych jednostkowych odczuć i ocen²³. Ponieważ w Prawie prywatnym międzynarodowym brakuje wyraźnej normy kolizyjnej dotyczącej dóbr osobistych, można na ten problem spojrzeć z dwóch stron.

Po pierwsze, na zagadnienie dóbr osobistych, jako źródeł praw podmiotowych tkwiących immanentnie w człowieku (w jego podmiotowości prawnej), można spojrzeć przez instytucję zdolności prawnej. Innymi słowy, prawa podmiotowe, wywodzące się z dóbr osobistych²⁴, stanowią pochodną zdolności prawnej, przez to powinny podlegać temu samemu statutowi. Za takim spojrzeniem na ten problem przemawia umiejscowienie przepisów statuujących

²³ J. Sadowski, *Naruszenie dóbr osobistych przez media. Analiza praktyki sądowej*, Warszawa 2003 r., s. 15.

²⁴ Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001 r., s.139.

instytucję dóbr osobistych w rozdziale polskiego kodeksu cywilnego dotyczącym zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych²⁵. W takim wypadku zastosowanie znajdzie przepis art. 9 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego, zgodnie z którym zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych podlega prawu ojczystemu osoby fizycznej (łącznikowi osobistemu)²⁶. W niniejszej sprawie będzie to zatem prawo poszkodowanego. Warto dodać, że takie rozwiązanie przyjęto w projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe. We wspomnianym już przepisie art. 18 ust. 1 projektu przewiduje się mianowicie, że dobra osobiste osoby fizycznej mają podlegać jej prawu ojczystemu²⁷.

Po drugie, przepisy statuujące dobra osobiste mogą być postrzegane jako wymagania, które determinują możliwość pozyskania prawa podmiotowego, wynikającego z posiadania dóbr osobistych. Z kolei, doktrynalna analiza zakresu ww. statutu personalnego pozwala przyjąć, że nie obejmuje on wymagań, od których zależy możność stania się podmiotem określonych praw lub obowiązków; podlegają zaś one prawu właściwemu dla stosunku, o jaki w danym przypadku chodzi (właściwość *legis causae*)²⁸.

Oznacza to, że możliwość domagania się ochrony dóbr osobistych w takim ujęciu należy oceniać według tego samego prawa właściwego, które będzie właściwe dla określenia zasad odpowiedzialności sprawców za naruszenie dóbr osobistych w związku z publikacją artykułu prasowego. Niezależnie bowiem, czy posłużymy się statutem personalnym (art. 9 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego), czy statutem deliktowym (art. 31 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego), ostatecznie prawem właściwym dla tych zagadnień będzie prawo pokrzywdzonego.

PROTECTION OF PERSONAL RIGHTS IN THE LIGHT OF PRESS PUBLICATION – SEARCHING FOR THE PROPER LAW IN A TRANSBORDER MEANING

Key words: International private law, press, the press freedom, personal rights.

Summary

The aim of the contemplation is to determine the right country court to decide the case of parties who come from different countries of European Community. In order to settle solution, the law review has been made.

Article 3 point 1 of Ordination of the European Council (no. 44/2001) from 22 December 2000 states that person who has domicile on a territory of member country can be sued in

²⁵ Zob. art. 8–24 kodeksu cywilnego

²⁶ Por. M. Pazdan, op. cit., s. 74.

²⁷ Zob. art. 18 projektu ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, druk sejmowy nr 1277 wniesiony do Sejmu RP w dniu 31 października 2008 r.

²⁸ Zob. M. Pazdan, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1996, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1996, s. 75.

another member country, if the subject matter of the pending case is a tort or similar unlawful act or claim arise from this act.

European Court of Justice explained also in its judgements, that above-mentioned Ordinance is in compatibility with Brussels Convention as they have exactly the same meaning. The Court pointed that interpretation of these two acts should lead to the same conclusion – the right place to conduct the case is the place where occurrence causing the loss took place. In other words this is the place where the loss appeared and also the place where was the occurrence causing the loss.

Although Ordinance of European Parliament and European Council (no. 864/2007), which is in force since 11 January 2009, regulates the proper law for non-conventional obligation, these arise from infringement of personal rights were exempted from the act.

The only act, which exist in Republic of Poland's jurisdiction is the Act of international private law from 12 November 1965r. According to article 31 of the mentioned act *„the obligation which was not caused by legal act, comes under the law of the country where the source of the obligation is”*. The interpretation of this regulation is wide and, by this, suitable for infringement of personal rights. Although the doctrine doesn't give the clear answer to this problem, the polish act identifies the proper country jurisdiction with the territory of source of obligation (i.e. injury of personal feelings by publication of the press article). Furthermore, there is a project to amend the afore-mentioned polish act, by adding the regulation of personal rights' protection. This amendment is being still considered by the polish government but it shows legislator's will to keep the injured person's country law suitable to judge the claim for infringement of personal rights.

Marcin Rutecki

Doktorant w Katedrze Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Tajemnica państwowa na tle przemian ustrojowych w Polsce

Słowa kluczowe: tajemnica, tajemnica państwowa, przemiany polityczne, kontekst historyczno-polityczny, informacje niejawne.

Zagadnienie ochrony tajemnicy państwowej bardzo często było związane z sytuacją polityczną i kontekstem historycznym, w jakim znajdowała się Polska na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci. Tajemnica państwowa jako dobro chronione, związane z bezpieczeństwem państwa, od dawna stanowiła przedmiot zainteresowania polskiego ustawodawcy. Potrzeba zachowania określonych tajemnic była ściśle uzależniona od działalności państwa na polu przede wszystkim militarnym, ale też politycznym, gospodarczym i naukowym. Od dawna istotnym elementem polityki państwowej było, z jednej strony, utrzymywanie w tajemnicy pewnych wiadomości mogących mieć wpływ na obronność czy bezpieczeństwo państwa, z drugiej natomiast, dążenie do pozyskania istotnych informacji o działalności innych krajów¹.

Odkąd mamy do czynienia ze strukturą państwową, niejako równocześnie zaczyna się kształtować forma ochrony informacji stanowiących dobro państwa. Przypadki zdrady tajemnicy państwowej i wojskowej na rzecz obcego państwa miały miejsce w historii nie tylko Polski, ale i innych krajów, a przyczyną takiego stanu rzeczy była często ludzka chciwość, nienawiść do własnego kraju, prywatne interesy czy żądza władzy. Chociaż zbrodnia zdrady stanu czy obrazy majestatu (*crimen laesae maiestatis*) wykształciła się wprawdzie w prawie zwyczajowym już w okresie Cesarstwa Rzymskiego, to autor niniejszego opracowania skupi się jedynie na kształtowaniu się instytucji tajemnicy państwowej w Polsce, i to na przestrzeni XX i początku XXI w.

Odzyskanie przez Polskę niepodległości 11 listopada 1918 r. zastało kraj z dorobkiem ustaw państw zaborczych. W zakresie ochrony tajemnicy państwowej

¹ D. Hooper, *Official secrets*, London 1987, s. 17 i n. cyt. za M. Leciak, *Tajemnica państwowa i jej ochrona w prawie karnym materialnym i procesie karnym*, Toruń 2009, s. 19.

posługiwano się przepisami: niemieckiej ustawy z dnia 3 czerwca 1914 r. o zdradzie tajemnic wojskowych², Kodeksu karnego rosyjskiego z 1903 r., austriackiego Kodeksu karnego z 1852 r. oraz ustawach karno-procesowych tych państw zaborczych.

Prawna ochrona tajemnicy państwowej w niepodległej Polsce w XX w. pojawiła się po raz pierwszy w 1934 r. Jednakże już jako pierwszą polską, kompleksową regulację poświęconą ochronie tajemnicy uznać można rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 16 lutego 1928 r. o karach za szpiegostwo i niektóre inne przestępstwa przeciwko Państwu³. Przewidywało ono odpowiedzialność karną za umyślne bądź nieumyślne ujawnienie innej osobie wiadomości, dokumentów i innych przedmiotów, które *ze względu na dobro Państwa Polskiego należy zachować w tajemnicy przed rządem państwa obcego*⁴. Określono tu także cały katalog kar za różne przewinienia dotyczące naruszeń tajemnicy i to zarówno w wymiarze kar łagodniejszych, jak i surowszych (do kary śmierci włącznie)⁵.

Ten akt prawny został zastąpiony, obowiązującym w okresie II wojny światowej, rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Ignacego Mościckiego z dnia 24 października 1934 r. o niektórych przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu Państwa⁶. To rozporządzenie zawierało w art. 9 § 1 definicję tajemnicy państwowej oraz informacji wojskowej w art. 9 § 2⁷. Rozszerzało katalog czynów karalnych i zwiększało wymiar odpowiedzialności karnej. Przepisy tego aktu prawnego, podnosząc wymiar kary w przypadku ujawnienia tajemnicy państwowej w czasie wojny, statuowały za taki czyn nawet karę śmierci⁸. Natomiast art. 21 § 1 przewidywał karę także dla osoby, która

² Dz. U. Rzeszy z 1914 r., s. 195.

³ Dz. U. z 1928 r., Nr 18, poz. 160.

⁴ Ibidem, § 1: Kto umyślnie ujawnia innej osobie wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty, które ze względu na dobro Państwa Polskiego należy zachować w tajemnicy przed rządem państwa obcego, ulega karze do lat pięciu.

⁵ R. i M. Taradejna, *Dostęp do informacji publicznej a prawna ochrona informacji dotyczących działalności gospodarczej, społecznej i zawodowej oraz życia prywatnego*, Toruń 2003, s. 15.

⁶ Dz. U. z 1934 r., Nr 94, poz. 851, rozporządzenie z mocą ustawy, weszło w życie w dniu 28 października 1934 r. a zostało uchylone z dniem 18 grudnia 1945 r.

⁷ Art. 9 § 1: Tajemnicę państwową stanowią wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty, które z powodu ich treści lub jakości należy ze względu na dobro Państwa Polskiego zachować w tajemnicy przed rządem państwa obcego, choćby nawet zarządzenia, normujące czynności służbowe, nie uznawały ich za tajne, albo choćby zachowanie ich w tajemnicy przed pewnem gronem osób było niemożliwe.

Art. 9 § 2: Informację wojskową stanowią wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty, które, nie będąc tajemnicą państwową, dotyczą jednak wojskowej obrony Państwa lub jego sił zbrojnych.

⁸ Art. 10 § 1: Kto ujawnia innej osobie tajemnicę państwową podlega karze więzienia do lat 5.

Art. 10 § 3: Jeżeli sprawca ujawnia tajemnicę państwową rządowi obcego państwa, albo działa w celu narażenia na niebezpieczeństwo wojskowej obrony Państwa lub jego sił zbrojnych, podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 5.

Art. 10 § 4: Jeżeli czyn określony w § 3 spowodował wielką szkodę dla bezpieczeństwa Państwa, albo popełniony został w czasie wojny, sprawca podlega karze więzienia dożywotniego lub karze śmierci.

otrzymała wiarygodną wiadomość o zamierzonym przestępstwie zdrady i *zaniechała zawiadomienia o tem władzy, powołanej do ścigania przestępstw*⁹.

Ochrona tajemnicy wojskowej zawarta została także w *Szczegółowej instrukcji o ochronie tajemnicy wojskowej*, wydanej w 1928 r. przez Szefa Sztabu Głównego, a następnie w *Instrukcji o ochronie tajemnicy wojskowej*, wprowadzonej w życie w 1932 r. przez Ministra Spraw Wojskowych, gen. bryg. Sławoja Składkowskiego. Instrukcja ta zawierała m.in. definicję tajemnicy wojskowej, a także wskazania dotyczące zakazu oraz utrudniania szpiegostwa na rzecz obcego wywiadu¹⁰.

Także regulacje dotyczące działalności spółek, określone w Kodeksie handlowym z 1934 r., przewidywały odpowiedzialność karną za naruszenie tajemnicy handlowej¹¹.

Do zagadnienia tajemnicy ustawodawca powrócił po wojnie. Ochronę tajemnicy regulował dekret z 26 października 1949 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej¹². Zawierał on preambułę, definicję tajemnicy państwowej i służbowej oraz rozbudowane przepisy karne. Preambuła odwoływała się do *dobra Polski Ludowej*¹³. Przepis art. 1 dekretu zawierał swoiste *novum*, bowiem statuował delegację fakultatywną dla Rady Ministrów do szczegółowego określenia zakresu wiadomości stanowiących tajemnicę państwową i upoważnienie dla państwowych władz naczelnych do wydania zarządzeń wykonawczych, zapewniających ochronę tajemnicy państwowej oraz bardzo rozbudowane przepisy karne¹⁴.

⁹ Art. 21 § 1: Kto, utrzymawszy w chwili, gdy można szkodzie zapobiec, wiarygodną wiadomość o zamierzonym przestępstwie określone w art. 10, 12, 13, 14, 16, 17, 19 lub 20 zaniecha zawiadomienia o tem władzy, powołanej do ścigania przestępstw, podlega karze więzienia do lat 3.

¹⁰ „W celu uniknięcia zaskoczenia wszystkie państwa dążą do posiadania najszczegółowszych danych o możliwościach przyszłego przeciwnika i to we wszystkich przejawach życia państwowego... Zaskoczenie nieprzyjaciela nieznanymi mu ulepszeniami lub wprowadzeniem nowych, nieużywanych dotąd środków walki, może mieć rozstrzygający wpływ na wynik wojny. Już w czasie pokoju wywiad nie cofa się przed żadnymi kosztami i środkami, chociażby środki te mogły uchodzić w opinii publicznej zaczepionego państwa za zbrodnie. Wszystkie, nawet najdrobniejsze, wiadomości i dokumenty są dla niego cenne” por. R. i M. Taradejina, op. cit., s. 16–17.

¹¹ Tamże, s. 17.

¹² Dz. U. z 1949 r., Nr 55, poz. 437, dekret wszedł w życie 13 listopada 1949 r., został uchylony z dniem 1 stycznia 1970 r.

¹³ W celu zapobieżenia:

- rozpowszechnianiu wiadomości, które ze względu na dobro Polski Ludowej należy zachować w tajemnicy;
- przenikaniu tych wiadomości do ośrodków wrogich Polsce Ludowej;
- wykorzystywaniu tych wiadomości na szkodę Polski Ludowej (...).

¹⁴ Art. 1 ust. 1: Tajemnicę państwową stanowią wszelkie wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty, które ze względu na obronę, bezpieczeństwo lub ważne interesy gospodarcze bądź polityczne Państwa Polskiego albo państw zaprzyjaźnionych mogą być udostępniane wyłącznie osobom do tego uprawnionym.

Art. 1 ust. 2: Rada Ministrów może w drodze uchwały szczegółowo określić zakres wiadomości, dokumentów lub innych przedmiotów jako stanowiących tajemnicę państwową.

Wraz z wejściem w życie Kodeksu karnego¹⁵, z dniem 1 stycznia 1970 r. dekret ten stracił moc. Odtąd Kodeks karny zawierał zwięzłe definicje tajemnicy państwowej i służbowej¹⁶ oraz przepisy o odpowiedzialności karnej (art. 260–264)¹⁷. Wyłącznie materialne i pozbawione wykazu informacji mogących stanowić tajemnicę państwową, ukształtowanie definicji tajemnicy państwowej musiało prowadzić do nadinterpretacji. Niejednokrotnie w ustroju socjalistycznym stosowano wykładnię rozszerzającą pojęcie tajemnicy państwowej. Jak wskazywano w tym okresie, *Organy ścigania karnego mają niekiedy poważne trudności w ustaleniu, czy dane wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty stanowią tajemnicę państwową lub służbową. Istnieją też nieraz trudności w ustaleniu organu kompetentnego do wydania opinii o charakterze tajemnicy. Można się również niejednokrotnie spotkać z różną oceną opiniowanych dokumentów*¹⁸.

Trzeba w tym miejscu zwrócić uwagę na istnienie w tym czasie także przepisów penalizujących zbieranie lub ujawnianie informacji stanowiących tajemnicę państwową przez żołnierzy Wojska Polskiego, zawartych w kodeksie karnym Wojska Polskiego z 1957 r.¹⁹

Art. 2: Tajemnicę służbową stanowią wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty, które ze względu na dobro służby mogą być udostępnione wyłącznie osobom do tego uprawnionym.

¹⁵ Kodeks karny ustawa z dn. 19.04.1969 r. (Dz. U. Nr 13 poz. 94 ze zm.).

¹⁶ Art. 120 § 15 i 16 następnie skreślone.

Za tajemnicę państwową ustawodawca uznał: „wiadomości, których ujawnienie osobom nieuprawnionym może narazić na szkodę bezpieczeństwo lub inny ważny interes polityczny lub gospodarczy Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”. Zawarta więc w art. 120 § 15 kk dawnego kk, niemalże powieliła regulację przyjętą przez dekret z 1949 r.

¹⁷ Art. 260 dawnego kk (z 1969 r.): § 1 Kto ujawnia wiadomość stanowiącą tajemnicę państwową, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. § 2. Jeżeli wiadomość stanowi tajemnicę ze względu na obronność lub bezpieczeństwo Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. § 3. Kto nieumyślnie ujawnia wiadomość określoną w § 1 lub 2, z którą zapoznał się w związku ze swą funkcją w instytucji państwowej lub społecznej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

Art. 261 kk: Kto osobie działającej w imieniu lub na rzecz zagranicznej instytucji lub zagranicznego przedsiębiorstwa ujawnia wiadomość stanowiącą tajemnicę państwową, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

Art. 262 kk: § 1 Kto nieumyślnie dopuszcza do utraty lub zagubienia powierzonego mu dokumentu lub innego przedmiotu zawierającego tajemnicę państwową, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Jeżeli dokument lub przedmiot stanowi tajemnicę ze względu na obronność lub bezpieczeństwo Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 5.

Art. 263 kk: Kto narusza zarządzenie wydane dla ochrony tajemnicy państwowej, sprządzając niebezpieczeństwo jej ujawnienia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

Art. 264: § 1. Funkcjonariusz publiczny lub inny pracownik instytucji państwowej lub społecznej, który ujawnia wiadomość stanowiącą tajemnicę służbową, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Jeżeli sprawca przekazuje wiadomość określoną w § 1 poza granice kraju, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.

¹⁸ Cz. Kowalski, *O wzmoczenie ochrony tajemnicy państwowej i służbowej*, „Problemy Kryminalistyki”, 1970, nr 84, s. 158, cyt. za M. Leciak, *Tajemnica państwowa i jej ochrona w prawie karnym materialnym i procesie karnym*, Toruń 2009, s. 36.

¹⁹ Dz. U. Nr 22 poz. 107 ze zm.

Kodyfikacja z 1969 r. objęła zmianami nie tylko uregulowania prawa karnego materialnego, lecz także zaoferowała znacznie szersze spektrum przepisów normatywnych, mających stanowić gwarancję ochrony tajemnicy państwowej w procedurze karnej. Przepis art. 162 kodeksu postępowania karnego z dnia 19 kwietnia 1969 r.²⁰ wskazywał, że *osoby obowiązane do zachowania tajemnicy państwowej mogą być przesłuchane co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, tylko po zwolnieniu tych osób od obowiązku zachowania tajemnicy przez uprawniony organ przełożony*. Zaczęto zatem łączyć potrzebę ochrony tajemnicy państwowej, z przedmiotem zeznań świadka, a nie jak dotychczas, w kpk z 1928 r., z tym, czy dana osoba jest urzędnikiem, czy nie. Należało jedynie rozstrzygnąć, czy dana wiadomość stanowi tajemnicę państwową.

Zwolnienia z tajemnicy państwowej wolno było odmówić, gdyby złożenie zeznania mogło wyrządzić poważną szkodę państwu (por. art. 162 § 2 kpc z 1969 r.). Przepis § 3 nakładał na sąd lub prokuratora obowiązek zwrócenia się do właściwego naczelnego organu administracji państwowej o zwolnienie świadka od obowiązku zachowania tajemnicy.

Nie rezygnowano również z określenia zasad wyłączenia jawności rozprawy ze względu na ważny interes państwa (art. 308 § 1 kpk z 1969 r.), wprowadzono szczególne mechanizmy ochronne dotyczące sposobów postępowania z dokumentami zawierającymi tajemnicę państwową, znalezionymi w toku przeszukania (art. 196 § 1 kpk z 1969 r.) oraz wydawania odpisu orzeczenia w sprawie, w której jawność była wyłączona ze względu na ważny interes państwa (art. 143 § 2 kpk z 1969 r.)²¹.

Kolejną zmianę wniosła ustawa z 14 grudnia 1982 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej²², która weszła w życie w dniu 1 lipca 1983 r. Ten akt prawny zastąpił materialną definicję tajemnicy państwowej zawartą w omówionym wyżej Kodeksie karnym. Ustawa ta przejęła w znacznej mierze kodeksową definicję tajemnicy państwowej, doprecyzowując ją i wprowadzając przykładowe wyliczenie informacji, które mogły stanowić ten rodzaj tajemnicy. Tym samym, uchylone zostały przepisy kk z 1969 r. definiujące tajemnicę państwową i służbową (czyli art. 120 § 15 i 16 kk), natomiast bez zmian pozostawiono przestępstwa stypizowane w art. 260–264 kk z 1969 r.

Według art. 2 ustawy o tajemnicy państwowej i służbowej, tajemnicę państwową stanowiła *wiadomość, której ujawnienie osobom nie upoważnionym może narazić na szkodę obronność, bezpieczeństwo lub ważny interes Państwa*²³.

²⁰ Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 ze zm.

²¹ M. Leciak, *Tajemnica państwowa w zeznaniach świadka w polskim ustawodawstwie*, Toruń 2007, s. 17–18.

²² Dz. U. z 1982 r. Nr 40, poz. 271 ze zm.

²³ Art. 2 ust. 1. Tajemnicą państwową jest wiadomość, której ujawnienie osobom nie upoważnionym może narazić na szkodę obronność, bezpieczeństwo lub inny ważny interes Państwa, dotycząca w szczególności:

1) przygotowań obronnych w gospodarce narodowej i administracji państwowej; rodzaju i ilości uzbrojenia, wyposażenia obronnego, stanu liczebnego, organizacji, struktur, roz-

Posługując się materialną definicją tajemnicy, ustawodawca w katalogu otwartym, szeroko wyliczył wiadomości mogące stanowić tajemnicę państwową.

Co ważne, art. 6²⁴ tejże ustawy upoważniał również naczelne i centralne organy państwowe oraz terenowe organy administracji państwowej stopnia wojewódzkiego do ustalania wykazów rodzajów wiadomości stanowiących

mieszczenia, gotowości bojowej oraz planów mobilizacyjnych i operacyjnych Sił Zbrojnych; potencjału i zdolności produkcyjnych oraz wielkości i rodzaju produkcji przemysłu obronnego; danych z dziedziny geodezji, kartografii, topografii, grawimetrii i magnetyzmu ziemi, zdjęć lotniczych i fotogrametrycznych, opisów topograficznych obiektów, urządzeń i terenów wojskowych – mających ważne znaczenie dla obronności kraju oraz współpracy z zagranicą w zakresie układów obronnych,

2) organizacji organów ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego, ich wyposażenia oraz form i metod pracy, a także danych identyfikujących funkcjonariuszy tych organów i osoby współdziałające z organami ochrony bezpieczeństwa publicznego, wykonujących zadania z zakresu wywiadu i kontrwywiadu; wyposażenia obiektów, urządzeń i terenów mających ważne znaczenie dla bezpieczeństwa Państwa; organizacji i systemu ochrony granicy państwowej oraz łączności szyfrowej i kodowej Sił Zbrojnych, organów ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego i innych służb państwowych,

3) prac naukowo-badawczych, projektowych, technologicznych i konstrukcyjnych, inwestycji, wynalazków i wzorów użytkowych mających związek z obronnością lub bezpieczeństwem Państwa,

4) produkcji o podstawowym znaczeniu dla gospodarki narodowej, stanu i rozmieszczenia rzeczowych rezerw państwowych ważnych dla gospodarki narodowej, obronności i bezpieczeństwa Państwa,

5) działalności banków związanej z projektowaniem emisji znaków pieniężnych oraz bankowych papierów wartościowych, przechowywania i transportu wartości pieniężnych, sytuacji kredytowej banków dewizowych, obsługi bankowej jednostek wydzielonych oraz innych spraw w zakresie bankowości o szczególnie ważnym znaczeniu ze względu na interes Państwa,

6) przygotowań i negocjacji w sprawie zawarcia umów międzynarodowych, w tym międzynarodowych umów handlowych.

Ust. 2. Tajemnicą państwową jest również treść umowy międzynarodowej lub wiadomość występująca w stosunkach międzynarodowych, jeżeli tajność tej umowy lub wiadomości została zastrzeżona co najmniej przez jedną ze stron.

Art. 3 ust. 1. Tajemnicą służbową jest wiadomość nie stanowiąca tajemnicy państwowej, z którą pracownik zapoznał się w związku z pełnieniem swoich obowiązków w państwowej, spółdzielczej lub społecznej jednostce organizacyjnej, a której ujawnienie może narazić na szkodę interes społeczny, uzasadniony interes tej jednostki organizacyjnej lub obywatela.

2. Kierownicy państwowych, spółdzielczych lub społecznych jednostek organizacyjnych ustalają wykazy rodzajów wiadomości stanowiących tajemnicę służbową, występujących w zakresie działania tych jednostek.

²⁴ Art. 6 ust. 1. Naczelne i centralne organy państwowe oraz terenowe organy administracji państwowej stopnia wojewódzkiego ustalają wykazy rodzajów wiadomości stanowiących tajemnicę państwową oraz wykazy rodzajów wiadomości stanowiących tajemnicę państwową o szczególnie ważnym znaczeniu dla obronności Państwa, Sił Zbrojnych i bezpieczeństwa Państwa, występujących w zakresie działania tych organów oraz w działalności jednostek organizacyjnych im podległych lub przez nie nadzorowanych. Wykazy te zawierają szczegółowe określenie wiadomości objętych art. 2 ust. 1.

2. Kompetencje, o których mowa w ust. 1, w stosunku do banków przysługują Prezesowi Narodowego Banku Polskiego.

3. Wykazy, o których mowa w ust. 1 i 2, wymagają uzgodnienia z Ministrem Spraw Wewnętrznych. Wykazy zawierające wiadomości z zakresu obronności Państwa wymagają

tajemnicę o szczególnie ważnym znaczeniu dla obronności, Sił Zbrojnych i bezpieczeństwa państwa, występujących w zakresie działania tych organów oraz w działalności jednostek organizacyjnych im podległych lub przez nie nadzorowanych. Wykazy takie wymagały uzgodnienia z ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji, ministrem Obrony Narodowej lub Ministrem Spraw Zagranicznych. Takie regulacje stwarzały niestety pole do nadużyć w zakresie ograniczenia praw jednostki w sferze dostępu do informacji²⁵.

Bardzo duże znaczenie w historii Polski miały zmiany polityczno-ustrojowe mające miejsce w 1989 r. Już wtedy pojawiały się głosy o pilnej konieczności uchwalenia nowej ustawy o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej. Wspomnianej wyżej i ówczesnie obowiązującej ustawie postawiono wiele zarzutów, określając ją jako komunistyczną, przestarzałą, niehumanitarną, a w szczególności, że niosła piętno stanu wojennego²⁶.

Jednak zmieniające się często rządy różnych koalicji rządzących i powstałe w tamtym czasie spory polityczne aż do 1999 r. nie pozwoliły na zmianę tej ustawy. Z tej przyczyny, taki stan prawny odziedziczony po PRL trwał jeszcze kilka lat.

Prace nad nową ustawą o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej podjął już rząd Tadeusza Mazowieckiego. Opracowanie projektu ustawy w sejmie zakończyło w 1991 r. przygotowanie tekstu przez właściwe komisje sejmowe. Projekt miał być przegłosowany na ostatnim posiedzeniu Sejmu tuż przed upływem jego kadencji, jednak nie doszło do tego z braku *quorum*. Kolejny projekt ustawy był nawet przedmiotem obrad komisji sejmowych, które jednak wiosną 1992 r. odmówiły nad nim dalszych prac. Formalnym powodem był fakt, że ówczesny minister Spraw Wewnętrznych, Antoni Macierewicz, przedstawił komisjom daleko idące poprawki, do których jednak nie miał upoważnienia rządu. Po odwołaniu w dniu 5 czerwca 1992 r. rządu Jana Olszewskiego, kolejny rząd – Hanny Suchockiej – wycofał ustawę z sejmu²⁷.

uzgodnienia także z Ministrem Obrony Narodowej, a wykazy zawierające wiadomości dotyczące stosunków z zagranicą – także z Ministrem Spraw Zagranicznych.

4. Wykazy, o których mowa w ust. 1 i 2, podlegają ogłoszeniu w dziennikach urzędowych lub innych wydawnictwach organów ustalających te wykazy, z tym że wykazy wiadomości dotyczących obronności, Sił Zbrojnych i bezpieczeństwa Państwa nie podlegają ogłoszeniu.

5. Wykazy podlegają bieżącej aktualizacji.

²⁵ M. Leciak, op. cit., s. 38–39.

²⁶ Zob. S. Pikulski, *Ochrona tajemnicy państwowej i służbowej w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, Nr 2, s. 101; P. Burzyński, *Tajemnica państwowa jako przedmiot ochrony regulacji prawnokarnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, z. 1, s. 17–18.

²⁷ R. i M. Taradejna, *Dostęp do informacji publicznej a prawna ochrona informacji dotyczących działalności gospodarczej, społecznej i zawodowej oraz życia prywatnego*, Toruń 2003, s. 18 i n.

Autorzy omawiając procesy legislacyjne przedmiotowej ustawy powołują się ponadto na: M. Ziomecki, *Informacje ściśle tajne*, „Życie Warszawy” z 19–20.02.1994 r.; T. de Virion, *Tajemnice dziennikarzom niedostępne*, „Prawo i Życie”, nr 40 z 1.10.1994 r.; P. Zaremba, *Tajemnica odrzucona*, „Życie Warszawy” z 8.11.1994 r., s. 1–2.

Rząd H. Suchockiej przekazał projekt ustawy Sejmowi latem 1993 r. Sejm jednakże zwrócił ustawę nowemu rządowi – tym razem Waldemara Pawlaka – z prośbą o zajęcie stanowiska. Po roku debat, sejm uchwalił tekst ustawy w dniu 15 września 1994 r. Pomimo tego, nowy akt prawny spotkał się dużą krytyką prasy oraz partii opozycyjnej – Unii Wolności, jako zbyt rygorystyczny. Przebieg prac w Senacie nad przekazaną przez sejm ustawą, zdaniem Ryszarda i Małgorzaty Taradejny, był nadzwyczaj dramatyczny, pomimo to komisje senackie postanowiły w dniu 6 października 1994 r. rekomendować Senatowi zgłoszenie poprawek, wypracowanych przy udziale przedstawicieli rządu. Przedstawiciele partii opozycyjnych – Solidarności i Unii Wolności – zgłosili szereg wniosków mniejszości o charakterze liberalizującym ustawę, a nawet wniosek o jej odrzucenie. Do dyskusji włączył się także prezydent RP Lech Wałęsa, który publicznie zapowiedział, że ustawy nie podpisze.

W dniu 7 października 1994 r., pomimo apelu ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji Andrzeja Milczanowskiego, komisje senackie ostatecznie rekomendowały odrzucenie ustawy. Sytuacja w sejmie stała się „patowa”, bowiem zdawano sobie sprawę, iż należy uchwalić nową ustawę chroniącą tajemnicę. Odrzucenie *veto* Senatu pozbawiłoby ustawę liberalizujących poprawek wypracowanych przez komisje senackie, natomiast przyjęcie go oznaczałoby konieczność rozpoczęcia prac od początku. Posłowie zapelowali do rządu, by przedstawił nowy projekt ustawy, przed ostateczną decyzją sejmu w sprawie *veto* Senatu. Rząd odmówił, argumentując, że nadal trwają parlamentarne prace nad uchwaloną już ustawą. Wyjście z tej sytuacji zaproponowali posłowie Klubu Unii Pracy i PSL, bowiem w lutym 1995 r. zgłosili dwa odrębne projekty ustawy, które prawie w całości wykorzystywały tekst ustawy już uchwalonej (w 1994 r.) oraz większość poprawek komisji senackich. Rząd ostatecznie poparł oba projekty, przedstawiając kilka własnych, dodatkowych propozycji. Wiosną 1995 r. Sejm przyjął *veto* Senatu, bowiem liczono na szybkie uchwalenie nowej ustawy na podstawie gotowych już projektów. Jednakże podkomisja powołana do rozpatrzenia obu nowych projektów rozpoczęła prace od nowa i w ciągu dwóch lat zdążyła rozpatrzyć zaledwie kilka pierwszych artykułów.

Wydarzenia mające miejsce w drugiej połowie lat 90. (m.in. wybory prezydenckie w 1995 r., oczekiwanie na wybory do Sejmu w 1997 r. i związane z nimi kampanie wyborcze) spowodowały, że ówczesnym partiom rządzącym zabrakło woli politycznej do kontynuowania prac. Niemniej jednak, w dniu 27 sierpnia 1997 r. Sejm, z inicjatywy rządu, uchwalił ograniczoną nowelizację ustawy o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej z 1982 r. Zmiana obowiązujących przepisów została podyktowana planowanym wejściem Polski do struktur NATO²⁸. Z upływem kadencji Sejmu, jesienią 1997 r., zaszła konieczność rozpoczęcia wszystkich prac legislacyjnych od nowa. Dalszy wpływ na tę sytuację wywarła także potrzeba uchwalenia nowej Konstytucji RP (2 kwietnia 1997 r.), a także konieczność zmian w nowym Kodeksie

²⁸ Polska weszła do NATO w dniu 12 marca 1999 r.

karnym (który wszedł w życie 1 września 1998 r.). Nie bez znaczenia był też fakt, że w wyniku wyborów nastąpiła istotna zmiana personalna w składzie Sejmu²⁹.

W dniu 22 stycznia 1999 r. Sejm uchwalił do niedawna obowiązującą ustawę o ochronie informacji niejawnych³⁰.

Tym razem proces legislacyjny trwał bardzo krótko, a pośpiech i sposób zredagowania ustawy, jak wskazali Małgorzata i Ryszard Taradejna, był uzasadniany potrzebą dostosowania przepisów chroniących tajemnicę do wymogów NATO przed przyjęciem Polski do tej organizacji. Poza tym nacisk opinii publicznej i prasy był zdecydowanie mniejszy. Istotny wpływ na realizację przepisów tej ustawy wywarło zniesienie Urzędu Ochrony Państwa dokonane ustawą z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu³¹, która także dokonała zmian w ustawie o ochronie informacji niejawnych (m. in. zniesiono Komitet Ochrony Informacji Niejawnych)³².

Natomiast zdaniem Michała Leciaka byłoby błędem uznanie, że okres w którym nastąpiła akcesja Polski do struktur NATO stał się jedynym stymulatorem przemian w zakresie bezpieczeństwa informacji. W ocenie M. Leciaka, wraz z kształtowaniem się społeczeństwa demokratycznego zauważalna stała się potrzeba nie tylko ochrony pewnych wiadomości, lecz także zapewnienia obywatelom szerokiego prawa dostępu do informacji. Początkową asymetrię, widoczną po uchwaleniu ustawy, między interesem państwa a prawami obywatela usunęła kolejna ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej³³, statuująca prawa obywatela do dostępu do informacji w zakresie *right to know*³⁴.

Akt ten przyznaje *każdemu* prawo dostępu do informacji publicznej i nie jest tu wymagane od obywatela nawet wykazanie interesu prawnego lub faktycznego³⁵. Ograniczeniem jest jedynie art. 5 omawianej ustawy. Znajdziemy w nim bezpośrednie odwołanie do przepisów chroniących informacje niejawne i inne tajemnice ustawowo chronione. Przepis ten chroni również prywatność osoby fizycznej i tajemnicę przedsiębiorcy³⁶. Zatem zakres

²⁹ R. i M. Taradejna, op. cit., s. 21.

³⁰ Dz. U. Nr 196, poz. 1631 ze zm., jednocześnie straciła moc ustawa z dnia 14 grudnia 1982 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej. Ustawa ta obowiązywała do dnia 1 stycznia 2011 r.

³¹ Dz. U. Nr 74, poz. 676.

³² R. i M. Taradejna, op. cit., s. 22–23.

³³ Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.

³⁴ M. Leciak, op. cit., s. 41.

³⁵ Art. 2 ust. 1. Każdemu przysługuje, z zastrzeżeniem art. 5, prawo dostępu do informacji publicznej, zwane dalej „prawem do informacji publicznej”. Ust. 2. Od osoby wykonującej prawo do informacji publicznej nie wolno żądać wykazania interesu prawnego lub faktycznego.

³⁶ Art. 5 ust. 1. Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. 2. Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie

uprawnienia obywatela do informacji publicznej, wskazany w art. 6, ogranicza dobro interesu państwa.

Ograniczenie w dostępie do informacji publicznej zawiera także art. 31 ust. 3 Konstytucji RP³⁷ oraz art. 61 Konstytucji³⁸. W gruncie rzeczy, zakres ochrony wskazany w powyższych przepisach ustawy zasadniczej jest zbieżny z art. 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Spośród ograniczeń w dostępie do informacji publicznej należy uznać: tajemnicę przedsiębiorcy oraz ochronę informacji niejawnnej, które mieszczą się odpowiednio w kategoriach ochrony praw i wolności innych osób, w tym prywatności osób fizycznych oraz ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego³⁹.

Podsumowując, art. 5 ust. 1 omawianego aktu prawnego, jako podstawowe źródło ograniczające stosowanie jej przepisów, wskazuje właśnie ustawę o ochronie informacji niejawnnych, stanowiąc jednocześnie, że ograniczenia te mogą wynikać również z przepisów o „ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych”.

Jak zauważył Tomasz A. Aleksandrowicz⁴⁰, katalog tych norm jest bardzo obszerny, co dowodzi, iż reguła stanowiąca o jawności informacji publicz-

to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa. 3. Nie można, z zastrzeżeniem ust. 1 i 2, ograniczać dostępu do informacji o sprawach rozstrzyganych w postępowaniu przed organami państwa, w szczególności w postępowaniu administracyjnym, karnym lub cywilnym, ze względu na ochronę interesu strony, jeżeli postępowanie dotyczy władz publicznych lub innych podmiotów wykonujących zadania publiczne albo osób pełniących funkcje publiczne – w zakresie tych zadań lub funkcji. 4. Ograniczenia dostępu do informacji w sprawach, o których mowa w ust. 3, nie naruszają prawa do informacji o organizacji i pracy organów prowadzących postępowania, w szczególności o czasie, trybie i miejscu oraz kolejności rozpatrywania spraw.

³⁷ Art. 31 ust. 3 Konstytucji: Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

³⁸ Art. 61 ust. 1 Konstytucji: Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. 2. Prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu. 3. Ograniczenie prawa, o którym mowa w ust. 1 i 2, może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa. 4. Tryb udzielania informacji, o których mowa w ust. 1 i 2, określają ustawy, a w odniesieniu do Sejmu i Senatu ich regulaminy.

³⁹ M. Kłaczyński, *Komentarz do art. 5 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej*, System Informacji Elektronicznej LEX 2003. Zob. też M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwinnoskowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa 2008.

⁴⁰ T. A. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, Warszawa 2004, s. 140.

nej i jej utajnieniu jako wyjątku od reguły ma jedynie charakter formalny, gdyż w większości przypadków informację można uznać za niejawną i tym samym w znacznym stopniu ograniczyć do niej dostęp⁴¹. Tezę tę jednoznacznie poparł Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, podnosząc, iż odmowa udostępnienia informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy ustawa wyraźnie tak stanowi⁴².

Jak już wcześniej wyraźnie podkreślano, bardzo istotna dla prawidłowej działalności organów państwa jest tajemnica państwowa i służbowa. Dawniej obowiązek ochrony tajemnicy państwowej i służbowej miał charakter dyrektywy konstytucyjnej. W nowej Konstytucji nie określono tajemnicy państwowej jako odrębnej wartości. Warunkiem wprowadzenia ograniczeń w zakresie korzystania przez obywateli z wolności i praw konstytucyjnych jest ich merytoryczna zasadność⁴³. Ograniczenia takie stosowała do niedawna obowiązująca ustawa z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych⁴⁴, określająca i definiująca zakres tajemnicy państwowej i służbowej.

W rozumieniu art. 2 ww. ustawy: tajemnicą państwową była informacja określona w wykazie rodzajów informacji, stanowiącym załącznik nr 1, której nieuprawnione ujawnienie mogło spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa.

Natomiast tajemnicę służbową stanowiła informacja niejawną niebędąca tajemnicą państwową, uzyskana w związku z czynnościami służbowymi albo wykonywaniem prac zleconych, której nieuprawnione ujawnienie mogłoby narazić na szkodę interes państwa, interes publiczny lub prawnie chroniony interes obywateli albo jednostki organizacyjnej⁴⁵.

Zakres tajemnicy państwowej określał załącznik nr 1 do ustawy, który wyróżniał dwie grupy tajności: „ściśle tajne” oraz „tajne”.

Przykładowe rodzaje tajemnic z pierwszej grupy stanowiły (objęte klauzulą ściśle tajne): *informacje dotyczące zagrożeń zewnętrznych bezpieczeństwa państwa o charakterze militarnym, plany i prognozowanie obronne oraz wynikające z nich decyzje i zadania, szczegółowa struktura, organizacja i funkcjonowanie systemu kierowania państwem oraz dowodzenia Siłami Zbrojnymi w czasie zagrożenia państwa lub wojny, lokalizacja, wyposażenie, właściwości ochronne i organizacja obrony stanowisk kierowania państwem i stanowisk dowodzenia Siłami Zbrojnymi w czasie zagrożenia państwa lub wojny*⁴⁶. Tajemnice określone jako „ściśle tajne” obejmowały 29 pozycji.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Por. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 maja 2004 r. sygn. akt II SA/Wa 221/04.

⁴³ B. Fisher, *Tajemnica państwowa i służbowa*, „Prawo i Życie” 1999, nr 9, s. 19.

⁴⁴ Dz. U. Nr 196, poz. 1631 ze zm.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem. Załącznik nr 1 do ustawy o ochronie informacji niejawnych. „Wykaz rodzajów informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową”. Pkt I. Informacje niejawne oznaczone klauzulą „ściśle tajne”.

Druga grupa natomiast dotyczyła informacji, które mogły być oznaczane klauzulą „tajne”. Było to np. *planowanie, rozmieszczenie i stan rezerw państwowych, resortowe i wojewódzkie programy mobilizacji gospodarki, plany obrony cywilnej państwa oraz plany obrony cywilnej województw, szczegółowe założenia systemu finansowego państwa w czasie podwyższonej gotowości obronnej lub wojny. Technologia produkcji i system zabezpieczeń znaków akcyzy w przedsiębiorstwach wytwarzających te znaki. Informacje dotyczące zabezpieczeń przed podrabianiem i przerabianiem znaków pieniężnych, papierów wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa i Narodowy Bank Polski oraz znaków akcyzy, na etapie ich projektowania i przygotowania do produkcji, z wyłączeniem monet przeznaczonych na cele kolekcjonerskie. Informacje dotyczące technologii produkcji znaków pieniężnych, znaków akcyzy i papierów wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski. Informacje dotyczące technologii produkcji oraz szczegółowych sposobów zabezpieczeń dokumentów tożsamości, a także innych zabezpieczonych dokumentów wydawanych przez organy władzy publicznej. Decyzje o skokowych zmianach kursu złotego w stosunku do walut obcych (dewaluacja, rewaluacja) dokonywane przez Narodowy Bank Polski do czasu podania ich do publicznej wiadomości. Ponadto wysokość stóp procentowych Narodowego Banku Polskiego – do czasu ich podania do publicznej wiadomości*⁴⁷.

Grupa ta zawierała 59 pozycji; wyżej wymieniono jedynie kilka przykładowych.

Innymi słowy, tajemnicę państwową stanowiła informacja, której ujawnienie niesło ze sobą określony poziom zagrożenia (który zresztą musi być istotny) dla dóbr chronionych przez ustawodawcę⁴⁸. Natomiast tajemnicę służbową statuowała informacja niejawna, inna niż tajemnica państwowa, której nieuprawnione ujawnienie również mogłoby narazić określone dobra; przy czym zamiast wyróżnienia jej *ratione materiae*, pojawiło się kryterium drogi lub okoliczności jej uzyskania – w związku z czynnościami służbowymi albo wykonywaniem prac zleconych. W grę wchodziły zatem zarówno informacje znajdujące się w załączniku nr 1, o czym była mowa wyżej, których nieuprawnione ujawnienie nie powoduje zagrożeń stanowiących warunek uznania ich za tajemnicę państwową, jak i informacje, których tam nie zamieszczono⁴⁹.

W definicji tajemnicy państwowej, zawartej w art. 2 pkt 1 poprzedniej ustawy o ochronie informacji niejawnych, wyliczenie podstawowych interesów Rzeczypospolitej miało charakter wyłącznie przykładowy. W pozostałym zakresie należało sięgnąć do treści art. 61 ust. 3 Konstytucji RP⁵⁰. Z jednej strony, konstytucyjnie usprawiedliwione mogło być wprowadzenie klauzuli

⁴⁷ Ibidem. Załącznik nr 1 do cytowanej ustawy. Pkt II. Informacje niejawne oznaczone klauzulą „tajne” ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa oraz porządek publiczny.

⁴⁸ T. Szewc, *Informacje niejawne*, „Przegląd Prawa Publicznego”, 2007, nr 1–2, s. 40.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Por. przypis 38.

tajności ze względu na potrzebę ochrony porządku publicznego oraz ważnego interesu gospodarczego państwa; z drugiej strony zaś, przyjęcie tajemnicy państwowej zgodnie z ustawą uzasadnione mogło być jedynie zagrożeniem dla podstawowych interesów RP. Zważyć należy, iż nie wszystkie interesy państwa związane z ochroną porządku publicznego czy też sferą gospodarczą mają charakter podstawowy. Taką cechą można przypisać wyłącznie najistotniejszym spośród nich, odnoszącym się do podstawowych funkcji, jakie spełniać musi organizacja państwowa. Wykaz rodzajów informacji ujęty wcześniej w załączniku nr 1 należało rozumieć jako enumeratywne wyliczenie tych rodzajów informacji, które potencjalnie mogły stanowić tajemnicę państwową, o ile spełnione były pozostałe kryteria wynikające z art. 2. Nadanie klauzuli tajności rodziło określone konsekwencje normatywne, nie przesądzało jednakże o tym, czy istotnie treść owych dokumentów lub materiałów zawierała tajemnicę państwową w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy⁵¹.

Zakres organów upoważnionych do ochrony tajemnicy państwowej i służbowej określał art. 1 ust. 2⁵², a były to ściśle określone podmioty. Jednakże bezpośrednio do ochrony omawianych tajemnic obowiązani byli także kierownicy jednostek organizacyjnych⁵³. Dotyczyło to w szczególności wszystkich organów władzy publicznej, w tym organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego. Ustawa nie definiowała pojęcia „kierownik jednostki organizacyjnej”. Dlatego zastosowanie miały przepisy określające byt prawny poszczególnych jednostek, np. urzędów państwowych i samorządowych, spółek prawa handlowego, przedsiębiorstw państwowych, stowarzyszeń⁵⁴.

⁵¹ W. Wróbel, *Prawnokarna ochrona tajemnicy państwowej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 1, s. 121.

⁵² Art. 1 ust. 2. Przepisy ustawy mają zastosowanie do:

1) organów władzy publicznej, w szczególności: a) Sejmu i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej, b) Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, c) organów administracji rządowej, d) organów jednostek samorządu terytorialnego, e) sądów i trybunałów, f) organów kontroli państwowej i ochrony prawa; 2) Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej i ich jednostek organizacyjnych, zwanych dalej „Siłami Zbrojnymi”, a także innych jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych; 3) Narodowego Banku Polskiego i banków państwowych; 4) państwowych osób prawnych i innych niż wymienione w pkt 1–3 państwowych jednostek organizacyjnych; 5) przedsiębiorców, jednostek naukowych lub badawczo-rozwojowych, zamierzających ubiegać się, ubiegających się o zawarcie lub wykonujących umowy związane z dostępem do informacji niejawnych albo wykonujących na podstawie przepisów prawa zadania związane z dostępem do informacji niejawnych.

⁵³ Art. 18 ust. 1. Za ochronę informacji niejawnych odpowiada kierownik jednostki organizacyjnej, w której takie informacje są wytwarzane, przetwarzane, przekazywane lub przechowywane. 2. Kierownikowi jednostki organizacyjnej podlega bezpośrednio pełnomocnik do spraw ochrony informacji niejawnych, zwany dalej „pełnomocnikiem ochrony”, który odpowiada za zapewnienie przestrzegania przepisów o ochronie informacji niejawnych. 2a. Kierownik jednostki organizacyjnej może powołać zastępcę pełnomocnika ochrony.

⁵⁴ M. i R. Taradejna, op. cit., s. 209. Zob. też: R. Kuciński, *Informacje niejawne w bankowości*, szczególnie rozdział 4 pt.: *Informacje chronione tajemnicą państwową i służbową*, Warszawa 2000, s. 99 i n. D. Jęda, *Ochrona informacji niejawnych. Nowe rozwiązania*, Warszawa 2005.

Ustawodawca w art. 4 wprowadził wyjątek od zasady ochrony tajemnicy państwowej i służbowej⁵⁵.

Ratio legis tego przepisu to przede wszystkim dobro postępowania sądowego. Tajemnica państwowa i służbowa zasadniczo nie miała charakteru bezwzględneho, a sądy mogły z niej zwalniać. Art. 4 ust. 1 obowiązującej do niedawna ustawy o ochronie informacji niejawnych, stanowił jednocześnie odstępstwo od ogólnej zasady wyrażonej w art. 1 ust. 2 pkt 1 lit. e tejże ustawy, w tym znaczeniu, że przepisy ustawy nie mają zastosowania do sądów i trybunałów w zakresie zasad zwalniania od obowiązku zachowania tajemnicy państwowej i służbowej, które obejmują nie tylko kwestie dotyczące tego, kiedy i kogo można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy, ale także i to, kto tego może dokonywać, nie różnicując w tym zakresie sądów i sędziów. Wcześniejsza ustawa o ochronie informacji niejawnych miała zastosowanie do sądów i trybunałów, nie jako do organów wymierzających sprawiedliwość, lecz jako jednostek organizacyjnych, czyli poza zakresem orzekania.

Przez pojęcie *zasad zwalniania* od obowiązku zachowania tajemnicy państwowej i służbowej należy rozumieć nie tylko to, jakiego typu informacji zwolnienie może dotyczyć, a więc to, z czego można zwolnić, ale także i podmiotu (organu), który tego zwolnienia może dokonać, czyli tego, kto to może uczynić. Zwolnienie to obejmuje np. uprawnienie sądu do zarządzenia przedstawienia dokumentu zawierającego informację niejawną; zwolnienia dokonuje sąd (sędzia), a przy tym przepisy odrębne w tym zakresie nie przewidywały dodatkowych warunków (w szczególności nie wprowadzały kryterium rękojmi zachowania tajemnicy), co oznaczało, że informacje niejawne mogły być udostępniane tylko osobom mającym poświadczenie bezpieczeństwa⁵⁶.

Ustawa z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych była niejednokrotnie nowelizowana. W okresie swego obowiązywania doczekała się 23 nowelizacji. Charakter tych zmian był rozmaity: od zmian porządkujących, wynikających z nowelizacji bądź uchwalania nowych ustaw – po zasadnicze zmiany merytoryczne samej ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Na przełomie stycznia i lutego 2010 r. Rada Ministrów sporządziła projekt nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych.

W uzasadnieniu nowelizacji do tejże ustawy Kancelaria Rady Ministrów wskazała m.in. iż „obowiązująca od 10 lat ustawa o ochronie informacji niejawnych pozwoliła stworzyć współczesny system ochrony informacji nie-

⁵⁵ Art. 4 ust. 1. Zasady zwalniania od obowiązku zachowania tajemnicy państwowej i służbowej oraz sposób postępowania z aktami spraw zawierających tajemnicę państwową i służbową w postępowaniu przed sądami i innymi organami określają przepisy odrębnych ustaw. 2. Jeżeli przepisy odrębnych ustaw uprawniają organy, służby lub instytucje państwowe albo ich upoważnionych pracowników do dokonywania kontroli, a w szczególności swobodnego dostępu do pomieszczeń i materiałów, jeżeli jej zakres dotyczy informacji niejawnych, uprawnienia te są realizowane z zachowaniem przepisów niniejszej ustawy.

⁵⁶ S. Hoc, *Glosa do uchwały SN z dnia 28 września 2000 r., III ZP 21/00*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 10, s. 121. Zob. też: tenże, *Problem stosowania wobec sędziów ustawy o ochronie informacji niejawnych*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 5, s. 67–74.

jawnych oraz odegrała istotną rolę w okresie akcesji Polski do Sojuszu Północnoatlantyckiego. Obecnie jednak wiele jej przepisów jest już przestarzałych i niefunkcjonalnych. W ciągu mijających 10 lat dokonał się ogromny postęp technologiczny, zwłaszcza w zakresie środków łączności oraz systemów teleinformatycznych. Zawarte w ustawie i aktach wykonawczych rozwiązania dotyczące zwłaszcza bezpieczeństwa teleinformatycznego i fizycznego odstają od aktualnego poziomu technologicznego i nie są dostosowane do warunków i możliwości współczesnej techniki”. (...) „Objęcie przez Polskę przewodnictwa w Radzie Unii Europejskiej w 2011 r. stawia przed polską administracją państwową szereg wyzwań wymagających podjęcia pilnych kroków. Jednym z nich jest, postulowane od dawna przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych, dostosowanie polskiego systemu ochrony informacji niejawnych do reguł i praktyki obowiązującej w instytucjach Unii Europejskiej i w innych krajach członkowskich. Można z dużym prawdopodobieństwem przewidywać, że brak zmiany przepisów dotyczących ochrony informacji niejawnych istotnie utrudniłby, a w wielu przypadkach wręcz uniemożliwił realizację zadań związanych z prezydencją. Dotyczy to szczególnie możliwości znacznie bardziej elastycznego traktowania zasad ochrony informacji o niskich klauzulach tajności, co w strukturach unijnych umożliwia szybkie, bieżące wykorzystywanie tych informacji w pracy grup roboczych oraz ich sprawne przekazywanie i przetwarzanie w systemach teleinformatycznych. System ochrony informacji niejawnych w Polsce wymaga zatem reform bardzo daleko idących, co uzasadnia konieczność podjęcia pracy nad nową ustawą, a nie nad kolejną nowelizacją. Należy też wziąć pod uwagę zakres dokonanych w ustawie do tej pory zmian – jedna tylko z kilkunastu nowelizacji wprowadzona w 2005 r. objęła blisko jedną trzecią artykułów. Biorąc pod uwagę zarówno ilość, jak i zakres zmian poczynionych dotychczas w ustawie o ochronie informacji niejawnych – zasadnie można domniemywać, że kolejna nowela tej ustawy przyczyniłaby się do powstania aktu prawnego o charakterze kompilacyjnym. Mogłaby ona pogłębić niejasności i niespójności systemowe pojawiające się już obecnie w jej treści i nie poprawiłaby jakości prawa normującego ochronę informacji niejawnych w Rzeczypospolitej Polskiej”⁵⁷.

Pomysłodawca projektu, Kancelaria Rady Ministrów, oceniając skutki wejścia w życie nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych wskazała, co następuje: „Celem regulacji jest wprowadzenie kompleksowych, spójnych i konsekwentnych oraz łatwych do stosowania w praktyce regulacji dotyczących ochrony informacji niejawnych. Wydanie przepisów zmieniających dotychczasowy stan prawny wynika z konieczności:

1) wprowadzenia mechanizmów efektywnościowych do systemu ochrony informacji niejawnych, w tym zarządzania ryzykiem,

⁵⁷ Dane za stroną internetową Biuletynu Informacji Publicznej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów: <http://bip.kprm.gov.pl/g2/2009_07/1014_fileot.pdf>.

2) unowocześnienia i dostosowania systemu ochrony informacji niejawnych do warunków nowoczesnych technologii,

3) dostosowania regulacji do zmieniających się standardów w NATO i Unii Europejskiej, określonych w przepisach regulujących postępowanie z informacjami niejawnymi wymienianymi w ramach współpracy z NATO i UE, a także do analogicznych zasad obowiązujących w wewnętrznych przepisach innych krajów członkowskich (nie istnieją natomiast przepisy UE harmonizujące ochronę informacji niejawnych w poszczególnych krajach, gdyż ta sfera pozostaje w wyłącznej kompetencji suwerennych państw),

4) usunięcia luk, niejasności i niespójności systemowych oraz uproszczenia obowiązującego prawa.

Konieczność opracowania nowego aktu prawnego wynika przede wszystkim z potrzeb praktyki, ponieważ stosowanie obowiązującej ustawy sprawia trudności, w tym rodzi wątpliwości interpretacyjne, oraz z potrzeby poprawy efektywności systemu ochrony informacji niejawnych⁵⁸.

Na gruncie tychże postulatów w dniu 5 sierpnia 2010 r. Sejm uchwalił nową ustawę o ochronie informacji niejawnych. Ustawa ta została ogłoszona w Dzienniku Ustaw w dniu 1 października 2010 r., a weszła w życie z dniem 2 stycznia 2011 r.⁵⁹

Na posiedzeniu sejmu w dniu 24 czerwca 2010 r. został przegłosowany ostateczny projekt ustawy rządowej, a mianowicie: ogółem głosowało – 405 posłów, za – 263, przeciw – 142, wstrzymało się – 0 nie głosowało – 55. Przeciwko projektowi ustawy głosowali w zdecydowanej większości posłowie Prawa i Sprawiedliwości (przeciw było 137 posłów tej partii)⁶⁰. Senat przyjął projekt ustawy, natomiast po dalszych pracach w komisjach sejmowych, w dniu 30 sierpnia 2010 r. prezydent Bronisław Komorowski podpisał ustawę.

Szczegółowy zakres przedmiotowy ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. został określony w art. 1⁶¹. Przepis ten statuuje pojęcie „informacje niejawne”,

⁵⁸ Por. „Ocena skutków regulacji”, stanowiąca część uzasadnienia projektu ustawy, cyt. za: System Informacji Elektronicznej LEX 2010.

⁵⁹ Dz. U. Nr 182, poz. 1228. Odroczone *vacatio legis* ma art. 131, który wejdzie w życie w dniu 1 stycznia 2013 r. (por. art. 191 nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych).

⁶⁰ Posiedzenie Sejmu nr 69, głosowanie nr 31; dane za stroną internetową Sejmu RP (www.sejm.gov.pl), adres szczegółowy: <http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/glosowania?OpenAgent&6&69&31>.

⁶¹ Art. 1 ust. 1. Ustawa określa zasady ochrony informacji, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania, zwanych dalej „informacjami niejawnymi”, to jest zasady:

- 1) klasyfikowania informacji niejawnych;
- 2) organizowania ochrony informacji niejawnych;
- 3) przetwarzania informacji niejawnych;

4) postępowania sprawdzającego prowadzonego w celu ustalenia, czy osoba nim objęta daje rękojmię zachowania tajemnicy, zwanego dalej odpowiednio „postępowaniem sprawdzającym” lub „kontrolnym postępowaniem sprawdzającym”;

a są to informacje których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne.

Jak widać, zapis ten jest bardzo szeroki. Z jednej strony definicja ta pozwala na subsumcję wielu stanów faktycznych, natomiast z drugiej strony, trudno jest na jego przykładzie wskazać, jaka konkretnie sytuacja na pewno wyczerpałaby dyspozycję tego przepisu.

Ustawa nie definiuje już pojęcia tajemnicy państwowej i służbowej, ustawodawca pozostawił jedynie klauzule: „ściśle tajne”⁶², „tajne”⁶³,

5) postępowania prowadzonego w celu ustalenia, czy przedsiębiorca nim objęty zapewnia warunki do ochrony informacji niejawnych, zwanego dalej „postępowaniem bezpieczeństwa przemysłowego”;

6) organizacji kontroli stanu zabezpieczenia informacji niejawnych;

7) ochrony informacji niejawnych w systemach teleinformatycznych;

8) stosowania środków bezpieczeństwa fizycznego w odniesieniu do informacji niejawnych.

⁶² Art. 5 ust. 1. Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „ściśle tajne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

1) zagrozi niepodległości, suwerenności lub integralności terytorialnej Rzeczypospolitej Polskiej;

2) zagrozi bezpieczeństwu wewnętrznemu lub porządkowi konstytucyjnemu Rzeczypospolitej Polskiej;

3) zagrozi soюзom lub pozycji międzynarodowej Rzeczypospolitej Polskiej;

4) osłabi gotowość obronną Rzeczypospolitej Polskiej;

5) doprowadzi lub może doprowadzić do identyfikacji funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników służb odpowiedzialnych za realizację zadań wywiadu lub kontrwywiadu, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, jeżeli zagrozi to bezpieczeństwu wykonywanych czynności lub może doprowadzić do identyfikacji osób udzielających im pomocy w tym zakresie;

6) zagrozi lub może zagrozić życiu lub zdrowiu funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, lub osób udzielających im pomocy w tym zakresie;

7) zagrozi lub może zagrozić życiu lub zdrowiu świadków koronnych lub osób dla nich najbliższych albo świadków, o których mowa w art. 184 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.⁵⁾), lub osób dla nich najbliższych.

⁶³ Art. 5 ust. 2. Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „tajne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

1) uniemożliwi realizację zadań związanych z ochroną suwerenności lub porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej;

2) pogorszy stosunki Rzeczypospolitej Polskiej z innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi;

3) zakłóci przygotowania obronne państwa lub funkcjonowanie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej;

4) utrudni wykonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa lub ścigania sprawców zbrodni przez służby lub instytucje do tego uprawnione;

5) w istotny sposób zakłóci funkcjonowanie organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości;

6) przyniesie stratę znacznych rozmiarów w interesach ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej.

„poufne⁶⁴” i „zastrzeżone⁶⁵”. Natomiast art. 4 nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych wskazuje, komu można udzielać informacji o charakterze niejawnym⁶⁶.

W myśl zasady, „coś za coś”, znika z ustawy katalog informacji, które mogą stanowić wiedzę tajną i ściśle tajną. Można więc każdą informację zastrzec i zaopatrzyć w klauzulę tajności, bez tłumaczenia dlaczego. Jak wskazał Jan Bryłowski, wiceprezes Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Menedżerów Bezpieczeństwa, wprowadzono jednak istotne zabezpieczenie przed nadmiernym utajnianiem. „Każdy, kto uważa, że status tajności łamie jego prawo do informacji, będzie mógł zaskarżyć taką klauzulę. Do tej pory takiej możliwości nie było. Intencją ustawodawcy było ograniczenie informacji klauzulowanych i skupienie się na rzeczywistych zagrożeniach dla obronności i bezpieczeństwa państwa”⁶⁷.

Rząd, uzasadniając nowe brzmienie ustawy o ochronie informacji niejawnych, zdecydowanie i świadomie zrezygnował z definiowania pojęć tajemnicy państwowej i służbowej.

Wskazywano m.in., iż istotą projektu nowej ustawy jest takie unormowanie systemu ochrony, aby był on maksymalnie efektywny w sferze krajowej i zagranicznej. Wskazano iż: „dwustopniowy system definiowania informacji

⁶⁴ Art. 5 ust. 3. Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „poufne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

- 1) utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) utrudni realizację przedsięwzięć obronnych lub negatywnie wpłynie na zdolność bojową Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) zakłóci porządek publiczny lub zagrazi bezpieczeństwu obywateli;
- 4) utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę bezpieczeństwa lub podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej;
- 5) utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych oraz organom wymiaru sprawiedliwości;
- 6) zagrazi stabilności systemu finansowego Rzeczypospolitej Polskiej;
- 7) wpłynie niekorzystnie na funkcjonowanie gospodarki narodowej.

⁶⁵ Art. 5 ust. 4. Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „zastrzeżone”, jeżeli nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej.

⁶⁶ Art. 4 ust. 1. Informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękojmię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych.

2. Zasady zwalniania od obowiązku zachowania w tajemnicy informacji niejawnych oraz sposób postępowania z aktami spraw zawierającymi informacje niejawne w postępowaniu przed sądami i innymi organami określają przepisy odrębnych ustaw.

3. Jeżeli przepisy odrębnych ustaw uprawniają organy, służby lub instytucje albo ich upoważnionych pracowników do dokonywania kontroli, w szczególności do swobodnego dostępu do pomieszczeń i materiałów, a jej zakres dotyczy informacji niejawnych, uprawnienia te są realizowane z zachowaniem przepisów niniejszej ustawy.

⁶⁷ P. Pytlakowski, *Gęba na kłódkę*, „Polityka”, nr 45 (2781), 6 listopada 2010 r., s. 36.

niejawnych i rozdęte, a w praktyce całkowicie lekceważone wykazy zawarte w załączniku do ustawy, tylko pogłębiają chaos. Wynika stąd m. in. potrzeba rezygnacji z podziału informacji niejawnych na tajemnicę państwową i służbową (nieobowiązującego w takiej postaci w żadnym kraju NATO lub Unii Europejskiej); dziesięcioletnia praktyka funkcjonowania tego podziału wskazuje, że jest on sztuczny i nie ma większego sensu praktycznego. Kolejnym jakościowym założeniem merytorycznym jest odejście od rozbudowanych formalnych wykazów informacji niejawnych na rzecz jednoznacznego zobowiązania wytwórców informacji do kierowania się nowymi definicjami poszczególnych klauzul. Należy zwrócić uwagę, że zawieranie w ustawie wykazu informacji niejawnych nie jest standardowym rozwiązaniem w państwach o długiej tradycji demokratycznej, a w wielu z nich ograniczono się do sformułowania w przepisach krótkich definicji poszczególnych klauzul⁶⁸.

W niniejszym opracowaniu nie sposób omówić dokładnie całej nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ustawa oprócz przepisów ogólnych, zmieniających, przejściowych i końcowych, zawiera także: przepisy regulujące sposób klasyfikowania informacji niejawnych, statuuje organizację ochrony informacji niejawnych, omawia szkolenie w zakresie ochrony tych informacji oraz bezpieczeństwo osobowe. Nadto, ustawa ta reguluje postępowanie odwoławcze i skargowe jak też wznowienie postępowania, zajmuje się działaniem kancelarii tajnych oraz środkami bezpieczeństwa fizycznego. Omawia bezpieczeństwo teleinformatyczne, przemysłowe oraz porusza kwestie ewidencji i udostępniania danych oraz okazywania akt postępowania sprawdzających. Ustawodawca wprowadził jeden załącznik, a mianowicie wzór ankiety bezpieczeństwa osobowego.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych z 5 sierpnia 2010 r. jest aktem nowym, a co za tym idzie nie doczekała się jeszcze obszernego opracowania judykatury i nauki prawa, niemniej jednak w kontekście wcześniejszej ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 22 stycznia 1999 r. poczyniono wiele istotnych zmian, które będą musiały znaleźć zastosowanie w praktyce.

Podsumowując rozważania na temat tajemnicy państwowej na tle przemian ustrojowych w Polsce, zauważyć należy, iż na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci przepisy prawne i akty normatywne regulujące to zagadnienie ulegały częstym zmianom i nowelizacjom. Także stosunek najważniejszych organów państwa do problematyki tajemnicy zmieniał się wraz zaistniałymi przemianami ustrojowymi. Niemniej jednak, podkreślić wypada, iż tajemnica państwowa od początku istnienia niepodległej Polski stanowiła i nadal stanowi dobro chronione, bezpośrednio związane z bezpieczeństwem państwa, co rzutuje na jej dużą rangę.

Trudny czas II wojny światowej uwydatnił konieczność stosowania szczególnych i zaostrzonych przepisów chroniących tajemnicę państwową. Taka

⁶⁸ Por. uzasadnienia projektu ustawy, cyt. za: System Informacji Elektronicznej LEX 2010, dostępny jest on także na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów <www.bip.kprm.gov.pl>.

sytuacja była zrozumiała w momencie ataku wojsk państw ościennych na Rzeczpospolitą. Wszelkie ewentualne naruszenia tajemnicy państwowej (związane choćby ze szpiegostwem na rzecz wroga), osłabiało obronność walczącej ojczyzny. Okres powojenny natomiast przyniósł ewidentny brak zaufania państwa do obywatela, wzmożoną kontrolę i ingerencję w wolności obywatelskie oraz rygorystyczne podejście do informacji chronionych.

Okres po odzyskaniu pełnej wolności, zapoczątkowany już 4 czerwca 1989 r. wyborami do Sejmu i Senatu, przyniósł w konsekwencji konieczność zmian ustawy z dnia 14 grudnia 1982 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej. Zmiany te uzasadnione były wolą wstąpienia Polski do struktur NATO i, w dalszej mierze, rozpoczęciem starań o akcesję do Unii Europejskiej.

W tym miejscu autor starał się wykazać, jak bardzo tematyka ochrony tajemnicy państwowej była uzależniona od sytuacji politycznej i nastrojów społecznych. Widać to bardzo wyraźnie w dobie rzeczywistości pokomunistycznej, kiedy lata 90., będące okresem wielu przemian i rodzącej się demokracji, przyniosły także czas sporów i walki międzypartyjnej. Ta sytuacja spowodowała, że obowiązującą do dnia 1 stycznia 2011 r. ustawę o ochronie informacji niejawnych uchwalono z inicjatywy rządu Jerzego Buzka dopiero w dniu 22 stycznia 1999 r.

W kontekście polskiej prezydencji w Unii Europejskiej w 2011 r. oraz postulatu dostosowania polskiego systemu ochrony informacji niejawnych do reguł i praktyki obowiązującej w instytucjach Wspólnoty i w krajach członkowskich w 2010 r., przyjęto i uchwalono rządowy projekt nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych, który wszedł w życie w dniu 2 stycznia 2011 r. Autor pokrótce omówił przyczyny wprowadzonych zmian, jak i najważniejsze regulacje prawne.

W ocenie autora niniejszego opracowania, podkreślenia wymaga konieczność ciągłego podejmowania przez państwo dalszych kroków w celu zwiększenia transparentności władz publicznych. W ramach obecności Polski w Unii Europejskiej, NATO, jak też ratyfikowania Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, każdy obywatel powinien mieć szerszą i ogólnodostępną możliwość otrzymywania informacji dotyczącej sfery życia publicznego państwa. Organy administracji publicznej winny uczynić wszystko, aby „jawność państwa” i transparentność działań jego najważniejszych organów nie były tylko truizmem.

STATE SECRET IN RELATION TO SYSTEMIC CHANGES IN POLAND

Key words: secret, state secret, political transformations, political and historical context, classified Information.

Summary

The necessity of state secret's protection was directly connected with state activity, not only on military area, but also on political, economic and educational ones.

For a long time, an extremely important element of national policy was, on the one hand, maintaining the secrecy of certain messages, that may have an impact on defense or national security; on the other, striving to obtain important information about the activities of other, sometimes hostile countries. That is why, the state secret is a protected interest, directly related to the security of the country and it has repeatedly been the subject of interest of the Polish legislator.

In the thesis 'State secret in relation to systemic changes in Poland', the author had focused on the characteristics of the protection of state secrets' legislation in Poland during the twentieth century. This period was extremely important for the Republic of Poland, and very rich in a number of important historical events. Historical and the political context was often the cause of changes in regulations related to the protection of state secrets. Politics, social attitudes, history and events (often beyond the control of the nation) developed various concepts of this kind of secret, as well as the legislator's attitude to the issue.

In the mentioned above thesis, author quoted and briefly discussed the legislative acts which regulate the state secret in relation to political and historical changes in Poland.

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Małgorzata Andrzejczak-Świątek

Wyższa Szkoła Policji w Szczecinie, Wydział Administracji i Bezpieczeństwa Wewnętrznego,
Instytut Prawa

Koncepcja „uprzywilejowanego kombatanta” w stosunku do dziecka biorącego bezpośredni udział w działaniach wojennych

Słowa kluczowe: dziecko, ochrona praw dziecka, prawo humanitarne, konflikt zbrojny, kombatant.

Punktem wyjścia do rozważań na temat statusu prawnego dziecka w konflikcie zbrojnym winno być odniesienie się do zasad etycznych leżących u podstaw prowadzenia działań zbrojnych, w szczególności chodzi o próbę odpowiedzi na pytanie, kiedy mamy do czynienia z wojną sprawiedliwą i czy w ogóle coś takiego jak wojna sprawiedliwa istnieje.

Nie jest to pytanie bezzasadne, bowiem gdy wziąć pod uwagę całokształt unormowań prawa humanitarne, a zwłaszcza ograniczenia w metodach i sposobach prowadzenia działań zbrojnych, zupełnie słuszny jest wniosek, iż to perspektywy etyki i moralności miały decydujący wpływ na kształtowanie się systemu ochrony praw człowieka w sytuacji konfliktu zbrojnego, przede wszystkim w odniesieniu do jednostek wymagających szczególnej troski i ochrony.

Etyka konfliktu zbrojnego prowadzi do założenia, iż sytuacja, w której dochodzi do cierpienia i krzywdy ludzkiej w tak ogromnej skali, musi w istocie podlegać ocenie moralnej. Co prawda postulat, ażeby tylko względy moralne, a nie doraźne interesy takich czy innych podmiotów prawa międzynarodowego kształtowały system prawa międzynarodowego wydaje się być nierealny do zrealizowania i dość „iluzoryczny”, jednakże nie można wykluczyć całkowicie oparcia systemu norm prawnych o prosty i obiektywny podział na to, co jest dobre (dopuszczalne) i na to, co jest złe (zabronione przez prawo).¹

¹ Podobny pogląd reprezentują: T. Żuradzki, T. Kuniński, [w:] T. Żuradzki, T. Kuniński, *Etyka wojny. Antologia tekstów*, s. 7. Zdaniem autorów aktualnie obowiązujące porozumienia międzynarodowe, regulujące dopuszczalność wojny i interwencji zbrojnej lub ustalające reguły prowadzenia konfliktów zbrojnych, są nie tylko umowami przyjętymi dla wygody ich stron, lecz także opierają się na naszych głęboko zakorzenionych intuicjach moralnych, które dotyczą usprawiedliwienia stosowania przemocy wobec innych ludzi.

Teoria wojny sprawiedliwej w odniesieniu do *ius in bello* generalnie opiera się na określeniu reguł i sposobów prowadzenia działań zbrojnych tak, aby do minimum ograniczyć cierpienie osób zagrożonych przez konflikt, a także skierować operacje wojskowe tylko przeciwko celom wojskowym.

Trafnie zauważa Jan Sandorski, iż: *prawo humanitarne – ze względu na fakt, że jest wykonywane w szczególnych warunkach, w których wewnętrzna i międzynarodowa kontrola przestrzegania jest bardzo utrudniona – stara się być nader pragmatyczne i maksymalnie samowykonalne*.²

Stąd też system prawa humanitarnego cechuje bardzo wyraźne uszczegółowienie norm prawnych, dotyczących ochrony praw człowieka. Adresatem tych norm nie jest już zazwyczaj podmiot powszechny – „każda osoba”, ale podmioty potencjalnie narażone na stanie się bezpośrednią ofiarą działań zbrojnych: „ranni i chorzy”, „rozbitkowie”, „jeńcy wojenni”, „kobiety i dzieci”, „osoby cywilne” czy też „dzieci do lat 15”³

Z punktu widzenia zagadnienia dzieci jako adresatów norm prawa humanitarnego, należy zwrócić uwagę na fakt, iż mimo ujęcia określonych kategorii dzieci w kontekście podmiotów chronionych, żadna z czterech konwencji genewskich z 1949 r. nie zawiera klauzuli generalnej, nakazującej uznać dziecko za podmiot szczególnej troski.⁴ Taka reguła została unormowana wiele lat później w art. 77 I Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich.⁵

Specyfika norm prawnych przejawia się także w ich charakterystycznym rozbudowaniu. W porównaniu do unormowań z dziedziny praw człowieka w sytuacji pokoju, prawo humanitarne znacznie większą wagę przywiązuje do kwestii rzeczywistego przestrzegania tych norm i odpowiedzialności w przypadku niezachowania się zgodnie z ich dyspozycją. Sankcje bowiem nie są skierowane tylko i wyłącznie do państw, które ratyfikowały daną umowę międzynarodową, lecz odpowiedzialność za zbrodnie wojenne i przestępstwa

² J. Sandorski, *Czy art. 38 Konwencji o Prawach Dziecka gwarantuje należyłą ochronę dziecka w trakcie konfliktu zbrojnego?*, [w:] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Red. T. Smoczyński, Poznań 1999, 309.

³ „Dzieci do lat 15” są adresatami art. 23 IV konwencji, który nawiązuje do godnego poziomu życia także w czasie działań wojennych, a także art. 14, na mocy którego strony w konflikcie mogą tworzyć punkty sanitarne do ochrony między innymi dzieci przed skutkami wojny, w art. 50 IV konwencji genewskiej wyróżnione są „dzieci osierocone” lub „odłączone od rodziców na skutek wojny”, które podlegają opiece mocarstwa okupacyjnego w przypadku, gdy miejscowe instytucje są nieodpowiednie; art. 51 IV konwencji genewskiej gwarantuje dzieciom, które nie ukończyły 18 lat wolność od pracy przymusowej. Szczególną kategorią dzieci podlegających ochronie, na którą należy zwrócić uwagę, jest wskazanie na osoby nieletnie. Stanowi o tym art. 76 IV konwencji, który mówi o zapewnieniu specjalnych warunków odbywania kary pozbawienia wolności dla osób nieletnich.

⁴ Nawiązując do powyższego przypisu i ujęcia podmiotu ochronnego w określone kategorie dzieci podlegających ochronie, chodzi tu głównie o IV Konwencję genewską o ochronie osób cywilnych podczas wojny z 12 sierpnia 1949 r. Tekst Konwencji znajduje się [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, Warszawa 2003, s. 313 i n.

⁵ Tekst dokumentu znajduje się [w:] M. Flemming, op. cit., s. 389.

popołnione w związku i w trakcie trwania konfliktu zbrojnego ponoszą dowódcy, władze wojskowe czy też osoby bezpośrednio odpowiedzialne za dokonanie czynu zabronionego.

Ponadto, niewątpliwa trudność w zapewnieniu skuteczności prawa humanitarnego wymusza niejako ową konieczność rozbudowania i uszczegółowienia norm prawnych. Zwróćmy uwagę, iż w warunkach konfliktu zbrojnego niewystarczające jest wprowadzenie li tylko ogólnego zakazu stosowania tortur, niehumanitarnego, poniżającego traktowania i karania (który to zakaz jako norma *ius cogens* ma oczywiście charakter absolutny, niederogowalny i rozciąga się na sytuacje wojny), ale z punktu widzenia pełnej ochrony praw człowieka w niezwykle trudnych warunkach działań zbrojnych, gdzie często zawodzą krajowe i międzynarodowe mechanizmy kontrolne, niezbędne jest, ażeby „rozbić” tę normę w odniesieniu do konkretnych sytuacji, które mogą wiązać się potencjalnie z narażeniem danej osoby właśnie na tortury, niehumanitarnie bądź poniżające karanie i traktowanie. Z tychże względów prawo humanitarne szczegółowo normuje przykładowe kwestie postępowania z ranymi, chorymi, jeńcami wojennymi, ochronę ludności znajdującej się w strefie neutralizowanej, itp.

Zważyć należy, iż głównym celem unormowań międzynarodowego prawa humanitarnego jest szeroko pojęte złagodzenie okrucieństw wojny. Z tego też względu elementarnego znaczenia nabiera założenie, że skoro wojna (co do zasady) jest stosunkiem między państwami, a nie między ludnością walczących ze sobą państw, to działania wojenne powinny być skierowane przeciwko siłom zbrojnym przeciwnika. Ludność cywilna, pojedyncze osoby cywilne oraz dobra kultury nie mogą być celem ataku.⁶

Zasada rozróżniania jest – obok zasady humanitaryzmu, zasady konieczności wojskowej oraz zasady proporcjonalności środków i metod prowadzenia działań zbrojnych – jedną z podstawowych zasad prowadzenia działań zbrojnych, zarówno jeżeli chodzi o wojnę na lądzie, jak również działania prowadzone na morzu i w powietrzu. Pozwala ona wyznaczyć pewien obszar ochronny, bowiem w uproszczeniu możemy przyjąć, iż zgodnie z zasadą rozróżniania dopuszczalne jest atakowanie celów wojskowych, natomiast zabroniony jest atak na cele cywilne.⁷

Z punktu widzenia właściwej interpretacji i przestrzegania zasady rozróżniania niezwykle istotna okazała się konieczność zdefiniowania pojęcia „ludność cywilna”.

⁶ Szerokie omówienie zagadnienia norm prawa humanitarnego oraz zasad, na których opiera się konflikt zbrojny znajduje się m.in., [w:] H. P. Grasser, *Międzynarodowe prawo humanitarne. Wprowadzenie*, Instytut Henry Dunant 1993, Polski Czerwony Krzyż 1997, s. 17 i n.

⁷ Por. *Umiejędźniarodowiony konflikt wewnętrzny*, (Red.) J. Pawłowski, A. Ciupiński, Warszawa 2001, s. 212 i n. Autorzy szczegółowo omawiają zagadnienie zasad prawa konfliktów zbrojnych w procesie organizowania i prowadzenia walki zbrojnej. W ramach zasady rozróżniania zwracają uwagę na fakt, iż aby można było uznać cel za wojskowy, musi on spełniać dwa warunki: cel musi mieć charakter wojskowy bądź to ze względu na swą naturę lub funkcję spełnianą w chwili ataku; atak musi mieć uzasadnienie jako wsparcie wojennego wysiłku strony atakującej. Tak więc cele wojskowe to m.in. siły zbrojne.

Filozoficzno-etyczny podział na „walczących” i „niewalczących” nie znalazł odzwierciedlenia w praktyce, bowiem w niemal każdym konflikcie zbrojnym w skład sił zbrojnych mogą wchodzić osoby „niewalczące”, ale pełniące określoną rolę w siłach zbrojnych, służących realizacji celu wojskowego. Zagadnienie to *stricto* dotyczy problemu udziału dziecka w działaniach wojennych.

Opublikowany w 1996 r. przez byłą minister edukacji Mozambiku Gracę Machel raport *Wpływ konfliktów zbrojnych na dzieci*⁸ ukazuje w sposób prze-rażający i boleśnie okrutny skalę zjawiska udziału dzieci w działaniach wojennych oraz problem wcielania dzieci do oddziałów zbrojnych w konfliktach współczesnych, toczących się po II wojnie światowej.⁹

Z raportu wyłania się obraz konfliktów (m.in. Republika Konga, lata 1998–1999, Sierra Leone, lata 1991–1999, Uganda, gdzie konflikt trwa od niemalże 20 lat, Sudan), gdzie dzieci stanowią istotną część sił zbrojnych, będąc przymusowo wcielone do oddziałów. Wykorzystywane są do różnych działań bojowych, do rozminowywania terenów, nierzadko jako „żywe tarcze” lub w celach seksualnych. Dzieci ponadto są łatwym podmiotem do manipulacji, pod wpływem środków odurzających zatracają podstawowe instynkty, pozwalające im na przestrzeganie choćby minimalnego standardu zasad moralnych.¹⁰

Uznając zatem za bezsprzeczny fakt, iż dziecko w konflikcie zbrojnym może występować niejako w dwojakiej roli: albo nie jest bezpośrednio zaangażowane w konflikt i stanowi część ludności cywilnej albo pełni określoną funkcję w siłach zbrojnych, konieczne staje się prawnomaterialne rozróżnienie statusu dziecka – „substratu” ludności cywilnej oraz dziecka – członka sił zbrojnych.

Pojęcie „ludności cywilnej” zostało zdefiniowane w art. 50 Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, przyjętego w Genewie dnia 8 czerwca 1977 r. (I Protokół dodatkowy)¹¹ Za ludność cywilną będziemy zatem uważać każdą osobę nie należącą do sił zbrojnych oraz nie będącą jeńcem wojennym; obejmuje ono swym zasięgiem wszystkie osoby cywilne. Co istotne, obecność wśród ludności cywilnej pojedynczych osób nie odpowiadających określeniu osoby cywilnej nie pozbawia tej ludności jej cywilnego charakteru.

Art. 51 I Protokołu dodatkowego wypełnił istniejącą lukę w prawie międzynarodowym i uregulował zasadę rozróżniania jako podstawową klauzulę,

⁸ Raport został sporządzony w następstwie Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 48/157 z 1993 r. pt. *Ochrona dzieci dotkniętych przez konflikty zbrojne*.

⁹ UN, UNICEF, Report of Graca Machel, Impact of Armed Conflict on Children, 26.08.1996 r., A/51/306.

¹⁰ Szersze omówienie zagadnienia udziału dzieci we współczesnych konfliktach zbrojnych, [w:] G. Michałowska, *Problemy ochrony praw człowieka w Afryce*, Warszawa 2008, s. 394 i n.

¹¹ M. Flemming, op cit., s. 361 i n.

mającą zapewnić ochronę ludności cywilnej. Kluczowym unormowaniem jest wprowadzenie ogólnego zakazu ataków na ludność cywilną jako taką oraz na osoby cywilne. Zabronione są również ataki bez rozróżniania, które to pojęcie obejmuje swym zasięgiem m.in. ataki, które nie są skierowane przeciwko określonej celowi wojskowemu.¹²

Niezmiernie istotna jest wykładnia przepisów Protokołów dodatkowych w kontekście innych aktów międzynarodowego prawa humanitarnego. Podkreślić bowiem należy, iż prawo humanitarne – zgodnie z koncepcją indywidualnego charakteru praw człowieka – ma być skuteczne w przypadku konkretnych naruszeń. Nie mniej ważna jest również specyfika implementacji norm międzynarodowego prawa humanitarnego.

Przykładowo, w wyroku w sprawie rozpatrywanej przez Izbę Orzekającą Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone przeciwko: A.T. Brima, B.B. Kamara, S. B. Kanu z dnia 20 czerwca 2007 r. Trybunał uznał, iż na potrzeby art. 2 Statutu Trybunału definicja ludności cywilnej zawarta w art. 50 Protokołu dodatkowego ma za szeroki zakres. Trybunał stwierdził, że istnieje różnica między osobą cywilną, a osobą *hors de combat*. Ta ostatnia to wciąż członek sił zbrojnych. Dlatego też należy przyjąć węższą definicję ludności cywilnej celem zapewnienia przestrzegania zasady rozróżniania między osobami cywilnymi a kombatanami.¹³

Podkreślić jednakże należy, iż osoby mieszczące się w kategorii „ludność cywilna” tracą swój uprzywilejowany status ochronny przyznany na mocy IV konwencji genewskiej, jednakże – jak słusznie podkreśla się w doktrynie prawa humanitarnego – *brak jest jednoznaczności w określeniu, kiedy ludność cywilna (w tym dzieci) biorą udział w działaniach zbrojnych*.¹⁴

Godzi się w tym miejscu zwrócić uwagę na dość kluczową kwestię w odniesieniu do podstaw prawnych zasady rozróżniania. Owa zasada nie wynika tylko i wyłącznie ze stypulacji umów międzynarodowych¹⁵, ale wchodzi w zakres co najmniej sześciu norm międzynarodowego prawa zwyczajowego, które

¹² Ibidem.

¹³ Treść orzeczenia w sprawie przeciwko A.T. Brima, B.B. Kamara, S.B. Kanu Izba Orzekająca 2007 jest dostępna na stronie STSL: <<http://www.sc-sl.org/index.html>>, dostęp: ???????.

Art. 2 Statutu STSL stanowi, iż Specjalny Trybunał ma prawo do sądenia osób, które popełniły następujące zbrodnie w ramach szeroko zakrojonych i systematycznych ataków przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej: zabójstwo, eksterminacja, niewolnictwo, deportacja, uwięzienie, torturowanie, zgwałcenie, niewolnictwo seksualne, przymusowa prostytucja, wymuszona ciąża i inne formy przemocy seksualnej, prześladowanie z powodów politycznych, rasowych lub religijnych, inne czyny nieludzkie (treść dokumentu znajduje się [w:] M. Fleming, op. cit., s. 535 i n.).

¹⁴ N.J. Udombana, *War is not child's play! International law and the prohibition of children's involvement in armed conflicts*, „Temple International and Comparative Law Journal” 2006, vol. 20, no 1, s. 77 [cyt. za:] M. Szuniewicz, *Ochrona praw dzieci w konflikcie zbrojnym a II Protokół Fakultatywny do konwencji genewskich* [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, Red. T. Jasudowicz, Toruń 2007, s. 77.

¹⁵ Dość poważną przeszkodę w stosowaniu i skuteczności rozwiązań traktatowych jest fakt, iż umowy międzynarodowe obowiązują tylko te państwa, które je ratyfikowały.

mają zastosowanie zarówno w czasie trwania międzynarodowych, jak i międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Zgodnie z stanowiskiem Międzynarodowego Trybunału Karnego wyrażonym w wyroku z dnia 1.10.1946 r., *prawo wojenne zawarte jest nie tylko w traktatach, ale także w zwyczajach i obyczajach, które stopniowo zdobyły ogólne uznanie*.¹⁶

Powszechna praktyka przyjęta przez państwa¹⁷ doprowadziła do powstania zwyczaju rozróżniania pomiędzy osobami cywilnymi a kombatantami. Wypracowana norma prawa zwyczajowego opiera się na założeniu, iż strony konfliktu powinny zawsze rozróżniać osoby cywilne i kombatantów. Ataki mogą być kierowane jedynie przeciwko kombatantom. Ataków nie wolno kierować przeciwko osobom cywilnym. Osobami cywilnymi są natomiast wszystkie osoby nie będące członkami sił zbrojnych. Nie korzystają one jednak z ochrony przed atakami, jeżeli uczestniczą bezpośrednio w działaniach zbrojnych, przez czas trwania takiego uczestnictwa.¹⁸

Nie jest przedmiotem niniejszego opracowania omówienie kwestii ochrony ludności cywilnej w konflikcie zbrojnym. Powyższe rozważania mają jednakże stanowić pewien punkt odniesienia do dalszych wniosków, mających na celu ustalenie rzeczywistego statusu dziecka biorącego udział w konflikcie zbrojnym. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż w świetle całokształtu unormowań prawa humanitarnego dziecko, które nie „przynależy” do sił zbrojnych (o kwestii owej „przynależności” za chwilę) i jest częścią ogólnie pojętej „ludności cywilnej”, zgodnie z zasadą rozróżniania nie może być celem ataków i korzysta ze szczególnej ochrony.

Zważając na fakt, iż dziecko jest podmiotem wymagającym szczególnej troski i ochrony (tym większej, gdy chodzi o sytuacje ekstraordynaryjne, w których skuteczność przestrzegania uniwersalnych instrumentów prawnych odnoszących się do ochrony dziecka, takich jak chociażby Konwencja o Prawach Dziecka staje się zgoła utrudniona), godzi się rozważyć, czy w istocie na mocy obowiązujących instrumentów prawa międzynarodowego dziecko w konflikcie zbrojnym, nie mieszczące się w kategorii „ludność cywilna”, ma status uprzywilejowany. Ba, pójdźmy tym tokiem myślenia dalej – skoro nie budzi wątpliwości fakt, że dziecko jest podmiotem „kwalifikowanych” gwarancji pod kątem przysługującej mu ochrony prawnomiędzynaro-

¹⁶ Treść wyroku znajduje się [w:] T. Cyprian, J. Sawicki, *Materiały Norymberskie*, Warszawa 1948, s. 197.

¹⁷ W zasadzie zakres powszechnej praktyki, przyjętej przez państwa, należy rozpatrywać z dwóch perspektyw: po pierwsze, przez pryzmat tego, jaka praktyka przyczynia się do powstania międzynarodowego prawa zwyczajowego (wybór praktyki państw); po drugie, czy praktyka ta tworzy zasadę międzynarodowego prawa zwyczajowego. Patrz: Jean-Marie Henckaerts, *Studium poświęcone zwyczajowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego*, Warszawa 2006, s. 9.

¹⁸ Wymienione zasady międzynarodowego prawa humanitarnego zostały uznane za zasady posiadające charakter norm zwyczajowych w tzw. *Studium genewskim*, poświęconym zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu, opracowanym przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża na wniosek Międzynarodowej Konferencji Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycy. Patrz także: ibidem, s. 30.

dowej, to w takim razie zastanowić się należy, czy „dziecko – kombatant” jest w świetle mph uprzywilejowane w porównaniu do „dorosłego kombatanta”.

Zważywszy wszakże na założenia leżące u podstaw rozwoju prawa humanitarnego, a więc wspomnianą już koncepcję „wojny sprawiedliwej”, gdzie możliwie maksymalnie eliminuje się ryzyko narażenia osób cywilnych na zbędne cierpienia i śmierć, oczywiste jest, iż normy „wojny sprawiedliwej” opartej o zasady humanitaryzmu, winny w sposób szczególny chronić dziecko – również to, które na skutek działań dorosłych zostało „wepchnięte” w wojenną maszynę i wykorzystane do realizacji celów wojskowych.

Wcielanie dzieci do oddziałów zbrojnych i wykorzystywanie dzieci do działań zbrojnych jest, w świetle prawa międzynarodowego, zabronione. Zakaz taki został sformułowany w prawie traktatowym, co prawda, stosunkowo niedawno, bowiem dopiero w roku 1977, wraz z przyjęciem dwóch protokołów dodatkowych do konwencji genewskich z 1949 r.¹⁹ normę zakazującą rekrutacji i angażowania dzieci w działania zbrojne uznano za powszechnie wiążącą normę zwyczajową międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych.²⁰

Zgodnie z art. 77 ust. 2 I Protokołu, *strony konfliktu poczynią wszelkie praktycznie możliwe kroki, by dzieci poniżej 15 lat nie uczestniczyły bezpośrednio w działaniach zbrojnych; zwłaszcza będą powstrzymywać się od powoływania ich do swych sił zbrojnych. W razie powoływania osób między 15 a 18 rokiem życia, strony będą się starały dać pierwszeństwo starszym.*²¹

Podobnie Protokół II w art. 4 ust. 2 pkt (c) stanowi, iż *dzieci w wieku poniżej 15 lat nie powinny być wcielane do sił lub grup zbrojnych, ani też nie powinny otrzymywać zezwoleń na udział w działaniach zbrojnych.*²²

Licząc się z praktycznymi aspektami respektowania powyższych unormowań, uzasadnione kontrowersje budzą sformułowania pozostawiające stronom dokumentu pewien „margines swobody” (w tym przypadku zupełnie niepotrzebny). Na tle porównawczym znacznie większy pułap ochronny gwarantuje Protokół II, który zamiast podjęcia *feasible measures* wprowadza jednoznaczny zakaz wcielania i zezwalania na udział w działaniach zbrojnych.

¹⁹ Chodzi o I Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Genewa 8 czerwca 1977 r.), oraz II Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Genewa 8 czerwca 1977 r.).

²⁰ Zob. J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (eds.), ICRC, Cambridge 2005; za normy prawa zwyczajowego uznano: zasadę 136: „Children must be not recruited into armed forces or armed groups” (s. 136), oraz zasadę 137: „Children must not be allowed to take part in hostilities” (s. 485) – obie normy są aktualne zarówno podczas międzynarodowego, jak i niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego; Por. również: M. Szuniewicz, *Studium prawa zwyczajowego „Customary International Humanitarian Law”*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, red. T. Jasudowicz, Toruń 2007, s.11 in.

²¹ Tekst dokumentu znajduje się [w:] M.Flemming, op. cit., s. 389.

²² Ibidem, s. 405.

Poza tym Protokół I posługuje się pojęciem „bezpośredni udział (*direct participation*) w działaniach zbrojnych”. Trudności może nastręczać wykładnia owej „bezpośredniości”.

Czy „chwilowy” udział w walkach można zakwalifikować do „bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych”? Czy przymusowe pełnienie w siłach zbrojnych określonej funkcji jest „bezpośrednim” czy „pośrednim” udziałem w konflikcie? Wreszcie, czy wprowadzanie swoistej kategoryzacji stopnia udziału w konflikcie nie osłabia gwarancji ochronnych dziecka?

Zdaniem autorów komentarza do PD – *nie jest zadaniem prawa humanitarnego czynić różnice oparte na motywach, które pchnęły daną osobę do uczestniczenia w konflikcie zbrojnym*.²³ Ocena tych motywów będzie miała miejsce w trakcie postępowania karnego. W czasie takiego postępowania można ocenić także sposób zachowania się, czy też postępowania uczestnika konfliktu zbrojnego.²⁴

Jednakże w przypadku ochrony dziecka biorącego udział w konflikcie zbrojnym, to właśnie motyw jego udziału pełnią zasadniczą rolę w kontekście jego statusu prawnego w sytuacji konfliktu zbrojnego. Oczywiście jest bowiem, w świetle doświadczeń współczesnych konfliktów zbrojnych, iż w ogromnej większości dzieci są wcielane do różnego rodzaju oddziałów zbrojnych pod szeroko pojętym przymusem. Poza tym stopień niedojrzałości dziecka nie pozwala mu na świadomą i racjonalną ocenę sytuacji i chociażby zastosowanie doktryny „myślących bagnetów”.

Prawna ochrona dziecka w konflikcie zbrojnym nie wynika li tylko ze stypulacji międzynarodowego prawa humanitarnego. Jak trafnie ujął to Tadeusz Jasudowicz, *konieczne jest iunctim pomiędzy świadomością i czuciem międzynarodowego prawa humanitarnego oraz prawa międzynarodowego praw człowieka, w ich wzajemnym i szlachetnym uzupełnianiu się i wspieraniu*.²⁵

Takim swoistym *iunctim* – ogniwem łączącym prawo humanitarne z prawem międzynarodowym praw człowieka – z punktu widzenia ochrony dziecka w konflikcie zbrojnym okazał się, delikatnie rzecz ujmując, „niefortunny” art. 38 Konwencji o Prawach Dziecka. Leszek Wiśniewski, komentując treść art. 38, wprost użył określenia „szokujący”.²⁶

Komentując rozwiązania art. 38 konwencji, nie sposób nie odnieść się do zasady skuteczności i pełnego poszanowania praw człowieka, która – znajdu-

²³ Por. The Geneva Conventions of the 12 August 1949. Commentary. III Geneva Convention, International Committee of the Red Cross, Geneva 1960, s. 573.

²⁴ Zob. R. Mizerski, *W ogniu „wojny z terroryzmem” o statusie kombatan*, [w:] *Wybrane aktualne problemy międzynarodowego prawa humanitarnego*, red. M. Lubiszewski, T. Jasudowicz, R. Fordoński, Olsztyn 2005, s. 147.

²⁵ *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarnego*, oprac. T. Jasudowicz, Toruń 1997, s. 7.

²⁶ L. Wiśniewski, *Konwencja na tle innych aktów międzynarodowych*, [w:] *Konwencja o Prawach Dziecka. Wybór zagadnień prawnych i socjalnych*, red. T. Smoczyński, Warszawa 1994, s. 3.

jąc swój wyraz w każdym traktacie odnoszącym się bezpośrednio do ochrony praw człowieka²⁷ – staje się kluczową klauzulą generalną, służącą swoistemu „uelastycznieniu” systemu praw człowieka. Jest bowiem podstawowym instrumentem prawnym, pomocnym przy wykładni oraz interpretacji zakresu ochronnego całości unormowań, składających się na katalog podstawowych praw i wolności. Zasada ta została wyrażona również w Konwencji o Prawach Dziecka, jako dokumencie, który *expressis verbis* odnosi się do ochrony dziecka w systemie uniwersalnym.

Zgodnie z art. 2 konwencji, *Państwa–Strony w granicach swojej jurysdykcji będą respektowały i gwarantowały prawa zawarte w Konwencji wobec każdego dziecka (...)*. Art. 4 konwencji stanowi z kolei, iż *Państwa–Strony* „podejmą wszelkie właściwe działania ustawodawczo-administracyjne oraz inne dla realizacji praw uznanych w niniejszej Konwencji.”²⁸ W myśl art. 1 konwencji *dzieckiem jest każda istota ludzka w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność*.²⁹

Na mocy art. 38 ust. 2 konwencji *Państwa – Strony podejmą wszelkie możliwe kroki dla zapewnienia, aby osoby, które nie osiągnęły wieku piętnastu lat, nie brały bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych*.³⁰ Zgodnie z ust. 3 tegoż artykułu, *Państwa – Strony będą powstrzymywały się przed rekrutowaniem do swoich sił zbrojnych jakiegokolwiek osoby, która nie osiągnęła wieku piętnastu lat. Przeprowadzając rekrutację spośród osób, które osiągnęły wiek piętnastu lat, lecz nie osiągnęły jeszcze osiemnastu lat, Państwa–Strony będą starały się brać pod uwagę w pierwszej kolejności osoby starsze wiekiem*.³¹

Rewolucyjny w założeniu art. 38 konwencji okazał się w zasadzie powieleniem standardów prawa humanitarnego z lat siedemdziesiątych. Stanowi bowiem odzwierciedlenie wspomnianego już art. 77 Protokołu I.

Zupełnie niezrozumiałym zabiegiem legislacyjnym jest wykluczające się wzajemnie ujęcie podmiotowego zakresu adresata praw zawartych w konwencji. Z jednej bowiem strony, zgodnie z art. 1 konwencji beneficjentem uprawnień jest każda osoba poniżej 18 roku życia, natomiast art. 38 „zawęża” zakres przyznanej ochrony czyniąc adresatem normy osoby do piętnastego roku życia.

²⁷ T. Jasudowicz rekonstruuje ową zasadę już na podstawie zapisów Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r., w związku ze sformulowaniem założenia o „powszechnym i skutecznym uznaniu i przestrzeganiu praw człowieka” oraz umocowaniu prawa „do porządku społecznego i międzynarodowego zapewniającego możliwość pełnego urzeczywistnienia praw i wolności” [w:] T. Jasudowicz, *Granice korzystania z praw człowieka – rozwiązania Konstytucji RP na tle standardów europejskich*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 1999, s. 34.

²⁸ Dz.U. 1991.120.526.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

Unormowanie legalizujące możliwość rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych wzbudziła uzasadnione kontrowersje, zwłaszcza w państwach, w których ustawodawstwo wewnętrzne dopuszcza możliwość owej rekrutacji dopiero po ukończeniu przez dziecko osiemnastego roku życia.³² Takie podejście do kwestii dopuszczenia dziecka do udziału w konflikcie zbrojnym wiąże się z zagadnieniem pełnoletności oraz ogólną tendencją współczesnych państw, ażeby wiek osiągnięcia pełnoletności prawnej określić na poziomie osiemnastu lat.

Z tego też względu zupełnie słuszny jest komentarz do art. 38 konwencji, wyrażony prze Ilene Cohn i Guya Goodwin-Gilla, iż *jest coś paradoksalnego w skazywaniu osób, którym nie nadano praw wyborczych, na śmierć w konfliktach zbrojnych, będących konsekwencją decyzji politycznych, na które nie miały one żadnego wpływu*.³³

Uzasadnione wątpliwości wzbudza posłużenie się przez twórców Konwencji terminem „wszystkie możliwe środki” (*all feasible measures*). Wykładnia językowa tego pojęcia prowadzi wprost do wniosku, iż w pewnym stopniu mamy do czynienia ze swoistą „neutralizacją” obowiązków państw w tym zakresie. W świetle zasady skuteczności oraz rangi normowanego zagadnienia próba interpretacji przedmiotowego uregulowania budzi raczej odczucia mało optymistyczne. Trudno oczekiwać rzeczywistego przestrzegania normy, z której treści wynika bezsprzecznie pewien luz decyzyjny dla państwa, które ratyfikowało daną umowę.

Postrzegając art. 38 konwencji jako już wspomniane *iunctim* pomiędzy prawem międzynarodowym praw człowieka a międzynarodowym prawem humanitarnym, godzi się zastanowić, jaką rolę owo unormowanie odegrało w kontekście ochrony dziecka w konflikcie zbrojnym oraz jaką pozycję zajmuje i jak powinno być interpretowane w odniesieniu do innych unormowań prawa humanitarnego.

Z jednej strony niezwykle istotnego charakteru nabiera ust. 1, art. 38, zgodnie z którym *Państwa – Strony zobowiązują się respektować i nakazać respektowanie norm międzynarodowego prawa humanitarnego mających zastosowanie do nich w przypadku konfliktu zbrojnego i odnoszących się do dzieci*. Ponadto, na mocy ust. 4 tegoż artykułu *zgodnie ze swoimi zobowiązaniami, wynikającymi z międzynarodowego prawa humanitarnego do ochrony ludności cywilnej w konfliktach zbrojnych, Państwa – Strony będą stosowały wszelkie możliwe do realizacji środki dla zapewnienia ochrony i opieki nad dziećmi dotkniętymi przez konflikt zbrojny*.³⁴

³² Stąd też art. 38 konwencji był – obok art. 15 – jednym z postanowień, do których zgłaszano najwięcej zastrzeżeń w trakcie procesu ratyfikacyjnego konwencji; [Więcej:] A.N. Schulz, *Zastrzeżenia, deklaracje, sprzeciwy do Konwencji o Prawach Dziecka*, „Studia Prawnicze”, 1997, z. 3–4, s. 182.

³³ I. Cohn, G. Goodwin-Gill, *Child-Soldiers – The Role of Children In Armed Conflicts*, Oxford, s. 8 [za:] J. Sandorski, op. cit., s. 309.

³⁴ Dz.U.1991.120.526.

W korelacji z unormowaniami międzynarodowego prawa humanitarnego art. 38 Konwencji nie należy zatem, z jednej strony, interpretować jako ograniczającego bardziej korzystne rozwiązania międzynarodowego prawa humanitarnego³⁵. W odniesieniu do postanowień Protokołu II z roku 1977 (zwłaszcza w kontekście braku klauzuli generalnej nakazującej szczególną ochronę dziecka w konflikcie zbrojnym) rozwiązania Konwencji o Prawach Dziecka jawią się jako swego rodzaju wyższy standard ochrony.

Gdy jednak spojrzeć na przedmiotowy przepis pod kątem zastosowania go do niemiedzynarodowych konfliktów zbrojnych oraz posłużenia się pojęciem „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”, to art. 38 konwencji stanowi „osłabienie” gwarancji przewidzianych w normach międzynarodowego prawa humanitarnego.³⁶

Pomimo faktu, iż na gruncie prawa międzynarodowego dostrzeżono konieczność wprowadzenia regulacji odnoszących się do kwestii udziału dziecka w działaniach wojennych oraz rekrutacji dziecka do oddziałów zbrojnych, pojęcie dziecka – żołnierza nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie normatywnym prawa międzynarodowego. Niewątpliwie, pod tym względem, system prawa okazuje się niezupełny.

Definicję dziecka – żołnierza zawarto w tzw. Zasadach z Kapsztadu, przyjętych na międzynarodowej konferencji w tej sprawie w 1997 r.³⁷ Uznano, iż *dzieckiem – żołnierzem jest każda osoba poniżej 18 roku życia, która jest częścią jakichkolwiek regularnych lub nieregularnych sił zbrojnych w każdym charakterze, nie tylko dysponującą bronią, lecz także pełniącą funkcję, np. kucharza, tragarza, posłańca wobec kogokolwiek innego niż rodzina. Obejmuje także dziewczynki rekrutowane w celu świadczenia usług seksualnych lub przymusowego małżeństwa*.³⁸ Zdaniem Grażyny Michałowskiej, definicja ta nie ma charakteru definicji prawnej³⁹, ale została powszechnie zaakceptowa-

³⁵ Zważyć w tym miejscu należy również na art. 41 Konwencji o Prawach Dziecka stanowiący, iż nie narusza ona w żaden sposób innych postanowień zawartych w prawie międzynarodowym, a także art. 77 ust. 1 Protokołu I stanowiący, iż *dzieci powinny korzystać ze szczególnego poszanowania i być chronione przed wszelkimi postaciami zamachu na obyczajność. Strony konfliktu udzielić im opieki i pomocy, których potrzebują z racji na ich wiek lub z jakiegokolwiek innego powodu*.

³⁶ Na fakt owego „osłabienia” wskazuje również M. Szuniewicz, *Ochrona praw dzieci w konflikcie zbrojnym a II Protokół Fakultatywny do Konwencji Praw Dziecka z 2000 r.*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, s. 75 i n.

³⁷ Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers In Africa (Cape Town, 27–30 April 1997).

³⁸ UNICEF, Guide to the Optional Protocol on the Involvement of Children In Armed Conflict, 2003. Definicja w oryginalnej wersji językowej: *A child soldier is any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed force or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messenger, and anyone accompanying such groups, other than family members. The definition includes girls recruited for sexual purposes and for forced marriage. It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms*.

³⁹ G. Michałowska, op. cit., s. 395.

na przez instytucje zajmujące się ochroną praw dziecka, w tym należące do systemu NZ, takie jak UNICEF i Bank Światowy, oraz organizacje pozarządowe. Jej moc wiążącą winno się zatem postrzegać jako swoiste *soft law*. Poza tym, zdefiniowanie pojęcia „dziecka-żołnierza” na gruncie prawa międzynarodowego ma nieprzecenione znaczenie w kontekście wykładni norm międzynarodowego prawa humanitarnego *stricto* odnoszących się do udziału dziecka w działaniach wojennych i wcielania dziecka do oddziałów zbrojnych, zwłaszcza gdy pojawia się budzący wątpliwości, wskazujący na bliżej niezdefiniowaną formę „pośredniego udziału” zwrot „bezpośredni udział w działaniach wojennych”.

Rozwój międzynarodowego sądownictwa karnego wygenerował dalszą humanitaryzację unormowań dotyczących ochrony dziecka, biorącego udział w konflikcie zbrojnym.

W Statucie Międzynarodowego Trybunału do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popełnione na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 r., przyjętym w drodze Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ w Nowym Jorku dnia 25 maja 1993 r.⁴⁰ nie zpenalizowano wcielania dzieci do oddziałów zbrojnych. Podstawą jurysdykcji karnej Trybunału na mocy art. 2 Statutu są ciężkie naruszenia konwencji genewskich z 1949 r. Przymusowe wcielanie dzieci do oddziałów zbrojnych można by w zasadzie dokonując interpretacji rozszerzającej – zakwalifikować jako *zmuszanie (...) osoby cywilnej do służby w siłach zbrojnych mocarstwa nieprzyjacielskiego* (art. 2 pkt (e) Statutu)⁴¹, nie jest to jednakże tożsame z jednoznacznym uznaniem wcielania dzieci do oddziałów zbrojnych za zbrodnię wojenną.

Brak jest jakiegokolwiek odniesienia do kwestii uznania przymusowej rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych również w Statucie Międzynarodowego Trybunału do spraw Ruandy, przyjętego także w drodze Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ w Nowym Jorku 8 listopada 1994 r.⁴²

Znacznie bardziej postępowe elementy odnośnie do penalizacji rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych zawiera Statut Rzymski, powołujący do życia Międzynarodowy Trybunał Karny⁴³. Zgodnie z art. 8 pkt 2 ppkt (VII) zbrodnią wojenną jest *wcielanie lub werbowanie dzieci poniżej piętnastego roku życia do sił zbrojnych lub używanie ich w działaniach zbrojnych*.

Na szczególne uznanie zasługuje pominięcie przez twórców Statutu pojęcia „bezpośredni udział w działaniach wojennych”, charakterystycznego dla

⁴⁰ Doc. ONZ S/RES/827 (25.05.1993); poprawki: S/RES/1166 (13.05.1998), S/RES/1329 (30.11.2000); S/RES/1411 (17.05.2002).

⁴¹ Tekst dokumentu: ibidem.

⁴² W przypadku Trybunału Karnego ds. Ruandy brak jest choćby analogicznego do art. 2 pkt (e) Statutu Trybunału ds. zbrodni w byłej Jugosławii, pozwalającego na zastosowanie wykładni rozszerzającej i uznanie wcielania dzieci z oddziałów zbrojnych za ciężkie naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego.

⁴³ Chodzi o *Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego*, podpisany w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r., nr 78, poz. 708).

rozwiązań przyjętych w prawie genewskim, protokołach dodatkowych i nie-udanym art. 38 KPD oraz fakt, iż Statut ma zastosowanie zarówno w przypadku międzynarodowych, jak i niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych.

Terminologia użyta w Statucie koreluje w zasadzie z kapsztadzką definicją „dziecka – żołnierza”, jednakże znowu zasmuca objęcie ochroną dzieci do piętnastego roku życia i przejęcie co prawda ugruntowanych, ale wątpliwie słusznych i kontrowersyjnych wcześniejszych regulacji międzynarodowego prawa humanitarnego.

Przyjęcie Statutu Rzymskiego i w szczególności włączenie do niego zbrodni wojennych związanych z powoływaniem do służby wojskowej lub rekrutowaniem dzieci, które nie osiągnęły wieku piętnastu lat oraz wykorzystywaniem ich w działaniach wojennych, a także międzynarodowa krytyka rozwiązań prawnych przyjętych w protokołach dodatkowych i art. 38 Konwencji o Prawach Dziecka, jak również działalność Międzynarodowego Czerwonego Krzyża na rzecz przyjęcia instrumentów prawnych gwarantujących dzieciom ochronę w sytuacji konfliktu zbrojnego⁴⁴, przyczyniły się do przyjęcia w dniu 25 maja 2000 r. w Nowym Jorku Protokołu fakultatywnego do konwencji o prawach dziecka, dotyczącego włączania dzieci w konflikt zbrojny⁴⁵.

Protokół Fakultatywny niewątpliwie stanowi ogromny krok naprzód w kontekście podniesienia standardu ochrony dzieci w konfliktach zbrojnych. W art. 2 wprowadza uregulowanie, iż *Państwa–Strony podejmują wszelkie możliwe środki dla zapewnienia, by członkowie ich sił zbrojnych, którzy nie osiągnęli wieku osiemnastu lat, nie brali bezpośredniego udziału w działaniach wojennych*.⁴⁶ Mamy tu zatem wreszcie skorelowanie granicy wieku dziecka z definicją dziecka zawartą w art. 1 Konwencji o Prawach Dziecka.

Wobec oczywistej i niezaprzeczalnej postępowości Protokołu pewnym „niedosytem” jest jednakże konsekwentne posługiwanie się przez twórców międzynarodowych regulacji prawnych odnoszących się do ochrony dziecka w sytuacji wojny, pojęciem *direct participation*. Wciąż brak jest bowiem właściwej interpretacji „bezpośredniości” i posługiwanie się w prawie traktatowym nieostrą terminologią może prowadzić do wręcz absurdalnych wniosków, iż Protokół dopuszcza i akceptuje „pośredni” udział dziecka w działaniach wojennych.

Niezależnie od powyższego, należy pamiętać, iż podniesienie minimalnego wieku rekrutacji nie spowoduje automatycznie wyeliminowania problemu udziału dziecka w konflikcie zbrojnym. Jest to tylko jeden z warunków, jaki musi być spełniony (i co więcej – rzeczywiście przestrzegany!), aby współcze-

⁴⁴ Chodzi tu przede wszystkim o XXVI Międzynarodową Konferencję Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężyca w grudniu 1995 r., zalecającą, między innymi, aby strony konfliktu podejmowały wszystkie możliwe kroki w celu zapewnienia, by dzieci w wieku poniżej osiemnastu lat nie uczestniczyły w działaniach wojennych.

⁴⁵ Protokół wszedł w życie 12 lutego 2002 r.

⁴⁶ Tekst dokumentu znajduje się [w:] A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2001, s. 232–237.

sne konflikty zbrojne nie uderzały z takim impetem w prawa podmiotowe najsłabszych jednostek.

Jak się okazało, przyjęcie Protokołu Fakultatywnego niekoniecznie przyczyniło się do zmiany świadomości twórców unormowań międzynarodowych w kwestii zapewnienia dziecku znajdującemu się w rzeczywistości konfliktu zbrojnego szczególnej ochrony.

Przyjęte bowiem 16 stycznia 2002 r. w Freetown Porozumienie dotyczące Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone i uchwalenie Statutu Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone „zaowocowało” nowymi regulacjami *stricte* odnoszącymi się do kwestii udziału dziecka w konfliktach zbrojnych, budzącymi jednakże negatywne i kontrowersyjne odczucia.

Zgodnie z art. 4 Statutu poważnym naruszeniem międzynarodowego prawa humanitarnego jest *rekrutowanie lub werbowanie dzieci poniżej 15 roku życia do sił zbrojnych bądź zbrojnych ugrupowań albo wykorzystywanie ich do aktywnego udziału w działaniach zbrojnych*.⁴⁷

Niewątpliwym pozytywnym akcentem jest penalizacja i objęcie jurysdykcją karną wcielania dzieci do oddziałów zbrojnych. Poza tym wyraźne rozróżnienie podstawowych pojęć takich jak: „werbowanie”, „rekrutowanie” oraz „wykorzystywanie” pozwala na zastosowanie szeroko pojętego spektrum interpretacji.⁴⁸

Brak jednakże w Statucie zupełnie spójności i kontynuacji standardów przyjętych w Protokole Fakultatywnym. Nader niepokojącym jest fakt, iż nie sposób odnotować swoistej zależności i wzajemnego uzupełniania się pomiędzy rozwojem międzynarodowego sądownictwa karnego a instrumentami prawnymi prawa humanitarnego, gwarantującymi ochronę prawną dziecka w sytuacji konfliktu zbrojnego. Bez tej wzajemnej korelacji trudno mówić o pełnej i skutecznej ochronie.

Rewolucyjny aczkolwiek „szokujący” okazał się art. 7 Statutu, mający zapewne w zamyśle zwiększyć pułap ochrony dziecka uwikłanego w konflikt zbrojny. W praktyce dopuszcza on jednak możliwość postawienia przed Trybunałem w stan oskarżenia osoby, która ukończyła lat 15, lecz nie ukończyła lat 18. Wprawdzie, na mocy Statutu, przyznaje się takiej osobie specjalne przywileje (m.in. obowiązek uwzględnienia jej młodego wieku i dążenie do „przywrócenia jej społeczeństwu”), nie zmienia to jednak faktu, iż po raz pierwszy międzynarodowy trybunał karny przewiduje możliwość sądenia za popełnienie zbrodni wojennych osób niepełnoletnich.⁴⁹

⁴⁷ Tekst dokumentu znajduje się [w:] M. Flemming, op. cit., s. 535–538.

⁴⁸ Izba Orzekająca w sprawie: A.T. Brima, B.B. Kamara, S.B. Kanu w wyroku z 20 czerwca 2007 r. dokonała rozróżnienia pojęć „rekrutowanie” oraz „werbowanie” uznając, iż rekrutacja wskazuje na przymus, w niektórych przypadkach z mocy prawa, natomiast termin werbowanie oznacza akceptowanie i wcielanie jednostek do sił zbrojnych lub uzbrojonych grup, gdy zgłoszą się one na ochotnika. [Szerzej patrz:] Treść orzeczenia w sprawie przeciwko A.T. Brima, B.B. Kamara, S.B. Kanu Izba Orzekająca 2007 jest dostępne na stronie STSL: <<http://www.sc-sl.org/index.html>>, dostęp: ?????????

⁴⁹ Tekst dokumentu znajduje się [w:] M. Flemming, op. cit., s. 535–538.

Biorąc pod uwagę fakt, iż zarówno Statut MTKJ, jak i MTKR nie mówią nic o ściganiu i sądzeniu osób poniżej 18 roku życia, a art. 26 Statutu Rzymskiego wyraźnie tego zabrania, wydaje się, że rozwiązania przyjęte w Statucie MTSL jawią się jako zupełnie niepotrzebna „nadgorliwość”.

W świetle powyższych rozważań, raz jeszcze powróćmy do zagadnienia „wojny sprawiedliwej” z punktu widzenia ochrony praw dziecka i zastanówmy się, czy dziecko – kombatant jest w jakikolwiek sposób uprzywilejowane w stosunku do dorosłego – kombatanta. I nie chodzi tu o rozwiązania, które w sposób szczegółowy odnoszą się do kwestii traktowania jeńców wojennych, gdzie dzieciom przyznane są szczególne uprawnienia, czy też norm odnoszących się do osób internowanych. Mam na uwadze konkretną sytuację, kiedy dziecko wcielone, zwerbowane czy też wykorzystane do aktywnego uczestnictwa w działaniach wojennych, staje się *de facto* członkiem sił zbrojnych⁵⁰, a zatem uzyskuje status kombatanta i tym samym jest bezpośrednim celem ataków.

Podstawowe znaczenie, z punktu widzenia rozwiązań prawa międzynarodowego, ma kwestia przynależności dziecka do oddziałów zbrojnych. Zgodnie zaś z normami międzynarodowego prawa humanitarnego, warunek przynależności jest spełniony wówczas, gdy osoby w nim uczestniczące walczą w imieniu jednego z podmiotów prawa międzynarodowego uwikłanego w konflikt.⁵¹ Nie odgrywa natomiast żadnej roli ani motyw uczestnictwa w działaniach wojennych, ani fakt przymusowości uczestnictwa w takich działaniach, ani – o zgrozo – niedojrzałość psychofizyczna, wymagająca szczególnej troski i znacznie wyższego standardu ochronnego.

Co więcej, mamy tu do czynienia z pewnym paradoksem i absurdem jednocześnie: dziecko wrzucone w wojenną maszynę, o ile nie stanowi części składowej ludności cywilnej, a posiada status kombatanta, w zasadzie, na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego, nie jest w sposób szczególny chronione. Nie zmienia tego fakt penalizacji jakiegokolwiek formy wykorzystania dziecka w działaniach wojennych.

Przed międzynarodowym prawem humanitarnym stoi zatem ogromne wyzwanie: zapewnić dziecku już rzeczywiście biorącemu udział w działaniach wojennych szczególną ochronę, zwłaszcza w kontekście ochrony fundamentalnego w swej treści prawa do życia. Weryfikacji wymagają w tym

⁵⁰ Art. 4 A III KG wyodrębnia dwie zasadnicze kategorie kombatantów:

– członków regularnych sił zbrojnych (ust. 1 i 3) oraz członków milicji i innych oddziałów ochotniczych, stanowiących część tych sił zbrojnych;
– członków innych milicji i innych oddziałów ochotniczych (ust. 2), które nie wchodzą w skład regularnych sił zbrojnych, ale odpowiadają następującym warunkom:

a) mają na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych,
b) noszą stały i dający się z daleka rozpoznać znak rozpoznawczy;
c) jawnie noszą broń;
d) przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojny.

⁵¹ Por. The Geneva Conventions of the 12 August 1949. Commentary. III Geneva Convention, International Committee of the Red Cross, Geneva 1960, s. 57.

względnie unormowania z zakresu pojęcia i podmiotowości kombatanta oraz zagadnienia zasady rozróżniania jako metody prowadzenia działań zbrojnych.

THE CONCEPT OF THE „PRIVILEGED COMBATANT” IN RELATION TO THE CHILD INVOLVED IN ARMED CONFLICT

Key words: child, protection of rights of the child, humanitarian law, armed conflict, combatant

Summary

The problem of protection of the child in armed conflict can not be narrowed only to analysis the guarantees of international law. The more that contemporary armed conflicts and difficult situation of children, which have become the victims of those conflicts, has appeared the enormous loopholes in the system of international law and human rights.

Because of the fact that child is a subject requiring a special protection and care (the more if we think about extraordinary situations when effective observance of the universal law instruments concerning the protection of human rights – for example The Convention on Children Rights – is really difficult), we must consider, if in fact under existing instruments of international law in armed conflict, child not falling within the category of „civilians” has privileged status. So, if there is no doubt that the child is the subject of „qualified” guarantees of protection afforded to him by international law, it must be considered whether the „child – a veteran” is in the light of mph more protected than „an adult combatant”.

It turns out that we are dealing with a paradoxical and absurd at the same time: a child which has been thrown into the war machine, if he or she is not a component part of the civilian population and which has a veteran status, in principle, under international humanitarian law is not specifically protected. It is not changed by the fact of criminalizing any form of using children in hostilities.

The international humanitarian law must face therefore an enormous challenge: to ensure the child taking part in hostilities a special protection, particularly in the context of protection of fundamental rights in its content the right to life. Normalization of the concept and the subjectivity of veteran and the same the issues of the principle of warfare as the method of distinguishing.

Marcin Marcinko

Uniwersytet Jagielloński, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego

Kwestia stosowania prawa okupacji wojennej w operacjach ONZ

Słowa kluczowe: okupacja wojenna, prawo okupacyjne, operacje pokojowe ONZ, operacje wielofunkcyjne ONZ, siły pokojowe ONZ.

1. Zagadnienia wstępne

W II połowie XX w. i na początku obecnego stulecia wiele razy dochodziło do sytuacji, w których jedno państwo (bądź grupa państw), w wyniku agresji zbrojnej, realizacji prawa do samoobrony, wyprzedzającego bądź prewencyjnego użycia siły albo interwencji militarnej ze względów humanitarnych, wkraczało na terytorium innego państwa, a następnie okupowało to terytorium bądź określoną jego część. Okupacja taka miała miejsce chociażby w odniesieniu do Somalii, Bośni, Kuwejt, Iraku i Timoru Wschodniego. Niektóre z przypadków okupacji uzasadniane były decyzjami podejmowanymi na szczeblu międzynarodowym – chodzi tu przede wszystkim o rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ, podejmowane na podstawie Karty Narodów Zjednoczonych. Zdarzały się również sytuacje, gdy władze danego państwa zwracały się do ONZ z prośbą o pomoc wojskową w celu wprowadzenia bądź przywrócenia rządów prawa oraz porządku i bezpieczeństwa publicznego¹. Były to zatem przypadki, w których siły zbrojne jednego lub kilku państw przejmowały kontrolę nad terytorium innego państwa, jednak nie miały zamiaru go anektować albo administrować nim w swoim własnym interesie. Innymi słowy, państwa nie wysyłały swoich oddziałów w celu okupowania terytorium przeciwnika w ramach prowadzonego konfliktu zbrojnego, tylko

¹ Por. H.-P. Gasser, *From Military Intervention to Occupation of Territory: New Relevance of International Law of Occupation*, [w:] *Krisensicherung und Humanitärer Schutz – Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, red. H. Fischer *et al.*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2004, s. 139.

podejmowały akcję z upoważnienia ONZ i w zakresie przyznanego im przez tę organizację mandatu².

Pojawia się jednak pytanie, czy takie interwencje – jeśli prowadzą one do przejęcia kontroli nad obcym terytorium – regulowane są międzynarodowym prawem okupacji wojennej? Biorąc zaś pod uwagę fakt, że operacje te były prowadzone pod egidą lub z upoważnienia ONZ, rodzą się kolejne pytania – czy i w jakich sytuacjach prawo okupacji wojennej może znaleźć zastosowanie w operacjach tej organizacji, czy zadania nałożone na misje ONZ, administrujące danym terytorium, mogą być regulowane prawem okupacji, czy prawo okupacji może być stosowane *de iure*, czy tylko *de facto* w przypadku prowadzenia operacji przy użyciu sił ONZ, wreszcie, czy zasady i normy prawa okupacji, określone w IV Konwencji Genewskiej (KG IV) o ochronie osób cywilnych podczas wojny z 1949 r., mogą służyć jako wytyczne bądź wskazówki w procesie ustalania zakresu mandatu i zadań nałożonych na przygotowywaną operację ONZ? Skoro zaś w każdym z tych pytań pojawia się „prawo okupacji”, odpowiedzi należy poprzedzić krótką charakterystyką elementów definicyjnych pojęcia „okupacja wojenna”, z uwzględnieniem charakteru władzy sprawowanej przez okupanta oraz zakresu jego praw i jurysdykcji. Analizując problematykę stosowania prawa okupacji w operacjach ONZ, nie sposób też nie odnieść się do dwóch istotnych dla tej problematyki kwestii – określenia, co należy rozumieć pod pojęciem „operacje ONZ” oraz prawnej możliwości stosowania międzynarodowego prawa humanitarnego (MPH) przez ONZ – fakt, czy organizacja ta jest związana prawem humanitarnym, implikuje bowiem dalsze rozważania dotyczące stosowania prawa okupacji (jako części prawa humanitarnego) przez siły zbrojne działające z ramienia ONZ.

2. Okupacja wojenna – elementy definicyjne

W traktatowym prawie międzynarodowym definicja okupacji wojennej pojawiła się po raz pierwszy w Regulaminie haskim z 1907 roku (RH), stanowiącym załącznik do IV Konwencji Haskiej (KH IV) dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej³. Zgodnie z art. 42 RH, terytorium uważa się za okupowane, „jeżeli faktycznie znajduje się pod władzą armii nieprzyjaciela; okupacja obejmuje jedynie te terytoria, gdzie władza jest ustanowiona i gdzie może być wykonywana”. Artykuł 42 wymienia więc jedynie dwa warunki wymagane do zastosowania prawa okupacji. Co istotne, oba odnoszą się do sfery faktów – są to: kontrola terytorium państwa przez obce siły zbrojne oraz możliwość sprawowania władzy nad ludnością tego terytorium. Tym

² Ibidem, s. 142.

³ Dz.U. z 1927 r., Nr 21, poz. 160. Zob. zwłaszcza art. 42–56 RH.

samym okupacja nie jest zdarzeniem prawnym, nie powstaje w wyniku samego jej ogłoszenia – jest kwestią faktu⁴.

Definicję okupacji wojennej, określoną w art. 42 RH, uzupełnia art. 2 ust. 2 KG IV z 1949 roku o ochronie osób cywilnych podczas wojny⁵, zgodnie z którym konwencja ta znajduje zastosowanie „we wszystkich przypadkach okupacji całości lub części terytorium jednej z Wysokich Umawiających się Stron, nawet gdyby ta okupacja nie napotykała żadnego zbrojnego oporu”. Dla stosowania prawa okupacji jest zatem bez znaczenia, czy okupacja została wprowadzona przy użyciu siły, czy bez jej użycia. Nie ma też znaczenia, jakimi motywami kierowały się obce siły zbrojne, zajmując terytorium innego państwa, ani jaki był ich zamiar. Innymi słowy, kiedy obce siły zbrojne sprawują kontrolę nad terytorium bez zgody jego suwerena, sytuacja taka jest traktowana jako okupacja bez względu na to, czy doszło do niej w kontekście konfrontacji zbrojnej, czy nie. Przepisy regulujące okupację stosuje się ponadto do każdego przypadku okupacji, niezależnie od tego, czy jest ona wynikiem legalnego użycia siły (np. w samoobronie), czy działań niezgodnych z prawem międzynarodowym⁶. „Prawo w wojnie” (*ius in bello*) jest bowiem odrębnym od „prawa do wojny” (*ius ad bellum*) zespołem norm, na którego stosowanie nie ma wpływu przyczyna powstania okupacji – obowiązuje ono w każdej sytuacji, w której dochodzi do działań militarnych prowadzonych przy użyciu sił zbrojnych⁷.

Okupacja danego terytorium i stosowanie prawa okupacji nie mają wpływu na status prawny tego terytorium, o czym stanowi art. 4 Protokołu Dodatkowego I (PD I) z 1977 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych⁸. Co więcej, okupant ponosi odpowiedzialność za terytorium okupowane do czasu, aż rząd kraju poddanego okupacji będzie w stanie przejąć władzę i realizować swoje zadania⁹. Faktyczna władza nad okupowanym terytorium ma zatem charakter przejściowy i ograniczona jest przepisami międzynarodowego prawa okupacyjnego – dlatego okupant nie może decydować

⁴ M. Górzyńska, *Okupacja wojenna w prawie międzynarodowym – wybrane zagadnienia*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie – osiągnięcia i wyzwania*, red. T. Jasudowicz, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2007, s. 174.

⁵ Dz.U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171. Zob. zwłaszcza art. 13–26, 27–34 oraz 47–78 KG IV.

⁶ Zob. *Case No. 47 – Trial of Wilhelm List and Others (The Hostages Trial)* – United Nations War Crimes Commission. Law Reports of Trials of War Criminals, vol. VIII, 1949, s. 59.

⁷ D. Thürer, *Current challenges to the law of occupation*, <<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/occupation-statement-211105?opendocument>>, dostęp: 25.05.2009.

⁸ Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175. Zob. zwłaszcza art. 3 i 4 PD I. Reżim okupacji wojennej, poza prawem traktatowym (RH, KG IV i PD I), regulowany jest ponadto zasadami i normami zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego, choć w dużej mierze zwyczajowe prawo okupacji zostało już skodyfikowane.

⁹ A. Faite, *Applicability of the law of occupation to United Nations-mandated forces*, [w:] *Expert Meeting on Multinational Peace Operations – Report: Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces (Geneva, 11–12 December 2003)*, red. A. Faite, J. Labré Grenier, International Committee of the Red Cross, Geneva 2004, s. 72.

jednostronnie o losie okupowanego terytorium ani też zmieniać zasad jego porządku prawnego. Działania władz okupacyjnych, zmierzające do ustanowienia suwerenności nad terytoriami okupowanymi czy też do aneksji tych terytoriów, stanowią pogwałcenie prawa międzynarodowego i są w świetle tego prawa bezskuteczne¹⁰.

W następstwie okupacji wojennej rzeczywista władza (*de facto*) przechodzi w ręce okupanta – jego władza i prawa mają jednak charakter przejściowy, a nie trwałe, są one incydentalne w stosunku do wojny i celów wojny. Okupant ma obowiązek podjąć „wszystkie będące w jego mocy środki w celu przywrócenia i zapewnienia, jeśli jest to możliwe, porządku i życia społecznego, przestrzegając, z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód, praw obowiązujących w [okupowanym] kraju” (art. 43 RH). Z jednej zatem strony prawo humanitarne przyznaje okupantowi szereg istotnych uprawnień, niezbędnych do kontynuowania wojny i utrzymania porządku publicznego na terytoriach okupowanych¹¹. Uprawnienia te mają chronić interesy wojskowe okupanta i gwarantować bezpieczeństwo armii, stanowiącej zbrojne ramię okupacyjnych władz wojskowych wykorzystywane do wymuszania przestrzegania ich zarządzeń¹². Z drugiej zaś strony, uprawnienia przysługujące okupantowi w świetle prawa okupacji podlegają pewnym ograniczeniom. Na władzy okupacyjnej ciąży bowiem obowiązek przywrócenia i zapewnienia, o ile to jest możliwe, porządku i życia społecznego na zajęтым terytorium. Co istotne, realizacja tego zadania ma się odbywać „z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód”¹³, przy utrzymaniu prawa zajętego państwa¹⁴. Podkreślić też należy, iż okupant ma obowiązek stosować się do szeregu zasad odnoszących się do odpowiedniego traktowania ludności cywilnej, zamieszkującej terytorium okupowane¹⁵, w celu zagwarantowania ochrony mieszkańcom tego terytorium. Do zasad tych zalicza się m.in. zakaz deportacji, zakaz niszczenia własności prywatnej, obowiązek zapewnienia wyżywienia i medycznego zaopatrzenia ludności, obowiązek utrzymania służb leczniczych i szpitali, obowiązek zapewnienia możliwości zaspokojenia potrzeb religijnych, a także utrzymanie i przestrzeganie obowiązującego ustawodawstwa karnego oraz gwarancji sądowych¹⁶.

¹⁰ R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Wydawnictwo Ministerstwa Obrony Narodowej, Warszawa 1982, s. 235.

¹¹ Ibidem, s. 234.

¹² M. Górzyńska, op. cit., s. 177.

¹³ Zwrot „z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód” (*unless absolutely prevented*) Michael Kelly uznaje za ucieleśniający zasadę konieczności wojskowej (zob. M. Kelly, *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations: The Search for a Legal Framework*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston 1999, s. 191–192).

¹⁴ M. Górzyńska, op. cit., s. 177.

¹⁵ Najbardziej kompleksowe normy w tej materii zawiera dział III KG IV.

¹⁶ Zob. K. Randzio-Sajkowska, M. Sajkowski, *Ochrona osób cywilnych w konfliktach zbrojnych*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, red. K. Lankosz, Wyższa Szkoła Oficerska Sił Powietrznych w Dęblinie, Dęblin 2006, s. 112.

3. Operacje ONZ a stosowanie międzynarodowego prawa humanitarnego

W odniesieniu do operacji prowadzonych pod egidą lub z upoważnienia ONZ, szczególnie w ostatnich latach daje się zauważyć gwałtowny wzrost tak liczby takich operacji, jak i różnorodności podejmowanych podczas nich działań. Siły ONZ zaczęły też coraz częściej angażować się w konflikty wewnętrzne, jak również w sytuacje związane z upadkiem instytucji rządowych w niektórych państwach. W rezultacie natura operacji podejmowanych przez ONZ uległa zmianie, a rozróżnienie między nimi straciło w pewnym sensie na ostrości. Można oczywiście nadal wśród tych operacji wyróżniać „klasyczne” operacje pokojowe (*peace-keeping*), akcje przymusu (*peace-enforcement*), operacje określane jako „tworzenie pokoju” (*peace-making*), operacje określane jako „budowanie pokoju” (*peace-building*), czy wreszcie zadania czysto humanitarne (np. pomoc przy dostarczaniu i dystrybucji pomocy humanitarnej), jednak coraz częściej ONZ decyduje się na realizację operacji z szerokim zakresem zadań, które wykraczają poza sferę wojskową. Operacje takie nazywane są powszechnie operacjami wielofunkcyjnymi, bądź też wielowymiarowymi (*multi-dimensional operations*)¹⁷. Poza wielością funkcji, których zakres jest w każdym przypadku inny, w operacjach wielofunkcyjnych funkcje wojskowe nie zajmują już pozycji pierwszoplanowej, oddając pole funkcjom wspierającym realizację pozostałych zadań, w tym politycznych. Jak ujęła to Irena Popiuk-Rysińska, „funkcje wojskowe są w tym przypadku służebne wobec pozostałych i zazwyczaj polegają na stworzeniu i utrzymywaniu bezpiecznych warunków, koniecznych do osiągania postępów w procesie pokojowym, co należy już do działań niewojskowych”¹⁸.

Pojawia się jednak pytanie, czy oddziały wojskowe, realizujące jakąkolwiek operację pod egidą ONZ, zobowiązane są do przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego. Organizacja nie jest co prawda stroną konwencji genewskich (w przeciwieństwie do większości jej państw członkowskich) i z praktycznych powodów związanych z trudnościami w implementacji tych konwencji nie należy się spodziewać zmiany tego stanu rzeczy¹⁹, podobnie

¹⁷ Szerzej na temat operacji wielowymiarowych – zob. *United Nations Peacekeeping Operations. Principles and Guidelines*, United Nations Department of Peacekeeping Operations, 2008, s. 22–25. Przykładem operacji wielowymiarowej ONZ jest – w sensie ogólnym – międzynarodowa administracja terytorialna.

¹⁸ I. Popiuk-Rysińska, *Ewolucja operacji pokojowych Narodów Zjednoczonych po zimnej wojnie*, „Stosunki Międzynarodowe”, nr 1–2 (t. 27), 2003, s. 16. Tego typu operacje w doktrynie prawa międzynarodowego uważane są za trzecią generację operacji pokojowych (ibidem, s. 27).

¹⁹ Przykładowo, jakkolwiek przepis konwencji, który odnosi się do stosowania pewnych reguł na terytorium państwowym stron walczących albo znajduje zastosowanie wobec ludności państwa–strony, byłby dla ONZ niewykonalny, ponieważ ONZ nie dysponuje atrybutami państwowości. Warto też zaznaczyć, że ONZ – jako organizacja międzynarodowa – nigdy nie sprawowała opieki nad jeńcami wojennymi (por. A. Roberts, *What is a Military Occupation?*, „British Yearbook of International Law”, vol. 55, 1984, s. 290).

jednak jak każdy podmiot prawa międzynarodowego, ONZ związana jest normami prawa zwyczajowego. Co więcej, na kontyngentach wojskowych, oddanych do dyspozycji Sekretarza Generalnego ONZ, ciąży obowiązek przestrzegania międzynarodowych konwencji, podpisanych i ratyfikowanych przez ich własne państwo. W przygotowanym przez Sekretarza Generalnego Modelowym Porozumieniu, dotyczącym zasad przekazywania przez państwa członkowskie personelu i wyposażenia na potrzeby operacji pokojowych, wyraźnie podkreślono, że w trakcie prowadzenia operacji kontyngenty wojskowe zobowiązane są przestrzegać „zasad i ducha” międzynarodowego prawa humanitarnego, zatem członkowie tych kontyngentów powinni być z nimi „w pełni zaznajomieni”²⁰. Co ważne, reguła ta odnosi się nie tylko do operacji pokojowych, lecz także do innych rodzajów operacji ONZ, w tym do akcji przymusu, co potwierdza praktyka Organizacji i jej państw członkowskich²¹.

Istotny jest tu również fakt, że w 1999 r. Sekretarz Generalny ONZ wydał Biuletyn zatytułowany „Przestrzeganie przez siły ONZ międzynarodowego prawa humanitarnego”, w którym skodyfikowano podstawowe reguły odnoszące się do prowadzenia działań zbrojnych, skupiając się na tych postanowieniach, które ograniczają prawo członków sił zbrojnych do użycia siły. Należy zaznaczyć, że większość tych reguł stanowi tak naprawdę powtórzenie przepisów zawartych w różnych konwencjach MPH. W Biuletynie jasno też wyrażono zobowiązanie ONZ do zapewnienia przestrzegania MPH przez wszystkie siły zaangażowane w operację pokojową, podkreślając jednocześnie, że odpowiedzialność za implementację tego prawa ciąży na państwach, które wysłały swoje kontyngenty na operację prowadzoną przez ONZ²². Istnieje zatem dokument, który jest przez ONZ bezpośrednio stosowany w przypadku operacji pokojowych, jednak źródeł obowiązków w nim określonych należy szukać w zobowiązaniach państw członkowskich uczestniczących w operacji²³.

²⁰ Zob. *Model Agreement between the United Nations and Member States Contributing Personnel and Equipment to United Nations Peace-Keeping Operations*, UN Doc. A/64/185 – Annex, 23 May 1991. Należy jednak podkreślić, że poszanowanie zasad i ducha nie jest tym samym, czym pełne stosowanie konwencji MPH.

²¹ Przykładowo, podczas wojny koreańskiej w latach 1950–1953, siły ONZ wyraźnie uznały, że w swoich działaniach są związane prawem humanitarnym. Fakt, że siły te składały się z kontyngentów narodowych dobrowolnie przekazanych przez państwa członkowskie pod jednolitą komendę, sprawowaną przez jedno upoważnione do tego państwo, stanowi dodatkowy argument przemawiający za tym, iż stosowanie prawa humanitarnego jest obowiązkiem zarówno państw członkowskich, jak i samej ONZ (A. Roberts, op. cit., s. 290).

²² Zob. *United Nations Secretary-General Bulletin – „Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law”*, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999.

²³ H.-P. Gasser, op. cit., s. 145–146. Zob. też G.T. Harris, *The Era of Multilateral Occupation*, „Berkeley Journal of International Law”, vol. 24, 2006, s. 30–31. Wspomniany wyżej, opracowany w 2008 r. przez Departament Operacji Pokojowych ONZ zbiór zasad i wytycznych obowiązujących podczas operacji pokojowych również zobowiązuje siły zbrojne, uczestniczące w operacjach ONZ, do przestrzegania zasad i norm MPH, ale zasadniczo odwołuje się w tej materii do modelu przyjętego w Biuletynie Sekretarza Generalnego z 1999 r.

Przeprowadzona powyżej krótka analiza problemu stosowania MPH przez ONZ pozwala przejść do kwestii stosowania międzynarodowego prawa okupacji przez siły zbrojne, które np. w ramach operacji pokojowej zmuszone są przejąć administrowanie zajęтым terytorium wobec braku instytucji państwowych i lokalnych. Czy można jednak bezpośrednio odwoływać się do zasad i norm prawa okupacji wojennej, by realizować zadania wynikające z mandatu ONZ? Czy raczej prawo okupacji wojennej powinno być stosowane w przypadku operacji pokojowych *per analogiam*, jako reżim *de facto*? Można by wreszcie rozważyć stworzenie odrębnego zbioru norm międzynarodowych, dotyczących okupacji bądź sytuacji do niej zbliżonych, który stosowany byłby wyłącznie w odniesieniu do operacji pokojowych ONZ. Rozważania natury prawnej poprzedzone jednak zostaną krótkim omówieniem przypadków operacji prowadzonych pod egidą lub z upoważnienia ONZ, podczas których pojawił się problem określenia i zastosowania odpowiednich norm, pozwalających przywrócić i utrzymać bezpieczeństwo i porządek publiczny na obszarach faktycznie znajdujących się pod jurysdykcją wielonarodowych sił zbrojnych, bądź też administrowanych przez specjalnie w tym celu powołane instytucje Organizacji.

4. Okupacja a terytoria kontrolowane przez siły ONZ

Zadania sił zbrojnych, prowadzących operacje pod egidą ONZ, mogą być bardzo zróżnicowane i obejmować m.in.: działania zmierzające do utrzymania zawieszenia broni, monitorowanie wyborów, dostarczanie pomocy humanitarnej, utrzymywanie porządku i bezpieczeństwa, zapewnienie ochrony strefom bezpieczeństwa oraz ludności cywilnej, osobom wysiedlonym i uchodźcom narażonym na niebezpieczeństwo czy prowadzenie akcji rozbrowienia byłych kombatanów i stron walczących. Bez względu jednak na mandat sił ONZ, mogą być one niekiedy zmuszone do samoobrony, bądź obrony osób i mienia na zajmowanych obszarach, a także działań *stricte* porządkowych, ponieważ władze lokalne albo nie są w stanie, albo nie chcą realizować tego typu funkcji. Niekoniecznie zresztą muszą to być działania porządkowe – w danej sytuacji niezbędne może się bowiem okazać np. zapewnienie ludności określonego terytorium podstawowych dóbr i potrzeb, takich jak środki i pomoc medyczna, dostawy żywności i wody, edukacja, pomoc w odbudowie infrastruktury komunikacyjnej, bądź udzielenie schronienia osobom przesładowanym²⁴.

Oczywiście, główną odpowiedzialność za utrzymanie porządku i bezpieczeństwa oraz zagwarantowanie ludności podstawowych potrzeb ponosi państwo–gospodarz, w rzeczywistości jednak już podczas pierwszych operacji

²⁴ B.M. Oswald, *The law of occupation and United Nations peace operations: an effective mechanism to fulfil command and responsibility?*, [w:] *Expert Meeting on Multinational Peace Operations...*, s. 36.

pokojowych ONZ zajmowała się działaniami porządkowymi, jeśli było to konieczne dla realizacji mandatu w ramach danej operacji oraz wychodziło naprzeciw oczekiwaniom i potrzebom lokalnej społeczności. Przykładowo, siły ONZ w ramach Pierwszych Doraźnych Sił Pokojowych ONZ (*United Nations Emergency Force – UNEF I*) w Egipcie w latach 1956–1967 odpowiedzialne były, razem z władzami lokalnymi, za utrzymanie porządku na określonych obszarach, czasowo też wykonywały pewne istotne funkcje administracyjne, przede wszystkim w sferze bezpieczeństwa, współpracując przy tym z gubernatorem i inspektorem policji w Port Said. Siły ONZ miały ponadto za zadanie chronić życie osób cywilnych oraz mienie publiczne i prywatne, a także – za zgodą władz lokalnych – sprawowały funkcje administracyjne w zakresie zadań służb użyteczności publicznej oraz dysponowały ograniczonymi kompetencjami w zakresie zatrzymywania osób podejrzanych. Działania mające na celu utrzymanie porządku publicznego w różnym stopniu realizowane były również podczas wielu innych operacji ONZ, m.in. w Iranie Zachodnim, w Kongo, Kambodży, Kosowie i Timorze Wschodnim²⁵.

Siły wielonarodowe działające w ramach mandatu ONZ mogą zatem sprawować faktyczną kontrolę nad danym terytorium i jego mieszkańcami. W większości przypadków siły takie zostają rozmieszczone na terytorium danego państwa za jego zgodą, zatem stosowanie prawa okupacji nie wchodzi w rachubę. Siły zbrojne, wchodzące w skład operacji pokojowych, działają też zgodnie z mandatem przyznanym im przez Radę Bezpieczeństwa. Wspomniana zaś zgoda wynika zwykle – lecz nie zawsze – z zawarcia tzw. porozumienia o statusie sił (*Status-of-Forces Agreement – SOFA*), które określa prawa i obowiązki sił wielonarodowych stacjonujących w danym kraju²⁶.

Możliwa jest również działalność sił pokojowych na określonym terytorium na podstawie porozumienia innego niż SOFA. Przykładowo, w przypadku Bośni i Hercegowiny, Porozumienie z Dayton zawarte w 1995 r. ustanowiło specjalną formę międzynarodowego monitoringu sytuacji panującej w tej części byłej Jugosławii pod kątem bezpieczeństwa. Na podstawie Porozumienia, Rada Bezpieczeństwa ONZ powołała wielonarodowe siły pod dowództwem NATO – Siły Implementacyjne (IFOR), które zastąpiły oddziały UNPROFOR. Zadaniem IFOR była implementacja tych postanowień Porozumienia, które odnosiły się do utrzymania porządku i bezpieczeństwa w Bośni. Siły Implementacyjne miały również zapewnić bezpieczne warunki pracy dla organizacji humanitarnych, które wciąż działały w omawianym regionie. Co ciekawe, IFOR, razem z OBWE, która zajmowała się sprawami cywilnymi i organizacją wolnych wyborów, mogłyby być postrzegane jako wojskowe i cywilne organy „władz okupacyjnych”²⁷. Należy jednak pamiętać, że obecność w Bośni wielonarodowych sił zbrojnych, upoważnionych do użycia siły, przewidywało Porozumienie z Dayton, zawarte przez wszystkie zain-

²⁵ Ibidem, s. 37.

²⁶ A. Faite, op. cit., s. 71.

²⁷ H.-P. Gasser, op. cit., s. 147.

interesowane strony, w tym przez rząd Bośni i Hercegowiny. Siły Implementacyjne realizowały zatem swoje zadania w Bośni za zgodą lokalnych władz, choć faktycznie rząd Bośni nie miał innego wyjścia, niż przystać na warunki zaproponowane przez społeczność międzynarodową. Mimo wszystko, ustanowienie sił IFOR, chociaż odbyło się za zgodą zainteresowanych stron, w wielu aspektach przypominało okupację. Można stąd wysnuć wniosek, że międzynarodowe prawo okupacji niejako z samej natury może stać się źródłem norm pomocnych przy rozwiązywaniu problemów w takich okolicznościach, jak te zaistniałe w Bośni i Hercegowinie²⁸.

Generalnie, siły pokojowe ONZ, działające na terytorium danego państwa na podstawie porozumienia pomiędzy ONZ a państwem–gospodarzem (SOFA) – jak miało to miejsce w przypadku wspomnianej operacji sił UNEF I w Egipcie – nie okupują tego terytorium w tradycyjnym, prawnomiędzynarodowym rozumieniu tego terminu. Można jednak sobie wyobrazić, że w innych okolicznościach siły pokojowe byłyby zmuszone do realizowania funkcji porządkowych na obszarze państwa–gospodarza, ponieważ władze lokalne nie chcą lub nie są w stanie utrzymać porządku i zagwarantować bezpieczeństwa. Co więcej, jeśli władze centralne państwa–gospodarza przestały istnieć, siły pokojowe mogłyby być zmuszone do rozszerzenia swojej jurysdykcji i przejęcia pełnej odpowiedzialności za bezpieczeństwo i porządek publiczny, a nawet za administrowanie danym terytorium²⁹.

Sytuacja w Kongo podczas operacji ONZ w latach 1960–1964 stanowi przykład ilustrujący możliwość pełnienia przez siły pokojowe roli bardzo zbliżonej do tej, jaką pełni okupant. Początkowo ówczesny Sekretarz Generalny ONZ, Dag Hammarskjöld, oświadczył, iż siły rozmieszczone w Kongo znajdują się pod „wyłączną komendą ONZ” i nie podlegają rozkazom lokalnego rządu, nie wolno im też angażować się w wewnętrzny konflikt zbrojny, by nie stać się jego stroną. Rozwój sytuacji politycznej w Kongo nie pozwalał jednak na wyraźne ustalenie, kto w owym czasie sprawował legalnie władzę, stąd też ONZ zaangażowała się zarówno w działalność administracyjną, jak i w konflikt wewnętrzny, wychodząc poza to, co pierwotnie zakładano³⁰. Podobnie było w okresie późniejszym. Podczas wielu interwencji podejmowanych w latach 90. XX w. na podstawie rozdziału VII Karty NZ, mających na celu położyć kres konfliktom, preferowanym przez ONZ rozwiązaniem było pozostawienie władzy nad danym obszarem w rękach instytucji krajowych, nie zaś przejmowanie od nich bezpośrednich funkcji administracyjnych. Jednak w sytuacjach, gdy takich instytucji nie było, odpowiedzialność za realizację tych funkcji musiała przejść na siły faktycznie kontrolujące dane terytorium – czyli siły ONZ³¹.

²⁸ Ibidem, s. 147–148.

²⁹ Por. A. Roberts, op. cit., s. 291.

³⁰ Ibidem.

³¹ Zob. E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton 2004, s. XV.

W kontekście powyższych przypadków należy wyjaśnić, iż zgodnie z rozdziałem VII Karty NZ Organizacja może przeprowadzić akcję przymusu, w wyniku której siły wielonarodowe zostaną rozmieszczone na terytorium określonego kraju w ramach mandatu ONZ, ale przy braku zgody rządu tego kraju. Do takiej sytuacji może na przykład dojść wówczas, gdy rząd państwa objętego mandatem został pozbawiony władzy przez siły wielonarodowe. Brak formalnej zgody na rozmieszczenie sił ONZ może również wynikać z faktu, iż status danego terytorium pozostaje niejasny bądź na danym terytorium nie istnieje żadna władza zdolna skutecznie sprawować rządu, co zwykle dotyczy przypadków tzw. państw w stanie rozkładu (określanych też terminem „państw upadłych”)³². W trakcie prowadzenia operacji na obszarze takich państw, ogarniętych totalnym chaosem, przy całkowitym załamaniu się systemu prawnego i struktur administracyjnych, siły ONZ musiały przejąć administrowanie tym krajem bądź co najmniej niektórymi aspektami administracji, chociaż nie to konkretnie było ich zadaniem.

Najbardziej obrazowym przykładem omawianej sytuacji jest Somalia i operacja Zjednoczonych Sił Zadaniowych (*Unified Task Force* – UNITAF), realizowana na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa 794 z 1992 r. W rezolucji tej Rada upoważniła Sekretarza Generalnego i współpracujące państwa członkowskie do „użycia wszelkich niezbędnych środków w celu ustanowienia tak szybko, jak to będzie możliwe, bezpiecznych warunków dla operacji niesienia pomocy humanitarnej w Somalii”. Działając w kompletnej próżni i przy braku organów rządowych i władz lokalnych, personel prawny misji³³ zaczął szukać przepisów prawnomiedzynarodowych, które mogłyby posłużyć jako wzorzec dla działań w zaistniałej sytuacji. Okazało się wówczas, że w sukurs przyjść może KG IV, zwłaszcza jej rozdział poświęcony terytorium okupowanemu, jak również stosowne przepisy RH. Prawo okupacji wojennej jest bowiem ni mniej, ni więcej, tylko zbiorem reguł stosowanych w przypadku tymczasowej obecności wojskowej na obcym terytorium. Jednak Somalia mimo wszystko pozostawała suwerennym państwem, a mandat sił UNITAF, powierzony przez organizację międzynarodową, obejmował jedynie czasowe sprawowanie kontroli nad terytorium państwa z uwagi na brak władz krajowych – nie było tu mowy o okupowaniu Somalii lub jej części. Z drugiej strony, siły UNITAF musiały podjąć się niemal tych samych zadań, do których zobowiązane są władze okupacyjne na okupowanym terytorium³⁴.

Biorąc pod uwagę podobieństwo sytuacji oraz fakt, że zasady i normy regulujące okupację wojenną mogą być pomocne i użyteczne przy rozwiązy-

³² A. Faite, op. cit., s. 71.

³³ W skład tego personelu wchodził major Michael Kelly, prawnik australijskich sił zbrojnych wysłanych do Somalii, który następnie opisał swoje doświadczenia i spostrzeżenia w publikacji zatytułowanej *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations: The Search for a Legal Framework* (Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999).

³⁴ H.-P. Gasser, op. cit., s. 143–144.

waniu praktycznych problemów, z którymi muszą zmierzyć się siły prowadzące operację pokojową ONZ, prawnik kontyngentu australijskiego w ramach UNITAF, major Michael Kelly, przyjął, iż reguły te mogą służyć jako wytyczne, nawet jeśli kontekst prawny jest tu odmienny. Kelly poszedł zresztą o krok dalej, uznając operację w Somalii za przykład okupacji pokojowej, w trakcie której można stosować prawo okupacji wojennej. Jego zdaniem, każdy przypadek sprawowania kontroli nad terytorium państwa przez obce siły zbrojne uzasadnia stosowanie odpowiednich postanowień międzynarodowego prawa okupacji. Artykuł 2 ustęp 2 konwencji genewskich wyraża bowiem formułę uniwersalną – oczywistym jest, że terytorium zajęte przez obce wojska ma status terytorium okupowanego, nawet jeśli wojska te nie napotykają zbrojnego oporu. Użycie siły przez najeźdźcę nie jest przecież elementem składowym definicji okupacji wojennej. Podsumowując swoje spostrzeżenia, Kelly stwierdza, iż skoro ONZ potrzebuje ram prawnych i wytycznych regulujących działania podczas takich operacji, jak ta w Somalii, a międzynarodowe prawo okupacji zawiera zasady i normy regulujące sytuacje zbliżone do tych, z którymi borykają się „niebieskie hełmy”, zasadniczo nic nie stoi na przeszkodzie, by prawo okupacji stosować *de iure* w stosunku do wspomnianych sytuacji podczas prowadzenia operacji pokojowych³⁵.

5. Okupacja a terytoria administrowane przez ONZ

Ustanowienie przez ONZ w 1999 r. tymczasowych władz administracyjnych w Kosowie (UNMIK) i w Timorze Wschodnim (UNTAET) było niewątpliwie wydarzeniem bez precedensu w historii operacji Organizacji, jeśli chodzi o zakres obowiązków i mandat udzielony tym misjom. W obu przypadkach formalnie wyrażono zgodę na takie rozwiązanie, nie pojawił się tu zatem problem stosowania prawa okupacji, jednak wskazać można na pewne podobieństwa reżimu prawnego okupacji i reżimu regulującego administrowanie terytoriami podlegającymi jurysdykcji ONZ³⁶.

W przypadku Kosowa, Rada Bezpieczeństwa ONZ, uwzględniając wyniki negocjacji między stronami zaangażowanymi w konflikt i działając na podstawie rozdziału VII Karty NZ, w rezolucji 1244 (1999) zdecydowała o ustanowieniu w Kosowie wielonarodowych sił KFOR oraz o powołaniu Tymczasowej Misji Administracyjnej ONZ (UNMIK). Środki te podjęte zostały za zgodą Federalnej Republiki Jugosławii. Zarówno UNMIK, jak i KFOR wyposażono w szerokie kompetencje, służące sprawowaniu kontroli i administrowaniu omawianym regionem. Specjalny Przedstawiciel wyznaczony do kierowania UNMIK wydał zarządzenie, w którym zadeklarował, iż: „cała władza ustawodawcza i wykonawcza w odniesieniu do Kosowa, w tym administracja

³⁵ Zob. M. Kelly, op. cit., s. 145 i n.

³⁶ Szerzej – zob. A. Faite, op. cit., s. 74.

sądownicza, powierzona zostaje UNMIK i sprawowana jest przez Specjalnego Przedstawiciela”. Zapewnione w ten sposób szerokie kompetencje zostały ograniczone jedynie uznanymi międzynarodowymi standardami w dziedzinie praw człowieka oraz mandatem przyznanym UNMIK na podstawie rezolucji 1244. Oczywiście, nie był to przypadek okupacji w świetle klasycznego prawa okupacji wojennej, gdzie siły zbrojne jednego państwa okupują terytorium innego państwa wbrew jego woli. Niemniej jednak, podobnie jak w Bośni, obecność władzy cywilnej (UNMIK) i wojskowej (KFOR) zbliża tę sytuację do okoliczności, w których stosowany jest prawny reżim okupacji. Dlatego w odniesieniu do Kosowa podstawowe zasady prawa okupacji oraz szczególne postanowienia KG IV mogły stanowić swoiste wytyczne i pomagać w rozwiązywaniu wielu problemów³⁷.

W przypadku Timoru Wschodniego, w 1999 r. Rada Bezpieczeństwa w rezolucji 1264 (1999) zdecydowała o wysłaniu wielonarodowych sił INTERFET do – wciąż wówczas indonezyjskiego – Timoru Wschodniego, w celu przywrócenia pokoju i bezpieczeństwa na tej wyspie³⁸. Decyzja ta została podjęta w porozumieniu z rządem Indonezji. Zadania sił INTERFET, w obliczu niemal całkowitego braku działających instytucji publicznych i prawie kompletnego załamania systemu prawa i porządku, były porównywalne do tych, które realizowane są przez władze okupacyjne³⁹. Michael Kelly mówi nawet w tym przypadku o okupacji *de facto*, mimo że była to okupacja za zgodą suwerena. Podkreśla również, że choć formalnie prawo okupacji wojennej nie było stosowane w Timorze Wschodnim, dostarczało jednak użytecznych wskazówek w sferze prawa dla działań podejmowanych przez siły INTERFET⁴⁰.

Po uzyskaniu przez Timor Wschodni niepodległości INTERFET została zastąpiona przez Tymczasową Administrację ONZ w Timorze Wschodnim (UNTAET). Powołując w 1999 r. UNTAET do życia (rezolucją 1272), Rada Bezpieczeństwa obarczyła ją „pełną odpowiedzialnością za administrowanie Timorem Wschodnim” oraz kompetencją do sprawowania pełnej władzy ustawodawczej i wykonawczej w odniesieniu do Timoru Wschodniego, w tym administracją sądowniczą. Wykonywaniem tej władzy miał się zająć mianowany przez Sekretarza Generalnego specjalny przedstawiciel ONZ (Tymczasowy Administrator). Przy sprawowaniu powierzonych funkcji miał on konsultować się z przedstawicielami ludności zamieszkującej Timor Wschodni

³⁷ H.-P. Gasser, op. cit., s. 148–149.

³⁸ We wrześniu 1999 r. mieszkańcy Timoru Wschodniego w przeprowadzonym referendum zdecydowaną większością głosów opowiedzieli się za niepodległością swojego terytorium, co doprowadziło do zamieszek i eskalacji przemocy i w konsekwencji cały region pogrążył się w chaosie.

³⁹ Należy zaznaczyć, że INTERFET nie była operacją pokojową, lecz akcją wymuszenia pokoju, prowadzoną z upoważnienia Rady Bezpieczeństwa. W akcji tej – pod kierownictwem Australii – wzięły udział 22 państwa (zob. J. Rydzkowski, *Słownik Organizacji Narodów Zjednoczonych*, wyd. II, Państwowe Wydawnictwo „Wiedza Powszechna”, Warszawa 2003, s. 263–264).

⁴⁰ M. Kelly, op. cit., s. 115.

oraz ściśle z nimi współpracować. Podobnie jak UNMIK, UNTAET w sprawowaniu jurysdykcji ograniczona była jedynie międzynarodowymi standardami w dziedzinie praw człowieka oraz decyzjami Rady Bezpieczeństwa ONZ⁴¹.

Przedstawione wyżej przypadki wskazują, że kwestia stosowania prawa okupacji wojennej może pojawić się zarówno w sytuacji faktycznego sprawowania przez siły ONZ efektywnej kontroli nad określonym terytorium i jego mieszkańcami, jak i w sytuacji, gdy na podstawie decyzji Rady Bezpieczeństwa ustanowione zostają instytucje ONZ tymczasowo administrujące danym terytorium. W świetle współczesnej praktyki można ponadto wskazać na dwa kolejne, zasadnicze problemy związane ze stosowaniem prawa okupacji w przypadku operacji prowadzonych pod egidą lub z upoważnienia ONZ, gdy siły międzynarodowe sprawują kontrolę lub administrują terytorium, na którym zostały w ramach takiej operacji rozmieszczone. Pierwszy problem dotyczy stosowania reżimu okupacji *de iure*, drugi zaś stosowania *de facto*, jeśli reżim ten nie może być bezpośrednio stosowany przez siły międzynarodowe.

6. Prawo okupacji w operacjach ONZ – stosowanie *de iure*

Problematyka bezpośredniego zastosowania międzynarodowego prawa okupacji – w przypadku operacji prowadzonych pod egidą bądź z upoważnienia ONZ – rodzi szereg pytań i wątpliwości. Przede wszystkim, pojawia się tu kwestia legalności samej okupacji. Siły zbrojne prowadzące operację, do której zostały upoważnione przez ONZ, realizują przecież mandat Organizacji, legitymizujący ich działania, zatem nie można traktować ich jako sił okupacyjnych. Należy jednak przypomnieć, że międzynarodowe prawo okupacji (podobnie jak prawo humanitarne) znajduje zastosowanie niezależnie od tego, czy dana interwencja jest zgodna z prawem lub zasadna, czy też jest nielegalna – ocena legalności i legitymizacji interwencji leży w sferze *ius ad bellum*, a nie *ius in bello*. Przykładowo, podczas pierwszej wojny w Zatoce Perskiej w 1991 r. prawo okupacji stosowane było przez siły koalicyjne w regionach Iraku faktycznie kontrolowanych przez te siły, co odzwierciedla za-

⁴¹ Zob. E. Benvenisti, op. cit., s. xvi. W maju 2002 r., rezolucją Rady Bezpieczeństwa nr 1410 (2002), UNTAED została zastąpiona przez Misję Wsparcia ONZ dla Timoru Wschodniego (*United Nations Mission in Support of East Timor*) – UNMISSET. Również w maju 2002 r. Timor Wschodni uzyskał niepodległość – zmieniono wówczas nazwę kraju na Timor-Leste, zaś zadaniem UNMISSET było udzielanie pomocy dla podstawowych struktur administracyjnych do czasu przejęcia przez władze Timoru-Leste pełnej odpowiedzialności za kraj. Misja ta zakończyła się pod koniec maja 2005 r., a w jej miejsce Rada Bezpieczeństwa ustanowiła Biuro Narodów Zjednoczonych w Timorze-Leste (*United Nations Office in Timor Leste*) – UNOTIL. Zgodnie z rezolucją Rady nr 1599 (2005), instytucja ta została powołana na jeden rok, z zadaniem wspierania rozwoju struktur policyjnych oraz innych ważnych struktur państwowych, a także prowadzenia szkoleń w zakresie przestrzegania rządów demokratycznych i praw człowieka.

sadę, zgodnie z którą prawo okupacji stosuje się od momentu, gdy obce siły zbrojne przejmą faktyczną kontrolę nad terytorium i ludnością danego państwa. Poza tym, państwa uczestniczące w operacjach ONZ nadal związane są zawartymi przez nie umowami międzynarodowymi. Realizacja mandatu ONZ i udział sił zbrojnych danego państwa np. w operacji pokojowej nie zwalnia też tego państwa od przestrzegania jego prawnomiędzynarodowych zobowiązań. Nie ma zatem znaczenia, czy okupacja prowadzona jest przez tylko jedno państwo, przez grupę państw, czy w ramach wykonywania mandatu ONZ – państwa biorące w jakikolwiek sposób udział w okupacji zobowiązane są postępować zgodnie z odpowiednimi postanowieniami RH i KG IV⁴².

Kolejnym istotnym problemem jest kwestia zgody państwa–gospodarza, zwłaszcza w przypadku jej uzyskania w drodze „wymuszenia” autoryzowanego przez Radę Bezpieczeństwa na podstawie rozdziału VII Karty NZ. Co do zasady, jeśli dane państwo wyraża zgodę na obecność na jego terytorium sił zbrojnych ONZ, prawa okupacji nie można stosować *de iure*, ponieważ w takim przypadku nie można mówić o okupacji *sensu stricto*⁴³. Dlatego też w sensie prawnym reżim okupacji nie był stosowany w Kosowie i Timorze Wschodnim⁴⁴.

Czy w takim razie prawo okupacji wojennej znajdzie w ogóle zastosowanie w przypadku operacji prowadzonych pod kontrolą ONZ? Można bowiem utrzymywać, iż siły ONZ nie mogą być postrzegane jako „wroga armia” w rozumieniu RH, ani nawet jako „władza okupacyjna”. Co istotne, w większości przypadków siły realizujące zadania pod dowództwem i kontrolą ONZ wykorzystywane są w sytuacjach, w których władze krajowe zgadzają się na ich rozlokowanie. Nawet jeśli sytuacja ulegnie pogorszeniu, Rada Bezpieczeństwa może przyjąć rezolucję upoważniającą państwa lub grupę państw do podjęcia akcji przymusu, bez potrzeby angażowania dowodzonych przez ONZ i już rozlokowanych sił pokojowych. Tak było w przypadku UNPROFOR. Nic jednak w Karcie NZ nie stoi na przeszkodzie, by siłom pokojowym

⁴² Zob. *Working session II: The applicability of the law of occupation to UN-mandated forces – Report of the debates*, [w:] *Expert Meeting on Multinational Peace Operations...*, s. 13–14. Por. E. Benvenisti, op. cit., s. XVI.

⁴³ W doktrynie przyjęło się określać taką sytuację mianem „okupacji za zgodą” (*occupation by consent*) albo „okupacji za porozumieniem” (*occupation by agreement*). Ma ona miejsce, gdy w świetle porozumienia zawartego z państwem–gospodarzem państwo to w sposób wyraźny lub dorozumiany przekazuje obcym siłom część przysługującej mu jurysdykcji nad swoim terytorium, co w innych okolicznościach stanowiłoby okupację (zob. G.T. Harris, op. cit., s. 31–32). „Okupacja za zgodą” ma specyficzny charakter prawny, nie tylko z powodu odrębnej podstawy prawnej (którą jest wspomniane porozumienie), lecz także dlatego, że rdzennym władzom (suwerenowi) mogą zostać przyznane szersze kompetencje niż w przypadku okupacji wojennej (A. Roberts, op. cit., s. 263). „Okupacja za zgodą” charakteryzuje się również wyższym stopniem wzajemnego zaufania, dochodzi do niej bowiem nie w wyniku konfliktu zbrojnego, lecz porozumienia między „siłami okupacyjnymi” a suwerennym rządem „okupowanego terytorium” (M. Kelly, op. cit., s. 178).

⁴⁴ M. Sassōli, *Outline of de iure and de facto applicability of the law of occupation to United Nations-mandated forces*, [w:] *Expert Meeting on Multinational Peace Operations...*, s. 33.

pod dowództwem i kontrolą ONZ powierzyć realizację operacji „wymuszania pokoju”, czego przykładem jest Somalia. Kiedy pogarszająca się sytuacja w tym kraju uniemożliwiła skuteczne realizowanie mandatu (określonego rezolucją 733) siłom UNOSOM I, w Mogadiszu i południowej części Somalii rozmieszczono oddziały dowodzone przez Stany Zjednoczone (UNITAF). Jednocześnie Rada Bezpieczeństwa rezolucją 814 przyznała siłom ONZ (pod nazwą UNOSOM II) ograniczoną możliwość prowadzenia akcji przymusu⁴⁵. W tego typu przypadkach uzasadnione byłoby stwierdzenie, iż siły ONZ związane są zasadami i normami prawa okupacji, tak jak związane są resztą norm międzynarodowego prawa humanitarnego stosowanego w międzynarodowych konfliktach zbrojnych⁴⁶.

Biorąc natomiast pod uwagę wyraźny podział na *ius ad bellum* i *ius in bello*, wydaje się, iż w przypadku, gdy siły wielonarodowe przejmują kontrolę nad określonym terytorium bez zgody suwerena, należy stosować prawo okupacji, nawet jeśli działania tych sił stanowią realizację mandatu przyznanego przez Radę Bezpieczeństwa w ramach akcji przymusu na podstawie rozdziału VII Karty NZ⁴⁷. Pogląd ten podziela Eyal Benvenisti, który zaznacza, że zjawisko okupacji można zdefiniować jako sprawowanie skutecznej kontroli przez władze (może to być jedno bądź więcej państw albo organizacja międzynarodowa, taka jak ONZ) nad terytorium, do którego władze te nie mają praw suwerennych, przy braku zgody suwerena⁴⁸. Co więcej, w kontekście sił dowodzonych i kontrolowanych przez ONZ, Daphna Shraga uważa, że teoretycznie nie powinno się wykluczać możliwości przeprowadzenia przez ONZ akcji przymusu, skutkującej usunięciem władzy suwerena i administrowaniem terytorium zgodnie z RH i KG IV, jednak w praktyce nigdy dotąd nie miało to miejsca⁴⁹.

Można by zatem przyjąć, że siły działające pod egidą ONZ mogłyby okupować całość lub część terytorium państwa, zarówno w trakcie operacji przymusu, jak i w trakcie operacji pokojowej. Podobnie inne wielonarodowe siły pokojowe teoretycznie mogłyby znaleźć się w roli okupanta, jeśli np. rząd, który je zaprosił, rozpadł się nieodwracalnie i nie pozostawił sukcesora, a siły te zmuszone są pozostać w celu utrzymania bezpieczeństwa i porządku publicznego⁵⁰.

Nieco inaczej wygląda kwestia terytoriów administrowanych przez ONZ, przy czym nie chodzi tu o zgodę państwa-gospodarza – administracja ONZ może być bowiem ustanowiona bez porozumienia z lokalnym rządem lub też udzielona już zgoda może zostać później cofnięta. Problem polega na tym, że w kilku aspektach sytuacja terytoriów administrowanych przez ONZ wydaje

⁴⁵ A. Faite, op. cit., s. 73.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem, s. 72.

⁴⁸ E. Benvenisti, op. cit., s. 4.

⁴⁹ D. Shraga, *The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law*, „International Peacekeeping”, vol. 5, No. 2, 1998, s. 70.

⁵⁰ A. Roberts, op. cit., s. 289.

się różnić od sytuacji terytoriów poddanych okupacji. Po pierwsze, tymczasowe władze administracyjne, takie jak w Kosowie i Timorze Wschodnim, w przeciwieństwie do władz okupacyjnych mogą dysponować szerokimi kompetencjami w celu przeprowadzenia reform instytucjonalnych. Po drugie, tymczasowa administracja ONZ uzyskuje władzę na podstawie mandatu przyznanego jej przez Radę Bezpieczeństwa. Władza okupanta natomiast wywodzi się zazwyczaj z faktu odniesienia zwycięstwa militarnego. Po trzecie, mandat powierzony tymczasowej administracji ONZ oparty jest na rozdziale VII Karty NZ. W świetle art. 24 Karty, administracja ta pośrednio reprezentuje wolę wszystkich państw członkowskich. Można więc twierdzić, że legitymacja władzy administracji tymczasowej jest *ipso facto* uznawana międzynarodowo – co z pewnością nie jest cechą klasycznej okupacji⁵¹.

W każdym jednak przypadku siły ONZ bądź inne siły wielonarodowe powinny pamiętać, że zarządzają one powierzonym im terytorium w imieniu lokalnej społeczności, zatem nie dysponują uprawnieniami zarezerwowanymi dla władzy suwerennej, że ich władza ma charakter jedynie tymczasowy, że ich zadaniem jest zapewnienie bezpieczeństwa i ochrony ludności danego obszaru i że mają obowiązek podejmować uzasadnione i konieczne środki służące zagwarantowaniu podstawowych potrzeb tej ludności. Zasady te, określone w prawie okupacji, powinny stanowić podłoże wszelkich planów dotyczących realizacji operacji ONZ⁵². Pojawiają się tu jednak trudności z pogodzeniem pewnych postanowień prawa okupacji ze szczególnym charakterem operacji ONZ. Przykładowo, zakaz wprowadzania instytucjonalnych lub legislacyjnych zmian, wynikający z art. 43 RH i art. 64 KG IV, może stać w sprzeczności z tym, co często stanowi cel i powód prowadzenia danej operacji, mianowicie z ustanowieniem w danym kraju systemu demokratycznego. W istocie, operacje pokojowe niejako tradycyjnie przekształcają się w operacje budowania pokoju, co wyraźnie kłóci się ze zobowiązaniem wynikającym z prawa okupacji, dotyczącym utrzymania istniejących struktur instytucjonalno-prawnych okupowanego terytorium⁵³. Artykuł 43 RH wymaga od władz okupacyjnych poszanowania „praw istniejących w [okupowanym] kraju”. Tym samym wiele zmian w sferze prawnej, które można byłoby wprowadzić w ramach „budowania pokoju”, nie znajduje usprawiedliwienia w świetle prawa okupacji. W przypadku zmian instytucjonalnych, reżim okupacji wydaje się być bardziej elastyczny. Jednak art. 47 KG IV stanowi, iż osoby podlegające ochronie „nie będą pozbawione w żadnym razie i w żadnej formie korzyści wypływających z niniejszej Konwencji (...) na skutek jakichkolwiek zmian uczynionych w wyniku okupacji w instytucjach lub w rządzie” okupowanego terytorium. Poza tym, stworzenie nowych instytucji wiąże się *a fortiori* z wprowadzeniem nowego ustawodawstwa⁵⁴.

⁵¹ Zob. A. Faite, op. cit., s. 75.

⁵² B.M. Oswald, op. cit., s. 37.

⁵³ *Working session II...* op. cit., s. 14.

⁵⁴ M. Sassnli, op. cit., s. 33. Por. E. Mikos-Skuza, *Koncepcja okupacji w świetle prawa haskiego i geneńskiego a współczesna praktyka okupacji*, [w:] *Międzynarodowe prawo*

Jak zatem uzasadnić działania realizowane w ramach „budowania pokoju” w świetle prawa okupacji? Marco Sassoli proponuje trzy różne rozwiązania:

1) rozwiązanie odwołujące się do międzynarodowego prawa praw człowieka: zakładając – w świetle praktyki i orzecznictwa ONZ – że międzynarodowe standardy w zakresie ochrony praw człowieka wiążą władze okupacyjne w odniesieniu do ludności okupowanego terytorium, okupant ma obowiązek uchylić ustawodawstwo i znieść instytucje, które są niezgodne z tymi standardami; władze okupacyjne dysponują więc silnym argumentem przemawiającym za „absolutną przeszkodą” w stosowaniu prawa wewnętrznego, gdy prawo to stoi w sprzeczności z prawem międzynarodowym;

2) rozwiązanie odwołujące się do rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ: zmiany instytucjonalne lub zmiany w ustawodawstwie ustanowione bądź zatwierdzone przez rezolucje Rady Bezpieczeństwa można legitymizować, powołując się na art. 103 Karty NZ, zgodnie z którym „w razie sprzeczności między zobowiązaniami członków ONZ, wynikającymi z niniejszej Karty, a ich zobowiązaniami, wynikającymi z jakiejkolwiek innej umowy międzynarodowej, zobowiązania wynikające z niniejszej Karty mają pierwszeństwo”; argumentacja ta grozi jednak rozmyciem granicy między *ius in bello* a *ius ad bellum*;

3) zakończenie okupacji: art. 47 KG IV zakłada, że rząd powołany przez okupanta ma te same obowiązki, co sama władza okupacyjna; dlatego scedowanie władzy wykonawczej na instytucje krajowe nie zwalnia okupanta z jego zobowiązań wynikających z konwencji; można jednak twierdzić, że demokratyczne wybory, uznane przez społeczność międzynarodową, nie są już zmianą wprowadzoną przez władze okupacyjne, co może oznaczać koniec okupacji; taka argumentacja jednak również grozi zatarciem różnicy między *ius in bello* i *ius ad bellum*⁵⁵.

Rozwijając myśl zawartą w pierwszym z powyższych rozwiązań, nie ulega wątpliwości, że zarówno KG IV, jak i PD I, zawierają niższe standardy ochrony niż te, które w chwili obecnej obowiązują w świetle międzynarodowego prawa praw człowieka. Prawo humanitarne, a zwłaszcza prawo okupacji, tworzono bowiem w okresie, kiedy prawa człowieka nie były jeszcze tak rozwiniętą dziedziną prawa międzynarodowego. Tymczasem w przypadku operacji prowadzonych przez ONZ, tło prawne dla realizacji zadań w ramach takich operacji stanowi międzynarodowe prawo praw człowieka, będące znacznie szerszym w swym zakresie i czasie obowiązującym systemem norm niż reżim okupacji. Międzynarodowe prawo praw człowieka jest również bardziej ambitne od prawa okupacji, ponieważ zastane *status quo* nie jest dla niego celem, lecz problemem do przezwyciężenia⁵⁶. Mottem przewodnim

humanitarne. Antecedencje i wyzwania współczesności, red. J. Nowakowska-Małusecka, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz–Katowice 2010, s. 117–118.

⁵⁵ M. Sassoli, op. cit., s. 33–34.

⁵⁶ Por. P. Uhma, *Międzynarodowe administracje terytorialne w świetle doświadczeń z Kosowa*, „Stosunki Międzynarodowe – International Relations”, 2008, nr 3–4, s. 177–178.

reżimu prawa okupacji jest zachowanie *status quo* terytorium okupowanego i ochrona ludności oraz podstawowych dóbr do czasu zakończenia konfliktu zbrojnego, co powinno nastąpić w wyniku wycofania się okupanta z zajętego terytorium⁵⁷. Siły ONZ natomiast zobowiązane są „popierać prawa człowieka i zachęcać do poszanowania tych praw i podstawowych wolności dla wszystkich bez względu na różnice rasy, płci, języka lub wyznania” (art. 1 ust. 3 Karty NZ) – zakaz zmian instytucjonalnych i prawnych powinien więc pozwalać na pewną elastyczność i nie zabraniać okupantowi wprowadzenia przepisów, które np. wzmocnią poszanowanie praw człowieka. Można oczywiście bronić tezy, zgodnie z którą zakazane jest przyjmowanie przez okupanta nowych regulacji, które przykładowo wzbogaciłyby wcześniejsze ustawodawstwo dotyczące wolności wyrażania poglądów. Wydaje się jednak, że zachowanie *status quo* nie powinno być rozumiane jako wykluczające podejmowanie środków służących rozwojowi infrastruktury i gospodarki zajętego terytorium, zwłaszcza gdy okupacja ma charakter długoterminowy i przy założeniu, że środki te podejmowane są wyłącznie w interesie ludności zamieszkującej obszar okupowany⁵⁸. Konieczne może się więc okazać powiązanie reżimu okupacji i praw człowieka w celu osiągnięcia zadowalającego poziomu ochrony i rozwoju.

W odniesieniu do dwóch pozostałych rozwiązań, faktem jest, iż wyraźny mandat Rady Bezpieczeństwa, udzielony na podstawie art. 103 Karty NZ⁵⁹, mógłby zastąpić lub nawet zakończyć stosowanie prawa okupacji i ustanowić inny system, odmienny od prawa okupacji. Rada Bezpieczeństwa mogłaby też pomóc w określeniu właściwego momentu zakończenia okupacji, nie mieszając przy tym *ius ad bellum* z *ius in bello*. Rada miała już zresztą okazję zdecydować, który system prawa należy zastosować – chodzi o interwencję na Haiti w 1995 r. Rezolucją 975 (1995) Rada uznała zastaną sytuację jako „stabilną i bezpieczną”, dzięki czemu mogła powierzyć Misji ONZ na Haiti (UNMIH) jasno określone kompetencje, które nie mogłyby być wykonywane, gdyby sytuacja nie była ustabilizowana⁶⁰. Zupełnie realna wydaje się więc sytuacja, gdy podczas toczącego się międzynarodowego konfliktu zbrojnego sama ONZ albo państwo lub państwa działające z jej upoważnienia okupują część lub całość terytorium przeciwnika. W takim przypadku zastosowanie znajduje prawo okupacji wojennej, do czasu, gdy Rada Bezpieczeństwa skorzysta i o ile już nie skorzystała ze swych uprawnień, wynikających z rozdziału VII Karty NZ w celu ustanowienia innego reżimu, będącego jednym ze środków uznanych przez Radę za konieczne dla przywrócenia pokoju i bezpieczeństwa⁶¹.

⁵⁷ Ibidem, s. 178.

⁵⁸ A. Faite, op. cit., s. 75.

⁵⁹ Warto też przywołać tu art. 25 Karty NZ, zgodnie z którym „członkowie Organizacji Narodów Zjednoczonych zgadzają się przyjmować i wykonywać decyzje Rady Bezpieczeństwa zgodnie z niniejszą Kartą”.

⁶⁰ Zob. *Working session II...*, s. 15.

⁶¹ Ch. Greenwood, *International Humanitarian Law and United Nations Military Operations*, „Yearbook of International Humanitarian Law”, vol. 1, 1998, s. 28.

Istnieje jednakże ryzyko, że Rada Bezpieczeństwa, wybierając, które reguły należy zastosować, które zaś nie, może popełnić błąd. Rada jest bowiem organem „wybitnie” politycznym. Przykładowo, w rezolucjach 1500 (2003) i 1511 (2003) dotyczących sytuacji w Iraku, Rada uznała Radę Zarządzającą za reprezentanta narodu irackiego i za ucieleśnienie suwerenności Iraku, podczas gdy faktycznie Rada Zarządzająca była jedynie organem utworzonym przez władze okupacyjne. Zgodnie zaś z tradycyjnym prawem okupacji, powinno być ono stosowane do czasu, aż zakończenie okupacji stanie się niezaprzeczalnym faktem⁶².

Rodzi się również pytanie, czy Rada Bezpieczeństwa może ustanawiać reżim prawny, który nie jest w stanie zapewnić odpowiedniej ochrony osobom do tego uprawnionym w świetle KG IV, tym samym zatwierdzając niższe standardy takiej ochrony. Decyzję w tym względzie należałoby potraktować jako sprzeczną z „duchem” MPH, znajdującym swoje odzwierciedlenie w art. 7 i 8 KG IV, a zwłaszcza w art. 47 KG IV⁶³. Jakikolwiek bowiem pozbawienie osób chronionych ich praw i gwarancji podstawowych jest w świetle prawa humanitarnego nieważne, nawet jeśli dana osoba z własnej i nieprzymuszonej woli zrzeka się tych praw i gwarancji, niektóre zasady i normy MPH są bowiem nienaruszalne⁶⁴.

Przeprowadzona analiza skłania do wniosku, że w przypadku operacji ONZ stosowanie *de iure* międzynarodowego prawa okupacji budzi pewne zastrzeżenia. Siły ONZ mają bowiem obowiązek realizować zadania wynikające aż z trzech reżimów prawnych: międzynarodowego prawa humanitarnego, prawa ustanowionego na podstawie Karty NZ oraz międzynarodowego prawa praw człowieka. Systemy te nie wykluczają się jednak nawzajem, lecz przeciwnie, wzajemnie się uzupełniają. Z uwagi na fakt, iż jednym z celów prawa okupacji jest utrzymanie instytucji i ustawodawstwa poprzednio istniejącej władzy, brakuje w tym prawie rozwiązań dotyczących problemów związanych z działaniami zmierzającymi do wprowadzenia bardziej demokratycznego systemu rządów. W tej kwestii może jednak pomóc Karta NZ. Prawo okupacji oferuje ponadto niższe standardy ochrony praw człowieka, dlatego potrzebne jest odwołanie się do aktualnie obowiązujących standardów w tej dziedzinie. W rezultacie, konieczne byłoby połączenie owych trzech reżimów prawnych w celu znalezienia satysfakcjonującego rozwiązania⁶⁵.

⁶² *Working session II...*, s. 15.

⁶³ Zgodnie z art. 47 KG IV, „Osoby podlegające ochronie, które znajdują się na terytorium okupowanym, nie będą pozbawione w żadnym razie i w żadnej formie korzyści wypływających z niniejszej Konwencji ani na skutek jakichkolwiek zmian uczynionych w wyniku okupacji w instytucjach lub w rządzie danego terytorium, ani na skutek porozumienia pomiędzy władzami terytorium okupowanego a Mocarstwem okupującym, ani wreszcie na skutek aneksji przez to ostatnie Mocarstwo całości lub części terytorium okupowanego”.

⁶⁴ Por. A. Faite, *op. cit.*, s. 76.

⁶⁵ *Working session II...*, s. 15.

7. Prawo okupacji w operacjach ONZ – stosowanie *de facto*

Jeśli prawo okupacji wojennej w przypadku operacji ONZ nie może być stosowane *de iure*, warto zastanowić się, jakie są implikacje zastosowania *de facto* tego prawa. Podczas gdy KG IV rzadko bywa powoływana w ramach operacji prowadzonych z ramienia ONZ, zauważalne jest, że jej postanowienia są czasem stosowane w drodze analogii przez siły wielonarodowe⁶⁶. Można to wyjaśnić faktem, iż – szczególnie w początkowej fazie złożonych operacji pokojowych – oddziały „niebieskich hełmów” mogą znaleźć się w sytuacji bardzo zbliżonej do okupacji, a ich zadania będą często tożsame z obowiązkami ciążącymi na klasycznych władzach okupacyjnych. Przykładowo, z uwagi na brak sił policyjnych i sądownictwa, które mogłyby zająć się utrzymywaniem porządku i bezpieczeństwa, siły ONZ zmuszone są angażować się w szereg tego typu działań (np. w zatrzymywanie osób podejrzanych bądź wydawanie decyzji sądowych)⁶⁷. Jak zresztą zauważa Hans-Jörg Strohmeyer, tam, gdzie doszło do całkowitego załamania się systemu sądownictwa, szybkie ustanowienie jednostek złożonych z prawników wojskowych, stanowiących część sił pokojowych ONZ bądź sił regionalnych organizacji wojskowych, takich jak KFOR i INTERFET, może wypełnić próżnię do czasu, aż powołany zostanie odpowiedni personel ONZ, który będzie w stanie przejąć obowiązki administracji cywilnej. Intuicyjnie, można byłoby wahać się przed angażowaniem podmiotów wojskowych w tak wrażliwy obszar administracji cywilnej, jednak z braku wystarczających i szybko dostępnych zasobów cywilnych, może to być jedyna właściwa odpowiedź, by uniknąć powstania próżni w sferze porządku publicznego⁶⁸.

Odwwołanie do zasad i norm okupacji wojennej w sytuacji, gdy potrzebne jest osiągnięcie równowagi między działaniami dotyczącymi utrzymania porządku i bezpieczeństwa a niesieniem pomocy i realizacją pewnych funkcji administracyjnych, może zatem okazać się bardzo pomocne. Przykładowo, prawo okupacji dostarcza m.in. pewnych standardów w dziedzinie traktowania osób zatrzymanych i aresztowanych⁶⁹, poszanowania osób i mienia na zajętych terytorium⁷⁰ czy udzielania pomocy ludności cywilnej⁷¹. Sama zaś KG IV może być wykorzystana jako zbiór pewnych wytycznych, zwłaszcza podczas pierwszej fazy operacji, do czasu, aż Rada Bezpieczeństwa ustanowi inny reżim prawny. Prawo okupacji może być też jedynym odpowiednim miernikiem, służącym implementacji szeroko zakrojonego mandatu powie-

⁶⁶ A. Faite, op. cit., s. 76.

⁶⁷ Ibidem, s. 76–77.

⁶⁸ H.-J. Strohmeyer, *Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Missions in Kosovo and East Timor*, „American Journal of International Law”, vol. 95, No. 1, 2001, s. 61.

⁶⁹ Zob. np. art. 76 KG IV, art. 75 ust. 2 i 3 PD I.

⁷⁰ Zob. np. art. 46 i 47 RH, art. 53 KG IV.

⁷¹ Zob. np. art. 50, 55, 56 oraz 59–61 KG IV.

rzanego siłom wielonarodowym przez Radę Bezpieczeństwa. W istocie, siły te często realizują szerokie i wielowymiarowe misje, takie jak „zapobieganie wznowieniu działań zbrojnych, utrzymanie i jeśli to konieczne wymuszenie zawieszenia broni” lub „zapewnienie bezpieczeństwa i porządku publicznego”. Tak ogólne sformułowania nie wprowadzają wyraźnych reguł postępowania, jakie zazwyczaj oferuje prawo okupacji⁷².

Kolejnych argumentów za stosowaniem *de facto* reżimu okupacji w ramach operacji ONZ dostarcza Marco Sassoli, według którego prawo okupacji:

a) jest wypracowanym i obowiązującym reżimem prawnym, znanym wszystkim państwom i wiążącym ich w takim samym zakresie;

b) jest stosowane niezależnie od legitymacji interwencji, nie jest zatem zależne od kontrowersji natury politycznej;

c) stanowi praktyczne rozwiązanie problemów, którym z konieczności siły zbrojne będą musiały stawić czoła podczas prowadzonych przez nie działań⁷³.

Co istotne, w pewnym zakresie prawo okupacji może także stanowić wytyczne dla praktycznych rozwiązań przyjmowanych dla obszarów administrowanych przez ONZ. Przykładowo, w ramach operacji INTERFET w Timorze Wschodnim, jednostka zajmująca się osobami zatrzymanymi musiała pogodzić działania militarne konieczne w celu przywrócenia pokoju i bezpieczeństwa z potrzebą zagwarantowania osobom zatrzymanym podstawowych gwarancji procesowych. Cel ten udało się osiągnąć dzięki zastosowaniu – *per analogiam* – stosownych przepisów KG IV⁷⁴.

Prawo okupacji jako reżim prawny *de facto* może być zatem użyteczne, nie jest jednak wystarczające. Przykładowo, nie zawiera ono przepisów dotyczących poszanowania środowiska czy reguł postępowania z prywatnymi przedsiębiorstwami i spółkami. Generalnie, wiele kwestii nie zostało w prawie okupacji w ogóle uregulowane bądź regulacje te nie są wystarczająco szczegółowe. Dlatego m.in. podczas operacji w Timorze Wschodnim INTERFET kierował się w swoich działaniach, zwłaszcza wobec osób młodocianych, podstawowymi zasadami zawartymi w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych⁷⁵. Problem stanowi też sytuacja, gdy siły ONZ, sprawujące skuteczną kontrolę nad określonym terytorium i jego mieszkańcami, zmuszone są dokonać zatrzymania bądź aresztowania. Brak jest bowiem wyraźnie sformułowanych kompetencji w ramach mandatu ONZ, który często upoważnia siły do zatrzymywania osób, jednak nie daje żadnych wskazówek, na jakiej podstawie można przeprowadzać takie działania ani jakie zasady powinny regulować procedurę zatrzymania⁷⁶. W przypadku prawa okupacji, art. 78 KG IV zezwala władzom okupacyjnym na internowanie

⁷² A. Faite, op. cit., s. 77.

⁷³ M. Sassoli, op. cit., s. 34.

⁷⁴ Zob. B.M. Oswald, *The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor*, „Yearbook of International Humanitarian Law”, vol. 3, 2000, s. 361.

⁷⁵ *Working session II...*, s. 16.

⁷⁶ Ibidem.

osób podlegających ochronie, jeśli jest to konieczne i podyktowane „nagłymi wymaganiami bezpieczeństwa”. Tego typu postanowienie znajduje, co prawda, uzasadnienie w okresie trwania stanu wyjątkowego, np. do czasu, aż ustanowiony zostanie odpowiedni system sądowniczy, jednak wykorzystywanie tego rozwiązania w innych celach lub przez dłuższy czas może być już kwestionowane⁷⁷. Poza tym, jeśli brak jest w rezolucji Rady Bezpieczeństwa jakichkolwiek odwołań do KG IV, brakuje też jakiegokolwiek rzeczowej podstawy prawnej, np. w kwestii dokonywania zatrzymań.

W celu uniknięcia powyższych problemów, rozsądnym rozwiązaniem byłoby określenie podstawowych reguł prawa okupacji, które powinny być przestrzegane w każdej sytuacji, gdy siły ONZ sprawują faktyczną kontrolę nad określonym terytorium. Można tu wykorzystać doświadczenie zdobyte podczas szeregu operacji ONZ, w trakcie których siły wielonarodowe musiały przejąć kontrolę nad danym krajem lub terytorium, ponieważ doszło do całkowitego załamania systemu prawnego i porządku publicznego, można też bazować na doświadczeniu wyniesionym z administrowania przez ONZ Kosowem i Timorem Wschodnim. Przydatnym dla sił ONZ byłby np. dokument, który regulowałby sytuacje podobne do tych, z którymi ONZ miała do czynienia we wspomnianych krajach. Dokument ten mógłby przyjąć formę zbliżoną do Biuletynu Sekretarza Generalnego z 1999 r. Z uwagi na zakres zastosowania, nie powinien jednak stanowić np. jego drugiej części, ponieważ postanowienia Biuletynu mogą być stosowane wyłącznie w odniesieniu do sił ONZ prowadzących operacje pod komendą i kontrolą Organizacji⁷⁸, nie zaś w przypadku operacji prowadzonych jedynie z upoważnienia Rady Bezpieczeństwa. Sekretarz Generalny nie ma bowiem kompetencji do wydawania regulaminów lub wytycznych regulujących operacje nie podlegające jego kierownictwu. Tylko Rada Bezpieczeństwa mogłaby – wydając zezwolenie na podjęcie akcji zbrojnej przez państwa lub organizacje regionalne – zastrzec, że akcja ta ma być przeprowadzona zgodnie z ogólnymi lub konkretnymi postanowieniami MPH (np. dotyczącymi okupacji), przy uwzględnieniu odpowiednich i wymaganych zmian.

Biorąc zaś pod uwagę, że oddziały wojskowe potrzebują prostych, jasnych i skonkretyzowanych zasad regulujących ich postępowanie, można byłoby przygotować zestaw 15–20 takich zasad, które stanowiłyby wytyczne dla sił zbrojnych w ich działaniach nakierowanych na przywracanie i utrzymanie bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz regulowałyby procedury prowadzenia przeszukiwań, konfiskaty, zatrzymywania i aresztowania. Do-

⁷⁷ A. Faite, op. cit., s. 78. Przykładem takiego „rozciągnięcia w czasie” skutków decyzji obcych władz wojskowych może być regulacja KFOR, odnosząca się do Kosowa administrowanego przez ONZ – chodzi o dyrektywę nr 42 – *COMKFOR Detention Directive 42* – przyjętą w październiku 2000 r. przez KFOR w celu zatrzymywania osób stanowiących „zagrożenie dla bezpieczeństwa”. Osoby zatrzymane na podstawie tej dyrektywy pozostawały w areszcie jeszcze 4 lata po przyjęciu w 1999 r. rezolucji 1244 Rady Bezpieczeństwa (ibidem).

⁷⁸ Wyrażnie stanowi o tym paragraf wstępny Biuletynu.

kument polityczny tego rodzaju mógłby nawet wykraczać poza prawo humanitarne, w tym znaczeniu, że uwzględniałby pewne aktualne, międzynarodowe standardy w dziedzinie praw człowieka. Taki swoisty „pakiet” zasad, dołączany do rezolucji Rady Bezpieczeństwa w formie aneksu, byłby bardzo pomocny przy określaniu standardów respektowanych jako niezbędne minimum przez wielonarodowe siły zbrojne i policyjne, które realizują zadania w ramach operacji ONZ⁷⁹.

8. Wnioski końcowe

We współczesnych stosunkach międzynarodowych obecność na terytorium państwa obcych sił zbrojnych przyjmować może różne formy, różnie też może być uzasadniana. Jako przykład może posłużyć decyzja Rady Bezpieczeństwa ONZ, na podstawie której rozmieszczone zostają w danym kraju wielonarodowe siły zbrojne w celu realizacji operacji pokojowej. Może się zdarzyć, że siły te będą zmuszone przejąć odpowiedzialność za zajmowane terytorium i jej mieszkańców, podobnie jak czyni to okupant. Co prawda operacje ONZ nie prowadzą do okupacji w tradycyjnym rozumieniu tego pojęcia, jednak problemy, które się w ich trakcie rodzą, są w dużej mierze takie same, jak te, które występują podczas klasycznej okupacji wojennej. Odnosi się to zwłaszcza do potrzeby zapewnienia ochrony ludności cywilnej, znajdującej się na terytorium kontrolowanym przez obce siły zbrojne. Tym samym międzynarodowe zasady i normy dotyczące okupacji znalazły nowy cel⁸⁰. Co istotne, prawo okupacji, jako część międzynarodowego prawa humanitarnego, znajduje zastosowanie bez względu na przyczyny i uzasadnienie podejmowanych akcji, każda bowiem interwencja zbrojna na terytorium innego państwa rodzi obowiązek stosowania prawa okupacji, gdy siły dokonujące interwencji w sposób efektywny kontrolują całość lub część tego terytorium. Prawo okupacji mogłoby być zatem skutecznym instrumentem prawnym dla sił zbrojnych, uczestniczących w operacjach ONZ, zwłaszcza w sytuacjach, gdy władze lokalne nie chcą lub nie mogą utrzymać porządku i zapewnić bezpieczeństwa, jak też zagwarantować ludności podstawowych potrzeb.

Prawo okupacji powinno być jednak zaktualizowane, by sprostać wyzwaniom współczesnych międzynarodowych operacji militarnych, prowadzonych bardzo często przez siły wielonarodowe. Twórcy konwencji genewskich z pewnością nie przewidywali, że rozdział KG IV, dotyczący okupacji wojennej, mógłby znaleźć zastosowanie w operacjach pokojowych ONZ. Według Bruce’a M. Oswalda, zasady i normy prawa okupacji uległy skostnieniu, cały zaś reżim okupacji nie był aktualizowany i rozwijany, dlatego nie uwzględnia takich instytucji, faktów i zjawisk, jak międzynarodowe standardy w dziedzinie praw człowieka, międzynarodowe prawo karne, nowe metody sprawowa-

⁷⁹ *Working session II...*, s. 17.

⁸⁰ H.-P. Gasser, *op. cit.*, s. 156–157.

nia władzy, globalizacja gospodarcza czy aktywność międzynarodowych organizacji międzyrządowych i pozarządowych, międzynarodowych korporacji handlowych oraz innych podmiotów niepaństwowych, a zwłaszcza ich rosnące zaangażowanie we współczesne operacje militarne. Prawo okupacji wymaga więc pilnej rewizji i nowelizacji⁸¹.

Należy jednak przypomnieć, że celem prawa okupacji wojennej jest zachowanie *status quo ante* zajętego terytorium, tymczasem aktywność sił ONZ na kontrolowanym przez nią terytorium w sytuacji totalnego rozkładu państwa wymaga bardziej rozbudowanych i dalej posuniętych środków. Zaliczyć do nich można odbudowę instytucji publicznych, wspieranie wysiłków edukacyjnych, przywrócenie i utrzymanie prawa i porządku, m.in. poprzez zorganizowanie sił policyjnych, ustanowienie efektywnego systemu sądownictwa, itp. Rekonstrukcja i podstawowe działania nakierowane na rozwój kraju stanowią znaczące elementy tzw. operacji wielofunkcyjnych podejmowanych w takich okolicznościach. Międzynarodowe prawo humanitarne nie wskazuje, jak odbudować lub zrekonstruować zrujnowany kraj. Nie przewidziano w tym prawie dalekosieżnych planów, wykraczających poza konflikt zbrojny, ale uwzględniono w nim normy pozwalające radzić sobie z sytuacją, zaistniałą na terytorium znajdującym się w danym czasie pod obcą kontrolą. Prawo humanitarne nie jest więc odpowiednim reżimem prawnym do wyciągania „państw w stanie rozkładu” z panującego w nich chaosu. Tym samym stosowanie *de iure* prawa okupacji w przypadku operacji ONZ może nastroczać spore trudności i rodzić komplikacje⁸².

Nie oznacza to oczywiście, że należy całkowicie zrezygnować z prawa okupacji w przypadku operacji ONZ. Biorąc bowiem pod uwagę, że prawo to zostało stworzone do tego, by sprostać wyzwaniu, jakim jest znalezienie odpowiedniej proporcji między interesami sił zbrojnych a potrzebami lokalnej ludności, może być przydatnym mechanizmem na ustanowienie odpowiednich standardów i wytycznych dla sił realizujących operacje ONZ⁸³. Normy prawa okupacyjnego mogą być użyteczne zwłaszcza w początkowym okresie funkcjonowania przejściowej administracji międzynarodowej, ponieważ tworzą odpowiednie ramy prawne dla utrzymania porządku publicznego i bezpieczeństwa⁸⁴. Poza tym, ich zastosowanie we wspomnianym okresie

⁸¹ Zob. B.M. Oswald, *The law of occupation...*, s. 39.

⁸² H.-P. Gasser, op. cit., s. 146–147. Hans-Peter Gasser rozważa jednak wykorzystanie w takich sytuacjach międzynarodowego prawa praw człowieka jako bardziej właściwych wytycznych dla działań ONZ. Traktaty dotyczące praw człowieka mają bowiem szerszy zakres przedmiotowy, na ich podstawie możliwe też jest prowadzenie długofalowych działań. Co prawda instytucje powołane do życia przez te traktaty nie są przystosowane do zajmowania się sytuacjami kryzysowymi, jednak prawa człowieka z pewnością mogą stanowić dodatkowy bodziec w realizacji zadań podejmowanych w kontekście prawa humanitarnego (*ibidem*).

⁸³ B.M. Oswald, *The law of occupation...*, s. 35.

⁸⁴ I. Topa, *Międzynarodowa administracja terytorialna – ius in bello czy ius post bellum?* [w:] J. *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, s. 208.

wyduje się uzasadnione, jeśli nie wnika się w charakter sytuacji, a koncentruje na treści norm i ich walorze ochronnym w odniesieniu do ludności cywilnej⁸⁵. Tym samym prawo okupacji mogłoby być stosowane *de facto*. Kwestia stosowania tego prawa ma zresztą szerszy wymiar – ustalenie, czy prawo okupacji (a bardziej ogólnie – prawo humanitarne) obowiązuje na terytoriach zajmowanych przez ONZ, jest bardzo istotne z uwagi na swego rodzaju „efekt domina” i związane z nim ryzyko: jeśli ONZ nie będzie czuła się związana prawem okupacji, wówczas inne organizacje regionalne, podejmujące interwencje w podobnym kontekście, również mogą uznać przestrzeganie prawa humanitarnego za nieistotne⁸⁶.

Organizacja Narodów Zjednoczonych mogłaby zatem opracować dokument, który w szczególny sposób odnosiłby się do stosowania zasad i norm prawa okupacji. Wciąż bowiem brak jest odrębnego instrumentu prawnego, zawierającego reguły administrowania terytorium przez siły ONZ⁸⁷. Istniejące prawo zawarte w RH i KG IV wydaje się więc przydatnym reżimem prawnym do stosowania w trakcie operacji ONZ, przy czym jeśli tworzone by na podstawie tych instrumentów prawnych wytyczne bądź regulaminy, warto zwrócić uwagę na związki między prawem humanitarnym a prawami człowieka, starając się przy tym rozwijać owe relacje. Zasady i normy dotyczące okupacji, zawarte w KG IV, stanowią bowiem tę część prawa humanitarne, której najbliższej jest do międzynarodowych standardów praw człowieka. Co więcej, dalsza praktyka państw i samej ONZ może czerpać z doświadczeń wyniesionych z rozmaitych operacji i z czasem może dojść do wykształcenia norm zwyczajowych w omawianej dziedzinie. W każdym bądź razie nie należy bagatelizować albo lekceważyć zasad i norm prawa okupacji, nawet w przypadku operacji ONZ, bowiem sumienne przestrzeganie międzynarodowego prawa humanitarne ułatwia zakończenie konfliktu, a w dalszej perspektywie budowanie trwałego pokoju⁸⁸.

⁸⁵ E. Mikos-Skuza, op. cit., s. 118.

⁸⁶ M. Sassnli, op. cit., s. 34.

⁸⁷ Biuletyn Sekretarza Generalnego z 1999 r. nie rozwiązał problemu, choć sekcja 8 tego dokumentu, zatytułowana „Traktowanie osób zatrzymanych”, odwołuje się do reguł określonych w KG IV. Stanowią one użyteczne wskazówki w zakresie jednej z najtrudniejszych kwestii w ramach okupacji – jak postępować z osobami zatrzymanymi i aresztowanymi.

⁸⁸ H.-P. Gasser, op. cit., s. 146, 156–157. Warto dodać, że w odpowiedzi na brak odpowiedniej i spójnej regulacji prawnej w omawianym zakresie, w doktrynie prawa międzynarodowego pojawiła się propozycja rozwiązań normatywnych mających regulować działania społeczności międzynarodowej w fazie postkonfliktowej – chodzi o *ius post bellum*, które miałyby znaleźć zastosowanie do działań podejmowanych już po formalnym zakończeniu konfliktu zbrojnego, w ramach szeroko rozumianej aktywności, związanej z budowaniem pokoju oraz odbudową państwa, mówiąc zaś bardziej ogólnie – w czasie transformacji od stanu wojny do stanu pokoju (I. Topa, op. cit., s. 196, 203). Nadal jest to jednak tylko propozycja.

THE QUESTION OF APPLICABILITY OF THE LAW OF MILITARY OCCUPATION IN THE UN OPERATIONS

Key words: military occupation, law of occupation, UN peace-keeping operations, UN multi-dimensional operations, UN peace-keeping forces.

Summary

The end of the cold war has enabled the significant development of the idea of widely defined UN peace operations – apart from the „classical” peace-keeping operations, the UN Member States began to conduct peace-making operations, peace-building operations, and even peace-enforcement actions. Thus, both the character and functions of these operations were subject of evolution, which – according to the doctrine of international law – has led to the birth of the third generation of peace-keeping operations, known as multi-dimensional (multi-functional) operations. It is assumed, *inter alia*, that during these operations the UN forces may exercise provisional authority over the territories entrusted to them. The cases of taking control over a certain territory has also taken place earlier, during various UN operations, which in fact often resembled the situation of military occupation, although the UN forces had no intention to administer a given territory in their own interest. Theoretically, since the law of military occupation is the branch of international humanitarian law, and the UN Member States are parties to the international conventions which concern that law (first and foremost, the Geneva Conventions of 1949), the law of military occupation could be applicable in case of territories controlled or administered by the UN forces. However, it should be bear in mind that the law of military occupation has been created in order to regulate completely different situations, therefore the *de iure* applicability of that law is not supposed to be the proper solution. It does not mean, however, that the law of military occupation cannot be the source of advice for the UN forces (for example, in the scope of the treatment of civilian population), when the UN exercises effective control over a given territory. Thus, it can be assumed that in case of the UN operations the law of military occupation can be applied *de facto*, as the source of complementary legal solutions.

Natalia Zawadzka

doktorantka w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Czystki etniczne – analiza prawnomiędzynarodowa¹

Słowa kluczowe: czystki etniczne, prawa człowieka, mniejszości narodowe, prawo humanitarne, ludobójstwo, przesiedlenia.

Czystka etniczna może mieć wiele cech, ale na pewno nie jest czysta.
Arturo Pérez-Reverte, *Terytorium Komanczów*

W pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych w doniesieniach agencji-nych oraz wypowiedziach polityków, dotyczących ówczesnego konfliktu na Bałkanach, zaczęło pojawiać się nowe pojęcie, nie znane wcześniej prawu międzynarodowemu – „czystka etniczna”. Określenie to zaczęło wkrótce stosować w opisach innych konfliktów, w tym historycznych. Przyjęło się także w oficjalnym języku dokumentów Rady Bezpieczeństwa i innych organów Narodów Zjednoczonych, a także różnych rządowych i pozarządowych organizacji międzynarodowych. Pojęcie to od początku budziło kontrowersje, których przedmiotem były nie tylko jego definicja i historia, ale także w ogóle potrzeba jego stosowania (wielu autorów używa synonimicznie pojęcia „przymusowych przesiedleń ludności”, a niektórzy zarzucają, że „czystka” jest jedynie eufemizmem ludobójstwa) oraz wreszcie jego miejsce w systemie prawa międzynarodowego.

Pojawienie się tego terminu w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości oraz w przełomowych dokumentach Narodów Zjednoczonych wskazuje, że pojęcie to zaczęło nabierać znaczenia prawnego, a nie tylko medialnego czy politycznego. W połowie lat dziewięćdziesiątych znać było dążenie organizacji międzynarodowych do rozwinięcia szczególnego in-

¹ Artykuł powstał w oparciu o pracę magisterską obronioną w roku 2009, która zdobyła główną nagrodę w Konkursie im. prof. Remigiusza Bierzanka na najlepszą pracę magisterską, dotyczącą zastosowania międzynarodowego prawa humanitarne.

strumentu prawnego, który bez braków czy dwuznaczności określałby status czystek etnicznych w końcu XX w.

Niniejszy artykuł stanowi próbę zdefiniowania tytułowego pojęcia oraz krótkiej analizy zagadnienia miejsca czystek etnicznych w systemie prawa, której skutkiem będzie odpowiedź na pytanie, czy obecny reżim prawnomiedzynarodowy jest wystarczający do tego, by państwa i jednostki dokonujące tych czynów trafiły przed wymiar sprawiedliwości, czy może konieczny jest nowy dokument międzynarodowy, wprost zakazujący takich praktyk.

Zagadnienie to pozostaje nadal aktualne mimo wyciszenia konfliktu na Bałkanach, z którym wiąże się genezę pojęcia „czystek etnicznych”. Wiele obecnych liberalnych, demokratycznych państw w pewnym momencie swojej historii prowadziło – a niekiedy wciąż prowadzi – kampanię wysiedlania i prześladowania religijnych czy etnicznych mniejszości i praktycznie żaden europejski naród nie jest wolny od takich wydarzeń.

I.

Mimo że termin „czystki etniczne” jest współcześnie powszechnie używany, niejasne pozostają jego bezpośrednie pochodzenie i dokładne znaczenie.

Pojęcie to jest dosłownym tłumaczeniem serbsko-chorwackiego (chorwacko-serbskiego) wyrażenia *etničko èišćenje*, które swoje źródło ma najprawdopodobniej w słowniku militarnym. Żołnierze, mówiąc o ostatecznej fazie walk, używali określenia „oczyszczać terytorium” (*ciscenje prostor* albo *ciscenje terena*) – chodzi o ostateczne usunięcie wroga z zajmowanego obszaru. W języku serbsko-chorwackim słowo *cist*, tak jak „czysty” w języku polskim, oznacza „niezabrudzony”, „bez zanieczyszczeń”, ale także „zawierający składniki sobie tylko właściwe, z niczym niezmieszany, wolny od zniekształceń”².

Taką etymologię sformułowania potwierdza fakt, że *etničko èišćenje* było rzeczywiście elementem słownika Jugosłowiańskiej Armii Narodowej (JNA) i oznaczało działania zmierzające do usunięcia Chorwatów i bośniackich muzułmanów z terytorium zdobytego i zajętego przez Serbów³. Epitet „etniczny” został dodany do określenia wojskowego, ponieważ przeciwnikami, z których należało „oczyścić” terytorium, byli przedstawiciele innych grup etnicznych⁴.

Podobną konstrukcję termin „czystki etnicznej” ma we wszystkich językach indoeuropejskich. W języku angielskim używa się określeń *ethnic cleansing*, *ethnic purification* lub *ethnic purges*, w języku francuskim *la purifi-*

² Słownik języka polskiego PWN, hasło: „czysty”, <www.sjp.pwn.pl>, dostęp: 01.09.2010.

³ J. Jackson Preece, *Ethnic Cleansing as an Instrument of Nation – State Creation: Changing State Practices and Evolving Legal Norms*, „Human Rights Quarterly” 1998 (20), s. 820.

⁴ D. Petrović, *Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology*, „European Journal of International Law” 1994 (5), s. 343.

cation ethnique, nettoyage ethnique i épuration ethnique, w języku hiszpańskim *limpieza étnica* lub *depuración étnica*. W dokumentach Rady Bezpieczeństwa w poszczególnych językach określenia te traktowane są synonimicznie.

Trudno dokładnie ustalić, kto pierwszy zastosował omawiane określenie. W zachodniej prasie pojawiło się ono w doniesieniach z Jugosławii w lipcu 1991 r. – w Polsce zaczęto go używać w połowie 1992 r., także w formie „czyszczenie etniczne”⁵.

Wcześniej jednak słowo „czystka” używane było jako określenie związane z eliminacją wrogów politycznych – mówiono na przykład o *chistkach* (stalinowskich) w Związku Radzieckim. W nazistowskich Niemczech natomiast ukuto podobny znaczeniowo termin *völkische Flurbereinigung* (dosłownie „ludowe porządkowanie gleby”), wykorzystujący pojęcia *völkisch* – „ludowy”, „etniczny” i *Flurbereinigung* – „komasacja” jako przenośnię oznaczającą „porządkowanie ziemi”, „oczyszczanie gleby”, z obcych etnicznie jednostek⁶. Innym analogicznym niemieckim terminem było *Judenrein* – „wyczyszczony z Żydów”.

Od początku lat dziewięćdziesiątych XX w. pojęcie „czystki etniczne” wkroczyło na stałe do oficjalnego języka dyplomacji i prawa międzynarodowego. Rada Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych użyła go po raz pierwszy w rezolucji z 13 sierpnia 1992 r., stwierdzając:

Rada Bezpieczeństwa (...) surowo potępia wszelkie naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego, włącznie z tymi związanymi z praktyką „czystek etnicznych”⁷.

Podobne stanowisko zajęło Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w rezolucji z 25 sierpnia 1992 r.⁸

⁵ Np. *Serbskie obietnice a praktyka*, „Gazeta Wyborcza” nr 167, wydanie z 17.07.1992, s. 6; *Krwawe otwieranie drogi*, „Gazeta Wyborcza” nr 191, wydanie z 14.08.1992, s. 9; *Wojna będzie trwać*, „Rzeczpospolita”, wydanie z 18.05.1993, s. X1.

Jeszcze na początku lat osiemdziesiątych XX w. Serbowie używali tego terminu w celu opisania sposobu, w jaki kosowscy Albańczycy traktowali ludność serbską. Pierwszym politykiem, który wykorzystał sformułowanie *etničko èiṣṣenje* był, prawdopodobnie, Slobodan Milošević który w kwietniu 1987 r. w przemówieniu wygłoszonym w Kosowym Polu mówił o „usprawiedliwionej i możliwej do realizacji potrzebie (stworzenia) etnicznie czystego Kosowa” (*The request for an ethnically clean Kosovo is justified and possible*; W. Safire, *Political Dictionary*, Nowy Jork 2008, s. 222). Samego terminu *èiṣṣenje* używał już w 1942 r. Stevan Moljević, doradca Draży Mihajlovicia, który popierał „Wielką Serbię”, „oczyszczoną” z „niepożądanych elementów”, takich jak muzułmanie czy Albańczycy.

⁶ N. M. Naimark, *Fires of Hatred: Ethnic Cleansing in Twentieth-Century Europe*, Cambridge 2001, s. 4.

⁷ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych z 13 sierpnia 1992 r., S/RES/771/1992.

⁸ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 25 sierpnia 1992 r., A/RES/46/242.

Na podstawie definicji sformułowanych w doktrynie⁹ i oficjalnych dokumentach ONZ¹⁰, a także w orzecznictwie MTS¹¹, można wskazać cechy szczególne „czystki etnicznej”: (1) jej systematyczny charakter, (2) zaangażowanie lub co najmniej przyzwolenie władz – przez bezpośrednie wsparcie w praktyce bądź przez zaniechanie prewencji, (3) nakierowanie przeciwko szczególnym grupom czy jednostkom wyróżnionym przez wzgląd na ich cechy etniczne, narodowościowe, religijne i tym podobne, niezależnie od statusu osoby

⁹ M.in. D. Petrović, op. cit., s. 351; M. Roux, *A propos de la purification ethnique en Bosnie-Herzégovine*, „Hérodote” (1992), s. 52; M. Roux, *Lo scenario bosniaco: Pulizia etnica e spartizione territoriale*, „Limes. Rivista italiana di geopolitica” 1993 (1), s. 30; E. Markusen, *Ethnic Cleansing and Genocide*, [w:] *Encyclopedia of Genocide Vol. 1*, red. I. W. Charney, Santa Barbara 1999, s. 215; G. J. Andreopoulos, *Ethnic Cleansing*, w: *Encyclopedia Britannica Online*, <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/194242/ethnic-cleansing>>, dostęp: 22.09.2010; A. Bell-Fialkoff, *A Brief History of Ethnic Cleansing*, „Foreign Affairs” 1992–1993 (110), s. 110, a także A. Bell-Fialkoff, *Ethnic Cleansing*, Nowy York 1999, s. 3; oraz J. Semelin, *Analysis of a Mass-Crime. Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia (1991-1999)*, [w:] *Spectre of Genocide: Mass Murder in a Historical Perspective*, red. B. Kiernan, R. Gellately, Cambridge 2003, s. 353–370.

¹⁰ W oficjalnych dokumentach Narodów Zjednoczonych pojawiają się odniesienia do czystek etnicznych jako „odrażającej polityki.” (*abhorrent policy*), polegającej na „tworzeniu etnicznie jednorodnej przestrzeni przy użyciu siły lub zastraszenia, służących usunięciu z terytorium osób z danej grupy” (Rezolucje Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych: z 16 listopada 1992 r. S/RES/787/1992; z 25 maja 1993 r. S/RES/827/1993; p. też *Interim Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, 9 lutego 1993, S/25274/1993, ust. 55; *The Policy of Ethnic Cleansing*. Aneks IV do Końcowego Raportu Komisji Ekspertów, sygn. S/1994/674, Add.2, s. 3), oraz jako „celowej polityki, zaprojektowanej przez jedną grupę etniczną lub religijną dla usunięcia z określonych obszarów geograficznych – z użyciem przemocy lub środków terrorystycznych – cywilnej ludności, należącej do innej grupy etnicznej lub religijnej” (*The Policy of Ethnic Cleansing*. Aneks IV do Końcowego Raportu Komisji Ekspertów, sygn. S/1994/674, Add.2, s. 33).

Tadeusz Mazowiecki, Specjalny Sprawozdawca ONZ w Bośni i Hercegowinie, w swoich raportach definiował czystki jako „dokonywaną przez grupę etniczną, sprawującą kontrolę nad danym terytorium, eliminację członków innej grupy etnicznej” (Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ z 17 listopada 1992 r., UN Doc. A/47/666- S/24809 (1992)). Jego zdaniem, czystki etniczne mogą być „utożsamiane z systematycznym eliminowaniem ludności cywilnej, opartym na kryterium etnicznym, w celu zmuszenia jej do opuszczenia terytorium, na którym żyje” (Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ z 21 lutego 1994 r. U.N. Doc. E/CN.4/1994/110).

Omawiany termin pojawia się również w tak zwanej Deklaracji Wiedeńskiej z 15 czerwca 1993 r. Światowa Konferencja Praw Człowieka nie zdefiniowała, co prawda tego pojęcia, ale wyraziła swój „niepokój w związku z masowymi naruszeniami praw człowieka, szczególnie w formie ludobójstwa, »czystek etnicznych« i systematycznych zgwałceń kobiet w czasie wojny, powodującymi masowy exodus uchodźców i osób wysiedlonych”. „Silnie potępiając te praktyki”, powtórzono wezwanie do ukarania ich sprawców i natychmiastowego powstrzymania takich działań Trzeba zwrócić uwagę, że Światowa Konferencja odbywała się w czasie kulminacji konfliktu na Bałkanach.

¹¹ Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w sprawie zastosowania konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa przyjął definicję Rady Bezpieczeństwa. Analizując wzajemny stosunek „czystek etnicznych” i „ludobójstwa” stwierdził jednak, że „pojęcie »czystek etnicznych« nie ma samo w sobie żadnego prawnego znaczenia”, Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 26 lutego 2007 r. w sprawie zastosowania konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa, Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze, ustęp 190; dostępny na stronie Trybunału <http://www.icj-cij.org/>, 15.09.2010.

cywilnej czy kombatanta, (4) osoby popierające politykę czystek nie respektują międzynarodowego prawa humanitarnego, niezależnie od swoich formalnych zobowiązań, (5) czystka przyjmuje różnorodne formy, od dyskryminacji administracyjnej i ekonomicznej do eksterminacji całej grupy¹². Co może być zaskakujące, za element konstytutywny nie można uznawać towarzyszącego zwykle czystkom umyślnego użycia przemocy¹³.

Wspólną cechą wszystkich działań, które określamy mianem „czystek etnicznych”, jest cel, do którego zmierzają. Mówi się często o „polityce” czystek. W tym znaczeniu poszczególne zachowania składają się na kompleksowy system, są elementami obszernego planu¹⁴. Specjalny Sprawozdawca ONZ twierdził nawet, że czystki etniczne w Bośni i Hercegowinie „nie są konsekwencją wojny, ale jej celem”¹⁵. Podobnie można scharakteryzować wydarzenia w Rwandzie czy w Sudanie, gdzie pod pretekstem prowadzenia konfliktu zbrojnego dochodziło do masakr na tle narodowościowym i etnicznym.

Jak zauważa D. Petrović, „cel polityki czystek może być zdefiniowany zarówno na poziomie lokalnym (zastraszanie, poniżenie, terroryzowanie „innej” społeczności, przejmowanie efektywnej kontroli nad danym terytorium), jak i na poziomie globalnym (nieodwracalne zmiany w strukturze demograficznej, tworzenie etnicznie jednorodnych regionów, osiągnięcie przez szczególną grupę w dalszych negocjacjach politycznych korzystniejszej pozycji, bazującej na logicznym podziale terytorium według linii etnicznych). Ostatecznym celem może być również usunięcie pewnej grupy z danego terytorium, połączone z eliminacją wszelkich fizycznych śladów jej obecności”¹⁶, włącznie ze zniszczeniem pomników i miejsc kultu.

Głównym celem czystek etnicznych jest jednak stworzenie jednorodnego etnicznie obszaru, a usuwanie ludności jest jedynie środkiem do tego celu prowadzącym¹⁷. Czystki dotyczą bezpośrednio ludności, ale rzeczywistą stawką jest terytorium – można uznać, że w tym sensie czystki etniczne są instrumentem tworzenia państw narodowych¹⁸.

Jak już wspomniano, czystki etniczne w praktyce mogą przybierać różne formy. Istnieją przykłady zarówno czystek etnicznych przeprowadzonych gwałtownie i *en masse*, jak i stopniowych, rozłożonych w czasie. Działania te zazwyczaj mają miejsce wówczas, gdy o dane terytorium toczy się walka i rewizja granic jest realną i natychmiast osiągalną możliwością, to znaczy

¹² D. Petrović, op. cit., s. 352.

¹³ Por. M. J. Calic, *Ethnic Cleansing and War Crimes, 1991–1995*, <www.cla.purdue.edu>, dostęp: 15.03.2009; por. M. Mann, *The Dark – Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge 2004, s. 20.

¹⁴ D. Petrović, op. cit., s. 349.

¹⁵ Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ z 27 października 1992 r., E/CN.4/1992/S-1/10 at. 3, s. 6.

¹⁶ D. Petrović, op. cit., s. 350.

¹⁷ A. Bell-Fialkoff, op. cit., s. 110.

¹⁸ J. Jackson Preece, op. cit., s. 818.

w czasie konfliktów zbrojnych (zarówno wewnętrznych, jak i międzynarodowych), okupacji oraz w następstwie zawieszenia broni¹⁹. Wojna stanowi jednak często zasłonę dla polityki czystek, oferując możliwość użycia i siły, i usprawiedliwienie dla sprawców²⁰.

Czystki etniczne mogą jednak zaistnieć również w czasie pokoju (przybierając formy „przymusu instytucjonalnego”). Niejednokrotnie tworzone były dwustronne lub wielostronne umowy o wymianie ludności. Najczęściej zawiera się je po zawieszeniu broni w celu zabezpieczenia istniejącego podziału terytorialnego²¹.

¹⁹ Ibidem, s. 821-822.

²⁰ S. Straus, *The Order of Genocide: Race, Power, and War in Rwanda*, Ithaca 2006, s. 7, [za:] N. Naimark, *Ethnic Cleansing*, <www.massviolence.org>, dostęp: 23.09.2010.

²¹ Po I wojnie światowej czystki etniczne – określane wówczas „przesiedlaniem ludności” – były widziane jako środek rozwiązania narodowych sprzeczności i rozbieżności, „uzgodnienie” narodowych granic z etniczną kompozycją populacji wewnątrz nich. Mniejszości narodowe, które pozostały poza granicami swojego etnicznego państwa narodowego, mogły być „po prostu” przesiedlone. Europejskim politykom wydawało się, że jest w mocy rządów zalegalizowanie obowiązkowych transferów ludności przez zwykłą umowę, niezależnie od ludzkich kosztów. W ten sposób rodziły się nowe państwa narodowe.

Traktat lożański z 1923 roku, kończący wojnę turecko-grecką, przewidywał wymianę ludności między tymi dwoma państwami i ustanawiał dwustronną Komisję, która miała administrować wymianą i zapewnić, że te przymusowe ruchy będą prowadzone w sposób „uporządkowany i ludzki”. Całość transferu nadzorowała Liga Narodów, a przesiedlanym miały być zapewnione rekompensaty za pozostawioną własność. Podczas gdy kilku znaczących mężów stanu, wśród nich Lord Curzon, potępiło przesiedlenia w związku z wynikającymi z nich licznymi społecznymi i ekonomicznymi problemami, „większość stopniowo okazywała szczególną euforię wynikającą z łatwości rozwiązania” problemu różnorodnych etnicznie społeczności, któremu przesiedlenia miały sprostać.

Największą mieszaninę grup etnicznych stanowił jednak w tym okresie ZSRR. W latach 1930 – 1940 przeprowadzano akcję w stosunku do „ludów ukaranych”. „Winą” około 3–4 milionów osób, przesiedlonych z rodzinnych stron w głąb Rosji – do Kazachstanu albo na Syberię, była ich przynależność do narodu uznanego za „podejrzany” lub oskarżanego przez stalinowskie władze o „postawę antysocjalistyczną”. Polityka deportacji dotknęła m.in. 10 000 Finów z Karelii, ogółu (171 000) Koreańczyków przesiedlonych z Dalekiego Wschodu do Kazachstanu, niemieckiej ludności z Ukrainy, znad Donu i Wołgi, Polaków, Bałtów, Bałkarów, Karaczajców i Kałmuków, Czeczenów i Inguszy, Tatarów krymskich, wreszcie Turków, Kurdów i Klemszynów.

Po II wojnie światowej konstruktorzy powojennej Europy zaproponowali rozwiązanie problemu mniejszości nie przez nowe rysowanie granic ani przez kolejną próbę zagwarantowania praw mniejszości (czego próbowano w 1919 r. z niezadowolającym rezultatem), ale raczej przez wyrugowanie mniejszości jako takich. Oczywiście, każdy taki program tworzył problemy z humanitarnego punktu widzenia, ale sądzono, że przejściowy dyskomfort i przemieszczenie będą niezbyt wysoką ceną za przyszły pokój i stabilizację. Traktat lożański stał się wzorem dla nowych rozwiązań. Na konferencji w Poczdamie podjęto decyzję o największej czystce w historii – przeniesieniu od 10 do 14 milionów Niemców ze wschodniej Europy.

Przesiedlenia po II wojnie światowej dotknęły nie tylko Niemców. W 1946 r. Czechosłowacja i Węgry dokonały wymiany swojej ludności. Podobna wymiana, choć na znacznie większą skalę, odbyła się na mocy tak zwanych układów republikańskich z 1944 r. – dokonano repatriacji osób narodowości polskiej posiadających polskie obywatelstwo z obszarów wschodnich Polski międzywojennej, natomiast ludność litewską, białoruską i ukraińską repatriowano do odpowiednich republik radzieckich.

Na podstawie analizy dotychczasowych wydarzeń, określanych mianem czystek etnicznych – od prześladowań Ormian na przełomie XIX i XX w., przez przesiedlenia Niemców po II wojnie światowej, do najnowszych wydarzeń w Kirgistanie – można wskazać różnorodne środki, służące do osiągnięcia rezultatu w postaci jednorodnego etnicznie obszaru. Wyróżnia się metody administracyjne (mówi się o „biurokratycznym wymiarze czystek etnicznych”), inne sposoby nie związane bezpośrednio z użyciem przemocy, środki „terroryzujące” oraz środki wojskowe.

Formą czystek jest „przymus instytucjonalny”. W łagodniejszej wersji chodzi o propagowanie stereotypów, w skrajniejszych przypadkach dochodzi do segregacji w szkołach czy miejscach publicznych albo nawet tworzenia gett. Instytucje publiczne mogą wywierać tak silny nacisk na grupę obcą etnicznie, że ulega ona całkowitej asymilacji. Działania takie jak zakaz używania własnego języka w szkołach i urzędach, zakaz wyznawania określonej religii czy urzędowa zmiana nazwisk, mimo że przymusowe, są jednak zgodne z literą prawa i co do zasady nie łączą się z przemocą fizyczną. Jako przykłady można wskazać politykę dziewiętnastowiecznych Prus, polegającą na przymusowej germanizacji polskich szkół i urzędów, zmierzającą do wyeliminowania polskiej kultury, a także zmuszenie etnicznych Turków do zmiany nazwisk na bułgarskie odpowiedniki w czasie „kampanii asymilacyjnej”, prowadzonej przez rząd bułgarski w latach osiemdziesiątych XX w.

Innym charakterystycznym zjawiskiem w tej kategorii jest osadnictwo „właściwej” ludności, czyli tak zwane „odwrotne czystki etniczne” (*reverse ethnic cleansing*). Miały one miejsce na przykład w Saharze Zachodniej, Timorze Wschodnim czy Tybecie, gdzie władze „przeszczepiały” odpowiednio Marokańczyków, Indonezyjczyków i Chińczyków. W praktyce „napełnienie” obszaru ludnością „właściwą” i wydalenie tej „niepożądaney” często idą w parze, jak obrazują to działania rządu Saddama Husseina polegające na usuwaniu mniejszości etnicznych (głównie Kurdów) z północnego Iraku (regionów bogatych w ropę naftową), któremu towarzyszyło osadnictwo Arabów w związku z polityką tak zwanej „arabizacji”²².

Inne środki nie związane z użyciem przemocy fizycznej, niemieszczące się jednak w granicach prawa, to, między innymi, wykorzystywanie lokalnych mediów do podsycania strachu i nienawiści, telefony z pogrózkami, włącznie z grożeniem śmiercią, publikowanie spisów obywateli uwzględniających ich etniczne pochodzenie.

Wśród „środków terroryzujących”, stosowanych zarówno przez żołnierzy, jak i uzbrojonych cywilów, wyróżnić można kradzieże, zastraszanie na ulicach, masowe deportacje, zatrzymywanie i poniżające bądź nieludzkie traktowanie cywilów, przenoszenie ich do więzień i obozów²³, ostrzeliwanie wy-

²² E. Haslam, *Population, Expulsion and Transfer*, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <www.mpepil.com>, dostęp: 21.03.2009.

²³ Np. obozy filtracyjne w Czeczenii, w czasie konfliktu rosyjsko-czeczeńskiego początkowo tworzone przez Rosjan w celu określenia politycznej tożsamości pojmanych uczestników

branych celów cywilnych, niszczenie zabytków, miejsc pochówku, masowe przesiedlenia ludności i dyskryminowanie uchodźców, podkładanie bomb lub wzniesienie pożarów w domach i sklepach. Wśród tych ostatnich szczególnie niszczenie domów wydaje się skutecznym narzędziem powstrzymania niechcianej ludności od powrotu do miejsca pochodzenia.

Do kategorii „środków terroryzujących” zalicza się także przemoc seksualną, szczególnie wobec kobiet. Kobiety są często odseparowywane od mężczyzn i umieszczane w ośrodkach internowania albo przenoszone na inne terytorium. Szacuje się, że podczas konfliktu w byłej Jugosławii 20 000 kobiet było ofiarami przemocy seksualnej – w formie tortur lub gwałtu. Zdaniem niemieckiego badacza wojen, Herfrieda Winklera, „walczące strony w Jugosławii wystrzegały się dokonywania mordów na masową skalę, obawiając się reakcji zagranicy. W tej sytuacji uznano, że »dobłą metodą« na dokonanie czystek etnicznych jest właśnie gwałt. Stosując tę taktykę, nie zostawia się masowych grobów, które w przyszłości ktoś mógłby odkryć, a ofiary najczęściej milczą, nie chcąc mówić o swoim upokorzeniu”²⁴. Jeżeli zgwałcona kobieta zachodziła w ciążę, była przetrzymywana w obozie do czasu porodu, po którym odbierano jej dziecko jako potomka własnej grupy etnicznej. Rozważając znaczenie tego środka jako metody przeprowadzenia czystek etnicznych, trzeba brać pod uwagę, że zgwałcenie nie tylko stygmatyzuje ofiarę i jej rodzinę, ale podważa tożsamość etniczną i cały system społeczny, szczególnie w grupach, gdzie status mężczyzny jest powiązany z jego seksualnością, a kobietę uważa się za „własność”²⁵.

Do środków związanych *stricto* z działaniami wojskowymi należy zaliczyć przeprowadzanie egzekucji bez procesu, umyślne zabijanie i torturowanie znaczących obywateli, takich jak przywódcy religijni, liderzy polityczni, intelektualści, policjanci, członkowie elit gospodarczych. Wskazać można również oblężenie miast i wsi, umyślne zatrzymywanie pomocy humanitarnej,

walk, następnie umieszczano w nich także ludność cywilną. Aresztowani cywile z takich obozów często byli wymieniani na żołnierzy rosyjskich, przetrzymywanych jako jeńcy wojenni. W niektórych przypadkach aresztowane osoby cywilne, w tym kobiety i dzieci, były wykorzystywane jako „ludzkie tarcze” (zob. red. K. Łoziński – Amnesty International, *Bezprawie, Przemoc, Bezkarność. Federacja Rosyjska wraz z Republiką Czeczenii w dokumentach*, Warszawa 2000, s. 51–52).

²⁴ M. Szymaniak, *Gwałty jako taktyka wojenna*, „Rzeczpospolita”, wydanie z dn. 20.06.2008.

²⁵ M. J. Calic, op. cit.

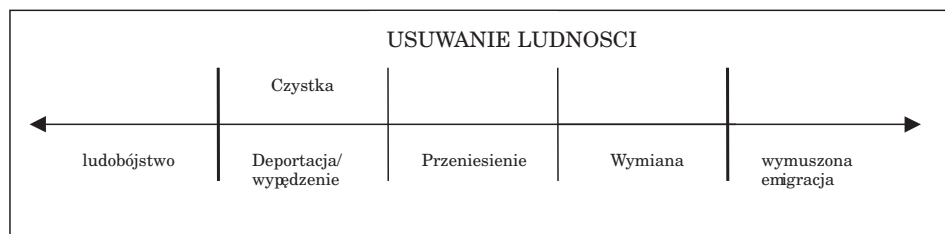
Z tych powodów Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii uznał zgwałcenie za zbrodnię w świetle zwyczajowego prawa międzynarodowego (zob. wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii 12 czerwca 2002 r., *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, and Zoran Vukovic, Appeals Chamber*, IT-96-23&23/1).

Podobne stanowisko zajął MTK ds. Rwandy. Jednym z najokrutniejszych przykładów systematycznej przemocy seksualnej wobec kobiet był projekt rwandyjskiej minister ds. rodziny i kobiet (*sic!*), Pauline Nyiramasuhuko, która wydała Interahamwe – bojówkom Hutu – rozkaz gwałcenia kobiet Tutsi. Okrucieństwo potęguje fakt, że liczni żołnierze byli chorzy na AIDS (zob. akt oskarżenia przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym dla Rwandy, *Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko*, ICTR-97-21-AR72).

umyślne ostrzeliwanie celów cywilnych, akcje odwetowe przeciwko cywilnym celom i ludności, wykorzystywanie cywilów jako „żywych tarcz”, ataki na obozy uchodźców. Trzeba przy tym wyraźnie podkreślić, że wiele czystek etnicznych było i jest przeprowadzanych nie przez regularną armię rządową, ale przez nieregularne oddziały cywilów – działo się tak między innymi w Rwandzie.

Najczęściej jako czystki etniczne rozumie się jednak przymusowe przesiedlenia ludności (*forced population transfer*). Ujęcie tego drugiego zjawiska jako przestępstwa międzynarodowego jest dość nowe. Stanowi ono odpowiedź na obawy, które pojawiły się przy okazji konfliktu w byłej Jugosławii, że niektóre praktyki o charakterze czystek etnicznych mogą wykroczyć poza ramy istniejącego prawa międzynarodowego. Podkomisja do Spraw Zapobiegania Dyskryminacji i Ochrony Mniejszości zaleciła stworzenie aktu, który penalizowałby niedobrowolne przesiedlenia ludności. Efektem prac był *Projekt Deklaracji dotyczącej Przemieszczeń Ludności i Wprowadzania Osadników*²⁶, stanowiący załącznik do końcowego raportu Specjalnego Sprawozdawcy Komisji Praw Człowieka ONZ, A. S. Al-Khasawneha, *Freedom of Movement*.

Utożsamianie czystek z przesiedleniami budzi jednak wątpliwości. Niektórzy autorzy podnoszą, że „czystki etniczne są podobne do przymusowego przeniesienia ludności, ale łączą się z dodatkowym elementem, jakim jest użycie »przemocy inspirującej terror« (*terror-inspiring violence*)”²⁷. Dlatego warto przytoczyć pogląd A. Bell-Fialkoffa, który sytuje czystki na osi obrazującej „usuwanie ludności” pomiędzy „przeniesieniem” a „ludobójstwem”, a na równi z deportacją, wypędzeniem. Oznacza to, że dla nazwania danych zdarzeń czystką wymaga się czegoś więcej, niż samego przesiedlenia ludności. A. de Zayas stwierdza, że czystki są „rasistowskim i okrutnym narzędziem (...) eufemistycznie nazywanym »przemieszczaniem ludności«”²⁸.



Rysunek 1. Usuwanie ludności, [za]: A. Bell- Fialkoff, *Ethnic Cleansing*, Nowy Jork 1999, s. 4.

²⁶ A. S. Al-Khasawneh, *Draft Declaration on Population Transfer and the Implantation of Settlers*, Annex II, E/CN.4/Sub.2/1997/23.

²⁷ M. Ch. Bassiouni, P. Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia*, Nowy Jork 1995, s. 608, [za:] P. Bouckaert, *Claims in Conflict: Reversing Ethnic Cleansing in Northern Iraq*, <http://www.hrw.org/en/reports/2004/08/02/claims-conflict>, dostępny 15. 09. 2010.

²⁸ *Anglo-American Responsibility for the Expulsion of the Germans, 1944–48*, [w:] S. B. Vardy, A. Vardy, H. Tooley, *Ethnic Cleansing in 20th Century Europe*, Nowy Jork 2000, s. 251.

Z drugiej strony wydaje się, wbrew twierdzeniom niektórych autorów²⁹, że czystki są „czymś mniej” niż ludobójstwo.

Analizując wzajemny stosunek tych pojęć, należy zwrócić uwagę na dwa aspekty definicji ludobójstwa, sformułowanej w *Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa*³⁰. Po pierwsze, sprawcom musi towarzyszyć zamiar zniszczenia grupy, a więc powinni oni mieć plan, projekt takiego zniszczenia. Po drugie, definicja nie wymaga zabicia wszystkich członków danej społeczności, chociaż nie precyzuje, co oznacza zniszczenie grupy „w części”. Wydaje się, że „wyniszczenie »w części« może oznaczać destrukcję znacznej (w stosunku do całości) liczby członków grupy albo znaczącej części grupy, takiej jak jej przywódcy”³¹.

Przy okazji najokrutniejszych konfliktów – w Bośni i Hercegowinie, Rwandzie, Sudanie, w komentarzach określenia ‘czystki etniczne’ i ‘ludobójstwo’ pojawiały się równolegle. Helsinki Watch³² było pierwszą organizacją pozarządową, która uznała wydarzenia na terytorium byłej Jugosławii, określone mianem ‘czystek’, za ludobójstwo³³. W Rezolucji 47/121 z 18 grudnia 1992 r. Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych bardzo wyraźnie zadeklarowało, że „okrutna polityka »czystek etnicznych« stanowi formę ludobójstwa”³⁴.

Istotne znaczenie ma również fakt, że ludobójstwo zostało uwzględnione w artykule 4 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii jako część jego jurysdykcji *ratione materiae*, co może wskazywać na początkową tendencję uznawania polityki czystek za postać ludobójstwa.

Obydwa terminy pojawiły się również w rozstrzyganej przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości sprawie *Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze*, w której skarżąca domagała się zastosowania *Konwencji o ludobójstwie*. Wydaje się nawet, że w orzeczeniu z 8 kwietnia 1993 r., dotyczącym zastosowania tymczasowych środków zapobiegawczych, Trybu-

²⁹ R. Blum, G. H. Stanton, S. Sagi, E. D. Richter, □*Ethnic cleansing*’ bleaches the atrocities of genocide, „European Journal of Public Health” 2007, s. 211 – autorzy postulują eliminację pojęcia czystek etnicznych z oficjalnego języka, ponieważ „wybiela okrucieństwo ludobójstwa”.

³⁰ *Konwencja z dnia 9 grudnia 1948 roku w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa*, Dz. U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9; dalej zwana również *Konwencją w sprawie ludobójstwa*.

³¹ B. Whitaker, *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 2 lipca 1985, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, pkt. 16.

Podobne stanowisko zajął MTK dla byłej Jugosławii w wyroku z 3 września 2001 r. w sprawie *Prosecutor v. Sikirica*, IT-95-8, ust. 84 i n., stwierdzając, że „wyniszczenie »w części« może oznaczać, że (...) sprawca wyniszcza znaczącą część grupy, tj. taką, bez której grupa nie przetrwa, np. osoby wykształcone lub samych mężczyzn, jeśli w grupie panuje struktura patriarchalna”.

³² Obecnie Human Rights Watch.

³³ I. Nizich – Human Rights Watch, *War Crimes in Bosnia and Herzegovina*, A Helsinki Watch Report, Nowy Jork – Waszyngton 1992.

³⁴ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 18 grudnia 1992 r., A/Res/47/121.

nał skłaniał się ku stwierdzeniu, że czystki etniczne dokonane na bośniackich muzułmanach stanowią ludobójstwo³⁵.

Zauważając, że zachowania określane jako ‘czystki’ i ‘ludobójstwo’ przybierają podobne formy, nie można jednak nie zwrócić uwagi na odmienny zamiar, jaki im towarzyszy. W obu przypadkach chodzi o „wyeliminowanie innej grupy etnicznej” – jednak „ludobójstwo to akt polegający na zniszczeniu tej grupy jako takiej, gdy tymczasem w czystce etnicznej chodzi o ujednolicenie pod względem etnicznym populacji danego terytorium przez masową brutalną eksterminację, czy też przez przymusowe wysiedlenie owej grupy lub grup”³⁶. Zamiarem czystek jest usunięcie ludzi – i często wszelkich ich śladów – z konkretnego terenu. W. A. Schabas podkreśla, że „czystki etniczne nigdy nie mogą być ludobójstwem, ponieważ zamiarem ich sprawców jest pozbycie się (*drive out*) populacji, podczas gdy szczególnym zamiarem sprawców ludobójstwa jest zniszczenie (*destroy*) tej populacji”³⁷. J. Semelin podnosi, że „ludobójstwo pociąga za sobą takie samo destruktywne *continuum*, co czystki etniczne, ale można je wyraźnie rozróżnić. Ich poszczególne stadia są rzeczywiście nakierowane na wykorzenienie. Jednakże w przypadku czystek etnicznych wyjazd lub uciezka docelowej populacji są nadal możliwe, podczas gdy w przypadku ludobójstwa wszystkie drogi [odwrotu] są zamknięte”³⁸. Z kolei Bernard Bruneteau dodaje, że „[czystki] są zamierzone i zaplanowane, a zwiększona umiarkłość z nich wynikająca nie jest już zamierzona i zaplanowana, ale jest efektem ubocznym, przynajmniej teoretycznie”³⁹.

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w sprawie zastosowania *Konwencji o zapobieganiu i karaniu ludobójstwa* orzekł, że czystki etniczne (rozumiane w danym przypadku jako przymusowe przemieszczenia ludności) mogą być uznane za formę ludobójstwa w rozumieniu *Konwencji* tylko wtedy, gdy zaliczają się do jednej z kategorii czynów zakazanych przez artykuł II *Konwencji*. „Deportacja albo przemieszczenie członków grupy, nawet osiągnięte za pomocą siły, niekoniecznie są równoważne zniszczeniu tej grupy, takie zniszczenie nie jest też automatyczną konsekwencją przemieszczenia”⁴⁰.

³⁵ Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 8 kwietnia 1993 r., *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze. Request for the indication of provisional measures*, ust. 50. Zob. także J. Quigley, *The International Court of Justice as a Forum for Genocide Cases*, materiał przygotowany w ramach Frederick K. Cox International Law Center, Case Western Reserve School of Law, ‘To Prevent and Punish: A Conference commemorating the 60 Anniversary of the Genocide Convention’ 2007, dostępny na stronie Social Science Research Network Electronic Paper Collection, <<http://ssrn.com/abstract=1017825>>, dostęp: 22.02.2010.

³⁶ J. Nowakowska-Małusecka, *Odpowiedzialność karna jednostek za zbrodnie popełnione w byłej Jugosławii i Rwandzie*, Katowice 2000, s. 26.

³⁷ W. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge 2000, s. 364.

³⁸ J. Semelin, *What is Genocide?*, „European Review of History” 2005, s. 81–89.

³⁹ B. Bruneteau, *Wiek ludobójstwa*, Warszawa 2005, s. 171.

⁴⁰ Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 26 lutego 2007 r., *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze*, ust. 190.

Jak zauważył Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii, chociaż są „oczywiste podobieństwa pomiędzy polityką ludobójstwa a polityką znaną jako »czyszczenie etniczne«⁴¹, trzeba jednakże „wyraźnie rozgraniczyć fizyczne zniszczenie a zwykły rozpad grupy. Samo wypędzenie grupy albo jej części nie jest wystarczające do ludobójstwa⁴², „przymusowe przesiedlenia same w sobie nie stanowią aktu ludobójczego⁴³.

Odróżnienie dwóch omawianych pojęć wydaje się istotne ze względu na fakt, że – w przeciwieństwie do ludobójstwa – pojawienie się czystek etnicznych nie pociąga za sobą ścisłej międzynarodowej odpowiedzialności. Czystki mogą być kwalifikowane jako wiele różnych zbrodni, które – oddzielnie – wymagałyby indywidualnej odpowiedzialności międzynarodowej jako zbrodnie międzynarodowe w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Wydać się także, że ze względu na ciężar pojęcia ‘ludobójstwo’ i zbrodni, które oznacza, dla niektórych zdarzeń potrzebne są określenia alternatywne – jak na przykład ‘czystki etniczne’, aby uniknąć „rozmycia” tego pierwszego pojęcia i wrzucenia go do jednego worka ze wszystkimi rodzajami masakr niewinnych ludzi.

W powszechnym rozumieniu czystki etniczne przybierają przede wszystkim formę przymusowych wysiedleń i innych sposobów użycia przemocy, rzadziej utożsamiane są z ludobójstwem. W publicystyce (i propagandzie) da się jednak zaobserwować dewaluację tego pojęcia. Na przykład źródła serbskie

⁴¹ Wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii z 2 sierpnia 2001 r., *Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, ust. 562.

⁴² Wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii z 31 lipca 2003 r., *Prosecutor v. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, ust. 591.

⁴³ Wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii z 19 kwietnia 2004 r., *Prosecutor v. Radislav Krstić, Appeals Chamber*, IT-98-33-A, ust. 37.

W rozważaniach dotyczących zdobycia miasta Kozarac przez bośniackich Serbów, trybunał jugosłowiański opisał czystki etniczne, które miały tam miejsce, jako proces „przeprowadzenia obławy” i wypędzenia całej nie-serbskiej populacji (Wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii z 2 sierpnia 2001 r., *Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, ust. 562). Trybunał wskazał podobieństwa pomiędzy aktami ludobójstwa i czystkami etnicznymi, zauważając, że jedno i drugie są skierowane przeciwko jednostkom w związku z ich przynależnością do grupy etnicznej. Podkreślił jednak, że znaczącą różnicą jest to, iż czystki zmierzają do zmuszenia danej grupy do ucieczki, podczas gdy ludobójstwo ma na celu fizyczne zniszczenie. Tę odmienną wskazał także w sprawie wydarzeń w dolinie Lašva, komentując, iż „zabójstwo muzułmańskich cywilów miało na celu przede wszystkim wypędzenie grupy z wioski, a nie zniszczenie całej muzułmańskiej grupy. Dlatego stanowi przykład prześladowania, nie ludobójstwa” (Wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii z 14 stycznia 2000 r., *Prosecutor v. Kupreskic and others*, IT-95-16-T).

Z kolei trybunał haski przy okazji analizowania odmienności między ‘czystkami’ a ‘ludobójstwem’ stwierdził, iż „jest oczywiste, że akty »czystek etnicznych« mogą pojawiać się równolegle do czynów zakazanych przez artykuł II *Konwencji* i mogłyby wskazywać obecność szczególnego zamiaru (*dolus specialis*) inspirującego te czyny” (Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 26 lutego 2007 r., *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze*, ust. 190. Zob. też podobnie Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 12 października 2007 r., *Jorgic v. Germany*, Application no. 74613/01).

oskarżały niegdyś kosowskich Albańczyków o prowadzenie w Kosowie „demograficznych czystek etnicznych” poprzez ich wysoki przyrost naturalny⁴⁴.

W zależności od przybieranych form, czystki etniczne mogą być uznawane za naruszenia różnych gwarancji prawa międzynarodowego.

II

Poszukując miejsca czystek etnicznych w prawie międzynarodowym, trzeba zwrócić uwagę na system ochrony podstawowych praw człowieka, zarówno indywidualnych, jak i kolektywnych. Z definicji czystek wynika bowiem, iż zjawisko to dotyczy zawsze całej grupy etnicznej (rasowej, religijnej), a nie tylko poszczególnych jednostek wchodzących w jej skład. Dlatego analizując niniejsze zagadnienie, szczególną uwagę należy zwrócić na gwarancje praw mniejszości narodowych i etnicznych.

Wewnętrzny raport Komisji Ekspertów ustanowionej rezolucją Rady Bezpieczeństwa 780/1992 stanowi, że „czystki etniczne” wiążą się między innymi z **naruszeniem praw człowieka**⁴⁵. Również Zgromadzenie Ogólne ONZ w rezolucji 47/80 potwierdziło, że „czystki etniczne» (...) są całkowicie sprzeczne z powszechnie uznawanymi prawami człowieka i podstawowymi wolnościami”⁴⁶. Doktryna wskazuje szeroki katalog indywidualnych praw człowieka, naruszanych polityką czystek w szerokim ujęciu – rozumianych jako różne środki stosowane w celu uzyskania jednorodnego terytorium. Chodzi o swobody wymienione w licznych uniwersalnych i regionalnych instrumentach prawnych – od *Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, przez *Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka*, po konwencje regionalne – europejską, amerykańską i afrykańską⁴⁷, a także wynikające z prawa zwyczajowego. Przyznają one pośrednią ochronę przed zjawiskiem czyszczenia etnicznego, którego różne, wcześniej omówione, formy naruszają zarówno uprawnienia polityczne, obywatelskie, jak i społeczne, gospodarcze i kulturalne. Można wśród nich wskazać swobodę przemieszczania się, wolność wyznania i praktykowania kultu, wolność zgromadzeń, wolność wyrażania opinii, prawo do kulturowej tożsamości, prawo do odpowiedniego schronienia, do edukacji, ochronę przed przymusową pracą⁴⁸. Wymienia się także prawo do prywatno-

⁴⁴ D. Warszawski, *Pokolenia czystek*, „Gazeta Wyborcza” nr 78, wydanie z 12. 04. 1999, s. 6.

⁴⁵ *Interim Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, 9 lutego 1993, S/25274/1993.

⁴⁶ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 16 grudnia 1992 r., A/Res/47/80.

⁴⁷ *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Europejska Konwencja Praw Człowieka)*, Rzym, 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284); *Amerykańska Konwencja Praw Człowieka*, San José, Costa Rica, 22 listopada 1969 r.; *Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów*, Banjul, 27 czerwca 1981 r.

⁴⁸ J. Jackson Preece, op. cit. s. 286.

ści, życia rodzinnego i domu, prawo do pracy, zakaz bezpodstawnego zatrzymania, prawo do narodowości oraz prawo dziecka do narodowości, prawo własności i spokojnego wykonywania posiadania oraz prawo do bezpieczeństwa socjalnego⁴⁹. Czystki naruszają też normy o charakterze *ius cogens*, takie jak zakaz dyskryminacji rasowej, prawo do życia, zakaz tortur⁵⁰.

11 sierpnia 2008 r. Gruzja wniosła przeciwko Rosji skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Rząd skarżącej zarzucił Rosji naruszenie prawa do życia (artykuł 2 *Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*), zakazu tortur oraz poniżającego i niehumanitarnego traktowania (artykuł 3 *Konwencji*), a także poszanowania własności (artykuł 1 *Protokołu Nr 1 do Konwencji*)⁵¹. Skargę tę wniesiono w związku z konfliktem rosyjsko-gruzińskim, dotyczącym Abchazji – autonomicznej republiki gruzińskiej, faktycznie silnie zależnej od Rosji, zamieszkiwanej przez Abchazów, Gruzinów, Rosjan i inne mniejszości. Również w związku z tym konfliktem strony oskarżały się wzajemnie o „czystki etniczne” – Rosja Gruzję o „czyszczenie” Abchazów, Gruzja Rosję – Gruzinów.

Jednocześnie rząd gruziński zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o zastosowanie środków doraźnych (*interim measures*) na podstawie Reguły 39 Regulaminu Trybunału. Rząd Gruzji zażądał, aby skutkiem środka doraźnego było powstrzymanie się przez Rosję od podejmowania jakichkolwiek działań, które mogą zagrozić życiu lub zdrowiu ludności cywilnej, a także pozwolenie na działania humanitarne ratowniczych sił gruzińskich na rzecz poszkodowanej ludności cywilnej oraz żołnierzy. W orzeczeniu o zastosowaniu środków doraźnych prezes ETPCz stwierdził, że „obecna sytuacja daje podstawy do rzeczywistego i ciągłego ryzyka poważnych naruszeń *Konwencji*”. W celu uniknięcia tych naruszeń wezwał on obydwie strony konfliktu do przestrzegania ich zobowiązań wynikających z *Konwencji*, w szczególności artykułów 2 i 3. Jednocześnie wezwał rządy obu państw do informowania, jakie środki zostały podjęte w celu przestrzegania *Konwencji*.

Również w kontekście czystek etnicznych – które miał prowadzić rząd gruziński podczas interwencji sił zbrojnych w sierpniu 2008 roku – indywidualną skargę do trybunału strasburskiego wniosło ponad 3000 mieszkańców Osetii Południowej⁵², oskarżających Gruzję o naruszenie artykułów 2

⁴⁹ A. De Zayas, *Ethnic Cleansing: Applicable norms, emerging jurisprudence, implementable remedies*, [w:] *International Humanitarian Law*, red. J. Carey, Nowy Jork 2003, s. 251.

⁵⁰ Ch. Meindersma, *Population Exchanges: International Law and State Practice-Part 2*, „International Journal of Refugee Law Vol. 9” 1997 (4), s. 618.

⁵¹ *European Court of Human Right grants request for interim measures*. Press release 581, 12 sierpnia 2008 r., dostępne na oficjalnej stronie Trybunału www.echr.coe.int 16.08.2010.

⁵² M.in. skargi Abayeva (52196/08), Bekoyeva (48347/08), Bogiyev (52200/08), Bagushvili (49671/08), Tekhova (50669/08), Tedeyev (46657/08), Kononov (53894/08) – przeciwko Gruzji (zob. 2 700 applications received by the Court from South Ossetians against Georgia, Press release 711, 10 października 2008 r., dostępne na oficjalnej stronie Trybunału <www.echr.coe.int>, dostęp: 16.08.2010).

(prawo do życia), 3 (zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania), 8 (prawo do poszanowania prywatności i życia rodzinnego), 13 (prawo do skutecznego środka odwoławczego) oraz 14 (zakaz dyskryminacji) *Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, a także artykułu 1 *Protokołu nr 1 Konwencji*.

Kiedy mowa o czystkach etnicznych, właśnie naruszenie wymienionych powyżej uprawnień najczęściej może stanowić podstawę skarg indywidualnych. Z kolei jeżeli przyjąć rozumienie czystek *stricte* jako przymusowych transferów ludności, w grę będzie wchodzić przede wszystkim prawo do **swobodnego przemieszczania się**. Na swobodę przemieszczania się składają się dwa elementy: prawo do opuszczenia kraju i powrotu do niego oraz prawo do nieograniczonego poruszania się wewnątrz granic państwa.

Zgodnie z artykułem 12 *MPPOiP*:

1. Każdy człowiek przebywający legalnie na terytorium jakiegokolwiek Państwa będzie miał prawo, w obrębie tego terytorium, do swobody poruszania się i wolności wyboru miejsca zamieszkania.
2. Każdy człowiek ma prawo opuścić jakikolwiek kraj, włączając w to swój własny.

Te prawa mogą zostać ograniczone jedynie wtedy, gdy to konieczne dla ochrony bezpieczeństwa państwowego, porządku publicznego, zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych, pod warunkiem, że ograniczenia będą zgodne z pozostałymi prawami uznanymi w Pakcie.

Podobne postanowienia zawiera *Protokół IV do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*:

1. Każdy, kto przebywa legalnie na terytorium państwa, ma prawo do swobodnego poruszania się i do swobodnego wyboru miejsca zamieszkania na tym terytorium.
2. Każdy może swobodnie opuścić jakikolwiek kraj, w tym swój własny.

W tym akcie pojawiają się jednak nieco inne ograniczenia – przede wszystkim powinny być one określone w ustawie i konieczne w społeczeństwie demokratycznym. Przy ocenie takiej konieczności bierze się pod uwagę bezpieczeństwo państwowe i publiczne, utrzymanie porządku publicznego, zapobieganie przestępczości, ochronę zdrowia lub moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Ponadto prawa te mogą również zostać poddane w określonych rejonach ustawowym ograniczeniom uzasadnionym interesem publicznym w społeczeństwie demokratycznym.

Analogiczne postanowienia znajdują się w *Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Ludów* oraz w *Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka*.

Czystki etniczne, które powodują przymusowe przemieszczenie ludności nawet w obrębie państwa, naruszają swobodę poruszania się zagwarantowaną w tych aktach – trudno oczekiwać, aby ich sprawcy znaleźli realne podstawy do ograniczania tej swobody.

Tym bardziej wysiedlenie poza granice państwa stanowi złamanie praw człowieka. Bezpośredni **zakaz masowych wypędzeń**⁵³ zawierają wspomniane instrumenty o charakterze regionalnym. I tak artykuł 3 *Protokołu IV do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* stwierdza, że

nikt nie może być wydany z terytorium państwa, którego jest obywatelem, ani indywidualnie, ani w ramach wydalenia zbiorowego,

natomiast artykuł 4 zabrania zbiorowego wydalenia cudzoziemców. Identyczne przepisy znajdują się w artykule 22, ust. 5 oraz ust. 9 Paktu z San Jose, a także artykuł 12 ust. 5 Karty Afrykańskiej.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z artykułem 15 *Konwencji europejskiej*, który stosuje się odpowiednio do przepisów *Protokołu IV*, „w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu” każda ze stron może podjąć „środki uchylające stosowanie zobowiązań wynikających z konwencji w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego” – wydaje się, że w takiej sytuacji, przy zachowaniu odpowiedniej procedury (wyczerpujące poinformowanie Sekretarza Generalnego Rady Europy o środkach, które państwo podjęło, oraz powodach ich zastosowania), masowe wysiedlanie byłoby dozwolone.

Najistotniejszym zbiorem postanowień dotyczących swobody przemieszczania się oraz zakazu przymusowych przesiedleń wydaje się wspomniany wcześniej raport A. S. Al-Khasawneha wraz z projektem *Deklaracji dotyczącej przemieszczeń ludności i wprowadzania osadników*⁵⁴, przy czym podkreślić wypada, że dokument ten ma jedynie charakter *soft law*.

Trzeba także zwrócić uwagę na fakt, iż czystki etniczne naruszają przede wszystkim **prawa grupy** (zazwyczaj mniejszości) etnicznej. Należy więc przyjrzeć się tak zwanym kolektywnym prawom człowieka, którym w ostatnich latach doktryna poświęca dość dużo uwagi.

Teoria kolektywnych praw człowieka przyjmuje, że jednostki mogą dysponować prawami jako grupa. „Te grupowe prawa pojawiają się wtedy, gdy wspólny interes pewnej liczby jednostek dostarcza koniecznego uzasadnienia nałożenia obowiązków na innych”⁵⁵. Wydaje się, że „nic nie stoi na przeszkodzie, aby prawa grupy postrzegać jako zasymilowane, zaabsorbowane przez, i zgodne z przyjętą i rozwijaną po 1945 r. koncepcją »praw człowieka«”⁵⁶.

⁵³ Przez „wypędzenie” rozumie się działanie albo zaniechanie, mające na celu odejście ludności z danego terytorium, wbrew jej woli, z powodów rasowych, narodowych, przynależności do szczególnej grupy socjalnej lub politycznej.

⁵⁴ A. S. Al-Khasawneh, *Draft Declaration...*

⁵⁵ P. Daranowski, *Prawa mniejszości w powszechnym prawie międzynarodowym*, [w:] *Sytuacja ludności polskiej na Wschodzie w świetle obowiązującego prawa i praktyki*, red. D. Górecki, Toruń 2009, s. 62.

⁵⁶ Ibidem. Autor ten zwraca uwagę, że „należy to czynić z pełną świadomością wielkiego rozżewu poglądów doktryny w przedmiocie indywidualnych i kolektywnych praw i ich

Nie ulega wątpliwości, że czystki etniczne stanowią **naruszenie normy niedyskryminacji**, która odnosi się zarówno do grup, jak i poszczególnych ich członków. Jest ona uznana zarówno w zwyczajowym prawie międzynarodowym⁵⁷, jak i w prawie traktatowym, przede wszystkim w *Międzynarodowej konwencji o eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej*, twierdzi się nawet, że zobowiązanie to ma charakter *ius cogens* i *erga omnes*⁵⁸.

Z konwencyjnej definicji ‘dyskryminacji rasowej’ wynika, że obejmuje ona – wbrew literalnemu brzmieniu pojęcia – nie tylko względy rasowe, lecz także pochodzenie narodowe czy etniczne. Bez wątpienia wskazane powyżej środki, stosowane w celu uzyskania jednorodnego etnicznie terytorium, mają charakter zdecydowanie dyskryminacyjny.

Państwa – strony *Konwencji* zobowiązały są między innymi:

nie dokonywać żadnych aktów lub stosować praktyk stanowiących dyskryminację rasową przeciwko osobom, grupom osób lub instytucjom i zapewnić, by wszystkie władze i instytucje publiczne, tak ogólnokrajowe, jak i lokalne, działały zgodnie z tym zobowiązaniem;
nie udzielać poparcia, występować w obronie ani podtrzymywać dyskryminacji rasowej stosowanej przez jakiekolwiek osoby lub organizacje.

Wszelkie działania o charakterze czystek etnicznych zdecydowanie te zobowiązania naruszają. Organ, który – zgodnie z *Konwencją* – ma czuwać nad jej przestrzeganiem, Komitet do spraw likwidacji dyskryminacji rasowej, w raporcie dotyczącym wydarzeń w Bośni i Hercegowinie, stwierdził, że „wszystkie te praktyki, [masowe, rażące i systematyczne naruszenia praw człowieka, których większość łączy się z polityką czystek etnicznych i aktami ludobójczymi], stanowią istotne naruszenie wszystkich podstawowych zasad leżących u podłoża *Międzynarodowej Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej*”⁵⁹ oraz wskazał potrzebę inkorporacji artykułu 4 *Konwencji*, zakazującego podlegania do nienawiści rasowej, do bośniackiego Kodeksu karnego⁶⁰.

W sierpniu 2008 r. Gruzja złożyła do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości skargę przeciwko Rosji właśnie o naruszenia omawianej

relacji. Zob. M. Hartley, *Some Confusions Concerning Collective Rights*, „Canadian Journal of Law and Jurisprudence” 1991 (2), s. 293–314; zob. też. N. S. Rodley, *Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments*, „Human Rights Quarterly” 1995, s. 61–64”.

⁵⁷ Co wynika między innymi z art. 55 i 56 *Karty Narodów Zjednoczonych*, art. 2 i 7 *Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, innych niewiążących dokumentów dotyczących ochrony praw człowieka, np. *Deklaracji w sprawie eliminacji wszelkich form nietolerancji i dyskryminacji opartej na wyznaniu lub przekonaniach* z 1981 r. oraz powszechnej praktyki państw.

⁵⁸ Ch. Meindersma, op. cit., s. 613.

⁵⁹ *Elimination of racism and racial discrimination. Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, UN Doc. A/50/18 (1995).

⁶⁰ *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Bosnia and Herzegovina*, 15 września 1993 r., A/48/18.

Konwencji, wnosząc jednocześnie o zastosowanie środków zabezpieczających. Gruzja zarzuciła rosyjskim siłom zbrojnym „dyskryminujące akty przemocy”, polegające na „bezprawnych atakach na cywilów i obiekty cywilne, morderstwach, przymusowym przesiedleniu, utrudnianiu dostarczania pomocy humanitarnej, częstym plądrowaniu i niszczeniu miast i osad w Osetii Południowej, Abchazji oraz sąsiednich regionach gruzińskich”⁶¹. Gruzja utrzymuje, że od początku lat dziewięćdziesiątych XX w., Federacja Rosyjska angażuje się w systematyczną politykę dyskryminacji etnicznej, skierowaną przeciwko społeczności gruzińskiej i innym grupom zamieszkującym w regionie. Działania rosyjskie miały doprowadzić do śmierci lub zniknięcia tysięcy cywilów oraz wewnętrznego przesiedlenia około 300 000 osób, co poskutkowało drastyczną zmianą struktury demograficznej Osetii Południowej i Abchazji. 8 sierpnia 2008 r. Rosja przeprowadziła przeciwko Gruzji inwazję wojskową na pełną skalę, uzasadniając ją twierdzeniem, że ta druga popełnia ludobójstwo przeciwko Osetyjczykom. Atak ten spowodował śmierć setek ofiar, zniszczenie prywatnego mienia, miast – na przykład Gori, a także wysiedlenie prawie całej populacji gruzińskiej z terenów przejętych przez Rosjan. Zdaniem Tbilisi, Rosja nie dotrzymała swoich zobowiązań, wynikających z *Konwencji o eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej*. Działania Rosjan i Osetyjczyków rząd gruziński określił mianem „czystek etnicznych”, żądając ich „pilnego wstrzymania”, zapewnienia bezpieczeństwa osobom znajdującym się na terenie konfliktu oraz prawa powrotu przesiedlonych.

Trybunał zauważył, że natura praw wskazanych w artykule 5 *Konwencji*:

prawa do osobistego bezpieczeństwa i do ochrony przez państwo przed przemocą lub naruszeniem nietykalności cielesnej bądź przez urzędników państwowych, bądź przez jakąkolwiek jednostkę, grupę lub instytucję,

\oraz

innych praw obywatelskich, w szczególności: prawa swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania w obrębie granic państwa,

powoduje, że skutki ich naruszenia mogą być nieodwracalne. W związku z tym uznał orzeczenie środków zabezpieczających za niezbędne. Stwierdził, że obie strony konfliktu zobowiązane są do zapewnienia bezpieczeństwa wszystkim grupom etnicznym zamieszkującym na terenie konfliktu – zarówno Gruzinom, jak i Osetyjczykom oraz Abchazom⁶².

Można zauważyć, że działania zarzucane w tej sprawie Rosjanom przez Gruzję jako dyskryminacyjne pokrywają się ze wskazanymi wcześniej formami czystek etnicznych.

⁶¹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Gruzja przeciwko Federacji Rosyjskiej); *Request for the indication of provisional measures of protection submitted by the government of the Republic of Georgia*; – dokumenty dostępne na stronie MTS: <www.icj-cij.org>.

⁶² Ibidem.

Za uznaniem czystek etnicznych za przejaw dyskryminacji przemawia także fakt, że w Deklaracji Wiedeńskiej z 1993 r., stanowiącej wynik obrad Światowej Konferencji Praw Człowieka, kwestię odpowiedzialności za czystki etniczne przywołano między innymi w rozdziale dotyczącym „Rasizmu, dyskryminacji rasowej, ksenofobii i innych form nietolerancji”⁶³, podkreślając, że

wszystkie osoby, która wykonują albo autoryzują czyny karne związane z czystkami etnicznymi, są indywidualnie odpowiedzialne i rozliczane z tych naruszeń praw człowieka, oraz że społeczność międzynarodowa powinna podjąć wysiłki, aby doprowadzić te osoby przed wymiar sprawiedliwości⁶⁴

oraz wzywając wszystkie państwa

do podjęcia natychmiastowych środków, indywidualnych i zbiorowych, w walce z praktyką czystek etnicznych, aby doprowadzić do ich szybkiego zakończenia. Ofiary odrażającej praktyki czystek etnicznych są uprawnione do właściwego i efektywnego zadośćuczynienia⁶⁵.

Na dyskryminacyjny aspekt czystek etnicznych zwraca uwagę w swoich dokumentach Zgromadzenie Ogólne ONZ. W Rezolucji 47/80 z 16 grudnia 1992 r. podkreślono relację pomiędzy rezultatem pożądanym przez sprawców – „etnicznym oczyszczeniem” – a ich motywacją – nienawiścią rasową w szerokim ujęciu, o czym świadczy szczególnie tytuł rezolucji „Czyszczenie etniczne» i nienawiść rasowa” (*„Ethnic cleansing” and racial hatred*)⁶⁶.

Nienawiść rasowa, jak zauważa N. Lerner, jest uczuciem czy stanem umysłu, który może – lub nie – uzewnętrznic się w zastosowaniu przemocy lub innych bezprawnych aktów. Jeśli tak się stanie, przy ocenie czynu powinna zostać uwzględniona motywacja sprawcy. W niektórych porządkach prawnych występują szczególne przestępstwa, nazywane „zbrodniami nienawiści” (*hate crimes*)⁶⁷. Lerner wiąże je z czystkami etnicznymi, zauważając, że za tymi ostatnimi również kryją się nienawiść i uprzedzenia rasowe i religijne.

Tym samym można uznać, że polityka czystek znacząco narusza regułę niedyskryminacji i sprzeciwia się tolerancji, która jest fundamentalną wartością, związaną z celami i zasadami ONZ.

Innym bardzo istotnym prawem zbiorowym, w które może ingerować polityka czystek, jest **prawo do samostanowienia**, proklamowane w XIX w.

⁶³ Vienna Declaration and Programme of Action, 12 lipca 1993, A/CONF.157/23.

⁶⁴ Ibidem, II B. I, art. 23.

⁶⁵ Ibidem, II. B. I. art. 24.

⁶⁶ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 16 grudnia 1992 r., A/Res/47/80; N. Lerner, *Ethnic cleansing*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1995, s. 112.

⁶⁷ N. Lerner, op. cit., s. 115. Zbrodnia nienawiści może przybierać dwie formy: po pierwsze – jak w omawianym wypadku – odnosi się do przestępstw, których motywem była taka nienawiść, po drugie – może chodzić o tzw. mowę nienawiści (*hate speech*) – wówczas penalizowane byłyby konkretne wypowiedzi. Koncepcja ta wzbudza kontrowersje, ponieważ zgodnie z jej założeniami karze się sprawcę w zasadzie za jego myśli, a karanie za wypowiedzi może naruszać wolność słowa.

przez Pasquale Manciniego jako ‘zasada narodowości’, która „przyznaje każdemu narodowi, jak i terytorium, które on zajmuje, suwerenność: daje mu zdolność stanowienia i przyjmowania reguł pozwalających dokonać wyboru rządu zgodnego z jego potrzebami. To jest zasada, która stanowi o prawie do przekształcenia się narodu w państwo”⁶⁸.

Prawo to jedynie ogólnikowo zostało wspomniane w *Karcie Narodów Zjednoczonych*, mówią o nim jednak inne instrumenty prawnomiędzynarodowe⁶⁹. Choć większość z nich dotyczyła sytuacji kolonialnej⁷⁰, to Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ w 1988 r. wyraziła opinię, że zasada samostanowienia ma zastosowanie uniwersalne⁷¹ – również w odniesieniu do terytorium niepodległych państw, przy czym Komisja Arbitrażowa Europejskiej Konferencji w sprawie Jugosławii podkreśliła w opinii nr 2, że „uznaje się, iż niezależnie od okoliczności prawo do samostanowienia nie może zakładać zmian granic istniejących w momencie uzyskania niepodległości (*uti possidetis iuris*), chyba że zainteresowane państwa uzgodnią inaczej”⁷².

Jak pokazuje historia, czystki etniczne często są odpowiedzią państwa na próbę realizacji prawa do samostanowienia przez obywateli stanowiących mniejszość narodową – takie podłoże można wskazać w przypadku wydarzeń w Czeczenii, Kaszmirze czy Tybecie. Trzeba też zwrócić uwagę, że dążenia separatystyczne mogą prowokować politykę czystek po obu stronach – z jednej strony jako reakcję na próbę odłączenia części terytorium, z drugiej – jako dążenie do zapewnienia jednorodności etnicznej nowego – autonomicznego – bytu państwowego, co ma zapewnić silną tożsamość, a przez to i stabilność tego bytu.

Polityka czystek etnicznych – jak wspomniano powyżej – zwykle dotyczy **mniejszości narodowych czy etnicznych**, a tym samym ingeruje również w uprawnienia grupy jako takiej mniejszości.

⁶⁸ Zasada sformułowana została na wykładzie zatytułowanym *Della Nationalita come fundamento del diritto delle genti*, a wygłoszonym (22.01.1851) na Uniwersytecie w Turynie; [za:] P. Daranowski, op. cit., s. 58.

⁶⁹ Artykuł 1 *Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka*: „Wszystkie narody mają prawo do samostanowienia. Z mocy tego prawa swobodnie określają one swój status polityczny i swobodnie zapewniają swój rozwój gospodarczy, społeczny i kulturalny”. Helsiński *Akt końcowy* z 1975 r. odnosi się do „zasady równych praw i samostanowienia [...]”. Wszystkie narody mają całkowicie swobodne prawo do określenia, jeśli chcą, oraz w sposób, w jaki chcą, swojego wewnętrznego i zewnętrznego statusu politycznego, bez ingerencji z zewnątrz, oraz do urzeczywistniania w sposób, jaki same wybiorą, swojego rozwoju politycznego, ekonomicznego, społecznego i kulturalnego”. Artykuł 20 *Afrykańskiej karty praw człowieka i narodów* z 1981 r.: „wszystkie narody mają prawo do istnienia. Mają niekwestionowane i przyrodzone prawo do samostanowienia. Mogą swobodnie określać swój polityczny status i urzeczywistniać swój rozwój ekonomiczny i społeczny zgodnie z zasadami, jakie wybiorą”.

⁷⁰ Por. Deklaracja w sprawie przyznania niepodległości krajom i narodom kolonialnym z 14 grudnia 1960 r., rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych nr 1514/XV.

⁷¹ Yearbook for the ILC, 1988, t. 2, cz. 2, s. 64.

⁷² Komisja Arbitrażowa Europejskiej Konferencji w sprawie Jugosławii, Opinia nr 2; Par. 92 ILR, s. 167–168.

Choć problemy związane z występowaniem mniejszości na terenie państwa zauważane były w zasadzie już w XVII w., system ich ochrony skonkretyzował się po I wojnie światowej, przy okazji powstania wielu niepodległych państw narodowych w Europie Wschodniej i Środkowej. Nad przestrzeganiem gwarancji przysługujących mniejszościom czuwać miała Rada Ligi Narodów. Wprowadzone wówczas mechanizmy nie sprawdziły się. Po II wojnie światowej początkowo zaniechano ochrony praw grupy, koncentrując się na koncepcji powszechnych indywidualnych praw człowieka. Jednak zagwarantowanie praw mniejszości w ramach istniejących porządków państwowych okazało się niezbędne w celu łagodzenia i tonowania ewentualnych konfliktów etnicznych, których eksplozja grozi zawsze naruszeniem terytorialnej integralności państw i zmianą terytorialnego *status quo*, a co za tym idzie – dezawuowaniem fundamentalnych reguł porządku międzynarodowego⁷³.

Postanowienia dotyczące ochrony osób należących do mniejszości znalazły się w artykule 27 *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych*, który stanowi, że:

W Państwach, w których istnieją mniejszości etniczne, religijne lub językowe, osoby należące do tych mniejszości nie mogą być pozbawione prawa do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem wraz z innymi członkami danej grupy⁷⁴.

Jak zauważa M. Shaw, „to skromne i raczej negatywne postanowienie koncentruje się na »osobach należących« do mniejszości, a nie mniejszościach jako takich”⁷⁵. D. Thurer interpretuje jednak ten artykuł jako „regułę autonomizującą mniejszość jako grupę i jej prawa”, wśród elementów tego postanowienia wskazuje on, poza generalną zasadą niedyskryminacji, po pierwsze, gwarancję stałego istnienia etnicznej, religijnej lub językowej mniejszości, jak również zakaz niszczenia jej kulturalnej tożsamości. „Zatem akty państwa prowadzące do przymusowej asymilacji, wydalenia i deportacji są nielegalne w świetle art. 27, jak również w świetle innych zasad i reguł prawa międzynarodowego; w tym sensie prawa grupy zostały nim ustanowione”⁷⁶.

Ruchem w kierunku zakazu przymusowej asymilacji i przemieszczeń ludności w zakresie myślenia o mniejszościach i sprawach z nimi związanych była *Deklaracja UNESCO o rasie i uprzedzeniach rasowych*⁷⁷. W preambule podniesiono, że rasizm jest manifestowany przez nieuczciwe praktyki, w tym przymusową asymilację członków prześladowanej grupy (co często jest wstępem do czystek etnicznych).

⁷³ P. Daranowski, op. cit., s. 18.

⁷⁴ *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych* z 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

⁷⁵ M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 191.

⁷⁶ D. Thurer, *National Minorities: A Global, European, and Swiss Perspective*, „Fletcher Forum World Affairs” 1995 (19), s. 57, [za:] P. Daranowski, op. cit., s. 30.

⁷⁷ *Deklaracja UNESCO o rasie i uprzedzeniach rasowych* z 27 listopada 1978 r.

Jednak do lat dziewięćdziesiątych nie istniał wyraźny zakaz stosowania metod asymilacji nakierowanych na zmianę języka, kultury czy tożsamości jednostek ani polityki łączącej się z transferem z jednej lokalizacji do innej na podstawie etnicznej czy narodowej tożsamości⁷⁸. Krokiem w tym kierunku było dopiero sformułowanie *Deklaracji praw osób należących do mniejszości narodowych, etnicznych, religijnych i językowych*⁷⁹, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w grudniu 1992 r., w której mówi się już nie tyle o poszczególnych osobach, ale mniejszości jako grupie.

Problem mniejszości narodowych pojawił się również w prawie regionalnym. W *Dokumencie Spotkania Kopenhaskiego Konferencji w sprawie Ludzkiego Wymiaru KBWE* z 1990 r.⁸⁰ stwierdzono między innymi, że „przynależność do mniejszości jest subiektywnym i indywidualnym odczuciem i wyborem każdego człowieka” (artykuł 32). Osoby należące do mniejszości mają „prawo do swobodnego wyrażania, zachowania i rozwijania swojej tożsamości etnicznej, kulturowej, językowej i religijnej, a także utrzymywania i rozwijania swojej kultury we wszystkich jej płaszczyznach, bez prób asymilacji wbrew ich woli” (artykuł 32). Posiadają też „prawo do pełnego i skutecznego korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności w pełnej równości wobec prawa” (artykuł 31).

Problem analizowano także w ramach działań Rady Europy. Co prawda w *Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* znalazł on odzwierciedlenie tylko w artykule 14, dotyczącym zakazu dyskryminacji, jednak Rada Europy proponuje również inne instrumenty, mające chronić te grupy. Należy do nich *Konwencja Ramowa o Ochronie Mniejszości Narodowych*⁸¹, w której państwa członkowskie Rady Europy oraz inne państwa-sygnatariusze umowy, zważywszy między innymi, że „burzliwe wydarzenia europejskiej historii udowodniły, iż ochrona mniejszości narodowych jest niezbędna dla stabilizacji, bezpieczeństwa demokratycznego i pokoju na tym kontynencie”, podkreśliły prawo osób należących do mniejszości do równości wobec prawa oraz zakaz ich dyskryminacji. Strony zobowiązały się między innymi powstrzymać się „od działań lub praktyk mających na celu asymilację osób należących do mniejszości narodowych wbrew ich woli i będą chronić te osoby przed jakimkolwiek działaniem mającym na celu taką asymilację” (artykuł 5 ust. 2) oraz „od stosowania środków zmieniających proporcje narodowościowe ludności w rejonach zamieszkałych przez osoby należące do mniejszości narodowych i mających na celu ograniczenie praw i wolności wynikających z zasad zawartych w konwencji” (artykuł 16). Przepisy te można uznać za bezpośredni

⁷⁸ J. Jackson Preece, op. cit., s. 837.

⁷⁹ *Deklaracja praw osób należących do mniejszości narodowych, etnicznych, religijnych i językowych* – rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 10 grudnia 1992 r., A/RES/47/135.

⁸⁰ *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE* z 29 czerwca 1990 r., <http://www.osce.org/documents/odihr/1990/06/13992_en.pdf>, dostęp: 13.09.2010.

zakaz czystek etnicznych, który – przynajmniej w Europie – stał się częścią praw człowieka⁸².

Powyższe przykłady ilustrują zakres naruszeń praw człowieka, jakich dokonuje się przy okazji czystek etnicznych. Trzeba jednak zwrócić uwagę, iż ewentualne dochodzenie zadośćuczynienia z tytułu tych naruszeń, wobec braku dokumentu sankcjonującego – dosłownie – czystki etniczne, wiąże się ze skargami na naruszenie konkretnych, pojedynczych praw, przez co może umknąć kompleksowość czystek.

Przedstawiciele doktryny są również zgodni co do tego, że czystki etniczne stanowią zbrodnie wojenne, a jeśli taka polityka ma miejsce w czasie pokoju – zbrodnie przeciwko ludzkości.

W odróżnieniu od Zgromadzenia Ogólnego ONZ, które, jak wspomniano wyżej, przy okazji wydarzeń w byłej Jugosławii skupiło się w swoich rezolucjach na naruszaniu przez czystki przede wszystkim praw człowieka, szczególnie zasady niedyskryminacji, Rada Bezpieczeństwa kilkakrotnie podkreślała swoje głębokie zaniepokojenie rażącymi naruszeniami prawa humanitarnego, jakie zachodziły podczas konfliktu na Bałkanach⁸³. W rezolucji 771/1992 z 13 sierpnia 1992 r., w której Rada Bezpieczeństwa użyła terminu czystki etniczne po raz pierwszy, wyraźnie stwierdziła, że praktyka ta narusza międzynarodowe prawo humanitarne.

Większość metod prowadzenia czystek etnicznych stanowi znaczące naruszenie *Konwencji genewskich* oraz *Protokołów dodatkowych*, co potwierdza nawet powierzchowne zbadanie wyliczonych wcześniej form. W szczególności chodzi o umyślne zabójstwa, tortury albo nieludzkie traktowanie, w tym eksperymenty medyczne, umyślne powodowanie wielkiego cierpienia albo poważnego uszczerbku na zdrowiu, rozległe niszczenie i pozbawienie własności, zmuszanie jeńców wojennych albo cywilów do służenia w siłach wroga, umyślne pozbawianie jeńców i cywilów prawa do uczciwego procesu, a także bezprawne uwięzienie cywilów oraz branie cywilów jako zakładników⁸⁴.

Czystki etniczne stanowią też naruszenie praw i zwyczajów wojny, szczególnie jeśli wśród metod ich prowadzenia znajduje się używanie trujących gazów albo innej broni obliczonej na spowodowanie niepotrzebnego cierpienia, bezmyślna destrukcja miast, dewastacja nieusprawiedliwiona potrzebami militarnymi, atak albo bombardowanie niebronionych miast, osiedli, budynków, przejęcie, uszkodzenie, zniszczenie obiektów kultu religijnego, instytucji charytatywnych albo szkolnictwa, sztuki i nauki, pomników historycznych

⁸¹ Weszła w życie 1 lutego 1998 r.; Dz. U. z 2002 r. Nr 22, poz. 209.

⁸² J. Jackson Preece, op. cit., s. 837.

⁸³ Można to zauważyć w rezolucjach 713, 764, 771, 780 z 1992 r. oraz rezolucji 808 z 1993 roku, potwierdzającej wcześniejsze postanowienia. Różnice pomiędzy rezolucjami Zgromadzenia Ogólnego i Rady Bezpieczeństwa (Rada Bezpieczeństwa skupia się na aspektach bezpieczeństwa i naruszeniach prawa wojennego, natomiast Zgromadzenie Ogólne przywiązuje wagę do kwestii dyskryminacji i nienawiści rasowej (szczególnie w rezolucji 47/80) można wyjaśnić odmiennymi rolami tych organów, ale również brakiem jednoznacznej definicji czystek etnicznych. Zob. N. Lerner, op. cit., s. 113.

⁸⁴ A. de Zayas, op. cit.

i dzieł sztuki oraz prac naukowych, a także płądrowanie publicznej lub prywatnej własności.

Za zbrodnię wojenną uznaje się dziś powszechnie również przymusowe przesiedlenia ludności⁸⁵, czyli czystki *sensu stricto*. Co ciekawe, w „prawie haskim” w ogóle nie uwzględniono wprost takich transferów⁸⁶. Zdaniem J. Picteta, wynikało to prawdopodobnie stąd, że „na początku XX wieku sądzono, iż praktyka deportowania osób odejdzie w niepamięć”⁸⁷ – wypędzanie setek tysięcy czy nawet milionów cywilów z ich domów i deportowanie ich nie wydawało się przynależeć do XX wieku⁸⁸. Poza tym, jak zauważa J. J. Preece, konwencje haskie wyprzedzają polityczny ideał jednorodnego państwa narodowego i towarzyszący mu instrument kreacji takiego państwa: czystki etniczne⁸⁹.

Z drugiej strony, zakaz przymusowych przesiedleń wyprowadzano z artykułów 42–56 *Konwencji haskiej dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej*, w których zapisano zasady sprawowania władzy wojennej na terytorium państwa nieprzyjacielskiego. Kwestia ta została poruszona przy okazji procesu norymberskiego. Pierre Mounier, asystent prokuratora francuskiego, nazwał masowe deportacje „sprzecznymi z międzynarodowymi konwencjami, w szczególności z artykułem 46 *konwencji haskiej z 1907 r.*, prawami i zwyczajami wojny, ogólnymi zasadami prawa karnego, wynikającymi z systemów prawa karnego narodów cywilizowanych, wewnętrznego prawa karnego państw, w których te zbrodnie popełniono oraz artykułu 6b Karty (norymberskiej)”⁹⁰. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy orzekł ostatecznie, że „(masowe) deportacje były sprzeczne z międzynarodowymi konwencjami oraz prawami i zwyczajami wojny”⁹¹. Kilku oskarżonych w Norymberdze zostało uznanych winnymi popełnienia zbrodni masowej deportacji.

W 1949 r. Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, krytyczny szczególnie wobec wysiedlenia Niemców po II wojnie światowej, zarysował generalne zasady prawa, zgodnie z którymi ludność cywilna nie może być deportowana z ich ziemi ojczystej. Znalazło to odzwierciedlenie we wspomnianym już artykule 49 *IV Konwencji genewskiej*. Zdanie szóste tego artykułu dodano na XVII Konferencji Międzynarodowego Czerwonego Krzyża w celu „powstrzymania praktyki niektórych sił w czasie II wojny światowej, które przenosiły część własnej ludności na okupowane tereny z powodów politycznych

⁸⁵ Zob. art. 49 *IV Konwencji genewskiej z 1949 r.*

⁸⁶ Mimo że deportacje ogólnie były już zakazane według kodeksu Liebera (*Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*) z 1863 r.: artykuł 23 stanowił, iż „obywatele nie będą więcej mordowani, brani w niewolę albo przenoszani na odległe tereny”. Może to świadczyć o kształtującym się w tym zakresie zwyczaju.

⁸⁷ O. M. Uhler i in., *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Genewa 1958, s. 279.

⁸⁸ A. de Zayas, *International Law and Mass Population Transfers*, „Harvard International Law Journal” 1975 (207), s. 215.

⁸⁹ J. Jackson Preece, op. cit., s. 833.

⁹⁰ IMT, vol. 2, p. 49.

⁹¹ A. de Zayas, *International Law and Mass Population Transfers...*, s. 215.

i rasowych albo w celu, jak twierdzono, kolonizacji tych terenów. Takie przesiedlenia pogarszały ekonomiczną sytuację ludności rdzennej i zagrażały jej egzystencji jako rasie”⁹². Tym samym za zbrodnię wojenną uznano również tak zwane odwrotne czystki etniczne.

Trzeba jednak przypomnieć, że aby czystki zostały uznane za zbrodnię wojenną, intencje sprawców muszą być skierowane przeciwko określonej grupie etnicznej, rasowej, religijnej. Pojedyncze akty, które zazwyczaj są uznawane za zbrodnie wojenne – na przykład zabójstwa – nawet, jeśli są liczne, nie mogą być uważane za czystkę⁹³.

Wbrew temu, generalnie można uznać, iż w zakresie, w jakim czystki stanowią szczególną postać masowej deportacji, bądź przybierają inne formy – nakierowane przeciwko mniejszości etnicznej – nie są legitymizowanym instrumentem działań wojennych. Mimo to, żadne z państw–stron *IV Konwencji genewskiej*, zaangażowanych w czystki etniczne, nie oskarżyło własnych dowódców w związku z naruszeniem artykułu 49 tej umowy⁹⁴.

Należy jednak zwrócić uwagę, iż konwencje haskie i genewskie mają zastosowanie przede wszystkim podczas konfliktów o charakterze międzynarodowym. Artykuł 3, wspólny dla *Konwencji genewskich*, przewiduje minimalne gwarancje ochrony osobom niebiorącym aktywnego udziału w walkach także w przypadku konfliktów nie mających charakteru międzynarodowego. W *Protokole II* z 1977 r. doprecyzowano pojęcie konfliktu o charakterze niem międzynarodowym, określając, że chodzi o wydarzenia na terytorium jednego z państw–stron między siłami zbrojnymi tego państwa a oddziałami dysydenckimi – nie dotyczy to zamieszek i napięć wewnętrznych, takich jak bunt, odizolowane i sporadyczne akty przemocy oraz inne incydenty o podobnym charakterze. Dzięki tym postanowieniom za zbrodnie wojenne można uznać niekiedy działania wobec własnych obywateli, w tym ewentualną politykę czystek etnicznych, prowadzoną podczas zbrojnego konfliktu wewnętrznego.

Ponadto trzeba pamiętać, że w czasie wojny nadal obowiązują podstawowe prawa człowieka. Rosnące znaczenie tych praw jest jednym z głównych trendów międzynarodowego prawa humanitarnego. Wspólny fundament stanowi tutaj zasada poszanowania godności człowieka⁹⁵. W literaturze i orzecznictwie zauważa się, że istnieje „integralna więź między prawami człowieka a prawem humanitarnym, ponieważ mają one »wspólne jądro, na które składają się niezbywalne prawa, jak również wspólny cel, jakim jest ochrona ludzkiego życia i godności«, w związku z czym te dwie gałęzie prawa mogą się na siebie nakładać”⁹⁶.

⁹² J. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Dordrecht 1982.

⁹³ Zob. J. Nowakowska-Małusecka, op. cit., s. 26.

⁹⁴ A. de Zayas, *Ethnic Cleansing: Applicable norms...*

⁹⁵ M. N. Shaw, op. cit., s. 677.

⁹⁶ Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka, *Coard przeciwko USA*, sprawa nr 10.951; 123 ILR, s. 156, 169.

O ile czystki można uznać za zbrodnie wojenne, gdy mają miejsce podczas działań zbrojnych, o tyle przepisy dotyczące zbrodni przeciwko ludzkości obowiązują zarówno w czasie wojny, jak i pokoju, i mogą obejmować także postępowanie wobec własnych obywateli.

Zbrodnie przeciwko ludzkości określone w artykule 7 Statutu MTK obejmują jedenaście czynów przestępczych, które popełniane są w ramach świadomego i systematycznego lub rozległego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej, dokonywanego zarówno w czasie wojny, jak i w czasie pokoju⁹⁷.

Jest oczywiste, że polityka czystek etnicznych, skierowana na eliminację ludności z danego terytorium, bez precyzyjnego oznaczenia grupy docelowej i bez jasnego zamiaru jej destrukcji, może pasować do definicji zbrodni przeciwko ludzkości⁹⁸. Takie ujęcie nie tylko rozszerza ochronę przeciwko czystkom etnicznym na okoliczności wewnętrzne i czas pokoju, ale także usuwa legitymację prawa krajowego sankcjonującego je. Zgodnie z artykułem VI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, zbrodnie przeciwko ludzkości rodzą odpowiedzialność „niezależnie od tego, czy było to zgodne, czy też stało w sprzeczności z prawem kraju, w którym zbrodni dokonano”. „Fakt, że dana akcja była dozwolona prawem krajowym obowiązującym w danym czasie albo była autoryzowana rozkazami wojskowymi, nie jest argumentem obrony, jeśli dotyczy zbrodni przeciwko ludzkości”⁹⁹.

Za uznaniem czystek etnicznych za zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości przemawiają także akty oskarżenia, kierowane do Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii. Co prawda, chociaż zarzuty w pełni wypełniają znamiona definicji czystek etnicznych, oskarżenia unikają tego pojęcia. I tak na przykład generał Ante Gotovina został obwiniony wraz z innymi – włącznie z prezydentem Franjo Tudjmanem – o udział w „zorganizowanym związku przestępczym, którego celem było przymusowe i stałe usunięcie populacji serbskiej z regionu Krajina, włącznie z plądrowaniem, niszczeniem oraz zupełną destrukcją własności populacji serbskiej, aby zniechęcić albo powstrzymać członków tej populacji przed powrotem do domów i ponownego osiedlenia się”¹⁰⁰ – co stanowiło zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości. Również Slobodan Milošević był oskarżony między innymi o zbrodnie przeciwko ludzkości, znaczne naruszenia konwencji genewskich oraz praw i zwyczajów wojny¹⁰¹.

Podobnie jak w przypadku praw człowieka, także przy okazji oskarżeń o zbrodnie wojenne czy zbrodnie przeciwko ludzkości istnieje niebezpieczeństwo, że przeoczony zostanie system, z jakim wiążą się czystki, a ewentualnie ukarane zostaną jedynie pojedyncze akty.

⁹⁷ Zob. J. Izydorezyk, P. Wiliński, *International Criminal Court – Międzynarodowy Trybunał Karny*, Kraków 2004, s. 53–55.

⁹⁸ Zob. *Interim report of the Commission of Experts*, 9 lutego 1993 r., UN Doc. S/25274, ust. 49.

⁹⁹ J. Jackson Preece, op. cit., s. 835.

¹⁰⁰ *Prosecutor v. Ante Gotovina i in.*, IT-01-45.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, IT-02-54-T.

* * *

Czystki etniczne, zdefiniowane jako polityka zmierzająca do uzyskania jednorodnego etnicznie terytorium przez usunięcie z tego terytorium „obcych” grup etnicznych, nie są nowym zjawiskiem, ale nowym określeniem. Mogą pojawić się na wszystkich terenach zamieszkiwanych przez mieszaną populację, jeśli społeczność potrzebuje podkreślenia swojej tożsamości i jedności. Zyskują na znaczeniu w kontekście współczesnych konfliktów, przede wszystkim o charakterze wewnętrznym, często zmierzają do kreacji jednorodnych państw narodowych.

Ze względu na cel omawianej polityki oraz formy, jakie ona przybiera, istnieje potrzeba autonomizacji tego pojęcia. Nie można go całkowicie utożsamiać ani z przymusowymi przeniesieniami ludności, ani z ludobójstwem. To ostatnie może wiązać się z czystkami tylko wówczas, gdy metody ich przeprowadzania wskazują na bezpośredni zamiar zniszczenia danej grupy etnicznej.

Z jednej strony wydaje się, że obecny reżim prawa międzynarodowego jest wystarczający do pociągnięcia sprawców czystek – zarówno państwa, jak i jednostek – do odpowiedzialności. Na podstawie badania poszczególnych przypadków czystek, biorąc pod uwagę liczne raporty i analizy wszelkich ich aspektów, da się precyzyjnie rozpoznać naruszenia prawa międzynarodowego: od nietolerancji i dyskryminacji, etnicznej i rasowej wyłączności, dominacji i nadrzędności jednej grupy, do zbrodni przeciwko ludzkości, a nawet ludobójstwa. Bez cienia wątpliwości czystki etniczne stanowią międzynarodowo bezprawny akt, rodząc odpowiedzialność państwa, oraz zbrodnię międzynarodową, rodząc karną odpowiedzialność indywidualną.

Nie można co prawda spodziewać się, że – w przypadku odpowiedzialności indywidualnej – poszczególne państwa będą oskarżać własnych przywódców o usunięcie części „niepożądanych” obywateli. Jednak instrumenty ochrony praw człowieka – szczególnie regionalne – oraz międzynarodowe trybunały karne wydają się zapewniać bezpieczeństwo.

Z drugiej strony, brak przepisu, który penalizowałby dosłownie „czystki etniczne” powoduje, że umknąć może systematyczny, kompleksowy charakter tej zbrodni. Problem z opisem czystek etnicznych jako praktyki polega bowiem na tym, że wszystkie akty mogą być analizowane jako oddzielne naruszenia praw człowieka i prawa humanitarnego, w ten sposób zwiększając ryzyko przeoczenia systemu, który leży u podstaw każdej specyficznej sprawy. Tymczasem czystki są zbyt niebezpiecznym i okrutnym zjawiskiem, by pozostawiać je bez konkretnej sankcji. Wpływają bowiem nie tylko na los ludności usuwanej, ale także – jeśli polegają na wysiedleniach – dotyczą społeczności, na teren których przemieszczają się uchodźcy.

Wydaje się jednak, że problem polega częściej na nieefektywnym zastosowaniu prawa międzynarodowego w praktyce niż na braku instrumentów tego prawa. Jeżeli międzynarodowe trybunały karne, osądzając sprawców

czystek etnicznych, będą brały pod uwagę ogólny nienawistny zamiar, jaki stoi za poszczególnymi zbrodniami, obecny reżim okaże się w pełni wystarczający.

Podsumowując, można zgodzić się, że „czystka” nie jest zbyt trafnym określeniem – „na pewno nie jest czysta” – ale wydaje się pojęciem potrzebnym dla opisu charakteru licznych współczesnych konfliktów, które na stałe już zadomowiło się w prawnomiędzynarodowym dyskursie.

ETHNIC CLEANSING

Key words: ethnic cleansing, human rights, national minorities, humanitarian law, genocide, mass relocation.

Summary

The notion of ethnic cleansing was first used in the first years of the 90's, and got popular in the media. It also became a part of legal language of international law. It is a direct translation of Serbo-Croatian expression of *etničko èišćenje* which probably has its roots in military slang. It is difficult to pin-point the first time it was used.

Having regard to the definition worded in official UN documents and jurisprudence, and also ICJ judgements, one can name some specific elements of „ethnic cleansing”: its systematic character, engagement (or, at least, consent) of authorities, its direction towards specific groups or individuals differentiated on the base of ethnic, national, religious or other criteria, its multiple forms. Deliberate use of violence cannot be regarded as a constitutive element of ethnic cleansing. The main goal of ethnic cleansing is creating an ethnically homogeneous area, and disposal of persons is only a means to achieving that goal.

Among multiple forms of cleansing special attention is needed with regard to forcible population transfers. One must be aware that some authors recognize ethnic cleansing as tantamount to genocide. Yet these two phenomena are distinguished by the aim that is accompanying them – people committing genocide are aiming at destroying a group, the goal of people committing ethnic cleansing is a ethnically pure territory.

Depending of the form they take, ethnic cleansing might be classified as a breach of several international law safeguards. One might point to a spectrum of breaches of human rights, both collective and individual. There is no doubt, that some actions (discrimination, battery, homicide, rape, expulsion etc.), treated jointly as elements of ethnic cleansing, are contained in definitions of war crimes and crimes against humanity.

Without a shadow of a doubt ethnic cleansing are an unlawful international act, giving rise to state responsibility, and an international crime, for which an individual is punishable. There is however a risk, that the systematic nature of ethnic cleansing will be missed, when punishing those single unlawful acts. Considering the aim of ethnic cleansing politics, and the forms of commitment it takes, there is a need to „*autonomise*” the notion.

MISCELLANEA

Radostław Fordoński

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

Applicability of International Human Rights Law in Situation of armed conflict: The Gaza Strip Naval Blockade Case

Słowa kluczowe: konflikt zbrojny, prawa człowieka w konflikcie zbrojnym, blokada morska Strefy Gazy.

Introduction

Applicability of international human rights law in situation of armed conflict has been the subject of much debate. Since the Universal Declaration of Human Rights was transcribed for times of peace this body of law was likely not assumed to apply in situations of armed conflict including occupation.¹ While this contention may belong to the past, contemporary powers, including the United States², the United Kingdom³ and

¹ C. Droege, „The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict”, *Israeli Law Review*, vol. 40, no. 2, 310, p. 314.

² A. Bellal, G. Giacca, S. Casey-Maslen, „The International law and armed non-state actors in Afghanistan”, *International Review of The Red Cross*, vol. 93, no. 881 (March 2011), 1, p. 18, note 83, quoting Stephen Pomper, attorney-adviser of the US Department of State (although writing in his private capacity), („despite important legal and policy changes during this period [2001–2008] ...the United States maintained its legal position with respect to the non-application of its human rights obligations to extraterritorial armed conflicts.”); see also Human Rights Committee, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, United States of America*, U.N. Doc. CCPR/C/USA/3, 28 November 2005, para. 3 (expressing the view of the United States of America that „the obligations assumed by a State Party to the International Covenant on Civil and Political Rights (Covenant) apply only within the territory of the State Party.”).

³ *Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture: United Kingdom*, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 10 December 2004, para. 4 (b) (expressing concern at „the State Party’s limited acceptance of the applicability of the Convention to the actions of its forces abroad, in particular its explanation ‘that those parts of the Convention which

Israel⁴ maintain the position that human rights law, absent a specific treaty provision to such effect, does not apply to extraterritorial armed conflicts. Some experts also argued that human rights law occupy no place in armed conflict⁵, quoting, *i. a.* the judgment of the European Court of Human Rights in the case *Bankovic and Others v. Belgium*⁶ and the United Nations organs decisions regarding the military occupation of Iraq.⁷

are applicable only in respect of territory under the jurisdiction of a State party cannot be applicable in relation to actions of the United Kingdom in Afghanistan and Iraq.”); *Comments by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the conclusions and recommendations of the Committee against Torture*, UN Doc. CAT/C/GBR/CO/4/ADD.1, 8 June 2006 („The UK does not consider that Article 2 [of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment] requires it to ensure that acts of torture are not committed by persons who are not subject to UK laws, as such an interpretation would be impossible to implement.”). See also *Al-Skeini and Others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant)*, [2007] UKHL 26, 2007 (The UK government did not challenge the finding of a lower court that the case of an individual who had been arrested by British forces on charges of terrorism and not as a „prisoner of war,” falls within a narrowly limited exception [for jurisdiction under Article 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] exemplified by embassies, consulates, vessels and aircraft, and a prison. Four members of the Lords of Appeal found that the UK Human Rights Act of 1998 applied to acts of the United Kingdom armed forces outside its territory only where the victim was within the jurisdiction of the UK for purposes of Article 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The fifth was of the view that the 1998 Act did not apply to acts committed outside the UK and expressed no opinion whether a claim might lie under the European Convention.); *R (on the application of Smith) (FC) (Respondent) v. Secretary of State for Defence (Appellant) and another*, UKSC 29, 2010, para.

⁴ Israel Ministry of Foreign Affairs, *Legal Advisor of the Israel Ministry of Foreign Affairs on the Applicability of the ICCPR to the Current Situation in the West Bank and Gaza Strip*, Response of Mr. Alan Baker, Legal Advisor of the Israel Ministry of Foreign Affairs, *On the Applicability of the ICCPR to the Current Situation in the West Bank and Gaza Strip*, 15 May 1998, available at: http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1990_1999/1998/7/Legal+Advisor+of+the+Israel+Ministry+of+Foreign+Affairs.htm (last accessed 8 November 2011); *Public Committee Against Torture and Others v. Government of Israel and Others*, Supplement Statement by the State Attorney's Office, HCJ 769/02, pp. 23–24, para. 78; Israel Ministry of Foreign Affairs, *The Operation in Gaza 27 December 2008-18 January 2009L Factual and Legal Aspects*, July 2009, available at: , p. 10, para. 28.

⁵ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, (2nd ed.), Kehl am Rhein: N. P. Engel, p. 43, note 78; M. J. Dennis, „Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, *American Journal of International Law*, vol. 99, no. (2005), 119.

⁶ *Bankovic and Others v. Belgium*, February 2001, para. 71 („In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.”).

⁷ S.C. Res. 1483, U. N. Doc. S/RES/1483, 22 May 2003 (calling upon „all concerned to comply fully with their obligations under international law including in particular the Geneva Conventions of 1949 and the Hague Regulations of 1907.”); S. C. Res. 1511, U. N. Doc. S/RES/1511, 16 October 2003, S.C. Res. 1546, U. N. Doc. S/RES/1546, 8 June 2004,

This conclusion came against support for continued applicability of international human rights law during armed conflict, and therefore a form of concurrent applicability of the two bodies of law, confirmed by the practice of the United Nations Security Council and General Assembly⁸, international and regional judicial⁹ and quasi-judicial bodies¹⁰,

S.C. Res. 1637, U. N. Doc. S/RES/1637, 11 November 2005, S.C. Res. 1723, U. N. Doc. S/RES/1723, 28 November 2006 (authorizing the occupation forces, the Multinational Force to „to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq” with no mention made in any of these resolutions of any obligation on the part of states to comply with international human rights instruments); Commission on Human Rights Res. 2003/84, *Situation of human rights in Iraq*, U. N. Doc. E/CN.4/RES/2003/84, 25 April 2003 (requesting all parties to „to abide strictly by their obligations under international humanitarian law, in particular the Geneva Conventions and the Hague Regulations including those relating to essential civilian needs of the people of Iraq.”). See in this context Commission on Human Rights Res. 1991/67, *Situation of human rights in Kuwait under Iraqi occupation*, U. N. Doc. E/CN.4/RES/1991/67, 6 March 1991 (condemning „the Iraqi authorities and occupying forces for their grave violations of human rights against the Kuwaiti people and nationals of other States and in particular the acts of torture, arbitrary arrests, summary executions and disappearances in violation of the Charter of the United Nations, the International Covenants on Human Rights, and other relevant legal instruments.”). See M. J. Dennis, „Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, *supra* note 5, pp. 456–457.

⁸ S. C. Res. 1019, U. N. Doc. S/RES/1019, 9 November 1995 and S. C. Res. 1034, U. N. Doc. S/RES/1034, 21 December 1995 (in regard to Former Yugoslavia); S. C. Res., U. N. Doc. S/RES/1635, 28 October 2005 and S. C. Res. 1653, U. N. Doc. S/RES/1653, 27 January 2006 (Great Lakes region); G. A. Res. 50/193, U. N. Doc. A/RES/50/193, 22 December 1995 (Former Yugoslavia); G. A. Res. 3525 (XXX), U. N. Doc. A/3525, 15 December 1975 (territories occupied by Israel); G. A. Res. 46/135, U. N. Doc. A/RES/46/135, 19 December 1991 (Kuwait under Iraqi occupation); G. A. Res. 52/145, U. N. Doc. A/RES/52/145, 12 December 1997 (Afghanistan).

⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, 1996 ICJ Reports, p. 226, para. 25 (hereinafter: the *Threat or Use of Nuclear Weapons* Advisory Opinion); *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, para. 106 (hereinafter: the *Wall* Advisory Opinion); *Armed Activities on the Territory of the Congo*, 2005 I.C.J. Reports 168, 9 December 2005, para. 216–217 (hereinafter: *DRC v. Uganda*); *Prosecutor v. Kunarac*, Judgment of 22 February 2001, IT–96–23–T, para. 467; *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, Judgment of 25 November 2000, para. 207–209; *Isayeva v. Russia*, Judgment of 24 Feb. 2005, App. No. 57950/00, para. 180; *I ssayeva, Y usupova, and Bazayeva v. Russia*, Judgment of 24 Feb. 2005, App. Nos. 57947/00, 57948/00, and 57949/00, paras. 175, 178.

¹⁰ Human Rights Committee, *Concluding Observations on Israel*, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, 18 August 1998, para. 10; Human Rights Committee, *Concluding Observations on Israel*, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 21 August 2003, para. 11; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on Israel*, UN Doc. E/C.12/1/Add.69, 31 August 2001, para. 11; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on Israel*, UN Doc. E/C.12/1/Add.90, 23 May 2003, paras. 14–15; Committee on the Elimination of Racial Discrimination: *Concluding Observations on Israel*, U. N. Doc. CERD/C/304/Add.45, 30 March 1998, para. 4; Human Rights Council, *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, U. N. Doc. A/HRC/12/48, 25 September 2009, p. 78, para. 295.

not objected by states¹¹ and joined by commentators.¹² This contribution presents the latest developments in the debate, four reports¹³ produced in the aftermath of the events of 31 May 2010 when a flotilla of six vessels was boarded and taken over by Israeli Defense Forces in the course of enforcement of a naval blockade imposed on the coast of the Gaza Strip.¹⁴ Nine passengers lost their lives and many others were wounded as a result of the use of force during the take-over operation by Israeli forces.¹⁵ There was also significant mistreatment of passengers by Israeli authorities after the take-over of the vessels that had been completed through until their deportation, including physical mistreatment, harassment and intimidation, unjustified confiscation of belongings and the denial of timely consular assistance.¹⁶

¹¹ Except the two being persistent objectors to the application of human rights law to armed conflict in terms of customary law. See Human Rights Committee, *Summary Record of the 2380th Meeting: United States of America*, UN Doc. CCPR/C/SR.2380, 27 July 2006, p. 2; *Summary Legal Position of the Government of Israel, Annex I to the Report of the Secretary-General Prepared Pursuant to GA Res. ES-10713*, U. N. Doc. A/ES-10/248, 24 November 2003, para. 4. See also C. Droege, „The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict”, *supra* note 1, p. 323.

¹² UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *The Relationship between Human Rights Law and International Humanitarian Law*, U. N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 June 2005; N. Lubell, „Challenges in applying human rights law to armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 860, 2005, pp. 737–754; C. Droege, „Elective affinities? Human rights and humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, 2008, pp. 501–548; A. Orakhelashvili, „The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 1, 2008, pp. 161–182.

¹³ Human Rights Council, *Report of the international fact-finding mission to investigate violations of international law, including international humanitarian and human rights law, resulting from the Israeli attacks on the flotilla of ships carrying humanitarian assistance*, U. N. Doc. A/HRC/15/21, 27 September 2010, available at: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.21_en.PDF, (last accessed 8 November 2011) (hereinafter: the *Human Rights Fact Finding Mission Report*) (last accessed 8 November 2011); *Report of Turkish National Commission of Inquiry, February 2011*, available at: www.mfa.gov.tr/Turkish%20Report%20Final (last accessed 8 November 2011), (hereinafter: *Turkish Commission Report*); *Report of the Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 – The Turkel Commission. Part One*, January 2011, available at: www.turkel-committee.com/files/wordocs/8808report-eng.pdf (last accessed 8 November 2011) (hereinafter: *Israeli Commission Report*); *Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident*, July 2011, available at: www.un.org/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf (last accessed 8 November 2011) (hereinafter: the *Palmer Report*).

¹⁴ *Palmer Report*, *supra* note 13, p. 3. The Government of Israel imposed a naval blockade on the coast of the Gaza Strip on 3 January 2009 in order to prevent weapons, terrorists and money from entering or exiting the Gaza Strip by sea. *Ibidem*, p. 27, para. 46.

¹⁵ *Ibidem*, p. 3.

¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

All of the reports define the circumstances of declaration and the subsequent enforcement of the blockade as a situation of armed conflict.¹⁷ They also offer a comprehensive though concise review of the considerations regarding applicability of international human rights law to situations of armed conflict.

1. The *Human Rights Fact Finding Mission Report*

The report of the Human Rights Council fact-finding mission identified three regimes applicable within the legal framework of a contemporary (naval) blockade.¹⁸

The law of naval warfare, constituting a part of the law of armed conflict, regulates military activities on the high seas which are „consistent with the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations, in particular with Article 2, paragraph 4, and Article 51”.¹⁹ The law of naval warfare is codified in the San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea (hereinafter: the San Remo Manual).²⁰

The second law regime applying to the naval blockade of the Gaza Strip is „international humanitarian law standards binding on Israel as the occupying power in the occupied Palestinian territory”²¹, including the Gaza Strip after the unilateral withdrawal by Israel of the forces from the Gaza Strip in 2005.²² In this context Israel is bound by „standards set out in the Fourth Geneva Convention of 1949 relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War” and customary rules of international humanitarian law.²³

Finally, the conduct of the Israeli authorities during the all stages of the implementation of the naval blockade is subject also to international human rights law.²⁴ This statement of the Human Rights Council is

¹⁷ The *Human Rights Fact Finding Mission Report*, the *Israeli Commission Report* and the *Palmer Report* considered the conflict „between Israel and armed groups in Hamas-controlled Gaza” should be treated as an international one. See *Human Rights Fact Finding Mission Report*, p. 15, para. 62, p. 16, para. 68; *Israeli Commission Report*, pp. 49–50, para. 44; *Palmer Report*, p. 41, para. 73. The *Turkish Commission Report* defined the conflict as a non-international one. See *Turkish Commission Report*, p. 63.

¹⁸ *Human Rights Fact Finding Mission Report*, supra note . pp. 11–18.

¹⁹ Ibidem, pp. 12–13, paras. 50–51, quoting Report of the Secretary General, *Study on the Naval Arms Race*, U. N. Doc. A/40/535, 26 July 1985, pp. 47–48, para. 188.

²⁰ Ibidem, p. 12, para. 50 („While not authoritative, its codification effort has had a significant impact on the formulation of military manuals and it has been expressly relied upon by Israel.”).

²¹ Ibidem, p. 15, para. 62.

²² Ibidem, p. 15, para. 63–64.

²³ Ibidem, p. 15, para. 62.

²⁴ Ibidem, p. 17, para. 71.

supported by four distinct arguments: (1) Israel is party to the core human rights treaties relevant to the situation under consideration²⁵; (2) the flag states of the vessels taking part in the blockade subsequent breaches (*i.a.* Greece, Turkey, Comoros, Cambodia, Kiribati, Togo, the United States of America) are also parties to these treaties, thus the treaties are applicable on the relevant vessels, exclusively whilst in international waters²⁶; (3) international human rights law in its entirety continues to apply in situations of armed conflict, except for derogations in accordance with treaty provisions relating to times of emergencies²⁷; (4) international human rights documents are applicable extraterritorially.²⁸

The *Human Rights Fact Finding Mission Report* elaborated on the two last prerequisites. Quoting two documents of the Human Rights Committee, the *Concluding Observations on Israel* of 2010²⁹ and the *General Comment no. 29*³⁰, in addition to two advisory opinions of the International Court of Justice³¹, the report stated that „international human rights law and international humanitarian law are not mutually exclusive but rather

²⁵ Ibidem, p. 16, para. 67. The *Human Rights Fact Finding Mission Report* made mention in the context of the following international human rights documents: the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the Convention on the Rights of the Child and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, the Code of Conduct for Law Enforcement Officials; the Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials; the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment; and the Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions. See ibidem, p. 16, para. 67, note 54; p. 18, para. 74.

²⁶ Ibidem, p. 12, para. 49.

²⁷ Ibidem, pp. 16, para. 68.

²⁸ Ibidem, p. 17, para. 71.

²⁹ Ibidem, p. 16, para. 68 quoting Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee*, U. N. Doc. CCPR/ISR/CO/3, 3 September 2010, para. 5 („the applicability of the regime of international humanitarian law during an armed conflict, as well as in a situation of occupation, does not preclude the application of the Covenant [International Covenant on Civil and Political Rights], except by operation of article 4, whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency.”).

³⁰ Ibidem, quoting Human Rights Committee, *General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4)*, U. N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, para. 3 („While, in respect of certain Covenant rights, more specific rules of international humanitarian law may be especially relevant for the purposes of the interpretation of Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive.”).

³¹ Ibidem, p. 16, para. 69, quoting the *Threat or Use of Nuclear Weapons* Advisory Opinion, supra note 9, p. 226, para. 25 („In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the

should be regarded as complementary and mutually reinforcing to ensure the fullest protection to the persons concerned.”³²

The *Human Rights Fact Finding Mission Report* confirmed also a principle of a extraterritorial applicability of the international human rights documents, at least regarding the International Covenant on Civil and Political Rights.³³ Such a meaning of the Article 2 of the Covenant³⁴ was confirmed by the Human Rights Committee’s general comment No. 31³⁵, its Concluding remarks³⁶ and the *Wall Advisory Opinion*.³⁷

It is important to note that the *Turkish Commission Report* followed the reasoning and conclusions of the *Human Rights Fact Finding Mission Report* regarding applicability of international human rights law to the naval blockade of the Gaza Strip.³⁸

2. The Israeli Commission Report

The only source of the contemporary law of naval blockade recognized by the *Israeli Commission Report* is the law of naval warfare. Indeed, the report discussed a potential applicability of two more legal regimes, of the

Covenant can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself.”); *ibid.*, pp. 16–17, para. 70, quoting the *Wall Advisory Opinion*, supra note 9, para. 106 („the protection offered by the human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of any kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law.”).

³² *Ibidem*, p. 17, para. 71.

³³ *Ibidem*, pp. 17–18, para. 73.

³⁴ *Ibidem*, p. 17 („Article 2 of the International Covenant obliges each State party to respect and to ensure to all individuals „within its territory and subject to its jurisdiction” the rights recognized within it.”)

³⁵ *Ibidem* („A State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone with the power or effective control of that State party, even if not situated within the territory of the State party.”).

³⁶ *Ibidem*, p. 18, para. 73, note 63 („Furthermore, the applicability of the regime of international humanitarian law does not preclude accountability of States parties under article 2, paragraph 1, of the Covenant for the actions of their authorities or agents outside their own territories, including in occupied territories. The Committee therefore reiterates and underscores that, contrary to the State party’s position, in the current circumstances, the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the occupied territories, including in the Gaza Strip, for all conduct by the State party’s authorities or agents in those territories affecting the enjoyment of rights enshrined in the Covenant (arts. 2 and 40). The State party should ensure the full application of the Covenant in Israel as well as in the occupied territories, including the West Bank, East Jerusalem, the Gaza Strip and the occupied Syrian Golan Heights.”).

³⁷ *Ibidem*, p. 17, para. 73.

³⁸ *Turkish Commission Report*, supra note 13, pp. 105–109.

law of sea and of the international human rights law, however neither of them is determined to be applicable.

The law of sea promotes the fundamental principle of freedom of the high seas, applying not only in times of peace, but also to neutral shipping in times of armed conflict.³⁹ Nevertheless, the law of the sea does not operate in isolation from other rules and principles of international law, in particular, the admissibility and legality of military uses of the sea to be derived from the laws of naval warfare, rules of neutrality, and principles of customary international law.⁴⁰ As the rules of international law permit a belligerent Party to restrict the operation of neutral vessels, with the result that some of the rights of neutral nations are set aside in favor of a State engaged in the armed conflict, the law of naval warfare, as *lex specialis*, prevails over the law of the sea in time of armed conflict.⁴¹ Accordingly, rules that regulate the imposition of a naval blockade are part of the laws of naval warfare⁴² and most of them have the status of customary international law.⁴³

In a similar manner, promoting the law of naval warfare (international humanitarian law) as being applied exclusively to the case as *lex specialis*, the *Israeli Commission Report* decided the question of the interface between these rules and international human rights law. Noticably, it has been done without declaring human rights norms (no to mention standards) inapplicable in the time of armed conflict.

The commission discussed two situations implicating the potential application of the international human rights law to the naval blockade of the Gaza Strip. The first relates to a suggested parallel application of international humanitarian law and international human rights law „to a territory that it classified as an «occupied territory», as „it is often considered that human rights law may be more readily applied than in other

³⁹ *Israeli Commission Report*, supra note , p. 41, para. 31.

⁴⁰ Ibidem, quoting introduction to the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 („matters not regulated by this Convention continue to be governed by the rules and principles of general international law.”).

⁴¹ Ibidem, citing International Law Association, Committee on Maritime Neutrality, *Final Report to the Sixty-Eighth Conference*, (London 1998); L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, H. Lauterpacht (ed.), 7th ed., New York: David McKay Company, pp. 769–770.

⁴² Interestingly, the *Israeli Commission Report* uses interchangeably the terms „the laws of naval warfare” and „international humanitarian law”. See *Israeli Commission Report*, p. 41, para. 32; ibidem, p. 103, para. 99, p. 104, para. 100.

⁴³ Ibidem, p. 41, para. 32. The *Israeli Commission Report* is based on the San Remo Manual, „which offers a detailed current statement of the customary international law of naval warfare, including naval blockades. (...) However, since some of the provisions in the San Remo Manual are regarded as reflecting a progressive development of the law rather than merely a restatement thereof, the analysis below is also based on other accepted texts and manuals in order to identify areas where there may not be complete international consensus on the San Remo rules. However, it should also be noted that the areas of divergence are limited.” See *Israeli Commission Report*, p. 43, para. 33.

armed conflict situations.”⁴⁴ The *Israeli Commission Report* rejected such a possibility, stating that „the whole panoply of human rights law” should not „be applied by an occupying state that clearly cannot act as the sovereign authority.”⁴⁵

To strengthen its position the *Israeli Commission Report* referred to the undetermined legal status of the Gaza Strip. While noting that „various organizations and bodies continue to hold the position that Israel is an occupying power in the Gaza Strip”⁴⁶, it noticed that an Palestinian non-state entity, the *Hamas*, carries out actual physical control over the territory, with Israel controlling only the borders.⁴⁷ Accordingly, „it is the *Hamas*, as the ruling power in the Gaza Strip, who is responsible for protecting the human rights of the Gaza residents, which includes „protecting the right to life, health, education, adequate living conditions and clean water.”⁴⁸

Ruling out the possibility of extra-territorial application of human rights norms in the context of belligerent occupation, the Israeli position rejected also a parallel application of international humanitarian law and international human rights law during the conduct of hostilities. It actually recognized a statement that „the two normative regimes ‘share a common „core” of fundamental standards which are applicable at all times, in all circumstances and to all parties, and from which no derogation is permitted.”⁴⁹ Nevertheless, it has been also stated, „comprehensive and detailed of the international humanitarian law dealing with a naval blockade, such as the prohibition of starvation or the prohibition of depriving the civilian population of objects essential for its survival and the question of the ‘damage’ or ‘suffering’ addressed in article 102(b) of the San Remo Manual (...) address the right to life a right that also lies, of course, at the heart of international human rights law.”⁵⁰ Thus, since the right of the inhabitants of the Gaza Strip to life is addressed in the *lex specialis* of international humanitarian law, „it is these rules that should primarily be applied.”⁵¹

Accordingly, with respect to the enforcement of the Gaza Strip naval blockade, the use of force has been considered to be interpreted under the international humanitarian law framework.⁵² Under international

⁴⁴ Ibidem, p. 102, para. 98, citing the *Wall Advisory Opinion*, paras. 102–107.

⁴⁵ Ibidem, p. 229, para. 186, note 796, citing the official Israeli position; ibidem, p. 102, para. 98, citing N. K. Modirzadeh, „The Dark Sides of Convergence: A Pro-civilian Critique of the Extraterritorial Application of Human Rights Law in Armed Conflict”, 86 *International Law Studies* (2010), 349, pp. 375–376.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem, p. 103, para. 98.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem, p. 103, para. 99, citing *Prosecutor v. Delalic*, Appeals Chamber Judgment of 20 February 2001, No. IT-96-21-A, para. 149; T. Meron, „The Humanization of Humanitarian Law”, 94 *American Journal of International Law* (2000), 239, pp. 266–267.

⁵⁰ Ibidem, p. 103, para. 99.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem, p. 230, para. 187, citing the *Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion*, para. 25.

humanitarian law, guided by the principle of distinction, the right to life is protected by prohibitions against indiscriminate attacks, targeting individual civilians and the civilian population unless they take a direct part in hostilities, causing superfluous or unnecessary suffering to combatants and targeting those who are *hors de combat*.⁵³ Interestingly, the *Israeli Commission Report* applied „human rights-based law enforcement norms” in the character of the *lex specialissima* regarding „any use of force against civilians who are not taking a direct part in hostilities.”⁵⁴

The question of the law regime applicable to a legal status and the subsequent treatment of the persons detained in the course of the blockade enforcement was not addressed in the report.

Denying the direct application of non-derogable rights envisioned in the international human rights law documents, the *Israeli Commission Report* ruled out the parallel application of the derogable ones (an *argumentum a maiori ad minus*). Facing the allegations that Israel is in violation of international human rights law as it restricts the movement of people to and from the Gaza Strip and thereby violates the right to freedom of movement as stated in article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the commission noted that one of the legal conditions stipulated by the laws of naval warfare regarding the imposition of a naval blockade is the condition of „effectiveness” and its impartial implementation with regard to the shipping vessels of all States.⁵⁵ Accordingly, as the concept of a naval blockade inherently includes the restriction of all movement by sea, the right of the citizens of one state to cross the borders of the state into another state with which they are at war is not unlimited⁵⁶. Interestingly, the commission also invoked Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights to support its law of armed conflict-oriented claim, „A state may, without doubt, restrict the freedom of movement of persons beyond its borders in order to protect national security and public order.”⁵⁷

2. The *Palmer Report*

The second United Nations Organization’s report dedicated to the naval blockade of the Gaza Strip confirmed much of the conclusions of the Human Rights Council Report. While identifying three sources of the law of

⁵³ Ibidem, pp. 230–231, para. 187, citing Articles 51 para. 4, 51 para. 3, 35 and 41, respectively of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (hereinafter: Additional Protocol I).

⁵⁴ Ibidem, pp. 232–233, para. 189, citing *Public Committee Against Torture v. Government of Israel*, (Israel’s Supreme Court) Judgment of 14 December 2006, HCJ 769/02, para. 40; the Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials.

⁵⁵ Ibidem, p. 104, para. 100, citing the San Remo Manual, Rule 93.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem.

contemporary blockade⁵⁸, it discussed two matters regarding application of the international human rights law to the case, (1) relationship between international humanitarian law and international human rights law; (2) an extraterritorial application of human rights law to a vessel on the high seas.

3.1. The relationship between international humanitarian law and international human rights law

The Palmer Panel of Inquiry recognized limitation in the application of human rights provisions in armed conflict by identifying derogation clauses in two human rights treaties that allow for suspension of application of certain rights in situations of armed conflict.⁵⁹ The fact that any measures in derogation of rights under the treaties must be proportional and consistent with other obligations under international law, that is, with „the minimum guarantees of the rule of law contained in Art. 3 of the Geneva Conventions of 1949 as well as in the two Additional Protocols of 1977”⁶⁰, could be construed as implying a *lex generalis* (human rights law) / *lex specialis* (international humanitarian law) relationship between the two legal fields in a technical sense, resulting in the practical exclusion of human rights law considerations in situations of armed conflict.⁶¹ The *Palmer Report* rejected however this logic, promoting instead a „renvoi approach” to be applied „in the area of rights protected by both sources, i.e. in the area of overlapping.”⁶² Following this approach it could be argued that the content of human rights law is informed by the specific provisions of

⁵⁸ *Palmer Report*, supra note 13, Appendix I, pp. 76–102, applying: (1) the law of blockade (the law of naval warfare in a situation of armed conflict on the high seas); (2) the international humanitarian law; (3) the international human rights law.

⁵⁹ *Palmer Report*, p. 97, para. 61, note 199, quoting Article 4 para. 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights and citing Article 15 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁶⁰ *Ibidem*, quoting M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, (2nd ed. 2005), p. 99. See also *Ibidem*, p. 98, para. 62, quoting the *Threat or Use of Nuclear Weapons* Advisory Opinion, supra note 9, para. 25 („the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one’s life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself.”).

⁶¹ *Ibidem*, p. 98, para. 62.

⁶² *Ibidem*, p. 99, para. 63, citing R. Kolb, *Human Rights and Humanitarian Law*, p. 37.

international humanitarian law, and that *vice versa* international humanitarian law may make reference to human rights law, „It is thus not so much a matter of putting one source in the place of the other – which is the traditional meaning of the *lex specialis* rule – but rather of complementing both with each other in the context of a proper interpretation.”⁶³ Thus, as the use of force against persons and/or vessels in the enforcement of a blockade is to be guided by the international humanitarian law (the San Remo Manual)⁶⁴, a treatment of persons detained in the course of the enforcement of a blockade requires consideration of their status under international humanitarian law, as well as the potential application of human rights law.⁶⁵

This view is as stated to be supported by the „constant practice of the United Nations”⁶⁶, the International Court of Justice⁶⁷ and the Human Rights Committee⁶⁸, not to mention the fact that the derogation provisions do not allow derogation from fundamental principles of human rights law, such as the right to life and the prohibition of torture.⁶⁹

⁶³ Ibidem („For example, when international humanitarian law allows for the detention of individuals, human rights law may be consulted to specify the conditions and the rights and duties of the involved State and the detainees in this situation. Conversely, when interpreting the right to life under human rights law during an armed conflict, recourse must be had to the principle of international humanitarian law which sanctions the killing of combatants.”). Thus, as the use of force against persons and/or vessels in the enforcement of a blockade is to be guided by the international humanitarian law (the San Remo Manual), a treatment of persons detained in the course of the enforcement of a blockade requires consideration of their status under international humanitarian law, as well as the potential application of human rights law. See *ibidem*, pp. 92–93, para. 47; p. 94, para. 52.

⁶⁴ Ibidem, pp. 91–94, paras. 43–51.

⁶⁵ Ibidem, p.

⁶⁶ Ibidem, p. 98, para. 61, quoting G.A. Res. 2675 (XXV), U.N. Doc. A/8178, 9 December 1970, para. 1 („[f]undamental human rights, as accepted in international law and laid down in international instruments, continue to apply fully in situations of armed conflicts.”).

⁶⁷ Ibidem, pp. 98–99, para. 62, quoting the *Wall* Advisory Opinion, *supra* note 9, para. 106 („[T]he Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law.”); and citing *DRC v. Uganda*, *supra* note 9, para. 216.

⁶⁸ Ibidem, pp. 97–98, para. 61, quoting Human Rights Committee, *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, para. 11 („[t]he Covenant applies also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable. While, in respect of certain Covenant rights, more specific rules of international humanitarian law may be specially relevant for the purposes of the interpretation of Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive.”).

⁶⁹ Ibidem, p. 97, para. 61.

The adoption of the „renvoi approach” implicates two further observations regarding the parallel application of international humanitarian law and international human rights law in the time of armed conflict. Firstly, the *Palmer Report* ruled that it is difficult to make generalized statements on the exact nature of the relationship between human rights law and international humanitarian law as the application of specific provisions of either legal area depends heavily on the factual context of the situation and has to be assessed accordingly.⁷⁰ In order to avoid a creation of gaps in „the protection and empire of the principles of international law minimum standards of humanitarian/human rights protection are to observed at all times.”⁷¹

Secondly, there is significant overlap between many of the protections provided under international humanitarian law and their counterparts under human rights law.⁷² In particular, both international humanitarian law and human rights law (1) prohibit any form of discrimination in providing protection⁷³; (2) prohibit murder / the arbitrary deprivation of the right to life⁷⁴; (3) prohibit any form of torture⁷⁵; (4) prohibit humiliating and degrading treatment⁷⁶; (5) both require that detained individuals are granted due process rights with regard to their detention.⁷⁷

⁷⁰ Ibidem, p. 99, para. 64.

⁷¹ Ibidem, quoting Preamble of Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, 29 July 1899 (the „Martens Clause”) („Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience.”).

⁷² Ibidem, p. 99, para. 65.

⁷³ Ibidem, p. 100, para. 65, citing Common Article 3 para. 1 of the Geneva Conventions of 1949, Article 75 para. 1 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (hereinafter: Additional Protocol I); and Article 2 para. 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

⁷⁴ Ibidem, citing Article 3 para. 1 (a) of the Geneva Conventions, Article 75 para. 2 (a), (i) of the Additional Protocol I; and Article 6 para. 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

⁷⁵ Ibidem, citing Common Article 3 para. 1 (a) of the Geneva Conventions, Article 75 para. 2 (a) (ii) of the Additional Protocol I; and Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 2 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

⁷⁶ Ibidem, citing Common Article 3 para. 1 (c) of the Geneva Conventions, Article 75 para. 2 (b) of the Additional Protocol I; and Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 16 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

⁷⁷ Ibidem, citing Article 75 paras. 3–4 of the Additional Protocol I; and Articles 9–10 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

3.2. Extraterritorial application of human rights law to a vessel on the high seas.

The issue of the enforcement of a blockade further raises the question of the extraterritorial application of human rights law to a vessel on the high seas. The *Palmer Report* took notice of the reach of human rights treaties being the subject of much debate.⁷⁸ While „some States” were generally „in favour of a narrow interpretation” of the treaties’ jurisdiction clauses⁷⁹, human rights bodies and courts, including the International Court of Justice, the Committee against Torture and the Human Rights Committee have interpreted them somewhat more broadly.⁸⁰

The Palmer Panel of Inquiry referred specifically in this context to decisions of the European Court of Human Rights and of the Committee Against Torture since the two organs had addressed the question in the context of law enforcement actions on the high seas.

The Court found that the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms applied to a Cambodian ship boarded by French forces on the basis that France exercised „full and exclusive” *de facto* control over the vessel from the time of its interception so that the applicants were effectively within France’s jurisdiction.⁸¹

A similar finding was reached by the Committee Against Torture when it concluded that *de facto* control over the individuals on a refugee ship in international waters triggered Spain’s responsibilities under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.⁸²

⁷⁸ Ibidem, p. 100, para. 66.

⁷⁹ Ibidem, quoting Human Rights Committee, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, United States of America*, U.N. Doc. CCPR/C/USA/3, 28 November 2005, para. 3 (expressing the view of the United States of America that „the obligations assumed by a State Party to the International Covenant on Civil and Political Rights (Covenant) apply only within the territory of the State Party.”).

⁸⁰ Ibidem, pp. 100–101, paras. 66–67, citing the *Wall* Advisory Opinion, *supra* note, para. 111; Committee Against Torture, *General Comment No. 2: Implementation of article 2 by States parties*, U.N. Doc. CAT/C/GC/2, 24 January 2008, para. 7; and quoting Human Rights Committee, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee, United States of America*, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 December 2006, para. 10 („The State party should review its approach and interpret the Covenant in good faith, in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context, including subsequent practice, and in the light of its object and purpose. The State party should in particular (a) acknowledge the applicability of the Covenant with respect to individuals under its jurisdiction but outside its territory, as well as its applicability in time of war.”).

⁸¹ Ibidem, p. 101, para. 68, citing *Medvedyev et al. v. France*, Grand Chamber Judgment of 29 March 2010, App. No. 3394/03, para. 67.

⁸² Ibidem, citing Committee Against Torture, Decision, Communication No. 323/2007, U.N. Doc. CAT/C/41/D/323/2007, 10 November 2008, para.

Conclusions

A cursory analysis of the reports produced in the aftermath of the events of 31 May 2010 leads to a conclusion that two issues remain in the centre of the continuing debate concerning the question of applicability of international human rights law to situation of armed conflict. The issues are, (1) the relationship between the two bodies of law in the situation of the parallel application of international human rights law and international humanitarian law during armed conflict, and (2) the extraterritorial applicability of international human rights law norms.

The relevant findings of the analyzed documents testify to a existence of the considerable legal debate on the precise nature of the relationship between these two legal regimes. In light of the continuing application of conflicting approaches of *lex specialis* and of „renvoi approach” it is difficult to make generalized statements on the exact nature of the relationship between human rights law and international humanitarian law as the application of specific provisions of either legal area depends heavily on the factual context of the situation and has to be assessed accordingly. The principal question in terms of assessing the interaction between human rights applicable both in peacetime and war and humanitarian law applicable only to armed conflicts is whether the protection accorded to individuals under the latter is lower than that under the former. The clarification of this question requires the accurate assessment of the available evidence, and not the preconceived approach that tends to conceive one of these two fields as *lex specialis* that excludes or curtails the protection under the other field.

There is also a clear tendency in international law supporting an expansive view with respect to the applicability of human rights treaties outside the territory of States parties to the relevant conventions. What is important is the State's exercise of effective control in a specific situation. This would include the situation of the capture of a foreign-flagged vessel on the high seas in the enforcement of a blockade.

Key words: armed conflict, international human rights in armed conflict, a naval blockade of the Gaza Strip.

Summary

Applicability of international human rights law in situation of armed conflict has been the subject of much debate. This article traces the latest developments in the debate. The analyzed reports were produced in the aftermath of the events of 31 May 2010 when a flotilla of six vessels was boarded and taken over by Israeli Defense Forces in the course of enforcement of a naval lockade imposed on the coast of the Gaza Strip.

A cursory analysis of the reports leads to two conclusions. With respect to the differing opinions, it is submitted here that the continued applicability of international human rights law during armed conflict is by now firmly determined. The continuing matters in contestation are the relationship between the two bodies of law in the situation of the parallel application during armed conflict and an extraterritorial applicability of international human rights law norms.

Izabela Grzybowska

doktorantka w Katedrze Praw Człowieka Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

Prawo do dziedziczenia w państwach socjalistycznych – część I (ujęcie historyczno-prawne)

Słowa kluczowe: prawo do dziedziczenia, państwa socjalistyczne, Związek Socjalistycznych Republik Radzieckich, Czechosłowacja, Niemiecka Republika Demokratyczna, Polska Rzeczpospolita Ludowa, dekret o prawie spadkowym.

Łatwo zauważyć, że prawo dziedziczenia ściśle wiązało się i wiąże z istnieniem własności prywatnej. Liderzy socjalizmu utopijnego twierdzili nawet, że spadkobranie stanowi przesłankę klasowej struktury społeczeństwa i główną przyczynę nierówności ekonomicznej, a w konsekwencji społecznej. Utopiści sformułowali wniosek o potrzebie zniesienia spadkobrania i przekazywania majątku zmarłego państwu, które stworzy specjalny fundusz, następnie rozdzielany między najbardziej zasłużonych. Sądziło się, że tą drogą osiągną zniesienie własności prywatnej i w efekcie przebudują ustrój społeczny. Podobnie anarchiści z Michaiłem Bakuninem upatrywali w spadkobranie podstawowej przesłanki istnienia własności prywatnej, a w konsekwencji domagali się zniesienia prawa dziedziczenia.¹

Ujmując omawiane w niniejszym artykule rozwiązania w zakresie prawa spadkowego, przyjęte w państwach socjalistycznych, oczywiste jest, iż ich źródłem są teorie stworzone i wprowadzone przez bolszewików w Rosji już na początku XX w. Wydaje się, że prawo spadkowe w doktrynie zarówno

¹ A. Lityński, *Prawo Rosji i ZSRR 1917–1991*, Warszawa 2010, s. 235–236; Michaił Bakunin, (1814–1876) – teoretyk i działacz rewolucyjny; początkowo głosił ideę wolności i jedności Słowian. Dla Bakunina najwyższą wartością była wolność jednostki, pragnął ustroju, który ją zapewni; niezbędne do tego jest zniesienie kapitalizmu w drodze rewolucji, zniesienie własności prywatnej i likwidacja państwa. Uczestnik rewolucji 1848–1849, więzień austriacki i carski. Po 1864 r. Bakunin zapoczątkował ruch anarchistyczny; przystąpił do I Międzynarodówki, ale w wyniku konfliktu z Marksem został z niej usunięty; współorganizował kongresy międzynarodówki anarchistycznej; bakuninowska taktyka walki spiskowo-terrorystycznej wywarła wpływ na rosyjskich narodników (Narodna Wola – Wola Ludu); zostawił pisma.

politycznej, jak i – w konsekwencji – prawnej bolszewików traktowane było jako dopełnienie prawa rzeczowego, czemu zresztą nie można się dziwić, bo przecież spadkobranie jest sposobem nabycia własności. Faktem jest, że zniesienie prawa dziedziczenia zostało wyjątkowo wyraźnie postawione przez twórców komunistycznej doktryny i programu rewolucji komunistycznej – Marksa i Engelsa. W *Manifestie komunistycznym* znalazła się taka wizja i program jednocześnie: „Proletariat użyje swojego panowania politycznego na to, by krok za krokiem wyrwać z rąk burżuazji cały kapitał, scentralizować wszystkie narzędzia produkcji w ręku państwa, tzn. w ręku zorganizowanego jako klasa panująca proletariatu i możliwie szybko zwiększyć masę sił wytwórczych. Początkowo może się to oczywiście dokonać tylko za pomocą despotycznych wtargnięć w prawo własności i w burżuazyjne stosunki produkcji, a więc za pomocą posunięć, które ekonomicznie wydają się niedostateczne i nieuzasadnione, które jednak w przebiegu ruchu przerastają same siebie i są nieuniknione jako środki przewrotu w całym sposobie produkcji. Posunięcia te będą oczywiście w różnych krajach odpowiednio różne. Jednakże w krajach najdalej w rozwoju zaawansowanych będą mogły na ogół znaleźć powszechne zastosowanie posunięcia następujące: wywłaszczenie wielkiej własności ziemskiej i przekształcenie renty gruntowej w dochód państwa, konfiskata własności wszystkich emigrantów i buntowników, (...) zniesienie prawa dziedziczenia”.²

Ustawodawstwo pierwszego okresu rewolucji w Rosji, zgodnie z hasłami ideologicznymi propagowanymi w tamtym okresie, obaliło fundamentalne zasady prawa cywilnego. W sferze prawa majątkowego dekret o ziemi z 1917 r., ogłaszający ziemię dobrem ogólnonarodowym, a następnie stopniowe upaństwowienie podstawowych środków produkcji: fabryk, kopalń, transportu, banków itp. – dały początek instytucji prawnej własności socjalistycznej, która podlegać zaczęła regulacji prawnej typu administracyjnego. Spod obrotu prywatnoprawnego wyłączone zostały także przedmioty objęte monopolem państwowym w zakresie produkcji i wymiany. Warunki rewolucyjne wymagały ścisłej regulacji cen i dystrybucji podstawowych artykułów spożycia. W fazie tzw. komunizmu wojennego (lata 1918–1920), wobec dążeń do wyeliminowania gospodarki rynkowej i bezpośredniego przechodzenia do komunistycznego typu gospodarowania, takie kategorie ekonomiczne, jak „pieniądz” czy „prawo własności” odrzucane były jako nieprzydatne w nowych warunkach. Prawie całkowicie zamierała wówczas i inna dziedzina prawa cywilnego – prawo spadkowe.³

Dekret o zniesieniu spadkobrania z 10 kwietnia 1918 r. napisany został przez Lenina z udziałem – bliżej niesprecyzowanym – funkcjonariuszy Ludowego Komisariatu Sprawiedliwości, pracujących w tej sprawie pod przewodnictwem w owym czasie najbardziej znanego cywilisty bolszewickiego Aleksandra

² K. Marks, F. Engels, *Manifest komunistyczny*, <http://www.historia1.terramail.pl/zrodla/manifest_komun.html>.

³ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2000, s. 362.

Gojchbarga. Dekret radykalnie znosił dziedziczenie tak ustawowe, jak i testamentowe, aczkolwiek czynił pewne wyjątki w zakresie dziedziczenia „pochodzących z pracy” rzeczy osobistych i sprzętów domowych zmarłego oraz drobnych narzędzi do pracy w gospodarstwie rolnym, o łącznej wartości nieprzekraczającej 10 tysięcy rubli. W ramach tej kwoty można było dziedziczyć środki produkcji gospodarstwa pracowniczego (tzn. gospodarstwa, w którym jego właściciel pracował sam albo tylko z udziałem żony i małoletnich dzieci) oraz możliwe było kontynuowanie posiadania nieruchomości rolnych, ale tylko przez osoby pracujące w tej nieruchomości wspólnie ze zmarłym. To ostatnie nie było jednak dziedziczeniem w ścisłym tego słowa znaczeniu, gdyż nieruchomość rolna nie była własnością spadkodawcy ani też nie stawała się własnością spadkobiercy.

Ogólną zasadą przyjętą jednak w zakresie dziedziczenia było przejście majątku zmarłego na własność państwa. Organami zarządzającymi mieniem spadkowym stawały się lokalne rady delegatów, które przekazywały dobra materialne stosownym dla rodzaju mienia instytucjom. Dekret znosił prawo spadkowe jako instytucję.⁴

Tak skromne możliwości dziedziczenia w zasadzie były ograniczone do wąskiego kręgu spadkobierców – małżonka oraz dzieci zmarłego. Krewni w linii bocznej (bracia i siostry) zaś zupełnie wyjątkowo wówczas, jeżeli byli niezdolni do pracy i znajdowali się w potrzebie, otrzymali prawo czerpania środków utrzymania z pozostałego po spadkobiercy majątku, czyli otrzymali wierzytelność do masy spadkowej, której mogli dochodzić z pierwszeństwem przed innymi wierzycielami. To ostatnie rozwiązanie uważano nie tyle za dziedziczenie *sensu stricte*, ile za rodzaj zabezpieczenia społecznego, toteż obowiązywało ono krótko, bo tylko do wydania w połowie 1919 r. dekretu o ubezpieczeniu wszystkich pracujących. Drastyczne ograniczenie kręgu spadkobierców stało się ważną cechą charakterystyczną prawa radzieckiego i będzie potem rzutowało na kierunek zmian obowiązujący politycznie w tzw. krajach demokracji ludowej.⁵

Podział masy spadkowej miał następować w wyniku dobrowolnego porozumienia spadkobierców, co miało cechy realizmu o tyle, o ile dopuszczona do spadku masa majątkowa nie mogła zawierać liczących się składników majątkowych. Przewidziano jednak możliwość rozstrzygania przez sąd ludowy sporów wierzytelności osób trzecich, to ich zaspokojenie następowało dopiero po zaspokojeniu rodziny zmarłego.⁶

Nowa Ekonomiczna Polityka⁷ musiała przynieść nowe regulacje cywilistyczne i to regulacje przynajmniej po części wracające do rozwiązań kla-

⁴ A. Lityński, op. cit., s. 237.

⁵ Ibidem, s. 237–238.

⁶ Ibidem, s. 238.

⁷ Proklamowana przez Lenina polityka w dniu 15 marca 1921 r. na X Zjeździe partii, mająca na celu ożywienie rolnictwa, handlu i przemysłu po tym, jak po klęsce rewolucji w Niemczech i po przegranej wojnie z Polską przysły wyobrażenia o rozprzestrzenieniu rewolucji proletariackiej oraz o udzieleniu pionierskiemu proletariatu Rosji wszechstronnej

sycznych. W zakresie prawa spadkowego sygnałem nowej polityki w prawie był dekret z 22 maja 1922 r. o zasadniczych prywatnych prawach majątkowych uznawanych w Związku Radzieckim, zabezpieczonych jego ustawami i chronionych przed sądami Związku Radzieckiego. Dekret ten przewidywał spadek z ustawy oraz z mocy testamentu małżonka oraz zstępnych zmarłego, w granicach ogólnej wartości całości spadku do 10 tysięcy rubli złotych. W istocie nie było tu znacznego postępu; ważna nowość polegała na tym, iż zasadą w powoływanym dekrete było usankcjonowanie prawa spadkobrania, a nie jego wykluczenie, jak poprzednio.⁸

Pod koniec 1922 r. wydany został kodeks cywilny, z mocą obowiązującą od 1 stycznia 1923 r. Stanowił on pierwsze i bezpośrednie odbicie NEP-u. W pracach nad kodeksem doszła do głosu – nie bez inspiracji Lenina – idea wykorzystania pewnych doświadczeń kodyfikacji „burżuazyjnych” i ich adaptacji do nowych realiów społecznych. Wychodząc z założenia względnej samodzielnosci formy, w jakiej prawo jest wyrażane, wobec nadanej mu treści, uznano za możliwe posługiwanie się formami prawa „burżuazyjnego” w celu napełnienia ich zawartością prawną o charakterze socjalistycznym.⁹ Kodeks cywilny z 1922 r. wprowadził w życie następujące zasady:

1) ograniczenie dziedziczenia tylko do części spadku nieprzewyższającej wartość 10 tysięcy rubli w złocie;

2) wąski krąg spadkobierców, zarówno z ustawy, jak i z testamentu – ograniczenie do zstępnych w linii prostej (dzieci, wnuki i prawnuki), do

pomocy, głównie materialnej. Pół roku później Lenin uzasadniał wprowadzenie NEP-u w następujący sposób: „Licyliśmy – lub może słuszniej byłoby powiedzieć: przypuszczaliśmy, nie mając do tego dostatecznych podstaw – że za pomocą bezpośrednich rozporządzeń państwa proletariackiego zdołamy w kraju o drobnej chłopskiej gospodarce zorganizować produkcję państwową i państwowy podział produktów według zasad komunistycznych. Życie ujawniło nasz błąd. Okazało się, że niezbędny jest szereg szczebli przejściowych – kapitalizm państwowy i socjalizm – aby przygotować, wieloletnią pracą przygotować, przejście do komunizmu”. NEP był więc traktowany przez kierownictwo partii jako niezbędny etap przejściowy. Krok w tył, aby potem uczynić „dwa kroki w przód”. – M. Bałtowski, *Gospodarka socjalistyczna w Polsce*, Warszawa 2009, s. 81–82.

⁸ A. Lityński, op. cit., s. 239.

⁹ K. Sójka-Zielińska, op. cit., s. 366; w toku prac kodyfikacyjnych Lenin wypowiadał się jednak za niedopuszczalnością przeciwstawienia sfer interesów państwowych i interesów jednostki i traktowania prawa cywilnego jako instrumentu ochrony dóbr indywidualnych. Przy tej okazji pisał w liście do Kurskiego: „nie ma dla nas nic «prywatnego», wszystko w dziedzinie gospodarczej jest dla nas rzeczą publicznąprawną, a nie prywatną”. Zakwestionowany tym samym został sens tradycyjnego podziału na prawo publiczne i prywatne w ustroju socjalistycznym, skoro nie występował tu problem sprzeczności między interesem publicznym a prawami jednostek, które musiały być podporządkowane względem dobra ogólnego. Sam kodeks gwarantował pierwszeństwo interesów państwa poprzez klauzule generalne, a zwłaszcza zawartą w artykule 1 zasadę, że „prawa prywatne doznają ochrony z wyjątkiem tych przypadków, gdy są one wykonywane sprzecznie z ich przeznaczeniem społeczno-gospodarczym”. To swoiste odbicie znanej nam teorii nadużycia prawa miało w praktyce radzieckiego wymiaru sprawiedliwości ogromne znaczenie. Otwierało to szerokie pole do dowolności w orzecznictwie cywilnym. Z kolei według punktu 5 rozporządzenia wprowadzającego kodeks cywilny, interpretacja rozszerzająca jego przepisów dopuszczalna była tylko w wypadku, gdy wymagała tego „ochrona interesów państwa robotniczo-chłopskiego i mas pracujących”.

przysposobionych (i ich zstępnych) i do pozostałego przy życiu małżonka osoby zmarłej, jak również do niezdolnych do pracy i biednych osób, które znajdowały się faktycznie na całkowitym utrzymaniu zmarłego nie mniej niż jeden rok przed jego śmiercią. Wobec takiego ograniczenia kręgu spadkobierców w przeważającej liczbie przypadków majątki przechodziły jako bezdziedziczne na rzecz państwa. Po nowelizacji z 1928 r. spadkodawca mógł ponadto zapisać spadek również państwu, instytucjom, organizacjom społecznym;

3) ograniczenie swobody testowania tylko do osób należących do kręgu spadkobierców ustawowych;

4) łączne powołanie spadkobierców ustawowych do spadku, tzn. bez różnicowania kolejności powoływania odrębnych grup spadkobierców;

5) wszyscy spadkobiercy ustawowi dziedziczyli w częściach równych;

6) istniała całkowita równość kobiety i mężczyzny w prawie spadkowym.¹⁰

Po 1922 r. kilkoma nowelizacjami przepisy ograniczające prawa spadkobrania i testowania były rozluźniane. W szczególności w 1926 r. zniesiono ograniczenie wartości masy spadkowej do kwoty 10 tysięcy rubli, a osoby, które żyły we wspólnym gospodarstwie ze zmarłym otrzymywały majątek, stanowiący zwykle urządzenie i zagospodarowanie domowe za wyjątkiem przedmiotów zbytku. W 1928 r. ustanowiono na rzecz niepełnoletnich spadkobierców ustawowych część obowiązkową (rodzaj rezerwy) w wysokości 3/4 udziału, który otrzymaliby przy dziedziczeniu *ab intestato*. Wówczas też zezwolono rozporządzać majątkiem także na rzecz państwa, partii komunistycznej, organizacji zawodowych i społecznych. Poza tymi przypadkami spadkobiercami mogły być tylko osoby fizyczne, które żyły w chwili śmierci spadkodawcy oraz dzieci poczęte za jego życia i urodzone po jego śmierci.¹¹

Wkrótce, od 1 marca 1926 r. – poza kodeksem cywilnym – został wprowadzony progresywny podatek spadkowy, początkowo sięgający do 90% wartości spadku. Podatek ten został zniesiony w 1943 r.¹²

¹⁰ A. Lityński, op. cit., s. 239–240.

¹¹ Ibidem, s. 240–241.

¹² Ibidem, s. 241; warto jednak dodać, że zmiany te były wprowadzane równocześnie z walką z sektorem prywatnym. Doprowadziło to do tego, iż w połowie lat 30. sektor prywatny praktycznie przestał istnieć w sferze przemysłu i w handlu hurtowym, a w handlu detalicznym i w usługach bytowych został zupełnie zmarginalizowany. W drugiej połowie lat 30. własność socjalistyczna dawała 9,8% produkcji globalnej w przemyśle oraz 98,5% w rolnictwie. Handel, zarówno hurtowy, jak i detaliczny, był upaństwowiony w 100%. 5 stycznia 1930 r. natomiast plenum Komitetu Centralnego podjęło uchwałę o powszechnej kolektywizacji. Gospodarstwa kułackie zostały podzielone na trzy grupy, według stopnia ich „kontrewolucyjności”. Właściciele gospodarstw pierwszej grupy zostali aresztowani lub umieszczeni w obozach pracy. Właściciele drugiej grupy przesiedlano wraz z rodzinami do innych regionów kraju, a właściciele trzeciej grupy – do innych wsi w ramach regionu. Gospodarstwa chłopskie były przekształcane różnymi metodami, zarówno perswazyjnymi, jak i siłowymi, w gospodarstwa spółdzielcze (kołchozy), całkowicie podporządkowane państwu lub wprost gospodarstwa państwowe (sowchozy). Rozpoczęło się piekło, plastycznie opisywane przez Kołakowskiego: „Setki i tysące, a wreszcie miliony chłopów dowolnie kwalifikowanych jako «kułacy» wywożono na Syberię lub do innych pustkowi kraju, rozpaczliwe

W 1936 r. w Konstytucji tzw. stalinowskiej prawo dziedziczenia własności osobistej (tylko osobistej) obywateli zostało uznane i zadeklarowano jego objęcie ochroną ustawową. Zauważmy jednak, że do Konstytucji z 1936 r. przepisy prawa spadkowego – mimo rozlicznych ograniczeń – nie stawiały bariery, że spadek może obejmować tylko własność osobistą i brak tego ograniczenia był ważny w latach NEP-u i tworzenia małych warsztatów pracy.¹³

Dekret prezydium Rady Najwyższej ZSRR z 14 marca 1945 r. o spadkobiercach ustawowych i testamentowych stanowił bardzo ważny akt prawny w ewolucji prawa spadkowego; to niemal nowy kodeks prawa spadkowego, zwłaszcza jeśli dołączyć do niego liczne nowelizacje prawa spadkowego poczynione od 1922 r. Dekret z 1945 r. wprowadzał następujące zmiany: rozszerzał krąg osób uprawnionych do dziedziczenia z ustawy i testamentu, wprowadzał kolejność powoływania do spadku, wprowadzał swobodę testowania, ale tylko pod warunkiem braku spadkobierców ustawowych.¹⁴

Były trzy grupy spadkobierców, przy czym spadkobiercy dziedziczyli w częściach równych. Kolejne grupy powoływane były do spadku tylko wówczas, gdy nie było nikogo z wyższej grupy spadkobierców. Pierwszą grupę spadkobierców tworzyli: dzieci (w razie śmierci dziecka – jego zstępni), przysposobieni (w razie śmierci przysposobionego – jego zstępni), małżonek zmarłego, rodzice niezdolni do pracy, inne osoby niezdolne do pracy, jeżeli pozostawały na utrzymaniu spadkodawcy przynajmniej jeden rok przed jego śmiercią. Grupa druga – powoływana, gdy nie było nikogo z grupy pierwszej – to zdolni do pracy rodzice. Grupa trzecia to bracia i siostry zmarłego. Dodać warto, że – inaczej aniżeli dotychczas – wchodzący z tytułu zastęp-

bunty na wsi dławiła krwawo armia i policja, nieopisany chaos, nieszczęścia i głód spadły na kraj. Niekiedy deportowano całe wsie, całe wsie wymierały z głodu; w pośpiesznie organizowanych deportacjach masy ludzi ginęły z zimna, nędzy i terroru, półtrupu ludzkie snuły się po kraju, daremnie błagając litości, notowano wypadki ludożerstwa. Rychło, dekretem z 27 grudnia 1932 r., aby uniknąć ucieczek wygłodniałych chłopów do miast, wprowadzono system paszportów, bez których nikt nie miał prawa, pod groźbą więzienia, opuszczać swojego miejsca zamieszkania. Chłopom paszportów nie wydawano, wskutek czego stworzyli oni masę pańszczyźnianych poddanych, przykutych do gleby na najgorszych feudalnych warunkach (system ten nie został zniesiony do lat siedemdziesiątych). Obozy koncentracyjne zapełniły się masami więźniów skazanych na katorżniczą pracę.” – M. Bałtowski, op. cit., s. 93.

¹³ A. Lityński, op. cit., 241; nadal podkreślano jednak, iż konstytucja ta w całości oparta jest na utożsamianiu biurokracji z państwem, a państwa z narodem; głosiła ona: „własność państwowa, to znaczy majątek ogólnonarodowy”. Podkreślano, iż własność prywatna, żeby stać się społeczną, musi nieuchronnie przejść przez stadium państwowe, a własność państwowa tylko w takim stopniu staje się „ogólnonarodową”, w jakim zanikają przywileje społeczne i różnice, a więc również potrzeby państwa. A zatem własność państwowa przeobraża się w socjalistyczną w miarę tego, jak przestaje być państwowa, i odwrotnie: im wyżej państwo radzieckie staje ponad ludem, im brutalniej przeciwstawia siebie, jako stróża własności, ludowi jako jej trwonicielowi, tym dobitniej samo świadczy przeciwko socjalistycznemu charakterowi własności państwowej. – L. Trocki, *Zdradzona rewolucja – czym jest ZSRR i dokąd zmierza?*, sierpień 1936, <www.marxists.org/polski/trocki/1936/zdr-rew/index.htm>.

¹⁴ A. Lityński, op. cit., 241–242.

stwa w miejsce zmarłego spadkobiercy jego zstępni dziedziczyli tylko jeden udział. Ważne tak dla małżonki (-a) osoby zmarłej, jak też dla ich dzieci, było udowodnienie istnienia małżeństwa, do czego długo w ZSRR nie przywiązywano specjalnej wagi, gdyż do momentu ukazania się dekrety z 8 lipca 1944 r. konkubinaty miały takie same skutki prawne jak małżeństwo zarejestrowane, ale od tej daty przestał. Od tego momentu dowodem małżeństwa mógł być jedynie akt stanu cywilnego albo zaświadczenie o zawarciu małżeństwa religijnego przed 20 grudnia 1917 r.¹⁵

Z mocy testamentu dziedziczyć mogli wszyscy spadkobiercy ustawowi, a także państwo oraz organizacje polityczne i społeczne. Inne osoby fizyczne mogły dziedziczyć z mocy testamentu tylko wówczas, gdy nie było spadkobierców ustawowych. Ponadto ograniczeniem swobody testowania było, iż spadkodawca nie mógł pozbawić swoich nieletnich dzieci oraz innych spadkobierców niezdolnych do pracy udziału (pełnego), który otrzymaliby przy dziedziczeniu ustawowym (zachówek). Natomiast ustanowienie spadkobierców testamentowych nie wymagało zachowania kolejności grup spadkobierców ani też przestrzegania prawa zastępstwa za zmarłego spadkobiercę.¹⁶

Należy podkreślić, że krąg spadkobierców ustawowych i testamentowych był identyczny. Nie można więc było zapisać nic testamentem osobie spoza kręgu wymienionego wyżej. Testamentem można było wyłączyć ze spadku każdego spadkobiercę i wszystkich razem – w tym ostatnim przypadku spadek nie mógł być zapisany osobie spoza spadkobierców ustawowych, tym samym, jako bezdziedziczny, przechodził na rzecz państwa. Testamentem nie można było pomniejszyć praw nieletnich dzieci i spadkobierców niezdolnych do pracy. W testamencie można było dokonać zapisu, tzn. obciążyć spadkobiercę określonymi zobowiązaniami.¹⁷

Ustawą z 8 grudnia 1961 r. z mocą obowiązującą od 1 maja 1962 r., uchwalone zostały „Zasady ustawodawstwa cywilnego ZSRR i republik związkowych”, stanowiące jak gdyby trzon radzieckiego prawa cywilnego. Zawierały one podstawowy materiał normatywny obowiązujący na całym terytorium Związku Radzieckiego, a regulujący instytucje o podstawowym znaczeniu społeczno-gospodarczym. Na ich podstawie powstały kodeksy poszczególnych republik. Nowy kodeks cywilny Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej uchwalony został w czerwcu 1964 r.¹⁸

Jak poprzednio, dziedziczenie wynikało z ustawy albo z testamentu. Absolutną nowością w prawie radzieckim było to, że dziedziczyć z testamentu mogli nie tylko spadkobiercy ustawowi, lecz każdy człowiek, bez żadnych ograniczeń. Przepis ten nie miał precedensu w prawie radzieckim od czasów bolszewickiego przewrotu – to pełny zwrot ku klasycznym rozwiązaniom europejskim. Spadkobiercy ustawowi i ich kręgi to: „w pierwszej kolejności – dzieci (w tym także przysposobione), małżonek i rodzice (przysposabiający)

¹⁵ Ibidem, s. 242.

¹⁶ Ibidem, s. 243.

¹⁷ Ibidem, s. 244.

¹⁸ K. Sójka-Zielińska, op. cit., s. 369.

zmarłego, jak również dziecko zmarłego urodzone po jego śmierci; w drugiej kolejności – bracia i siostry zmarłego, jego dziadek i babka zarówno ze strony ojca, jak i ze strony matki.” Ponadto do kręgu spadkobierców ustawowych dziedziczących zaliczono – podobnie jak poprzednio – osoby niezdolne do pracy, jeżeli pozostawały na utrzymaniu zmarłego przez okres nie krótszy niż jeden rok. Spadkobiercy dziedziczyli w częściach równych. Określając kręgi powoływanych do dziedziczenia spadkobierców, „Zasady...” ograniczyły się do wskazania tylko kręgu pierwszego, co do pozostałych oczekując uregulowań w kodeksach republikańskich. Jak poprzednio, wnuki i prawnuki mogły stać się dziedzicami prawem zastępstwa. Nie zmieniła się także konstrukcja zachowku na rzecz małoletnich lub niezdolnych do pracy w wysokości 2/3 udziału spadkowego. Jak poprzednio, bolszewicki zachówek przypominał francuską rezerwę. Zgodnie z wcześniejszymi uregulowaniami, spadkobierca odpowiadał za długi spadkodawcy „w granicach rzeczywistej wartości odziedziczonego przez niego majątku spadkowego”. Nadal możliwe było dokonanie zapisu i nadal wymagana była notarialna forma testamentu.¹⁹

Był to ostatni etap ewolucji radzieckiego prawa spadkowego.

System stworzony w Rosji w ciągu 15 pierwszych lat porewolucyjnej rzeczywistości (1918–1932), niestety, był wzorcem dla systemów gospodarczych zaimplementowanych po II wojnie światowej we wszystkich krajach bloku socjalistycznego. Jego zasadnicze cechy – centralizacja, priorytet działu pierwszego (przemysłu ciężkiego), lecz w szczególności cecha, mająca tak ogromny wpływ na kształt prawa spadkowego i jego poszczególnych instytucji, a mianowicie dominacja własności państwowej – zostały wiernie przeniesione, z nielicznymi wyjątkami, do innych krajów, w tym również do Polski²⁰, Niemieckiej Republiki Demokratycznej oraz Czechosłowacji.

W Czechosłowacji międzywojennej żywe były nastroje rusofilskie, wywodzące się z panslawizmu. Ich wyrazem była polityka rządu premiera, a późniejszego prezydenta Benesza do 1946 r. oraz znaczna liczba głosów oddana na partię komunistyczną w jeszcze wolnych wyborach w 1946 r. W przeciwieństwie do ziem polskich, na terenie Czechosłowacji aż do sierpnia 1968 r. nie stacjonowały wojska ZSRR. Czechosłowacja uważana była bowiem za godny zaufania kraj sojusznicy, zwłaszcza po usunięciu prezydenta Benesza i niekomunistycznych ministrów w 1948 r. oraz po całkowitym przejęciu władzy przez partię komunistyczną. Warto również pamiętać, że Czechosłowacja, a zwłaszcza ziemie czeskie nie poniosły niemal żadnych strat w ludziach i majątku w latach okupacji niemieckiej 1939–1945. Przemysł został nawet rozbudowany na potrzeby niemieckiej maszyny wojennej. Wszystko to powodowało, że materialne warunki życia w Czechosłowacji po 1945 r. były znośne, znacznie lepsze niż w Polsce. Stalinowski terror polityczny przyjął jednak w Czechosłowacji niezwykle ostrą postać.²¹

¹⁹ Ibidem, s. 245.

²⁰ M. Bałtowski, op. cit., s. 119–120.

²¹ W. Wilczyński, *Polski przełom ustrojowy 1989–2005*, Poznań 2005, z. 161.

Znalazło to swoje odzwierciedlenie w uregulowaniach przyjętych w kodeksie cywilnym Czechosłowackiej Republiki Socjalistycznej w zakresie uregulowań dotyczących własności; nie doszło jednak do tak drastycznych zmian w ujęciu, czy wręcz negacji istnienia instytucji dziedziczenia i prawa spadkowego w ogóle, jak to miało miejsce w bolszewickiej Rosji.

Zgodnie z uregulowaniami czechosłowackiego kodeksu cywilnego, źródłem własności osobistej była przede wszystkim praca obywatela na rzecz społeczeństwa, której celem było zaspokojenie materialnych i kulturalnych potrzeb obywateli. Ponadto w kodeksie dokładnie podano definicję przedmiotu własności, która stanowiła przede wszystkim dochody i oszczędności z pracy i zabezpieczenia społecznego, a także w szczególności rzeczy służące do użytku domowego i osobistego, domki rodzinne oraz domki wypoczynkowe.²²

Warto zwrócić uwagę, iż w przeciwieństwie do uregulowań rosyjskich, kodeks CSRR przewidywał ochronę prawa własności. Właściciel miał prawo korzystania z rzeczy na potrzeby własne, swej rodziny i swego gospodarstwa domowego; miał również prawo pobierać pożytki i przychody z rzeczy, a także przenosić rzecz na inną osobę. Podkreślano, iż własność osobista jest nienaruszalna i jedynie w ważnym interesie społecznym, którego inaczej nie można zaspokoić, rzecz może być użyta bez zezwolenia właściciela, jednakże tylko czasowo, w niezbędnym zakresie i za odszkodowaniem.²³

Będąc jednak krajem satelickim ZSRR, Czechosłowacja również dokonała tak zwanych reform rolnych, które w praktyce oznaczały konfiskatę i kolektywizację własności prywatnej. Ziemię skonfiskowaną Niemcom i kolaborantom, częściowo także Węgrom, dzielono między chłopów. W Słowacji oznaczało to likwidację wielkiej własności ziemskiej należącej do węgierskiej arystokracji. Przedsiębiorstwa objęte konfiskatą – poza rolnictwem – znalazły się pod tymczasowym zarządem państwowym, a ich los miał być rozstrzygnięty w przyszłości. Nastąpiło to w pewnej mierze w październiku 1945 r., gdy prezydent podpisał dekrety nacjonalizacyjne. W przemyśle nacjonalizacja objęła wszystkie przedsiębiorstwa niektórych gałęzi uznanych za podstawowe (np. kopalnie, huty, elektrownie), w pozostałych zaś zakłady zatrudniające powyżej 500 robotników (dla niektórych dziedzin powyżej 150). W sumie nacjonalizacja objęła zakłady dostarczające około 70% całej produkcji przemysłowej kraju oraz banki i zakłady ubezpieczeń. Natomiast drobny i średni przemysł miał pozostać w rękach prywatnych. Rozpoczęła się wówczas zacięta dyskusja, co zrobić z zakładami nie podlegającymi dekretem, lecz poddanymi zarządowi tymczasowemu. Komuniści chcieli objąć je nacjonalizacją, ich partnerzy koalicyjni uważali, że powinny przejść w ręce prywatne, ewentualnie w posiadanie spółdzielni.²⁴

²² Kodeks cywilny Czechosłowackiej Republiki Socjalistycznej, §125 (1), §126, §127, Polska Akademia Nauk, Instytut Państwa i Prawa, pod red. B. Borudzkiej oraz E. Łętowskiej, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1981.

²³ Ibidem, §130, §131(1).

²⁴ J. Tomaszewski, *Czechosłowacja*, Warszawa 1997, s. 146–147.

Spory wokół lasów i zakładów, które znajdowały się na granicy norm wielkości określonych w dekretach nacjonalizacyjnych, trwały praktycznie do momentu wejścia w życie nowej konstytucji. Dyskutowano o projektach organizacji sektora państwowego w gospodarce, przy czym socjaliści narodowi proponowali dopuszczenie udziału kapitału prywatnego w niektórych przedsiębiorstwach. Na przełomie lat 1946 i 1947 rozgorzał spór o los skonfiskowanych przedsiębiorstw, które ze względu na rozmiary nie podlegały nacjonalizacji. Komuniści proponowali włączenie ich do sektora państwowego, co poparli strajkami robotnicy wielu zakładów. Kwestię rozstrzygnięto kompromisowo, zezwalając na przekazanie części obiektów w ręce spółdzielni, a także prywatnych przedsiębiorców.²⁵

Po zwycięskim dla komunistów lutym 1948 r.²⁶, który kończył proces kształtowania monopolu władzy partii komunistycznych i robotniczych w państwach Europy Środkowej, Czechosłowacja była pod wieloma względami opóźniona w porównaniu z pozostałymi krajami, lecz teraz to odrabiała.²⁷

Przed wszystkim przyspieszono reformy, które polegały na wywłaszczeniu posiadaczy środków produkcji. W marcu 1948 r. Zgromadzenie Narodowe przyjęło ustawy agrarne, przewidujące między innymi wykup ziemi gospodarstw przekraczających 50 ha powierzchni, w kwietniu uchwaliło reformę oświaty i nacjonalizację zakładów przemysłowych zatrudniających ponad 50 robotników. Był to początek procesu konsekwentnej likwidacji warstwy samodzielnych przedsiębiorców.²⁸

W drugiej połowie kwietnia rozpoczęła się dyskusja nad projektem konstytucji, uchwalonej 9 maja. Nowa ustawa zasadnicza określała Czechosłowację jako państwo demokracji ludowej, budujące socjalizm, a podstawą ustroju była własność społeczna. Ideologiczną podstawą polityki państwa stała się wkrótce stalinowska teza, że w okresie budowy socjalizmu następuje zaostrzenie walki klasowej. Zgodnie z tym rozpoczęto eliminowanie z życia publicznego przeciwników komunizmu oraz przedstawicieli klas posiadających.²⁹

Od wiosny 1949 r. rozpoczęła się kampania na rzecz tworzenia na wsi spółdzielni produkcyjnych. W teorii miały powstawać dobrowolnie, dzięki przekonywaniu rolników do tej formy gospodarowania. W praktyce stosowano rozmaite formy nacisku. Towarzyszyło temu zwalczanie zamożnych rolników

²⁵ Ibidem, s. 154.

²⁶ Ibidem, s. 178; „zwycięski luty” oznaczał kryzys gabinetowy, w wyniku którego na 26 ministrów ustąpiło 12, czyli mniej niż połowa. W tych warunkach premier Klement Gottwald, komunista, mógł nie zgłaszać dymisji całego gabinetu, a jedynie dokonać rekonstrukcji rządu. Wywołało to niepokój opozycji. Rozpoczęły się starania, aby Benesz odmówił przyjęcia dymisji, natomiast Gottwald nalegał na jej akceptację i mianowanie nowych ministrów, gotowych podporządkować się partii komunistycznej. Prezydent opierał się początkowo żądaniom Gottwalda i jeszcze 23 lutego zachęcał swych przyjaciół politycznych do wytrwałości. Uległ jednak naciskowi i 25 lutego przyjął dymisję, mianując nowych ministrów zgodnie z propozycją Gottwalda – ibidem, s. 174.

²⁷ Ibidem, s. 178.

²⁸ Ibidem, s. 178.

uznanych za drobnych kapitalistów, którym – w przypadku np. gdy nie wywiązywali się z obowiązku nałożonych na nich dostaw produktów do skupu – odbierano ziemię. Najczęściej do spółdzielni wstępowała jedynie część rolników w jednej wsi, a wówczas scalano z urzędu grunty i wymieniano je z pozostałymi rolnikami. Przy tej sposobności spółdzielnie przejmowały lepsze ziemie, wydzielając tak zwanym kułakom grunty gorsze i położone dalej od wsi.³⁰

Jak się zdaje, w Czechosłowacji stosowano przede wszystkim ekonomiczne metody nacisku na rolników oraz presję o charakterze psychicznym. Wytworzono atmosferę, w której rolnicy tracili nadzieję na zachowanie prywatnej gospodarki rolnej i chcąc nie chcąc poddawali się losowi. Pomimo wszystko proces ten był stopniowy i przebiegał w kilku fazach. Jednak w końcu 1960 r. spółdzielnie miały 67,3% ziemi, a gospodarstwa państwowe 20,1%; w rękach prywatnych pozostały niemal wyłącznie gospodarstwa położone w górach oraz drobne działki, uzupełniające dochody ich właścicieli z pracy najemnej, najczęściej w przemyśle.³¹

Rozwój spółdzielczych i państwowych form gospodarowania objął także wytwórczość rzemieślniczą i usługi. Następował pod presją ekonomiczną, nieraz pod naciskiem administracyjnym. Do końca 1956 r. pozostało w całym państwie około 47 tysięcy małych prywatnych zakładów, w tym niecałe 4,2 tysiące sklepów; było to zaledwie kilkanaście procent stanu z 1948 r. W następnych latach likwidowanie własności prywatnej i rzemiosła prywatnego postępowało dalej.³²

Podstawą gospodarki Czechosłowacji była zatem własność socjalistyczna; kodeks cywilny przewidywał jednak, że własność osobistą można było nabyć nie tylko w drodze kupna, darowizny lub innej umowy, na mocy orzeczenia organu państwowego lub na podstawie innych zdarzeń określonych w ustawie, lecz również przez spadkobranie.³³

Na podstawie części siódmej kodeksu CSRR – dziedziczenie mienia stanowiącego własność osobistą – spadek nabywany był z chwilą śmierci spadkodawcy.³⁴ Mógł być nabyty na mocy ustawy, testamentu bądź obydwu tych tytułów.³⁵

Kodeks przewidywał trzy grupy spadkobierców ustawowych. Byli to:

1) dzieci i małżonek spadkodawcy, a w przypadku braku dziedziczenia przez dzieci – ich zstępni, dziedziczący w częściach równych;

2) małżonek i rodzice oraz osoby, które pozostawały ze spadkodawcą przez okres co najmniej jednego roku przed jego śmiercią we wspólnym gospodarstwie domowym i które w związku z tym przyczyniały się do utrzymania tego gospodarstwa lub pozostawały na utrzymaniu spadkodawcy

²⁹ Ibidem, s. 178, 182–183.

³⁰ Ibidem, s. 198.

³¹ Ibidem, s. 198–199.

³² Ibidem, s. 199.

³³ Kodeks cywilny Czechosłowackiej Republiki Socjalistycznej, §133.

³⁴ Ibidem, §460.

³⁵ Ibidem, §461 (1).

w częściach równych, z tym że małżonek dziedziczył w każdym przypadku co najmniej połowę spadku;

3) rodzeństwo spadkodawcy oraz osoby, które pozostawały ze spadkodawcą przez okres co najmniej jednego roku przed jego śmiercią we wspólnym gospodarstwie domowym i które w związku z tym przyczyniały się do utrzymywania tego gospodarstwa lub pozostawały na utrzymaniu spadkodawcy w częściach równych.³⁶

Kodeks przewidywał również dziedziczenie na podstawie testamentu, który spadkodawca mógł sporządzić własnoręcznie lub w formie aktu notarialnego. Do ważności testamentu napisanego własnoręcznie potrzeba było, by spadkodawca podpisał, wymienił w nim dzień, miesiąc i rok, w którym go podpisał. Jednocześnie kodeks nie przewidywał możliwości sporządzenia testamentu wspólnego.³⁷

W kodeksie wprowadzono również domniemanie polegające na tym, iż w przypadku nieokreślenia udziałów spadkobierców przez testatora, uważało się, że są one równe.³⁸

Spadek, który nie został nabyty przez żadnego spadkobiercę, przypadał państwu.³⁹

Co prawda nie przewidziano wprost instytucji zachowku, lecz w czechosłowackim kodeksie znajdujemy uregulowanie, mające na celu ochronę zstępnych spadkodawcy. Zstępni małoletni musieli otrzymać co najmniej tyle, ile wynosił ich ustawowy udział spadkowy, a zstępni pełnoletni co najmniej tyle, ile wynosiło trzy czwarte ich ustawowego udziału spadkowego. Zgodnie z tym uregulowaniem testament sprzeczny z tym przepisem był w tej części uważany za nieważny.⁴⁰

Testament mógł być również odwołany przez spadkodawcę przez sporządzenie późniejszego testamentu, lecz takiego, z którym poprzedni nie mógł być pogodzony bądź też poprzez oświadczenie o odwołaniu testamentu w formie wymaganej dla ważności testamentu. Testament mógł być również odwołany przez jego zniszczenie.⁴¹

Postępowanie dotyczące otwarcia, stwierdzenia oraz nabycia i odrzucenia spadku prowadzone było wyłącznie przez państwowe biuro notarialne. Biuro to potwierdzało również fakt działu spadku, a w razie nieosiągnięcia porozumienia pomiędzy spadkobiercami, dokonywało tegoż działu w oparciu o następujące zasady:

1) działu spadku dokonywało się zgodnie z udziałami spadkowymi. W razie dziedziczenia ustawowego zaliczało się na schedę spadkobiercy to, co za życia spadkodawcy bezpłatnie od niego otrzymał, chyba że chodziło o zwykłe darowizny; w razie dziedziczenia testamentowego należało dokonać takiego

³⁶ Ibidem, §473, §474, §475.

³⁷ Ibidem, §476.

³⁸ Ibidem, §477.

³⁹ Ibidem, §462.

⁴⁰ Ibidem, §479.

⁴¹ Ibidem, §480.

zaliczenia, jeżeli tak polecił spadkodawca lub jeżeli przez zaniechanie tego zaliczenia spadkobierca obdarowany byłby niesłusznie uprzywilejowany na niekorzyść spadkobiercy uprawnionego do zachowku;

2) przy dziale spadku uwzględniało się możliwości celowego wykorzystania rzeczy zgodnie z interesem społecznym. W tym celu poszczególne rzeczy należące do spadku lub całą masę spadkową mógł przejąć jeden spadkobierca. Prawa spadkowe pozostałych spadkobierców były w takim przypadku zaspokajane albo w pieniądzu albo z pozostałej części spadku, z uwzględnieniem długów przejętych przez poszczególnych spadkobierców;

3) jeżeli zgodnie z działem spadku spadkobiercy mieli odpowiadać za długi inaczej niż proporcjonalnie do swoich udziałów albo jeżeli dział miał w inny sposób dotyczyć praw wierzycieli, rozliczenie długów w ramach działu spadku mogło nastąpić tylko za zgodą wierzycieli.⁴²

Dział piąty części siódmej kodeksu przewidywał natomiast ochronę uprawnionego spadkobiercy. Jeżeli po przeprowadzeniu postępowania spadkowego okazało się, że uprawnionym spadkobiercą jest kto inny, osoba, która nabyła spadek, obowiązana była wydać uprawnionemu spadkobiercy zgodnie z przepisami o korzyści majątkowej uzyskanej bez podstawy prawnej mienie, które posiadała ze spadku, aby nie odnosić korzyści majątkowej kosztem uprawnionego spadkobiercy. Z kolei osoba, która nabyła spadek, lecz spadkobiercą nie była, miała prawo żądać, by uprawniony spadkobierca zwrócił jej nakłady, jakie wyłożyła na majątek spadkowy; należały się jej również pożytki ze spadku. Jeżeli jednak osoba ta wiedziała lub mogła być wiedzieć, że uprawnionym spadkobiercą jest kto inny, miała prawo tylko do zwrotu niezbędnych nakładów i obowiązana była wydać uprawnionemu spadkobiercy oprócz spadku również jego pożytki.⁴³

Sytuacja dotycząca likwidacji własności prywatnej dotknęła także wschodnią część Niemiec. Dopiero co powstałe po II wojnie światowej partie polityczne nie miały szans swobodnie spierać się co do przyszłości kraju. Najważniejszą kwestią było dla nich ustosunkowanie się do zamiarów kierownictwa radzieckiej strefy okupacyjnej, dążącego poprzez zmiany systemu gospodarczego, ujednolicenie życia politycznego oraz zmanipulowane wybory do całkowitego przejęcia władzy przez partię komunistyczną Niemiec i stworzenia tym samym kolejnego zależnego od siebie państwa.⁴⁴

Przyczyną pierwszej konfrontacji partii politycznych i władz SMAD⁴⁵ stała się reforma rolna. Temat ten, będący przedmiotem specjalnej odezwy partii komunistycznej z 8 września 1945 r., był uzasadniony społecznie. 6 tysięcy właścicieli dużych gospodarstw dysponowało półtora razy większym areałem aniżeli 300 tysięcy pozostałych rolników. Naturalną koleją rzeczy musiało w tej sytuacji dojść do sporów ideologicznych. Według słów Grotewohla z 14 września 1945 r., reforma taka musiała zarazem zlikwidować

⁴² Ibidem, §463, §481, §482, §483, §484.

⁴³ Ibidem, §485.

⁴⁴ T. Jaskułowski, *Władza i opozycja w NRD 1949–1988*, Wrocław 2007, s. 56.

wpływ junkrów na losy Niemiec, będących przez stulecia nosicielami reakcji i wrogami pokojowego rozwoju kraju.⁴⁶

Poparcie dla reformy rolnej, zrozumiałe ze strony partii komunistycznej i SPD, nie było tak oczywiste dla pozostałych partii, które w swoim stanowisku stwierdziły, że ewentualna reforma musiałaby zostać wprowadzona „legalnie”, to jest za odszkodowaniem i tylko w granicach odpowiadających lokalnym warunkom gospodarowania. Brak rekompensat publicznie był określany przez członków CDU jako złamanie prawa.⁴⁷

Sposób przeprowadzenia parcelacji pogłębił sygnalizowane wątpliwości. Dokonany pomiędzy 3 i 12 września 1945 r. proces podziału gospodarstw większych niż stuhektarowe – bez uwzględniania potrzeb zaplecza technicznego oraz możliwości wydajnej i opłacalnej produkcji – stworzył co prawda 210 tysięcy nowych od pięciohektarowych do dwudziestohektarowych parceli i nowe miejsca pracy. Wykluczył zarazem szansę na ich długotrwały i przemyślany rozwój.⁴⁸ Taki sposób pojmowania rozwoju systemu gospodarczego został zresztą wyrażony w konstytucji Niemieckiej Republiki Demokratycznej z 1949 r., w której w art. 22 przewidziano ochronę własności prywatnej, lecz ochrona ta w art. 24 stała w sprzeczności z zapisem o podziale bez odszkodowania parceli rolnych większych niż 100 ha.⁴⁹

Nacjonalizacji zakładów dokonano natomiast przez zatwierdzenie przez SMAD pomysłu partii komunistycznej w dniu 2 marca 1946 r. przeprowadzenia w Saksonii referendum. Miało ono dotyczyć zgody na upaństwowienie zakładów, których właściciele byli członkami NSDAP lub też dopuścili się przestępstw wojennych bądź uciekli przed napierającą Armią Czerwoną. Wybór Saksonii nie był przypadkowy. W tym regionie znajdowało się 4800 zakładów przemysłowych z ogólnej liczby 7000 dla całego sektora. Apelle kaisera o rozpatrywanie takiej nacjonalizacji tylko jako sprawy ogólnoniemieckiej pozostały bez echa. Plebiscyt zorganizowano 30 czerwca 1946 r. Przy dziewięćdziesięciotrzyprocentowej frekwencji 77% głosujących poparło pomysł upaństwowienia. Było to ostatnie referendum w tej sprawie. Do 1950 r., już bez organizacji referendum, znacjonalizowano 4750 zakładów produkcyjnych.⁵⁰

Ze zmianami przeprowadzanymi w strukturze własności prywatnej na terenie Niemieckiej Republiki Demokratycznej nie poszły jednak w parze zmiany w zakresie prawa spadkowego na wzór uregulowań ZSRR. Należy

⁴⁵ Radziecka Administracja Wojskowa w Niemczech (Sowjetische Militäradministration in Deutschland) – powołana do życia już 6 czerwca 1945 r. pod dowództwem marszałka Georgija Żukowa. Jej zadaniem było między innymi tak zwane promowanie pożądanych przez siebie tendencji rozwojowych – *ibidem*, s. 46–47.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 56–57.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 57.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 58.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 81–81.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 58–59.

bowiem zdać sobie sprawę, że aż do 1 stycznia 1976 r. na terenie NRD obowiązywał kodeks cywilny BGB z 1896 r.⁵¹

Księga prawa cywilnego, Zivilgesetzbuch (ZGB) regulowała prawo spadkowe w części VI w dość obszerny sposób (w paragrafach 362–427). Kodeks przewidywał zarówno dziedziczenie testamentowe, jak i ustawowe. Przewidziano w nim trzy grupy spadkobierców ustawowych:

1) współmałżonek oraz dzieci spadkodawcy, którzy dziedziczyli w częściach równych. Współmałżonek dziedziczył jednak co najmniej 1/4 masy spadkowej oraz przedmioty należące do wspólnego gospodarstwa domowego. W przypadku nieżyjących dzieci, dziedziczyli ich zstępni, a w przypadku małżeństw bezdzietnych – cały spadek przypadał współmałżonkowi;

2) rodzice spadkodawcy oraz ich potomkowie w częściach równych. W przypadku braku któregoś z rodziców, spadek przypadał w całości rodzicowi pozostającemu przy życiu;

3) dziadkowie oraz ich potomkowie w równych częściach. W przypadku braku któregoś z dziadków, spadek przypadał w całości dziadkowi pozostającemu przy życiu. Jeśli jedna z par dziadków nie dożyła otwarcia spadku, dziedziczyli ich potomkowie w częściach równych. Jeśli zmarli dziadkowie nie pozostawili żadnych potomków, cały spadek był dziedziczony przez pozostałą przy życiu parę dziadków.⁵²

W kodeksie wprowadzono również możliwość dziedziczenia przez *nasciturusa*⁵³, organizację, zakład pracy lub państwo⁵⁴, które – zgodnie z domniemaniem przyjętym w §369 (3) – przyjmowało spadek z dobrodziejstwem inwentarza, a wszelkie obciążenia i zobowiązania związane z działkami i budynkami dziedziczonymi przez państwo wygasały.

Dziedziczenie testamentowe zostało zagwarantowane w paragrafach 370–382. Spadkodawca mógł rozporządzić swoim majątkiem na wypadek śmierci pod warunkiem, że zrobił to osobiście, był pełnoletni i posiadał pełną zdolność do czynności prawnych.⁵⁵

⁵¹ *Prawo spadkowe w nowych bundeslandach*, <www.bmj.bund.de/media/archive/205.pdf>; sytuacja ta powoduje konieczność zastosowania nadzwyczaj skomplikowanych rozwiązań w sprawach, które miały miejsce w NRD przed 3 października 1990 r., to znaczy do dnia zjednoczenia Niemiec. Dla spadkodawców z NRD istniały bowiem liczne obostrzenia, chociażby w zakresie powoływania spadkobierców z części zachodniej Niemiec. Powstaje zatem pytanie, czy istnieje możliwość zakwestionowania takiego spadkobrania wiedząc, że w 1976r. BGB zostało zastąpione ZGB – kodeksem, w którym wiele terminów uległo skróceniu. W każdym przypadku, czy to w przypadku ustalenia, że obowiązywał BGB, czy ZGB, należy indywidualnie rozpatrzyć sprawę, czy jest powód do takiego zakwestionowania i czy podział Niemiec jest szczególną przesłanką przerwania biegu terminu w rozumieniu §2078 ust. 2 BGB, czy §477 ust. 1 pkt 4 ZGB. Jest to jednak temat na odrębne opracowanie.

⁵² *Księga prawa cywilnego, Zivilgesetzbuch* (ZGB), <www.verfassungen.de/de/ddr/zivil-besetzbuch72.htm>, §365 – §368.

⁵³ Ibidem, §363 (2).

⁵⁴ Ibidem, §363 (3), §369 (1).

⁵⁵ Ibidem, §370 (1) i (2).

Wprowadzono jednak ograniczenia testowania pod rygorem stwierdzenia nieważności dyspozycji testamentowych, które naruszają zawarte w uregulowaniach prawnych zakazy lub są niezgodne z podstawami moralności socjalistycznej.⁵⁶

Spadkobierca był uprawniony do zakwestionowania testamentu jeśli spadkodawca sporządzając testament działał w błędzie, bądź też jeśli sporządzenie testamentu było wynikiem oszustwa lub groźby skierowanej przeciwko spadkodawcy. Sprawę taką należało wniesć w terminie jednego roku licząc od dnia, w którym spadkobierca dowiedział się o przyczynie umożliwiającej zakwestionowanie testamentu lub najpóźniej w terminie 10 lat od otwarcia spadku.⁵⁷

Kodeks wprowadził również domniemanie, z którego wynikało, iż w przypadku braku określenia poszczególnych udziałów spadkobierców, dziedziczyli oni w częściach równych.⁵⁸

Istniała również instytucja podstawienia, polegająca na ustanowieniu w testamencie innego spadkobiercy na wypadek śmierci któregoś z wcześniej wskazanych spadkobierców, jego odmowy przyjęcia spadku lub stwierdzenia, że jest on niegodny dziedziczenia.⁵⁹

W prawie spadkowym NRD przewidziano następujące rodzaje testamentów:

1) testament notarialny – sporządzony w obecności notariusza w państwowym biurze notarialnym w ten sposób, że spadkodawca ogłaszał swoją ostatnią wolę ustnie lub pisemnie, a notariusz sporządzał protokół; wobec takiego testamentu oczywiście istniał wymóg przechowywania w państwowym urzędzie notarialnym;

2) testament własnoręczny – sporządzony przez spadkodawcę własnoręcznie oraz własnoręcznie podpisany z uwzględnieniem miejsca oraz daty jego sporządzenia; taki testament mógł (lecz nie musiał) być przechowywany w państwowym biurze notarialnym;

3) testament szczególny – sporządzany w przypadku wystąpienia szczególnych okoliczności, który dla swej ważności wymagał podpisu dwóch świadków, szczegółowego opisu tychże okoliczności oraz potwierdzenia jego treści przez samego spadkodawcę. Wobec tego testamentu istniał wymóg natychmiastowego złożenia go do państwowego biura notarialnego. Świadkiem jednak nie mógł być spadkobierca bądź też osoba, której współmałżonek lub jego wstępny bądź zstępny, którzy uzyskaliby korzyść z którejkolwiek dyspozycji testamentowej. Testament taki tracił status testamentu szczególnego, jeżeli testator nadal żył po upływie trzech miesięcy od jego sporządzenia. Termin ten jednak ulegał zawieszeniu tak długo, jak spadkodawca nie posiadał możliwości sporządzenia testamentu własnoręcznego lub notarialnego.⁶⁰

⁵⁶ Ibidem, §373 (1).

⁵⁷ Ibidem, §374 (1) i (2).

⁵⁸ Ibidem, §377 (1).

⁵⁹ Ibidem, §378.

⁶⁰ Ibidem, §383–§386.

Spadkodawca był uprawniony do odwołania swojego testamentu bądź też jego poszczególnych dyspozycji w każdym czasie poprzez sporządzenie nowego, późniejszego testamentu bądź też odebranie testamentu z państwowego urzędu notarialnego. Z kolei zniszczenie lub zmiana testamentu własnoręcznego było uważane za zmianę swoich dyspozycji testamentowych.⁶¹

Szczególną formą testamentu przewidzianego w kodeksie cywilnym NRD był testament wspólny, który mógł być sporządzony wyłącznie przez współmałżonków. W testamencie tym każdy ze współmałżonków mógł ustanowić siebie spadkobiercą, a następnie ustanowić kolejnych spadkobierców po śmierci ich obojga. Współmałżonkowie mogli w takim testamencie przyznawać zapisy, polecenia, decydować o dziale spadku, ustanawiać spadkobierców zastępczych oraz ustalić wykonawcę testamentu.⁶²

Testament wspólny mógł być sporządzony w formie testamentu notarialnego lub własnoręcznego, sporządzonego przez jednego z nich oraz wspólnie podpisanego przez obu współmałżonków.⁶³

Testament taki mógł być w każdej chwili odwołany przez obojga małżonków, jak również przez jednego z nich; w tym ostatnim przypadku było to jednak możliwe jedynie przez złożenie stosownego oświadczenia przed notariuszem. W każdym z tych dwóch przypadków testament taki był traktowany wówczas jako unieważniony; działało się tak również w przypadku unieważnienia małżeństwa bądź rozwodu.⁶⁴

Po śmierci jednego z małżonków, pozostały przy życiu małżonek mógł odwołać swoje dyspozycje testamentowe w obecności notariusza, jednak tylko z jednoczesnym odrzuceniem przyjętego spadku po zmarłym współmałżonku. W takim przypadku pozostającemu przy życiu współmałżonkowi pozostawało roszczenie z tytułu zachowku. Po śmierci jednego ze współmałżonków oraz po przyjęciu spadku było również możliwe anulowanie testamentu wspólnego przez pozostającego przy życiu współmałżonka jeżeli wydał on spadkobiercom ustawowym lub też ich następcom prawnym tę część spadku, która przewyższała jego część ustawową bądź też jeśli oni zrzekli się swojej części spadku, przypadającej ustawowo. Anulowanie testamentu powodowało takie skutki prawne, iż współmałżonek pozostający przy życiu nie był już związany jego dyspozycjami.⁶⁵

Otwarcie testamentu, jak i całe postępowanie spadkowe prowadzone było przez państwowy urząd notarialny. Urząd ten wydawał tak zwane świadectwa dziedziczenia (*Erbschein*), wobec których istniało domniemanie, iż osoby w nim wskazane są spadkobiercami oraz tym samym, że są uprawnione do dziedziczenia. Osoba, która знаła niepoprawność tego świadectwa w czasie nabycia spadku, czy też świadczenia, nie mogła się na nie powoływać.⁶⁶

⁶¹ Ibidem, §387.

⁶² Ibidem, §388–§389.

⁶³ Ibidem, §391.

⁶⁴ Ibidem, §392 (1), (2) i (3).

⁶⁵ Ibidem, §392 (4) i §393.

⁶⁶ Ibidem, §413 (1) i (2).

Państwowe urzędy notarialne były jedynymi urzędami, które przeprowadzały postępowanie spadkowe, dział spadku w przypadku braku porozumienia spadkobierców co do działu całości, jak i części spadku, jak również prowadziły mediacje, mające na celu osiągnięcie porozumienia między spadkobiercami. W kodeksie nie przewidziano jednak możliwości odwołania się od decyzji państwowego biura notarialnego – orzeczenie państwowego biura notarialnego kończyło postępowanie w sprawie i stawało się prawomocne.⁶⁷

Rozdział IV części VI ZGB wprowadził uregulowania dotyczące zachowku. Uprawnionymi osobami do dochodzenia swoich roszczeń pieniężnych w zakresie zachowku byli: współmałżonek spadkodawcy, a także jego dzieci, wnukowie i rodzice pod warunkiem, że w chwili otwarcia spadku były to osoby, wobec których spadkodawca miał obowiązek alimentacyjny.⁶⁸

Zachówek stanowił roszczenie pieniężne w wysokości 2/3 wartości tej części spadku, którą osoba uprawniona dziedziczyłaby na podstawie ustawy. Przy obliczeniu jego wysokości brało się pod uwagę wartość spadku w chwili jego otwarcia. Termin do dochodzenia roszczeń z tytułu zachowku wynosił 2 lata od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o spadku, jednakże nie więcej niż 10 lat od otwarcia spadku.⁶⁹

Jeśli uprawniony do zachowku otrzymał mniej niż 2/3 wartości spadku, która przypadłaby mu z mocy ustawy, miał prawo żądać od pozostałych spadkobierców stosownego wyrównania. Także jeżeli uprawniony otrzymał część spadku, która nie była wyższa od wartości zachowku i jednocześnie został on obciążony zapisami lub poleceniami, wówczas traktowane były one jako nieskuteczne wobec uprawnionego. Z kolei jeśli wartość przyznanej uprawnionemu części spadku była wyższa niż wartość zachowku, wówczas mógł on przyjąć przyznaną mu w ten sposób część spadku wraz ze zobowiązaniami lub odmówić przyznanej mu części spadku i zażądać zachowka w pełnej wysokości.⁷⁰

Kodeks regulował również kwestię przyjęcia i odrzucenia spadku – wprowadzono tu dość krótki termin 2 miesięcy, w którym spadkobierca mógł złożyć oświadczenie o odrzuceniu spadku w państwowym urzędzie notarialnym. Jedynie spadkobiercy, którzy zamieszkiwali poza granicami NRD korzystali z dłuższego, sześciomiesięcznego terminu w tym zakresie. Odrzucenie spadku miało cechy dziedziczności; przechodziło zatem na spadkobierców ustawowych osoby zrzekającej się spadku.⁷¹

Przyjęcie spadku wiązało się natomiast z przyjęciem odpowiedzialności za zobowiązania spadkowe. Kodeks ustalał kolejność tych zobowiązań, która wyglądała następująco:

- 1) koszty pogrzebu;
- 2) koszty postępowania spadkowego;

⁶⁷ Ibidem, §423–§427.

⁶⁸ Ibidem, §396 (1).

⁶⁹ Ibidem, §396 (2) i (3).

⁷⁰ Ibidem, §397 (1) i (2).

⁷¹ Ibidem, §402–§405.

3) zobowiązania finansowe spadkodawcy łącznie z wydatkami związanymi z opieką nad spadkodawcą;

4) roszczenia odszkodowawcze wynikające z prawa rodzinnego;

5) roszczenia wynikające z zachowka;

6) zapisy oraz nakłady.⁷²

Zgodnie z regulacjami ZGB jeśli istniała wielość spadkobierców, byli oni traktowani jako dłużnicy solidarni. Za wspólne zobowiązania spadkowe odpowiadali proporcjonalnie do wysokości swoich udziałów spadkowych. Jednak długi spadkowe oraz zobowiązania, które miały być spełnione przez jednego, określonego spadkobiercę, musiały być spełnione jedynie przez tę wskazaną osobę.⁷³

ZGB wprowadzał również instytucję niegodności dziedziczenia. Każdy, kto w ciągu 6 miesięcy, lecz nie później niż w ciągu 4 lat od otwarcia spadku dowiedział się o istnieniu przesłanki uzasadniającej stwierdzenie niegodności dziedziczenia przez któregośkolwiek ze spadkobierców, mógł wnieść taką sprawę do sądu. Niegodnym dziedziczenia mogła być osoba, która:

1) dopuściła się zabójstwa lub usiłowania zabójstwa spadkodawcy bądź jego współmałżonka lub dzieci;

2) wprowadziła w błąd lub stosowała wobec spadkodawcy groźby karalne, co skutkowało sporządzeniem, zmianą lub odwołaniem testamentu bądź też osoba, która uniemożliwiła spadkodawcy sporządzenie testamentu, sfałszowała go, zniekształciła lub zniszczyła;

3) nie dopełniała wobec spadkodawcy swoich obowiązków alimentacyjnych.⁷⁴

W przypadku stwierdzenia przez sąd niegodności dziedziczenia uznawało się, że do takiego dziedziczenia nie doszło. W takim przypadku na miejsce spadkobiercy niegodnego dziedziczenia wchodził spadkobiercy, którzy dziedziczyliby, gdyby osoba niegodna dziedziczenia nie dożyła otwarcia spadku.⁷⁵

ZGB przewidywało jednak również instytucję przebaczenia. Nie mogło dojść do stwierdzenia niegodności dziedziczenia jeśli osoba uważana za niegodną potrafiła udowodnić, że spadkodawca przebaczył jej takie niegodziwe postępowanie.⁷⁶

Zmiany polityczne i ustawodawcze, dokonywane w tym czasie w NRD były wynikiem nacisku ZSRR. Ich kulminacją było znowelizowanie konstytucji NRD 7 października 1974 r. Wbrew pozorom nie dokonano jedynie kosmetycznych zmian, usuwając ze wstępnych artykułów słowo „socjalizm”, które – w przeciwieństwie do życzeń ZSRR – oznaczało tam koniec, a nie pewien etap w rozwoju społecznym. Najlepiej pokazuje to nowe brzmienie art. 6, w którym stwierdzono, że NRD była połączona na zawsze i nierozzerwalnie ze

⁷² Ibidem, §409 i §410 (1).

⁷³ Ibidem, §412 (1) i (2).

⁷⁴ Ibidem, §406 (1), (2) i (3), §407(1), (2) i (3).

⁷⁵ Ibidem, §408 (1).

⁷⁶ Ibidem, §406 (4).

Związkiem Radzieckim i stanowiła niepodzielną część składową socjalistycznej wspólnoty państw.⁷⁷ Równoległą podstawą dla wszelkich działań podejmowanych w tamtym czasie w NRD stał się również układ o przyjaźni z ZSRR, podpisany przez Breżniewa i Honeckera 7 października 1975 r. Zgodnie z jego postanowieniami „braterski związek oparty na fundamencie marksizmu-leninizmu” miał doprowadzić do osiągnięcia socjalizmu i komunizmu. W związku z powyższym, potwierdzając w art. 1 zasadę nieingerencji w sprawy wewnętrzne partnerów, w art. 3 oświadczały, że były gotowe podjąć wszelkie niezbędne środki do obrony i ochrony zdobyczy socjalizmu. Można było zatem przyjąć, że doktryna Breżniewa znalazła swoją legitymację w porozumieniach międzynarodowych.⁷⁸

W Polsce rozwój wydarzeń w końcowym okresie wojny dramatycznie wpłynął na losy narodu. Decyzje Wielkiej Trójki sprawiły, że o losach państwa polskiego w następnym półwieczu decydować miał Związek Radziecki. Jego przywódcy, nie rezygnując z planu przekształcenia Polski w republikę radziecką, doraźnie przygotowali model państwa satelickiego z uzależnionymi od Kremla władzami.⁷⁹

Ciekawy jednak pozostaje fakt, iż powstanie dekretu z 8 października 1946 r., obowiązującego jako prawo spadkowe (Dz. U. z 1946r. Nr 60, poz. 328), było efektem wznowienia prac Komisji Kodyfikacyjnej jeszcze II Rzeczypospolitej. Dlatego też – podobnie jak inne dekryty unifikujące prawo cywilne bezpośrednio po II wojnie światowej – również dekret o prawie spadkowym po przełomie politycznym 1948 r. poddany został krytyce nie tyle z punktu widzenia prawnego, co politycznego, jako akt prawny o burżuazyjnej ideologii i burżuazyjnych treściach.⁸⁰

„Jeżeli chodzi o prawo spadkowe, to w szczególności nie realizuje ono dostatecznie zasady socjalistycznej, według której nabycie dóbr majątkowych, jeżeli nie wynika z własnej pracy, powinno być oparte na zupełnie wyjątkowych przesłankach. Krąg osób powołanych do dziedziczenia z ustawy jest zbyt szeroki” – pisał najbardziej aktywny we wprowadzaniu radzieckich wzorów do polskiej cywilistyki Seweryn Szer. Konkretyzując zarzuty podnoszone, że udział spadkowy małżonka dziedziczącego z ustawy w zbiegu ze zstępnymi spadkodawcy jest zbyt mały, co było chyba zarzutem słusznym. Pod wpływem wzorów radzieckich pojawiły się postulaty ograniczenia swobody sporządzania testamentów oraz wyłączenia zstępnych rodzeństwa z kręgu spadkobierców ustawowych. Proponowano zastąpienie zachowku pieniężnego systemem rezerwy.⁸¹

Dekret o prawie spadkowym był obszernym aktem prawnym, liczącym 174 artykuły. Spadek (art. 1 § 1) to ogół praw i obowiązków zmarłego, przy czym należy przez to rozumieć prawa i obowiązki prywatnoprawne – cywil-

⁷⁷ T. Jaskułowski, op. cit., s. 161–162.

⁷⁸ Ibidem, s. 164.

⁷⁹ J. Kaliński, Z. Landau, *Gospodarka Polski w XX wieku*, Warszawa 1999, s. 191.

⁸⁰ A. Lityński, *Historia prawa Polski Ludowej*, Warszawa 2008, s. 209–210, 211.

⁸¹ Ibidem, s. 211–212.

ne. Dziedziczne i w zasadzie należące do spadku były prawa i obowiązki majątkowe. Dekret o prawie spadkowym wprowadzał następujące zasady zunifikowanego prawa:

1) dziedziczyć można tylko na podstawie dwóch tytułów: ustawy oraz testamentu. Wykluczono natomiast umowę dziedziczenia znaną przedwojennemu prawu dzielnicowemu (ABGB, BGB oraz kodeks napoleoński – ten ostatni pod inną nazwą);

2) w porównaniu do stanu prawnego obowiązującego w poszczególnych dzielnicach przed II wojną światową znacznie ograniczono krąg spadkobierców ustawowych, do których zaliczony był małżonek, a tytułu pokrewieństwa: zstępni – bez ograniczenia, w linii wstępnej – tylko rodzice, a w linii bocznej – rodzeństwo i jego zstępni, nadto osoby przysposobione przez spadkodawcę. W przypadku braku małżonka i krewnych powołanych do spadku dziedziczyła z ustawy gmina, a potem (od 1950 r.) – Skarb Państwa (art. 27). Ograniczenie spadkobierców ustawowych w prawie polskim nawet w przybliżeniu nie poszło tak daleko jak w prawie radzieckim;

3) zasada swobody testowania została przeprowadzona niemal bez ograniczeń;

4) konstrukcja zachowku została przyjęta dla ochrony interesów najbliższych członków rodziny. Małżonek, zstępni spadkodawcy oraz jego rodzice, jeżeli osoby te dziedziczyłyby po nim w braku testamentu, stanowili tak zwanych spadkobierców koniecznych. Spadkobiercy konieczni w wypadku pozbawienia ich przypadającej im z ustawy części spadku mieli prawo do zachowku, który wynosił połowę wartości tego, co otrzymaliby, gdyby dziedziczyli z ustawy. Istotą zachowku było, iż spadkobierca konieczny nie otrzymywał udziału w spadku, lecz służyło mu roszczenie od spadkobierców powołanych do spadku o wypłacenie sumy pieniężnej stanowiącej jego zachówek, a więc uzyskiwał wierzytelność, a nie część spadku.⁸²

Z chwilą śmierci spadkodawcy następowało otwarcie spadku. W momencie otwarcia spadku spadkobierca nabywał spadek z mocy samego prawa, jednakże nabycie nie od razu było skuteczne, lecz dopiero wówczas, gdy spadkobierca uzyskał sądowe stwierdzenie nabycia praw do spadku (art. 69 i następne dekretu o postępowaniu spadkowym). Stwierdzenie takie miało charakter o tyle abstrakcyjny, że zawierało jedynie ustalenie, do jakiej części (wyrażonej ułamkiem) spadku miał prawo dany spadkobierca, natomiast nie zawierało żadnych ustaleń rzeczowych. Dopiero następnym etapem postępowania mógł być dział spadku, który polegał na podziale między spadkobierców konkretnych rzeczy, wierzytelności, długów, etc. masy spadkowej. Dział spadku mógł być dokonany w drodze pozasądowej umowy spadkobierców lub w postępowaniu sądowym.⁸³

Instytucją, która miała umożliwić spadkodawcy uporządkowanie sytuacji na wypadek śmierci w konkretnej rodzinie, był testament. Prawo spadkowe

⁸² Ibidem, s. 210.

⁸³ Ibidem, s. 210–211.

wychodziło z zasady wolności (swobody) testowania: spadkodawca mógł w zasadzie zamieścić w testamencie niemal dowolne rozporządzenia swoim majątkiem (art. 29).⁸⁴

Konstytucja PRL w art. 12 deklarowała, iż: „uznaje i ochrania na podstawie obowiązujących ustaw indywidualną własność i prawo dziedziczenia ziemi, budynków i innych środków produkcji należących do chłopów, rzemieślników i chałupników”. Owo odesłanie do obowiązujących ustaw nie pierwszy raz stwarzało praktycznie dowolne możliwości ograniczania prawa dziedziczenia. Nadto cytowany przepis deklarował tak niejasną ochronę tylko dla wymienionych trzech grup społecznych, a więc inni – nawet robotnicy i tolerowani w systemie inteligencji pracujący, o „kapitalistach” i „kułakach” nie wspominając – nawet tak enigmatycznie zarysowanej ochrony dziedziczenia nie mieli. Wynikało to z negatywnego stosunku komunistycznego ustawodawcy do własności indywidualnej (o której mowa w art. 12 Konstytucji) jako do tego typu własności, który jeszcze istnieje w okresie tak zwanej budowy socjalizmu, ale który programowo ma być ograniczany, wypierany i likwidowany, względnie zastępowany przez własność społeczną w postaci własności spółdzielczej.⁸⁵

⁸⁴ Ibidem, s. 211.

⁸⁵ Ibidem, s. 212; plany te były realizowane przez wprowadzenie reformy agrarnej, której szczegóły określał dekret z 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej oraz dekret z 6 września 1946 r. o ustroju rolnym i osadnictwie na obszarze ziem odzyskanych i byłego Wolnego Miasta Gdańska. Sposób realizacji reformy rolnej różnił się w poszczególnych dzielnicach kraju, w zależności od wielkości istniejącej rezerwy gruntów, zaludnienia, potrzeby i struktury gospodarstw rolnych oraz miejscowych tradycji. Łącznie na całym terytorium rozparcelowano 6,1 mln ha gruntów między 1,1 mln rodzin. Wśród nadzielonych dominowali chłopci-posiadacze gospodarstw, a dalej służba folwarczna i chłopci bezrolni. Niewielką część nadziałów przekazano ogrodnikom, rzemieślnikom oraz pod działki pracownicze. Ukształtowana do 1949 r. struktura agrarna gospodarstw chłopskich dowodziła prymatu politycznych celów reformy rolnej. Z ekonomicznego punktu widzenia jej skutki trudno jest ocenić pozytywnie, gdyż pozostawienie wielkiej liczby zbyt drobnych gospodarstw rodziło poważne problemy na przyszłość. Reforma rolna była także źródłem wielu krzywd i niesprawiedliwości. Odczuli to przede wszystkim ziemianie, którym odebrano grunty, pozbawiono domostw i zmuszono do migracji. Niekiedy odbywało się to z naruszeniem przepisów prawa i godności osobistej. Formę działań politycznych nadano także przemianom własnościowym w przemyśle. 3 stycznia 1946 r. przyjęto ustawę o przejściu na własność państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej. Zgodnie z ustawą, na własność państwa, bez odszkodowania, przechodziły przedsiębiorstwa przemysłowe, górnicze, transportowe i telekomunikacyjne, ubezpieczeniowe oraz handlowe i banki należące do Rzeszy i Wolnego Miasta Gdańska oraz ich obywateli, spółek przez nich kontrolowanych i zdrajców narodu polskiego. Za odszkodowaniem przejmowano zakłady w 17 najważniejszych gałęziach przemysłu oraz inne, zatrudniające więcej niż 50 pracowników na jedną zmianę. Sektor prywatny był systematycznie rugowany z produkcji przemysłowej, często z pominięciem przepisów ustawy nacjonalizacyjnej. Powszechnie stosowano przymus państwowy, który uniemożliwiał właścicielom kierowanie przedsiębiorstwami i korzystanie z zysków. Ofiarą upaństwowienia padały nawet większe zakłady rzemieślnicze, które likwidowano lub włączano do przedsiębiorstw państwowych. W konsekwencji zanikła warstwa burżuazji przemysłowej i zdecydowanie ograniczony został rozwój rzemiosła. – J. Kaliński, Z. Landau, op. cit., s. 193–200.

W art. 13 natomiast Konstytucja: „poręcza całkowitą ochronę oraz prawo dziedziczenia własności osobistej”, co dawało zupełnie inną intensywność ochrony prawa dziedziczenia. Według koncepcji ideologów komunizmu, własność osobista była jedyną formą własności, która miała być tolerowana w całkowicie zbudowanym ustroju socjalistycznym. Zauważyć należy, że żaden z dwu cytowanych przepisów Konstytucji, deklarując prawo dziedziczenia, nie przesądzał form dziedziczenia (ustawowe czy testamentowe), ewentualnych ograniczeń wartości i wielu ważnych, niekiedy wręcz zasadniczych kwestii; wzmianka z art. 12 o ochronie: „na podstawie obowiązujących ustaw” wręcz była zapowiedzią możliwych ograniczeń. W nauce wskazywano nawet, że poważne konsekwencje ograniczające prawo dziedziczenia wynikały z art. 14 ust. 3 Konstytucji, który stanowił, że PRL: „wprowadza w życie zasadę: «od każdego według jego zdolności, każdemu według jego pracy»”. Z cytowanej normy konstytucyjnej miało bowiem – wywodzono – wynikać, że przepisy prawa spadkowego należy ukształtować w taki sposób, aby nabywanie dóbr majątkowych nieoparte na pracy było możliwe tylko w razie istnienia innych wystarczająco uzasadniających takie nabycie przesłanek. Tym samym właśnie z normy art. 14 ust. 3 Konstytucji wywodzono wskazane ograniczenia zarówno kręgu osób powołanych do dziedziczenia z mocy ustawy, jak też wprowadzenia ograniczeń swobody testowania.⁸⁶

Art. 66 ust. 1 Konstytucji stwarzał równouprawnienie kobiet i mężczyzn także w sferze prawa spadkowego, art. 67 zaś dawał także równe prawa spadkobrania dziecku urodzonemu poza małżeństwem.⁸⁷

Krytyka prawa spadkowego z 1946 r. dokonywana z pozycji ideologiczno-politycznych, poszła tak daleko, że stawiano pytanie: „czy dekret o prawie spadkowym z 1946 r. nie stanowi poważniejszej przeszkody w budowie podstaw socjalizmu, czy nie stanowi czynnika mogącego przyczynić się do odradzania się własności kapitalistycznej” i chociaż poważni cywiliści udzielali odpowiedzi negatywnej, wywodzili, że dekret z 1946 r. jednak spełnia – chociaż niedoskonale – „funkcje socjalistycznego prawa spadkowego”, to jednak samo stawianie takich pytań obrazuje negatywny stosunek do prawa o burżuazyjnych naleciałościach.⁸⁸

Uwagi te uwzględniła dość śmiało Komisja Kodyfikacyjna po 1956 r. Zmiany w zakresie prawa spadkowego miały bowiem dotyczyć ograniczenia swobody rozporządzania na wypadek śmierci, ograniczenia kręgu spadkobierców ustawowych oraz ograniczenia odpowiedzialności za długi spadkowe.⁸⁹

W tym czasie dostrzeżono i w piśmiennictwie podniesiono negatywne zjawiska na wsi, polegające na postępującym rozdrobnieniu gospodarstw rolnych w wyniku działów spadku oraz nadmierne obciążenie tych gospodarstw spłatami spadkowymi. W związku z tym ustawą z 18 czerwca 1959 r. (Dz.U. Nr 36,

⁸⁶ A. Lityński, *Historia prawa Polski Ludowej*, s. 212–213.

⁸⁷ Ibidem, s. 213.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem, s. 213 i 221.

poz. 227) podjęto doraźną interwencję w postaci zawieszenia niektórych spłat spadkowych. Sąd Najwyższy zaś wskazywał na kierunki przeciwdziałania tym zjawiskom w ramach obowiązującego wówczas prawa spadkowego. Wyniki spisu z 1960 r. potwierdziły zły i ciągle pogarszający się obraz struktury agrarnej.⁹⁰

W tej sytuacji Komisja Kodyfikacyjna w toku prac nad projektem kodeksu cywilnego podjęła próbę rozwiązania problemu od strony prawnej. Do projektu kodeksu z 1961r. wprowadzono przepisy szczególne o dziedziczeniu gospodarstw rolnych, które zresztą dotyczyły nie tyle dziedziczenia, co właściwie działu spadku, jeżeli w masie spadkowej znajdowało się gospodarstwo rolne. Przepisy miały zapobiegać zarówno dalszemu rozdrabnianiu, jak też nadmiernemu obciążaniu gospodarstw rolnych spłatami. Podział gospodarstwa między spadkobierców miał być dopuszczalny tylko z zachowaniem ustalonych przez Radę Ministrów norm obszarowych, spłaty zaś przypadające pozostałym spadkobiercom – z nielicznymi wyjątkami – mogły być obniżone przez sąd. W toku prac zgłaszano również postulaty, aby gospodarstwo rolne mogło być przyznane w drodze sądowego działu spadku tylko temu spośród spadkobierców, który gospodarstwo prowadził. Wszystkie te koncepcje zrealizowano w projekcie kodeksu cywilnego z 1962 r.⁹¹

Zanim jednak zakończono prace nad kodeksem cywilnym, zapadły decyzje polityczne. Plenum Komitetu Centralnego PZPR (w lutym 1963 r.), w celu zapewnienia wzrostu produkcji rolnej, między innymi zdecydowało o potrzebie radykalnych zmian w zakresie prawa spadkowego w odniesieniu do gospodarstw rolnych. Efektem była ustawa z 29 czerwca 1963 r. o ograniczeniu podziału gospodarstw rolnych (Dz. U. Nr 28, poz. 168), wkraczająca zarówno w prawo rzeczowe, jak i prawo spadkowe. W zakresie prawa spadkowego ustawa poszła jeszcze dalej, aniżeli koncepcje wniesione do kodeksu cywilnego. Od wyczerpująco określonych kwalifikacji spadkobiercy uzależnione było nie tylko przydzielenie mu gospodarstwa w wyniku działu spadku, lecz od warunków tych w ogóle zależało samo dziedziczenie gospodarstwa. W przypadku braku kwalifikacji spadkobiercy nie dziedziczył gospodarstwa rolnego, chociaż był powołany do spadku zgodnie z prawem spadkowym z 1946 r. Było to rozwiązanie nieznane dotychczasowemu prawu polskiemu. W razie braku spadkobierców o odpowiednich kwalifikacjach gospodarstwo rolne przypadało Skarbowi Państwa. W ustawie wiele kwestii było niejasnych, a wyjaśniające orzecznictwo Sądu Najwyższego interpretowało problemy na niekorzyść spadkobierców ustawowych, realizując ukrytą w ustawie tendencję nacjonalizacyjną. Oprócz oficjalnie ogłoszonych zamierzeń poprawy struktury gospodarstw rolnych, ustawodawca miał zamiar stworzyć z ustawy narzędzie tak zwanej socjalistycznej przebudowy wsi poprzez rozwój sektora państwowego na wsi.⁹²

⁹⁰ Ibidem, s. 232.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem, s. 232–233.

Ustawę z 29 czerwca 1963 r. o ograniczeniu podziału gospodarstw rolnych uchwalono w chwili, gdy projekt kodeksu cywilnego znajdował się już w Sejmie. Na wniosek rządu Sejm postanowił włączyć dyspozycje ustawy do kodeksu cywilnego. W ten sposób zaistniała konieczność dokonania w kodeksie cywilnym syntezy dwóch koncepcji w dziedzinie prawa spadkowego; ostatecznie w kodeksie przyjęto system dziedziczenia ogólnego i szczególnego. Ocenia się, że nie do końca udało się zharmonizować oba systemy, zwłaszcza w punktach stycznych, a w konsekwencji ciężar wynikających stąd problemów przerzucono na doktrynę i orzecznictwo. Prawo miało i w tym miejscu zastąpić regulatory zlikwidowanego wolnego rynku.⁹³

W kodeksie cywilnym z 1964 r. w zakresie ogólnego (powszechnego) prawa spadkowego utrzymano podstawowe zasady prawa z 1946 r. Najważniejszą zmianą było zwiększenie udziału spadkowego małżonka dziedziczącego z ustawy w zbiegu ze zstępnyimi spadkodawcy (art. 931 § 1 k.c.). Szczególne dziedziczenie gospodarstw rolnych również utrzymano na zasadach ogólnych z omówioną ustawą, nawet rozszerzając możliwość dziedziczenia ziemi przez Skarb Państwa.⁹⁴

Przez 60 lat istnienia ukształtowanego systemu socjalistycznego w ZSRR i 40 lat w Polsce oraz innych krajach bloku te szczególne, niezdrowe cechy systemu – głównie związane z oddziaływaniem państwa na gospodarkę oraz w szczególności na sferę własności – utrwały się, wrosły w codzienną praktykę życia gospodarczego i społecznego. Co więcej, niektóre z nich zyskały pewien stopień akceptacji społecznej i w powszechnym odczuciu były traktowane bardziej jako zalety systemu niż patologie.⁹⁵

Z punktu widzenia oceny skutków działań podjętych przez rządy komunistyczne satelickich państw ZSRR w sferze prawa spadkowego i dziedziczenia, pozostaje jedna z najważniejszych kwestii, a mianowicie ta dotycząca dochodzenia po upadku systemu socjalistycznego przez spadkobierców własności swoich przodków, którzy nierzadko zostali pozbawieni przez aparat władzy swojego mienia przymusowo, bez zapewnienia im stosownego odszkodowania. Są to procesy nadzwyczaj skomplikowane i zapewne wymagające dogłębnej analizy prawnej. Ze względu jednak na wielkość zagadnienia, jak i podjęcie próby oceny zagadnień z innego już okresu państw byłego bloku socjalistycznego (po dokonaniu się przełomu ustrojowego), będzie to przedmiotem odrębnego opracowania.

⁹³ Ibidem, s. 233.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ M. Bałtowski, op. cit., s. 120.

THE RIGHT TO INHERIT IN SOCIALIST STATES – PART I (HISTORICAL OVERVIEW)

Key words: right to inherit, socialist states, decree of the inheritance law.

Summary

The article is entirely focused on presenting the historical overview concerning the right to inherit either in Russia and the Union of Soviet Socialist Republics or in its satellite states, created in the domain of its influence in Europe after the Second World War. Due to the close connection of the inheritance institution with the right to ownership, I was equally trying to illustrate the idea of communists and socialists on it, although it is only a superficial illustration, as well as a brief historical view on implementing the appropriate regulations and its results.

The historic events shown in the background explain the way how the Union of the Soviet Socialist Republics became a state which used to have such an enormous impact on the political, economic and social systems of the European satellite states. The present article was limited to inheritance laws and the changes in the ownership structure in the period after World War Two in three of the states, which are, or rather were: Czechoslovakia, the German Democratic Republic and the Polish People's Republic.

I would also like to pay attention to the title; not without reason I marked it is part one which touches only historical frame. In part two I am going to engage myself in changes entered into force after the fall of communism within the inheritance laws and the results of this felonious totalitarian regime.

Monika Maśnicka

Gdańsk

Wpływ ideologii Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich na kształt instytucji obrony koniecznej w Polsce i w Niemczech

Słowa kluczowe: obrona konieczna, prawo niemieckie, ideologia komunistyczna, siła absolutnie konieczna, siła śmiertelna, prawo do życia.

1. Wstęp

Obrona konieczna jest instytucją o doniosłej roli społecznej. Popętnienie czynu zabronionego w jej ramach skutkuje wyłączeniem bezprawności tego czynu. Innymi słowy, czyn popełniony przez broniącego się, mimo iż wypełnia ustawowe znamiona czynu zabronionego, jest w pełni legalny, a broniący się nie ponosi odpowiedzialności karnej za szkodę wyrządzoną napastnikowi.

Obrona konieczna jest instytucją o długiej historii. Jej pierwowzoru można się doszukać już w ustawie XII tablic z V w. p.n.e., pozwalającej zabić złodzieja, o ile ten został złapany na gorącym uczynku i stawiał opór używając broni.¹ W starożytnym Rzymie funkcjonowała zasada wyrażona przez Cycerona – siłę wolno odeprzeć siłą. Uzasadniając prawo każdego człowieka do odparcia ataku na jego dobra, odwoływano się do prawa natury i związku z nim instynktu samozachowawczego.² W okresie średniowiecza obronę konieczną myłono z zemstą, co miało niewątpliwy związek z ogólnym zastosowaniem w dziedzinie prawa.³ Z biegiem czasu powrócono jednak do przeświadczenia o niezbędności instytucji obrony koniecznej w porządku prawnym,

¹ H. Archicińska-Gajewska, T. Fijałkowski, *Obrona konieczna*, Artman, Warszawa 2006, s. 15.

² A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym: teoria i orzecznictwo*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 11.

³ Ibidem, s. 12

skutkiem czego było uregulowanie jej w wielu znaczących aktach prawnych (*Constitutio Criminalis Carolina, Landrecht, Code Penal* itd.).⁴

Regulacji obrony koniecznej nie mogło zabraknąć także w polskim porządku prawnym. Każdy z trzech kodeksów karnych niepodległej Polski przewidywał w swojej treści instytucję obrony koniecznej, choć w różnej postaci. Mimo iż główne założenia omawianej instytucji pozostawały niezmiennie w każdym z kodeksów (zawsze musiały mieć miejsce zamach i obrona), to jednak w treści przepisów odnoszących się do obrony koniecznej widać wyraźny wpływ sytuacji politycznej istniejącej w czasie prac nad kodyfikacją prawa karnego.⁵

Jak wskazał M. Filar, każdy akt rangi ustawowej, a zwłaszcza kodeks, jest dzieckiem epoki, w której został ustanowiony. Wyraźne wpływy polityczne, społeczne, obyczajowe, różnego rodzaju naciski ze strony społeczeństwa da się zauważyć zwłaszcza podczas tworzenia prawa karnego.⁶ Nie można więc mówić o kodeksach karnych, w tym o instytucji obrony koniecznej, w oderwaniu od czynników historycznych. Każda z trzech kodyfikacji prawa karnego w niepodległej Polsce była odpowiedzią na konkretne zmiany w funkcjonowaniu państwa.⁷

Nietrudno zauważyć, że historia prawa karnego w Polsce zatoczyła w pewnym sensie koło. Kodyfikację tej gałęzi prawa w Polsce rozpoczęto bowiem wprowadzeniem kodeksu o demokratycznych rozwiązaniach, właściwych dla państwa o gospodarce rynkowej. Kodeks ten w 1969 r. zmodyfikowano innym, wyraźnie nawiązującym do założeń państwa socjalistycznego. Brzmienie jego przepisów do złudzenia przypominało rozwiązania innych państw o podobnym ustroju. Po 28 latach od jego wprowadzenia w związku ze zmianami ustrojowymi konieczny okazał się powrót do punktu wyjścia.⁸

Także w ustawodawstwie niemieckim można zaobserwować wyraźne wpływy założeń radzieckich na kształt poszczególnych regulacji prawnych. Po powstaniu w 1949 r. Niemieckiej Republiki Demokratycznej, wywodzącej się z radzieckiej strefy okupacyjnej, niezbędne okazało się uchwalenie kodeksu karnego o treści właściwej dla państwa komunistycznego. Taki kodeks został uchwalony w 1968 r. i zawierał regulację obrony koniecznej podobną do regulacji zawartych w porządkach prawnych innych państw komunistycznych. W tym samym czasie na terenie Republiki Federalnej Niemiec obowiązywał kodeks karny uchwalony jeszcze w 1871 r., o zgoła odmiennych założeniach od tych zawartych w kodeksie NRD.⁹

⁴ M. Szafraniec, *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 17–20.

⁵ J. Warylewski, *Prawo karne część ogólna*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2004, s. 230.

⁶ M. Filar, *Quo vadis justitia Poloniae, Prawo w XXI w.* pod red. W. Czaplińskiego, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2006, s. 198 (dalej: *Quo vadis...*).

⁷ P. Kardas, *Refleksja po 10 latach obowiązywania kodeksu karnego z 1997 r.*, uzyskane ze strony <http://www.profinfo.pl/img/401/pdf40147238_5.pdf>, dostęp: 20.10.2011, s. 21.

⁸ Ibidem, s. 22.

⁹ W związku z przyłączeniem się w 1990 r. NRD do RFN, kodeks karny z 1968 r. przestał obowiązywać.

Zdaniem I. Andrejewa, wszystkie państwa socjalistyczne były państwami tego samego typu. Wykazywały bowiem podobieństwa w dziedzinie ustroju, struktury społecznej, systemu gospodarczego oraz życia kulturalnego.¹⁰ Trudno było nie zauważyć podobieństw w brzmieniu poszczególnych przepisów kodeksów karnych państw socjalistycznych, w tym tych odnoszących się do instytucji obrony koniecznej. M. Filar wskazał, że kodeksy karne państw socjalistycznych były mniej lub bardziej wiernymi klonami kodeksu RSFR.¹¹ Charakterystyczny dla komunistycznego prawa karnego był jego klasowy charakter i ścisły związek z głoszoną przez komunistów walką klasową. Te cechy przejawiały się zwłaszcza w tym, że prawo karne miało stać na straży interesów klasy panującej.¹²

2. Regulacja obrony koniecznej w Polsce

Kodeks karny z 1932 r., zwany kodeksem Makarewicza, stanowił pierwszą kodyfikację prawa karnego w niepodległej Polsce. Był on rezultatem wielu prac mających na celu ujednolicenie ustawodawstwa karnego na ziemiach polskich. Główną ideą przyświecającą jego twórcom było dostosowanie prawa karnego do ówczesnych warunków ustrojowych i gospodarczych.¹³ W art. 21 § 1 kodeksu zawarta została regulacja instytucji obrony koniecznej. Przepis ten stanowił, że nie popełnia przestępstwa ten, kto działa w obronie koniecznej, odpierając bezpośredni bezprawny atak na jakiekolwiek dobro własne lub innej osoby.¹⁴ W razie przekroczenia granic obrony koniecznej kodeks upoważniał sąd do nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia.¹⁵

Regulacja ta, w przeciwieństwie do dzisiejszej, nie wymagała istnienia proporcji pomiędzy tym dobrem, któremu zagrażał zamach, a tym, które zostało naruszone w wyniku działań mających na celu odparcie zamachu.¹⁶ Tak też uznał Sąd Najwyższy w wyroku z 3 lipca 1969 r. Stwierdził on mianowicie, iż nie stanowi przekroczenia granic obrony koniecznej działanie podjęte w warunkach określonych w art. 21§1 k.k., jeżeli ma miejsce dysproporcja między dobrem broniącego się a dobrem napastnika, czego uzasadnieniem jest brak wyraźnego wymogu, aby dobra były proporcjonalne. Ponadto broniący się mógł odpierać atak jakimkolwiek środkiem, który był mu w danych okolicznościach dostępny i nie musiał zachować jakiegś kolejności

¹⁰ I. Andrejew, *Zarys prawa karnego państw socjalistycznych*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1979, s. 6–7.

¹¹ M. Filar, *Quo vadis...*, s. 199.

¹² A. Grześkowiak, *Komunistyczne prawo Polski Ludowej. Wstęp*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2007, s. 6–7.

¹³ Ibidem, s. 21.

¹⁴ Kodeks karny z 11.07.1932 r., Dz.U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571, art. 21 § 1.

¹⁵ Ibidem, art. 21 § 2.

¹⁶ M. Szafraniec, op.cit., s. 23.

w ich wyborze.¹⁷ Obrona musiała być jednak konieczna, czyli sposób jej podjęcia i środki zastosowane w jej ramach musiały być w danych okolicznościach niezbędne.¹⁸ Z literalnego brzmienia przepisu nie wynikało, iż dla uchylenia bezprawności czynu zabronionego dokonanego w ramach obrony koniecznej istniał wymóg zachowania proporcji między dobrem atakowanym i dobrem naruszonym wskutek działań obronnych. Takie właśnie ujęcie „konieczności” stanowiło pole do wielu nadużyć. Dla zakreślenia granic obrony koniecznej odwoływano się więc do zasad dobrej wiary lub zasad współżycia społecznego.¹⁹

Co interesujące, na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. niektórzy autorzy, jak np. J. Makarewicz, uznawali, że zamachem może być tylko aktywne działanie napastnika, wobec czego wykluczona jest możliwość obrony przed zamachem na cudze dobro w postaci zaniechania.²⁰ Sąd Najwyższy stosunkowo szybko odniósł się jednak do tej kwestii uznając, że pojęcie zamachu nie wyklucza stosowania obrony koniecznej do zaniechania, czego najlepszym przykładem może być obrona przed intruzem odmawiającym opuszczenia mieszkania.²¹

W związku z istotnymi zmianami ustrojowymi po II wojnie światowej będącymi rezultatem powstania Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, pozostających w dużej zależności od ZSRR, niezbędne okazało się uchwalenie nowego kodeksu karnego opartego na zasadach marksizmu-leninizmu, odpowiadającego nowej rzeczywistości polityczno-gospodarczej. Z zamiarem stworzenia nowej kodyfikacji karnej noszono się na długo przed uchwaleniem kodeksu karnego z 1969 r.²²

Już w 1951 r. rząd podjął uchwałę zalecającą Ministerstwu Sprawiedliwości sporządzenie projektu kodeksu karnego odpowiadającego ustrojowi społeczno-gospodarczego Polski. Projekt kodeksu karnego z 1951 r. przewidywał następującą regulację instytucji obrony koniecznej: „Nie popełnia przestępstwa, kto działa w obronie koniecznej, odpierając bezprawny zamach na interesy Polski Ludowej, na osobę obywatela lub na jego prawa. W razie przekroczenia granic obrony koniecznej sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet od kary uwolnić, gdy przekroczenie to jest usprawiedliwione szczególnymi okolicznościami, w jakich sprawca odpierał zamach”.²³

Projekt ten zawierał regulacje zgodne z postulatami marksistowskiej nauki prawa karnego oraz zrywał, zdaniem twórców, z formalizmem cechującym ustawodawstwo burżuazyjne. Nadto podkreślana była klasowa treść

¹⁷ Wyrok SN z 3.07.1969 r., IV KR 118/69, LexPolonica 372655.

¹⁸ Wyrok SN z 11.06.1969 r., I KR 2/69, LexPolonica 416166.

¹⁹ A. Marek, op. cit., s. 15.

²⁰ Ibidem, s. 35. Wyrok SN z 14.12.1934., za A. Marek, op. cit., s. 35.

²¹ A. Marek, op. cit., s. 35.

²² J. Kochanowski, *Redukcja odpowiedzialności karnej*, Beck, Warszawa 2000, s. 6–7.

²³ *Projekt kodeksu karnego z 1951 r.*, Wydawnictwo Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1951, art. 11 § 1 i 2, str. 4–5.

projektu kodeksu.²⁴ Projekt ten, podobnie jak projekt z 1964 r., nie został przyjęty. Ostatecznie przyjęto projekt kodeksu karnego przedstawiony w 1968 r., który został opracowany pod kierownictwem I. Andrejewa.²⁵

W kodeksie karnym z 1969 r. widać wyraźny wpływ ideologii radzieckiej na poszczególne regulacje. Podkreśla się, iż modyfikacje w stosunku do regulacji zawartych w kodeksie karnym z 1932 r. miały za cel dostosowanie poszczególnych unormowań do warunków ustrojowych oraz gospodarczych panujących w państwach nawiązujących do ideologii komunistycznej.²⁶ Art. 22 tego kodeksu stanowił, iż przestępstwa nie popełnia ten, kto odpiera w obronie koniecznej bezprawny i bezpośredni zamach na jakiegokolwiek dobro społeczne lub jednostki.²⁷

Tym samym kodeks ten rozróżniał jako przedmiot ochrony dobra jednostki i dobra społeczne. Wynikało to z założeń ówczesnie panującego ustroju społeczno-gospodarczego, uznającego prymat dóbr kolektywnych.²⁸ Dobrami osobistymi na gruncie prezentowanego kodeksu, podobnie jak dziś, były między innymi życie, zdrowie, wolność, cześć, nietykalność mieszkania, mienie osobiste. Wśród dóbr społecznych wymieniano: niepodległość, integralność terytorium, socjalistyczny ustrój, bezpieczeństwo oraz obronność PRL, godność narodu i państwa, podstawowe państwowe interesy gospodarcze, a także mienie społeczne.²⁹

Podążając za unormowaniami innych państw socjalistycznych, polski ustawodawca w art. 22 §2 postanowił uznać za obronę konieczną działanie polegające w szczególności na przywróceniu porządku lub spokoju społecznego. Celem takiej regulacji było zachęcenie obywatela do interwencji i zaktywizowanie społeczeństwa do walki z występками o chuligańskim charakterze. W doktrynie podkreślano, iż art. 22 § 2 miał zastosowanie do obywateli, którzy interweniowali w razie bójki, chcąc ją zakończyć lub chociażby zmniejszyć jej zasięg.³⁰

W art. 22 § 3 znalazła się regulacja przewidująca, w przeciwieństwie do regulacji z 1932 r., wymóg współmierności sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu. Doktryna stała na stanowisku, że wymóg ten odnosił się zarówno do stosunku między środkami obrony i intensywnością zamachu, jak i do proporcji między dobrem atakowanego i napastnika.³¹ W przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej sąd miał możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia.

²⁴ Ibidem, s. 39–40.

²⁵ J. Kochanowski, op. cit., s. 6–7.

²⁶ P. Kardas, op. cit., s. 22.

²⁷ *Kodeks karny z 19.04.1969 r.*, Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94, art. 22 § 1.

²⁸ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-31*, C.H.Beck, Warszawa 2010, s. 752.

²⁹ J. Bafia, K. Mioduski, *Kodeks karny. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977, s. 82.

³⁰ Ibidem, s. 84–85.

³¹ A. Marek, op. cit., s. 16.

W praktyce przepis ten znajdował zastosowanie w przypadku rażącego przekroczenia granic obrony.

W związku z „Wiosną Ludów” w Europie w 1989 r. polegającą na obaleniu ustroju komunistycznego wielu państwach, w tym w Polsce, konieczne okazało się dostosowanie brzmienia kodeksu karnego do nowego ustroju polityczno-gospodarczego. Prace nad kodyfikacją rozpoczęto już w 1981 r. przedstawieniem dwóch projektów nowelizacji kodeksu. Już wtedy uważano, że system prawa karnego w Polsce jest, w porównaniu z innymi państwami europejskimi, nadmiernie represyjny. W 1987 r. powołana została Komisja ds. Reformy Prawa Karnego, która opracowała trzy projekty kodeksu karnego (z 1990, 1991 i 1994 r.).³² Konieczność uchwalenia nowego kodeksu wynikała nie tylko z przekształceń ustrojowych. Nowy kodeks musiał ponadto zawierać regulacje, które odpowiadałyby standardom europejskim.³³ Ostatecznie 6 czerwca 1997 r. uchwalono kodeks karny, który obowiązuje do dnia dzisiejszego.

Zgodnie z kodeksem karnym z 1997 r., „nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem.”³⁴

W razie przekroczenia granic obrony koniecznej sąd na podstawie art. 25 § 2 może zastosować w stosunku do ekscedenta nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzania. Jako przykład przekroczenia granic obrony koniecznej przepis wyraźnie wskazuje zastosowanie sposobu obrony niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu.³⁵ Prawdą jest, iż nie istnieją żadne obiektywne kryteria uznania danego działania obronnego za niewspółmierne do niebezpieczeństwa zamachu. Uznanie, iż doszło do przekroczenia granic obrony koniecznej musi zawsze nawiązywać do zespołu okoliczności istniejących w trakcie odpierania zamachu.³⁶ Niemniej jednak przekroczenie granic obrony koniecznej w warunkach określonych w art. 25 § 2 stanowi dla większości autorów okoliczność umniejszającą winę broniącego się, a zarazem społeczną szkodliwość czynu.³⁷

Zupełną nowością w stosunku do regulacji zawartych w ustawach z 1932 i 1969 r. było wprowadzenie przez kodeks karny z 1997 r. obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary. Instytucja ta została oparta na odpowiedniej regulacji w niemieckim ustawodawstwie karnym. Co ciekawe, już projekt kodeksu z 1932 r. przewidywał podobną regulację, z której jednak ostatecznie zrezygnowano. Przesłanką zastosowania art. 25 § 3 jest przekroczenie granic obrony koniecznej jako wynik wzburzenia bądź strachu.³⁸ Taka

³² J. Kochanowski, op. cit., s. 8–9.

³³ T. Bojarski, *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, pod red. T. Bojarskiego i E. Skrętowicz, Lubelskie Towarzystwo Naukowe, Lublin 1995, s. 10.

³⁴ *Kodeks karny z 6.06.1997 r.*, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm., art. 25 § 1.

³⁵ Ibidem, art. 25 § 2.

³⁶ M. Filar, *Komentarz do kodeksu karnego*, uzyskany z serwisu LexPolonica, pkt 14. (dalej: *Komentarz...*).

³⁷ A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego*, uzyskany z systemu LEX, pkt 55.

³⁸ M. Szafraniec, op. cit., s. 24.

klauzula bezkarności odnosi się jedynie do ekscesu intensywnego oraz ekstensywnego, z wyłączeniem jednak obrony jeszcze przed nastąpieniem zamachu, gdyż przepis w dalszej części wymaga, by wzburzenie lub strach były uzasadnione okolicznościami zamachu, wobec czego zamach musi przynajmniej nastąpić.³⁹

Regulacja zawarta w art. 25 § 3 od samego początku jej obowiązywania budziła liczne wątpliwości. W ciągu 13 lat jej istnienia wielokrotnie postulowane były zmiany jej treści. W końcu ustawodawca uległ namowom wielu przedstawicieli doktryny⁴⁰ i 8 czerwca 2010 r. weszła w życie zmiana art. 25 § 3 wprowadzona ustawą z 5 listopada 2009 r.⁴¹

Zgodnie ze znowelizowanym przepisem „nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu”. Nowelizacja ta jest o tyle znacząca, iż na podstawie wcześniejszej regulacji osoba przekraczająca granice obrony koniecznej w wyniku strachu lub wzburzenia stawiała przed sądem, z tym że sąd zobligowany był do odstąpienia od wymierzenia kary. Kwestią sporną było, czy czyn zabroniony dokonany w ramach przekroczenia granic obrony koniecznej stanowił przestępstwo, a sąd nie mógł tylko wymierzyć za nie kary, czy też pozbawiony był cechy przestępności.

Z uzasadnienia ustawy nowelizującej kodeks karny wynika, że główną ideą zmiany regulacji jest konieczność zaoszczędzenia ekscedentowi udziału w postępowaniu karnym i stawiania przed sądem, które niejednokrotnie może być równie traumatyczne jak sam zamach i konieczność jego odparcia. Nowe brzmienie art. 25 § 3 umożliwi umorzenie postępowania karnego już na etapie postępowania przygotowawczego. Skutkiem tego będzie obciążenie budżetu państwa w zakresie wydatków na zbędne procesy sądowe.⁴²

3. Obrona konieczna w NRD

Wraz z powstaniem Niemieckiej Republiki Demokratycznej w 1949 r. niezbędne okazało się uchwalenie kodeksu karnego odpowiadającego komunistycznej ideologii nowego państwa. Kodeks karny NRD został jednak uchwalony dopiero po 19 latach, w 1968 r., w związku z czym przestał obowiązywać kodeks karny niemiecki z 1871 r. i ustawa uzupełniająca prawo karne (*Strafrechtsergänzungsgesetz*) z 1958 r.

³⁹ M. Filar, *Komentarz...*, pkt 22.

⁴⁰ A. Marek, op. cit., s. 10; M. Szafraniec, op. cit., s. 150; A. Wąsek, *Opinia na temat rządowego i poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy Kodeks karny*, „Prokuratura i Prawo”, z. 2/2001 s. 82.

⁴¹ Ustawa z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy kodeks karny, ustawy kodeks postępowania karnego, ustawy kodeks karny wykonawczy, ustawy kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589.

⁴² Druk sejmowy nr 1394, *Uzasadnienie do projektu o zmianie ustawy kodeks karny*, s. 3.

Obronę konieczną w kodeksie karnym NRD uregulowano w następujący sposób: „Kto odpiera bezpośredni i bezprawny zamach na siebie lub na porządek państwa socjalistycznego, lub porządek społeczny, w sposób odpowiadający niebezpieczeństwu zamachu, działa w interesie społeczeństwa socjalistycznego i porządku prawnego, i nie popełnia przestępstwa”. Kwestię przekroczenia granic obrony koniecznej regulował § 17 ustęp 2 kodeksu, zgodnie z którym w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej należy zrezygnować z pociągnięcia do odpowiedzialności karnoprawnej, jeżeli u ekscedenta zostało wywołane uzasadnione znaczne zdenerwowanie, wskutek którego wyszedł on poza granice obrony koniecznej.

W przedstawionej regulacji już na pierwszy rzut oka widać wpływy typowego ustawodawstwa socjalistycznego na kształt instytucji obrony koniecznej. Przede wszystkim, podobnie jak w polskim kodeksie karnym z 1969 r., rozróżniono przedmiot ochrony – dobra broniącego się lub innej osoby (np. życie, zdrowie) oraz porządek państwa socjalistycznego lub porządek społeczny. Obrona konieczna przysługiwała od zamachów w postaci występków chuligańskich, gróźb, poważnych zaczepek, niszczenia rzeczy. Ponadto można było stosować omawianą instytucję w przypadku publicznego obrażania lub wszelkiego rodzaju nagonek dotyczących socjalistycznego porządku państwowego lub społecznego.

Zamach uprawniający do podjęcia obrony, podobnie jak w regulacji polskiej, musiał być bezpośredni, czyli musiał już mieć miejsce lub z okoliczności musiało wynikać, że za chwilę nastąpi. Obrona konieczna nie przysługiwała jednak w przypadku zakończenia zamachu. Takie zachowanie uważane było za odwet i nie miało nic wspólnego, zdaniem doktryny, z prawem do obrony. Działanie napastnika stanowiło zamach wtedy, gdy nie był on uprawniony do podjęcia takiego działania, a na zaatakowanym nie ciążył obowiązek jego znoszenia. Napastnik nie musiał ponosić winy, tak więc obrona konieczna przysługiwała także przed zamachami ze strony osób, którym nie można jej było przypisać. Po stronie broniącego się musiała natomiast istnieć świadomość bezprawności zamachu.

Dla uznania danego działania za obronę konieczną zaatakowany musiał odpierać zamach w sposób współmierny do niebezpieczeństwa zamachu. Na stopień niebezpieczeństwa wpływ miały takie czynniki jak liczba napastników, ich postura, motywacja, a także środki, jakimi się posługiwali. Obrona konieczna była wówczas współmierna do niebezpieczeństwa zamachu, gdy środki lub metody obrony w obliczu danego niebezpieczeństwa były konieczne dla odparcia zamachu.

Na gruncie kodeksu z 1968 r. uważano, że można użyć wszelkich dostępnych środków, o ile szkoda grożąca zaatakowanemu nie jest znacznie mniejsza niż ta grożąca napastnikowi. I tak, na przykład, przy zamachach polegających na użyciu siły fizycznej takich jak kopnięcie, uderzenie pięścią itp. za obronę konieczną mogło uchodzić tylko takie odparcie zamachu, w którym wykorzystano podobne środki do tych użytych przez napastnika. Niemniej jednak ustalenie, czy doszło do naruszenia dóbr napastnika w ramach kon-

tratypu obrony koniecznej, zależało zawsze od odbioru danej sytuacji przez broniącego się.

Oceny, czy obrona konieczna była współmierna, nie można było dokonywać tylko ze względu na możliwe szkody wywołane wskutek zastosowania danego środka obrony (np. noża), jak i ze względu na szkody, których doznał napastnik. Na uznanie działania broniącego się za obronę konieczną żadnego wpływu nie miał również fakt, że broniący się nie odniósł żadnej szkody, natomiast napastnik doznał ciężkich urazów. Nie mogła jednak istnieć skrajna niewspółmierność pomiędzy niebezpieczeństwem zamachu a sposobem i intensywnością obrony.⁴³ Za współmierne środki lub metody obrony przy zamachach na życie były uważane takie, które były skuteczne, nawet gdy zagrażały one życiu napastnika.

Co istotne, kształt instytucji obrony koniecznej w NRD nie przewidywał jej subsydiarności. Wynika stąd, że broniący się nie miał obowiązku korzystać z ucieczki, aby uchronić dobra zagrożone zamachem. Podkreślano, że obywatel musiał mieć możliwość czynnej obrony zarówno swoich interesów, jak i interesów socjalistycznego porządku państwowego oraz społecznego. W pewnych jednak wypadkach nakazany był unik przed zamachem, co związane było z rezygnacją z obrony koniecznej. Uzasadnieniem dla takiego rozwiązania były względy moralne. Należało więc uniknąć konfrontacji przy zamachach ze strony nieletniego lub niepoczytalnego.

Obrona konieczna w NRD musiała być skierowana na odparcie bezprawnego zamachu, broniącemu się musiała towarzyszyć wola obrony dobra chronionego prawem. Zaatakowanemu nie przysługiwała obrona, jeżeli spowodował bezprawny zamach ze strony napastnika.

Kodeks z 1968 r. za przekroczenie granic obrony koniecznej uznawał niedotrzymanie jej warunków wymienionych w § 17 ust. 1. W takiej sytuacji ekscedent ponosił pełną odpowiedzialność karną za czyn popełniony w „obronie”. Jeżeli jednak do ekscesu doszło w wyniku znacznego uzasadnionego zdenerwowania, ekscedent zwolniony był z odpowiedzialności karnej. Za znaczne zdenerwowanie uważany był taki stan psychiczny broniącego się, w którym jego zdolność do podjęcia decyzji została w znaczny sposób ograniczona. W przypadku mniejszego przekroczenia granic obrony koniecznej w wyniku „mniejszego zdenerwowania” ekscedent ponosił pełną odpowiedzialność karną z uwagi na zdolność do podjęcia decyzji i możliwość kontrolowania swojego zachowania.

Znaczne zdenerwowanie było wtedy uzasadnione, gdy było stosowne do okoliczności towarzyszących zamachowi i działający w obronie koniecznej nie przyczynił się w sposób zawiniony do jego powstania. Zdenerwowanie było natomiast nieuzasadnione wtedy, gdy jego przyczyna tkwiła tylko i wyłącznie w naturze ekscedenta, np. był on porywczy, drażliwy lub bojaźliwy. W przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej wskutek zdenerwowa-

⁴³ M. Ambos, *Strafrecht der DDR. Kommentar zum StGB*. Staatsverlag der DDR, Berlin 1981, s. 90.

nia nieusprawiedliwionego okolicznościami zamachu, sąd wymierzając karę mógł uwzględnić okoliczności dotyczące osobowości sprawcy.⁴⁴

Kodeks karny NRD z 1968 r. przestał obowiązywać w 1990 r. wraz z przyłączeniem się NRD do Republiki Federalnej Niemiec. Od tego momentu dla prawie 17 milionów byłych obywateli NRD zaczął obowiązywać niemiecki kodeks karny z 1871 r. Kodeks ten do dnia dzisiejszego reguluje podstawowe zagadnienia prawa karnego materialnego w Niemczech.

Kodeks karny z 1871 r. nie zawiera żadnych regulacji odwołujących się do ideologii państw socjalistycznych. W związku z tym także instytucja obrony koniecznej wygląda trochę inaczej niż na gruncie prawa karnego obowiązującego w NRD. Zgodnie z § 32 niemieckiego kodeksu karnego nie popełnia przestępstwa ten, kto popełnia czyn zabroniony nakazany przez obronę konieczną. Obroną konieczną jest natomiast taka obrona, która jest niezbędna, by odwrócić od siebie lub innej osoby bezpośredni i bezprawny zamach. Przekroczenie granic obrony koniecznej jest obecnie uregulowane w § 33 kodeksu. Zgodnie z tym przepisem nie podlega karze sprawca, który przekroczył granice obrony koniecznej w wyniku zamieszania, obawy lub strachu.⁴⁵

Obrona konieczna w obecnym kształcie zakłada odparcie zamachu na dobro broniącego się lub innej osoby. Za zamach uznaje się zagrożenie naruszenia dobra prawnego.⁴⁶ Kodeks nie wymienia dóbr państwowych jako przedmiotu ochrony – obrona konieczna przysługuje w przypadku zamachu na jakiegokolwiek dobro chronione prawem i to nie tylko karnym. Bronić się można w razie zamachu na życie, zdrowie, wolność, posiadanie, zaręczyny, istnienie państwa, a nawet wymiar sprawiedliwości. Nie jest istotne, komu dane dobro przysługuje.⁴⁷ W komentarzach do kodeksu podkreśla się, iż instytucja obrony koniecznej służy nie tylko ochronie poszczególnych dóbr prawnych obywateli, lecz ma również na celu ogólną ochronę porządku prawnego w państwie.⁴⁸

Obrona konieczna służy przed bezprawnym zamachem na dobro prawne, niezależnie od tego, czy napastnikowi można przypisać winę. Na gruncie obecnie obowiązującego niemieckiego kodeksu karnego zdarzają się jednak opinie, że obrony koniecznej nie można zastosować wobec nieletniego lub niepełnoletniego, a także wobec osoby, która nieumyślnie narusza cudze dobro. Takie stanowisko należy jednak do rzadkości. Bezprawność zamachu ma miejsce natomiast wówczas, gdy na zaatakowanym nie ciąży obowiązek znoszenia naruszenia jego dóbr.⁴⁹

Przesłanką posłużenia się obroną konieczną, na podstawie kodeksu z 1871 r., jest bezpośredniość zamachu, czyli musi on być nieunikniony albo

⁴⁴ Ibidem, s. 91.

⁴⁵ <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb>.

⁴⁶ H. Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin 1976, s. 120.

⁴⁷ B. Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1975, s. 345.

⁴⁸ Ibidem, s. 339.

⁴⁹ H. Otto, op.cit., s. 120.

w toku.⁵⁰ Obrona musi być konieczna. Z tego warunku wynika, że zaatakowany może użyć środka obrony najmniej szkodliwego i niebezpiecznego dla napastnika, ale który jest zarazem skuteczny. Ponadto obrony koniecznej nie można uzależniać od możliwości ucieczki.⁵¹ Broniący się musi działać w celu odparcia bezprawnego zamachu. Odwołanie się do omawianego kontratypu jest niedopuszczalne, jeżeli zaatakowanemu przyświecają takie motywy, jak np. zemsta.⁵²

Niemiecki kodeks karny rozróżnia dwa typy przekroczenia granic obrony koniecznej – eksces intensywny, polegający na zastosowaniu środków niewspółmiernych do niebezpieczeństwa zamachu oraz eksces ekstensywny, polegający na obronie przedwczesnej lub opóźnionej. W przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej ze względu na to, że zaatakowany działał pod wpływem strachu lub zmieszania, mimo popełnienia czynu zabronionego, sprawca nie podlega karze.⁵³

Porównując regulacje zawarte w kodeksie karnym NRD z 1968 r. i niemieckim kodeksie karnym z 1871 r., łatwo można zauważyć, że ten pierwszy nawiązuje do ideologii socjalistycznej. Podobnie jak w polskim kodeksie karnym z 1969 r., w kodeksie NRD rozróżniono jako przedmiot ochrony dobra i dobra społeczne. Po przyłączeniu się NRD do RFN niemożliwe było pozostawienie w mocy regulacji zawartych w kodeksie karnym z 1968 r., w wielu miejscach sprzecznych z zasadą państwa prawnego. Jedynym oczywistym rozwiązaniem było uchylenie kodeksu NRD i rozciągnięcia obowiązywania kodeksu z 1871 r. na obywateli przyłączającego się państwa.

4. Obrona konieczna a Europejska Konwencja Praw Człowieka

W związku ze zmianami ustrojowymi w Polsce, związanymi z upadkiem komunizmu, konieczne było dostosowanie polskiego ustawodawstwa do standardów europejskich. Jednym z wyznaczników tychże była i nadal jest Europejska Konwencja Praw Człowieka.

Polska podpisała konwencję dnia 26 listopada 1991 r., która weszła w życie w stosunku do Polski dnia 19 stycznia 1993 r. Warto w tym miejscu wspomnieć o tej konwencji, gdyż wywiera ona znaczny wpływ na kształt instytucji obrony koniecznej.

Zgodnie z art. 2 konwencji, nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, z wyjątkiem sytuacji wykonania wyroku sądowego skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę. Pozbawienie życia nie jest sprzeczne z art. 2 Konwencji jedynie wtedy, gdy nastąpiło w wyniku

⁵⁰ Ibidem, s. 121.

⁵¹ Ibidem, s. 122.

⁵² Ibidem, s. 123.

⁵³ B. Schmidhäuser, op. cit., s. 362.

koniecznego użycia siły a) w obronie jakiejkolwiek osoby przed bezprawną przemocą, b) w celu wykonania zgodnie z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem, c) w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania.⁵⁴

Pierwsza z tych sytuacji, a więc pozbawienie życia w obronie jakiejkolwiek osoby przed przemocą, już na pierwszy rzut oka przypomina instytucję obrony koniecznej.⁵⁵ Przedstawiona regulacja ma zastosowanie zarówno do obrony własnej, jak i obrony innej osoby. Zabicie człowieka, o ile nastąpiło w okolicznościach określonych w art. 2 ust. 2 pkt a) konwencji, nie spowoduje negatywnych konsekwencji, pod warunkiem, że nastąpiło jako rezultat bezwzględnie koniecznego użycia siły.⁵⁶

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dla oceny, czy zastosowano „siłę absolutnie konieczną”, należy uwzględnić nie tylko użycie broni, w tym palnej, ale również wszystkie okoliczności towarzyszące tej sile, w tym planowanie, przygotowanie oraz kontrolę bezpośredniej akcji funkcjonariuszy.⁵⁷ Z warunku absolutnej konieczności wynika również wymóg zachowania ścisłej proporcji pomiędzy użytymi środkami a realizowanym celem. Na ustawodawcy krajowym spoczywa obowiązek regulacji dopuszczalnych środków i okoliczności ich zastosowania.

W sytuacji obrony przed przemocą w pierwszej kolejności powinny zostać użyte środki, które w jak najmniejszym stopniu zagrażają życiu. Dopiero gdy te nie spełnią swojego zadania, można się odwołać do tzw. siły śmiertelnej. Podkreśla się jednak, iż niekiedy zastosowanie łagodnego środka może doprowadzić do pozbawienia człowieka życia. Zastosowanie siły powinno być ponadto zaplanowane, zorganizowane i poddane skutecznemu dowództwu.⁵⁸

Art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka zobowiązuje państwa do stworzenia takich regulacji prawnych, które uczyniłyby niemożliwą ingerencję w prawo każdego człowieka do życia.⁵⁹ Konwencja stanowi ratyfikowaną umowę międzynarodową, na którą parlament wyraził zgodę w ustawie. Zgodnie z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP⁶⁰ każda ustawa obowiązująca na terytorium RP musi być zgodna z taką umową międzynarodową. Powstaje więc pytanie, czy polska regulacja instytucji obrony koniecznej współgra z art. 2 ust. 2 pkt a) konwencji.

⁵⁴ Art. 2 ust. 2 pkt a) Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wartości z 1950 r.

⁵⁵ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, TNOiK, Toruń 2010, s. 275.

⁵⁶ L. Leszczyński, B. Liżewski, *Ochrona praw człowieka w Europie. Szkic zagadnień podstawowych*, Verba, Lublin 2008, s. 45.

⁵⁷ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, op. cit., s. 275.

⁵⁸ Ibidem, s. 276.

⁵⁹ G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 k.k. Komentarz*, C.H. Beck, 2009, Legalis, s. 25.

Zgodnie z normą konwencyjną, ustawa karna może dopuszczać umyślne zabicie napastnika, o ile służy to obronie przed przemocą i jest bezwzględnie konieczne. Art. 25 k.k. należy więc tak interpretować, że umyślne ugodzenie w życie napastnika może nastąpić jedynie wtedy, gdy nie istnieje żadna inna racjonalna możliwość odparcia zamachu.⁶¹

Dla ustalenia, kiedy można uciec się do ostateczności działając w obronie koniecznej, kluczowe jest, czy pojęcie „przemoc” odnosi się jedynie do przemocy bezpośredniej, np. zgwałcenia, czy też obejmuje swoim zakresem przemoc pośrednią. Nie ulega wątpliwości, że niezgodna z konwencją byłaby możliwość zabicia napastnika dokonującego zamachu bez użycia przemocy. G. Rejman wskazuje, że nie można wykluczyć obrony przed przemocą pośrednią, w tym przemocą w stosunku do rzeczy. Autorka zwraca jednak uwagę, że rozstrzygnięcie o tym powinno nastąpić na tle konkretnych okoliczności.⁶² W sytuacji zamachu dokonanego na dobro prawne bez zastosowania przemocy, zaatakowanemu nadal przysługuje obrona konieczna, jednak bez możliwości bezkarnego zabicia napastnika.

W tym miejscu pragnę przytoczyć trzy interesujące orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, odnoszące się do instytucji obrony koniecznej. Dla omawianej instytucji, w szczególności w odniesieniu do testu „absolutnej konieczności”, kluczowe znaczenie ma orzeczenie Trybunału w sprawie McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.⁶³ Dotyczyła ona zabójstwa trzech terrorystów przez jednostki SAS, które zostały poinstruowane, by w razie konieczności strzelać tak, by zabić.

Władze brytyjskie, hiszpańskie oraz gibraltarskie od początku 1988 r. posiadały informację, że Irlandzka Armia Republikańska (IRA) planuje dokonanie zamachów terrorystycznych na Gibraltarze. Z informacji uzyskanych przez jednostki wywiadu wynikało, iż celem zamachów miał być teren, na którym zazwyczaj dokonywano zmiany warty żołnierzy.⁶⁴ Z tego też względu rząd brytyjski wysłał na Gibraltar żołnierzy, ażeby w razie potrzeby wspomogli gibraltarską policję podczas aresztowania terrorystów. Służby wywiadowcze od początku znały tożsamość terrorystów, byli nimi Daniel McCann, Sean Savage i Mairead Farrell, uprzednio karani za przestępstwa związane z detonacją ładunków wybuchowych. Podejrzani od momentu wjazdu na terytorium Gibraltaru znajdowali się pod obserwacją odpowiednich służb. Dnia 6 marca 1988 r. Savage zaparkował samochód w miejscu, w którym zgodnie z informacjami policji miał się odbyć zamach. Podejrzany po kilku minutach od zaparkowania i zostawieniu czegoś pomiędzy siedzeniami wysiadł z samochodu.⁶⁵

⁶⁰ B. Gronowska, T. Jasudowicz, op. cit., s. 276.

⁶¹ K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, Zakamycze, Kraków 2001, s. 225.

⁶² G. Rejman, op. cit., s. 25.

⁶³ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 25 września 1995r. McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, numer skargi 18984/91, A324, dalej: wyrok McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.

⁶⁴ Punkt 13 wyroku McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.

⁶⁵ Ibidem, pkt 38.

Kilka godzin później w okolicach zaparkowanego pojazdu pojawili się również McCann oraz Farrell i wraz z Savage przyglądali się bacznie samochodowi.⁶⁶ Po tym jak podejrzani oddalili się od samochodu, a następnie rozdzielili, jeden z żołnierzy zbliżył się do pojazdu celem dokonania oględzin. Zauważył, iż na nowym samochodzie umieszczona została zardzewiała antena, co – jego zdaniem – mogło świadczyć o tym, że w pojeździe umieszczone zostały ładunki wybuchowe, których detonacja miałaby nastąpić przez fale radiowe.⁶⁷ Otrzymawszy taką informację, komisarz policji przekazał sprawę wojsku celem aresztowania podejrzanych.⁶⁸ Dwóch żołnierzy podążyło za McCannem i Farrell. W pewnym momencie McCann odwrócił się, zauważył żołnierza trzymającego broń, a następnie wykonał gwałtowny ruch ręką. Żołnierz obawiając się detonacji ładunków umieszczonych w samochodzie, a tym samym śmierci niewinnych ludzi, oddał serię strzałów do podejrzanego. Kątem oka zauważył, że w danym momencie Farrell chwyciła za torebkę i z tych samych obaw zabił kobietę. Strzały zostały również oddane przez drugiego żołnierza.⁶⁹ Dwóch innych żołnierzy udało się natomiast za trzecim podejrzanym. W momencie gdy Savage usłyszał komendę „stój”, wykonał gwałtowny ruch dłonią w kierunku biodra, sugerujący zamiar detonacji bomby. Żołnierze nie mieli innego wyjścia jak tylko zabić podejrzanego.⁷⁰ Po dokładnym przebadaniu samochodu okazało się jednak, iż był on „czysty”, a żadna z osób zabitych nie posiadała przy sobie detonatora. Co interesujące, przeprowadzone śledztwo wykazało, że Mairead Farrell wynajęła pod fałszywym nazwiskiem w Marbelli w Hiszpanii samochód, który następnie wypełniony został ładunkami wybuchowymi.⁷¹ Tak więc detonacja ładunków wybuchowych w samochodzie została objęta zamiarem sprawców, natomiast miała nastąpić w innym miejscu i momencie niż przewidywano.

Trybunał już na samym początku wskazał, że art. 2 konwencji jest przepisem o charakterze podstawowym. Przypadki wymienione w ust. 2 przepisu nie odnoszą się natomiast jedynie do umyślnego pozbawienia życia.

Trybunał uznał, iż władze Zjednoczonego Królestwa miały w danej sytuacji twardy orzech do zgryzienia. Wobec informacji o planowanych zamachach, nie mogły one narażać życia mieszkańców Gibraltaru. Jednocześnie musiały ograniczyć użycie siły w stosunku do osób podejrzanych o planowane zamachy terrorystyczne.⁷² W przedmiotowej sprawie Trybunał orzekł, że działania żołnierzy przeświadczonych o konieczności unieszkodliwienia terrorystów dla dobra ogółu nie stanowiły naruszenia art. 2 ust. 2 konwencji.⁷³ Jednocześnie Trybunał uznał, iż takie okoliczności, jak umożliwienie podej-

⁶⁶ Ibidem, pkt 45.

⁶⁷ Ibidem, pkt 48.

⁶⁸ Ibidem, pkt 54.

⁶⁹ Ibidem, pkt 61.

⁷⁰ Ibidem, pkt 78.

⁷¹ Ibidem, pkt 96–98.

⁷² Ibidem, pkt 192.

⁷³ Ibidem, pkt 200.

rzanym wjazdu na terytorium Gibraltaru, brak uwzględnienia, że ocena sytuacji dokonana przez władze mogła być błędna, podanie żołnierzom informacji stanowiących jedynie ocenę jako fakt, a także automatyczne odwołanie się do siły śmiercionośnej przez żołnierzy sprawiły, że Trybunał nie został przekonany, że pozbawienie życia trzech terrorystów stanowiło użycie siły, która była nie więcej niż absolutnie konieczna dla obrony ludzi przed bezprawną przemocą. Stąd też Trybunał orzekł, że Zjednoczone Królestwo dopuściło się naruszenia art. 2 konwencji.⁷⁴ Co ciekawe, wyrok ten zapadł stosunkiem głosów 10:9.

Interesującą z punktu widzenia instytucji obrony koniecznej była także sprawa Bubbins przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.⁷⁵ Jej przedmiotem było pozbawienie życia Michaela Fitzgeralda w jego mieszkaniu przez funkcjonariuszy policji.

Dnia 26 lutego 1999 r. narzeczona pokrzywdzonego podjechała samochodem pod jego dom i zauważyła jakąś postać wchodzącą do środka przez okno kuchenne. Kobieta nie rozpoznała danej osoby. Obawiając się o bezpieczeństwo narzeczonego krzyknęła jego imię, jednak nie uzyskała żadnej odpowiedzi. Będąc przekonana, że jest świadkiem włamania, poinformowała o tym fakcie odnośne władze.⁷⁶ Niebawem pod domem pojawili się pierwsi funkcjonariusze policji. Jeden z nich zbliżył się do okna, krzyknął, że jest policjantem i zauważył mężczyznę celującego doń z broni, po czym funkcjonariusze wycofali się na bezpieczną odległość.⁷⁷ Z uwagi na powagę sytuacji na miejscu zdarzenia zostały wezwane posiłki, a ulica zamknięta dla wszelkiego ruchu.⁷⁸ Podczas oblężenia domu mężczyzna wielokrotnie pokazywał się funkcjonariuszom i nie reagował na polecenie odłożenia broni oraz opuszczenia budynku.⁷⁹

W międzyczasie dwóch policjantów próbowało ustalić, gdzie przebywa Michael Fitzgerald, odwiedzając lokalne puby. Podczas dochodzenia uzyskano informację, że mężczyzna jest niższy niż był w rzeczywistości.⁸⁰ Pojawiły się także podejrzenia, że mężczyzną w domu może być Michael Fitzgerald, a jego broń atrapą.⁸¹ Dla oceny sytuacji przez policję nie bez znaczenia okazała się rozmowa telefoniczna z mężczyzną, podczas której ten przedstawił się jako „Mick”. Nie ulegało wątpliwości, że był on wówczas pod wpływem alkoholu.⁸² Policja uzyskała również informację, że w chwili, kiedy narzeczona Michaela

⁷⁴ Ibidem, pkt 213–214.

⁷⁵ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 17 czerwca 2005 r. Bubbins przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, numer skargi 50196/99, Reports of Judgements and Decisions 2005-II (extracts), dalej: Wyrok Bubbins przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.

⁷⁶ Ibidem, pkt 11–13.

⁷⁷ Ibidem, pkt 15.

⁷⁸ Ibidem, pkt 24.

⁷⁹ Ibidem, pkt 35.

⁸⁰ Ibidem, pkt 36–38.

⁸¹ Ibidem, pkt 45.

⁸² Ibidem, pkt 49.

Fitzgeralda zgłosiła wtargnięcie intruza do jego domu, Fitzgerald przebywał w jednym z miejscowych pubów. Wobec tego upadło podejrzenie, że uzbrojonym mężczyzną jest właściciel domu.⁸³

W pewnym momencie w oknie pojawił się półnagi mężczyzna, który przybrał pozycję wskazującą na zamiar oddania strzału do jednego z funkcjonariuszy. Obawiając się utraty życia i uprzednio wzywając mężczyznę do rzucenia broni, funkcjonariusz oddał jeden strzał w klatkę piersiową mężczyzny. Okazał się on śmiertelny. Dopiero później ustalono, że broń, która znajdowała się w posiadaniu mężczyzny w rzeczywistości była repliką. Stwierdzić to można było jedynie z bliska.⁸⁴

Zarzuty naruszenia art. 2 Konwencji w przedmiotowej sprawie koncentrowały się na twierdzeniu, że siła użyta przez policję nie była absolutnie konieczna, a Fitzgerald stracił życie jedynie w wyniku niekompetencji władz, której przejawem był m.in. brak negocjatora na miejscu zdarzenia. Co więcej, przeprowadzone śledztwo nie odpowiadało wynikającej z orzecznictwa Trybunału zasadzie „najbardziej dokładnej analizy”. Chodziło tu i.a. o niezasadne, zdaniem wnioskodawczyni, pozostawienie w tajemnicy danych personalnych funkcjonariuszy.⁸⁵

W przedmiotowej sprawie Trybunał uznał za niewątpliwie, iż funkcjonariusz, który oddał strzał szczerze wierzył, że jego życie znajduje się w niebezpieczeństwie, a użycie broni było konieczne dla obrony własnej oraz innych osób. Co istotne, przed oddaniem strzału policjant, podał swoją tożsamość oraz nakazał mężczyźnie rzucić broń. Z tych też względów w ocenie Trybunału siła użyta przez funkcjonariusza nie wykraczała poza granice absolutnej konieczności.⁸⁶

Zdaniem Trybunału akcja policji, wbrew twierdzeniom wnioskodawczyni, nie prowadziła do nieuchronnej śmierci Michaela Fitzgeralda. Przede wszystkim przedsięwzięto środki mające na celu zapobieżenie pochopnym działaniom policji. Dowództwo wyraźnie mówiło, że chce uniknąć „rozlewu krwi”. W związku z powyższym Trybunał stanął na stanowisku, że operacja policji została zorganizowana i przeprowadzona w taki sposób, że możliwość pozbawienia życia Michaela Fitzgeralda została zminimalizowana.⁸⁷ W konsekwencji Trybunał uznał, że w omawianej sprawie nie doszło do naruszenia art. 2 Konwencji w jego substancjalnej części.⁸⁸

W odniesieniu do zarzutu naruszenia wynikającego z przepisów Konwencji proceduralnego obowiązku przeprowadzenia efektywnego śledztwa, Trybunał stanął na stanowisku, iż nie znajduje on podstaw w okolicznościach danej sprawy. Podkreślono, że decyzja o zachowaniu danych funkcjonariuszy w tajemnicy była prawidłowa, a to ze względu na obawy rodzin policjantów

⁸³ Ibidem, pkt 54.

⁸⁴ Ibidem, pkt 68.

⁸⁵ Ibidem, pkt 119–120.

⁸⁶ Ibidem, pkt 138–140.

⁸⁷ Ibidem, pkt 144–151.

⁸⁸ Ibidem, pkt 152.

przed odwetem.⁸⁹ W żadnym wypadku nie wpłynęła ona na efektywność śledztwa.⁹⁰ Trybunał uznał także, że rodzina zastrzelonego, wbrew jej twierdzeniom, miała dostęp do wystarczającej ilości dokumentów dla realizacji swoich praw na etapie postępowania przygotowawczego.⁹¹ W konsekwencji orzeczono, iż w przedmiotowej sprawie nie doszło także do naruszenia art. 2 Konwencji w części proceduralnej.⁹²

W sprawie Giuliani i Gaggio przeciwko Włochom⁹³, podobnie jak w sprawie McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, chodziło o pozbawienie życia człowieka przez żołnierza działającego w obronie koniecznej. Do zdarzenia doszło w Genui w związku z odbywającym się tam w lipcu 2001 r. szczytem G8. Organizacje antyglobalistyczne oraz komunistyczne zaplanowały z tej okazji demonstracje (marsz Tute Bianche), które to ostatecznie przerodziły się w wyjątkowo niebezpieczne starcia demonstrantów z funkcjonariuszami policji.⁹⁴

Demonstranci od samego początku dnia wykazywali agresję w stosunku do władz, czego przejawem było między innymi podpalenie pojazdu karabinierów. Z tego też względu wydano polecenie przeprowadzenia przez karabinierów wspomaganych przez dwa jeepy ataku na agresorów. Demonstranci stosunkowo szybko poradzili sobie z karabinierami, którzy musieli się wycofać. Jeepy zostały natomiast uwięzione w miejscu zdarzenia przez to, że się wzajemnie blokowały uniemożliwiając kierowcom jakikolwiek manewr. Jednemu z pojazdów udało się opuścić plac, drugi natomiast z winy kierowcy został zablokowany przez przewrócony kontener na śmieci.⁹⁵ Do uwięzionego jeepa zbliżyła się grupa demonstrantów uzbrojonych w żelazne drążki, kamienie i kije, wykrzykujących obelgi i groźby w stosunku do jego pasażerów. Przerażeni żołnierze znajdujący się w pojeździe obawiali się o własne życie, zwłaszcza że tylne szyby jeepa były wybite. Jeden z uwięzionych karabinierów, broniąc się tarczą przed atakiem demonstrantów, krzyknął w ich kierunku, ażeby odeszli albo zostaną zabici. Carlo Giuliani, jeden z agresorów, nie zważając na ostrzeżenia żołnierza, podniósł gaśnicę i chciał nią rzucić w pojazd. Widząc to, karabinier wyciągnął pistolet, skierował go w stronę okna i oddał dwa strzały, śmiertelnie raniąc Carlo Giulianiego. Chwilę później kierowcy udało się uruchomić jeepa, który opuszczając plac przejechał po ciele postrzelonego mężczyzny.⁹⁶

W opisywanej sprawie Trybunał orzekł, iż nie doszło do naruszenia art. 2 Konwencji w jego substancjalnej części z uwagi na fakt, że użyta siła nie

⁸⁹ Ibidem, pkt 155.

⁹⁰ Ibidem, pkt 158.

⁹¹ Ibidem, pkt 161.

⁹² Ibidem, pkt 165.

⁹³ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 18 czerwca 2009 r. Giuliani i Gaggio przeciwko Włochom, numer skargi: 23458/02, Reports of Judgments and Decisions 2005-II (extracts), dalej: wyrok Giuliani i Gaggio przeciwko Włochom.

⁹⁴ Ibidem, pkt 14.

⁹⁵ Ibidem, pkt 16–19.

⁹⁶ Ibidem, pkt 20–29.

była nieproporcjonalna. Uzasadniając taką decyzję, Trybunał podkreślił, że okoliczności ataków demonstrantów w pełni uzasadniały obawy karabiniera o życie własne i jego kolegów. Co istotne, mężczyzna przed oddaniem dwóch strzałów ostrzegł przed tym agresorów, a także trzymał broń w dłoni w taki sposób, ażeby była dla nich widoczna. Kluczowy dla takiego rozstrzygnięcia był fakt, że karabinier w chwili, kiedy oddał strzał śmiertelnie raniący Carlo Giulianiego nie był już na służbie i podjął działania defensywne z własnej inicjatywy. W związku z powyższym, użycie siły śmiertelnej nie przekroczyło granic absolutnej konieczności w celu odwrócenia niebezpieczeństwa grożącego karabinierowi i jego kolegom. Trybunał uznał, że w przedmiotowej sprawie nie miałoby sensu abstrakcyjne rozstrzyganie o zgodności krajowych przepisów, odnoszących się do użycia broni przez funkcjonariuszy podczas operacji publicznych, z konwencją. Trybunał podkreślił przy tym, że działania funkcjonariusza wypełniają znamiona odpowiednich przepisów włoskiego kodeksu karnego.⁹⁷

Odnosząc się natomiast do zarzutów wnioskodawców, dotyczących wadliwego systemu komunikacji pomiędzy funkcjonariuszami i braku koordynacji ich działań, Trybunał stwierdził, że w oparciu o zebrany materiał dowodowy nie można stwierdzić, iż włoskie władze naruszyły wynikający z konwencji pozytywny obowiązek ochrony życia Carlo Giulianiego.⁹⁸

Trybunał uznał natomiast, że Włochy naruszyły art. 2 Konwencji w części proceduralnej. Taka ocena wynikała z niedociągnięć podczas postępowania przygotowawczego. Chodziło między innymi o przeprowadzoną autopsję, podczas której w czaszce zmarłego wykryto fragment metalu, który nie został wyciągnięty przez ekspertów ani opisany w raporcie. Ponadto nie próbowano znaleźć pocisków, które zostały wystrzelone przez karabiniera. Znaczące jest również, że wnioskodawcy zostali poinformowani o terminie autopsji na trzy godziny przed jej rozpoczęciem, co uniemożliwiło ich uczestnictwo w przeprowadzanych czynnościach. Trybunał podkreślił ponadto takie błędy w procedurze, jak zbyt wczesne wydanie zwłok wnioskodawcom i upoważnienie ich do dokonania kremacji, co wykluczyło przeprowadzenie późniejszej analizy. Skutkiem tych niedociągnięć władz w przeprowadzeniu postępowania było wydanie postanowienia o jego umorzeniu.

Trybunał zważył, że ograniczenie postępowania karnego do kwestii odpowiedzialności strzelającego oraz kierowcy jeepa nie odpowiadało wymogom przewidzianym w art. 2 Konwencji. W żadnej bowiem części postępowania nie rozważono zagadnienia właściwego przygotowania i przeprowadzenia operacji przez władze. Nie ustalono, kto tak naprawdę odpowiada za śmierć Carlo Giulianiego.⁹⁹

⁹⁷ Ibidem, pkt 221–227.

⁹⁸ Ibidem, pkt 243.

⁹⁹ Ibidem, pkt 245–255.

5. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że ideologia państw socjalistycznych przeniknęła do regulacji karnych Polski, Niemieckiej Republiki Demokratycznej oraz innych państw bloku wschodniego. Kodeks karny Rosyjskiej Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Radzieckiej z 1960 r. zawierał następującą regulację obrony koniecznej: „nie stanowi przestępstwa działanie, które wprowadzie zawiera znamiona czynu określonego w części szczegółowej niniejszego kodeksu, lecz zostało popełnione w obronie koniecznej, tj. w interesie Państwa Radzieckiego, interesu społecznego, jednostki lub praw osoby broniącej się albo innej osoby przed społecznie niebezpiecznym zamachem, przez wyrządzenie szkody osobie dokonywającej zamachu, jeżeli nie nastąpiło przy tym przekroczenie granic obrony koniecznej”. Za przekroczenie granic obrony koniecznej uważana była oczywista niewspółmierność obrony w stosunku do charakteru i stopnia niebezpieczeństwa zamachu.¹⁰⁰

PRL i NRD, będące „przyjaciółmi” Związku Radzieckiego, z czasem wprowadziły kodeksy karne zawierające unormowania podobne do tych zawartych w kodeksie RSFRR. Wpływy ideologii komunistycznej na instytucję obrony koniecznej widać zwłaszcza w wyraźnym rozróżnieniu w polskim kodeksie karnym z 1969 r. dóbr jednostki i dóbr społecznych jako przedmiotu zamachu. Na podstawie kodeksu karnego NRD z 1968 r. obrona konieczna służyła natomiast każdemu w celu odparcia zamachu na dobro jednostki, porządek państwa socjalistycznego lub porządek społeczny. W powyższych sformułowaniach widać już na pierwszy rzut oka nawiązanie do regulacji karnej obowiązującej w RSFRR. Co więcej, polski kodeks karny zawierał przepis nakazujący uznawać za obronę konieczną każde działanie podjęte w celu przywrócenia spokoju lub porządku społecznego. Kodeks NRD wskazywał natomiast, że działanie podjęte zgodnie z warunkami obrony koniecznej jest działaniem w interesie społeczeństwa socjalistycznego.

Ze względu na zmiany ustrojowe powiązane z rozpadem Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich powyższe regulacje musiały zostać usunięte z polskiego i niemieckiego porządku prawnego i zastąpione regulacjami odpowiadającymi nowej rzeczywistości społeczno-politycznej. Przede wszystkim zrezygnowano z podziału dóbr naruszonych lub zagrożonych bezprawnym zamachem na dobra indywidualne lub społeczne. Zgodnie z nowymi regulacjami, obrona konieczna przysługiwała od bezprawnego zamachu na jakiegokolwiek dobro chronione prawnie. Ponadto konieczne okazało się usunięcie wyraźnego wskazania, że obrona konieczna ma służyć interesom państwa socjalistycznego.

Również kodeks karny Federacji Rosyjskiej musiał zostać przeredagowany. Zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem art. 37, nie jest przestęp-

¹⁰⁰ *Kodeks karny RSFRR*, pod red. M. Siewierskiego, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1961, s. 15.

stwem wyrządzenie atakującemu szkody w stanie obrony koniecznej, tj. w sytuacji obrony osoby i praw broniącego się lub innej osoby, chronionych prawnie interesów społecznych lub państwowych przed atakiem niebezpiecznym dla społeczeństwa, o ile taki atak zawierał w sobie przemoc zagrażającą życiu broniącego się lub innej osoby lub polegał na groźbie natychmiastowego zastosowania takiej przemocy.

Obrona przed atakiem nie zawierającym przemocy zagrażającej życiu broniącego się lub innej osoby lub nie polegającym na groźbie natychmiastowego użycia takiej przemocy jest legalna, o ile w takiej sytuacji granice obrony koniecznej nie zostały przekroczone, tj. nie zostały dokonane żadne umyślne czyny, które oczywiście nie odpowiadały charakterowi i niebezpieczeństwu ataku.

Interesującą regulację zawiera punkt 3 cytowanego artykułu. Zgodnie z jego treścią prawo do obrony koniecznej przysługuje każdej osobie bez względu na jej zawód i pozycję, a także niezależnie od tego, czy istniała możliwość uniknięcia ataku niebezpiecznego społecznie i czy można było poprosić inne osoby o pomoc.¹⁰¹

IMPACT OF THE IDEOLOGY OF THE UNION OF THE SOVIET SOCIALIST REPUBLICS ON THE INSTITUTION OF THE RIGHT OF SELF-DEFENSE IN POLAND AND GERMANY

Key words: self-defense, justification, German law, communistic ideology, absolutely necessary use of force, lethal force, right to life.

Summary

The purpose of this article is to present the regulation of the institution of self-defense in Polish and German law after the Second World War. The article regards in particular problems connected with the influence of communist ideology on the wording of the regulations regarding self-defense.

First section of the article presents history of self-defense including the history of Polish criminal codes and changes resulting from the formation of the German Democratic Republic.

The second section includes main ideas of the institution of self-defense in Polish criminal codes of 1932, 1969 and 1997. It additionally refers to influence of constitutional changes on the abovementioned institution. In the third part of the article I would like to provide the reader with main ideas of the self-defense in Criminal Code of German Democratic Republic. Moreover I present the regulation of the institution in German Criminal Code of 1871 and the differences in the institution stipulated in two codes.

The fourth part includes the regulation of self-defense in view of the European Convention on Human Rights. In this place three relevant judgments of the European Court of Human Rights relating thereto were presented.

The last section being the recapitulation of my article indicates that the ideology of the Soviet Union had huge impact on the institution of self-defense not only in Poland but also in Germany.

¹⁰¹ <http://www.russian-criminal-code.com/PartI/SectionII/Chapter8.html>.

DOKUMENTY I MATERIAŁY

Prawo do udziału w sprawach publicznych, prawa wyborcze oraz prawo równego dostępu do służby publicznej

General Comment No. 25 z 12 lipca 1996 r.

**Przyjęte na 1510. posiedzeniu (57. sesji) Komitetu Praw
Człowieka ONZ**

1.

Art. 25 Paktu uznaje i chroni prawo każdego obywatela do udziału w sprawach publicznych, prawa do głosowania i do kandydowania oraz prawo dostępu do służby publicznej. Niezależnie od obowiązującej formy konstytucji czy rządów, Pakt wymaga od Państw przyjęcia takich środków ustawodawczych i innych, jakie mogą okazać się konieczne dla zapewnienia, by obywatele dysponowali skuteczną sposobnością korzystania z praw, które on chroni. Art. 25 leży w sercu rządów demokratycznych opartych na zgodzie ludności oraz na przestrzeganiu zasad Paktu.

2.

Prawa oparte na art. 25 mają związek, ale są odmienne od prawa narodów do samostanowienia. Na mocy praw objętych art. 1(1), narody mają prawo do swobodnego określania swego statusu politycznego oraz do korzystania z prawa wyboru formy swej konstytucji lub rządów. Art. 25 zajmuje się prawem jednostek do udziału w tych procesach, które składają się na prowadzenie spraw publicznych. Prawa te – jako prawa jednostki – mogą prowadzić do roszczeń opartych na I Protokole Fakultatywnym.

3.

W przeciwieństwie do innych praw i wolności uznanych przez Pakt (które zapewniane są wszystkim jednostkom znajdującym się na terytorium i podlegającym jurysdykcji państwa), art. 25 chroni prawa „każdego obywatela”. Sprawozdania państw powinny przedstawiać przepisy prawne, które określają obywatelstwo w kontekście praw chronionych przez art. 25. Nie są dozwolone żadne rozróżnienia między obywatelami w korzystaniu z tych praw na podstawie rasy, koloru skóry, płci, religii, poglądów politycznych lub innych, pochodzenia narodowego lub społecznego, majątku, urodzenia bądź innego statusu. Rozróżnienia między osobami, które mają tytuł do obywatelstwa przez urodzenie, a osobami, które nabywają je przez naturalizację,

mogą rodzić kwestie zgodności z art. 25. Sprawozdania państw powinny wskazywać, czy jakiekolwiek grupy, takie jak stali rezydenci, korzystają z tych praw na ograniczonej podstawie, np. poprzez dysponowanie prawem do głosowania w wyborach lokalnych albo do zajmowania konkretnych stanowisk w służbie publicznej.

4.

Wszelkie warunki, które się stosują do korzystania z praw chronionych przez art. 25, powinny być oparte na obiektywnych i rozsądnych kryteriach. Tak np., może się okazać rozsądnym wymaganie wyższego wieku dla wyboru czy nominacji na konkretne urzędy niż dla korzystania z prawa do głosowania, które powinno być dostępne dla każdego dorosłego obywatela. Korzystanie z tych praw przez obywateli nie może być zawieszane ani wykluczane, chyba że na podstawach, które są prawnie ustanowione, a które są obiektywne i rozsądne. Tak np., ustalona niezdolność umysłowa może stanowić podstawę zanegowania osobie prawa do głosowania albo do zajmowania stanowiska.

5.

Prowadzenie spraw publicznych, o którym mowa w ust. „a”, jest koncepcją szeroką, która wiąże się z wykonywaniem władzy politycznej, w szczególności z wykonywaniem kompetencji ustawodawczych, wykonawczych i administracyjnych. Obejmuje ona wszelkie aspekty administracji publicznej, jak również formułowanie i urzeczywistnianie polityki na szczeblu międzynarodowym, krajowym, regionalnym i lokalnym. Rozdział kompetencji oraz środki, za pomocą których obywatele korzystają z prawa do udziału w prowadzeniu spraw publicznych chronionych przez art. 25, winny być ustanowione konstytucją oraz innymi ustawami.

6.

Obywatele uczestniczą bezpośrednio w prowadzeniu spraw publicznych, gdy realizują kompetencje w charakterze członków organów ustawodawczych bądź sprawując urzędy wykonawcze. To prawo do bezpośredniej partycypacji doznaje wsparcia ze strony ust. „b”. Obywatele uczestniczą również bezpośrednio w prowadzeniu spraw publicznych, gdy wybierają lub zmieniają swoją konstytucję albo rozstrzygają zagadnienia publiczne w drodze referendum bądź innego procesu wyborczego prowadzonego zgodnie z ust. „b”. Obywatele mogą uczestniczyć bezpośrednio poprzez udział w zgromadzeniach ludowych, które mają kompetencję podejmowania decyzji o sprawach lokalnych albo o sprawach danej wspólnoty oraz w organach ustanowionych dla potrzeb reprezentowania obywateli w konsultacjach z rządem. Tam, gdzie zostaje ustanowiony jakiś sposób bezpośredniego uczestnictwa obywateli, nie powinno się wprowadzać żadnego rozróżnienia między obywatelami, jeśli chodzi o ich udział na podstawach wymienionych w art. 2 ust.1 i nie powinno się wprowadzać żadnych nierozsądnych ograniczeń.

7.

Tam, gdzie obywatele uczestniczą w prowadzeniu spraw publicznych jedynie za pośrednictwem swobodnie wybranych przedstawicieli, dorozumianie wynika z art. 25, że przedstawiciele ci faktycznie sprawują władzę rządową oraz że są oni odpowiedzialni za pośrednictwem procesu wyborczego za wykonywanie przez nich tej władzy. Wynika też z niego dorozumianie, że przedstawiciele wykonują jedynie takie kompetencje, które zostały im przypisane zgodnie z przepisami konstytucyjnymi. Uczestnictwo za pośrednictwem swobodnie wybranych przedstawicieli wykonywane jest poprzez procesy wyborcze, które muszą być unormowane ustawami, które są zgodne z ust. „b”.

8.

Obywatele biorą także udział w prowadzeniu spraw publicznych poprzez wywieranie wpływu za pośrednictwem debaty publicznej i dialogu ze swymi przedstawicielami bądź poprzez swoją zdolność organizowania się. Uczestnictwo takie doznaje wsparcia ze strony wolności ekspresji, zgromadzeń i zrzeszania się.

9.

Art. 25 ust. „b” ustala przepisy specjalne zajmujące się prawem obywateli do uczestnictwa w prowadzeniu spraw publicznych w charakterze wyborców i kandydatów w wyborach. Autentyczne periodyczne wybory zgodne z ust. „b” są istotne dla zapewnienia odpowiedzialności przedstawicieli za wykonywanie powierzonych im kompetencji ustawodawczych lub wykonawczych. Wybory takie muszą być przeprowadzane w interwałach, które nie są nadużywająco długie i które zapewniają, by władza rządu wciąż znajdowała oparcie w swobodnym wyrażeniu woli wyborców. Prawa i obowiązki przewidziane w ust. „b” muszą być ustawowo zagwarantowane.

10.

Prawo do głosowania w wyborach i referendach musi być ustawowo unormowane i może podlegać jedynie rozsądnym ograniczeniom, takim jak ustalenie minimalnej granicy wieku dla prawa do głosowania. Nierozsądnym byłoby ograniczanie prawa do głosowania na podstawach niepełnosprawności fizycznej albo nakładanie wymogów dotyczących wykształcenia, wychowania czy własności. Członkostwo partii nie powinno stanowić warunku zdolności do głosowania ani podstawą dla dyskwalifikacji.

11.

Państwa muszą podjąć skuteczne środki dla zapewnienia, by wszystkie osoby mające tytuł do głosowania były zdolne do zrealizowania tego prawa. Tam, gdzie wymagana jest rejestracja wyborców, należy ją ułatwiać i nie wolno nakładać przeszkód utrudniających taką rejestrację. Jeśli do rejestracji znajduje zastosowanie wymóg rezydencji, musi on mieć charakter rozsądny i nie powinien być nakładany w taki sposób, by wykluczać bezdomnych z prawa do

głosowania. Wszelka nadużywająca ingerencja w rejestrację lub w głosowanie, jak też zastraszanie czy przymus wobec wyborców powinny być zakazane ustawami karnymi, a ustawy te winny być ściśle realizowane. Kampanie dotyczące edukacji i rejestracji wyborczej konieczne są dla zapewnienia skutecznego korzystania z praw opartych na art. 25 przez świadome społeczeństwo.

12.

Wolności ekspresji, zgromadzeń i zrzeszania się są istotnymi warunkami skutecznego korzystania z prawa do głosowania i muszą być w pełni chronione. Należy podejmować pozytywne środki dla przezwyciężenia specyficznych trudności, takich jak analfabetyzm, bariery językowe, ubóstwo czy przeszkody w swobodnym przemieszczaniu się, które uniemożliwiają uprawnionym do głosowania osobom skuteczną realizację ich praw. Informacje i materiały dotyczące głosowania powinny być dostępne w językach mniejszościowych. Należy zastosować specyficzne metody, takie jak fotografie i symbole, dla zapewnienia, by analfabeci dysponowali adekwatną informacją, na której opieraliby swoje wybory. Państwa-strony powinny wskazywać w swych sprawozdaniach sposób, w jaki radzą one ze wskazanymi w niniejszym ustępie trudnościami.

13.

Sprawozdania państwa powinny opisywać normy rządzące prawem do głosowania oraz stosowanie tych norm w okresie objętym danym sprawozdaniem. Sprawozdania państwa powinny też opisywać czynniki, które stają na przeszkodzie realizacji przez obywateli ich prawa do głosowania oraz środki pozytywne, które przyjęły one dla przezwyciężenia tych czynników.

14.

Państwa-strony powinny wskazywać i wyjaśniać w swoich sprawozdaniach przepisy, które pozbawiają obywateli ich prawa do głosowania. Podstawy takiego pozbawienia powinny być obiektywne i rozsądne. Jeżeli skazanie za przestępstwo stanowi podstawę zawieszenia prawa do głosowania, okres takiego zawieszenia powinien być proporcjonalny w stosunku do przestępstwa i wyroku. Osoby, które są pozbawione wolności, ale które nie zostały skazane, nie powinny być wykluczane z korzystania z prawa do głosowania.

15.

Skuteczne korzystanie z prawa i ze sposobności kandydowania do urzędów z wyboru zapewnia, że osoby mające tytuł do głosowania dysponują swobodą wyboru kandydatów. Wszelkie ograniczenia prawa kandydowania w wyborach, takie jak wiek minimalny, muszą nadawać się do usprawiedliwienia na podstawie obiektywnych i rozsądnych kryteriów. Osoby, które skądinąd są zdolne do kandydowania w wyborach, nie mogą podlegać wykluczeniu w oparciu o nierozsądne lub dyskryminacyjne wymogi, takie jak wykształcenie, zamieszkanie czy pochodzenie, albo z powodu afiliacji politycz-

nej. Żadna osoba nie może doznawać dyskryminacji albo pogorszenia sytuacji jakiegokolwiek rodzaju z racji kandydowania tej osoby. Państwa-strony powinny wskazywać i wyjaśniać przepisy ustawodawcze, które wykluczają jakąkolwiek grupę czy kategorię osób z urzędu wybieralnego.

16.

Warunki dotyczące dat nominacji, opłat czy depozytów powinny być rozsądne i nie mogą mieć charakteru dyskryminacyjnego. Jeżeli istnieją rozsądne podstawy dla uznania niektórych urzędów wybieralnych za nie dające się pogodzić z zajmowaniem określonych stanowisk (np. sądowe, wysokiej rangi urzędy wojskowe, służba publiczna), środki służące uniknięciu wszelkiego konfliktu interesów nie powinny nadużywająco ograniczać praw chronionych przez ust. „b”. Podstawy usuwania wybranych na urząd osób powinny być określone przez ustawy oparte na obiektywnych i rozsądnych kryteriach oraz obejmujące słuszne procedury.

17.

Prawo osób do kandydowania w wyborach nie może być nadużywająco ograniczane poprzez wymaganie od kandydatów członkostwa partii albo konkretnych partii. jeżeli wymaga się od kandydata dysponowania minimalnym poparciem popleczników dla potrzeb nominacji, wymóg taki powinien mieć rozsądny charakter i nie może działać jako bariera dla kandydowania. Bez szkody dla art. 5 ust.1 Paktu, opinia polityczna nie może być wykorzystywana jako podstawa dla pozbawienia jakiegokolwiek osoby prawa do kandydowania w wyborach.

18.

Sprawozdania państw powinny opisywać przepisy prawne, które ustalają warunki sprawowania wybieralnych urzędów publicznych oraz wszelkie ograniczenia i kwalifikacje, które znajdują zastosowanie wobec konkretnych urzędów. Sprawozdania powinny też opisywać warunki nominacji, np. granice wieku oraz wszelkie inne kwalifikacje lub ograniczenia. Sprawozdania państw powinny wskazywać, czy istnieją ograniczenia, które uniemożliwiają osobom na stanowiskach służby publicznej (włączając w to stanowiska w policji lub siłach zbrojnych) wybór na konkretne urzędy publiczne. Prawne podstawy i procedury służące usuwaniu wybranych na urząd osób także powinny być opisane.

19.

Zgodnie z ust. „b”, wybory muszą być przeprowadzane słusznie i swobodnie na podstawie periodycznej w ramach ustaw gwarantujących skuteczne korzystanie z prawa do głosowania. Osoby mające tytuł do głosowania muszą dysponować swobodą głosowania na każdego kandydata w wyborach oraz za bądź przeciw jakiegokolwiek propozycji poddanej referendum lub plebiscytowi, jak również swobodą poparcia rządu bądź przeciwstawienia się mu, bez

nadużywającego nacisku czy przymusu jakiegokolwiek rodzaju, który mógłby zniweczyć lub uniemożliwić swobodne wyrażenie woli wyborców. Wyborcy powinni dysponować zdolnością niezależnego kształtowania opinii, wolnej od przemocy czy groźby przemocy, przymusu, nakłaniania albo ingerencji manipulacyjnej jakiegokolwiek rodzaju. Rozsądne ograniczenie wydatków na kampanię może być usprawiedliwione tam, gdzie konieczne jest zapewnienie, by swobodny wybór wyborców nie został podkopany albo by proces demokratyczny nie doznał szwanku w rezultacie nieproporcjonalnych wydatków na rzecz jakiegoś kandydata czy jakiejś partii. Wyniki autentycznych wyborów winny być szanowane i urzeczywistniane.

20.

Niezależna władza wyborcza powinna być ustanowiona celem kontroli procesu wyborczego oraz dla zapewnienia, by był ob. przeprowadzany w sposób słuszny, bezstronny i zgodny z ustalonymi ustawami, które dają się pogodzić z Paktem. Państwa powinny podjąć środki gwarantujące poszanowanie wymogu poufności głosowania podczas wyborów, włączając w to wstrzymanie się od głosu tam, gdzie taki system istnieje. Zakłada to, że wyborcy powinni być chronieni przed jakąkolwiek formą przymusu czy nakłaniania do ujawniania, jak zamierzają głosować albo jak głosowali, jak również przed jakąkolwiek bezprawną czy arbitralną ingerencją w proces wyborczy. Zrzeczenie się tych praw nie daje się pogodzić z art. 25 Paktu. Bezpieczeństwo urn wyborczych musi być zagwarantowane, a głosy mają być liczone w obecności kandydatów albo ich przedstawicieli. Musi istnieć niezależna kontrola procesu głosowania i liczenia oraz dostęp do nadzoru sądowego bądź innej ekwiwalentnej procedury, by wyborcy mieli zaufanie do bezpieczeństwa głosowania i dom przeliczania głosów. Pomoc udzielana niepełnosprawnym, ociemniałym bądź analfabetom powinna mieć charakter niezależny. Wyborców należy w pełni informować o tych gwarancjach.

21.

Chociaż Pakt nie narzuca żadnego konkretnego systemu wyborczego, jakikolwiek system działający w państwie-stronie musi dawać się pogodzić z prawami chronionymi na podstawie art. 25 oraz musi gwarantować i nadawać skutek swobodnemu wyrażaniu woli wyborców. Zasada „jedna osoba – jeden głos” musi znajdować zastosowanie, a w ramach systemu wyborczego każdego z państw głos jednego wyborcy powinien być równy głosowi drugiego. Zakreślanie granic wyborczych oraz metody rozmieszczenia głosów nie powinno niweczyć dystrybucji głosów ani wprowadzać dyskryminacji przeciwko jakiegokolwiek grupie i nie może wykluczać ani nierozsądnie ograniczać prawa obywateli do swobodnego wyboru ich przedstawicieli.

22.

Sprawozdania państw powinny wskazywać, jakie środki przyjęły one dla zagwarantowania autentycznych, wolnych i periodycznych wyborów oraz

w jaki sposób ich system czy systemy wyborcze gwarantują i nadają skutek swobodnemu wyrażaniu woli wyborców. Sprawozdania powinny opisywać system wyborczy i wyjaśniać, w jaki sposób różne poglądy polityczne w społeczeństwie reprezentowane są w ciałach wyborczych. Sprawozdania powinny również opisywać ustawy i procedury, które zapewniają, że prawo do głosowania faktycznie może być swobodnie realizowane przez wszystkich obywateli oraz wskazywać, w jaki sposób tajemnica, bezpieczeństwo i ważność procesu wyborczego gwarantowane są przez prawo. Powinno też być wyjaśnione praktyczne urzeczywistnienie tych gwarancji w okresie objętym sprawozdaniem.

23.

Art. 25 ust. „c” zajmuje się prawem i zdolnością obywateli do dysponowania dostępem do stanowisk służby publicznej na ogólnych warunkach równości. Zapewnienie dostępu na ogólnych warunkach równości, kryteria i procedury nominacji, promocji, zawieszenia i dymisji muszą mieć charakter obiektywny i rozsądny. Środki pozytywne we właściwych przypadkach mogą być podejmowane dla zapewnienia, by istniał równy dostęp do służby publicznej dla wszystkich obywateli.

Opieranie dostępu do służby publicznej na równej zdolności oraz ogólnych zasadach zasługi i przewidywanie zabezpieczenia sprawowania urzędu wymaga, by osoby sprawujące stanowiska służby publicznej były wolne od ingerencji czy presji politycznych. Szczególne znaczenie ma zapewnienie, by osoby nie doznawały dyskryminacji w korzystaniu z ich praw na podstawie art. 25 ust. „c” na którejkolwiek z podstaw ustalonych w art. 2 ust.1 Paktu.

24.

Sprawozdania państw powinny opisywać warunki dostępu do stanowisk służby publicznej, wszelkie ograniczenia, które się stosują oraz procedury nominacji, promocji, zawieszenia i dymisji albo odwołania z urzędu, jak również sądowe bądź inne mechanizmy nadzoru, które znajdują zastosowanie do tych procedur. Sprawozdania powinny też wskazywać, w jaki sposób wymóg równego dostępu jest spełniany oraz czy wprowadzone zostały środki pozytywne, w jeśli tak, to w jakim zakresie.

25.

Dla zapewnienia pełnego korzystania z praw chronionych przez art. 25 istotne jest swobodne przekazywanie między obywatelami, kandydatami i wybranymi przedstawicielami informacji i idei o zagadnieniach publicznych i politycznych. Zakłada to wolną prasę oraz inne media zdolne do komentowania zagadnień publicznych bez cenzury czy ograniczeń oraz do informowania opinii publicznej. Wymaga to pełnego korzystania i poszanowania praw gwarantowanych w art. 19, 21 i 22 Paktu, włączając w to wolność angażowania się w działalność polityczną, indywidualnie oraz za pośrednictwem partii politycznych i innych organizacji, wolność debaty nad sprawami publicznymi,

przeprowadzania pokojowych demonstracji i zgromadzeń, krytykowania i przeciwstawiania się, publikowania materiałów politycznych, organizowania kampanii wyborczych oraz reklamowania idei politycznych.

26.

Prawo do wolności zrzeszania się, włączając w to prawo do tworzenia i przystępowania do organizacji i stowarzyszeń zainteresowanych sprawami politycznymi i publicznymi stanowi istotne uzupełnienie praw chronionych przez art. 25. Partie polityczne oraz członkostwo partii odgrywa znaczącą rolę w prowadzeniu spraw publicznych i w procesie wyborczym. Państwa powinny zapewnić, by w ich wewnętrznym zarządzaniu partie polityczne szanowały stosujące się postanowienia art. 25 w celu umożliwienia obywatelom korzystania z ich praw na nim opartych.

27.

Zważywszy na postanowienie art. 5 ust.1 Paktu, wszelkie prawa uznane i chronione przez art. 25 nie mogą być interpretowane jako oznaczające prawo do działania albo konwalidowania jakiegokolwiek działania mającego na celu zniweczenie bądź ograniczenie praw i wolności chronionych przez Pakt w stopniu większym, niż jest to w niniejszym Pakcie przewidziane.

**Affaire Vincenzo Taiani c. Italie
wyrok ETPC z 13 lipca 2006 r.**

19-25.

Odrzucenie skargi na poszanowanie korespondencji z powodu niewyczerpania środków krajowych/

26.

Powołując się na art. 3 Protokołu I, skarżący zarzuca ograniczenie jego praw wyborczych w zakresie, w jakim stanowi to środek represyjny i anachroniczny, pozbawiony prawowitego usprawiedliwienia i mający karać i marginalizować bankruta(...)

27.

Trybunał stwierdza, że zarzut ten nie jest oczywiście bezpodstawny w rozumieniu art. 35ust.3 Konwencji(...)

28.

Rząd utrzymuje, że państwa korzystają z szerokiego marginesu oceny co do ustalania warunków dotyczących praw wyborczych gwarantowanych w art. 3 Protokołu I oraz że w każdym razie odnośne ograniczenie rozciąga się na okres 5 lat licząc od deklaracji upadłości.

29.

Skarżący uważa, że ograniczenie praw wyborczych bankruta opiera się na idei, iż ponosi on odpowiedzialność karną za swą upadłość. Środek taki, który nie służy innemu celowi, jak tylko sankcjonowaniu bankruta, wydaje się antydemokratycznym i stanowi cios w godność ludzką bankruta.

30.

Trybunał przypomina, że art. 3 Protokołu I implikuje prawa podmiotowe do głosowania i kandydowania w wyborach (Mathieu-Mohin i Clerfayt pko Belgii, wyrok z 2 marca 1987, ser.A, nr 113, pkt 51), i uważa on, że prawa te są decydującymi dla ustanowienia i utrzymywania podwalin rzeczywistej demokracji rządzonej przez państwo prawa (Hirst pko Zjedn.Królestwu /nr 2/, nr 74025//01, pkt 58). Przypomina on również, że choć bardzo ważne, prawa te nie są jednak absolutne. W swych odnośnych porządkach prawnych Umawiające się Państwa opatrują prawa do głosowania i do kandydowania w wyborach warunkami, dla których art. 3 – co do zasady – nie stanowi przeszkody. Korzystają one w tej dziedzinie z szerokiego marginesu oceny, ale to do Trybunału należy ostateczne rozstrzygnięcie co do przestrzegania wymogów Protokołu I; musi się on upewnić co do tego, czy warunki te nie redukują praw, o które chodzi, do tego stopnia, iż godzą w samą ich substancję i pozbawiają skuteczności, czy służą one prawowitemu celowi oraz czy użyte środki nie jawią się jako dysproporcjonalne (por. Gitonas i Inni pko Grecji, wyrok z 1 lipca 1997, Reports 1997-IV, pkt 39; Aziz pko Cyprowi, wyrok z 22 czerwca 2004, nr 69949/01, pkt 25; oraz w Hirst, pkt 62).

31.

Trybunał stwierdza w sprawie niniejszej, że sporny środek przewidziany jest przez prawo, a mianowicie przez art. 2 ust.1/a/ dekretu prezydenta Republiki nr 223 z 20 marca 1967 r., ze zmianą przez ustawę nr 15 z 16 stycznia 1992 r., przewidującą w istocie zawieszenie praw wyborczych bankruta na czas trwania postępowania upadłościowego, a w każdym razie na okres nie dłuższy niż 5 lat licząc od deklaracji upadłości.

32.

Środek ten w oczywisty sposób stanowi ingerencję w prawa wyborcze skarżącego gwarantowane przez art. 3 Protokołu I.

Swoją drogą, inne niezdolności osobiste wynikają z ograniczenia praw wyborczych, takie jak np. niemożliwość uzyskania zatrudnienia w służbie cywilnej na rzecz państwa.

33.

Trybunał stwierdza, co więcej, że skarżący podlegał ograniczeniu jego praw wyborczych przez 5 lat poczynając od 7 marca 1996 r. oraz że wybory polityczne (do Izby Deputowanych i Senatu) odbywały się we Włoszech 21 kwietnia 1996 r.

34.

Jeśli chodzi o cel, któremu służył ten środek, Trybunał przypomina, że – w odróżnieniu od innych postanowień Konwencji – art. 3 Protokołu I nie precyzuje ani nie ogranicza celów, jakie postanowienie to ma na względzie. Wielka różnorodność celów może się okazać dającą się z nim pogodzić (por. w/w Hirst, pkt 74; oraz Podkolzina pko Łotwie, nr 46726/99, CEDH 2002-II, pkt 33).

Trybunał stwierdza również, że w sprawie Hirst (pkt 74) Wielka Izba Trybunału stwierdziła, iż naruszenie prawa do głosowania więźniów można potraktować jako kierujące się celem zapobiegania przestępczości, dbałości o poczucie obywatelskie oraz poszanowania państwa prawa.

Trybunał pragnie podkreślić, że postępowanie upadłościowe, które tu wchodzi w grę, nie należy do dziedziny prawa karnego, lecz prawa cywilnego. Z mocy tego faktu, wszelkie pojęcie występku czy oszustwa osoby uznanej za bankruta jest obce faktom tej sprawy, aczkolwiek pojawia się hipoteza deliktu bankructwa, zwykłego lub oszukańczego, reglamentowanego w art. 216-217 ustawy o upadłości. Trybunał swoją drogą podkreśla, że ograniczenie praw wyborczych bankruta kieruje się celem o charakterze zasadniczo dolegliwym, mającym dewaloryzować i karać bankruta jako jednostkę niegodną i objętą infamią z tego tylko powodu, że stała się ona przedmiotem cywilnego postępowania upadłościowego.

35.

Z uwagi na powyższe względy, Trybunał podkreśla, że środek przewidziany przez art. 2 dekretu prezydenta Republiki nr 223z 20 marca 1967 r. ma za cel jedynie poniżenie bankruta i stanowi dlań moralny blamaż, tylko dlatego, że jest on niewypłacalny i niezależnie od jakiejkolwiek winy (por. *mutatis mutandis*, Sabou i Pircalab pko Rumunii, nr 46572/99, 28.09.2004, pkt 48). Nie kieruje się zatem on celem prawowitym. Swoją drogą Trybunał podkreśla, że – wcale nie będąc przywilejem – głosowanie stanowi prawo gwarantowane przez Konwencję (w/w Hirst, pkt 75).

Wniosek ten zwalnia Trybunał z badania w niniejszej sprawie, czy środki użyte dla realizowanego celu były dysproporcjonalne.

Doszło zatem do naruszenia art. 3 Protokołu I.(...)

Sprawa Lykourezos pko Grecji**sk.nr 33554/03 – wyrok z 15 czerwca 2006 r.****38.**

Skarżący zarzuca, że pozbawienie go jego mandatu parlamentarnego ogłoszone przez specjalny Sąd Najwyższy na mocy nowego art. 57 Konstytucji godziło w jego prawo do bycia wybranym do Parlamentu krajowego i pozbawiało jego wyborców ich wyboru z punktu widzenia mandatu. Powoływał się on na art. 3 Protokołu I.(...)(...)

50.

Art. 3 Protokołu I wydaje się na pierwszy rzut oka odmiennym od innych postanowień Konwencji i jej Protokołów gwarantujących prawa, ponieważ ogłasza ono obowiązek Umawiających się Stron organizowania wyborów na warunkach, które zapewniają swobodne wyrażanie opinii narodu, a nie jakieś konkretne prawo czy wolność. Zważywszy jednak na prace przygotowawcze do art. 3 Protokołu I oraz na interpretację, jaka jest nadawana tej klauzuli w ramach Konwencji jako całości, Trybunał ustalił, że artykuł ten gwarantuje prawa podmiotowe, w tym prawo do głosowania oraz prawo do kandydowania w wyborach (por. m.in. Mathieu-Mohin i Clerfayt pko Belgii, wyrok z 2 marca 1987, ser.A, nr 113, pkt 46-51; Hirst pko Zjedn.Królestwu (nr 2), CEDH 2005-IX, pkt 56-57; oraz ostatnio Ždanoka pko Łotwie, 16 marca 2006, pkt 102). Trybunał uznał swoją drogą, że postanowienie to gwarantuje prawo każdej jednostki do kandydowania w wyborach oraz – po wyborze – do sprawowania jej mandatu (Sadak i Inni pko Turcji (nr 2), CEDH 2002-IV, pkt 33).

51.

Prawa gwarantowane przez art. 3 Protokołu I są istotne dla ustanowienia i utrzymywania podstaw rzeczywistej demokracji rządzącej się prymatem prawa. Prawa te nie są jednak absolutne. Jest tam m. miejsce na „domniemane ograniczenia”, zaś Umawiające się Państwa należy postrzegać jako dysponujące w tej dziedzinie marginesem oceny. Trybunał potwierdza, że margines oceny w tej dziedzinie jest szeroki (Mathews pko Zjedn.Królestwu, CEDH 1999-I, pkt 63; Labita pko Włochom, CEDH 2000-IV, pkt 201; Podkolzina pko Łotwie, CEDH 2002-II, pkt 33). Istnieją liczne sposoby organizowania i funkcjonowania systemów wyborczych i wiele też różnic w Europie, zwłaszcza w historycznej ewolucji, różnorodności kulturowej i poglądach politycznych, które się narzucają każdemu Umawiającemu się Państwu do włączenia do ich własnej wizji demokracji (w/w Hirst, pkt 61).

52.

Do Trybunału należy jednak ostateczne rozstrzygnięcie co do przestrzegania wymogów art. 3 Protokołu I; musi się on upewnić, czy warunki, jakim poddane jest prawo do głosowania lub kandydowania w wyborach nie redukują praw, o które tu chodzi, do tego stopnia, że godzi to w samą ich substancję i pozbawia je ich skuteczności, czy warunki te kierują się prawowitym celem oraz czy użyte środki nie są dysproporcjonalne (w/w Mathieu-Mohin, pkt 52). W szczególności, żaden z nakładanych warunków nie powinien godzić w swobodne wyrażanie opinii narodu co do wyboru ciała ustawodawczego – innymi słowy, powinny one odzwierciedlać – bądź nie przeczyć – troskę o utrzymanie integralności i skuteczności postępowania wyborczego mającego określić wolę narodu w głosowaniu powszechnym (w/w Hirst, pkt 62). Podobnie, skoro tylko swobodny i demokratycznie przejawiony wybór narodu został dokonany, żadna późniejsza zmiana w organizacji systemu wyborczego

nie może poddawać w wątpliwość tego wyboru, chyba że w obliczu nadrzędnych motywów porządku demokratycznego.

53.

W niniejszej sprawie skarżący wzywa Trybunał do potępienia odnośnej niekompatybilności profesjonalnej, a zwłaszcza ekstensywnej interpretacji, przyjętej przez specjalny Sąd Najwyższy, w braku przewidzianej Konstytucją ustawy wykonawczej. Jednakże, chociaż interesujące są te aspekty niniejszej sprawy, Trybunał nie przedstawi swojego punktu widzenia na ogólny zakaz wykonywania żadnego zawodu; ograniczy się on do spostrzeżenia, że taki zakaz ogólny – przewidziany przez nowy art. 57 Konstytucji – umocowuje niekompatybilność, którą rzadko się spotyka w innych państwach europejskich.

54.

Skoro tak, Trybunał nie może lekceważyć faktu, że skarżący został wybrany na warunkach nie podlegających krytyce, a mianowicie zgodnie z obowiązującym w tym czasie systemem wyborczym i Konstytucją. Ani sam zainteresowany jako kandydat, ani jego wyborcy nie mogli sobie wyobrazić tego, że wybór premiera mógłby być dotknięty wadą i zostać uznany za wadliwy w toku ustawodawczym, dla którego został on wybrany, z powodu niekompatybilności wynikającej z równoległego wykonywania działalności profesjonalnej.

55.

Trybunał nie został przekonany argumentem rządu, zgodnie z którym inkryminowana niekompatybilność była ogłoszona także przed wyborami z 9 kwietnia 2000 r. Opinia trzech deputowanych opozycji, która została wyrażona na korzyść absolutnej niekompatybilności w styczniu 1998 r., nie wystarcza – zdaniem Trybunału – dla wniosku, iż kandydaci w wyborach z 9 kwietnia 2000 r. i elektorat zostali temu poddani. Ani raport komisji parlamentarnej z 30 marca 1998 r., ani raport z 23 października 2000 r. nie wprowadzały absolutnej niekompatybilności profesjonalnej. Ostatecznie, Trybunał podkreśla, że odnośna niekompatybilność profesjonalna zdziwiła zarówno skarżącego, jak i jego wyborców w toku rzeczonoego mandatu.

56.

Co do tego punktu Trybunał potwierdza, że przedmiot i cel Konwencji nakazują interpretowanie i stosowanie jej postanowień w sposób, który czyni wymogi nie teoretycznymi czy iluzorycznymi, lecz konkretnymi i skutecznymi (por. np. wyroki Artico pko Włochom, 13 maja 1980, ser.A, nr 37, pkt 33; Zjednoczona Partia Komunistyczna Turcji i Inni pko Turcji, Reports 1998-I, pkt 33; oraz Chassagnou i Inni pko Francji, CEDH 1999-III, pkt 100). Prawa gwarantowane przez art. 3 Protokołu I, prawa przynależne pojęciu prawdziwie demokratycznego reżimu, byłyby jedynie iluzorycznymi, gdyby zaintere-

sowany lub jego wyborcy w każdym momencie mogliby ich zostać absolutnie pozbawieni¹ (por. *mutatis mutandis*, Melnitchenko pko Ukrainie, CEDH 2004-X, pkt 59).

57.

W tych warunkach Trybunał dochodzi do wniosku, że – oceniając wybór skarżącego pod kątem nowego art. 57 Konstytucji bez uwzględniania faktu, iż wybór ten miał miejsce w 2000 r. w warunkach całkowitej legalności – specjalny Sąd Najwyższy zwolnił zainteresowanego z jego funkcji parlamentarnych i pozbawi jego wyborców kandydata, którego oni swobodnie i demokratycznie wybrali dla reprezentowania ich przez 4 lata w Parlamencie, z naruszeniem zasady prawowitego zaufania. Co do tego punktu, Trybunał stwierdza, że rząd nie przytoczył żadnego nadrzędnego motywu porządku demokratycznego mogącego usprawiedliwić bezpośrednie zastosowanie absolutnej niekompatybilności. Sytuacja taka godzi zatem w samą substancję praw gwarantowanych przez art. 3 Protokołu I.

58.

Doszło zatem do naruszenia tego postanowienia.

59.

Skarżący zwraca uwagę, że od wieku 26 lat jest adwokatem oraz że został wybrany po raz pierwszy deputowanym w wieku 66 lat, gdy znajdował się w apogeum swojej kariery. Dla nie polityka stanowiła zwieńczenie spełnionej kariery profesjonalnej; nie była ona centrum jego życia, ani końcem jego kariery adwokackiej. Jednakże zostając zobowiązany do wyrzeknięcia się funkcji parlamentarnych jako warunku możliwości kontynuowania jego aktywności profesjonalnej – dziedziny uprzywilejowanej przez rozwój osobowości, talentów i zdolności każdej jednostki – podlegał on nie dającej się usprawiedliwić ingerencji w jego życie prywatne i zawodowe. Powołuje się on w tym zakresie na art. 8 Konwencji(...).

60.

Trybunał przypomina, że – w swej decyzji o dopuszczalności skargi – dołączył do meritum zarzuty rządu odnoszące się do zastosowalności art. 8 Konwencji oraz do jakości skarżącego jako ofiary w ramach zarzutu opartego na tym postanowieniu. Zważywszy jednak na stwierdzenie naruszenia art. 3 Protokołu I, Trybunał nie widzi konieczności dodatkowego rozważania z perspektywy art. 8. Wniosek ten zwalnia z wypowiedzania się o zarzutach wstępnych rządu(...)

Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 czerwca 2010 r. w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii

Przesłanki stanu faktycznego

Skarżący zarzucali na podstawie art. 14, wziętego wraz z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, że byli szkodliwie dyskryminowani z racji ich orientacji seksualnej, ponieważ zanegowano im prawo do zawarcia małżeństwa i nie mieli oni żadnej innej możliwości prawnego uznania swojego związku przed wejściem w życie ustawy o rejestrowanym partnerstwie, to jest przed 1 stycznia 2010r.

Teza rozstrzygnięcia i argumentacja Trybunału

W punkcie 93 wyroku Trybunał zauważa, że od 2001r., gdy wydał on decyzję *Mata Estevez*, w wielu państwach członkowskich doszło do raptownej ewolucji stosunku do związków osób tej samej płci. Od tego czasu znacząca ilość państw członkowskich udzieliła prawnego uznania związków osób tej samej płci. Niektóre przepisy prawa UE także odzwierciedlają wzrastającą tendencję do obejmowania związków osób tej samej płci pojęciem „rodziny”.

W związku z tym w punkcie 94 czytamy, iż z uwagi na tę ewolucję Trybunał uważa za sztuczne utrzymywanie poglądu, że – w przeciwieństwie do związku osób płci odmiennej – związek osób tej samej płci nie może korzystać z „życia rodzinnego” z punktu widzenia art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W konsekwencji, związek skarżących, współmieszkający związek osób tej samej płci, żyjący w stabilnym partnerstwie *de facto* wchodzi w zakres pojęcia „życia rodzinnego”, tak, jak w takiej samej sytuacji związek osób płci odmiennej.

W punkcie 105 Trybunał zauważył, iż wzrasta konsensus europejski w kierunku prawnego uznania związków osób tej samej płci. Co więcej, tendencja ta rozwinęła się gwałtownie w ciągu ostatniej dekady. Nie ma jednak jeszcze większości państw zapewniających prawne uznanie związkom osób tej samej płci. Odnosny obszar musi więc być postrzegany jako obszar ewoluujących praw, bez ustalonego konsensusu, gdzie państwa muszą zatem korzystać z marginesu oceny w określaniu czasu przyjęcia zmian legislacyjnych.

Tak też, pomimo uznania przez Trybunał, że związek osób tej samej płci stanowi „życie rodzinne” w rozumieniu art. 8 EKPC, w punkcie 108 wyroku stwierdza on, iż na podstawie art. 12 Konwencji, jak też art. 14, wziętego wraz z art. 8, państwa nadal zachowują swobodę ograniczania dostępu do małżeństwa do związków osób płci odmiennej. Trybunał nie był przekonany argumentem skarżących, iż skoro państwo decyduje się zapewnić związkom

osób tej samej płci alternatywne środki uznania – jest ono zobowiązane do nadania im statusu, który – choć mając inną nazwę – odpowiada małżeństwu pod każdym i jakimkolwiek względem.

Co do całości, w punkcie 109 wyroku Trybunał stwierdza, że nie widzi żadnych wskazań, iżby państwo pozwane przekroczyło swój margines oceny w swoim wyborze praw i obowiązków nadawanych poprzez rejestrowane partnerstwo.

Ocena rozstrzygnięcia Trybunału

W przedstawionej sprawie pojawiło się kilka kwestii, wymagających analizy.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż Trybunał uznał w swojej ocenie związek osób tej samej płci za mieszczący się w zakresie „życia rodzinnego”. Mając na względzie dynamiczne zmiany dokonujące się na tym polu życia społecznego współczesnej Europy, należy pozytywnie odnieść się do takiego stanowiska Trybunału. Na przestrzeni ostatnich dwudziestu lat doszło do ogromnych zmian także w ocenie związków pozamałżeńskich, zarówno heteroseksualnych, jak i homoseksualnych przez same społeczeństwa. Wskazuje się na ich coraz większą akceptację ze względu na potrzeby indywidualnego spełnienia się, co w konsekwencji powoduje uelastycznienie się form współżycia partnerskiego.

Wydaje się zatem, iż Trybunał w wielu swoich wyrokach podkreślał, iż nie wiążą go wcześniejsze orzeczenia. Wynika to przede wszystkim z podporządkowania się wyrokom jako precedensom w interesie pewności prawnej i uporządkowanego rozwoju orzecznictwa; z ważnych powodów Trybunał może jednak zmienić poglądy, na przykład w razie potrzeby może dostosować interpretację Konwencji do zachodzących zmian społecznych. Konwencja wręcz musi być interpretowana i stosowana z uwzględnieniem zmieniających się okoliczności (Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii).

Ponadto Trybunał też wielokrotnie podkreślał, iż pojęcie „rodzina” nie ogranicza się wyłącznie do małżeństwa i może obejmować inne faktyczne związki, w których ludzie żyją ze sobą (Keegan przeciwko Irlandii, Kroon i inni przeciwko Holandii). I wreszcie, istotnymi okolicznościami przy ocenie życia rodzinnego jest długość okresu wspólnego zamieszkania i rodzaj stosunków łączących partnerów (X., Y. i Z. przeciwko Wielkiej Brytanii).

Europa coraz bardziej odchodzi od tradycyjnego modelu rodziny. Zmieniające się ustawodawstwo wspomaga różne związki dotychczas nie uznawane przez prawo. Nie oznacza to jednak, aby państwa na podstawie Konwencji były zobowiązane do zagwarantowania różnorodnym związkom możliwości zawarcia małżeństwa. Definicja samego małżeństwa zawarta w słowniku współczesnego języka polskiego wskazuje, iż małżeństwo to uznany i regulowany przez prawo trwały związek mężczyzny i kobiety zawarty dla utworzenia rodziny („Słownik współczesnego języka polskiego”, tom 1, Warszawa 2001, s. 492).

Dlatego też również w polskiej doktrynie pojawiają się głosy, iż zmiana definicji małżeństwa wcale nie musi być konieczna (M. Jungnikiel, „Małżeństwo, konkubinaty, wolny związek”); należy powiedzieć więcej – nie ma absolutnie takiej potrzeby. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż zarówno w tym wyroku, jak i w wyroku kończącym sprawę Kozaka przeciwko Polsce (Appl. 13102/02), Trybunał wyraził akceptację dla konstytucyjnej ochrony małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety ze względu na pozostawianie państwu zazwyczaj szerokiego marginesu na podstawie Konwencji, gdy chodzi o ogólne środki strategii gospodarczej lub społecznej. Ponadto Trybunał słusznie powtórzył, iż Konwencja ma być odczytywana jako całość, a jej artykuły winny być pojmowane w harmonii z każdym innym. Dlatego też Konwencja nie nakłada na Umawiające się Państwa obowiązku przyznania związkom osób tej samej płci dostępu do małżeństwa; art. 14, wzięty wraz z art. 8, postanowieniem o bardziej ogólnym celu i zakresie, także nie może być interpretowany jako nakładający takie zobowiązanie.

Ze względu na przytoczone argumenty uważam, że w ogóle chybionym pomysłem ustawodawców niektórych państw europejskich (w tym Hiszpanii, Belgii, Holandii, Norwegii, czy Portugalii) jest przyznanie parom homoseksualnym prawa do zawarcia małżeństwa. Nie chodzi tu o ich dyskryminację i niemożność stworzenia „życia rodzinnego” w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka przez osoby żyjące w związkach homoseksualnych; można jednak nadać ich status prawny i uznać go w innej formie niż małżeństwo.

Za nietrafne również należy przyjąć twierdzenie skarżących, że jeśli państwo decyduje się zapewnić związkom osób tej samej płci alternatywne środki uznania – jest ono zobowiązane do nadania im statusu, który – choć mając inną nazwę – odpowiada małżeństwu pod każdym względem. Nie jest możliwe przyjęcie takiego rozwiązania chociażby ze względu na podstawową zasadę wykładni językowej, zgodnie z którą, gdy w systemie prawnym wiążąco ustalono znaczenie określonych zwrotów prawnych, to należy ich używać wyłącznie w tym znaczeniu. Dyrektywa ta związana jest z tak zwaną definicją legalną, występującą w tekstach prawnych, wprowadzoną przez prawodawcę w celu ustalenia wiążącego rozumienia poszczególnych terminów.

Oznacza to zatem, iż wprowadzenie innej formy prawnego uznania związku dwóch osób (o orientacji homo-, czy heteroseksualnej) niż małżeństwa nie będzie stanowiło – i słusznie – o możliwości postawienia znaku równości pomiędzy tymi dwiema instytucjami.

Podsumowując zatem, w pełni zgadzam się z indywidualną opinią sędziego Malinvernego, do której przyłączył się sędzia Kovler. Interpretacja literalna, która – zgodnie z Wiedeńską Konwencją o Prawie Traktatów – stanowi „regulę ogólną interpretacji”, nie pozwala na rozumienie art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jako nadającego prawo do małżeństwa osobom tej samej płci. Sędzia Malinverni odwołał się w tym miejscu do pomocniczych środków interpretacji obejmujących – zgodnie z art. 32 WKPT

– „prace przygotowawcze do traktatu i okoliczności jego zawarcia”. Uważa on, że tak zwana interpretacja historyczna ma tu znaczenie kluczowe.

Dlatego też nie ma wątpliwości w jego przekonaniu, że art. 12 Konwencji nie może być pojmowany w żaden inny sposób, a tylko znajdujący zastosowanie jedynie do osób płci odmiennej. Trybunał bowiem nie może – za pośrednictwem interpretacji ewolucyjnej – „wywodzić z prawa tego, co nie zostało w nim od początku zawarte”.

**Sąd Najwyższy Federacji Rosyjskiej, Moskwa
dec.nr 5 z 10.10.2003 r. (Plenum SN)
„W sprawie stosowania przez sądy powszechne
powszechnie uznanych zasad i norm prawa
międzynarodowego oraz traktatów międzynarodowych
Federacji Rosyjskiej”
HLRJ 2004, vol. 25, No. 1–4, s. 108 i n.**

Zgodnie z art. 15(4) Konstytucji Federacji Rosyjskiej, powszechnie uznane zasady i normy prawa międzynarodowego oraz traktaty międzynarodowe Federacji Rosyjskiej są integralną częścią jej systemu prawnego.

Ustawa federalna nr 101-FZ z 15.07.1995 r. „W sprawie traktatów międzynarodowych Federacji Rosyjskiej” ustala, że Federacja Rosyjska, broniąc przestrzegania zobowiązań traktatowych i norm zwyczajowych, potwierdza swą wierność podstawowej zasadzie prawa międzynarodowego – zasadzie wypełniania w dobrej wierze zobowiązań międzynarodowych.

Traktaty międzynarodowe są jednym z najważniejszych środków rozwoju współpracy międzynarodowej, promują one ekspansję stosunków międzynarodowych z zaangażowaniem organizacji rządowych i pozarządowych, włączając w to spółki i osoby fizyczne poddane prawu krajowemu. Traktaty międzynarodowe mają najwyższe znaczenie w ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, w których kontekście istnieje potrzeba dalszego doskonalenia pracy sądów dotyczącej krajowego stosowania postanowień prawa międzynarodowego.

W celu zapewnienia właściwego i jednolitego stosowania prawa międzynarodowego w pracy sądów Plenum Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej niniejszym postanawia przyjąć następującą interpretację:

1.

Prawa człowieka i obywatela są uznawane i gwarantowane w Federacji Rosyjskiej zgodnie z powszechnie uznanymi zasadami i normami prawa mię-

dzynarodowego oraz stosownie do Konstytucji Federacji Rosyjskiej (art. 17/1 Konstytucji Federacji Rosyjskiej).

Stosownie do art. 46(1) Konstytucji FR wszystkim osobom gwarantuje się ochronę prawną ich praw i wolności.

W oparciu o powyższe, jak również postanowienia art. 15(4), art. 17(1) i art. 18 Konstytucji FR, prawa i wolności człowieka są bezpośrednio skuteczne w granicach jurysdykcji FR zgodnie z powszechnie uznanymi zasadami i normami prawa międzynarodowego, a także z traktatami międzynarodowymi FR. Określają one znaczenie, treść i stosowanie ustaw, działalność ustawodawczą, wykonawczą i samorządowych władz lokalnych, jak również gwarantują sprawiedliwość.

Powszechnie uznane zasady prawa międzynarodowego mają być rozumiane jako podstawowe imperatywne normy prawa międzynarodowego stosowane i uznane przez międzynarodową wspólnotę państw jako całość, od których odstępstwa się nie dopuszcza.

Zasady powszechnego poszanowania praw człowieka i wypełniania w dobrej wierze zobowiązań międzynarodowych mają szczególne znaczenie wśród powszechnie uznanych zasad prawa międzynarodowego.

Powszechnie uznana norma prawa międzynarodowego ma być rozumiana jako norma postępowania przyjęta i uznana jako prawnie wiążąca przez wspólnotę międzynarodową państw jako całość.

Treść wspomnianych zasad i norm prawa międzynarodowego ustalona jest w szczególności w dokumentach ONZ i jej organizacji wyspecjalizowanych.

2.

Na równi z powszechnie uznanymi zasadami i normami prawa międzynarodowego, traktaty międzynarodowe FR są integralną częścią jej systemu prawnego (art. 15/4/ Konstytucji FR. Dz.5(1) Ustawy federalnej „W sprawie traktatów międzynarodowych FR”).

Traktaty międzynarodowe zawarte przez ZSRR, które pozostają nadal w mocy i w poszanowaniu których FR nadal wypełnia prawa i zobowiązania międzynarodowe ZSRR, jako sukcesor państwa zwanego ZSRR, są także częścią systemu prawnego FR.

Stosownie do dz.2(a) Ustawy federalnej „W sprawie traktatów międzynarodowych FR”, traktat międzynarodowy FR ma być rozumiany jako porozumienie międzynarodowe zawarte przez FR w obcym państwem (bądź państwami) albo z organizacją międzynarodową, w formie pisemnej, regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy takie porozumienie zawarte jest w pojedynczym dokumencie, czy w kilku wzajemnie powiązanych dokumentach, oraz bez względu na jego konkretną nazwę (np. konwencja, pakt, porozumienie itd.).

Traktaty międzynarodowe FR mogą być zawierane w imieniu FR (traktaty międzypaństwowe), w imieniu rządu FR (traktaty międzyrządowe) oraz w imieniu władz federalnych (traktaty międzyresortowe).

3.

Stosownie do dz.5(3) Ustawy federalnej „W sprawie traktatów międzynarodowych FR”, postanowienia urzędowo opublikowanych traktatów międzynarodowych FR, które nie wymagają wydania aktów krajowych dla ich stosowania, obowiązują bezpośrednio w FR. Właściwe akty prawne są przyjmowane dla nadania skutku innym postanowieniom traktatów międzynarodowych FR.

Atrybuty, które dowodzą niemożności bezpośredniego stosowania postanowień traktatu międzynarodowego FR obejmują, w szczególności, występowanie w traktacie odwołania do obowiązku państw co do wprowadzenia zmian do ich ustawodawstwa krajowego.

Gdy sąd bada sprawy cywilne, karne lub administracyjne można bezpośrednio stosować traktat międzynarodowy FR, który wszedł w życie i stał się wiążący dla FR, a postanowienia którego nie wymagają dla ich stosowania wydania aktów krajowych i mogą rodzić prawa i obowiązki dla osób fizycznych i spółek podległych prawu krajowemu (art. 15(4) Konstytucji FR, dz.5(1) i (3) Ustawy federalnej „W sprawie traktatów międzynarodowych FR” oraz art. 7(2) Kodeksu Karnego FR).

4.

Rozstrzygając o możliwości stosowania norm traktatowych prawa międzynarodowego, sądy powinny przyjmować za punkt wyjścia to, że traktat międzynarodowy wchodzi w życie w sposób i w dacie ustalonych w samym traktacie bądź uzgodnionych między państwami, które brały udział w negocjacjach. W braku takiego postanowienia czy porozumienia, traktat wejdzie w życie, skoro tylko wszystkie państwa, które uczestniczyły w negocjacjach, uznają, iż traktat jest dla nich wiążący (art. 24 KWPT z 1969 r.).

Sądy powinny mieć na względzie, że traktat międzynarodowy ma być stosowany, jeśli FR poprzez kompetentne władze zgodziła się, iż traktat międzynarodowy jest wiążący dla niej w jednym z trybów wyliczonych w dz. 6 Ustawy federalnej „W sprawie traktatów międzynarodowych FR” (przez podpisanie traktatu; przez wymianę dokumentów traktatowych; przez ratyfikację traktatu; przez zatwierdzenie traktatu; przez przyjęcie traktatu; przez przystąpienie do traktatu; innymi środkami uzgodnionymi pomiędzy umawiającymi się stronami), pod warunkiem także, że dany traktat wszedł w życie w stosunku do FR (np. EKPC ratyfikowana przez FR Ustawą federalną nr 54-FZ z 30.03.1998 r., ale weszła w życie w stosunku do FR 5.05.1998 r. – w dniu złożenia dokumentu ratyfikacyjnego u Sekretarza Generalnego Rady Europy zgodnie z art. 59 Konwencji).

Działając po myśli art. 15(3-4) Konstytucji FR i dz.5(3) Ustawy federalnej „W sprawie traktatów międzynarodowych FR”, sądy mogą bezpośrednio stosować te traktaty międzynarodowe, które weszły w życie i zostały urzędowo opublikowane w Dzienniku Ustaw FR bądź w Biuletynie Traktatów Międzynarodowych w sposób ustalony w dz.30 wspomnianej Ustawy federalnej. Traktaty międzynarodowe FR o charakterze międzyresortowym promulgo-

wane są decyzją władz federalnych, w których imieniu traktaty takie były zawierane, w dziennikach urzędowych tych władz.

Traktaty międzynarodowe ZSRR, które są wiążące dla FR, jako państwa sukcesora po ZSRR, to traktaty promulgowane w urzędowych zbiorach Rady Najwyższej ZSRR i Rady Ministrów ZSRR. Teksty tych traktatów publikowane były również w zbiorach traktatów międzynarodowych ZSRR, ale publikacja ta nie miała charakteru urzędowego.

Komunikaty urzędowe Ministerstwa Spraw Zagranicznych FR dotyczące wejścia w życie traktatów międzynarodowych zawartych w imieniu FR oraz w imieniu rządu FR będą promulgowane w taki sam sposób, jak traktaty międzynarodowe (dz.30 w/w Ustawy federalnej).

5.

Traktaty międzynarodowe, które mają bezpośredni bądź pośredni skutek w systemie prawnym FR mogą być stosowane przez sądy, włączając w to sądy wojskowe, w badaniu spraw cywilnych, karnych i administracyjnych, w szczególności:

- w badaniu spraw cywilnych, jeśli normy – odmienne od norm prawa rosyjskiego regulującego stosunki, które stały się przedmiotem badania sądowego – zostały ustalone przez traktat międzynarodowych FR;

- w badaniu spraw cywilnych lub karnych, jeśli normy proceduralne – odmienne od norm postępowania cywilnego lub postępowania karnego FR – zostały ustalone przez traktat międzynarodowy FR;

- w badaniu spraw cywilnych lub karnych, jeśli traktat międzynarodowy FR reguluje stosunki, włączając w to stosunki z obcymi osobami fizycznymi i spółkami, które stały się przedmiotem badania sądowego (np. w badaniu spraw wyliczonych w art. 402 kpc FR, wnioski o wykonanie orzeczeń sądów zagranicznych, wnioski o decyzje w sprawie ekstradycji osób oskarżonych o przestępstwa bądź skazanych przez sąd obcego państwa);

- w badaniu spraw o wykroczenia administracyjne, jeżeli normy – odmienne od norm przewidzianych przez ustawodawstwo o wykroczeniach administracyjnych – zostały ustalone przez traktat międzynarodowy FR.

Należy zwrócić uwagę sądów na fakt, że zgoda na wiążący dla FR charakter traktatu międzynarodowego powinna być wyrażona w formie ustawy federalnej, o ile odnośny traktat ustala normy, które różnią się od norm prawa federalnego (art. 15(4) Konstytucji FR, dz.5(1-2) w/w Ustawy federalnej, art. 1(2) kpc FR, art. 1(3) kpk FR).

6.

Traktaty międzynarodowe, których normy obejmują atrybuty elementów podlegających karze czynów kryminalnych, nie mogą być bezpośrednio stosowane przez sądy, ponieważ traktaty takie bezpośrednio wprowadzają obowiązki państw zapewnienia, by rozważane przez traktat zobowiązania były wykonywane poprzez ustanowienie karalnego charakteru przestępstw określonych za pośrednictwem prawa krajowego (narodowego) (np. Jednolita

Konwencja o Narkotykach z 1961 r., Międzynarodowa Konwencja przeciwko Braniu Zakładników z 1979 r., Konwencja o Zniesieniu Bezprawnego Porywania Samolotów z 1970 r.).

Na podstawie art. 54 i art. 71(o) Konstytucji FR oraz art. 8 kk FR, osoba, która popełniła czyn noszący wszystkie oznaki przestępstwa określonego w kk FR, będzie ponosić odpowiedzialność karną.

W tym kontekście normy prawa międzynarodowego zajmujące się oznaczeniem elementów przestępstwa powinny być stosowane przez sądy FR w tych przypadkach, gdy norma kk FR bezpośrednio ustala potrzebę stosowania traktatu międzynarodowego FR (np. art. 355 i 356 kk FR).

7.

Na mocy art. 11(4) kk FR, kwestią odpowiedzialności karnej przedstawicieli dyplomatycznych państw obcych oraz innych osób korzystających z immunitetu, jeśli osoby takie popełnią przestępstwa na terytorium FR, należy się zajmować zgodnie z normami prawa międzynarodowego (w szczególności, zgodnie z Konwencją o przywilejach i immunitetach NZ z 1946 r., Konwencją o przywilejach i immunitetach organizacji wyspecjalizowanych z 1947 r., Konwencją Wiedeńską o Stosunkach Dyplomatycznych z 1961 r. oraz Konwencją Wiedeńską o Stosunkach Konsularnych z 1963 r.).

Osoby korzystające z immunitetu obejmują np. szefów misji dyplomatycznych, członków personelu misji mających rangę dyplomatyczną, oraz członków ich rodzin, pod warunkiem, że co ostatni nie są obywatelami państwa, w którym przebywają. Inne osoby korzystające z immunitetu obejmują w szczególności głowy państw i rządów, szefów resortów spraw zagranicznych, administracyjny i techniczny personel misji oraz członków ich rodzin, pod warunkiem, że ci ostatni nie są obywatelami państwa, w którym przebywają bądź że nie przebywają w nim stale, oraz inne osoby korzystające z immunitetu zgodnie z powszechnie uznanymi zasadami i normami prawa międzynarodowego oraz traktatami międzynarodowymi FR.

8.

Normy traktatu międzynarodowego FR, którego wiążący charakter został zaakceptowany w formie ustawy federalnej, mają pierwszeństwo stosowania przed ustawami FR.

Normy traktatu międzynarodowego FR, którego wiążący charakter nie był akceptowany w formie ustawy federalnej, mają pierwszeństwo stosowania przed rozporządzeniami władz, które zawarły ten traktat (art. 15(4) i art. 90, 113 Konstytucji FR).

9.

Sprawując wymiar sprawiedliwości, sądy powinny mieć na względzie, że – w rozumieniu art. 15(4) Konstytucji FR, art. 369, 379 i 415(5) kpk FR oraz art. 330 i 362-364 kpc FR – niewłaściwe stosowanie przez sąd powszechnie uznanych zasad i norm prawa międzynarodowego oraz traktatów międzyna-

rodowych FR może stanowić podstawę uchylenia bądź zmiany orzeczenia. Normy prawa międzynarodowego mogą być nieprawidłowo zastosowane, gdy sąd nie stosował normy prawa międzynarodowego, która powinna zostać zastosowana, albo gdy – przeciwnie – zastosował normę prawa międzynarodowego, która nie powinna być zastosowana, bądź też gdy sąd nadał nieprawidłową interpretację normie prawa międzynarodowego.

10.

Należy wyjaśnić sądom, że interpretacja traktatu międzynarodowego powinna odpowiadać Wiedeńskiej Konwencji Prawa Traktatów z 23.05.1969 r. (dz.3, art. 31-33).

Zgodnie z art. 31(3b) KWPT, zarówno kontekst, jak i późniejsza praktyka stosowania traktatu, która ustanawia porozumienie stron co do jego interpretacji, powinny być brane pod uwagę przy interpretacji traktatu.

Federacja Rosyjska jako strona EKPC akceptuje jurysdykcję ETPC jako wiążącą w sprawach interpretacji i stosowania Konwencji i jej Protokołów w przypadku rzekomego naruszenia przez FR postanowień tych dokumentów traktatowych, gdy rzekome naruszenie miało miejsce po wejściu ich w życie w stosunku do FR (dz.1 w/w Ustawy federalnej nr 54-FZ). Zatem, użycie przez sądy w/w Konwencji musi zwracać uwagę na praktykę ETPC, by uniknąć jakiegokolwiek naruszenia EKPC.

11.

EKPC ma swój własny mechanizm, obejmujący wiążącą jurysdykcję ETPC i systematyczną weryfikację przez KM RE wykonania orzeczeń Trybunału. Stosownie do art. 46(1) Konwencji, orzeczenia te, definitywnie przyjęte w stosunku do FR, są wiążące dla wszystkich władz FR, włączając w to sądy.

Implementacja orzeczeń dotyczących FR implikuje, iż – w razie potrzeby – państwo ma przyjąć środki specjalne mające na celu wyeliminowanie naruszeń praw człowieka objętych Konwencją oraz konsekwencje takich naruszeń dla skarżącego, jak też środki ogólne zapobiegające powtarzaniu tych naruszeń. Sądy powinny działać w ramach swej kompetencji tak, by zapewniać wypełnianie zobowiązań państwa wynikających z uczestnictwa FR w EKPC.

Gdyby okoliczności prowadzące do naruszeń praw człowieka i podstawowych wolności gwarantowanych w Konwencji powstały w toku rozprawy, sąd ma tytuł wydać zarządzenie tymczasowe (bądź orzeczenie), w którym zwraca uwagę właściwych organizacji i urzędników na okoliczności i fakty naruszenia odnośnych praw i wolności, żądając podjęcia koniecznych środków.

12.

Sprawując wymiar sprawiedliwości, sądy powinny brać pod uwagę, że – stosownie do art. 6(1) EKPC – każdy ma prawo do rozprawy sądowej w rozsądnym czasie. Badając taki czas w sprawach karnych, badanie sądowe musi obejmować zarówno postępowanie przygotowawcze, jak i bezpośrednie postępowanie sądowe.

Zgodnie z postanowieniami wypracowanymi przez ETPC, czas ten się rozpoczyna, gdy osoba zostaje oskarżona albo gdy zostaje zatrzymana, aresztowana bądź gdy inne środki przymusu proceduralnego zostają zastosowane, kończy się zaś, gdy wyrok staje się prawomocny albo gdy sprawa karna lub postępowanie karne zostaje umorzone.

W rozumieniu art. 6(1) Konwencji, czas badania sądowego w sprawach cywilnych zaczyna się od chwili otrzymania powództwa, a kończy się, gdy orzeczenie sądu zostaje wykonane.

W konsekwencji, zgodnie z sensem art. 6 Konwencji, wykonanie orzeczenia sądowego jest postrzegane jako składnik „rozprawy sądowej”. Pod tym względem, sądy powinny zwracać uwagę na potrzebę przestrzegania wymogów Konwencji przy wykonywaniu orzeczeń sądowych w rozsądnym czasie, gdy badają sprawy odroczenia, zwłoki i zmian sposobu czy kolejności wykonywania orzeczeń sądowych, jak też w związku z badaniem skarg na działania urzędników sądowych.

Określając rozsądnosc czasu badania sądowego, należy mieć na względzie złożoność sprawy, postępowanie skarżącego (powoda, pozwanego, podejrzanego, oskarżonego) oraz postępowanie państwa w osobie zainteresowanych władz.

13.

Badając sprawy cywilne i karne, sądy powinny mieć na względzie, że – stosownie do art. 47(1) Konstytucji FR – nikogo nie wolno pozbawić prawa do rozprawy sądowej, prowadzonej przez sędziego, pod którego jurysdykcją został on prawnie umieszczony. Zgodnie z art. 6(1) EKPC, każdy ma tytuł – w rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym bądź i jakimkolwiek skierowanym przeciwko niemu oskarżeniu karnym – do rozprawy przed prawnie ustanowionym sądem.

Wynikając z orzeczeń ETPC dotyczących systemu sądowego FR, norma ta stosuje się nie tylko do sędziów sądów federalnych, ale też do ławników, którzy są obywatelami FR wpisanymi na listę ławników i powołanymi w prawnie ustanowiony sposób do służby w charakterze ławników.

14.

Zajmując się sprawami dotyczącymi przedłużenia okresu detencji, sądy powinny mieć na względzie, że – stosownie do art. 5(3) EKPC – każdy zatrzymany lub aresztowany ma tytuł do rozprawy sądowej w rozsądnym czasie bądź zwolnienia na czas procesu.

Zgodnie ze stanowiskiem prawnym ETPC, okres ten – rozpoczynający się z dniem zatrzymania podejrzanego (osoby oskarżonej), a kończący się z dniem, w którym sąd instancji wydaje orzeczenie, ma być brany pod uwagę przy określaniu czasokresu detencji.

Należy mieć na względzie, że istnienie rozsądnego podejrzenia, iż aresztowany popełnił przestępstwo, jest istotnym warunkiem legalności zatrzymania. Co więcej, takie podejrzenie nie może być jedyną podstawą długości

detencji. Powinny wchodzić w grę inne okoliczności, które usprawiedliwiają detencję. Obejmują one w szczególności możliwość, iż podejrzany, pozwany czy oskarżony może kontynuować działalność przestępczą, nie pojawiać się na wstępne przesłuchania albo na proces, bądź fałszować dowody w sprawie karnej. albo też wchodzić w zмовę ze świadkami.

Wymienione okoliczności powinny jednak być rzeczywiste i solidnie uzasadnione, tj, potwierdzone przez godne zaufania informacje. Zgadzając się na przedłużenie okresu detencji, sądy powinny wskazać rzeczywiste okoliczności usprawiedliwiające takie przedłużenie, jak również dowody istnienia takich okoliczności.

15.

Decydując o zatrzymaniu podejrzanych w charakterze środka zapobiegawczego i rozstrzygając o zarzutach podejrzanych co do nielegalnych działań funkcjonariuszy prowadzących postępowanie przygotowawcze, sądy powinny mieć na względzie potrzebę przestrzegania praw człowieka aresztowanych, jak to ustalają art. 3, 5, 6 i 13 EKPC.

Rozstrzygając w sprawach wniosków o zwolnienie z detencji albo wniosków o przedłużenie okresu detencji, sąd powinien mieć na względzie postanowienia art. 3 EKPC, zgodnie z którym nikt nie może podlegać torturom ani niehumanicznemu bądź poniżającemu traktowaniu lub karaniu.

W praktyce stosowania EKPC przykładami „niehumanicznego traktowania” są – z reguły – takie, w których traktowanie tego rodzaju stosowane jest z premedytacją i trwa godzinami albo gdy w rezultacie takiego traktowania jednostka cierpi rzeczywistą szkodę fizyczną albo wielkie cierpienie fizyczne lub umysłowe.

Należy mieć na względzie, że – zgodnie z art. 3 Konwencji i wymogami zawartymi w orzeczeniach ETPC, warunki detencji powinny dawać się pogodzić z poszanowaniem godności ludzkiej.

Traktowanie poniżające oznacza, w szczególności, traktowanie, które rodzi indywidualne odczucia strachu, niepokoju czy nieadekwatności personalnej.

W tym kontekście jednostka nie powinna podlegać deprivacji ani cierpieniu w stopniu większym niż poziom cierpienia nie dający się uniknąć w związku z pozbawieniem wolności, a zdrowie i dobrostan jednostki powinny być gwarantowane, na ile pozwalają praktyczne wymogi reżimu detencji.

Ocena wskazanego poziomu powinna być dokonywana w świetle rzeczywistych okoliczności, a w szczególności, czasokresu niedopuszczalnego traktowania, charakteru fizycznych i umysłowych konsekwencji takiego traktowania. Płeć, wiek i stan zdrowia jednostki podlegającej niehumanicznemu bądź poniżającemu traktowaniu również powinny być brane pod uwagę.

16.

Na wypadek powstania trudności z interpretacją powszechnie uznanych zasad i norm prawa międzynarodowego oraz traktatów międzynarodowych FR, zaleca się, by sądy korzystały z dokumentów i decyzji organizacji mię-

dzynarodowych, włączając w to organy ONZ i jej organizacji wyspecjalizowanych, jak również, by zwracały się do Departamentu Prawnego Ministerstwa Spraw Zagranicznych FR oraz do Ministerstwa Sprawiedliwości FR (np. dla wyjaśnienia kwestii trwania skuteczności traktatu międzynarodowego, listy państw-stron traktatu oraz międzynarodowej praktyki jego stosowania).

17.

Zaleca się Departamentowi Sądowemu SN FR:

– zapewnienie – w koordynacji z przedstawicielem FR w ETPC – by sądy były informowane o praktyce ETPC, zwłaszcza o wyrokach dotyczących FR, przysyłając ich autentyczne teksty i rosyjskie tłumaczenia; – regularne i niezwłoczne zapewnianie sądom autentycznych tekstów i urzędowych przekładów traktatów międzynarodowych FR oraz innych dokumentów prawa międzynarodowego.

18.

Zaleca się Rosyjskiej Akademii Sprawiedliwości, by – sposobiąc się do szkolenia, przeszkalania i ustawicznego szkolenia sędziów i urzędników sądowych – zwracała szczególną uwagę na studium powszechnie uznanych zasad i norm prawa międzynarodowego oraz traktatów międzynarodowych FR, na regularną analizę źródeł prawa międzynarodowego i prawa europejskiego, jak również na publikację niezbędnych podręczników, komentarzy i monografii, a także innych publikacji edukacyjnych, metodologicznych i naukowych.

19.

Zaleca się Kolegiom Sądowym prawa cywilnego i prawa karnego oraz Kolegium Wojskowemu SN FR przygotowanie – wspólnie z Rosyjską Akademią Sprawiedliwości – propozycji uzupełnienia poprzednio przyjętych decyzji Plenum SN FR poprzez właściwe przepisy dotyczące stosowania powszechnie uznanych zasad i norm prawa międzynarodowego oraz traktatów międzynarodowych FR.

W.M.Liebiediew, Prezydent SN FR

W.W.Diemidow, sędzia SN, sekretarz Plenum

Więźniowie polityczni w Azerbejdżanie
Rezolucja 1272/2002 z 24 stycznia 2002 roku
Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy
[w:] HRLJ 2002, t. 23, nr 8–12, s. 467–468

1.

Stając się członkiem Rady Europy, Azerbejdżan dobrowolnie przyjął solidne zobowiązanie, istotne z punktu widzenia prawa międzynarodowego, umocowane w pkt 14.iv.b. Opinii nr 222/2000, a mianowicie co do „zwolnienia bądź zapewnienia nowego procesu tym więźniom, którzy są uważani za <więźniów politycznych> przez organizacje ochrony praw człowieka, zwłaszcza p. Iskandera Gamidowa, p.Alikrama Gumbatowa oraz p.Raqima Gazijewa”. W styczniu 2001 r. Komitet Zagadnień Prawnych i Praw Człowieka wezwano do rekomendacji (Doc. 8919) ponawiającej zainteresowanie 12 członków Zgromadzenia losem więźniów politycznych w Azerbejdżanie.

2.

Władze Azerbejdżanu były świadome tych wymogów przynajmniej od czasu spotkania Komitetu Zagadnień Prawnych i Praw Człowieka, odbytego na Cyprze 22 maja 2000 r., w którym to dniu Komitet przyjął opinię w sprawie wniosku Azerbejdżanu o członkostwo Rady Europy.

3.

Zgromadzenie Parlamentarne wita inicjatywy podjęte przez Sekretarza Generalnego Rady Europy dotyczące powołania 3 ekspertów dla przygotowania poufnej opinii o przypadkach więźniów politycznych w Armenii i Azerbejdżanie. W związku z tym, uważa on za obowiązujące kryteria obiektywne przyjęte dla określenia więźniów politycznych w tych dwóch krajach.

4.

Zgromadzenie uznaje, że do dzisiaj ok.220 domniemyanych więźniów politycznych zostało zwolnionych, włączając w to 6 spośród 17 uznanych za takowych w raporcie ekspertów powołanych przez Sekretarza Generalnego.

5.

Zgromadzenie przyjmuje do wiadomości akty łaski udzielone przez Prezydenta Republiki Azerbejdżanu w dekrete z 29 grudnia 2001 r., poprzez które 57 więźniów zostało zwolnionych, włączając w to 27 uznawanych za więźniów politycznych przez organizacje pozarządowe, ale żadnego spośród tych z węższej listy ekspertów powołanych przez Sekretarza Generalnego.

6.

Zgromadzenie wita gotowość władz azerbejdżańskich w ramach ich zobowiązania podjętego 3 stycznia 2002 r. co do uczestnictwa – w ramach właściwego organu Zgromadzenia – w pracy mającej na celu konkretne rozwiązywanie problemów każdego z domniemanych więźniów politycznych w Azerbejdżanie.

7.

Pomimo tych zachęcających rezultatów, Zgromadzenie oczekuje od Azerbejdżanu wykazania silnej woli politycznej w kierunku rozwiązania problemu w jego całości.

8.

Jeśli chodzi o 3 więźniów wymienionych w Opinii nr 222/2000, Zgromadzenie przyjmuje do wiadomości podjętą przez Prokuratora Generalnego z 26 grudnia 2001 r. decyzję w sprawie przedłożenia ich skazań do ponownego rozważenia przez Trybunał Apelacyjny. Zgromadzenie oczekuje jednak od Azerbejdżanu ponownego rozważenia politycznej przydatności ich zwolnienia, w celu uniknięcia wznowienia napięć z przeszłości. Bardzo poważny stan zdrowia dwóch spośród nich także powinien być wzięty pod uwagę dla przyznania im zwolnienia ze względów humanitarnych.

9.

Zgromadzenie powtarza i podkreśla, że reguły słusznej rozprawy – umocowane w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i wyjaśnione w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – w każdej sprawie muszą być przestrzegane. Zatem, jeśli osoby mają podlegać ponownemu procesowi, jak do tego wzywa Opinia nr 222/2000, należy rozpoczynać od początku śledztwo sądowe. Nadto, osoby oskarżone mają od początku postępowania dysponować pomocą obrońcy według własnego wyboru. Procesy mają mieć charakter publiczny i swobodnie dostępny dla obserwatorów z organizacji międzynarodowych i NGO's.

10.

Zgromadzenie domaga się także zwolnienia pozostałych więźniów politycznych z listy 17 spraw pilotażowych uznanych za takowe przez ekspertów powołanych przez Sekretarza Generalnego(...).

11.

Ponadto, w charakterze gestu dobrej woli, Zgromadzenie domaga się przeglądu spraw tych domniemanych więźniów politycznych, na korzyść których Sprawozdawca Komitetu Zagadnień Prawnych i Praw Człowieka wstawił się u władz podczas jego wizyty w Baku 27–28 grudnia 2001 r.(...).

12.

Zgromadzenie powtarza, że nie może być żadnych więźniów politycznych w żadnym z państw członkowskich Rady Europy.

13.

Zgromadzenie zastrzega sobie prawo do podjęcia wszelkich będących w jego dyspozycji środków właściwych celem przekonania władz azerbejdzańskich do potrzeby zwolnienia bądź ponownego procesu każdego więźnia uważanego za więźnia politycznego, zgodnie z zobowiązaniem zaciągniętym przy okazji przystąpienia kraju.

14.

Zgromadzenie jest zdecydowane do odbywania debat informacyjnych dotyczących domniemanych więźniów politycznych w Azerbejdżanie oraz do oferowania zainteresowanym mediom sposobności nadawania ich w telewizji i radio w całym kraju.

Rekomendacja CM/Rec(2007)7 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie Dobrej Administracji z 20 czerwca 2007 r.

Komitet Ministrów – na podstawie postanowień art. 15/b/ Statutu Rady Europy –

Zważywszy na Rekomendację 1615(2003) Zgromadzenie Parlamentarne, która wzywa Komitet Ministrów do zaprojektowania modelowego tekstu podstawowego prawa jednostki do dobrej administracji oraz jednolitego, wszechstronnego i skonsolidowanego modelowego kodeksu dobrej administracji, opartego w szczególności na Rekomendacji Komitetu Ministrów Nr R(80)2 i rezolucji (77)31 oraz na Europejskim Kodeksie Dobrego Postępowania Administracyjnego (2001 r.), w celu zdefiniowania podstawowego prawa do dobrej administracji, a przez to ułatwienia jego skutecznego urzeczywistniania w praktyce;

Zważywszy na Rezolucję (77)31 Komitetu Ministrów w sprawie Ochrony Jednostki w kontekście Aktów Władz Administracyjnych;

Zważywszy na Rekomendację Nr R(80)2 Komitetu Ministrów dotyczącą Wykonywania Kompetencji Dyskrecjonalnych przez Władze Administracyjne;

Zważywszy na Rekomendację R(81)19 Komitetu Ministrów w sprawie Dostępu do Informacji Posiadanej przez Władze Publiczne;

Zważywszy na Rekomendację R(84)15 Komitetu Ministrów dotyczącą Odpowiedzialności Publicznej;

Zważywszy na Rekomendację R(87)16 Komitetu Ministrów w sprawie Procedur Administracyjnych dotyczących Wielkiej Liczby Osób;

Zważywszy na Rekomendację R(91)10 Komitetu Ministrów w sprawie Komunikowania Stron Trzecim Danych Osobistych Posiadanych przez Władze Publiczne;

Zważywszy na Rekomendację R(2000)6 Komitetu Ministrów w sprawie Statusu Urzędników Publicznych w Europie;

Zważywszy na Re(2000)10 Komitetu Ministrów w sprawie Kodeksów Postępowania Urzędników Publicznych;

Zważywszy na Rekomendację Rec(2002)2 Komitetu Ministrów w sprawie Dostępu do Dokumentów Urzędowych;

Zważywszy na Rekomendację Rec(2003)16 Komitetu Ministrów w sprawie Wykonywania Decyzji Administracyjnych i Sądowych w dziedzinie Prawa Administracyjnego;

Zważywszy na Rekomendację Rec(2004)20 Komitetu Ministrów w sprawie Sądowego Nadzoru nad Aktami Administracyjnymi;

Zważywszy, że celem rady Europy jest osiągnięcie większej jedności między jej członkami;

Zważywszy, że władze publiczne odgrywają kluczową rolę w demokratycznych społeczeństwach, że są one aktywne w licznych sferach; że ich działalność dotyczy praw i interesów osób prywatnych; że ustawodawstwo krajowe i różne instrumenty międzynarodowe, zwłaszcza instrumenty Rady Europy, zapewniają tym osobom pewne prawa w stosunku do administracji; oraz że Europejski Trybunał Praw Człowieka stosował Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności do ochrony osób prywatnych w ich stosunkach z administracją;

Zważywszy, że władze publiczne muszą zapewniać osobom prywatnym pewną liczbę usług oraz wydawać instrukcje i przepisy, oraz że – gdy wymaga się od władz publicznych podjęcia działania – muszą one to czynić w rozsądnym terminie;

Zważywszy, że przypadki złego administrowania, czy to w rezultacie beczynności urzędowej, zwłok w podjęciu działania albo podjęcia działania z naruszeniem urzędowych obowiązków, muszą podlegać sankcjom za pośrednictwem właściwych procedur, które mogą obejmować procedury sądowe;

Zważywszy, że dobra administracja musi być zapewniona poprzez jakość ustawodawstwa, które musi być właściwe i spójne, jasne, łatwo zrozumiałe i dostępne;

Zważywszy, że dobra administracja oznacza, iż usługi muszą odpowiadać podstawowym potrzebom społeczeństwa;

Zważywszy, że w wielu sytuacjach dobra administracja obejmuje osiągnięcie właściwej równowagi między prawami osób bezpośrednio dotkniętych działaniem państwa, z jednej strony, a ochroną interesów wspólnoty jako całości, a zwłaszcza osób słabych lub upośledzonych, z drugiej strony, oraz uznając, że procedury mające chronić interesy jednostek w ich stosunkach z państwem w niektórych okolicznościach powinny chronić interesy innych osób bądź szerszej wspólnoty;

Zważywszy, że dobra administracja stanowi aspekt dobrego rządzenia; że w istocie nie dotyczy rozwiązań prawnych, że zależy od jakości organizacji i zarządzania; że musi to odpowiadać wymaganiom efektywności, wydolności i znaczenia dla potrzeb społeczeństwa; że musi utrzymywać, wzmacniać i zabezpieczać własność publiczną oraz inne interesy publiczne; że musi być zgodna z wymaganiami budżetowymi; oraz że musi przeciwstawiać się wszelkim próbom korupcji;

Zważywszy, że dobra administracja zależy od adekwatnych zasobów ludzkich dostępnych władzom publicznym oraz od jakości i właściwego szkolenia urzędników publicznych;

Zważywszy, że administracja wykonuje swoje prerogatywy władzy publicznej w celu spełnienia wymaganych od niej zadań; że kompetencje te mogą jednak – będąc użyte w niewłaściwy lub ekscesywny sposób – naruszać prawa osób prywatnych;

Zważywszy, iż jest pożądanym kojarzyć różne uznane prawa w stosunku do władz publicznych z prawem do dobrej administracji i wyjaśniać jego treść, idąc za przykładem Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (2000 r.);

Zważywszy, że wymogi prawa do dobrej administracji można wzmocnić poprzez ogólny dokument prawny; że wymogi te wypływają z fundamentalnych zasad rządów prawa, takich jak zasady legalności, równości, bezstron-

ności, proporcjonalności, pewności prawnej, podejmowania działania w rozsądnych terminach, partycypacji, poszanowania prywatności i jawności; oraz że przewidują one procedury służące ochronie praw i interesów osób prywatnych, informowania ich i uzdalniania do partycypacji w przyjmowaniu decyzji administracyjnych;

Zaleca, by rządy państw członkowskich:

- promowały dobrą administrację w ramach zasad rządów prawa i demokracji;

- promowały dobrą administrację poprzez organizację i funkcjonowanie władz publicznych zapewniających wydolność, skuteczność i poszanowanie pieniądza. Zasady te wymagają, by państwa członkowskie:

- zapewniały ustalenie celów i wskaźników wykonania pożądanых w celu regularnego monitorowania i pomiaru stopnia realizacji tych celów przez administrację i jej urzędników publicznych;

- zmuszały władze publiczne do regularnego sprawdzania w ramach prawa, czy ich usługi zapewniane są po właściwych kosztach oraz czy można je zastąpić bądź wycofać;

- zmuszały administrację do poszukiwania najlepszych środków uzyskiwania najlepszych rezultatów;

- prowadziły właściwe wewnętrzne i zewnętrzne monitorowanie administracji oraz działania jej urzędników publicznych;

- promowały prawo do dobrej administracji w interesie wszystkich poprzez przyjmowanie – gdzie to jest właściwe – standardów ustalonych w modelowym kodeksie dołączonym do niniejszej Rekomendacji, zapewniając ich skuteczne urzeczywistnianie przez urzędników państw członkowskich i robiąc wszystko, co jest dozwolone w konstytucyjnej i prawnej strukturze państwa, dla zapewnienia, by samorządy regionalne i lokalne przyjmowały takie same standardy.

**Załącznik do Rekomendacji CM/Rec(2007)7
Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich
w sprawie Dobrej Administracji**

Kodeks Dobrej Administracji

Art. 1 – Zakres

1.

Niniejszy Kodeks umocowuje zasady i normy, które powinny stosować władze publiczne w swoich stosunkach z osobami prywatnymi w celu osiągnięcia dobrej administracji.

2.

Dla celów niniejszego Kodeksu „władze publiczne” należy pojmować jako oznaczające:

a) wszelką jednostkę prawa publicznego jakiegokolwiek rodzaju, w tym państwo, władze lokalne i autonomiczne, zapewniającą usługi publiczne bądź działającą w interesie publicznym;

b) wszelką jednostkę prawa prywatnego spełniającą prerogatywy władzy publicznej odpowiedzialną za zapewnienie usług publicznych bądź działanie w interesie publicznym.

3.

Dla celów niniejszego Kodeksu „osoby prywatne” należy pojmować jako oznaczające jednostki i osoby prawne w rozumieniu prawa prywatnego, które są podmiotem działań władz publicznych.

Dział I:**Zasady dobrej administracji****Art. 2 – Zasada legalności****1.**

Władze publiczne powinny działać zgodnie z prawem. Nie mogą one podejmować środków arbitralnych, nawet podczas wykonywania swych kompetencji dyskrejonalnych.

2.

Powinny one przestrzegać prawa krajowego, prawa międzynarodowego zasad ogólnych prawa rządzących ich organizacją, funkcjonowaniem i działalnością.

3.

Powinny one działać godnie z normami określającymi ich kompetencję oraz procedurami określonymi w dotyczących ich przepisach.

4.

Powinny one wykonywać swoje kompetencje jedynie pod warunkiem, że ustalone fakty i stosujące się prawo dają im tytuł do tego oraz wyłącznie w celu, dla którego zostały one im nadane.

Art. 3 – Zasada równości**1.**

Władze publiczne będą działać zgodnie z zasadą równości.

2.

Powinny one traktować osoby prywatne, które znajdują się w takiej samej sytuacji, w taki sam sposób. Nie powinny one stosować dyskryminacji

pomiędzy osobami prywatnymi na podstawach takich, jak płeć, pochodzenie etniczne, przekonania religijne bądź inne. Wszelka odmienność traktowania powinna być obiektywnie usprawiedliwiona.

Art. 4 – Zasada bezstronności

1.

Władze publiczne powinny działać zgodnie z zasadą bezstronności.

2.

Powinny one działać obiektywnie, mając na względzie jedynie istotne sprawy.

3.

Nie powinny one działać w sposób stronniczy.

4.

Powinny one zapewniać, by ich urzędnicy publiczni wykonywali swe obowiązki w sposób bezstronny, bez względu na ich osobiste przekonania i interesy.

Art.5 – Zasada proporcjonalności

1.

Władze publiczne powinny działać zgodnie z zasadą proporcjonalności.

2.

Powinny one nakładać środki godzące w prawa lub interesy osób prywatnych jedynie tam, gdzie jest konieczne oraz w zakresie wymaganym dla osiągnięcia realizowanego celu.

3.

Wykonując swe kompetencje dyskrecyjne, powinny one utrzymywać właściwą równowagę między jakimikolwiek szkodliwymi skutkami, jakie ich dyskrecyjna kompetencja ma dla praw lub interesów osób prywatnych, a celami, które one realizują. Żadne podejmowanie przez nie środki nie mogą być ekscesywne.

Art.6 – Zasada pewności prawnej

1.

Władze publiczne powinny działać zgodnie z zasadą pewności prawnej..

2.

Nie mogą one podejmować żadnych środków retroaktywnych, chyba że w prawnie usprawiedliwionych okolicznościach.

3.

Nie mogą one naruszać praw nabytych oraz prawomocnych sytuacji prawnych, chyba że jest to bezwzględnie konieczne w interesie publicznym

4.

W niektórych przypadkach może się to okazać konieczne, zwłaszcza tam, gdzie nakładane są nowe obowiązki, dla zapewnienia rozwiązań przejściowych bądź w celu uzyskania rozsądnego czasu dla wprowadzenia w życie takich obowiązków.

Art. 7 – Zasada podejmowania działania w rozsądnym terminie

Władze publiczne powinny działać i wykonywać swoje obowiązki w rozsądnym czasie.

Art. 8 – Zasada partycypacji

O ile podjęcie działania nie jest nagląco wymagane, władze publiczne powinny zapewniać osobom prywatnym sposobność uczestnictwa właściwymi środkami w przygotowywaniu i urzeczywistnianiu decyzji administracyjnych, które dotyczą ich praw lub interesów.

Art. 9 – Zasada poszanowania prywatności**1.**

Władze publiczne powinny wykazywać poszanowanie prywatności, zwłaszcza w związku z przetwarzaniem danych osobowych.

2.

Gdy władze publiczne upoważnione są do przetwarzania danych osobowych lub prowadzenia zbioru danych, zwłaszcza w sposób elektroniczny, muszą one podjąć wszelkie kroki konieczne dla zagwarantowania prywatności.

3.

Normy rządzące ochroną danych osobowych, zwłaszcza jeśli chodzi o prawo dostępu do danych osobowych i zapewnienie rektyfikacji lub usunięcia wszelkich danych, które są nieprecyzyjne albo które nie powinny być rejestrowane, znajdują zastosowanie do danych osobowych przetwarzanych przez władze publiczne.

Art. 10 – Zasada transparentności**1.**

Władze publiczne powinny działać zgodnie z zasadą transparentności.

2.

Będą one zapewniały, by osoby prywatne były informowane, właściwymi środkami, o ich działaniach oraz decyzjach, co może obejmować publikację dokumentów urzędowych.

3.

Będą one szanowały prawa dostępu do dokumentów urzędowych, stosownie do norm rządzących ochroną danych osobistych.

4.

Zasada transparentności nie stoi na przeszkodzie prawnie chronionej tajemnicy.

Dz. II: Normy rządzące decyzjami administracyjnymi**Art. 11 – Definicje****1.**

Dla celów niniejszego Kodeksu „decyzja administracyjna” będą oznaczały regulacyjne bądź nieregulacyjne decyzje podejmowane przez władze publiczne przy wykonywaniu prerogatyw kompetencji publicznych.

2.

Decyzje regulacyjne składają się z norm znajdujących zastosowanie powszechne.

3.

Decyzje nieregulacyjne mogą mieć charakter indywidualny lub inny. Decyzje indywidualne to decyzje adresowane wyłącznie do jednej lub więcej jednostek.

Art. 12 – Inicjatywa w sprawie decyzji administracyjnych

Decyzje administracyjne mogą być podejmowane przez władze publiczne bądź to z ich własnej inicjatywy, bądź też na wniosek osób prywatnych.

Art. 13 – Wnioski osób prywatnych**1.**

Osoby prywatne mają prawo żądania od władz publicznych podjęcie decyzji indywidualnych leżących w ramach ich kompetencji.

2.

Decyzje w odpowiedzi na wnioski do władz publicznych powinny być podejmowane w rozsądnym czasie, który może zostać prawnie ustalony. Należy przewidzieć środki na wypadek braku podjęcia jakichkolwiek tego rodzaju decyzji.

3.

Gdy taki wniosek zostaje wniesiony do władzy nie mającej odnośnej kompetencji, adresat powinien – gdzie to tylko możliwe – skierować go do kompetentnej władzy i powiadomić wnioskodawcę, iż tak uczynił.

Art. 14 – Prawo osób prywatnych do wysłuchania w związku z decyzjami indywidualnymi

Jeśli władza publiczna zamierza podjąć decyzję indywidualną, która w bezpośredni i szkodliwy sposób dotyka praw osób prywatnych, o ile nie została już im zapewniona sposobność wyrażenia ich poglądów, osoby takie powinny – jeśli nie jest to oczywiście zbędne – dysponować sposobnością wyrażenia ich poglądów w rozsądnym czasie oraz w sposób przewidziany przez prawo krajowe, w razie konieczności z pomocą wybranej przez nie osoby.

Art. 15 – Prawo osób prywatnych do zaangażowania w niektórych decyzjach nieregulacyjnych

1.

Jeśli władza publiczna proponuje podjęcie decyzji nieregulacyjnej, która może dotyczyć nieokreślonej liczby osób, powinna ona ustanowić procedury pozwalające na ich uczestnictwo w procesie podejmowania decyzji, takie jak spostrzeżenia na piśmie, przesłuchania, przedstawicielstwo w organie doradczym kompetentnej władzy, konsultacje i badania publiczne.

2.

Osoby zainteresowane takimi procedurami powinny być w sposób jasny informowane o odnośnych propozycjach i dysponować sposobnością pełnego wyrażenia swoich poglądów. Postępowanie powinno mieć miejsce w rozsądnym czasie.

Art. 16 – Udział osób prywatnych w kosztach decyzji administracyjnych

Jeśli wchodzi w grę ponoszenie kosztów przez osoby prywatne na rzecz władz publicznych w związku z decyzjami administracyjnymi, koszty takie powinny być słuszne i rozsądne.

Art. 17 – Forma decyzji administracyjnych

1.

Decyzje administracyjne powinny być sformułowane w sposób prosty, jasny i zrozumiały.

2.

Każda podejmowana decyzja administracyjna powinna być zaopatrzona we właściwe uzasadnienie, określające podstawy faktyczne i prawne, w oparciu o które decyzja jest podejmowana, przynajmniej w sprawach, które dotyczą praw indywidualnych.

Art. 18 – Publikacja decyzji administracyjnych

1.

Decyzje administracyjne powinny być publikowane w celu umożliwienia osobom zainteresowanym tymi decyzjami dysponowania ścisłą i wyczerpują-

ca wiedzą o nich. Publikacja może nastąpić w trybie notyfikacji osobistej albo może mieć charakter ogólny.

2.

Osoby zainteresowane decyzjami indywidualnymi należy osobiście powiadamiać, z wyłączeniem okoliczności wyjątkowych, w których możliwe są jedynie metody publikacji ogólnej. We wszystkich przypadkach należy wskazać procedury apelacyjne, w tym terminy.

Art.19 – Wejście w życie decyzji administracyjnych

1.

Decyzje administracyjne nie powinny mieć skutku retroaktywnego z punktu widzenia daty ich przyjęcia lub publikacji, chyba że w prawie usprawiedliwionych okolicznościach.

2.

Poza przypadkami nagłącymi, decyzje administracyjne nie powinny działać, zanim nie zostaną we właściwy sposób opublikowane.

Art. 20 – Wykonanie decyzji administracyjnych

1.

Władze publiczne będą ponosić odpowiedzialność za wykonanie decyzji administracyjnych wchodzących w zakres ich kompetencji.

2.

Co do zasady, powinien być ustanowiony właściwy system sankcji administracyjnych i karnych, w celu zapewnienia, by osoby prywatne przestrzegały decyzji władz publicznych.

3.

Władze publiczne zapewnią osobom prywatnym rozsądny czas na wykonanie nałożonych na nie obowiązków, poza przypadkami nagłącymi, w których powinny one w sposób należyty stwierdzić przyczyny tego.

4.

Przymusowa egzekucja przez władze publiczne powinna być wyraźnie przepisana prawem. Osoby prywatne podlegające egzekucji decyzji są informowane o procedurze i jej przyczynach. Środki egzekucji przymusowej muszą mieć charakter proporcjonalny.

Art. 21 – Zmiany indywidualnych decyzji administracyjnych

Władze publiczne mogą zmieniać bądź uchylać indywidualne decyzje administracyjne, jeśli jest to konieczne w interesie publicznym, ale czyniąc tak, powinny one mieć na względzie prawa i interesy osób prywatnych.

Dział III: Apelacje

Art. 22 – Apelacje przeciwko decyzjom administracyjnym

1.

Osoby prywatne będą miały tytuł do ubiegania się – bezpośrednio bądź w drodze wyjątku – o nadzór sądowy nad decyzją administracyjną, która bezpośrednio dotyka ich praw i interesów.

2.

Co do zasad, powinny być możliwe – przed nadzorem sądowym – apelacje administracyjne. W niektórych przypadkach mogą one mieć charakter obowiązkowy. Mogą one dotyczyć apelacji co do meritum bądź apelacji co do legalności decyzji administracyjnej.

3.

Osoby prywatne nie powinny doznawać żadnej szkody ze strony władz publicznych w związku z apelowaniem przeciwko decyzji administracyjnej.

Art. 23 – Odszkodowanie

1.

Władze publiczne zapewnią roszczenie osobom prywatnym, które doznają szkód w wyniku bezprawnych decyzji administracyjnych albo niedbalstwa po stronie administracji lub jej urzędników.

2.

Przed złożeniem w sądzie przeciwko władzom publicznym wniosku o odszkodowanie, od osób prywatnych należy najpierw wymagać przedłożenia ich sprawy do zainteresowanej władzy.

3.

Orzeczenia sądów przeciwko władzom publicznym w sprawie odszkodowania tytułem doznanych szkód będą podlegały wykonaniu w rozsądnym czasie.

4.

Gdzie to właściwe, możliwe będzie wszczynanie – przez władze publiczne albo przez szkodliwie dotknięte osoby prywatne – postępowań przeciwko urzędnikom publicznym tytułem osobistym.

Europejskie zasady administracji publicznej; OECD: Wsparcie na rzecz doskonalenia rządu i zarządzania w krajach Europy Środkowej i Wschodniej SIGMA Papers No.27, 1999

Kraje środkowo- i wschodnio-europejskie ubiegające się o członkostwo Unii Europejskiej powinny zreformować swoją administrację publiczną, by sprostać kryteriom przyjęcia z Kopenhagi i Madrytu. Większość obszarów rządowych objętych jest bądź dotkniętych przez *acquis communautaire* (tj. cały zbiór ustawodawstwa Wspólnoty Europejskiej). W różnych dziedzinach *acquis*, zadania i treści reformy jawią się zupełnie jasno. Kraje kandydackie mają transponować ustawodawstwo WE do krajowego porządku prawnego, a następnie zapewnić jego implementację i wykonanie. Trudności i zwłoki wiążą się głównie z procesem i postępowaniem implementacji z uwagi na brak wydolności.

Nie ma żadnego *acquis communautaire* w zakresie ustalania standardów horyzontalnych systemów rządu oraz krajowej administracji publicznej. Zadanie i kierunki reformy administracji publicznej w perspektywie przystąpienia do UE są więc mniej wyraziste. Z biegiem czasu jednak wśród państw demokratycznych ukształtował się generalny consensus co do kluczowych składników dobrego rządu. Składniki te obejmują zasady *rule of law*, pewności (*reliability*), przewidywalności (*predictability*), odpowiedzialności (*accountability*) i jawności (*transparency*), ale też kompetencji technicznej i menadżerskiej, wydolności organizacyjnej oraz partycypacji obywatelskiej. Mimo braku *acquis communautaire*, consensus ten ukształtował zasady administracji publicznej podzielane przez państwa członkowskie UE o różnych tradycjach prawnych i różnych systemach rządu. Z czasem zasady te zostały zdefiniowane i skonkretyzowane za pośrednictwem orzecznictwa sądów krajowych, a następnie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Zasady administracji publicznej podzielane przez państwa członkowskie UE ustalają warunki „Europejskiej Przestrzeni Administracyjnej” (EAS). EPA obejmuje zbiór wspólnych standardów działania w dziedzinie administracji publicznej, które zostały określone przez prawo i zastosowane w praktyce za pośrednictwem procedur i mechanizmów odpowiedzialności. Kraje ubiegające się o członkostwo UE winny brać te standardy pod uwagę w procesie rozwoju swej administracji publicznej. Aczkolwiek EPA nie stanowi uzgodnionego składnika *acquis communautaire*, powinna tym niemniej służyć w charakterze wskazówki dla reform administracji w krajach kandydackich. W państwach członkowskich UE – wespół z zasadami ucieleśnionymi w konstytucji – zazwyczaj są włączane bądź przekazywane za pośrednictwem zbioru ustaw administracyjnych także akty dotyczące postępowania

administracyjnego, akty dotyczące procesu administracyjnego, akty dotyczące wolności informacji oraz ustawy o służbie cywilnej.

Zakres, w jakim dany kraj kandydacki podziela te zasady administracji publicznej i przyłącza się do standardów EPA, stanowi wskazówkę wydolności jego krajowej administracji publicznej w zakresie skutecznej implementacji *acquis communautaire*, stosownie do kryteriów wyjaśnionych przez Radę Europejską w Kopenhadze i Madrycie.(...)

W drugiej części opracowania służba cywilna jest rozważana w szerszym kontekście.(...) Wśród wyciągniętych wniosków znajduje się przekonanie, iż pracownicy cywilni są nie tylko pracownikami, ale też odgrywają rolę konstytucyjną. Nie jest zatem stosownym regulować stosunek między państwem bądź instytucją państwową a jej pracownikami cywilnymi wyłącznie za pośrednictwem prawa pracy.

Członkostwo UE wymaga, by każda dziedzina administracji oraz sektor przemysłu państwa członkowskiego przestrzegał *acquis communautaire*. Jeśli np. krajowy przemysł mleczarski w kraju kandydackim ma przetrwać dzień przystąpienia, musi on spełnić wszelkie wymagania *acquis*. Jeśli nie, przemysł nie będzie zdolny do eksportu swych produktów do innych państw członkowskich. Faktycznie, nie będzie on nawet zdolny do handlu w obrębie swego własnego rynku krajowego.

Instytucje krajowej administracji publicznej państw członkowskich UE zapewniają implementację i wykonanie *acquis communautaire*. By mieć zdolność skutecznego czynienia tego, administracja publiczna kraju kandydackiego musi przyłączyć się do zasad ogólnych dobrego rządzenia i sprostać standardom administracyjnym określonym w ramach UE. Implementacja *acquis* w dziedzinie administracyjnej jest oczywiście sprawą wydolności i zasobów w odnośnym sektorze – ale nie tylko. Ogólne systemy horyzontalnego rządzenia kraju kandydackiego także muszą odpowiadać wymaganiom UE, ponieważ są one kluczowe dla pewności funkcjonowania administracji jako całości, włączając w to obszary *acquis*. Owocna implementacja i wykonanie w oczywisty sposób zależą od horyzontalnych struktur i systemów rządzenia, jak procedury i mechanizmy działań administracyjnych służące zapewnieniu, by działalność pracowników cywilnych szła po linii standardów UE.

Brak ogólnego ustawodawstwa WE stosującego się w dziedzinach administracji publicznej i prawa administracyjnego stanowi problem dla krajów kandydackich. Wymaga się od krajów kandydackich dysponowania systemami administracji oraz instytucjami administracji publicznej zdolnymi do transponowania, implementowania i wykonywania *acquis* zgodnie z zasadą „obowiązkowego skutku” („zobowiązania rezultatu”). Kraje kandydackie muszą spełnić kryteria wymagane dla członkostwa UE, jak zostały one przyjęte przez Radę Europejską w Kopenhadze, Madrycie i Luksemburgu. Nadto, postęp krajów kandydackich mierzony będzie w świetle tych kryteriów. tj. – wedle sformułowania Regularnych Raportów Komisji Europejskiej – w sensie ich „administracyjnej i sądowej zdolności do stosowania *acquis*”, co

w sposób domniemany oznacza, iż ich postęp będzie oceniany w świetle europejskich standardów administracyjnych.

To w tym kontekście opracowanie niniejsze opisuje Europejską Przestrzeń Administracyjną (EPA) jako specyficzny składnik prawa WE. EPA stanowi metaforę o implikacjach praktycznych dla państw członkowskich i obejmującą w sobie, *inter alia*, zasady prawa administracyjnego jako zbiór kryteriów stosowanych przez kraje kandydackie w ich wysiłkach na rzecz osiągnięcia wydolności administracyjnej wymaganej dla członkostwa UE. EPA przedstawia sobą rozwijający się proces wzmagania konwergencji pomiędzy krajowym porządkiem administracyjno-prawnym a praktykami administracyjnymi państw członkowskich. Na konwergencję tę wpływa kilka sił wiodących, jak nacisk ekonomiczny jednostek i firm, regularne i ciągłe kontakty między urzędnikami publicznymi państw członkowskich oraz – na końcu i w sposób szczególny – orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Chociaż konstytucje i późniejsze ustawodawstwo niosą ze sobą ogólne zasady prawne i określają standardy działania administracyjnego, to do sądów – na podstawie orzekania od sprawy do sprawy – należy konkretyzowanie tych standardów, tj. określanie poziomów akceptacji praktyk administracji publicznej. Tradycyjnie standardy działalności administracyjnej były określane i konkretyzowane w obrębie krajowych granic suwerennych państw. Były one produktem krajowych rozwiązań konstytucyjnych, działalności ustawodawczej krajowych parlamentów, decyzji krajowych władz administracyjnych i orzeczeń sądów krajowych. W ramach UE proces ten staje się coraz bardziej ponadnarodowym, a – z punktu widzenia członkostwa – możliwe jest wymaganie podzielanych obowiązkowych standardów administracyjnych, jak zostały one określone na poziomie europejskim, a zatem pośród państw członkowskich, przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

Podkreślanie harmonizacji potencjału standardów administracyjnych nie oznacza jednak stwierdzenia, jakoby instytucje administracyjne miały być homogenicznie ustalane pośród państw członkowskich UE. Ważnym przesłaniem jest, że – niezależnie od rozwiązań krajowych – krajowa administracja publiczna musi uznać zasady i przyłączyć się do standardów, które są podzielane przez państwa członkowskie UE.

Opracowanie niniejsze opisuje zasady prawa administracyjnego określone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, który faktycznie ustala standardy administracji publicznej. Jego cel jest trojaki: po pierwsze, ma ono na celu określić i zapewnić kryteria dające wskazówkę dla reform administracji publicznej w krajach kandydackich; po drugie, zapewnia ono punkty oparcia, w świetle których można oceniać postęp; po trzecie, ostatecznym celem opracowania jest przyjęcie z pomocą krajom kandydackim w sprostaniu kryteriom administracji publicznej wymaganym dla członkostwa UE, a ustalonym w Kopenhadze i Madrycie.

Cz. I: Zasady prawa administracyjnego i Europejska Przestrzeń Administracyjna

1. Zasady prawa administracyjnego

Aczkolwiek pojęcia i koncepcje prawa administracyjnego w systemach krajowych się różnią, możliwe jest uzgodnienie wspólnej definicji prawa administracyjnego jako zbioru zasad i norm stosujących się do organizacji i zarządzania administracją publiczną oraz stosunków między administracją a obywatelami.

Zasady prawa administracyjnego ustalające standardy oraz inspirujące postępowanie pracowników cywilnych zazwyczaj jawią się jako rozproszone pośród różnych części ustawodawstwa o randze od konstytucji po ustawy parlamentarne, a także specyficzne części ustawodawstwa delegowanego, jak też orzecznictwa sądów zajmującego się sporami dotyczącymi administracji publicznej. Jest tak np. w przypadku takich krajów, jak Belgia, Francja, Grecja, Irlandia i Zjednoczone Królestwo. Inne kraje wprowadziły w życie ogólną kodyfikację procedur administracyjnych, która zbiera i próbuje usystematyzować wiele z tych zasad. Tak jest w przypadku Austrii (od 1925 r.), Bułgarii (1979), Danii (1985), Niemiec (1976), Węgier (1957), Holandii (1994), Polski (1960), Portugalii (1991) i Hiszpanii (1958).

Te zasady administracyjne nie są po prostu opartymi na dobrej woli ideami; są one włączone na wszystkich poziomach do instytucji i procedur administracyjnych. Aktorzy sfery publicznej są prawnie zobowiązani do przestrzegania tych zasad prawnych, które muszą być podtrzymywane przez niezależne organy kontrolne, systemy sprawiedliwości i wykonanie sądowe, nadzór parlamentarny, oraz przez zapewnienie sposobności wysłuchania i dochodzenia roszczeń jednostkom i osobom prawnym.

W dziedzinie Europejskiego Prawa Wspólnotowego, Europejski Trybunał Sprawiedliwości określił szereg zasad prawa administracyjnego odwołując się do ogólnych zasad prawnych – w postępującym rozwoju – prawa administracyjnego wspólnych państw członkowskim. Szczególnie istotnymi zasadami ustalonymi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które z kolei wszystkie kraje członkowskie muszą stosować w porządku krajowym wykonując Prawo WE, są m.in.: zasada administracji poprzez prawo; zasady proporcjonalności, pewności prawnej, ochrony prawowitych oczekiwań, niedyskryminacji, prawa do wysłuchania w administracyjnych procedurach decyzyjnych, czasowej pomocy, słusznych warunków dostępu jednostki do sądów administracyjnych, odpowiedzialności pozakontraktowej administracji publicznej.

Gdybyśmy próbowali usystematyzować zasady prawa administracyjnego wspólne dla krajów Europy zachodniej, moglibyśmy rozróżnić następujące grupy:

- 1) pewności i przewidywalności (pewności prawnej);
- 2) otwartości i jawności;
- 3) odpowiedzialności, oraz

4) wydolności i skuteczności.

Z tych zasad można wywieść inne jeszcze zasady.

Zasady prawa administracyjnego i służby cywilnej trudno jest czasem określić. Często zdają się one w danej sytuacji przeczyć jedna drugiej. Skuteczność zda się wchodzić w spór z należyтым procesem; lojalność zawodowa wobec rządu zda się przeciwstawiać integralności zawodowej i neutralności politycznej; decyzje dyskrecjonalne mogą się wydawać sprzecznymi z rule of law itd.

Ten zagmatwany charakter zasad prawa administracyjnego stanowi jeden z powodów, dla których „koncepty blankietowe” są tak powszechnymi w unormowaniach prawa administracyjnego i służby cywilnej. Jest to też jeden z powodów, dla których sądy krajowe i Europejski Trybunał Sprawiedliwości również tak często powołane są do rozstrzygania konfliktów i ciąglego konkretyzowania tych definicji w konstrukcji doktrynalnej, adaptowanej do wymagań czasu.

Jest być może bezużytecznym, a czasem niedopuszczalnym, dążyć do jasnego określenia granic zasad prawa administracyjnego. W sensie stanowienia prawa – gdy taką próbę się podejmuje – zwykle w formie bardzo szczegółowych kazuistycznych rozróżnień, rezultatem ostatecznym będzie często zwiększone pomieszanie. Pomieszanie w tej dziedzinie zazwyczaj rodzi niesprawiedliwość. Nadgorliwe próby zapewnienia szczegółu w normowaniu takich zagmatwanych spraw prowadzą do zrodzenia niepewności i sprzeczności. Sprzeczność i rozbieżności powodują również trudności w aktualizacji tych zasad poprzez negatywny wpływ na wykonywanie prawa. Z perspektywy stanowienia prawa prawdopodobnie mądrzejszym jest odwołanie się do „koncepty blankietowych” z racji ich zdolności do sprostania odmiennym sytuacjom. Z perspektywy postępowania pracowników cywilnych i władz publicznych oparcie się na zdrowym rozsądku i poszukiwaniu inspiracji z ukształtowanej doktryny orzecznictwa byłoby bardziej godne zalecenia.

Pewność i przewidywalność

Szereg zasad i mechanizmów prawa administracyjnego działa na rzecz pewności i przewidywalności – określanych także jako pewność prawna czy bezpieczeństwo prawne – działań i decyzji administracji publicznej. Wszystkie te zasady starają się wykorzenić arbitralność z prowadzenia spraw publicznych.

Rule of Law (Rechtsstaat, Etat de droit) jest wielostronnym mechanizmem służącym pewności i przewidywalności. Zakłada on „administrację przez prawo”. W istocie, rule of law oznacza, że administracja publiczna powinna sprawować swoją odpowiedzialność zgodnie z prawem. Władze publiczne podejmują swe decyzje kierując się ogólnymi normami lub zasadami, stosowanymi bezstronnie wobec każdego, kto wkracza w pole ich zastosowania. Akcent pada na neutralność i powszechność takiego stosowania (zasada niedyskryminacji). Administracja publiczna winna podejmować decyzje zgodnie z ustalonym prawem oraz z ukształtowanymi przez sądy regułami inter-

pretacji, niezależnie od jakichkolwiek innych względów. Rule of law przeciwstawia się arbitralnej władzy, układom oraz innym dewiacjom. Rule of law wymaga ścisłej hierarchii norm prawnych realizowanej przez niezależne sądy, jak też zasady, że władza publiczna w konkretnej decyzji – normalnie rzecz biorąc – nie jest /// wyposażona w kompetencję przeciwstawiania się normom ogólnym ustalonym i opublikowanym.

Relatywizacją stosowania rule of law jest pojęcie kompetencji prawnej. Władze publiczne mogą podejmować decyzje jedynie w sprawach, w których dysponują one jurysdykcją prawną. Kompetencja oznacza w tym kontekście wyrażnie i na mocy prawa nabytą władzę decydowania w danej sprawie czy zagadnieniu interesu publicznego, która zgodnie z prawem nadaje władzy publicznej zdolność nie tylko podejmowania decyzji w takiej sprawie, ale zobowiązuje też ją do przyjęcia odpowiedzialności. Kompetentna władza publiczna nie może abdykować z takiej odpowiedzialności. W tym sensie, jurysdykcja (czy kompetencja) jest równoznaczna z odpowiedzialnością. Pojęcie kompetencji jest stosowane ściśle, tak by decyzja podejmowana przez władzę bez jurysdykcji prawnej była nieważna oraz by była uznawana za nieważną przez sądy.

Pewność i przewidywalność administracji publicznej niekoniecznie musi się kłócić z dyskrecją administracyjną (*freies Ermessen*, *pouvoir discretionnaire*). Dyskrecja i arbitralność to nie jedno i to samo. Decyzje dyskrecjonalne odnoszą się do spraw, w których – w ramach prawnych – decydentowi pozostawia się pewien stopień wyboru. Kompetencje dyskrecjonalne są nadawane organom administracyjnym z szeregu powodów. Dyskrecja nie oznacza bezprawności. Decyzje dyskrecjonalne są konieczne, ponieważ prawo nie może przewidzieć wszelkich okoliczności, jakie mogą się ukształtować w sytuacjach przyszłych. Władze publiczne muszą być wyraźnie upoważnione przez prawo do podejmowania decyzji dyskrecjonalnych. Sądy wypracowały prawną doktrynę dyskrekcji administracyjnej, która obejmuje różne zasady rządzące realizacją dyskrekcji i hamujące ją. Pośród takich zasad znajdują się zasady wymagające od administracji działania w dobrej wierze, kierowania się interesem publicznym w sposób rozsądny, stosowania słusznych procedur, podtrzymywania wymogu równego traktowania, oraz przestrzegania testu proporcjonalności. Innymi słowy, zgodna z prawem dyskrekcja nie może działać bez ogólnych zasad prawa administracyjnego, ponieważ stanowią one pewien rodzaj przeciwwagi *vis-a-vis* kompetencji dyskrecjonalnych przyznanych administracji publicznej.

Inną zasadą działającą na rzecz pewności i przewidywalności jest prawna zasada proporcjonalności. Oznacza ona, że działanie administracyjne powinno być proporcjonalne w stosunku do celu realizowanego przez prawo, nie deprywując obywateli bardziej niż jest to ściśle konieczne dla osiągnięcia tego celu. Proporcjonalność jest upodabniana do rozsądnosci. Oznacza ona również, że byłoby sprzecznym z prawem stosować prawo ściśle tam, gdzie – czyniąc tak – mógłby się pojawić niezamierzony przez prawo rezultat. Może to stanowić nadużycie kompetencji administracyjnych. Proporcjonalność

szczególnie jest istotna w przypadkach przymusowych zarządzeń dotyczących sprzedaży (lub wywłaszczeń), w wyniku których jednostki są pozbawiane praw własnościowych w imię interesu publicznego. Pojęcie proporcjonalności w sposób szczególny było rozwijane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości kierując się linią już ukształtowaną w prawie niemieckim, i wrosło ono w większość europejskich systemów prawa administracyjnego za pośrednictwem prawa WE.

Zasadą działającą na korzyść „administracji przez prawo” jest zasada słuszności proceduralnej. Oznacza ona procedury zabezpieczające akuratne i bezstronne stosowanie prawa, jak też uwagę na wartości społeczne, jak poszanowanie dla osób oraz ochrona ich godności. Konkretnym zastosowaniem słuszności proceduralnej jest zasada prawna, zgodnie z którą nikt nie może być dotknięty w swych prawach i interesach bez zapoznania go z faktami i wchodzącymi w grę zagadnieniami oraz bez wysłuchania w ramach dogodnej po temu procedury. Przynależy również do słuszności powiadomienie zainteresowanych stron o działaniu administracyjnym.

Terminowość w działaniu administracji publicznej silnie wspiera zasady przewidywalności i pewności. Zwłoka administracji publicznej w podejmowaniu decyzji i działań może rodzić frustrację, niesprawiedliwość bądź poważną szkodę, tak dla interesu publicznego, jak i dla interesów prywatnych. Zwłoka wynikać może z nieadekwatnych zasobów bądź z braku rozwiązania politycznego. Często jednak jest ona powiązana z nieskutecznością i niekompetencją pracowników cywilnych. Normy prawne winny wspomagać złagodzenie problemu poprzez ustalenie jasnych terminów, w których należy coś uczynić. Z drugiej strony, służba cywilna – z opartym na względach merytorycznych modelem rekrutacji i zapewnieniem regularnego szkolenia – może zredukować brak kompetencji w ramach administracji publicznej i pracować na rzecz pewności.

Profesjonalizm oraz integralność profesjonalna w służbie cywilnej w jasny sposób służy podporą dla pewności i przewidywalności administracji publicznej. Integralność profesjonalna służby cywilnej opiera się na pojęciach bezstronności i niezawisłości zawodowej. Bezstronność odnosi się do braku stronniczości. W dziedzinie administracji publicznej stronniczość oznacza wykazywanie inklinacji na rzecz danego wyniku w ocenie danej sytuacji, co w konsekwencji powoduje nieusprawiedliwioną bądź niesłuszną szkodę dla interesu powszechnego bądź dla praw innych stron zainteresowanych. Często zawiera ona w sobie najmocniejszy wyraz przesądu czy osądu opartego na złych racjach. Przepisy prawne zakazujące pracownikom cywilnym angażowania się w decyzje dotyczące spraw, w których mają oni osobisty czy nabyty interes, mają na celu wzmocnienie waloru bezstronności.

Utrata niezawisłości zawodowej podsuwa sugestie urzędnikowi, który nie korzysta z niezawisłości w myśleniu i osądzie, blokując właściwe rozważenie sprawy co do meritum. Korupcja, przymus, niekontrolowana ambicja polityczna oraz bezgraniczne pragnienie promocji stanowią częste powody utraty niezawisłości. Korupcja powoduje utratę niezawisłości za cenę bez-

prawnej korzyści. Przymus rodzi utratę niezawisłości za cenę strachu. Ambicja polityczna bądź zachłanność zawodowa może doprowadzić pracowników cywilnych do ulegania pochlebstwom oraz do ślepego spełniania życzeń ich zwierzchników, a nawet do uprzedniego niewłaściwego hamowania ich własnego osądu.

Służba cywilna, której system rekrutacji i promocji oparty jest głównie na patronacie politycznym lub układach bardziej przeszkodzi integralności zawodowej niż system oparty na względach merytorycznych. System służby cywilnej, w którym pracownicy cywilni dysponują specjalnym statutem regulującym ich prawo do postępu kariery, ustalającym w jasny sposób ich prawa i obowiązki, przewidujący słuszny i proporcjonalny, otwarcie ujawniany i należycie uregulowany poziom zarobków, wraz z mądrymi przepisami dyscyplinarnymi, czyni pracowników cywilnych mniej podatnymi na korupcję, przebieg i pochlebstwa, a w konsekwencji przyczynia się w decydujący sposób dla waloru integralności zawodowej. Jak wyżej już stwierdzono, integralność profesjonalna działa na rzecz pewności i przewidywalności administracji publicznej. Należy jednak stwierdzić, że niezawisłość służby cywilnej nie oznacza absolutnego prawa do swobodnego osądu czy opinii. Istnieją standardy zawodowe, których należy przestrzegać oraz normy prawne, którymi trzeba się kierować. Koniecznym jest zapewnienie równowagi między walorem niezawisłości a walorem lojalności wobec kierującego zgodnie z prawem rządu.

Otwartość i jawność

Otwartość sugeruje, że administracja podlega kontroli zewnętrznej, podczas gdy jawność sugeruje, że – badana ściśle – może ona być „prześwietlona” dla celów nadzoru i kontroli. Otwartość i jawność zapewniają, z jednej strony, każdemu dotkniętemu działaniem administracyjnym poznanie jego podstaw, a z drugiej strony, ułatwiają one zewnętrzny nadzór nad działaniem administracyjnym sprawowany przez instytucje kontrolne. Otwartość i jawność są też koniecznymi instrumentami rule of law, równości wobec prawa oraz odpowiedzialności.

Co do zasady, postępowanie administracji publicznej winno być jawne i otwarte. Tylko wyjątkowo sprawy powinny być zachowane w tajemnicy lub poufności, jak sprawy prawdziwie dotyczące bezpieczeństwa narodowego lub temu podobnych zagadnień. Podobnie, dane osobiste nie powinny być ujawniane stronom trzecim.

W rzeczywistości tylko niewiele specyficznych zagadnień dotyczy bezpieczeństwa narodowego. Jednakże władze publiczne wykazują się tendencją do uznawania spraw za poufne częściej niż jest to rzeczywiście konieczne. Warto tu wspomnieć, że – z wyjątkiem Szwecji od końca XVIII wieku – tradycyjnym standardem administracji publicznej była dyskretność i tajemnica. Dopiero od lat sześćdziesiątych naszego stulecia wartość otwartego rządu rozwinęła się w innych demokracjach, i jest ona dziś uznawana za szczególnie ważny standard administracji publicznej. Poprzednio jedynym zastosowa-

niem zasady otwartości w większości demokracji zachodnich była, z jednej s. 19

Zakres, w jakim różne kraje dzielą te zasady prawa administracyjnego, również daje wskazanie co do stopnia kompatybilności między ich systemami administracyjnymi. Innymi słowy, służą one również, z jednej strony, w charakterze przesłanek ściślejszej ich integracji, a z drugiej strony, w charakterze mierników zdolności instytucjonalnych rozwiązań administracji publicznej w danym kraju do implementacji sformalizowanego *acquis communautaire*.

Jednym z głównych elementów składowych administracji publicznej, m.in. właściwych ustaw substancjalnych i proceduralnych, jest służba cywilna. Postępowanie służby cywilnej wzoruje się na tych zasadach prawa administracyjnego jako zasadach kierowniczych i wiążących. Substancjalne i proceduralne ustawy administracyjne, kształtowane według konstytucji krajowych i europejskiego prawa administracyjnego, zapewniają instytucjonalne ramy prawne, w obrębie których władze publiczne i pracownicy cywilni mają postępować w krajach członkowskich UE.

Jednocześnie, wszystkie te elementy, rozwiązania prawne oraz postępowanie aktorów w sferze publicznej społeczeństw europejskich wyznaczają powstającą wspólną europejską przestrzeń administracyjną i polityczną. Zakłada się, że uczestnicy gry w tej dziedzinie przyjmują zbiór zasad, które rzadko mają charakter sformalizowany w ustawach pisanych, nie są usystematyzowane w kodeksie, ale które etycznie i prawnie są wiążące, i które horyzontalnie przenikają wszelkie ustalenia administracji publicznej. Zasady te stanowią to, co nazywamy niesformalizowanym *acquis communautaire*. Ten niesformalizowany administracyjny *acquis communautaire* silnie wpływa na scementowanie powstającej europejskiej przestrzeni administracyjnej oraz na europeizację krajowej administracji publicznej oraz prawa administracyjnego państw członkowskich UE.

Odpowiedzialność

Generalnie rzecz biorąc, odpowiedzialność oznacza, że osoba czy władza musi wyjaśniać i uzasadniać swoje działania drugiemu. Zatem, w prawie administracyjnym oznacza ona, iż każdy organ administracyjny winien być odpowiedzialny za swe działania wobec innych władz administracyjnych, ustawodawczych czy sądowych. Odpowiedzialność wymaga również, by żadna władza nie była wolna od kontroli czy nadzoru ze strony innych władz. Można to osiągnąć wieloma różnorodnymi mechanizmami, włączając w to m.in. nadzór sądowy, apelację do wyższego organu administracyjnego, badanie przez ombudsmana, inspekcję specjalnego organu czy komisji, jak też kontrolę ze strony komisji parlamentarnej. /// Odpowiedzialność służy wykazaniu, czy zasady w rodzaju *rule of law*, otwartości, jawności, bezstronności oraz równości wobec prawa były przestrzegane. Odpowiedzialność jest istotna dla zapewnienia wartości takich, jak wydolność, skuteczność, pewność oraz przewidywalność administracji publicznej.

Szczególną cechą odpowiedzialności w dziedzinie prawa administracyjnego jest to, że jest ona zapewniana przez złożony zbiór sformalizowanych procedur. To nie jest abstrakcyjna odpowiedzialność, lecz bardzo konkretne i prawnie określone sprawy do rozliczenia się za pośrednictwem zbioru bardzo specyficznych procedur. Trudno się dziwić, iż sprawy do rozliczenia się muszą głównie dotyczyć, z jednej strony, tego, na ile zasady ucieleśnione w prawie administracyjnym są honorowane przez pracowników cywilnych i przez władze publiczne, a z drugiej strony, tego, na ile procedury prawne służące kształtowaniu decyzji administracyjnych były przestrzegane.

Dla uczynienia administracji publicznej odpowiedzialną konieczny jest nadzór, by zapewnić, iż organy administracyjne używają swych kompetencji w sposób właściwy, zgodnie z prawem i z zastosowaniem ustalonych procedur. Instytucje i mechanizmy nadzoru służą monitorowaniu i kontrolowaniu działań urzędników publicznych. Celem nadzoru jest ocena, czy organy publiczne wykonują swoje funkcje wydolnie, skutecznie i terminowo, oraz czy zachowane są zasady i procedury ustalane czy to specjalnymi, czy też generalnymi unormowaniami. Innymi słowy, nadzór ma na celu zapewnienie administracyjnej zasady „administracji przez prawo”, ponieważ jest ona istotną dla ochrony tak interesu publicznego, jak też praw jednostek.

Tego rodzaju instytucje i mechanizmy nadzoru mogą przybierać różnorodne formy: sądy, oskarżyciel, ombudsman, rewidenci wewnętrzni i zewnętrzni, inspektoraty, władze ustalające standardy, komisje parlamentarne, media itd.

Krótko mówiąc, wszystkie tego rodzaju mechanizmy i instytucje mają na celu skuteczną realizację rule of law, jawności, odpowiedzialności, wydolności i skuteczności, jako kluczowych w administracji publicznej i służbie cywilnej zasad. Innymi słowy, mają one na celu ochronę praw jednostki, jak również interesu publicznego, poprawiając jakość procesu podejmowania decyzji, a w ostateczności sprzyjając pewności, bezpieczeństwu prawnemu oraz prawowitości administracji publicznej.

Żaden inny współczesny organ czy instytucja społeczna nie ma tak wielu i tak różnorodnych środków nadzoru i kontroli, jak administracja publiczna. Fakt ten jest wyrazem idei szczególnej i delikatnej roli, do odegrania której powołana jest służba cywilna we współczesnych społeczeństwach demokratycznych.

Wydolność i skuteczność

Specyficzny wymiar odpowiedzialności odnosi się do wydolności w sprawowaniu administracji publicznej. Uznanie wydolności za istotną wartość w zakresie administracji publicznej i służby cywilnej jest stosunkowo świeżej daty. W zakresie, w jakim państwo stało się twórcą służb publicznych, pojęcie produktywności wkroczyło do administracji publicznej. Dzisiaj – z racji trudności fiskalnych w wielu państwach – wydolne i skuteczne sprawowanie administracji publicznej w zapewnianiu społeczeństwu służb publicznych podlega coraz intensywniejszym badaniom. Wydolność jest specyficznie me-

nadżerską wartością polegającą w istocie na utrzymywaniu właściwego stosunku między użytymi zasobami a osiąganymi rezultatami.

Zrelatywizowaną wartością jest skuteczność, która u swych podstaw polega na zapewnieniu, by sprawowanie administracji publicznej było owocne w zakresie osiągania celów i rozwiązywania problemów publicznych ustalonych dla niej przez prawo i rząd. Wymaga ona głównie analizy i oceny stosowanej polityki publicznej, oraz oceny, jak są one urzeczywistniane przez administrację publiczną i pracowników cywilnych.

W nowszych konstytucjach zachodnio-europejskich, jak konstytucja hiszpańska (1978 r.), wydolność i skuteczność administracji publicznej zostały włączone do zasad konstytucyjnych, równoległe z bardziej klasycznymi zasadami, jak *rule of law*, jawność i bezstronność. Prawo administracyjne – podobnie – często się odnosi do ekonomii, wydolności i skuteczności (znanych jako „trzy E” – „economy, efficiency and effectiveness” – przyp. tłum.), równoległe z *rule of law*, jako zasadami, które muszą rządzić działaniami i decyzjami administracji publicznej i pracowników cywilnych.

Wydolność jako wartość menadżerska może zdawać się być w konflikcie z *rule of law* i należytą procedurą jako wartościami politycznymi/demokratycznymi. Menadżerowie publiczni często postrzegają procedury prawne jako nieprzyjemne wydolności ograniczenia. Kierowanie się ustalonymi procedurami może przeczyć gospodarnemu wykorzystaniu środków i może negatywnie godzić w relację między kosztami a rezultatami działania administracyjnego.

Konflikt ten rodzi szereg zagadnień. Wiele rozwiązań instytucjonalnych i prawnych stara się zaradzić tej sprzeczności. Pośród rozwiązań instytucjonalnych można wymienić proces przekazywania działalności produkcyjnej sektorowi prywatnemu za pośrednictwem *contracting-out*, z zachowaniem dla administracji publicznej roli w zakresie kształtowania polityki i monitorowania kontraktu. Prawnie rzecz biorąc, wydanie szerokiego i złożonego zbioru praw w sprawie dostaw publicznych rozwinęło się w charakterze składnika prawa administracyjnego. Dyrektywa WE w sprawie dostaw publicznych okazała się ważnym źródłem homogenizacji zasad prawnych w ramach UE.

Prawo Wspólnoty Europejskiej również wymaga wydolnej administracji, zwłaszcza jeśli chodzi o stosowanie dyrektyw i rozporządzeń wspólnotowych. To oznaczało dla kilku krajów członkowskich obowiązek zmodyfikowania części ich krajowych struktur organizacyjnych i administracyjnych oraz sposobów podejmowania decyzji w celu nabrania wydolności i skutecznego wykonywania ustawodawstwa europejskiego oraz – generalnie rzecz biorąc – w celu zapewnienia skutecznego współdziałania z instytucjami Wspólnoty(...).

2. Europejska Przestrzeń Administracyjna

Wyżej wyliczone zasady można znaleźć w prawie administracyjnym wszystkich krajów europejskich. Aczkolwiek administracje publiczne w państwach europejskich są strukturami starymi, podlegały one ciągłemu dostosowywaniu do warunków współczesnych, włączając w to członkostwo UE,

które samo w sobie też podlega rozwojowi. Stały kontakt pomiędzy urzędnikami publicznymi państw członkowskich a Komisją, wymóg rozwijania i implementowania *acquis communautaire* stosownie do ekwiwalentnych standardów pewności w ramach Unii, powstanie w skali europejskiej systemu administracyjnego wymiaru sprawiedliwości, oraz podzielane podstawowe wartości i zasady administracji publicznej – wszystko to prowadziło do pewnej konwergencji administracji krajowych. Opisywano to zjawisko jako „Europejską Przestrzeń Administracyjną”.

Celem niniejszego działu jest wyjaśnienie sił wiodących w kierunku tej wspólnej europejskiej przestrzeni administracyjnej, jak jest ona kształtowana, jakie są standardy administracji publicznej ustalane przez zbiór wspólnych zasad prawa administracyjnego, a wreszcie – jak te standardy mają się zawierać w każdej budowie instytucji podejmowanej w krajach ubiegających się o członkostwo Unii Europejskiej.

Systemy prawne państw członkowskich UE podlegały procesom stałego zbliżania w wielu różnorodnych dziedzinach pod wpływem prawa wspólnotowego, tj. poprzez działalność ustawodawczą instytucji wspólnotowych oraz poprzez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Koncepcje prawa wspólnotowego były wprowadzane do systemów krajowych poprzez bezpośrednio zastosowalne rozporządzenia lub dyrektywy, które najpierw muszą być przeniesione do prawa krajowego. Zarówno rozporządzenia, jak i dyrektywy mają bezpośredni wpływ na systemy administracyjne państw członkowskich i mogą prowadzić do istotnych zmian w zasadach prawnych stosujących się do administracji publicznej w danym specyficznym sektorze polityki.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości może ustalać zasady o charakterze bardziej generalnym, które znajdują zastosowanie nie tylko w pojedynczej substancjalnej dziedzinie prawa. Nadto, w wielu przypadkach to interpretacja odnośnych przepisów prawnych WE przez Trybunał Europejski prowadzi do zmian w sposobie rozumienia zasad prawa administracyjnego w państwie członkowskim.

Pozwala to nam na odnotowanie swego rodzaju europeizacji prawa administracyjnego jako znaczącego elementu najnowszego rozwoju prawnego.

Wszystko to wskazuje na powstanie Europejskiej Przestrzeni Administracyjnej, która dotyczy głównie podstawowych rozwiązań instytucjonalnych, procesów, wspólnych standardów administracyjnych oraz wartości służby cywilnej. Lista ta jest daleka od kompletności, występują też znaczące różnice jakościowe między członkami. Problemy rodzone przez rozbieżności pomiędzy państwami członkowskimi stanowią właśnie jeden z głównych powodów, dla których kształtowaniu instytucji przyznano tak wysoki priorytet w procesie rozszerzania na Europę Środkową i Wschodnią. Kraje kandydackie będą potrzebowały rozwoju swej administracji dla osiągnięcia poziomu pewności Europejskiej Przestrzeni Administracyjnej i dającego się zaakceptować pułapu podzielanych zasad, procedur oraz administracyjnych rozwiązań strukturalnych. Mieści się w tym minimalny standard jakości i pewności administracji publicznej, jaki kraje kandydackie winny osiągnąć.

Trzeba też rozważyć fakt, że integracja UE stanowi proces ewolucyjny (zasada progresji w kształtowaniu UE). Oznacza to, iż kraj winien wykazać się wystarczającym stopniem postępu dla zadowalającego porównania z przeciętnym poziomem państw członkowskich UE. Poziom konwergencji w 1986 r. (gdy Portugalia i Hiszpania dołączały do UE) zmienił się w 1995 r. (gdy Austria, Finlandia i Szwecja dołączały do Unii), i znów będzie on inny w przyszłości, gdy do Unii będą dołączały kraje kandydackie. Oznacza to, iż nie wystarczy dla krajów kandydackich osiągnięcie bieżącego przeciętnego poziomu administracji publicznej w istniejących państwach członkowskich UE. Koniecznym okaże się dla nich osiągnięcie przyszłego przeciętnego poziomu państw członkowskich. Innymi słowy, kraj kandydacki winien być zdolny do wypełnienia luki pomiędzy bieżącym poziomem jakości swej administracji publicznej a jej poziomem w przyszłości, gdy będzie on rzeczywiście do Unii dołączał. Nie wystarczy dla kraju kandydackiego porównywanie się z „najgorszym” państwem, które już jest członkiem Unii. Porównywanie ma być ustalane pomiędzy krajem kandydackim a przeciętnym ze wszystkich państw członkowskich.

Pojęcie Europejskiej Przestrzeni Administracyjnej

Pojęcie Europejskiej Przestrzeni Administracyjnej wzięte jest z bardziej znanych pojęć Europejskiej Przestrzeni Gospodarczej i Socjalnej, szeroko dyskutowanych w ramach konstytucyjnych negocjacji dotyczących UE. Odnosi się ono również do systemu współdziałania sądowego w skali UE, który obejmuje pomoc wzajemną w wykonywaniu prawa oraz pewne zbliżenie w odnośnych dziedzinach prawa.

Wspólna przestrzeń administracyjna – ściśle mówiąc – możliwa jest wtedy, gdy zbiór zasad, norm i unormowań administracyjnych jest jednolicie wykonywany na danym terytorium objętym konstytucją krajową. Tradycyjnie terytorium, na którym prawo administracyjne było stosowane, obejmowało terytorium suwerennych państw. Zagadnienie wspólnego prawa administracyjnego dla wszystkich państw suwerennych zintegrowanych w Unii Europejskiej stanowiło przedmiot debaty – nie zawsze równie intensywnej – od stworzenia Wspólnoty Europejskiej. Jak dotąd, nie ma żadnego wspólnego porozumienia.

Oczywistym jest, że główne konstytucyjne teksty prawne Unii Europejskiej, a mianowicie Traktat Rzymski (1957 r.) i Traktat z Maastricht (1992 r.). Skoro tylko demokratyczny charakter ich nie zapewniają modelu administracji publicznej, jaki miałyby być urzeczywistniane przez kraje członkowskie UE reżimu politycznego zostaje uznany, sprawy rządzenia i administracji publicznej są celowo pozostawione dyskrekcji krajów członkowskich. Zatem, z formalnoprawnego punktu widzenia, kraje członkowskie korzystają z szerokiego zakresu autonomii administracyjnej.

Jak dotąd tylko pewne elementy ewentualnego europejskiego prawa administracyjnego zostały umocowane w podstawowych traktatach Unii Europejskiej oraz we wtórnym ustawodawstwie tworzonemu przez Komisję. Istot-

ne zasady prawa administracyjnego są statuowane w Traktacie Rzymskim, takie jak prawo do nadzoru sądowego decyzji administracyjnych wydawanych przez instytucje WE (art.173) czy obowiązek wyjaśnienia powodów decyzji administracyjnych WE (art.190). Jednakże tylko nieliczne horyzontalne zagadnienia administracyjne stanowiły przedmiot działalności legislacyjnej instytucji europejskich. Sprawy te dotyczyły w głównej mierze zagadnień dotyczących dostaw publicznych, zapewnienia swobodnej konkurencji firm na terytorium UE oraz umożliwienia im składania ofert w którymkolwiek z krajów członkowskich UE, jak też zagadnień dotyczących pomocy państwowej dla przedsiębiorstw, która musi korzystać z upoważnienia i być ściśle monitorowana przez instytucje Unii Europejskiej.

Przeciwnie, jest sporo ustawodawstwa dotyczącego substancjalnych, sektoralnych przepisów prawa administracyjnego, co stanowi to, co jest znane jako *acquis communautaire*. Gdy państwo członkowskie nie przestrzega prawa WE zawartego w dyrektywach i rozporządzeniach, wchodzi w grę istotne konsekwencje prawne. Państwo jest postrzegane jako odpowiedzialne tytułem odpowiedzialności pozakontraktowej za jego bezprawny brak transponowania dyrektywy WE bądź zastosowania rozporządzenia WE. Stanowi to wystarczającą podstawę dla jednostki do pozwania państwa przed sąd celem wynagrodzenia szkody.

Brak formalnego zbioru przepisów regulującego administrację publiczną, jej reguły proceduralne oraz jej rozwiązania instytucjonalne, nie oznacza, iż europejskie ponadnarodowe prawo administracyjne jest bez znaczenia bądź nie jest znane dla państw członkowskich UE. Istnieje wspólny *acquis* kształtowany z zasad prawa administracyjnego, o którym można powiedzieć jako o „niesformalizowanym *acquis communautaire*”, w tym sensie, że nie ma żadnej konwencji formalnej. Może on jednak być wyrazem wspólnego europejskiego ogólnego prawa administracyjnego.

Siły wiodące do konwergencji

Wspólnoty Europejskie, które początkowo obejmowały głównie kształtowanie wspólnego rynku gospodarczego, ewoluowały w kierunku Unii Europejskiej, którą kierują nie tylko interesy gospodarcze, ale coraz bardziej pragnienie zbudowania ściślejszych więzi społecznych i politycznych wśród ludów Europy, jak to było zamiarem sygnatariuszy Traktatu Rzymskiego. Unia Europejska już nie oznacza po prostu wspólnego rynku dóbr i usług.

Cztery wolności ucieleśnione w Traktacie Rzymskim, tj. swobodny przepływ towarów, usług, osób i kapitału, oznaczają, że krajowe administracje publiczne państw członkowskich jako elementy kluczowe w zapewnieniu i urzeczywistnianiu tych wolności, bezpośrednio wywodzonych z Traktatów, mają pracować w sposób, który zapewni skuteczność urzeczywistniania tych Traktatów pod każdym ich względem. Traktaty WE oraz wtórne ustawodawstwo Komisji Europejskiej służące ich implementacji stanowią część krajowego porządku prawnego w państwach członkowskich. Krajowe administracje publiczne oraz sądy krajowe zobowiązane są do stosowania Traktatów oraz

ustawodawstwa wtórnego tworzonego przez Komisję jako „strażnika Traktatów” z taką samą troską, jak gdyby były one rzeczywiście krajowymi.

Wynika stąd, że – aczkolwiek każde państwo członkowskie ma całkowitą swobodę w decydowaniu o sposobach i środkach osiągania rezultatów przewidzianych przez Traktaty oraz ustawodawstwo wtórne WE – w ramach Unii rozwinęły się wspólne środki i zasady. Sytuację taką widzi się w szczególności w dziedzinie zasad prawa administracyjnego. Jest ona jednak mniej widoczna w dziedzinie rozwiązań i struktur administracyjnych i organizacyjnych, a to z racji ogromnej różnorodności form i głębi decentralizacji w różnych państwach członkowskich.

Aktywność ustawodawcza instytucji europejskich jest zatem głównym źródłem wspólnego europejskiego substancjalnego prawa administracyjnego rządzącego państwami członkowskimi UE, ich administracją publiczną, ich sądami, oraz ich obywatelami. To substancjalne prawo administracyjne ma cechę bycia głównie prawem sektoralnym. W pewnym stopniu dotyczy ono zróżnicowanego asortymentu dziedzin polityki, jak swobodna konkurencja w ramach rynku wewnętrznego, telekomunikacja, środowisko, rolnictwo, polityka przemysłowa, nauka i badania, kontrola graniczna itd. To substancjalne prawo administracyjne stanowi *acquis communautaire*, którego poziom kompatybilności z odpowiednimi unormowaniami krajów kandydackich podlega obecnie badaniu i ocenie ze strony Komisji Europejskiej w ramach procesu negocjacyjnego w sprawie przystąpienia.

Innym źródłem zbliżenia administracyjnego jest stała interakcja między urzędnikami państw członkowskich oraz między nimi a urzędnikami Komisji Europejskiej. Te relacje międzyrządowe, które w głównej mierze są relacjami między ludźmi, przyczyniają się do przyspieszenia wspólnego rozumienia tego, jak implementować polityki i rozporządzenia UE na szczeblu krajowym, jak też owocnej wymiany poglądów co do najlepszych praktyk osiągania rezultatów, których osiągnięcie polityki te mają na myśli. Współdziałanie inter-administracyjne jest również jedną z koncepcji wspieranych i wzmacnianych przez Traktat z Maastricht (art.209A). Współdziałanie i wymiana mają za skutek wytworzenie nieformalnej wyrazistej presji w kierunku ukształtowania podzielanych standardów w zakresie sposobu, w jaki krajowa administracja publiczna ma wypełniać swe ponadnarodowe zobowiązania, jak też zapewnienia osiągnięcia rezultatów polityki przewidzianej w Traktatach podstawowych i we wtórnym ustawodawstwie WE. Te relacje międzyrządowe przyczyniają się do przyspieszenia i podzielenia zbioru wspólnych zasad administracyjnych oraz sposobów zarządzania, co z kolei pomaga do wytworzenia podzielanego idealnego modelu roli w zakresie postępowania pracowników publicznych w skali całej Unii. Wspomniane efekty takich relacji międzyrządowych są w znacznym zakresie możliwe, ponieważ zaangażowani w nie urzędnicy zdolni są do rozwijania raczej stabilnej kariery zawodowej w ramach ich własnej krajowej służby cywilnej.

To jednak Europejski Trybunał Sprawiedliwości odgrywa w największym zakresie główną rolę w kształtowaniu wspólnych zasad prawa administracyj-

nego w ramach Unii Europejskiej. Podczas gdy wtórne ustawodawstwo WE jest prawie wyłącznie sektoralne w swym charakterze, orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości prowadzą do refleksji nad i do rozwoju zasad administracyjnych, które są bardziej ogólne w swym charakterze, choćby nawet były ustalane na podstawie „case-by-case”. Faktycznie orzecznictwo Trybunału stanowi główne źródło powszechnego – tj. nie-sektoralnego – prawa administracyjnego w ramach Unii. Trybunał potrzebuje oparcia się na już ustalonych zasadach ogólnego prawa administracyjnego, które zostały stworzone i skonkretyzowane przez krajowe sądy administracyjne państw członkowskich UE. Trybunał – dokonując inwentaryzacji takiego orzecznictwa krajowego – określa i doskonali ogólne zasady administracyjne wiążące dla wszystkich państw członkowskich jako takich, dla ich obywateli, z zastosowaniem prawa WE.

Wreszcie, odnotowuje się zjawisko przenikania prawa WE do krajowych porządków prawnych. Zjawisko to jest zrodzone przez fakt, że byłoby bardzo trudnym wykorzystywanie w danym państwie różnych standardów i praktyk służących stosowaniu prawa krajowego i prawa WE. Progresywnie, instytucje krajowe stosują takie same standardy i wykorzystują takie same praktyki dla stosowania tak prawa krajowego, jak też prawa WE. Fakt ten odgrywa wiodącą rolę dla idei wspólnego prawa administracyjnego rozwijanego wśród państw członkowskich UE. Ten rodzaj „skażenia” praw krajowych przez zasady prawa WE także przyczynia się do ukształtowania Europejskiej Przestrzeni Administracyjnej.

Rola Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w utworzeniu Europejskiej Przestrzeni Administracyjnej

Jak już wspomniano, to Europejski Trybunał Sprawiedliwości wypracował najwięcej z zasad prawa administracyjnego rządzących tym, co można określić jako wspólne europejskie prawo administracyjne. Jest to całkiem naturalne z racji fragmentarycznego charakteru pisanego europejskiego prawa administracyjnego. Traktaty miały służyć jako rama wymagająca dalszego i ciągłego rozwoju. Wiele zagadnień miało służyć normowaniu przez ustawodawstwo wtórne Komisji (dyrektywy i rozporządzenia), które obejmuje głównie dziedziny polityki sektoralnej oraz przez orzecznictwo przedkładane Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości.

Sądy krajowe są powołane do zapewnienia implementacji Traktatów UE i wtórnego ustawodawstwa Komisji. Ponieważ prawo WE musi być interpretowane w sposób jednolity, sądy krajowe powinny – gdy sformułowanie fragmentu ustawodawstwa zda się niejasne – skierować zagadnienie dla potrzeb interpretacji do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (art. 177 Traktatu WE). Przyczyniło się to do prominentnej roli, jaką Trybunał Europejski odgrywa w rozwijaniu wspólnych zasad, ustalając ramy interpretacyjne, którymi winny się kierować sądy krajowe. Można powiedzieć, że dzisiaj istnieje wspólny *acquis* administracyjnych zasad prawnych rozwiniętych przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

Zasady prawa administracyjnego omawiano w dziale poprzednim. W skrócie, zidentyfikowaliśmy główne administracyjne zasady prawne, modelowane stosownie do krajowych ustaw administracyjnych krajów członkowskich UE przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

W latach wcześniejszych Europejski Trybunał Sprawiedliwości pozostawał pod wpływem systemów krajowych pierwotnych państw członkowskich, a zwłaszcza koncepcji płynących z francuskiego prawa administracyjnego. Nie było co prawda nigdy wyłącznego francuskiego wpływu na rozwój prawa WE, a rozwój składu członkowskiego prowadził do dywersyfikacji źródeł inspiracji myślenia prawnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Oznacza to, iż orzeczenia Trybunału nie odpowiadały w sposób szczególny danemu krajowemu podłożu prawnemu, lecz że orzecznictwo to stanowiło raczej kompozycję wpływów płynących z potencjalnie wszystkich członków Unii. Tak np. zasada „administracji przez prawo” brała swe początki od francuskiej „*principe de legalite*”, jak też z niemieckiej koncepcji „*Rechtsstaatlichkeit*”, które są mniej lub bardziej bliskie brytyjskiej koncepcji „*rule of law*”. Warto odnotować, że choćby nawet te trzy pojęcia miały różne korzenie krajowe, prowadzą one dzisiaj do podobnych skutków praktycznych. Koncepcja „słusznej procedury” może być wywodzona z brytyjskiej i niemieckiej tradycji prawnej.

Poziom konwergencji systemów administracyjnych

Dany system administracyjny można oceniać poprzez śledzenie zakresu, w jakim zasady te są rzeczywiście stosowane, tak w formalnych rozwiązaniach prawnych w kraju, jak też w codziennym postępowaniu władz publicznych i pracowników cywilnych. W tym sensie, te ogólne zasady prawa administracyjnego służą w charakterze standardów pozwalających mierzyć pewność administracji publicznej, stopień odpowiedzialności pracowników cywilnych i władz publicznych, mądrość i praktyczną użyteczność procedur kształtowania decyzji administracyjnych oraz podważania ich za pośrednictwem apelacji i dochodzenia roszczeń.

s. 19

Zakres, w jakim różne kraje dzielą te zasady prawa administracyjnego, również daje wskazanie co do stopnia kompatybilności między ich systemami administracyjnymi. Innymi słowy, służą one również, z jednej strony, w charakterze przesłanek ściślejszej ich integracji, a z drugiej strony, w charakterze mierników zdolności instytucjonalnych rozwiązań administracji publicznej w danym kraju do implementacji sformalizowanego *acquis communautaire*.

Jednym z głównych elementów składowych administracji publicznej, m.in. właściwych ustaw substancjalnych i proceduralnych, jest służba cywilna. Postępowanie służby cywilnej wzoruje się na tych zasadach prawa administracyjnego jako zasadach kierowniczych i wiążących. Substancjalne i proceduralne ustawy administracyjne, kształtowane według konstytucji

krajowych i europejskiego prawa administracyjnego, zapewniają instytucjonalne ramy prawne, w obrębie których władze publiczne i pracownicy cywilni mają postępować w krajach członkowskich UE.

Jednocześnie, wszystkie te elementy, rozwiązania prawne oraz postępowanie aktorów w sferze publicznej społeczeństw europejskich wyznaczają powstającą wspólną europejską przestrzeń administracyjną i polityczną. Zakłada się, że uczestnicy gry w tej dziedzinie przyjmują zbiór zasad, które rzadko mają charakter sformalizowany w ustawach pisanych, nie są usystematyzowane w kodeksie, ale które etycznie i prawnie są wiążące, i które horyzontalnie przenikają wszelkie ustalenia administracji publicznej. Zasady te stanowią to, co nazywamy niesformalizowanym *acquis communautaire*. Ten niesformalizowany administracyjny *acquis communautaire* silnie wpływa na scementowanie powstającej europejskiej przestrzeni administracyjnej oraz na europeizację krajowej administracji publicznej oraz prawa administracyjnego państw członkowskich UE.

RECENZJE I OMÓWIENIA

***Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, pod red. Tadeusza Jasudowicza, Michała Balcerzaka, Julii Kapelańskiej-Pręgowskiej, Toruń 2009, ISBN 978-83-7285-484-1**

Due to recent developments, both in international affairs and international law, International Humanitarian Law and its interpretation has gained a paramount importance. Interpretation of IHL is particularly important for the future development of law of armed conflicts and protection of individuals *durante bello*.

International Humanitarian Law is facing today many important questions. These are questions about the role of Security Council and the UN in the law of armed conflicts, especially after the American intervention in Iraq.

There are questions about the concept of “war” and “peace”, which is particularly important recently, when almost no “wars” are declared. Yet, there are still many armed conflicts waging. Lack of declarations of “wars” is caused by the international legal mechanisms¹. Due to such situation, character of terms such as “armed conflict”, “*ius ad bellum*” becomes very important question. Another major issue is the legal character of prohibition of use of force in international law. It concerns its character as *ius cogens* and its effectivity.

Apart from the above, International Humanitarian Law poses important and difficult questions about protection of individuals, both in the time of peace and war, which implies the important question about the relations between IHL and human rights. These are also questions about protection of the children during armed conflicts, the use of child-soldiers, for example during the conflict in Sierra Leone. There is also a question of preventing genocide (Rwanda, Darfur) and another question concerning the use of humanitarian intervention. Generally speaking, many questions concerning the practical effectiveness of the protection of individuals during armed conflicts must be answered.

It occurs, that in view of so many difficult questions, there are very few answers. That stresses the necessity for scientific approach. Sadly, despite the gravity of the above problems, there are not enough publications concerning them.

¹ Such as prohibition to use force and renouncement of war.

The book "*Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*" edited by Tadeusz Jasudowicz, Michał Balcerzak and Julia Kapelańska-Pręgowska not only tries to deal with most difficult problems of the modern IHL, but makes an effort to discuss these issues in interesting and interdisciplinary way. It's also important, that most of the authors not only presents the contemporary problems of IHL, but they also seek to grasp the future development and future problems that IHL may be facing.

The book consists of six sections. First section, entitled *Koncepcja "wojny" i "pokoju"* (*The concept of "war" and "peace"*) deals with problems of terms peace and war. Some authors pose important questions concerning modern regulation of *ius ad bellum* (T.Iwanek), others give some thought to renouncement of war and backing up peace in modern constitutions and international law (O.Cabaj and E.Krzysztofik). First section is concluded by very interesting article about concept of war and peace in its theological aspect written by late Tadeusz Płoski, who died tragically in the accident of the presidential aircraft on 10th april 2010.

Second section concerns the prohibition to use force in international law (*Zakaz użycia siły w prawie międzynarodowym*). This section begins with interesting article about the right to use force and its future developments (P.Daranowski). The prohibition to use force is examined as the *ius cogens* of international law (A.Właż) and as the rule founded in The Charter of United Nations (T.Jasudowicz).

Section number 3 is entitled "*Problemy teorii i filozofii praw człowieka*" (*The problems of theory and philosophy of human rights*). Very important issue in this section is the universal character of human rights (A.Bieńczyk-Missala, M.Piechowiak). Also a diagnosis on effectiveness of the international protection of human rights is made (Ch. Swiniarski). In this section a difficult problem is raised: the problem of humanitarian intervention and its extension (J.Zajadło).

Section 4 concerns the problems of International Humanitarian Law (*Problemy prawa humanitarnego*). The scope of this section is to underline important contemporary issues concerning IHL. The problems are numerous: the rights of the child during war conflicts (P.Jaros), human rights standards as third generation of *ius contra bellum* (R.Fordoński), legal status of private military contractors (A.Szpak), medical personnel protection (M.Lubiszewski) or the minimal humanitarian standards for the time of war and peace (M.Szuniewicz).

Fifth section "*Problemy międzynarodowego prawa karnego*" (International Penal Law Problems) consists of 3 articles. All of them – in some aspects – concern war crimes and crimes against humanity. First one seeks to find important answers in historical treaties (I.Topa), second one concerns the *nullum crimen sine lege* rule in the context of war crimes and crimes against humanity in the jurisdiction of ECHR (M.Balcerzak). The third one underlines the role of Interpol in the pursuit for the responsible for genocide, war crimes and crimes against humanity.

The last-but not least- section 6 is entitled “Varia” and consists of three interesting articles by M.Górzyńska, Z.Kępa and M.Kun-Buczko.

All of the articles grouped in the above sections are very interesting. All of them concern “real” not merely “theoretical” problems facing contemporary IHL. All of them maintain high scientific standard and – are very interesting in the same time. To sum up, the book “*Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*” takes an important place in the discussion about International Humanitarian Law and the problems facing it.

Jakub Czepek (UWM Olsztyn)