

3

2012

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

Komitet Redakcyjny

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

Recenzenci

PIOTR DARANOWSKI, BOŻENA GRONOWSKA, KAROL KARSKI,
GRAŻYNA MICHAŁOWSKA, IRENA RZEPLIŃSKA, ANDRZEJ RZEPLIŃSKI

Redakcja tomu

JAKUB CZEPEK, RADOŚLAW FORDOŃSKI, MACIEJ LUBISZEWSKI

Redaktor wydawniczy

DANUTA JAMIOŁKOWSKA

Projekt okładki

MARIA FAFIŃSKA

Adres Redakcji

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

ISSN 2082-1786

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2012

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. 21,68, ark. druk. 18,25
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. 174

Spis treści

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jakub Czepek , Naruszenie obowiązków proceduralnych w sferze prawa do życia na podstawie spraw przeciwko Polsce	5
Oksana Cabaj, Olga Łachacz , Strasburski standard prawa człowieka do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Implikacje w sferze prawa polskiego.....	15
Tadeusz Jasudowicz , Prawo do poszanowania prywatności osób pozbawionych wolności w Polsce w świetle orzecznictwa strasburskiego	35
Jakub Bartoszewicz , Wolność myśli, sumienia i wyznania w Polsce w świetle orzecznictwa strasburskiego.....	55
Rafał Mizerski , Wolność ekspresji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach przeciwko Polsce.....	73
Tadeusz Jasudowicz , Test celowości w funkcjonowaniu mechanizmu limitacji korzystania z praw człowieka w systemie EKPC	109
Mariusz Lewandowski , Standard adekwatnego i skutecznego śledztwa w rozumieniu orzecznictwa strasburskiego.....	135
Marcin Naruszewicz, Piotr Muraszko , Pojęcie i status embrionu ludzkiego w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – <i>Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV</i>	155

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Martyna Bucholc , Użycie bezzałogowych aparatów latających w sytuacji konfliktu zbrojnego. Wybrane aspekty z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego.....	169
---	-----

MISCELLANEA

Radosław Nojman , Od Pawła Włodkowica do Jana Pawła II. Refleksje na temat wkładu polskiego w rozwój idei i ochrony praw człowieka*.....	183
Maria Rosaria Piccini , La tutela della libertà religiosa nel sistema carcerario italiano alla prova del multiculturalismo.....	211
Martyna Seroka , Odrzucenie ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny – słuszna decyzja czy błąd ustawodawcy?	237
Damian Wąsik , Prawa mniejszości w kontekście systemu sprawiedliwości plemiennej – uwagi na tle prawnokarnym.....	251
Marcin Menkes , Tortury a środki dowodowe w procesie karnym. Sprawa <i>Gäffen v. Niemcy</i>	265

RECENZJE I OMÓWIENIA

Krzysztof Dąbkiewicz, <i>Tymczasowe aresztowanie</i> , Warszawa 2012, (Janusz Struczyński) .	291
--	-----

Contents

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Jakub Czepek , Violation of Procedural Obligations in the Sphere of the Right to Life on the Basis of Cases Against Poland	5
Oksana Cabaj, Olga Łachacz , Strasbourg standards of the right to liberty and security of person. Implications in Polish legal order.....	15
Tadeusz Jasudowicz , The Right to respect for Privacy of Persons deprived of Liberty in Poland in the Light of Strasbourg Case law	35
Jakub Bartoszewicz , Freedom of thought, conscience and religion in Poland in the case law of the European Court of Human Rights.....	55
Rafał Mizerski , Freedom of Expression in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in Cases against Poland.....	73
Tadeusz Jasudowicz , Test of Legitimate Aim in Functioning of the Limitation of Human Rights Mechanism Within the ECHR System.....	109
Mariusz Lewandowski , The Standard of adequate and effective investigation within the meaning of European Court of Human Rights' case-law	135
Marcin Naruszewicz, Piotr Muraszko , Notion and status of human embryo according to the judgment of the Court of Justice of the European Union – <i>Oliver Brüstle v Greenpeace eV</i>	155

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICT

Martyna Bucholc , The use of unmanned aerial vehicles in situation of armed conflict. Selected aspects of the field of international humanitarian law	169
--	-----

MISCELLANEA

Radosław Nojman , From Paulus Vladimiri to John Paul II. Reflections on the Polish contribution to the development of ideas and protection of human rights	183
Maria Rosaria Piccini , Religious Freedom in Italian penitentiary System and the Challenges of multicultural Society	211
Martyna Seroka , Rejection of the Law on The Family Ombudsman – the right decision or mistake of the legislator?.....	237
Damian Wąsik , Minority Rights in the Context of Tribal Justice – Remarks against the Background of Criminal Law	251
Marcin Menkes , Tortures and evidence in criminal proceedings. Case <i>Gäfgen v. Germany</i>	265

BOOK REVIEWS

Krzysztof Dąbkiewicz, <i>Tymczasowe aresztowanie</i> , Warszawa 2012, (Janusz Struczyński) ..	291
---	-----

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Jakub Czepek

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Naruszenie obowiązków proceduralnych w sferze prawa do życia na podstawie spraw przeciwko Polsce

Słowa klucze: obowiązki proceduralne państwa, sprawy przeciwko Polsce, zobowiązania pozytywne, prawo do życia w sprawach polskich, naruszenia proceduralne

1. Wprowadzenie

Prawo do życia zostało sformułowane w artykule 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC)¹. Ma ono fundamentalny charakter dla ochrony praw jednostki. Ponadto, jest to prawo niederogowane w żadnych okolicznościach przewidzianych w art. 15 Konwencji. Zapewnienie ochrony prawa do życia jest szczególnie ważne w kontekście umożliwienia jednostce korzystania z pozostałych praw i wolności.

Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) wielokrotnie podkreślał, że art. 2 stanowi jeden z najbardziej fundamentalnych przepisów Konwencji i nie dopuszcza derogacji na podstawie art. 15 w czasie wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego. Trybunał wielokrotnie podkreślał, że przepisy art. 2 i 3 (które wprowadzają zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania bądź karania) chronią najbardziej fundamentalne wartości społeczeństw demokratycznych, tworzących Radę Europy.²

¹ Artykuł 2 EKPC stanowi:

1. *Prawo każdej osoby do życia będzie chronione przez ustawę. Nikt nie będzie umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądu skazującego za taką karę.*
2. *Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z niniejszym artykułem, jeżeli wynika ono z użycia siły, które jest absolutnie konieczne:*
 - a) *w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawna przemocą;*
 - b) *w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem;*
 - c) *w działaniu podjętym zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania.*

² Np. Wyrok ETPC w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 7.7.1989, nr skargi 14038/88, § 88; zob. także *McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 147.

Trybunał w sprawie *K.-H.W. przeciwko Niemcom* podkreślił też szczególny charakter prawa do życia, zwracając uwagę, że jest ono niezbywalnym atrybutem istoty ludzkiej oraz stanowi nadrzędną wartość w hierarchii praw człowieka.³ Za tą szczególnie doniosłą rolą, jaką jest prawo do życia w systemie ochrony praw jednostki idzie też konieczność zapewnienia mu właściwej i skutecznej ochrony, zarówno w systemie prawa krajowego, jak i w prawie międzynarodowym praw człowieka.

Trybunał, dostrzegając wspomnianą konieczność, bardzo dokładnie rozbudował w swym orzecznictwie zakres zobowiązań pozytywnych państwa w sferze prawa do życia. Jak podkreśla sędzia Costa, pozytywne zobowiązania wynikające z przepisów art. 2 i art. 3 EKPC wyrażają najbardziej fundamentalne wartości ludzkiej cywilizacji: prawo do życia oraz absolutną ochronę fizycznej i psychicznej integralności jednostki. To w tych dwóch obszarach orzecznictwo Trybunału poszło najdalej w zakresie określania zobowiązań pozytywnych Państw-Stron.⁴

Rzeczywiście, zobowiązania pozytywne państwa w sferze tych dwóch artykułów zostały sformułowane w sposób najdokładniejszy i najpełniejszy. W tym zakresie zobowiązania pozytywne państwa można podzielić na te o charakterze materialnym i proceduralnym.

Zobowiązania pozytywne o charakterze materialnym w sferze prawa do życia mają dość szeroki charakter, który nie będzie przedmiotem dalszych rozważań⁵. Wśród ważniejszych z nich należy wymienić obowiązek prawnej ochrony życia, oraz obowiązki legislacyjne państwa.

Celem zbadania obowiązku prawnej ochrony życia, który został sformułowany w art. 2 ust. 1 EKPC, warto odnieść się do orzeczenia w sprawie *Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Trybunał uznał w nim, że art. 2 ust. 1 Konwencji zobowiązuje Państwa-Strony nie tylko do powstrzymania się od celowego i bezprawnego pozbawiania życia, lecz również zobowiązuje państwo do podjęcia odpowiednich środków służących ochronie życia osób znajdujących się pod jego jurysdykcją.⁶ Dotyczy to działań władz, jakich można by od nich oczekiwać w celu uniknięcia realnego i natychmiastowego zagrożenia życia, o którym państwo wiedziało lub powinno było wiedzieć. Trybunał podkreśla jednak, że nie można interpretować tego obowiązku jako nakładającego na państwo niemożliwy lub nieproporcjonalny ciężar.⁷

³ *The right to life is an inalienable attribute of human beings and forms the supreme value in the hierarchy of human rights*, zob. wyrok ETPC w sprawie *K.-H.W. przeciwko Niemcom* z 22.3.2001, nr skargi 37201/97, §96.

⁴ J.P.Costa, *The European Court of Human Rights: Consistency of its case-law and positive obligations*, Speech at Leiden University, 30.05.2008, [w:] NQHR, Vol. 26/3, 2008, s. 452-453.

⁵ Szerzej na temat zobowiązań pozytywnych o charakterze materialnym: J.Czepek, *State's positive obligations under article 2 of the ECHR. Part 1 – material obligations*, [w:] J.Czepek (ed.) *Selected Problems of the European Protection of Human Rights*, Olsztyn 2011, s. 7-37.

⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 28.10.1998, nr skargi 23452/94, §115, zob. także wyrok ETPC w sprawie *L.C.B. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 9.6.1998, nr skargi 23413/94, §36.

⁷ *Ibidem*, §116.

W odniesieniu do zobowiązań legislacyjnych państwa warto zwrócić uwagę na orzeczenia w sprawie *Mahmut Kaya przeciwko Turcji*. Trybunał podkreślił w nim, że pierwsze zdanie art. 2 ust. 1 Konwencji zobowiązuje państwo nie tylko do powstrzymania się przed umyślnym i bezprawnym pobawieniem życia, ale także do podjęcia odpowiednich kroków w celu ochrony osób podlegających jego jurysdykcji. Oznacza to obowiązek przyjęcia skutecznych przepisów prawa karnego odstrasżających od popełniania przestępstw przeciwko osobom. Te przepisy muszą być wsparte mechanizmem prewencji, ścigania i karania ich naruszeń. W pewnych okolicznościach obowiązek ten rozszerza się na pozytywne zobowiązanie państwa do podjęcia prewencyjnych działań operacyjnych chroniących życie jednostki bądź jednostek przed aktami kryminalnymi ze strony innych osób.⁸

Same obowiązki pozytywne o charakterze materialnym nie są jednak wystarczające do zapewnienia właściwej i skutecznej ochrony prawa do życia. Stąd konieczność uzupełniania ich obowiązkami o charakterze proceduralnym. Jak podkreślił sam Trybunał, należy uzupełnić regulacje prawne poprzez zapewnienie należytego ich wykonywania przez krajowe organy ochrony prawa oraz podejmowanie działań prewencyjnych służących wykluczeniu przyszłych zagrożeń, zarówno o charakterze generalnym, jak i konkretnym.⁹

Zobowiązania pozytywne o charakterze proceduralnym uzupełniają ochronę prawa do życia w znaczeniu materialnym. Są to przede wszystkim zobowiązania przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa. Ze standardami skutecznego śledztwa wiążą się obowiązki „kryminalistyczne”¹⁰, takie jak badania balistyczne, badania *post mortem*, oględziny miejsca zdarzenia, ekspertyzy dokumentów itd. Ponadto istotnym obowiązkiem proceduralnym jest prawo najbliższych ofiary do udziału w śledztwie oraz prawo opinii publicznej do informacji o śledztwie i o jego rezultatach. Trybunał bardzo mocno podkreśla wagę zobowiązań proceduralnych. Jest to o tyle zrozumiałe, że prawo do życia pozbawione gwarancji proceduralnych w systemie prawa krajowego, które jest najbliżej jednostki, przestaje być „praktyczne i skuteczne”.

Początkowo ETPC opierał konstrukcję zobowiązań proceduralnych o łączne zastosowanie art. 2 i art. 1 Konwencji, które gwarantują „zapewnienie każdej osobie podlegającej jurysdykcji [państwa] praw i wolności przewidzianych w [...] Konwencji”. W sprawach dotyczących użycia śmiertelnej siły przez służby ETPC podkreślał, że łączne zastosowanie tych

⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Mahmut Kaya przeciwko Turcji* z 28.3.2000, nr skargi 22535/93, § 85.

⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 115.

¹⁰ Zob. szerzej T.Jasudowicz, *Kryminalistyczne aspekty prawa do życia w świetle orzecznictwa strasburskiego*, [w:] A.Bulsiewicz, A.Marek, V.Kwiatkowska-Darul (red.), *Doctrina multiplex veritas una: Księga jubileuszowa ofiarowana profesorowi Mariuszowi Kulickiemu*, Toruń 2004, s. 211 i nn.

dwóch artykułów wymaga istnienia jakiejś formy skutecznego oficjalnego śledztwa, jeśli jednostka została zabita w rezultacie użycia siły.¹¹

Trybunał odszedł jednak od konstruowania obowiązków pozytywnych w oparciu o łączne zastosowania art. 2 i art. 1 EKPC. W sprawie *Kaya przeciwko Turcji*, ETPC uznał, że władze tureckie naruszyły art. 2, bo nie przeprowadziły adekwatnego śledztwa odnośnie do okoliczności towarzyszących śmierci brata skarżącego¹². W sprawie *Calvelli i Ciglio przeciwko Włochom* Trybunał stwierdził, że obowiązki pozytywne wynikające z art. 2 wymagają skutecznego, niezależnego systemu sądowego, pozwalającego zbadać przyczynę śmierci pacjentów znajdujących się pod opieką medyczną oraz pociągnąć do odpowiedzialności osoby winne naruszeń¹³. ETPC oparł oba powyższe obowiązki wyłącznie na art. 2. Obecnie Trybunał podkreśla jedynie, że bada zarzucane naruszenie art. 2 w aspekcie materialnym oraz w jego aspekcie proceduralnym, praktycznie bez angażowania art. 1, który początkowo był niezbędny do konstrukcji zobowiązań pozytywnych o charakterze proceduralnym.

2. Naruszenie obowiązków proceduralnych państwa w sprawach przeciwko Polsce

Badając sprawy o naruszenie artykułu 2 EKPC przeciwko Polsce trudno oprzeć się wrażeniu, że największy problem polskiego wymiaru sprawiedliwości dotyczy właśnie rozmaitych aspektów proceduralnej sfery prawa do życia. Pomimo że skarg z zakresu art. 2 przeciwko Polsce było stosunkowo niewiele, punktem dla nich wspólnym jest piętnowanie proceduralnego aspektu ochrony prawa do życia w sferze art. 2.

W sprawie *Dzieciak przeciwko Polsce* Trybunał zbadał sprawę skarżącego, który został osadzony w areszcie tymczasowym, gdyż istniało uzasadnione podejrzenie, że uczestniczył w handlu narkotykami. Bardzo ważne jest, że już przed aresztowaniem miał on problemy z sercem. Skarżący doznał ataków serca w latach 1993 i 1995. Zarzucał, że jego stan zdrowia pogorszył się po aresztowaniu. Komisja Lekarska kilkakrotnie uznawała, że może on przebywać w areszcie, ponieważ areszt ten posiada oddział szpitalny. Kilkakrotne badania potwierdzone zaświadczeniem lekarskim potwierdziło, że istnieje potrzeba przeprowadzenia operacji skarżącego w Instytucie Kardiologii Warszawa Anin. Skarżący twierdził, że otrzymał zawiadomienie o operacji z Instytutu Kardiologii z opóźnieniem i został

¹¹ Wyrok ETPC w sprawie *Yaşa przeciwko Turcji* z 2.9.1998, nr skargi 22495/93, § 98, *Mahmut Kaya przeciwko Turcji*, § 86, *McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 161.

¹² Wyrok ETPC w sprawie *Kaya przeciwko Turcji* z 19.2.1998, nr skargi 22729/93, § 62.

¹³ Wyrok ETPC w sprawie *Calvelli i Ciglio przeciwko Włochom* z 17.1.2002, nr skargi 32967/96, § 49 i nn.

o nim poinformowany już po upływie wyznaczonego terminu. Następnie skarżący zasłabł na posiedzeniu sądowym. Dnia 22.10.2001 r., nieprzytomny skarżący został zabrany ze swojej celi, a następnie przewieziono w ciężkim stanie do szpitala, gdzie zmarł w dniu 25.10.2001 r.¹⁴

Trybunał w sprawie *Dzieciak* dostrzegł wiele nieprawidłowości w postępowaniu prowadzonym przez prokuraturę. ETPC zwrócił uwagę, że prokuratura nie dołożyła należytych starań, żeby ustalić prawdziwą datę śmierci skarżącego. Według dokumentów znajdujących się w aktach oraz zgodnie z opinią rządu, zgon skarżącego nastąpił 25 października 2001 r., a nie 24 października 2001 r. – jak wskazała prokuratura w swoim postanowieniu.¹⁵ W opinii Trybunału, tego rodzaju uchybienia przy określaniu przebiegu wydarzeń, które mają kluczowe znaczenie i bezpośrednio doprowadziły do śmierci skarżącego, muszą zostać uznane za istotne i mające negatywny wpływ na wszelkie wnioski, do których doszły władze krajowe.¹⁶

W sferze postępowania dowodowego oraz jego jakości i czasu trwania, ETPC dostrzegł również pewne nieprawidłowości. Trybunał uznał, że prokuratura pominęła w ogóle wątpliwości biegłych, które dotyczyły okoliczności trzykrotnego przekładania operacji skarżącego, a których wyjaśnienie w ich opinii pozostawało poza ich kompetencjami. Ta kwestia została podniesiona przez Sąd Rejonowy, który bezwarunkowo przyjął wyjaśnienie przedstawione przez jednostkę penitencjarną, bez krytycznego odnoszenia się do tych informacji. Z kolei samo dochodzenie trwało ponad dwa lata, zanim prokurator zdecydował o jego umorzeniu, a w tym czasie sprawa pozostawała w stanie uśpienia przez ponad dziewięć miesięcy, bo prokuratura czekała na opinię biegłych. W kontekście sprawy, która wymagała szybkiego działania, ten okres należy uznać za kluczowy, ponieważ nie wykazano, aby prokuratura podejmowała jakiegokolwiek kroki, żeby zdyscyplinować biegłych.¹⁷

Mając to na uwadze, Trybunał uznał, że władze nie przeprowadziły rzetelnego i skutecznego śledztwa dotyczącego zarzutu, że śmierć skarżącego została spowodowana przez nieskuteczną opiekę medyczną w trakcie czteroletniego okresu aresztu tymczasowego. Ponadto, pomimo braku spełnienia warunku adekwatności śledztwa, prokuratura nie była w stanie określić, jakie wydarzenia bezpośrednio poprzedzały śmierć skarżącego.¹⁸

Podobne uchybienia Trybunał dostrzegł w sprawie *Mojsiejew przeciwko Polsce*. Sprawa dotyczyła śmierci Huberta Mojsiejewa w tyskiej izbie wytrzeźwień. Przeprowadzone badania pośmiertne wykazały, że przyczyną śmierci było uduszenie. Uprzednio wykazano (w śledztwie prokurator skim – J.C.), że Hubert Mojsiejew w chwili jego przywiezienia do izby wy-

¹⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Dzieciak przeciwko Polsce* z 9.12.2008, nr skargi 77766/01, §6-48.

¹⁵ Ibidem, § 108.

¹⁶ Ibidem, § 109.

¹⁷ Ibidem, § 110.

¹⁸ Ibidem, § 111.

trzeźwień był agresywny i kierował groźby wobec jej pracowników. Został unieruchomiony poprzez przywiązanie go do łóżka wyposażonego w pasy. Pomieszczenie, w którym się znajdował, zostało poddane inspekcji pracownika izby o godz. 7.00 i 7.45. Gdy pracownik izby wszedł do pomieszczenia o godz. 8.45 Hubert Mojsiejew był martwy. Pracownicy izby wytrzeźwień zostali oskarżeni o nieumyślne spowodowanie śmierci. Jednak po 8 latach od śmierci H. Mojsiejewa, sprawa w dalszym ciągu toczyła się przed sądem.¹⁹

Trybunał bardzo często podkreśla szczególny obowiązek władz polegający na dokładnym zbadaniu przypadków śmierci w warunkach detencji lub na skutek użycia siły przez służby.²⁰

W tej sprawie Trybunał dostrzegł cały szereg rozmaitych opóźnień w śledztwie i postępowaniu w okresie, gdy sąd czekał na opinię ekspercką przygotowywaną przez Wrocławską Akademię Medyczną. W kontekście sprawy, która wymaga szybkości, okres ten powinien być uznany za znaczący, zwłaszcza że nie ma okoliczności wskazujących, że sąd podjął działania mające na celu zdyscyplinowanie ekspertów. Sąd nie przesłuchiwał ich, mimo że doszli do istotnych wniosków dotyczących przyczyny śmierci Huberta Mojsiejewa, co było główną podstawą dla uchylenia wyroku przez Sąd Okręgowy w dniu 13 listopada 2007 r. Wreszcie, Trybunał zauważył, że sprawa była ponownie rozpatrywana przez Sąd Rejonowy w Tychach od 13 listopada 2007 r. i wyrok w dalszym ciągu nie został wydany. W konsekwencji, czterech pracowników izby wytrzeźwień zostało oskarżonych o nieumyślne spowodowanie śmierci, jednak tylko w pierwszej instancji zostali oni skazani za narażenie Huberta Mojsiejewa na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia i zostali skazani na dwa lata więzienia w zawieszeniu na dwa lata.²¹

W opinii ETPC istotnym uchybieniem był brak zbadania ciała zmarłego w miejscu gdzie został znaleziony. Brak tego badania uniemożliwił ustalenie czasu śmierci, czyli okoliczności, która była kluczowa i miała bezpośredni wpływ na ustalenie odpowiedzialności każdego z oskarżonych.²²

Mając na uwadze powyższe uchybienia, Trybunał stwierdził, że naruszono proceduralny aspekt prawa do życia poprzez brak zapewnienia odpowiednich procedur, które stanowiłyby skuteczne zbadanie przyczyny śmierci w tej sprawie.²³

Do podobnych wniosków Trybunał doszedł w sprawie *Byrzykowski przeciwko Polsce*, gdzie również doszło do naruszenia zobowiązań proceduralnych w sferze art. 2 Konwencji. Sprawa dotyczyła skarżącego, którego żona miała rozpocząć poród dziecka. Podjęto decyzję o przeprowadzeniu zabiegu

¹⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Mojsiejew przeciwko Polsce* z 24.03.2009, nr skargi 11818/02, § 6-32.

²⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Nikolova i Velichkova przeciwko Bułgarii* z 20.12.2007, nr skargi 7888/03, § 57.

²¹ *Mojsiejew przeciwko Polsce*, § 55.

²² *Ibidem*, § 56.

²³ *Ibidem*, § 57.

cesarskiego cięcia. Rodzącej podano znieczulenie rdzeniowe, w wyniku którego zapadła w śpiączkę. Następnie została przetransportowana na oddział intensywnej opieki medycznej, na którym zmarła w dniu 31 lipca 1999 r. Skarżący złożył zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa w związku ze śmiercią jego żony, wszczął w tej sprawie postępowanie karne, postępowanie dyscyplinarne przeciwko anestezjolog F. M. oraz wniósł pozew odszkodowawczy przeciwko szpitalowi oraz zakładowi ubezpieczeń szpitala. Wszystkie te postępowania w dalszym ciągu się toczyły w roku 2005.²⁴

W odniesieniu do śledztwa, Trybunał zwrócił uwagę, że wchodzące w grę sprawy medyczne mogą być dość złożone, jednak nie usprawiedliwia to w żaden sposób całkowitej długości śledztwa.²⁵ ETPC zauważył też, że władze wciąż odwoływały się do innych toczących się postępowań w sprawie jako usprawiedliwienie ich wstrzymania albo odmowy ich wznowienia. Dowody zebrane w jednym z postępowań mogły być ważne dla decyzji mającej być podjętą w drugim z nich oraz że wynik takiego postępowania mógł oddziaływać na dalsze prowadzenie postępowania, które zostało wstrzymane. ETPC uznał, że decyzje takie mogły być podyktowane rozsądnymi względami, związanymi ze słusznym i skutecznym wymiarem sprawiedliwości. Mając jednak na uwadze czas, jaki upłynął od śmierci żony skarżącego, jak również fakt, że procedury wszczęte dla ustalenia okoliczności jej śmierci raczej przeszkadzały w ogólnym postępowaniu, Trybunał uznał, że nie można stwierdzić, iż procedury stosowane w celu wyjaśnienia zarzutów złej praktyki medycznej owocowały skutecznym zbadaniem przyczyny śmierci w niniejszej sprawie.²⁶

Trybunał zwrócił też uwagę na szczególne okoliczności dotyczące śmierci żony skarżącego w szpitalu. W opinii ETPC takie przypadki śmierci wiążą się ze szczególnymi obowiązkami pozytywnymi państwa, dlatego kluczowe staje się zbadanie wszystkich okoliczności takiej śmierci. Jest to szczególnie ważne, ponieważ znajomość faktów i ewentualnych błędów popełnionych w toku sprawowania opieki medycznej powinna być uzyskiwana szybko celem rozpowszechnienia wśród personelu medycznego danej instytucji, by zapobiegać powtarzaniu się tych samych błędów, a tym samym przyczyniać się do bezpieczeństwa osób korzystających z usług medycznych.²⁷

Problematyka opieki medycznej w kontekście naruszenia obowiązków proceduralnych państwa w polskich sprawach przed ETPC pojawiła się również w sprawie *Jasińska przeciwko Polsce*. Sprawa dotyczyła chorego psychicznie wnuka skarżącej, który został skazany na karę 9 lat pozbawienia wolności. W związku z jego licznymi chorobami psychicznymi lekarz psychiatra przepisał mu silne leki psychotropowe (Amizepin, Perazyna).

²⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Byrzykowski przeciwko Polsce* z 27.06.2006, nr skargi 11562/05, § 4-66.

²⁵ Ibidem, § 115.

²⁶ Ibidem, § 116.

²⁷ Ibidem, § 117.

Pewnego dnia został on znaleziony przez strażnika więziennego po spożyciu większości leków. Pomimo interwencji lekarza nie udało się uratować jego życia.²⁸

W tej sprawie Trybunał przypomniiał, że osoba znajdująca się w warunkach detencji jest szczególnie narażona na zagrożenia dla życia i zdrowia. Ponadto, w przypadku śmierci jednostki umieszczonej w detencji obowiązkiem państwa jest dostarczenie satysfakcjonującego i przekonującego wyjaśnienia dotyczącego okoliczności śmierci jednostki.²⁹

W opinii ETPC, ze strony rządu nie wykazano w przekonujący sposób, jak R.Ch. mógł uniknąć kontroli władz penitencjarnych, aplikując sobie śmiertelną dawkę leków psychotropowych.³⁰ Trybunał stwierdził, że polskie władze penitencjarne dysponowały pełnym arsenałem środków mogących zapewnić, by leczenie było prawidłowo prowadzone w przypadku więźniów cierpiących na zaburzenia umysłowe. Jednak w tej sprawie Trybunał stwierdził oczywisty niedostatek systemu, który pozwolił więźniowi odbywającemu swoją pierwszą karę więzienia, kruchemu psychicznie, z pogarszającym się stanem zdrowia, gromadzić leki bez wiedzy personelu, mającego nadzorować jego leczenie, i przyjąć śmiertelną dawkę leków psychotropowych w celu popełnienia samobójstwa.³¹

3. Wnioski

Orzecznictwo strasburskie w sprawach polskich dotyczących zarzutów naruszenia art. 2 EKPC wydaje się dość skromne. Nie sposób porównywać ilości skarg o naruszenie prawa do życia ze skargami o naruszenia prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 EKPC) czy prawa do słusznego procesu (art. 6 EKPC). Mimo jednak dość skromnego dorobku orzeczniczego ETPC w tym zakresie, można wywieść z niego pewne istotne wnioski.

Przede wszystkim, mając na uwadze powyższe sprawy trudno nie zwrócić uwagi na widoczne niedostatki polskiego wymiaru sprawiedliwości w sferze proceduralnego aspektu prawa do życia. Trybunał wielokrotnie podkreślał ogromną wagę prawa do życia oraz doniosłą rolę, jaką pełni art. 2 w zakresie zapewniania ochrony innym prawom chronionym w EKPC. Dlatego też wszystkie przypadki pozbawienia czy utraty życia powinny zostać poddane szczegółowemu dochodzeniu ze strony władz krajowych. Brak adekwatnego i skutecznego śledztwa w tym zakresie będzie rodził obowiązki po stronie państwa. Jak wskazują przywołane powyżej sprawy dotyczące

²⁸ Wyrok ETPC w prawie *Jasińska przeciwko Polsce* z 1.06.2010, nr skargi 28326/05 § 5-35.

²⁹ Zob. np. *Mojisiejew przeciwko Polsce*, § 62.

³⁰ Wyrok ETPC w prawie *Jasińska przeciwko Polsce*, § 75.

³¹ Ibidem, § 77.

naruszenia art. 2 przez Polskę, istnieją pewne niedostatki proceduralne w polskim wymiarze sprawiedliwości, co jest zwłaszcza widoczne w sprawie *Byrzykowski przeciwko Polsce*³².

Wątpliwości budzi również brak skutecznej opieki nad jednostką w warunkach detencji, co podkreślają sprawy *Dzieciak, Mojsiejew i Jasińska*. Liczba tych spraw oraz stwierdzone w nich przez Trybunał naruszenie prawa do życia w jego aspekcie proceduralnym powinno stanowić zdecydowany sygnał i wskazówkę dla władz krajowych, zwłaszcza że ETPC wielokrotnie podkreślał, że osoba przebywająca w warunkach detencji jest szczególnie narażona na wszelkiego rodzaju zagrożenia dla jej życia i każdy przypadek takiej śmierci powinien być poddany dokładnej analizie.

Ponadto, dotychczasowe orzecznictwo ETPC dotyczące spraw pozbawienia życia nawet przed przystąpieniem Państwa-Strony do Konwencji wskazuje na to, że w sprawach dotyczące historycznych spraw pozbawienia życia Trybunał również wymaga od władz państwowych pełnego wyjaśnienia przyczyn pozbawienia życia, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie wypełniono obowiązków proceduralnych państwa. Podkreślają to wyroki ETPC w sprawach *Pastor i Ticlete przeciwko Rumunii*³³ czy *Stowarzyszenie 21.12.1989 przeciwko Rumunii*³⁴.

W takiej sytuacji, w sprawach głośnych zabójstw w Polsce z ostatnich kilkunastu lat, władze państwowe wielokrotnie zdawały się uchybiać wyrażonym przez Trybunał standardom adekwatnego i skutecznego urzędowego śledztwa. Wystarczy tutaj wspomnieć sprawę zabójstwa Krzysztofa Olewnika, czy gen. Marka Papały. Ponadto, można przytoczyć zbliżoną do sprawy *Stowarzyszenie 21.12.1989 przeciwko Rumunii*, sprawę śmierci górników w kopalni „Wujek”. W tego rodzaju sprawach na państwie spoczywa szereg szczególnych obowiązków proceduralnych i można domniemywać, że ETPC w opieszałości polskiego wymiaru sprawiedliwości dostrzegłby również uchybienia proceduralnych aspektów art. 2.

VIOLATION OF PROCEDURAL OBLIGATIONS IN THE SPHERE OF THE RIGHT TO LIFE ON THE BASIS OF CASES AGAINST POLAND

Key words: state's procedural obligations, polish cases, positive obligations, right to life in polish cases, procedural violations

Summary

The right to life is the most fundamental of all human rights enshrined in European Convention on Human Rights. The protection of this right conditions enjoyment of other

³² Wyrok ETPC w sprawie *Byrzykowski przeciwko Polsce*, §118.

³³ Wyrok ETPC w sprawie *Pastor i Ticlete przeciwko Rumunii* z 19.04.2011, nr skargi 30911/06, 40967/06.

³⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Stowarzyszenie 21 grudnia 1989 przeciwko Rumunii* z 24.05.2011, nr skargi 33810/07.

rights and freedoms. This is the reason why it is particularly important to guarantee practical and effective protection of the right to life, enshrined in article 2 of the Convention.

To provide more effective protection of the right to life, European Court of Human Rights (ECHR) recognizes both, material and procedural aspect of this right. In the sphere of procedural aspect, The Court had formulated very wide scope of positive obligations resting upon States parties. Such complete and wide scope of positive procedural obligations, on the one hand, guarantees protection of an individual from potential threats to life, on the other hand, it obliges states to examine all circumstances concerning death, for example it sets an obligation to conduct adequate and effective official investigation.

There are very few cases against Poland concerning violation of article 2. It would be difficult to require ECHR to express a complex and full opinion on polish judiciary system. However, it doesn't mean that no conclusions can be made. Polish cases very often concern procedural violation of article 2. It is particularly often caused by negligence of polish courts examining cases of death and proper punishing of persons responsible for violation. It is also noticeable that the ECHR very often decides that the State didn't fulfill its obligation to conduct adequate and effective investigation.

Oksana Cabaj, Olga Łachacz

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Strasburski standard prawa człowieka do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Implikacje w sferze prawa polskiego

Słowa kluczowe: prawa człowieka, prawo do wolności i bezpieczeństwa, standard Rady Europy, pozbawienie wolności, areszt, detencja, polski porządek prawny i praktyka

1. Wprowadzenie

Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego jest jednym z fundamentalnych praw człowieka. W dużej mierze warunkuje ono korzystanie z innych praw i wolności, których realizacja mogłaby być zagrożona bez zagwarantowania wolności i bezpieczeństwa osobistego.

Antecedencji wprowadzenia ochrony wolności i bezpieczeństwa osobistego można doszukiwać się w odległych czasach¹. Obecnie odnośne uregulowania prawne odnajdziemy w najważniejszych konwencjach międzynarodowych, zarówno o zasięgu powszechnym, jak i tych regionalnych. Dodatkowo, jako jedno z fundamentalnych praw człowieka, którego poszanowanie jest gwarantowane w demokratycznych państwach, jest często normowane konstytucyjnie.

Na gruncie Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 roku (dalej: EKPCz lub Konwencja), pojęcie „wolność” ma związek ze swobodą przemieszczania się. Chodzi tu o wolność fizyczną lub też tzw. wolność lokomocyjną, ale nie w powiązaniu z prawem do swobodnego poruszania się i swobodnego wyboru miejsca zamieszkania. A zatem nie jest to znaczenie „wolności” nadane temu słowu w Protokole dodatkowym nr 4 (art. 2) do Konwencji. Jak zauważa P. Hofmański, może ona być definiowana jako „wolność od osadzenia w miejscu izolacji”,

¹ Na temat rodowodu tego prawa zob. P. Hofmański, *Artykuł 5, [w:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I: Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 155.

zaś bezpieczeństwo osobiste „powinno być odczytywane jako gwarancja, że nikt nie zostanie pozbawiony wolności arbitralnie”². Tak rozumiane, na gruncie art. 5 ust. 1 EKPCz – „wolność” i „bezpieczeństwo osobiste” – muszą być postrzegane łącznie, co oznacza, że samodzielnie nie stanowią podstawy normatywnej. Cały bowiem sens prawa do bezpieczeństwa osobistego, zgodnie z orzecnictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz lub Trybunał), wiąże się z zapewnieniem ochrony przed arbitralnym pozbawieniem wolności i to też jest, w Konwencji, zasadniczym celem art. 5³.

Mimo że prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego stanowi jedno z podstawowych praw człowieka i zarazem fundament demokratycznego państwa prawa, to – w praktyce państw członkowskich Rady Europy – często dochodzi do jego naruszeń. Świadczy o tym, między innymi, istotnie rozbudowane orzecznictwo Trybunału dotyczące art. 5 Konwencji.

Opracowanie ma na celu ukazanie standardu prawa człowieka do wolności i bezpieczeństwa osobistego uregulowanego w EKPCz oraz uzupełnionego przez bogate orzecznictwo strasburskie. Trybunał, reagując na przypadki naruszeń art. 5 będące wynikiem błędów interpretacyjnych lub wadliwych rozwiązań systemowych, nie tylko stwierdzał liczne naruszenia prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, ale dokonał daleko idącej konkretyzacji tego prawa, rozszerzając zakres stosowania art. 5⁴. W dalszej części opracowania dokonano analizy procesu urzeczywistniania w Polsce tak ukształtowanego standardu prawa człowieka do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Rozważając implikacje tego standardu w sferze prawa polskiego, należy zauważyć, że mimo wprowadzenia stosownych reform ustawodawstwa wewnętrznego, Polska wciąż zalicza się do czołówek państw, które mają problem z zagwarantowaniem poszanowania prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Dlatego należy poszukiwać odpowiedzi na pytania: dlaczego Polska przegrywa sprawy z art. 5 EKPCz; co najczęściej, w sprawach przeciwko Polsce, jest piętnowane przez Trybunał; co należy zmienić, w prawie i praktyce, aby nie dochodziło w Polsce do naruszeń art. 5 Konwencji.

² Ibidem, s. 158.

³ *Altun p. Turcji* z 1.6.2004, skarga nr 24561/94, §57; *Bozano p. Francji* z 18.12.1986, skarga nr 9990/82, §54; *Lukanov p. Bułgarii* z 20.3.1997, skarga nr 21915/93, §41; *Włoch p. Polsce* z 19.10.2000, skarga nr 27785/95, §109.

⁴ Zob. O. Cabaj, O. Łachacz, *Artykuł 5. Prawo do wolności i bezpieczeństwa*, w: *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach polskich*, red. T. Jasudowicz, J. Bartoszewicz, R. Fordoński, Olsztyn 2012, s. 125 – 278.

2. Standard prawa człowieka do wolności i bezpieczeństwa osobistego na gruncie EKPCz oraz orzecznictwa strasburskiego

Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego zostało uregulowane w najważniejszych traktatach międzynarodowych dotyczących prawa człowieka⁵, ale jedynie w EKPCz, w ust. 1 art. 5, zamieszczony został katalog dopuszczalnych ingerencji w to prawo. Katalog ten, jak wielokrotnie podkreślał Trybunał, jest zamknięty i musi być interpretowany w sposób ścisły⁶. Tak więc, z wyjątkiem przypadków wskazanych w Konwencji, pozbawianie człowieka wolności jest zakazane w państwach członkowskich Rady Europy.

W dalszej części art. 5 (w ust. 2-5) określone zostały materialno-prawne ograniczenia ingerencji w prawo do wolności, które muszą być określone przez prawo krajowe państwa – strony Konwencji. Taką płaszczyzną unormowania jest, zawarta w ust. 2, gwarancja powiadomienia osoby, w zrozumiałym dla niej języku, o przyczynach zatrzymania lub aresztowania i stawianych jej zarzutach. Następnie, w ust. 3, przewidziane zostało prawo zatrzymanego lub aresztowanego do bycia niezwłocznie postawionym przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez ustawę do wykonywania władzy sądowej i prawo bycia sądzonym w rozsądnym terminie albo zwolnionym na czas postępowania. Z kolei ust. 4 gwarantuje prawo do bezwzględnej, sądowej, kontroli legalności pozbawienia wolności, a ust. 5 prawo do odszkodowania za niezgodne z art. 5 zatrzymanie lub aresztowanie.

W swoim orzecznictwie ETPCz sformułował wiele istotnych wniosków i, tym samym, rozbudował warstwę normatywną art. 5. Rozpatrując konkretne sprawy, Trybunał nie tylko rozstrzyga szczegółowo o tym, kiedy państwo spełnia warunki określone w poszczególnych ustępach art. 5, ale też ocenia, czy postępowanie organów krajowych jest zgodne z celem art. 5, który sprowadza się do ochrony człowieka przed arbitralnym pozbawieniem wolności. Wreszcie wyjaśnia również, że poszczególne pojęcia występujące w konwencyjnej regulacji prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, jak np. „alkoholik”, powinny być rozumiane w świetle przedmiotu i celu art. 5.

Rozważając formy, jakie może przybierać pozbawienie wolności, Trybunał stwierdził, że ocena, kiedy mamy do czynienia z pozbawieniem wolności (a nie np. ograniczeniem), zależy zawsze od okoliczności sprawy. W stosownym rozstrzygnięciu, decydujące są głównie: rodzaj, czas trwania

⁵ Por. m.in.: art. 3 i 9 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka; art. 9, 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych; art. 31 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców; art. 6 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów 1981; art. 7 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka. Zob. *Prawa człowieka*, oprac. i przekł. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993.

⁶ *Ciulla p. Włochom* z 22.02.1989, skarga nr 11152/84, § 41; *Włoch p. Polsce*, op. cit., § 108.

restrykcji, ich nasilenie i skutki⁷. Przykładowo, jako pozbawienie wolności Trybunał zakwalifikował osadzenie skazanego na odizolowanej części wyspy przy jednoczesnym poddaniu go stałemu nadzorowi policji⁸. Za równoznaczne z pozbawieniem wolności ETPCz uznał także zbyt długie przetrzymywanie cudzoziemców oczekujących na rozpatrzenie wniosku o azyl w strefie tranzytowej lotniska, które spowodowało przekształcenie ograniczenia wolności w jej pozbawienie⁹. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w przepisach art. 5 przewidziano kilka form pozbawienia wolności (zatrzymanie, aresztowanie, aresztowanie prewencyjne czy detencja w zakładzie psychiatrycznym), a zatem pozbawienie wolności w toku postępowania karnego w poszczególnych państwach–stronach Konwencji może przybierać różne formy i nazwy. Stąd pojęcia zastosowane w EKPCz mają charakter autonomiczny i nie należy ich utożsamiać z pojęciami występującymi w porządkach prawnych poszczególnych państw, tudzież z „zatrzymaniem” lub „aresztowaniem” na gruncie polskiego prawa karnego procesowego.

W literach a – f, ust. 1 art. 5 EKPCz, określone zostały wyjątki od obowiązku poszanowania wolności osobistej, które to mogą zachodzić kumulatywnie¹⁰. Za to istotne jest, aby pozbawienie wolności przez cały czas odpowiadało przynajmniej jednemu z przypadków określonych w ust. 1. W pierwszym z takich przypadków chodzi o sytuację „zgodnego z prawem pozbawienia wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd”. Wymóg „zgodności z prawem” odnosi się do prawa krajowego i zawiera w sobie warunek dochowania „trybu przewidzianego przez prawo”¹¹. Należy tu pamiętać, że rola Trybunału sprowadza się również do badania zgodności krajowego prawa materialnego i procesowego z postanowieniami Konwencji, w tym także z celem art. 5. Konsekwencją tego jest silne oddziaływanie Konwencji na prawo wewnętrzne jej państw–stron¹². Trybunał kilkakrotnie sprecyzował, kiedy spełnione są wymogi „skazania przez właściwy sąd”. Przede wszystkim, jeśli chodzi o „skazanie” elementem koniecznym jest orzeczenie przypisujące sprawcy winę¹³. Dlatego, jako takie, nie może być kwalifikowane orzeczenie środka tymczasowego lub prewencyjnego¹⁴ (gdy jeszcze nie rozstrzygnięto o winie) ani wyrok nakazujący umieszczenie niepoczytalnego sprawcy w zakładzie zamkniętym (gdy nie ma możliwości przypisania winy)¹⁵. Wreszcie, pozbawienie wolności musi być następ-

⁷ *Guzzardi p. Włochom* z 6.11.1980, skarga nr 7367/76, § 92.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Amuur p. Francji* z 25.6.1996, skarga nr 19776/92, § 42-49.

¹⁰ *Eriksen p. Norwegii* z 27.5.1997, skarga nr 17391/90, § 76.

¹¹ *Nowicka p. Polsce* z 3.12.2002, skarga nr 30218/96, § 58.

¹² W Polsce, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania, EKPCz stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana.

¹³ *Guzzardi*, op. cit., § 100.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Wyjątkiem jest sprawa *X p. Zjednoczonemu Królestwu* z 5.11.1981, skarga nr 7215/75, § 39. Orzeczenie środka izolacyjnego o charakterze leczniczym podlega ocenie na gruncie art. 5 ust. 1 lit. e (zob. *Herczegfalvy p. Austrii* z 24.9.1992, skarga nr 10533/83, § 62 i n.).

stwem czy też rezultatem skazania (nastąpić „w wyniku skazania”)¹⁶. Jego podstawą nie musi być konieczność „orzeczenie” sądu, a na przykład może ono być wynikiem decyzji sądu w przypadku decyzji o odwołaniu przedterminowego zwolnienia¹⁷. Ważne jest, aby spełniony został wymóg skazania przez „sąd” – a więc, jak sprecyzował Trybunał, przez organ niezależny od stron i władzy wykonawczej, który zapewnia odpowiednie gwarancje proceduralne¹⁸. Stąd w kilku sprawach przeciwko Polsce ETPCz potwierdził, że nie może to być prokurator, ponieważ nie zaopatrzony w atrybut niezależności i bezstronności, będąc organem oskarżycielskim i pełniąc funkcje śledcze, nie wypełnia odpowiednich gwarancji¹⁹.

Kolejne dwa przypadki, w których możliwe jest pozbawienie wolności na gruncie ust. 1 art. 5, dotyczą zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w sytuacji „niepodporządkowania się wydanemu zgodnie z prawem orzeczeniu sądu lub w celu zapewnienia wykonania określonego przez prawo obowiązku” (lit. b) oraz „w celu postawienia przed właściwym organem w związku z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia czynu zagrożonego karą lub jeśli jest to w sposób uzasadniony uznane za konieczne dla zapobieżenia popełnieniu takiego czynu albo uniemożliwieniu ucieczki po jego dokonaniu” (lit. c). W pierwszej sytuacji pozbawienie wolności może być spowodowane odmową stawienia się na wezwanie sądu jako świadek w procesie karnym lub poddania się przymusowemu badaniu albo niewykonaniem konkretnego obowiązku wynikającego z ustawy. Przy tym, w kilku sprawach, w których zarzucano naruszenie ust. 1 lit. b, Trybunał uznał, że celem pozbawienia wolności nie może być ukaranie za wcześniejsze zachowanie²⁰ albo zagwarantowanie wykonania określonego obowiązku w przeszłości²¹. Z kolei, na podstawie ust. 1 lit. c, osoba może zostać zatrzymana lub aresztowana jedynie w związku z prowadzonym postępowaniem karnym (chodzi o tzw. zatrzymanie prewencyjne)²² i tylko w celu postawienia osoby przed właściwym organem (*legal authority*), ze względu na wymienione wyżej podstawy. Jak stwierdził ETPCz, o przypadku „uzasadnionego podejrzenia” popełnienia czynu zagrożonego karą może być mowa, jeżeli istnieją fakty bądź informacje o faktach, które w wystarczającym stopniu

¹⁶ *Monnell i Morris p. Zjednoczonemu Królestwu* z 2.3.1987, skargi nr 9562/81, 9818/82, § 36 i B. p. Austrii z 28.3.1990, skarga nr 11968/86, § 38.

¹⁷ P. Hofmański, op. cit., s. 166.

¹⁸ *De Wilde, Ooms i Versyp p. Belgii* z 18.6.1971, skargi nr 2832/66, 2835/66, 2899/66, § 78; *Ringeisen p. Austrii* 16.7.1971, skarga nr 2614/65, § 95; *Engel i in. p. Holandii* z 8.6.1976, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 68; *Niedbała p. Polsce* z 4.7.2000, skarga nr 27915/95, § 49.

¹⁹ *Bagiński p. Polsce* z 11.10.2005, skarga nr 37444/97, § 59-60; *Dacewicz p. Polsce* z 2.07.2002, skarga nr 34611/97, § 21; *Niedbała*, op. cit., § 48-57.

Na temat pozycji polskiego prokuratora na przykładzie sprawy *Niedbały* zob.: T. Jasudowicz, *Uwagi ogólne*, w: *Polska wobec europejskich standardów praw człowieka*, red. T. Jasudowicz, Toruń 2001, s. 248-250.

²⁰ *Engel i in. p. Holandii*, op. cit., § 69.

²¹ *Ciulla p. Włochom*, op. cit., § 36.

²² *Jecius p. Litwie*, nr 34578/97, skarga nr 34578/97, § 50.

uzasadniają obiektywną ocenę, że dana osoba mogła popełnić przestępstwo. I tak, zatrzymanie oraz tymczasowe aresztowanie muszą być oparte na wystarczająco obiektywnych podstawach, pozwalających na „uzasadnione podejrzenie”, że dane fakty w istocie miały miejsce²³. Co ważne, takie podejrzenie popełnienia czynu zabronionego przez prawo musi się utrzymywać przez cały czas stosowania aresztu.

W przypadku osoby, której tymczasowe aresztowanie wchodzi w zakres lit. c, wymagane jest wysłuchanie podejrzanego²⁴. W szczególności zaś, jak stwierdził ETPCz, w postępowaniu w przedmiocie zażalenia na postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, należy zapewnić „równość broni” między stronami, prokuratorem i tymczasowo aresztowanym, w tym także umożliwić skuteczne kwestionowanie twierdzeń lub poglądów oskarżenia²⁵. I tak, w niektórych przypadkach sytuacja może wymagać tego, żeby obronie został umożliwiony dostęp do poszczególnych dokumentów znajdujących się w aktach sprawy²⁶. Dalsze ważne gwarancje w stosunku do takiej osoby zostały przewidziane w ust. 3. Należy w tym miejscu dodać, że o ile nie jest wymagane, aby nakaz zatrzymania był wydany przez sędziego (decydujące w tym zakresie są regulacje prawa wewnętrznego poszczególnych państw), to tymczasowe aresztowanie, zgodnie z art. 5 ust. 3, może zastosować tylko „sędzia lub inny urzędnik uprawniony przez ustawę do wykonywania władzy sądowej”. Jeżeli zaś dojdzie do skazania w pierwszej instancji, to w stosunku do skazanego zaczynają mieć zastosowanie gwarancje z art. 5 ust. 1 lit. a²⁷.

Kolejny, odrębny, przypadek na gruncie art. 5 ust. 1, dotyczy pozbawienia wolności nieletniego. Zgodnie z lit. d powinno się to odbyć „na mocy zgodnego z prawem orzeczenia w celu ustanowienia nadzoru wychowawczego lub zgodnego z prawem pozbawienia wolności nieletniego w celu postawienia go przed właściwym organem”.

Możliwe jest również na gruncie ust. 1, zgodne z prawem, pozbawienie wolności osoby „w celu zapobieżenia szerzeniu przez nią chorób zakaźnych”, a także „osoby umyślowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi” (lit. e). Głównym powodem, dla którego zezwala się w Konwencji na pozbawienie wolności takich osób jest, jak wyjaśnił Trybunał, nie tylko zagrożenie dla porządku publicznego, ale również to, że ich własne interesy mogą wymagać ich detencji²⁸. I tak, przykładowo, za „alkoholika” można uznać osobę, kwalifikowaną ze względów medycznych jako nadużywającą alkoholu,

²³ *Fox, Campbell i Hartley p. Zjednoczonemu Królestwu* z 30.08.1990, skargi nr 12244/86, 12245/86, 12383/86, § 32–34; *Murray p. Zjednoczonemu Królestwu* z 28.10.1994, skarga nr 14310/88, § 50–63; *Włoch p. Polsce*, op. cit., § 108.

²⁴ *Kampanis p. Grecji* z 13.07.1995, skarga nr 17997/91, § 47.

²⁵ *Nikolova p. Bułgarii* z 25.3.1999, skarga nr 31195/96, § 58; *Włoch p. Polsce*, op. cit., § 126.

²⁶ *Lamy p. Belgii* z 30.03.1989, skarga nr 10444/83, § 29.

²⁷ *B. p. Austrii* z 28.03.1990, skarga nr 11968/86, §§ 36–39; *Kudła p. Polsce* z 26.10.2000, skarga nr 30210/96, § 104.

²⁸ *Litwa p. Polsce* z 4.4.2000, skarga nr 26629/95, § 60; *Guzzardi p. Włochom*, op. cit., § 98.

ale również taką, która swoim zachowaniem wynikającym ze spożycia alkoholu zagraża porządkowi publicznemu lub sobie samemu²⁹. Co ważne, takie osoby, w przypadku pozbawienia wolności, mają prawo domagać się zwolnienia, w szczególności zaś przysługuje im prawo odwołania się do sądu w celu zbadania zasadności dalszego przetrzymywania w zakładzie psychiatrycznym lub innym specjalnym zakładzie³⁰.

Ostatni przypadek możliwego, legalnego pozbawienia wolności na gruncie art. 5 ust. 1 to, zgodne z prawem, zatrzymanie lub aresztowanie osoby „w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wejściu na terytorium państwa albo osoby, przeciwko której postępowanie o wydalenie lub ekstradycję jest w toku” (lit. f). Osoba taka może domagać się kontroli sądowej, a więc korzystać z gwarancji przewidzianej w art. 5 ust. 4, a Trybunał bada nie tylko cel aresztowania, na co wskazuje Konwencja, ale również to, czy postępowanie nie jest w nieuzasadniony sposób przedłużane.

W stosunku do osoby zatrzymanej ustanowiony został po stronie organów władz państwowych obowiązek niezwłocznego poinformowania, w zrozumiałym dla tej osoby języku, o przyczynach zatrzymania oraz o wszelkich stawianych jej zarzutach (ust. 2 art. 5). Jak wyjaśnił Trybunał, należy przekazać informacje o powodach zatrzymania, ale nie ma konieczności informowania o wszystkich zarzutach ani też o wszystkich podstawach, jeżeli te mogły – w wystarczającym stopniu – wynikać np. z rodzaju pytań zadawanych podczas przesłuchania³¹. Co istotne, obowiązek ten stosuje się do wszystkich zatrzymanych osób, niezależnie od podstawy zatrzymania. Każdorazowo okoliczności konkretnej sprawy są badane przez Trybunał pod kątem wystarczającego i odpowiednio szybkiego poinformowania zatrzymanego o przyczynach zatrzymania³².

Następnie, jedną z fundamentalnych gwarancji na gruncie art. 5, która odnosi się do osoby zatrzymanej lub aresztowanej zgodnie z postanowieniami ustępu 1 lit. c, jest, sformułowany w ust. 3, wymóg niezwłocznego postawienia takiej osoby „przed sędzią lub innym urzędnikiem prawnie upoważnionym do wykonywania władzy sądowej” oraz prawo do bycia sądzonym w rozsądnym terminie albo zwolnionym na czas postępowania³³. Gwarancja ta obejmuje okres zaraz po zatrzymaniu oraz – jeśli wszczęto postępowanie sądowe – również okres pozbawienia wolności podczas tego postępowania. Jej celem jest zapewnienie, by decyzje o zastosowaniu środków izolacyjnych nie były arbitralne oraz żeby okres pobytu w izolacji nie był nadmiernie długi.

²⁹ Ibidem.

³⁰ *Winterwerp p. Holandii* z 24.10.1974, skarga nr 6301/73, § 55.

³¹ *Fox, Campbell i Hartley p. Zjednoczonemu Królestwu*, op. cit., § 40.

³² M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 368, a także *Ladent p. Polsce* z 18.3.2008, skarga nr 11036/03, § 63.

³³ Zwolnienie takie może być uzależnione od udzielenia gwarancji zapewniających sta-
wiennictwo na rozprawie.

Z kolei osobom pozbawionym wolności przez zatrzymanie lub aresztowanie przysługuje ustanowione w ust. 4 art. 5 „prawo odwołania się do sądu w celu szybkiego ustalenia przez sąd legalności pozbawiania wolności oraz zarządzenia zwolnienia, jeżeli pozbawienie wolności jest niezgodne z prawem.” Jest to zatem gwarancja sądowej kontroli legalności pozbawienia wolności, a samo zainicjowanie takiej procedury uprawnia do „szybkiego” uzyskania rozstrzygnięcia sądowego, bądź do jego zakończenia, gdyby stwierdzono jego bezprawność³⁴. Trybunał zaznaczał, że złożoność kwestii medycznych związanych z rozpoznaniem wniosku o zwolnienie z aresztu – nawet wyjątkowa – nie zwalnia władz krajowych z obowiązku wykazania odpowiedniej staranności przy rozpatrywaniu sprawy i dbałości o zapewnienie szybkiego rozstrzygnięcia³⁵.

Art. 5 zamyka gwarancja odszkodowania³⁶, przewidziana w ust. 5, które może zostać przyznane, jeżeli władze krajowe lub organy Konwencji stwierdzą naruszenie jednego lub kilku ustępów art. 5³⁷ – jedynie w przypadku szkody wynikłej z pozbawienia wolności, której skarżący nie doznałby, gdyby miał możliwość korzystania z proceduralnych gwarancji art. 5. Trybunał stwierdził, że można się domagać odszkodowania jedynie w przypadku rzeczywistej szkody materialnej lub moralnej, która powinna być naprawiona³⁸. Niejednokrotnie dochodził też do konkluzji, że samo uznanie, iż prawo zostało naruszone, stanowi wystarczająco słuszne zadośćuczynienie za poniesioną szkodę niematerialną³⁹. Czym innym są nakłady poniesione przez stronę powodową w postępowaniu przed organami konwencyjnymi – tymi odpowiednio do wyniku sprawy, może zostać obciążona strona rządowa.

³⁴ *Baranowski p. Polsce* z 28.3.2000, skarga nr 28358/95, § 68; *Musiak p. Polsce* z 20.1.2009, skarga nr 24557/94, § 43.

³⁵ *Baranowski*, ibidem, § 72 i (zob. *mutatis mutandis*, *Musiak p. Polsce*, ibidem, § 47), *Trzaska p. Polsce* z 11.07.2000, skarga nr 26629/95, § 67.

³⁶ Por. M. Balcerzak, *Odszkodowania za szkody z tytułu naruszenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 41) – z uwzględnieniem spraw polskich*, [w:] *Polska wobec europejskich standardów praw człowieka*, red. T. Jasudowicz, Toruń 2001, s. 327-347.

³⁷ *Wassink p. Holandii* z 27.9.1990, skarga nr 12535/86, § 36-38; *Ciulla p. Włochom*, op. cit., § 43-45.

³⁸ *Wassink p. Holandii*, op. cit., § 38.

³⁹ Zob i por. *Migoń p. Polsce* z 25.06.2002, skarga nr 24244/94, § 89-92; *Kawka p. Polsce* z 9.01.2001, skarga nr 25874/94, § 63-67; *Baranowski p. Polsce*, op. cit., § 82; *Trzaska p. Polsce*, op. cit., § 82-85.

3. Konstytucyjny i kodeksowy standard prawa do wolności i bezpieczeństwa w Polsce

Polska podpisała Europejską Konwencję Praw Człowieka i Podstawowych Wolności 26 listopada 1991 r. i tego samego dnia weszła w skład Rady Europy. Ratyfikacja Konwencji nastąpiła 19 stycznia 1993 r.⁴⁰, zaś 1 maja 1993 r. Polska uznała jurysdykcję Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

EKPCz, zgodnie z art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana. Oznacza to, że strona postępowania przed polskim sądem lub trybunałem może powołać się bezpośrednio na Konwencję, w tym na jej art. 5. Mimo to należy wskazać, że polskie regulacje konstytucyjne i kodeksowe, których celem jest zagwarantowanie prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, uwzględniają wymogi standardu strasburskiego i mogą być uznane za zaawansowane w tej kwestii.

W art. 31 ust. 1 Konstytucji⁴¹ zapisano, że „wolność człowieka podlega ochronie prawnej”, a zgodnie z art. 40: „Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu”. Przede wszystkim jednak dopełnieniem standardu prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego na poziomie ustawy zasadniczej jest, szczególnie uregulowana w art. 41, gwarancja nietykalności osobistej i wolności osobistej, która powieliła regulacje konwencyjne w tym zakresie. Należy zauważyć, że w art. 5 ust. 1 EKPCz mowa jest jedynie o zakazie pozbawienia wolności, zaś w art. 41 ust. 1 Konstytucji RP wyszczególniono pozbawienie i ograniczenie wolności. Ingerencje w wolność człowieka prowadzące jedynie do jej ograniczenia (a nie pozbawienia) mogą więc stanowić pogwałcenie prawa polskiego, ale nie będą stanowiły naruszenia art. 5 EKPCz. Na gruncie prawa polskiego można pozbawić kogoś wolności osobistej lub mu ją ograniczyć na skutek „zatrzymania”⁴² czy „ujęcia”⁴³. Niezależnie od

⁴⁰ Tekst Konwencji został opublikowany w Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

⁴¹ Dz.U. Nr 78, poz. 483, z późn. zm.

⁴² Na temat spornego charakteru prawnego „zatrzymania” w nauce prawa oraz funkcji zatrzymania procesowego szerzej: J. Skorupka, *Zatrzymanie procesowe osoby podejrzanej*, „Prokuratura i Prawo” nr 11/2007, s. 16 i n.

⁴³ Zgodnie z art. 12 pkt 3 ustawy z 29.8.1997 r. o strażach gminnych, straż miejska jest uprawniona do „ujęcia osób stwarzających w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także dla mienia...” (Dz.U. Nr 123, poz. 779 ze zm.), zaś na podstawie art. 60 ust. 2 ustawy z 28.3.2003 r. o transporcie kolejowym funkcjonariusz straży ochrony kolei jest uprawniony do „ujęcia, w celu niezwłocznego doprowadzenia na najbliższej poseterunek Policji...” (Dz.U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94 ze zm.).

Szerzej na temat środków przymusu bezpośredniego, w tym o uprawnieniach poszczególnych formacji określanych jako służby, straże i inspekcje porządku publicznego w zakresie możliwości dokonania pozbawienia wolności zob. R. Netczuk, *Przestanki i warunki użycia środków przymusu bezpośredniego przez polskie służby porządkowe w świetle gwarancji praw człowieka i obywatela – cz. I*, „Monitor Prawniczy” nr 23/2011.

różnic w zakresie terminologii⁴⁴, istotne jest zapewnienie, aby pozbawienie lub ograniczenie wolności nastąpiło tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie, zgodnie z wymogiem konstytucyjnym przewidzianym w ust. 1 art. 41.

Polska jest zobowiązana do zagwarantowania prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego „każdemu”, a więc wszystkim osobom przebywającym na terytorium RP. Tak szerokie ujęcie zakresu podmiotowego wynika z uznania wolności osobistej za jedną z fundamentalnych wolności⁴⁵. Z drugiej strony, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 1999 r., ustawowe ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych są „dopuszczalne, o ile są konieczne dla ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP”⁴⁶.

Zgodnie z ust. 2 art. 41 „Każdy pozbawiony wolności nie na podstawie wyroku sądowego ma prawo odwołania się do sądu w celu niezwłocznego ustalenia legalności tego pozbawienia”. Ponadto właściwe organy państwowe są zobowiązane do niezwłocznego powiadomienia o pozbawieniu wolności rodziny lub osoby wskazanej przez pozbawionego wolności. Konwencja nie określa wprost takiego obowiązku, a zatem regulację krajową można uznać za wykraczającą ponad minimalny standard wynikający z EKPCz. Przy tej okazji jednak warto wspomnieć, że brak rejestru zawierającego podstawowe informacje dotyczące zatrzymanego (dane osobowe zatrzymanego, data, czas, miejsce i powody zatrzymania) Trybunał uznał za naruszenie istoty art. 5⁴⁷, zaś odmowę przez władze potwierdzenia zatrzymania osoby członkowi jego rodziny za jedno z najpoważniejszych możliwych naruszeń art. 5 EKPCz⁴⁸. Konstytucyjna gwarancja obejmuje także nieprzekraczalny termin 48 godzin dopuszczalnego przetrzymywania obywatela bez decyzji sądowej. Jak precyzuje doktryna, jest to termin liczony od faktycznego pozbawienia wolności⁴⁹. Podobnie jak w art. 5 EKPCz, konstytucyjny system gwarancji prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego jest dopełniony przez, przewidziane w ostatnim ustępie art. 41, prawo każdego bezprawnie pozbawionego wolności do odszkodowania⁵⁰. Zdaniem

⁴⁴ Na temat konsekwencji braku stosowania przez ustawodawcę jednolitej terminologii zob. R. Netczuk, op. cit., s. 1259.

⁴⁵ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11.6.2002 (SK 5/02), w którym Trybunał orzekł m.in., że art. 40 ust. 3b ustawy z dnia 26.10.1982 o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi w zakresie, w jakim nie gwarantował osobie zatrzymanej w izbie wytrzeźwień prawa do udziału w posiedzeniu sądu, na którym rozpatrywane było zażalenie w sprawie zasadności i legalności doprowadzenia do izby, jak również decyzji o zatrzymaniu oraz prawidłowości ich wykonania, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP przez to, że narusza zasady sprawiedliwej procedury sądowej.

⁴⁶ TK, wyrok z 5.1.1999 r., K 27/98.

⁴⁷ *Kurt p. Turcji* z 25.5.1998, skarga nr 24276/94, § 124 i *Cypr p. Turcji* z 10.5.2001, skarga nr 25781/94, § 147.

⁴⁸ *Kurt p. Turcji*, op. cit., § 125.

⁴⁹ J. Skorupka, op. cit., s. 31 oraz R.A. Stefański, *Zatrzymanie według nowego Kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” nr 10/1997, s. 48.

⁵⁰ Zob. też, stanowiący w tym zakresie *lex generalis*, art. 77 Konstytucji RP, przewidujący

B. Banaszaka, prawo to „obejmuje wszelkie rodzaje strat, zarówno straty materialne, jak i moralne” i należy się tu odwołać do rozumienia pojęcia szkody występującego w art. 77 Konstytucji, tak samo jak w przypadku rozumienia pojęcia „bezprawnego charakteru pozbawienia wolności”⁵¹.

Tak szczegółowe uregulowanie w ustawie zasadniczej prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego wydaje się być „podyktowane względami przeszłości”. Jak przypomina B. Banaszak, szczególnie w okresie PRL, policja (milicja) często dokonywała zatrzymania i po upływie 48 godzin zwalniała zatrzymanego bez przekazania go do dyspozycji sądu, co było ukrytą formą represji karnej⁵². Pomijając pozbawienie wolności o charakterze administracyjnym, jakim jest zatrzymanie do wytrzeźwienia (art. 40 ust. 1 ustawy z 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi), pozbawienie wolności uzasadnia jedynie podejrzenie popełnienia przestępstwa lub wykroczenia.

Konstytucyjne gwarancje dotyczące prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego są uzupełniane przez gwarancje przewidziane w poszczególnych ustawach. I tak, odpowiednie przepisy kodeksu postępowania karnego i kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia opierają się o zasadę, że zasadność, prawidłowość i legalność zatrzymania kontroluje sąd. Przepisy kpk nakazują m.in. stwierdzenie czasu, miejsca i przyczyny zatrzymania w protokole, doręczenie odpisu tego protokołu zatrzymanemu oraz udzielanie informacji o przysługujących zatrzymanemu prawach (art. 244 § 2 i § 3 kpk). Przewidują też możliwość wniesienia zażalenia na zatrzymanie, które właściwy sąd rejonowy ma obowiązek niezwłocznie rozpoznać i, w razie stwierdzenia bezzasadności lub nielegalności zatrzymania, zarządzić natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego (art. 246 § 1 – § 3 kpk). Ponadto, w każdym przypadku zatrzymanego należy zwolnić, jeżeli w ciągu 48 godzin nie zostanie przez uprawniony organ przekazany do dyspozycji sądu wraz z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania bądź jeżeli, w ciągu 24 godzin od przekazania go do dyspozycji sądu, nie doręczono mu postanowienia o zastosowaniu wobec niego tymczasowego aresztowania (art. 248 § 1 i § 2 kpk)⁵³. Wskazane przepisy kpk, a także normy zawarte w rozdziale 58 kpk, odnoszące się do odszkodowania za niesłuszne zatrzymanie, właściwie w całości dotyczą praw osób zatrzymanych, wpisując się w całokształt regulacji krajowych implementujących standardy prawa do wolności i bezpieczeństwa.

prawo do odszkodowania za bezprawne działanie organów państwa.

⁵¹ B. Banaszak, *Rozdział XXIV. Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, w: red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012. Dostępne na stronie <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?type=html&documentId=mjxw62zoge2dkmbuhe2tsna> (dostęp: 3.11.2012).

⁵² Ibidem.

⁵³ Ustawowy zakres uprawnień policji do ingerencji w prawo do wolności i bezpieczeństwa w prawie polskim jest szeroki i został szczegółowo uregulowany w ustawie o policji (art. 15 ust. 1).

4. Dane statystyczne oraz przyczyny stwierdzonych wobec Polski naruszeń art. 5 EKPCz

W latach 1959 – 2011 art. 5 EKPCz był podstawą 11,46% ogółu zapadłych w tym czasie orzeczeń Trybunału. Obok prawa do wolności i bezpieczeństwa do najczęściej naruszanych należą prawa gwarantowane w art. 6 EKPCz (45,01% ogółu orzeczeń) oraz w art. 1 Protokołu 1 (13,35% ogółu orzeczeń)⁵⁴. Wyroki w sprawach przeciwko Polsce są – z wyjątkiem naruszeń art. 1 Protokołu 1 – odzwierciedleniem statystyk ogólnoeuropejskich. Najczęstszą ich podstawą jest art. 6 EKPCz (44% wyroków, jakie zapadły w latach 1959-2010), a zaraz potem art. 5 z odsetkiem na poziomie 28% ogólnej liczby wyroków⁵⁵.

Wśród państw, które przodują w statystyce w kwestii naruszeń art. 5 stwierdzonych w latach 1959-2011 występują Turcja (554 naruszeń), Rosja (422 naruszenia) i Polska (267 naruszeń). Najmniejsza liczba naruszeń prawa do wolności i bezpieczeństwa ma miejsce w Albanii, Danii, Finlandii, Islandii, Monako, Norwegii i Lichtensteinie. Dla przykładu w 2011 r. Trybunał stwierdził naruszenie przez Polskę art. 5 w 16 sprawach na 71 łącznie stwierdzonych naruszeń Konwencji⁵⁶. Dane z lat ubiegłych zostały zaprezentowane w tabeli 1.

Tabela 1

Liczba orzeczeń stwierdzających naruszenie art. 5 przez Polskę w latach 1993-2010

Rok	1993-2009	2009	2010	2011	Ogółem w latach 1998-2011
Liczba orzeczeń stwierdzających naruszenie art. 5	237	35	14	16	267
Ogółem orzeczeń ETPCz w sprawach polskich	767	133	107	71	945

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych zamieszczonych na stronie internetowej ETPCz.

267 naruszeń art. 5 stwierdzonych wobec Polski w latach 1993-2011 nie pozostawia wątpliwości, że prawo do wolności i bezpieczeństwa należy do najczęściej łamanych. Nie stawia to Polski w dobrym świetle, zważywszy, że gwarancja ta należy do katalogu praw podstawowych chroniących bezpieczeństwo fizyczne jednostki. Zgodność regulacji krajowych ze stan-

⁵⁴ Zob. European Court of Human Rights, *Overview 1959-2011*, 2012, s. 5.

⁵⁵ Zob. Council of Europe, European Court of Human Rights, *Statistics on judgments by State 1959-2010*, s. 6. Publikacja pobrana ze strony: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6B7605E-6D3C-4E85-A84D-6DD59C69F212/0/Graphique_violation_en.pdf, dostęp: 2.11.2012.

⁵⁶ Zob. Ministerstwo Sprawiedliwości, *Zestawienie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach polskich z roku 2010*, pobrano ze strony: <http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/opracowania-i-analazy-standardy-w-zakresie-ochrony-praw-czlowieka/zestawienia-roczne/>, dostęp: 2.11.2012.

dardami konwencyjnymi jest zatem istotnym wyzwaniem z jednej strony dla prawodawcy, a z drugiej dla organów stosujących prawo⁵⁷. Zastanawiające jest, że mimo tak dużej liczby przegranych przez Polskę spraw nie stanowią one w zasadzie, poza sprawą *Litwa przeciwko Polsce*⁵⁸, bazy do sformułowania przez Trybunał reguły wykładni art. 5 mających uniwersalne znaczenie. Linia orzecznicza Trybunału pozostaje ugruntowana w tej kwestii od wielu lat, a sprawy polskie, w których występuje znaczna powtarzalność stanów faktycznych pozwalają na wysunięcie wniosku, że państwo polskie z pewnymi trudnościami implementuje standardy europejskie w zakresie prawa do wolności i bezpieczeństwa.

W przegranych przez Polskę sprawach Trybunał konsekwentnie wskazuje niedomagania legislacyjne oraz te, które najtrudniej wyeliminować, ponieważ występują w sferze praktyki. Prawo do wolności i bezpieczeństwa jest skonstruowane z kilku warstw unormowań, a zatem przeanalizowanie przyczyn naruszeń wymaga przeglądu wiodących spraw, w których zapadły wyroki niekorzystne dla strony polskiej.

Pierwsze sprawy⁵⁹ na gruncie art. 5 ust. 1 wnoszone do Trybunału w okresie od uznania przez Polskę jego jurysdykcji w zakresie rozpatrywania skarg indywidualnych do czasu wejścia w życie nowelizacji postępowania karnego w 1995 r., opierały się na zarzutach niezgodności z prawem zastosowania tymczasowego aresztowania w toku postępowania sądowego. Pozostawały one w związku z faktem, że w Polsce brakowało wówczas spójnej regulacji na ten temat⁶⁰. Zarzut „niezgodności z prawem” tymczasowego aresztowania polegał z reguły na braku podstaw prawnych do kontynuowania aresztu tymczasowego w fazie postępowania sądowego i konstytuował – według Trybunału – istotną lukę ustawową, powodującą brak „przewidywalności prawa”. Praktyka rozwinięta przez organy wymiaru sprawiedliwości w odpowiedzi na tę lukę, polegająca na trzymaniu osoby w areszcie na podstawie aktu oskarżenia, stanowiła pogwałcenie zasady pewności prawa. Stwierdzone na tej podstawie naruszenia przyczyniły się do nowelizacji postępowania karnego w kierunku zgodnym ze standardami konwencyjnymi, wymagającymi, by o zastosowaniu tymczasowego aresztowania decydował niezależny organ sądowy.

⁵⁷ J. Zaleśny, *Prawo do rozsądnego czasu trwania tymczasowego aresztowania i jego implikacje dla organów władzy RP*, w: *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Obszary analizy skuteczności europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2012, s. 406.

⁵⁸ Zob. *Litwa p. Polsce* z 4.04.2000, skarga nr 26629/95.

⁵⁹ Zob. *Baranowski p. Polsce*, op. cit. Szerzej zob.: O. Cabaj, O. Łachacz, *Artykuł 5. Prawo do wolności i bezpieczeństwa*, [w:] *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału...*, s. 131 i n.

⁶⁰ Dotyczy to skarg wniesionych przed 4.08.1996 r., kiedy to weszły w życie przepisy ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów powszechnych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. 1995, Nr 89, poz. 443). Na mocy ustawy prawodawca znoveelizował art. 210 ówczesnie obowiązującego kodeksu postępowania karnego, który regulował stosowanie tymczasowego aresztowania.

Wśród kolejnych przyczyn naruszeń art. 5 ust. 1 EKPCz należy wymienić praktykę stosowania przez państwo środków polegających na pozbawieniu wolności, które, chociaż pozostają zgodne z prawem, to nie są konieczne w danych okolicznościach. W sprawie *Litwa przeciwko Polsce* Trybunał zgodził się z władzami, że umieszczenie osoby w izbie wytrzeźwień było zgodne z prawem, ale uznał, że w danych okolicznościach nie było to konieczne, zwłaszcza że umieszczenie w izbie wytrzeźwień jest środkiem bardzo dolegliwym. Trybunał podkreślił, że polskie ustawodawstwo przewiduje kilka innych środków, które mogą być zastosowane w stosunku do osoby pozostającej w stanie nietrzeźwości⁶¹.

Ust. 2 art. 5, gwarantujący prawo do bycia poinformowanym w zrozumiałym dla zatrzymanego języku o przyczynach zatrzymania, stosunkowo rzadko jest podstawą stwierdzenia naruszenia przez państwo polskie. W sprawie *Ladent przeciwko Polsce*⁶² naruszenie było spowodowane niepowiadomieniem skarżącego w języku dla niego zrozumiałym o przyczynach aresztowania. Dokonano tego jedynie w języku polskim, którym skarżący nie władał w takim stopniu, by zrozumieć powody aresztowania. Dodatkowo powiadomienie nie nastąpiło niezwłocznie, co zostało również zakwestionowane przez Trybunał. Należy jednak zaznaczyć, że sprawa *Ladent przeciwko Polsce* pozostaje odosobniona jeśli chodzi o naruszenia art. 5 ust. 2 w Polsce. Do Trybunału wpływają co prawda skargi, w których bywa podnoszony zarzut naruszenia tego przepisu, ale zdarzają się sytuacje osiągnięcia porozumienia między polskimi władzami a skarżącymi⁶³ lub też skargi uznawane są za niedopuszczalne, ponieważ skarżący nie przedstawiają wystarczających argumentów na poparcie swoich zarzutów.

Zupełnie inaczej przedstawia się kwestia naruszeń art. 5 ust. 3 EKPCz, który jest łamany stosunkowo najczęściej z różnych przyczyn. W skargach z początkowego okresu jurysdykcji Trybunału względem Polski skarżący podnosili, że decyzję o zastosowaniu tymczasowego aresztowania podejmował prokurator, którego nie można uznać za niezależnego urzędnika w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez Konwencję oraz że sądowa kontrola decyzji prokuratorskich odbywała się na wniosek aresztowanego, zamiast w sposób automatyczny⁶⁴. Trybunał z reguły podzielał stanowisko skarżących w tych kwestiach. Obecnie zarzut ten już nie występuje, ze względu na odmienne obowiązujące już w Polsce regulacje prawne. niż te we wspomnianym okresie.

Zdecydowanie największa liczba skarg z Polski dotyczy rozsądnego czasu trwania tymczasowego aresztowania, unormowanego także w art. 5 ust. 3 EKPCz. Kwestionowanie przez Trybunał długości czasu trwania tymczasowego aresztowania oparte jest najczęściej o braki w uzasadnieniach postanowień o przedłużeniu aresztu, w których sądy nie wykazują nowych

⁶¹ Zob. *Litwa p. Polsce*, op. cit., § 79.

⁶² Zob. *Ladent p. Polsce* z 18.03.2008, skarga nr 11036/03, § 56.

⁶³ Zob. np. *Gal p. Polsce* z 6.09.2011, skarga nr 43485/07.

⁶⁴ Zob. *Niedbała p. Polsce* z 4.07.2000, skarga nr 27915/95, § 55.

przesłanek przedłużania stosowania aresztu w postaci szczególnych przesłanek interesu publicznego lub nie rozważają możliwości skorzystania z innych, mniej dolegliwych, środków zapewniających stawiennictwo aresztowanego na rozprawie. Bazowanie, przez cały okres postępowania przygotowawczego i sądowego, na tych samych lub podobnych przesłankach jest uznawane za zgodne z wymogami Konwencji tylko, jeśli tymczasowe aresztowanie trwa krótko, natomiast jest niedopuszczalne przy długich okresach pozbawienia wolności. A zatem uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, konieczność ochrony prawidłowego toku postępowania, waga zarzutów, skomplikowanie sprawy i spodziewana wysoka kara nie mogą stanowić wystarczających podstaw długich okresów aresztowania⁶⁵. Za praktykę sprzeczną ze standardami strasburskimi Trybunał uznał także parafrazowanie przez polskie sądy przesłanek wskazanych w kodeksie postępowania karnego w decyzjach przedłużających tymczasowe aresztowanie. W ramach drugiego stopnia weryfikacji Trybunał bada także staranność organów wymiaru sprawiedliwości w prowadzeniu postępowania, analizuje częstotliwość rozpraw, dyscyplinowanie świadków, czas uzyskiwania opinii medycznych⁶⁶, doszukując się ewentualnych związków przewlekłości postępowania z przewlekłością tymczasowego aresztowania. Wydłużanie postępowania z powodu braku należytej staranności w jego prowadzeniu powoduje naruszenie art. 5 ust. 3, o ile wydłużanie to skutkowało także prolongacją aresztowania.

Konsekwencją dużej liczby stwierdzonych naruszeń art. 5 ust. 3 EKPCz była konkluzja sformułowana w wyroku w sprawie *Kauczor p. Polsce*⁶⁷, który zapadł w 2009 r., w którym Trybunał stwierdził naruszenie o charakterze systemowym. Wyrok poprzedzony był Rezolucją Komitetu Ministrów Rady Europy z 6 czerwca 2007 r., wzywającą Polskę do wypełniania zobowiązań na gruncie art. 46 Konwencji i przestrzegania wyroków. W rezolucji Komitet postulował wprowadzenie dalszych zmian prawnych, mających na celu ograniczenie stosowania tymczasowego aresztowania w Polsce oraz, przede wszystkim, podjęcie działań na rzecz zwiększenia świadomości organów wymiaru sprawiedliwości w zakresie odnośnych standardów strasburskich. Komitet polecał także stosowanie innych, nieizolacyjnych środków zapobiegawczych i wypracowanie jednolitego mechanizmu w tym zakresie. W memorandum Komisarza Prawa Człowieka Rady Europy z 20 czerwca 2007 r. odnaleźć można takie same wskazówki, a także wezwanie polskich władz do dokonania przeglądu praktyki⁶⁸.

W wyroku w sprawie *Kauczor*, Trybunał zwrócił uwagę, że – mimo założeń Komitetu Ministrów z 2007 r., naruszenia art. 5 ust. 3 wciąż mają

⁶⁵ M. Burchard, *Długość tymczasowego aresztowania w świetle orzeczeń ETPCz w sprawach przeciwko Polsce*, „Palestra” 7-8/2007, s. 54.

⁶⁶ Zob. np. *Jabłoński p. Polsce* z 21.12.2000, skarga nr 33492/96.

⁶⁷ Zob. *Kauczor p. Polsce* z 3.2.2009, skarga nr 45219/06.

⁶⁸ M. Bernatt, A. Bodnar, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w Polsce – problem strukturalny – wyrok ETPCz z 3.2.2009 r. w sprawie Kauczor v. Polsce*, EPS, czerwiec 2010, s. 49.

charakter utrzymującej się praktyki niezgodnej z Konwencją. Działania takie nie mają, według Trybunału, jednostkowego i przypadkowego charakteru, lecz stanowią problem natury strukturalnej i wymagają wdrożenia odpowiednich rozwiązań lub udoskonalania już istniejących.

Trybunał wskazał i docenił, że Polska dokonała już istotnych zmian procedury karnej w kierunku urezeczywistnienia standardów strasburskich. Wśród najistotniejszych z nich należy wskazać: wprowadzenie tzw. środka upominawczego w postaci grzywny na podstawie artykułu 258 par. 1(a) kpk, który może być zastosowany, gdy obrońca lub pełnomocnik nie stawia się na wezwanie organu prowadzącego postępowanie, i który może być użyty również wobec biegłych, świadków, tłumaczy albo innych uczestników postępowania; przeprowadzenie czynności procesowej w obecności jednego z pełnomocników, gdy strona ma ich dwóch lub więcej (art. 117 (a) kpk); wyznaczenie oskarżonemu obrońcy *ex officio* przez sąd, jeśli wypowiedział on poprzedni stosunek obrończy; przeprowadzanie rozpraw w soboty oraz wyznaczanie terminów rozpraw z dużym wyprzedzeniem. Ponadto w celu wzmacniania dobrych praktyk minister sprawiedliwości zobowiązał się do regularnego rozpowszechniania wśród sędziów i prokuratorów informacji na temat standardów tymczasowego aresztowania. Trybunał zauważył jednak, że o ile jednak na gruncie legislacji Polska osiągnęła rozwiązanie problemu, to w sferze praktyki działania państwa polskiego są wciąż niewystarczające⁶⁹. Dlatego też konieczne jest podejmowanie dalszych „spójnych” i „drugoplanowych” wysiłków na rzecz osiągnięcia stanu pełnej implementacji standardów konwencyjnych.

Kilka dni po wyroku w sprawie *Kauczor* została uchwalona ustawa z 12 lutego 2009 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego⁷⁰, na mocy której do maksymalnego okresu stosowania tymczasowego aresztowania zalicza się również okresy odbywania przez aresztowanego kary pozbawienia wolności orzeczonej w innej sprawie. Inna nowelizacja, z 16 lipca 2009 r.⁷¹, wprowadziła istotną zmianę dotyczącą dostępu do akt sprawy. Podejrzanemu i jego obrońcy udostępnia się akta sprawy w części zawierającej dowody wskazane jako podstawy wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania. W ustawie z 20 stycznia 2011 r.⁷² wprowadzono poprawkę do artykułu 426 kpk, na mocy której zażalenie na postanowienie sądu odwoławczego o zastosowaniu tymczasowego aresztowania składa się do innego równorzędnego składu tego sądu. W tej kwestii zapytanie do ministra sprawiedliwości skierował także Rzecznik Praw

⁶⁹ O. Łachacz, *Rozsądny czas trwania tymczasowego aresztowania w świetle orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach przeciwko Polsce*, [w:] *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Obszary analizy skuteczności europejskiego systemu...*, s. 398.

⁷⁰ Dz.U. z 2009, Nr 28, poz. 171.

⁷¹ Ustawa o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego z dnia 16 lipca 2009 r., Dz.U. z 2009, Nr 127, poz. 1051.

⁷² Ustawa z dnia 20 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2011, Nr 48, poz. 246.

Obywatelskich, stwierdzając, że przepisy normujące postępowanie kasacyjne nie wskazują wyraźnie na istnienie możliwości wniesienia zażalenia od rozstrzygnięcia SN o tymczasowym aresztowaniu w postępowaniu kasacyjnym i – według poglądu rzecznika – powinno ono również przysługiwać w przypadku innego, równorzędnego składu SN⁷³.

Projekt zmian kodeksu postępowania karnego z 5 czerwca 2012 r. zawiera kilka propozycji dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania, na przykład w zakresie dostępu do akt postępowania przygotowawczego. Dostęp ten ma być bezwarunkowy w odniesieniu do materiałów, które uzasadniają wniosek prokuratora w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania oraz jego przedłużenia. Co więcej, projekt wprowadza obowiązek oparcia postanowienia sądu w przedmiocie zastosowania lub przedłużenia tymczasowego aresztowania wyłącznie na materiałach, które zostały udostępnione podejrzanemu lub jego obrońcy. Zmianę taką należy uznać za zasadną, ze względu na liczne zarzuty podnoszone w doktrynie, że dotychczasowe postępowanie przygotowawcze nie gwarantowało równości stron i nie było w tym zakresie kontrydiktoryjne⁷⁴.

Wskazane zmiany, zarówno te przeprowadzone, jak i projektowane świadczą o podejmowaniu przez państwo polskie prób sprostania wymogom Konwencji w zakresie standardów tymczasowego aresztowania i należy je ocenić pozytywnie. Problem jednak jest na tyle złożony, że jego usuwanie następuje stopniowo, a wykładnia przepisów w duchu Konwencji i piętnowane przez Trybunał niedomagania systemowe wyznaczają niezbędne kierunki tych zmian.

W odniesieniu do art. 5 ust. 4 EKPCz wątpliwości Trybunału w sprawach polskich budzi szybkość dokonywania kontroli zgodności z prawem tymczasowego aresztowania⁷⁵ oraz kwestia uczestniczenia aresztowanego w posiedzeniach sądu dokonującego tej kontroli zgodnie z zasadą „równości broni”⁷⁶. Rząd w kilku sprawach argumentował, że powodem opóźnień była konieczność sporządzenia opinii medycznej⁷⁷, jednak Trybunał nie uznał tego argumentu, chociaż przyznał, że złożoność kwestii medycznych może niekiedy być czynnikiem branym pod uwagę przy ocenie szybkości postępowania, ale nie zwalnia organów państwa z obowiązku działania w zgodzie z przepisami. W odniesieniu do uczestnictwa aresztowanego w posiedzeniu sądu, kontrolującego zasadność tymczasowego aresztowania, Trybunał zwracał uwagę na fakt, że ówczesnie obowiązujące prawo nie dawało takiej możliwości, przez co aresztowani nie mieli możliwości

⁷³ Zob. Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości Krzysztofa Kwiatkowskiego z 13 lipca 2011. Źródło: www.rpo.gov.pl (dostęp: 11.11.2012).

⁷⁴ D.R. Swenson, *Tymczasowe aresztowanie w Polsce: analiza i rekomendacje oparte na ogólnych zasadach prawa i orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] P. Wiliński i inni, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w Polsce. Analiza i rekomendacje. Raport*, Fundacja Instytutu na rzecz Państwa Prawa, Lublin-Poznań-Warszawa 2008, s. 45.

⁷⁵ Zob. *Musiał p. Polsce* z 25.03.1999, skarga nr 24557/94, § 48-52.

⁷⁶ Zob. *Włoch p. Polsce*, op. cit. § 118-136.

⁷⁷ Ibidem oraz *Baranowski p. Polsce*, op. cit., § 72.

ustosunkowania się do argumentów prokuratora, co było powodem naruszenia art. 5 ust. 4 EKPCz.

Przegląd przyczyn naruszeń przez stronę polską art. 5 kończą te, powodujące łamanie gwarancji art. 5 ust. 5 EKPCz. Odnoszą się one do prawa do odszkodowania za niesłuszne zatrzymanie lub aresztowanie. W sprawie *Włoch przeciwko Polsce*⁷⁸ Trybunał stwierdził, że skarżący był pozbawiony możliwości dochodzenia prawa do odszkodowania, ponieważ sąd zaliczył okres pozbawienia wolności skarżącego na poczet kary grzywny. Taka praktyka faktycznie nie rekompensuje szkód związanych z pozbawieniem wolności i skoro sąd zalicza okres pozbawienia wolności bez dokonywania oceny legalności tymczasowego aresztowania, to jest ona zbyt automatyczna i nie może zostać uznana za zgodną z podlegającym wykonaniu prawem określonym w art. 5 ust. 5 EKPCz.

5. Uwagi podsumowujące

Każde pozbawienie człowieka wolności powinno być zgodne z prawem państwa – strony Konwencji, a prawo to musi urzeczywistniać standard Rady Europy, wynikający z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Poziom ochrony wolności człowieka jest z natury rzeczy zróżnicowany w poszczególnych państwach, a regulacja konwencyjna wyznacza wobec porządków krajowych standard minimalny. Oznacza to, że możliwe jest pozbawienie wolności w sytuacji wyraźnie określonej w art. 5 Konwencji, które będzie stanowić naruszenie materialnego bądź formalnego prawa wewnętrznego danego państwa.

Regulacje konwencyjne oraz orzecznictwo strasburskie istotnie wpłynęły na rozwój prawa karnego materialnego i procesowego w Polsce oraz na orzecznictwo polskich sądów i trybunałów. Wciąż jednak poziom ochrony prawa do wolności i bezpieczeństwa nie jest w pełni zadowalający, z uwagi na dużą liczbę skarg przeciwko Polsce oraz odsetek stwierdzonych naruszeń. Przegląd regulacji, przeprowadzony w punkcie trzecim opracowania, wskazuje, że zarówno normy konstytucyjne, jak i kodeksowe pozostają w zgodności z Konwencją. Co więcej, widoczne są wysiłki ustawodawcy na rzecz ciągłego ulepszania obowiązującego prawa. Słabym punktem pozostaje jednak praktyka wymiaru sprawiedliwości, szczególnie w odniesieniu do nadmiernego stosowania tymczasowego aresztowania, co sprzyja naruszeniom zasady domniemania niewinności i rządów prawa. Sądy zbyt łatwo przychylają się do wniosków prokuratorskich, nie weryfikując ich zasadności i działając zbyt rutynowo, narażając przez to jednostki na naruszenia ich praw. Nie ulega wątpliwości, że zmiany są konieczne również ze wzglę-

⁷⁸ Zob. *Włoch p. Polsce*, op. cit., § 137 i n.

dów ekonomicznych. Tylko w 2006 r. rząd polski wypłacił odszkodowania o wartości 5 mln złotych za naruszenia art. 5 Konwencji.

Postulaty doktryny odnoszą się głównie do prowadzenia postępowania w sprawach wniosków aresztowych, które powinno być jawne, kontradyktoryjne i otwarte dla społeczeństwa, tak aby praca sądów mogła być monitorowana, a także do czasowych limitów trwania tymczasowego aresztowania. Niewątpliwie potrzebne są także zmiany w kulturze prawnej, które są niezbędne, by zmiany legislacyjne spotkały się z pełnym przyjęciem ze strony praktyki. Chodzi tu o zmianę optyki stosowania środków zapobiegawczych w kierunku środków o nieizolacyjnym charakterze oraz szkolenia sędziów, policji i prokuratorów w zakresie standardów prawa do wolności i bezpieczeństwa⁷⁹. To przecież krajowy poziom ochrony praw człowieka powinien ulegać ciągłemu wzmocnieniu i doskonaleniu, z racji subsydiarnej roli systemu europejskiego. Zakres kompetencji Trybunału podlega tu ograniczeniom, stanowiącym nieodłączny element logiki europejskiego systemu ochrony, gdyż wykładnia i stosowanie prawa krajowego należy w pierwszej kolejności do władz krajowych, a w przypadku prawa do wolności i bezpieczeństwa przede wszystkim do sądów⁸⁰.

STRASBOURG STANDARDS OF THE RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY OF PERSON. IMPLICATIONS IN POLISH LEGAL ORDER

Key words: human rights, right to liberty and security of person, Council of Europe's standard, deprivation of liberty, arrest, detention, Polish legal order and practice.

Summary

The right to liberty and security of person is a fundamental right, which should be guaranteed in every democratic state of law. However, as is evidenced by the work of the European Court of Human Rights, arrests and detentions frequently take place in the member states of the Council of Europe, without a reasonable cause and without an effective legal remedies available to the victims concerned.

This paper provides an analysis of the right to liberty and security of a person under Art. 5 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. The emphasis is placed on the jurisprudence of the European Court of Human Rights, which provides interpretations indispensable to a full understanding of the legal rules governing the arrest and detention process.

The latter part of the paper shifts attention to the Polish legal order and practice in order to illuminate and analyse how the Council of Europe's standard of personal right to liberty and security is met in Poland. Having undergone significant reforms of the legal order, Poland nonetheless ranks as one of the top countries consistently having problems with meeting the standard set forth by the Council of Europe. Therefore, it is important to address questions such as: Why does Poland continue to lose cases before the European Court of Human Rights and what changes should be implemented to procedural and substantive rules of the national law as well as in the application of the said law in order to change this situation.

⁷⁹ D.R. Swenson, *op. cit.*, s. 49.

⁸⁰ *Zob. Włoch p. Polsce*, *op. cit.*, § 110.

Tadeusz Jasudowicz

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Prawo do poszanowania prywatności osób pozbawionych wolności w Polsce w świetle orzecznictwa strasburskiego

Słowa kluczowe: Poszanowanie prywatności, życie rodzinne, wizyty rodzinne, poszanowanie korespondencji, cenzura, kompetencje dyskrecjonalne

Uwagi wprowadzające

W związku z podjęciem przez zespół pracowników Katedry Praw Człowieka i Prawa Europejskiego WPiA UWM ambitnego projektu przetłumaczenia i opracowania całości orzecznictwa strasburskiego w sprawach skierowanych przeciwko Polsce i w rezultacie wyboru części orzecznictwa przez moich współpracowników okazało się, że pozostałe artykuły – acz niby dość liczne – systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka albo w ogóle nie były przedmiotem orzekania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka,¹ albo dotyczące ich orzecznictwo było nikłe, rzec można – śladowe.² W tej sytuacji postanowiłem przyjść z pomocą współpracownikom przeciążonym orzecznictwem: na tle naruszeń art. 6 Konwencji (Prawo do rzetelnego procesu sądowego)³ oraz jej art. 8 (Prawo do poszanowania prywatności).⁴

¹ Piszę to ze znacznym opóźnieniem w stosunku do naszej katedralnej konferencji naukowej, która odbyła się w maju 2011 r., już po ukazaniu się naszego zbioru – por.: *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach polskich*, pod red. T. Jasudowicza, J. Bartoszewicza i R. Fordońskiego, Olsztyn 2012 (dalej: *Orzecznictwo...*). W tym konkretnym kontekście – por.: art. 4 EKPC, z konieczności w zbiorze nie figurujący.

² Por. ibidem, s. 642 i nn. (art. 12: Prawo do zawarcia małżeństwa) – 2 wyroki ETPC w sprawach *Jaremicz i Frasiła* z 5.01.2010 r., dotyczące korzystania z tego prawa przez osoby pozbawione wolności; Por. ibidem, s. 727 i nn. (art. 3 Protokołu I: Gwarancja wolnych wyborów) – 1 wyrok odrzucający skargę *Hinczewskiego* z 5.10.2010 r., również dotyczący korzystania z tego prawa przez osoby pozbawione wolności.

³ Por. ibidem, s. 279 i nn., przy czym do mnie należało tłumaczenie orzecznictwa dotyczącego ust. 2 i 3 art. 6 Konwencji.

⁴ Por. ibidem, s. 421 i nn., przy czym tu do mnie należało orzecznictwo dotyczące prawa do poszanowania domu i prawo do poszanowania korespondencji, z uwzględnieniem ponadto prawa do poszanowania życia rodzinnego osób pozbawionych wolności.

Tak się złożyło, że zdecydowana większość tłumaczonego przeze mnie orzecznictwa EKPC skupiała się na problematyce korzystania z praw człowieka przez osoby pozbawione wolności. Skłoniło mnie to do wyboru na potrzeby wystąpienia konferencyjnego właśnie zagadnienia korzystania z prawa do poszanowania prywatności przez osoby pozbawione wolności.

Używając w niniejszym opracowaniu pojęcia „prywatności”, pojmuję je szeroko jako obejmujące całość substancji chronionej art. 8 EKPC, a więc wszystkie cztery subkategorie prywatności, mianowicie „życie prywatne”, „życie rodzinne”, „dom” i „korespondencję”, mocą tego artykułu korzystając z „prawa do poszanowania”. Zanim oddzielnie każdej z nich – z perspektywy orzecznictwa strasburskiego w sprawach polskich – zaczniemy się przyglądać, warto zauważyć, że z tegoż orzecznictwa wynika, iż osoby pozbawione wolności pozostają podmiotami uprawnionymi praw człowieka i co do zasady w warunkach pozbawienia wolności nadal mają z należnych im praw korzystać.

Tak np. w sprawie *Orchowski* ETPC podkreślił, że „osoba pozbawiona wolności nie traci przez sam fakt uwięzienia ochrony jej podstawowych praw gwarantowanych przez Konwencję”.⁵ Sprawa dotyczyła przeludnienia w polskich placówkach penitencjarnych, a więc braku przestrzegania standardów minimalnej przestrzeni, przysługującej osobie pozbawionej wolności. Trybunał z urzędu podniósł w związku z tym kwestię „przestrzegania przez Polskę wymogów art. 8 Konwencji” uznał jednak, że w tym kontekście „żadne odrębne zagadnienie nie powstaje na podstawie art. 8 Konwencji” i zadowolił się wcześniejszym stwierdzeniem naruszenia art. 3 EKPC.⁶

Z drugiej strony, naturalnie się wyczuwa, że przecież pozbawienie wolności z natury swej musi się klócić z prywatnością osoby, w szczególności z poszanowaniem jej życia rodzinnego i korespondencji. Toteż Trybunał Strasburski wielokrotnie przypominał, że „każda detencja – podobnie jak każdy inny środek pozbawienia osoby jej wolności – zawiera w sobie inherentne ograniczenia życia prywatnego i rodzinnego. Ograniczenia te, takie jak limitacja liczby wizyt rodzinnych, nadzór nad takimi wizytami oraz – jeśli usprawiedliwia to charakter przestępstwa – poddanie osoby pozbawionej wolności specjalnemu reżimowi bądź specjalnym rozwiązaniom dotyczącym wizyt stanowią ingerencję w jej prawa na podstawie art. 8, ale same w sobie nie stanowią naruszenia tego postanowienia”.⁷ Poczynając

⁵ *Case of Orchowski v. Poland*, wyrok z 22.10.2009 r., pkt 120. Por: *Affaire Norbert Sikorski c. Pologne*, wyrok z tegoż dnia, pkt 131, gdzie ETPC jakby dodatkowo wzmocnił swoje rozumowanie: „[...] osadzenie w więzieniu nie powoduje u osadzonego utraty praw zagwarantowanych mu przez Konwencję. Przeciwnie, w niektórych przypadkach osoba uwięziona może potrzebować szczególnej ochrony z powodu złożonej sytuacji, w której się znalazła lub dlatego, że jest całkowicie zależna od państwa”.

⁶ *Orchowski*, pkt 136 w zw. z pkt. 138. Por. co do naruszenia art. 3 – ibidem, pkt 122-135. Identycznie: *Norbert Sikorski*, pkt 142 w zw. z pkt. 144.

⁷ *Case of Kulikowski v. Poland*, wyrok z 19.05.2009 r., pkt 74. Por.: *Affaire Wegera c. Pologne*, wyrok z 19.01.2010 r., pkt 67; *Case of Mazgaj v. Poland*, wyrok z 21.09.2010 r., pkt 48; *Case of Knyter v. Poland*, wyrok z 1.02.2011 r., pkt 75.

jednak od wyroku w sprawie *Wegery*, Trybunał dobitnie podkreślał, że „administracja więzienna i inne kompetentne władze mają wspierać osobę pozbawioną wolności w utrzymywaniu kontaktów z jej bliską rodziną”.⁸

Prawo do poszanowania życia rodzinnego osoby pozbawionej wolności

W przygniatającej większości spraw polskich, w których skarżący zarzucali naruszenie ich prawa do poszanowania życia rodzinnego, chodziło konkretnie o rozwiązania dotyczące wizyt rodzinnych. Nie we wszystkich jednak. Tak np. w sprawie *Płoskiego* chodziło o dwukrotne odrzucenie jego wniosku o udzielenie mu przepustki w celu uczestnictwa w pogrzebach kolejno ojca i matki. Nie było wątpliwości co do tego, że stanowiło to ingerencję w jego prawo do poszanowania życia rodzinnego, chronione przez art. 8 Konwencji, jednak Trybunał uznał, że ingerencja ta była zgodna z prawem i służyła prawowitym celom ochrony „bezpieczeństwa publicznego” oraz „porządku i zapobiegania przestępczości”.⁹ Zaakcentował jednak, że „mimo iż ograniczenia praw i wolności osadzonego wynikają z samej natury zastosowanego wobec niego środka, każde takie ograniczenie musi być uzasadnione i konieczne w demokratycznym społeczeństwie”.¹⁰

Trybunał, owszem, przypominał, że art. 8 Konwencji „nie gwarantuje osobie zatrzymanej bezwarunkowego prawa do zwolnienia w celu wzięcia udziału w pogrzebie osoby bliskiej”; jednakże w badanej sprawie „odmowa zwolnienia skarżącego celem uczestniczenia w pogrzebach jego rodziców nie była «konieczna w demokratycznym społeczeństwie», ponieważ nie odpowiadała naglącej potrzebie społecznej ani nie była proporcjonalna w stosunku do realizowanego celu prawowitego”.¹¹

W innej sprawie skarżąca zarzucała naruszenie jej prawa do poszanowania życia rodzinnego, a to przez fakt, że zatrzymanie jej miało miejsce w obecności jej małoletniej córki. Rzecz jednak w tym, że sam ten fakt był przedmiotem kontrowersji między stronami. Skarżąca zarzucanego faktu nie potrafiła udowodnić; przeciwnie twierdził dokonujący zatrzymania

⁸ *Wegera*, pkt 67. W kolejnym wyroku Trybunał nieco zmodyfikował tę formułę: „władze umożliwiają jej, a w razie potrzeby wspomagają ją w utrzymywaniu kontaktu z jej bliską rodziną” – por. *Mazgaj*, pkt 48; *Knyter*, pkt 75.

⁹ *Case of Płoski v. Poland*, wyrok z 12.11.2002 r., pkt 32-34.

¹⁰ *Ibidem*, pkt 35. Trybunał przy okazji zwracał uwagę na to, że: „skarżący w przeciągu jednego miesiąca stracił oboje rodziców”, jego starania wspierały „oświadczenia pracowników areztu”, a „zachowanie skarżącego było bez zarzutu”.

¹¹ *Ibidem*, pkt 38 i 39. Trybunał był świadom „problemów natury logistycznej i finansowej związanych ze zwolnieniem pod nadzorem eskorty, a także z brakami kadrowymi w policji i służbie więziennej”; stwierdził jednak, że „biorąc pod uwagę istotność zagadnienia, czyli odmowy prawa udziału jednostki w pogrzebach rodziców, [...] państwo pozwane mogło odmówić jedynie w przypadku istotnych powodów i braku innego rozwiązania” – *ibidem*, pkt 37.

policjant, a sama skarżąca podpisała protokół zatrzymania, nie podnosząc ani w chwili zatrzymania, ani później zarzutów wobec zawartych w nim stwierdzeń.¹² Trybunał przyjął, że do stwierdzenia ingerencji należałoby „w pierwszym rzędzie ustalić w sposób pewny, czy dziecko rzeczywiście było w domu w chwili zatrzymywania oraz czy zostało pozostawione bez opieki po wyjściu matki z policją”, a ponieważ żadne dowody tego nie potwierdzały, Trybunał uznał, że nie doszło do ingerencji i nie było naruszenia art. 8 Konwencji.¹³

Jak wspomniano wyżej, większość spraw podnoszących zarzuty naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego osób pozbawionych wolności dotyczyła prawa do wizyt rodzinnych. Spośród 9 skarg tego rodzaju tylko 2 zakończyły się niepowodzeniem. W sprawie *Kulikowskiego* Trybunał – chociaż uznał odpowiednią część skargi za oczywiście bezpodstawną, jako że „nie wykazano, iżby zarzucane środki wykraczały poza to, co jest konieczne w demokratycznym społeczeństwie «dla zapobiegania zamieszkom lub przestępczości» w kontekście wizyt rodzinnych w więzieniu w toku tymczasowego aresztowania i w toku toczącego się śledztwa karnego”.¹⁴ U podstaw takiej konkluzji Trybunału stał brak dostarczenia przez skarżącego „wystarczająco szczegółowych informacji co do faktów”, wobec czego Trybunał „nie może zbadać, w szczególności, czy władze brały pod uwagę jakiegokolwiek środki alternatywne dla zapewnienia, by kontakty skarżącego z jego dziećmi nie przeszkadzały procesowi pozyskiwania dowodów”, przy czym Trybunał wskazał, że „takie alternatywne ograniczenia mogłyby np. obejmować nadzór funkcjonariusza więziennego nad ich wizytami bądź inne ograniczenia dotyczące charakteru, częstotliwości i czasu trwania kontaktu”.¹⁵ Zatem Trybunał – odrzucając skargę – wskazał zarazem warunki powodzenia tego rodzaju roszczeń.

Z kolei w sprawie *Stępnia* Trybunał wywiódł z materiałów sprawy, że w istocie skarżący korzystał z widzeń ze swoją żoną i nowo narodzonym synem, wobec czego nie dopatrzył się „żadnych dostrzegalnych niedostatków wskazujących na brak wypełnienia wymagań tego artykułu” (tj. art. 8 EKPC – T.J.) i uznał tę część skargi za „oczywiście bezpodstawną”.¹⁶

W sprawach, w których Trybunał stwierdził naruszenie prawa osoby pozbawionej wolności do poszanowania jej życia rodzinnego, zwracał on stale uwagę na to, że „detencja – podobnie jak każdy inny środek pozbawienia osoby jej wolności – pociąga za sobą inherentne ograniczenia jej życia prywatnego i rodzinnego”, natychmiast jednak dodawał: „Jest jednak istotną częścią prawa osoby pozbawionej wolności do poszanowania jej życia

¹² *Affaire Worwa c. Pologne*, wyrok z 27.11.2003 r., pkt 69-70.

¹³ *Ibidem*, pkt 68 i 71.

¹⁴ *Case of Kulikowski v. Poland*, wyrok z 19.05.2009 r., pkt 77 in fine.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Case of Stępnia v. Poland*, wyrok z 29.01.2008 r., pkt 30-33.

rodzinnego to, że władze umożliwiają jej albo w razie potrzeby pomagają jej w utrzymywaniu kontaktu z jej bliską rodziną”.¹⁷

Jest tu miejsce, niewątpliwie, na pozytywne zobowiązania państwa miarkowane wedle konkretnych potrzeb danej sprawy i z akcentem na obowiązki należytej staranności po stronie kompetentnych władz państwa, nie tylko samych władz penitencjarnych. Jak zarzucił Trybunał w sprawie *Ferli*, Polsce – podobnie jak to było w sprawie *Kulikowskiego*, ale z przeciwną konkluzją wynikającą z kontekstu sytuacyjnego – „władze krajowe nie rozważały żadnych alternatywnych środków dla zapewnienia, by kontakty skarżącego z jego żoną nie prowadziły do zмовy ani inaczej nie przeszkadzały procesowi gromadzenia dowodów, tak np. jak poddanie ich kontaktu nadzorowi funkcjonariusza więziennego albo nałożenie innych ograniczeń co do charakteru, częstotliwości i czasu trwania kontaktu”.¹⁸

Zanim zajmę się sprawami dotyczącymi kontaktów osób pozbawionych wolności z ich bliskimi, w szczególności wizyt rodzinnych, zwrócę uwagę na sprawę bardzo specyficzną, w której nie wchodziło w grę pozbawienie wolności *sensu stricto*, lecz zastosowanie wobec skarżącego dozoru policyjnego, długotrwałego i uciążliwego na tyle, że Trybunał uznał, iż „w okolicznościach niniejszej sprawy fakt, że skarżący był objęty dozorem policyjnym przez okres około dwunastu lat, wywołał konsekwencje w jego życiu prywatnym i rodzinnym w rozumieniu art. 8 Konwencji”,¹⁹ a zatem musi on być zweryfikowany w świetle klauzuli limitacyjnej art. 8 ust. 2.

Ponieważ zastosowany środek był zgodny z prawem i służył realizacji celu prawowitego w postaci „ochrony prawidłowego toku postępowania karnego przeciwko skarżącemu”, Trybunał uznał za niezbędne ocenić, „czy zaskarżony środek spełniał test proporcjonalności, a w szczególności, czy powody, dla których został on zastosowany, pozostawały zasadne i utrzymywały się przez cały czas jego obowiązywania”.²⁰ Ponieważ postępowanie zakończyło się uniewinnieniem skarżącego, dozór był orzeczony na czas nieokreślony, a *de facto* trwał ponad 12 lat, szereg okoliczności przemawiał na korzyść skarżącego, Trybunał uznał, że: „W sytuacji, gdy postępowanie karne przeciągało się, władze nie wykazały należytej staranności i nie pod-

¹⁷ *Case of Bagiński v. Poland*, wyrok z 11.10.2005 r., pkt 89. Por.: *Case of Ferla v. Poland*, wyrok z 20.05.2008 r., pkt 37; *Kulikowski*, pkt 74; *Affaire Wegera c. Pologne*, wyrok z 19.01.2010 r., pkt 67; *Case of Mazgaj v. Poland*, wyrok z 21.09.2010 r., pkt 48; *Case of Nurzyński v. Poland*, wyrok z 21.12.2010 r., pkt 34; *Case of Knyter v. Poland*, wyrok z 1.02.2011 r., pkt 75.

¹⁸ *Ferla*, pkt 47. Por.: *Kulikowski*, pkt 74 i 77; *Wegera*, pkt 67.

¹⁹ *Case of Zmarzłak v. Poland*, wyrok z 15.01.2008 r., pkt 44. Trybunał wyjaśnił: „W szczególności konieczność regularnego stawiania się na komisariacie policji w miejscu zamieszkania w celu wypełnienia obowiązków wynikających z istoty orzeczonego wobec niego dozoru utrudniła kontakty z jego najbliższą rodziną zamieszkałą za granicą. W każdym przypadku, gdy osoba znajduje się w sposób długotrwały pod ograniczającym jej wolność indywidualną działaniem środka zapobiegawczego, zdaje się oczywistym, iż sama wskazana okoliczność *per se* wywołuje skutki w sferze jej życia prywatnego i rodzinnego” – *ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, pkt 45.

jęły z urzędu działań zmierzających do zbadania konieczności stosowania tego środka”, wobec czego „równowaga między interesem publicznym a interesem skarżącego nie została przez władze zachowana i doszło do naruszenia art. 8 Konwencji”.²¹

Jak to Trybunał podkreślił w sprawie Bagińskiego: „Takie ograniczenia, jak limitacja liczby wizyt rodzinnych, nadzór nad takimi wizytami oraz – jeśli usprawiedliwia to charakter przestępstwa – poddanie osoby pozbawionej wolności specjalnemu reżimowi więziennemu bądź specjalnym rozwiązaniom rodzinnym, stanowi ingerencję w jej prawa oparte na art. 8, tyle że nie są one same przez się naruszeniem tego postanowienia”.²²

Wszelkie jednak tego rodzaju ograniczenia są dopuszczalne o tyle, o ile spełniają wszystkie trzy testy przewidziane w klauzuli limitacyjnej: legalności, celowości i konieczności, w tej właśnie kolejności przez Trybunał badane.²³

Jeśli chodzi o test legalności, we wcześniejszych sprawach Trybunał ograniczał się do ogólnikowego stwierdzenia wymagalności tego testu i jego spełnienia.²⁴ Jednakże w sprawie *Wegery* Trybunał wyjaśnił, że „słowa «zgodna z prawem» w rozumieniu art. 8 ust. 2 Konwencji oznaczają, po pierwsze, że inkryminowany środek ma podstawę w prawie krajowym”, przy czym „Samo istnienie podstawy prawnej jeszcze nie wystarcza; trzeba jeszcze, by odnośne prawo było dostępne dla osoby zainteresowanej i sformułowane z wystarczającą precyzją, pozwalającą jej – w razie potrzeby, za stosownym poradnictwem – przewidywać, w stopniu w danych okolicznościach rozsądnym, konsekwencje mogące wynikać z danego działania”.²⁵ Co istotne, dodał przy tym: „Prawo, które przyznaje kompetencję dyskrecyjną, nie przeczy temu wymogowi, pod warunkiem, że zakres takiej kompetencji i sposób jej wykonywania określone są z wystarczającą jas-

²¹ Ibidem, pkt 51-52. Trybunał przypomniał, że „obowiązkiem władz jest zagwarantowanie, by stosowane środki ograniczające prawa i wolności jednostki nie naruszały odpowiedniej równowagi między jej chronionym interesem a interesem społeczeństwa, w tym przypadku zapewnieniem dobrego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości”. Co istotne, „władze są zobowiązane do sprawowania kontroli nie tylko nad samym ustanowieniem dozoru, lecz również nad późniejszym stosowaniem tego środka w celu uniknięcia nadużyć i przeciwdziałania ryzyku arbitralności”, zwłaszcza co do istnienia bądź wykluczenia „uzasadnionego interesu publicznego”, z należyтым uwzględnianiem przy tym „zasady domniemania niewinności” – ibidem, pkt 50.

²² *Bagiński*, pkt 89. Por.: *Nowicka*, pkt 71; *Ferla*, pkt 38.

²³ Por. m.in.: *Nowicka*, pkt 69; *Bagiński*, pkt 89; *Kulikowski*, pkt 75; *Wegera*, pkt 70; *Mazgaj*, pkt 50; *Nurzyński*, pkt 36; *Knyter*, pkt 77.

²⁴ W ten sposób: *Nowicka*, pkt 74; *Bagiński*, pkt 91; *Ferla*, pkt 41; *Kulikowski*, pkt 76.

²⁵ *Wegera*, pkt 71. Por.: *Mazgaj*, pkt 50; *Knyter*, pkt 77. W sprawie *Nurzyńskiego* Trybunał jeszcze bardziej dobitnie stwierdził: „Wyrażenie «zgodna z prawem» wymaga nie tylko zgodności z prawem krajowym, ale odnosi się także do jakości tego prawa. [...] prawo krajowe musi wskazywać z rozsądną jasnością zakres i sposób wykonywania kompetencji dyskrecyjnej, przyznanej władzom publicznym, tak by zapewnić jednostkom minimalny stopień ochrony, do jakiej obywatele mają prawo na podstawie *rule of law* w demokratycznym społeczeństwie”.

nością, mając na względzie wchodzący w grę cel prawowity, by zapewniać jednostce adekwatną ochronę przed arbitralnością”.²⁶ Powrócę jeszcze w niniejszym tekście do testu legalności.

We wspomnianych bowiem sprawach wcześniejszych Trybunał – uznając spełnienie tego testu – przechodził do badania testu celowości. Tak np. w sprawie *Bagińskiego*, w której rząd wskazywał na to, że matka skarżącego była świadkiem w jego sprawie i – co z tym się wiąże – ograniczenie widzeń znajduje uzasadnienie w zapewnieniu właściwego toku postępowania karnego przeciwko niemu, Trybunał uznał, iż „inkryminowany środek można by uważać za podjęty w celu «zapobiegania zamieszkom lub przestępczości», co jest celem prawowitym na podstawie art. 8”.²⁷

Skoro tak, Trybunał przechodził do badania, czy dana ingerencja była „konieczna w demokratycznym społeczeństwie”. Jak się okazało, nie zawsze. W sprawie *Nowickiej* badanie testów celowości i konieczności jakby się zbiegło ze sobą, uległo połączeniu. Trybunał bowiem, w jednym punkcie i jednym zdaniu, po stwierdzeniu, że „aresztowanie skarżącej samo w sobie mogło być uważane za służące prawowitym celom zapobiegania przestępczości oraz ochrony zdrowia i praw innych osób”, dodał, że „postanowienie sędziego z dnia 4 kwietnia 1995 r., ograniczające prawo skarżącej do jednego widzenia miesięcznie nie służyło żadnemu prawowitemu celowi ani nie było w stosunku do niego proporcjonalne”.²⁸

Z kolei, jeśli chodzi o test konieczności, Trybunał w sprawie *Nowickiej* wyjaśnił, że „Pojęcie konieczności wymaga, by ingerencja odpowiadała naglącej potrzebie społecznej, a w szczególności, by była proporcjonalna do celu prawowitego, którego realizacji służy”, przy czym „Trybunał nie może poświęcić się badaniu zarzucanych zdarzeń w oderwaniu, lecz musi stosować standardy obiektywne i postrzegać je w świetle wszystkich okoliczności danej sprawy”.²⁹ W sprawie *Bagińskiego* Trybunał dodał, że „będzie brał pod uwagę margines oceny pozostawiony władzom państwowym, ale to obowiązkiem państwa pozwanego jest wykazanie istnienia naglącej potrzeby społecznej uzasadniającej ingerencję”.³⁰

Jak widać z powyższego, w kontekście testu konieczności Trybunał posługiwał się kryterium naglącej potrzeby społecznej i kryterium proporcjonalności, często przez wielu autorów – moim zdaniem, niesłusznie – utoż-

²⁶ Ibidem. Trybunał wyjaśnił: „Poziom wymaganej precyzji zależy od konkretnej dziedziny; gdy chodzi o prawa gwarantowane przez art. 8 Konwencji prawo powinno używać sformułowań jasnych, by wskazywały wszystkim, w jakich okolicznościach i na jakich warunkach władze publiczne władne są dokonywać ingerencji w te prawa” – ibidem, in fine.

²⁷ *Bagiński*, pkt 93, w zw. z pkt. 92. Identycznie w sprawie *Ferla*, pkt 43, w zw. z pkt. 43, w której chodziło o żonę jako świadka. Por. też: *Kulikowski*, pkt 76.

²⁸ *Nowicka*, pkt 75. Trybunał nie dał się przekonać twierdzeniu rządu, iż były uwzględniane wszystkie wnioski rodziny o widzenie ze skarżącą; zauważył bowiem, że rodzina po prostu podporządkowała się nadużywającej decyzji sędziego – ibidem, pkt 76-77.

²⁹ Ibidem, pkt 70.

³⁰ *Bagiński*, pkt 89.

samianej z samym testem konieczności w ogóle. Warto zwrócić uwagę, że te dwa kryteria znajdowały w niektórych sprawach wartościowe uzupełnienie w kryterium „słusznej równowagi”. Tak np. w sprawie *Bagińskiego* Trybunał uznał za niezbędne „upewnienie się, czy władze osiągnęły słuszną równowagę pomiędzy potrzebą zabezpieczenia procesu pozyskiwania dowodów w sprawie skarżącego a jego prawem do poszanowania jego życia rodzinnego podczas detencji”.³¹ Biorąc pod uwagę brak konsekwencji w postępowaniu władz, brak jakichkolwiek środków alternatywnych umożliwiających widzenia oraz znaczący czasokres wstrzymania wizyt matki,³² Trybunał doszedł do wniosku, że ograniczenia wizyt „wykraczały ponad to, co jest konieczne w demokratycznym społeczeństwie dla «zapobiegania zamieszkom lub przestępczości»”, jako że „Oдноsny środek redukował życie rodzinne skarżącego do takiego stopnia, który nie może zostać usprawiedliwiony ani inherentnymi ograniczeniami zawierającymi się w detencji, ani realizowaniem celu prawowitego, na którym rząd się opierał”.³³

Zatem, w powyższych sprawach Trybunał – uznając spełnienie testów legalności i konieczności – stwierdzał naruszenie art. 8 Konwencji w oparciu o test konieczności, a bardziej konkretnie, o współgranie kryteriów naglącej potrzeby społecznej, proporcjonalności i/lub słusznej równowagi. Rzuca się w oczy fakt, że od 2010 r. Trybunał w ogóle nie analizuje tych testów, lecz ogranicza się do zbadania testu legalności i stwierdzenia na jego podstawie faktu naruszenia Konwencji. Pora więc do tego testu powrócić, zgodnie z moją wcześniejszą zapowiedzią.

I tak, w sprawie *Wegery* Trybunał – po przypomnieniu wymogów jakości prawa, a zwłaszcza wymogów dotyczących kompetencji dyskrecjonalnej – stwierdził, że jedyną krajową podstawą prawną dla ograniczania wizyt rodzinnych był art. 217 k.k.w., który to przepis Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodny z Konstytucją RP, jak również z art. 8 Konwencji, ponieważ przepis ten nie wskazywał „jasnych i precyzyjnych kryteriów, na których mógłby się opierać organ decydujący o przyznaniu prawa do wizyty” i „pozostawiał władzom zbyt wielką elastyczność w związku z decydowaniem przez nie o granicach prawa konstytucyjnego w kontekście poszanowania życia prywatnego i rodzinnego”.³⁴ Uznając za istotne dla siebie rozumowanie polskiego TK, Trybunał Strasburski dodał, że „art. 217 k.k.w. nie wskazuje z poziomem precyzji wymaganym w obszarze art. 8 zakresu ani sposobu wykonywania kompetencji dyskrecjonalnej przyznanej władzom mającym decydować o prawie osoby tymczasowo aresztowanej do wizyt”, wobec czego „ingerencja w korzystanie przez skarżącego z jego

³¹ Ibidem, pkt 94. Por. *Kulikowski*, pkt 76 in fine.

³² Ibidem, pkt 95-97.

³³ Ibidem, pkt 98. Por.: *Ferla*, pkt 48. W obu tych sprawach Trybunał podkreślał, że „władze nie zapewniły słusznej równowagi pomiędzy użytymi środkami a celem, których chciały osiągnąć”.

³⁴ *Wegera*, pkt 72.

prawa do poszanowania jego życia rodzinnego nie była «zgodna z prawem» w rozumieniu art. 8 ust. 2 Konwencji».³⁵

W sprawie *Mazgaj* Trybunał stwierdził o art. 217 k.k.w. następująco: „przepis ten – tak, jak stosował się w materialnym czasie – dawał odnośnej władzy (prokuratorowi lub sądowi) kompetencję udzielania zgody na wizyty rodzinne w więzieniu”, przy czym „Prawo nie przewidywało jednak żadnych szczegółów co do warunków udzielania takiej zgody, żadnego ukierunkowania co do tego, w jaki sposób władze mają decydować o tym, czy zakaz prawa wizyt jest w danej sprawie uzasadniony i jakie czynniki dla takiej decyzji mogą okazać się istotne. Nie przewidywało również możliwości odwołania się od odmowy wizyt i nie wymagało dostarczania przez władze osobom zainteresowanym uzasadnień swoich decyzji. Decyzja była więc pozostawiona absolutnej kompetencji dyskrecjonalnej władz”.³⁶

Tak więc w nowszych sprawach Trybunał ograniczał się do stwierdzenia braku spełnienia testu legalności i uznawał, że nie zachodzi potrzeba upewniania się co do spełnienia innych testów dopuszczalności ingerencji; nie badał więc testu celowości i konieczności.³⁷

Reasumując, stwierdzić można, że co do zasady osoby pozbawione wolności – zarówno odbywające karę pozbawienia wolności, jak i tymczasowo aresztowane, a także odosobnione w związku z badaniami czy leczeniem psychiatrycznym – nadal korzystają z ich prawa do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego, a ingerencja władz w tej mierze jest dopuszczalna tylko o tyle, o ile ściśle odpowiada kryteriom jej dopuszczalności, wynikającym z klauzuli limitacyjnej zawartej w art. 8 ust. 2 Konwencji. Poza odrzuceniem roszczeń skarżących w sprawach *Kulikowskiego* i *Stępnika*, we wszystkich innych sprawach Trybunał Strasburski stwierdzał naruszenie prawa skarżącego do poszanowania jego życia rodzinnego, najpierw wobec niespełnienia przez ingerencję wymogów testu konieczności, a potem wobec niemożliwości pogodzenia odnośnego przepisu krajowego z wymaganiami Konwencji co do jakości prawa i co do skrzepowania kompetencji dyskrecjonalnej precyzyjnymi kryteriami jej wykonywania.

Prawo do poszanowania korespondencji osoby pozbawionej wolności

Na wstępie zauważyć wypada, że właśnie tego aspektu prywatności dotyczyła większość orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w skargach kierowanych przeciwko Polsce. Także w tym zakresie Trybunał

³⁵ Ibidem, pkt 75, w zw. z pkt. 74. Co do odmowy wizyty u skazanego więźnia – por.: *Gradek v. Poland*, wyrok z 8.06.2010 r., pkt 48.

³⁶ *Mazgaj*, pkt 54. Por. ibidem, pkt 55-57. Por. identycznie: Nurzyński, pkt 39, w zw. z pkt. 40-42; Knyter, pkt 80, w zw. z pkt. 81-83. Por. też: *Case of Popenda v. Poland*, wyrok z 9.10.2012 r., pkt 73, w zw. z pkt. 71-72, z akcentem na „arbitralność ingerencji”.

³⁷ Por.: *Wegera*, pkt 75; *Mazgaj*, pkt 57; *Nurzyński*, pkt 42; *Knyter*, pkt 83.

zetknął się z kwestią przyznania danym władzom kompetencji dyskrecjonalnej i sposobu jej wykonywania. I tak, w sprawie *Kwieka*, w której zarzucano cenzurowanie korespondencji skarżącego z jego obrońcą, Trybunał stwierdził, że nie było to „zgodne z prawem”, kierując się wcześniejszym swoim ustaleniem w sprawie *Niedbały*, iż „prawo polskie dotyczące kontroli korespondencji obowiązujące przed 1 września 1998 r. nie wskazywało z rozsądną jasnością zakresu i sposobu wykonywania kompetencji dyskrecjonalnej przyznanej władzom publicznym”.³⁸ Dotyczyło to jednak korespondencji z obrońcą. Zupełnie inaczej wypadła ocena Trybunału, jeśli chodzi o prywatną korespondencję skarżącego, stwierdził bowiem, powołując się na wcześniejsze swe orzeczenia w sprawach *Matwiejczuka* i *Mianowskiego*, że „przepisy prawa polskiego były adekwatnie dostępne” oraz że „przepisy te były sformułowane z wystarczającą precyzją”.³⁹

Wprowadza nas to od razu w pierwsze fundamentalne rozgraniczenie między korespondencją prywatną osób pozbawionych wolności a ich korespondencją – nazwijmy to „urzędową” – z ich obrońcami, z organami strasburskimi i innymi organami kontroli międzynarodowej, z ombudsmanami, z władzami państwowymi, w tym m.in. z sądami krajowymi. Nie ma natomiast prawniczo większego znaczenia to, czy chodzi o korespondencję kierowaną do osoby pozbawionej wolności, czy też korespondencję przez nią wysyłaną. Wypada jedynie zauważyć, że większość orzeczeń Trybunału dotyczyła korespondencji wysyłanej przez osoby pozbawione wolności, a stosunkowo nieliczne dotyczyły korespondencji kierowanej do nich.⁴⁰

Drugie fundamentalne rozróżnienie – funkcjonujące przez długi czas w Polsce, a sprzeczne z wymogami systemu EKPC, to było rozróżnienie między korespondencją więźniów, tj. osób odbywających karę pozbawienia wolności, a korespondencją osób tymczasowo aresztowanych. To rozróżnienie działało na niekorzyść osób tymczasowo aresztowanych i to od nich pochodziła zdecydowana większość skarg strasburskich.

Rozpocznijmy od korespondencji prywatnej, Tak np. w sprawie *Kwieka* Trybunał wyraźnie odróżnił jego korespondencję z obrońcą i z Trybunałem Konstytucyjnym⁴¹ od jego prywatnej korespondencji z O.K. Tę ostatnią uznał za zgodną z prawem, a mianowicie z art. 217 kodeksu z 6.06.1997 r., sam ten przepis za odpowiadający wymogom jakości prawa w systemie EKPC, a także za służący realizacji prawowitego celu, mianowicie ochronie

³⁸ *Kwiek*, pkt 32, w zw. z pkt 31. Por. *Case of Niedbała v. Poland*, wyrok z 4.07.2000, pkt 81-84.

³⁹ *Kwiek*, pkt 46. Por. *Case of Matwiejczuk v. Poland*, wyrok z 2.12.2003, pkt 101 („przepisy te były sformułowane z wystarczającą precyzją i wskazywały zakres przyznanej kompetencji dyskrecjonalnej”); *Case of Mianowski v. Poland*, wyrok z 16.12.2003, pkt 65 in fine. Por. też: *Case of Zborowski v. Poland*, wyrok z 15.01.2008, pkt 37.

⁴⁰ Najczęściej była to korespondencja od organów EKPC; zdarzały się jednak listy od Rzecznika Praw Obywatelskich (sprawy *Radaja* i *Misiaka*), Sądu Najwyższego (sprawy *Misiaka* i *Jarkiewicza*), Europejskiego Komitetu ds. Zapobiegania Torturom (sprawa *Misiaka*).

⁴¹ Por.: *Kwiek*, pkt 30–32 oraz pkt 40-44, odpowiednio.

„bezpieczeństwa publicznego” o „zapobiegania przestępczości”.⁴² Ponadto, oceniając, „czy powody przytaczane na usprawiedliwienie odnośnej kontroli były istotne i wystarczające oraz zasada proporcjonalności była uszanowana”, doszedł do wniosku, że „w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy monitorowanie korespondencji skarżącego z O.K. można uznać za konieczne w demokratycznym społeczeństwie w znaczeniu art. 8 ust. 2 Konwencji”.⁴³ W sprawie *Friedensberga* natomiast Trybunał uznał, co prawda, że kontrola korespondencji skarżącego z INGBankiem „była zgodna z prawem krajowym”, dopatrywał się jednak naruszenia art. 8, albowiem „rząd nie przedstawił żadnych argumentów umożliwiających ocenę potrzeby cenzurowania korespondencji skarżącego z jego bankiem ani celu takiej ingerencji w jego prawo oparte na art. 8”.⁴⁴ Tak więc, w kontekście korespondencji prywatnej można by stwierdzić, że prawo krajowe we właściwy sposób reguluje monitorowanie jej; stwierdzenie natomiast naruszenia bądź braku naruszenia art. 8 Konwencji zależy od szczególnych okoliczności konkretnej sprawy. Władze w każdym bądź razie mają obowiązek uzasadnienia konieczności tego rodzaju ingerencji w prawo do poszanowania korespondencji prywatnej.

Na tym samym poziomie postrzegany jest obowiązek poszanowania korespondencji rodzinnej osoby pozbawionej wolności. Tak np. w sprawie *Bobla* Trybunał wyraźnie uznał zgodność art. 217 ust.1 k.k.w. z wymaganiami Konwencji i dopuszczalność opierania na nim kontroli korespondencji rodzinnej. Stwierdzając zatem spełnienie testu legalności, Trybunał zarazem zupełnie pominął test celowości, orzekł natomiast, że doszło do naruszenia art. 8 Konwencji, ponieważ „rząd nie przedłożył żadnych argumentów umożliwiających ocenę potrzeby cenzurowania korespondencji skarżącego z jego rodziną”.⁴⁵ I przeciwnie, w sprawie *Kulikowskiego* Trybunał uznał odnośną część skargi za oczywiście bezpodstawną, jako że „skarżący nie przedstawił żadnych informacji co do ścisłego zakresu ograniczeń nałożonych na jego kontakty i korespondencję z rodziną”.⁴⁶ Podnosił więc zarzuty gołosłownie; tymczasem to na nim spoczywał ciężar dowodu w zakresie udokumentowania stawianych zarzutów.

Moim zdaniem, z uwagi na to, że poszanowanie życia rodzinnego stanowi odrębny – i dodatkowo w stosunku do poszanowania korespondencji –

⁴² Ibidem, pkt 46 i 47, odpowiednio.

⁴³ Ibidem, pkt 48-49. Kierował się Trybunał tym, że skarżący „był oskarżony o poważne przestępstwa kryminalne” oraz „potrzebą zapewnienia właściwego toku procesu” – pkt 48. Por. podobnie: *Zborowski*, pkt 36-38.; *Jarkiewicz*, pkt 81-84, co do korespondencji ze spółką wydawniczą INFOR, gdzie „motywy bezpieczeństwa usprawiedliwiały monitorowanie listów wysyłanych do skarżącego przez spółkę INFOR” – cyt. pkt 83.

⁴⁴ *Friedensberg*, pkt 43-46; cyt. pkt 45.

⁴⁵ *Bobel*, pkt 62-65, cyt. pkt 64.

⁴⁶ *Kulikowski*, pkt 77. Wobec tego Trybunał stwierdził, że „badanie ograniczeń nałożonych na [...] korespondencję z jego rodziną z punktu widzenia ich proporcjonalności w stosunku do realizowanego celu prawowitego byłoby możliwe jedynie, gdyby skarżący dostarczył wystarczająco szczegółowych informacji co do faktów” – ibidem.

integralny składnik prywatności chronionej na podstawie art. 8 Konwencji, poszanowanie korespondencji rodzinnej powinno korzystać z podwyższonego standardu ochrony w porównaniu z innymi rodzajami korespondencji prywatnej. Należy zalecać, by Trybunał bardziej wyraziście to akcentował; oczywiście, bez zagrożenia wchodzących w daną sprawę w grę celów prawowitych, a to dopuszczając jedynie węższy margines oceny państwa i przyjmując podwyższoną skrupulatność w badaniu ingerencji państwa w tym zakresie, zwłaszcza w kontekście spełniania konkretnych kryteriów testu konieczności.

Jest rzeczą niewątpliwie interesującą spojrzenie na sposób potraktowania przez ETPC obowiązku poszanowania korespondencji osoby pozbawionej wolności z organizacjami pozarządowymi. I tak, w sprawie *Warsińskiego* Trybunał, owszem, zwrócił uwagę na cenzurowanie korespondencji skarżącego z Amnesty International i Transparency International, jednakże – w przeciwstawieniu do oceny korespondencji z Trybunałem – uznał tę ingerencję za zgodną z prawem (art. 217 ust. 1 k.k.w.) i kierującą się „prawowitym celem «zapobiegania zamieszkom i przestępczości»”, ale nie spełniającą testu konieczności, albowiem „rząd nie przedstawił żadnych argumentów, które mogłyby usprawiedliwiać kontrolę korespondencji skarżącego z uznanymi organizacjami pozarządowymi, nawet jeśli jedna z nich nie zajmowała się prawami człowieka jako takimi, ale walką z korupcją”.⁴⁷ Korespondencja z NGO’s jest więc traktowana wedle standardów korespondencji prywatnej, z akcentem na obowiązek uzasadnienia ingerencji.

Moim zdaniem, także w tym zakresie – podobnie jak w przypadku korespondencji rodzinnej – zalecać by można podwyższenie standardów ochronnych strasburskich, z uwagi na coraz bardziej uznaną rolę NGO’s w sferze urzeczywistniania praw człowieka i monitorowania ich naruszeń. Z drugiej strony, zalecana jest ostrożność, jako że – przynajmniej niektóre – NGO’s skłonne są do uciekania się do prowokacji, presji, agresji i zaślepienia wytyczonym dla siebie celem, w myśl niechlubnej zasady – cel uświęca środki.

Trybunał nie dopuszczał kontroli korespondencji osoby pozbawionej wolności z władzami państwowymi. Opierał się przy tym na zakazie wynikającym z art. 102 (11) k.k.w. z 1997 r., w związku z art. 214 tego kodeksu. Wszelka więc ingerencja nie spełniała testu legalności; była sprzeczna z wyrażonym zakazem ustawowym. Samo pojęcie „władzy państwowej” w tym kontekście rozumiał szeroko i odnosił je m.in. do Trybunału Konstytucyjnego,⁴⁸ urzędu podatkowego,⁴⁹ Sądu Najwyższego i ministra sprawiedliwości oraz

⁴⁷ *Warsiński*, pkt 36-38, cyt. pkt 38. W sprawie *Misiaka* Trybunał w ogóle nie zajął się oceną cenzurowania korespondencji z NGO, mimo że zarzut dotyczył monitorowania korespondencji skarżącego ze Stowarzyszeniem Penitencjarnym „Patronat”, organizacją pozarządową, działającą *inter alia* na rzecz więźniów i byłych więźniów. Por.: *Misiak*, pkt 23 i nn.

⁴⁸ *Kwiek*, pkt 41. ETPC określał TK jako „będący władzą państwową”.

⁴⁹ *Bobel*, pkt 58.

Rzecznika Praw Obywatelskich,⁵⁰ organu Rady Miejskiej ds. Osób Niepełnosprawnych i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych⁵¹ lub sądu rejonowego.⁵²

Jeszcze bardziej pryncypialnie wygląda zakaz monitorowania korespondencji osoby pozbawionej wolności z organami międzynarodowej kontroli wykonywania zobowiązań w dziedzinie praw człowieka, w tym zwłaszcza z organami strasburskimi, a obecnie – z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Już w sprawie *Radaja* Trybunał – przypominając, że „praktyka otwierania i odczytywania listów więźniów oznacza ingerencję w prawo skarżącego do poszanowania korespondencji w znaczeniu art. 8 Konwencji” – wyraźnie zaakcentował, że „najwyższe znaczenie dla efektywnego funkcjonowania systemu skargi indywidualnej gwarantowanego na podstawie art. 34 Konwencji ma to, że skarżący bądź potencjalni skarżący mają zdolność swobodnego komunikowania się z organami konwencyjnymi, nie podlegając żadnej formie presji ze strony władz co do wycofania bądź zmiany ich zarzutów”, że – zatem – „pierwszorzędne znaczenie” ma w tym zakresie „to, by korespondencja więźniów z Trybunałem nie podlegała żadnej formie kontroli, która mogłaby potencjalnie powstrzymywać ich od wnoszenia ich skarg do Trybunału”.⁵³

W kolejnych wyrokach Trybunał służył dodatkowymi wyjaśnieniami. I tak, w sprawie *Wasilewskiego* stwierdził, że „W tym kontekście «presja» obejmuje nie tylko przymus bezpośredni i rażące akty zastraszania, ale także inne nie stosowne akty bądź kontakty pośrednie mające zniechęcić czy odstręczyć skarżących od korzystania ze środka konwencyjnego; dodając przy tym, że np. „przechwytywanie przez władze więzienne listów także może stać na przeszkodzie wnoszeniu ich spraw do Trybunału”.⁵⁴ Z kolei w sprawie *Michty* wskazał, że „poszanowanie jego korespondencji jest istotne, ponieważ może ona dotyczyć zarzutów przeciwko władzom więziennym bądź funkcjonariuszom więziennym. Otwieranie listów do i od organów konwencyjnych niewątpliwie rodzi możliwość, iż będą one odczytywane i – być może – przy okazji stworzą również ryzyko represaliów ze strony personelu więziennego przeciwko danemu więźniowi”.⁵⁵

To pryncypialne stanowisko *per se* Trybunałowi w pierwszej fazie orzekania w sprawach polskich nie wystarczało. Toteż poczuwał się Trybunał do obowiązku badania, czy zarzucana ingerencja spełniała warunki klauzuli limitacyjnej z art. 8 ust. 2 Konwencji, przede wszystkim, czy była „zgodna z prawem” i stwierdzał – w kontekście art. 33 Regulaminu Tymczasowego Aresztowania, podówczas obowiązującego, że podstawa prawna dla ingerencji istniała, a stosownie do niej, korespondencja osób tymcza-

⁵⁰ *Misiak*, pkt 23.

⁵¹ *Friedensberg*, pkt 41, jako „będących instytucjami państwowymi”.

⁵² *Jarkiewicz*, pkt 74 jako „będącego również władzą państwową”.

⁵³ *Radaj*, pkt 20. Por.: *Salapa*, pkt 94; *Wasilewski*, pkt 25; *Drozdowski*, pkt 27; *Case of Michta v. Poland*, wyrok z 4.05.2006, pkt 55; *Case of Maksym v. Poland*, pkt 31.

⁵⁴ *Wasilewski*, pkt 27.

⁵⁵ *Michta*, pkt 56.

sowo aresztowanych podlegała automatycznemu badaniu przez placówkę detencyjną i mogła być odczytywana przez władze odpowiedzialne za postępowanie karne.⁵⁶

Dla rozstrzygnięcia sprawy Trybunał posłużył się wypracowaną przez siebie koncepcją granic i warunków dopuszczalności kompetencji dyskrecjonalnej.⁵⁷ Wskazał m.in., że „wyrażenie «zgodna z prawem» wymaga nie tylko zgodności z prawem krajowym, ale odnosi się również do jakości tego prawa”, które „musi wskazywać z rozsądną jasnością zakres i sposób wykonywania odnośnej kompetencji dyskrecjonalnej przyznanej władzom publicznym, tak by zapewniać jednostkom minimalny stopień ochrony, do jakiego obywatele mają tytuł w oparciu o rule of law w demokratycznym społeczeństwie”.⁵⁸

W tym trybie Trybunał doszedł do uznania ingerencji za sprzeczną z prawem, albowiem: „mające zastosowanie przepisy prawa polskiego – tak jak w materialnym czasie one obowiązywały – dopuszczały automatyczne otwieranie i odczytywanie korespondencji więźniów przez władze więzienne i władze odpowiedzialne za postępowanie karne”, „nie dokonywały żadnego rozróżnienia pomiędzy rozmaitymi kategoriami osób, z którymi by więźniowie korespondowali” i „nie ustalały żadnych zasad regulujących wykonywanie takiej kontroli korespondencji”, zaś „władze nie były zobowiązane do wydawania decyzji z uzasadnieniem, specyfikującej podstawy, na których je podjęto”, a ponadto „żadne przepisy prawne nie przewidywały środka umożliwiającego osobie aresztowanej zakwestionowanie sposobu czy zakresu takiego środka”.⁵⁹

Zdarzało się wielokrotnie, że stwierdzenie niezgodności kontroli korespondencji z prawem wynikało z braku przestrzegania wymogu prawa krajowego, by otwarcie listu czy innej przesyłki miało miejsce w obecności osoby pozbawionej wolności, o której korespondencję chodziło.⁶⁰ Po nowelizacji ustawodawstwa karnego w 1997 r. problem ograniczył się li tylko do osób tymczasowo aresztowanych, albowiem jeśli chodzi o osoby skazane – jak to wyraziście stwierdził Trybunał w sprawie G.K. – „rząd nie wskazał konkretnej podstawy prawnej dla zarzucanej ingerencji”, zaś art. 217 k.k.w. „stosował się li tylko do osób tymczasowo aresztowanych, a nie do

⁵⁶ Por. *Radaj*, pkt 21. Podobnie w wielu kolejnych sprawach.

⁵⁷ Szerzej na ten temat: T.Jasudowicz, *Kompetencje dyskrecjonalne w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system ochronny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, red. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pręgowska, Toruń 2011, s. 36-61, *passim*.

⁵⁸ *Radaj*, pkt 22. Por.: wcześniej – *Niedbała*, pkt 81-84; później – m.in. *Kwiek*, pkt 31-32; *Wegera*, pkt 72-74; *Mazgaj*, pkt 54-57; *Nurzyński*, pkt 34-35 i 41; *Zborowski*, pkt 37-39.

⁵⁹ *Radaj*, pkt 23. Nie ustalały też te przepisy „ani sposobu, ani ram czasowych, w których miała ona (tj. kontrola listów – przyp. T.J.) być dokonana” – *ibidem*. Por. identycznie – *Salapa*, pkt 97-100; *Klamecki*, pkt 138-139; *Matwiejczuk*, pkt 98.

⁶⁰ Tak np.: *Matwiejczuk*, pkt 102; *Mianowski*, pkt 66; *Wasilewski*, pkt 29-30; *Case of Tomczyk-Prokopyszyn v. Poland*, wyrok z 28.03.2006, pkt 32-33.

osób, które – jak skarżący – odbywały wyrok więzienia w następstwie prawomocnego orzeczenia”.⁶¹

Przez długi czas pokutowały w polskim systemie penitencjarnym post-socjalistyczne praktyki wyraźnego odróżniania statusu osób tymczasowo aresztowanych od statusu osób prawomocnie skazanych, na niekorzyść tych pierwszych. Osobiście doświadczyłem tego, będąc aresztowany w 1984 r. Nie przypuszczałem jednak, że tak długo po rozpoczęciu procesu głębokiej transformacji ustrojowej rozróżnienie to będzie się nadal utrzymywało. Co więcej, w moim przekonaniu, wielu sędziów, prokuratorów i funkcjonariuszy służby więziennej w Polsce nadal tak po dziś dzień myśli i tak chętnie by działało. I działa..., a Polska przegrywa kolejne sprawy w Strasburgu.

Dlatego tak silny jest w sprawach polskich akcent orzecznictwa strasburskiego na potrzebę przezwyciężania tego stereotypu myślenia i działania. Jeszcze w sprawie *Drozdowski* Trybunał spostrzegął, że „prawo krajowe nie przewiduje specyficznego zakazu ustawowego cenzurowania korespondencji z Trybunałem w stosunku do osób – takich, jak w niniejszej sprawie skarżący – które są tymczasowo aresztowane [...]. Co więcej, prawo krajowe – w materialnym czasie obowiązujące – wyraźnie dopuszczało poddawanie korespondencji z Trybunałem osoby pozbawionej wolności kontroli jej treści, przewidując, że ma ona być dokonywana w obecności aresztanta”.⁶² Działal więc Trybunał „w oparciu o założenie, iż ingerencja była zgodna z prawem”, a stwierdził naruszenie art. 8 w oparciu o test konieczności, jako że nie dopatrzył się „żadnych przymuszających powodów, dla których korespondencja skarżącego z Trybunałem miałaby być monitorowana”.⁶³

Sytuacja w badanym zakresie zmieniła się, rzec można, błyskawicznie. W wyroku w sprawie *Michty* z 4 maja 2006 r. Trybunał po prostu poparł właściwe stanowisko rządu, który – w oparciu o art. 214 k.k.w. – twierdził, że „osoby tymczasowo aresztowane powinny korzystać z takich samych praw jak osoby skazane prawomocnym wyrokiem”, a zakaz cenzurowania korespondencji z Trybunałem „znajduje zastosowanie również do osób tymczasowo aresztowanych”.⁶⁴

⁶¹ *Case of G.K. v. Poland*, wyrok z 20.01.2004, pkt 110. Trybunał wskazał zarazem, że w stosunku do osób skazanych wchodzi w grę „specyficzny zakaz ustawowy cenzurowania bądź innego niewłaściwego traktowania ich korespondencji do «instytucji ustanowionych przez traktaty międzynarodowe ratyfikowane przez Rzeczpospolitą Polską dotyczące ochrony praw człowieka»”, przy czym art. 103 ust. 1 k.k.w. – wbrew twierdzeniom rządu – „nie pozostawiał decyzji co do tego, czy cenzurować list skarżącego, dyskrecyjnej kompetencji władz, lecz wyraźnie zakazywał im czynienia tego”; władze działały więc „wbrew temu wyrażonemu zakazowi prawnemu” – ibidem, in fine. Por.: *Case of Pisk-Piskowski v. Poland*, wyrok z 14.06.2005, pkt 28.

⁶² *Drozdowski*, pkt 26. Wskazał też, że zakaz sformułowany w art. 103 ust. 1 k.k.w. „ogranicza się do korespondencji osób skazanych”.

⁶³ Ibidem, pkt 26 in fine, w zw. z pkt. 27-31, cyt. pkt 30.

⁶⁴ *Michta*, pkt 61. Por. m.in.: *Case of Dzyruk v. Poland*, wyrok z 4.07.2006, pkt 49-56; *Case of Cabala v. Poland*, wyrok z 8.08.2006 r., pkt 44-51; *Case of Ceglowski v. Poland*,

W tym więc kontekście, podobnie jak w kontekście osób skazanych, Trybunałowi zaczął wystarczać test legalności; stwierdzał po prostu, że ingerencja w korespondencję osoby tymczasowo aresztowanej nie była „zgodna z prawem”, uznając zarazem za zbędne badanie testu celowości i konieczności. W zasadzie li tylko w odniesieniu do korespondencji prywatnej osoby pozbawionej wolności Trybunał posuwał się do badania testu celowości, a nawet testu konieczności, często je jakby ze sobą łącząc.⁶⁵

„Na cenzurowanym...”

Na deser poniekąd zostawiłem sobie refleksje na temat nieszczęsnych pieczętek „Ocenzurowano”, stawianych świadomie bądź nieopatrznie, na kopertach i/lub na treści listów wysyłanych przez osoby pozbawione wolności bądź kierowanych do nich, także np. przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Praktyka takiego „pieczętowania” sięga swymi tradycjami czasów realnego socjalizmu, dla których cenzura – jakakolwiek i wszelka – była „normalką”. Jak to się jednak przedstawia na gruncie obowiązującej Konstytucji RP z 1997 r.? To prawda, że *expressis verbis* Konstytucja obejmuje zakazem li tylko „cenzurę prewencyjną” i tylko w odniesieniu do „środków społecznego przekazu”.⁶⁶ Czy można jednak twierdzić, że nowa Konstytucja nie miała żadnego znaczenia w kontekście cenzurowania korespondencji osób pozbawionych wolności? Przecież z art. 47 i 49 Konstytucji niewątpliwie można wywodzić zasadę poszanowania prywatności i „tajemnicy komunikowania się”, na rzecz której działa domniemanie,⁶⁷ a wyjątki czy ograniczenia – stosownie do deklaracji zawartej w art. 49 *in fine* – mogłyby wchodzić w grę „jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”. Jasno stąd wynika, że dla dopuszczalności cenzury korespondencji osoby pozbawionej wolności konieczne jest jej zawarowanie w ustawie, w tym określenie sposobu jej dokonywania.

wyrok z 8.08.2006 r., pkt 50-60; *Case of Łuczko v. Poland*, wyrok z 3.10.2006 r., pkt 23-28; *Case of Gąsiorowski v. Poland*, wyrok z 17.10.2006, pkt 62-67; *Case of Oleksy v. Poland*, wyrok z 28.11.2006 r.; pkt 38-50; *Case of Maksym v. Poland*, wyrok z 19.12.2006, pkt 27-32; *Case of Nowicki v. Poland*, wyrok z 27.02.2007, pkt 12-19; *Case of Andruliewicz v. Poland*, wyrok z 3.04.2007, pkt 14-22; *Case of Kozimor v. Poland*, wyrok z 12.04.2007, 43-55; *Case of Kliza v. Poland*, wyrok z 6.09.2007, pkt 56-66; *Case of Lewak v. Poland*, wyrok z 6.09.2007, pkt 20-32; *Case of Dzitkowski v. Poland*, wyrok z 27.11.2007, pkt 50-57; *Case of Jasiński v. Poland*, wyrok z 6.12.2007, pkt 47-58; *Warsiński*, pkt 31-37; *Case of Jakubiak v. Poland*, wyrok z 8.01.2008, pkt 15-23; *Case of Kołodziński v. Poland*, wyrok z 8.01.2008, pkt 25-40; *Stępniać*, pkt 15-24.

⁶⁵ Por.: *Kwieć*, pkt 47-48; *Warsiński*, pkt 37-38; *Zborowski*, pkt 37-39.

⁶⁶ Por. art. 54 ust. 2 Konstytucji RP z 2.04.1997 r.

⁶⁷ Art. 47 stanowi: „Każdy (a zatem, również osoba pozbawiona wolności – uwaga T.J.) ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”, zaś stosownie do art. 49 zd.I „Zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy korespondencji”.

Swoje pryncypialne stanowisko najobszerniej wyraził Trybunał w wyroku w sprawie *Matwiejczuka*. Wobec figurowania na kopercie stempla „Ocenzurowano, dn., podpis” (z ręcznie wypisaną datą i nieczytelnym podpisem), Trybunał stwierdził, że „nawet, jeśli nie było oddzielnego stempla na liście jako takim, w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy wchodzi w grę rozsądne prawdopodobieństwo, iż koperta była otwierana przez władze krajowe”,⁶⁸ zwracając przy tym uwagę na to, że „w języku polskim słowo «ocenzurowano» oznacza, że kompetentna władza – po skontrolowaniu treści danego komunikatu – decyduje się zezwolić na jego przekazanie czy wysłanie”.⁶⁹ Dodał ponadto, „jak długo władze krajowe będą kontynuować praktykę znakowania listów więźniów po prostu stemplem «ocenzurowano», Trybunał nie będzie miał żadnej innej alternatywy, jak tylko zakładać, że listy te były otwierane, a ich treść była odczytywana”.⁷⁰

Zwrócił przy tym uwagę, że „Jest sprawą władz krajowych wypracowanie procedury wyrażania zgody na przekazanie bądź wysłanie listów od i do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sposób wyraźnie wskazujący na to, iż ani odnośne koperty nie były otwierane, ani listy nie były odczytywane”.⁷¹ Wobec zgłaszanych obaw o podrabianie czy fałszowanie stempli, Trybunał spostrzegł, iż „ryzyko podrabiania takiego stempla przez więźniów w celu fabrykowania dowodów w postępowaniu strasburskim jest tak minimalne, iż można z nim się nie liczyć”.⁷²

Ze swej strony Trybunał czuwał nad potrzeba udokumentowania przez skarżących zarzutów dokonywania cenzury ich korespondencji, by nie dawać posłuchu zarzutom głoślovnym. Toteż w sprawie *Piotra Kuca*, który przedłożył jedną stronę koperty z odręcznym napisem „ocenzurowano” i nieczytelnym podpisem, bez pieczęci czy innych adnotacji urzędowych, Trybunał doszedł do wniosku, że niemożliwe jest „ustalenie, kto sporządził napis na kopercie”, a „w efekcie, nie da się ustalić, czy koperta była otwierana przez władze krajowe”, tym bardziej że „skarżący nie dostarczył żadnych innych dowodów cenzurowania przez władze jego korespondencji z Trybunałem”.⁷³

⁶⁸ *Matwiejczuk*, pkt 99, zd.II. Por. m.in.: *Mianowski*, pkt 62; *Pisk-Piskowski*, pkt 26; *Micha*, pkt 57; *Gąsiorowski*, pkt 633; *Maksym*, pkt 24; *Wenerski*, pkt 74; *Zborowski*, pkt 34; *Friedensberg*, pkt 343-35.

⁶⁹ *Matwiejczuk*, pkt 99, zd.III. Por. m.in.: *Mianowski*, pkt 63; *Pisk-Piskowski*, pkt 26; *Micha*, pkt 58 in fine.

⁷⁰ *Matwiejczuk*, pkt 99, zd.IV. Por. m.in.: *Gąsiorowski*, pkt 64; *Warsiński*, pkt 30; *Zborowski*, pkt 35; *Bobel*, pkt 55; *Stępnia*, pkt 22; *Andrysiak*, pkt 26; *Misiak*, pkt 27; *Friedensberg*, pkt 36.

⁷¹ *Matwiejczuk*, pkt 99, zd.V.

⁷² *Matwiejczuk*, pkt 99, zd.VI. Wyjaśnił przy tym: „Gdyby władze krajowe obawiały się ryzyka fabrykowania, mogłyby go uniknąć poprzez dodawanie do rejestru nadchodzących informacji pocztowych uwag o ich stanie”.

⁷³ *Case of Piotr Kuc v. Poland*, wyrok z 19.12.2006, pkt 41. Stwierdził zatem oczywistą bepodstawność skargi – ibidem, pkt 42.

Z kolei w sprawie *Jarkiewicza* Trybunał nie dał się zwieść nadużywającym sugestiom skarżącego, wskazując, że koperty z listem do obrońcy oraz listem z Sądu Najwyższego „nie miały żadnego stempla «ocenzurowano» ani jakichkolwiek oznak, iżby były one otwierane, zanim zostały dostarczone do adresatów”.⁷⁴

Jeszcze mniej wątpliwości miał Trybunał, gdy istniały dowody na otwieranie i odczytywanie samych listów,⁷⁵ zwłaszcza gdy dochodziły elementy mniej lub bardziej znacznego opóźnienia w przekazywaniu korespondencji,⁷⁶ zamazania części tekstu,⁷⁷ bezpośrednich oznak otwierania i zaklejania koperty⁷⁸ czy zajęcia dokumentów zawartych w liście.⁷⁹

Reasumując, można stwierdzić, że Trybunał wykazuje bardzo pryncypialne podejście do problematyki stempla „ocenzurowano” i usilnie stara się „wyleczyć władze polskie z tej choroby stemplowej”. Terapia nie skutkuje. Pisząc te słowa w prawie półtora roku po odbyciu naszej konferencji katedralnej, ze smutkiem stwierdzam, że w późniejszym orzecznictwie z roku 2011 i 2012, niestety, jeszcze się zdarzały skargi osnute na tle operowania przez władze – świadomie bądź nieświadomie, przez omyłkę lub chyba z głupoty – nieszczęsnym stemplem „Ocenzurowano”. Najwyższy to już czas dojrzeć do standardów europejskich i rozsądniej używać pieczęci czy stempli. Tak, jak wykazuje się testem rozsądnosci sam Trybunał, daleki od sztampy, indywidualizujący każdą sprawę, przyglądający się wszystkim jej okolicznościom i w zasadzie znajdujący słuszne rozstrzygnięcie, wielce niejednorodne, tak jak niejednorodne są trafiające doń sprawy.

Zasadą chronioną jest prywatność więźnia; wyjątkiem ingerencja w korzystanie z niej. Trzeba szukać rozsądnej relacji między nimi, bo mądrość zasady zależy od rozsądnej niezbędności wyjątków od niej.

⁷⁴ *Jarkiewicz*, pkt 80. Trybunał wskazał przy tym: „Stemple, które pokazują datę, numer rejestru, nazwę zakładu karnego oraz – jak w przypadku listu z 19 marca 2007 r. – stempel «nie podlega ocenzurowaniu», wskazują [...], po prostu na fakt, że odnośny list został przekazany jego adresatowi za pośrednictwem aresztu. Procedura rejestracji poczty przychodzącej i wychodzącej przez ośrodek zatrzymań jest koniecznym elementem administracji penitencjarnej i nie jest jako taka sprzeczna z art. 8 Konwencji” – ibidem, in fine.

⁷⁵ Por. m.in.: *Drozdowski*, pkt 23; *Tomczyk-Prokopyszyn*, pkt 30; *Maksym*, pkt 24; *Bobel*, pkt 54; *Stępiak*, pkt 21; *Andrysiak*, pkt 26.

⁷⁶ Por. np.: *Drozdowski*, pkt 23; *Maksym*, pkt 32-33. Przeciwnie, w sprawie *Matwiejczuka*, pkt 106, Trybunał nie stwierdził zaistnienia istotnego opóźnienia.

⁷⁷ Por.: *Drozdowski*, pkt 23.

⁷⁸ Por. *Michta*, pkt 57; *Warsiński*, pkt 29.

⁷⁹ Zarzut taki sformułował *Andrysiak*, pkt 30. Trybunał stwierdził jednak, że „przedłożone mu dowody nie wykazują, iżby którykolwiek z dokumentów wysłanych przez Trybunał został przez władze więzienne zajęty” – ibidem, pkt 31.

THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVACY OF PERSONS DEPRIVED OF LIBERTY IN POLAND IN THE LIGHT OF STRASBOURG CASE LAW

Keywords: Respect for privacy, family life, family visits, respect for correspondence, censorship, discretionary powers

Summary

Every detention by the fact of itself is in conflict with privacy of person deprived of liberty. In particular it concerns family visits and respect for correspondence. As to the first element, European Court of Human Rights has created positive obligations linked with authorities' duties to support person deprived of liberty in his or her contacts with close family. In particular Polish cases the Court at first had examined tests of legality, legitimate aim and necessity one by one, while since 2010 has limited itself to first of these tests and to finding violation on account of existence of inadmissible authorities' discretionary power.

Overwhelming majority of Polish cases concerned the prisoner's right to respect for his or her correspondence. Violations concerning correspondence with ECHR are especially noticeable. Totally special violation was – to some extent it happens nowadays – putting a stamp “subject to censorship” on the envelopes leaving the places of detention.

Jakub Bartoszewicz

doktorant na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Wolność myśli, sumienia i wyznania w Polsce w świetle orzecznictwa strasburskiego

Słowa kluczowe: wolność myśli, sumienia i religii; prawa człowieka; Europejski Trybunał Praw Człowieka; religia w szkołach publicznych; uczucia religijne

1. Wstęp

Jeszcze stosunkowo niedawno sekularyzacja i zepchnięcie religii wyłącznie do sfery prywatnej postrzegane było jako naturalny i nieuchronny proces społecznej ewolucji. Odnowa duchowości oraz wzrost aktywności kościołów i wierzących, jaki w XXI w. obserwuje się na całym świecie prowadzi jednak do wniosku, że przewidywania te okazały się nieprawdziwe¹. Co więcej, niektórzy za zasadne uznają wręcz stwierdzenie, że w istocie mamy do czynienia z *desekularyzacją* świata².

Współczesne ożywienie religijne nie odbywa się jednak poprzez bezpośredni nawrót do tradycji religijnych, historycznie zakorzenionych w danych społecznościach. Epoka globalizacji to bowiem okres wzrastającego pluralizmu religijnego³ i to niemal we wszystkich częściach naszego globu. Codzienne obcowanie ze sobą wyznawców wielu religii, często kulturowo obcych, przestało odbywać się wyłącznie w kosmopolitycznych miastach położonych na szlakach handlowych, które były lokalnymi oknami na świat. Zresztą, postępujący rozwój nowoczesnych metod komunikacji za pośrednictwem sieci Internet powoduje, że z każdym dniem coraz więcej osób ma dostęp do własnego okna na świat, z którego może czerpać idee i myśli z dowolnego miejsca na naszym globie. Przemieszczanie się dorobku intelektualnego i duchowego przestało być więc nawet zależne od przemieszczania

¹ T. Buksiński, *Publiczne sfery i religie*, Poznań 2011, s. 201-211.

² Zob. P.L. Berger (red.), *The Desecularization of the Worlds: Resurgent Religion and World Politics*, [w:] B. Eerdmans Publishing 1999; D. Westurland (red.), *Questioning the Secular State: the Worldwide Resurgence of Religion in Politics*, C. Hurst & Co. Publishers 1996.

³ T. Buksiński, op. cit., s. 190.

się ludzi. Taka intensyfikacja kontaktów, łatwość podróżowania i przyspieszone rozpowszechnianie idei powoduje, i z pewnością będzie coraz częściej powodować, tarcia, czy wręcz otwarte konflikty na tle światopoglądowym i religijnym⁴.

W świetle powyższego, szczególnego znaczenia współcześnie nabiera wolność myśli sumienia i wyznania. Jej zadaniem jest bowiem nie tylko ochrona tożsamości duchowej jednostki przed ingerencją ze strony państwa czy też innych osób oraz gwarantowanie jej wewnętrznej autonomii⁵, ale także ustalanie ram, w jakich możliwe jest współistnienie różnych, nieraz odmiennych koncepcji i wartości duchowych. Dlatego też w orzecznictwie strasburskim wolność myśli, sumienia i wyznania wprost określa się mianem fundamentu pluralistycznego społeczeństwa demokratycznego i nie bez racji przypisywana jest jej wysoka ranga pośród pozostałych w całokształcie postanowień Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r.⁶

Konstatacja co do możliwości narastania konfliktów na tle światopoglądowym i wyznaniowym, a także odnosząca się do znaczenia gwarancji płynących z wolności myśli, sumienia i wyznania dotyczy oczywiście także Polski. Zasadne jest zatem zadanie pytania, czy prawo polskie w sposób właściwy chroni wolności zawarte w art. 9 Konwencji i czy jest gotowe sprostać wyzwaniom, jakie mogą się pojawić w przyszłości. Za przyczynek do odpowiedzi na nie posłużyć mogą wnioski wyciągnięte z przeglądu dorobku orzeczniczego, jaki od czasu objęcia naszego kraju jurysdykcją organów strasburskich wypracowano w sprawach polskich na gruncie art. 9 Konwencji.

Już na wstępie należy przy tym zauważyć, że dorobek ten nie jest liczny, gdyż spośród ogólnej liczby ponad czterech tysięcy spraw polskich zawisłych w Strasburgu, zaledwie w dwudziestu odwołano się do wolności myśli, sumienia i wyznania (daje to około 0,4%⁷). Wniesione sprawy prze-

⁴ Jak wskazuje P. Cumper, *o ile dominująca wojna ideologiczna dwudziestego wieku rozegrała się pomiędzy kapitalizmem a komunizmem, to jest bardzo prawdopodobne, że dwudziesty pierwszy wiek zostanie naznaczony równoważnym konfliktem pomiędzy religiami i wartościami świeckimi*. Zob. P. Cumper, *Religion, belief and international human rights in the twenty-first century* w: S. Joseph, A. McBeth (red.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing Limited 2010, s. 468.

⁵ Jak wskazuje J. Falski, *tak jak nienaruszalność integralności fizycznej chronią istotę ludzką w wymiarze fizycznym, tak wolność myśli, sumienia i wyznania, chroni ją w wymiarze intelektualnym*. Zob. J. Falski, *Europejskie kryteria wolności sumienia i wyznania a islam*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 9, s. 57.

⁶ Zob. *Case of Kokkinakis v. Greece*, application no. 14307/88, judgment of 25.05.1993, par. 31. Por. także: 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, par. 6.

⁷ *Case of C.J., J.J. and E.J. v. Poland*, application no. 23380/94; *Case of Dubowska and Skup v. Poland*, application no. 33490/96, 34055/96; *Case of Salicki v. Poland*, application no. 24712/94, *Case of Kubalska and Kubalska-Holuj v. Poland*, application no. 35579/97; *Case of Kubiszyn v. Poland*, application no. 37437/97; *Case of Saniewski v. Poland*, application no. 40319/98; *Affaire Bulski c. Pologne*, requêtes n° 46254/99 et 31888/02; *Case of Siebert*

łożyły się przy tym na 2 wyroki⁸ i 11 decyzji o niedopuszczalności skargi. W pozostałych 7 przypadkach sprawy zostały skreślone z listy na mocy art. 37 Konwencji⁹.

Jak liczby te mają się do całokształtu całokształt dorobku orzeczniczego organów konwencyjnych opartego na art. 9 Konwencji? Spośród ogólnej liczby ponad 67 tysięcy spraw znajdujących się w internetowej bazie danych HUDOC¹⁰, jedynie niecałe 2% z nich oparto na naruszeniu art. 9 Konwencji. W aspekcie rozstrzygnięć merytorycznych sprawa przedstawia się jeszcze skromniej, gdyż spośród ogólnego dorobku ponad 32 tysięcy wydanych wyroków niewiele ponad 1% odnosi się do wolności myśli, sumienia i wyznania¹¹.

Generalnie można zatem stwierdzić, że doniosłe znaczenie wolności myśli, sumienia i wyznania nie przełożyło się do tej pory na liczbę opartych na niej skarg i to zarówno w odniesieniu do spraw polskich, jak też w wymiarze ogólnym. W istocie, przepis art. 9 Konwencji zajmował, i nadal zajmuje, skromne miejsce w praktyce orzeczniczej organów strasburskich. Wynika to w dużej mierze z długotrwałej tendencji organów strasburskich do ostrożnego wykorzystywania art. 9 jako wzorca kontroli i orzekania w oparciu o inne postanowienia Konwencji¹². Dopiero od początku lat dziewięćdziesiątych, a dokładniej od orzeczenia zapadłego w sprawie *Kokkinakis przeciwko Grecji* w 1993 r., odnotować można systematyczny wzrost spraw opartych o art. 9 Konwencji. Wydaje się przy tym, że liczba skarg może wzrastać, szczególnie w obliczu działań podejmowanych przez niektóre państwa, które wolność religii zdają się mylić z wolnością od religii, zmierzając do usunięcia jakichkolwiek przejawów religijności ze sfery publicznej¹³.

Sprawy polskie poddane osądowi organów strasburskich nie były przy tym może tak medialnie nośne, jak choćby sprawa *Lautsi przeciwko*

v. Poland, application no. 40328/98; *Case of Otomanski v. Poland*, application no. 4612/03; *Case of Mazak v. Poland*, application no. 632/03; *Case of Krym v. Poland*, application no. 26938/05; *Case of Nowak and Krynicki v. Poland*, application no. 32932/02; *Affaire L'Église Orthodoxe Autocéphale de Pologne c. Pologne*, requête n° 31994/03; *Case of Wadielac v. Poland*, application no. 14260/09; *Case of M.K. v. Poland*, application no. 24200/07; *Case of Grzelak v. Poland*, application no. 7710/02; *Case of Jakóbski v. Poland*, application no. 18429/06; *Case of Woch v. Poland*, application no. 19732/11; *Case of Kawecki v. Poland*, application no. 15593/07; *Case of Ławniczak v. Poland*, application no. 22857/07.

⁸ Wyrok z dnia 15 czerwca 2010 r. w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce* i z dnia 10 grudnia 2010 r. w sprawie *Jakóbski przeciwko Polsce*.

⁹ Stan na dzień 25 stycznia 2013 r.

¹⁰ HUDOC (*Human Rights Documentation*) – baza danych Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dostępna pod adresem internetowym <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹¹ Stan na dzień 6 listopada 2012 r.

¹² L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, op. cit., par. 7. Nie wydaje się być jednak błędnym stwierdzenie, że przyczyną takiego stanu rzeczy jest chyba przede wszystkim stosunkowo skuteczne zapewnienie przestrzegania wolności myśli, słowa i wyznania przez państwa członkowskie Rady Europy.

¹³ Zob. J. Bartoszewicz, *Zakaz zastaniania twarzy a prawo do uzewnętrzniania wyznania*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2011, nr 2, s. 7-18.

Włochom¹⁴, a zapadłe w nich wyroki nie stanowią prawdopodobnie orzecznich kamieni milowych, jak choćby we wspomnianej sprawie *Kokkina-
kis przeciwko Grecji*, gdzie fragmenty wyroku cytowane są we wszystkich komentarzach i powoływane w wielu orzeczeniach. Nie oznacza to jednak, że zapadłe rozstrzygnięcia nie są merytorycznie wartościowe. Wręcz przeciwnie, stanowią one ważny wkład zarówno do ogólnych rozważań na temat wolności myśli, sumienia i wyznania, jak też do formułowania wniosków w odniesieniu do prawa polskiego.

Z punktu widzenia materii poddanej osądowi, sprawy polskie można tematycznie pogrupować na trzy kategorie. Pierwsza z nich, obejmująca sprawy *C.J., J.J. i E.J. przeciwko Polsce*, *Saniewski przeciwko Polsce* i *Grzelak przeciwko Polsce* dotyczy sposobu organizacji zajęć z religii w szkołach publicznych i uwidaczniania ocen z tego przedmiotu na świadectwach szkolnych. Druga, obejmująca sprawy *Dubowska i Skup przeciwko Polsce* i *Kubalska i Kubalska-Holuj przeciwko Polsce* dotyczy obowiązków pozytywnych państwa w zakresie ochrony uczuć religijnych. Z kolei trzecia, w której w istocie jest tylko jedna sprawa *Jakóbski przeciwko Polsce*, odnosi się do problematyki uzewnętrzniania religii poprzez umożliwienie spożywania odpowiednich posiłków w warunkach zastosowania izolacyjnego środka karnego¹⁵.

2. Nauka religii w szkołach publicznych i uzewnętrznianie ocen z tego przedmiotu na świadectwach szkolnych

Wolność myśli, sumienia i wyznania może występować w ujęciu pozytywnym, jak i negatywnym. W tym pierwszym odnosi się do prawa do swobodnego wyboru religii lub światopoglądu oraz do wyrażania własnych przekonań i swobodnego wykonywania praktyk religijnych. W znaczeniu negatywnym odnosi się natomiast do prawa do zachowania milczenia w sprawach światopoglądowych. Sprzeczne z tak pojętą wolnością myśli, sumienia i wyznania jest zatem wprowadzanie przez państwo bezpośredniego lub pośredniego obowiązku ujawnienia posiadanych przekonań religijnych lub też faktu ich nieposiadania. Wszystkie takie działania, co do zasady, uznawane są za naruszenie art. 9 Konwencji¹⁶.

¹⁴ *Case of Lautsi and Others v. Italy, application no 30814/06*.

¹⁵ Sprawa *Woch przeciwko Polsce*, która oparta była na podobnym stanie faktycznym, została skreślona z listy spraw z przyczyn proceduralnych i nie doczekała się merytorycznego rozpoznania.

¹⁶ W sprawie *Alexandridis przeciwko Grecji* (*Case of Alexandridis v. Greece, application no. 19516/06*) Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia prawa do milczenia w sprawach wiary w sytuacji, gdy od skarżącego wymagano specjalnego oświadczenia, ujawniającego posiadane przekonania religijne. Takie oświadczenie było w tym przypadku niezbędnym warunkiem, aby przysięgę o charakterze religijnym, konieczną dla rozpoczęcia wykonywania

Z tego punktu widzenia za mogącą być źródłem ewentualnych naruszeń uznać można konieczność umieszczania ocen z religii na świadectwach szkolnych. Konieczność taka prowadzić może bowiem, wbrew woli zainteresowanych, do ujawnienia, że jest wyznawcą określonej religii, bądź że żadnej religii nie wyznaje.

Polska regulacja organizacji nauki religii w szkołach publicznych opiera się przede wszystkim na rozporządzeniu Ministra Edukacji z dnia 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w szkołach publicznych¹⁷. Zgodnie z jego zapisami, religia i etyka są przedmiotami fakultatywnymi organizowanymi przez szkoły na wniosek rodziców, a w szkołach ponadpodstawowych, także na wniosek samych uczniów. Jeśli przedmiotem zainteresowanych jest przynajmniej 7 uczniów w jednej klasie, na szkole spoczywa obowiązek zorganizowania jego nauczania w obrębie klasy. Jeżeli zainteresowanych w jednej klasie jest mniej, jednakże w obrębie całej szkoły jest ich przynajmniej 7, to szkoła zobowiązana jest do zorganizowania grupy międzyklasowej. W przypadku, gdyby w obrębie szkoły nie udało się zebrać wystarczającej liczby uczniów, organ prowadzący szkołę zobowiązany jest do organizacji nauki religii lub etyki w składającej się z co najmniej 3 uczniów grupie międzyszkolnej lub w pozaszkolnym punkcie katechetycznym (w porozumieniu z właściwym kościołem lub związkiem wyznaniowym, co dotyczy rzecz jasna tylko zajęć religii). Dla uczniów, którzy nie korzystają z nauki religii lub etyki szkoła jest obowiązana zapewnić opiekę lub zajęcia wychowawcze w trakcie trwania tych lekcji.

praktyki adwokackiej, móc zastąpić uroczystym przyrzeczeniem świeckim. Podobnie Trybunał orzekał w sprawie *Dimitras i inni przeciwko Grecji* (*Dimitras and others v. Greece*, application no. 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08), która także dotyczyła przysięgi, ale składanej w toku postępowania karnego. Tutaj również uznano, że zobowiązanie do składania specjalnego oświadczenia o niewyznawaniu prawosławnego chrześcijaństwa dla umożliwienia odstąpienia od religijnego charakteru przysięgi narusza art. 9 Konwencji. Z kolei w sprawie *Sinan Isik przeciwko Turcji* (*Sinan Isik v. Turkey*, application no. 21924/05) Trybunał uznał, że umieszczanie w dowodach osobistych informacji o wyznawanej religii narusza art. 9 Konwencji i to bez względu na to, czy było obowiązkowe, czy wyłącznie fakultatywne. Trybunał w tej sprawie wskazał również, że zobowiązanie do składania do odpowiednich władz wniosków na piśmie w celu zamieszczenia, zmiany lub usunięcia informacji o wyznawanej religii z publicznych rejestrów i dowodów tożsamości prowadzi do nałożenia obowiązku do ujawniania swojej religii. W sposób odmienny wypowiedział się natomiast Trybunał w sprawie *Wasmuth przeciwko Niemcom* (*Case of Wasmuth v. Germany*, application no. 12884/03), która dotyczyła obowiązku informowania władz podatkowych o przynależności bądź jej braku do kościoła lub związku religijnego w celach organizacji pobierania podatku kościelnego. W tym bowiem przypadku uznano, że taka ingerencja w prawo skarżącego do nieujawniania swoich przekonań religijnych jest proporcjonalna do celu, jakim jest właściwe funkcjonowanie systemu podatkowego. Po pierwsze bowiem, istotą tak zorganizowanego systemu jest właśnie możliwość niepartycypowania przez osoby, jak skarżący, w finansowaniu kościołów i związków religijnych. Po drugie, karta podatkowa, na której uwidoczniła się kwota odprowadzonego podatku religijnego, nie jest dokumentem publicznym i wgląd do niego ma ograniczony krąg osób (podatnik, pracodawca i odpowiednie władze podatkowe).

¹⁷ Dz.U. z 1992 r., Nr 36, poz. 155.

Ocena z wybranego przedmiotu jest umieszczana na świadectwie szkolnym bezpośrednio po ocenie ze sprawowania, w rubryce „religia/etyka”. Niedozwolone jest przy tym umieszczanie jakichkolwiek dodatkowych danych, z których wynikałoby, czy uczeń uczęszczał na zajęcia z religii (a jeżeli tak, to jakiej), czy z etyki, czy może na obydwie te przedmioty. Do dnia 1 września 2007 r. ocena ta nie miała wpływu na promocję ucznia do kolejnej klasy i nie była wliczana do średniej ocen. Zmiana nastąpiła po wydaniu przez Ministra Edukacji Narodowej rozporządzenia z dnia 13 lipca 2007 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy oraz przeprowadzania sprawdzianów i egzaminów w szkołach publicznych¹⁸, które nakazało wliczać oceny z przedmiotu „religia/etyka” do średniej ocen.

Zgodnością tych regulacji z gwarancjami wolności myśli, sumienia i wyznania zawartymi w przepisach prawa polskiego dwukrotnie zajmował się Trybunał Konstytucyjny. Poddając w wyroku z dnia 20 kwietnia 1993 r.¹⁹ ocenie przepisy rozporządzenia z dnia 14 kwietnia 1992 r. stwierdzono na wstępie, że samo włączenie nauczania religii do programu szkół publicznych nie narusza konstytucyjnej zasady rozdziału Kościoła katolickiego od państwa ani zasady świeckości i neutralności państwa. Zasady te nie oznaczają bowiem zakazu nauczania religii w szkołach publicznych, w szczególności, gdy nauczanie religii uzależnione jest zawsze od woli rodziców. Trybunał Konstytucyjny powołał się przy tym na postanowienia art. 2 Protokołu 1 do Konwencji i stwierdził, że państwo nie może uchylić się od obowiązku zapewnienia nauczania religii zgodnego z życzeniami rodziców. Wskazał także, że przepisy rozporządzenia interpretować należy jako uprawniające każdego ucznia do udziału w lekcjach zarówno religii, jak i etyki, a nie zmuszające do wybrania tylko jednego z tych przedmiotów. Po drugie, Trybunał Konstytucyjny uznał, że wpisywanie na świadectwach ocen z religii lub etyki jest prostą konsekwencją nauczania, na zasadzie dobrowolności, tych przedmiotów w szkołach publicznych. Trybunał Konstytucyjny zauważył również, że ocena na świadectwie nie ujawnia żadnej konkretnej religii, i nie wiadomo, czy jest to ocena tylko z religii, tylko z etyki, czy z obydwu tych przedmiotów łącznie. Co za tym idzie, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, przepisy regulujące wystawianie ocen z przedmiotu religia/etyka nie naruszają zatem prawa do milczenia w sprawach religii, gdyż w żaden sposób nie nakładają, wbrew woli zainteresowanych, obowiązku ujawniania swych poglądów w tym przedmiocie. Zajęcia z religii, jak i z etyki organizowane są na zasadzie dobrowolności na takich samych zasadach, a więc przepisy nie zawierają żadnych cech dyskryminacji kogokolwiek ze względu na przekonania.

¹⁸ Dz.U. z 2007 r. Nr 130, poz. 906.

¹⁹ Sygn. akt U 12/92.

W wyroku z dnia 2 grudnia 2009 r.²⁰ Trybunał Konstytucyjny dokonał z kolei oceny konstytucyjności rozporządzenia z dnia 13 lipca 2007 r., wprowadzającego zasadę wliczania oceny z religii/etyki do średniej ocen. Podkreślił w nim, że w jego opinii, podobnie jak zasada ujawniania oceny z przedmiotu religia/etyka na świadectwach szkolnych jest pochodną wprowadzenia tych przedmiotów do nauczania, tak wliczanie tej oceny do średniej jest zasadą jej ujawnienia na świadectwie. Gwarancje wolności religii nie są przy tym zagrożone, gdyż obowiązujące przepisy dają uczniom (lub ich rodzicom) możliwość wyboru między nauką określonej religii a etyką.

Do organów strasburskich trafiły, jak już wskazano, trzy sprawy wynikłe na gruncie powyższych uregulowań. W przypadku skarg *C.J., J.J., E.J. przeciwko Polsce* i *Saniewski przeciwko Polsce* stwierdzono przy tym niedopuszczalność wniesionych skargi z uwagi na brak naruszeń wolności myśli, sumienia i wyznania. Z kolei w chronologicznie najnowszej sprawie *Grzelak przeciwko Polsce* uznano, że takie naruszenie miało miejsce. Biorąc przy tym pod uwagę, że stany faktyczne w tych sprawach wykazują istotne podobieństwa, można by stwierdzić, że zapadłe rozstrzygnięcia są wyrazem niejedności w interpretacji zapisów Konwencji. W istocie jednak, na treść orzeczeń wpływ miała nie zmiana stanowiska organów strasburskich, ale istotne odmienności stanu faktycznego w poszczególnych sprawach²¹.

W sprawie *C.J., J.J. i E.J. przeciwko Polsce*, na wyraźne polecenie swoich rodziców skarżąca nie uczęszczała w roku szkolnym 1992/1993 na lekcje religii, a w związku z tym, że alternatywne zajęcia z etyki nie zostały w jej szkole zorganizowane z uwagi na niedostateczną liczbę uczniów, wydano jej świadectwo szkolne na starym formularzu, który w ogóle nie zawierał wymienionego przedmiotu religia/etyka. Podobnie było w sprawie *Saniewskiego*, jednakże na jego świadectwie ukończenia drugiej klasy szkoły średniej wymieniony został już przedmiot religia/etyka, ale w miejscu przeznaczonym dla oceny znajdowało się przekreślenie. W obydwu sprawach skarżący zarzucali, że poprzez niezamieszczenie ocen z przedmiotu religia/etyka na ich świadectwach szkolnych zostali wbrew swej woli zobowiązani do ujawnienia poglądów na sprawy religii. *Saniewski* wskazał dodatkowo w swojej skardze, że jest ateistą, a w Polsce, będącej krajem katolickim, gdzie przejawy nietolerancji religijnej są częste, jego szanse na dostanie się do szkoły wyższej lub uzyskanie dobrej pracy są przez to poważnie zmniejszone.

Niedopuszczalność skargi w sprawie *C.J., J.J. i E.J. przeciwko Polsce* oparto na argumentacji, że na podstawie samego świadectwa nie można ustalić jakichkolwiek preferencji światopoglądowych skarżącej. Dopiero

²⁰ Sygn. akt U 10/07.

²¹ Szerzej na ten temat J. Bartoszewicz, *Prawo do milczenia w sprawach wiary a oceny z religii i etyki na świadectwach szkolnych – wnioski z orzecznictwa strasburskiego w sprawach przeciwko Polsce* w: T. Jasudowicz, J. Gierszewski, P. Zientkowski (red.), *Z problemów bezpieczeństwa. Prawa człowieka*, Chojnice 2012, s. 152-162.

porównanie z innymi świadectwami szkolnymi wydanymi uczniom za ten sam rok szkolny umożliwiłyby wyciągnięcie jakichkolwiek wniosków w tym przedmiocie. Z kolei w sprawie Saniewskiego zauważono, że zarzuty dotyczą wyłącznie treści jednego świadectwa drugiej klasy szkoły średniej, przy czym skarżący nie twierdził, że będzie musiał je pokazać w szkole wyższej w ramach procedury naboru lub że będzie konieczne jego przedstawianie przyszłemu pracodawcy. Dodatkowo podniesiono, że dyskryminacja z powodów religijnych jest w Polsce zakazana zarówno przez prawo krajowe, jak i międzynarodowe, a co za tym idzie, skarżący będzie posiadał środki obronne przeciwko ryzyku uszczerbku, jakie ewentualnie może spowodować świadectwo szkolne w kontekście zatrudnienia²².

Także w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce* skarżący, zgodnie z wolą rodziców, nie uczestniczył w lekcjach religii i także w tym przypadku nie zostały zorganizowane lekcje etyki. Zasadnicza różnica w stosunku do poprzednich spraw wynika jednak z tego, że brak zorganizowania lekcji etyki dotyczył już nie incydentalnego przypadku, ale całego okresu nauki szkolnej skarżącego i to pomimo wielokrotnego zwracania się przez jego rodziców o ich organizację do wszystkich szkół, do których uczęszczał, a także do instytucji oświatowych. Odmowa argumentowana była za każdym razem brakiem zgromadzenia wymaganej przepisami liczby uczniów dla utworzenia grupy międzyklasowej bądź międzyszkolnej. Konsekwencją powyższego był brak ocen z przedmiotu religia/etyka na wszystkich świadectwach szkolnych skarżącego za lata szkolne od 1998/1999 do 2008/2009, czyli przez cały czas jego nauki – od chwili jej rozpoczęcia do momentu wydania orzeczenia. Dodatkowo, na jednym ze świadectw w nazwie przedmiotu wykreślone zostało słowo „etyka”²³.

Podobnie jak poprzednicy, skarżący zarzucał, że brak ocen z przedmiotu religia/etyka na wszystkich jego świadectwach wymusza ujawnienie posiadanych przez niego poglądów na sprawy wiary. Dodatkowo wskazał także, że nauczania religii i etyki jest zorganizowane w sposób, który dyskryminuje osoby niebędące katolikami, gdyż tylko one znajdują się w sytuacji podobnej do niego, tj. że tylko takie osoby zmuszone są do ujawnienia swoich przekonań²⁴.

²² Zob. decyzja w sprawie *Saniewski przeciwko Polsce* z dnia 26 czerwca 2001 r. i decyzja w sprawie *C.J., J.J. i E.J. przeciwko Polsce* z dnia 16 stycznia 1996 r.

²³ Zob. wyrok w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce* z dnia 15 czerwca 2010 r., par. 91.

²⁴ Skarżący podniósł jednocześnie, że w istocie cały system szkolnictwa w Polsce ukierunkowany jest na naukę katolicyzmu, a zajęcia z etyki w praktyce nie są prowadzone w szkołach publicznych. Zwróciła na to uwagę także Helsińska Fundacja Praw Człowieka, która biorąc udział w sprawie powołała się na dane Ministerstwa Edukacji Narodowej, z których wynika, że istnieje ogromna dysproporcja w dostępności nauki religii i nauki etyki. Spośród 32 136 szkół aż 27 500 (85,57%) prowadziło zajęcia z religii (wszystkich, nie tylko rzymskokatolickiej), natomiast nauczanie etyki odbywało się zaledwie w 334 szkołach (1,03%). Zatrudniano przy tym jedynie 412 nauczycieli etyki, w stosunku do 21 370 nauczycieli religii. Zdaniem Fundacji, powyższe było wynikiem wygórowanych kryteriów, będących warunkiem organizowania zajęć z etyki o zasięgu międzyklasowym lub międzyszkolnym. Zob. *Grzelak przeciwko Polsce*, par. 77-83.

Uznając skargę za uzasadnioną Trybunał wskazał w tym przypadku, że brak wpisania ocen z przedmiotu religia/etyka na wszystkich kolejnych świadectwach skarżącego, niesie jednoznaczną informację, że skarżący nie wyraził woli uczęszczania na powszechnie dostępne lekcje religii, a zajęcia z etyki nie były organizowane. Powyższe, zdaniem Trybunału, znajduje dodatkowe potwierdzenie w okoliczności, że słowo „etyka” na jednym ze świadectw zostało przekreślone. Każda racjonalnie myśląca osoba może zatem w tym przypadku dojść do przekonania, że skarżący jest najprawdopodobniej osobą nieposiadającą wierzeń religijnych, a tym samym naruszona została istotna zasada art. 9 Konwencji, dająca prawo do nieuczestniczenia w swojej religii lub przekonaniach. Uznając przy tym, że różnica w traktowaniu uczniów niewierzących zainteresowanych etyką i uczniów uczestniczących w nauczaniu religii nie jest obiektywnie i racjonalnie uzasadniona, Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 14 w związku z art. 9 Konwencji. Stanowisko to, zdaniem Trybunału, jest tym bardziej zasadne, że sytuacja uczniów takich, jak skarżący stała się jeszcze bardziej problematyczna po wejściu w życie rozporządzenia z dnia 13 lipca 2007 r. Wprowadzenie zasady wliczania oceny z przedmiotu religia/etyka do średniej ocen może bowiem oznaczać, że uczniom nieuczęszczającym na zajęcia z religii, dla których nie zorganizowano lekcji z etyki trudniej będzie podwyższyć średnią ocen. Z drugiej strony, uczniowie tacy – chcący uzyskać wyższą średnią – mogą się czuć zmuszeni do udziału w lekcjach religii wbrew wyznawanym zasadom²⁵.

Z powyższych orzeczeń wyprowadzić można wnioski, zarówno natury ogólnej, dotyczącej w sposób generalny prawa do milczenia w sprawach wiary, jak też odnoszące się konkretnie do polskich przepisów regulujących organizację nauki religii w szkołach publicznych. Zaczynając od tych ostatnich należy stwierdzić, że zasadniczo organy strasburskie nie uznały, że polskie regulacje prawne, same w sobie, są sprzeczne z art. 9 Konwencji. Co więcej, Trybunał podzielił w tym względzie poglądy polskiego Trybunału Konstytucyjnego przytoczone w powołanych powyżej orzeczeniach²⁶. Co za tym idzie, przyczyn stwierdzonego naruszenia wolności myśli, sumienia i wyznania upatrywać należy w wadliwej praktyce funkcjonowania

²⁵ Zob. *Grzelak przeciwko Polsce*, par. 84-101.

²⁶ Należy jednak wskazać, że na samą potencjalną możliwość takiego stanu rzeczy, tj. wystąpienia sytuacji praktycznych, naruszających prawo do milczenia, zwrócił uwagę również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 2 grudnia 2009 r. stwierdzając, że *zdaje sobie sprawę z tego, że może się zdarzyć w konkretnych przypadkach, w warunkach dominacji wyznania rzymskokatolickiego w strukturze wyznaniowej społeczeństwa polskiego, iż wybór przedmiotu dodatkowego przez rodziców lub uczniów może nie być w pełni swobodny, lecz podejmowany pod presją „lokalnej” opinii publicznej. Swobodny wybór przedmiotu dodatkowego zależy bowiem w dużym stopniu od respektowania w lokalnych społecznościach zasad pluralizmu społecznego, tolerancji dla odmiennych przekonań i wyznań. W konkretnych przypadkach, w których doszłoby do presji zewnętrznej, naruszającej swobodny wybór, byłby to efekt niskiego poziomu kultury demokratycznej. Ta ważna kwestia, dostrzegana przez Trybunał, leży jednak poza jego kognicją. Trybunał jest bowiem sądem prawa; nie ocenia sfery stosowania prawa*”.

polskiego szkolnictwa. Prowadzi ona bowiem do tego, że w praktyce jedyną drogą do uzyskania oceny na świadectwie z przedmiotu religia/etyka jest uczęszczanie na lekcje religii. Osoby, które nie wyrażają ku temu woli i wybierają etykę, najprawdopodobniej nie otrzymają żadnej oceny, co wpływa także na całokształt uzyskanych wyników w nauce, gdyż jak wskazano, od dnia 1 września 2007 r. oceny z przedmiotu religia/etyka wliczane są do średniej.

W tym miejscu należy zauważyć, że pomimo upływu ponad dwóch lat od wydania wyroku w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, w dalszym ciągu zwraca się uwagę na brak dostępności lekcji etyki w szkołach publicznych²⁷. Świadczą o tym także dane liczbowe, gdyż w roku 2012 lekcje etyki organizowane były w zaledwie 1230 szkołach, na ogólną liczbę 27 324 publicznych placówek, co daje zaledwie 4,5%²⁸. Co prawda, w stosunku do danych przedstawianych w toku sprawy *Grzelak przeciwko Polsce*²⁹ nastąpił czterokrotny wzrost liczby szkół, w których dostępna jest etyka, jednak i tak uznać trzeba, że jest to stan niewystarczający. Ministerstwo Edukacji Narodowej zdaje się przy tym odsuwać problem od siebie i przerzucać go na kuratoria oświaty i poszczególne szkoły, ograniczając się do corocznego przesyłania do nich informacji dotyczącej prawidłowego sposobu organizacji lekcji religii i etyki³⁰. Działanie takie z pewnością nie jest w stanie w sposób skuteczny zapewnić wszystkim zainteresowanym skorzystania z lekcji etyki, a tym samym komfortu niedokonywania trudnego wyboru pomiędzy własnym sumieniem a średnią ocen; nie jest także w stanie skutecznie przeciwdziałać potencjalnym naruszeniom prawa do milczenia w sprawach wiary, którego przestrzeganie jest szczególnie istotne w przypadku świadczenia tak ważnych usług publicznych, jak edukacja. Skoro w ciągu ponad 20 lat obowiązywania w Polsce przepisów powoływanego rozporządzenia ministra edukacji z dnia 14 kwietnia 1992 r. nie udało się doprowadzić do urzeczywistnienia praktyki jego stosowania, która eliminowałaby ryzyko naruszenia wolności myśli, sumienia i wyznania, być może czas najwyższy na gruntowną zmianę prawa i zaprzestanie utrzymywania pozorów możliwości wyboru pomiędzy lekcjami religii i etyki. Postęp w dostępności lekcji etyki na poziomie 0,5 punktu procentowego w skali roku na przestrzeni ostatnich 3 lat w żadnym wypadku nie jest bowiem zadowalający i nie daje jakichkolwiek perspektyw na realną poprawę.

²⁷ Zob. np. <http://wiadomosci.wp.pl/kat,1342,title,Rodzice-walcza-o-lekcje-etyki-w-szkolach,wid,14368223,wiadomosc.html?ticaid=1ffa7>, <http://radom24.pl/artukul/czytaj/9293>, <http://gazetacodzienna.pl/artukul/wiadomosci/coraz-wiecej-lekcji-etyki-w-polskich-szkolach-wrodszk-sa-te-z-powiatu-cieszynskiego> (dostęp w dniu 25 stycznia 2013 r.).

²⁸ Dane opracowane przez Ligę Nauczycieli Etyki na podstawie informacji z Ministerstwa Edukacji Narodowej, dostępne na http://liganauczycielietyki.pl/lne/articles.php?article_id=2 (dostęp w dniu 25 stycznia 2013 r.).

²⁹ Zob. przypis 16.

³⁰ Zob. np. http://www.men.gov.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=3019:informacja-men-w.. (dostęp w dniu 25 stycznia 2013 r.).

W przedmiocie ogólnych wniosków, jakie wyciągnąć można z przytoczonych orzeczeń wskazać należy, że potwierdzono w nich wagę, jaką przypisuje się wolnościom gwarantowanym w art. 9 Konwencji. W orzeczeniach tych wprost powtarzano niezmiennie istotny fragment wyroku w sprawie *Kokkinakis przeciwko Grecji*, w którym stwierdza się, że *wolność myśli, sumienia i wyznania jest jedną z podstaw społeczeństwa demokratycznego w rozumieniu Konwencji. Wolność ta, w wymiarze religijnym, jest jednym z najważniejszych elementów, jakie składają się na tożsamość wierzących i ich wizję życia, ale jest także niezwykle cenna dla ateistów, agnostyków, sceptyków, czy osób nie posiadających zdania w tym przedmiocie. Pluralizm jest nierozłącznie związany z demokratycznym społeczeństwem, które osiągnęło go wysokim kosztem na przestrzeni wieków*³¹. Dodatkowo, potwierdzono wyraźnie zakres ochrony negatywnego aspektu wolności myśli, sumienia i wyznania, który przejawia się w prawie do milczenia w sprawach wiary.

3. Ochrona uczuć religijnych

Wolność myśli, sumienia i wyznania gwarantowana w art. 9 Konwencji nie tylko zabezpiecza jednostkę przed ingerencją państwa i osób trzecich w sferę jej duchowości i światopoglądu, ale także nakłada na władze publiczne pewne obowiązki pozytywne. Ich istotą jest zobowiązanie państw do podejmowania odpowiednich kroków (*appropriate steps*) celem zagwarantowania skutecznej i rzeczywistej ochrony praw zawartych w art. 9. Przede wszystkim chodzi o zapewnienie każdemu spokojnego i nieskrępowanego posiadania wyznania czy przekonań i ich ochronę przed ingerencją ze strony osób trzecich³².

W prawie polskim obowiązki te znajdują odzwierciedlenie m.in. w przepisach rozdziału XXIV Kodeksu Karnego z 1997 r.³³, w których penalizacji poddano czyny naruszające wolności sumienia i wyznania innych osób, co odbywać się może poprzez ograniczanie w prawach przysługujących ze względu na jego przynależność wyznaniową albo bezwyznaniowość, przeszkadzanie w publicznym wykonywaniu aktu lub poprzez obrazę uczuć religijnych poprzez publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Wszystkie przestępstwa wymienione w rozdziale XXIV ścigane są z oskarżenia publicznego, co zobowiązuje odpowiednie organy do podjęcia działań mających na celu wykrycie sprawcy i zebranie dowodów jego winy już po samym uzyskaniu informacji o podejrzeniu ich popełnienia.

³¹ Zob. *Saniewski przeciwko Polsce*; *Grzelak przeciwko Polsce*, par. 86.

³² L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, op. cit., par. 21.

³³ Stanowią one odpowiednik przepisów zawartych w rozdziale XXVIII kodeksu karnego z 1969 r.

Ocena sposobu realizacji przez Polskę zobowiązań pozytywnych w zakresie ochrony przed naruszaniem uczuć religijnych została dokonana przez organy strasburskie w dwóch sprawach *Dubowska and Skup v. Poland* i *Kubalska et Kubalska-Holuj v. Poland*, które były następstwem jednej publikacji prasowej. Polegała ona na umieszczeniu na okładce tygodnika „Wprost” zniekształconego obrazu Matki Bożej Częstochowskiej, w którym twarze obu znajdujących się na nim postaci zostały zastąpione maskami przeciwwgazowymi, a pod spodem widniał napis „Śmierć wisi w powietrzu – normy przekroczone o 120%”. W założeniu, okładka miała nawiązywać do artykułu zamieszczonego w tymże wydaniu tygodnika, opisującego zanieczyszczenie środowiska naturalnego na Śląsku. Publikacja nastąpiła jednak w okresie między dwoma świętami religijnymi: Wniebowzięciem Matki Boskiej i świętem Matki Boskiej Częstochowskiej, a więc w czasie, kiedy do Częstochowy przybywają tysiące pielgrzymów. Zdaniem skarżących okładka była więc raczej wyrazem krytyki pielgrzymek, nie zaś ilustracją tekstu nawiązującego do ochrony środowiska. Zarzuty skarżących zostały przy tym oparte na uznaniu, że polskie władze nie zapewniły im wystarczającej ochrony prawa do wolności religii, gdyż nie zabezpieczyły ich przed publikacją zniekształconych obrazów świętych. Dodatkowo wskazali także, że w Polsce nie istnieją gwarancje ochrony uczuć religijnych, gdyż postępowania karne przeciwko osobom, które dopuściły się obrazy obiektu ich wiary zostały umorzone bez skierowania na drogę sądową.

Skargi w obydwu sprawach zostały jednak uznane za niedopuszczalne. W uzasadnieniu swoich decyzji Komisja przypomniała, że członkowie wspólnot religijnych muszą tolerować i akceptować negowanie przez innych ich przekonań i praktyk religijnych, a nawet rozpowszechnianie doktryn wrogich dla ich wiary. Wskazała także, że prawo do wolności od ingerencji w prawa zagwarantowane w artykule 9 ust. 1 Konwencji niekoniecznie i nie we wszystkich okolicznościach zakłada przyznanie uprawnienia do wszczęcia określonej procedury przeciwko tym, którzy przez publikacje urażają wrażliwość poszczególnych jednostek lub grup. Wskazano też, że odpowiednie władze orzekły, iż nie popełniono przestępstwa nie stanowi, samo w sobie, braku ochrony praw skarżących zagwarantowanych na podstawie artykułu 9 Konwencji. Wskazano przy tym, że władze dołożyły wszelkich starań do rzetelnego wyjaśnienia sprawy. Postępowanie trwało bowiem 18 miesięcy, a przeprowadzone dowody obejmowały także wyjaśnienia eksperta z dziedziny mediów i socjologii³⁴.

Orzeczenia te potwierdzają, że ochrona uczuć religijnych, będąca pochodną wolności myśli, sumienia i wyznania, nie jest absolutna i podlega ograniczeniom z uwagi na chronione prawa innych osób – czy to samą wolność religijną, czy też np. wolność ekspresji. Szczególnie w tym ostatnim

³⁴ Zob. postanowienia w sprawie *Dubowska i Skup przeciwko Polsce* z dnia 18 kwietnia 1997 r. i w sprawie *Kubalska i Kubalska-Holuj przeciwko Polsce* z dnia 3 kwietnia 1997 r.

przypadku niezwykle trudno jest nieraz dokonać właściwego wyboru pomiędzy tymi dwoma wartościami, których ochrona się krzyżuje. O ile np. wypadki tzw. mowy nienawiści (*hate speech*) łatwo zakwalifikować jako naruszające wolność religijną, a jednocześnie niekorzystające z ochrony wolności ekspresji, to wyważenie ochrony w przypadku wypowiedzi artystycznej staje się problematyczne³⁵. Zauważyć bowiem trzeba, że wolność ekspresji *odnosi się nie tylko do »informacji« czy też »poglądów«, które są prychylnie przyjmowane, uznawane za nie obraźliwe albo obojętne, ale również do tych wypowiedzi, które obrażają, szokują lub wprowadzają niepokój. Takie są wymogi pluralizmu, [...] bez których nie ma »społeczeństwa demokratycznego«*³⁶. W związku z powyższym, powoływane powyżej przepisy kodeksu karnego chroniące wolność religijną mogą w niektórych przypadkach doprowadzić do naruszenia wolności gwarantowanych przez art. 10 Konwencji. Do refleksji na temat zasadności obowiązywania tych przepisów i penalizacji obrazy uczuć religijnych skłaniać może głośno komentowany przypadek Adama Darskiego i podarcia przez niego egzemplarza Biblii podczas koncertu³⁷. Nie wdając się w rozważania, czy zasadne jest kwalifikowanie jego zachowania jako artystycznej ekspresji, należy raczej skłonić się do uznania, że uciekanie się do prawa karnego, jako instrumentu ochrony uczuć religijnych innych osób, winno być ostatecznością i nie może być nadużywane³⁸. Ochrona wolności myśli, słowa i wyznania może być bowiem realizowana także na gruncie prawa cywilnego. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 kwietnia 2004 r. (I CK 484/03, OSNC 2005, Nr 4, poz. 69), *chroniąc wolność religii, chroni się sferę pojęć, wyobrażeń, przekonań i uczuć religijnych danej osoby. Możliwe jest więc wyróżnienie uczuć religijnych jako prawnie chronionego dobra osobistego*.

³⁵ Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 30 stycznia 1991 r. (Sygn. akt K 11/90, OTK 1991, Nr 1, poz. 2.) wskazał, że *uczucia religijne, ze względu na ich charakter, podlegają szczególnej ochronie prawa. [...] Dlatego też działania naruszające uczucia religijne mogą być przedmiotem zakazu ustawowego także wówczas, gdyby były podejmowane za pomocą środków służących realizacji wolności słowa*. Tym samym, w przypadku kolizji pomiędzy ochroną uczuć religijnych, a wolnością słowa, należy opowiedzieć się za tym pierwszym. Odmienne jest w prawie amerykańskim, w którym w związku z I Poprawką do Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki to wolność słowa ma pierwszeństwo przed innymi wartościami.

³⁶ K. Piecha, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 2 lutego 2010 r., nr 571/01 (Kubaszewski przeciwko Polsce)*, „Journal of Modern Science”, t. 1/7/2010, s. 169.

³⁷ Zob. <http://www.rp.pl/artukul/703254.html>, <http://www.rp.pl/artukul/947193.html>, http://m.wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,117915,13163667,Nergal_znow_stanie_przed_sadem_Uchylnono_uniewinniajacy.html (dostęp w dniu 25 stycznia 2013 r.).

³⁸ Zob. także M. Sosnowska, *Prawo karne jako ultima ratio w ochronie wolności sumienia i wyznania człowieka* [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratiewa-Bryzik (red.), *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2012, s. 313 i nn.

4. Wolność uzewnętrzniania religii przez osoby pozbawione wolności

Człowiek, jako istota materialno-duchowa, wyraża się przede wszystkim poprzez działania zewnętrzne, które potwierdzają jego społeczny charakter³⁹. Aby zatem wolność myśli, sumienia i wyznania była wolnością prawdziwie pełną, odzwierciedlającą sposób funkcjonowania człowieka w społeczeństwie, chroniona jest nie tylko autonomia wewnętrzna jednostki, ale także zewnętrzna manifestacja przekonań i wyznania – tzw. *forum externum*. Manifestacja ta może przy tym przybrać różnorodną formę i Konwencja wprost wskazuje na objęcie zakresem ochrony takich przejawów ekspresji, jak uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie czy podejmowanie czynności rytualnych i to zarówno w wymiarze indywidualnym, jak i kolektywnym, publicznym i prywatnym. Za praktykowanie religii można przy tym uznać oczywiście takie zachowania, jak uczestnictwo w nabożeństwach i czynności obrzędowe, ale także zachowania związane z szerszej pojętą obyczajowością motywowaną religijnie, takie jak noszenie określonego ubioru czy spożywanie określonych posiłków.

O ile *forum internum* podlega ochronie absolutnej, to ochrona *forum externum* podlegać może ograniczeniom ze względu na bezpieczeństwo publiczne, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności oraz wolności innych osób. Ograniczenia te występować mogą w szczególności w sytuacjach stosunku podporządkowania, jakim jest kontekst penitencjarny. Zawsze konieczne jest jednak wypracowanie kompromisu pomiędzy interesem jednostki, a innymi dobrami i wartościami⁴⁰.

Podstawę polskiej regulacji prawnej, dotyczącej rodzaju wyżywienia, jakie powinni otrzymywać więźniowie i tymczasowo aresztowani stanowi Kodeks karny wykonawczy z 1997 r. Zgodnie z jego art. 109, więźniowie powinni otrzymywać posiłki przy uwzględnieniu charakteru ich zatrudnienia, wieku, a w miarę możliwości *przekonań religijnych* i kulturowych. Na podstawie tego przepisu Minister Sprawiedliwości wydał rozporządzenie z dnia 22 września 2003 r. w sprawie określenia wartości dziennej normy wyżywienia oraz rodzaju diet wydawanych osobom osadzonym w zakładach karnych i aresztach śledczych, w którym mowa jest o dwóch rodzajach specjalnych diet: lekkostrawnej i cukrzycowej. Jak z kolei wynika z reguły 22 Rekomendacji Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie Europejskich Reguł Więziennych (Rekomendacja KM RE, 2006.2), przyjętej w dniu 11 stycznia 2006 r., więźniom należy zapewnić pożywną dietę, uwzględniającą ich wiek, kondycję fizyczną, *wyznanie*, tradycje kulturowe oraz charakter ich pracy.

³⁹ M. Piechowiak, *Wolność religijna – aspekty filozoficznoprawne*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” nr 3 (1994/1995), s. 18.

⁴⁰ Por. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, op. cit., par. 31.

Mimo, że regulacje kodeksu karnego wykonawczego zasadniczo (w miarę możliwości) nakazują uwzględniać przekonania religijne więźniów w zakresie podawanej im diety, to skarżącemu ze sprawy *Jakóbski przeciwko Polsce* władze więzienne odmówiły zapewnienia diety bezmięsnej. Stało się tak pomimo tego, że jego prośby w tym przedmiocie były motywowane religijnie; skarżący wskazywał, że jest buddystą (szkoła Mahayana), a spożywanie mięsa, czyli ciała istoty obdarzonej czuciem, jest sprzeczne z zasadami przyjętego przez niego wyznania. Skarżący uznał tym samym, że naruszono jego prawo do uzewnętrzniania przekonań religijnych chronione przez art. 9 Konwencji. Jak przy tym zauważył w skardze, Konwencja umożliwia wprowadzenie ograniczeń w uzewnętrznianiu przekonań, jednakże pod warunkiem, że wynikają z potrzeby ochrony szczególnych dóbr (bezpieczeństwa publicznego, ochrony porządku publicznego, zdrowia i moralności oraz wolności innych osób). Chęci przestrzegania zasad wegetarianizmu nie można przy tym uznać za zagrożenie dla któregośkolwiek z tych szczególnie chronionych dóbr⁴¹.

Strona rządowa argumentowała z kolei z jednej strony, że buddyzm generalnie nie zabrania jedzenia mięsa, a wegetarianizm nie stanowi wymogu ani elementu składowego religii buddyjskiej. Co za tym idzie, nie może zostać uznany za kluczowy aspekt praktykowania przez skarżącego swojej religii. Z drugiej strony wskazano natomiast, że zgodnie z obowiązującymi przepisami nie ma obowiązku przyznawania więźniowi specjalnej diety zgodnej z jego przekonaniami religijnymi, a przygotowywanie specjalnych posiłków tylko dla jednej osoby nakładałoby nadmierne obciążenia na władze więzienne⁴².

Uznając, że doszło do naruszenia art. 9 Konwencji Trybunał podzielił stanowisko skarżącego, że odmowa zapewnienia prostej diety bezmięsnej z całą pewnością nie mieści się w marginesie swobody przyznanym państwom w zakresie ochrony wolności zawartych w Konwencji. Wskazał także, że władze nie zdołały dokonać sprawiedliwego wyważenia pomiędzy interesami władz więziennych a interesami skarżącego, to jest jego prawem do uzewnętrzniania swojego wyznania poprzez przestrzeganie zasad religii buddyjskiej. Zauważono przy tym, że posiłki, o które prosił, nie wymagały szczególnego przygotowania. Dodatkowo, Trybunał podkreślił wagę Rekomendacji w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, mimo jej niewiążącego charakteru⁴³.

Z powyższego da się wyciągnąć wnioski zarówno w odniesieniu do prawa polskiego, jak też dotyczące ogólnie pojmowanej wolności religii. Zaczynając od tych ostatnich należy wskazać, że począwszy od sprawy *Arrowsmith przeciwko Wielkiej Brytanii*⁴⁴ organy strasburskie przyjmowały, że

⁴¹ Wyrok w sprawie *Jakóbski przeciwko Polsce* z dnia 7 grudnia 2010 r., par. 32.

⁴² Ibidem, par. 38-41.

⁴³ Ibidem, par. 48-53.

⁴⁴ *Case of Arrowsmith v. United Kingdom*, application no. 7050/75, judgment of 16.05.1977.

nie każde działanie stanowi praktykowanie przekonań lub wyznania, choćby jego powiązanie z nimi było wyraźnie deklarowane⁴⁵. W każdym 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. Organy strasburskie stosunkowo wąsko ujmowały zatem pojęcie praktykowania, które od uprawiania kultu odróżniało nieraz zaledwie to, że określone czynności te podejmowane są poza świątyniami i dotyczą szerszej przestrzeni życia społecznego, wykraczając poza prywatność określonej grupy wyznaniowej⁴⁶.

W sprawie *Jakóbski przeciwko Polsce* za podlegające ochronie uznano z kolei zachowania skarżącego, poprzestając na przypisaniu im wyłącznie *motywacji* lub *inspiracji* religijnej, bez rozważania, czy stanowią one wyraz bezpośredniego wyrażenia wyznania, a więc bez uciekania się, czy spełnione zostały wskazane powyżej kryteria⁴⁷. Powyższe może być wynikiem rozluźnienia nieco sztywnego pojmowania praktykowania przekonań lub wyznania, choć z wyciąganiem definitywnych wniosków w tym przedmiocie trzeba będzie jeszcze zapewne poczekać.

W przedmiocie oceny *in concreto* sposobu funkcjonowania systemu penitencjarnego w Polsce należy z kolei stwierdzić, że nie jest on do końca dostosowany do zapewnienia posiłków zgodnych z wymaganiami religijnymi. W przypadku *Jakóbskiego*, władze więzienne nie były bowiem w stanie sprostać nawet zapewnieniu zwykłej diety wegetariańskiej. Co więcej, pomimo upływu ponad dwóch lat od wydania wyroku, przepisy rozporządzenia ministra sprawiedliwości dnia 22 września 2003 r. nie uległy w tym zakresie zmianie i w dalszym ciągu przewidują wyłącznie dwa rodzaje diety specjalnej, przy czym żaden nie uwzględnia nawet tego, wydawałoby się minimalnego standardu, jakim jest możliwość skorzystania przez osadzonych także ze specjalnej diety bezmięsnej. Decyzja o przyznaniu bądź odmowie przyznania diety uwzględniającej wymogi religijne jest więc w dalszym ciągu w całości zależna od dyrektorów jednostek penitencjarnych i nie podlega szerszej regulacji powszechnie obowiązujących przepisów. Brak jest przy tym także wytycznych odnośnie do postępowania w sprawie wniosków o przyznanie określonej diety, co prowadzić może do arbitralnej odmowy, szczególnie, że tego typu prośby są postrzegane nieraz jako „kłopoty i trudności”, czy też „efekt *Jakóbskiego*”⁴⁸. Takie podejście

⁴⁵ 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 22.02.1995.

⁴⁶ Por. K. Warchołowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 129-130.

⁴⁷ zob. *Jakóbski przeciwko Polsce*, par. 45.

⁴⁸ Zob. M. Kwiatkowski, *Dieta „religijna” – efekt *Jakóbskiego**, „Forum Penitencjarne” 2011, nr 10 (161), s. 31.

prowadzić może do dalszych naruszeń, podobnych do tego, jakie zostało stwierdzone w sprawie *Jakóbski przeciwko Polsce*.

5. Podsumowanie

Dorobek orzeczniczy wypracowany w sprawach polskich na gruncie art. 9 Konwencji jest bardzo skromny i odnosi się do spraw związanych ze stosunkowo szczegółowymi aspektami wolności myśli, sumienia i wyznania. Nie oznacza to jednak, że nie można na jego podstawie sformułować pewnych wniosków ogólnych.

Dokonując przeglądu orzecznictwa, nie można mówić o widocznych naruszeniach mających miejsce na poziomie stanowienia prawa, szczególnie rangi ustawowej. Jedynie w przypadku aktu wykonawczego, jakim jest rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 września 2003 r. w sprawie określenia wartości dziennej normy żywienia oraz rodzaju diet wydawanych osobom osadzonym w zakładach karnych i aresztach śledczych możemy postulować jego zmianę w kierunku zwiększenia gwarancji zapewnienia skazanym diety spełniającej wymogi religijne.

To jednak nie tyle przepisy prawa, co praktyka były przyczyną stwierdzonych naruszeń prawa, także w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*. Odpowiedź na pytanie, jak powszechna jest taka wadliwa praktyka wymagałaby przeprowadzenia dokładniejszych badań w tym przedmiocie. Same dane liczbowe dotyczące stopnia (nie)dostępności etyki w szkołach publicznych każą jednak domniemywać, że przypadek Mateusza Grzelaka nie jest odosobniony. Także w odniesieniu osób skazanych można podejrzewać, że wśród 84 156 osób, które przebywały w jednostkach penitencjarnych w dniu 31 grudnia 2012 r.⁴⁹ był odsetek osób wyznających religię nakazującą stosowanie określonej diety, której władze więzienne nie zapewniły. Należy przy tym zauważyć, że zarówno osoby deklarujące wolę uczestniczenia w lekcjach etyki, jak też osoby, których religia nakazuje stosowanie określonej diety stanowią mniejszości w polskim społeczeństwie, które w sposób naturalny bardziej narażone są na działania naruszające ich dobra i wolności. Zapewnienie im ochrony nie powinno zatem polegać wyłącznie na wprowadzeniu w życie fasadowych przepisów, o których wprost można powiedzieć, że mogą być niewłaściwie stosowane. Niestety, zasadne wydaje się stwierdzenie, że właśnie z takim, jedynie formalnym zapewnieniem ochrony mamy do czynienia w Polsce w przypadkach, w których Trybunał stwierdził naruszenie art. 9 Konwencji. W ciągu ponad dwóch lat od czasu wydania przedmiotowych wyroków w istocie nie podjęto bowiem działań mających na celu realne i systemowe wyeliminowanie potencjalnych źródeł naruszeń.

⁴⁹ Dane pochodzą ze statystyk Służby Więziennej dostępnych pod adresem http://sw.gov.pl/Data/Files/001c169lidz/2012_grudzien_statystyka_biezaca.pdf (dostęp w dniu 25 stycznia 2013 r.).

Podsumowując można zatem stwierdzić, że prawo polskie zasadniczo gwarantuje ochronę wolności myśli, słowa i wyznania, jednakże kwestie newralgiczne pozostawione są praktyce, która okazuje się nieraz niewłaściwa. Liczba przypadków upominania się o swoje prawa gwarantowane przez art. 9 Konwencji będzie w przyszłości z całą pewnością rosła. Jeżeli zatem nie chcemy, aby przełożyło się to na kolejne wyroki Trybunału, konieczne jest przede wszystkim zaprzestanie utożsamiania woli jednostki w zakresie realizacji przysługujących jej praw z „kłopotem i trudnością”. Biorąc jednak pod uwagę trudności w przełamywaniu tradycyjnego i ugruntowanego sposobu działania oraz trudności w otwieraniu się na nieznane, być może konieczna okaże się zmiana odpowiednich przepisów. Zdecydowanie nie powinno się jednak z tym czekać na kolejne skargi, gdyż obowiązkiem władz publicznych jest eliminowanie potencjalnych źródeł naruszeń.

FREEDOM OF THOUGHT, CONSCIENCE AND RELIGION IN POLAND IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Key words: freedom of thought, conscience and religion; human rights; European Court of Human Rights; religious education in public schools; religious feelings

Summary

Freedom of thought, conscience and religion becomes of truly importance in the twenty-first century. The era of globalization is a period of increasing religious pluralism, in which the clashes and conflicts on the religious grounds will be more frequent. This probably will occur also in Poland. Therefore, we should rise the question whether Polish law adequately protects the freedoms contained within the article 9 of the Convention. The review of the case law of the Court of Human Rights issued in Polish cases related to freedom of thought, conscience and religion seems to be helpful for giving the answer. This review leads to the conclusion that while the principles of freedom of thought, conscience and religion are protected, there are some potential sources of violations. Unfortunately, those sources are left to the practice of application of the law, which does not seem to keep up with the changing reality.

Rafał Mizerski

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Wolność ekspresji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach przeciwko Polsce

Słowa kluczowe: prawa człowieka; wolność ekspresji; Europejski Trybunał Praw Człowieka

1. Wstęp

Do końca kwietnia 2012 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka wydał 967 wyroków w sprawach przeciwko Polsce. W 22 z nich podjął się rozpatrzenia zasadności zarzutu naruszenia art. 10 Europejskiej konwencji praw człowieka¹ gwarantującego wolność ekspresji². Stanowi to nieco ponad

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, ze zm. wynikającymi z Protokołu nr 11 do Konwencji, Dz.U. z 1998 r., nr 147, poz. 962 oraz Protokołu nr 14 do Konwencji, Dz.U. z 2010 r., nr 90, poz. 587.

² Wyrok z 21.01.1999 r. w sprawie *Janowski p. Polsce*, sk. nr 25716/94, ECHR 1999-I; wyrok z 14.03.2002 r. w sprawie *Gawęda p. Polsce*, sk. nr 26229/95, ECHR 2002-II; wyrok z 27.05.2003 r. w sprawie *Skalka p. Polsce*, sk. nr 43425/98, niepubl.; wyrok z 29.03.2005 r. w sprawie *Sokołowski p. Polsce*, sk. nr 75955/01, niepubl.; wyrok z 6.04.2006 w sprawie *Malisiewicz-Gąsior p. Polsce*, sk. nr 43797/98, niepubl.; wyrok z 19.12.2006 r. w sprawie *Dąbrowski p. Polsce*, sk. nr 18235/02, niepubl.; wyrok z 9.01.2007 r. w sprawie *Kwiecień p. Polsce*, sk. nr 51744/99, niepubl.; wyrok z 17.07.2007 r. w sprawie *Sanocki p. Polsce*, sk. nr 28949, niepubl.; wyrok z 18.03.2008 r. w sprawie *Kuliś p. Polsce*, sk. nr 15601/02, niepubl.; wyrok z 8.07.2008 r. w sprawie *Kita p. Polsce*, sk. nr 57659/00, niepubl.; wyrok z 16.12.2008 r. w sprawie *Frankowicz p. Polsce*, sk. nr 53025/99, niepubl.; wyrok z 24.02.2009 r. w sprawie *Długotęcki p. Polsce*, sk. nr 23806/03, niepubl.; wyrok z 16.07.2009 r. w sprawie *Wojtas-Kaleta p. Polsce*, sk. nr 20436/02, niepubl.; wyrok z 6.10.2009 r. w sprawie *Kuliś i Różycki*, sk. nr 27209/03, niepubl.; wyrok z 2.02.2010 r. w sprawie *Kubaszewski*, sk. nr 571/04, niepubl.; wyrok z 22.06.2010 r. w sprawie *Kurłowicz p. Polsce*, sk. nr 41029/06, niepubl.; wyrok z 21.06.2011 r. w sprawie *Kania i Kittel p. Polsce*, sk. nr 35105/04, niepubl.; wyrok z 5.07.2011 r. w sprawie *Wizerkaniuk p. Polsce*, sk. nr 18990/05, niepubl.; wyrok z 18.10.2011 r. w sprawie *Sosinowska p. Polsce*, sk. nr 10247/09, niepubl.; wyrok z 15.11.2011 r. w sprawie *Semik-Orzech p. Polsce*, sk. nr 39900/00, niepubl.; wyrok z 21.02.2012 r. w sprawie *Gąsior*, sk. nr 34472/07, niepubl.; wyrok z 3.04.2012 r. w sprawie *Kaperzyński*, sk. nr 43206/07, niepubl.

2% ogółu „spraw polskich” zakończonych wyrokiem. Wielkość ta sugeruje, że korzystanie z uprawnienia, któremu poświęcono niniejsze opracowanie, nie rodzi w polskim systemie prawnym problemów tej skali, co gwarancje rzetelnego procesu sądowego, wolności i bezpieczeństwa osobistego albo prywatności. Taki stan rzeczy nie odbiega generalnie od normy europejskiej, choć są państwa, w których w analogicznej statystyce liczba rozstrzygnięć merytorycznych zapadłych na tle art. 10 Konwencji jest bliska, czy wręcz przekracza, 10%³.

Niemniej, powyższe dane nie uzasadniają jeszcze wniosku o drugorzędnym znaczeniu orzecznictwa dotyczącego wolności ekspresji. Liczba wyroków Trybunału strasburskiego wydawanych w pewnym typie spraw to oczywiście jedna ze wskazówek, pozwalających identyfikować problemy trawiające krajowy porządek prawny. Należy jednak pamiętać, że, po pierwsze, częstość korzystania z procedury skargowej przewidzianej przez art. 34 Konwencji jest w pewnej mierze funkcją liczby sporów danego rodzaju, do których dochodzi na gruncie krajowym, na co istotny wpływ ma z kolei rodzaj stosunków prawnych stanowiących przedmiot tych sporów; po drugie, o skorzystaniu z tej drogi decyduje wiele złożonych czynników dotyczących osoby skarżącego. Znaczenie orzecznictwa międzynarodowego wyraża się tymczasem również poprzez jego wpływ na interpretację danego standardu umownego oraz prawo i praktykę krajową państwa związanego tym standardem, a także wynika ze znaczenia, jakie ma w określonym systemie prawnym sam standard poddawany interpretacji.

Kwestia występowania w badanym orzecznictwie dwóch pierwszych elementów tej charakterystyki podejmowana jest w dalszej części wywodu. W tym miejscu wspomnieć zatem trzeba o pozycji, jaką w systemie Konwencji zajmuje wolność ekspresji. Trybunał strasburski sygnuje to uprawnienie mianem „podstawy społeczeństwa demokratycznego” i „jednego z zasadniczych warunków jego postępu”, czego nie czyni wobec wszystkich praw i wolności chronionych w EKPC i protokołach dodatkowych. Co więcej, jak się zdaje to właśnie na gruncie art. 10 Trybunał po raz pierwszy sięgnął po te określenia⁴ i najbardziej konsekwentnie je stosuje. Jest to o tyle ważne, że system Konwencji budowany jest na fundamencie poszanowania praw jednostki, rządów prawa oraz właśnie demokracji, przy czym ta ostatnia rozumiana jest nie tylko w sensie proceduralnym jako forma wyłaniania władzy, ale też jako model ustrojowy spełniający szereg

³ Austria, Czarnogóra, Finlandia, Liechtenstein, Norwegia, Szwajcaria, Turcja; por. *European Court of Human Rights. Overview 1959-2011*, Council of Europe 2012, s. 6-7. Statystyka ta określa liczbę wyroków stwierdzających naruszenie poszczególnych praw i wolności przez poszczególne państwa-strony Konwencji i obejmuje okres od początku funkcjonowania Trybunału do końca 2011 r. Analizując wynikające z niej dane należy pamiętać o roli przypadku, który ma tym większe znaczenie, im mniejsza jest ogólna liczba wyroków zapadłych przeciwko określonemu państwu. Spośród państw wymienionych powyżej uwaga ta dotyczy zwłaszcza Czarnogóry i Liechtensteinu.

⁴ Wyrok z 7.12.1976 r. w sprawie *Handyside p. Zjednoczonemu Królestwu*, sk. nr 5493/72, A 24, pkt 49.

warunków materialnych, w tym respektowanie praw indywidualnych i zasady rządów prawa. Można więc powiedzieć, że demokracja jest swoistym zwornikiem, a zarazem ikoną całego systemu aksjologicznego Konwencji, a szerzej, także Rady Europy⁵. O ile – w świetle powyższego, zwłaszcza w świetle wpisywania w ideał demokracji generalnego wymogu poszanowania praw jednostki – wydaje się kontrowersyjne określanie tylko niektórych z nich mianem podstaw społeczeństwa demokratycznego, to motywy, które kierowały sędziami strasburskimi są w tym wypadku dość czytelne: chodziło o podkreślenie, że wolne słowo jest warunkiem wolnej debaty publicznej, bez zapewnienia której społeczeństwo nigdy nie będzie prawdziwie demokratyczne.

Celem przedkładanego artykułu jest przedstawienie całościowego obrazu orzecznictwa dotyczącego wolności ekspresji, zapadłego w sprawach przeciwko Polsce. Taki obraz może się wyłonić z ukazania związków horyzontalnych, zachodzących między badanymi wyrokami oraz między nimi a pozostałą judykaturą narosłą na gruncie art. 10 Konwencji, uzupełnionych o ich związki wertykalne z prawem i praktyką krajową. Właściwy wywód podzielony jest zatem na trzy części odpowiadające wskazanym zamierzeniom, z których pierwsza służy uporządkowaniu przedmiotowego materiału orzeczniczego, a jednocześnie zorientowaniu czytelnika w aspektach jego różnorodności (paragraf 2), druga poświęcona jest ocenie jego precedensowości na tle całości *case law* do art. 10 (paragraf 3), a ostatnia omawia jego rzeczywiste i spodziewane oddziaływanie na polski porządek prawny (paragraf 4). Zwłaszcza w tej ostatniej części uznałem za wskazane bliższe zreferowanie stanów faktycznych poszczególnych spraw, by uczynić możliwie czytelną motywację stojącą za rozstrzygnięciami podejmowanymi przez Trybunał. Pracę zamknie paragraf 5, w którym znajdą swoje miejsce najważniejsze ustalenia i wnioski z przeprowadzonych badań.

2. Systematyzacja badanego orzecznictwa

Systematyzację orzecznictwa można przeprowadzić w oparciu o różne kryteria – poniższa bierze pod uwagę kryterium proceduralne, tj. procedurę wydania wyroku, kryterium materialne, tj. wyniki postępowania i motywy rozstrzygnięcia oraz kryterium faktograficzne związane z okolicznościami sporu.

Rozpoczynając od kwestii proceduralnych należy zauważyć, że na ogólną liczbę 22 wyroków, 2 poprzedziły opinie nieistniejącej już Europejskiej Komisji Praw Człowieka⁶ (*Janowski* oraz *Gawęda*), choć wszystkie badane

⁵ R. Mizerski, *Test legalności w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka*, Warszawa 2009, s. 55. Szerzej na temat podstaw aksjologicznych Konwencji: ibidem, ss. 40-69.

⁶ Komisja została zlikwidowana przez Protokół nr 11 do Konwencji i zgodnie z jego art. 5 ust. 3 zakończyła swoją działalność z końcem października 1999 r. Stosownie do art. 31

sprawy rozpatrywane były już przez tzw. nowy Trybunał⁷. W pierwszym z tych sporów stanowisko Komisji okazało się odmienne od zajętego następnie przez większość z orzekających sędziów, tj. uznania, że nie doszło do naruszenia przez Polskę art. 10 Konwencji. Wyrok w tej sprawie był także jedynym wydanym przez Wielką Izbę – poszerzony skład Trybunału⁸ – w pozostałych ostatecznie stały się rozstrzygnięcia izb Trybunału⁹, w większości zapadłe w ramach obecnej Sekcji Czwartej, w której skład wchodzi sędzia wybrany z ramienia Polski¹⁰. Podobnie zatem jak w przypadku innych państw, przeciwko którym wytoczono zarzut naruszenia art. 10 Konwencji, tzw. komitety złożone z 3 sędziów nie rozpatrzyły merytorycznie żadnej ze spraw w badanym okresie, choć od wejścia w życie 1 czerwca 2010 r. Protokołu nr 14 mają taką, ograniczoną przedmiotowo, kompetencję¹¹. Dziewiętnastokrotnie składy orzekające były jednomyślne (*Gawęda, Skalka, Sokołowski, Malisiewicz-Gąsior, Dąbrowski, Kwiecień, Kuliś, Kita, Frankowicz, Długolecki, Wojtas-Kaleta, Kuliś i Różycki, Kubaszewski, Kurlowicz, Kania i Kittel, Wizerkaniuk, Sosinowska, Semik-Orzech, Kaperzyński*), w 6 sprawach sędziowie Trybunału skorzystali z możliwości dołączenia do wyroku opinii indywidualnych, przy czym w 3 z nich były to zdania odrębne (*Janowski*¹², *Sanocki*¹³,

EKPC w brzmieniu sprzed wejścia w życie wspomnianego protokołu Komisja była uprawniona do sporządzenia sprawozdania o stanie faktycznym danej sprawy oraz przedstawienia swojej opinii o tym, czy ujawnia on naruszenie przez państwo pozwane Konwencji.

⁷ Trybunał zreformowany na mocy Protokołu nr 11.

⁸ Artykuł 27 ust. 1 Konwencji w brzmieniu obowiązującym od wejścia w życie Protokołu nr 11, podobnie jak obecny art. 26 ust. 1, przewidywał istnienie orzekającej w składzie 17 sędziów Wielkiej Izby. Zgodnie z art. 30 oraz 43, które od czasów Protokołu nr 11 nie uległy zmianie, Wielka Izba przewidziana jest jako skład orzekający w najbardziej skomplikowanych sprawach. Jednakowoż sprawa *Janowski p. Polsce* trafiła do Wielkiej Izby w związku z zastosowaniem przepisów przejściowych Protokołu nr 11 nakazujących przekazanie do niej spraw wniesionych do Trybunału, a nie rozpatrzonych do dnia wejścia w życie tego protokołu (art. 5 ust. 5).

⁹ Obecny art. 26 ust. 1 Konwencji, podobnie jak jego odpowiednik obowiązujący od czasu wejścia w życie Protokołu nr 11 do wejścia w życie Protokołu nr 14 – art. 27 ust. 1 – przewiduje istnienie izb orzekających w składzie 7 sędziów. W poprzednim stanie prawnym decydowały one o dopuszczalności i zasadności skargi, jeśli trzyosobowe składy Trybunału (komitety) nie podjęły decyzji o niedopuszczalności skargi (art. 29). Obecnie decydują o dopuszczalności i zasadności skargi, jeśli Trybunał w składzie 1 sędziego lub komitet nie podjęły decyzji o niedopuszczalności albo komitet nie uznał skargi za dopuszczalną i nie wydał wyroku (art. 29).

¹⁰ Obecnie funkcję tę sprawuje Lech Garlicki.

¹¹ Zgodnie z nowym brzmieniem art. 28 ust. 1b EKPC komitet może na zasadzie jednomyślności uznać skargę wniesioną na podstawie art. 34 za dopuszczalną i wydać w tym samym czasie wyrok w sprawie przedmiotu skargi, pod warunkiem, że tkwiące u podstaw sprawy zagadnienie dotyczące wykładni lub stosowania konwencji lub jej protokołów jest już przedmiotem ugruntowanego orzecznictwa Trybunału.

¹² Zdania odrębne: sędziego Wildhabera; sędziego Bratza, do którego przyłączył się sędzia Rozakis; sędziego Bonello; sędziego Casadevall.

¹³ Zdanie odrębne sędziego Garlickiego.

Gąsior¹⁴), w 3 pozostałych zdania zbieżne (Długolecki¹⁵, Wizerkaniuk¹⁶, Kaperzyński¹⁷).

Z materialnego punktu widzenia podstawowym elementem różnicującym badane orzecznictwo jest wynik postępowania. W 4 sprawach Trybunał nie stwierdził naruszenia przez Polskę art. 10 (Janowski, Kania i Kittel, Semik-Orzech, Gąsior). W pozostałych 18 o pogwałceniu wolności ekspresji decydowało uznanie, że ingerencja nie była konieczna (17 spraw), bądź wyjątkowo, legalna (Gawęda). Wynika z tego, że celowość ingerencji, dopełniająca triady warunków, od których spełnienia zależy dopuszczalność limitacji wolności ekspresji¹⁸, nie została formalnie zakwestionowana przez Trybunał w żadnej ze spraw. Niemniej w wyroku rozstrzygającym skargę Jerzego Wizerkaniuka Trybunał *expressis verbis* wyraził wątpliwość, czy ukaranie za publikację nieautoryzowanego wywiadu z politykiem, w sytuacji, gdy w postępowaniu przed sądami krajowymi nie pojawił się ani zarzut szargania jego dobrego imienia, ani zarzut wypaczenia bądź pozbawienia kontekstu jego słów lub przekazania ich w sposób, który mógł wprowadzić w błąd czytelników, ani też zarzut ukazania go w negatywnym świetle, rzeczywiście służyło realizacji „ochrony dobrego imienia” tegoż polityka, jak argumentował to rząd polski. Ostatecznie Trybunał uznał, że ingerencja miała cel prawowity bez precyzowania, o jaki cel chodzi¹⁹ i w zgodzie ze swoją praktyką przeniósł ciężar orzekania na grunt konieczności ingerencji²⁰. Podobnie w sprawie Kaperzyński Trybunał nie dał się przekonać twierdzeniom rządu polskiego, że nałożona na skarżącego dziennikarza sankcja karna służyła ochronie wolności prasy, przyjął jednak, że miała ona na celu ochronę dobrego imienia innych osób²¹. Wątki celowości, a także konieczności nie były w ogóle badane w sprawie Gawęda, w której Trybunał orzekł, że rozpatrywana ingerencja nie była legalna. To z kolei konsekwencja strasburskiego *modus procedendi*, stosownie do którego ustalenia w zakresie legalności ingerencji poprzedzają badanie jej celowości, a następnie konieczności, przy czym niespełnienie wcześniej badanego wymogu prowadzi zwykle do zarzucenia badania pozostałych²².

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału stwierdzenie braku konieczności ingerencji może wynikać z uznania, że za ingerencją nie stała

¹⁴ Zdanie odrębne sędziego Björgvinssona.

¹⁵ Zdanie zbieżne sędziego Bratza.

¹⁶ Zdania zbieżne: wspólne sędziów Bratza i sędzi Hirvelä; wspólne sędziów Garlickiego i Vučinića.

¹⁷ Zdanie zbieżne sędziego Björgvinssona.

¹⁸ Por. art. 10 ust. 2 Konwencji.

¹⁹ Wizerkaniuk, pkt 63.

²⁰ Trybunał stara się unikać przypisywania stronom Konwencji złej woli, a taki wydzwięk niesie ze sobą konkluzja o niecelowości ingerencji; por. J. Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*, Tampere 2003, Tampere University Press, s. 210.

²¹ Kaperzyński, pkt 61.

²² Gawęda, pkt 49.

pilna potrzeba społeczna, bądź że nie była ona proporcjonalna w stosunku do wskazanych w art. 10 ust. 2 Konwencji celów prawowitych, lub też że powody przytoczone przez władze krajowe dla jej uzasadnienia nie były istotne i wystarczające²³. Wzorzec ten – choćby w niepełny sposób – przywoływany był we wszystkich badanych sprawach, w których rozpatrywana była kwestia konieczności ingerencji; także w sprawach *Wojtas-Kaleta* oraz *Kuliś*, które jako jedyne Trybunał rozstrzygnął nie wskazując wprost na żadną z wymienionych przesłanek²⁴. W pozostałych wyrokach stwierdzenie, że ingerencja nie była konieczna, wiązało się zawsze z ustaleniami dotyczącymi braku pilnej potrzeby społecznej bądź proporcjonalności ingerencji albo istotności i wystarczalności powodów ją uzasadniających, lub też kombinacją dwóch ostatnich elementów.

Zdecydowanie najrzadziej Trybunał przywoływał brak pilnej potrzeby społecznej (tylko w sprawie *Sanocki*²⁵), co można wiązać z tym, że tego rodzaju konkluzja pojawia się raczej w razie bardziej rażących przypadków naruszenia wymogu konieczności. Na tym etapie dochodzi bowiem do konkretyzowania przyczyn ograniczenia wolności ekspresji i ustalania, czy znajdują one uzasadnienie w wartościach i prawidłowym funkcjonowaniu społeczeństwa demokratycznego, a przynajmniej nie kolidują z nimi, tj. mieszczą się w tzw. marginesie oceny, czyli pewnej swobodzie implementacyjnej pozostawionej państwom-stronom Konwencji²⁶.

Siedmiokrotnie Trybunał uznał, że powody przytoczone przez władze krajowe dla uzasadnienia ingerencji nie były istotne i wystarczające (*Sokołowski*²⁷, *Dąbrowski*²⁸, *Kwiecień*²⁹, *Kita*³⁰, *Długolecki*³¹, *Kuliś i Różycki*³², *Sosinowska*³³), trzynastokrotnie, że zastosowane przez władze środki nie były proporcjonalne w stosunku do realizowanych celów prawowitych (*Skalka*³⁴, *Sokołowski*³⁵, *Malisiewicz-Gąsior*³⁶, *Dąbrowski*³⁷, *Kwiecień*³⁸,

²³ Wyrok z 26.04.1979 r. w sprawie „*Sunday Times*” p. *Zjednoczonemu Królestwu*, sk. nr 6538/74, A 30, pkt 59 i 62.

²⁴ *Wojtas-Kaleta*, pkt 41 oraz 44-53; *Kuliś*, pkt 40-41 oraz 42-55.

²⁵ *Sanocki*, pkt 69.

²⁶ R. Mizerski, *Krytyka wymiaru sprawiedliwości w interesie publicznym: Kudeshkina p. Rosji*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 1, 2012, s. 102-103. I.C. Kamiński wiąże pilną potrzebę społeczną ze „zobiektywizowanymi racjami ogólnymi”, *Ograniczenie swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 62.

²⁷ *Sokołowski*, pkt 50.

²⁸ *Dąbrowski*, pkt 35.

²⁹ *Kwiecień*, pkt 57.

³⁰ *Kita*, pkt 51.

³¹ *Długolecki*, pkt 44.

³² *Kuliś i Różycki*, pkt 39.

³³ *Sosinowska*, pkt 86.

³⁴ *Skalka*, pkt 41-41.

³⁵ *Sokołowski*, pkt 51.

³⁶ *Malisiewicz-Gąsior*, pkt 69.

³⁷ *Dąbrowski*, pkt 37.

³⁸ *Kwiecień*, pkt 57.

Frankowicz, Długotęcki³⁹, Kuliś i Różycki⁴⁰, Kubaszewski⁴¹, Kurlowicz⁴², Wizerkaniuk⁴³, Sosinowska⁴⁴, Kaperzyński⁴⁵). Obie te przesłanki są ze sobą ściśle powiązane. W istocie test „wystarczalności” powodów ingerencji dotyka bezpośrednio kwestii jej proporcjonalności w stosunku do realizowanych celów prawowitych⁴⁶. Test „istotności” należałoby raczej wiązać z pilną potrzebą społeczną, jeśli nie wręcz z testem celowości⁴⁷, często jednak Trybunał traktuje istotność i wystarczalność integralnie, bez wdawania się w precyzowanie powodów, które zdecydowały o spełnieniu bądź nie każdego z tych wymogów z osobna.

Trzeba zauważyć, że sąd strasburski nie przeprowadził jasnej delimitacji omawianych warunków konieczności ingerencji⁴⁸, a i praktyka ich stosowania nie rozwija wszystkich wątpliwości⁴⁹. Co więcej, w ramach testu konieczności sięga on też po inne konstrukcje orzecznicze niż te omówione dotychczas, co znalazło swoje odbicie również w badanym *case law*. Przekroczenie wspomnianego już marginesu oceny wpłynęło na wyroki w takich sprawach, jak *Malisiewicz-Gqsior*⁵⁰, *Kubaszewski*⁵¹ czy *Kurlowicz*⁵². Od dawna Trybunał odwołuje się też do wymogu zachowania właściwej równowagi między wchodzącymi w kolizję interesami⁵³ – jej brak miał znaczenie dla wyników postępowań w sprawach *Kuliś*⁵⁴ i *Kita*⁵⁵. W pierwszym z tych wyroków, podobnie jak w wyroku *Malisiewicz-Gqsior* Trybunał

³⁹ Długotęcki, pkt 49.

⁴⁰ Kuliś i Różycki, pkt 40.

⁴¹ Kubaszewski, pkt 48.

⁴² Kurlowicz, pkt 55.

⁴³ Wizerkaniuk, pkt 87.

⁴⁴ Sosinowska, pkt 87.

⁴⁵ Kaperzyński, pkt 73-74.

⁴⁶ Ślady tego związku można znaleźć w samym orzecznictwie, por. np. *Sosinowska*, pkt 86 i 87; por. też P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), *Theory nad Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford 2006, s. 341 oraz uwagi L. Garlickiego na gruncie prawa do prywatności, w L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2010, s. 490. W charakterystyce proponowanej przez I. C. Kamińskiego przesłanka istotności i wystarczalności powodów uzasadniających ingerencję dotyczy „zobiektywizowanych racji indywidualnych”, op. cit., s. 62. Zdaniem J. Christoffersena, wszystkie wspomniane tu wymogi stawiane przed ingerencją, która ma być uznana za konieczną tj. pilna potrzeba społeczna, proporcjonalność środków ingerencji oraz istotność i wystarczalność powodów ją uzasadniających współformują zasadę proporcjonalności, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Hague 2009, s. 254.

⁴⁷ Por. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), op. cit., s. 341.

⁴⁸ Por. J. Christoffersen, op. cit., s. 164.

⁴⁹ Por. np. argumenty prowadzące Trybunał do wniosku o braku pilnej potrzeby społecznej i braku proporcjonalności ingerencji w sprawach *Amihalachioaie* oraz *Kobenter i Standard Verlags GmbH*, R. Mizerski, *Krytyka wymiaru sprawiedliwości ...*, s. 103.

⁵⁰ *Malisiewicz-Gqsior*, pkt 69.

⁵¹ *Kubaszewski*, pkt 48.

⁵² *Kurlowicz*, pkt 55.

⁵³ Wyrok z 25.03.1985 r. w sprawie *Barthold p. Niemcom*, sk. nr 8734/79, A 90, pkt 58.

⁵⁴ *Kuliś*, pkt 54.

⁵⁵ *Kita*, pkt 52.

odwołał się również do najbardziej ogólnej przesłanki spośród przywoływanych na etapie badania konieczności ingerencji, tj. obowiązku zastosowania przez władze krajowe standardów ucieleśnionych w art. 10 Konwencji i jego orzecznictwie⁵⁶. Wszystkie te konstrukcje orzecznicze wypełnia materia składająca się z pewnych kategorii okoliczności faktycznych, uznawanych w judykaturze strasburskiej za istotne dla rozstrzygania zarzutów naruszenia wolności ekspresji, o czym piszę poniżej w uwagach dotyczących kryterium faktograficznego.

Jak wspomniano, jedynie w sprawie *Gawęda* Trybunał zakwestionował legalność ingerencji władz polskich w wolność ekspresji. Nie wynikało to jednak z jego wątpliwości co do istnienia podstawy prawnej tych działań, lecz jej jakości, mianowicie braku precyzyjności (przewidywalności) rzeczowego prawa⁵⁷. Sprawa ta równie dobrze mogłaby zakończyć się podważeniem konieczności ingerencji, skoro Trybunał uznał, że od tytułu prasowego nie można wymagać, aby zawierał on prawdziwe informacje. Z drugiej strony, w sprawach *Wizerkaniuk* i *Kaperzyński*, dotyczących Prawa prasowego, istniały przesłanki do stwierdzenia naruszenia art. 10 Konwencji z powodu nieprecyzyjności prawa, na co zdają się wskazywać same uzasadnienia tych wyroków⁵⁸.

Każdorazowe rozstrzygnięcie sporu, którego przedmiotem jest zarzut naruszenia art. 10 Konwencji, zależy od układu wielu zmiennych, do których należą m.in.: treść i cel wypowiedzi; forma wypowiedzi; miejsce wypowiedzi; status autora wypowiedzi i adresata krytyki; środek i zasięg upublicznienia wypowiedzi czy też rodzaj i dotkliwość konsekwencji prawnych poniesionych w związku z wypowiedzią. Tym samym znaczenia nabiera systematyzacja badanego orzecznictwa na podstawie kryterium faktograficznego, zwłaszcza że niniejszy artykuł ma być także rodzajem przewodnika po tym orzecznictwie.

Trybunał jest skłonny zakreślać szeroko granice wolności ekspresji, gdy jej przedmiotem są wypowiedzi krytyczne wobec władzy. Takich spraw było 13, przy czym w 4 krytyka wymierzona była w polityków ze szczebla centralnego (Andrzeja Kerna w sprawach *Malisiewicz-Gąsior* oraz *Kuliś*; Marka Siwca w sprawie *Kania i Kittel*; Zbigniewa Wassermanna w sprawie *Gąsior*), w 6 – w polityków samorządowych (*Sokołowski*, *Dąbrowski*, *Kwiecień*, *Kita*, *Długolecki*, *Kubaszewski*)⁵⁹, w 2 – w urzędników samorządowych (*Janowski*, *Kurłowicz*); w 1 – w sędziego (*Skalka*). Cztery spośród tych spraw dotyczyły wypowiedzi sformułowanych w kontekście wyborczym, który jest czynnikiem dodatkowo poszerzającym granice dopuszczal-

⁵⁶ *Kuliś*, pkt 55; *Malisiewicz-Gąsior*, pkt 67.

⁵⁷ *Gawęda*, pkt 48.

⁵⁸ Por. *Wizerkaniuk*, pkt 77-79, 81; *Kaperzyński*, zwł. pkt 75.

⁵⁹ Do krytyki polityków samorządowych doszło także w sprawie *Kaperzyński*, ale przyczyną ukarania przez sądy krajowe skarżącego dziennikarza nie była w tym wypadku jego wypowiedź, lecz nieopublikowanie sprostowania.

nej krytyki: *Malisiewicz-Gąsior* (w kontekście wyborów parlamentarnych); *Kwiecień, Kita, Długolecki* (w kontekście wyborów samorządowych).

Krytyka dotykała także dziennikarzy (*Sanocki*), lekarzy (*Frankowicz, Sosinowska*), TVP (*Wojtas-Kaleta*), producenta chipsów w związku z prowadzoną przez niego kampanią reklamową (*Kuliś-Różycki*) oraz adwokata (*Semik-Orzech*). Tylko w 3 sprawach istotą sporu nie była więc ocena wypowiedzi o charakterze krytycznym (*Gawęda, Wizerkaniuk, Kaperzyński*).

Trzynastcie spraw ogniskowało się wokół problematyki wolności mediów, na którą Trybunał jest szczególnie wyczulony, traktując media jako gwaranta interesu publicznego. Wśród nich wyodrębnić można te, w których dziennikarze/wydawcy ponieśli odpowiedzialność prawną za własne bądź opublikowane przez siebie wypowiedzi (*Dąbrowski, Kuliś, Długolecki, Wojtas-Kaleta, Kuliś i Różycki, Kania i Kittel, Semik-Orzech*) oraz sprawy, w których konsekwencje prawne nie miały bezpośredniego związku z ich wypowiedziami, lecz dotyczyły naruszeń obowiązków odnoszących się do autoryzacji wypowiedzi (*Wizerkaniuk*) lub publikacji sprostowania (*Kaperzyński*), wynikających z Prawa prasowego. Trybunał dwukrotnie uznał, że nałożone na dziennikarzy sankcje nie naruszyły art. 10 Konwencji (*Kania i Kittel, Semik-Orzech*). Do spraw związanych z wolnością mediów zaliczyć należy także spór zainicjowany przez *Józefa Gawędę*, któremu sądy krajowe odmówiły rejestracji tworzonych przez niego czasopism. Z tą problematyką w swoisty sposób związana jest również sprawa *Janusza Sanockiego*, polityka, którego pociągnięto do odpowiedzialności prawnej w związku z opublikowaniem artykułu ostro krytykującego sposób uprawiania zawodu przez lokalnych dziennikarzy.

Elementem należącym do okoliczności faktycznych sprawy jest także rodzaj szeroko rozumianych sankcji nałożonych na skarżących przez władze krajowe. Ich surowość ma zasadniczy wpływ na ocenę proporcjonalności ingerencji. Sankcje karne są uznawane przez Trybunał za surowe *per se*. Zastosowano je w 10 sprawach: w 3 prowadzonych z oskarżenia publicznego, co dodatkowo wzmacnia ich postrzeganie jako dolegliwych (*Janowski, Skalka, Wizerkaniuk*); w 7 z oskarżenia prywatnego (*Sokołowski, Malisiewicz-Gąsior, Dąbrowski, Długolecki, Kurlowicz, Gąsior, Kaperzyński*). Najdalej idącą sankcją – bezwzględne pozbawienie wolności – orzeczono w postępowaniu krajowym jedynie w sprawie *Skalka*. W sprawie *Malisiewicz-Gąsior* orzeczono pozbawienie wolności w zawieszeniu, a w sprawie *Kaperzyński* ograniczenie wolności w formie pracy na cele społeczne, także w zawieszeniu. W tym ostatnim przypadku sąd polski dodatkowo pozbawił dziennikarza prawa wykonywania zawodu. Skarżących w sprawach *Janowski* i *Sokołowski* ukarano grzywnami. Pozostałych 5 sporów zakończyło się na gruncie prawa wewnętrznego warunkowym umorzeniem postępowań i zobowiązaniem sprawców do przeproszenia pokrzywdzonych lub/i zapłaty określonej sumy pieniędzy na cele społeczne (*Dąbrowski, Długolecki, Kurlowicz, Wizerkaniuk, Gąsior*).

Biorąc pod uwagę typy czynów zabronionych, pięciokrotnie chodziło o zniesławienie (art. 178 Kodeksu karnego z 1969 r. lub art. 212 Kodeksu karnego z 1997 r. – *Sokołowski, Malisiewicz-Gqsior, Dąbrowski, Kurłowicz, Gqsior*), a ponadto znieważenie funkcjonariusza publicznego (art. 236 Kodeksu karnego z 1969 r. – *Janowski*), znieważenie organu państwa (art. 237 Kodeksu karnego z 1969 r. – *Skalka*), zniewagę (art. 216 Kodeksu karnego z 1997 r. – *Długolecki*) oraz dwukrotnie czyny stypizowane w Prawie prasowym z 1984 r. (art. 49 w zw. z art. 14 – *Wizerkaniuk*; art. 46 w zw. z art. 31 – *Kaperzyński*).

Kwestia odpowiedzialności dyscyplinarnej skarżących pojawiła się w 3 sprawach: w 2 wyciągały ją organy samorządu zawodowego wobec przedstawicieli wolnego zawodu – lekarzy (*Frankowicz, Sosinowska*); w 1 pracodawca wobec pracownika (*Wojtas-Kalet*). We wszystkich tych przypadkach postępowania dyscyplinarne kończyły się udzieleniem nagany.

W 6 sprawach skarżący ponieśli odpowiedzialność cywilną w konsekwencji złożenia przeciwko nim powództwa o ochronę dóbr osobistych (*Sanocki, Kuliś, Kuliś i Różycki, Kubaszewski, Kania i Kittel, Semik-Orzech*). Sądy każdorazowo zobowiązywały pozwanych do publicznych przeprosin powodów i, z wyjątkiem sprawy *Kubaszewski*, zapłaty zadośćuczynienia lub sumy pieniężnej na cele społeczne.

W 2 sprawach postępowania krajowe prowadzone były w trybie wyborczym na podstawie Ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw z 1998 r. (*Kwiecień, Kita*). W ich efekcie skarżącym nakazano przeproszenie pomówionych oraz zapłacenie sumy pieniężnej na rzecz instytucji charytatywnych – w sprawie *Kwiecień* dodatkowo sprostowanie informacji i zapłatę odszkodowania.

Na tym tle wyjątkowy charakter miała sprawa *Gawęda*, w której ingerencja państwa w wolność ekspresji skarżącego polegała na oddaleniu przez sądy krajowe wniosku o rejestrację czasopism.

3. Oddziaływanie badanego orzecznictwa na interpretację art. 10 Konwencji

W zasadzie każde orzeczenie sądowe ma swój wkład w interpretację normy prawnej, której dotyczy. Przedmiotem refleksji w tej części artykułu mogłyby być wobec tego wszystkie badane wyroki Trybunału strasburskiego, tym bardziej że na gruncie art. 10 Konwencji powtórzenie układu okoliczności faktycznych ważnych dla rozstrzygnięcia sprawy nie jest znowu takie częste. Z drugiej strony, nie wymaga udowadniania teza, że znaczenie różnych orzeczeń wydanych na podstawie tej samej normy prawnej – w tym także przez ten sam sąd – nie jest jednakowe z punktu widzenia jej interpretacji. Wśród rozstrzygnięć istotnie oddziałujących na wykładnię prawa znajdują się zwłaszcza te, w których sformułowano nową regułę

orzecniczą o pewnym poziomie ogólności, wykorzystaną do rozsądzenia określonego sporu, która jednocześnie nadaje się do zastosowania w kolejnych sprawach. Dowodu oddziaływania interpretacyjnego takich rozstrzygnięć szukać należy w późniejszej judykaturze afirmującej daną regułę, przy czym im starsze orzeczenie ją formułujące, tym bardziej uzasadnione oczekiwanie jej jednoznacznego potwierdzenia. Pomijając kwestię instancji, w której wydano orzeczenie (postępowanie strasburskie jest formalnie rzecz biorąc jednoinstancyjne), nie bez znaczenia dla możliwości i tempa narastania praktyki jest rodzaj stosunków społecznych, do których reguła się odnosi, a niekiedy również skład orzekający, który ją sformułował. Stosunki społeczne różnicuje bowiem także intensywność, z jaką stają się one przedmiotem sporów prawnych, w tym także sporów związanych z korzystaniem z wolności ekspresji. Z kolei znaczenie składu wydającego rozstrzygnięcie w postępowaniu przed Trybunałem strasburskim wynika z zarezerwowania prawa wyrokowania w sprawach precedensowych wyłącznie dla izb i Wielkiej Izby⁶⁰, przy czym orzeczenia tej ostatniej, powołanej do decydowania w najtrudniejszych sporach, cieszą się szczególną doniosłością⁶¹.

Jak wspomniano, jedyną sprawą przeciwko Polsce, w której na tle art. 10 Konwencji wypowiadała się Wielka Izba Trybunału, była sprawa zainicjowana skargą *Józefa Janowskiego*. Jakkolwiek rozpoznanie jej przez Wielką Izbę wynikało – formalnie rzecz biorąc – z zastosowania przepisów przejściowych Protokołu nr 11⁶², zasługuje ona na przywołanie w tym paragrafie ze względu na wprowadzone w niej rozróżnienie między funkcjonariuszami publicznymi niepełniającymi funkcji politycznych a politykami, w kontekście granic dopuszczalnej krytyki jednych i drugich. Trybunał zauważył bowiem, że choć w odniesieniu do funkcjonariuszy publicznych, działających w urzędowym charakterze, granice te mogą być szerzej określone niż w stosunku do osób prywatnych, nie mogą być oni traktowani na równi z politykami, ponieważ nie można powiedzieć, że „funkcjonariusze publiczni świadomie wystawiają się na ścisłą kontrolę każdego swego słowa i czynu w takim zakresie, w jakim czynią to politycy [...]. Co więcej, funkcjonariusze publiczni muszą się cieszyć zaufaniem publicznym, wolnym od nadmiernych zakłóceń, jeśli mają z powodzeniem realizować swe zadania, a wobec tego, może się okazać konieczne chronienie ich przed obraźliwymi i obelżywymi napaściami słownymi podczas wykonywania przez nich swoich obowiązków”⁶³. Stanowisko to było wielokrotnie potwierdzane w późniejszym orzecznictwie Trybunału⁶⁴, stanowiąc punkt wyjścia

⁶⁰ Por. art. 26 ust. 1 w zw. z art. 27, 28, 29, 30 oraz 43 Konwencji.

⁶¹ Por. art. 30 i 43 ust. 2 Konwencji.

⁶² Patrz wyżej przyp. 8.

⁶³ *Janowski*, pkt 33.

⁶⁴ M.in. wyrok z 29.03.2001 r. w sprawie *Thoma p. Luksemburgowi*, sk. nr 38432/97, ECHR 2001-III, pkt 47; wyrok z 21.03.2002 r. w sprawie *Nikula p. Finlandii*, sk. nr 31611/96, ECHR 2002-II, pkt 48; wyrok z 27.05.2004 r. w sprawie *Vides Aizsardzibas Klubs p. Lotwie*, sk. nr 57829/00, pkt 40; wyrok z 17.12.2004 r. w sprawie *Pedersen i Baadsgaard p. Danii*, sk. nr 49017/99, ECHR 2004-XI, pkt 80; wyrok z 7.11.2006 r., w sprawie *Mamère p. Francji*,

do dalszego precyzowania granic dopuszczalnej krytyki funkcjonariuszy publicznych⁶⁵.

Także druga sprawa przeciwko Polsce, w której Trybunał rozpoznał merytorycznie zarzut naruszenia art. 10 Konwencji – *Gawęda p. Polsce* – wydaje się ważna z perspektywy całości orzecznictwa dotyczącego wolności ekspresji. Jej przedmiotem była odmowa rejestracji dwóch czasopism z powodu niezgodności ich tytułów z rzeczywistością. Trybunał stanął na stanowisku, by wymaganie, by tytuł czasopisma zawierał prawdziwe informacje, jest niewłaściwe z punktu widzenia wolności prasy. „Tytuł czasopisma nie jest sam w sobie twierdzeniem, ponieważ jego funkcją jest głównie identyfikowanie danego czasopisma na rynku prasowym przez jego obecnych i przyszłych czytelników”⁶⁶. *Passus* ten nawiązuje do stosowanego w judykaturze strasburskiej rozróżnienia wypowiedzi na twierdzenia o faktach, poddające się weryfikacji w oparciu o kryterium prawdy i fałszu oraz sądy wartościujące, które mogą być kwestionowane jedynie z punktu widzenia ich ekscesywności, zwłaszcza gdy nie mają żadnej podstawy faktycznej⁶⁷. Tytuł czasopisma nie jest zatem na pewno twierdzeniem, ale

sk. nr 12697/03, ECHR 2006-XIII, pkt 27; wyrok z dnia 7.12.2010 r. w sprawie *Poyraz p. Turcji*, sk. nr 15966/06, niepubl., pkt 77; wyrok z 15.03.2011 r. w sprawie *Otegi Mondragon p. Hiszpanii*, sk. nr 2034/07, ECHR 2011, pkt 50.

⁶⁵ W sprawie *Busuioc p. Mołdawii*, Trybunał przyznał, że zasada ochrony funkcjonariuszy publicznych przed obraźliwymi i obelżywymi napaściami słownymi nie rozciąga się na wszystkie osoby zatrudnione przez państwo bądź spółki stanowiące własność państwa, wyrok z 21.12.2004 r., sk. nr 61513/00, niepubl., pkt 64. Jak się zdaje, zakres tej ochrony powinien uwzględniać w szczególności ich miejsce w hierarchii władzy i do pewnego stopnia także charakter pełnionych funkcji (mam tu na myśli zwłaszcza funkcje sądowe). Nie uważam jednak za uzasadnione postulowanie jej ograniczenia wobec policjantów i strażników miejskich – to jest tych, którzy są odpowiedzialni za egzekwowanie porządku publicznego i uprawnieni do używania środków przymusu – ze względu na szczególną rangę rygoru legalności ich działań i uznanie ataków słownych za ryzyko wpisane w te zawody (tak I. C. Kamiński, op. cit., s. 209). Nie tylko z zasad państwa prawnego, ale i z praktyki jego funkcjonowania wynika, że interweniujący policjanci czy strażnicy miejscy są bardziej narzędziem władzy, niż samą władzą. Stają się więc często obiektem ataków w związku z decyzjami, których sami nie podejmowali, nie korzystając jednocześnie z ekwiwalentu w postaci realnej władzy, rozpoznawalności publicznej czy wyższego statusu materialnego. Nie różnią się w tym wcale od szeregowych „urzędników biurowych”, dla których ochrony autor komentowanego poglądu ma więcej zrozumienia. To samo można powiedzieć o argumentie odwołującym się do ryzyka zawodowego – nie wydaje mi się ono większe w omawianym zakresie niż to, z jakim liczyć powinni się ci ostatni; wszyscy oni są wszak reprezentantami władzy, co do zasady stykającymi się bezpośrednio z obywatelami. Co więcej, możliwość wystąpienia rzeczzonego ryzyka nie uchyla przecież ewentualnej odpowiedzialności za czyny sprzeczne z porządkiem prawnym, których ofiarami stają się funkcjonariusze publiczni. Moim zdaniem granice dopuszczalnej krytyki policjantów, strażników miejskich i innych funkcjonariuszy wykonujących podobne zadania nie powinny być z góry poszerzane w stosunku do innych urzędników z powodu samego charakteru pełnionych przez nich funkcji, lecz każdorazowo wynikać ze sposobu i okoliczności ich wykonywania, uwzględniających m.in. legalność i zasadność interwencji, rodzaj użytych w jej trakcie środków i sposób ich użycia, a szerzej, postawę interweniujących funkcjonariuszy, w końcu nagłość interwencji i „temperaturę konfliktu”.

⁶⁶ *Gawęda*, pkt 43.

⁶⁷ Wyrok z 24.02.1997 r. w sprawie *De Haes i Gijssels p. Belgii*, sk. nr 19983/92, Reports 1997-I, pkt 47.

szeroko rozumianym sądem wartościującym lub kategorią do niego równoległą. Ze względu na specyficzny charakter spraw, których rzeczona reguła może dotyczyć, znalazła ona w badanym okresie potwierdzenie zaledwie w jednym wyroku Trybunału⁶⁸.

W 5 lat późniejszej sprawie *Janusza Sanockiego* Trybunał rozważał granice dopuszczalnej odpowiedzi polityka na krytykę dziennikarską. Postępowanie strasburskie zainicjowała skarga burmistrza Nysy, który w wyniku procesu o naruszenie dóbr osobistych został zobowiązany do przeproszenia lokalnej gazety i zapłaty 6000 zł na cele społeczne, w związku z opublikowaniem artykułu zarzucającego tejże gazecie m.in. posługiwanie się „tradycyjną metodą bolszewików, to jest denuncjacją i kłamstwem” oraz zawierającego zdanie, że gazeta ta „sięgnie wkrótce pułapu rynsztoka”. Artykuł był reakcją na krytyczne wobec skarżącego publikacje gazety. Trybunał uznał, że wypowiedź skarżącego została sformułowana w trakcie debaty politycznej dotyczącej interesu publicznego, potwierdził też, że zakres krytyki polityka może być szerszy niż osoby prywatnej. Niemniej stanął on na stanowisku, że nie wynika z tego, że „polityk ma być ograniczony w wolności odpowiedzi na krytykę, której jest poddawany. Musi on mieć możliwość przedstawienia swojego punktu widzenia oraz bronięcia się, gdy uważa, że publikacje dotyczące jego osoby są kłamliwe i mogłyby wprowadzić w błąd opinię publiczną co do sposobu sprawowania przez niego władzy”⁶⁹. Zdaniem Trybunału „należałoby ustalić słuszną równowagę między dziennikarskim przywilejem krytykowania działań rządzących, a prawem tych ostatnich do odpowiadania na tę krytykę, do ochrony swojego dobrego imienia oraz do informowania opinii publicznej o tym, jak sprawują oni władzę”⁷⁰. *Dictum* to zdążyło już być przywołane w późniejszych decyzjach i wyrokach Trybunału⁷¹.

Na uwagę zasługuje też kilka innych spraw, przy których rozstrzygnięciu Trybunał nie sformułował co prawda żadnej nowej reguły mogącej znaleźć zastosowanie w kolejnych orzeczeniach, ale ich walor z punktu widzenia całości strasburskiego *case law* wynika z układu okoliczności faktycznych, w kontekście których Trybunał decydował, czy doszło do naruszenia wolności ekspresji. Można tu wymienić sprawę *Skatka*, która była pierwszą dotyczącą naruszenia powagi sądu przez wypowiedź niemającą charakteru publicznego, sprawę *Kuliś*, w której Trybunał uznał, że w związku z postępowaniem samego polityka jego życie prywatne i rodzinne stało się częścią debaty publicznej, sprawę *Frankowicz*, w której całkowity zakaz wzajemnej krytyki lekarzy został uznany za sprzeczny z art. 10, sprawę *Kuliś i Różycki*, w której zaakceptowano ostrą, satyryczną odpowiedź prasy na kampanię reklamową, adresowaną do dzieci, czy sprawę *Wizerkaniuk*,

⁶⁸ Wyrok z 27.09.2007 r. w sprawie *Dzhavadov p. Rosji*, sk. nr 30160/04, niepubl., pkt 38.

⁶⁹ *Sanocki*, pkt 61.

⁷⁰ *Ibidem*, pkt 62.

⁷¹ Decyzja Trybunału z 21.10.2008 r. w sprawie *Wolek, Kasprów i Łęski p. Polsce*, sk. nr 20953/06, niepubl.; *Kania i Kittel*, pkt 43; *Gqsior*, pkt 43.

w której zakwestionowano instytucję autoryzacji wypowiedzi prasowych, przynajmniej w kształcie, jaki nadało jej prawo polskie – choć w tym wypadku znaczenie rozstrzygnięcia ogranicza fakt, że autoryzacja nie jest znana innym europejskim porządkom prawnym⁷². Wszystkie one są bliżej omówione w dalszej części artykułu.

4. Oddziaływanie badanego orzecznictwa na prawo polskie i praktykę jego stosowania

Okres ponad 13 lat, które minęły od wydania pierwszego wyroku rozstrzygającego merytorycznie zarzut naruszenia przez Polskę art. 10 Konwencji jest wystarczająco długi, by powstał materiał badawczy, pozwalający na dokonywanie ustaleń dotyczących oddziaływania omawianego orzecznictwa na polski porządek prawny w konsekwencji stwierdzonych przez Trybunał i referowanych poniżej uchybień polskiego prawa i praktyki. Oddziaływanie to należy widzieć w szerszej perspektywie implementowania przez Rzeczpospolitą całego dorobku prawnego systemu Konwencji oraz innych zobowiązań międzynarodowych z dziedziny praw człowieka, a także rozwoju równoległych krajowych standardów konstytucyjnych. O ile bowiem da się ustalić bezpośrednie związki między niektórymi spośród badanych wyroków a zmianami w polskim prawie czy w jego stosowaniu, to jednak nie ulega wątpliwości, że część z tych zmian ma szersze przyczyny, które generalnie wiązać należy z procesem przyswajania kultury praw człowieka, rozpoczętym na dobre po 1989 r.

*

W omawianym przedziale czasowym i przedmiotowym Trybunał kilkakrotnie odnosił się krytycznie do przepisów prawa polskiego, choć jedynie w sporze *Gawęda* zakwestionował podstawę prawną ingerencji. Uznał on wówczas, że par. 5 rozporządzenia w sprawie rejestru dzienników i czasopism z 1990 r.⁷³, zakazujący dokonania wpisu do rejestru, jeśli ten byłby niezgodny m.in. z faktycznym stanem rzeczy, jest wieloznaczny i pozbawiony jasności, a interpretowanie go – jak to uczyniły sądy polskie – jako wymagającego, by tytuł zawierał prawdziwe informacje, jest niewłaściwe z punktu widzenia wolności prasy⁷⁴. Przepis ten został jednak usunięty jeszcze przed wydaniem rzeczonoego wyroku⁷⁵, choć po uznaniu skargi za dopuszczalną⁷⁶.

⁷² M. Zaremba, *Komentarz do wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie autoryzacji*, [w:] A. Bodnar, D. Bychawska-Sieniarska (red.), *Autoryzacja wypowiedzi w prawie prasowym – wyrok TK i co dalej?*, Warszawa 2009, s. 12.

⁷³ Dz.U. nr 46, poz. 275.

⁷⁴ *Gawęda*, pkt 43.

⁷⁵ Dz.U. nr 141, poz. 947.

⁷⁶ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 13.01.1997 r. w sprawie *Gawęda p. Polsce*, sk. nr 26229/95, niepubl.

Niemniej, potrzeba zmiany prawa krajowego może być także konsekwencją zakwestionowania konieczności ingerencji. Podczas gdy w przypadku niesatysfakcjonujących wyników testu legalności chodzić będzie zazwyczaj o poprawienie jego niedomagań jakościowych, zwłaszcza sposobu, w jaki przepisy zostały sformułowane, to brak konieczności może być wynikiem błędnych rozstrzygnięć legislatora odnoszących się do meritum regulacji. Do takiego wniosku Trybunał doszedł w sprawach *Wizerkaniuk i Kaperzyński*.

W pierwszej z nich z dużym dystansem odniósł się on do instytucji autoryzacji wypowiedzi prasowych i związanych z nią sankcji karnych, tj. art. 14 i 49 Prawa prasowego z 1984 r.⁷⁷. Dostrzegając, że celem tej instytucji jest zapewnienie przestrzegania obowiązków zawodowych dziennikarzy i uniknięcie potencjalnie szkodliwego wpływu, jaki mogłaby wywierać nieścisła relacja na dobre imię osób, których wypowiedzi są przytaczane, Trybunał zauważył, że obowiązek uzyskania uprzedniej autoryzacji opublikowanego wywiadu od osoby, z którą go przeprowadzono nie zależy od tego, czego ten wywiad dotyczył i jaką miał treść (a także z kim był przeprowadzony)⁷⁸ oraz że zweryfikowanie przed publikacją, czy tekst oparty na dosłownie cytowanych wypowiedziach formułowanych w trakcie wywiadu jest im wierny, może być postrzegane w przypadku mediów drukowanych jako równoznaczne ze zwykłym obowiązkiem zachowania zawodowej staranności⁷⁹. Trybunał podkreślił również, że istnieją inne środki prawne aniżeli karne, których skuteczność nie została przez niego zakwestionowana – takie jak żądanie zadośćuczynienia czy sprostowania – za pomocą których można chronić dobre imię osoby udzielającej wywiadu⁸⁰. Wynika z tego, że, po pierwsze, Trybunał poddał w wątpliwość *ratio legis* przepisów o autoryzacji.

Po drugie, wskazał on na konkretne wady tej regulacji, poczynawszy od wspomnianego już zakresu obowiązku autoryzacji, który rozciąga się na publikowanie lub rozpowszechnianie w inny sposób wszystkich wypowiedzi utrwalonych w zapisach fonicznych lub wizualnych bez względu na ich przedmiot i treść oraz status osoby wypowiadającej się⁸¹. Naruszenie tego obowiązku pociąga za sobą automatycznie – a więc bez brania pod uwagę tych podstawowych dla oceny dopuszczalności ingerencji elementów – sankcję karną dochodzoną w postępowaniu z oskarżenia publicznego⁸². Co więcej, rzeczne przepisy pozwalają odmówić autoryzacji bez podawania powodów odmowy; pozwalają także na odwołanie jej udzielenia, bowiem nie przewidują żadnych terminów na udzielenie bądź odmowę autoryzacji. Może to doprowadzić do spowolnienia przepływu informacji oraz obciąże-

⁷⁷ Dz.U. nr 5, poz. 24 ze zm.

⁷⁸ *Wizerkaniuk*, pkt 78.

⁷⁹ *Ibidem*, pkt 65-66.

⁸⁰ *Ibidem*, pkt 83.

⁸¹ *Ibidem*, pkt 78.

⁸² *Ibidem*, 74.

nia dziennikarzy dodatkową pracą i kosztami⁸³. Generalnie, unormowanie, o którym tu mowa, może wywołać „efekt mrożenia” debaty publicznej, zniechęcając dziennikarzy do zadawania dociekliwych pytań bądź skłaniając ich do wyboru rozmówców znanych z chęci do współpracy⁸⁴. Trybunał zwrócił także uwagę na paradoksalność przyjętych w polskim prawie rozwiązań, które zwalniają dziennikarzy z obowiązku starania się o autoryzację, wówczas gdy dokonują oni streszczenia wypowiedzi bądź przekazania jej treści w inny sposób, bądź gdy wywiad nie jest rejestrowany w formie dźwiękowej lub wizualnej⁸⁵.

Po trzecie, sędziowie strasburscy podkreślili autorytarną proveniencję przepisów o autoryzacji: „Prawo prasowe zostało uchwalone 27 lat temu, to jest przed tym, jak w 1989 r. upadł w Polsce system komunistyczny, pod rządami którego wszystkie media poddane były cenzurze przewencyjnej. Ta pochodząca z 1984 r. ustawa była dwunastokrotnie obszernie nowelizowana. Jednakże przepisy jej art. 14 oraz art. 49, na których oparto skazanie skarżącego, nigdy nie były nowelizowane mimo głębokich politycznych i prawnych zmian wywołanych przejściem Polski do demokracji”⁸⁶. Zauważając, że nie jest jego zadaniem spekulowanie na temat powodów, jakie zdecydowały, że rzeczone przepisy nie zostały uchylone Trybunał skonkludował, że nie mogą być one uznane „za zgodne z zasadami społeczeństwa demokratycznego i ze znaczeniem, jakie w takim społeczeństwie posiada wolność ekspresji”⁸⁷.

Ocena instytucji autoryzacji dokonana przez Trybunał strasburski w sprawie *Wizerkaniuk* odbiega od wniosków polskiego Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z 29 września 2008 r. w sporze zainicjowanym skargą konstytucyjną tej samej osoby, drugi z tych trybunałów uznał konstytucyjność art. 49 Prawa prasowego w zakresie, w jakim przewiduje grzywnę albo karę ograniczenia wolności za naruszenie wynikającego z art. 14 ust. 1 lub 2 tej ustawy ciążącego na dziennikarzu obowiązku autoryzacji dosłownie cytowanej wypowiedzi, przed jej ewentualnym opublikowaniem oraz konstytucyjność samego art. 14 ust. 1 i 2⁸⁸.

Trwające obecnie prace nad nowelizacją prawa prasowego każą zapytać o możliwości jego dostosowania do oczekiwań Trybunału strasburskiego, sformułowanych w wyroku *Wizerkaniuk*, zwłaszcza w kontekście złożonego przez posłów PSL projektu zmian tej ustawy doprecyzowującego przepisy o autoryzacji⁸⁹. Proponuje się w nim wprowadzenie jedno- lub dwudnio-

⁸³ Ibidem, pkt 80-81.

⁸⁴ Ibidem, pkt 82.

⁸⁵ Ibidem, pkt 86.

⁸⁶ Ibidem, pkt 65, 84.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Sk. 52/05, OTK ZU 7/A/2008, poz. 125.

⁸⁹ Art. 14: „1. Publikowanie lub rozpowszechnianie w inny sposób informacji utrwalonych za pomocą zapisów, w tym zapisów fonicznych i wizualnych wymaga zgody osób udzielających informacji [...]”; art. 14a.: 1. Dziennikarz nie może odmówić osobie udzielającej informacji autoryzacji dosłownie cytowanej wypowiedzi, o ile nie była ona uprzednio publikowana. 2. Osoba

wych terminów na dokonanie autoryzacji, po których bezskutecznym upływie wypowiedź będzie uważana za mającą zgodę na publikację, określa się także charakter zmian w tekście wykraczających poza ramy autoryzacji oraz znosi sankcję karną za naruszenie przepisów o autoryzacji. Nadal jednak autoryzowane mają być wszystkie wypowiedzi bez względu na ich przedmiot i treść oraz status udzielającego informacji, a zatem też wypowiedzi polityków. Pozostawia to im możliwość poważnego ingerowania w treść wywiadu po jego udzieleniu i usuwania opinii lub informacji uznanych *post factum* za niekorzystne – projekt nowelizacji nie uznaje bowiem za autoryzację jedynie całkowicie nowych pytań i odpowiedzi. Z drugiej strony dziennikarz, który w imię dostarczenia opinii publicznej ważnych informacji zdecyduje się na opublikowanie wywiadu w oryginalnym kształcie, nie będzie stał na z góry straconej pozycji – w ewentualnym procesie cywilnym sąd chcąc pozostawać w zgodzie ze standardami Europejskiej konwencji praw człowieka będzie musiał wziąć pod uwagę względy interesu publicznego, przemawiające za publikacją tekstu nieobejmującego zmian wprowadzonych podczas autoryzacji.

Aktualne pozostają zastrzeżenia Trybunału strasburskiego dotyczące spowolnienia przepływu informacji oraz obciążenia dziennikarzy dodatkową pracą i kosztami. Proponowane przepisy przewidują, co prawda, krótkie terminy na udzielenie autoryzacji, mają one jednak biec „od chwili doręczenia materiału prasowego osobie udzielającej informacji, w której osoba ta mogła się zapoznać z treścią materiału”. Wynika z tego, że chodzi o realną możliwość dokonania autoryzacji, którą może przekreślić – ze szkodą dla aktualności przekazu – każda obiektywna niedostępność autora wypowiedzi. By temu przeciwdziałać dziennikarz może oczywiście podjąć ryzyko opublikowania nieautoryzowanego tekstu, narażając się na konsekwencje cywilnoprawne, ale ponownie, ich nałożenie będzie się wiązało z koniecznością rozważenia przez sąd różnych względów, w tym zwłaszcza interesu opinii publicznej w uzyskaniu dostępu do niezdezaktualizowanej informacji.

Każda forma autoryzacji wymaga od dziennikarza podjęcia dodatkowych czynności, a wobec tego rodzi dodatkową pracę i koszty. Wydaje się jednak – przy założeniu, że istotne przekształcenia tekstu podczas autoryzacji mają jednak charakter wyjątkowy – że nakład dodatkowej pracy będzie w większości przypadków odwrotnie proporcjonalny do staranności dziennikarskiej. Także koszty rzeczowe autoryzacji mogłyby być w czasach rozwoju nowych technologii komunikowania się ograniczone.

udzielająca informacji autoryzuje wypowiedź niezwłocznie, nie później jednak niż w ciągu 1 dnia w odniesieniu do dzienników lub 2 dni w odniesieniu do czasopism, chyba że strony ustaliły inaczej. 3. Bieg terminów, o których mowa w ust. 2, rozpoczyna się od chwili doręczenia materiału prasowego osobie udzielającej informacji, w której osoba ta mogła się zapoznać z treścią materiału. 4. W przypadku nieautoryzowania wypowiedzi przez osobę udzielającą informacji w terminach określonych w ust. 2 uznaje się, że wypowiedź uzyskała zgodę na publikację. 5. Nie stanowi autoryzacji: 1) przedstawienie całkowicie nowych pytań, 2) przedstawienie całkowicie nowych odpowiedzi; projekt z 23.05.2012 r., druk nr 459.

Projekt nowelizacji nie znosi paradoksów, na które zwrócił uwagę Trybunał strasburski – autoryzacji wymagać mają jedynie dosłownie cytowane wypowiedzi, utrwalone za pomocą zapisów, w tym fonicznych lub wizualnych. Nie może być zresztą inaczej, paradoksy te są bowiem immanentną cechą tej instytucji, można je wyeliminować albo opuszczając samą autoryzację, albo poszerzając jej zakres, czego sędziowie Trybunału zapewne nie oczekują.

Choć proponowane zmiany dokonują istotnej przebudowy przedmiotowej regulacji zbliżając ją do standardów strasburskich, mam wrażenie, że wciąż mogą okazać się niezadowolające z punktu widzenia Trybunału. Co więcej, mam wrażenie, że wprowadzenie dalszych zmian związanych np. z bardziej precyzyjnym określeniem charakteru ingerencji niemieszczących się w pojęciu autoryzacji, czy nawet próba wyłączenia spod jej reżimu pewnych kategorii wypowiedzi, również nie w pełni by go usatysfakcjonowały. Wydaje się bowiem, że Trybunał strasburski nie znajduje wystarczającego uzasadnienia dla jakiegokolwiek komplikowania pracy dziennikarskiej przez tę instytucję, a jej unikatowość w skali Europy i niechlubna geneza tylko go w tym przekonaniu umacniają, minimalizując szanse na uznanie marginesu oceny państwa w tym zakresie.

Niemniej, sam podzielam ostrożną akceptację dla autoryzacji, wyłaniającą się ze zdania zbieżnego sędziów Garlickiego i Vučinića⁹⁰, choć z nieco innych powodów. Oczywiście trafne jest przypomnienie, że dosłowne cytowanie nie gwarantuje ochrony przed manipulacją. Instytucję tę widziałbym jednak przede wszystkim jako pewien nazwany i sformalizowany przez państwo obowiązek staranności zawodowej, służący raczej jako środek przeciwko bylejakości dziennikarskiej niż złym intencjom przedstawicieli tej profesji. Dlatego też zachowanie możliwości dochodzenia konsekwencji karnych, nawet z oskarżenia prywatnego, wydaje mi się niepotrzebne. Gdzie indziej – tj. poza światem polityki – szukałbym także głównych beneficjentów autoryzacji.

Inne postanowienia Prawa prasowego – art. 46 ust. 1 oraz art. 31 – spotkały się z krytyką Trybunału w wyroku *Kaperzyński*. Chodziło w tym wypadku o sposób unormowania obowiązku sprostowania, który sam w sobie, podobnie jak pokrewny mu obowiązek odpowiedzi, nie budził zastrzeżeń sędziów Trybunału jako „normalny element ram prawnych, regulujących korzystanie z wolności ekspresji przez media drukowane”⁹¹. Nie inaczej oceniona została istota obowiązku poinformowania o odmowie zamieszczenia sprostowania lub odpowiedzi⁹². Analogicznie do sprawy *Wizerkaniuk* zasadniczy zarzut dotyczył możliwości nałożenia sankcji karnej za naruszenie prawa o proceduralnym charakterze bez konieczności wnikania w różne okoliczności, od których zależy dopuszczalność ingerencji w wolność

⁹⁰ *Wizerkaniuk*, zdanie zbieżne sędziów Garlickiego i Vučinića.

⁹¹ *Kaperzyński*, pkt 66.

⁹² *Ibidem*.

ekspresji⁹³. Trybunał strasburski uwzględnił też wnioski Trybunału Konstytucyjnego, który uznał, że zakres i warunki korzystania ze sprostowania i odpowiedzi nie zostały określone w Prawie prasowym w wystarczającym stopniu⁹⁴.

Projekt nowelizacji proponowany przez PSL rezygnuje z instytucji odpowiedzi, pozostawiając jedynie obowiązek sprostowania. Pomijając wysiłki zmierzające do doprecyzowania tego obowiązku, podstawową zaletą rzeczowego projektu – patrząc nań z perspektywy oczekiwań Trybunału strasburskiego wyrażonych w sprawie *Kaperzyński* – jest zniesienie sankcji karnej, co nie zostało przesądzone przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 2010 r. Podobne propozycje zarówno co do rezygnacji z obowiązku odpowiedzi, jak i zniesienia odpowiedzialności karnej za naruszenie przepisów o sprostowaniu znalazły się w senackim projekcie nowelizacji Prawa prasowego⁹⁵.

*

Wśród problemów odnoszących się do stosowania standardu wolności ekspresji w polskiej praktyce prawnej, które można zdiagnozować na podstawie badanego orzecznictwa, wyróżnić należy niedomagania urastające do rangi systemowych i cały szereg problemów szczegółowych. Do tych pierwszych zaliczam zbyt wąskie rozumienie debaty publicznej i niedooceniając jej znaczenia przy wyznaczaniu granic swobodnego słowa, problem z kwalifikowaniem wypowiedzi do kategorii sądów wartościujących i oceną ich ekscesywności oraz zasądzanie nieproporcjonalnych sankcji.

Z uznaniem wypowiedzi za polityczną, czy szerzej, współtworzącą debatę w sprawach interesu publicznego wiąże się konieczność jej szczególnej ochrony. Trybunał wielokrotnie podkreślał, że w jego rozumieniu art. 10 Konwencji nie pozostawia wiele miejsca na ograniczanie takich wypowiedzi⁹⁶ – nie może być zresztą inaczej, skoro demokracja jest naczelną wartością Konwencji, o czym wspomniano już we wstępie.

W pierwszym z badanych wyroków, rozstrzygającym skargę *Józefa Janowskiego*, kwestia istnienia debaty publicznej podzieliła sędziów. Większość składu orzekającego zdawała się być zdania, że użycie w obecności przechodniów znieważających określeń pod adresem strażników miejskich na służbie, wykluczało wypowiedź z „otwartej dyskusji nad sprawami znajdującymi się w orbicie zainteresowania publicznego”⁹⁷, mimo że – jak wskazywali w zdaniu odrębnym sędziowie Bratza i Rozakis – użycie inkryminowanych słów wiązało z zarzutem nadużycia władzy przez tych funkcjonariuszy⁹⁸.

⁹³ Ibidem, pkt 72.

⁹⁴ Ibidem, pkt 75; por. też wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 1.12.2010 r., K 41/07, OTK ZU 10/A/2010, poz. 127, pkt 2.2, 2.3, 4.1, 4.2 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 5.05.2004 r., P 2/03, OTK ZU 5/A/2004, poz. 39.

⁹⁵ Projekt z 24.05.2012 r., druk nr 463.

⁹⁶ Por. np. *Sokołowski*, pkt 41.

⁹⁷ *Janowski*, pkt 32.

⁹⁸ Ibidem, zdanie odrębne sędziego Bratza, do którego przyłączył się sędzia Rozakis, pkt 2.

W sprawie *Sokołowski* Trybunał nie miał już wątpliwości, że ulotka komentująca przyznawanie sobie przez radnych gminnych płatnych funkcji w komisjach wyborczych, zamiast osobom gorzej sytuowanym, dotyczyła zagadnień i zainteresowania publicznego, mimo jej ironicznego tonu⁹⁹. Wyrzekł on przy tym zdziwienie, że choć skarżący podnosił tę kwestię, sąd pierwszej instancji nie wziął jej w ogóle pod uwagę, a sąd drugiej instancji argument ten odrzucił, nie przedstawiając żadnego wyjaśnienia swojego stanowiska¹⁰⁰.

W wyroku *Malisiewicz-Gqsior* Trybunał nie podzielił oceny sądów krajowych, że skarżąca – kandydatka na senatora – zarzucając w wywiadach prasowych wicemarszałkowi Sejmu I kadencji Andrzejowi Kernowi nadużycie władzy nie broniła społecznie uzasadnionego interesu, ponieważ brała udział w swojej własnej kampanii wyborczej i próbowała osiągnąć swój osobisty cel. Temu rozumowaniu Trybunał zarzucił nieuwzględnienie znaczenia wyborów w rzeczywistości demokratycznym ustroju oraz pominięcie faktu, że adresatem krytyki był polityk, który powinien wykazywać się większym poziomem tolerancji¹⁰¹. Twierdzenia skarżącej o wicemarszałku wynikały z jej osobistych doświadczeń i formułowane były wraz z uwagami dotyczącymi jej politycznych przekonań i pomysłów związanych z pracą w Senacie¹⁰². W konkluzji Trybunał zaznaczył, że „władze krajowe nie uwzględniły zasadniczego znaczenia wolności debaty politycznej w społeczeństwie demokratycznym, w szczególności w kontekście wolnych wyborów”¹⁰³.

Sprawa *Malisiewicz-Gqsior* miała swą praprzyczynę w jednym z najgłośniejszych wydarzeń lat dziewięćdziesiątych w Polsce – uprowadzeniu córki marszałka Kerna. Echa tego wydarzenia słychać także w sprawie *Kuliś*. Adwokat *Malisiewicz-Gqsior* i jej męża – przeciwko którym prowadzone było postępowanie karne w związku z domniemanym uprowadzeniem – podzielił się na łamach jednej z gazet swoimi spostrzeżeniami na temat wicemarszałka, zarzucając mu nadużycie władzy i bezprawie, nazywając go kłamcą oraz sugerując, że wraz z żoną chcieli umieścić swą córkę w szpitalu psychiatrycznym i że jej nie kochają. Rodzina Kernów pozwała wydawcę gazety, uzyskując zobowiązanie do publicznych przeprosin i zadośćuczynienie. Sądy krajowe były zdania, że publikacja ani nie służyła żadnemu uzasadnionemu społecznie interesowi, ani nie dotyczyła działalności publicznej marszałka Kerna, a wkraczanie w sferę życia rodzinnego w takich okolicznościach zawsze powinno być uznawane za bezprawne, nawet jeżeli podane informacje są prawdziwe. Z tą argumentacją nie zgodził się Trybunał, zwracając uwagę na to, że sam Andrzej Kern swoim postępowaniem uczynił z tej sprawy sprawę interesu publicznego. Trybunał podkreślił, że to wicemarszałek nadał zdarzeniu rozgłos medialny, w efekcie

⁹⁹ Ibidem, pkt 45 i 46.

¹⁰⁰ Ibidem, pkt 47.

¹⁰¹ *Malisiewicz-Gqsior*, pkt 67.

¹⁰² Ibidem, pkt 65.

¹⁰³ Ibidem, pkt 67.

czego na debacie wokół domniemanego porwania jego córki i związanego z tym zaangażowania prokuratury skupiła się uwaga mediów, polityków oraz ważnych instytucji państwowych. W ten sposób „kwestie odnoszące się do życia rodzinnego pana Kerna zostały ściśle powiązane z jego pozycją jako polityka”¹⁰⁴.

Podobnie jak w sprawie *Malisiewicz-Gąsior* nieuwzględnienie przez władze krajowe „zasadniczego znaczenia wolności debaty politycznej w społeczeństwie demokratycznym, w szczególności w kontekście wolnych wyborów”¹⁰⁵ – tym razem samorządowych – okazało się znaczące dla wyników sporu *Długolecki p. Polsce*. Trybunał nie widział powodów, by za część tej debaty nie uznać głosu dziennikarza, który w wydawanym i dystrybuowanym przez siebie biuletynie zarzucił jednemu z kandydatów, sprawującemu poprzednio urząd wójta, że ten „osiągnął już kilka lat temu swój próg niekompetencji”, lecz „wpadka ta nie powstrzymała go i ponownie wczółguje się on na kolejnej poziom”, co nawiązywało do teorii L. A. Petera, zgodnie z którą w organizacji hierarchicznej każdy awansuje aż do osiągnięcia własnego progu niekompetencji.

Z kolei w sprawie ze skargi *Heleny Wojtas-Kalety* – dziennikarki TVP i działaczki związkowej ukaranej naganą za otwartą krytykę zmian programowych w telewizji – Trybunałowi ponownie zabrakło rozważenia przez sądy krajowe argumentu skarżącej, iż działała ona w interesie publicznym. Sprowadzenie analizy do ustalenia, że jej wypowiedzi były działaniem na szkodę pracodawcy nie pozwoliło bowiem ocenić czy i w jaki sposób ich przedmiot oraz kontekst mógł wpłynąć na dopuszczalny zakres wolności ekspresji skarżącej¹⁰⁶.

Trybunał wbrew sądom krajowym nie miał też wątpliwości, że dziennikarska krytyka kampanii reklamowej chipsów, za którą skarżący w sprawie *Kuliś i Różycki* ponieśli konsekwencje cywilnoprawne, dotyczyła kwestii budzących zainteresowanie i ważnych dla opinii publicznej. Krytyczna reakcja gazety, wykorzystująca również rysunki satyryczne, była bowiem odpowiedzią na skierowaną do dzieci kampanię reklamową, „która posługiwała się hasłami odnoszącymi się [...] także do zachowań seksualnych i kulturowych, w sposób, który trudno uznać za właściwy dla dzieci – wybranego segmentu rynku”¹⁰⁷.

Okoliczności kolejnego sporu – *Kubaszewski p. Polsce* – są oryginalne o tyle, że sąd krajowy w drugiej instancji uznał za dopuszczalny element debaty publicznej wszystkie wypowiedzi skarżącego, z wyjątkiem pytania dotyczącego rzekomego prania brudnych pieniędzy przez zarząd gminy. Pytanie to padło wraz z innymi zarzutami, dotyczącymi niewłaściwego wydatkowania środków publicznych, na posiedzeniu rady gminy, której skarżący był radnym, a następnie zostało przez niego powtórzone w wywiadzie

¹⁰⁴ *Kuliś*, pkt 48-49.

¹⁰⁵ *Długolecki*, pkt 44.

¹⁰⁶ *Wojtas-Kalety*, pkt 49.

¹⁰⁷ *Kuliś i Różycki*, pkt 37.

udzielonym lokalnej gazecie. Rozstrzygając tę sprawę Trybunał wziął pod uwagę zarówno status autora wypowiedzi (radny), jak i adresatów krytyki (zarząd gminy składający się z polityków) oraz miejsce jej wygłoszenia (posiedzenie rady gminy poświęcone wykonaniu gminnego budżetu). W konkluzji orzekł on, że słowa skarżącego dotyczące prania brudnych pieniędzy były częścią debaty politycznej, podkreślając że „jest właśnie zadaniem wybranego przedstawiciela społeczeństwa, by zadawać trudne pytania, gdy chodzi o wydatki publiczne oraz by być bezkompromisowym w swojej krytyce innych polityków odpowiedzialnych za zarządzanie funduszami publicznymi”¹⁰⁸.

Przegląd ten należy zakończyć odwołaniem do dwóch podobnych do siebie spraw, w których Trybunał wytknął organom samorządu zawodowego lekarzy, że te udzielając skarżącym nagan nie zbadały, czy krytykując decyzje medyczne innych lekarzy, bronili oni interesów uzasadnionych ze społecznego punktu widzenia. Krytyczna ocena leczenia pacjenta, które przeprowadził inny lekarz, dokonana z medycznego punktu widzenia, jest bowiem kwestią związaną z interesem publicznym¹⁰⁹.

Sądy polskie – prócz zbyt wąskiego rozumienia debaty publicznej – mają też kłopoty z właściwą klasyfikacją ocenianych wypowiedzi. Była już mowa o tym, że Trybunał dokonuje ich rozróżnienia na twierdzenia o faktach i sądy wartościujące, co jest istotne z tego względu, że tylko te pierwsze nadają się do udowodnienia. Wymaganie dowodów na potwierdzenie prawdziwości sądów wartościujących jako niewykonalne stanowi zatem naruszenie wolności ekspresji. W ich wypadku można jedynie oczekiwać, że będą formułowane na stosownej podstawie faktograficznej – jeśli jej zabraknie, przestają korzystać z ochrony jako oceny nadmierne (ekscesywne). Właściwą klasyfikację utrudnia wyraźna w judykaturze Trybunału tendencja do stałego poszerzania zakresu kategorii sądów wartościujących kosztem twierdzeń o faktach, a zwłaszcza kształtująca się w jej ramach praktyka odchodzenia od oceny poszczególnych wypowiedzi na rzecz ustalania charakteru całości przekazu, czy też gotowość uznania mniejszej istotności rozróżnienia tych kategorii, w kontekście żywej debaty politycznej¹¹⁰.

Jaskrawym przykładem błędnych wniosków co do charakteru wypowiedzi jest sprawa *Sokołowski*, w której ironiczny komentarz odnoszący się do postępowania przedstawicieli władzy lokalnej został potraktowany przez sądy krajowe jak poważny zarzut dokonania przez nich kradzieży czy też zamiaru jej dokonania. W ulotce kierowanej do mieszkańców gminy skarżący wytknął radnym przyznawanie sobie płatnych funkcji w komisjach wyborczych. Wynagrodzenia, które mieli oni w ten sposób uzyskać, obrazowały określone ilości różnych towarów odpowiadających im wartością, które zostaną pozyskane kosztem współobywateli (np. „zabiorą wam 1.5 tony

¹⁰⁸ *Kubaszewski*, pkt 42-43.

¹⁰⁹ *Frankowicz*, pkt 52; *Sosinowska*, pkt 83.

¹¹⁰ Por. I.C. Kamiński, op. cit., s. 327-330.

węgla na zimę”, „500 bochenków chleba” itd.). Trybunał zaliczył te sformułowania do sądów wartościujących, zwracając uwagę na satyryczny tekst ulotki i leżącą u jego podłoża ironię¹¹¹.

Także w sprawie *Kwiecień* sądy polskie przyjęły, że wszystkie kwestionowane wypowiedzi należało zaliczyć do kategorii twierdzeń o faktach i że nie zostały one dowiedzione. Trybunał był gotowy zaakceptować, że w odniesieniu do niektórych z nich, np. zdania, że wnioskodawca (spór toczył się w trybie wyborczym) „często naruszał prawo”, była to kwalifikacja prawidłowa. Uważał on jednocześnie, że list otwarty, w którym skarżący zwywał wnioskodawcę do wycofania się z wyborów samorządowych, zawierał także wypowiedzi, które mogły być rozsądnie uznane za sądy wartościujące. Sędziowie Trybunału mieli na myśli np. opinię, że kandydat na radnego będąc kierownikiem Urzędu Rejonowego „wykonywał swoje obowiązki nieudolnie”. Ich zdaniem opinia ta nie była pozbawiona podstaw faktycznych zważywszy na to, że większość z kwestionowanych przez skarżącego decyzji wnioskodawcy była następnie uchylana w postępowaniach odwoławczych¹¹².

W sprawie *Kuliś* błąd sądów krajowych wynikał z niedocenienia podstawy faktycznej, w oparciu o którą marszałek Kern został nazwany kłamcą. Trybunał zgodził się, że chodziło tu o sąd wartościujący, ale zarazem nie podzielił oceny, że niewystarczająca była podstawa do jego sformułowania. Decydujące znaczenie miał kontekst, w jakim opinia ta została wygłoszona, co – jak można sądzić – odwoływało się do postawy Andrzeja Kerna w sprawie uprowadzenia jego córki¹¹³.

Uznanie wszystkich spornych wypowiedzi za twierdzenia o faktach służyło na sprzeciw Trybunału w sprawie *Kita*, w której skarżący przed wyborami lokalnymi postawił sześciu radnym zarzuty dotyczące nieprawidłowości finansowych w samorządzie miejskim. Zdaniem Trybunału, artykuł jego autorstwa zawierał zarówno twierdzenia o faktach, jak i sądy wartościujące np. „H.O. nie działała z korzyścią dla pracowników szkoły” czy „nauczyciele nie żądali dodatków do pensji, ponieważ obawiali się utraty pracy”¹¹⁴. Kluczowe dla omawianej kwestii było jednak przyjęcie za wcześniejszym wyrokiem, że „rozdzielenie między twierdzeniami o faktach a sądami wartościującymi jest mniej istotne w sprawach takich jak niniejsza, w której kwestionowane wypowiedzi zostały sformułowane w trakcie żywej debaty politycznej na szczeblu lokalnym i w której członkowie wspólnoty powinni cieszyć się szerszą wolnością krytykowania działań władz lokalnych, nawet wtedy, gdy wypowiedziom może zabraknąć jasnej podstawy w faktach”¹¹⁵.

¹¹¹ *Sokołowski*, pkt 46.

¹¹² *Kwiecień*, pkt 54.

¹¹³ *Kuliś*, pkt 51.

¹¹⁴ *Kita*, pkt 45.

¹¹⁵ *Ibidem*, pkt 46.

W sprawie *Długolecki*, sądy krajowe orzekły, że znieważające dla lokalnego polityka – kandydata w wyborach samorządowych – było sformułowanie, że wczługuje się on na kolejny poziom niekompetencji. Trybunał zaproponował, klasyfikując tę wypowiedź jako sąd wartościujący o sprawach dotyczących interesu publicznego. Jego zdaniem, sąd drugiej instancji „przyjął wąską definicję tego, co może być uważane za dopuszczalną krytykę, wyłączając z niej wszelkie stwierdzenia wyrażające «pogardę i brak szacunku»”. Nie wziął on pod uwagę ani faktu, że kwestionowane wypowiedzi zostały sformułowane w kontekście gorącej dyskusji politycznej, ani tego, że skarżący – autor wypowiedzi – jako dziennikarz korzystał ze swojego prawa do przekazywania informacji i idei i mógł uciekać się do przesady; pominięte zostało także i to, że krytyczny komentarz ograniczał się do oceny zawodowej sfery życia polityka, a nie jego życia prywatnego czy rodzinnego¹¹⁶.

Kolejnym przykładem rozmiijania się ocen sądów krajowych i Trybunału co do charakteru wypowiedzi jest sprawa *Kurłowicz*, w której przewodniczący rady miasta na sesji tego organu, poświęconej przyszłości lokalnego Zespołu Szkół Ogólnokształcących, postawił jego dyrektorowi szereg zarzutów związanych ze sposobem kierowania tą placówką. O ile sędziów strasburskich połączyło z polskimi przekonanie o tym, że większość z nich była twierdzeniami o faktach, którym zabrakło podstawy faktycznej (np. że dyrektor „nie utworzył rady szkoły”, czy że „przyznawał nadgodziny tylko niektórym nauczycielom”), to – zdaniem tych pierwszych – kilka z tych zarzutów nie nadawało się do takiego zaklasyfikowania (np. że dyrektor „źle zarządzał finansami zespołu szkół”, albo że „wydawał pieniądze na dokształcanie nauczycieli w sposób niewłaściwy i niecelowy, nieodpowiadający potrzebom szkoły”, czy że w szkole „brakowało dyscypliny”). W opinii Trybunału wypowiedzi te jako sądy wartościujące o sprawie dotyczącej interesu publicznego powinny korzystać z ochrony art. 10 Konwencji¹¹⁷.

Z drugiej strony w sporze *Gqsior* sędziowie strasburscy podzielnili zdanie polskiego wymiaru sprawiedliwości i uznali za nieuzasadnione twierdzenia o faktach nie tylko skierowany przeciwko znanemu politykowi zarzut niespłacenia firmie budowlanej kwoty 240 000 zł, ale też użyte wobec niego określenia: „nieuczciwy”, „chciwy” i „kłamliwy”¹¹⁸. Z taką klasyfikacją nie zgodził się sędzia Björgvinsson w zdaniu odrębnym¹¹⁹, wydaje się jednak, że Trybunał potraktował te opinie za ściśle powiązane z zarzutem nieuregulowania zobowiązania finansowego, który ostatecznie się nie potwierdził.

Badana judykatura uwidacznia poważny problem, jaki mają władze polskie z wyciąganiem odpowiednich konsekwencji prawnych w razie stwierdzenia przekroczenia granic wolności ekspresji, co ma zasadnicze

¹¹⁶ *Długolecki*, pkt 43-44.

¹¹⁷ *Kurłowicz*, pkt 53.

¹¹⁸ *Gqsior*, pkt 42.

¹¹⁹ *Ibidem*, zdanie odrębne sędziego Björgvinssona.

znaczenie dla oceny proporcjonalności ingerencji. Najwyraźniej pokazuje to sprawa *Skalka*, w której – jak przyznał sam Trybunał – nie chodziło o to, czy skarżący powinien być ukarany, ale czy kara była właściwa. Spór wywołany został przez list skierowany do prezesa sądu wojewódzkiego, w którym skarżący użył pod adresem jednego z sędziów oraz innych pracowników tego sądu takich określeń jak „błazen”, „nieodpowiedzialne błazny”, „kretyn”, „dureń” i „ograniczone indywiduum”. Trybunał podkreślił, że wymiar kary powinien uwzględniać ciężar winy, powagę przestępstwa oraz jego powtarzalność. Osiem miesięcy bezwzględnego pozbawienia wolności za wypowiedź niebędącą otwartym i ogólnym atakiem na powagę władzy sądowej, lecz wewnętrzną, nieupubliczną wymianą listów, dla osoby nigdy przedtem nie skazanej za podobne przestępstwo nie odpowiadało temu standardowi i było sankcją nieproporcjonalnie surową¹²⁰.

Bardziej drastyczny przykład niezachowania proporcji w reakcji prawnej Rzeczypospolitej znajdujemy jednak w sprawie *Kaperzyński*, w której samo nieopublikowanie przez gazetę sprostowania i niepoinformowanie o tym jego autora ukarane zostało – bez wdawania się w jakąkolwiek analizę spornych wypowiedzi – czterema miesiącami ograniczenia wolności w formie 20 godzin pracy na cele społeczne w miesiącu, w zawieszeniu na 2 lata, a nade wszystko pozbawieniem redaktora naczelnego prawa wykonywania zawodu dziennikarza przez okres 2 lat! W tę podróż do przeszłości zabrały polski wymiar sprawiedliwości sądy elbląskie – rejonowy i okręgowy – w wyrokach z lat 2006-2007. Trybunał uznał niezwykle surowość orzeczonego środka karnego i zaznaczył, że „kara tego rodzaju nałożona na dziennikarza może mieć potencjalnie ogromny efekt odstrasżający dla prowadzenia otwartej i nieskrępowanej debaty publicznej w sprawach ważnych z punktu widzenia interesu publicznego”¹²¹.

Podobnie, mimo odmienności stanów faktycznych, zabrzmiała konkluzja rozważań o proporcjonalności sankcji w sporze *Malisiewicz-Gąsior*. Trybunał zauważył, że zniesławienie wpływowego polityka w gorącej debacie politycznej, toczzonej w kontekście wyborczym, nie uzasadniało wymierzenia kary pozbawienia wolności, która mogłaby wywołać „efekt mrożenia” tej debaty. Nie miało tu znaczenia ani to, że kara była w zawieszeniu, ani to, że nie została wykonana, choć skarżąca nie przeprosiła zniesławionego, co nakazywał jej wyrok. Sednem sprawy było samo ukaranie, które wiązało się z wpisaniem skarżącej do rejestru skazanych¹²². Innymi słowy, Trybunał nie znalazł dostatecznych powodów dla nałożenia jakiegokolwiek sankcji karnej w tej sprawie.

To samo stanowisko zajął on w sporze *Kurłowicz*: „Mimo, że Trybunał wielokrotnie stwierdzał, iż środek karny jako odpowiedź na zniesławienie

¹²⁰ *Skalka*, pkt 41-42.

¹²¹ *Kaperzyński*, pkt 74.

¹²² *Malisiewicz-Gąsior*, pkt 68. Wpisanie do rejestru skazanych Trybunał podniósł też w innych sprawach (*Dąbrowski*, pkt 36; *Długolecki*, pkt 45; *Kurłowicz* pkt 44 i 54), co pokazuje jego dezaprobatę dla nałożenia w tych przypadkach jakichkolwiek sankcji karnych.

nie może być sam w sobie uznany za nieproporcjonalny w stosunku do realizowanego celu [...] to w takich sprawach jak niniejsza, która dotyczy otwartej i szczerzej debaty politycznej, uważa on, że odwołanie się do postępowania karnego skutkującego skazaniem skarżącego musi być postrzegane jako środek całkowicie nieproporcjonalny¹²³.

Oceniając surowość kary Trybunał bierze pod uwagę wszystkie konsekwencje prawne z nią związane. W sprawie *Sokołowski* ważne było na przykład, że w razie nieuiszczenia grzywny, na którą skarżący został skazany, podlegałaby ona zamianie na karę 3 miesiące i 10 dni pozbawienia wolności¹²⁴. W dwóch innych sporach, zakończonych w kraju warunkowym umorzeniem postępowania, sędziowie strasburscy podnosili, że w okresie próby postępowania karne mogły zostać podjęte w każdej chwili w razie wystąpienia przewidzianych przez prawo przesłanek¹²⁵.

Trybunał nie miał zastrzeżeń do proporcjonalności sankcji karnej jedynie w sprawie *Janowski* (grzywna w wysokości 1 500 000 zł przed denominacją)¹²⁶ i *Gqsior* (nakazanie opublikowania przeprosin w ramach warunkowego umorzenia postępowania oraz zwrot kosztów poniesionych przez zniesławionego)¹²⁷.

W sprawach, w których przeciwko skarżącym prowadzone były postępowania dyscyplinarne Trybunał uznawał, że udzielenie nagany przez pracodawcę (*Wojtas-Kaleta*)¹²⁸ czy samorząd zawodowy (*Frankowicz, Sosinowska*)¹²⁹ jest wystarczająco dolegliwe, by przyjmować, że doszło do ingerencji w wolność ekspresji.

Pośród sporów, które na gruncie krajowym skończyły się sankcjami o charakterze cywilnym, 2 znalazły rozstrzygnięcie bez pochyłania się sędziów strasburskich nad kwestią proporcjonalności konsekwencji prawnych poniesionych przez skarżących (*Sanocki, Kuliś i Różycki*); w 3 innych mimo ostatecznego stwierdzenia naruszenia Konwencji Trybunał przyznał, że sankcje były stosunkowo łagodne (przeproszenie wnioskodawcy na łamach lokalnej gazety i obowiązek zapłaty 300 zł na rzecz instytucji charytatywnej w sprawie *Kita*¹³⁰, przeproszenie powodów na łamach gazety lokalnej i posiedzeniu rady gminy w sprawie *Kubaszewski*¹³¹ i, co może zaskakiwać, publiczne przeproszenie powodów i zadośćuczynienie w wysokości 8500 zł w sprawie *Kuliś*¹³²).

¹²³ *Kurłowicz*, pkt 54.

¹²⁴ *Sokołowski*, pkt 51.

¹²⁵ *Dąbrowski*, pkt 36; *Długolecki*, pkt 45.

¹²⁶ *Janowski*, pkt 35.

¹²⁷ *Gqsior*, pkt 45.

¹²⁸ *Wojtas-Kaleta*, pkt 44.

¹²⁹ *Frankowicz* 43-44, pkt; *Sosinowska*, pkt 71. W pierwszej z tych spraw Trybunał zwrócił uwagę, że wpis o naganie pozostawał w aktach osobowych skarżącego przez okres 3 lat.

¹³⁰ *Kita*, pkt 51.

¹³¹ *Kubaszewski*, pkt 46.

¹³² *Kuliś*, pkt 55.

W sprawach *Kania i Kittel* oraz *Semik-Orzech*, których stany faktyczne nie potwierdziły zarzutów pogwałcenia art. 10, nie doszło zarazem do zakwestionowania proporcjonalności sankcji, choć była ona rozważana. W pierwszej z nich przeprosiny, do których zamieszczenia w prasie zobowiązani zostali skarżący, Trybunał uznał za sformułowane w neutralnych słowach, bez sugerowania braku dobrej wiary lub staranności po ich stronie, zauważając jednocześnie, że orzeczone przez sądy krajowe zadośćuczynienie w wysokości 10 000 zł stanowiło tylko ok. 3% sumy żądanej przez powoda i że nie zostało ani podniesione, ani tym bardziej wykazane, że mogło ono mieć jakiś poważny wpływ na sytuację finansową gazety¹³³.

Porównanie żądanej przez powoda kwoty zadośćuczynienia z tą zasadzoną przez sądy miało zapewne podkreślić powściągliwość tych ostatnich, w istocie jednak praktyka tego rodzaju relatywizuje dolegliwość orzeczonej sankcji poprzez zestawianie jej z niewłaściwie wybranym punktem odniesienia – jakie bowiem znaczenie dla oceny realnego wpływu sankcji na sytuację ukaranego, a więc jeden z najistotniejszych czynników uwzględnianych przy rozważaniu proporcjonalności reakcji państwa, ma wysokość roszczenia powoda, która może być dowolnie przez niego określona? Bardziej uzasadnione w takich sprawach jak *Kania i Kittel*, w których z roszczeniem występuje prominentny polityk – ważny element systemu demokratycznego – byłoby raczej zwrócenie uwagi na wysokości jego żądania w kontekście ewentualnego zniechęcania dziennikarzy do ryzykowania z nim sporu sądowego.

Z kolei w wyroku *Semik-Orzech* Trybunał uznał, że 30 000 zł na cel charytatywny – najwyższa sankcja finansowa, jaka pojawia się w badanym orzecznictwie – to kwota znacznej wysokości, ale nie niewspółmierna. Oce-
na ta uwzględniała fakt, że rzeczona suma miała zostać uiszczona przez wszystkich pozwanych w tej sprawie, tj. także gazetę i jej redaktora naczelnego, nie zaś tylko skarżącą dziennikarkę¹³⁴.

Jedyną sprawą spośród badanych, w której Trybunał poddał w wątpliwość proporcjonalność sankcji o charakterze cywilnoprawnym, jest zatem sprawa *Kwiecień*. W ramach toczącego się w trybie wyborczym postępowania skarżący został zobowiązany do sprostowania w prasie pewnych twierdzeń o jednym z kandydatów startujących w wyborach lokalnych oraz do zapłaty na jego rzecz kwoty 10 000 zł tytułem odszkodowania za szkody niemajątkowe, a także kwoty 10 000 zł na rzecz instytucji charytatywnej. Trybunał odnotował, że suma obu kwot przekraczała szesnastokrotnie średnie miesięczne wynagrodzenie z tamtego okresu, a więc była bardzo wysoka. Co więcej, kwoty z obu tytułów zostały zasądzone w maksymalnej wysokości przewidzianej przez ordynację samorządową z 1998 r., a sądy krajowe nie przedstawiły żadnych powodów uzasadniających surowość swojego stanowiska. Zdaniem Trybunału oznacza to, że nie dokonały one

¹³³ *Kania i Kittel*, pkt 52-53.

¹³⁴ *Semik-Orzech*, pkt 65.

jakiegokolwiek oceny proporcjonalności orzeczonych sankcji finansowych, które w konsekwencji uznać należy za nadmierne¹³⁵.

Badane powyżej wyroki przedstawiano zasadniczo w porządku chronologicznym, co generalnie odpowiada kolejności, w jakiej zapadały rozstrzygnięcia w tych sprawach na gruncie krajowym. Pozwala to zauważyć, że rozbieżności między sądami polskimi i Trybunałem, zarówno jeśli chodzi o problem z sytuowaniem wypowiedzi w ramach debaty publicznej, jak i kwalifikowaniem ich do kategorii sądów wartościujących, a także proporcjonalnością sankcji wynikały z nakładania się na siebie dwóch procesów: z jednej strony, stopniowego adaptowania się sądów krajowych do strasburskiego standardu wolności ekspresji; z drugiej, równoległego poszerzania przez Trybunał granic tej wolności.

Swoistym dowodem adaptacji jest np. to, że Trybunał miał podstawy do zarzucenia polskiemu wymiarowi sprawiedliwości całkowitego pominięcia rozważań dotyczących istotności kwestionowanej wypowiedzi dla debaty publicznej tylko w wyroku *Sokołowski* z 2005 r. i w specyficznej, bo toczącej się przed sądem pracy, sprawie *Wojtas-Kaleta* z 2009 r.¹³⁶ W pozostałych sporach, w których ten wątek był poruszany, sądy polskie każdorazowo podejmowały kwestię debaty publicznej, a Trybunał podważał jedynie wyniki ich ustaleń tj. niepomieszczenie w jej ramach wszystkich spornych w danym przypadku wypowiedzi (*Malisiewicz-Gąsior* z 2006 r., *Kuliś* z 2008 r. *Kuliś* i *Różycki* z 2009 r.) bądź pomieszczenie tylko części z nich (*Długotłęcki* z 2009 r., *Kubaszewski* z 2010 r.). Z kolei, gdy dotykamy problemu kwalifikowania wypowiedzi jako sądów wartościujących, to najbardziej jaskrawym błędem w tej mierze jest stanowisko krajowego wymiaru sprawiedliwości w jednej z najwcześniejszych spraw, ze skargi *Romana Sokołowskiego* (2005 r.). W późniejszych sporach pomyłki polskich sądów co do klasyfikacji wypowiedzi nie były już tak oczywiste, o czym świadczy także fakt, że Trybunał podzielał niektóre ich ustalenia, zaliczające słowa skarżących do twierdzeń o faktach.

Proces adaptacji, o którym tu mowa, widać jednak najwyraźniej w podejściu sędziów krajowych do wymiaru sankcji za orzeczone przekroczenia granic wolności ekspresji. Wśród spraw, które w porządku wewnętrznym zakończyły się poniesieniem przez skarżącego odpowiedzialności o charakterze cywilnym, Trybunał zakwestionował jedynie proporcjonalność konsekwencji prawnych w sprawie *Kwiecień* (2007 r.) – pierwszej w której chodziło o ten rodzaj sankcji¹³⁷ – nie zgłaszając takich zastrzeżeń w kolejnych siedmiu. Znacznie trudniej jest przekonać sędziów strasburskich do zasadności nałożenia sankcji karnej – ta sztuka udała się polskim władzom w sporach *Janowski* i *Gąsior*, zajmującym dwie skrajne pozycje na osi

¹³⁵ *Kwiecień*, pkt 56.

¹³⁶ Nie uwzględniam tu spraw *Frankowicz* i *Sosinowska* rozstrzygniętych w porządku wewnętrznym przez organy samorządu zawodowego lekarzy.

¹³⁷ Nie licząc sprawy *Gawęda*, w której ingerencja polegała na odmowie rejestracji czasopism.

czasu (1999 r. i 2012 r.). Gdy jednak przeanalizuje się wyniki wszystkich postępowań karnych, które prowadzone były w badanych sprawach, zarysowują się wyraźnie dwie grupy: pierwsza, obejmująca spory z początkowego okresu, w których zasądzono grzywnę (*Janowski* z 1999 r.), bezwzględne pozbawienie wolności (*Skalka* z 2003 r.), ponownie grzywnę (*Sokołowski* z 2005 r.) oraz pozbawienie wolności w zawieszeniu (*Malisiewicz-Gqsior* z 2006 r.); i drugą, złożoną ze spraw, które zostały warunkowo umorzone, a skarżącym nakazano zapłatę kwot pieniężnych na cele społeczne i/lub publiczne przeprosiny (*Dąbrowski* z 2006 r., *Długolecki* z 2009 r., *Kurłowicz* z 2010 r., *Wizerkaniuk* z 2011 r., *Gqsior* z 2012 r.). W sprzeczności z widoczną tu tendencją do łagodzenia represyjnej reakcji państwa stoi tylko sprawa *Kaperzyński*, w której wobec skarżącego dziennikarza sądy polskie orzekły ograniczenie wolności oraz drakoński, dwuletni zakaz wykonywania zawodu.

Drugi ze wspomnianych procesów – poszerzanie w judykaturze strasburskiej granic wolności ekspresji – także można obserwować w grupie badanych wyroków. Na przykład, istnieje zauważalna różnica między zachowawczym podejściem do zakresu debaty publicznej ze sprawy *Janowski* (1999 r.) a sprawą *Kuliś* (2008 r.), w której uznano, że w pewnych okolicznościach może się ona rozciągać również na życie rodzinne polityka. Z kolei w sprawie *Kita* (2008 r.) dał o sobie znać nowy trend – dystansowanie się Trybunału od konieczności precyzyjnego rozróżnienia między twierdzeniami o faktach a sądami wartościującymi w trakcie „żywej debaty politycznej”¹³⁸. Oczekiwanie na powściągliwą reakcję państwa w sporach dotyczących swobody wypowiedzi egzemplifikuje się zwłaszcza w dezaprobatie dla szafowania sankcjami karnymi. W sprawie *Malisiewicz-Gqsior* (2006 r.) warunku proporcjonalności nie spełniło skazanie odnotowane w rejestrze karnym, mimo że sama kara nie została wykonana. Niemniej, w żadnej ze spraw Trybunał nie zakwestionował przepisów Kodeksu karnego, penaliżujących przekroczenia granic swobody wypowiedzi, w tym też często krytykowanego art. 212. Przepis ten stał się jedynie przedmiotem dezaprobującego komentarza sędziego Björgvinssona w zdaniu odrębnym dołączonym do wyroku *Gqsior*¹³⁹. Trzeba jednakowoż zauważyć, że sama w sobie nieproporcjonalność sankcji przesądziła negatywny dla pozwanego państwa wynik postępowania strasburskiego w zasadzie tylko w sprawie *Skalka*. W pozostałych, krytyczne uwagi co do niewłaściwego wyważenia reakcji prawnej były raczej pochodną braku przekonania Trybunału, że doszło do przekroczenia dopuszczalnych granic wolności ekspresji przez skarżących.

*

¹³⁸ Wyrok z 24.04.2007 r. w sprawie *Lombardo i inni p. Malcie*, sk. nr 7333/06, niepubl., pkt 60.

¹³⁹ „Po piąte, zauważam, że na podstawie art. 212 polskiego Kodeksu karnego, skarżąca stanęła wobec groźby pozbawienia wolności do roku. Przepis ten sam w sobie uznaję za wysoce niewłaściwy i nieproporcjonalny w kontekście postępowania o zniesławienie”.

W kilku wyrokach z badanej grupy Trybunał dotyka kwestii szczególnych, związanych ze stosowaniem gwarancji wolności ekspresji i korzystaniem z tego uprawnienia w polskim porządku prawnym. Nie ujawniają one jakichś zasadniczych przeszkód w realizacji standardu z art. 10 Konwencji, niemniej piętnują pewne praktyki sądów, samorządu zawodowego czy dziennikarzy, które nie w pełni mu odpowiadają.

W sprawach *Kwiecień* i *Kita* ingerencja w swobodę wypowiedzi skarżących była konsekwencją zastosowania art. 72 Ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw¹⁴⁰, któremu odpowiada obecny art. 111 Kodeksu wyborczego¹⁴¹. Przepisy te regulują specjalny, przyspieszony tryb dochodzenia roszczeń z tytułu rozpowszechniania nieprawdziwych informacji w okresie kampanii wyborczej. Trybunał był zdania, że „wprowadzenie takiego przyspieszonego środka prawnego w czasie kampanii wyborczych (lokalnych i krajowych) służy celowi prawowitemu, jakim jest zapewnienie uczciwego procesu wyborczego i jako takie nie może być kwestionowane z punktu widzenia Konwencji”. Niemniej – jak zdaje się on sugerować w sprawie *Kwiecień* – krótkie terminy na rozpatrzenie sprawy mogą negatywnie odbijać się na wnikliwości, z jaką badany jest materiał dowodowy. Biorąc zatem pod uwagę możliwość dochodzenia ochrony dóbr osobistych na zasadach ogólnych, Trybunał nie znalazł uzasadnienia dla kontynuowania, po dacie wyborów, postępowań prowadzonych w trybie wyborczym. Postępowania te naruszyły terminy ustawowe i utraciły wszelkie znaczenie z punktu widzenia perspektyw wyborczych wnioskodawców, wobec czego powinny być umorzone¹⁴².

Sprawy *Frankowicz* i *Sosinowska* ogniskowały się wokół problemów ze stosowaniem przez organy samorządu zawodowego art 52 Kodeksu etyki lekarskiej. Przepis ten zabrania wzajemnego dyskredytowania się lekarzy i w swoim kluczowym fragmencie (ust. 2) zakazywał w owym czasie członkom tej korporacji „wypowiadać wobec chorego i jego otoczenia, a także wobec personelu asystującego lub publicznie, niekorzystnej oceny działalności zawodowej innego lekarza lub dyskredytować go w jakikolwiek sposób”. Po zmianach wprowadzonych w 2003 r. przybrał on postać nakazu zachowywania szczególnej ostrożności w formułowaniu opinii o działalności zawodowej innego lekarza, w szczególności zakazując publicznego dyskredytowania go w jakikolwiek sposób. Niezależnie od zmian w brzmieniu tej regulacji sądy lekarskie w obu sprawach interpretowały ją (z uwzględnieniem innych przepisów) jako wykluczającą wszelką publiczną krytykę wymierzoną w kolegów po fachu. W konsekwencji zarówno *Ryszarda Frankowicza* jak i *Bożenę Sosinowską*, którzy na taką krytykę się zdobyli, uznano za winnych postępowania sprzecznego z etyką zawodową i ukarano naganami.

¹⁴⁰ Ustawa z 16.05.1998 r., Dz.U. nr 95, poz. 602 ze zm., tj. Dz.U. z 2010 r., nr 176, poz. 1190; uchylona przez ustawę z 5.01.2011 Przepisy wprowadzające ustawę – Kodeks wyborczy, Dz.U. nr 21, poz. 113.

¹⁴¹ Ustawa z 5.01.2011 Kodeks wyborczy, Dz.U. nr 21, poz. 112 ze zm.

¹⁴² *Kwiecień*, pkt 55; *Kita*, pkt 50.

Zanim Trybunał strasburski rozstrzygnął pierwszą z tych spraw, w przedmiocie zgodności art. 52 ust. 2 z Konstytucją wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z 23 kwietnia 2008 r. orzekł on niekonstytucyjność rzeczowego przepisu w zakresie, w jakim przepis ten zakazuje zgodnych z prawdą i uzasadnionych ochroną interesu publicznego wypowiedzi publicznych na temat działalności zawodowej innego lekarza¹⁴³.

Sędziowie strasburscy również nie znaleźli zrozumienia dla surowej interpretacji art. 52, forsowanej przez sądy lekarskie, uznając ją za niezgodną z wolnością ekspresji i wskazując, że „pociąga za sobą ryzyko zniechęcania lekarzy do przekazywania swoim pacjentom obiektywnych opinii na temat ich stanu zdrowia i przeprowadzonego leczenia, co z kolei może narazić na szwank główny cel, jakiemu służy zawód lekarza – tzn. ochronę zdrowia i życia pacjentów”¹⁴⁴. W sprawie *Sosinowska* kuriozalność wyników postępowania dyscyplinarnego potęgował dodatkowo fakt, że sądy lekarskie nie wzięły w ogóle pod uwagę ustaleń sądu pracy, który uznał zwolnienie skarżącej ze szpitala – do czego doszło w związku z jej krytycznymi uwagami dotyczącymi postępowania ordynator oddziału – za nieuzasadnione i niezgodne z prawem¹⁴⁵.

Znaczna część badanego orzecznictwa dotyczy zagadnień z zakresu wolności mediów. Zważywszy na często zapożyczany początek ust. 2 art. 10 Konwencji podkreślający, że korzystanie z wolności ekspresji pociąga za sobą obowiązki i odpowiedzialność, warto na koniec przyjąć inną niż do tej pory optykę i spojrzeć na tę gwarancję z perspektywy obowiązków podmiotów uprawnionych, a konkretnie jednej z kategorii tych podmiotów – dziennikarzy, korzystających ze szczególnego statusu ochronnego, ale zarazem zobowiązanych do szczególnej staranności w tym obszarze¹⁴⁶.

Jak już o tym wspomniano, tylko w dwóch sprawach Trybunał nie podzielił zarzutów skarżących dziennikarzy co do pogwałcenia wobec nich wolności ekspresji (*Kania i Kittel*, *Semik-Orzech*). Choć w obu sprawach składy orzekające były jednomyślne, oczywistość rozstrzygnięć, jakie w nich zapadły, nie jest w mojej ocenie jednakowa.

W sporze *Semik-Orzech*, dziennikarka w artykule prasowym zarzuciła adwokatowi nienależyte wykonywanie obowiązków zawodowych, o czym miała świadczyć jego nieusprawiedliwiona nieobecność na rozprawie, o której wcześniej nie poinformował klientów, a także ustanowienie substytutu, prowadzące do reprezentowania przez tego samego obrońcę oskarżonych, między którymi istniał konflikt interesów, co zmusiło sąd do odroczenia rozprawy. Adwokat zażądał wydrukowania sprostowania. Kiedy jednak gazeta zamieściła jego wyjaśnienia w dziale „Listy do redakcji” i opatrzyła je komentarzem skarżącej, powtarzającym zasadniczo zarzuty

¹⁴³ Sk. 16/07, OTK ZU 3/A/2008, poz. 45.

¹⁴⁴ *Frankowicz* 50-51; *Sosinowska* 81-82.

¹⁴⁵ *Sosinowska*, pkt 84.

¹⁴⁶ Por. np. *Kania i Kittel*, pkt 36.

sformułowane w artykule, wystąpił on w obronie swoich dóbr osobistych z powództwem cywilnoprawnym wygrywając sprawę.

Trybunał nie znalazł wystarczających przesłanek dla orzeczenia po-
gwałcenia art. 10 Konwencji. Zauważył on, że zarzut postawiony przez
skarżącą był poważny, ponieważ podważał uczciwość zawodową adwokata
i poddawał w wątpliwość jego staranność¹⁴⁷. Mimo ciężaru krytyki, skar-
żąca dążyła do jak najszybszego przekazania informacji i nic nie wskazy-
wało na to, że choćby próbowała dotrzeć do wiarygodnych źródeł. Chodziło
tu o możliwość zapoznania się przez nią z aktami sądowymi, z których wyni-
kało, że istnienie konfliktu interesów nie było potwierdzone w momencie
udzielania substytucji, a także o nieskontaktowanie się z samym zaintere-
sowanym i niedanie mu szansy na wyjaśnienie sytuacji¹⁴⁸. W kontekście
rachityczności podstawy faktycznej zarzutu Trybunał uznał, że tytuł arty-
kułu – *Nonszalancja prawnika?* – był sensacyjny oraz wprowadzał czytelnika
w błąd¹⁴⁹. Na uwagę zasłużyła również okoliczność, że osobowe źródła
informacji, na które skarżąca powoływała się w artykule, tj. klienci adwo-
kata, nie potwierdzili przed sądami krajowymi jej twierdzeń¹⁵⁰. Co więcej,
skarżąca nie skorzystała z okazji do sprostowania błędnie podanych infor-
macji, jaką dawało zamieszczenie przez nią komentarza do opublikowane-
go w gazecie listu adwokata¹⁵¹. W konsekwencji sprawa, która rozpoczęła
się od zakwestionowania przez dziennikarkę należytej staranności zawodo-
wej adwokata znalazła w Strasburgu swój finał w zakwestionowaniu przez
Trybunał jej staranności zawodowej.

Wyrok *Semik-Orzech* zasługuje na uwagę z jeszcze jednego powodu.
Otóż Trybunał zdecydowanie odrzucił w nim sugestię sędziów krajowych,
że dziennikarze relacjonujący spory sądowe powinni ograniczać się do
sprawozdawania faktów i unikać wyrażania swoich opinii. Przeciwnie, ich
swoboda w formułowaniu i rozpowszechnianiu poglądów na ważne kwestie
związane z przedmiotem sporów sądowych ma pierwszorzędne znaczenie
dla właściwego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, stwarzając też
sądom sposobność do poznania reakcji opinii publicznej na ich działania
i decyzje¹⁵².

Skarżącymi w sprawie *Kania i Kittel* było dwoje znanych z ogólnopol-
skich mediów dziennikarzy śledczych. W 1997 r. zamieścili oni w „Super
Ekspressie” artykuł dotyczący korzystania przez Marka Siwca – ówczes-
nego szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego – z drogiego samochodu,
użyczonego mu przez pewnego biznesmena. Na pierwszej stronie gazety
znalazł się tytuł *Warszawska prokuratura ustaliła: minister wziął* i tekst
wyjaśniający, że Siwiec otrzymał od biznesmena luksusowy samochód,

¹⁴⁷ *Semik-Orzech*, pkt 57.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pkt 58.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pkt 59.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pkt 60.

¹⁵¹ *Ibidem*, pkt 61.

¹⁵² *Ibidem*, pkt 62.

a cała sprawa wyszła na jaw w związku z jego kradzieżą. Towarzyszył temu komentarz, w którym postawiono adresowane do szefa BBN pytania o to, jaki był powód przyjęcia prezentu, o okres, w jakim go użytkował, a także czy uważa, że w przypadku funkcjonariusza publicznego jest to właściwe postępowanie oraz czy nie obawia się, że będzie musiał zrewanżować się biznesmenowi w przyszłości. Z kolei na stronie trzeciej gazety wydrukowano tekst zatytułowany S. używał, w którym opisano ustalone przez dziennikarzy okoliczności użytkowania i kradzieży samochodu, podkreślając, że minister odmówił udzielenia jakichkolwiek wyjaśnień w tej sprawie. Reakcją na tę publikację był pozew o ochronę dóbr osobistych wniesiony przez szefa BBN, który zainicjował spór sądowy zakończony uznaniem odpowiedzialności cywilnoprawnej wydawcy gazety oraz skarżących.

To, że Trybunał podzielił zapatrywanie polskiego wymiaru sprawiedliwości i uznał sankcje nałożone na dziennikarzy za dopuszczalne z punktu widzenia strasburskiego rozumienia wolności ekspresji wynikało przede wszystkim z mylącego tytułu i pytań zawartych na pierwszej stronie gazety. Sugerowały one, że powód wziął łapówkę i że odpowiednie władze prowadzą w tej sprawie postępowanie karne, chociaż skarżący wiedzieli, że toczy się tylko postępowanie w sprawie kradzieży samochodu¹⁵³. Sugestie te nie pokrywały się zresztą z tekstem zamieszczonym na stronie trzeciej gazety. Co więcej, na żadnym etapie sporu prawnego, wywołanego tą publikacją, skarżący nie przedstawili dowodów, które mogłyby w jakikolwiek sposób wskazywać, że powód wszedł w posiadanie samochodu w okolicznościach innych, niż te, które sam podawał. Chociaż więc artykuł dotyczył kwestii związanych z interesem publicznym, i chociaż była to wypowiedź dziennikarska, co sprzyja akceptacji dla pewnej dozy przesady lub nawet prowokacji, Trybunał zaznaczył, że jest jednak różnica między tymi technikami a wypaczaniem faktów znanych autorom w momencie publikacji¹⁵⁴.

Wyrok w tej sprawie pokazuje, że mimo obecnej w orzecznictwie strasburskim tendencji do stałego poszerzania pola debaty publicznej, tak w zakresie jej przedmiotu jak i formy, w tym też gotowości do coraz bardziej pojemnego rozumienia sądów wartościujących kosztem twierdzeń o faktach, dziennikarze wciąż muszą zachowywać daleko posuniętą ostrożność w formułowaniu zarzutów, zwłaszcza takich, które mogą poważnie zaszkodzić osobom, którym są stawiane – jak ma to miejsce w przypadku zarzutu korupcji. W rozważanym przypadku dziennikarzom nie pomogło ani to, że zarzuty dotyczyły polityka pełniącego wysoką funkcję państwową, ani to, że związane były z raczej nietypowym sposobem rozwiązywania przez niego swoich kłopotów transportowych, ani też to, że ów polityk odmówił dziennikarzom udzielenia jakichkolwiek wyjaśnień. W tym kontekście kontrowersyjne wydaje mi się uznanie przez Trybunał postawionych przez dziennikarzy pytań za zbyt daleko idące, podobnie jak podnoszenie

¹⁵³ *Kania i Kittel*, pkt 45.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pkt 46-47.

argumentu o braku dowodów przeczących wersji powoda, tak jakby samo użyczenie samochodu przez biznesmena jednemu z najważniejszych polityków w kraju nie było okolicznością wystarczającą do wzbudzenia wątpliwości opinii publicznej. Jedynie tytuł świadomie sformułowany w sposób nieodpowiadający prawdzie, a nadto zdający się przesądzać kwestię korupcji bohatera artykułu zasługiwał na potępienie. Być może dobrze się więc stało, że Trybunał zmytygował się w swym poszerzaniu granic dopuszczalnej krytyki, docenił ciężar słowa i nie szukał dla niego wytłumaczeń w interesie publicznym, a tym bardziej wymogach rynku prasowego, zwłaszcza jeśli miałyby być w podobnych przypadkach konsekwentny.

Niedopełnienie obowiązków zawodowych przez dziennikarza zostało potwierdzone przez Trybunał także w sprawie *Kaperzyński*. Skończyła się ona wyrokiem korzystnym dla skarżącego, ale z krytyką składu orzekającego spotkało się niepoinformowanie przez niego wnioskodawcy o odmowie opublikowania sprostowania oraz niewskazanie jego przyczyn, tj. naruszenie art. 33 Prawa prasowego¹⁵⁵.

Pouczać ją dla środowiska dziennikarskiego powinna być także sprawa *Sanocki* referowana w par. 3 niniejszego artykułu, w której Trybunał uznał prawo polityków do ostrej, a nawet nieuprzejmej odpowiedzi na ataki prasowe.

5. Podsumowanie i wnioski

1. W okresie objętym badaniem, tj. do końca kwietnia 2012 r., Trybunał rozpatrzył merytorycznie zarzut naruszenia przez Polskę art. 10 Konwencji w 22 sprawach, uznając go za niezasadny w 4 (*Janowski*, *Kania i Kittel*, *Semik-Orzech*, *Gąsior*); siedemnastokrotnie orzekał, że ingerencja w wolność ekspresji nie była konieczna, raz – legalna (*Gawęda*).

2. W 2 sprawach – nie licząc sporu *Gawęda*, w którym krytyka dotknęła przepisów zmienionych przed wydaniem wyroku – Trybunał zakwestionował polskie rozwiązania legislacyjne (*Wizerkaniuk*, *Kaperzyński*). W obu przypadkach chodziło o regulacje Prawa prasowego – odpowiednio art. 49 w zw. z art. 14 oraz art. 46 ust. 1 w zw. z art. 31. O ile jednak instytucja sprostowania/odpowiedzi, wokół której ogniskował się spór w drugiej z tych spraw, sama w sobie nie wzbudzała zastrzeżeń Trybunału, to możliwość pogodzenia autoryzacji z wymaganiami strasburskiego standardu wolności ekspresji jest w świetle wyroku *Wizerkaniuk* dyskusyjna i to mimo podjęcia jej obrony przez sędziów Garlickiego i Vućinića w zdaniu zbieżnym.

3. Do zasadniczych problemów polskiej praktyki prawnej związanych ze stosowaniem wolności ekspresji, które można zdiagnozować na podstawie badanego orzecznictwa, należą: zbyt wąskie rozumienie debaty pub-

¹⁵⁵ *Kaperzyński*, pkt 67.

licznej i niedocenianie jej znaczenia przy wyznaczaniu granic tej wolności; problem z kwalifikowaniem wypowiedzi do kategorii sądów wartościujących i właściwą oceną ich ekscesywności oraz zasądzanie nieproporcjonalnych sankcji.

4. Te sfery rozbieżności między polskim wymiarem sprawiedliwości i Trybunałem powstały w wyniku nakładania się na siebie dwóch procesów: z jednej strony, stopniowego adaptowania się sądów krajowych do strasburskiego standardu wolności ekspresji; z drugiej, równoległego poszerzania przez Trybunał granic tej wolności. W efekcie, choć badana judykatura pokazuje, że w stosunku polskiego sądownictwa do przedmiotowej gwarancji następują mimo wszystko korzystne zmiany, to jednocześnie wydają się one o jedno tempo spóźnione wobec stanowiska zajmowanego przez Trybunał. Prócz winy samych sądów, w jakiejś mierze ma to swoje obiektywne przyczyny w czasie dzielącym wyroki kończące postępowania w porządku wewnętrznym od rozstrzygnięć Trybunału, ale też mniej obiektywne, w postępowaniu tego ostatniego, który nie przykładą dostatecznej wagi do kształtowania teoretycznych ram dla swojego orzecznictwa, przez co antycypowanie jego rozstrzygnięć jest trudniejsze niżli mogłoby być.

5. Badane orzecznictwo przekonuje, że na akceptację Trybunału znacznie bardziej mogą liczyć konsekwencje cywilnoprawne niż karnoprawne. Na 8 spraw, które w kraju skończyły się uznaniem odpowiedzialności cywilnej skarżących, wyraźny sprzeciw Trybunału wzbudził tylko wyrok przeciwko *Leszkowi Kwietniowi*. Natomiast w przypadku sankcji karnych, Trybunał nie miał nic do zarzucenia zaledwie w 2 na 10 spraw (*Janowski*, *Gąsior*). Niemniej, prócz zakwestionowania kształtu odpowiedzialności karnej przewidzianej przez Prawo prasowe za naruszenie obowiązków związanych z autoryzacją i sprostowaniem, Trybunał nie poddał w wątpliwość innych powszechnie obowiązujących przepisów penalizujących naruszenie granic swobody wypowiedzi, w tym także art. 212 Kodeksu karnego.

6. Sama sankcja rzadko jednak przesądza wynik całej sprawy. Wśród badanych sporów tylko w jednym Trybunał przyznał wprost, że mógłby orzec inaczej – tj. nie potwierdzić pogwałcenia Konwencji – gdyby była ona łagodniejsza (*Skalka*).

7. Prócz wspomnianych już, zasadniczych niedomagań praktyki polskiej, badane orzecznictwo ujawnia także pewne problemy szczegółowe. W sprawach *Kwiecień* i *Kita* Trybunał uznał, że postępowania toczące się w trybie wyborczym (na podstawie art. 72 Ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw, któremu odpowiada obecny art. 111 Kodeksu wyborczego) nie powinny być kontynuowane po dacie wyborów. W sprawach *Frankowicz* i *Sosinowska* był on z kolei zdania, że interpretowanie art. 52 Kodeksu etyki lekarskiej jako całkowicie zakazującego lekarzom wzajemnej krytyki jest nie do pogodzenia z art. 10 Konwencji. W szerokim znaczeniu praktyka stosowania prawa może obejmować także postępowanie podmiotów prywatnych. W tym sensie odnosi się do niej

krytyczna ocena pracy dziennikarzy, jakiej Trybunał dokonał w kilku innych sprawach (*Kania i Kittel*, *Semik-Orzech*, *Kaperzyński*).

8. Sprawy *Frankowicz* oraz *Sosinowska* pokazują także, że standardy wolności ekspresji trudniej przenikają do świadomości członków organów samorządu zawodowego, a przynajmniej samorządu zawodowego lekarzy. Widać w tym pewne podobieństwo ze sprawą *Wojtas-Kaleta* rozstrzyganą przez sądy pracy – zarówno bowiem sądy lekarskie, jak i sądy pracy mają zapewne rzadziej do czynienia z problematyką granic swobody wypowiedzi niż sądy karne, a zwłaszcza cywilne – co jeszcze nie tłumaczy ich ignorancji w tej mierze.

9. Badane orzecznictwo nie obfituje w wyroki przełomowe z perspektywy całości judykatury do art. 10 Konwencji, niemniej kilka spraw istotnie przyczyniło się lub ma szansę się przyczynić do rozwoju komentowanego standardu (zwłaszcza *Janowski*, *Gawęda*, *Sanocki*). To stosunkowo skromne horyzontalne oddziaływanie jest w pierwszej kolejności funkcją niewielkiej liczby spraw, w których pojawił się zarzut niedopuszczalnego ingerowania przez Polskę w wolność ekspresji. Znaczenie miał tu także fakt nieobecności naszego kraju w systemie Konwencji w pierwszym okresie jego funkcjonowania, gdy kształtowały się kierunki interpretacji gwarancji konwencyjnych, w tym art. 10, a w jakimś stopniu zapewne też przypadek.

FREEDOM OF EXPRESSION IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN CASES AGAINST POLAND

Keywords: human rights; freedom of expression; European Court of Human Rights

Summary

The article discusses the jurisprudence of the European Court of Human Rights concerning freedom of expression, developed in cases against Poland by the end of April 2012. The author systematizes the case law, analyses its precedent character and impact on the Polish legal system. From Strasbourg's perspective, too narrow understanding of public debate, problem with classification of statements as value judgments, as well as imposition of non-proportional sanctions seem to be the major flaws of the Polish legal practice in respect of freedom of expression. Author is also of the opinion, that it would be scarcely possible (if at all) to reconcile any form of the authorisation requirement under Polish Press Law with the view taken by the Court in the case of *Wizerkaniuk v. Poland*.

Tadeusz Jasudowicz

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Test celowości w funkcjonowaniu mechanizmu limitacji korzystania z praw człowieka w systemie EKPC

Słowa kluczowe: klauzule limitacyjne, cele prawowite, test proporcjonalności, nadużycie celu, interpretacja celów

1. Uwagi wstępne

Prawa człowieka nie funkcjonują w abstrakcji ani próżni. Człowiek przestaje z bliźnimi, wiecie swój byt w społeczeństwie.¹ Fakt współkorzystania przez różnych ludzi w jednym i tym samym czasie z tych samych albo różnych wolności i praw zmusza zarazem do zakładania – jak się okazuje, wcale nie teoretycznego li tylko – ewentualności kolizji czy zderzeń w korzystaniu z praw człowieka, z których wynikają spory, załatwiane z naturalnym i koniecznym udziałem państwa. Wspólnoty pośrednie, a w końcu społeczeństwo jako takie i państwo również wytwarzają wartości, których ochrona może okazać się w kolizji z korzystaniem przez kogoś z należnych mu praw czy wolności. Problemy te otwierają nas na potrzebę aksjologicznego podejścia do badanego problemu.

Człowiek – ze swym człowieczeństwem osadzonym na przyrodzonej godności osoby ludzkiej² – jest najwyższą wartością w skali dóbr tego świata i ma przed sobą cel w postaci swobodnego i pełnego rozwoju swojej osobowości.³ By do tego celu dążyć i by móc go jak najpełniej urzeczywistnić, człowiek wyposażony jest w wartości instrumentalne w pozytywnym tego słowa

¹ Por. R. Mizerski, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, (dalej: *Prawa człowieka...*) wyd. II, Toruń 2010, s. 241.

² Por. T. Jasudowicz, *ibidem*, s. 106 i nn.

³ Por. art. 29 ust. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i właściwie wszystkie unormowania prawa do nauki, poczynając od art. 27 ust. 1 Deklaracji, poprzez art. 13 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych i art. 29 Konwencji Praw Dziecka.

znaczeniu, tj. w przyrodzone i niezbywalne prawa człowieka, stanowiące jego „rynsztunek”, jego wyposażenie w boju o siebie samego, i nie tylko.⁴

Człowiek nie jest jednak samotną wyspą, a jego prawa nie są jedynymi dobrami w przestrzeni wartości. We współbytowaniu z innymi ludźmi może wystąpić zjawisko konkurencji w korzystaniu z praw identycznych lub różnych, a funkcjonowanie w orbicie szerszych wspólnot, w tym w ramach społeczeństwa i państwa, może prowadzić do kolizji z wartościami społecznie czy wręcz państwowo ważnymi, zasługującymi na ochronę i obronę. Jest więc czymś zrozumiałym i uzasadnionym, że to do państwa będzie należało sprawowanie „rządu wartości”, że to ono właśnie będzie wyważać „konkurencję dóbr”, i tych istotnych z perspektywy konkretnego człowieka, korzystającego z należnych mu praw, i tych dyktowanych analogicznymi uprawnieniami drugiego człowieka czy innych ludzi, a i tych istotnych z perspektywy całego społeczeństwa i całego państwa.

Pewnie, że chętnie by się widziało państwo w pełni przyjazne człowiekowi i należnym mu prawom, oddychające potrzebami prawnoczułowieczymi, współodczuwające i wspierające. Nie zawsze, daleko nie zawsze państwo takiemu idealnemu modelowi odpowiada; daleko też nie zawsze wchodzące w grę wartości harmonizują ze sobą czy wręcz się wspierają; niestety, często dochodzi do zderzenia konkurencyjnych wartości. Podobnie często zrodzi się konieczność ingerencji państwa w korzystanie z praw człowieka. Unormowaniu tej potrzeby służą tzw. klauzule limitacyjne, przy czym w sferze praw człowieka pierwszej generacji występują i dopuszczalne są li tylko klauzule szczegółowe,⁵ towarzyszące treści konkretnych wybranych praw, rzec by można „praw limitowalnych”, a nieobecne i niedopuszczalne w kontekście innych praw, absolutnie wykluczających ingerencję władzy publicznej bądź w autonomiczny sposób ją wyznaczających (a więc praw nielimitowalnych).⁶

Typowa klauzula limitacyjna – poza formułą wstępną, również dla praw człowieka bardzo istotną⁷ – zawiera trzy testy czy kryteria, które muszą zostać łącznie spełnione, jeśli ingerencja władzy publicznej nie ma być potraktowana jako naruszenie odnośnego prawa czy wolności. Choć sformułowanie treści klauzuli mogłoby rodzić pewne wątpliwości,⁸ w prak-

⁴ Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, [w:] *Prawa człowieka...*, s. 28 i nn.

⁵ Por. ust. 2 w art. 8-11 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC) oraz ust. 3 art. 2 Protokołu IV do niej.

⁶ Prawa te mogą jednak w inny sposób podlegać ograniczeniom, np. posiadając w swym sformułowaniu wyjątki *ex definitione* – por. T. Jasudowicz, [w:] *Prawa człowieka...*, s. 229 i nn.

⁷ Wskazuje ona albo wyraziście, jak w art. 8 ust. 2 EKPC, albo poprzez użycie słowa *wyłącznie* lub *jedynie* na wyjątkowy charakter dopuszczalności ingerencji, jak w art. 9 ust. 2 i 11 ust. 2. Ewenementem jest formuła wstępna klauzuli limitacyjnej wolności ekspresji, w której akcentuje się *obowiązek i odpowiedzialność* przy korzystaniu z tej wolności i szeroko się widzi możliwości reglamentacyjne państwa w postaci *wymogów formalnych, warunków, ograniczeń i sankcji* – por. art. 10 ust. 2 EKPC.

⁸ Formuła bowiem brzmi: *konieczne w demokratycznym społeczeństwie ze względu na interesy...* Te interesy/cele są więc zamieszczone właściwie na końcu formuły.

tyce Europejski Trybunał Praw Człowieka bada po kolei testy legalności, celowości i konieczności. Brak spełnienia choćby jednego z tych testów prowadzi Trybunał do stwierdzenia faktu naruszenia odnośnego prawa czy wolności.⁹

Jest więc czymś naturalnym i wielokrotnie w orzecznictwie strasburskim potwierdzanym, że niedopełnienie testu legalności prowadzi Trybunał do wniosku o naruszeniu zobowiązań z Konwencji wynikających: bez wypowiedzania się dodatkowego na ten temat¹⁰ albo – wprost przeciwnie – z wyraźnym wskazaniem, że nie ma niezbędności badania pozostałych testów, a więc celowości i konieczności.¹¹ Może się zdarzyć i rozwiązanie niejako odwrotne – Trybunał nie jest w stanie wypowiedzieć się precyzyjnie na temat testu legalności i celowości i uznaje, że o rozstrzygnięciu zadecyduje test konieczności.¹² Tak czy inaczej w takich sytuacjach test celowości nie podlega nie tylko bliższemu badaniu, ale nawet identyfikacji.

Warto też zauważyć, że Trybunał Strasburski wcale tak bardzo nie dba o dydaktyczną jasność swojego orzecznictwa i wykazuje sporo bałaganu w swym paraniu się testem celowości. Tak np. w sprawach pieczy nad dzieckiem oraz wizyt i kontaktów z nim wydaje się, jakby test celowości w ogóle się nie pojawiał, chociaż w ukryciu on się, oczywiście, znajduje, w postaci ochrony praw i wolności innych osób, a konkretnie drugiego rodzica i dziecka, przy czym dobru i interesowi dziecka przypisuje się pierwszorzędą wagę i zwraca się na to priorytetową uwagę.

W sformułowaniu tekstu klauzul limitacyjnych test celowości jakby nie występował samodzielnie, skoro katalog celów prawowitych poprzedzony jest zwrotem określającym ingerencję władzy publicznej jako „konieczną w demokratycznym społeczeństwie dla...” – i tu następuje enumeratywne wymienienie owych celów. Test konieczności na pozór poprzedza test celowości; w istocie jednak w praktyce Trybunał – jeśli w ogóle – najpierw odnotowuje czy – co rzadziej – konkretny cel czy cele prawowite bada i interpretuje. Nieraz następuje to dopiero przy okazji badania testu konieczności, a to w ramach kryterium proporcjonalności zastosowanych środków do konieczności realizacji celu czy celów prawowitych.¹³

⁹ Por. B. Gronowska [w:] *Prawo konstytucyjne*, pod red. Z. Witkowskiego, Toruń 1998, s. 90.

¹⁰ Por. np.: *Case of Gawęda v. Poland*, wyrok z 14.03.2002, pkt 48; *Case of Kenedi v. Hungary*, wyrok z 26.05.2009, pkt 45.

¹¹ Por. np.: *Case of Knyet v. Poland*, wyrok z 1.02.2011, pkt 83; *Case of Bączkowski and Others v. Poland*, wyrok z 3.05.2007, pkt 72.

¹² Por. np.: *Affaire Erce c. Turquie*, wyrok z 22.11.2011, pkt 53; *Affaire Enerji Vapi-Vol Sen c. Turquie*, wyrok z 21.04.2009, pkt 28.

¹³ Dla niejednego autora – czego osobiście nie pochwalam ani nie popieram – test proporcjonalności jest tak ważny, że przesłania i zastępuje sam właściwy test konieczności. Por. np. B. Gronowska, op. cit., s. 90.

2. Studium porównawcze katalogów celów prawowitych

Zwraca uwagę fakt, że każde poszczególne z praw limitowalnych formułuje własny, na jego tylko użytek katalog celów prawowitych, a więc wartości, dla ochrony których dopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie przez kogoś z danego prawa. Oczywiście, wiele jest tam elementów wspólnych, powtarzających się, charakterystycznych jeśli nie dla wszystkich, to przynajmniej dla więcej niż jednego prawa czy wolności.

Spśród pięciu praw limitowalnych¹⁴ najuboższy, bo pięcioskładnikowy katalog celów prawowitych towarzyszy wolności manifestowania religii lub przekonań, w której to klauzuli brakuje celu gdzie indziej zawsze występującego, a mianowicie ochrony bezpieczeństwa narodowego.¹⁵ Słusznie czy niesłusznie, zasadnie czy bezpodstawnie, w każdym razie uznano, że korzystanie z tej wolności nie może bezpieczeństwu narodowemu zagrażać. Perspektywicznie, mając na względzie postęp islamu i związanych z nim roszczeń w krajach europejskich, można by mieć co do tego wątpliwości. Zwraca uwagę sformułowanie celu prawowitego w postaci „utrzymania porządku publicznego”, występującego ponadto jeszcze tylko przy wolności przemieszczania się.¹⁶

Średni, najbardziej miarodajny dla obrazu ogólnego, sześćskładnikowy katalog celów prawowitych prezentuje klauzula limitacyjna wolności pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się, przy czym tutaj – zamiast „utrzymania porządku publicznego” – pojawia się jakby zawężona kategoria „zapobiegania zamieszkom lub przestępczości”, występująca również w klauzulach poszanowania prywatności i wolności ekspresji,¹⁷ zostając jeszcze bardziej zawężona li tylko do „zapobiegania przestępczości” w klauzuli wolności przemieszczania się, ale obok i niezależnie od innego celu prawowitego w postaci „utrzymania porządku publicznego”, choć – wydawałoby się – jest jego li tylko aspektem czy przejawem.

Podobny liczbowo do klauzuli tej wolności, bo siedmioskładnikowy katalog celów prawowitych przejawia klauzula prawa do poszanowania prywatności, a ten siódmy, dodatkowy składnik stanowi „ochrona dobrobytu

¹⁴ Art. 8 Prawo do poszanowania prywatności), 9 (Wolność myśli, sumienia i religii), 10 (Wolność ekspresji) i 11 (Wolność pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się) EKPC oraz art. 2 Protokołu IV (Wolność przemieszczania się).

¹⁵ Patrząc na problemy związane z islamem w Europie i wiążący się nieraz z tym terroryzm to pominięcie może budzić wątpliwości. Co prawda, można przypuszczać, że w takich sytuacjach dochodzi do jakiejś ekspresji, jakiegoś zgromadzenia, a tamte prawa już celem bezpieczeństwa narodowego dysponują.

¹⁶ Cel ten jest w swym zakresie najszerszy i – jak można powiedzieć – komplementarny w stosunku do niego jest cel „zapobieganie zamieszkom lub przestępczości”. Zastanawia jednak uwzględnienie w art. 2 ust. 3 Protokołu IV – obok porządku publicznego – także „zapobiegania przestępczości”. Może jednak to i lepiej, że *expressis verbis* ten cel dodatkowo uwzględniono, by nie było wątpliwości.

¹⁷ Por. ust. 2 art. 11 oraz art. 8 i 10 Konwencji.

gospodarczego kraju”, w klauzuli żadnego innego prawa już się nie pojawiająca.¹⁸

Zupełnie specyficzny i oczywiście najbogatszy katalog celów prawowitych spotykamy w klauzuli limitacyjnej wolności ekspresji, w której typowe składniki zostają uzupełnione czterema oryginalnymi, bo gdzie indziej nie występującymi, a dotyczącymi: ochrony „integralności terytorialnej”, „ochrony dobrego imienia i praw innych osób”, „zapobiegania ujawnieniu informacji poufnych” oraz „zagwarantowania powagi i bezstronności sądownictwa”.¹⁹

Z dokonanego przeglądu porównawczego wynikałoby, że zawsze, we wszystkich pięciu przypadkach występuje „twardy rdzeń” katalogu celów prawowitych: „ochrona bezpieczeństwa publicznego”, „ochrona zdrowia” i „ochrona moralności”. Dla mnie osobiście ogromnie satysfakcjonujący jest fakt, że każdorazowo wchodzi w grę „ochrona moralności”; w dzisiejszych czasach niepowstrzymanego relatywizmu i permissywizmu, w czasach „ucieczki od wartości”, wzgląd na moralność zawsze może i powinien być brany pod uwagę!

Na dobra sprawę, można by – moim zdaniem – doliczyć tu „utrzymanie porządku publicznego”, bo – co prawda – wyraźnie figuruje on li tylko przy manifestacji wolności religii i przekonań oraz wolności przemieszczania się, ale przecież gdzie indziej jest zastąpiony celem „zapobiegania zamieszkom lub przestępczości”²⁰ lub uzupełniony „zapobieganiem przestępczości”.²¹ Trzeba by też niewątpliwie doliczyć tu „ochronę bezpieczeństwa narodowego”, której – jak już wspominałem – nie uwzględniono li tylko przy manifestowaniu religii lub przekonań. Podobnie, skład owego „twardego rdzenia” należałoby dopełnić „ochroną praw i wolności innych osób”, skoro w klauzuli wolności ekspresji przecież wcale tego celu nie brakuje, nabiera on tylko specyficznego kolorytu, wysuwając na plan pierwszy wartość szczególnie w tym kontekście zagrożoną, a zatem i chronioną – „ochronę dobrego imienia i praw innych osób”.

Zupełnie sporadycznymi, bo pojawiającymi się raz tylko w kontekście jednego prawa są: „ochrona dobrobytu gospodarczego kraju” – w klauzuli limitacyjnej prawa do poszanowania prywatności oraz „interes integralności terytorialnej”, „zapobieganie ujawnieniu informacji poufnych” i „zagwarantowanie powagi i bezstronności sądownictwa” – w klauzuli wolności ekspresji.

¹⁸ Chyba to naturalne, bo właśnie w domenie prawa do poszanowania prywatności będzie miejsce na dopuszczanie rewizji mieszkań i innych pomieszczeń albo badanie rachunków i kont i w konsekwencji odzyskiwanie na rzecz państwa np. zysków z przestępczości.

¹⁹ Por. art. 10 ust. EKPC. Warto przy okazji zauważyć, że klauzula limitacyjna art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych operuje uboższym katalogiem celów prawowitych (poszanowanie praw i dobrego imienia innych osób, bezpieczeństwo państwowe, porządek publiczny, zdrowie i moralność publiczna).

²⁰ Por. ust. 2 art. 8, 10 i 11 EKPC.

²¹ Por. art. 2 ust. 3 Protokołu IV do EKPC.

Zanim przystąpię do niełatwej próby rekonstrukcji znaczenia poszczególnych celów prawowitych, przypomnę, że na wstępie to państwu przypisałem „rząd wartości”; nie wycofuję się z tego założenia, bo rzeczywiście w praktyce to państwo – uwzględniając potrzeby swojej ingerencji w korzystanie z któregoś prawa człowieka – staje się „mierniczym wartości” i – jak to wynika z rekonstrukcji wymogów testu konieczności przez orzecznictwo strasburskie²² – jest ono zobligowane do zadbania o to, by zastosowane środki ingerencji pozostawały proporcjonalne w stosunku do konieczności urzeczywistnienia celu czy celów prawowitego/-ych.

Wydawać by się mogło i – zdaniem niektórych tak właśnie jest – że w konsekwencji to właśnie państwo jest „mistrzem wartości”, że więc jego oceny aksjologiczne powinny być uznane i uszanowane także w orzecznictwie międzynarodowym. Jak jednak wspomniałem, idealnego państwa nie ma, a problemy praw człowieka są zbyt poważne, by po prostu zawierzać je państwu. Dlatego oceny i osądy państwa dotyczące celów prawowitych ideą „ręka w rękę” z nadzorem europejskim, a Europejski Trybunał Praw Człowieka wcale nie musi podzielać ani popierać – nieraz zupełnie arbitralnego – osądu państwa pozwanego. To on ostatecznie jest „mistrzem wartości”; funkcja to wielce odpowiedzialna i byłoby przesadą powiedzieć, iż Trybunał z tej funkcji wzorowo się wywiązuje, Nieraz milczy, nieraz nie dopowiada, nieraz zbywa nas byle czym. A powinien bardziej poważnie i odpowiedzialnie do wypełniania tej niezmiennie istotnej funkcji się przyłożyć.

Z drugiej strony, nie wolno w ogóle nie doceniać wysiłków i dorobku Trybunału w badanym zakresie; jak by nie było, co nieco Trybunał jednak wypowiedział, bo wcale też – na szczęście – nie zawsze i nie pod każdym względem przyjmował „za dobrą monetę” twierdzenia państwa pozwanego, dotyczące – jego zdaniem – celów prawowitych leżących u podłoża danej ingerencji w korzystanie z określonego prawa człowieka. Spróbujmy wkroczyć na niełatwą ścieżkę rekonstrukcji znaczenia kolejnych celów prawowitych.

3. Rekonstrukcja treści i znaczenia poszczególnych celów prawowitych

3.1. Uwagi ogólne

R. Mizerski zwraca uwagę, że „katalogi tych celów mogą odbiegać od siebie”, „Zawsze jednak skomponowane są z dóbr znaczących w życiu społecznym”.²³ Spostrzega, że „przy ich określaniu posłużono się pojęciami

²² Kryterium proporcjonalności występuje przy okazji badania testu konieczności niemal zawsze, tak bardzo, że wielu autorom przesłania wszystkie inne uwzględniane w orzecznictwie kryteria, zwłaszcza naglącej potrzeby społecznej, istotnych i wystarczających powodów i słusznej równowagi między prawem jednostki a owym celem publicznym, w imię którego ingerencji się dokonuje.

²³ R. Mizerski, op. cit., s. 241.

o szerszych i węższych zakresach znaczeniowych, z których wiele ma wspólne desygnaty”; tak np. „Możliwe jest wyinterpretowanie integralności terytorialnej z ogólniejszej kategorii bezpieczeństwa państwowego albo dobrego imienia z praw i wolności innych osób”.²⁴ Wyjaśnia przy tym: „Taki kształt regulacji wynika raczej z zamiaru jednoznacznie zagwarantowania państwu możliwości ingerowania w określone dobra, które w kontekście danego uprawnienia okazuje się szczególnie zagrożone bądź którego ochrona wydaje się szczególnie pożądana (np. integralność terytorialna w kontekście wolności ekspresji jak w art. 10 ust. 2 EKPC), niż z próby dopracowywania podstawy limitacji, celem uniknięcia jej nadużywania”.²⁵ W pełni zgadzam się z tym stanowiskiem; tak się właśnie przedstawia *ratio legis* w tym zakresie.

K. Wojtyczek – mając na myśli „przesłanki ingerencji” – nazywa te kategorie „Wartościami uzasadniającymi ingerencję” i poświęca im cały rozdz. VIII swojej monografii,²⁶ uwzględniając kolejno, zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: „1) bezpieczeństwo państwa, 2) porządek publiczny; 3) ochronę środowiska, 4) zdrowie; 5) moralność publiczną, 6) wolności i prawa innych osób”.²⁷ Trochę bezpodstawnie powiada przy tym, że „podobne wyliczenia wartości uzasadniających ingerencję w sferę praw człowieka zawierają klauzule ograniczające zamieszczone w EKPC i MPPOiP” i wskazuje ich niepełny katalog „najczęściej powtarzających się podstaw ingerencji”.²⁸ Najwyraźniej wykazuje większą kompetencje w sferze uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka, słusznie wskazując na znaczenie „Zasad z Syrakuz dotyczących przepisów o ograniczaniu i zawieszaniu praw w MPPOiP”, natomiast w odniesieniu do orzecznictwa strasburskiego poprzestaje na stwierdzeniu, że Trybunał „ogranicza się [...] do wskazania jednej lub kilku z wymienionych w EKPC wartości, [...] bez żadnego wyjaśnienia, jak rozumieć wartości wymienione w Konwencji i bez bliższego uzasadnienia, dlaczego badana regulacja służy realizacji takich, a nie innych celów”.²⁹ Celem niniejszego opracowania jest m.in. wskazanie, że taką kompletną enigmą orzecznictwo strasburskie wcale nie jest, podobnie jak Trybunał nie jest pełnym milczkiem w tym względzie.

Wskażmy tu, tytułem przykładu, że – kiedy w jednej ze spraw rząd Grecji powoływał się na kilka celów prawowitych, a mianowicie „ochronę bezpieczeństwa narodowego, ochronę porządku publicznego oraz zapobieganie podważaniu greckich tradycji kulturalnych i symboli historycznych” – Trybunał zakwestionował ostatni z tych celów, dodając przy tym: „Wyjątki od

²⁴ Ibidem, s. 242.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Por. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Zakamycze 1999, rozdz. VIII: Wartości uzasadniające ingerencję, s. 179-202.

²⁷ Ibidem, s. 179.

²⁸ Ibidem, s. 180.

²⁹ Ibidem, 180-181.

wolności ekspresji muszą być interpretowane wąsko, jako że ich enumeracja jest ściśle wyczerpująca, a ich definicja wystarczająco restrykcyjna”.³⁰

Sporo na temat celów prawowych napisali komentatorzy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, J. Velu i R. Ergéc. Ich zdaniem: „Są to koncepcje o zmiennej treści, nadające się do rozmaitych interpretacji. Ale mają one treść autonomiczną, właściwą dla Konwencji i wymagają ścisłej interpretacji, jako że wprowadzają ograniczenia wolności”.³¹ To usztywniające stanowisko złagodzone jest przypomnieniem, że „W rozstrzyganiu o ich treści Umawiające się Państwa dysponują jednak marginesem oceny, którego zakres może się zmieniać w zależności od znaczenia prawa bądź odnośnego celu”.³² Cenne w tym stanowisku jest podkreślenie kompetencji Trybunału Strasburskiego i odniesienie celów prawowych do sfery autonomicznych pojęć konwencyjnych, pozostawienie zaś państwu–stronom nie pełni ich kompetencji ocennej, lecz jedynie – szerszego czy węższego – marginesu oceny.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na jeszcze jedno spostrzeżenie R. Mizerskiego. Otóż, powiada on: „Podział na dobra publiczne i indywidualne jest pewnym uproszczeniem, ale pozwala usystematyzować materiał normatywny. Do kategorii pierwszej zaliczyć można bezpieczeństwo państwowe, integralność terytorialną, porządek i bezpieczeństwo publiczne, zapobieganie przestępstwom czy dobrobyt gospodarczy kraju. W drugiej znajdują się prawa i wolności innych osób oraz ich dobre imię. Są też i takie dobra, w których wymiar publiczny przenika się z wymiarem indywidualnym. Dzieje się tak w przypadku zdrowia i moralności publicznej oraz – co może wydać się zaskakujące – powagi i bezstronności władzy sądowej”.³³ Ta systematyka będzie kierować sekwencją moich wywodów na temat poszczególnych celów prawowych.

3.2. Bezpieczeństwo narodowe

Dość szczegółowo ten cel prawowy – pod nazwą „bezpieczeństwo państwa” – omawia, przede wszystkim korzystając z Zasad z Syrakuz, K. Wojtyczek.³⁴ Uwzględnia on również szerokie rozumienie pojęcia bezpieczeństwa narodowego w orzecznictwie strasburskim, wskazując przykłady konkretnych rozstrzygnięć.³⁵ Silnie akcentuje on, że konstytucyjne pojęcie „bezpieczeństwa państwa” jest szersze od międzynarodowego pojęcia „bezpieczeństwa narodowego”, a ogarnia nie tylko „ochronę państwa przed zagrożeniem dla jego suwerennej egzystencji lub integralności terytorialnej,

³⁰ Por.: *Case of Sidiropoulos and Others v. Greece*, wyrok z 10.07.1998, pkt 38.

³¹ J. Velu, R. Ergéc, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1990, pkt 192, s. 149-150.

³² Ibidem.

³³ R. Mizerski, op. cit., s. 241-242.

³⁴ K. Wojtyczek, op. cit., s. 181 i nn.

³⁵ Ibidem, s. 182.

nawet jeżeli zagrożenie ma charakter potencjalny”, lecz także przed „zagrożeniami dla istnienia państwa demokratycznego”.³⁶

Podobnie R. Mizerski, posługujący się terminem „bezpieczeństwo państwowe”, kojarzy go tylko z „najpoważniejszymi zagrożeniami, takimi jak zagrożenie bytu narodu czy integralności terytorialnej i niezależności politycznej państwa”, ale też z „ochroną demokratycznego porządku państwa” i w ogóle z „ochroną tajemnicy państwowej czy przeciwdziałaniem terroryzmowi, szpiegostwu, ekstremizmowi politycznemu albo propagandzie w wojsku”.³⁷

Badania przeze mnie przeprowadzone potwierdzają powyższe spostrzeżenia, a wskazują ponadto, że kategoria bezpieczeństwa narodowego była powoływana przez rządy pozwane i uwzględniana przez Trybunał Strasburski także w kontekście tajemnic służby bezpieczeństwa,³⁸ tajemnicy wojskowej w związku z konkretnym projektem zbrojeniowym³⁹ czy w ogóle dyscypliną wojskową,⁴⁰ programów i działalności partii politycznych,⁴¹ propagandy separatystycznej⁴² itd.

Nie zawsze jednak Trybunał się godził z wysuwaniem przez państwo na uzasadnienie ingerencji celem bezpieczeństwa narodowego. Tak np. w jednej z nowszych spraw rosyjskich – biorąc pod uwagę charakter i długość pobytu Chińczyka w Rosji i jego oczywiste życie rodzinne – Trybunał zwrócił uwagę, że „nawet tam, gdzie wchodzi w grę bezpieczeństwo narodowe, koncepcje legalności i *rule of law* w demokratycznym społeczeństwie wymagają, by środki godzące w fundamentalne prawa człowieka podlegały pewnej formie postępowania kontradyktoryjnego przed niezawisłym organem kompetentnym do badania powodów decyzji i istotnych dowodów, w razie potrzeby z właściwymi proceduralnymi ograniczeniami co do wykorzystania informacji tajnych. Jednostka musi dysponować zdolnością do zakwestionowania twierdzeń władzy wykonawczej, że wchodzi w grę bezpieczeństwo narodowe. W braku takich gwarancji, policja czy inne władze państwowe byłyby zdolne do arbitralnego wkraczania w prawa chronione Konwencją”.⁴³

³⁶ Ibidem, s. 183, 184.

³⁷ R. Mizerski, op. cit., s. 242-243; Por. też: J. Velu, R. Ergec, op. cit., pkt 759, s. 618-619.

³⁸ Por.: *Case of Observer and Guardian v. the United Kingdom*, ser. A, t. 216, pkt 56; *Case of Vereniging Weekblad "Bluf!" v. the Netherlands*, ser. A, t. 306-A, pkt 38 i nn. Trybunał uznał, że „właściwe funkcjonowanie demokratycznego społeczeństwa opartego na *rule of law* może wymagać instytucji w rodzaju sił bezpieczeństwa, które – by być skuteczne – muszą działać w tajemnicy i korzystać z koniecznej ochrony. W ten sposób państwo może się chronić przed działalnością sił próbujących podkopać podstawowe wartości demokratycznego społeczeństwa” – ibidem, pkt 38. Por. pkt 40.

³⁹ Por. *Case of Hadjianastassiou v. Greece*, ser. A, t. 252, pkt 45-46.

⁴⁰ *Case of Kalac v. Greece*, wyrok z 1.07.1997, pkt 26. Por. też: *Case of Grigoriades v. Greece*, wyrok z 25.11.1997, pkt 39, 41.

⁴¹ *Case of Socialist Party and Others v. Turkey*, wyrok z 25.05.1998, pkt 33-36. Por. też: *Case of Republican Party of Russia v. Russia*, wyrok z 12.04.2011 r., pkt 101.

⁴² *Case of Surek v. Turkey*, wyrok z 8.07.1999, pkt 50-52.

⁴³ *Case of Liu v. Russia* (no. 2), wyrok z 26.07.2011, pkt 87. Trybunał stwierdził: „Wobec tego, że postępowanie krajowe nie dawało wystarczających gwarancji proceduralnych, Trybunał

Przy okazji Trybunał stwierdził, że „pojęcie «bezpieczeństwa narodowego» nie nadaje się do wyczerpującej definicji. Może się ono okazać bardzo szerokie, z szerokim też marginesem oceny pozostawionym władzom wykonawczym co do rozstrzygania, co leży w interesie tego bezpieczeństwa. Nie oznacza to jednak, że jego granice można rozciągać poza jego naturalne znaczenie”.⁴⁴

W kilkudziesięciu sprawach tureckich rząd Turcji powoływał, a Trybunał uznawał istnienie interesu bezpieczeństwa narodowego; nieraz kojarzył go z „ochroną porządku publicznego” albo „zapobieganiem zamieszkom lub przestępczości”, częściej jednak z „integralnością terytorialną” i „bezpieczeństwem publicznym”. Nie poświęcał przy tym Trybunał baczniejszej uwagi wyjaśnieniu samego pojęcia „bezpieczeństwa narodowego”.⁴⁵

Instytucjonalnie celowi „bezpieczeństwa narodowego” najbliższej sferom działania służb wywiadu i kontrwywiadu.

3.3. Integralność terytorialna

Aż dziw bierze, że – poza paroma wzmiankami o integralności na tle jej kojarzenia z bezpieczeństwem narodowym – uwzględniani przeze mnie autorzy w ogóle nie zajmują się integralnością terytorialną jako samodzielnym celem prawnym. Tymczasem figuruje on przecież wyrażenie w art. 10 ust. 2 EKPC, i to obok bezpieczeństwa narodowego. Francja powołała się na nią w kontekście Polinezji Francuskiej i napiętej sytuacji tam istniejącej w oczekiwaniu dwu tur wyborów.⁴⁶

W bardzo licznych sprawach tureckich rząd na integralność terytorialną się powoływał, często w izolacji, niekiedy w powiązaniu z „ochroną porządku publicznego”, „bezpieczeństwem narodowym” lub „zapobieganiem zamieszkom lub przestępczości”. Nie podejmował przy tym Trybunał prób interpretacji pojęcia, bo – jak się wydaje – jest to wystarczająco precyzyjne i powszechnie zrozumiałe pojęcie prawnomiedzynarodowe.⁴⁷ Zareagował jedynie szerzej na wywody sądów tureckich wskazujące na to, że działanie oznaczało „zamiar zniszczenia integralności terytorialnej państwa tureckiego i stanowiło separatystyczną propagandę”, akcentując, że „choć pewne fragmenty artykułu rysują bardzo negatywny obraz państwa ture-

nie może zaakceptować orzeczenia sądów krajowych, jakoby skarżący stanowił zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego” – ibidem, pkt 92.

⁴⁴ Ibidem, pkt 88. Wobec „spolegliwości” rosyjskich sądów krajowych, Trybunał zwrócił uwagę, że to „sądy badające decyzje władzy wykonawczej muszą być zdolne do reagowania w przypadkach, gdzie powoływanie się na te koncepcje nie ma rozsądnej podstawy w faktach albo prezentuje interpretację „bezpieczeństwa narodowego”, która jest bezprawna lub sprzeczna ze zdrowym rozsądkiem i arbitralna” – ibidem.

⁴⁵ Z uwagi na wielość tych spraw i trudności techniczne, świadomie rezygnuję tu ze szczegółowego wyliczania tej mnogości orzeczeń strasburskich.

⁴⁶ Por. *Case of Piermont v. France*, ser. A, t. 314, pkt 77.

⁴⁷ Ponownie, ze względu na prawdziwą mnogość spraw i brak w orzeczeniach wkładu interpretacyjnego Trybunału, nie ma sensu dokonywać tu ich szczegółowego przeglądu.

ckiego i nadają tym samym narracji wrogi ton, nie obejmują one przemocy, oporu zbrojnego ani powstania i nie stanowią mowy nienawiści”.⁴⁸

3.4. Bezpieczeństwo publiczne

Zdaniem R. Mizerskiego „bezpieczeństwo publiczne” jako cel prawowity wchodzi w grę, „gdy skala zagrożenia jest mniejsza ze względu na jego lokalny charakter albo krąg podmiotów, którego dotyczy”, przy czym „w znacznej mierze pokrywa się z zapobieganiem przestępstwom, uzasadniając stosowanie różnych środków z arsenału polityki kryminalnej państwa”.⁴⁹ Nie sądzę, by aż tak ściśle zespolenie tych dwóch celów wchodziło w grę. Są one wystarczająco odrębne, by oddzielnie je poddawać komentarzowi i ocenie.

Jak wskazują Velu i Ergec, to właśnie tym celem uzasadniano legalność ścigania członków grupy politycznej, dążącej do przywrócenia nazizmu w Austrii.⁵⁰ Faktycznie, nieraz argument bezpieczeństwa publicznego skojarzony był z argumentem zapobiegania zamieszkom lub przestępczości,⁵¹ ale równie dobrze kojarzył się z argumentem bezpieczeństwa narodowego.⁵²

W sprawie *Płoskiego*, w której rząd – obok celu „ochrony porządku i zapobiegania przestępczości” – powoływał się także na „bezpieczeństwo publiczne”, Trybunał zauważył, że „zarzuty postawione skarżącemu nie dotyczyły przestępstw z użyciem przemocy oraz że został on zwolniony już w lutym 1996 r.”, wobec czego „Nie można go było zatem traktować jako osadzonego bez możliwości zwolnienia z więzienia”.⁵³

Z kolei w sprawie *Strzeleckiego*, w której wedle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego chodziło o „ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa oraz praw i wolności obywateli”, Trybunał wskazał na zasadność „ochrony funkcjonariuszy straży granicznej przed bezpośrednimi wpływami partii politycznych”, jako że „wola zachowania bezstronności funkcji publicznej, politycznie neutralnej i odsuniętej od walki politycznej stanowi w demokratycznym społeczeństwie cel prawowity”; przeciwnie, „fakt dopuszczenia funkcjonariuszy do działalności partii politycznych mogłby powodować

⁴⁸ Por. *Case of Marasli v. Turkey*, wyrok z 9.11.2004, pkt 18.

⁴⁹ R. Mizerski, op. cit., s. 243.

⁵⁰ Por. J. Velu, R. Ergec, op. cit., pkt 729, s. 591. Por. decyzja EKPC z 13.12.1963, [w:] *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, t. VI, s. 424. Podobnie, co do przynależności do partii o skłonnościach totalitarnych, takiej jak partia faszystowska – por. DR, 7.5, s. 83.

⁵¹ Por. m.in. *Case of Rassemblement Jurassien v. Switzerland*, dec. EKPC z 10.10.1979, DR 17, pkt 8, s. 1220; *Case of Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, dec. EKPC z 16.07.1980, DR 21, pkt 5, s. 147-148; *Case of Ploski v. Poland*, wyrok z 12.11.2002, pkt 34; *Case of Giszczak v. Poland*, wyrok z 29.11.2011, pkt 28; *Case of Lind v. Russia*, wyrok z 6.12.2007, pkt 76.

⁵² Por. np. *Case of Association A. and H. v. Austria*, dec. EKPC z 15.03.1984, DR 36, pkt 7, s. 191-192.

⁵³ *Płoski*, pkt 37.

wprowadzenie do łona tego korpusu funkcjonariuszy konfliktów politycznych i jego instrumentalizację z uwagi na bronione i selektywne interesy”.⁵⁴

Instytucjonalnie celowi „bezpieczeństwa publicznego” najbliższej sferom działania służb czy sił bezpieczeństwa właśnie.

3.5. Ochrona porządku publicznego

Według K. Wojtyczka, porządek publiczny jest „najtrudniejszą do zdefiniowania i najbardziej nieokreśloną spośród przesłanek ograniczania praw człowieka”.⁵⁵ Zwraca on uwagę na fakt dodania w nawiasach słów *ordre public* w angielskojęzycznym tekście MPPOiP po słowach *public order*, co „sugeruje interpretatorom odwołanie się do pojęcia funkcjonującego we francuskim systemie prawnym”.⁵⁶ Moim zdaniem, to tylko część prawdy. Kontynentalna koncepcja „porządku”, odgórnie postrzeganego i scentralizowanego, prowadząca do pruskiego *ordnung muss sein* i do sowieckiego *poriadka* nie ma wcale patentu na wyłączność; równolegle należy uwzględniać – jakby przeciwstawną, bo oddolną koncepcję *public order*, bazującą na założeniu *home (family) peace*. Koncepcje te wzajemnie się przenikają i uzupełniają, prowadząc do koncepcji wspólnej z elementami jednej i drugiej koncepcji wyjściowej.

Tak K. Wojtyczek, jak i R. Mizerski odwołują się do pkt. 22 Zasad z Syrakuz, gdzie rozumie się porządek publiczny jako „zbiór zasad gwarantujących funkcjonowanie społeczeństwa lub też zbiór podstawowych zasad, na których opiera się społeczeństwo”, obejmujący także „poszanowanie dla praw człowieka”.⁵⁷

Zwraca uwagę fakt, że ten cel prawowity został zamieszczony jedynie w klauzuli wolności manifestowania religii i przekonań oraz wolności przemieszczania się, podczas gdy częściej, bo w kontekście wszystkich pozostałych praw limitowalnych sformułowano cel „zapobiegania zamieszkom lub przestępczości”, zakresowo najwyraźniej węższy. Zdaniem J. Velu i R. Ergeca, ograniczenia sformułowane w tym zakresie „wymykają się ogólnemu schematowi specyficznych ograniczeń”, a „ust. 2 [art. 9 EKPC – T.J.] i znaczenie tego prawa przemawiają na rzecz rygorystycznej oceny dopuszczalnych ograniczeń”.⁵⁸

W sprawie Manoussakisa i Innych rząd grecki zaznaczył, że „aczkolwiek pojęcie porządku publicznego ma elementy, które są wspólne demokratycznemu społeczeństwu w Europie, jego substancja wykazuje różnice, zależnie od cech narodowych”.⁵⁹ Trybunał przyznał, że „państwa mają ty-

⁵⁴ *Affaire Strzelecki c. Pologne*, wyrok z 10.04.2012, pkt 44.

⁵⁵ Por. K. Wojtyczek, op. cit., s. 184.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem, s. 185; R. Mizerski, op. cit., s. 242.

⁵⁸ J. Velu, R. Ergec, op. cit., pkt 728-729, s. 591. Por. też: ibidem, pkt 760, s. 619-620.

⁵⁹ *Case of Manoussakis and Others v. Greece*, wyrok z 26.09.1996, pkt 39.

tuł do sprawdzenia, czy dany ruch lub stowarzyszenie prowadzi – pod pretekstem realizacji celów religijnych – działalność szkodliwą dla ludności”; sęk jednak w tym, że Świadkowie Jehowy w Grecji „wchodzą w zakres definicji «znanej religii», jak to prawo greckie przewiduje”.⁶⁰

Na ochronę porządku publicznego powoływał się rząd Armenii w sprawie *Bayatyan* wiążącej się ze sprzeciwem sumienia wobec służby wojskowej. Nie przekonało to Trybunału, który wskazał, że „w czasie skazywania skarżącego władze Armenii już przyrzekły wprowadzić służbę zastępczą i – dorozumianie – powstrzymywać się od karania kolejnych osób korzystających ze sprzeciwu sumienia”.⁶¹

Powoływano się na ten cel prawowity w kontekście porządku w armii⁶² oraz porządku w telekomunikacji.⁶³ Cel ten był ogólnie wykorzystywany w kilkunastu sprawach tureckich, rzadko występując w izolacji, a będąc częściej łączony z celami: bezpieczeństwa narodowego,⁶⁴ zapobiegania przestępczości,⁶⁵ ochrony praw innych osób,⁶⁶ a nawet z ochroną moralności.⁶⁷

3.6. Zapobieganie zamieszkom lub przestępczości

Ten cel prawowity jest dość popularnym motywem w orzecznictwie strasburskim. Daleko nie zawsze wysuwany jest w swojej pełnej formule „zapobiegania zamieszkom lub przestępczości”,⁶⁸ często występuje albo jako „zapobieganie zamieszkom”,⁶⁹ podobnie jako często występuje w formule „zapobiegania przestępczości”.⁷⁰

⁶⁰ Ibidem, pkt 40. Por. *Case of Buscarini and Others v. San Marino*, wyrok z 18.02.1999, pkt 36; *Case of Supreme Holy Council of the Muslim Community v. Bulgaria*, wyrok z 16.12.2004, pkt 92; *Case of Serif v. Greece*, wyrok z 14.12.1999, pkt 43.

⁶¹ *Case of Bayatyan v. Armenia*, wyrok z 7.07.2011, pkt 117.

⁶² *Case of Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs and Gubi v. Austria*, wyrok z 19.12.1994, pkt 32.

⁶³ *Autronic AG Case*, wyrok z 22.05.1990, pkt 58.

⁶⁴ Por. m.in.: *Affaire Yagmudereli c. Turquie*, wyrok z 4.06.2002, pkt 38 i nn.; *Affaire Cetin et Autres c. Turquie*, wyrok z 13.02.2003, pkt 47; *Affaire Yasar Kemal Gokceli c. Turquie*, wyrok z 4.03.2003, pkt 26-27.

⁶⁵ Por. m.in.: *Affaire Seher Karatas c. Turquie*, wyrok z 9.07.2002, pkt 34-36; *Affaire Erdogan c. Turquie*, wyrok z 15.06.2000, pkt 50; *Affaire Guzel c. Turquie (no. 2)*, wyrok z 27.07.2006, pkt 19.

⁶⁶ Por. m.in.: *Affaire Aydin Tatlaw c. Turquie*, wyrok z 2.05.2006, pkt 21; *Affaire Kullular c. Turquie*, wyrok z 29.04.2008, pkt 41; *Affaire I.A. c. Turquie*, wyrok z 13.09.2005, pkt 22; *Affaire Ciloglu ey Autres c. Turquie*, wyrok z 6.03.2007, pkt 42-43.

⁶⁷ Por. m.in.: *Aydin Tatlaw*, pkt 21; *I.A.*, pkt 22.

⁶⁸ Tak np. w: *Case of A.R.M. Chappel v. the United Kingdom*, dec. EKPC z 14.07.1987, DR 53, s. 247; *Case of Nasir v. France*, ser. A, t. 322-B, wyrok z 13.07.1995, pkt 37; *Case of C. v. Belgium*, wyrok z 7.08.1996, pkt 28; *Case of Dalia v. France*, wyrok z 19.02.1998, pkt 48.

⁶⁹ Por. m.in.: *Moustaquim Case*, ser. A, t. 193, wyrok z 18.02.1991, pkt 39-30; *Case of Castells v. Spain*, ser. A, t. 236, pkt 39; *Case of Chorherr v. Austria*, ser. A, t. 266-B, pkt 28-29; *Case of Lambert v. France*, wyrok z 24.08.1998, pkt 29.

⁷⁰ Por. m.in.: *Case of Niemietz v. Germany*, ser. A, t. 251-B, pkt 36; *Case of Murray v. the United Kingdom*, ser. A, t. 300-A, pkt 89; *Case of Ludi v. Switzerland*, ser. A, t. 238, pkt 39.

W sprawie *McLeod* Trybunał zajął się – w kontekście zapobiegania zamieszkom – brytyjską „koncepcją naruszenia pokoju”, do czego – wedle orzecznictwa sądów brytyjskich – dochodzi „wtedy, gdy jednostka powoduje szkodę albo wydaje się powodować szkodę osobom lub własności, bądź też działa w sposób, którego naturalną konsekwencją staje się sprowokowanie przemocy ze strony innych osób”.⁷¹ Wiąże się z tym obowiązek policji „zapobiegania naruszeniom pokoju, co do których rozsądnie można przypuszczać, że nastąpią, bądź wstrzymania naruszenia pokoju, do którego już dochodzi”.⁷²

Uznając w sprawie *Jaremicz* cel „zapobiegania zamieszkom lub przestępczości”, Trybunał wskazał, że „nie jest jednak tak, by osoby pozbawione wolności były pozbawione ich prawa gwarantowanego przez art. 12 li tylko z racji ich statusu”, czego nie dałoby się pogodzić z „tolerancją i otwartością umysłu”, postrzeganymi jako „wyznaczniki demokratycznego społeczeństwa”.⁷³

Istotnych wyjaśnień udzielił Trybunał w jednej z najnowszych spraw rosyjskich, stwierdził mianowicie w kontekście wolności pokojowych zgromadzeń, że „Uprzednie zawiadomienie służy nie tylko celowi pogodzenia prawa do zgromadzeń z prawami i legalnymi interesami (w tym swobodą poruszania się) innych osób, lecz także celowi zapobiegania zamieszkom i przestępczości. Dla zrównoważenia tych sprzecznych interesów instytucja wstępnego postępowania administracyjnego zda się wspólną praktyką w państwach członkowskich w związku z organizowaniem demonstracji publicznej”; dodał przy tym, co istotne: „rozpraszanie demonstracji li tylko z powodu braku wymaganego wcześniejszego zawiadomienia, w braku jakiegokolwiek bezprawnego postępowania uczestników, mogłoby oznaczać dysproporcjonalne ograniczenie wolności pokojowych zgromadzeń”.⁷⁴

W kilkunastu innych sprawach cel zapobiegania zamieszkom lub przestępczości występował albo pojedynczo,⁷⁵ albo w powiązaniu z ochroną praw innych osób⁷⁶ lub ochroną bezpieczeństwa narodowego.⁷⁷

⁷¹ Por. *Case of McLeod v. the United Kingdom*, wyrok z 23.09.1998, pkt 42.

⁷² Ibidem, pkt 43.

⁷³ *Case of Jaremicz v. Poland*, wyrok z 5.01.2010, pkt 53. Por. też: *Case of Franik v. Poland*, wyrok z 5.01.2010, pkt 95.

⁷⁴ Por.: *Case of Bertladir and Others v. Russia*, wyrok z 10.07.2012, pkt 42 i 43.

⁷⁵ Por. m.in.: *Case of Van Der Heijden v. the Netherlands*, wyrok z 23.10.2008, pkt 38; *Case of Alekseyev v. Russia*, wyrok z 21.10.2010, pkt 73; *Case of Camyar and Bertas v. Turkey*, wyrok z 15.02.2011, pkt 34; *Case of Ratushna v. Ukraine*, wyrok z 2.12.2010, pkt 71.

⁷⁶ *Affaire Niemietz c. Allemagne*, wyrok z 16.12.1992, pkt 36; *Case of Sergey Kuznetsov v. Russia*, wyrok z 23.10.2008, pkt 38; *Case of Faber v. Hungary*, wyrok z 24.07.2012, pkt 31; *Case of Suyato-Mykhailivska Parafiya v. Ukraine*, wyrok z 14.06.2007, pkt 133.

⁷⁷ *Affaire Farku Tenmel c. Turquie*, wyrok 1.02.2011, pkt 52; *Case of Ozturk v. Turkey*, wyrok z 28.09.1999, pkt 59.

3.7. Ochrona dobrobytu gospodarczego kraju

Jak twierdzą J. Velu i R. Ergec, „«Dobrobyt gospodarczy kraju» może usprawiedliwiać ingerencje w prawo do życia rodzinnego w kontekście środków imigracyjnych”.⁷⁸

W 1993 r. w kontekście międzynarodowej przestępczości gospodarczej w tym przestępstw celnych i dewizowych, Trybunał rozstrzygnął trzy sprawy francuskie, potwierdzając w nich zasadność ingerencji podjętej w imię „ochrony dobrobytu gospodarczego kraju”.⁷⁹

W sprawie chorwackiej cel ochrony dobrobytu gospodarczego kraju stał u podłoża eksmisji skarżącego, przy czym Trybunał wyjaśniał: „Celem tego postanowienia było zakończenie specjalnie chronionych najmów posiadanych przez jednostki, które już nie mieszkają w przyznanych im lokalach socjalnych, mając na względzie późniejszą redystrybucję takich mieszkań wśród innych potrzebujących. Miało więc służyć zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, a zatem kierowało się prawowitymi celami promocji dobrobytu gospodarczego kraju oraz ochrony praw innych osób”.⁸⁰

3.8. Zapobieganie ujawnieniu informacji poufnych

Zauważmy, że w dwóch sprawach, brytyjskiej i holenderskiej, już tu omawianych w kontekście bezpieczeństwa narodowego, *de facto* chodziło o zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych. Sprawa „Observera” i „Guardiana” dotyczyła przecież zakazu publikacji odcinków powieści *Łowca szpiegów*, podtrzymywanego nawet wtedy, gdy powieść już została wydrukowana w USA i masowo sprowadzana była do Wielkiej Brytanii. Tajemnice *secret service* przestały być tajemnicami.⁸¹

Podobnie w Holandii zakaz publikacji i dystrybucji specjalnego numeru tygodnika „Bluf!”, z zamieszczonym w nim poufnym raportem szefa Służby Bezpieczeństwa sprzed sześciu lat, stracił na znaczeniu wobec tego, że udało się dziennikarzom zabezpieczyć duże ilości kopii numeru i rozrzucić je na ulicach Amsterdamu. Znowu strzeżona tajemnica przestała być tajemnicą. Jak to ocenił Trybunał: „zakres upublicznienia był inny. Odnosna informacja stała się jednak dostępna znacznej liczbie ludzi, którzy mogli z kolei komunikować się z innymi osobami. Nadto, wydarzenia były komentowane w mediach. Skoro tak, ochrona informacji jako tajemnicy pań-

⁷⁸ J. Velu, R. Ergec, op. cit., pkt 192, s. 149-150. Por. *Case of Nadir and Others v. Sweden*, wyrok z 15.05.2012, pkt 37.

⁷⁹ Por.: *Case of Cremieux v. France*, ser. a, t. 256-B, wyrok z 23.02.1993, pkt 35; *Case of Funke v. France*, jw., pkt 52; *Case of Mialhe v. France*, jw., pkt 33.

⁸⁰ *Case of Bjedov v. Croatia*, wyrok z 29.05.2012, pkt 63. Por. *Case of Orlic v. Croatia*, wyrok z 21.06.2011, pkt 62.

⁸¹ *Observer and Guardian*, pkt 56-57.

stwowej nie była już usprawiedliwiona, zaś wycofanie nr 267 «Bluf!» nie było już konieczne dla osiągnięcia realizowanego celu prawowitego»⁸².

Klasyczną w tym względzie była sprawa *Webera*. Ten szwajcarski naukowiec zaangażowany w projekty rozbudowy szwajcarskiej energetyki jądrowej, a będący przeciwnikiem ich realizacji, na specjalnie zwołanej konferencji prasowej przedstawił związane z tym tajemnice. Zakaz sądowy dotyczył możliwości opublikowania i rozpowszechniania jego autorskiego artykułu prasowego, gdy tymczasem w innych pismach i w ogóle w mediach głośno było o sprawie na podstawie odbytej wcześniej konferencji. Argumentacja rządowa nie przekonała Trybunału, jako że w jego ocenie „interes zachowania poufności wyżej wspomnianych faktów 2 marca 1982 r. już nie istniał”, a nakładana nań kara „nie jawiła się już jako konieczna dla osiągnięcia realizowanego celu prawowitego”.⁸³

Tajemnica jest więc prawdziwie tajemnicą, dopóki jest skutecznie strzeżona. Oznacza to wysokie standardy przestrzegania poufności przez urzędników i funkcjonariuszy odpowiedzialnych za tajemnicę. Tajemnica bezskuteczna przestaje być tajemnicą.

3.9. Ochrona praw i wolności innych osób

Państwo ma czuwać także nad interpersonalnym, horyzontalnym działaniem praw człowieka, m.in. nad tym, by nie dochodziło do nadużywania korzystania z praw człowieka kosztem innych osób, by ludzie wzajemnie się nie krzywdzili, w rozmaity sposób, nie wykluczając sposobów przestępczych. Dynamiczny rozwój zobowiązań pozytywnych tym bardziej aktualizuje i nasila znaczenie tego celu prawowitego; dla jego realizacji okazuje się niezbędne m.in. skuteczne prawo karne i prawo w ogóle.

Chodzi też, co silnie akcentuje K. Wojtyczek, o sytuacje kolizji w korzystaniu z różnych praw człowieka przez różne osoby i kwestie priorytetu należnego temu bądź innemu prawu.⁸⁴ Jego zdaniem: „Jeżeli dane ograniczenie można uzasadnić zarówno na podstawie przesłanki ochrony praw i wolności innych osób, jak i innych przesłanek, organy państwowe powinny przede wszystkim powoływać się na tę pierwszą przesłankę, a pozostałe przesłanki powinny mieć charakter subsydiarny. Takie podejście najpełniej odpowiada koncepcji państwa jako instytucji, której podstawowym celem jest ochrona praw człowieka”.⁸⁵

R. Mizerski słusznie wskazuje na historyczne korzenie tej przesłanki, nawiązując do Francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela

⁸² *Vereniging Weekblad "Bluf"*, pkt 44. Por. pkt 33-41.

⁸³ *Weber Case*, ser. A, t. 177, pkt 51.

⁸⁴ Por.: K. Wojtyczek, op. cit., s. 198 i nn., który najpierw omawia przypadek kolizji praw konstytucyjnych, a potem ewentualność ograniczeń „z uwagi na ochronę praw pozakonstytucyjnych”.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 200.

z 26 sierpnia 1789 r.⁸⁶ Podpowiada przy tym pewne reguły rozwiązywania kolizji praw na podstawie kryterium „statusu konkurujących uprawnień”, w tym pierwszeństwa praw nielimitowanych przed limitowanymi, pierwszeństwa praw uznawanych przez ETPC za „fundamenty demokratycznego społeczeństwa” oraz – z dużymi wątpliwościami – pierwszeństwa praw niederogowalnych. Przyznam, że tych ostatnich wątpliwości nie rozumiem i ...nie podzielam.⁸⁷

Zdaniem Velu i Ergeca: „Jeśli chodzi o «ochronę praw i wolności innych osób», obejmuje ona szerokie pole ingerencji, które znajduje najwyższy wyraz w ochronie demokratycznego porządku społecznego”.⁸⁸ Dodają ponadto: „Ochrona praw i wolności innych osób niewątpliwie może uzasadniać zakaz praktyk, takich jak ofiary z ludzi, okaleczenia, sprowadzanie do stanu poddaństwa itp.”⁸⁹

Nie sposób w tym krótkim opracowaniu prześledzić wszelkich wariantów relacji wzajemnych między prawami chronionymi w systemie Konwencji. Ograniczmy się do wskazania dwóch głównych obszarów napięć: pomiędzy prawem do życia dziecka poczętego a prawem do prywatności kobiety ciężarnej oraz pomiędzy prawem do poszanowania życia prywatnego a wolnością ekspresji. Na temat tego pierwszego obszaru napięcia panuje właściwie w orzecznictwie strasburskim cisza, bo relacja jest jednostronna: cała uwaga skupia się na prywatności kobiety ciężarnej i proceduralnych gwarancjach jej zabezpieczenia, podczas gdy co do dziecka poczętego nadal i chyba coraz silniej udaje się, że problemu nie ma, bo nie jest rzekomo rozstrzygnięte, kiedy zaczyna się życie ludzkie, kiedy zaczyna się człowiek. Życie i oczywiste cierpienia prenatalne nie są brane pod uwagę, chociaż w sposób wyrazisty kłóci się to z podstawowymi danymi bioetycznymi i z uznaniem w tej sferze od samego początku dysponowania przez istotę ludzką godnością i tożsamością, które wymagają przecież poszanowania. O tym drugim obszarze napięcia powiem przy okazji przedstawiania kolejnego celu prawowego – „ochrony dobrego imienia i praw innych osób”.

Odnotujmy kilka wybranych spostrzeżeń Trybunału Strasburskiego. Tak np. w sprawie *Bronda*, gdzie chodziło o kwestie publicznej pieczy nad dzieckiem i praw rodziców naturalnych, Trybunał wyjaśnił, że „odnośne postanowienia stosowane były w celu ochrony dziecka”, „sędziowie kierowali się tym, co pozostawało w interesie S. i było konieczne dla jej mentalnego rozwoju”; „W konsekwencji, ingerencja kierowała się celem prawnym, a mianowicie ochroną praw i wolności innych osób zgodnie z art. 8

⁸⁶ Por. R. Mizerski, op. cit., s. 243-244. Faktycznie, art. 4 Deklaracji wyjaśniał: „Wolność polega na tym, aby móc czynić wszystko, co nie szkodzi innemu: w ten sposób korzystanie z naturalnych praw przez każdego człowieka nie ma innych granic niż te, które zapewniają innym członkom społeczeństwa korzystanie z tych samych praw. Granice te mogą być określone tylko przez ustawę”. Tekst [w:] *Prawa człowieka. Wybór źródeł*, oprac. K. Motyka, Lublin 1996, s. 46 i nn.

⁸⁷ R. Mizerski, op. cit., s. 244.

⁸⁸ J. Velu, R. Ergec, op. cit., pkt 192, s. 150.

⁸⁹ Ibidem, pkt 729, s. 591. Por. też: pkt 764, s. 624.

ust. 2^o.⁹⁰ W sprawach tego rodzaju nadrzędny interes dziecka nabiera znaczenia priorytetowego i nieraz góruje nad interesami rodzica czy nawet obojga rodziców. Sztampowe podejście do tego zagadnienia może więcej szkody wyrządzić, niż pożytku przynieść; chodzi o to, by nie godzić w rodzinę, której nie da się zastąpić, która jest optymalnym środowiskiem naturalnym dla rozwoju dziecka.

Ochroną praw innych osób, a mianowicie innych członków Rady Adwokackiej i społeczeństwa jako całości uzasadniano zakaz adwokackiej reklamy zawodowej,⁹¹ ograniczenia w korzystaniu z praw politycznych przez członka służby bezpieczeństwa w warunkach transformacji posttotalitarnej,⁹² ochronę uczuć religijnych wyznawców katolicyzmu w Tyrolu⁹³ itd.

Na oddzielną uwagę zasługuje francuska sprawa łowiecka, w której wchodziła w grę kolizja między konwencyjnym prawem do niezakłóconego korzystania ze swojego mienia a pozakonwencyjnym prawem do łowiectwa. Trybunał, z jednej strony, uznał, że „Tam, gdzie prawa i wolności same przez się znajdują się wśród zagwarantowanych przez Konwencję i Protokoły do niej, tam należy przyjąć, iż potrzeba ich ochrony może skłaniać państwa do ograniczenia innych praw i wolności, podobnie w Konwencji umocowanych”.⁹⁴ Trybunał dodał: „To właśnie takie stałe dążenie do równowagi między fundamentalnymi prawami każdej jednostki stanowi podwalinę «demokratycznego społeczeństwa»”.⁹⁵ Z drugiej strony, Trybunał zaakcentował, że „Sprawa przedstawia się odmiennie, gdy ograniczenia są nakładane na prawo czy wolność gwarantowane przez Konwencję w celu ochrony «praw i wolności» w nie samej jako takie nie wyrażonych. W takim przypadku tylko niewątpliwe imperatywy usprawiedliwiać by mogły ingerencję w korzystanie z prawa konwencyjnego”.⁹⁶

⁹⁰ *Case of Bronda v. Italy*, wyrok z 9.06.1998, pkt 55.

⁹¹ Por. *Case of Casado Coca v. Spain*, ser. A, t. 258, wyrok z 24.02.1994, pkt 44-46.

⁹² *Case of Rekvenyi v. Hungary*, wyrok z 20.05.1999, pkt 41 i 46.

⁹³ *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, ser. A, t. 259-A, wyrok z 20.09.1994, pkt 46-50. Trybunał uznał, co prawda, że „Ci, którzy decydują się na korzystanie z wolności manifestowania swojej religii, niezależnie od tego, czy czynią to jako członkowie większości, czy mniejszości religijnej, nie mogą rozsądnie oczekiwać wykluczenia wszelkiej krytyki. Muszą tolerować i akceptować negowanie przez innych ich przekonań religijnych, a nawet propagowania przez innych doktryn wrogich wobec ich wiary, z drugiej jednak strony, sposób, w jakim się przeciwstawia uczuciom i doktrynom religijnym, jest sprawą, która może angażować odpowiedzialność państwa, zwłaszcza jego odpowiedzialność za zapewnienie niezakłóconego korzystania z prawa zapewnianego na podstawie art. 9 wyznawcom takich przekonań i doktryn” – ibidem, pkt 47.

⁹⁴ *Case of Chassagnou and Others v. France*, wyrok z 29.04.1999, pkt 113.

⁹⁵ Ibidem. Trybunał zwrócił uwagę, że w tej sferze państwom winien przysługiwać „szeroki margines oceny”.

⁹⁶ Ibidem. Sytuacja nie była taka klarowna, bo chociaż Konwencja nie gwarantuje prawa do polowania, związki łowieckie stanowią niewątpliwie owoc korzystania z wolności zrzeszania, gwarantowanej przez Konwencję.

3.10. Ochrona dobrego imienia i praw innych osób

W istocie w kontekście badanego tu celu prawowitego pozostajemy nadal w sferze przed chwilą przedstawionego celu prawowitego „ochrony praw i wolności innych osób”, tyle że w jego wyspecyfikowanej postaci, dostosowanej do charakterystyki wolności ekspresji. Ta specyfikacja polega na wyodrębnieniu szczególnej wartości „dobrego imienia” i wysunięciu jej na czoło formuły celu prawowitego. W ten sposób poniekąd – świadomie czy niechcący – potwierdzono, że substancja chroniona prawa do poszanowania życia prywatnego obejmuje „dobre imię”, podobnie jak wskazano „głównego przeciwnika”, jako że w kontekście korzystania z wolności ekspresji w pierwszym rzędzie i najbardziej niejako zagrożona jest właśnie prywatność. Zatem, główne obszary napięcia to relacja art. 10 Konwencji z jej art. 8, a następnie z jej art. 9, który też jakby zawierał pewne odcienie prywatności o zabarwieniu religijnym.

Orzecznictwo strasburskie na tle obelg i zniesławień jest bardzo bogate i nie sposób go tu szczegółowo śledzić; wystarczy wskazać na dwa istotne momenty. Po pierwsze, stopień poszanowania prywatności jest odwrotnie proporcjonalny do stopnia upublicznienia „ofiary ekspresji”: im bardziej publiczną postacią jest dana osoba, z politykami, zwłaszcza członkami rządu na czele, tym mniej jest zakresu szanowanej prywatności, aczkolwiek on zupełnie nigdy nie znika. Podobnie, im bardziej celebrytka upublicznia detale swego życia, tym mniej może liczyć na uszanowanie jej prywatności i „odsłanianej” przeciw intymności. I przeciwnie, im bardziej się jest „szarym obywatelem”, tym bardziej chroniona ma być warstwa prywatności.

Po drugie, chodzi o wyraźne odróżnienie stwierdzeń faktycznych i sądów wartościujących; podczas gdy pierwsze mają być obiektywne i nadają się do dowodu prawdy, mogą się więc wiązać z ciężarem dowodu spoczywającym na ich autorze, te drugie są li tylko hipotetyczne, a dowód ich prawdziwości jest obiektywnie niemożliwy i nie wolno się go domagać.⁹⁷

W sprawie *Plon (Societe)* wchodziły w grę pośmiertne problemy byłego prezydenta Republiki Francuskiej, Francois Mitterranda. Według skarżącej spółki, ochrona cywilnoprawna została przekreślona przez śmierć. Obok celu prawowitego „ochrony dobrego imienia i praw innych osób”, wchodziło w grę „zapobieganie ujawnieniu informacji poufnych” z zakresu tajemnicy lekarskiej. Trybunał nie rozstrzygał problemu, który z tych celów uzasadniał pociągnięcie spółki do odpowiedzialności cywilnej; stwierdził jednak, że „inkryminowane środki zmierzały do ochrony czci, dobrego imienia oraz intymności życia prywatnego zmarłego Prezydenta”; „Wiele ujawnionych informacji prawniczo stanowiło tajemnicę, zatem *a fortiori* było informacjami poufnymi, których ujawnienie konkretnie godziło w prawa innych osób

⁹⁷ Co do zakwestionowania celu ochrony dobrego imienia w kontekście sądów wartościujących – por. np.: *Case of Schwabe v. Austria*, ser. A, t. 242-B, wyrok z 28.08.1992, pkt 34-35.

[prezydenta Republiki, wdowy i dzieci – jak to sądy stwierdzały – T.J.), których ochronę art. 10 ust. 2 uważa za prawowitą”.⁹⁸

W sprawie *Sanockiego* Trybunał wyraził pogląd, że „należy ustalić słuszną równowagę między dziennikarskim przywilejem krytykowania działań rządzących a prawem tych ostatnich do odpowiadania na tę krytykę, do ochrony swojego dobrego imienia oraz do informowania opinii publicznej o tym, jak sprawują oni władzę”.⁹⁹ Z kolei w sprawie *Dąbrowskiego* Trybunał wskazał, że: „Bez wątpienia, art. 10 ust. 2 umożliwia ochronę dobrego imienia innych osób – to jest, wszystkich osób – i ochrona ta obejmuje także polityków, nawet jeśli nie działają oni jako osoby prywatne; jednak w takich sytuacjach wymogi obrony muszą być rozważone z uwzględnieniem interesów otwartej dyskusji w sprawach politycznych”.¹⁰⁰

Wreszcie, w sprawie *Wizerkaniuka* Trybunał, co prawda, uznał, że „ingerencja służyła celowi prawowitemu”, a mianowicie „ochronie dobrego imienia i praw innych osób”, ale jednocześnie podkreślał, że „nigdy nie twierdzono – ani w trakcie postępowania krajowego, ani przed Trybunałem – że opublikowany przez gazetę wywiad zawierał jakiekolwiek informacje czy opinie, które mogłyby zaszkodzić dobremu imieniu parlamentarzysty”; sądy krajowe „nie odnosiły się w ogóle do treści wywiadu”, a skazanie skarżącego „opierało się wyłącznie na naruszeniu o charakterze technicznym, mianowicie opublikowaniu wywiadu bez autoryzacji parlamentarzysty”.¹⁰¹

3.11. Ochrona zdrowia

O tym, że zdrowie jest wielką wartością, nikogo nie trzeba chyba przekonywać. Wymowne jest jednak to, że ochrona zdrowia jest celem prawowitym i to zawsze i wszędzie występującym. To tylko potwierdzenie jego uniwersalnego znaczenia: i w ujęciu indywidualnym czy rodzinnym, i w perspektywie ogólnospołecznej, a nawet w perspektywie europejskiej i światowej.

Trybunał wielokrotnie uznawał znaczenie tego celu prawowitego, zarówno wtedy, gdy w sprawach pieczy chodziło o ochronę zdrowia fizycznego i mentalnego dziecka,¹⁰² jak i wtedy, gdy rzecz dotyczyła przymusowego dokarmiania psychicznie chorego więźnia¹⁰³ albo granic dopuszczalności uboju rytualnego.¹⁰⁴

⁹⁸ *Affaire Plon (Societe) c. France*, wyrok z 18.05.2004, pkt 33-34.

⁹⁹ *Affaire Sanocki c. Pologne*, wyrok z 17.07.2007, pkt 62.

¹⁰⁰ *Case of Dąbrowski v. Poland*, wyrok z 19.12.2006, pkt 28.

¹⁰¹ *Case of Wizerkaniuk v. Poland*, wyrok z 5.07.2011, pkt 63.

¹⁰² Por. np.: *Case of Keegan v. Ireland*, ser. A, t. 290, wyrok z 26.05.1994, pkt 54; *Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, ser. A, t. 226, wyrok z 25.02.1992, pkt 87; *Case of Hoffmann v. Austria*, ser. A, t. 233-C, wyrok z 23.06.1993, pkt 33; *Case of Johansen v. Norway*, wyrok z 7.08.1996, pkt 60-61.

¹⁰³ *Case of Herczegfalvy v. Austria*, ser. A, t. 242-B, wyrok z 24.09.1992, pkt 87.

¹⁰⁴ *The Jewish Liturgical Association Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, wyrok z 27.06.2000, pkt 84.

3.12. Ochrona moralności

W mojej osobistej ocenie, to jeden ze słabszych punktów w orzecznictwie Trybunału Strasburskiego. Chcąc dotrzymać kroku modnym wyzwaniom, Trybunał nie docenia moralności i „rozmienia ją na drobne” czy zgłębia ją manipulując. Tak np. w sprawie *Open Door and Dublin Well Woman*, by uniknąć trudnych problemów, z jakimi by się spotkał w sferze prawa do życia, Trybunał pokrętnie posłużył się koncepcją moralności seksualnej jako właściwej sfery odpowiedzi w sprawach aborcyjnych.¹⁰⁵ Nawet wtedy jednak musiał Trybunał przyznać, że „ochrona przyznawana na podstawie prawa irlandzkiego prawu nienarodzonego do życia oparta jest na głębokich wartościach moralnych dotyczących istoty życia, które zostały odzwierciedlone w postawie większości ludności irlandzkiej przeciwnej aborcji, jak to się wyraziło w referendum z 1983 r.”¹⁰⁶

Bardzo jednoznacznie i niejednokrotnie Trybunał odrzucał istnienie wspólnej europejskiej koncepcji moralności,¹⁰⁷ co wiąże się, moim zdaniem, z zapoznaniem i zakwestionowaniem chrześcijańskich korzeni Europy. Skoro w płaszczyźnie światowej odnotowujemy w prawie międzynarodowym znaczenie i wpływ „moralności powszechnej”, jeśli przypomnimy, że to właśnie mocarstwa europejskie projektują i sygnują akty prawne sięgające po pokłady moralności, jeśli w dobrej wierze przyjmujemy formułę preambuły do Konwencji dotyczącą wspólnego dziedzictwa ideałów i zasad, to po prostu negować istnienia w pewnym choćby zakresie moralności europejskiej nie wolno. Z drugiej strony, zgodzić się trzeba, że daleko nie wszędzie w tym zakresie zostało „zeuropeizowane” i że istotne różnice w moralności przesądzają m.in. o barwnej różnorodności państw i narodów europejskich, przyczyniając się do kolorytu ich specyficznej tożsamości narodowej.

Gdy w sprawie *Thlimmenos* Trybunał Strasburski przemawiał na rzecz konieczności odmiennego traktowania – pośród wszelkich innych przestępców – osób skazanych w Grecji za sprzeciw sumienia wobec służby wojskowej, wyczuwało się, że jego rozumowanie opiera się na poważnych względach moralnych.¹⁰⁸

¹⁰⁵ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, ser. A, t. 246, wyrok z 29.10.1992, pkt 47.

¹⁰⁶ Ibidem, pkt 63.

¹⁰⁷ Por. np. *Case of Muller and Others v. Switzerland*, ser. A, t. 133, pkt 35; *Otto-Preminger-Institut*, pkt 50.

¹⁰⁸ Por. *Thlimmenos*, pkt 46-47. Stwierdził wtedy: „Trybunał uważa również jednak, że – w odróżnieniu od innych skazań za przestępstwa kryminalne – skazanie za odmowę na podstawach religijnych czy filozoficznych przywdziania munduru wojskowego nie może implikować żadnej nieuczciwości czy hańby moralnej, mogących podkopać zdatność skarżącego do wykonywania tego zawodu [tj. przysięgłego księgowego – T.J.]”.

3.13. Podtrzymywanie powagi i bezstronności sądownictwa

Przypomnijmy na wstępie, że jest powszechnie przyjmuje się, iż sądowa droga dochodzenia roszczeń wynikających na tle naruszeń praw człowieka jest drogą najpewniejszą i siłą rzeczy utkwioną w proceduralnych gwarancjach samych praw człowieka. Zatem wymiar sprawiedliwości i sądownictwo stanowią wielką wartość w każdym systemie ochrony praw człowieka, cenność, która należy odpowiednio chronić. Trudno się więc dziwić, przeciwnie – należy się cieszyć, że wśród celów prawowitych ograniczeń wolności ekspresji pojawiło się właśnie „podtrzymywanie powagi i bezstronności sądownictwa”.

Jak wskazują Velu i Ergec, „Konieczność podtrzymywania „powagi i bezstronności sądownictwa” stanowi echo anglosaskiej instytucji *contempt of court*, które usprawiedliwiała ograniczenia wolności ekspresji, zwłaszcza prasy, dla zachowania spokoju debat sądowych”.¹⁰⁹

Najpełniej stanowisko swoje w tym względzie wyraził Trybunał w sprawie *Worm przeciwko Austrii*. Wskazał, że „wyrażenie «powaga i bezstronność sądownictwa» mają być rozumiane «w znaczeniu Konwencji», ze zwracaniem uwagi na „centralną pozycję zajmowaną w tym kontekście przez art. 6, który odzwierciedla fundamentalną zasadę *rule of law*”.¹¹⁰ Wyjaśnił zarazem, że „Fraza «powaga sądownictwa» obejmuje w szczególności założenie, iż sądy są – i jako takie są akceptowane przez społeczeństwo jako całość – właściwym forum dla załatwiania sporów prawnych oraz dla ustalania winy bądź niewinności osoby postawionej pod zarzutem karnym; nadto, że społeczeństwo jako całość musi szanować i darzyć zaufaniem zdolność sądów do wypełnienia tej funkcji”.¹¹¹ Z kolei, „«Bezstronność» normalnie oznacza brak uprzedzenia bądź stronniczości»; chodzi o „zaufanie, jakie sądy w demokratycznym społeczeństwie muszą wzbudzać w oskarżonym, jeśli chodzi o postępowanie karne, a także w społeczeństwie jako całości”.¹¹² Zatem, dzięki temu celowi prawowitemu, „państwa mają tytuł do brania pod uwagę względów zmierzających – jak w sprawie niniejszej – do ochrony fundamentalnej roli sądów w demokratycznym społeczeństwie”.¹¹³

¹⁰⁹ J. Velu, R. Ergec, op. cit., pkt 192, s. 150. W sprawie Sunday Times dotyczącej tragedii talidomidu, sądy angielskie koncepcje *contempt of court* zastosowały; według Trybunału jednak, „wymiar sprawiedliwości może być przedmiotem dyskusji w mediach; powinien współdziałać ze świadomym społeczeństwem; do prawa prasy do informowania dołącza prawo społeczeństwa do otrzymywania informacji, jeśli przemawia za tym interes publiczny; tragedia talidomidu stanowiła taki interes” – ibidem, pkt 766, s. 625. Ten cel prawowity wyraziście pojawił się w omawianych tu sprawach: „Observer” and „Guardian”, pkt 55-56; Weber, pkt 44-45.

¹¹⁰ *Case of Worm v. Austria*, wyrok z 29.08.1997, pkt 40.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem.

Trybunał wskazał, że „krajowy margines oceny nie jest dla każdego z poszczególnych celów wyliczonych w art. 10 ust. 2 identyczny”, zaś „Jeśli chodzi o pojęcie «powagi i bezstronności sądownictwa» Trybunał już wskazywał na jego obiektywny charakter oraz na fakt, że w tym obszarze prawo krajowe i praktyka państw członkowskich Rady Europy przejawiają zupełne substancjalny stopień wspólnej podstawy”,¹¹⁴ w każdym razie, ograniczenia wolności ekspresji pod tym tytułem dozwolone „nie dają państwom tytułu do ograniczania wszelkich form dyskusji publicznej nad sprawami zawisłymi przed sądami”, bo „sądy nie mogą działać w *vacuum*”, przeciwnie – „sprawozdawanie, w tym komentowanie, postępowania sądowego przyczynia się do jego *publicity*, a zatem doskonale współbrzmi z wymogiem art. 6 ust. 1 Konwencji, stosownie do którego rozprawy mają być publiczne”. Istotne jest jednak przy tym, że „granice dopuszczalnego komentowania nie mogą obejmować oświadczeń mogących zaszkodzić – świadomie bądź nieświadomie – szansom osoby korzystającej ze słusznego procesu bądź podkopać zaufanie opinii publicznej do roli sądów w karnym wymiarze sprawiedliwości”.¹¹⁵

Podobnie, w jednej ze spraw polskich Trybunał stwierdził, że „sformułowanie «powaga sądownictwa» obejmuje w szczególności założenie, że sądy stanowią właściwe forum załatwiania sporów prawnych i rozstrzygania o winie bądź niewinności osoby postawionej przed oskarżeniem karnym i jako takie są akceptowane przez ogół społeczeństwa. Gdy chodzi o ochronę powagi władzy sądowej, stawką jest zaufanie, jakie w demokratycznym społeczeństwie mają wzbudzać sądy, tak u oskarżonego, gdy mamy do czynienia z procesem karnym, jak i w ogóle u społeczeństwa”.¹¹⁶

4. Uwagi końcowe

Chciałoby się znowu pokrzykować postanowienia art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zakresie odnoszącym się do testu celowości. Po pierwsze dlatego, że niedopuszczalna w sferze pierwszej generacji praw człowieka generalna klauzula limitacyjna siłą rzeczy nie potrafi się dostosować do specyfiki konkretnych praw chronionych, których w ogóle nie rozróżnia. Po drugie dlatego, że katalog celów prawowitych jest jeden i ten sam dla wszystkich i jakichkolwiek praw. Po trzecie, katalog ten jest – w porównaniu z indywidualnymi klauzulami limitacyjnymi w EKPC – nadzwyczaj ubogi i wiele celów prawowitych z systemu EKPC w Konstytucji polskiej w ogóle nie zostało odzwierciedlonych. Po czwarte i z drugiej strony – Konstytucja zawiera niedopuszczalne wzbogacenie katalogu wprowadzając dodatkowo „ochronę środowiska”. Z „mieszanymi uczuciami” ten cel prawo-

¹¹⁴ Ibidem, pkt 49.

¹¹⁵ Ibidem, pkt 50.

¹¹⁶ *Case of Skatka v. Poland*, wyrok z 27.05.2003, pkt 40.

wity zda się przyjmować jako „nietypowy” R. Mizerski,¹¹⁷ gloryfikuje go wręcz K. Wojtyczek, nazywając „najbardziej jednoznaczną przesłanką ingerencji w sferę praw człowieka”, której stosowanie – ponoć – nawet „nie wymaga wartościowań”.¹¹⁸ Mam przeciwne zdanie: w standardach europejskich dba się o środowisko, a dla jego ochrony nie trzeba zeń czynić celu prawowitego i wyprowadzać na wojnę z człowiekiem i jego prawami. Środowisko bowiem wcale nie jest antyludzkie i nieraz jego ochrona przyczynia się z interesem ochrony konkretnego prawa człowieka, np. prawa do poszanowania domu i życia rodzinnego.¹¹⁹ Z drugiej strony, człowiek wcale nie jest taki antyśrodowiskowy i potrafi – w kontekście korzystania z własności – uznać interes środowiska za na tyle ważny interes publiczny, że może uzasadnić nawet pozbawienie własności, albo za tyle istotny „interes powszechny”, by uzasadnić ograniczenia w ramach reglamentacji korzystania z własności.¹²⁰

Międzynarodowy, w tym zwłaszcza europejski model limitacji korzystania z praw człowieka, a w szczególności europejski test celowości wyznacza zarazem maksymalne granice ograniczeń korzystania z praw człowieka pod tym względem. Pomimo założenia marginesu oceny, w niektórych kontekstach nawet szerokiego co do zasady, państwu nie wolno tych granic poszerzać, bo te ograniczenia wymagają – jako wyjątki właśnie – ścisłej interpretacji. Tym bardziej nie wolno państwu dowolnie rozbudowywać katalogu celów prawowitych, bo katalogi europejskie wyznaczają tu również dopuszczalne maksimum.

Bycie w Europie wymagałoby od Polski, jej prawodawców i w ogóle ludzi polityki solidniejszego podejścia do standardów europejskich, nie tylko tych unijnych, ale też tych obowiązujących nas w systemie Rady Europy. W ramach różnych przymiarek do doskonalenia Konstytucji najwyższy czas uwzględnić konieczność prac nad wyeliminowaniem tego – jak się okazuje dość przypadkowo i bardzo niekompetentnie wykrojonego – potworka w postaci art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wprowadzano go, popisując się pełną nieświadomością, może więc warto zabrać się za leczenie tej choroby konstytucyjnej.

¹¹⁷ R. Mizerski, op. cit., s. 145.

¹¹⁸ K. Wojtyczek, op. cit., s. 192.

¹¹⁹ W ten sposób załatwiał Trybunał sprawy związane z zanieczyszczeniem wód czy powietrza oraz nadmiernym hałasem.

¹²⁰ Por. art. 1 zd. II i III Protokołu I do EKPC.

TEST OF LEGITIMATE AIM IN FUNCTIONING OF THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS MECHANISM WITHIN THE ECHR SYSTEM

Key words: Limitation clauses, legitimate aims, proportionality test, misuse of legitimate aim, interpretation of legitimate aim

Summary

With no doubt, the European Court of Human Rights in its reasoning gives far less place to the test of legitimate aim than the test of legality or the test of necessity. Sometimes it is treated marginally. However, it has its importance and repeatedly it focuses the Court's attention. It turns out, it is not that the content of particular legitimate aims is left to the appreciation of the state only. The Court has repeatedly taken part in interpretation of the legitimate aim, granting it – in narrow or wider sense – European content, which leads to more or less uniform understanding in all States Parties to the Convention. The catalog of legitimate aims adopted in limitation clause is exhaustive and the State cannot create any other aims, which is in conformity with article 18 of the ECHR.

Mariusz Lewandowski

Wydział Prawa i Administracji UMK w Toruniu

Standard adekwatnego i skutecznego śledztwa w rozumieniu orzecznictwa strasburskiego

Słowa kluczowe: adekwatne, szczegółowe i skuteczne śledztwo; postępowanie przygotowawcze, pokrzywdzony, oględziny zwłok, tortury, nieludzkie lub poniżające traktowanie albo karanie, słuszny proces, krewni (osoby bliskie) pokrzywdzonego

Postępowanie przygotowawcze stanowi pierwsze stadium procesu karnego, które wyprzedza postępowanie jurysdykcyjne przed sądem pierwszej instancji, a następnie postępowanie przed sądem odwoławczym oraz postępowanie wykonawcze¹.

W postępowaniu przygotowawczym można wyodrębnić dwie fazy. Pierwsza w zależności od ciężaru gatunkowego sprawy, a w szczególności od rodzaju przestępstwa, przybiera formę śledztwa lub dochodzenia². Jest to postępowanie przygotowawcze w ścisłym tego słowa znaczeniu (*sensu stricto*). Druga faza dotyczy czynności związanych z ewentualnym sporządzeniem i wniesieniem do sądu aktu oskarżenia lub innym zakończeniem postępowania przygotowawczego. Czynności te podejmowane są poza głównym nurtem śledztwa lub dochodzenia, niemniej jednak ich usytuowanie w Kodeksie postępowania karnego³ w dziale VII, zatytułowanym „Postępowanie przygotowawcze” pozwala na zaliczenie tych czynności do szeroko rozumianego postępowania przygotowawczego (*sensu largo*).

Z uwagi na *signa specifica* postępowania przygotowawczego dominuje w nim zasada legalizmu, tj. ścigania przestępstwa z urzędu, która jest rekonstruowana z dyspozycji art. 10 Kpk statuującego obowiązek organu powołanego do ścigania przestępstw, wszczęcia i prowadzenia postępowania przygotowawczego, a nadto obligującego oskarżyciela publicznego do wniesienia i popierania oskarżenia – o czyn ścigany z urzędu. Warto zauważyć, że

¹ A. Bulsiewicz, M. Jeż-Ludwichowska, D. Kała, D. Osowska, A. Lach, *Przebieg procesu karnego*, Toruń 2003, s. 19.

² S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 471.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz.U., 1997, Nr 89 poz. 555 ze zm. (dalej Kpk).

unormowanie to stanowi *sui generis* pomost między zasadą ścigania z urzędu i zasadą skargowości, skoro traktuje również o wniesieniu oskarżenia⁴.

Wymaga odnotowania, że już na etapie postępowania przygotowawczego realizowane są dwa zasadnicze cele procesu karnego. Pierwszy to osiągnięcie stanu sprawiedliwości prawno-materiałnej, czyli doprowadzenie do słusznego zastosowania norm prawa karnego materiałnego, a niejednokrotnie i prawa cywilnego materiałnego⁵. Drugi cel procesu to osiągnięcie stanu sprawiedliwości proceduralnej, która objawia się w sytuacji, w której osoba, przeciwko której lub na rzecz której proces się toczy, nabiera przekonania, że organy procesowe zrobiły wszystko, by „prawu stało się zadość”, postępując w stosunku do niej zgodnie z prawem, sumiennie i w najlepszej woli⁶. Innymi słowy, proces winien być uczciwy, przez co winien odpowiadać wytycznym zasadom uczciwego procesu (*fair trial*).⁷

Niezależnie od powyższego, postępowanie przygotowawcze spełnia samoistne funkcje w procesie karnym, wyznaczone przez przywołane cele procesu karnego, do których to funkcji zalicza się funkcję przygotowawczą – jako zasadniczą oraz funkcję profilaktyczną i względnie prejudycjalną – jako akcesoryjne⁸.

Funkcja przygotowawcza w syntetycznym ujęciu polega na zbieraniu i utrwalaniu materiału dowodowego na użytek przyszłego postępowania jurysdykcyjnego. Funkcja profilaktyczna sprowadza się do stworzenia warunków co najmniej utrudniających ponowne popełnienie tego samego przestępstwa lub innego przez podejrzanego lub inne osoby. Natomiast funkcja względnie prejudycjalna wiąże się z oddziaływaniem aktu oskarżenia, postanowienia o umorzeniu lub warunkowym umorzeniu postępowania przygotowawczego na treść rozstrzygnięć zapadających w innych procesach.

Zważywszy na wymienione funkcje nie budzi zastrzeżeń stwierdzenie, iż postępowanie przygotowawcze jest niezwykle istotnym elementem procesu karnego, a jego rzetelność stanowi immanentny element słusznego procesu.

Znamiennym pozostaje, że w modelu kontradiktoryjnego procesu karnego, do jakiego dąży ustawodawstwo polskie, na postępowanie przygotowawcze położony jest silniejszy akcent, a jego rola i znaczenie będą wzrastać. Mając na uwadze, że w myśl zasady kontradiktoryjności proces winien być prowadzony w formie sporu równouprawnionych podmiotów przed bezstronnym arbitrem⁹, funkcją sądu (lub szerzej wymiaru spra-

⁴ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 114.

⁵ S. Waltoś, op. cit., s. 20.

⁶ Ibidem, s. 21.

⁷ S. Waltoś, *Czy w Polsce proces karny jest rzetelny*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010, s. 641.

⁸ S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 467.

⁹ T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 117.

wiedliwości) nie jest poszukiwanie dowodów, ale weryfikacja dowodów zgłoszonych przez strony¹⁰. Niepodobna zaprzeczyć, że poszukiwanie dowodów oraz ich zgłoszenie powinno nastąpić właśnie na etapie postępowania przygotowawczego, w ramach wspomnianej wcześniej funkcji przygotowawczej tej części procesu.

W tym miejscu warto dodać, że samo postępowanie przygotowawcze niejako *ex definitione* jest podporządkowane dyrektywie inkwizycyjności, albowiem, co do zasady, wszczyna je i prowadzi organ ścigania niezależnie od czyjegokolwiek stanowiska czy woli. O inkwizycyjności tej fazy procesu karnego przesądza przede wszystkim fakt, że trudno jest w tym postępowaniu mówić o rozdzielaniu funkcji procesowych ścigania (oskarżania) i rozstrzygania (orzekania)¹¹. Kumulują się one w jednym organie – prokuratorze, który jest kierowniczym organem tego postępowania, a jego polecenia są dla organów ścigania wiążące¹². Tym samym, powyższa prawidłowość *per se* może generować zagrożenia naruszenia stron postępowania przygotowawczego, tj. podejrzanego i pokrzywdzonego.

Zważywszy na doniosłość funkcji i roli postępowania przygotowawczego w procesie karnym oraz jego wkładzie w realizację zasady *fair trial*, warto bliżej zapoznać się z podstawowymi zadaniami tego postępowania, jakie stawia przed nim polski prawodawca.

Nie można również zapomnieć, że postępowanie przygotowawcze było wielokrotnie przedmiotem skarg do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, albowiem w jego toku były naruszane prawa jednostek gwarantowane przez Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹³. Mnogość rzezonnych skarg pozwoliła Trybunałowi wypracować standardy adekwatnego i skutecznego śledztwa, które znajdują odzwierciedlenie w mainstreamie *gros* jego orzeczeń oraz stanowią deklarację, do spełnienia której powinny dążyć organy procesowe państw-stron w swojej śledczej oraz jurysdykcyjnej działalności.

Genezy wypracowania w/w standardów w orzecznictwie strasburskim należy szukać w przypisaniu przez Trybunał państwom-stronom Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) zobowiązań o charakterze pozytywnym, którą wiążą się z nałożeniem na te państwa obowiązku podjęcia konkretnych działań¹⁴. Wymaga dodania, że zobowiązania pozytywne towarzyszą zobowiązaniom negatywnym; sam zakaz pozbawienia życia

¹⁰ Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 maja 2011 r., sygn. akt AKa 264/10, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” nr 2011/7-8/51.

¹¹ T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 123.

¹² J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 932.

¹³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U., 1993, Nr 61 poz. 284 ze zm. (dalej: EKPCz).

¹⁴ T. Jasudowicz, *Kryminalistyczne aspekty prawa do życia w świetle orzecznictwa strasburskiego*, [w:] A. Buśiewicz, A. Marek, V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Doctrina multiplex veritas una. Księga Jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Mariuszowi Kulickiemu*, Toruń 2004, s. 212.

wynikający z art. 2 EKPCz, dla swej skuteczności wymaga instytucjonalizacji służb ochrony porządku prawnego w celu zapobiegania, a w razie potrzeby ścigania i karania sprawców zamachów na życie ludzkie, w tym stawiania tych sprawców przed obliczem wymiaru sprawiedliwości. Innymi słowy, wspólnym mianownikiem zobowiązań negatywnych i pozytywnych państw-stron na kanwie dyspozycji EKPCz jest istnienie, a przede wszystkim, prawidłowe funkcjonowanie w praktyce systemu prawa karnego materialnego i wtórnego do niego prawa procesowego.¹⁵

Zadania postępowania przygotowawczego według Kpk

Realizacja zadań stojących przed postępowaniem przygotowawczym ma na celu stwierdzenie zasadności prowadzonego postępowania oraz przygotowanie materiału dla organu prowadzącego to postępowanie tak, by mógł podjąć decyzję co do jego losów¹⁶.

Do zadań postępowania przygotowawczego, zgodnie z art. 297 Kpk należy: 1) ustalenie, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo; 2) wykrycie i w razie potrzeby ujęcie sprawcy; 3) zebranie danych o osobie podejrzanego w celu zagwarantowania właściwej indywidualizacji reakcji karnej i prawidłowego orzekania; 4) wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody; oraz 5) zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu.

Wymaga odnotowania, że zadania postępowania przygotowawczego wpisują się w zadania karnego prawa procesowego *sensu largo*, do których należy m.in. również uwzględnienie prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego oraz uzyskanie rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie¹⁷.

Kodeks postępowania karnego na pierwszym miejscu formułuje zadanie ustalenia w postępowaniu przygotowawczym, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo¹⁸. Do wszczęcia postępowania, a więc do stwierdzenia istnienia podstawy procesu niezbędne jest minimum dowodowe pozwalające przyjąć, że zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa.

Ustalenie zaistnienia czynu zabronionego dyktuje konieczność wykrycia i w razie potrzeby ujęcia jego sprawcy¹⁹.

Ujęcie kolejnych celów postępowania przygotowawczego, określonych w art. 297 §1 pkt 4 i 5 Kpk, było przedmiotem następujących po sobie reform.

¹⁵ Ibidem, s. 212.

¹⁶ A. Buśiewicz, M. Jeż-Ludwichowska, D. Kala, D. Osowska, A. Lach, op. cit., s. 25.

¹⁷ Zob. art. 2 §1 ust. 3 i 4 Kpk.

¹⁸ Zob. art. 297 §1 pkt 1 Kpk.

¹⁹ Zob. art. 297 §1 pkt 2 Kpk.

Dla celów porządkowych wymaga przypomnienia, że ustawa w kształcie nadanym nowelizacją z dnia 10 stycznia 2003 r. nakazywała jedynie *wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody oraz zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalanie dowodów dla sądu*²⁰.

Zasadnicze rozszerzenie celów postępowania przygotowawczego zakładała ustawa nowelizująca z dnia 29 marca 2007 r. Kodeks postępowania karnego w jej ujęciu nakazywał *wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody oraz zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów dla sądu tak, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej*²¹. W myśl założeń nowelizatorów przywołana zmiana miała zapewnić lepsze przygotowanie spraw kierowanych do postępowania sądowego pod względem dowodowym²².

Ustawą nowelizującą z 5 listopada 2009 r. zdecydowano się na powrót do ujęcia celów postępowania przygotowawczego w kształcie ustalonym nowelizacją z dnia 10 stycznia 2003 r., zwalniając w ten sposób, z dniem wejścia w życie noweli w dniu 8 czerwca 2010 r., organy dochodzenia i śledztwa z obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy oraz pełnego utrwalenia dowodów²³.

Genezy cytowanej wyżej nowelizacji należy upatrywać w dążeniu ustawodawcy do racjonalizacji postępowania przygotowawczego przez odstąpienie do koncepcji wszechstronnego i wyczerpującego wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, połączonego z obowiązkiem protokolarnego utrwalenia wszystkich czynności dowodowych²⁴.

Wydaje się, że wspólnym mianownikiem celów postępowania przygotowawczego kształtowanych przez kolejne nowelizacje o antagonistycznym zabarwieniu było zogniskowanie się na takim wyjaśnieniu okoliczności, by możliwe było przyjęcie właściwej i jedynej wersji popełnienia czynu²⁵.

Dodatkowym zadaniem postępowania przygotowawczego jest również dążenie do wyjaśnienia okoliczności, które sprzyjały popełnieniu czynu²⁶.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że wykonanie sygnalizowanych zadań postępowania przygotowawczego przez organy ścigania, w tym organ prokuratorski, który jest organem kierowniczym tej fazy procesu, powinno

²⁰ Zob. Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 10 stycznia 2003 r., Dz.U., 2003, Nr 17 poz. 155.

²¹ Zob. Ustawa o zmianie: ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 29 marca 2007 r., Dz.U., 2007, Nr 64 poz. 432.

²² J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 935.

²³ Zob. Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 listopada 2009 r., Dz.U. 2009, Nr 206 poz. 1589.

²⁴ J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 930.

²⁵ Tak wcześniej A. Bulsiewicz, M. Jeż-Ludwichowska, D. Kala, D. Osowska, A. Lach, op. cit., s. 27.

²⁶ Zob. art. 297 § 2 Kpk.

być realizowane z uwzględnieniem potrzeb ochrony praworządności, praw obywateli, jak i interesu społecznego. Na postulowane zadania należy również spojrzeć przez pryzmat uwzględnienia prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego, tj. podmiotu, którego dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo²⁷.

W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 11 marca 2003 r., w którym orzekł, że niedopuszczalne jest takie ukształtowanie praktyki orzeczniczej sądów i *usus* organów ścigania, które niechybnie utrwaliłoby w społeczeństwie błędne przeświadczenie, że *ofiara czynu zabronionego istnieje na marginesie procesu karnego i interesuje uprawnione organy jedynie w tym zakresie, w którym jest niezbędna dla pociągnięcia do odpowiedzialności karnej oskarżonego lub uwolnienia go od niej*²⁸.

Na kwestię honorowania praw i interesów pokrzywdzonego w procesie karnym uwagę zwrócił również Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 12 sierpnia 1999 r., w którym stwierdzono, że *rzetelny proces karny, zabezpieczający prawo do obrony oskarżonego, winien być też rzetelny względem osoby pokrzywdzonej*²⁹.

Co znamienne, problematyka uwzględnienia prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego – jako cel procesu – stanowi istotne *novum* w polskim ustawodawstwie i jest wyrazem zwiększonego zainteresowania prawodawcy rolą tego podmiotu w procesie karnym. Oceniając dawne uregulowania ustawowe, nie bez racji wskazywano na niedocenywanie roli tego uczestnika procesu, a nawet formułowano zarzut, że z unormowań poszczególnych przepisów odnosiło się nieodparte wrażenie, że osoba pokrzywdzonego nie budzi pełnego zaufania ustawodawcy³⁰.

Wydaje się, że wspomniana inkwizycyjność postępowania przygotowawczego, w tym zwłaszcza, brak rozdziału na jego etapie funkcji ścigania i orzekania oraz pozostawienie przez organy procesowe na marginesie jego zadań prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego, co wynikało m.in. z dorobku dotychczasowych uregulowań ustawowych, skutkowało w naruszeniu na tej fazie procesu karnego praw i wolności człowieka, w tym tych rekonstruowanych z postanowień EKPCz.

Powyższa prawidłowość owocowała bogatym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu na płaszczyźnie naruszeń Konwencji na etapie postępowania przygotowawczego oraz wypracowaniem stabilnych standardów postępowania przygotowawczego przeprowadzanego w duchu postanowień Konwencji.

Warto zapoznać się z tymi standardami.

²⁷ Zob. art. 49 § 1 Kpk.

²⁸ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2003 r., sygn. akt V KK 150/02, niepubl.

²⁹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 12 sierpnia 1999 r., sygn. akt II AKa 98/99, „Prokuratura i Prawo” 2000/1/27.

³⁰ Tak J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 45.

Standard adekwatnego i skutecznego śledztwa

W europejskim systemie ochrony praw człowieka prawo jednostki do adekwatnego i skutecznego śledztwa stanowi integralną część prawa do słusznego procesu sądowego. Nie można zakwestionować, że postępowanie przygotowawcze należy do kategorii *fair trial*, którego podstawy rekonstruowane są z art. 6 EKPCz, wespół z art. 3 i 5 Konwencji, stanowiących odpowiednio o zakazie poddania jednostki torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu oraz o jej prawie do wolności i bezpieczeństwa osobistego.

Standardy skutecznego i adekwatnego śledztwa, które składają się na *sui generis* gwarancję jednostek znajdujących ochronę na tle EKPCz, zostały wypracowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka jako aspekt proceduralny ochrony zapewnionej przez ten akt normatywny, a *in primis* przez jego normy prawne rekonstruowane z art. 2 i art. 3 Konwencji³¹. Warto przypomnieć, że cytowane przepisy stanowią o, odpowiednio, prawie do życia oraz wolności od tortur i nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania.

W orzeczeniu w sprawie *Budayeva i inni przeciwko Rosji* Europejski Trybunał Praw Człowieka wprost orzekł, że państwo ma obowiązek zapewnić odpowiednią procedurę kontroli w każdym wypadku utraty życia, zwłaszcza – ale nie tylko – w razie podejrzenia lub przekonania, że śmierć nastąpiła z rąk funkcjonariuszy. Dotyczy to również wypadków spowodowanych działalnością niebezpieczną, w tym przemysłową lub katastrofami naturalnymi, jeśli do utraty życia doszło w rezultacie wydarzeń wskazujących na odpowiedzialność państwa za nieodpowiednie działania prewencyjne lub ich brak³². Każdorazowo, w takiej sytuacji, wymagane jest skuteczne, urzędowe śledztwo pozwalające publicznie i w sposób niezależny zbadać okoliczności oraz pociągnąć osoby winne do odpowiedzialności. Zdaniem Trybunału taki obowiązek istnieje, nawet gdyby użycie siły nie prowadziło do naruszenia art. 2 EKPCz³³.

W podobnym tonie Trybunał wypowiedział się na kanwie art. 3 Konwencji, przyjmując, iż w razie dającego się uzasadnić zarzutu poważnego naruszenia cytowanego wyżej przepisu (np. poprzez znęcanie się przez funkcjonariuszy policji lub inne podobne służby), przepis ten wymaga w sposób dorozumiany przeprowadzenia skutego urzędowego śledztwa, które musi umożliwić wyjaśnienia okoliczności sprawy, a w dalszym kon-

³¹ Tak M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009, s. 196; B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 239.

³² Zob. orzeczenie *Budayeva i inni przeciwko Rosji* z 20 marca 2008 r., skarga nr 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02, § 142.

³³ Zob. orzeczenie *Ramsahai i inni przeciwko Holandii* z 15 maja 2007 r., skarga nr 52391/99, § 322.

tekście zidentyfikowanie i ukaranie sprawców³⁴. Trybunał zajął kateryczne stanowisko, iż w innym wypadku ogólny zakaz tortur i niehumanitarnego traktowania albo karania, niezależnie od jego fundamentalnego znaczenia oraz wyartykułowanego w nim bezwzględny zakaz stosowania w/w praktyk, byłby w praktyce nieskuteczny. Funkcjonariusze państwa mogliby całkowicie bezkarnie łamać prawa osób pozostających pod ich kontrolą³⁵.

Standard adekwatnego i skutecznego śledztwa stanowi również element prawa do skutecznego środka odwoławczego konstytuowanego z art. 13 EKPCz. Prawo to ma charakter proceduralny i niesamodzielny, co oznacza, że jego zastosowanie warunkowane jest zestawieniem z innymi normami Konwencji, zawartymi w art. 2-12 oraz protokołach dodatkowych³⁶. Trybunał wprost podkreślił, że w określonych sytuacjach, ze względu na okoliczności, zarzut braku odpowiedniego śledztwa powinien być rozważany raczej z punktu widzenia art. 13 niż jako aspekt proceduralny art. 3³⁷.

Punktem wyjścia dla wypracowania przez Trybunał standardu skutecznego i adekwatnego śledztwa było słuszne przyjęcie, że naruszeń art. 2 i art. 3 EKPCz nie da się naprawić wyłącznie w drodze zapłaty odszkodowania³⁸. Trybunał podkreślił, że przy apoteozie odmiennego stanowiska, ochrona życia jednostki, jak i ochrona przed torturami oraz niehumanitarnym i poniżającym traktowaniem stałaby się w praktyce nieskuteczna³⁹.

W konsekwencji, w razie uzasadnionego podejrzenia naruszenia postanowień EKPCz, władze państwa muszą podejmować racjonalne środki, które pozostają w ich gestii, aby zapewnić uzyskanie dowodów dotyczących istotnych faktów. Wspomniana racjonalność środków zakłada wymóg szybkości i rozsądnej staranności działań odpowiednich organów⁴⁰. Specyfika i stopień wymaganego minimum skuteczności zależy od okoliczności konkretnej sprawy i wszystkich istotnych faktów.

Trybunał przekazał, że charakterystyka pracy śledczej nie pozwala wygenerować modelowej listy wymaganych czynności śledczych lub innych, równie uproszczonych kryteriów⁴¹. Niezbędne jednak jest odebranie zeznań naocznych świadków, przeprowadzenie niezbędnych ekspertyz wymagających wiadomości specjalnych oraz, w miarę potrzeby, sekcji zwłok (*post*

³⁴ Zob. orzeczenie *Özkan i inni przeciwko Turcji* z 6 kwietnia 2004 r., skarga nr 21689/93, § 358.

³⁵ Zob. orzeczenie *Assenov przeciwko Bułgarii* z 28 października 1998 r., § 101-102.

³⁶ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, op. cit., s. 289.

³⁷ Zob. orzeczenie *Ivan Vasilev przeciwko Bułgarii* z 12 kwietnia 2007 r., skarga nr 48130/99, § 72.

³⁸ Zob. orzeczenie *Ilhan przeciwko Turcji* z 27 czerwca 2000 r., skarga nr 22277/93, § 61.

³⁹ Zob. orzeczenie *Krastanov przeciwko Bułgarii* z 30 września 2004 r., skarga nr 50222/99, § 60.

⁴⁰ Zob. orzeczenie *Makaratzis przeciwko Grecji* z 20 grudnia 2004 r., skarga nr 50385, § 74.

⁴¹ Zob. orzeczenie *Velikova przeciwko Bułgarii* z 18 maja 2000 r., skarga nr 41488/98, § 80, orzeczenie *Salman przeciwko Turcji* z 27 czerwca 2000, skarga nr 21986/93, § 99.

mortem examination) pozwalającej na zabezpieczenie kompletnego raportu o obrażeniach oraz obiektywną analizę wniosków klinicznych, w szczególności dotyczących przyczyny zgonu⁴². W kazusie *Celniku przeciwko Grecji* Trybunał podkreślił, że w tym kontekście niezwykle ważny jest obowiązek funkcjonariuszy podjęcia wszelkich możliwych działań niezbędnych w celu zebrania dowodów⁴³.

Konsekwencją powyższych twierdzeń Trybunału jest konstatacja, że organy prowadzące śledztwo mają obowiązek właściwie przeanalizować wszystkie dowody i wyciągnąć z nich odpowiednie wnioski⁴⁴. Co do zasady, nie sposób przypisać tym organom obowiązku rezultatu, ale odpowiedniej staranności. Innymi słowy, jeżeli nie zostały podjęte czynności oczywiste i niezbędne w realiach danej sprawy, władze państwowe muszą w każdym wypadku przekonująco wyjaśnić przyczyny tego stanu rzeczy⁴⁵. Nie ulega wątpliwości, że wszelkie braki śledztwa ograniczające możliwość ustalenia przyczyn śmierci lub odpowiedzialności za nią rodzą ryzyko uznania, że śledztwo nie odpowiadało wymaganiom art. 2 Konwencji w aspekcie proceduralnym⁴⁶.

Na marginesie warto odnotować, że śledztwo musi być prowadzone przez właściwe organy bez dyskryminacji. Trybunał podkreślił, iż obowiązki państwa na podstawie art. 2 i art. 3 EKPCz wymagają stworzenia w krajowych systemach prawnych warunków umożliwiających ukaranie osób – niezależnie od pochodzenia rasowego lub etnicznego ofiary – które niezgodnie z prawem pozbawiają życia innych⁴⁷. Uprawnione wydaje się wskazanie, że władze państwowe powinny realizować w/w obowiązki niezależnie od narodowości jednostek, których prawa konwencyjne zostały naruszone, jak i niezależnie od ich opcji politycznej.

W podobny sposób Trybunał odniósł się do kwestii utraty życia wskutek niebezpiecznej działalności przemysłowej lub innej postulując, aby władze państwowe działały z przykładową pilnością i szybko, podejmując z własnej inicjatywy śledztwo mające doprowadzić do ustalenia incydentu, ewentualnych braków systemu kontroli oraz zaniedbań funkcjonariuszy państwa lub jego organów⁴⁸.

Conditio sine qua non skuteczności śledztwa jest wymóg, aby osoby odpowiedzialne za nie i jego prowadzenie były niezależne od osób lub instytucji zamieszanych w zdarzenie, którego skutkiem jest śmierć. Trybunał rozróżnił, że chodzi nie tylko o brak powiązań hierarchicznych lub

⁴² Zob. orzeczenie *McKerr przeciwko Wielkiej Brytanii* z 4 maja 2001 r., skarga nr 28883/95, § 113.

⁴³ Zob. orzeczenie *Celniku przeciwko Grecji* z 5 lipca 2007 r., skarga nr 21449/04, § 67.

⁴⁴ Zob. orzeczenie *Nachova i inni przeciwko Bułgarii* z 6 lipca 2005 r., skarga nr 43577/98, § 131.

⁴⁵ Ibidem, § 137.

⁴⁶ Zob. orzeczenie *McKerr przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 113.

⁴⁷ Zob. orzeczenie *Nachova i inni przeciwko Bułgarii*, § 118.

⁴⁸ Zob. orzeczenie *Öneriyildiz przeciwko Turcji* z 30 listopada 2004 r., skarga nr 48939/99, § 94.

instytucjonalnych, ale również ich rzeczywistą niezależność⁴⁹. Wynika to z potrzeby zachowania publicznego zaufania do sposobu, w jaki państwo korzysta z wyłącznego uprawnienia do stosowania środków przymusu⁵⁰. Jeżeli śledztwo dotyczące śmierci wiążącej się z odpowiedzialnością władzy publicznej było prowadzone przez osoby pozostające w bliskiej relacji z osobami zamieszanymi w tę sprawę, sam tylko nadzór przez inny – nawet niezależny – organ nie wystarczy do zapewnienia niezależności całego postępowania⁵¹.

Niejednokrotnie o efektywności śledztwa przesądza szybkość jego zainicjowania po otrzymaniu informacji o przypadku śmierci jednostki. Władze w takiej sytuacji zobligowane są do natychmiastowego podjęcia stosownych działań *ex officio*. Szybkość reakcji władz ma duże znaczenie m.in. dlatego, że upływ czasu w nieunikniony sposób ogranicza liczbę i wartość możliwych do zebrania i przeanalizowania dowodów, a poza tym samoistnie może wywołać wrażenie braku staranności organów śledczych, nie wykluczając wątpliwości dotyczących ich dobrej wiary⁵².

Trybunał wyraźnie zaznaczył, iż w żadnym wypadku organy nie mogą oczekiwać w sprawach dotyczących śmierci jednostki na inicjatywę krewnych ofiary i ich formalną skargę ani obciążać ich odpowiedzialnością za sposób prowadzenia czynności śledczych⁵³. Zdaniem Trybunału, już sam fakt, że władze wiedziały o pozbawieniu życia osoby, rodził *ipso facto* na podstawie EKPCz obowiązek przeprowadzenia skutecznego śledztwa.

Urzędowy charakter śledztwa wymaga od władz państwowych, by podejmowały działania z własnej inicjatywy. W żadnym wypadku władze państwowe nie mogą pozostawiać krewnym pokrzywdzonych jednostek wniesienia formalnego zarzutu ani przejęcia odpowiedzialności za prowadzenie postępowania śledczego⁵⁴. Przeciwnie, w ocenie Trybunału Strasburskiego: *sam fakt, że władze zostały poinformowane o zabójstwie [...] prowadzi ipso facto do obowiązku opartego na art. Konwencji (EKPCz – M. L.) co do przeprowadzenia skutecznego śledztwa dotyczącego okoliczności towarzyszących śmierci*⁵⁵.

Tym samym, brak wniosku o przeprowadzenie określonych czynności lub dowodów nie zwalnia władz z obowiązku podjęcia wszelkich możliwych kroków prowadzących do ustalania prawdy i osób odpowiedzialnych⁵⁶.

⁴⁹ Zob. orzeczenie *Hugh Jordan przeciwko Wielkiej Brytanii* z 4 maja 2001 r., skarga nr 24746/94, § 106.

⁵⁰ Zob. orzeczenie *Ramsahai i inni przeciwko Holandii*, § 325.

⁵¹ Ibidem, § 337.

⁵² Zob. orzeczenie *Estamirov i inni przeciwko Rosji* z 12 października 2006 r., skarga nr 60272/00.

⁵³ Ibidem, § 105 i orzeczenie *Denizci i inni przeciwko Cyprowi* z 23 maja 2001 r., skargi nr 25316-21/94 i 27207/95, § 378.

⁵⁴ Zob. orzeczenie *Hugh Jordan przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 105.

⁵⁵ Zob. *Denizci i inni przeciwko Cyprowi*, § 378.

⁵⁶ Zob. orzeczenie *Nachova przeciwko Bułgarii*, § 131; orzeczenie *Tanrikulu przeciwko Turcji* z 8 lipca 1999 r., skarga nr 23763/94, § 103.

Pamiętać należy, że w dominującej większości przypadków wszystkie lub przynajmniej część informacji o prawdziwych okolicznościach śmierci jest lub może być dostępna wyłącznie dla funkcjonariuszy państwa lub organów władzy⁵⁷.

W sprawie *Hugh Jordan przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał kategorycznie stwierdził, iż w każdym wypadku należy umożliwić bliskim ofiary udział w postępowaniu w sposób zapewniający ochronę ich uprawnień interesów, które mogą być sprzeczne z interesami policji lub sił bezpieczeństwa⁵⁸. Nadto, w przedmiotowej sprawie zasygnalizowano, że uchybieniami standardom skutecznego i adekwatnego śledztwa były m.in. brak pomocy prawnej dla rodziny ofiary, niepoinformowanie rodziny ofiary o powodach decyzji organów państwa o odmowie ścigania, brak możliwości wezwania konkretnych funkcjonariuszy na świadków, jak i brak niezależności funkcjonariuszy policji prowadzących śledztwo od oficerów zamieszanych w incydent będący przedmiotem postępowania⁵⁹.

Na omawiane standardy śledztwa składa się także odpowiedni, uzależniony od okoliczności sprawy, stopień jawności postępowania i jego wyników⁶⁰. Nie jest to jednoznaczne z twierdzeniem, iż art. 2 i art. 3 EKPCz wymaga, aby wszystkie procedury prowadzące do ustaleń faktycznych w tego rodzaju sprawach były jawne i otwarte dla szerokiej publiczności. Zdaniem Trybunału, automatyczne ujawnienie czy opublikowanie raportów policyjnych i materiałów śledztwa mogłoby dotyczyć zagadnień sensytywnych, wywierać skutki szkodliwe dla jednostek prywatnych bądź dla innych śledztw⁶¹. Z pewnością oczekiwany stopień ich jawności jest różny w zależności od okoliczności⁶².

Oczywiste jest, że utajnienie postępowania i jego wyników nie może stanowić reguły, winno natomiast pozostawać wyjątkiem wymagającym specjalnego uzasadnienia. W konsekwencji, brak jawności postępowania i brak uzasadnienia decyzji o jej wyłączeniu, co *de facto* wykluczyło możliwość zakwestionowania rozstrzygnięcia, stanowią naruszenie wytycznych art. 2 EKPCz, m.in. z tej racji, że postępowanie nie było zdolne do odegrania jakiejkolwiek skutecznej roli w identyfikacji czy ściganiu przestępstw karnych do jakich mogło dojść⁶³.

Obok jawności postępowania i jego wyników, gwarantem skuteczności śledztwa jest zapewnienie rzeczywistej zwierzchniej kontroli nad nim⁶⁴. Charakter i intensywność kontroli, która spełnia minimalne wymagania

⁵⁷ Zob. orzeczenie *Öneryildiz przeciwko Turcji*, § 93.

⁵⁸ Zob. orzeczenie *Hugh Jordan przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 109.

⁵⁹ Zob. M. A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, Kraków 2005, s. 137.

⁶⁰ Zob. orzeczenie *Finucane przeciwko Wielkiej Brytanii* z 1 lipca 2003 r., skarga nr 29178/95, § 71.

⁶¹ Zob. orzeczenie *McKerr przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 129.

⁶² Zob. orzeczenie *Kaya przeciwko Turcji* z 19 lutego 1998 r., § 86–87.

⁶³ Zob. orzeczenie *McKerr przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 144.

⁶⁴ T. Jasudowicz, op. cit., s. 216.

skuteczności śledztwa, zależą od okoliczności konkretnej sprawy. Należy to oceniać na podstawie wszystkich istotnych faktów z uwzględnieniem praktycznych realiów pracy śledczej, niemniej jednak, niedopuszczalne jest zredukowanie różnorodnych sytuacji, które mogą wystąpić do zamkniętej listy czynności śledczych albo do innych uproszczonych kryteriów. Znamienne jest, że w razie braku wyczerpującego wyjaśnienia ze strony rządu pozwanego motywów niedokonania niezbędnych czynności śledczych, aktualizuje się odpowiedzialność państwa-strony z tytułu poważnego naruszenia zobowiązania pozytywnego z art. 2 EKPCz dotyczącego ochrony prawa do życia⁶⁵.

Niepodobna nie wspomnieć, że proceduralne wymagania art. 2 i 3 Konwencji nie są zredukowane do stadium urzędowego śledztwa i muszą być dalej przestrzegane po ewentualnym wniesieniu sprawy do sądu, ponieważ całe postępowanie, w tym proces sądowy, muszą spełniać wymagania prawnej ochrony życia⁶⁶. Dotyczy to również odpowiedniej szybkości postępowania. Trybunał wskazał, iż jeżeli postępowanie karne nie jest prowadzone w sposób odpowiednio rygorystyczny, nie daje możliwości odstraszania innych potencjalnych sprawców takich przestępstw, ani nie służy skutecznemu zapobieganiu zamachowi na życie. Powyższa prawidłowość odnosi się również do zachowań zakazanych w art. 3 EKPCz⁶⁷.

W kasusie *Murillo Espinoza przeciwko Hiszpanii* przypomniano, że zadanie Trybunału polega na ustaleniu, czy procedura jako całość, w tym *modus* przedstawienia dowodów, wskazywała na rzetelność. Zasada ta, wielokrotnie potwierdzana na kanwie art. 6 EKPCz, ma również, odpowiednio, zastosowanie w sprawach na tle art. 2 i art. 3 Konwencji. Cytowany przepis Konwencji wymaga ustalenia przez Trybunał, czy w konkretnym przypadku zostało dokonane pełne, bezstronne i pogłębione zbadanie okoliczności śmierci ofiary⁶⁸.

W analogiczny sposób Trybunał podchodzi do problematyki prowadzenia śledztwa w sprawie bezprawnego pozbawienia życia wiele lat po wydaniach stanowiących przedmiot zainteresowania. Trybunał podkreślił, że również wtedy istnieje nadal oczywisty interes w ściganiu i skazaniu sprawców, w tym, *in primis*, zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości.

Fundamentalne znaczenie gwarancji art. 2 Konwencji wymaga również od władz państwowych reakcji na każdą informację lub materiał, który mógłby podważyć wnioski wcześniejszego śledztwa albo dać podstawę do podjęcia go na nowo, nawet jeżeli pierwotne śledztwo nie dało podstaw do

⁶⁵ Zob. orzeczenie *McKerr przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 112, 128, 130-131; orzeczenie *Hugh Jordan przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 106, 120, 122-123.

⁶⁶ Zob. orzeczenie *Öneryildiz przeciwko Turcji*, § 95.

⁶⁷ Zob. orzeczenie *Teren Aksakal przeciwko Turcji* z 11 września 2007 r., skarga nr 51967/99, § 94.

⁶⁸ Zob. orzeczenie *Murillo Espinoza przeciwko Hiszpanii* z 7 czerwca 2007 r., skarga nr 37938/09, § 36 i orzeczenie *Fonseca Medes przeciwko Hiszpanii* z 1 lutego 2005 r., skarga nr 43991/02.

jego kontynuowania⁶⁹. Nie budzi zastrzeżeń, że w takiej sytuacji władze mają obowiązek podjąć dalsze czynności śledcze jedynie w razie pojawienia się przekonującego i wiarygodnego zarzutu, dowodu lub informacji mających znaczenie dla ustalenia oraz ewentualnego ścigania lub ukarania sprawcy, przy czym konkretne wymagania w tym zakresie mogą się istotnie różnić w zależności od okoliczności i faktów⁷⁰. Trybunał podkreślił, że waga ochrony praw uświęconych w art. 2 i art. 3 Konwencji nie pozwala na podejmowanie w takich okolicznościach postępowania jedynie w sposób formalny.

Na szczególną uwagę zasługuje konstatacja Trybunału, że ewentualna droga sądowa, w tym możliwość wniesienia pozwu do sądu cywilnego, nie mogą zastąpić braku urzędowego śledztwa karnego. Wynika to z faktu, że sąd ten nie ma możliwości przeprowadzenia niezależnego śledztwa, ani nie może – pozbawiony wyników śledztwa karnego – dokonać wyczerpujących ustaleń dotyczących np. sprawców ataków ze skutkiem śmiertelnym, a tym bardziej ich odpowiedzialności⁷¹.

Obejmuje to również sytuację, w której zagrożenie życia następuje na skutek np. katastrofy naturalnej, której władze nie potrafiły – z powodu swoich zaniedbań – zapobiec lub znacznie ograniczyć jej skutków.

W sprawie *Budayeva i inni przeciwko Rosji* Trybunał stwierdził, że powodzenie sprawy pokrzywdzonych, którzy skierowali przeciwko państwu pozwy cywilne, wymagało od nich wykazania związku przyczynowego między wyrządzoną szkodą a zaniedbaniami ze strony państwa oraz wykazania w jakim zakresie rozmiar szkody wykraczał poza nieodzowne skutki katastrofy naturalnej. Powyższe wymogi dowodowe mogły być spełnione dopiero po skomplikowanych badaniach przez biegłego połączonych z analizą aspektów technicznych i administracyjnych z wykorzystaniem informacji będących zwykle w posiadaniu władz. W konsekwencji, powodowie musieliby udowodnić fakty, które dla osób prywatnych były niedostępne. W rezultacie, bez niezależnego śledztwa karnego lub oceny biegłego pokrzywdzeni nie mieliby możliwości ustalenia odpowiedzialności cywilnej państwa⁷².

Nie bez znaczenia pozostają asercje Trybunału poczynione na tle sprawy *Dzwonkowski przeciwko Polsce*, których przedmiotem było ustalenie, że śledztwo w związku z zarzutem traktowania jednostki sprzecznego z art. 3 musi być szczegółowe. Oznacza to, że władze muszą zawsze starać się precyzyjnie ustalić, jaki był faktycznie przebieg zdarzeń. Podejmując decyzję o zamknięciu śledztwa lub podejmując jakąkolwiek inną związaną z nim

⁶⁹ Zob. orzeczenie *Brecknell przeciwko Wielkiej Brytanii* z 27 listopada 2007 r., skarga nr 32457/04, § 69-70.

⁷⁰ Ibidem, § 71.

⁷¹ Zob. orzeczenie *Khashiyev i Akayeva przeciwko Rosji* z 24 lutego 2005 r., skargi nr 57942/00 i 57945/00, § 119-121.

⁷² Zob. *Budayeva i inni przeciwko Rosji* z 20 marca 2008 r., skarga nr 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 i 15343/02, § 163.

decyzję, nie powinny opierać się na pospiesznych wnioskach i niewystarczająco uzasadnionych przesłankach. Przeciwnie, muszą podejmować wszelkie uzasadnione i dostępne kroki w celu zabezpieczenia dowodów, w tym m.in. zeznań świadków *ex visu*. Wszelkie braki śledztwa utrudniające możliwość ustalenia przyczyn obrażeń lub tożsamości osób odpowiedzialnych mogą spowodować, że standard skutecznego i adekwatnego śledztwa (tzw. aspekt proceduralny ochrony na podstawie art. 3 Konwencji) nie zostanie zachowany⁷³.

Zauważyć należy, że w sprawie *M.C. przeciwko Bułgarii*, dotyczącej niewłaściwego prowadzenia postępowań karnych w sprawach o gwałt, Trybunał uznał, że zgodnie ze współczesnymi standardami i procesami społecznymi obowiązek państw przed traktowaniem lub karaniem niezgodnym z art. 3 Konwencji musi również obejmować penalizację i skuteczne ściganie każdego niedobrowolnego aktu seksualnego, także w sytuacji, gdy jego ofiara nie stawia fizycznego oporu⁷⁴.

Obowiązek proceduralny na podstawie art. 3 Konwencji musi obejmować również zapewnienie pokrzywdzonemu możliwości aktywnego udziału w śledztwie⁷⁵ oraz kwestionowania przed sądami ewentualnej decyzji o jego umorzeniu⁷⁶.

Znamienne jest stwierdzenie Trybunału zawarte w orzeczeniu w sprawie *Okkali przeciwko Turcji*, iż postępowanie karne musi być tak prowadzone, aby można było uznać jego rezultat za właściwą reakcję na zamach na wartości, o których mowa w art. 3 EKPCz⁷⁷.

Wydaje się uprawniona konstatacja, że nie bez znaczenia dla skuteczności i adekwatności śledztwa jest przeprowadzenie go w rozsądnym terminie. Nie można zaprzeczyć, że art. 6 ust. 1 Konwencji, przewidujący rozpatrzenie sprawy w rozsądnym terminie, odnosi się do całości postępowania łącznie z fazą śledztwa⁷⁸.

Szczególnie cenne są rozważania Trybunału poczynione na płaszczyźnie sprawy Edwardsa, w której Trybunał zaakcentował, że: *upływ czasu nieuniknienie dokonuje erozji w ilości i jakości dostępnych dowodów, zaś pojawienie się braku staranności rodzi wątpliwości co do dobrej wiary wyświadczeń śledczych [...]*⁷⁹.

⁷³ Zob. orzeczenie *Dzwonkowski przeciwko Polsce* z 12 kwietnia 2007 r., skarga nr 46702/99, § 62; orzeczenie *Colibaba przeciwko Mołdawii* z 23 października 2007 r., skarga nr 29089/06, § 53.

⁷⁴ Zob. orzeczenie *M.C. przeciwko Bułgarii* z 4 grudnia 2003 r., skarga nr 39272/98, § 166.

⁷⁵ Zob. orzeczenie *Dedovskiy i inni przeciwko Rosji* z 15 maja 2008 r., skarga nr 7178/03, § 92.

⁷⁶ Zob. orzeczenie *Macovei przeciwko Rumunii* z 21 czerwca 2007 r., skarga nr 5048/02, § 53.

⁷⁷ Zob. orzeczenie *Okkali przeciwko Turcji* z 17 października 2006 r., skarga nr 52067/99, § 78.

⁷⁸ Zob. orzeczenie *Eckle przeciwko Niemcom* z 21 czerwca 1983 r., skarga nr 8130/78, § 73 i 76.

⁷⁹ Zob. orzeczenie *Paul i Andrey Edwards przeciwko Wielkiej Brytanii* z 14 marca 2002 r., § 86.

Pokrótkie warto zasygnalizować, że przy ocenie, czy długość postępowania w konkretnej sprawie była „rozsądna” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPCz, decydują przede wszystkim kryteria wynikające z orzecznictwa Trybunału, w tym stopień skomplikowania sprawy pod względem faktycznym i prawnym, zachowanie organów właściwych do rozpatrzenia sprawy, zachowanie skarżącego oraz znaczenie sprawy dla jego interesów⁸⁰.

Na zakończenie rozważań dotyczących problematyki skutecznego i adekwatnego śledztwa czynionych przez pryzmat orzecznictwa strasburskiego, należy pokrótce odnieść się do dyspozycji art. 13 Konwencji – który uwzględniając charakter prawa, którego naruszenie się zarzuca – przewiduje rodzaj środków odwoławczych gwarantowanych pokrzywdzonym.

W razie dającego się uzasadnić zarzutu, że ofiara została bezprawnie pozbawiona życia, pojęcie „skuteczny środek odwoławczy” dla celów art. 13 Konwencji obejmuje także szczegółowe i skuteczne śledztwo, pozwalające doprowadzić do ustalenia i ukarania sprawców, z zapewnieniem krewnym skutecznego w nim udziału⁸¹.

Podobne obowiązki na podstawie art. 13 Konwencji państwo ma również w razie zarzutu tortur, innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Mianowicie, w razie istnienia poważnych argumentów wskazujących na rzeczywiste ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 EKPCz, pojęcie „skuteczny środek odwoławczy” w rozumieniu art. 13 Konwencji oznacza obowiązek władz niezależnego i rygorystycznego zbadania każdego zarzutu osoby narażonej na takie ryzyko⁸².

Truizmem jest, iż korzystanie ze środka odwoławczego, aby można go było uznać za skuteczny, nie może być w nieuzasadniony sposób utrudnione przez działania lub zaniechania organów państwa⁸³.

Skuteczne i adekwatne śledztwo – *up to date* – orzeczenia ETPCz z lat 2010-2011

W sprawie *Rantsev przeciwko Cyprowi i Rosji*, której przedmiotem była m.in. problematyka zagrożenia jednostki (artystki kabaretowej) handlem ludźmi oraz brakiem działań prewencyjnych władz rosyjskich i cypryjskich w tej materii, Trybunał stanął na stanowisku, że skuteczność śledztwa w sprawie śmierci wymaga od państw podejmowania kroków koniecznych i dostępnych w celu zabezpieczenia istotnych dowodów niezależnie od tego, czy znajdują się one na terytorium państwa, które to śledztwo prowadzi.

⁸⁰ Zob. orzeczenie *Giula Manzoni przeciwko Włochom* z 19 lutego 1991 r., skarga nr 11804/85, § 60 i orzeczenie *Allenet de Ribemont przeciwko Francji* z 10 lutego 1995 r., skarga nr 15175/89, § 47 i 57.

⁸¹ Zob. orzeczenie *Kaya przeciwko Turcji*, § 107.

⁸² Zob. orzeczenie *Gebremedhin przeciwko Francji* z 26 kwietnia 2007 r., skarga nr 25389/05, § 58.

⁸³ Zob. orzeczenie *Iatridis przeciwko Grecji* z 25 marca 1999 r., skarga nr 31107/96, § 66.

W rezultacie, państwo prowadzące śledztwo ma obowiązek zabezpieczyć dowody, nawet jeżeli znajdują się one pod jurysdykcją innego państwa. Obowiązek ten skorelowany jest, zdaniem Trybunału, z powinnością państwa, w którym ten dowód się znajduje, zapewnienia wszelkiej pomocy w granicach jego kompetencji i działań wymienionych we wniosku o pomoc prawną⁸⁴.

Na uwagę zasługują również twierdzenia Trybunału poczynione na płaszczyźnie sprawy *Eugenia Lazăr przeciwko Rumunii*, które ogniskowały się na ustaleniu, że obowiązek proceduralny zawarty w art. 2 EKPCz nakłada na władze wyraźną konieczność podejmowania działań w celu uzyskania dowodów pozwalających na pełne i szczegółowe ustalenia faktyczne oraz obiektywną analizę ustaleń klinicznych, w szczególności dotyczących przyczyny śmierci. W opinii Trybunału każdy brak w tym zakresie, osłabiający możliwość ustalenia przyczyny śmierci lub odpowiedzialności za nią, rodzi ryzyko uznania, że doszło w tym zakresie do naruszenia. Nie można podważyć tezy, że obowiązkiem każdego państwa jest zagwarantowanie skutecznych ram prawnych i administracyjnych, pozwalających ustalić przyczynę śmierci jednostki⁸⁵.

Cenne jest również zaakcentowanie przez Trybunał, że prawa bliskich ofiar należą do istotnych gwarancji proceduralnych zawartych w art. 2 Konwencji, w tym dostępu do akt sprawy oraz uczestnictwa w czynnościach postępowania⁸⁶.

Sytuacji bliskich ofiar naruszeń postanowień Konwencji dotyczy również orzeczenie Trybunału w sprawie *Palić przeciwko Bośni i Hercegowinie*, w którym przyjęto, iż naruszenie art. 3 Konwencji wobec tych osób może nastąpić w razie braku reakcji władz na ich inicjatywy lub utrudnień w ich realizacji ze strony tychże władz. Państwo przyjmując taką postawę pozostawia bliskich ofiar w sytuacji, w której muszą oni ponosić główny ciężar ustalania wszelkich faktów. Zdaniem Trybunału postawa taka może być uznana za jaskrawe, uporczywe i bezduszne lekceważenie obowiązku ustalenia okoliczności losu ofiar⁸⁷.

W omawianej sprawie Trybunał podkreślił, że obowiązek proceduralny państwa na podstawie art. 2 Konwencji nie kończy się wraz ze znalezieniem szczątków poszukiwanego, przeciwnie zdarzenie to wymaga zogniskowania działań państwa na ustaleniu osób odpowiedzialnych za zaginięcie i śmierć jednostki oraz postawieniu tych osób w stan oskarżenia⁸⁸.

Oczywiste jest, iż obowiązek proceduralny prowadzenia śledztwa istnieje jeszcze przed znalezieniem ciała, a następnie istnieje ogólny obowią-

⁸⁴ Zob. orzeczenie *Rantsev przeciwko Rosji i Cyprowi* z 10 maja 2010 r., skarga nr 25965/04, § 232.

⁸⁵ Zob. orzeczenie *Eugenia Lazăr przeciwko Rumunii* z 16 lutego 2010 r., skarga nr 32146/05, § 219.

⁸⁶ Zob. orzeczenie *Seidova i inni przeciwko Bułgarii* z 18 listopada 2010 r., skarga nr 310/04, § 205.

⁸⁷ Zob. orzeczenie *Palić przeciwko Bośni i Hercegowinie* z 15 lutego 2011 r., skarga nr 4704/04, § 74.

⁸⁸ Ibidem, § 63.

zek wyjaśnienia okoliczności zaginięcia i śmierci oraz ustalenia i ścigania ewentualnych sprawców⁸⁹.

W orzeczeniu *Tsintsabadze przeciwko Gruzji* Trybunał konkludował, że skuteczność śledztwa wymaga, aby jego wnioski były oparte na szczegółowej, obiektywnej i bezstronnej analizie wszystkich istotnych elementów. Niepodjęcie oczywistych kierunków badania sprawy każdorazowo osłabia możliwość ustalenia okoliczności śmierci i osoby za nią odpowiedzialnej⁹⁰.

Możliwość naruszenia praw zagwarantowanych w Konwencji zwiększa się w sytuacji, gdy brak odpowiedniego ukierunkowania badania sprawy przez władze państwowe spotyka się z jednoczesnym generowaniem przeszkód i trudności pokrzywdzonym lub ich rodzinom w uzyskaniu koniecznych dowodów na poparcie zarzutów w sprawach, w których wyłącznie rząd jest w posiadaniu wchodzącej w grę dokumentacji. W opinii Trybunału, w takiej sytuacji przedstawienie zadowalającego i przekonującego wyjaśnienia faktów, których dotyczy zarzut, należy do rządu państwa. W konsekwencji, ciężar dowodu przenosi się na władzę państwową i jeśli jej argumenty upadną lub nie zostaną zebrane bez należytego usprawiedliwienia rodzi się problem na tle art. 2 i 3 Konwencji⁹¹.

W materii wyjaśnienia okoliczności sprawy Trybunał zaakceptował sytuację, że w praktyce śledczej może być trudno pogodzić sprzeczne ze sobą wersje wydarzeń. Niemniej jednak Trybunał *explicite* wskazał, iż władze muszą zbadać wszystkie fakty i podjąć decyzję na podstawie wszystkich towarzyszących okoliczności, w szczególności w razie istnienia bezpośrednich dowodów jak np. ślady przemocy⁹².

Na szczególną uwagę zasługuje konstatacja Trybunału poczyniona na płaszczyźnie kazusu *Al – Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* materializująca się w stwierdzeniu, że obowiązek proceduralny na podstawie art. 2 Konwencji istnieje nadal w trudnych warunkach bezpieczeństwa, w tym w kontekście zbrojnego konfliktu. Z obowiązku ochrony życia wynika, że – nawet w trudnych warunkach bezpieczeństwa – muszą być podjęte wszystkie rozsądne kroki, aby zapewnić przeprowadzenie skutecznego i niezależnego śledztwa w sprawie zarzuconych naruszeń prawa do życia. Natomiast ograniczenia wiążące się z charakterystyką zbrojnego konfliktu, powstania lub powszechnej przemocy, które mogą negatywnie wpływać na jakość i skuteczność działalności śledczych, mogą jedynie skutkować posłużeniem się mniej efektywnymi środkami śledczymi albo spowodować opóźnienia⁹³. W żadnym zaś wypadku nie mogą unicestwić śledztwa w całości.

⁸⁹ Zob. orzeczenie *Girard przeciwko Francji* z 30 czerwca 2011 r., skarga nr 22590/4, § 53.

⁹⁰ Zob. orzeczenie *Tsintsabadze przeciwko Gruzji* z 15 lutego 2011 r., skarga nr 35403/06, § 63.

⁹¹ Zob. orzeczenie *Movsayevy przeciwko Rosji* z 14 czerwca 2011 r., skarga nr 20303/07, § 67.

⁹² Zob. orzeczenie *M. i C. przeciwko Rumunii* z 27 września 2011 r., skarga nr 29032/04, § 89.

⁹³ Zob. orzeczenie *Al – Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* z 7 lipca 2011 r., skarga nr 55721/07, § 93.

Próba podsumowania

Nie ulega wątpliwości, że w Europejski Trybunał Praw Człowieka wypracował w ramach swojej działalności orzeczniczej standardy skutecznego i adekwatnego śledztwa, które muszą być spełnione, by możliwe było ustalenie okoliczności zdarzenia, które skutkowało naruszeniem praw jednostki, gwarantowanych postanowieniami Konwencji, osób winnych za to naruszenie, jak i pociągnięcie tych osób do odpowiedzialności przed organem sądowym.

Istotnym komponentem skutecznego i adekwatnego śledztwa jest niezależność instytucjonalna i polityczna organów prowadzących postępowanie karne, jak i kontrola prawidłowości jego prowadzenia przez niezawisły oraz niezależny organ sądowy.

W orzecznictwie Trybunału wyeksponowano, że przebieg śledztwa i rodzaj czynności podejmowanych w jego toku powinien być uzależniony od specyfiki i okoliczności danej sprawy. Jednakże Trybunał sygnalizuje, że niezbędne jest przesłuchanie naocznych świadków zdarzeń oraz wykonanie stosownych ekspertyz, wymagających wiedzy specjalistycznej, przez podmioty, w których gestii ta wiedza pozostaje.

Znamienne, że – jak wynika to z większości orzeczeń Trybunału – nie można mówić o skuteczności śledztwa, jeżeli nie mają zapewnionego udziału w nim osoby pokrzywdzonej lub bliskich ofiar naruszeń Konwencji. Osoby te nie tylko są uprawnione do inicjowania działań śledczych, realizowanych następnie przez władze państwowe, ale również do uczestnictwa w czynnościach dowodowych oraz zapoznania się z aktami sprawy.

Na adekwatność i skuteczność śledztwa składa się również powinność szczegółowego i precyzyjnego podejścia do ustalenia przyczyn śmierci ofiar, w tym dołożenia szczególnej staranności przy przeprowadzaniu sekcji zwłok.

Jednym z elementów adekwatności i skuteczności śledztwa według Trybunału jest również prowadzenie odpowiedniego postępowania bez baczenia na jego transgraniczny charakter i realizacji czynności dowodowych niezależnie od podlegania dowodów jurysdykcji innego państwa. Zdaniem Trybunału, transgraniczna specyfika postępowania nie może stanowić jego zagrożenia, a powinna wiązać się ze wzmożoną współpracą między państwami, która stanowiłaby *remedium* na naturalne przeszkody związane ze zderzeniem władz różnych państw, a tym samym dwóch systemów prawnych.

Zestawiając *signa specifica* standardu adekwatności i skuteczności śledztwa wypracowanego przez Trybunał w jego działalności jurydycznej z modelowymi rozwiązaniami polskiej procedury karnej, nie można zaprzeczyć, że polski stan normatywny rzeczoną adekwatność i skuteczność zapewnia, co jest chociażby widoczne w otwartej egzemplifikacji zadań postępowania przygotowawczego z art. 297 Kpk, jak i z wytycznych art. 2 § 1 Kpk, który deklaruje cele postępowania karnego.

Do odchyień od postulowanych norm polskiej procedury karnej i wypaczeń gwarantowanych przez Kodeks postępowania karnego rozwiązań dochodzi z uwagi na czynnik ludzki oraz szeroko pojęty czynnik polityczny lub inne źródło nacisku.

Z pewnością *remedium* dla tych odchyień i wypaczeń będzie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, które na kanwie polskich spraw będzie wymagało od władz polskich zachowania modelowych rozwiązań i honorowania w codziennej praktyce litery prawa.

THE STANDARD OF ADEQUATE AND EFFECTIVE INVESTIGATION WITHIN THE MEANING OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' CASE-LAW

Keywords: adequate, thorough and effective (official) investigation; investigation process; victim of a violation; post-mortem examination; torture, inhuman or degrading treatment or punishment; fair trial; relatives of a victim

Summary

The aim of writing this article is to review the standard of adequate and effective investigation, an integral element of fair trial principle, within the meaning of European Court of Human Rights' case law. In the article the normative contents of this standard is shown with the aid of voluminous case-law of ECHR. The article presents also domestic standards of investigation process that are regulated in the Polish Code of Criminal Procedure. In the final part of the article both standards are matched against.

The article is divided into four parts.

The first part includes glance at domestic investigation process and concentrates on establishing aims and task of this process as well as formal status of a victim.

The second and the third part give a "hard core" of the article's topic. In these parts multiple verdicts of ECHR, which covered the aforementioned topic, has been analysed. In the lights of this analyse main elements and characteristic features of the adequate and effective investigation has been reconstructed.

The final part holds an attempt to recapitulate comments done in the article and to compare domestic and European standards in the scope of the investigation process.

Marcin Naruszewicz, Piotr Muraszko

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Pojęcie i status embrionu ludzkiego w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – *Oliver Brüstle* *przeciwko Greenpeace eV*

Słowa kluczowe: embrion ludzki, komórki macierzyste, wynalazki biotechnologiczne, prawa człowieka

1. Uwagi wstępne

Kwestie poruszane w niniejszej publikacji mają szczególną doniosłość społeczną, ponieważ dotyczą one podstaw egzystencji ludzkiej. Zagadnienia te nie były dotychczas na poziomie europejskim w zasadzie nigdzie uregulowane (brak w tym względzie szerszych, precyzyjnych uregulowań tak na poziomie traktatowym, jak i na poziomie prawa tworzonego przez instytucje Unii Europejskiej). Dotychczas nie było także jakiegokolwiek sprawy przed sądami europejskimi (tj. Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Europejskim Trybunałem Praw Człowieka), przy okazji której sądy te precyzyjniej wypowiedziałyby się co do tej kwestii. Powstaje niebezpieczeństwo, iż brak jakiegokolwiek regulacji prawnej w tym zakresie będzie się w ostateczności wiązał z bardzo poważnymi konsekwencjami dla państw i narodów Unii Europejskiej (zwłaszcza – rozbieżność w zakresie stosowania prawa – opartego na różnorodnych systemach aksjologicznych). Ale też – trzeba tutaj z całą mocą podkreślić – nie może w tym względzie chodzić o nieprzemyślaną regulację prawną, lecz tylko o taką, która będzie chroniła obiektywne dobro ludzkie. Podobnie rzecz się ma w kwestii stanowiska trybunałów europejskich (w wyżej podanym znaczeniu) – nie chodzi więc o różne ich stanowisko, ale tylko o takie, które będzie przyczyniało się do zaprowadzenia porządku (ładu społecznego) na obszarze całej Unii w obszarze tych zagadnień.

Należy wobec tego poddać szerszej analizie pod tym kątem najnowsze orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV* – tak, aby uzyskać odpowiedź na pytanie, czy stanowisko tego sądu przyczynia się do wprowadzenia swoistego „ładu publicznego” w kwestii badań na komórkach zarodkowych, czy też potęguje dotychczas istniejący chaos¹.

2. Proces przed federalnym sądem patentowym

W procesie krajowym, federalny sąd patentowy orzekł na podstawie § 22 ust. 1 Patentgesetz (ustawy o patentach)² o nieważności patentu, ze względu na sposób pozyskiwania komórek progenitorowych – przy użyciu komórek macierzystych ludzkiego embrionu. Kluczowe znaczenie miał art. 2 ustawy, brzmiący następująco: „1. Patentów nie udziela się na wynalazki, których handlowe wykorzystanie naruszałoby porządek publiczny lub dobre obyczaje; jednakże wykorzystanie nie jest uważane za takie naruszenie na tej tylko podstawie, że jest ono zakazane przepisami ustawowymi lub administracyjnymi.”

Przepis ten jest z kolei transpozycją dyrektywy 98/44/WE³ o następującym brzmieniu: „1. Wynalazki uważa się za niemające zdolności patentowej, w przypadku gdy ich handlowe wykorzystanie byłoby sprzeczne

¹ W toku postępowania o unieważnienie patentu wszczętego przez *Greenpeace eV przeciwko Oliverowi Brüstle*, właścicielowi niemieckiego patentu dotyczącego izolowanych i oczyszczonych progenitorowych komórek nerwowych, ich wytwarzania z embrionalnych komórek macierzystych i wykorzystywania ich do terapii wad układu nerwowego, pojawił się szereg wątpliwości natury prawnej i etycznej, które zostały następnie przedstawione Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej w formie pytań prejudycjalnych. Kluczowym zagadnieniem stała się wykładnia art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz.U.L 213, s 13). Zgodnie ze specyfikacją patentową przedstawioną przez Olivera Brüstle, jego wynalazek, transplantacja komórek mózgowych do układu nerwowego może w przyszłości stać się metodą leczenia wielu chorób neurologicznych. Dotychczas metoda ta była już stosowana w terapii klinicznej pacjentów cierpiących na chorobę Parkinsona. Problemem staje się sam sposób transplantacji komórek progenitorowych. Generalnie występują one wyłącznie podczas fazy rozwojowej mózgu – tak, więc, aby je uzyskać, trzeba wykorzystywać tkanki mózgowe ludzkich embrionów. Metoda ta stwarza wiele problemów natury moralnej, aczkolwiek może dać nowe perspektywy w dziedzinie medycyny. Opisane wyżej komórki są „pluripotentne” – co oznacza, że mogą one być różnicowane we wszystkie rodzaje komórek, a ponadto w toku nawet licznych przekształceń zachowują swoje właściwości i są zdolne do namnażania się. Patent Olivera Brüstle daje więc możliwość produkcji nieograniczonej wręcz ilości izolowanych i oczyszczonych komórek progenitorowych z zachowaniem ich cech neuronalnych lub glejowych. Zob. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 18 października 2011 r. w sprawie *Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV*, C34/10 ECR 2011.

² Ustawa z dnia 5 maja 1936 r. – Patentgesetz (Dziennik Ustaw Rzeszy z 1936 r., w brzmieniu ustalonym obwieszczeniem z dnia 16 grudnia 1980 r. (Dziennik Ustaw RFN BGBl z 1981 r., z późn. zm.).

³ Dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz.U. L 213 z 30.07.1998).

z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami; jednakże wykorzystanie nie jest uważane za sprzeczne jedynie dlatego, że jest ono zakazane przepisami ustawowymi lub wykonawczymi.

2. Na podstawie ust. 1 uważa się za niemające zdolności patentowej w szczególności: [...] c) wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych”.

Zwrócić należy uwagę, że już sama abstrakcyjna możliwość stosowania ludzkich embrionów do celów przemysłowych i handlowych wzbudza poważne zastrzeżenia etyczne.

Na mocy artykułu 3 wspomnianej dyrektywy: „1. Do celów niniejszej dyrektywy zdolność patentową mają wynalazki, które są nowe, posiadają poziom wynalazczy i nadają się do przemysłowego stosowania, nawet jeśli dotyczą produktu składającego się lub zawierającego materiał biologiczny lub sposobu, za pomocą którego materiał biologiczny jest produkowany, przetwarzany lub wykorzystywany.

2. Przedmiotem wynalazku może być materiał biologiczny, który jest wyizolowany ze swojego naturalnego środowiska lub wyprodukowany przy pomocy sposobu technicznego, nawet jeśli poprzednio występował w naturze.”

W kontekście artykułu 5: „1. Ciało ludzkie, w różnych jego stadiach formowania się i rozwoju oraz zwykle odkrycie jednego z jego elementów, wyłącznie z sekwencją lub częściową sekwencją genu, nie może stanowić wynalazków posiadających zdolność patentową.

2. Element wyizolowany z ciała ludzkiego lub w inny sposób wytworzony przy pomocy sposobu technicznego, wyłącznie z sekwencją lub częściową sekwencją genu, może stanowić wynalazek posiadający zdolność patentową, nawet, jeśli struktura tego elementu jest identyczna ze strukturą elementu naturalnego.” Ustanowiona została bardzo wyraźna granica pomiędzy – nawet z punktu widzenia biotechnologicznego – identycznymi materiałami biologicznymi, ale różniącymi się ze względu na ich pochodzenie, sposób uzyskania. Sąd pierwszej instancji uznał, że uzyskiwanie komórek progenitorowych z ludzkich embrionów mieści się w dyspozycji art. 5 ust. 1 i 2 dyrektywy 98/44/WE, w związku z czym udzielenie patentu jest z punktu widzenia prawnego niedopuszczalne.

3. Pytania prejudycjalne

Oliver Brüstle odwołał się następnie od wyżej przytoczonego orzeczenia niemieckiego Bundespatentgericht do Bundesgerichtshof. W opisanym stanie faktycznym kluczowym zagadnieniem, umożliwiającym rozstrzygnięcie sprawy, stało się wyraźne wyjaśnienie pojęcia i nakreślenie statusu embrionu ludzkiego w sferze prawnej. W związku z powyższym sąd drugiej instancji postanowił zawiesić postępowanie i sformułować następujące pytania prejudycjalne: „1) Co należy rozumieć pod pojęciem «embrionów ludzkich» zawartym w art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy [...]?”

- a) Czy obejmuje ono wszystkie stadia rozwoju życia ludzkiego od zapłodnienia komórki jajowej, czy też muszą być spełnione dodatkowe przesłanki, jak na przykład osiągnięcie określonego stadium rozwoju?
 - b) Czy obejmuje ono również następujące organizmy:
 - niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, w które wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej;
 - niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, które zostały pobudzone do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy?
 - c) Czy obejmuje ono również komórki macierzyste, które zostały pozyskane z embrionów ludzkich w stadium blastocysty?
- 2) Co należy rozumieć pod pojęciem «wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych»? Czy obejmuje ono każde wykorzystanie handlowe w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy, w szczególności również wykorzystanie do celów badań naukowych?
- 3) Czy wiedza techniczna jest wyłączona z opatentowania na mocy art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy [...] również wtedy, gdy wykorzystanie embrionów ludzkich nie należy do wiedzy technicznej zastrzeżonej patentem, ale jest niezbędną przesłanką zastosowania tej wiedzy:
- ponieważ patent dotyczy wyrobu, którego wytworzenie wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich, lub
 - ponieważ patent dotyczy procesu, dla którego wyrób taki jest konieczny jako materiał wyjściowy?”⁴

Jednakże, przed przejściem do ustaleń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zasadne wydaje się wyjaśnienie spornych pojęć i nakreślenie metodyki wynalazku będącego przedmiotem patentu Olivera Brüstle w kontekście biotechnologiczno-medycznym.

4. Komórki macierzyste

Mianem komórek macierzystych określa się komórki mające zdolność do ciągłego podziału i samoodnowy, często nawet przez kompletny okres życia organizmu, z którego pochodzą. W szczególnych okolicznościach, za pomocą specyficznych bodźców, można stymulować komórki macierzyste do ich różnicowania w odrębne typy komórek występujących w organizmie. Ich pluripotentność przejawia się w możliwości wykreowania z nich wielorakich typów komórek potomnych. Polipotentność oznacza zdolność do zróżnicowania w każdy typ dojrzałej komórki wywodzącej się z trzech listków zarodkowych, natomiast totipotentne są komórki zdolne do wytworzenia całego organizmu wraz z łożyskiem. Z kolei najlepszym przykładem komórek pluripotentnych są właśnie embrionalne komórki macierzyste, wywodzące się z pierwotnego stadium rozwojowego zarodka – inaczej bla-

⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wielka Izba) z dnia 18 października 2011 r.; sprawa C34/10.

stocysty. Komórki te zdolne są do nieskończonej liczby symetrycznych podziałów bez jakiegokolwiek uszczerbku, inną ich niezwykle ważną cechą jest klonogenność – nawet jedna taka komórka może dać początek kolonii genetycznie identycznych komórek potomnych o niezmiennych cechach. Embrionalne komórki macierzyste pochodzą z pierwotnych komórek zarodkowych, które znajdują się w tzw. grzebieniu gonadalnym (części zarodka)⁵.

Literatura medyczna wskazuje wiele realnych korzyści, jakie mogłoby przynieść wykorzystanie wyżej opisanych komórek. Stworzenie metody pozwalającej na kontrolowanie procesu różnicowania embrionalnych komórek macierzystych dałoby nadzieję na odbudowę zniszczonej w wyniku choroby tkanki. Już na teraźniejszym etapie badań, prowadzone są próby zastosowania ich w terapii choroby Parkinsona, choroby Alzheimerera, udaru mózgu wad serca, chorób metabolicznych jak np. cukrzycy typu I, dystrofii mięśni czy uszkodzeń rdzenia kręgowego⁶.

Istotnym zagadnieniem wymagającym wyjaśnienia jest również partenogeneza. W kontekście organizmu ludzkiego partenogeneza oznaczać będzie utworzenie embrionu z komórki jajowej bez jej zapłodnienia. W przyrodzie zjawisko to występuje wśród niektórych gatunków zwierząt, natomiast w odniesieniu do embrionów ludzkich możliwe jest od niedawna, a jego odkrycie określone zostało mianem przełomowego⁷.

5. Stanowisko Trybunału

Trybunał Sprawiedliwości Europejskiej odniósł się do pytań prejudycjalnych w następujący sposób:

Co do pytania pierwszego, czyli wykładni pojęcia „embrionu ludzkiego” w rozumieniu dyrektywy i w odniesieniu zdolności patentowej, Trybunał na samym początku podkreślił istotność zagadnienia i konieczność jego ujednolicenia dla stosowania prawa na terenie Unii Europejskiej. Celem dyrektywy jest harmonizacja norm prawnych dotyczących tego zagadnienia, a co za tym idzie zniesienie barier i utrudnień w działaniu rynku wewnętrznego w dziedzinie rozwoju biotechnologii i medycyny.

Jednocześnie celowi temu z pewnością nie sprzyja brak prawnie ukształtowanej definicji „embrionu ludzkiego”. Ponadto stwarza to zagrożenie

⁵ Szerzej – M. Sikora, W. Olszewski; *Komórki macierzyste – biologia i zastosowanie terapeutyczne*, „Postępy Higieny i Medycyny Doświadczalnej”, 2004; 58; s. 202-208.

⁶ Obszerne opracowanie z medycznego punktu widzenia – zob. K. Domańska-Janik, *Perspektywy zastosowania terapeutycznego komórek macierzystych w chorobach centralnego układu nerwowego*, „Nauka” 2/2004, s. 17-26.

⁷ Media poinformowały o południowokoreańskim naukowcu Woo Suk Hwang, który miał rzekomo dokonać pierwszego klonowania embrionu ludzkiego. Okazało się to nieprawdą, jednak dokonał on innego przełomowego odkrycia – stworzył embrion z niezapłodnionej komórki jajowej. Również amerykańska Stem Cell Corporation poinformowała o podobnym udanym eksperymencie.

trafnie wskazane przez Trybunał, umożliwiające twórcom wynalazków występowanie z wnioskiem patentowym w państwach, w których definicja embrionu ludzkiego byłaby najwęższa, co pozwalałoby im na prowadzenie badań w najszerszym zakresie, nawet takim, który byłby prawnie niemożliwy w innych państwach członkowskich. Doprowadziłoby to do zakłóceń w funkcjonowaniu rynku, a także byłoby nieuzasadnioną dysproporcją przyznawanych uprawnień.

Przy rozważaniu tego zagadnienia nie sposób również pominąć kwestii etycznych i moralnych, ponieważ już nawet art. 6 ust. 1 dyrektywy zakazuje udzielania patentów na wynalazki, których „handlowe wykorzystanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami”. Jednakże pojęcie dobrych obyczajów jest pojęciem o bardzo szerokim zakresie semantycznym i bez konkretnego wyjaśnienia pojęcia „embrionu ludzkiego” stosowanie dyrektywy jest znacznie utrudnione.

Trybunał odpowiadając na pierwsze pytanie prejudycjalne podkreślał, że definicja nie będzie definicją w znaczeniu medycznym ani odnoszącym się do kwestii etycznych – ma ona powstać w wyniku wykładni systematycznej i celowościowej odpowiednich przepisów prawnych.

W preambule dyrektywy⁸ określony został jej cel – wspieranie inwestycji w dziedzinie biotechnologii, przy czym materia biologiczna pochodzenia ludzkiego powinna być wykorzystywana z poszanowaniem praw podstawowych, a w szczególności godności ludzkiej. Art. 5 ust. 1 zakazuje uznania ciała ludzkiego, w jakiegokolwiek formie i w jakimkolwiek stadium rozwoju, za wynalazek posiadający zdolność patentową. Art. 38 dodatkowo tworzy dodatkowe zabezpieczenie – odnosi ten zakaz także do samych metod, mogących naruszać godność człowieka. Według Trybunału, już te przepisy wskazują na konieczność bardzo szerokiego rozumienia pojęcia embrionu ludzkiego⁹.

W związku z powyższym, na pierwsze pytanie Trybunał odpowiedział następująco:

- „embrionem ludzkim” w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy jest każda ludzka komórka jajowa począwszy od stadium jej zapłodnienia, każda niepłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej oraz każda niepłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy;
- do sądu krajowego należy ustalenie, w świetle rozwoju nauki, czy komórka macierzysta, która została pozyskana z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, stanowi „embrion ludzki” w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy.

⁸ Dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz.U. L 213 z 30.07.1998).

⁹ Godność człowieka jako jedna z podstawowych wartości chronionych, musi być cały czas rozważana w kontekście dopuszczalności omawianego wynalazku.

Przygotowując odpowiedź na drugie pytanie, Trybunał zmuszony był ustalić, czy pojęcie badań naukowych mieści się w pojęciu celów przemysłowych i handlowych. W obydwu przypadkach na pierwszym planie znajduje się ochrona embrionu ludzkiego i co za tym idzie godności człowieka. Należy zauważyć, że jednoznaczne rozgraniczenie obu celów jest dość trudne do osiągnięcia. Zgodnie z art. 14 dyrektywy patent na wynalazek stanowi uprawnienie jego posiadacza do „zakazania osobom trzecim korzystania z niego w celach przemysłowych i handlowych”¹⁰. Natomiast nawet jeżeli przeciwstawić temu cel naukowy i badawczy – to i tak nie można wyłączyć go z praw patentowych. To samo dotyczy się wynalazków dotyczących embrionu ludzkiego. Zwrócić należy uwagę również na fakt, że taka wykładnia jest tożsama z wykładnią komisji odwoławczej Europejskiego Urzędu Patentowego w odniesieniu do art. 28 lit. c) regulaminu wykonawczego do KPE.

W odpowiedzi na drugie pytanie Trybunał stwierdził:

- wyłączenie wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych, o którym mowa w art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy, ze zdolności patentowej dotyczy również wykorzystywania do celów badań naukowych, bowiem przedmiotem patentu może być jedynie wykorzystywanie do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które jest stosowane do embrionu ludzkiego i jest dla niego użyteczne.

W trzecim pytaniu prejudycjalnym poruszony został problem nie wykorzystania samych embrionów ludzkich, ale efektów ich uprzedniego zniszczenia, w celu uzyskania opatentowanego wyrobu. Patent Olivera Brüstle obejmował wytwarzanie nerwowych komórek progenitorowych z komórek macierzystych pozyskanych z embrionu ludzkiego będącego w stadium blastocysty, co bezpośrednio łączy się ze zniszczeniem embrionu. Nawiązując do poprzednich założeń wyroku, Trybunał uznał taki wynalazek za wyłączony ze zdolności patentowej. Trafnie stwierdził, że okoliczność, iż do zniszczenia embrionów dochodzi na dużo wcześniejszym etapie, to i tak należy zwrócić uwagę na fakt, że metoda wytwarzania wyrobu końcowego z góry zakłada konieczność zniszczenia ludzkich embrionów i nie może być inaczej przeprowadzona. Dopuszczenie do opatentowania tego rodzaju wynalazku umożliwiłoby obejście prawa. Tym samym odpowiedź na trzecie pytanie jest następująca:

- art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy wyłącza zdolność patentową wynalazku, gdy wiedza techniczna będąca przedmiotem wniosku patentowego wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich lub ich użycia jako materiału wyjściowego, bez względu na stadium, w którym do tego dochodzi i nawet gdy opis zastrzeżonej wiedzy technicznej nie wspomina o wykorzystywaniu embrionów ludzkich.

¹⁰ Odnosi się to jednak do ochrony stricte patentu, priorytetowe znaczenie ma kwestia, co może być przedmiotem takiego patentu; czy tak jak w omawianym przypadku może to być wynalazek Olivera Brüstle; dopiero po rozwiązaniu tego sporu możemy mówić o jego ewentualnej prawnej ochronie.

Udzielając odpowiedzi na wyżej opisane pytania prejudycjalne, Trybunał Sprawiedliwości Europejskiej w pewnym stopniu zdefiniował i określił zakres pojęcia embrionu ludzkiego. Określił także jego status jako swoistego rodzaju komercyjnego dobra będącego przedmiotem obrotu gospodarczego. Warto jeszcze raz podsumować ustalenia Trybunału:

- 1) Wykładni art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych należy dokonywać w ten sposób, że:
 - „embrionem ludzkim” jest każda ludzka komórka jajowa począwszy od stadium jej zapłodnienia, każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej oraz każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy;
 - do sądu krajowego należy ustalenie, w świetle rozwoju nauki, czy komórka macierzysta, która została pozyskana z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, stanowi „embrion ludzki” w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy 98/44.
- 2) Wyłączenie wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych, o którym mowa w art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy 98/44, ze zdolności patentowej dotyczy również wykorzystywania do celów badań naukowych, bowiem przedmiotem patentu może być jedynie wykorzystywanie do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które jest stosowane do embrionu ludzkiego i jest dla niego użyteczne.
- 3) Artykuł 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy 98/44 wyłącza zdolność patentową wynalazku, gdy wiedza techniczna będąca przedmiotem wniosku patentowego wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich lub ich użycia jako materiału wyjściowego, bez względu na stadium, w którym do tego dochodzi, i nawet gdy opis zastrzeżonej wiedzy technicznej nie wspomina o wykorzystywaniu embrionów ludzkich.¹¹

6. Konsekwencje

Analizując sprawę Olivera Brüstle stajemy po raz kolejny przed bardzo starym, aczkolwiek nadal aktualnym zagadnieniem¹² – początkiem życia ludzkiego. Jest to temat niezwykle kontrowersyjny, będący przedmiotem

¹¹ Sentencja wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wielka Izba) z dnia 18 października 2011 r.; sprawa C34/10.

¹² Tak, jak i wiele innych problemów ludzkości – zagadnienie to w każdym pokoleniu zachowuje swoją doniosłość i aktualność. Inną sprawą jest to, czy określone zrzeszenie ludzkie (państwo, organizacja międzynarodowa, organizacja ponadnarodowa) z takich czy innych względów opowie się za sprawdzonymi w odnośnych problemach rozwiązaniami, takimi które gwarantowały w przeszłości trwały pokój i ład społeczny, czy też niejako *eksperymentuje* i podaje nowe, wprowadzając w sensie logicznym dobrze uargumentowane, ale oderwane od do-

burzliwych dyskusji. Zgodnie z odpowiedzią Trybunału na jedno z pytań prejudycjalnych, „*embrionem ludzkim*” jest każda ludzka komórka jajowa począwszy od stadium jej zapłodnienia, każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej oraz każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy¹³. Tym samym nakreślony został bardzo szeroki pogląd na ten problem, wręcz niemożliwe byłoby ustanowienie „wcześniejszej” granicy początku życia człowieka. Od razu należy zaznaczyć, że stanowisko te niemal wyklucza jakiegokolwiek badania, podczas których naruszane są embriony ludzkie, bowiem skoro już wtedy mamy do czynienia z człowiekiem – byłoby to naruszenie jego godności i integralności.

Trybunał przekazał sądowi krajowemu rozpatrzenie problemu, czy w świetle rozwoju nauki, komórka macierzysta, która została pozyskana z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, stanowi „embrion ludzki” w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy 98/44. Wbrew pozorom, sposób jego rozwiązania może mieć bardzo poważne skutki prawne. Jeżeli uznać, że wyżej wspomniana komórka macierzysta jest embrionem – ograniczenie badań biotechnologicznych w tym kierunku zostaje znacząco rozszerzone.

Istotne wydaje się pytanie, czy nawet w wypadku uznania zarówno embrionu ludzkiego, jak i komórki macierzystej pozyskanej z embrionu w stadium blastocysty – za „człowieka” bądź niejako jego „początek”, możliwości i nadzieje, jakie dają lub mogą dać w przyszłości badania wykorzystujące je, a nawet doprowadzające do ich unicestwienia, nie są swojego rodzaju „wyższym dobrem”. Już nawet przy obecnym stanie rozwoju biotechnologii i medycyny, możliwe jest wskazanie konkretnych korzyści¹⁴, jakie badania na komórkach macierzystych mogą przynieść:

- terapia choroby Alzheimera¹⁵,
- terapia depresji,
- terapia choroby Parkinsona,
- terapia schizofrenii¹⁶.

Z pewnym niepokojem, ale także i nadzieją należy stwierdzić, że aby kontynuować rozwój w dziedzinie medycyny, konieczne jest podejmowanie ryzyka, o ile jest ono adekwatne do możliwych „zysków”, rozumianych jako

świadczenia (niekiedy je wręcz lekceważące) wcześniejszych pokoleń rozstrzygnięcia doniosłych społecznie zagadnień (jak właśnie początek życia ludzkiego).

¹³ W ten sposób Trybunał stworzył własną definicję „embrionu ludzkiego”.

¹⁴ Na potrzeby niniejszego artykułu wystarczające wydaje się jedynie ogólne nakreślenie możliwych zastosowań terapii związanych z komórkami progenitorowymi. Dokładny opis każdej z metod terapeutycznych należy do nauk ściśle medycznych, wymagających dość wszechstronnego i wnikliwego zapoznania z tematem, co w niniejszej pracy nie jest możliwe.

¹⁵ Zob. A. Kubis, M. Janusz, *Choroba Alzheimera – nowe możliwości terapeutyczne oraz stosowane modele eksperymentalne*, [w:] „Postępy Higieny Medycyny Doświadczalnej”, 2008: 62; s. 372-392.

¹⁶ Zob. Blackwell Munksgaard; tłumaczenie: lek. B. Godlewska, *Nerwowe komórki macierzyste w leczeniu zaburzeń neuropsychiatrycznych*, „Acta Neuropsychiatrica” 2007: 19, s. 11-26.

kierunki rozwoju metod leczenia. Wydaje się, że w tym wypadku jest ono jak najbardziej zasadne.

W ramach niniejszych analiz pod kątem stricte prawnym należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na fakt, iż w systemie prawa unijnego nie ma definicji pojęcia „embrion ludzki”. W szczególności taka definicja nie została sformułowana w Dyrektywie.

Mimo to Trybunał, ze względu na to, iż w akcie tym nie dokonano w tym zakresie odesłania do wewnętrznych porządków prawnych poszczególnych krajów członkowskich, zaprezentował stanowisko, iż rzeczzone pojęcie (dla celów stosowania tej dyrektywy) ma w całej Unii charakter autonomiczny i tym samym podlega jednolitej wykładni (interpretacji) na całym jej obszarze¹⁷. Jedną z istotniejszych racji, która za takim stanowiskiem przemawia – według Trybunału – jest okoliczność, iż brak wspólnej definicji tego terminu powodowałaby poważne zagrożenie, że twórcy odpowiednich wynalazków (biotechnologicznych) w praktyce występowałiby o ochronę patentową tych wynalazków w tych państwach, w których zezwala się na najdalej zezwalającą koncepcję prawną embrionu ludzkiego. Taka zaś sytuacja miałaby negatywny wpływ na urzeczywistnienie celu wspólnego rynku¹⁸.

Trybunał – odnosząc się do kontekstu oraz celu wspomnianej dyrektywy (z których jednoznacznie wynika, iż unijny prawodawca kierował się intencją polegającą na wykluczeniu jakiejkolwiek możliwości udzielania patentu w przypadku, w którym szacunek godności ludzkiej mógłby zostać naruszony) – opowiedział się za szeroką definicją embrionu ludzkiego, zgodnie z którą embrionem ludzkim jest każda ludzka komórka jajowa, począwszy od momentu jej zapłodnienia, ze względu na to, iż to zapłodnienie może rozpocząć proces rozwoju ludzkiego. Jednakże ETS, przyjmując tak szeroką definicję embrionu ludzkiego, jednocześnie przekazał do sądu krajowego ustalenie kwestii, czy w świetle rozwoju nauki komórka macierzysta, która została pozyskana z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, stanowi „embrion ludzki” w rozumieniu przepisów przeanalizowanej Dyrektywy. Oceniając takie stanowisko Trybunału wskazać należy, iż jest ono niekonsekwentne. W tym względzie w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, iż ETS opowiedział się za jednolitą koncepcją pojęcia „embrionu ludzkiego” we wszystkich państwach członkowskich. Po drugie, jak wynika ze sformułowanej przez niego definicji opowiedział się również za szeroką koncepcją embrionu ludzkiego. Mimo takiego jednoznacznego stanowiska w tych kwestiach nie potrafił z niego wywieść prostych konsekwencji i (będąc konsekwentnym – tj. nie pozostawiając marginesu władzy uznaniowej w tej kwestii dla państw członkowskich) jednoznacznie przesądzić zagadnienia, które powierzył sądowi niemieckiemu, który wystąpił o wydanie

¹⁷ Takie stanowisko Trybunału nie wydaje się być do końca zasadne. Dyrektywa ta bowiem zdaje się nie posiadać charakteru wyczerpującego, wyłącznego, co zresztą w dalszej części swoich analiz potwierdził sam Trybunał.

¹⁸ Należy przypomnieć, że jest to jeden z podstawowych celów Dyrektywy.

orzeczenia wstępnego – czyli opowiedzieć się za stanowiskiem, iż *komórka macierzysta, która została pozyskana z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty*, stanowi na gruncie omawianej dyrektywy embrion ludzki.

Pierwszą konstatacją płynącą z analizy interesującego nas orzeczenia jest to, iż ochrona patentowa w zakresie *progenitorowych komórek nerwowych wytwarzanych w oparciu o embrionalne komórki macierzyste wykorzystywanych do terapii wad układu nerwowego ludzkiego* nie posiada charakteru bezwzględneho. Niewątpliwie sąd ten dostrzega jako taką konieczność zapewnienia w rzecznym przypadku takiej ochrony, ale z drugiej strony niejako łagodzi ją w oparciu o wynikające z przepisów prawa krajowego państw członkowskich UE, prawa unijnego oraz międzynarodowego wymogi odnoszące się do ochrony takich szczególnych dla współczesnych społeczeństw wartości jak: zdrowie publiczne, bezpieczeństwo (bliżej przez Trybunał niestety nie zdefiniowane), ochronę środowiska naturalnego, tzw. dobrostan zwierząt, różnorodność genetyczną oraz zgodność z niektórymi normami etycznymi¹⁹. Tak więc Trybunał reprezentuje stanowisko, iż w przypadku kolizji praw wynikających z ochrony patentowej w odniesieniu do powyższego *wynalazku* a wskazanymi dobrami, pierwszeństwo należy dać tym ostatnim.

Po drugie, w taki sposób *łagodzona* ochrona patentowa uprawnia wyłącznie do zakazania podmiotom trzecim korzystania z rzeczonego *wynalazku* w celach przemysłowych i handlowych. Oznacza to, iż Trybunał dopuścił możliwość korzystania z niego osobom trzecim w innych aniżeli komercyjne celach. Tym samym niejako dokonał zawężającej interpretacji zakresu ochrony patentowej. Ponadto, dodatkowo wskazał, iż tak rozumiane (zawężająco) uregulowania patentowe w praktyce muszą być stosowane z uwzględnieniem fundamentalnych (podstawowych) zasad chroniących godność oraz integralność osoby ludzkiej. W tym ostatnim względzie podkreślił, iż ciało ludzkie w każdym stadium swojego formowania się (lub rozwoju), włącznie z komórkami zarodkowymi (tak!) nie może zostać opatentowane, a następnie stwierdził, iż prawo patentowe każdego indywidualnego państwa członkowskiego jest właściwe dla zdefiniowania tych kryteriów (tj. stadiów rozwojowych oraz komórek zarodkowych)²⁰.

¹⁹ Szkoda, że Trybunał w odniesieniu do tej ostatniej wartości bliżej nie sprecyzował, dlaczego tylko z niektórymi normami etycznymi oraz nie wskazał dokładnie, z którymi spośród z tych norm. Ma to o tyle istotne znaczenie, iż jak wynika z Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, określonej na szczycie w Nicei *jako deklaracja moralności europejskiej*, Unia szanuje różnorodność kulturową (a więc także i etyczną) poszczególnych jej państw członkowskich (w tym względzie zob. Preambulę do tego dokumentu). Tak więc w kwestiach moralnych Unia odwołuje się do modelu moralności poszczególnego państwa członkowskiego. Nie wprowadza zaś jednolitych standardów na całym swoim terytorium w tej kwestii. Dlatego też – z perspektywy zapisów zawartych w KPP UE – takie częściowe odwołanie się do norm etycznych przez Trybunał w powyżej charakteryzowanej sprawie wydaje się jednak nie do końca respektujące unormowania obowiązujące w tym zakresie w całej UE.

²⁰ Pogląd ten nie wydaje się być do końca jasny. Można nawet zaryzykować stwierdzenie, iż jest nawet wewnętrznie sprzeczny. W rezultacie nie ma pewności co do tego, które uregulowania w tej kwestii mają pierwszeństwo: unijne czy też państwowe.

Po trzecie, Trybunał wskazał, iż tak zawężona ochrona patentowa umożliwia korzystanie z ww. *wynalazku* w celach badawczych, ukierunkowanych na otrzymywanie i izolowanie embrionów ludzkich dla tzw. produkcji leczniczej²¹. Podkreślając rolę i znaczenie produktów leczniczych, pochodzących z elementów wyizolowanych ciała ludzkiego, doszedł do wniosku, iż na gruncie prawa unijnego nie jest wykluczona możliwość udzielania patentu na wynalazek oparty na elemencie wyizolowanym z ciała ludzkiego lub w inny sposób wytworzony sposobem laboratoryjnym (technicznym), który finalnie nadaje się do przemysłowego zastosowania.

7. Podsumowanie

Od aksjologii, tak jak w życiu ludzkim, tak i w prawie nie ma przysłowiowej ucieczki. Istnieje niezwykle mało zagadnień indyferentnych moralnie. Trzeba jednak podkreślić, metodologicznie rzecz biorąc, iż zagadnienia dotyczące aksjologii wykraczają jako takie poza kompetencje nauki prawa – wprawdzie prawo dotyczy tych kwestii (chroni wartości w zależności od tego za jakim systemem moralnym opowiada się dany ustawodawca), ale ze względu na swoją metodę, przedmiot oraz cel nie rozstrzyga (tj. nie jest władne rozstrzygnąć), który system etyczny jest lepszy i dlaczego (nie wartościuje tej kwestii). Owo wartościowanie przynależy już do tzw. pozabazowych założeń nauki prawa (precyzyjniej rzecz biorąc należy do filozofii, która jest jedyną nauką, władną wypowiadać się w tych sprawach). Do takich właśnie zagadnień o szczególnej doniosłości moralnej należy poruszana w niniejszym artykule problematyka. Koncepcja moralności, za jaką opowiada się prawodawca (krajowy bądź europejski), a która wypływa z określonego, konkretnego systemu etycznego, znajduje swoje odzwierciedlenie w odnośnych przepisach prawa oraz ich interpretacji w orzecznictwie sądów (w szczególności ETS) – stąd też takie, a nie inne ujęcie tych kwestii. System etyczny, za jakim opowiada się prawodawca europejski, przekłada się w szczególności na to, od którego momentu uznaje się, że mamy do czynienia z człowiekiem, a więc czy od chwili poczęcia (w sposób naturalny lub sztuczny, laboratoryjny), czy też dopiero od którejś z późniejszych faz rozwojowych komórek zarodkowych. Jeśli prawodawca zdecydowanie opowiedziałby się za tą pierwszą koncepcją, to wówczas

²¹ W tej kwestii Trybunał zauważył, iż dzięki zastosowaniu produktów medycznych, powstałych na bazie *elementów wyizolowanych z ciała ludzkiego*, dokonano *znacznego postępu w leczeniu chorób*. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż stanowisko Trybunału nie jest czytelne (a precyzyjniej rzecz ujmując, jest po prostu mętne), albowiem należy zwrócić uwagę na to, iż Sąd ten po wskazaniu, iż w odniesieniu do ciała ludzkiego (którym według niego wydaje się być również embrion ludzki) obowiązują zasady poszanowania jego godności (której szczególnym przejawem jest zasada tzw. integralności bytowej), dopuścił jednak możliwość wykorzystywania embrionów ludzkich (potraktowanych jako tzw. części ciała ludzkiego – jest to więc swoistego rodzaju gra słów!) do celów badawczych.

odpadałaby możliwość podnoszenia „argumentu”, iż badania na komórkach zarodkowych stanowić mogą dobrodziejstwo w postaci ochrony zdrowia innych osób, albowiem w takim stanie rzeczy, „racja” ta oznaczałaby tylko tyle, że jedno życie ludzkie ma służyć ochronie innego życia: życie słabsze ma służyć życiu silniejszemu, a więc w istocie oznaczałoby powrót do praktyk (i określonych ideologii), które ludzkości przyniosły wiele klęsk i niewypowiedzianych cierpień. Wydaje się, iż w celu uniknięcia tego – skądinąd bardzo poważnego – zarzutu, Trybunał Sprawiedliwości winien zaprezentować swoje jednoznaczne stanowisko w omawianych zagadnieniach.

NOTION AND STATUS OF HUMAN EMBRYO ACCORDING TO THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION – *OLIVER BRÜSTLE V GREENPEACE EV*

Keywords: human embryo, stem cells, biotechnological inventions, human rights

Summary

The authors of this article are making an attempt to reconstitute the concept of a human embryo and redefine its legal status based on the ruling of the European Court of Justice in *Oliver Brüstle's case vs. Greenpeace*. The problem revolves around the permission to patent biotechnological inventions which entail the use of stem cells and human embryos.

The article both introduces some medical notions on which the character of Oliver Brüstle's patent is based and covers the lawsuit before the court in Germany during which serious doubts arose and resulted in the case filed to the European Court of Justice.

The analysis of the court's ruling is conducted with regard to its compliance with the legal system of the European Union along with an attempt to estimate its probable impact on this system.

The ethical aspect of the problem of a human embryo, which results from its delicate legal and moral character included in the ruling, should not be overlooked.

The issue of the beginning of a human life is also discussed. It ignites controversy and disputes still playing a fundamental role in the legal system.

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Martyna Bucholc

doktorantka na Wydziale Bezpieczeństwa Narodowego Akademii Obrony Narodowej
w Warszawie

Użycie bezzałogowych aparatów latających w sytuacji konfliktu zbrojnego. Wybrane aspekty z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego

Słowa kluczowe: środki walki, nowe technologie broni, bezzałogowe aparaty latające (drony), bezzałogowe bojowe aparaty latające (drony bojowe), autonomiczne zrobotyzowane systemy broni, konflikt zbrojny, międzynarodowe prawo humanitarne

„Victory smiles upon those who anticipate the changes in the character of war, not upon those who wait to adapt themselves after the changes occur”¹ – *Giulio Douhet*

Wprowadzenie

Obecnie mamy do czynienia z systematycznym rozszerzaniem zakresu użycia nowych lotniczych rozwiązań technologicznych w teatrze działań zbrojnych. Szczególnie dotyczy to sfery największego ryzyka, gdzie z różnych względów bezpieczeństwo załóg samolotów realizujących zadania bojowe jest zagrożone. W tym obszarze swoją pozycję ugruntowują bezzałogowe aparaty latające (drony). Pojęcie „drony” jest jednym z najczęściej używanych terminów, dlatego też w artykule autorka będzie się posługiwać właśnie tym pojęciem.

W ciągu ostatnich kilku lat nastąpiła rozległa debata na temat legalności wykorzystania uzbrojonych dronów do operacji typu „targeted killings” wobec członków Al Kaidy i jej sojuszników. Pytania dotyczące wykorzystywania dronów do eliminacji terrorystów lub w jakimkolwiek innym celu wychodzącym poza ramy konfliktu zbrojnego, chociaż stanowią ciekawe i trudne kwestie prawne, pozostają jednak poza zakresem niniejszego artykułu.

¹ G. Douhet, *The Command of the Air*, Alabama 1921, s. 30: *Uśmiech zwycięstwa nad tymi, którzy przewidują zmiany charakteru wojny, a nie nad tymi, którzy czekają na dostosowanie się po wystąpieniu tych zmian*, http://books.google.pl/books?id=cWz4Sp3_uu4C&prints=ec=frontcover&hl=pl&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false (dostęp: 12.11.2012).

Autorka koncentruje się natomiast na spojrzeniu na drony z punktu widzenia wybranych aspektów międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych (*ius in bello*). Kwestie problemowe będą koncentrowały się na użyciu uzbrojonych dronów w sytuacji konfliktu zbrojnego i przeanalizują drony jako system broni (środek walki) w kontekście prawa konfliktów zbrojnych, pozostawiając kwestie związane z użyciem siły (*ius ad bellum*) oraz prawami człowieka poza zasięgiem tematycznym tego artykułu.

Pierwsza część dotyczyć będzie krótkiej charakterystyki technologii bezzałogowych aparatów latających, a następnie zgodności z prawem użycia uzbrojonych dronów i ich stosowania zgodnie z kluczowymi zasadami w zakresie międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych: rozróżnienia, proporcjonalności i przedsięwzięcia środków ostrożności. Drony oferują szerokie i ulepszone możliwości zastosowania w teatrze działań zbrojnych, ale zaangażowanie ich w działania zbrojne musi być zgodne z międzynarodowym prawem humanitarnym konfliktów zbrojnych. W drugiej części niniejszy artykuł będzie badać, jak rosnące wykorzystanie uzbrojonych dronów rodzi pytania w zakresie potencjalnie nowych wyzwań w realizacji zasad rozróżnienia i proporcjonalności. Wątpliwości te odnoszą się szczególnie do dronów w pełni autonomicznych.

Bezzałogowe aparaty latające (drony) – charakterystyka

Istotnym czynnikiem mającym wpływ na powstanie dronów, rozwój technologii oraz zastosowanie na polu walki, było dążenie do unikania strat w ludziach (załóg samolotów) oraz możliwość zastąpienia pilota w kierowaniu samolotem. Rozwój nauki i techniki spowodował, że stały się możliwe starty, loty i lądowania bez załogi na pokładzie samolotu. Ponadto postęp sprawił, że można było zastosować w samolocie bezzałogowym różnorodne urządzenia, niezbędne do realizacji wyspecjalizowanych zadań. W związku z tym odczuwalna stała się presja ze strony specjalistów wojskowych, aby zakłady zbrojeniowe konstruowały takie technologie, które umożliwią prowadzenie działań bojowych w najbardziej skomplikowanych sytuacjach taktycznych i operacyjnych. Celem stała się więc wielozadaniowość samolotu bezzałogowego².

Potrzeba wprowadzenia dronów do uzbrojenia sił zbrojnych tkwi w uwarunkowaniach oraz koncepcji prowadzenia współczesnych działań bojowych. Obecnie drony występują w strukturach sił powietrznych, morskich i lądowych. Zakres wykonywanych przez nie zadań wciąż się poszerza: od zakłóceń radioelektronicznych, przez rozpoznanie fotograficzne, pozorację, po uderzenia na cele powietrzne i naziemne. Ich kompleksowe wykorzystanie

² K. Józwiak, E. Cieślak, *Użycie samolotów bezzałogowych w działaniach taktycznych wojsk lądowych*, AON, Warszawa 1998, s. 7-8.

do różnorodnych zadań i skuteczność przyczyniły się do osiągania celów operacji, pozwalają również na uniknięcie strat w siłach i środkach lotnictwa bojowego³. Już z samej nazwy „bezzałogowy aparat latający” wynika, iż na jego pokładzie nie ma załogi⁴. Tym samym jest to zasadniczy walor ekonomiczny z punktu widzenia oszczędności w ludziach (samo wyszkolenie pilota samolotu jest bardzo kosztowne i długotrwałe⁵).

Wyróżniamy wiele kategorii bezzałogowych aparatów latających w zależności od przyjętego kryterium, którym może być: ich zasięg, przeznaczenie i charakter użycia, wysokość, na jakiej wykonują zadania, długotrwałość lotu i wielkość ładunku, jaki mogą zabrać. Jeden z podziałów wyróżnia trzy rodzaje dronów: strategiczne, operacyjne i taktyczne. Strategiczne drony są używane do rozpoznania dalekiego zasięgu nad wrogim terytorium. Są to systemy takie jak Global Hawk. Drony operacyjne to z kolei Predator⁶ i Reaper⁷, które są rozmieszczone w teatrze działań wojennych i mogą być wykorzystywane zarówno do rozpoznania, jak i atakowania celów⁸. Przykładem dronów taktycznych jest system Eye Dragon. W przeciwieństwie do strategicznych i operacyjnych dronów, które mogą być zdalnie

³ Ibidem, s. 17.

⁴ Drony to maszyny bezzałogowe, które wciąż są jednak zdalnie sterowane. W rzeczywistości działania prowadzone za pomocą dronów (szczególnie tych o charakterze bojowym), angażują więcej osób niż samoloty załogowe typu F-16 lub inne – pilotowane przez osoby – myśliwce. Oprócz operatora można wymienić tutaj chociażby liczne zespoły analityków wywiadu i innych operacyjnych, taktycznych czy prawnych doradców, zob.: L. R. Blank, *After „Top Gun”: How Drone Strikes Impact the Law of War*, s. 677, <https://www.law.upenn.edu/live/files/968-blank33upajintl6752012pdf> (dostęp: 20.09.2012).

⁵ Od operatora sterującego dronem nie wymaga się, aby był on pilotem, a nawet żołnierzem. Łatwość ich obsługi powoduje, że operatorem może być osoba przeszkolona przez firmę dostarczającą BAL. We wrześniu 2009 roku, United States Air Force (USAF) ukończył pierwszą klasę szkolenia pilotów, którzy nie są kierowani do kokpitu, ale do kontroli systemu bezpilotowego aparatu latającego. W 2009 roku, USAF wyszkolił więcej operatorów BAL, niż pilotów myśliwców, czy bombowców, zob.: Ch. Jenks, *Law From Above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and The Law of Armed Conflict*, s. 650, http://web.law.und.edu/lawreview/issues/web_assets/pdf/85-3/85NDLR649.pdf (dostęp: 02.10.2012).

⁶ Predator jest używany znacznie częściej niż Reaper (poza tym jest mniejszy niż Reaper). Lata na niższych wysokościach i wspomaga wojska lądowe zaangażowane w walkę. Uderza w z góry ustalone cele lub prowadzi rekonesans. Może pozostać w górze przez 40 godzin, chociaż jego misja trwa zazwyczaj 24 godziny. Predatory są zazwyczaj uzbrojone w dwa pociski AGM-114 Hellfire. Broń może być uruchomiona pięć mil od celu. Posiada bardzo zaawansowany zestaw czujników. Czujnik podczerwieni pozwala mu „widzieć” w nocy i do pewnego stopnia w złej pogodzie, wykrywając emisję ciepła, zob. więcej: M. N. Schmitt, *Unmanned Combat Aircraft Systems, and International Humanitarian Law: Simplyfying the OFT Debate*, s. 598-599, https://www.usnwc.edu/getattachment/a2e3781c-eda1-4df6-ba65-3a17951a53f8/UCAS_Boston (dostęp: 17.10.2012).

⁷ Reaper jest znacznie większą platformą, która może pozostać w górze ok. 30 godzin i latać na odległość 1000 mil z prędkością 230 mil/h. Broń, w którą może zostać uzbrojony, jest dużo bardziej zróżnicowana: pociski Hellfire, PGM (Precision Guided Munition), broń laserowa. Reaper posiada większe możliwości zaangażowania w walkę, chociażby ze względu na rodzaj uzbrojenia, w które może być wyposażony w zależności od wykonywanej misji. Zob. ibidem, s. 599.

⁸ Obecnie Stany Zjednoczone i Izrael to jedyne kraje korzystające z dronów (bojowych) zdolnych do atakowania i niszczenia celów powietrznych i naziemnych.

sterowane lub zaprogramowane tak, aby latać samodzielnie, taktyczne drony są w pełni kontrolowane przez operatora. Są one powszechnie stosowane przez policję w krajach rozwiniętych, do kontroli tłumu, czy nadzoru granicznego⁹. W przyszłości największe znaczenie będą miały drony wykorzystywane w działaniach na szczeblu taktycznym i operacyjnym, gdzie czas odgrywa istotną rolę. Wykorzystanie ich możliwości bezpośredniej transmisji danych pozwoli dowódcom szczebla taktycznego, jak również operacyjnego, na odpowiednio szybkie reagowanie na zachodzące zmiany na polu walki. W rezultacie wpłynie to na bardziej efektywne użycie wojsk w walce¹⁰.

Współczesne możliwości konstrukcyjne w zasadzie „znoszą” ograniczenia w zasięgu użycia dronów, które zapewniają dowódcom szeroki zasób informacji z rozpoznania w dzień i w nocy, stałą obserwację i wybór celów, raport zniszczeń i informacje z obszarów wysokiego zagrożenia, gdzie utrata życia przez żołnierzy jest wysoce prawdopodobna, a rozpoznanie sytuacji na tym obszarze wysoce pożądane¹¹. Ponadto, drony mogą „startować” i „lądować” w terenie niewymagającym specjalnego przystosowania, co oznacza, że są łatwiejsze do maskowania oraz mogą często zmieniać miejsce „bazowania”. Wpływa to na zachowanie ich żywotności na ziemi podczas działań bojowych¹². Loty dronów w trakcie realizacji zadań bojowych mogą być sterowane z ziemi, bądź według zaplanowanej trasy lotu. Obecnie możliwości techniczne zapewniają niezbędną dokładność lotu według zaprogramowanej trasy albo dokładne sterowanie jego lotem. Efektywność ich użycia zależy od właściwości techniczno-taktycznych, ale przede wszystkim od pracy obsługi naziemnej, zwłaszcza ludzi na naziemnych stanowiskach kierowania¹³.

Ograniczenia prawne środków walki w konflikcie zbrojnym

Obecnie nie istnieją odrębne przepisy regulujące kwestie użycia dronów w działaniach zbrojnych, zwłaszcza uzbrojonych dronów, co nie znaczy, że działają one w próżni prawnej. Nieistnienie zakazu prowadzenia operacji wojskowych z wykorzystaniem uzbrojonych dronów nie zmienia konieczności prowadzenia tych działań zgodnie z wszystkimi zasadami i normami międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. Punktem wyjścia jest ocena, czy uzbrojone drony należą do powszechnie zabronio-

⁹ P. Mahadevan, *The Military Utility of Drones*, CSS Analysis in Security Policy, s. 1, <http://www.css.ethz.ch/publications/pdfs/CSS-Analyses-78.pdf> (dostęp: 29.09.2012)

¹⁰ J. Karpowicz, K. Kozłowski, *Bezzałogowe aparaty latające i miniaturowe aparaty latające*, AON, Warszawa 2003, s. 115.

¹¹ Ibidem, s. 50.

¹² K. Józwiak, E. Cieślak, op. cit., przypis 2, s. 23.

¹³ Ibidem, s. 77.

nych środków i metod walki oraz czy wykorzystanie tej technologii podczas działań wojennych jest zgodne z warunkami określonymi w artykule 35 Protokołu Dodatkowego I (dalej: PD I)¹⁴.

Jeśli pominiemy prowadzenie nadzoru i możliwości zbierania przez nie danych wywiadowczych, to z technicznego punktu widzenia drony nie są niczym więcej niż platformą mogącą służyć do przenoszenia pocisków, bomb czy rakiet¹⁵. Dopiero po ich uzbrojeniu możemy spojrzeć na nie przez pryzmat środka walki. Artykuł 35 PD I wyraża ogólną zasadę, nie zabrania użycia konkretnego rodzaju broni. Drony uzbrojone nie należą do żadnej kategorii wyraźnie zakazanych broni¹⁶, ponieważ same w sobie, jeśli nie są uzbrojone i przeznaczone do walki, nie stanowią zagrożenia. Z drugiej strony, jeśli tego typu technologia została przechwycona przez wroga, jej użycie mogłoby zdecydowanie różnić się od pierwotnego przeznaczenia. Na przykład, uzbrojone drony mogłyby zostać celowo skierowane przez ich operatora na obiekt cywilny (przykład wykorzystania samolotów cywilnych w zamachach z 11 września 2001 r.).

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (dalej: MTS) stwierdził w opinii doradczej w zakresie legalności groźby lub użycia broni jądrowej, iż strony w konflikcie nie mogą stosować broni, które nie są zdolne do różnicowania celów cywilnych od wojskowych¹⁷. Nie ma wątpliwości, że każda broń może być użyta w sposób niezgodny z prawem podczas konfliktu

¹⁴ „1. W każdym konflikcie zbrojnym prawo stron konfliktu do doboru metod i środków prowadzenia wojny nie jest nieograniczone. 2. Zabronione jest stosowanie broni, pocisków i materiałów, a także metod prowadzenia wojny, które mogą powodować zbędne cierpienia. 3. Zabronione jest stosowanie metod i środków prowadzenia wojny, których celem jest wywoływanie rozległych, długotrwałych i poważnych szkód w środowisku naturalnym lub po których można oczekiwać, że takie szkody wywołają”, Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, Genewa, 8 czerwca 1977 r. (DzU z 1992 r., nr 41, poz. 175, załącznik), http://www.pck.org.pl/pliki/konwencje/I_PD.pdf.

¹⁵ Jak stwierdził Specjalny Sprawozdawca ONZ w sprawie pozasądowych, doraźnych i arbitralnych egzekucji „[...] pocisk wystrzelony z drona, niczym nie różni się od innych powszechnie używanych broni, w tym broni używanych przez żołnierza lub wystrzelonych z helikoptera. Istotna kwestia z punktu widzenia prawa jest taka sama dla każdej broni: czy jej użycie jest zgodne z MPH?”, cyt. za: P. Alston, *Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Study on Targeted Killings*, Human Rights Council, 84, U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.6, par. 79., <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf> (dostęp: 6.10.2012).

¹⁶ Na przykład: Konwencja o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki, Genewa, 10 października 1980 r. (DzU z 1984r., nr 23, poz. 104), Konwencja o zakazie prowadzenia badań, produkcji i gromadzenia zapasów broni bakteriologicznej (biologicznej) i toksycznej oraz o ich zniszczeniu, Londyn, Moskwa, Waszyngton, 10 kwietnia 1972 (DzU z 1976 r., nr 1, poz. 1, załącznik), Protokół w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia broni zapalających, Genewa, 10 października 1980 r. (Protokół III), http://www.pck.pl/pages,16_91_95.html (dostęp: 5.11.2012).

¹⁷ Zob.: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, International Court of Justice, 8 VII 1996, par. 78, <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (dostęp: 29.09.2012).

zbrojnego, np. strzelanie z karabinu maszynowego do tłumu bez uwzględnienia obecności cywilów lub innych osób chronionych (np. *hors de combat*). Takie nielegalne wykorzystanie chociażby karabinu, nie czyni tej broni samej w sobie niezgodną z prawem¹⁸. Ponadto bronie, które powodują nadmierne cierpienie lub niepotrzebne zranienia, są zabronione. MTS podkreślił tę normę jako jedną z kardynalnych zasad prawa międzynarodowego, tłumacząc, że zabrania się niepotrzebnego cierpienia żołnierzy (kombatan-tów)¹⁹. Bezprawne jest użycie takiej broni, która powoduje wzrost cierpienia kombatan-tów, a której zastosowanie nie ma wpływu na zwiększanie przewagi militarnej w jakimkolwiek sposób. Dowódca dokonując wyboru środka walki, powinien rozważyć, czy dostępna jest alternatywa broń, która powoduje mniejsze obrażenia ciała lub cierpienie oraz czy skutki działania broni alternatywnej są wystarczająco skuteczne w neutralizacji przeciwnika. W przypadku uzbrojonych dronów, możliwość śledzenia celu przez wiele godzin, a nawet dni przed rozpoczęciem ataku ułatwia dokładne nakierowanie pocisku i wzmacnia ochronę ludności cywilnej, dając dowódcom możliwość wyboru czasu i miejsca ataku, co wiąże się z minimalizacją ofiar i szkód dla ludności cywilnej²⁰.

Ocena dronów przez pryzmat środka walki wskazuje, że nie można ich zakwalifikować do zakazanych środków walki, ponieważ same w sobie nie mogą być uznane za broń, a jedynie stanowić platformę do jej przenoszenia. Dopiero wykorzystanie na polu walki dronów uzbrojonych w konkretne rodzaje broni (pociski, bomby, rakiety, itp.), podlega ocenie ze względu na ich zgodność z prawem oraz zastosowanie w toku prowadzonych działań. Fakt, że uzbrojone drony mogą zostać wykorzystane do masowych ataków, nie czyni ich z natury bezprawnymi. Ustalenia w zakresie legalności, jak te wymagane wobec nowych broni w ramach artykułu 36 PD I²¹, nie oznacza, że państwa muszą przewidywać i analizować wszystkie bezprawne możliwości użycia danej broni, ponieważ niemal każda broń może być wykorzystywana w sposób, który jest zakazany. To samo dotyczy uzbrojonych dronów, których zastosowanie jako legalnych środków walki musi być zgodne z międzynarodowym prawem humanitarnym konfliktów zbrojnych.

¹⁸ L. R. Blank, op. cit., przypis 4, s. 684.

¹⁹ Zob.: *Legality of the Threat...*, przypis 17.

²⁰ L. R. Blank, op. cit., przypis 4, s. 686-687.

²¹ „Przy prowadzeniu badań, prac rozwojowych, nabywaniu lub wprowadzaniu nowej broni, nowego środka lub metody prowadzenia wojny Wysoka Umawiająca się Strona jest obowiązana ustalić, czy ich zastosowanie byłoby w pewnych lub we wszelkich okolicznościach zakazane przez postanowienia niniejszego protokołu lub przez jakikolwiek inny przepis prawa międzynarodowego odnoszący się do tej Wysokiej Umawiającej się Strony”, Protokół dodatkowy do konwencji genewskich..., przypis 14.

Użycie dronów a podstawowe zasady targetingu z perspektywy międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych

Po stwierdzeniu, iż uzbrojone drony są legalnym środkiem walki w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego, następnym krokiem jest zbadanie, w jaki sposób są one wykorzystywane w sytuacji konfliktu zbrojnego i czy takie ich użycie jest zgodne z prawem. W celu zapewnienia zgodności z prawem strona, która przeprowadza atak, musi przestrzegać zasady rozróżnienia, zasady proporcjonalności oraz obowiązku przedsięwzięcia środków ostrożności.

Zasada rozróżnienia

Identyfikacja celu – kto lub co może być celem ataku – jest jednym z najbardziej podstawowych zagadnień w trakcie konfliktu. W klasycznych konfliktach zbrojnych można odróżnić żołnierzy, którzy noszą mundury – od cywilów, którzy zazwyczaj nie znajdowali się w pobliżu pola bitwy. Podobnie, identyfikacja obiektów wojskowych i ich odróżnienie od cywilnych było zwykle wykonalne. Współczesne konflikty zbrojne wprowadziły cały szereg nowych wyzwań w tej kwestii, wymagając coraz większych starań w celu ustalenia, kto jest kim w strefie działań zbrojnych. Artykuł 48 PD I²² określa podstawy zasady rozróżnienia. Cel zasady rozróżnienia sformułowano w artykule 51 PD I ust. 1²³, zgodnie z którym ludność cywilna nie może być przedmiotem ataku²⁴.

Drony oferują szerokie możliwości identyfikacji i weryfikacji celów w zakresie zasady rozróżnienia. Atak zgodny z prawem musi być skierowany na uzasadniony cel, którym może być kombatannt lub osoba cywilna, biorąca bezpośredni udział w działaniach wojennych. We współczesnych konfliktach zbrojnych określenie, kto jest uzasadnionym celem ataku, jest znacznie bardziej złożone. Obowiązek prawny pozostaje ten sam, jednak wymaganie jego realizacji wydaje się być o wiele trudniejsze do spełnie-

²² „W celu zapewnienia poszanowania i ochrony ludności cywilnej oraz dóbr o charakterze cywilnym strony konfliktu powinny zawsze odróżnić ludność cywilną od kombatanntów oraz dbać o charakterze cywilnym od celów wojskowych i w związku z tym kierować swoje operacje jedynie przeciwko celom wojskowym”, Protokół dodatkowy do konwencji genewskich..., przypis 14.

²³ „Ludność cywilna i osoby cywilne korzystają z ogólnej ochrony przed niebezpieczeństwami wynikającymi z operacji wojskowych. W celu uczynienia tej ochrony skuteczną należy przestrzegać we wszelkich okolicznościach następujących przepisów, które uzupełniają inne odpowiednie przepisy prawa międzynarodowego”, zob.: ibidem, przypis 14.

²⁴ Taki atak dokonany po przez drona oznacza w praktyce, że musiałby on zostać celowo skierowany przez operatora na obiekt cywilny. Patrząc wstecz na ataki z 11 września 2001 r. na World Trade Center, nie wydaje się, aby była to koncepcja jedynie teoretyczna.

nia – odróżnienie niewinnych cywili od osób, które, choć ubrane w cywilne stroje, mogą stanowić bezpośrednie zagrożenie, a zatem uzasadniony cel ataku. Ponadto, dowódca musi ocenić, czy i kiedy atak należy kierować na osoby celowo ukrywające się wśród ludności cywilnej.

W takich przypadkach możliwość obserwacji prowadzonej przez drony odgrywa istotną rolę w odróżnianiu osób biorących bezpośredni udział w działaniach zbrojnych²⁵ od cywilów niezaangażowanych w walkę. Informacje wywiadowcze oraz obserwacja mogą stać się kluczem do precyzyjnych i legalnych ataków, kierowanych na takie osoby, a więc kluczem do ochrony niewinnych cywilów przed skutkami operacji wojskowych. Korzystając z dronów, dowódca można śledzić i analizować codzienne czynności podejrzanych osób. W porównaniu do ataków załogowych statków powietrznych, bezzałogowe aparaty latające wydają się więc oferować kilka sposobów redukcji błędów i niezamierzonych kosztów wojny czy umożliwić podejmowanie decyzji w sposób bardziej celowy²⁶.

Zasada proporcjonalności

Kiedy uzasadniony cel ataku zostanie zidentyfikowany, strona atakująca musi ocenić, czy atak spełnia wymogi proporcjonalności. Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych kategorycznie zabrania celowego kierowania ataków przeciwko ludności cywilnej, ale w sytuacji konfliktu zbrojnego nie wyklucza okoliczności, w których cywile mogą ponieść śmierć lub odnieść ciężkie obrażenia w wyniku ataków skierowanych bezpośrednio na cele wojskowe i kombatanatów. Usterki techniczne, warunki klimatyczne, błędy wywiadu czy nawigacyjne, wszystko to może sprawić, że pocisk spowoduje znaczne, nieoczekiwane ofiary cywilne. Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych dąży do zminimalizowania takich przypadkowych ofiar wśród cywilów, ale nie zabrania całkowicie cywilnych ofiar. Oprócz błędów i wypadków, w wielu przypadkach dowódca jest w stanie przewidzieć, że niektórzy cywile mogą ponieść krzywdę – osoby cywilne mogą znajdować się w pobliżu osób lub miejsc, będących uzasadnionym celem ataku. Dowódca, planując atak, ma możliwości wyboru w zakresie taktyki i broni, których zastosowanie może prowadzić do różnych konsekwencji dla ludności cywilnej w rejonie działań. Należy mieć jednak na uwadze, że w niektórych sytuacjach wybór środka walki może zostać zredukowany do jednej opcji.

Drony, które mogą obserwować przyszły obiekt ataku i jego okolice za dnia, jak i w nocy, mogą śledzić cel i zbierać informacje na temat ludności

²⁵ Pojęcie tego, co stanowi bezpośredni udział osób cywilnych w działaniach zbrojnych, było i jest przedmiotem intensywnych analiz i dyskusji, ale pozostaje poza zakresem rozważań tego artykułu.

²⁶ Zob.: L. R. Blank, op. cit., przypis 4, s. 693.

cywilnej oraz potencjalnych ofiarach cywilnych w obszarze lokalizacji ataku oraz na temat ich pobytu w tym miejscach w określonych godzinach. Tym samym zapewniają one wysokiej jakości informacje o obszarze docelowym w czasie rzeczywistym (lub prawie w czasie rzeczywistym), w którym mogą przebywać przez dłuższy czas, niezależnie od pory dnia²⁷. Zdolność dronów do obserwacji obszaru docelowego przed atakiem oznacza, że są w stanie lepiej sprawdzić charakter proponowanego celu i uzyskać odpowiednie informacje o tym, gdzie i kiedy są obecni cywile, co może pomóc zminimalizować liczbę ofiar cywilnych w przypadku ataków na cele militarne²⁸.

Środki ostrożności w ataku

Środki ostrożności są jednym z kluczowych elementów międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych w zakresie ochrony ludności cywilnej, które mają szczególne znaczenie w obszarach gęsto zaludnionych lub innych obszarach, gdzie cywile są zagrożeni skutkami operacji wojskowych. Z tego powodu, nawet jeśli atak na cel jest uzasadniony z punktu widzenia międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, nieprzestrzeganie środków ostrożności może uczynić go niezgodnym z prawem. Po pierwsze, strony muszą zrobić wszystko, co możliwe, aby upewnić się, że cel ataku należy do kategorii obiektów wojskowych. Po drugie, muszą wybierać spośród środków i metod ataku, które będą prowadziły do minimalizacji przypadkowych strat wśród cywilów i uszkodzeń obiektów cywilnych. Przy wyborze pomiędzy dwoma możliwymi atakami oferującymi porównywalną bezpośrednią i konkretną korzyść wojskową, strona atakująca musi wybrać taki cel, który oferuje najmniej prawdopodobne straty wśród ludności cywilnej i obiektach cywilnych. Każdy z tych etapów wymaga od strony atakującej podjęcia działań w celu zachowania ostrożności i zminimalizowania ofiar cywilnych oraz szkód w infrastrukturze cywilnej. Strony są zobowiązane do powstrzymania się od wszelkich ataków, które byłyby nieproporcjonalne i anulować wszelkie ataki, gdy staje się oczywiste, że cywilne straty byłyby nadmierne w świetle bezpośredniej i konkretnej korzyści wojskowej. Wreszcie, wymaga się od strony atakującej, aby wydała ona w odpowiednim czasie skuteczne ostrzeżenia o atakach, które mogą mieć wpływ na ludność cywilną, chyba że okoliczności

²⁷ Zob.: L. R. Blank, op. cit., przypis 4, s. 697-698.

²⁸ Drony mogą stać się kluczowym narzędziem do skutecznej analizy przebiegu działań w czasie danej operacji. Należy jednak rozważyć, czy w pewnym momencie nie będą utrudniać procesu podjęcia adekwatnej do sytuacji decyzji w związku z zalewem dostarczanych przez nie informacji. Ponadto ilość i tempo informacji uzyskiwanych przez drony mogą być przytłaczające, czasem do tego stopnia, iż mogą być przeszkodą dla skutecznych operacji wojskowych i podejmowania decyzji. Ilość informacji budzi obawy co do zdolności dowódców wyboru tych istotnych dla podejmowania decyzji operacyjnych, w szczególności w sytuacjach, kiedy istotny wpływ na ich wynik ma czas, zob.: ibidem, s. 713.

na to nie pozwalają²⁹. Drony nie powinny być stosowane, gdy inne środki i metody prowadzenia działań zbrojnych, których użycie spowodowałoby mniej strat ubocznych, a ponadto przyczyniło się do powodzenia misji, są dostępne.

Wszystkie środki ostrożności mają na celu wspieranie ochrony ludności cywilnej poprzez skuteczne stosowanie zasad rozróżnienia i proporcjonalności. Obowiązek podjęcia wszelkich możliwych środków ostrożności wykracza poza analizę informacji zebranych na miejscu zdarzenia. Wymaga również niezbędnych metod i procedur ich weryfikacji, a co najistotniejsze – zagwarantowania i właściwej oceny, czy podejmowane są odpowiednie wysiłki, aby zagwarantować, że bazy danych są wystarczająco dokładne, aby wyłapać błędy ludzkich operatorów³⁰. Drony nie są automatami, a ich działanie jest obecnie uzależnione od ludzkich operatorów, analityków czy innych decydentów. Oznacza to, iż w trakcie planowania i podejmowania decyzji dotyczących operacji wojskowych, potrzebny jest „dodatkowy” personel w celu weryfikacji wszystkich dostępnych im informacji, ze wszystkich możliwych źródeł w danym czasie, przy planowaniu i podejmowaniu decyzji o ataku i na podstawie wszystkich dostępnych informacji w miejscu, gdzie prowadzone są działania. Praktyka państw w tej kwestii jasno pokazuje, że „sam fakt, że takie informacje gdzieś istnieją, nie jest bez znaczenia dla określenia wykonalności”. Mając na uwadze możliwości użycia dronów, takie jak np. oszacowanie obiektu na podstawie bezpośrednich informacji, dowódca może uwzględniać codzienną działalność jednostki czy społeczeństwa w obszarze operacji³¹. Oznacza to, iż drony mogą podnieść poprzeczkę oczekiwań, tworząc wyższy standard precyzyjności ataku.

Autonomiczne drony bojowe w przyszłym teatrze działań zbrojnych

Kolejne zmiany w technologii bezzałogowych aparatów latających³² będą prowadzić do poprawy ich precyzji, niezawodności, a przede wszystkim autonomiczności. W niedalekiej przyszłości będziemy mieli do czynienia z dronami zaprogramowanymi do ataków na podstawie zadanych

²⁹ Art. 57 ust. 2 lit. c Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich..., przypis 14.

³⁰ Zob.: L. R. Blank, op. cit., przypis 4, s. 700-701.

³¹ P. Ochmannová, *Unmanned Aerial Vehicles and Law of Armed Conflict Implications*, s. 154-155, <http://www.cvil.eu/contents-cvil-2011/> (dostęp: 26.09.2012).

³² Biorąc pod uwagę tempo zmian technologicznych, największymi przeszkodami w korzystaniu z w pełni autonomicznych broni na polu bitwy są regulacje prawne (lub ich brak) oraz względy etyczne. Prawdziwym wyzwaniem byłoby stworzenie dokumentu, regulującego rolę, funkcje czy dopuszczalny zakres działania. Jedną z najistotniejszych kwestii problemowych byłaby próba zdefiniowania, czym jest „zrobotyzowany autonomiczny system broni”. Definicja ta musiałaby być jednocześnie na tyle precyzyjna, aby wykluczyć „nietrafne” technologie i jednocześnie na tyle pojemna, aby uwzględniała przyszłe możliwości w tym zakresie, zob.: V. Kanwar, *Post-Human Humanitarian Law: The Law of War in the Age of Robotic Weapons*,

parametrów, bez konieczności zaangażowania człowieka w podejmowanie decyzji o użyciu siły śmiertelnej. Ponadto istnieją obawy w aspekcie dehumanizacji technologii, przejścia jej przez wroga, a nawet potencjalnego „buntu” maszyny.

Automatyzacja działań wojennych nie oznacza jeszcze pełnej „autonomii” w robotyce. Problemem nie jest wprowadzenie robotów na polu bitwy, ale stopniowe usuwanie ludzi. Technologia już zdystansowała żołnierzy przestrzennie i czasowo z pola walki, a tym samym odsunęła ich od zabijania. Ochrona własnych żołnierzy jest celem każdej armii, jednak z punktu widzenia prawa „czynniki ludzkie” jest postrzegany jako „niezbędny”, zwłaszcza w kontekście odpowiedzialności za ostateczną decyzję o użyciu siły³³.

Obecnie Predator i Reaper są kontrolowane przez operatorów i nakreślenie odpowiedzialności jest dość jasne. Co się stanie się w momencie, kiedy drony będą w pełni autonomiczne? Amerykańska armia jest na dobrej drodze zastosowania tego typu technologii, czego najlepszym przykładem jest platforma Global Hawk. Jako jeden z argumentów uzasadniających pełną autonomię dronów podaje się, iż operatorzy (ludzie) posiadają słabą wielogodzinną zdolność koncentracji, co zwiększa ryzyko błędu pilota, natomiast wspomniany Global Hawk może pozostać w górze do 40 godzin. W przypadku dronów bojowych, takich jak Predator czy Reaper, brak „czynnika ludzkiego” podczas samodzielnego aktywowania broni, znajdującej się na wyposażeniu, może okazać się problematyczny w przypadku określania, kto ma być odpowiedzialny za naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, które mogą wyniknąć w tej sytuacji. Kto zatem będzie odpowiedzialny, gdy komputer popełni błąd? Może odpowiedzialność spoczywać będzie na cywilnych programistach, którzy napisali wadliwe oprogramowanie identyfikacyjne albo dowódca, który udzielił zezwolenia na wykorzystanie w operacji uzbrojonych autonomicznych dronów? Czy komputer będzie w stanie przeprowadzić test proporcjonalności swoich działań i ocenić ich humanitaryzm? Czy autonomiczne zrobotyzowane systemy zbrojne faktycznie będą mogły zaangażować wszystkie środki ostrożności tak, aby atak był zgodny z prawem?

Istotną kwestią jest, czy autonomiczne uzbrojone drony będą miały „świadomość sytuacyjną”, niezbędną do rozróżnienia pomiędzy kombatanami i obiektami militarnymi (celami wojskowymi) a cywilami i obiektami cywilnymi. „Świadomość sytuacyjna” oznacza zrozumienie intencji i przewidywanie prawdopodobnego zachowania w danej sytuacji. Ewentualne niejasności na polu bitwy, takie jak np. dziecko zbierające porzuconą broń, wymagają poziomu ludzkiego zrozumienia sytuacji, którego roboty nie posiadają. Natomiast świadomość jest tym, co pozwala na dostosowanie reakcji w przypadku wątpliwości. Bez pełnej wiedzy, kto i co może być

s. 586-587, http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2011/02/Vol.-2_Kanwar-Final1.pdf (dostęp: 13.11.2012).

³³ Ibidem, s. 580-581.

przedmiotem ataku, a także zrozumienia, w jakich sytuacjach może dojść do utraty ochrony przez cywili, wynik działania może powodować skutki uboczne, szczególnie dla osób chronionych. Ponadto zasada proporcjonalności nie określa wyraźnych progów w odniesieniu do poziomu strat ubocznych w porównaniu z bezpośrednią i konkretną korzyścią wojskową.

Podsumowanie

Postęp naukowo-techniczny sprawił, iż technologia bezzałogowych aparatów latających uległa znacznemu rozwojowi w ostatnich dziesięcioleciach, stanowiąc jeden z najbardziej dynamicznych obszarów wzrostu w przemyśle zbrojnym. Ponadto rozwój ukierunkowany w celu zwiększenia niezależności wysoce zaawansowanych technologii na polu bitwy w konsekwencji może doprowadzić do zastąpienia najbardziej ograniczającego czynnika każdego procesu, jakim jest istota ludzka – żołnierz – pilot. Wiąże się to z faktem, iż robotyzacja zmniejsza wysiłek i liczbę potrzebnych żołnierzy do obsługi systemów uzbrojenia.

Drony należy traktować jako platformę, która może przenosić nowoczesne uzbrojenie, operującą w systemie rozpoznania, wykrywania i wskazywania celów oraz atakowania obiektów powietrznych i naziemnych. Na współczesnym polu walki, charakteryzującym się dużą dynamiką działań, szczególnie duże znaczenie będzie miało wykorzystanie dronów podczas przygotowania działań ofensywnych. Ich przeprowadzenie wymaga zdobycia maksymalnej ilości informacji o przeciwniku i terenie, które pozwalają jednostkom bojowym na uniknięcie zasadzek.

Zastosowanie dronów bez ryzyka odwetu doprowadziło do rozległych moralnych, etycznych, politycznych, strategicznych i prawnych debat, dotyczących wykorzystania tej technologii. Z prawnego punktu widzenia drony mają wielki potencjał dla zwiększonej realizacji kluczowych zasad międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych: rozróżnienia, proporcjonalności i stosowania środków ostrożności w ataku, z militarnego – są „doskonałym” środkiem walki. Drony o przeznaczeniu bojowym (uzbrojone) nadal budzą poważne pytania, dotyczące liczby i charakteru ofiar cywilnych. Pytania te wynikają przede wszystkim z procedur dotyczących wyboru środków walki i zatwierdzenia celu ataku, a nie z natury i możliwości oferowanych przez drony jako takich. Jak w przypadku innych broni, istotne jest zapewnienie, że ataki z użyciem uzbrojonych dronów są kierowane tylko przeciwko uzasadnionym celom wojskowym zgodnie z wymogami międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. Dowódca wojskowy musi przejść przez proces realizacji rozległych wymagań prawnych przed podjęciem decyzji o ich użyciu.

Korzystanie z możliwości, jakie oferują drony, nie stoi w sprzeczności z obowiązującymi normami i zasadami międzynarodowego prawa huma-

nitarnego konfliktów zbrojnych, regulującymi zgodność z prawem danego środka walki. Ponadto międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych nie wprowadza „specjalnych”, dodatkowych regulacji wykorzystywania nowych technologii, takich jak drony, w działaniach zbrojnych w sytuacji konfliktu zbrojnego. Uzbrojone drony są obecnie maszynami wciąż sterowanymi przez operatora, gdzie jego rola w kontekście odpowiedzialności za swoje działania jest zachowana. W związku z tym wydaje się oczywiste i niepodważalne, iż uzbrojone bezałogowe aparaty latające w przyszłości powinny być kontrolowane przez człowieka w zakresie decyzji o użyciu siły śmiertelności.

Najistotniejszą konkluzją niniejszego artykułu jest konieczność wprowadzenia przepisów prawnych, które zabraniałyby sztucznej inteligencji samodzielnego podejmowania decyzji o życiu i śmierci. Obecnie takie przepisy nie istnieją. To „opóźnienie” może mieć katastrofalne skutki, gdy będziemy mieli do czynienia z uzbrojonymi, w pełni autonomicznymi robotami. Niepokojące jest, iż potrzebne uregulowania prawne nie nadążają za tak szybkimi zmianami. Robotyka staje się jedną z największych rewolucji technologicznych w dziejach ludzkości, a mimo to, jak się wydaje, jesteśmy na nią całkowicie nieprzygotowani. Szybkość rozwoju nowych technologii oznacza, że mamy mniej czasu na reakcję i dostosowanie się do tych zmian.

THE USE OF UNMANNED AERIAL VEHICLES IN SITUATION OF ARMED CONFLICT. SELECTED ASPECTS OF THE FIELD OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Keywords: means of warfare, new weapon technologies, unmanned aerial vehicles (drones), unmanned combat aerial vehicles (combat drones), autonomous robotic weapons systems, armed conflict, international humanitarian law

Summary

Development of new technologies is largely determined by the contemporary dimension of military action and demand results from the battlefield. Today, the race against time and the quality of the information communicated in relation to the time of the decision and action. Until recently, the main idea of the fight was the destruction of the enemy. Modernly, it seeks to create such weapons systems, which on the one hand protect their users, on the other hand they could eliminate precisely defined enemy. Among the requirements of current military action, the importance of a precise destruction, to minimize the collateral damage (and their own) and the destructive effects of the impact of short duration.

The future of unmanned aerial vehicles (drones) moving towards autonomous robotic weapons systems. Currently, autonomous technology does not have the capacity to distinguish between fighters and civilians. The preferred scenario for future action is to conduct research and development of new technologies based on and according to the requirements of International Humanitarian Law. In addition, it is necessary to take such action, which would provide the ability to control the autonomous technology against the „rebel”, error in the software, or even possible reprogramming of the enemy during the mission done.

MISCELLANEA

Radosław Nojman

doktorant na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Od Pawła Włodkowica do Jana Pawła II. Refleksje na temat wkładu polskiego w rozwój idei i ochrony praw człowieka*

Słowa kluczowe: historia praw człowieka, Paweł Włodkowic, Rzeczpospolita Obojga Narodów, Konstytucja 3 Maja, Jan Paweł II

Ponad tysiącletnia historia Polski obfituje w wydarzenia zarówno wspa-
niałe, jak i dramatyczne. Wielkie zwycięstwa i sromotne klęski przez wieki
wpływały na życie narodu mieszkającego w centrum „starego kontynentu”
i nie pozostającego na uboczu tego, co się na nim działo, lecz, co więcej,
współuczestniczącego w procesie kształtowania Europy. Doświadczenia po-
koleń Polaków sprawiały, że często na uwadze mieli nie tylko sprawy włas-
nej nacji, ale też innych grup i osób. Szerokie grono działało, pisało, wal-
czyło, pracowało itp. ze świadomością istnienia pewnych praw należnych
każdemu człowiekowi. Dlatego nie powinno budzić wątpliwości stwierdze-
nie, iż Polacy (czy może ściślej: ludzie utożsamiający się z państwem pol-
skim) wnieśli istotny wkład w rozwój idei oraz praktycznej ochrony praw
i wolności ludzkich, a pogląd, że Polska, jako nowicjusz w tych kwestiach,
musi „uczyć się” wszystkiego od innych, jest krzywdzący.

Opisywanie polskiego wkładu w dzieje praw człowieka i ich ochrony na-
leży rozpocząć od zaprezentowania poglądów Pawła Włodkowica z Brudze-
nia – rektora Uniwersytetu Krakowskiego, który swoimi nowatorskimi po-
głądami wyprzedzał czasy, w których dane było mu żyć. Ten „najmniejszy
wśród doktorów dekretów”¹ już w średniowieczu, w wieku XV, a więc na
długo przed epoką oświecenia, sformułował koncepcję praw i wolności ludz-
kich. Kluczowe dla jego dorobku traktaty i pisma, powstałe w związku ze
sporem polsko-krzyżackim (m.in. na sejmiku powszechnym w Konstancji,

* Artykuł powstał na podstawie pracy magisterskiej tego samego autora pt. *Wkład polski
w dzieje praw człowieka i ich ochrony*, napisanej pod kierunkiem prof. dra hab. T. Jasudowi-
cza w Katedrze Praw Człowieka i Prawa Europejskiego.

¹ P. Włodkowic, *Do Biskupa Krakowskiego*, [w:] L. Ehrlich, *Pisma wybrane Pawła Włod-
kowica*, t. III, Warszawa 1969, s. 203.

obradującym w latach 1414-1418), zawierają wiele myśli dotyczących praw narodu (np. do samostanowienia, wolności, pokoju i do życia według uznawanych norm²) oraz jednostki. Dzieła Włodkowica, a zwłaszcza sformułowana przez niego doktryna tolerancji religijnej, mają olbrzymią wartość również współcześnie.

Mistrz Paweł w swych rozważaniach o człowieku i jego prawach wychodzi od godności każdej osoby ludzkiej. Najlepiej w ową problematykę mogą wprowadzić słowa Ludwika Ehrlicha: „Podstawą rozumowania Włodkowica jest uznanie godności istoty ludzkiej, tak jak już Stanisław ze Skarbimierza w kazaniu o wojnach sprawiedliwych nazywał człowieka «najgodniejszym ze stworzeń na świecie». Z uznania godności istoty ludzkiej wynikało uznanie wolności woli człowieka, a łączyło się z nim uznanie obowiązku miłowania bliźniego. [...] Bliźnim [...] jest każdy człowiek, nie tylko katolik czy chrześcijanin»³.

Paweł Włodkowic, jako osoba duchowna, odnosi się do jednostki ludzkiej w sposób prawdziwie chrześcijański. Każdy człowiek to dla niego ukoronowanie dzieła Stwórcy, ukształtowane na Boski obraz i podobieństwo⁴. Związana z tym najwyższa, przyrodzona godność jest źródłem praw i wolności ludzkich. Co więcej, Bóg oddał człowiekowi – istocie rozumnej i celowej – ziemię we władanie, stąd „własność, rzeczy, władztwo i posiadłości mogą godziwie bez grzechu należeć do niewiernych”, gdyż „są urządzone dla każdej rozumnej istoty przez Boga, który sprawia, że słońce wschodzi nie tylko nad dobrymi, ale także nad złymi i żywi wszystkie ptaki i daje pokarm wszelkiemu ciału”⁵. Wszyscy, nie wyłączając niewiernych: Żydów, Saracenów, innowierców, pogan i innych, mogą – ze względu na przyrodzoną i niezbywalną godność – korzystać z przynależnych im praw, tak jak z Bożych darów.

Ze szczególnym wyróżnieniem człowieka spośród innych stworzeń wiążą się nie tylko uprawnienia, ale i rozmaite naturalne obowiązki (w stosunku do Boga, ludzi, samego siebie, Ojczyzny itd.), rzutujące na jego życie i podejmowaną działalność. Ludzkość, czyniąc sobie ziemię poddaną, powinna chociażby dbać o środowisko i nie ingerować zbyt w naturalny porządek wszechświata. Godność zobowiązuje również w stosunkach społecznych – każdy, będąc podmiotem przyrodzonych i niezbywalnych praw, ma też określone powinności wobec innych, jednostek i wspólnot. W swoich traktatach Włodkowic używa pojęcia „bliźniego”, charakterystycznego dla religii

² E.A. Wesołowska, *Paweł Włodkowic – współczesne znaczenie poglądów i dokonań*, Płock 2001, s. 29-30.

³ L. Ehrlich, op. cit., t. I, Warszawa 1968, s. XLVIII; cyt. za T. Jasudowicz, *Człowiek, jego prawa i obowiązki w nauczaniu Pawła Włodkowica*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju”, 1992, z. 1, Toruń 1993, s. 135.

⁴ T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha: do Pawła Włodkowica po naukę o prawach człowieka*, Toruń 1995, s. 22.

⁵ P. Włodkowic, *Saevientibus*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. I, s. 11-12; cyt. za T. Jasudowicz, *Człowiek, jego prawa...*, s. 135-136.

chrześcijańskiej. Tak więc, wszystkich bliźnich, bez różnicy, wiernych, czy nie, obejmuje, chroni i obowiązuje prawo Boskie oraz prawo naturalne⁶.

Przyrodzona godność człowieka nierozdzielnie wiąże się w pawłowym nauczaniu z postulatem wolności. Założenie, iż wszyscy ludzie są z natury wolni, akcentuje rolę ich wolnej woli, co z kolei rodzi poważne skutki np. w kwestii nawracania na wiarę chrześcijańską („niewierni nie powinni być zmuszani do wiary, ponieważ wszystkich należy zdać w tej materii na wolną wolę, a tylko łaska Boga ma moc w tym powołaniu”⁷) oraz w relacji władca – poddani (państwo – obywatel). Co więcej, dla Włodkowica wolna wola, w połączeniu ze zdolnością myślenia, jest podstawą uznania, że Bóg stworzył człowieka jako swego rodzaju doskonałość *in potentia* – istotę dobrą, zmierzającą do Boga i mogącą być doskonałą właśnie dzięki rozumowi i wolności. Przy tym zadaniu pojawia się swoisty nakaz, oblig myślenia i poznawania świata oraz odpowiedzialności, nie tylko za dokonane wybory, ale i za całokształt powierzonych dzieła stworzenia⁸.

Godność i wolność, będące odbłaskiem Stwórcy, sprawiają, że człowiek jest najwspanialszą istotą na ziemi, zasługującą na szacunek i którą należy kochać. Zdaniem Pawła, aby żyć w zgodzie z przykazaniem miłości Boga i bliźniego, najważniejszym według nauki Jezusa Chrystusa, trzeba wyświadczać ludziom dobro i wystrzegać się pewnych zachowań, m.in. napadania niewiernych⁹. Dlatego nazywa działalność Zakonu Szpitala Najświętszej Maryi Panny Domu Niemieckiego w Jerozolimie (Krzyżackiego), najgorszą i „okrutną herezją wykluczającą wiarę apostolską”¹⁰. Idąc dalej, każdy obowiązany jest do uczynków miłosierdzia wobec bliźnich i pomocy, również w odkrywaniu prawdy (a więc i ewangelizacji w duchu miłości).

Warto podkreślić, że podobnie pojmowana godność osoby ludzkiej stanowi podstawę współczesnej – międzynarodowej i krajowej – ochrony praw człowieka. Wystarczy przytoczyć art. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r.: „Wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi pod względem swej godności i swych praw. Są oni obdarzeni rozumem i sumieniem i powinni postępować wobec innych w duchu braterstwa”. W późniejszych dokumentach m.in. w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych potwierdzono „uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej”. Również Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej art. 30 głosi, iż: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”.

⁶ T. Jasudowicz, *Człowiek, jego prawa...*, s. 135-136.

⁷ P. Włodkowic, *Saevientibus*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. I, s. 35.

⁸ T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 22 i 24.

⁹ Ibidem, *Człowiek, jego prawa...*, s. 137.

¹⁰ P. Włodkowic, *Ad Aperiendam*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. I, s. 197; cyt. za T. Jasudowicz, *Człowiek, jego prawa...*, s. 137.

Istotny element nauczania Mistrza Pawła stanowią myśli dotyczące kwestii ochrony życia i zdrowia osoby ludzkiej oraz związany z nimi zakaz tortur i okrutnego, nieludzkiego bądź poniżającego traktowania lub karania. Rozważania te, zawarte w różnych pismach i traktatach, były niewyczerpanym źródłem argumentów w procesie (sporze doktrynalnym) z Zakonem Krzyżackim i jego zwolennikami (m.in. Janem Falkenbergiem) na soborze w Konstancji.

Oczywistym dla Włodkowica zdaje się fakt, że wszystkie składniki szeroko pojętego porządku prawnego, a więc prawo Boskie, naturalne (z prawem narodów), kanoniczne i cywilne, muszą uznawać ludzkie życie za godną poszanowania, najwyższą wartość oraz chronić je w szczególny sposób. Ciężko jednak znaleźć w jego dziełach fragment, z którego wprost wynikało by, że każdy człowiek ma przyrodzone i niezbywalne prawo do życia. Nie pozostając w stosunku do niego obojętnym, określa je raczej w sposób negatywny¹¹, pisząc np., iż „zabójstwo samo przez się jest z rodzaju złych i z natury swej jest złe, a zatem sprzeczne z wszelkim prawem: Boskim, naturalnym i ludzkim, a więc zakazane. [...] Kiedy coś wyraźnie jest przeciwnie ogłoszone lub nakazane, albo zakazane, rozumie się zawsze, że jest zakazane, chyba że stwierdzono, że jest prawem dozwolone”¹².

Często swoje rozważania odnosi Paweł do piątego przykazania Bożego: „Nie zabijaj!”. Ten bezwzględny zakaz pozbawiania życia stanowi podstawę oceny prawnej, a w konsekwencji dyskwalifikacji doktryn negujących godność niewiernych oraz niektórych aktów wydanych przez papieża i cesarza, umożliwiających bezkarne napadanie i zabijanie ludzi, a także potępienia wojny jako takiej oraz zbrodniczych teorii i działań Zakonu Krzyżackiego. Warto odnotowania, że przy krytyce pism procesowych Krzyżaków (i nie tylko), Włodkowic interpretuje w sposób rozszerzający przykazanie „Nie będziesz zabijał” i w jego zakres włącza wszelkie przejawy agresji, przemocy i okrucieństwa oraz każdego rodzaju zamach na życie człowieka. Równocześnie przypomina o obowiązku miłości bliźniego¹³.

W koncepcji Włodkowica zasadnicza treść prawa do życia nie zawiera się tylko w zakazie samowolnego odbierania komukolwiek tej fundamentalnej wartości, ale także „zakłócania korzystania” z niej. Poza wspomnianymi wyżej, a określonymi w sposób negatywny elementami, ma też Paweł na uwadze czynniki, których brak stanowi zagrożenie dla ludzkiej egzystencji. Chodzi tu o elementarne potrzeby człowieka¹⁴, takie jak: dostęp do pożywienia i wody, bezpieczeństwo osobiste itp.

Odnosząc powyższe założenia do pojętego współcześnie podmiotu zobowiązanego z tytułu praw człowieka, czyli państwa, należy podkreślić, że ciąży na nim określone, immanentnie związane z prawem do życia, obo-

¹¹ Ibidem, s. 90.

¹² P. Włodkowic, *Iste Tractatus*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. II, Warszawa 1966, s. 202; cyt. za T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 90.

¹³ T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 91-93.

¹⁴ Ibidem, s. 95-96.

wiązki. Każda władza musi powstrzymywać się od arbitralnego zabijania¹⁵ czy stosowania przemocy, ponieważ „rzeczą sprawiedliwości, zwłaszcza królów, jest nikomu nie zadawać gwałtu”¹⁶. Dodatkowo spoczywa na niej powinność zagwarantowania ochrony życia i zdrowia przed zamachami z czyjejkolwiek strony, głównie poprzez wprowadzenie odpowiednich sankcji. Nie neguje przy tym Włodkowic zasadności istnienia kary śmierci, ale wymierzonej przez właściwy sąd, roztropnie i jedynie w wyjątkowych przypadkach. „Zabójstwo” jest wtedy, podobnie jak podczas wojny sprawiedliwej, „prawem dozwolone”¹⁷. Oprócz tego, sprawujący władzę powinni starać się zapewnić obywatelom bezpieczeństwo oraz godne warunki życia.

Włodkowic kreśli również interesującą wizję prawa do wolności, przy – czym zrozumiałe – że podchodzi do niego w sposób nieco odmienny niż współczesne akty dotyczące ochrony praw człowieka. Z racji, że najwięcej uwagi poświęcił w swoich traktatach kwestiom związanym z religią i Kościołem, wyjątkową pozycję w jego koncepcji zajmuje wolność religii.

Mistrz Paweł ujmuje wolność jako kategorię dla człowieka pierwotną, wynikającą z natury. Przy tym najistotniejsze jest założenie, iż, podobnie jak w przypadku przyrodzonej godności, wiąże się z nią określone uprawnienia, a zarazem obowiązki wobec bliźnich oraz samego siebie¹⁸. Innymi słowy wolność to przywilej, ale też zadanie i wielka odpowiedzialność.

W kwestiach religijnych Włodkowic, będąc kapłanem, pozostaje wiernym chrześcijaninem – nigdy nie skrytykował treści Pisma Świętego ani dzieł Ojców Kościoła¹⁹. Nie widzi innej drogi zbawienia, jak tylko wiara w Trójjedynego Boga, ale – jako człowiek wykształcony i myślący realistycznie – zdaje sobie sprawę, że są ludzie, którzy nie znają w ogóle nauki Jezusa Chrystusa lub w Niego nie wierzą oraz że nie wszyscy są katolikami. Jeśli chodzi o podejście do szeroko pojętych „niewiernych”, znamienne, że jest on bardziej tolerancyjny w stosunku do Żydów, Saracenów, innowierców i pogan, niż „schizmatyków” czy „heretyków”. Wynika to z przeświadczenia, że człowiek, wyposażony w wolną wolę, pozostaje tą wolą związany i raz świadomie wybranej religii nie powinien porzucać ani występować przeciwko jej regułom²⁰. Takie zachowanie zasługuje, zdaniem Pawła, na szczególne potępienie, stąd nie waha się nazywać Zakonu Krzyżackiego „sektą”²¹, a jego doktrynę „herezją”²², gdyż prowadzona przez Krzyżaków „działalność” łamie podstawowe zasady chrześcijaństwa, m.in. przykazanie miłości bliźniego.

¹⁵ Ibidem, s. 93-94.

¹⁶ P. Włodkowic, *Ad Videndum*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. III, s. 180-181; cyt. za T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 94.

¹⁷ T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 94-95.

¹⁸ Ibidem, s. 98-100.

¹⁹ E. A. Wesołowska, op. cit., s. 36.

²⁰ T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 104.

²¹ P. Włodkowic, *Do Biskupa Krakowskiego*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. III, s. 220.

²² Idem, *Ad Aperiendam*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. I, s. 197.

Nie promując innowierców oraz postawy niewiary, wyklucza Paweł drogę przymusu i przemocy w nawracaniu, pisząc że „nie należy do wiary zmuszać, lecz zachęcać świątobliwymi zachęczeniami”²³, „doprowadzenie zaś niewiernych do wiary katolickiej przez opresję, mianowicie przez zbrojne wojowanie albo przez zabieranie dóbr doczesnych, wydaje się sprzeczne z Prawdą Pisma Świętego [...], a także z prawem kanonicznym”, bo „pod pretekstem pobożności nie należy popełniać bezbożności”²⁴. Ewangelizacja ma się odbywać z poszanowaniem przekonań ludzi niewierzących w Chrystusa, na zasadzie dobrowolności, jednak raz wyrażona, nieskrępowana wola zobowiązuje na przyszłość, a w konsekwencji swobodne odstępstwa od wiary, jak i zmiana wyznania, są niedopuszczalne.

Fakt niewiary w ogóle czy też wyznawania innej religii nie usprawiedliwia, zdaniem Włodkowica, karania kogokolwiek lub odmowy prawa do „postępowania prawniczego”. Nie powinien stanowić również trwałej bariery w kontaktach międzyludzkich i stosunkach międzynarodowych. W związku z tym, moc obowiązującą mają np. umowy pomiędzy chrześcijanami a niewiernymi²⁵, jeśli tylko zostały niewadliwie zawarte. Dodatkowo, błędne są wszelkie próby izolowania nie-katolików od wiernych „owieczek” Kościoła, choćby dlatego, że „bez wspólnego życia z nimi nie możemy ich pozyskać”²⁶.

Powyższe poglądy świadczą dobitnie o uznaniu przez Pawła – „ambasadora króla Polski” Władysława II Jagiełły na soborze w Konstancji – prawa do wolności religii. Przy tym należy zwrócić uwagę, że we włodkowickiej koncepcji znaleźć można takie współcześnie wyróżniane elementy tego prawa, jak: zakaz stosowania przymusu lub przemocy dla celów nawracania, prawo do wyznawania religii, zarówno prywatnie, jak i publicznie, oraz nauczania i wychowania religijnego²⁷.

Nauczanie Włodkowica przepełnione jest zatem duchem tolerancji religijnej, wynikającej z zasady miłości do każdego człowieka. Zgodnie z nią, będąc chrześcijaninem, należy nie dyskryminować i starać się rozumieć ludzi o innych poglądach: Żydów, Saracenów, innowierców, pogan itd. Wszystkim, bez względu na wyznanie (czy wszelką „inność”) należy się szacunek²⁸. Zdaniem Stanisława Bełcha, godne uznania, iż doktryna ta dotyczy „nie tylko tolerancji wobec niewiernych ze strony chrześcijan, lecz (także) przyjaznej współpracy w dziedzinie świeckiej, jak handel, pomoc

²³ Idem, *Saevientibus*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. I, s. 84; cyt. za T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 106.

²⁴ Idem, *Quoniam Error*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. II, s. 232; cyt. za T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 105.

²⁵ T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 105-106.

²⁶ P. Włodkowicz, *Saevientibus*, [w:] L. Ehrlich, op. cit., t. I, s. 89; cyt. za T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 106.

²⁷ T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 107.

²⁸ E. A. Wesołowska, op. cit., s. 141.

wzajemna itd.”²⁹. Co prawda, niektórzy badacze dorobku Mistrza Pawła wskazują na ograniczenia tej tolerancji i pewne uchybienia, np. w stosunku do Żydów³⁰, ale ostatecznie większość przyznaje, że i tak jego poglądy były, jak na XV w., bardzo postępowe. Nie ulega wątpliwości, że nazywanie Pawła Włodkowica ojcem tolerancji religijnej w Europie jest w pełni uzasadnione – gdy na „starym kontynencie” płonęły stosy, dochodziło do pogromów Żydów i „nawracania” Żmudzinów przy użyciu miecza, głosił on ideę tolerancji i poszanowania odmiennych przekonań religijnych. Należy również pamiętać, że to właśnie jego myśl miała ogromny wpływ na tolerancyjną praktykę Rzeczypospolitej Obojga Narodów przyjmowania osób prześladowanych i roztaczania nad nimi opieki.

Pomimo że nie stworzył Mistrz Paweł jednego, zwartego dzieła, w którym ująłby w sposób systematyczny swoje poglądy na prawa i wolności ludzkie, można dostrzec w jego nauczaniu wiele aspektów innych, poza opisanymi wyżej, wyróżnianych współcześnie praw człowieka, a mianowicie: prawa do własności, do życia w pokoju, gwarancji słusznego procesu oraz wolności ekspresji i zaciągania zobowiązań. Co istotne, według Włodkowica, każde z tych uprawnień jest limitowane określonymi powinnościami i sferą analogicznych praw bliźnich, a zarazem stanowi ograniczenie działania władzy.

Patrząc na dzieje praw człowieka można zauważyć, że ich ewolucja odbywała się praktycznie dwutorowo: z jednej strony, kształtowały się koncepcje teoretyczne; z drugiej zaś, następowało zaszczepianie na grunt prawa stanowionego, nierzadko ze względów czysto pragmatycznych, niektórych elementów wolności ludzkich. W celu poznania i zrozumienia tego drugiego aspektu, należy cofnąć się do „wieków średnich”, a mówiąc ściślej do okresu monarchii stanowych i wypracowanej w ówczesnym prawie instytucji przywileju, gwarantującego danemu podmiotowi czy grupie podmiotów (charakter indywidualny i ogólny) określony zakres swobody oraz szczególną pozycję. Wiadomo, że Korona Królestwa Polskiego i późniejsza Rzeczpospolita wniosły w tym zakresie wyjątkowe dziedzictwo, gdyż immunitety (początkowo ekonomiczny i sądowy) oraz przywileje, nadawane głównie szlachcie przez kolejnych władców pod koniec średniowiecza, przetrwały aż do wieku XVIII i wywarły niewątpliwy wpływ na praktyczny wymiar praw człowieka³¹.

²⁹ S. Bełch, *The Contribution of Poland to the Development of the Doctrine of International Law* (Paulus Vladimiri, decretorum doctor, 1409–1432, Londyn 1964, s. 25; cyt. za T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha...*, s. 107.

³⁰ Por. np. G. Ryś, *Granice średniowiecznej tolerancji. Pawła Włodkowica podejście do Żydów*, [w:] *Tolerancja i nietolerancja (wybrane zagadnienia)*, pod red. R. Borkowskiego, Kraków 2002, s. 19–26.

³¹ S. Salmonowicz, *Od średniowiecznych przywilejów do osiemnastowiecznych praw człowieka. Przyczynek do genezy praw człowieka w dawnej Polsce*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju”, 1992, z. 1, Toruń 1993, s. 151–152.

W Polsce początki przywilejów generalnych, czyli dotyczących danego stanu (lub stanów) na terytorium całego kraju³², wiąza się z końcem panowania dynastii Piastów. Śmierć Kazimierza Wielkiego, który w czasie swoich rządów dążył, często używając surowych i represyjnych środków, do wzmocnienia państwa w ogóle, a władzy królewskiej w szczególności, otworzyła możliwym i rycerstwu drogę do ograniczania kompetencji władcy oraz jego samowoli w wymierzaniu sprawiedliwości, przy czym najistotniejsze, obok zdobyczy politycznych, stało się uzyskanie gwarancji chroniących przed sankcjami karnymi, stosowanymi bez udziału sądu³³.

Pierwsze przywileje ogólnopanstwowe nadał Ludwik Węgierski, m.in. w Koszycach w 1374 r., kiedy to, przy uznaniu uprawnień wszystkich stanów, dano szlachcie *de facto* wolność podatkową³⁴. Jednak z punktu widzenia praw człowieka najważniejsze akty tego typu zostały wydane przez króla Władysława II Jagiełłę, a później rozwinięte za panowania jego następców.

W trzeciej dekadzie XV w., gdy Jagiełło prowadził walkę z Zakonem Krzyżackim oraz zabiegał o zapewnienie sukcesji tronu dla jednego ze swoich synów, szlachetnie urodzeni zaczęli domagać się szerszego udziału w sprawowaniu władzy, często wchodząc w spory z monarchą. Oczywiście, aby szlachta mogła swobodnie korzystać z praw politycznych, niezbędne było zagwarantowanie jej pewnego zakresu nietykalności, a to z kolei wiązało się z ograniczeniem arbitralności króla oraz uprawnień policyjnych i sądowych jego urzędników – głównie starostów i oprawców.

W tej sytuacji, w roku 1422, sejmujące rycerstwo, zgromadzone w obozie wojskowym (w ramach pospolitego ruszenia na wojnę z Krzyżakami) pod Czerwińskiem, praktycznie wymusiło na Jagiellę przyrzeczenie, iż nie będzie on ani jego urzędnicy decydować o konfiskacie lub zajęciu na rzecz państwa składników majątku szlacheckiego bez prawomocnego wyroku sądowego³⁵. Równocześnie nałóżono na sądy obowiązek sądzenia tylko według prawa pisanego oraz zakazano skupienia w jednym ręku funkcji sędziego ziemskiego i starosty (*incompatibilitas*)³⁶. W ten sposób szlachta uzyskała gwarancje nietykalności majątkowej oraz równości w stosowaniu prawa.

Postanowienia przywileju czerwińskiego zostały potwierdzone, a nawet rozszerzone o nienaruszalność własności ziemskiej bez wyroku sądu, w statucie wydanym w 1423 r. na sejmie w Warcie, gdzie postulaty przedstawicieli szlachty poparli możnowładcy. Od tego momentu własność nieruchomości – a trzeba pamiętać, że prawo to mogło przysługiwać również osobom spoza stanu szlacheckiego – podlegała ochronie prawnej i jakakolwiek w nią ingerencja, nawet ze strony króla, była zakazana. Dodatkowo

³² J. Bardach, [w:] J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2008, s. 88.

³³ S. Salmonowicz, op. cit., s. 152-153.

³⁴ J. Bardach, [w:] J. Bardach *et al.*, op. cit., s. 91.

³⁵ S. Salmonowicz, op. cit., s. 153-154.

³⁶ J. Bardach, [w:] J. Bardach *et al.*, op. cit., s. 91-92.

statut warcki „przekazał” co do zasady wszystkie sprawy cywilne oraz większość karnych szlachty osiadłej (posiadającej ziemię) do kompetencji sądu ziemskiego, zawężając uprawnienia sądownicze starosty do czterech rodzajów spraw kryminalnych, mianowicie za: zgwałcenie kobiety, napad na gościńcu (rozbój), podpalenie i wtargnięcie do czyjogoś domu³⁷. Można więc stwierdzić, że już w tym czasie każdy szlachcic – posesjonat korzystał z elementów prawa do sądu³⁸.

Przywileje kolejnych lat wiązały się z polityką dynastyczną Władysława Jagiełły i jego pragnieniem osadzenia potomka na polskim tronie. Próby ugodzenia się (m.in. w Brześciu Kujawskim w 1425 r.) z przedstawicielami stanów, którzy działali z przekonaniem, iż uznają królewskiego syna za przyszłego władcę jedynie w zamian za ustępstwa, zakończyły się ostatecznie w 1430 r. w Jedlni ogłoszeniem przywileju, uroczyscie potwierzonego trzy lata później w Krakowie³⁹. W myśl jego postanowień żaden z urzędników królewskich i nawet sam król nie mógł uwięzić (ukarać) szlachcica osiadłego bez wyroku właściwego sądu ani go aresztować przed osądzeniem. Wyjątek stanowiło ujęcie na gorącym uczynku popełniania przestępstwa⁴⁰. Wyrażona zasada *neminem captivabimus nisi iure victum* (w dosłownym tłumaczeniu: „nikogo nie uwięzimy, kto nie zostanie pokonany prawem”) gwarantowała szlachcie bezpieczeństwo osobiste przed represjami władzy (ograniczeniem lub pozbawieniem wolności), do momentu udowodnienia winy i skazania. Dodatkowo przywilej jedlneńsko-krakowski potwierdzał zakaz konfiskaty dóbr szlachcica bez wyroku sądowego. Kolejną zdobyczą było znaczne ograniczenie funkcji policyjnych, śledczych i sądowych oprawców, którzy, ścigając z urzędu sprawców czynów niebezpiecznych dla porządku publicznego, często naruszali immunitety (głównie sądowy), za co zostali uznani za zagrażających wolności szlacheckiej i po pewnym czasie zanikli jako samodzielny organ⁴¹.

Tak duże korzyści skłoniły „społeczność Królestwa” do przyrzeczenia obrania w przyszłości na króla, pod warunkiem potwierdzenia dotychczasowych praw, „zdatniejszego” do tej roli „Jagiellończyka” – Władysława albo Kazimierza. Fakt ten oznaczał w praktyce elekcyjność tronu⁴².

³⁷ S. Salmonowicz, op. cit., s. 155-156. Autor konsekwentnie używa nazwy „Statut z Warcki” („warecki”), jednak niewątpliwie chodzi tu o statut warcki (akt prawny wydany w miejscowości Warta w Wielkopolsce) – por. np. J. Bardach, [w:] J. Bardach *et al.*, op. cit., s. 92; H. Samsonowicz, [w:] H. Samsonowicz, J. Tazbir, T. Łepkowski, T. Nałęcz, *Polska. Losy państwa i narodu do 1939 roku*, Warszawa 2003, s. 112.

³⁸ Nieposesjonaci, czyli przedstawiciele tzw. „gołoty”, pozostawali pod jurysdykcją starościńską.

³⁹ M. Żaryn, [w:] A. Dybkowska, J. Żaryn, M. Żaryn, *Polskie dzieje. Od czasów najdawniejszych do współczesności*, pod red. A. Sucheni-Grabowskiej i E. C. Króla, Warszawa 1996, s. 65.

⁴⁰ Por. np. J. Tazbir, *Dzieje polskiej tolerancji*, Warszawa 1973, s. 23.

⁴¹ S. Salmonowicz, op. cit., s. 155.

⁴² M. Żaryn, op. cit., s. 65.

Przywilej generalny z roku 1430 (1433) był jednym z pierwszych w Europie aktów prawnych, w którym władca zapewnił poddanym immunitet nietykalności osobistej, a zasada *neminem captivabimus* stała się „złotą regułą szlachty polskiej”⁴³ i, pomimo trudności z jej stosowaniem na gruncie np. przepisów o zbrodni obrazy majestatu⁴⁴, fundamentem pod budowę Rzeczypospolitej szlacheckiej. Następnym opisanych wyżej aktów monarszych było to, że już w I połowie XV w. niemalą część społeczeństwa polskiego cieszyła się poszanowaniem uprawnień, które dzisiaj uznawane są za podstawowe prawa oraz wolności człowieka i obywatela.

Drogę do uzyskania kolejnych swobód otworzył wybuch wojny trzydziestoletniej w 1454 r. Wtedy to plany wzmocnienia pozycji monarchy zostały definitywnie przekreślone, gdyż Kazimierz Jagiellończyk, aby zmobilizować pospolite ruszenie do walki z Zakonem Krzyżackim, musiał nadać rycerstwu nowe przywileje, najpierw w Cerekwicy koło Chojnic, a następnie w Nieszawie (uzupełnione dwa lata później w Nowym Mieście Korczynie), oddzielnie dla Wielkopolski i Małopolski. Najistotniejszym postanowieniem – obok utrzymania w mocy wszystkich dotychczasowych praw – było przyrzeczenie króla, iż nie będzie wydawał nowych ustaw, nakładał ciężarów publicznych, ani zwoływał szlachty do udziału w wyprawie wojennej bez uprzedniej zgody sejmików wojewódzkich i ziemskich. Akty te wprowadzały zatem decentralizację ustawodawstwa. Dodatkowo spora grupa szlachetnie urodzonych miała współdecydować w sprawach państwa. Przywileje cerekwicko-nieszawskie nie oznaczały jednak tylko uszczuplenia kompetencji króla, ale również ograniczenie wpływów możnowładztwa. Z drugiej strony, dostrzec można pewne pogorszenie pozycji prawnej mieszczaństwa i chłopów.

Ujednolicony stan szlachecki, występujący solidarnie we własnym interesie, poszerzył zakres swoich uprawnień – każdy jego przedstawiciel, zgodnie z zasadą równości, uzyskał prawa polityczne, a to wiązało się z początkiem polskiego parlamentaryzmu. Dlatego też wielu historyków uważa rok 1454 za symboliczne „przejście” od ustroju „zwyczajnej” monarchii stanowej do jego specyficznej odmiany, zwanej demokracją szlachecką⁴⁵.

Znaczenie szlachty wzrosło za panowania synów Kazimierza Jagiellończyka. Pierwszy sejm walny z udziałem posłów – delegatów sejmików poszczególnych województw – zebrał się w 1493 r. Uzależnienie decyzji władcy od woli potomków rycerstwa stawało się faktem, przy czym szczególną rolę, ze względu na swą liczebność i aktywność, zaczęła odgrywać szlachta średnia. Na następnym sejmie, w 1496 r. w Piotrkowie, Jan Olbracht, do potwierdzonych już trzy lata wcześniej uprawnień, dodał kolejne. Odtąd mieszczenie oraz „plebejusze” nie mogli nabywać i w ogóle posiadać ziem. Na towary wytwarzane w miastach wprowadzono tzw. taksy wojewo-

⁴³ S. Salmonowicz, op. cit., s. 156.

⁴⁴ Ibidem, s. 158.

⁴⁵ K. Baczkowski, *Rady Kallimacha* (z serii: *Dzieje narodu i państwa polskiego*), Kraków 1989, s. 9-10.

dzińskie, hamujące wzrost ich cen, natomiast produkty własne folwarków i sprowadzane dla dworów szlacheckich zostały zwolnione z opłat celnych. Ograniczono wychodźstwo chłopów ze wsi, „przywiązując” ich do ziemi.

Konsekwencją powyższych postanowień było wzmocnienie pozycji gospodarczej „panów braci”, którzy sobie ją wywalczyli własnymi staraniami i wspólnym działaniem. Niestety, statuty piotrkowskie mocno zachwiały równowagę stanów⁴⁶ – szlachta, wykorzystując swoją siłę, nabyła prawa ekonomiczne kosztem pozostałych grup społecznych i zaczęła wyraźnie dominować w Królestwie Polskim.

Sejm walny, zwołany w 1505 r. w Radomiu, można nazwać ukoronowaniem dzieła kształtowania demokracji szlacheckiej. W uchwalonej wtedy konstytucji (ustawie), która przeszła do historii jako *Nihil novi* („nic nowego”), zapisano m.in., że monarcha nie może wydawać nowych aktów normatywnych ani też wprowadzać zmian w prawie już istniejącym bez zgody sejmu, czyli *de facto* woli szlachty. Król Aleksander Jagiellończyk poddał niejako rządy swoje, i swoich następców, kontroli części społeczeństwa⁴⁷ (parlamentu), ponieważ „prawa ogólne i ustawy publiczne dotyczą nie pojedynczego człowieka, ale ogółu narodu, [...] odtąd na potomne czasy nie nowego stanowionym być nie ma przez nas i przez naszych następców, co by było z ujmą i uciępieniem Rzeczypospolitej oraz ze szkodą i krzywdą czyjąśkolwiek, tudzież zmierzało ku zmianie prawa ogólnego i wolności publicznej”⁴⁸. Z przytoczonego fragmentu można wywnioskować, jak ważną rolę w świadomości Polaków odgrywały wolność i ludzkie prawa, skoro już na początku XVI w. powoływali się na nie w akcie ustrojowym państwa. Odtąd prawo miało być stanowione, w drodze konsensusu, przez sejm walny – organ, złożony z trzech równoprawnych „stanów sejmujących”: króla, senatu (w którego skład wchodził najwyższy dostojnik Kościoła oraz urzędnicy centralni i ziemscy) oraz izby poselskiej, złożonej z przedstawicieli szlachty, wybranych na przedsejmowych sejmikach ziemskich.

Wypracowany wtedy system reprezentacyjny, ograniczony do jednego stanu, funkcjonował sprawnie przez około 150 lat, dopóki interesy prywatne nie zaczęły górować nad dobrem państwa⁴⁹. Dodatkowo w 1506 r. wydano *Statut Jana Łaskiego* – zbiór praw, w tym przywilejów, obowiązujących w Koronie⁵⁰, mający kolosalne znaczenie dla upowszechnienia wiedzy o przysługujących uprawnieniach.

Współcześnie warto spoglądać na immunitety i przywileje uzyskane przez polską szlachtę z perspektywy uprawnień ogólnoludzkich. Podobne, normatywne gwarancje praw osobistych, politycznych i ekonomicznych,

⁴⁶ Ibidem, s. 13-15.

⁴⁷ M. Żaryn, op. cit., s. 78.

⁴⁸ Cytat z konstytucji *Nihil novi* za: A. Dybkowska et al., op. cit., s. 78.

⁴⁹ W 1652 r. doszło do pierwszego zerwania sejmu; w następnych latach czynnikiem paraliżującym pracę organu władzy ustawodawczej stało się *liberum veto* – por. J. Bardach, [w:] J. Bardach et al., op. cit., s. 223.

⁵⁰ M. Żaryn, op. cit., s. 78.

choć przysługiwały jedynie części (ok. 10%) ludności Królestwa (i różnie bywało z ich realizacją), były nie do pomyślenia w innych krajach europejskich doby XVI w. oraz późniejszych monarchii absolutnych⁵¹. Trzeba przy tym pamiętać, że po zawarciu unii lubelskiej w 1569 r. ze wszystkich swobód zaczęła korzystać również szlachta litewska. W ten sposób, przez ponad dwa kolejne wieki, Rzeczpospolita należała do niewielu krajów, w których prawa i wolności ludzkie wywierały realny wpływ na funkcjonowanie państwa. Nie bez znaczenia dla utrwalenia takiego porządku był ruch egzekucji praw.

Niestety, „złota wolność panów braci”, będąca podstawą ustroju Rzeczypospolitej Obojga Narodów, stała się z czasem źródłem anarchii, niesprawiedliwości i ograniczenia pozostałych stanów. Pomimo to, proces historyczny uzyskiwania przywilejów, w którym wybrana, silna warstwa społeczna rozszerzała swoje uprawnienia, biorąc na siebie nowe obowiązki społeczne i odpowiedzialność za losy państwa, należy uznać za istotny etap w dziejach rozwoju praw człowieka i ich ochrony.

Należy pamiętać, że kwestie dotyczące uprawnień i wolności ludzkich, a także pozycji obywatela wobec państwa i władcy, pojawiają się dziełach myślicieli polskiego odrodzenia, m.in. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, postulującego równość wobec prawa dla przedstawicieli wszystkich stanów, oraz Stanisława Orzechowskiego, sławiącego ustrój demokracji szlacheckiej, ze „złotą wolnością” z jednej, a rozwarstwieniem stanowym społeczeństwa z drugiej strony⁵².

W miarę powiększania się terytorium Korony Królestwa Polskiego, a później również zacieśniania związków z Wielkim Księstwem Litewskim, rosła jej wielokulturowość. Ludzie różnych nacji i języków – Polacy, Litwini, Rusini, Niemcy, Żydzi, Ormianie, Tatarzy, Czesi, Karaimi itd. – nie rzadko na co dzień żyli, mieszkali i pracowali obok siebie. Wieloletnie, bezkonfliktowe współistnienie w jednym kraju wyznawców różnych religii, m.in. chrześcijan (katolików, prawosławnych, przedstawicieli obrządku ormiańskiego, husytów), tzw. starozakonnych (czyli Żydów) i muzułmanów⁵³ powodowało, że Polska odznaczała się tolerancją jeszcze na długo przed reformacją. Pojawienie się w XVI w. wyznań protestanckich też nie spowodowało wybuchu gwałtownych walk o podłoże religijne.

Gdy protestantyzm zaczął uzyskiwać w Europie Zachodniej zwolenników wśród niektórych rządzących, początkową wiarę teologów, iż pomimo różnic uda się ostatecznie zachować jedność Kościoła, zastąpiły coraz ostrzejsze spory, które wkrótce przerodziły się w krwawe wojny religijne. Katolicy, luteranie i kalwiniści zwalczali się nawzajem. Państwa i ośrodki miejskie prowadziły ze sobą walki – często dosłownie brat stawał przeciwko bratu. Tragedii dopełniały prześladowania, dotyczące całych grup

⁵¹ S. Salmonowicz, op. cit., s. 159.

⁵² J. Bardach, [w:] J. Bardach *et al.*, op. cit., s. 178.

⁵³ J. Tazbir, op. cit., s. 5-7.

społecznych. Ludzi o odmiennych przekonaniach starano się za wszelką cenę skłonić do „wyznania panującego”, a gdy to nie przynosiło rezultatów – „unieszkodliwić”. Miejsca tortur, straceń i płonące stosy stały się elementem krajobrazu miast zarówno katolickich, jak i protestanckich, m.in. hiszpańskich, francuskich, niderlandzkich, szwajcarskich, niemieckich, włoskich i angielskich. Zdumienie może budzić fakt, jak szybko przywódcy reformacji, z Marcinem Lutrem na czele, zmienili swoje poglądy dotyczące wolności religii. Okrucieństwa nie były w stanie powstrzymać nawet tolerancyjne dążenia humanistów i idea, że istnieją przecież dogmaty wspólne dla wszystkich wyznawców Chrystusa⁵⁴.

Na tle tak skonfliktowanej Europy, państwo Jagiellonów jawiło się jako „oaza spokoju”, choć i tutaj nie obeszło się bez pewnych ostrych, przynajmniej na papierze, kroków. Na początku okresu reformacji król Zygmunt I Stary, pod wpływem papieskich legatów, wydał kilka edyktów i dekretoów, skierowanych przeciwko możliwym wpływom protestantyzmu na poddanych. Przykładowo zakazano w nich, pod groźbą surowych sankcji, sprowadzania i rozpowszechniania dzieł Lutra, a nawet odbywania studiów na uczelniach w zagranicznych ośrodkach „heretyckich”.

Jednak realne obowiązywanie aktów monarszych z lat 1520-1540 stało pod dużym znakiem zapytania, gdyż zbyt szybko godziły one w „złotą wolność” szlachecką. Nawet jeśli postawiono komuś zarzut herezji i doszło do procesu, to kończył się on z reguły tylko upomnieniem – orzeczenie bardziej dolegliwej kary (np. więzienia czy wygnania) spotkałoby się niewątpliwie ze sprzeciwem warstwy uprzywilejowanej. Jedno przy tym jest pewne: nikt, także z osób pochodzący ze stanów „niższych”, nie mógł poza Katarzyną Wajglową (spaloną za apostazję na stosie w 1539 r.), nie został wtedy skazany na śmierć z uwagi na wyznanie. Zresztą nie mogło dziać się inaczej, skoro na dworze królewskim również nie brakowało zwolenników nowych prądów umysłowych i religijnych. Sam Zygmunt nie był w tych kwestiach tak nieprzejeźdźny, jak to mogło wynikać z jego pierwotnych deklaracji. Udowodnił to chociażby godząc się na przejście Albrechta Hohenzollerna, wraz z elitą zsekularyzowanego Zakonu Krzyżackiego, na luteranizm i biorąc niejako pod opiekę (w lenno) ich państwo (Prusy Książęce) w 1525 r. oraz cofając niektóre restrykcyjne edykty. Taki sposób postępowania polskiego monarchy z protestantyzmem (podobny do podejścia Władysława Jagiełły sto lat wcześniej do husytyzmu) tłumaczyć można osobistą żarliwością katolicką, połączoną z łagodnym usposobieniem oraz dążeniem, z jednej strony, do utrzymania porządku i bezpieczeństwa kraju, a z drugiej – do zapobieżenia prześladowaniom innowierców i rozlewowi krwi⁵⁵.

O ile postawę Zygmunta Starego można uznać za niejednoznaczną, o tyle jego syn i następca okazywał wręcz przychyłność dla ruchu reformacyjnego, tym bardziej że miał trzech szwagrów – protestantów.

⁵⁴ Ibidem, s. 16-19.

⁵⁵ Ibidem, s. 21-25 i 28.

Wychowany w duchu humanizmu Zygmunt II August, kierując się troską o dobro państwa i poddanych, starał się być mediatorem pomiędzy katolikami a sympatykami obozu protestanckiego. Niektórzy historycy do dziś zarzucają młodemu królowi pobłażliwość, brak zdecydowania w sprawach publicznych i niekonsekwencję. Przykładowo, w 1550 r., działając po myśli polskiego episkopatu, zobowiązał się utrzymywać, przy pomocy wszelkich środków (również bardzo represyjnych), jedność religijną w Królestwie, natomiast w kolejnych latach gwarantował swobody wyznaniowe nie tylko szlachcie, ale i mieszkańcom wielu miast.

Trudno ganić takie podejście, gdyż było ono uzasadnione względami politycznymi – władca, wiedząc o tym, co działo się w innych krajach europejskich, próbował po prostu unikać rozwiązań siłowych, które mogłyby doprowadzić do rozruchów społecznych, eskalacji przemocy i narzucania wiary, a w konsekwencji nawet do rozpadu budowanej latami unii z Wielkim Księstwem Litewskim⁵⁶. Monarcha – inteligentny polityk, choć sam nie zerwał z Rzymem i papieżem, w istniejącej sytuacji wolał dać poddanym w tej materii „wolną rękę” niż doprowadzić do wewnętrznego osłabienia kraju, zwłaszcza przy rosnącym zagrożeniu z zewnątrz, głównie ze wschodu. Tolerancyjną postawę Zygmunta Augusta najkrócej oddają jego własne słowa: „Nie jestem panem waszych sumień”⁵⁷. Pamiętać należy, że to właśnie pod koniec jego panowania doszło do ugody sandomierskiej między braćmi czeskimi, luteranami i kalwinami, którzy przyrzekli szanować się wzajemnie i – zachowując swoje odrębności dogmatyczne, obrzędowe itp. – występować razem w obronie wolności wyznania⁵⁸. Porozumienie to (o charakterze ekumenicznym, jak można je współcześnie określić) stanowiło w II połowie XVI w. ewenement na skalę światową.

W tym miejscu wypada wspomnieć jeszcze o uchwalonym – w drodze szerokiego konsensusu – w 1573 r., a więc już po śmierci ostatniego króla z dynastii Jagiellonów (ale na pewno wynikającym m.in. z jego charakteru), akcie konfederacji warszawskiej. By zapobiec niebezpieczeństwu wybuchu konfliktów w okresie bezkrólewia, potwierdzono w nim tolerancję religijną na terytorium Rzeczypospolitej Obojga Narodów oraz zagwarantowano równouprawnienie w prawach osobistych, politycznych i np. dostępie do urzędów przedstawicieli szlachty o różnych wyznaniach⁵⁹. Przy obowiązującej wolności słowa i druku oznaczało to praktycznie nieskrępowaną swobodę wyrażania przekonań.

Po wejściu istotnych postanowień tego aktu w skład artykułów henrykowskich, mimo oporów elekta z Francji Henryka Walezego, wolność sumienia i religii stała się, obok już wcześniej chronionych praw szlacheckich, jedną z podstaw ustrojowych państwa i powodem do dumy „panów

⁵⁶ Ibidem, s. 31-34 i 37-39.

⁵⁷ T. Jasudowicz, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 44.

⁵⁸ J. Tazbir, op. cit., s. 46-48.

⁵⁹ Ibidem, s. 49 i 51-52.

braci”⁶⁰. Dzięki temu nigdy w Polsce nie doszło do równie tragicznych wydarzeń, jak chociażby paryska rzeź hugenotów w noc św. Bartłomieja, której ciemności rozświeślały jedynie sterty podpalonych książek. Fenomen rozsądnej tolerancji i pokój wyznaniowy w dobie walk okresu reformacji w pełni uzasadnia nazwanie przez potomnych, m.in. przez Janusza Tazbira, XVI- i XVII-wiecznej Rzeczypospolitej „państwem bez stosów”.

Ze względu na panującą w państwie polsko-litewskim tolerancję i prawnie gwarantowaną wolność religii oraz szeroki zakres swobód i uprawnień szlacheckich, w okresie reformacji Rzeczpospolita stała się miejscem uchodźstwa europejskiego. Polska już wcześniej słynęła z tego, że potrafiła przyjmować „pod swój dach” przybyszów z różnych zakątków Europy. Przykładowo w XIV w. schronienie w państwie Piastów znajdowali Żydzi, okrutnie prześladowani i masowo mordowani w krajach niemieckich.

Jak można przypuszczać, w XVI stuleciu na tereny Polski i Litwy przybywali przede wszystkim emigranci z Europy Zachodniej, choć zdarzały się nieliczne osoby zza wschodniej granicy, głównie z Rosji. Jednak to szalejące m.in. we Francji, państwach włoskich czy Rzeszy Niemieckiej konflikty religijne skłaniały ludzi do masowego opuszczania swoich domostw i poszukiwania bezpieczeństwa gdzie indziej. Pierwszą grupą uchodźców – różnowierców, która zawędrowała na ziemie polskie, byli, zwalczani dosłownie wszędzie, anabaptyści. Mimo początkowej niechęci i zakazów królewskich, część z nich osiedliła się w Wielkopolsce, gdy dali się poznać jako dobrzy rzemieślnicy. Podobnie rzecz się miała z menonitami. Ci, pochodzący z Niderlandów, pokojowo nastawieni rolnicy podjęli dzieło osuszania Żuław Wiślanych (do dziś można oglądać w okolicach Elbląga menonickie cmentarze, a w Gdańsku – kościół). Pod koniec wieku w Małopolsce zaczęli osiedlać się włoscy antytrynitarze, do których wkrótce dołączyli ich niemieccy współwyznawcy. Dodatkowo z roku na rok powiększała się liczba m.in. francuskich, niemieckich czy szkockich luteran i kalwinistów, pragnących skorzystać z polskiej tolerancji religijnej i gościnności protestanckich magnatów, nie mówiąc już o katolikach z Wysp Brytyjskich. Trzeba też pamiętać o braciach czeskich, napływających falami, szczególnie licznie w pierwszym okresie wojny trzydziestoletniej (1618-1648). Ciągłe przybywało również ludności żydowskiego pochodzenia, a od czasów Wazów – wyznawców islamu (głównie Tatarów).

Oczywiście, tak duże imigracje innowierców nie pozostały bez wpływu na sytuację demograficzną i zmianę stosunków wyznaniowych wewnątrz państwa. Dla przykładu pojawienie się takich myślicieli, jak Jerzy Blandrata czy Faust Socyn, których poglądy nie mieściły się w nauce jakiegokolwiek, nawet reformowanego, Kościoła, spowodowało ukształtowanie się specyficznej doktryny braci polskich (arian)⁶¹.

⁶⁰ Ibidem, s. 54-56.

⁶¹ Ibidem, s. 59-62 i 65-71.

Rzeczpospolita Obojga Narodów przełomu XVI i XVII w., do której w zasadzie każdy, prześladowany w swoim kraju, mógł przyjechać i bez przeszkód wyznawać swoją religię, z jednej strony, budziła oburzenie (np. w kalwińskiej Genewie), z drugiej zaś, była stawiana za wzór wielu europejskim władcom⁶². Nie powinno ulegać wątpliwości, że zagwarantowana już wtedy wolność religii oraz wypracowana w drodze porozumienia, a nie krwawych wojen, tolerancja (abstrahując od tego, co działo się później – m.in. wygnanie sporej grupy protestantów za sprzyjanie Szwedom podczas „potopu” czy wzrost ksenofobii szlachty po wojnach ze wszystkimi niemal „sąsiadami”), wniosły istotny wkład w rozwój praktycznej ochrony praw człowieka. Warto tu nadmienić, że jednym z pierwszych dokumentów międzynarodowych, chroniących prawa mniejszości religijnych, był traktat pokojowy, kończący wojnę polsko-szwedzką, podpisany na terenie klasztoru w Oliwie w 1660 r.⁶³

Szczególną uwagę trzeba zwrócić na dwie instytucje powstałe podczas pierwszych sejmów elekcyjnych (po śmierci Zygmunta Augusta w 1572 r.), a mianowicie artykuły henrykowskie i *pacta conventa*, które, z jednej strony, ograniczały władzę króla, z drugiej zaś, gwarantowały wiele uprawnień. Stanowiły one niejako uwieńczenie wieloletnich dążeń szlachty oraz jej sporów z władcami o jak najszerszy zakres swobód i wpływów. Oba te akty prawne przez ponad dwieście lat określały ustrój demokracji szlacheckiej, a ich przyjęcie warunkowało objęcie tronu Rzeczypospolitej.

Artykuły henrykowskie (nazwane tak od imienia pierwszego monarchy wybranego w drodze wolnej elekcji – Henryka Walezego) dotyczyły sfery publicznoprawnej. Zawierały w swej nieziennej treści podstawowe zasady ustrojowe Rzeczypospolitej Obojga Narodów, bezwzględnie obowiązujące króla. Elekt, zaprzysięgając je, uznawał wolną elekcję, a co za tym idzie, ani on, ani jego potomkowie nie mogli używać tytułu dziedzica korony. Obiecywał przestrzegać prawa i utrzymywać pokój religijny. Zobowiązywał się, w czasie swego panowania, zasięgać opinii senatu w sprawach polityki zagranicznej (m.in. wojny i pokoju), nie zwoływać pospolitego ruszenia i nie wprowadzać nowych podatków bez zgody „stanów sejmujących” (czyli szlachty) orazłożyć na wojsko. Dodatkowo spoczywał na nim obowiązek zwoływania sejmu walnego, w trybie zwyczajnym, co dwa lata. Musiał też mieć przy sobie senatorów-rezydentów – stały organ doradczy, powołany przez sejm do współrządzenia krajem⁶⁴.

Ponieważ – poza określeniem pozycji króla w państwie – artykuły henrykowskie zawierały też uregulowania dotyczące parlamentu, rządu i administracji, sądownictwa, skarbowości oraz organizacji wojska, niektórzy historycy nazywają je pierwszą polską ustawą konstytucyjną⁶⁵. Jednak

⁶² Ibidem, s. 74.

⁶³ M. Lubiszewski, [w:] B. Gronowska *et al.*, op. cit., s. 47.

⁶⁴ J. Bardach, [w:] J. Bardach *et al.*, op. cit., s. 215 i 217.

⁶⁵ Por. np. S. Płaza, *Wielkie bezkrólewia* (z serii: *Dzieje narodu i państwa polskiego*), Kraków 1988, s. 75.

z punktu widzenia praw człowieka, najważniejsze znaczenie miała zawarta w tym dokumencie gwarancja zachowania wszystkich przywilejów szlacheckich. Każdy nowo wybrany władca potwierdzał więc, opisane już w tym rozdziale, uprawnienia i swobody „panów braci”. Odnaleźć wśród nich można elementy takich wyróżnianych współcześnie praw osobistych, obywatelskich i politycznych, jak: prawo do wolności i bezpieczeństwa, do poszanowania prywatności i mienia (nietykalność osobista i majątkowa, rozszerzona za panowania Stefana Batorego, po słynnej sprawie Samuela Zborowskiego, o nienaruszalność domu⁶⁶), do właściwego i niezawisłego sądu (ważnym uzupełnieniem sądownictwa stał się od 1578 r. Trybunał Koronny), do wolnych wyborów (wybór władcy i posłów na sejm), wolność myśli, sumienia i religii (z tolerancją religijną) oraz pewne aspekty uprawnień ekonomicznych.

Niezwykle istotny był przy tym ostatni punkt artykułów henrykowskich, który dawał poddanym (szlachcie), w przypadku, gdyby monarcha nie dotrzymał słowa i złamał obowiązujące prawo lub naruszył „złotą wolność”, możliwość wypowiedzenia mu posłuszeństwa⁶⁷.

Pacta conventa można scharakteryzować jako układ zawierany na sejmie elekcyjnym przez szlachtę z konkretnym kandydatem na króla i zaprzysięgany po jego wyborze. Zawierały one osobiste, szczegółowe zobowiązania elekta, dotyczące np. polityki zagranicznej, dziedziny wojskowości czy spraw finansowych Rzeczypospolitej⁶⁸. Oczywiście, głowa państwa odpowiadała później za ich realizację.

Razem obie te instytucje stanowiły swego rodzaju umowę społeczną – część społeczeństwa powierzała danej, wybranej przez siebie, osobie władzę, ale pod pewnymi warunkami. Poddani mogli wymagać przestrzegania „postanowień tego kontraktu”, tym bardziej że ich świadome „zerwanie” przez monarchę (pogwałcenie artykułów henrykowskich, niespełnienie obietnic przyrzeczonych jako *pacta conventa* itp.) mogło skutkować nieposłuszeństwem, a nawet zastosowaniem prawa oporu. W większości krajów europejskich takie „patrzenie na ręce” rządzącego i jego odpowiedzialność za decyzje wydawały się, w tamtych czasach, po prostu niemożliwe. W polskiej historii kilkakrotnie dochodziło do zbrojnych wystąpień przedstawicieli szlachty, w obronie zagrożonych wolności, w postaci konfederacji związanej przeciwko królowi lub rokoszu⁶⁹ (np. rokosz z lat 1665-1666, który wziął swój początek w publicznej skardze marszałka wielkiego koronnego Jerzego Lubomirskiego na naruszenie zasady bezstronności sądu w procesie o zdradę stanu⁷⁰).

Znamienne, że porządek prawny Rzeczypospolitej Obojga Narodów, przewidujący równowagę między najważniejszymi organami państwa (król

⁶⁶ S. Salmonowicz, op. cit., s. 158-159.

⁶⁷ A. Dybkowska, [w:] A. Dybkowska et al., op. cit., s. 108.

⁶⁸ J. Bardach, [w:] J. Bardach et al., op. cit., s. 215-216.

⁶⁹ Ibidem, s. 217 i 226.

⁷⁰ A. Dybkowska, op. cit., s. 133.

i sejm walny wraz z sejmikami)⁷¹, był tak skonstruowany, iż, z jednej strony, władcy elekcyjni, pomimo ograniczeń, zachowali stosunkowo liczne prerogatywy (m.in. proponowanie ustaw, mianowanie urzędników)⁷², z drugiej zaś – obywatelom („narodowi politycznemu”) przysługiwał szeroki zakres wolności i znaczny udział w życiu publicznym (sprawowaniu władzy).

Niestety, cechujące Rzeczpospolitą Obojga Narodów swobody z biegiem czasu doprowadziły do nadużyć i anarchii, a przecież już książdz Piotr Skarga przestrzegał przed nieodpowiedzialnym korzystaniem ze „złotej wolności”. W II połowie XVIII w., kiedy kryzys polityczny i społeczny był już widoczny, a ingerencja obcych mocarstw w sprawy polskie ewidentna, zaczęto wprowadzać szeroki program reform. Dążenia do przemian życia publicznego zintensyfikowały się po I rozbiorze Polski (w 1772 r.). Ich fundament stanowiły oświeceniowe idee oraz działalność m.in. Hugona Kołłątaja i Stanisława Staszica (którzy w swoich pismach używali już terminu „prawa człowieka”), a zwieńczenie – uchwalenie w 1791 r. Konstytucji 3 Maja.

Żyjący w latach 1750-1812 Hugo Kołłątaj, choć pochodził ze szlachty, pozostawał niejako rzecznikiem mieszczaństwa. Ten duchowny i wybitny mąż stanu był współzałożycielem Komisji Edukacji Narodowej i Towarzystwa do spraw Ksiąg Elementarnych oraz współtwórcą Konstytucji 3 Maja i innych reformatorskich ustaw. W czasie Sejmu Wielkiego skupił wokół siebie grono działaczy, literatów i publicystów – zwolenników zmian ustrojowych – i zorganizował ich w sławną Kuźnicę Kołłątajowską, z której wychodziły polemiczne artykuły i satyry, wymierzone w przeciwników politycznych, a oddziałujące nie tylko na polityków, ale też na nastroje społeczne. W powstaniu kościuszkowskim był członkiem władz naczelnych, kierownikiem wydziału skarbu w Radzie Najwyższej Narodowej i współautorem uniwersału połanieckiego, w którym zadeklarowano zwiększenie swobody chłopów. Za swoją patriotyczną postawę był wielokrotnie więziony przez zaborców. Jego dzieła, np. *Anonima listów kilka*, *Prawo polityczne narodu polskiego* i *Porządek fizyczno-moralny, czyli nauka o należytościach i powinnościach człowieka, wydobytych z praw wiecznych, niezmiennych i koniecznych przyrodzeniu*, zawierają – oprócz zagadnień politycznych – wiele wątków filozoficznych i społecznych⁷³.

Kołłątaj głosił i uzasadniał m.in. przekonanie, iż w nowoczesnym, niepodległym kraju nie powinno mieć miejsca łamanie elementarnych, naturalnych praw człowieka. Potępiał w ten sposób np. pańszczyźniany wyzysk chłopów, w którym widział jedną z przyczyn upadku Polski. Pisał wprost: „Nie może być ten kraj wolnym, gdzie człowiek jest niewolnikiem. Żadne

⁷¹ S. Płaza, op. cit., s. 80.

⁷² A. Dybkowska, op. cit., s. 108.

⁷³ A. Sołoma, [w:] *Z dziejów myśli filozoficznej*, cz. III, *Wybór tekstów z filozofii polskiej*, pod red. Z. Hulli i W. Tulbackiego (dalej: *Z dziejów myśli filozoficznej*), Olsztyn 1996, s. 65.

prawodawstwo nie powinno przemilczać praw człowieka, żadna społeczność nie może robić ofiary z ludzi dla ludzi⁷⁴.

Z punktu widzenia uprawnień jednostki niezwykle ważny jest fragment *Porządku fizyczno-moralnego...*, zawierający definicję osoby ludzkiej jako wyodrębnionej istoty oraz katalog praw i obowiązków każdego człowieka, wynikających z jego fizyczności („praw wiecznych, niezmiennych i koniecznych przyrodzeniu”). Znamienne, że w koncepcji kołłątajowskiej są one (prawa i obowiązki) ze sobą ściśle powiązane – każda „należytość” człowieka została zestawiona z odpowiednią „powinnością”⁷⁵. Można wysnuć wniosek, że takie ujęcie miało swe źródło w doświadczeniach Rzeczypospolitej, ponieważ jej problemy i niedomagania ustrojowe dały o sobie znać w momencie, gdy korzystająca z szerokich uprawnień szlachta przestała ponosić niektóre ciężary na rzecz państwa i odznaczać się pewnymi przymiotami moralnymi, a jej wolność stała się samowolą.

Autor wychodzi od wewnętrznego poczucia własności osoby, przynależnej tylko i wyłącznie danemu człowiekowi, na którym z kolei spoczywa powinność dbania o siebie, unikania zagrożeń życia i zdrowia oraz obrony przed możliwym naruszeniem nietykalności cielesnej. Wskazuje na prawo i obowiązek zaspokajania różnorodnych potrzeb, przynajmniej w stopniu podstawowym, aby przetrwać. W tym naturalnym zachowaniu służą człowiekowi posiadane przez niego określone siły (umysłu i ciała), które może i powinien rozwijać, doskonalić oraz używać ich rozsądnie, zgodnie z przeznaczeniem. Ksiądz Hugo wskazuje również na prawo swobodnego działania i decydowania o sobie. Taka wolność jest jednak ograniczona „należytościami” i „powinnościami” względem samego siebie, innych ludzi, społeczności itd. Co więcej, używanie sił i zaspokajanie potrzeb też ma swoją miarę⁷⁶.

Kołłątaj uznaje, że ludzie aby, przeżyć, muszą nabywać pewne przedmioty, które pozwalają zaspokoić ich podstawowe potrzeby. Stąd wiąże „prawo przyrodzenia” również z własnością rzeczy ruchomych i nieruchomych. W jego koncepcji każdemu należą się byty potrzebne czy wręcz niezbędne do życia i każdy powinien je nabywać przy użyciu własnych sił. Własność dóbr, uzyskanych przez człowieka dzięki pracy, należy mu się tak, jak „własność osobista”. Wypływa z powyższego obowiązek właściwego korzystania z tych rzeczy i zachowywania ich w odpowiednim stanie⁷⁷.

Z egzystencją człowieka w określonej społeczności i tym, że praktycznie nie może się on bez niej obejść, związane są kolejne prawa i obowiązki, działające na zasadzie wzajemności. Autor w znacznej mierze powraca w tym kontekście do opisanych wcześniej „należytości” każdej ludzkiej

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Por. H. Kołłątaj, *Porządek fizyczno-moralny, czyli nauka o należytościach i powinnościach człowieka, wydobytych z praw wiecznych, niezmiennych i koniecznych przyrodzeniu* (fr.), [w:] *Z dziejów myśli...*, op. cit., s. 66-68.

⁷⁶ Ibidem, s. 66.

⁷⁷ Ibidem, s. 66-67.

istoty, a mianowicie własności: swojej osoby, sił oraz potrzebnych przedmiotów. Szczególnie istotne i interesujące są powinności względem innych. Założenie, iż nikt nie może być właścicielem drugiej osoby, implikuje obowiązki powstrzymywania się przed ingerowaniem w jej życie, sposób używania i doskonalenia sił oraz własność niezbędnych dóbr. Każdy został wyposażony w wolność działania, która nie powinna być przez nikogo krępowana, choć trzeba mieć na uwadze, że jej granice wyznacza analogiczna wolność pozostałych jednostek. Kołłątaj wskazuje również na takie konkretne uprawnienia i powinności, jak: swoboda zawierania umów (w tym o pracę i przeniesienie własności), rodząca obowiązek dotrzymywania kontraktów zawartych niewadliwie i bez pokrzywdzenia osób trzecich; prawo do samoobrony, z którym związana jest powinność „nieatakowania”; „należytość” do korzystania z pomocy, z drugiej zaś strony obowiązek pomagania, w miarę możliwości, innym ludziom⁷⁸.

Takie wyprowadzenie, w sposób analityczny, „należytości” i „powinności” człowieka z praw fizycznych⁷⁹ było zgodne z duchem epoki, gdyż ludzie oświecenia w naturze poszukiwali uzasadnienia porządku społecznego, w tym również moralnego. Niewątpliwie dzieło Kołłątaja, opisujące niektóre, przysługujące każdemu, właściwości (wolność, własność, swoboda decydowania o swoim losie itd.), należy uznać za jego wkład w dzieje praw człowieka. Należy dodać, że ksiądz Hugo właśnie w nierespektowaniu tych przyrodzonych praw i obowiązków – jako zaprzeczeniu istoty człowieczeństwa – upatruje przyczyn nieszczęść, klęsk, takich jak np. upadek organizmu politycznego⁸⁰.

Stanisław Staszic (1755-1826) to postać powszechnie znana jako wszechstronnie wykształcony działacz społeczny, myśliciel oraz polityk – zwolennik gruntownych reform ustrojowych i społeczno-gospodarczych. Był osobą duchowną, surowym krytykiem magnaterii i gorącym orędownikiem równouprawnienia obywateli, bez względu na reprezentowany stan. Wspierał mieszczaństwo, w tym rodzącą się inteligencję, w dążeniach politycznych. Za najważniejszą przyczynę słabości państwa uważał brak wolności oraz nędzę jego mieszkańców, dlatego, dążąc do przekształcenia „rzeczypospolitej szlachty polskiej” w „rzeczpospolitą narodu”, proponował znieść zależność osobistą chłopów, zamienić im pańszczyznę na czynsz lub nawet zapewnić własność ziemską. Te radykalne, jak na owe czasy, przekonania starał się urzeczywistniać w swoich dobrach. Po rozbiorach zajął się pracą nad rozwojem gospodarczym i oświatowym ziem polskich. W 1808 r. został prezesem Towarzystwa Przyjaciół Nauk. Realizacji niektórych jego poglądów sprzyjało członkostwo w Komisji Wyznań i Oświecenia Publicznego oraz Rady Stanu Królestwa Polskiego. Jego dzieła (m.in. *Uwagi nad życiem Jana Zamoyskiego, Przestrogi dla Polski, O ziemioródtwie gór*

⁷⁸ Ibidem, s. 67-68.

⁷⁹ Ibidem, s. 68.

⁸⁰ Ibidem, s. 69.

dawnej Sarmacji, a później Polski i Ród ludzki) łączyły program reform społecznoustrojowych z działalnością naukową i gospodarczą, związaną np. z geologią oraz poszukiwaniem złóż węgla czy rud metali⁸¹.

Warto nadmienić, że jeszcze przed rokiem 1788 i zebraniem się Sejmu Czteroletniego (Wielkiego), przepowiadał Staszic, w swoich *Uwagach nad życiem Jana Zamoyskiego*, iż zbierze się kiedyś taki sejm, który, działając na zasadzie konfederacji, będzie w stanie „nadać wszystkim równą obywatelską wolność, zniszczyć szczególne przywileje jednych, szkodzące drugim”⁸². Co charakterystyczne, stał on na stanowisku, że dzieje ludzkości są wytworem warunków naturalnych i podlegają pewnym, niezmiennym zależnościom.

Jednak w kontekście praw człowieka najistotniejszy pozostaje fragment *Przestroóg dla Polski*. W koncepcji Staszica to „Najwyższa Istność” (Bóg, Opatrzność) przypisała ludziom, w chwili stworzenia, określone własności (prawa), które można dostrzec i pojąć obserwując związki jednostki z samą sobą, ze światem i z bliźnimi. Autor zakłada, iż człowiek otrzymuje dar życia wraz z „czuciem”. Obie te wartości nie są stałe – podlegają naturalnemu wzrostowi i zmniejszaniu się, zgodnie z etapami życia istoty ludzkiej, która rodzi się, rośnie, aż do osiągnięcia dojrzałości, następnie starzeje się i na końcu umiera. Podobnie normalną rzeczą jest odczuwanie przez każdego przyjemności i cierpienia, przy czym ból i groźba śmierci powinny zawsze wywoływać reakcję obronną. Aby podtrzymać życie trzeba korzystać z tego, co daje ziemia oraz odpoczywać, dlatego człowiek ma prawo zaspokajać swoje podstawowe potrzeby (m.in. odżywianie, sen). Co więcej, ludzie, będąc z natury istotami społecznymi, zostali wyposażeni w empatię, ułatwiającą budowanie zbiorowości i działanie dla dobra wspólnego. Ponadto każdy posiada umiejętność mowy, umożliwiającą wyrażanie uczuć i myśli, oraz siły i rozum, służące do używania i ochrony tych opisanych wyżej naturalnych właściwości. Wynikające z nich uprawnienia (np. utrzymanie życia i zdrowia, korzystanie z zasobów przyrody, swoboda wyrażania emocji i poglądów), przynależą człowiekowi od Stwórcy i nikt nie ma mocy ich mu odebrać⁸³.

Staszic wysnuwa z powyższych, podstawowych założeń wniosek, że wszyscy są co do praw równi. Kwestią różnicującą jest natomiast sposób korzystania z nich, ponieważ siły i zdolności umysłowe zależą od wieku i mogą być różne u danych jednostek. Stąd decydujące znaczenie dla obrony uprawnień przed nadużywaniem ich przez pojedynczą osobę lub małe grupy, przypisuje autor społeczności, pisząc, iż „moc i rozum większej części ludzi są [...] tą nienaruszoną praw człowieczeństwa warownią, którą Najwyższy tych praw Stwórca sam ustanowił”⁸⁴.

⁸¹ A. Sołoma, op. cit., s. 69.

⁸² Cytat za: B. Leśnodorski, „*Ojczyznę moją wszelkimi... sposobami ratować...*”, [w:] *Konstytucja 3 Maja 1791*, oprac. przez J. Koweckiego, Warszawa 1983, s. 15.

⁸³ S. Staszic, *Przestrogi dla Polski* (fr.), [w:] *Z dziejów myśli...*, op. cit., s. 70.

⁸⁴ Ibidem, s. 71.

W toku rozważań ksiądz Stanisław wyróżnia takie uniwersalne kategorie, jak równość, wolność i własność, uznawane także współcześnie za klasyczną triadę, związaną z uprawnieniami ludzkimi. Podkreśla znaczenie prawa nabywania własności gruntu i postuluje zniesienie jego ograniczeń, gdyż ziemia stanowi dobro, z którego każdy powinien móc korzystać. Nikt, jego zdaniem, nie rodzi się poddanym czy mniej godnym, podobnie jak nikt nie ma od urodzenia szczególnych przymiotów moralnych. Dodatkowo obserwacja stosunków społecznych pozwala mu wnioskować, iż najlepszą gwarancję wzajemnego zabezpieczenia praw i wolności jednostki daje wspólnota (nazywana przez niego „towarzystwem”), która powinna pozwalać każdemu używać „osobistych własności”, dopóki jego zachowanie nie szkodzi prawom innych lub ogółowi⁸⁵.

W myśli Staszica, obok elementów uprawnień jednostki, dostrzec można podstawowe prawo zbiorowości. Naród, posiadając od Boga „najwyższą moc i wolę”, jest ze swej istoty niezależny, dlatego może przekazać jakiemuś podmiotowi możliwość decydowania, rządzenia. Autor stoi na stanowisku, że prawo ma wynikać z woli ogółu ludności, a co za tym idzie w procesie jego stanowienia – w drodze jednomyślności lub na zasadach większości – powinni uczestniczyć wszyscy obywatele, osobiście albo przez swoich przedstawicieli. Co więcej, słuszne prawodawstwo ogranicza wolność jednostki jedynie w stopniu niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania wspólnoty. Ksiądz Stanisław udowadnia tezę, iż władza „rządowa”, czyli wykonawcza, ma służyć społeczeństwu i być „narzędziem” ustaw. Władza sądownicza, jak każda inna, musi również pochodzić od narodu, stąd jedna osoba nie powinna wyznaczać sędziów – w przeciwnym wypadku zachodzi realne zagrożenie praw człowieka⁸⁶.

Stanisław Staszic, głosząc pogląd, iż to Stwórca nadał ludziom podstawowe uprawnienia (i właśnie dlatego nie można nikomu zakazać korzystania z nich), połączył doktrynę chrześcijańska z filozofią oświecenia, co wyróżnia go na tle większości myślicieli tej epoki, kierujących się, oprócz racjonalizmu i humanitaryzmu, ateizmem.

Uchwalona dnia 3 maja 1791 r., przez obradujący w latach 1788-1792 w Warszawie Sejm Wielki, Ustawa Rządowa (nazywana współcześnie Konstytucją, ponieważ miała być podstawowym, zasadniczym aktem zreformowanego państwa), pomimo zachowania podziału stanowego społeczeństwa, odzwierciedlała w wielu aspektach oświeceniową koncepcję wolności i praw człowieka. Jej umiarkowany, zachowawczy charakter w tym zakresie należy tłumaczyć tym, że powstała ona w wyniku szerokiego kompromisu, a nie rewolucji czy przewrotu.

Twórcy Konstytucji 3 Maja w sposób nowoczesny pojmowali naród jako zbiorowość podmiotów, stąd też w dokumencie regulującym ustrój Rzeczypospolitej zawarli co najmniej kilka elementów praw wspólnoty narodowej.

⁸⁵ Ibidem, s. 71-72.

⁸⁶ Ibidem, s. 72-73.

Już w preambule tej ustawy odnaleźć można stwierdzenie głoszące, jak niezmiennie ważne są: „niepodległość zewnętrzna i wolność wewnętrzna narodu”⁸⁷. Co więcej, artykuł V (pt. *Rząd, czyli oznaczenie władz publicznych*) stanowił, iż „wszelka władza społeczności ludzkiej początek swój bierze z woli narodu”⁸⁸. Fragmenty te należy uznać za przeniesienie na grunt normatywny, rozwiniętej w dobie oświecenia (m.in. w *Umowie społecznej* Rousseau), koncepcji samostanowienia i suwerenności narodu, zgodnie z którą władza polityczna pochodzi od ogółu obywateli – to oni ją legitymizują. Ponadto artykuł XI (*Siła zbrojna narodowa*) otwiera zdanie: „Naród winien jest sobie samemu obronę od napaści i dla przestrzegania całości swojej”⁸⁹, wyrażające prawo wspólnoty (i obowiązek obywatelski) do obrony przed bezpośrednim atakiem oraz ochrony swej integralności.

Bez wątpienia poczesne miejsce w Ustawie Rządowej zajmowały prawa jednostki. Potwierdza to chociażby budowa aktu – przepisy normujące uprawnienia przedstawicieli poszczególnych stanów zostały zapisane przed normami regulującymi ustrój władzy państwowej, *nota bene* rozczłonkowanej, zgodnie z zaproponowaną przez Monteskiusza zasadą trójpodziału na: „władzę prawodawczą”, „władzę najwyższą wykonawczą” i „władzę sadowniczą”⁹⁰. Przyjęcie rozwiązań tego typu, jak na owe czasy bardzo nowoczesnych, świadczyło o podjęciu przez rządzących próby gruntownej modernizacji kraju.

Artykuł I Konstytucji 3 Maja, choć przyznawał wyznaniu rzymsko-katolickiemu status „religii narodowej panującej”, zawierał gwarancję wolności religii: „wszelkich obrządków i religii wolność w krajach polskich, podług ustaw krajowych, warujemy”⁹¹. Co więcej, każdy, w myśl nakazu miłości bliźniego, bez względu na wyznanie mógł cieszyć się na terytorium Rzeczypospolitej „pokojem w wierze i opieką rządową”⁹².

Stan szlachecki uzyskał w artykule II potwierdzenie swobód i uprawnień, nadanych przez kolejnych władców w przywilejach, oraz zapewnienie ich niewzruszalności. Dodatkowo uznano równość szlachty w prawach, dostępie do urzędów, godności itd. Podkreślono poszanowanie wolności, nietykalności i bezpieczeństwa osobistego oraz nienaruszalność własności. Równocześnie na każdym szlachcicu spoczywał szczególny obowiązek obrony Konstytucji⁹³. Trzeba w tym miejscu wspomnieć o uchwalonej dnia 24 marca 1791 r. ustawie o sejmikach, normującej m.in. sposób wyboru posłów na sejm. W myśl jej przepisów czynne prawo wyborcze przysługiwało jedynie szlachcie – posesjonatom (właścicielom posiadłości ziemskich i ich

⁸⁷ *Konstytucja 3 Maja 1791*, z komentarzem J. Bardacha, pod red. A. Gogut i J. Kuglera (dalej: *Konstytucja 3 Maja*), Warszawa 2001, s. 55.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 59.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 71.

⁹⁰ *Por. ibidem*, s. 56-59.

⁹¹ *Ibidem*, s. 56.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*, s. 56-57.

pełnoletnim synom). Oznaczało to odebranie prawa głosu licznej grupie nieposesjonatów (przedstawicielom „gołoty”), którzy najczęściej pozostawiali „klientami” konserwatywnych magnatów. Ustawodawca zamierzał w ten sposób ograniczyć wpływy polityczne tych ostatnich⁹⁴, co przy forsowaniu programu reform miało kluczowe znaczenie.

Niezmiernie ważny był artykuł III (*Miasta i mieszczanie*), głoszący, iż integralną część Konstytucji 3 Maja stanowi tzw. Prawo o miastach z 18 kwietnia 1791 r. Dokument, którego pełny tytuł brzmiał: *Miasta nasze królewskie wolne w państwach Rzeczypospolitej*⁹⁵, przyznawał mieszczanom „osiadłym”, czyli posiadającym nieruchomości zapisane w księgach miejskich, gwarancje nietykalności osobistej (zakaz pozbawiania wolności bez wyroku sądu), ułatwiał ich nobilitację (przechodzenie do stanu szlacheckiego) oraz nadawał prawo wybierania delegatów do izby poselskiej – odtąd 24 plenipotentów miast brało udział w obradach sejmiku i mogło zabierać głos w sprawach ich dotyczących, np. gospodarczych. Biorąc dodatkowo pod uwagę przepisy regulujące swobodne nabywanie dóbr ziemskich, organizację sądów i władz miejskich (praktycznie samorządu), należy stwierdzić, że pozycja prawna mieszczan uległa znacznej poprawie. Co prawda akt ten obowiązywał wyłącznie w miastach królewskich, ale istniała możliwość rozciągnięcia jego norm również na mieszkańców miasta prywatnego, za zgodą właściciela⁹⁶. Powyższe prawodawstwo nie tylko łagodziło różnice stanowe, ale też, połączone z zachęcaniem cudzoziemców do osiedlania się w Polsce, sprzyjało urbanizacji kraju. Nadanie „miastom” większej wolności i dosyć szerokich uprawnień (m.in. politycznych) oraz wyrażenie: „wspólna Ojczyzna”, użyte w artykule III Konstytucji, obrazują oparcie zreformowanego ustroju Rzeczypospolitej na sojuszu szlachty z mieszczaństwem.

Artykuł IV dotyczył z kolei chłopów i choć nie wprowadzał daleko idących zmian w ich położeniu, to deklarował przyjęcie „ludu rolniczego pod opiekę prawa i rządu krajowego”⁹⁷. Objęcie „włościan” ochroną prawną, wiążące się z uznaniem ich ciężkiej pracy, liczebności itd., oznaczało możliwość pewnej, ograniczonej ingerencji władzy państwowej (w interesie ogólnym) w stosunki prawne pomiędzy „dziedzicami” a ich poddanymi. Szczególnie interesujący z punktu widzenia praw człowieka był (i nadal pozostaje) końcowy fragment tego samego przepisu, zgodnie z którym „każdy człowiek do państw Rzeczypospolitej nowo z którejkolwiek strony przybyły lub powracający, jak tylko stanie nogą na ziemi polskiej, wolnym jest”⁹⁸. Postulowana, powszechna wolność została następnie rozszerzona o gwarancje konkretnych swobód, m.in. kontraktowania, prowadzenia działal-

⁹⁴ Z. Hołda, [w:] J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Warszawa 2011, s. 24.

⁹⁵ *Konstytucja 3 Maja*, s. 57-58.

⁹⁶ Z. Hołda, op. cit., s. 24.

⁹⁷ *Konstytucja 3 Maja*, s. 58.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 59.

ności gospodarczej, przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania⁹⁹. Warto pamiętać, że twórcy Konstytucji 3 Maja mieli dalsze plany w kwestii poprawy losu przedstawicieli warstw „najniższych”¹⁰⁰, które, niestety, nie doczekały się realizacji z powodu wymazania przez zaborców państwa polskiego z map Europy.

W treści Ustawy Rządowej zawarto również elementy prawa do sądu. Ustrojodawca, w artykule VIII, oddzielił władzę sądowniczą od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Podkreślił, że w celu uczynienia zadość obywatelskiemu poczuciu sprawiedliwości każdy powinien mieć dostęp do właściwego, niezależnego sądu. Przy tak nowoczesnym podejściu zachował jednak odrębne sądownictwo dla poszczególnych stanów (dla szlachty i mieszczaństwa – dwuinstancyjne). Dodatkowo nakazał rozpoczęcie kodyfikacji prawa cywilnego i karnego¹⁰¹, by uzupełnić system prawny Rzeczypospolitej.

Konstytucja 3 Maja nie miała szansy dłuższego obowiązywania i sprawdzenia się w praktyce, gdyż możliwe przemiany wywołały ostry sprzeciw grupy magnatów, którzy zawiązali w Targowicy konfederację oraz zwrócili się o „pomoc” (zbrojną interwencję) do Rosji. Wybuchła wojna w obronie tej ustawy i zarazem nowego ustroju, a po niej nastąpił II rozbiór. Jeszcze podczas insurekcji w 1794 r. Tadeusz Kościuszko, niejako kontynuując dzieło Sejmu Wielkiego, wydał w obozie pod Połańcem uniwersał, regulujący sytuację prawno-ekonomiczną włościan (m.in. przyznawał im wolność osobistą, ograniczał pańszczyznę, a tym samym ich poddaństwo). Rok później wszystko zostało brutalnie przerwane przez zaborczych „sąsiadów” (Rosję, Prusy i Austrię), kiedy to – w wyniku III rozbioru – Rzeczpospolita Obojga Narodów zakończyła swój byt międzynarodowo-prawny.

Ustawa Rządowa z dnia 3 maja 1791 r. pozostała symbolem polskich dążeń niepodległościowych i niełatwej próby budowania, w duchu oświeceniowym, sprawnego państwa szanującego ludzkie uprawnienia. Idee z nią związane przyświecały Polakom nie tylko w walce narodowo-wyzwoleńczej, ale również podczas codziennej, rzetelnej pracy w trudnym okresie zaborów. Sam akt – pierwszy na „starym kontynencie” i drugi tego typu na świecie – wzbudzając spore zainteresowanie (podziw i krytykę) w Europie Zachodniej oraz za Oceanem Atlantyckim, został przetłumaczony na kilka języków¹⁰² i, będąc pewnym wzorcem ustawy zasadniczej, walczył o przetrwanie i upowszechnienie w wielu krajach konstytucjonalizacji praw człowieka¹⁰³.

Pomimo narodowej tragedii, związanej z utratą państwowości, myśl polska dalej się rozwijała, czy to na obczyźnie – wypada podkreślić tutaj znaczenie dorobku tzw. Wielkiej Emigracji (po powstaniu listopadowym) oraz m.in. takich twórców, jak Adam Mickiewicz (z jego „manifestem praw

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Z. Hołda, op. cit., s. 25.

¹⁰¹ *Konstytucja 3 Maja*, s. 68-69.

¹⁰² B. Leśnodorski, „*Ojczyznę moją wszelkimi... sposobami ratować...*”, s. 43-44.

¹⁰³ T. Jasudowicz, [w:] B. Gronowska et al., op. cit., s. 45.

człowieka”) i Cyprian Kamil Norwid (wskazujący w swej poezji na wyjątkowość jednostki i „wolność mowy”) – czy też, w ograniczonym zakresie, na ziemiach ojczystych pod zaborami. W tym miejscu wprost nie sposób nie wspomnieć o wybitnym profesorze filozofii prawa i prawa narodów Uniwersytetu Lwowskiego Gustawie Roszkowskim oraz jego koncepcji międzynarodowej interwencji humanitarnej¹⁰⁴. Warto dodać, że los często rzucał Polaków do walki o wolność, nie tylko własną, ale i innych narodów. Przykładem, choć niejednoznaczny z uwagi na udział w tłumieniu powstania na San Domingo, mogą być legiony generała Jana Henryka Dąbrowskiego. Bezdiskusyjne pozostaje jednak, iż oddziały te, „niosąc ze sobą” takie rewolucyjne hasła, jak wolność i równość, przyczyniły się do rozpropagowania oświeceniowych idei. Dodatkowo stosunki w nich panujące (m.in. brak kar cielesnych, możliwość awansu bez względu na pochodzenie społeczne, braterstwo między oficerami i prostymi żołnierzami, podstawowa edukacja, wychowanie demokratyczne, kształtowanie świadomości narodowej oraz postaw obywatelskich) świadczą o poszanowaniu wielu aspektów ludzkich uprawnień¹⁰⁵.

Chlubne tradycje w dziedzinie praw człowieka były kontynuowane po odzyskaniu przez Polskę niepodległości, czego najważniejszym przejawem pozostanie fakt, że już w listopadzie 1918 r., dekretem Tymczasowego Naczelnika Państwa Józefa Piłsudskiego, kobiety uzyskały czynne i bierne prawo wyborcze (w wyborach do Sejmu Ustawodawczego)¹⁰⁶. Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, iż nastąpiło to przed nadaniem tych praw obywatelkom m.in. Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii czy Francji. W równie nowoczesny sposób do uprawnień jednostki odnosiła się konstytucja marcowa z 1921 r. W jej rozdziale V, zatytułowanym *Powszechne obowiązki i prawa obywatelskie*, zapewniono równość wobec prawa oraz ochronę takich dóbr, jak: życie, wolność i mienie. Ponadto, państwo polskie zagwarantowało m.in.: prawo do sądu, nietykalność mieszkania i tajemnicę korespondencji, ochronę pracy i prawo do ubezpieczenia społecznego, wolność prasy, prawo do zrzeszania się, prawa mniejszości (narodowych, wyznaniowych i językowych), wolność myśli, sumienia i religii oraz prawo do wynagrodzenia szkody wyrządzonej obywatelowi przez organ władzy¹⁰⁷. Pod tym względem kolejna konstytucja, z kwietnia 1935 r., stanowiła pewien „krok do tyłu”, ponieważ nie zawierała w swej treści tak szerokiego i wyrażonego wprost katalogu praw człowieka¹⁰⁸.

Mimo tragicznych wydarzeń, związanych z II wojną światową, doświadczeniem zbrodniczych totalitaryzmów i początkiem dominacji Związku

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ E. Kozłowski, „Dał nam przykład Bonaparte...” *Dzieje Legionów Polskich 1796-1806* (z serii: *Dzieje narodu i państwa polskiego*), Warszawa 1987, s. 44-45 i 68-70.

¹⁰⁶ M. Pietrzak, [w:] J. Bardach *et al.*, op. cit., s. 463.

¹⁰⁷ J. Hołda, Z. Hołda, [w:] J. Hołda *et al.*, op. cit., s. 29-30.

¹⁰⁸ Przepisy dotyczące praw jednostki zostały rozproszone – por. Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz. U. R. P. z 1935 r., nr 30, poz. 227).

Radzieckiego oraz narzucenia sowieckiego modelu rządzenia i doktryny praw człowieka, nie doszło do wykorzenienia ze świadomości Polaków myśli o podstawowych prawach i wolnościach ludzkich. Znalazło to swój wyraz najpierw w działalności struktur państwa, zachowanych na emigracji i w okupowanym kraju oraz podziemia niepodległościowego, a następnie opozycji demokratycznej w czasach tzw. Polski Ludowej. Wystarczy wspomnieć o Komitecie Obrony Robotników (późniejszym Komitecie Samoobrony Społecznej „KOR”), powołanym niejako w odpowiedzi na szereg wystąpień społecznych, połączonych z żądaniem „chleba i wolności” (np. z 1956, 1970, ale szczególnie z 1976 r.), a który m.in. pomagał ofiarom naruszeń oraz podejmował inicjatywy służące zabezpieczeniu i realizacji praw obywatelskich. Warto wymienić również, założony w 1977 r., Ruch Obrony Praw Człowieka i Obywatela. W tym samym duchu domagania się poszanowania wolności i praw, zarówno politycznych, jak i socjalnych, w sierpniu 1980 r. sformułowano 21 postulatów Międzyzakładowego Komitetu Strajkowego. Dzięki nim oraz porozumieniom ze stroną rządową powstał Niezależny Samorządny Związek Zawodowy „Solidarność” – fenomen, który zainicjował upadek komunizmu i proces transformacji ustrojowej nie tylko w Polsce, ale w całej Europie Środkowo-Wschodniej¹⁰⁹.

Na zakończenie należy podkreślić ogromne znaczenie, jakie dla współczesnego świata miało na wskroś humanistyczne nauczanie papieża–Polaka błogosławionego Jana Pawła II (1920-2005), który przez cały swój pontyfikat (od 1978 r.) głosił m.in. chrześcijański personalizm, oparty na przyrodzonej godności osoby ludzkiej, potrzebę dialogu, miłości każdego człowieka i przestrzegania niezbywalnych praw (np. kobiet, dzieci, rodziny, pracowników) oraz swoistą etykę wolności, odpowiedzialności i obowiązku. Podczas licznych pielgrzymek do wszystkich zakątków Ziemi występował przeciwko jakiegokolwiek przemocy i dyskryminacji, wskazywał na wartość i nienaruszalność ludzkiego życia oraz postulował jego ochronę od poczęcia do naturalnej śmierci, mówił o solidarności i sprawiedliwości społecznej, przyczyniając się tym samym do przemian, takich jak chociażby w byłym bloku komunistycznym¹¹⁰.

Z powyższych refleksji wynika, że polski wkład w dzieje praw człowieka i ich praktycznej ochrony jest całkiem znaczący. Warto zabiegać, by współcześnie, w warunkach jednoczącej się Europy i ciągłych dyskusji nad ostatecznym kształtem uprawnień i wolności ludzkich oraz sposobami minimalizowania zjawiska ich łamania, Polacy mieli tego świadomość.

¹⁰⁹ Por. A. Dziurok, M. Gałęzowski, Ł. Kamiński, F. Musiał, *Od niepodległości do niepodległości. Historia Polski 1918–1989*, Warszawa 2010.

¹¹⁰ K. Dopierała, *Księga papieża*, Poznań 1996, s. 423-431; por. dzieła bł. Jana Pawła II (Karola Wojtyły) – np. encyklika *Redemptor hominis*, homilia wygłoszona 7 czerwca 1979 r. w Oświęcimiu na terenie KL Auschwitz – Birkenau, późniejsza encyklika *Centesimus annus* oraz książka *Pamięć i tożsamość*.

FROM PAULUS VLADIMIRI TO JOHN PAUL II. REFLECTIONS ON THE POLISH CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT OF IDEAS AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Key words: history of human rights, Paulus Vladimiri, Polish-Lithuanian Commonwealth, the Constitution of May 3, Pope John Paul II.

Summary

The purpose of this article is to present the Polish contribution to the history of human rights and their protection. In developing this theme focuses on describing the important issues specific to the period from the late Middle Ages to the Third Partition of Poland, at the same time indicating the later achievements of Poles, up to the present day. Collection and systematization of knowledge on the subject has enabled the analysis of source texts (acts and works of thinkers) and the study of literature – not only in the field of human rights and the history of state and law, as well as strictly historical publications. The author was trying to select the available material so that the Reader's attention on key issues related to human rights and freedoms or their components.

The Poles have made a significant contribution to the development of the idea and practical protection of human rights. The Polish achievements should emphasize the importance of Paulus Vladimiri's teaching, thought and practice Polish-Lithuanian Commonwealth, to the epoch of enlightenment and the adoption (in 1791) of the Constitution of May 3. It is worth remembering also the subsequent developments: in the time of partitions, independent the Second Republic, years of resistance of society to Soviet domination, to the social movement of „Solidarity” and the teaching of Pope Blessed John Paul II.

Maria Rosaria Piccini

Faculty of Law, Bari University

La tutela della libertà religiosa nel sistema carcerario italiano alla prova del multiculturalismo

Parole chiave: libertà religiosa; carcere, multiculturalismo, rappresentanza, assistenza spirituale

1. La tutela della libertà religiosa nell'ordinamento penitenziario italiano

Il sistema penitenziario italiano è purtroppo caratterizzato da una serie di criticità, a cominciare dal problema del sovraffollamento, che rende difficile garantire ai detenuti i principali diritti che dovrebbero essere loro riconosciuti, tra cui *in primis* il diritto alla tutela delle proprie appartenenze culturali, etniche e religiose. In tal contesto, il problema della tutela della libertà religiosa rientra a pieno titolo nell'ambito dei diritti di cui il nostro sistema carcerario deve farsi carico, tenendo conto della caratterizzazione sempre più multiculturale della nostra società e della crescente presenza, sul territorio italiano, di confessioni religiose diverse dalla cattolica¹. L'articolo 19 della Costituzione italiana riconosce il diritto di libertà

¹ Quasi il 40% della popolazione carceraria italiana è oggi composta da stranieri, che sono la principale categoria di soggetti portatori di rischio. La pluralizzazione etnica e nazionale della popolazione carceraria porta con sé una crescente pluralizzazione culturale e conseguentemente anche religiosa della popolazione carceraria stessa. Benché il pluralismo religioso entri nelle carceri italiane anche indipendentemente dalla presenza di stranieri (non sono infrequenti infatti conversioni a confessioni diverse dal Cattolicesimo), non c'è dubbio che alla presenza di stranieri immigrati si debba la gran parte delle diversità religiose che ormai caratterizzano la realtà carceraria. Sul mutamento delle relazioni giuridiche a seguito dei processi di immigrazione si veda Gaetano Dammacco, *Multiculturalismo e mutamento delle relazioni*, in Antonio Fuccillo (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Giappichelli, Torino, (2008), p. 268; ID., *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Cacucci, Bari, 2001; Mario Ricca, *Unità dell'ordinamento giuridico e pluralità religiosa nelle società multiculturali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2000, pp. 87-130; Carlo Cardia, *Multiculturalismo e libertà religiosa*, in Autori Vari, *Oltre i confini*:

religiosa come uno dei diritti fondamentali dell'uomo, la cui attuazione prevede un impegno dello Stato ad assicurare l'esercizio di tale diritto anche all'interno delle strutture segreganti. La tutela della libertà religiosa dei detenuti può essere esaminata analizzando il sistema istituzionale di assistenza spirituale all'interno di tali strutture e successivamente interrogandosi sugli strumenti di tutela della libertà religiosa dei detenuti che appartengono alle confessioni di minoranza, soprattutto con riferimento agli appartenenti a confessioni che non hanno ancora stipulato un' Intesa con lo Stato italiano e che tuttavia cominciano ad essere molto diffuse in Italia e in particolar modo nelle carceri. Per assistenza religiosa si intende quel servizio che viene offerto a coloro che siano reclusi, e quindi fisicamente impediti a raggiungere i luoghi di culto, affinché possano esercitare il proprio diritto di libertà religiosa in maniera conforme a quanto previsto dall' art. 19 della Costituzione, che disciplina il diritto di libertà religiosa indicando una serie di facoltà da esso promananti, tra cui il libero esercizio del culto². Essendo le carceri annoverabili tra le cosiddette "strutture obbligatorie", o "segreganti", o "comunità separate", l'esercizio di tale libertà sarebbe impossibile se lo Stato non intervenisse direttamente, predisponendo luoghi e autorizzando la presenza di personale apposito.

L'intervento pubblico in questo settore si giustifica alla luce della considerazione secondo la quale la libertà religiosa non costituisce una libertà negativa: lo Stato non si limita a eliminare le barriere o a non interferire nella libertà religiosa dei cittadini, ma si impegna, in coerenza con quanto disposto dall'art. 3 della Costituzione, a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettivo esercizio di tale libertà³. Proprio la disciplina dell'assistenza spirituale mostra l'accentuarsi del diritto ecclesiastico come *legislatio libertatis*, cioè come un diritto strumentalmente piegato alle esigenze della persona umana e della sua libertà, piuttosto che agli interessi ed alle esigenze delle istituzioni⁴.

religione e società nell'Europa contemporanea, Cacucci, Bari, (2010); Autori Vari, *Pluralismo religioso e convivenza multiculturale. Un dialogo necessario*, Franco Angeli, Milano, (2003).

² Cfr. Luigi De Luca, voce *Assistenza religiosa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, III, (1989); Andrea Drigani, *L'assistenza spirituale negli ospedali e nelle carceri*, Libreria Ateneo Salesiano, Roma, (1988); Luigi Vannicelli, *Assistenza religiosa nell'ordinamento italiano. Disciplina e carenze*, La Goliardica Editrice Universitaria, Roma, (1986); ID., *Le confessioni religiose ed il ruolo dello Stato nel campo dell'assistenza spirituale*, in Autori Vari, *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, Mucchi, Modena, (1989); Antonio Vitale, voce *Assistenza Spirituale*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, I, (1987).

³ Il potere di intervento dello Stato deve tendere ad eliminare ogni ragione di disparità o discriminazione, assicurando un'esistenza libera e dignitosa della persona umana, nonché il godimento dei suoi diritti fondamentali. Cfr. Paolo Moneta, *Stato sociale e fenomeno religioso*, Milano, (1984).

⁴ Per approfondire i contenuti del diritto di libertà religiosa e le sue implicazioni nel sistema costituzionale italiano si rimanda *ex multis*, a Silvio Ferrari, *Introduzione a Francesco Ruffini, La libertà religiosa come diritto pubblico suriettivo*, Bologna, (1992); Mario Tedeschi, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in Ivan Iban, (a cura di), *Libertad y derecho de libertad religiosa*, Madrid, (1989), pp. 228 ss; Gaetano Catalano, *Il diritto di libertà religiosa* (ristampa), Cacucci, Bari, (2007).

L'intervento diretto dello Stato in materia di assistenza spirituale potrebbe destare perplessità alla luce della qualificazione laica del nostro ordinamento, operata dalla celebre sentenza della Corte Costituzionale n° 203 del 1989. La Corte ha infatti individuato nella laicità dello Stato uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, affermando che esso "implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale"⁵.

Tale affermazione ha consentito alla dottrina di definire l'Italia uno Stato laico sociale che riafferma la dimensione privatistica delle opzioni religiose, ma ne riconosce sovente la rilevanza sociale e normativa, rendendo pertanto necessario l'intervento dello Stato per garantire la libertà di scelta dei cittadini e per favorire la soddisfazione dei loro bisogni religiosi quando si trovino in strutture segreganti (caserme, case circondariali e ospedali).

Con la legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure preventive e limitative della libertà)⁶ e il successivo regolamento di esecuzione, approvato con d.P.R. 29 aprile 1976, n. 43⁷, c'è stato un primo importante riconoscimento del diritto di libertà religiosa nel sistema carcerario⁸. Questa legge costituisce il primo "corpus organico" di norme fortemente orientate verso la funzione social-preventiva della pena e verso il rispetto della dignità umana del detenuto, come espresso nell'art. 27 della Costituzione, il quale prevede, al III co., che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Per quanto attiene la disciplina dell'assistenza religiosa, eliminando l'imposizione delle pratiche religiose ai detenuti, la legge n. 354/1975 ha riconosciuto per la prima volta la libertà religiosa, conformemente all'art. 19 della Costituzione

⁵ Sul principio di laicità e sulla sua lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale si veda Giuseppe Dalla Torre, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma, Studium, (1992); Sergio Lariccia, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura di Mario Tedeschi, Soveria Mannelli, Rubettino, (1996), pp. 143-196; Francesco Finocchiaro, *Alle origini della laicità statale*, in *Dir. eccl.*, 113 (2002), n. 4, pp. 1257-85; Paolo Stefani, *La laicità nell'esperienza giuridica dello Stato*, Cacucci, Bari, (2007).

⁶ Legge 26 luglio 1975, n. 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure preventive e*

limitative della libertà, in *Gazzetta Ufficiale*, 9 agosto 1975, Suppl. ord. al. n. 212. Da sottolineare che il nuovo ordinamento penitenziario, promulgato per la prima volta dall'Unità d'Italia con lo strumento legislativo della legge (non più un decreto), attribuisce al parlamento la competenza della materia.

⁷ D. P. R. 29 aprile 1976, n. 43, in *Gazzetta Ufficiale*, 22 giugno 1976, Suppl. ord. al n. 162.

⁸ Questa legge è frutto di un lungo percorso di riforma del sistema penitenziario, che ha portato all'istituzione di due Commissioni di studio (1947 e 1950) e ben tre disegni di legge caduti per fine legislatura (1960, 1966, 1968). Fu il disegno di legge presentato dall'onorevole Gonnella il 31 ottobre 1972 ad essere discusso in Parlamento e approvato nel 1975. Per maggiori approfondimenti cfr. Antonio Parente, *La Chiesa in carcere*, Ufficio studi Dipartimento Amministrazione Penitenziaria Ministero della Giustizia, Roma, (2007).

italiana, alla Regola 6 delle Regole Minime dell'ONU e alla Regola 5 del Consiglio d'Europa sul trattamento dei detenuti⁹.

L'articolo 1 della legge stabilisce che il trattamento dei detenuti deve essere improntato «ad un'assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine alle credenze religiose, eliminando qualsiasi imposizione di pratiche religiose e garantendo la libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi e di praticare il culto, di tenere immagini e simboli religiosi e di poterli esporre», e all'art. 15 che: «il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia».

E' chiaro in questa norma l'intento del legislatore di includere la religione tra gli elementi del trattamento rieducativo, considerandola uno strumento valido e determinante per il recupero della personalità dell'individuo, nonché un importante mezzo per il suo reinserimento nella società. L'art. 26 inoltre riconosce il diritto dei detenuti e degli internati di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto, assicurando negli istituti la celebrazione dei riti del culto cattolico, prevedendo la presenza di almeno un cappellano in ogni istituto, nonché il diritto degli appartenenti a religioni diverse dalla cattolica di ricevere, su loro richiesta, l'assistenza da parte dei ministri del proprio culto. Quest'ultimo comma in particolare è stato modificato dall'articolo 8 della legge 663/1986¹⁰, che ha sostituito con la parola "diritto" il disposto del precedente articolo che attribuiva invece una mera "facoltà".

⁹ Le Regole Minime dell'ONU per il trattamento dei detenuti furono adottate con risoluzione del Primo Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti il 30 agosto 1955. Le Regole Minime del Consiglio d'Europa per il trattamento dei detenuti furono invece adottate con risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 gennaio 1973. Le regole europee sono state aggiornate il 12 febbraio 1987 senza particolari variazioni. Di seguito quelle sull'assistenza religiosa e morale.

«46. Ad ogni detenuto deve essere consentito, entro i limiti del possibile, di soddisfare le esigenze della propria vita religiosa, spirituale e morale, partecipando a funzioni e riunioni organizzate nello stabilimento ed avendo in proprio possesso i libri e le pubblicazioni necessarie.

47.1. Se nello stabilimento vi è un numero sufficiente di detenuti appartenenti alla medesima religione, deve essere nominato o autorizzato un rappresentante qualificato di tale confessione. Se il numero dei detenuti lo giustifica e le circostanze lo consentono, la sua presenza dovrebbe essere prevista a tempo pieno.

2. Al rappresentante qualificato, nominato o autorizzato a norma del paragrafo 1, deve essere consentito di organizzare periodicamente funzioni e attività religiose e di fare, ogni-qualvolta risulti opportuno, visite pastorali in particolare ai detenuti appartenenti alla sua confessione religiosa.

3. A nessun detenuto deve essere mai rifiutato il diritto di entrare in contatto con un rappresentante qualificato di una religione. Se il detenuto si oppone alla visita del rappresentante di una religione, la sua volontà deve essere rispettata.

Regole Penitenziarie Europee» (Raccomandazione 873, adottata dal Consiglio d'Europa nella riunione n. 404 del 12 febbraio 1987).

¹⁰ L. 10 ottobre 1986, n. 663, *Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, in *Gazzetta Ufficiale* del 16 ottobre 1986 n. 241- S.O.

In realtà, la disciplina dell'assistenza spirituale nelle cosiddette "strutture separate" ha sempre avuto come fondamento non solo le singole esigenze religiose dei cittadini, ma anche e soprattutto l'interesse dello Stato ad utilizzare la religione per finalità sue proprie, al fine di costruire l'ordine sociale e la pacifica convivenza, fondandosi su un nucleo essenziale di valori etici da salvaguardare e promuovere e che traggono le loro radici da una matrice profondamente religiosa¹¹. A conferma di ciò anche uno Stato laico come l'Italia ha ritenuto opportuno avvalersi del contributo e dell'apporto della religione al fine di realizzare un'opera rieducativa dei detenuti, presentandola però non più come imposizione, bensì come opportunità. Se prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, vigente il principio di confessionalità dello Stato, questa norma poteva essere letta come l'impegno statale a garantire con strumenti politici l'efficacia della trasmissione del messaggio religioso, oggi essa si concretizza nell'istituzionalizzazione dell'assistenza religiosa cattolica all'interno delle strutture separate e quindi negli aiuti economici riconosciuti alla Chiesa cattolica e nella sua posizione di privilegio all'interno delle strutture carcerarie. Lo Stato, dunque, è ancora oggi consapevole sia dell'importanza dei valori religiosi come fattore di integrazione e correzione, sia dell'imprescindibile forza del messaggio religioso nel fornire all'essere umano un orizzonte di significato che orienti l'agire e la coscienza.

Un ulteriore intervento legislativo in materia è il D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230¹², volto a uniformare ulteriormente il nostro Ordinamento penitenziario alle Regole europee dal punto di vista del rispetto dei valori della persona detenuta. In particolare, per quanto riguarda l'assistenza religiosa, sono state introdotte diverse nuove disposizioni che mirano ad una maggior tutela della sensibilità religiosa della persona detenuta, riconoscendo il valore positivo che il credo, le pratiche ed i legami religiosi possono avere per i percorsi riabilitativi. Così, per esempio, tenendo conto dell'ormai elevato numero di detenuti stranieri, o anche italiani, che professano un credo diverso da quello cattolico, viene introdotto il diritto del detenuto a godere di una dieta rispettosa delle prescrizioni della propria fede religiosa¹³. L'art. 58 di detto decreto disciplina le manifestazioni

¹¹ La religione è sempre stata considerata dagli Stati essenziale per trasmettere quei valori morali fondamentali per garantire la pacifica convivenza. Tali valori si sono concretizzati, di volta in volta, nell'obbedienza, nella sottomissione, nella solidarietà, nel senso di responsabilità e nell'altruismo. Nelle carceri la religione, insieme al lavoro e all'istruzione, è sempre stata utilizzata come elemento fondamentale del trattamento da realizzare nei confronti dei detenuti, sulla base di una dottrina criminologia che per lungo tempo ha individuato le cause della criminalità nell'ignoranza e soprattutto nella mancanza di valori morali e spirituali. Cfr. Antonio Vitale, *Assistenza spirituale*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, Torino, I, (1987), pp. 472 e ss.

¹² D. P. R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative delle libertà*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 195 del 22 agosto 2000, sup. ord. n. 131.

¹³ "Nella formulazione delle tabelle vittuarie si deve anche tenere conto, in quanto possibile delle prescrizioni proprie delle diverse fedi religiose". Cfr. D. P. R. 30 giugno 2000, n.

del diritto di libertà religiosa all'interno delle strutture penitenziarie, prevedendo il diritto dei detenuti di partecipare ai riti della loro confessione religiosa purché compatibili con l'ordine e la sicurezza dell'istituto e non contrari alla legge, il diritto di esporre immagini e simboli della propria confessione religiosa¹⁴, nonché il diritto di praticare il culto della propria professione religiosa, con il limite di comportamenti molesti per la comunità. Al secondo comma vi è invece una distinzione tra le manifestazioni dei riti del culto cattolico e quelle di altre confessioni religiose. Per quanto concerne la celebrazione dei riti del culto cattolico, infatti, è previsto che ogni istituto sia dotato di una o più cappelle in relazione alle esigenze del servizio religioso, mentre per l'istruzione religiosa e le pratiche di culto di appartenenti ad altre confessioni religiose, anche in assenza di ministri di culto, la direzione dell'istituto mette a disposizione idonei locali.

Nonostante il diritto di professare la propria religione sia garantito senza discriminazioni a tutti i detenuti, tuttavia ancora oggi continuano a verificarsi alcune disparità di trattamento con riguardo ai mezzi di attuazione di tale diritto, poiché la scelta della istituzionalizzazione dell'assistenza religiosa cattolica, confermata dal Concordato, solleva una serie di problemi e di criticità, prima di tutto con riferimento alla disegualianza di trattamento rispetto agli appartenenti ad altre confessioni religiose, qualora non si riesca ad intervenire per garantire il soddisfacimento delle esigenze religiose essenziali delle persone in esse rinchiusi.

Occorre pertanto un'attività del legislatore volta ad ampliare la tutela della libertà religiosa all'interno degli istituti di pena, come peraltro è stato fatto nelle intese con le confessioni religiose acattoliche, affinché emerga una nuova e più corretta considerazione dell'elemento religioso, da non considerarsi più come un mero strumento del trattamento penitenziario, bensì espressione di un diritto fondamentale di libertà della persona umana all'interno del carcere.

230, *Regolamento recante norme*, cit. art. 11, comma 4. Sull'importanza del rispetto delle regole alimentari nei principali ordinamenti religiosi cfr. Mariachiara Tallacchini – Antonio Chizzoniti, *Cibo e religione*, Quaderni del Dipartimento giuridico dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza, Libellula ed. Tricase, (2010).

¹⁴ Sul rapporto tra l'identità religiosa e l'uso dei simboli, con particolare riferimento al sistema penitenziario, cfr. Raffaele Santoro, *I simboli religiosi nell'ordinamento penitenziario italiano*, in *Rivista Telematica Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, dicembre 2010, www.stateoechiese.it

2. Il valore dell'assistenza spirituale e la presenza della Chiesa Cattolica all'interno delle strutture carcerarie come strumento di rieducazione dei soggetti detenuti

Nel processo di evoluzione del sistema carcerario italiano, la Chiesa Cattolica ha sempre svolto un ruolo determinante, a seconda dei tempi e dei modelli culturali, in attuazione della propria missione salvifica che si manifesta mettendo al centro del proprio operato la dignità della persona umana e cercando di fornire un conforto spirituale laddove ci sia una sofferenza di tipo fisico o morale. Per questo motivo la presenza dei religiosi all'interno delle carceri è da sempre stata considerata parte integrante dell'azione pastorale ed educativa della Chiesa.

Nel Magistero della Chiesa manca un documento dedicato alla pastorale penitenziaria e ai temi ad essa collegati, tuttavia questo delicato tema è stato affrontato in numerosi documenti e discorsi di Pontefici a partire da Pio XII fino all'attuale Benedetto XVI. Tra i documenti del Concilio Vaticano II vi sono due passaggi fondamentali in cui i Padri conciliari fanno riferimento ai detenuti: il Discorso di Paolo VI in apertura del secondo periodo del Concilio¹⁵ e il punto 8 del Decreto sull'apostolato dei laici¹⁶. In entrambi gli interventi i carcerati vengono considerati appartenenti alla categoria dei poveri e dei bisognosi, verso i quali la Chiesa si sente chiamata in particolar modo ad esercitare la carità evangelica. Il Catechismo della Chiesa Cattolica, pur non riferendosi mai esplicitamente alla realtà carceraria, al n. 2266 afferma che "l'insegnamento tradizionale della Chiesa ha riconosciuto fondato il diritto e il dovere della legittima autorità pubblica di infliggere pene proporzionate alla gravità del delitto attribuendo ad esse un triplice fine. La pena ha pertanto lo scopo di riparare al disordine introdotto dalla colpa, difendere l'ordine pubblico e la sicurezza delle persone, contribuire alla correzione del colpevole. Quando è volontariamente accettata dal colpevole, la pena ha valore di espiazione"¹⁷.

Nel capitolo introduttivo del Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa si riporta il brano del Vangelo di Matteo sul giudizio finale (Mt 25,34-36.40) al fine di presentare l'orizzonte ultimo in cui collocare le opere di giustizia e di carità. Questo brano, nel quale Gesù si identifica, tra gli

¹⁵ "Ad alcune categorie di persone guarda la Chiesa dalla finestra del Concilio, spalancata sul mondo, con particolare interesse: guarda ai poveri, ai bisognosi, agli afflitti, agli affamati, ai sofferenti, ai carcerati, cioè guarda a tutta l'umanità che soffre e che piange: essa le appartiene per diritto evangelico." Cfr. *Enchiridion Vaticanum*, vol. 1, Bologna, EDB, (1981), p. 115.

¹⁶ "L'azione caritativa oggi può e deve abbracciare assolutamente tutti gli uomini e tutte quante le necessità. Dovunque c'è chi manca di cibo e bevanda, di vestito, di casa [...], chi soffre l'esilio o il carcere, ivi la carità cristiana deve cercarli e trovarli, consolarli con premurosa cura e sollevarli porgendo aiuto." *Enchiridion Vaticanum*, vol. 1, Bologna, (1981), EDB, p. 537.

¹⁷ Cfr. Catechismo della Chiesa Cattolica, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, (1992), p. 557.

altri, anche con i carcerati, ha fornito alla tradizione cristiana l'elenco delle sette opere di misericordia corporale e viene citato in tutti gli interventi dei Pontefici rivolti al mondo del carcere, rappresentando il passo evangelico sicuramente più emblematico a fondamento della pastorale carceraria. Al n. 289 dello stesso documento i carcerati sono nominati tra coloro che incontrano maggiori difficoltà nella ricerca di una collocazione nel mondo del lavoro¹⁸ e al n. 403 si parla dell'attività dei cappellani delle carceri chiamati "a svolgere, non solo sotto il profilo specificamente religioso, ma anche in difesa della dignità delle persone detenute la propria missione". Purtroppo, le condizioni in cui esse scontano la loro pena non favoriscono sempre il rispetto della loro dignità: spesso le prigionie diventano addirittura teatro di nuovi crimini.

Da Pio XII a Benedetto XVI sono stati pronunciati circa quaranta discorsi sul tema della realtà carceraria e dei diritti umani dei detenuti: per la maggior parte si tratta di discorsi rivolti ai detenuti durante le visite pastorali agli istituti di pena, oppure al personale dell'amministrazione penitenziaria. Non potendo ovviamente citarli tutti in questa sede, ricordiamo alcuni dei più pregnanti, tra cui il radiomessaggio indirizzato da Pio XII nel 1951 a tutti i detenuti delle carceri italiane¹⁹, in cui il Pontefice valorizza il ruolo dell'espiazione della pena. Tra i più celebri vi è poi discorso di Papa Giovanni XXIII, che fu il primo a visitare i detenuti del carcere di Regina Coeli, a Roma, indirizzando ad essi il 9 aprile 1964 parole piene di comprensione e di vicinanza per questa particolare condizione esistenziale²⁰, e quello di Paolo VI nel 1972, in occasione dell'incontro con i Cappellani Capi delle Nazioni dell'Europa Occidentale riuniti a Roma²¹.

Il valore dell'opera rieducativa svolta dalla religione è efficacemente sintetizzato nelle parole di Giovanni Paolo II: *«Affinché la giustizia umana possa, in questo campo, guardare alla giustizia divina ed esserne orientata, è necessario che la funzione rieducativa della pena non sia considerata*

¹⁸ "Chi è disoccupato o sottoccupato, subisce le conseguenze profondamente negative che tale condizione determina nella personalità e rischia di essere posto ai margini della società, di diventare una vittima dell'esclusione sociale. È questo un dramma che colpisce, in genere, oltre ai giovani, le donne, i lavoratori meno specializzati, i disabili, gli immigrati, gli ex carcerati...". Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, p. 160.

¹⁹ Radiomessaggio di Pio XII ai Detenuti in Italia e nelle altre Nazioni, 29 dicembre 1951, in Antonio Parente, *La Chiesa in carcere*, cit., pp. 202-204.

²⁰ "Sono felice di essere qui, mandato da Nostro Signore Gesù Cristo. Questo comando divino, questa spinta che parte dal Vangelo...", sottolineando così che il motivo principale della presenza della Chiesa fra i detenuti, deve essere l'annuncio salvifico del Vangelo. Vi voglio bene, non per spirito romantico, non per moto di compassione umanitaria; ma vi amo davvero perché scopro tuttora in voi l'immagine di Dio, la somiglianza di Cristo... Vado cercando in voi l'immagine di Cristo." Assimilando i carcerati alla categoria evangelica dei poveri e degli ultimi, il Papa vede in loro il luogo privilegiato della presenza di Gesù: "Voi mi rappresentate il Signore." Il carcere pertanto è ambiente particolarmente significativo di rivelazione del Mistero cristiano: "Per questo io sono venuto; e, direi, per cadere in ginocchio dinanzi a voi."

²¹ Discorso del Papa Paolo VI ai Cappellani Capi delle Carceri delle Nazioni dell'Europa Occidentale, in Osservatore Romano, 12 ottobre 1972.

un aspetto accessorio e secondario del sistema penale, ma, al contrario, momento culminante e qualificante. Al fine di “fare giustizia” non basta cioè che colui che è riconosciuto colpevole di un reato venga semplicemente punito; occorre che, nel punirlo, si faccia tutto ciò che è possibile per correggere e migliorare l'uomo. Quando ciò non accade la giustizia non è realizzata in senso integrale [...]»²². Il profondo rispetto della persona e la cooperazione tra Stato e comunità religiose nel percorso di riabilitazione del carcerato all'interno delle comunità educative, si rendono ancora più urgenti considerando anche la presenza di detenuti stranieri, spesso in situazioni difficili e di fragilità. Per questo la Chiesa si impegna attivamente ed esorta le autorità carcerarie a rendere la permanenza all'interno del carcere un “tempo di formazione”, facendosi promotrice di «iniziative e proposte capaci di vincere l'ozio e spezzare la solitudine in cui spesso i detenuti restano confinati. [...] La promozione di attività di evangelizzazione e di assistenza spirituale sono capaci di destare nel detenuto gli aspetti più nobili e profondi, risvegliando in lui l'entusiasmo per la vita e il desiderio di bellezza propri di chi riscopre di portare impressa in sé, in modo indelebile, l'immagine di Dio»²³. Questa brevissima rassegna testimonia come la presenza dei rappresentanti delle confessioni religiose in carcere presenta una sua specificità, data la particolarità della condizione dei detenuti, che vivono in condizione di segregazione, soffrendo per la privazione della libertà, e vivendo in una condizione “antiumana”. Per questo motivo diventa fondamentale la presenza della religione nel difendere la dignità dell'uomo detenuto e rivendicarne i diritti, umani e religiosi, in un contesto in cui diventa di primaria importanza²⁴.

3. La funzione Cappellano e la sua qualificazione giuridica nell'ordinamento penitenziario e nella disciplina concordataria

Dal punto di vista giuridico, la condizione del cappellano nelle carceri italiane è stata oggetto di diverse ed importanti riforme. In epoca liberale l'ufficio ecclesiastico di cappellano e l'incarico civile di cappellano erano separati: il sacerdote veniva nominato dal Ministro di Grazia e Giustizia su delega del Re, senza nessuna presentazione o consenso dell'autorità eccle-

²² Cfr. Giovanni Paolo II, *Messaggio per il Giubileo delle carceri*, 9 luglio 2000, in *Enchiridion Vaticanum* 19/946-963, Centro Editoriale Dehoniano, Bologna 2004.

²³ Cfr. Benedetto XVI, *Ai partecipanti alla 17^a Conferenza dei Direttori delle Amministrazioni Penitenziarie del Consiglio d'Europa*, 22 novembre 2012.

²⁴ In Italia lo Stato assicura la presenza di oltre duecento Ministri di culto cattolici, operanti in più di 200 carceri per adulti, nei 20 istituti penali minorili e nelle scuole di formazione per il personale dell'amministrazione penitenziaria. In carcere possono entrare anche i Ministri di culto delle altre confessioni religiose presenti nel territorio nazionale per assicurare i diritti della libertà religiosa ai detenuti che professano altre fedi.

siastica, con la qualifica di 'personale aggregato', e dipendeva direttamente dal direttore dell'istituto penitenziario. Successivamente, con l'entrata in vigore dell'articolo 5 del Concordato del 1929 si affermò il divieto di assunzione o permanenza degli ecclesiastici in un pubblico ufficio dello Stato in mancanza del nulla osta dell'ordinario diocesano e si attribuì al Vescovo la possibilità di evitare che un sacerdote espletasse funzioni ecclesiali senza un suo previo assenso. Con l'entrata in vigore della legge 4 marzo 1982, n. 68²⁵, sul trattamento giuridico ed economico dei cappellani degli istituti di prevenzione e di pena, si fece coincidere la condizione di cappellano dipendente della Pubblica Amministrazione con l'ufficio ecclesiastico individuato della giurisdizione della Chiesa. Questa legge, tuttora in vigore, individua le mansioni dei cappellani nel compimento di "pratiche di culto, istruzione ed assistenza religiosa della Confessione cattolica" (art. 5) e definisce il loro rapporto con l'amministrazione carceraria come "incarico da affidarsi a sacerdoti secolari o regolari" (art. 4); inoltre, fissa le procedure per il conferimento degli incarichi ai cappellani e all'Ispettore, prevedendo la diretta partecipazione al procedimento delle autorità ecclesiastiche interessate²⁶.

Il Nuovo Accordo tra Stato italiano e Chiesa Cattolica, stipulato a Villa Madama il 18 febbraio del 1984, trasfuso nella legge di ratifica ed esecuzione n. 121 del 25 marzo 1985, ha disciplinato la materia dell'assistenza religiosa nei due commi dell'art. 11. Il 1° comma sancisce l'impegno della Repubblica italiana ad assicurare ai cattolici l'esercizio della libertà religiosa, ed afferma che: "...l'appartenenza alle forze armate, alla polizia, o ad altri servizi assimilati, la degenza in ospedali, case di cura o di assistenza pubbliche, la permanenza negli istituti di prevenzione e di pena, non possono dar luogo ad alcun impedimento nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto ai cattolici". A prima vista, tale norma assicura in specifiche situazioni le stesse garanzie che l'art. 19 della Costituzione già garantisce in forma generalizzata a favore di tutti i cittadini. Il II comma dell'art. 11 si occupa invece del riparto di competenze tra gli organi statali e gli organi ecclesiastici ed afferma che l'assistenza spirituale «... è assicurata da ecclesiastici nominati dalle autorità italiane competenti su designazione dell'autorità ecclesiastica e secondo lo stato giuridico, l'organico e le modalità stabiliti d'intesa fra tali autorità». La norma riafferma un principio di bilateralità, sia per ciò che concerne le modalità di esercizio dell'assistenza spirituale, sia per quanto riguarda la loro nomina. Nel diritto della Chiesa, il Codice di Diritto Canonico (emanato nel 1983) dedica una particolare attenzione alla figura del cappella-

²⁵ Legge 4 marzo 1982, n. 68, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, 10 marzo 1982 suppl. ord. n. 67.

²⁶ Cfr. Cesare Curioni, *Cappellani delle carceri*, in *L'Amico del clero*, (1982), pp. 226 ss. Per un commento della normativa che ne evidenzia i limiti e le carenze cfr. Nicola Colaianni, *La riforma dell'ordinamento del personale di assistenza religiosa dell'amministrazione penitenziaria*, in *Diritto Ecclesiastico*, (1983), I, pp. 206 ss.

nato, attribuendo ad essa la natura di vero e proprio ufficio nell'ambito delle Diocesi. Secondo il can. 564 del Codice di Diritto Canonico il cappellano "è il sacerdote cui viene affidata in modo stabile la cura pastorale, almeno in parte, di una comunità o di un gruppo particolare di fedeli, e che deve essere esercitata a norma del diritto universale e particolare"²⁷.

Il cappellano penitenziario è dunque un presbitero, secolare o regolare, designato dall'Ordinario diocesano ad assumere l'incarico di ministro del culto cattolico, all'interno dell'istituto di pena della propria diocesi, nel rispetto degli accordi concordatari stipulati tra la Santa Sede e lo Stato italiano che garantiscono il rispetto e l'autonomia delle reciproche competenze. Dei dubbi sono sorti in dottrina in merito alla qualificazione del rapporto che lega il cappellano con l'amministrazione statale: mentre alcuni autori ritengono che il cappellano sia da considerare a tutti gli effetti un pubblico dipendente, sottolineando l'importanza dell'attribuzione di diritti e doveri analoghi a quelli degli impiegati civili, altri sono più inclini a ritenere che egli rivesta un ruolo peculiare, le cui finalità sfuggono a qualificazioni civilistiche, per gli stessi doveri ed eventuali sanzioni vanno intesi in senso propriamente strumentale, in quanto cioè connessi alla permanenza del cappellano nella struttura carceraria²⁸. La Corte di Cassazione Penale, con riferimento alla configurazione del reato di concussione a carico di un cappellano²⁹, ha avuto modo di chiarire in merito che il cappellano non svolge una funzione pubblica legislativa o giudiziaria né una funzione

²⁷ Codice di Diritto Canonico, Testo ufficiale e versione italiana, 2 ed., Roma 1984, UECI, Can. 564. Considerato pertanto un incarico pastorale a fini spirituali, quello di cappellano può essere definito un ufficio ecclesiastico, a norma del can. 145 c.j.c., secondo cui: "*L'ufficio ecclesiastico è qualunque incarico, costituito stabilmente per disposizione sia divina sia ecclesiastica, da esercitarsi per un fine spirituale. A differenza dei cappellani militari, per i quali il diritto canonico ha sempre predisposto leggi speciali, il cappellano carcerario ha invece mantenuto l'assetto di ufficio ecclesiastico infradiocesano, nell'ambito dell'ordinaria giurisdizione della Chiesa, assegnando alla Diocesi in cui si trova l'istituto di pena, il compito di garantirne l'assistenza religiosa*".

²⁸ Cfr. C. Cardia, *Stato e confessioni religiose*, Il Mulino, Bologna, (1988), p. 291, nonché T. Cappelli, *Pastorale carceraria* in *Notiziario dell'Ispettorato dei cappellani dell'amministrazione penitenziaria*, n. 1, (1994), p. 13. L'autore afferma che la figura del cappellano cattolico si staglia come colui che osserva doveri propri e disposizioni che regolano la vita dell'istituto, senza la subordinazione caratterizzante i pubblici dipendenti.

²⁹ La concussione è il più grave dei reati contro la pubblica amministrazione. È un reato proprio in quanto può essere commesso solo dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, disciplinato all'art. 317 c.p.e la condotta incriminata consiste nel farsi dare o nel farsi promettere, per sé o per altri, denaro o un altro vantaggio anche non patrimoniale abusando della propria posizione. Tale condotta può esplicitarsi in due differenti modalità: costrizione e induzione. Per un approfondimento della dottrina penalistica in tema di concussione cfr., *ex multis*, Carlo Benussi, *Commento all'art. 317 c.p.*, in *Comm. Dolcini Marinucci*, 2° ed., Milano, (2006); Gaetano Contento, *Commento agli artt. 317-317 bis c.p.*, in Tullio Padovani (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Torino, (1996); Francesco Antolisei, *Sulla nozione di pubblico ufficiale*, in *Scritti in onore di V. Manzini*, (1954), p. 33-36; Ernesto Battaglini, *Osservazioni sui requisiti e sui caratteri differenziali della pubblica funzione, del pubblico servizio e del servizio di pubblica necessità*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, Roma, (1933), p. 120.

amministrativa, intesa come attività caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi, sicché non riveste la qualità di pubblico ufficiale. E' da osservare al riguardo che la riforma carceraria del 1975, che ha sostituito il Regolamento penitenziario del 1931³⁰, pur mantenendo il servizio di assistenza cattolica come servizio stabile e interno alla struttura penitenziaria, ha comunque rimosso il cappellano dal Consiglio di disciplina e dalla quasi totalità delle funzioni amministrative che il regolamento precedente gli conferiva. Il cappellano, infatti, è stato privato anche del potere di controllo sulla corrispondenza, del governo della biblioteca e del potere di redigere i rapporti per l'osservazione del detenuto. I suoi compiti, pertanto, sono ora essenzialmente di natura religiosa e consistono nell'organizzare e presiedere alle pratiche di culto e nell'istruire e assistere i detenuti. Avuto però riguardo ai compiti che la legge attualmente gli assegna e che sono funzionali all'interesse pubblico perseguito dallo Stato nel trattamento delle persone condannate o internate, il cappellano sicuramente svolge un servizio pubblico, la cui natura è conclamata dalla normativa pubblicistica che lo governa, dall'assenza dei poteri tipici della funzione pubblica (poteri decisorii, autoritativi o certificativi), dall'attività intellettuale, e non meramente applicativa o esecutiva, che lo caratterizza³¹.

L'incarico a cappellano del carcere è conferito con decreto del Ministro della Giustizia, sentito il parere favorevole dell'Ispettore generale dei cappellani e del competente Ispettore distrettuale degli istituti di prevenzione e pena, (se l'incarico riguarda un istituto per minorenni, il parere è del Direttore del Centro rieducazione per minorenni)³².

³⁰ Cfr. Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena, del 18 giugno 1931, n. 787. Per un commento sull'evoluzione del sistema penitenziario e sui contenuti della riforma cfr. Giuseppe Di Gennaro, *La gestazione della riforma penitenziaria*, in *Rassegna Penitenziaria*, www.rassegnapenitenziaria.it; Emilio Di Somma, *La Riforma penitenziaria del 1975 e l'architettura organizzativa dell'amministrazione penitenziaria*, www.rassegnapenitenziaria.it.

³¹ Cfr. Cass. Pen., Sentenza – 2 gennaio 2009, n. 12, in www.olir.it. Nel caso di specie si trattava di decidere se il cappellano del carcere, dopo la riforma del 1975, che ha profondamente inciso sulla posizione e sulle prerogative del medesimo, può essere considerato un pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, qualità indiscussa nella vigenza del regolamento penitenziario del 1931. Ciò al fine di poter imputare al cappellano il delitto di concussione, che è un reato proprio e come tale può essere commesso soltanto da soggetto che rivesta la qualità di pubblico ufficiale. La Corte di Cassazione si è orientata verso il riconoscimento dell'elemento soggettivo del reato di concussione (si trattava di molestie sessuali rivolte dal cappellano nei confronti di alcuni detenuti), proprio in virtù della particolare funzione che riveste all'interno del carcere e che è ascrivibile ad un servizio pubblico.

³² Nell'ambito dell'amministrazione penitenziaria, il cappellano ha un proprio superiore ecclesiastico (l'Ispettore generale) nominato dal Ministro su proposta dell'autorità ecclesiastica (la CEI), con gli stessi criteri previsti per la nomina dei cappellani. L'ispettore esplica funzioni di vigilanza e coordinamento per quanto riguarda le pratiche di culto, l'istruzione e l'assistenza religiosa della confessione cattolica, affidate ai cappellani degli istituti di pena. Per quanto riguarda il coordinamento dei cappellani delle carceri d'Italia, la Legge 5 marzo 1963, n. 323, 102 istituì l'Ispettorato Generale dei Cappellani del Dipartimento dell'Amministrazione

La legge penitenziaria, come abbiamo visto, considera la religione come una delle esperienze legate ai primari bisogni della persona e, in quanto parte delle libertà fondamentali dell'uomo, garantisce al detenuto la professione pubblica e privata della propria fede religiosa. Tuttavia, proprio per garantire la massima libertà in materia di coscienza, l'adesione del detenuto alle pratiche religiose, così come i suoi comportamenti in relazione alla dimensione religiosa e all'esperienza del sacro, non possono essere oggetto di valutazione favorevole o negativa, né l'attività religiosa può essere assimilata ad uno dei tanti "trattamenti" offerti al detenuto dall'amministrazione penitenziaria. Per questo motivo, dunque, i cappellani non possono essere chiamati ad esprimere valutazioni desunte dall'eventuale adesione dei detenuti alle pratiche religiose³³.

Il cappellano ha il compito di garantire la celebrazione delle pratiche di culto, offrire l'istruzione religiosa ed assicurare l'assistenza spirituale e morale alle persone detenute che lo richiedano, e svolge il proprio ruolo d'intesa con la direzione del carcere, che è tenuta a garantire l'accesso alle pratiche di culto e l'incontro personale con il cappellano a tutti i detenuti che ne facciano richiesta, nonché a fornire i locali idonei, gli arredi e gli strumenti necessari³⁴.

L'Ispettorato Generale dei Cappellani delle Carceri italiano, in rappresentanza della pastorale penitenziaria della Chiesa italiana, fa parte di una più vasta organizzazione di pastorale carceraria denominata *International Commission for Catholic Prison Pastoral Care*³⁵, che ha come obiet-

ne Penitenziaria e del Dipartimento della Giustizia Minorile a capo del quale c'è l'Ispettore dei cappellani. L'Ispettore è un cappellano che svolge le funzioni di vigilare e coordinare le pratiche di culto, l'istruzione e l'assistenza religiosa della confessione cattolica, affidate ai cappellani degli istituti di pena. L'Ispettore inoltre è componente della Commissione di disciplina dei cappellani nominata dal Ministro della Giustizia ogni due anni.

³³ Circolare n. 1819/4276 del 3 luglio 1969, Libertà religiosa dei detenuti.

³⁴ Cfr. Ministero di Grazia e Giustizia, Ispettorato Generale del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e del dipartimento della giustizia minorile, *Circolare per l'attività dei Cappellani*, n. 683179 del 21 giugno 2001.

³⁵ Questa Commissione internazionale è nata nel 1955, a Friburgo. Nel corso di un suo soggiorno in Svizzera, Mons. Ronca, Arcivescovo e Ispettore dei Cappellani italiani, in un colloquio col cappellano tedesco Schmitz e con due altri cappellani, Rousset, francese e Teobaldi, del Cantone svizzero del Ticino, propose che si celebrasse a Roma un nuovo congresso di tutti i cappellani (comunque esclusivamente europei, perché tale è stato l'ambito della Commissione fino alla presidenza di Mons. Curioni). Questa sessione fu organizzata da Mons. Ronca a Roma dall'8 all'11 ottobre 1972, e coloro che vi parteciparono furono ricevuti dal Papa Paolo VI. Nel corso della stessa sessione si avvertì da ogni parte la necessità di strutturare la Commissione anche in forma giuridica, e fu istituito un comitato provvisorio che preparasse un progetto di statuto; esso si riunì nel febbraio 1973 a Essen. Per elaborare il progetto fu utilizzato il codice civile svizzero, e fu scelta per qualificare la Commissione una forma di associazione civile disciplinata dalla legislazione svizzera. La Commissione Internazionale non fu alle origini inserita in fattispecie canoniche, ma soltanto civili. La questione canonica è stata risolta al Congresso di Varsavia nel 1996, quando gli statuti originari furono rinnovati e ampliati. Gli Statuti di Varsavia recitano a tale proposito (cap. I): "L'Associazione, nota come Commissione Internazionale della Pastorale Cattolica delle Carceri, registrata nel 1974 come «*Internationale Kommission der Katholischen Gefaengnisgeistlichen*» (IKG) in forza della

tivo animare le Conferenze Episcopali a stabilire e promuovere la Pastorale Penitenziaria, nonché promuovere l'umanizzazione, la revisione e la riforma dei sistemi penitenziari in tutto il mondo, affinché siano più vicini al senso di umanità e valorizzino della centralità della persona umana.

4. L'assistenza spirituale dei detenuti di fedi diverse dalla cattolica nel diritto delle Intese

Le intese stipulate con le confessioni religiose non cattoliche contengono specifiche ed articolate discipline che derogano alla legislazione unilaterale statale con riferimento all'assistenza spirituale. Fino a questo momento sono state approvate le intese con la Tavola valdese, le Chiese avventiste del 7° giorno, le Assemblee di Dio in Italia (ADI, culto pentecostale), l'Unione delle comunità ebraiche italiane, l'Unione cristiana evangelica battista d'Italia (UCEBI), la Chiesa evangelica luterana d'Italia (CELI), e recentemente con la Chiesa Apostolica, la Chiesa dei Santi degli ultimi giorni (Mormoni), e con l'Arcidiocesi Ortodossa d'Italia, rispettivamente approvate con le leggi dello Stato n. 449 dell'11 agosto 1984, n. 516 e 517 del 22 novembre 1988, n. 101 dell'8 marzo 1989, n. 116 del 12 aprile 1995 e n. 520 del 29 novembre 1995, n. 126, 127 e 128 del 30 luglio 2012. Con l'Unione delle Comunità ed Organizzazioni Islamiche in Italia, con la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova e con l'Unione Buddhista italiana sono ancora allo studio delle proposte di intesa.

Tutte queste intese, tranne l'accordo con gli israeliti, attribuiscono espressamente gli oneri finanziari per i servizi di assistenza spirituale a carico esclusivo dei rispettivi organi ecclesiastici senza alcun onere per lo Stato (art. 8, ultimo comma dell'Intesa Valdese; art. 7 Intesa ADI; art. 10 Intesa Avventisti; art. 9 Intesa CELI; art. 7 Intesa UCEBI; art. 6 Intesa Arcidiocesi Ortodossa; art. 10 Intesa Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi giorni; art. 7 Intesa Chiesa Apostolica).

legislazione svizzera (Codice Civile Svizzero, art.60 e ss.), viene riconosciuta e fornita di personalità giuridica anche dalla Santa Sede come Associazione privata di fedeli, composta di chierici e laici, conforme al Codice di Diritto Canonico, can. 298,1; 299; 300; 304,1 e 321-326". (<http://www.ispcapp.org>) La struttura di questa Commissione Internazionale si articola in un Presidente eletto dall'Assemblea plenaria, in un Comitato Esecutivo, che si divide compiti pastorali, informativi e contabili, eletto anch'esso dall'Assemblea e si riunisce periodicamente nel triennio in carica, possibilmente col Presidente; e in un Segretario, che non risulta eletto dall'Assemblea ed è membro ex officio del Comitato Esecutivo. Gli scopi giuridicamente dichiarati dagli Statuti (2003) sono: "risvegliare e fomentare una maggiore sensibilità e preoccupazione in tutta la Chiesa per l'azione pastorale e apostolica nelle carceri" e di "animare le Conferenze Episcopali a stabilire e promuovere la Pastorale Penitenziaria, che è missione della Chiesa, offrendo tutto il sostegno". Altro scopo dichiarato è di "promuovere l'umanizzazione, la revisione e la riforma dei sistemi penitenziari in tutto il mondo" (art.4). Lo Statuto è consultabile all'indirizzo <http://www.ispcapp.org/vecchiosito/Iccppc.htm>.

Questi accordi disciplinano diritti e facoltà, sia dei destinatari dei servizi di assistenza, sia dei ministri di culto, introducendo ulteriori deroghe ed integrazioni alla legislazione unilaterale statale.

Per quanto riguarda l'assistenza religiosa ai detenuti, tali accordi prevedono la trasmissione alle autorità competenti dei nominativi dei ministri di culto territorialmente responsabili del servizio di assistenza, e attribuiscono ad essi il diritto di visitare gli istituti senza particolare autorizzazione. Le norme pattizie sanciscono dunque il diritto dei detenuti, delle loro famiglie e dei ministri di culto di richiedere e prestare il servizio di assistenza religiosa all'interno del carcere e l'impossibilità da parte dell'amministrazione carceraria di vietare l'ingresso nelle strutture segreganti dei ministri di culto inseriti negli appositi elenchi. La direzione del carcere ha il dovere di informare i religiosi competenti per territorio di ogni richiesta proveniente dai reclusi.

In tutte le intese manca tuttavia qualsiasi riferimento ad una funzione rieducativa effettuata o effettuabile dai ministri di culto e la loro azione viene vista unicamente come funzionale all'esercizio della libertà religiosa³⁶. Si configura così il modello di un servizio religioso autonomo e gratuito, prestato dalle confessioni religiose alla comunità penitenziaria, per la realizzazione del quale l'amministrazione carceraria svolge un ruolo di mero collegamento tra i singoli e la confessione.

L'Intesa con le comunità ebraiche all'art. 7, dopo aver previsto che la permanenza in istituti di prevenzione e pena non può in alcun modo dar luogo ad impedimenti nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto, introduce al comma successivo dello stesso articolo una norma tesa a cogliere un ulteriore tratto caratteristico della confessione ebraica: vi si riconosce, infatti, agli ebrei che si trovino nelle comunità separate, «il diritto di osservare, a loro richiesta e con l'assistenza della Comunità competente, le prescrizioni ebraiche in materia alimentare, senza oneri per le istituzioni nelle quali essi si trovano»³⁷.

Il riconoscimento della rilevanza delle pratiche rituali eterodosse in materia alimentare si ritrova anche nell'intesa conclusa con i testimoni di Geova, non ancora convertita in legge: la dottrina più attenta non ha mancato di sottolineare la forte espansione del grado di tutela della libertà

³⁶ Cfr. Vittorio Parlato, *Le intese con le confessioni acattoliche. I contenuti*, Giappichelli Editore, Torino, (1991), p. 54.

³⁷ Per un ebreo osservante vi sono alcune regole molto rigide collegate all'alimentazione: in particolare, esistono animali che vengono considerati "puri", delle cui carni è consentito alimentarsi, ed altri animali che, invece, sono considerati "impuri", con i quali è assolutamente vietato ogni contatto. Non è però, consentito cibarsi in modo integrale neanche degli animali cosiddetti "puri": infatti, il consumo di alcune loro parti, come ad esempio il sangue – che, è ritenuto un peccato molto grave. Un'ulteriore regola, inoltre impone la separazione tra la carne ed i suoi derivati da una parte, ed i latticini dall'altra, separazione tuttora in auge nella cucina ebraica "ritualmente pura", o *Kasher*, che arriva ad esigere l'uso di stoviglie diverse per le due differenti tipologie di alimenti. Cfr. Stefania Dazzetti, *Le regole alimentari nella tradizione ebraica*, in Mariachiara Tallacchini – Antonio Chizzoniti, cit., pp. 87-111.

religiosa verificatasi negli ultimi anni nel nostro ordinamento, nel quale, tra l'altro, anche la contrattazione aziendale già da tempo si è mossa nella direzione del rispetto delle necessità alimentari delle maestranze appartenenti a confessioni di minoranza, così come il servizio di ristorazione viaggiante offre la possibilità di consumare pasti speciali sui treni, quali il "vassoio islamico" o il "vassoio ebraico"³⁸. In definitiva, lo Stato ha preso atto che, se per alcune confessioni l'alimentazione riveste anche l'importanza di un vero e proprio atto a contenuto religioso – nel compimento del quale si esprime la coerenza dei cittadini-credenti alla loro fede religiosa –, il non consentire a questi fedeli la possibilità di osservare tali rituali alimentari li costringerebbe ad andare contro i dettami della loro coscienza religiosamente orientata, tenendo un comportamento proprio di una fede religiosa diversa da quella da essi professata, risolvendosi così, in ultimo, in una grave oblitterazione del loro diritto di libertà religiosa.

Anche sul punto dell'assistenza religiosa nelle istituzioni penitenziarie, l'intesa ebraica si allinea completamente al compatto sistema di regolamentazione dell'istituto che ritroviamo nelle rispettive intese delle altre confessioni: alla norma di garanzia contenuta nel primo comma dell'art. 10 della legge 101/1989, che assicura negli istituti penitenziari l'assistenza religiosa dei rabbini designati dall'Unione delle comunità, segue, al secondo comma, la disposizione di attuazione pratica del servizio, che prevede la trasmissione all'autorità competente, a cura dell'Unione, dell'elenco dei ministri di culto responsabili dell'assistenza religiosa compresi nella circoscrizione delle singole comunità ebraiche. Tali ministri di culto, prosegue la norma in parola, «sono compresi tra coloro che possono visitare gli istituti penitenziari senza particolare autorizzazione»: in proposito, è da dire che, giusta il disposto dell'ultimo comma dell'art. 67 della legge 354/1975, i ministri di culto di tutte le confessioni (cattolica compresa) potevano accedere allo stabilimento carcerario solamente previa autorizzazione del direttore dello stesso; ora il *dictum* di quest'ultima disposizione va combinato con quello della testé citata norma dell'intesa ebraica, che viene così ad innovare, seppure parzialmente, il sistema di accesso alle carceri. Tanto premesso, si può allora fondatamente ritenere che i rabbini competenti per territorio, ed i cui nominativi siano stati previamente comunicati alle competenti autorità, giusta il disposto della legge 101/1989, potranno accedere agli istituti di pena senza alcuna autorizzazione, mentre per i ministri di culto che si trovino fuori della competenza territoriale loro propria, pur se notificati all'autorità amministrativa, tornerà ad avere efficacia la regola generale dell'ordinamento penitenziario, per cui essi potranno accedere all'istituzione penitenziaria unicamente dietro autorizzazione del direttore

³⁸ Cfr. Autori Vari, *Un singolare pluralismo. Indagine sul pluralismo morale e religioso degli italiani*, Il Mulino, Bologna, (2003); Antonello De Oto, *Precetti religiosi e mondo del lavoro. Le attività di culto tra norme generali e contrattazione collettiva*, Ediesse, Roma, (2007); Nicola Fiorita, *L'Islam nei luoghi di lavoro: considerazioni introduttive sul ricorso alla contrattazione collettiva*, in *Coscienza e Libertà*, n. 39/2005, p. 19.

della stessa, al pari di tutti i ministri di culto delle confessioni che attualmente sono ancora prive di un'intesa con lo Stato³⁹.

Probabilmente, nel garantire l'assistenza spirituale nelle strutture carcerarie si è tenuto in considerazione il particolare regime restrittivo degli istituti di pena e la conseguente situazione di disagio che connota la permanenza in tali strutture, che potrebbe più facilmente portare a situazioni di vera e propria alienazione dell'individuo.

5. La partecipazione dei detenuti agli atti di culto: lacune normative e soluzioni giurisprudenziali

Tra le facoltà promananti dal diritto di libertà religiosa vi è senz'altro quella di poter liberamente prendere parte alla celebrazione dei riti previsti dalla propria confessione religiosa. Per quanto concerne la religione cattolica, l'ordinamento penitenziario prevede, come abbiamo visto, la presenza stabile di un cappellano all'interno delle carceri, e l'onere delle amministrazioni carcerarie di prevedere che ogni penitenziario sia dotato di una o più cappelle per la celebrazione del culto. L'ultima circolare ministeriale in tema di attività dei cappellani ha riaffermato che l'arredo dei locali destinati alle celebrazioni deve essere appropriato e fornito dall'amministrazione penitenziaria. Per quanto riguarda l'accesso dei detenuti alle celebrazioni, esso non deve trovare ostacoli in surrettizie motivazioni di sicurezza, ed il cappellano "se non è in grado di celebrare da solo una pluralità di funzioni religiose, deve avere la possibilità di richiedere l'accesso di altri ministri finalizzato alla celebrazione dei riti"⁴⁰. A questo proposito è interessante citare un'Ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Milano del 26 maggio 2010, la quale ha accolto la doglianza espressa da un detenuto che lamentava la lesione del suo diritto di libertà religiosa essendo costretto, per mancanza della presenza di una cappella idonea, ad ascoltare la celebrazione della Santa Messa che avveniva in corridoio chiuso nella sua cella. Il Tribunale ha precisato che "l'impossibilità di assistere alla messa domenicale per mancanza di un locale idoneo a tale scopo nelle lede gravemente il diritto di libertà religiosa del detenuto di fede cattolica, e che non può ritenersi sufficiente, ai fini dell'effettivo esercizio del culto cattolico, l'ascolto dalla cella chiusa da parte del detenuto della messa celebrata in corridoio"⁴¹. Questo provvedimento sembra aver tenuto correttamente in considerazione l'importanza che, nel diritto canonico, riveste la partecipazione attiva del fedele alla celebrazione della Santa Messa, che rappresenta

³⁹ Giampiero Long, *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica"*, Il Mulino, Bologna, 1991.

⁴⁰ Cfr. Circolare n. 3553/6003 del 25 maggio 2001.

⁴¹ Cfr. Tribunale di Sorveglianza di Milano, Ordinanza del 26 maggio 2010, consultabile in Internet all'indirizzo www.olir.it

un vero e proprio obbligo giuridico del fedele. Le modalità di osservanza del precetto festivo, sono state per la prima volta codificate nel codice di diritto canonico del 1917 ai canoni 1247, 1248 e 1249, ed attualmente sono disciplinate nel Titolo II del IV libro del *codex iuris canonici* del 1983, relativo ai tempi sacri, dal canone 1244 al 1249. Per quanto riguarda la partecipazione alla celebrazione eucaristica, il can. 1248 prevede che “*soddisfa il precetto di partecipare alla Messa chi vi assiste dovunque venga celebrata nel rito cattolico, o nello stesso giorno di festa, o nel vespro del giorno precedente*”⁴². Tale legge è stata normalmente intesa come implicante un obbligo grave, come insegna anche il Catechismo della Chiesa Cattolica, e ben se ne comprende il motivo, considerando la rilevanza che, la domenica ha per la vita cristiana⁴³.

Dei problemi di interpretazione sorgono per quanto riguarda il diritto alla pratica religiosa nell'ambito dell'applicazione delle misure alternative⁴⁴, introdotte dalla legge di riforma del 1975 e confermate dalle successive leggi di modifica⁴⁵, per le quali il legislatore non ha ritenuto opportuno dettare delle norme specifiche a garanzia della libertà religiosa.

Nel caso in cui una persona si trovi costretta a risiedere in un determinato luogo (come nel caso degli arresti domiciliari), si pone il problema dell'autorizzazione a partecipare alla Messa domenicale allontanandosi dal proprio domicilio e in mancanza di una normativa in tal senso sono degne di nota alcune pronunce giurisprudenziali che, dinanzi alla richiesta di imputati in stato di arresti domiciliari di poter partecipare alla Messa la domenica e nei giorni “di precetto”, hanno fornito risposte diverse e tra loro contrastanti. Il giudice istruttore di Pisa, con un'ordinanza del 13 novembre 1984⁴³, ha accolto la richiesta presentata da un imputato, affermando che alla persona sottoposta al regime di arresti domiciliari non poteva riservarsi un trattamento inferiore rispetto a quello assicurato dalle

⁴² Sul valore del precetto domenicale e sull'assistenza alla celebrazione eucaristica Cfr. Angelo Criscito, voce *Precetto Festivo*, in *Enciclopedia Cattolica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, (1952), vol. XIII, p. 1906; Carlo Azzimonti, *Il precetto del riposo festivo nelle circostanze attuali*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 18, (2005), p. 78.

⁴³ Il Catechismo della Chiesa Cattolica dopo aver ribadito diverse volte l'obbligo di partecipare alla Messa *la domenica e nelle altre feste di precetto*, afferma che “i fedeli sono tenuti a partecipare all'Eucaristia nei giorni di precetto, a meno che siano giustificati da un serio motivo (per esempio, la malattia, la cura dei lattanti o ne siano dispensati dal loro parroco)” (CCC, 2181) e che “*coloro che deliberatamente non ottemperano a questo obbligo commettono un peccato grave*”.

⁴⁴ Le misure alternative alla detenzione sono l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e l'esecuzione della pena in regime di semilibertà. Tali misure costituiscono un beneficio riconosciuto ai condannati che, in presenza di determinati requisiti, ne appaiano meritevoli, pertanto qualora ne vengano meno i presupposti, le stesse misure possono essere revocate.

⁴⁵ Queste misure trovano le loro fonti principali nella legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modifiche; nella legge 12 agosto 1982, n. 532 e 28 luglio 1984, n. 398; nella legge 10 ottobre 1986, n. 663 e successive modifiche; nel nuovo codice di procedura penale, approvato con D. P. R. 22 settembre 1988, n. 447; nel D. P. R. 30 giugno 2000, n. 230.

norme sull'ordinamento penitenziario agli imputati detenuti⁴⁶. Tuttavia, in presenza di analoghe istanze, le soluzioni adottate dalla giurisprudenza sono state diverse. Sia il Tribunale di Milano, sia la Corte d'Appello di Firenze⁴⁷, hanno rigettato, infatti, le istanze presentate, ritenendo soddisfatto il precetto religioso attraverso la fruizione dei mezzi radiotelevisivi, ed equiparando quindi la funzione religiosa effettivamente "partecipata" con la Messa trasmessa dai mass media⁴⁸. Queste ordinanze, sia pure risalenti, evidenziano come la lacuna legislativa lasci ai giudici una ampia discrezionalità suscitando il sospetto che, dietro alle motivazioni espresse, si nasconda la preoccupazione di sindacare la sincerità delle convinzioni religiose degli imputati e dubitando che esse possano rappresentare un pretesto per assentarsi dal luogo di arresto. E' appena il caso di rilevare, però, come appaia poco opportuno il giudizio di un organo dello Stato riguardo al grado di doverosità che promana dalla norma di un ordinamento confessionale, con ingerenza nell'ambito di altrui competenze e scarsa sensibilità per i principi di distinzione tra Chiesa e Stato⁴⁹.

La celebrazione dei culti e il rispetto di tempi liturgici particolari, che abbiamo visto essere parte rilevante dell'assistenza religiosa cattolica, sono certamente momenti fondamentali anche per la vita religiosa di ministri e detenuti di altre confessioni. L'art. 58 del nuovo regolamento penitenziario, introdotto con D.P.R. del 30 giugno 2001 n. 230, disciplina le manifestazioni di religiosità da parte dei detenuti, riconoscendo il loro diritto a partecipare ai riti previsti dalla propria confessione religiosa, purché siano compatibili con l'ordine e la sicurezza dell'istituto e non contrari alla legge. Al terzo comma consente inoltre, durante il tempo libero, a singoli detenuti e internati di praticare il culto della propria professione religiosa, individuando come criterio di valutazione della compatibilità del culto religioso di singoli detenuti o internati con la situazione detentiva quello di non esprimersi in comportamenti molesti per la comunità.

Al comma 6 si chiarisce, al di là dei dubbi che poteva creare la espressione "riti" religiosi, che l'amministrazione carceraria deve predisporre locali idonei per lo svolgimento di "pratiche rituali ... anche in assenza di

⁴⁶ Il testo di questa ordinanza si trova in *Diritto Ecclesiastico*, (1985), II, pp. 584 ss.

⁴⁷ Le ordinanze dei due organi, rispettivamente del 19 agosto 1986 e del 24 luglio 1987, si trovano in *Diritto Ecclesiastico*, 1988, II, pp. 288 ss. Cfr. Antonio Chizzoniti – Enrico Vitali, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, (2007).

⁴⁸ E' opportuno rilevare che nell'ordinamento canonico, al contrario, si afferma che non si può sostituire la partecipazione alla celebrazione eucaristica con l'ascolto tramite mezzi audiovisivi. Cfr. Conferenza Episcopale Italiana, Nota Pastorale *Il Giorno del Signore*, (1984), n. 35: "Tuttavia è evidente che una Messa alla televisione o alla radio, che in nessun modo sostituisce la partecipazione diretta e personale all'assemblea eucaristica, ha i suoi aspetti positivi...". Tanto è stato ribadito anche da Giovanni Paolo II, *Lettera apostolica sulla santificazione della domenica Dies Domini* (31-5-1998), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, (1998), n. 49.

⁴⁹ Cfr. Vincenzo Turchi, *Ancora in tema di arresti domiciliari e assistenza spirituale. Appunti su "misure alternative alla carcerazione e libertà religiosa"*, in *Diritto Ecclesiastico*, (1988), II, p. 307.

ministri di culto”, e questa precisazione è particolarmente pertinente soprattutto per le pratiche rituali della religione musulmana, che non ha ministri del culto in senso proprio e che interessa ormai un numero notevole di detenuti⁵⁰. La necessità di garantire effettivamente a tutti il diritto al culto si ripercuote con una certa evidenza sulla dimensione organizzativa e istituzionale del carcere. Un esempio di celebrazione di un culto in carcere è per esempio, l'osservanza della preghiera del Venerdì secondo i precetti dell'Islam⁵¹.

Certamente, la particolare configurazione delle carceri in Italia impone che il governo dello spazio si confronti quotidianamente con i caratteri dell'emergenza e dell'insostenibilità legati al sovraffollamento e all'adeguatezza delle strutture. Tuttavia, l'assicurazione di spazi adeguati per il rispetto dei culti e dei tempi di preghiera, laddove previsti dalle tradizioni religiose, costituisce un provvedimento che non può essere considerato accessorio rispetto all'implementazione del diritto dei detenuti alla libera professione religiosa. Va tenuto in considerazione, inoltre, che lo spazio dedicato al culto in ogni tradizione religiosa risponde a regole e caratteristiche specifiche, che prevedono non solo una determinata collocazione all'interno di una più ampia struttura (ad esempio una certa distanza da fonti di rumori che permetta il raccoglimento) ma anche un'organizzazione interna che contempli, ad esempio, un certo allestimento (simboli e oggetti sacri), la disponibilità di servizi igienici per abluzioni rituali, ecc.. Per quanto riguarda le altre religioni, un esempio degno di nota è l'allestimento di spazi, presso la Casa Circondariale di Civitavecchia, per le attività dell'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, all'interno del quale vi è stato un allesti-

⁵⁰ Sull'ampia e complessa problematica della qualificazione giuridica dei ministri del culto islamico si rimanda a Paolo Branca, *Quali Imam per quali Islam?*, in Alessandro Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia*, tra diritto e società, Il Mulino, Bologna, (2008), p. 85 e ss.; Valerio Tozzi, *Le moschee ed i ministri di culto*, in Rivista Telematica Stato, Chiese e Pluralismo confessionale, www.statoechiese.it, ottobre 2007

⁵¹ Rispetto alla possibilità di osservare la preghiera del Venerdì da parte dei detenuti musulmani, ad esempio, la presenza di spazi dedicati e stabilmente utilizzati nel corso dell'anno è prevista unicamente presso le Case Circondariali di Cassino e di Viterbo. Si tratta di due soluzioni piuttosto differenti. Nel caso di Cassino, si è potuto visitare una piccola sala, accessibile da una delle rotonde principali, che non prevede alcun tipo di simbologia e/o oggetti sacri. Del resto, la sala è utilizzata anche da alcuni detenuti evangelici, soliti riunirsi per momenti di preghiera pure in assenza di ministro di culto, e per gli incontri dei Testimoni di Geova. Uno spazio, dunque, in cui l'assenza di qualsiasi attributo relativo al culto sembra testimoniare la mancata immaginazione e preparazione dell'ambiente come parte di un progetto di assistenza religiosa messo a punto dall'istituzione. Nel caso di Viterbo, invece, sono state predisposte due ex-camere di detenzione in sezioni distinte ad uso esclusivo della preghiera del Venerdì. Gli ambienti sono stati in questo caso organizzati dai detenuti musulmani osservanti, che li hanno allestiti, seppur minimamente, con tappetini per la preghiera, copie del Corano e scritte alle pareti. Una delle due salette è inoltre identificata chiaramente alla porta d'ingresso come 'Moschea'. Va aggiunto che una risposta alla richiesta sollevata per spazi dedicati alla preghiera da parte dei detenuti musulmani è stata data, almeno in un certo periodo, anche nel caso dell'Istituto Regina Coeli. Cfr. Center for Study and Documentation of Political Institutions in post-secular society, Rapporto di Ricerca *L'assistenza religiosa in carcere. Diritti e diritto al culto negli istituti di pena del Lazio*, ottobre 2012.

mento di due sale, una nella sezione maschile e una in quella femminile, secondo le indicazioni della stessa comunità religiosa, comprendendo anche la presenza degli opportuni oggetti sacri necessari al culto⁵². E' chiaro che, anche se le soluzioni logistiche maggiormente adottate nelle carceri italiane consistono nell'adibire delle sale all'esercizio di più attività, tra cui anche quelle culturali secondo le diverse richieste dei detenuti in base alla loro appartenenza religiosa, dal punto di vista delle religioni gli spazi sono difficilmente equiparabili e ciò richiede un'ulteriore attenzione, a partire da una certa informazione nel merito, da parte del personale carcerario.

6. La condizione dei detenuti di fede islamica tra istanze religiose ed esigenze di sicurezza

Il settore penitenziario è uno dei settori maggiormente interessati dalle conseguenze dei flussi migratori, da cui nasce l'esigenza di ripensare gli spazi e l'organizzazione delle strutture carcerarie per garantire maggior tutela alle istanze provenienti da appartenenti a confessioni religiose che appaiono "nuove" nel nostro sistema culturale. L'aumento della popolazione detenuta straniera rappresenta dunque un'occasione per riflettere sull'attuale modello carcerario e per percepirsi come uno specchio dell'attuale società multiculturale nonché come luogo di inserimento e di relazione con le diversità.

L'incontro sempre più frequente "tra uomini e donne depositari di culture, religioni e tradizioni normative altre" ⁵³ si è riflesso inevitabilmente sulla composizione, non solo etnica ma anche religiosa della popolazione detenuta⁴, che all'interno degli istituti penitenziari rivendica sempre più il diritto ad esercitare il proprio credo religioso. Ne consegue che il fenomeno religioso in carcere rappresenta una realtà di grande importanza tanto da essere individuato dal legislatore tra i principali elementi del trattamento penitenziario, come abbiamo visto esaminando le disposizioni più recenti in materia.

Una significativa limitazione cui vanno incontro le confessioni religiose diverse da quella cattolica consiste nella possibilità di accesso in istituto dei ministri di culto, che è disciplinato dal comma 6 dell'art. 58 del D.P.R. 230/2000, il quale stabilisce che "la direzione dell'istituto, al fine di assicurare ai detenuti e agli internati che ne facciano richiesta, l'istruzione e l'assistenza spirituale, nonché la celebrazione dei riti delle confessioni

⁵² Cfr. Center for Study and Documentation of Political Institutions in post-secular society, Rapporto di Ricerca *L'assistenza religiosa in carcere. Diritti e diritto al culto negli istituti di pena del Lazio*, ottobre 2012.

⁵³ Edoardo Dieni, *Diritto e religione vs. "nuovi" paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di A. Albisetti, G. Casuscelli, N. Marchei, Giuffrè, Milano, (2008), pag. 8.

diverse da quella cattolica, può avvalersi dei ministri di culto indicati da quelle confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato italiano sono regolati con legge, di quelli inseriti negli appositi elenchi predisposti dal Ministero dell'Interno o di quelli di volta in volta autorizzati dal Magistrato di sorveglianza ex art. 17 comma 2 dell'Ordinamento Penitenziario⁵⁴, in quanto queste figure possono essere comprese tra gli operatori appartenenti alla comunità esterna che collaborano all'azione rieducativa, promuovendo lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera.

Il numero di confessioni religiose presenti all'interno dei penitenziari italiani è molto ampio e comprende sia coloro che professano le religioni storiche quali il cattolicesimo, l'ebraismo e l'islamismo, sia coloro che sono dediti a culti spesso definiti "minori" quali testimoni di Geova, buddisti o gli avventisti del settimo giorno⁵⁴.

Ferme restando alcune difficoltà che accomunano tutte le religioni all'interno degli istituti penitenziari, come ad esempio la carenza di locali da adibire alla celebrazione della preghiera, il macchinoso iter burocratico per la nomina dei ministri di culto o la scarsa disponibilità di testi sacri, la professione della religione islamica è quella che oggi incontra maggiori ostacoli negli istituti di pena.

L'alto numero di detenuti islamici presenti nelle carceri italiane rende abbastanza difficoltosa l'individuazione di un luogo che, sia per capienza, sia per il suo orientamento, risulti adatto alla preghiera collettiva. La preghiera del venerdì, che dura circa una mezz'ora e si svolge verso mezzogiorno, costituisce il terzo pilastro dell'Islam⁵⁵, ed è un dovere religioso di tutti i musulmani che si considerano residenti in una data località e che siano maschi maggiorenni, liberi, secondo la legge⁵⁶. Un altro dei doveri connessi all'esercizio del culto islamico è l'osservanza del digiuno del Ramadan, durante il quale dall'alba al tramonto è previsto il digiuno con la

⁵⁴ Dopo quella cattolica, che al 22 febbraio 2011 conta 4.071 credenti, la religione rappresentata più largamente tra gli stranieri presenti in carcere è la religione islamica: alla data del 22 febbraio 2011 ben 9.492 detenuti risultano professare tale credo religioso e questa tendenza si giustifica con il fatto che una buona parte di immigrati presenti nei penitenziari italiani proviene dal Maghreb, paese di salda tradizione islamica.

⁵⁵ I cinque pilastri dell'Islam sono gli atti di culto fondamentali della religiosità musulmana. Le norme con cui questi atti di culto fondamentali vennero istruiti e le dottrine generali per la loro esecuzione si trovano nel Corano, mentre le regole dettagliate per la loro attuazione pratica si trovano nell'Insegnamento orale del Profeta e nella *Sunna*. Per un approfondimento si rimanda a Awad Sami – Aldeeb Abu Sahlieh, *Il diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008, Giorgio Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, (2002); Paolo Branca, *Introduzione all'Islam*, Ed. San Paolo, Milano, (1995); Giuseppe Rizzardi, *Introduzione all'Islam*, Ed. Queriniana, Brescia, (1990). Per approfondire la tematica della preghiera islamica nei suoi rituali, simboli e contenuti Cfr. Eva de Vitray, *La preghiera nell'Islam. La forma e l'essenza*, La Parola, Roma, (2006).

⁵⁶ In base ad una rivelazione ricevuta da Maometto a Medina secondo la quale: "Quando venga fatto l'invito alla preghiera, il giorno della riunione, affrettatevi alla commemorazione di Dio e lasciate ogni traffico". (Corano, 62, 9). Cfr. Giorgio Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., pp. 112-113.

sola ingestione di liquidi⁵⁷. Il *Ramadan* è un momento particolare per il credente islamico, in cui l'obbligo del digiuno dall'alba al tramonto e le rigide prescrizioni rituali ad esso connesse determinano sicuramente un calo della produttività e una serie di disagi fisici dovuti alle privazioni: per questo motivo durante il Ramadan l'amministrazione penitenziaria deve provvedere al confezionamento dei pasti, al termine della loro preparazione, per renderli fruibili in un momento successivo della giornata, diverso da quello in cui si fa digiuno, tenendo conto della necessità di scegliere un vitto privo di alimenti che siano in contrasto con la religione islamica, per la quale è vietato assolutamente mangiare carne di maiale e bere alcolici⁵⁸. A questo proposito viene in rilievo l'art. 11 comma 4 reg. es. che stabilisce che "nella formulazione delle tabelle vittuarie si deve anche tenere conto, in quanto possibile, delle prescrizioni proprie delle diverse fedi religiose".

Tuttavia le problematiche maggiori circa l'attuazione del diritto di libertà religiosa all'interno dei penitenziari riguardano le esigenze di sicurezza, e la necessità di predisporre tutte le misure di indispensabili per lo spostamento dei numerosi detenuti in vista della preghiera collettiva e per il controllo da effettuare durante lo svolgimento della stessa, nonché l'individuazione del ministro di culto, ossia l'imam⁵⁹.

È opportuno, infatti, soffermarsi sulla figura dell'imam che è il ministro del culto islamico al quale compete dirigere la preghiera collettiva⁶⁰. A tal proposito, motivazioni di sicurezza rendono più complesso il suo percorso di nomina, in quanto è necessario verificare scrupolosamente la compatibilità di tale soggetto con l'esercizio dell'incarico all'interno di un penitenziario.

Numerosi episodi di cronaca, infatti, hanno avuto come protagonisti negativi imam di importanti città italiane che talvolta incitavano azioni violente contro gli infedeli ovvero partecipavano ad associazioni finalizzate al terrorismo.

⁵⁷ Il *Ramadan* assume un significato particolare per i musulmani, poiché è il mese in cui è stato rivelato il Corano, ed è considerato il mese di purificazione, in cui i fedeli devono osservare il digiuno dall'alba al tramonto. Il digiuno, considerato uno dei cinque pilastri dell'Islam, inizia ogni giorno dopo un pasto particolare (detto *al-suhur*), prima dell'alba, funzionale ad affrontare la giornata di digiuno; dopo questo pasto ci si astiene dall'assunzione di qualsiasi cibo o bevanda fino al richiamo della preghiera del *maghrib* (tramonto), quando il digiuno viene interrotto da un pasto chiamato *fatur* (alla lettera, colazione). Cfr. Alessandro Bausani, *L'Islam*, Garzanti, Novara, (1999).

⁵⁸ Per approfondire il tema delle prescrizioni alimentari nell'Islam cfr. Lorenzo Ascanio, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, in Antonio Giuseppe Chizzoniti, Mariachiara Tallacchini, *Cibo e Religione: diritto e diritti*, cit., pp. 63-87.

⁵⁹ La figura del ministro di culto, quale è recepita nella nostra cultura istituzionale, non ha vera assonanza con le figure della guida religiosa dell'Islam. Difficilmente la figura dell'Imam della cultura islamica è inquadrabile nel modello dei ministri di culto quale è prefigurato negli ordinamenti occidentali. Una religione scaturita dalla cultura beduinica non poteva tollerare la figura del capo religioso, per cui l'Imam non è un ministro di culto dotato di poteri come il sacerdote cattolico o il pastore evangelico. Cfr. Agostino Cilardo, *Il diritto islamico ed il sistema giuridico italiano*, Napoli, (2002).

⁶⁰ Andrea Bettetini, *Alla ricerca del "ministro di culto". Presente e futuro di una qualifica nella società multireligiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1/2000, p. 249 ss

A questo proposito è intervenuta una circolare Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, n. 378- 2000 del 02 gennaio 2000, nella quale viene richiamata l'attenzione sul rispetto delle direttive impartite in ordine all'ingresso negli istituti penitenziari dei ministri di culto di fede islamica. Infatti, non essendo stata stipulata alcuna intesa tra lo Stato italiano e la religione islamica e conseguentemente non sia possibile per il Ministro dell'Interno procedere alla formazione di un elenco dei ministri del culto in questione, l'accesso negli istituti penitenziari può essere consentito soltanto a coloro che di volta in volta ottengono dopo accurati accertamenti il nulla osta della Direzione Generale degli Affari dei Culti del Ministero dell'Interno⁶¹. E ciò in quanto, non di rado, accade che tale Ufficio, a seguito di informazioni ricevute dai competenti Dipartimenti di Pubblica Sicurezza, sconsigli, per motivi di sicurezza, l'ingresso negli istituti penitenziari di taluni ministri del culto islamico. Ne consegue che, alla luce delle predette difficoltà, la gestione del profilo religioso all'interno degli istituti viene spesso assunta da individui che si auto-investono di questo ruolo e sui quali non sempre si può formulare un giudizio di affidabilità. E in questo senso una situazione che potrebbe essere pregiudizievole per l'ordine e la sicurezza dell'istituto ma non solo, attiene proprio all'impossibilità per gli operatori di comprendere che cosa effettivamente essi si dicano durante i momenti di preghiera collettiva⁶².

Alcuni Paesi europei, quali ad esempio la Francia, proprio al fine di scongiurare ciò hanno vietato la preghiera collettiva e l'imam che accede al carcere viene scelto direttamente dall'Amministrazione⁶³. Non è da sottovalutare, infatti, che un contatto troppo marcato ed esclusivo tra islamici possa aumentare la probabilità che si diffondano idee estremiste soprattutto attraverso l'opera di proselitismo operata da parte di personaggi dotati di una cultura religiosa e di un carisma tali da riuscire a manipolare le coscienze di altri, al punto da spingerli ad adottare posizioni fondamentaliste in aspro contrasto rispetto alla religione ed alle istituzioni del Paese ospi-

⁶¹ Cfr. Nadia Giordano, *Proselitismo in carcere e ruolo del ministro del culto islamico*, in Istituto Superiore di Studi Penitenziari, *La radicalizzazione del terrorismo islamico, elementi per uno studio del fenomeno del proselitismo in carcere*, giugno 2012, pp. 67-73.

⁶² Silvio Ferrari, *Libertà religiosa e sicurezza nazionale in Europa dopo l'11 settembre*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1/2005, p. 161 ss., pone in evidenza come la religione si stia spesso addotta a pretesto o motivazione di scontri fra gruppi aventi altre ragioni politiche. La formazione degli educatori, delle guide alla cultura islamica ed alla formazione religiosa, è problema attuale sia nella prospettiva dei diritti religiosi della persona (cittadini ed immigrati) che in quella della lotta al terrorismo, ma è un tema dal forte carattere politico e sociologico. Sul piano giuridico, la richiesta del presupposto (assente nelle guide islamiche) della sussistenza di peculiari poteri nell'organizzazione del gruppo religioso, ai fini dell'attribuzione della qualifica di ministro di culto, presenta forti rischi giurisdizionalistici, in contrasto col carattere laico degli Stati europei, che non tollerano interferenze negli ambiti organizzativi interni dei gruppi religiosi. Cfr. Valerio Tozzi, *Le moschee ed i ministri di culto*, cit., pp. 14-16.

⁶³ Cfr. Mohammed Rhazzali, *L'Islam in carcere. L'esperienza religiosa dei giovani musulmani nelle prigioni italiane*, Franco Angeli, Milano, (2010).

tante⁶⁴. Occorre sottolineare, tra l'altro, il fatto che l'incidenza di fenomeni di proselitismo sia dovuta, molto spesso, non già a ragioni strettamente spirituali, quanto piuttosto ad un tentativo di recupero identitario o di risposta in termini di contrapposizione al sistema ospitante, sentito come fortemente discriminatorio⁶⁵. Una recente circolare emanata dal Dipartimento di Amministrazione Penitenziaria, n. 0303680 del 16 luglio 2010, prende in esame proprio questo rischio, invitando le Amministrazioni penitenziarie periferiche ad adottare tutti gli accorgimenti necessari al fine di evitare, specie durante i principali momenti di riunione tra musulmani (in primo luogo la preghiera collettiva), che possano emergere figure carismatiche ed estremiste tali da plagiare altri correligionari caratterizzati da un carattere più debole e/o demotivati dalla frustrazione della vita detentiva, spingendoli ad abbracciare e condividere idee estremiste e di contrasto al sistema⁶⁶. In funzione di prevenzione, le istituzioni interessate vengono invitate ad evitare che in tali momenti di aggregamento e di esercizio del culto vengano consentite delle riunioni troppo numerose di islamici, se del caso differenziando più gruppi e dividendoli in orari diversificati, e, conseguentemente, a segnalare al Dipartimento situazioni pericolose o sospette legate a presunta attività di proselitismo o predominanza. Tuttavia è importante osservare che, nonostante la necessità di contrastare attività a scopo terroristico adottando misure che servano a garantire l'ordine e la sicurezza, tutto ciò non deve indurre a semplificazioni e all'adozione di stereotipi circa la figura del musulmano, con la conseguente tendenza a inquadrare *tout court* il fedele islamico come soggetto intol-

⁶⁴ La socialità in carcere e il contatto troppo esclusivo tra i detenuti musulmani, possono aumentare i rischi legati ai fenomeni di proselitismo islamico e di radicalizzazione. Viene osservato giustamente che "l'incidenza del proselitismo, molto spesso, è dovuta non tanto a ragioni strettamente spirituali, quanto piuttosto ad un tentativo di rivincita o di risposta in termini di contrapposizione al sistema ospitante, sentito come fortemente discriminatorio". In tema di prevenzione si mette in evidenza poi l'opportunità di garantire la coesistenza dei gruppi multiculturali, da realizzarsi attraverso "la creazione di un gruppo sovraordinato che non vada a sostituirsi a quelli originari ma vada ad aggiungersi e a coesistere con essi...". La ratio di tale strategia sta nella previsione che in tal modo si eviti il senso d'insicurezza e minaccia grazie all'appartenenza al gruppo originario, e attraverso la creazione di un gruppo sovraordinato includente si possa sviluppare il confronto fra culture diverse. Cfr. Giovanni La Sala, *Il rischio di proselitismo religioso di matrice islamica. La gestione della socialità*, in Istituto superiore di studi penitenziari, *La radicalizzazione del terrorismo islamico*, cit., pp. 73-83.

⁶⁵ L'avere una identità solidamente fondata e restarne in possesso tutta la vita limita la possibilità di controllare in modo adeguato il proprio percorso esistenziale condizionando fortemente la capacità di adattamento e di integrazione col contesto sociale in cui ci si trova. Cfr. Zygmunt Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, Il Mulino, (1999).

⁶⁶ Nel disorientamento che il musulmano incontra in carcere, il rapporto con la dimensione religiosa appare spesso

come l'unica risorsa capace di garantire un punto di vista e un principio interpretativo utili a elaborare il significato della propria condizione. Cfr. Salvatore Parisi, *La vigilanza e l'osservazione della Polizia penitenziaria nei confronti di detenuti di matrice terroristica radical religiosa*, in Istituto superiore di studi penitenziari, *La radicalizzazione del terrorismo islamico*, cit., pp. 83-95.

lerante e in antitesi col sistema ospitante⁶⁷. Un atteggiamento di questo tipo, infatti, rischierebbe di alimentare forme di intolleranza che, finendo col divenire “croniche”, contribuirebbero a creare il terreno fertile per lo sviluppo di rilevanti forme di estremismo.⁶⁸ Rappresentare in modo superficiale ed erroneo le religioni come fattore principale di instabilità e sociale e compromissione della sicurezza indebolisce infatti il sistema democratico e costituisce un ostacolo alla costruzione di una società interculturale⁶⁹.

In conclusione anche le carceri italiane sono chiamate ad adottare una prospettiva di gestione dell'organizzazione penitenziaria che sia il più possibile inclusiva delle istanze religiosamente orientate dei detenuti, secondo le dinamiche proprie del diritto interculturale, fornendo strumenti di differenziazione dei percorsi detentivi attuando, ove necessario, attività di controllo e monitoraggio che concilino il rispetto del detenuto e dei suoi diritti umani fondamentali con le prioritarie esigenze di sicurezza connesse alla natura e alla funzione dei luoghi di detenzione⁷⁰.

RELIGIOUS FREEDOM IN ITALIAN PENITENTIARY SYSTEM AND THE CHALLENGES OF MULTICULTURAL SOCIETY

Key words: religious freedom, prison, multiculturalism, representation, spiritual assistance

Summary

The article examines the problems related to the protection of religious freedom in Italian prisons. Italian penitentiary system is actually characterized by a series of problems, starting with the problem of overcrowding, which makes it difficult to ensure to the prisoners the fundamental rights that should be granted to them, including first and foremost the right to protection of their religious belongings. In this context, the religious freedom protection and the necessity to re-organize prisons structure is part of the widest phenomenon of globalization in the multicultural society with an increasing presence on Italian territory of religious groups other than Catholic, especially Muslims. The article examines Italian laws about spiritual assistance in jails, analyzing the difference between Catholic Church and other religions. In the second part of the article have been examined the main problems related to the respect of religious freedom, with regard to the participation of prisoners to the main ceremonies of their confession during holidays, the problem of the relationship between food and religion, and of the qualification of worship ministers.

⁶⁷ E' necessario stabilire un nuovo equilibrio tra sicurezza e libertà, tra azione degli Stati e delle religioni, in modo che i diritti umani siano rafforzati e non indeboliti. Cfr. Gaetano Dammacco, *La politica delle religioni: la libertà religiosa tra persona e Stato*, in Autori Vari, *Oltre i confini*, cit., p. 259;

⁶⁸ Per un'analisi delle cause della diffusione del terrorismo di matrice religiosa cfr. Mark Juergensmeyer, *Terroristi in nome di Dio*, Laterza, Bari, (2003); Angelo Iacovelli e Alberto Ventura, *Il fondamentalismo islamico*, Isiao, (2006).

⁶⁹ Sul rapporto tra religioni e sicurezza si veda l'interessante contributo di Roberto Mazzola, *La convivenza delle regole: diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, Giuffrè, (2005).

⁷⁰ Cfr. Pierluigi Consorti, *Hanno ragione tutti! Profili di gestione dei conflitti interculturali ed interreligiosi*, in *Gestire i conflitti interculturale ed interreligiosi. Approcci a confronto*, a cura di P. Consorti, Andrea Valdambrini, Pisa, Plus, (2009), pp. 9-30.

Martyna Seroka

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Odrzucenie ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny – słuszna decyzja czy błąd ustawodawcy?

Słowa kluczowe: Rzecznik Praw Rodziny, prawa rodziny, Rzecznik Praw Dziecka

Wstęp

Celem artykułu jest przybliżenie instytucji Rzecznika Praw Rodziny, która została przedstawiona Marszałkowi Sejmu w roku 2012 w projekcie ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny. Projekt od początku wzbudzał kontrowersje i sprzeciwy – wskazywano, że jest to tworzenie nowej, niepotrzebnej instytucji, zbliżonej kompetencyjnie do Rzecznika Praw Obywatelskich czy Rzecznika Praw Dziecka. Rzecznik Praw Rodziny, zdaniem adwersarzy politycznych wnioskodawców, miał powielać funkcje już istniejące, a jednocześnie generować nowe, dodatkowe i nieuzasadnione koszty. Jednakże polski ustawodawca chroni konstytucyjnie rodzinę, a także wspiera ją poprzez działalność różnych organów i instytucji. Ale, jak pokazują badania statystyczne, małżeństwa wciąż rozpadają się, a tym samym rozpadają się i rodziny. Nasuwa się więc pytanie, czy istniejące już podmioty wspierające polską rodzinę wykonują swoje zadania w sposób wystarczający, czy też konieczna jest zmiana i utworzenie nowego organu, który kompleksowo będzie umacniać funkcjonowanie rodziny, a także strzec przestrzegania jej praw. Dnia 9 listopada 2012 r. Sejm odrzucił w I czytaniu projekt ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny. Autorka zatem zastanawia się, czy odrzucenie przez Sejm projektu ustawy było decyzją uzasadnioną, czy też działania te podjęto pochopnie.

1. Rzecznik Praw Rodziny w projekcie ustawy

Dnia 15 maja 2012 r. Klub Parlamentarny Solidarna Polska złożył Marszałkowi Sejmu RP Ewie Kopacz projekt ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny. Do reprezentowania wnioskodawców w pracach nad projektem ustawy upoważniony został poseł Tadeusz Woźniak.

Zgodnie z projektem ustawy, Rzecznik Praw Rodziny miał stać na straży naturalnych praw rodziny oraz norm określonych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, ratyfikowanych przez Polskę umowach międzynarodowych, ustawach i w innych przepisach prawa, a także w dokumentach nie podlegających ratyfikacji, w celu poszanowania godności, praw, obowiązków i odpowiedzialności każdego z członków rodziny oraz obowiązków i odpowiedzialności państwa, instytucji i osób wobec rodziny¹.

Rzecznik Praw Rodziny (dalej: RPR, Rzecznik) miał kierować się dobrem rodziny jako całości, ale i każdego z jej członków z osobna, gdyż naturalnym środowiskiem każdego człowieka jest jego rodzina. Ponadto, mając na uwadze dobro państwa oraz dobro ludzkości, projektowaną rolę Rzecznika miała być troska o rodzinę, ochronę jej praw w RP i o umacnianie instytucji rodziny w Polsce i za granicą².

W zamierzeniu projektodawców kandydat na Rzecznika winien być obywatelem polskim, posiadać pełną zdolność do czynności prawnych i korzystać z pełni praw publicznych, ukończyć studia wyższe (tytuł magistra lub równorzędny) albo posiadać stopień naukowy, posiadać wiedzę i doświadczenie, które dadzą rękojmię prawidłowego sprawowania funkcji. Wśród przymiotów, którymi powinien cechować się kandydat na Rzecznika Praw Rodziny wymieniono odpowiedni stan zdrowia, nieskazitelny charakter, wysoki autorytet oraz niekaralność za przestępstwo umyślne³.

Wymogi formalne dla kandydata na RPR są zbliżone do wymogów formalnych dla Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO), czy Rzecznika Praw Dziecka (dalej: RPD). W stosunku do RPR nie wymagano wykształcenia wyższego prawniczego (jak to jest w przypadku RPO) oraz co najmniej pięcioletniego doświadczenia w pracy z dziećmi lub na ich rzecz (jak to jest w przypadku RPD). Kadencja Rzecznika miała trwać 5 lat, podobnie jak RPO czy RPD. Rzecznik Praw Rodziny w swoim działaniu miał być niezależny, neutralny politycznie, objęty zasadą *incompatibilitas*, a także immunitetem formalnym⁴.

Zgodnie z projektem Rzecznik mógłby podejmować zadania wobec każdej rodziny, w której co najmniej jeden członek posiada obywatelstwo polskie. Projektodawca zdefiniował także pojęcie „rodziny”, przytaczając aż sześć jej rodzajów, tj. pełna, bezdzietna, wielodzietna, zastępcza, niepełna, zrekonstruowana⁵. Ponadto odbiorcą działań Rzecznika miały być także rodziny imigrantów, którzy są osiedleni na terenie RP lub przebywają tylko czasowo na terenie kraju⁶. Przepis art. 3 projektu dotyczył zadań Rzecznika. Zakładano, że podejmie on działania mające na celu m.in. zapewnienie

¹ Art. 1 ust. 2 projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny.

² Zob. art. 1 ust. 3-4 projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny.

³ Zob. art. 1 ust. 6 projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny.

⁴ M. Seroka, *O projektowanych zadaniach Rzecznika Praw Rodziny*, [w:] „Człowiek – rodzina – prawo”, 2012, nr 7, s. 10.

⁵ Zob. art. 1 ust. 5 oraz art. 2 ust. 1-7 projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny.

⁶ Zob. art. 1 ust. 5 projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny.

rodzinie bezpieczeństwa, rozwoju, czy poszanowania jej godności. Rzecznik miał działać na rzecz ochrony i umocnienia rodziny, w szczególności podejmując działania dotyczące ochrony prawa do życia od poczęcia do naturalnej śmierci, prawa do życia i wychowania w rodzinie, prawa rodziny do godziwych warunków socjalnych, promocji tradycyjnej rodziny oraz praw jej przynależnych, przeciwdziałania patologii w rodzinie, maksymalnego otoczenia rodziny i wszystkich jej członków odpowiednią opieką, należną troską i pomocą we wszystkich przypadkach i sprawach, w których rodzina tej opieki, troski i pomocy potrzebuje⁷.

2. Uwagi do projektu

Projekt ustawy został poddany analizie zgodności z prawem Unii Europejskiej, a także czy jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej. 25 maja 2012 r. wydano dwie opinie prawne:

- 1) w sprawie zgodności z prawem Unii Europejskiej poselskiego projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny, w konkluzji której stwierdzono, że projekt ustawy nie jest objęty prawem UE⁸.
- 2) w sprawie stwierdzenia – w trybie art. 95a ust. 3 regulaminu Sejmu czy poselski projekt ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej, w konkluzji której stwierdzono, że nie jest takim projektem⁹.

Projekt ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny badany był także pod kątem zgodności z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych¹⁰. Jak zauważył Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, wątpliwości wzbudzała kwestia powiadamiania przez Rzecznika Praw Rodziny osoby lub organizacji, która zgłosiła informację o naruszeniu praw lub dobra rodziny, w przypadku podjęcia przez Rzecznika działania, o jego skutkach¹¹.

Najwięcej jednak uwag do projektu ustawy wniósł Sąd Najwyższy, który wskazał zarówno zalety projektu, jak i jego liczne niedociągnięcia. Sąd Najwyższy stwierdził, że mimo jednoznacznych rozwiązań prawnych, które przypisują małżeństwu i rodzinie szczególną pozycję i mimo objęcia ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej tych instytucji, w licznych niestety

⁷ Zob. art. 3 projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny.

⁸ Opinia prawna Biura Analiz Sejmowych z dnia 25 maja 2012 r. (nr pisma BAS-WAPEiM-1221/12).

⁹ Opinia prawna Biura Analiz Sejmowych z dnia 25 maja 2012 r. (nr pisma BAS-WAPEiM-1222/12).

¹⁰ Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.

¹¹ Pismo Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 6 lipca 2012 r. (nr pisma DOLiS-033-309-12/AFS/11622); por. art. 9 ust. 2 projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny.

przypadkach nie funkcjonują one należycie¹². Realizacja założeń konstytucyjnych napotyka rozliczne trudności będące, zdaniem Sądu Najwyższego, skutkiem dynamicznych zmian społecznych, obyczajowych, czy też demograficznych¹³. Model rodziny, który został oparty na heteroseksualnym małżeństwie, zaczął tracić na znaczeniu. Sąd Najwyższy zauważył, że trudności, które dotyczą współczesną rodzinę to „opóźnianie decyzji o zawarciu małżeństwa i urodzeniu pierwszego dziecka, nowej podejście opinii społecznej do zjawiska kohabitacji przedmałżeńskiej, związków osób tej samej płci, radykalnego wzrostu udziału urodzeń pozamałżeńskich (...)”. Ponadto zmniejszyła się liczba dzieci i młodzieży, a także utrzymał się wysoki poziom rozwodów, a liczba orzekanych separacji oscyluje na poziomie ok. 3 tys. rocznie¹⁴. W związku z tym, zdaniem Sądu Najwyższego, instytucje chroniące i opiekujące się rodziną nie funkcjonują należycie, a więc „bicie na alarm”, którego Sąd dopatrywał się w uzasadnieniu projektowanej ustawy, nie jest więc bezpodstawne i powinno być przyjęte z najwyższą powagą¹⁵.

Sąd Najwyższy przedstawił też w opinii kilka niedociągnięć wnioskodawców:

- 1) projekt nie realizuje zasad techniki prawodawczej w sposób zadowalający¹⁶;
- 2) brak analizy rozdziału kompetencji pomiędzy Rzecznikiem Praw Dziecka a Rzecznikiem Praw Rodziny¹⁷;
- 3) nieprecyzyjne wskazanie kosztów powołania nowego urzędu¹⁸;
- 4) wątpliwości co do celowości definicji „rodziny” i jej kategorii¹⁹;

¹² Por. Sąd Najwyższy Biuro Studiów i Analiz, *Opinia o poselskim projekcie ustawy „o Rzeczniku Praw Rodziny” z dnia 5 sierpnia 2012 r.*, s. 3.

¹³ Ibidem, s. 2.

¹⁴ Ibidem, s. 2-3.

¹⁵ Ibidem, s. 3.

¹⁶ Ibidem, s. 4; Zgodnie z § 1 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” z dnia 20 czerwca 2002 r. (Dz.U. Nr 100, poz. 908) w ustawie powinny znaleźć się ustalenia potencjalnych, prawnych i innych niż prawne środków oddziaływania umożliwiających osiągnięcie zamierzonych celów; określenie przewidywanych skutków społecznych, gospodarczych, organizacyjnych, prawnych i finansowych każdego z rozważanych rozwiązań.

¹⁷ Ibidem, s. 4.

¹⁸ Ibidem; zdaniem Sądu Najwyższego gdyby Rzecznik działał tak jak RPD to koszty wyniosłyby ok. 10 mln, zaś, gdyby działał tak jak RPO, to ok. 35-40 mln zł rocznie. Ponadto zdaniem Sądu, RPR miałby znacznie szerszy krąg adresatów niż RPD, a jego ochroną objęte zostałyby małżeństwa, dzieci, krewni, powinowaci pozostające we wspólnym gospodarstwie domowym, a także rodziny niepełne. W związku z tym koszty funkcjonowania nowego organu w państwie powinny być zostać dokładnie przeanalizowane.

¹⁹ W art. 2 projektu ustawy definiuje się pojęcie rodziny pełnej, bezdzietnej, wielodzietnej, zastępczej, niepełnej (t.j. osieroconej, rozbitej trwale, rozbitej czasowo, rodzinę niezamężnej matki lub nieżonatego ojca pozostającego z dzieckiem lub dziećmi), zrekonstruowanej. Zdaniem Sądu, element definicji rodziny, nazwanej „pełną” jest definicją małżeństwa. Można zatem mieć wątpliwości co do celowości tych definicji, szczególnie, że pojęcie małżeństwa można sformułować odwołując się do art. 18 Konstytucji oraz przepisów K.r.o. Wątpliwość Sądu budzi także definicja rodziny bezdzietnej, tj. czy mieści się w tej kategorii rodzin małżeństwo bezdzietne wskutek niepłodności, które nie dokonało przysposobienia dzieci? Zdaniem autorki,

- 5) mylnie posługiwanie się pojęciem „podmiotowość rodziny”²⁰;
- 6) kopiowanie zapisów ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka²¹;
- 7) bardzo szeroko i ogólnikowo zostały sformułowane obowiązki i uprawnienia Rzecznika Praw Rodziny, a pośrednio prawa rodziny, których Rzecznik miałby bronić²²;
- 8) brak inicjatywy ustawodawczej Rzecznika²³;
- 9) brak możliwości przedstawienia Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego²⁴;
- 10) dyskusyjne kryteria powołania Rzecznika²⁵.

wątpliwość budzi także zwrot „małżeństwo ukierunkowane na przekazanie życia lub przysposobienie”, czy to oznacza, że małżonkowie, którzy świadomie nie planują potomstwa nie będą podlegali zainteresowaniu Rzecznika jako rodzina? Jak zatem Rzecznik badałby „ukierunkowanie na przekazywanie życia lub przysposobienia”?

²⁰ Ibidem, s. 6; Sąd Najwyższy zauważył, że pojęcie „podmiotowości prawnej” nie jest używane w systemie prawa polskiego. Kodeks cywilny definiuje „zdolność prawną”, którą mają wszystkie osoby fizyczne należące do rodziny. Zatem, zdaniem Sądu, każdy członek rodziny jest „podmiotem prawa”, ale ani małżeństwo, ani rodzina składająca się z małżonków, dzieci, krewnych i powinowatych nie ma takiej kwalifikacji prawnej.

²¹ Ibidem, s. 6; Sąd Najwyższy wskazał na identyczne zapisy ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka z ustawą o Rzeczniku Praw Rodziny: prawo do życia (podobieństwo art. 2 ust. 1 ustawy o RPD z art. 3 ust. 2 pkt a i b ustawy o RPR); ochrona zdrowia (podobieństwo art. 3 ust. 2 pkt 1 ustawy o RPD z art. 3 ust. 2 pkt c ustawy o RPR); prawo dziecka do wychowania w rodzinie (podobieństwo art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy o RPD z art. 3 ust. 2 pkt b ustawy o RPR); prawo dziecka (jako członka rodziny) do godziwych warunków socjalnych (podobieństwo art. 3 ust. 2 pkt 3 ustawy o RPD z art. 3 ust. 2 pkt f ustawy o RPR); prawo do nauki (podobieństwo art. 3 ust. 2 pkt 4 ustawy o RPD z art. 3 ust. 2 pkt g ustawy o RPR); ochrona przed okrucieństwem, wyzyskiem, demoralizacją, innym złym traktowaniem (podobieństwo art. 3 ust. 3 ustawy o RPD z art. 3 ust. 3 ustawy o RPR); troska o osoby niepełnosprawne i udzielenie im pomocy (podobieństwo art. 3 ust. 4 ustawy o RPD z art. 3 ust. 3 ustawy o RPR). Jak słusznie Sąd zauważył, powierzanie takich samych obszarów działania kilku podmiotom może doprowadzić do sporów kompetencyjnych.

²² Ibidem, s. 7. Projektodawcy używają słów mało precyzyjnych, np. art. 3 ust. 2 pkt j: (...) Rzecznik ma chronić prawo rodziny do maksymalnego korzystania ze wszelkich zdobyczy nauki, kultury i różnego rodzaju zdobyczy cywilizacyjnych (...), czy w innym miejscu – art. 3 ust. 3 pkt m: (...) maksymalne otoczenie rodziny i jej członków odpowiednią opieką i pomocą we wszystkich przypadkach i sprawach (...). Sąd stwierdził, że tak sformułowane zadania są niewykonalne.

²³ Ibidem, s. 7. Zgodnie z art. 118 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. inicjatywa ustawodawca przysługuje posłom, senatorom Prezydentowi RP, Radzie Ministrów, a także grupie co najmniej 100 000 obywateli. Gdyby wyposażać Rzecznika Praw Rodziny w to uprawnienie, mógłby on występować z inicjatywą.

²⁴ Ibidem, s. 7-8. Na podstawie art. 60 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. Nr 240, poz. 2052 z późn. zm.) jeżeli w orzecznictwie sądów powszechnych, sądów wojskowych lub Sądu Najwyższego ujawnią się rozbieżności w wykładni prawa, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego może przedstawić wniosek o ich rozstrzygnięcie Sądowi Najwyższemu w składzie siedmiu sędziów lub innym odpowiednim składzie. Zgodnie z § 2 z wnioskiem tym mogą wystąpić również Rzecznik Praw Obywatelskich i Prokurator Generalny oraz, w zakresie swojej właściwości, Rzecznik Praw Dziecka, Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego i Rzecznik Ubezpieczonych. A zatem pożądane byłoby, aby Rzecznik Praw Rodziny również posiadał możliwość zwracania się do Sądu Najwyższego, aby móc działać na rzecz wyjaśniania rozbieżności w wykładni prawa przepisów dotyczących rodziny.

²⁵ Ibidem, s. 8. Zgodnie z art. 4 ust. 1 projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny, Rzecznika powołuje Sejm, za zgodą Senatu, na wniosek Marszałka Sejmu, Marszałka Senatu, gru-

3. Poselska dyskusja nad projektem ustawy

Dnia 7 listopada 2012 r. na 25. posiedzeniu Sejmu odbyło się pierwsze czytanie projektu ustawy. Poseł Solidarnej Polski, Tadeusz Woźniak, zaprezentował ww. projekt Wysokiej Izbie. W swoim wystąpieniu nawiązywał do uwag Sądu Najwyższego, które Sąd zawarł w uzasadnieniu do wyroku z dnia 13 kwietnia 2005 r.²⁶; do uwag Trybunału Konstytucyjnego, który w uzasadnieniu do wyroku z dnia 12 kwietnia 2011 r.²⁷ zawarł rozważania dotyczące rodziny; do art. 71 ust. 1 Konstytucji RP, wg którego państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny. Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych (tzw. prawo rodziny do szczególnej pomocy państwa). Jak wskazał poseł-sprawozdawca, „druga połowa XX wieku zintensyfikowała autonomię człowieka wobec narodu, społeczności lokalnych i mikrogrup i innych ludzi, a tym także w stosunku do własnego rodziny. Autonomizacja jednostki implikuje więc procesy indywidualizacji zachowań wewnątrz rodziny, co zaburza jej funkcjonowanie, a w skrajnej formie prowadzi do jej rozpadu. Epoka postindustrialna wymienione procesy zwielokrotniła i zintensyfikowała. Kształtuje się przy tym nowa hierarchia dóbr rodzinnych. Indywidualizacja wewnątrzrodzinna oraz dążenie do wysokiej jakości życia rodzinnego uzupełniają się i zachodzą na siebie”²⁸. Poseł T. Woźniak zwrócił uwagę na emigrację obywateli – „w 2010 r. za granicą przebywało ok. 2 mln polskich obywateli, którzy wyemigrowali głównie

py co najmniej 15 posłów, co najmniej 7 senatorów lub grupy co najmniej 100 tysięcy pełnoletnich obywateli, gdzie Rzecznika Praw Dziecka powołuje Sejm, za zgodą Senatu, na wniosek Marszałka Sejmu, Marszałka Senatu, grupy co najmniej 35 posłów lub co najmniej 15 senatorów (art. 4 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka, Dz.U. Nr 6, poz. 69 z późn. zm.), a Rzecznika Praw Obywatelskich powołuje Sejm za zgodą Senatu na wniosek Marszałka Sejmu albo grupy 35 posłów (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, jednolity tekst: Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 z późn. zm.).

²⁶ Wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., sygn. akt IV CK 648/04 (OSNC z 2006 r. Nr 3, poz. 54): W obowiązującym stanie prawnym nie istnieje legalna definicja pojęcia „rodziny”. (...) Można przyjąć, że w przeważającej większości akty prawne zaliczają do rodziny małżonków, ich dzieci wspólne, dzieci drugiego małżonka, dzieci przysposobione, przyjęte na wychowanie w ramach rodziny zastępczej, dzieci znajdujące się pod opieką (prawną), a niekiedy nawet dzieci obce przyjęte na wychowanie i utrzymanie, jeśli rodzice nie żyją lub nie mogą zapewnić im utrzymania albo też zostali pozbawieni lub ograniczeni we władzy rodzicielskiej. (...) W obowiązującym stanie prawnym definiując pojęcie „rodziny” można – jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie – użyć następujących kryteriów: pokrewieństwo, małżeństwo, przysposobienie, powinowactwo, rodzina zastępcza i pozostawanie we wspólnym gospodarstwie domowym. Można zatem zaaprobować definicję rodziny jako najmniejszej grupy społecznej, powiązanej poczuciem bliskości i wspólności, osobistej i gospodarczej, wynikającej nie tylko z pokrewieństwa.

²⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt SK 62/08 (OTK-A 2011, Nr 3, poz. 22).

²⁸ Sprawozdanie Stenograficzne z 25. Posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 7 listopada 2012 r. (pierwszy dzień obrad), Warszawa 2012, s. 66.

w celach zarobkowych [...]”, a także na wzrost konfliktów małżeńskich „według wstępnych danych z 2011 r. rozwiodło się w Polsce ok. 65 tys. par małżeńskich, to jest o ponad 3 tys. więcej niż w roku poprzednim. W stosunku do kolejnych 3 tys. par orzeczono separację”²⁹. Poseł-sprawozdawca podkreślił także szczególną troskę o rodzinę Kościoła Katolickiego i innych związków wyznaniowych oraz kościołów. Nawiązał do Karty Praw Rodziny, wydanej przez Stolicę Apostolską 22 października 1983 r., której celem jest przedstawienie zarówno chrześcijanom, jak i niechrześcijanom podstawowych praw właściwych owej naturalnej i powszechnej społeczności jaką jest rodzina. Poseł T. Woźniak przywołał także nauczanie Jana Pawła II, który wielokrotnie podkreślał, że rodzina to największy skarb narodu³⁰. Wreszcie podkreślił, że Rzecznik ma „wspierać państwo polskie i wszystkie rodziny, odciążając jednocześnie Rzecznika Praw Obywatelskich i Rzecznika Praw Dziecka, a którymi z mocy ustawy ma współpracować, i wykonywać jedynie zadania względem rodziny, jakie nakłada na niego ustawa”³¹.

W trakcie dyskusji nad projektem głos zabrało wielu przedstawicieli Parlamentu. Część z nich odniosła się do projektu krytycznie, część – pomysł poparła. Przeciwno projektowi byli posłowie z klubów Platformy Obywatelskiej, Polskiego Stronnictwa Ludowego, Ruchu Palikota i Sojuszu Lewicy Demokratycznej.

Poseł Sławomir Jan Piechota (PO) wskazał jako zasadniczą wadę niedostateczny rozdział kompetencji między Rzecznikiem Praw Rodziny a Rzecznikiem Praw Obywatelskich i Rzecznikiem Praw Dziecka. W tym zakresie odwołał się do opinii Sądu Najwyższego, który zwrócił uwagę na sformułowanie „podmiotowość rodziny”, czy wreszcie skomentował, że nowy urząd spowoduje dodatkowe koszty. Na koniec wypowiedzi spointował: „Pomagajmy dobrze, czyli umiejętnie i skutecznie, a nie na pokaz”³².

Z kolei poseł Artur Górczyński (RP) stwierdził, że skoro proponowany Rzecznik będzie kierował się normami określonymi w Karcie Praw Rodziny, to wykluczy stosowanie środków antykoncepcyjnych, czy też aborcję, *in vitro*, czy związki partnerskie. Ponadto poseł zauważył, że zadania Rzecznika kopiują zadania instytucji istniejących, a także zwrócił uwagę na „art. 3 pkt 2 a projektu, gdzie jest mowa o życiu od poczęcia do śmierci, czyli wprowadza się tylnymi drzwiami – może inaczej, żeby było to dla Was jaśniejsze: od zakrystii – wykluczenie z urzędu aborcji”. Reasumując poseł nie doszukał się żadnej rewolucji w projekcie i uznał utworzenie instytucji Rzecznika Praw Rodziny za niepotrzebne koszty³³.

Kolejny mówca, poseł Piotr Walkowski (PSL), mimo, że w zasadzie pochwalił odbywającą się dyskusję, bo jak stwierdził „pojawiły się sprawy załamania instytucji rodziny”, a kilka lat temu rozwody dotyczyły 30%

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem, s. 67-68.

³¹ Ibidem, s. 69.

³² Ibidem, s. 70-71.

³³ Ibidem, s. 73.

małżeństw, a obecnie liczba rozwodów stanowi połowę liczby zawieranych rocznie małżeństw, ostatecznie oświadczył, że PSL nie poprze wniosku, bo wprowadziłoby to troszeczkę galimatias w naszym prawodawstwie³⁴.

Następna prelegentka, poseł Anna Bańkowska (SLD) stwierdziła, że należy do osób, które doceniają rolę rodziny. Jednocześnie jednak zaznaczyła, że jej zdaniem i kolegów klubowych problem nie polega na mnożeniu bytów urzędniczych. Chodzi o to, że instytucje już istniejące nie mogą sobie poradzić ze skrupulatnym rozwiązywaniem problemów. Ważne jest, aby w każdym działaniu kierowały się dobrem rodziny. Pożądane jest prowadzenie właściwej polityki prorodzinnej, zdrowotnej, zapewnienie rodzinie właściwej pomocy społecznej itd. I właśnie w tym, zdaniem posłanki A. Bańkowskiej, tkwi problem rodziny³⁵.

Przedstawiciele klubów Solidarnej Polski, a także Prawa i Sprawiedliwości opowiadali się za przyjęciem projektu do dalszych prac. Wskazywali oni, że rodzina znalazła się w poważnym kryzysie i nowy urząd pomógłby ją chronić³⁶. Pomysł utworzenia RPR poparła posłanka Anna Elżbieta Sobiecka (PiS) wskazując, że „liczne zjawiska patologiczne, od osamotnienia po przemoc i narkomanie, można tłumaczyć także tym, że rodziny straciły swoją tożsamość i przestały odgrywać właściwą sobie rolę”. Posłanka zwróciła uwagę na fakt, że instytucja rodziny w licznych przypadkach nie funkcjonuje należycie (wysoki poziom rozwodów, czy ilość separacji)³⁷.

Z kolei poseł Andrzej Dąbrowski (SP) zauważył, że „rodzina i państwo pełnią rolę, a raczej – powinny pełnić względem siebie – role służebne. Państwo powinno służyć rodzinie i jej harmonijnemu rozwojowi, a rodzina otwarta na potrzeby społeczne poprzez zaspokajanie własnych potrzeb winna służyć państwu jako dobru wspólnemu”. Ponadto poseł A. Dąbrowski podkreślił, że ani Rzecznik Praw Obywatelskich, ani Rzecznik Praw Dziecka nie zajmują się *stricte* sprawami rodziny³⁸.

Natomiast poseł Leszek Dobrzański (PiS) podkreślił, że obywatele w naszym państwie mają pewien problem z egzekucją swych praw. Nie widać też, zdaniem posła, woli państwa, by określić, że rodzina jest najbardziej pożądaną formą funkcjonowania naszej społeczności na jej najniższym szczeblu organizacyjnym. W świetle tego, rzecznik mógłby stać się istotnym wsparciem dla rodzin, wzmocnieniem ich głosu i czynnikiem stabilizującym ich pozycję prawną wobec państwa³⁹.

Następnie poseł Marzena Machałek (PiS) stwierdziła, że pewne działania i słowa to propagowanie postaw przeciwko rodzinie jako naturalnej,

³⁴ Ibidem, s. 74.

³⁵ Ibidem, s. 75.

³⁶ Kronika Sejmowa..., Kancelaria Sejmu nr 25 (750), 15 listopada 2012 r., s. 21.

³⁷ Sprawozdanie Stenograficzne..., s. 72.

³⁸ Ibidem, s. 76.

³⁹ Ibidem, s. 77.

najbardziej wartościowej komórce społecznej. Dlatego inicjatywa powołania rzecznika jest jak najbardziej wartościowa⁴⁰.

Podczas debaty za przekazaniem projektu ustawy do dalszych prac opowiedziały się kluby Prawa i Sprawiedliwości oraz Solidarnej Polski. Przeciwno byli posłowie z klubów Platformy Obywatelskiej, Polskiego Stronnictwa Ludowego, Ruchu Palikota oraz Sojuszu Lewicy Demokratycznej. Wniosek o odrzucenie projektu ustawy w pierwszym czytaniu złożyli przedstawiciele klubów: Platformy Obywatelskiej oraz Ruchu Palikota⁴¹. Zdaniem autorki była to decyzja pochopna. Istniała jednak możliwość przekazania projektu ustawy właściwej komisji sejmowej, gdzie wiele niuansów i braków mogłoby zostać wyjaśnionych i uzupełnionych, tym bardziej, że gotowość do dalszej współpracy na tym polu zgłaszał poseł-sprawozdawca⁴².

Dnia 9 listopada 2012 r. odbyło się głosowanie nad przyjęciem wniosku o odrzucenie w pierwszym czytaniu poselskiego projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny. W głosowaniu brało udział łącznie 427 posłów. Za odrzuceniem projektu ustawy opowiedziało się 282 posłów, przeciwnych było 143, a 2 wstrzymało się od głosu.

Klub/Koło	Liczba członków	Głosowało	Za	Przeciw	Wstrzymało się	Nie głosowało
PO	206	200	200	–	–	6 ^a
PiS	137	126	–	126	–	11 ^b
RP	43	37	37	–	–	6 ^c
PSL	28	25	23	–	2	3 ^d
SLD	25	21	21	–	–	4 ^e
SP	19	16	–	16	–	3 ^f
Niezależni	2	2	1	1	–	–

^a Nieobecni posłowie z PO: Jarosław Gowin, Sławomir Kowalski, Barbara Kudrycka, Donald Tusk, Norbert Wojnarowski, Jadwiga Zakrzewska.

^b Nieobecni posłowie z PiS: Jacek Falfus, Mariusz Orion Jędrysek, Tomasz Kaczmarek, Elżbieta Kruk, Marek Opiola, Jacek Osuch, Dariusz Seliga, Witold Waszczykowski, Michał Wojtkiewicz, Anna Zalewska, Łukasz Zbonikowski.

^c Nieobecni posłowie z RP: Marek Domaracki, Wanda Nowicka, Wojciech Penkalski, Andrzej Piątak, Marek Stolarski, Maciej Wydrzyński.

^d Nieobecni posłowie z PSL: Waldemar Pawlak, Franciszek Jerzy Stefaniuk, Andrzej Sztorc.

^e Nieobecni posłowie z SLD: Eugeniusz Czykwin, Tomasz Kamiński, Zbyszek Zaborowski, Ryszard Zbrzyzny.

^f Nieobecni posłowie z SP: Mieczysław Golba, Jan Ziobro, Kazimierz Ziobro.

Źródło: www.sejm.gov.pl (dostęp na dzień 30 listopada 2012 r.).

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Kronika Sejmowa..., s. 21.

⁴² Sprawozdanie Stenograficzne..., s. 83.

4. Wnioski

Czy zatem odrzucenie przez parlamentarzystów projektu ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny było słuszną decyzją? Wnioskodawcy przedstawili projekt, który wzbudził wiele kontrowersji i zarzutów. Część postawionych obiekcji była całkowicie uzasadniona. Padały także inne argumenty świadczące o tym, że dyskutanci nie mieli pojęcia o czym mówią⁴³. Z całą pewnością należałoby raz jeszcze pochylić się nad projektem, doprecyzować niektóre pojęcia, przeanalizować zgłaszane uwagi zarówno posłów, jak i innych podmiotów. Niezwykle cenne są wskazówki Sądu Najwyższego. Projekt należałoby skorygować pod względem zasad techniki prawodawczej, szczegółowo skalkulować i uzasadnić koszty powołania Rzecznika, a także rozważyć zmianę kryteriów powołania tegoż organu, lub przy pozostawieniu wersji z projektu – merytorycznie je uzasadnić. Zarówno posłowie, jak i Prokurator Generalny, a także Sąd Najwyższy wskazywali na powielenie (częściowo) kompetencji Rzecznika Praw Dziecka w projekcie ustawy o Rzeczniku Praw Rodziny. Ten fragment projektu wnioskodawcy powinni poddać szczególnej analizie. Sąd Najwyższy w przywoływanej wyżej opinii sugerował zmodyfikowanie istniejącej instytucji Rzecznika Praw Dziecka, poszerzenie i wzmocnienie jego uprawnień, aby mógł w skuteczny sposób chronić prawo rodziny jako całości⁴⁴. Z tą koncepcją trudno się zgodzić, bowiem ochrona dzieci nie jest tożsama z ochroną rodziny. Zdaniem autorki, zadania obu Rzeczników winny zostać wyraźnie rozdzielone, przy jednoczesnym zachowaniu autonomii obu organów względem siebie, ale przy zastrzeżeniu wzajemnej współpracy. Jak wskazują sprawozdania z działalności Rzecznika Praw Dziecka, z roku na rok spraw i interwencji przybywa, zatem, aby Rzecznik Praw Dziecka mógł nadal wypełniać swoje zadania, musi on się skupić na działaniach dotyczących wyłącznie dzieci. Rozszerzanie jego kompetencji o ochronę dodatkowo praw rodziny, spowoduje obniżenie jakości działań na rzecz najmłodszych. Być może również zasadna byłaby wówczas zmiana nazwy funkcji Rzecznika Prawa Dziecka na np. Rzecznika Praw Rodziny i Dzieci, co wiązałby się ze zmianą brzmienia art. 72 ust. 4 Konstytucji RP oraz szeregu ustaw. Na uwzględnienie zasługuje sugestia Sądu Najwyższego, aby doposażyć Rzecznika Praw Rodziny w możliwość inicjatywy ustawodawczej, a także przedstawienia Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego. Pomysł jest trafiony, gdyż ranga Rzecznika, mimo, iż powołany byłoby do życia na mocy ustawy, wymaga,

⁴³ Poseł Piotr Chmielowski (RP) stwierdził, że „rodzina jest elementem nietrwałym”, a także „że w prawie kościelnym jest przewidziany element rozvodu” (Sprawozdanie Stenograficzne..., s. 79). Wypowiedź posła świadczy o braku wiedzy na temat trwałości małżeństwa w prawie polskim, a także znajomości podstawowych norm prawa kanonicznego. Postulat trwałości małżeństwa jest fragmentem ochrony rodziny, szczególnie wychowującej małoletnie dzieci (T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 26). Ponadto prawo kanoniczne nie zna pojęcia rozvodu, gdyż jednym z przymiotów małżeństwa jest nierozzerwalność.

⁴⁴ Sąd Najwyższy..., s. 9.

aby miał on szeroki wachlarz możliwości, by podejmowane przezeń działania były skuteczne.

Zatem odrzucenie przez parlamentarzystów projektu ustawy było po prostu uzasadnione. Jednakże, zdaniem autorki, wnioskodawcy nie powinni składać broni. Rodzina jest wartością samą w sobie, ponadczasową i bezcenną. Istotne znaczenie rodziny podkreślają także dokumenty międzynarodowe:

- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.⁴⁵ w art. 12 głosi, że mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa;
- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r.⁴⁶ w art. 23 ust. 1 stanowi, że rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i Państwa;
- Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z dnia 19 grudnia 1966 r.⁴⁷ w przepisie art. 10 ust. 1 zd. 1 głosi, iż należy udzielić jak najszerzej ochrony i pomocy rodzinie jako naturalnej i podstawowej komórce społeczeństwa, w szczególności przy jej zakładaniu i w okresie trwania odpowiedzialności rodziny za opiekę i wychowanie dzieci pozostających na jej utrzymaniu;
- Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych⁴⁸ w Preambule stanowi, że „Państwa-Strony niniejszej konwencji (...) wyrażając przekonanie, że rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci, powinna być otoczona niezbędną ochroną oraz wsparciem, aby mogła w pełnym zakresie wypełniać swoje obowiązki w społeczeństwie (...)”.

Ponadto rodzina jest przedmiotem ochrony w dokumentach Kościoła katolickiego. Z uwagi na fakt, że w Preambule Konstytucji RP znajduje się odesłanie do wartości chrześcijańskich, nie sposób, aby polski parlament nie wziął pod uwagę brzmienia dokumentów kościelnych:

- Karta Praw Rodziny, przedłożona przez Stolicę Apostolską wszystkim osobom, instytucjom i władzom zainteresowanym misją rodziny we współczesnym świecie z dnia 22 października 1983 r. stanowi w Preambule w pkt D i E, że rodzina to społeczność naturalna, istnieje wcześniej od Państwa i od jakiegokolwiek innej wspólnoty, posiadająca przyrodzone prawa, które są niezbywalne. Rodzina, będąca czymś znacznie więcej niż tylko zwykłą jednostką prawną, społeczną czy ekonomiczną, stanowi wspólnotę miłości i solidarności, jedyną do nauczania i przekazywania

⁴⁵ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

⁴⁶ Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

⁴⁷ Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.

⁴⁸ Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

- wartości kulturalnych, etycznych, społecznych, duchowych i religijnych, istotnych dla rozwoju i dobrobytu własnych członków oraz społeczeństwa. Ponadto w dalszych artykułach Karta precyzuje wiele praw rodziny;
- O poparciu należnym godności małżeństwa i rodziny wspomina także Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym *Gaudium et spes* Soboru Watykańskiego II (rozdział I);
 - Adhortacja apostolska Jana Pawła II *Familiaris Consortio* o zadaniach rodziny chrześcijańskiej w świecie współczesnym we wstępie podkreśla, że małżeństwo i rodzina stanowią jedno z najcenniejszych dóbr ludzkości. Kościół pragnie nieść swoją naukę i zaoferować pomoc tym, którzy znając wartości małżeństwa i rodziny, starają się pozostać im wierni; tym, którzy w niepewności i niepokoju poszukują prawdy; i tym, którzy niesłusznie napotykać na przeszkody w realizowaniu własnej wizji rodziny. Podtrzymując pierwszych, oświecając drugich i wspierając tych, którym stwarzane bywają trudności, Kościół pragnie służyć każdemu człowiekowi, zatroskanemu o losy małżeństwa i rodziny;
 - List Apostolski do rodzin Ojca Świętego Jana Pawła II *Gratissimam sane* z okazji Roku Rodziny 1994 w numerze 7 stanowi, że rodzina jest społecznością osób, dla których właściwym sposobem bytowania – wspólnego bytowania – jest „komunia”; zaś w numerze 17 odnaleźć można zapis, że rodzina jest wspólnotą osób, najmniejszą komórką społeczną, a jako taka jest instytucją podstawową dla życia każdego społeczeństwa.

Polska rodzina znajduje się także pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej, obok małżeństwa, macierzyństwa i rodzicielstwa (art. 18 Konstytucji RP). Ponadto obowiązek pomocy rodzinie przewiduje art. 71 Konstytucji stanowiący, że państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny. Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych. Ustawa o Rzeczniku Praw Dziecka również zawiera normy prawa odnoszące się do ochrony instytucji rodziny: Rzecznik przy wykonywaniu swoich uprawnień kieruje się dobrem dziecka oraz bierze pod uwagę, że naturalnym środowiskiem jego rozwoju jest rodzina⁴⁹; a dziecko ma prawo do wychowania w rodzinie⁵⁰.

Mimo licznych aktów prawnych chroniących rodzinę, zarówno na arenie międzynarodowej, jak i krajowej, polska rodzina przeżywa kryzys. *Spectrum* negatywnych czynników jest szerokie: bezrobocie, emigracja zarobkowa, ubóstwo, patologie, czy nadmierny konsumpcjonizm⁵¹. Do tego zaliczyć można upadek autorytetów (postawy dzieci i młodzieży często kreują „celebryci telewizyjni”, czy bohaterowie gier komputerowych), czy zagro-

⁴⁹ Art. 1 ust. 3 ustawy o RPD.

⁵⁰ Art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy o RPD.

⁵¹ Więcej zob. P. Hoffman, *Współczesne przyczyny dysfunkcji i patologii rodziny*, „Życie i Myśl”, Zeszyty problemowe (23), Olsztyn-Poznań-Warszawa 2008, s. 41.

żenia współczesności: cyberprzemoc, a nawet stalking⁵². Jak podnosili posłowie głosujący za odrzuceniem ustawy, istnieje już szereg instytucji i funkcji wspomagającej rodzinę⁵³, ale mimo to, wciąż mamy do czynienia z narastającymi problemami wokół rodziny, takimi jak: obrót żywnością GMO, *in vitro*, eutanazja, surogatki, aborcja. Poza tym, jak pokazuje przykład olsztyńskiej dziennikarki, mimo udziału organów ścigania, kobieta nadal jest nękana. Zatem okazuje się, że istniejące instytucje, nawet wypełniając rzetelnie swe zadania, nie są w stanie przeciwdziałać skutecznie.

Zakończenie

Kiedy do polskiego ustawodawstwa wchodziła instytucja Rzecznika Praw Dziecka sprzeciwów było porównywalnie tyle samo, co dziś względem omawianego projektu. Czas jednak pokazał, że pomysł był niezwykle trafny i dziś RPD może poszczycić się po 11 latach pracy wieloma sukcesami. Rzecznik Praw Dziecka przyznał w wystąpieniu *Miejsce prawa rodzinnego w polskim systemie prawnym*⁵⁴, że polskie prawo rodzinne nie nadąża za tymi zmianami społecznymi, które nastąpiły w ostatnich 20 latach. Brak w prawie rodzinnym definicji „rodziny”, czy skodyfikowania zasad prawa rodzinnego. Rzecznik Praw Dziecka powołał w 2012 r. Komisję Kodyfikacyjną Prawa Rodzinnego, która analizuje prawo rodzinne z punktu widzenia zabezpieczenia interesów dziecka i rodziny. Oznacza to, że ochrona rodziny wciąż wymaga dopracowania.

Odpowiadając na pytanie postawione we wstępie należy uznać, że słuszną decyzją było odrzucenie projektu z uwagi na jego liczne niedociągnięcia, jednakże błędem ustawodawcy będzie, jeśli już do prac nad ustawą dotyczącą powołania organu dedykowanego ochronie praw rodziny więcej nie powróci. Konieczne jest przygotowanie kolejnego projektu ustawy

⁵² Ciekawym przykładem jest smutna historia olsztyńskiej dziennikarki TVP Olsztyn Lidii Piechoty, która od kilku lat jest codziennie nękana przez stalkera. Otrzymuje ona kilkadziesiąt SMS-ów dziennie, głuche telefony i maile o dwuznacznej treści. Niedawno pojawiły się w tych wiadomościach także groźby. Dopóki stalking nie był przestępstwem (tj. przed 2011 r.) dziennikarka była bezradna. Ostatecznie sprawa trafiła do sądu, który, niestety, nie pozbawił wolności prześladowcy i stalker nadal nęka kobietę. Problem stał się jeszcze poważniejszy, gdy na świecie pojawiło się dziecko dziennikarki. Obecnie w mailach i SMS-ach sprawca przysyła informacje dotyczące także jej dziecka. Mimo interwencji policji i sądu, dziennikarka nadal jest pozostawiona sama sobie. Nasuwa się pytanie: jaki organ jest w stanie pomóc takiej rodzinie? (Informacje pochodzą z reportażu *Ekspres reporterów*, wyemitowanego w styczniu 2013 r. w TVP Olsztyn; zob. też: M. Kowalski, *Od lat tropi ją szalenciec, ale nikt nie może jej pomóc*, „Gazeta Wyborcza Olsztyn” z 7 stycznia 2013 r.).

⁵³ Więcej zob. M. Seroła, *Podmioty działające na rzecz zabezpieczenia interesów rodziny*, [w:] *Nauka o bezpieczeństwie. Istota, przedmiot badań i kierunki rozwoju. Studia i materiały*, t. I i II, (red.) L. Grochowski, A. Letkiewicz, A. Misiuk, Szczepiński 2011, s. 426-437.

⁵⁴ M. Michalak, *Dziecko nie ryba... Miejsce prawa rodzinnego w polskim systemie prawnym*, „Gazeta Prawna” z 8 sierpnia 2012 r., nr 153, treść dostępna pod adresem: http://www.brpd.gov.pl/wystapienia/2012_08_08_gazeta_prawna.pdf [dostęp: 17 stycznia 2013 r.].

o Rzeczniku Praw Rodziny. Zaprezentowany projekt zawierał zbyt wiele niedociągnięć, nie oznacza to jednak, że funkcja Rzecznika Praw Rodziny jest w Polsce zbędna. Zdaniem autorki, powołanie RPR przyczyniłoby się do wzmocnienia ochrony rodziny i zapobieżeniu jej współczesnym zagrożeniom.

REJECTION OF THE LAW ON THE FAMILY OMBUDSMAN – THE RIGHT DECISION OR MISTAKE OF THE LEGISLATOR?

Key words: The Family Ombudsman, family law, the Ombudsman for Children's Rights

Summary

The aim of this study was to answer the question whether the rejection by the Parliament of establishing a new body – the Family Ombudsman decision was accurate. Opponents of the law pointed out that the introduction of another institution does not bring anything new to the Polish law, and this will generate additional, unnecessary costs. However, as shown by statistics, more and more marriages falling apart, destroying the family created. Polish family also suffers from other problems that are the result of changing reality. The object of research was the text of a bill the Family Ombudsman and other documents and opinions, issue required the legislative route. The study was based on the analysis documents and instruments of international law and national law, designed to protect and support the family. The study showed that the rejection of the draft law in the former version was justified. However, due to the significant importance of the family, it is necessary to prepare the next project, taking into account the comments presented.

Damian Wąsik

Prawa mniejszości w kontekście systemu sprawiedliwości plemiennnej – uwagi na tle prawnokarnym

Słowa kluczowe: prawa mniejszości, sprawiedliwość plemienna, sądy plemienne, prawo zwyczajowe

Wiedza środowisk prawniczych na temat funkcjonowania sądów plemiennych we współczesnym świecie jest niedostateczna. W dużej mierze spowodowane jest to brakiem informacji na temat zasad ich funkcjonowania i struktury, a także przyczyn, dla których niektóre społeczności odwracają się od prawa stanowionego na rzecz prawa zwyczajowego i sprawiedliwości plemiennnej. Zdarza się, że szokujący jest już sam fakt istnienia sądów plemiennych w dobie dynamicznych zmian społecznych i postępującej w wielu państwach centralizacji systemu władzy publicznej. Poruszenie opinii publicznej wywołuje też medialne nagłaśnianie najbardziej drastycznych rozstrzygnięć sądów plemiennych, urągających godności ludzkiej, a niekiedy wręcz z premedytacją łamiących podstawowe prawa człowieka.

Wszystko to sprawia, że tzw. sprawiedliwość plemienna postrzegana jest głównie jako archaiczny problem ubogich państw afrykańskich i azjatyckich, targanych konfliktami zbrojnymi, zagrożonych terroryzmem czy też zmagających się z różnymi przejawami fanatyzmu religijnego. Nie sprzyja to refleksji na temat znaczenia i roli sądów plemiennych w funkcjonowaniu państw zróżnicowanych pod względem kulturowym, etnicznym lub wyznaniowym. Nie dostrzega się przy tym, że w tle funkcjonowania sądów plemiennych często pojawia się problem poszanowania praw mniejszości, tak bardzo eksponowanych na forum międzynarodowym i w aktach prawnych normujących prawa człowieka.

Prawa mniejszości traktowane są jako jedno z najważniejszych praw człowieka. Coraz częściej kwestię ochrony praw mniejszości formułuje się jako indywidualne prawo człowieka, co jest wyraźnym odejściem od dotychczas przyjmowanego kolektywnego wymiaru tego zagadnienia¹. Zgodnie

¹ Por. M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl-Strasbourg-Arlington 2005, s. 646.

z art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej MPPOiP), 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 grupy. W doktrynie często podkreśla się też, że – aby uniknąć ryzyka podtrzymywania tendencji separatystycznych – ochrona praw mniejszości powinna służyć dobru ogólnemu i być ukierunkowana na przetrwanie i kontynuację rozwoju kulturalnej, religijnej i socjalnej tożsamości mniejszości w ten sposób wzbogacając kulturową tkankę społeczeństwa jako całości².

Zasadniczym celem niniejszej publikacji jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy system sprawiedliwości plemiennnej wpisuje się w realizację praw mniejszości do kultywowania swoich zwyczajów. Konieczne staje się przy tym wskazanie społecznych uwarunkowań funkcjonowania sądów plemiennych, a przy tym zbadanie rzeczywistych i potencjalnych skutków ich działalności. Wybór jurysdykcji karnej jako odnośnika wspomnianych rozważań nie jest przypadkowy. Wątpliwości w określeniu zakresu przedmiotowego ochrony praw mniejszości pojawiają się, gdy podstawy odrębności danej mniejszości kolidują z filarami ustroju politycznego państwa. Do takich z pewnością należą model sądownictwa, obowiązujący system prawny i sposób realizacji polityki karnej. Podtrzymywanie świadomości wspólnotowej sprowadza się na ogół do eksponowania odmienności wyznania i kultury, przy czym pielęgnowanie własnej kultury obejmuje głównie takie aspekty, jak kultywowanie obyczajów, moralności, tradycji, rytuałów etc.³ Należy zauważyć, że na gruncie uregulowań prawnokarnych tradycja i zwyczaj często mają dużo mniejsze znaczenie niż np. w prawie cywilnym lub w prawie handlowym. Kolizja zwyczajowych norm postępowania z przepisami prawa stanowionego, np. w przedmiocie karania sprawców przestępstw lub realizacji praw pokrzywdzonych, może powodować roszczenia danej mniejszości o umożliwienie jej członkom uczestnictwa w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości i jego kształtowaniu wedle wskazań własnej kultury, w skrajnych przypadkach przeradzających się w negację państwowego porządku prawnego i dążenie do całkowitego zastąpienia go prawem zwyczajowym.

Sądy plemienne⁴, biorąc pod uwagę specyfikę ich działania, można określić jako swoiste zgromadzenia szanowanych członków danej mniej-

² R. Wieruszewski, *Komentarz do art. 27 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, LEX 2012.

³ M. Nowak, op. cit., s. 658-659.

⁴ W zależności od warunków, w jakich funkcjonuje dane zgromadzenie, określa się je jako sąd plemienny (np. USA i sądy Indian Północnoamerykańskich), sąd lokalny, sąd wodza plemienia, sąd wiejski, sąd społeczny, sąd powszechny (kraje afrykańskie), plemienny sąd doraźny (Australia) etc. Zob. L. Sheleff, *The Future of Tradition. Customary Law, Common Law*

szości etnicznej (religijnej), wyposażonych w kompetencje rozstrzygania sporów powstałych wewnątrz ww. społeczności, a także w prawo osądzania zachowania poszczególnych jej członków i karania ich w sytuacji, gdy zachowania te kolidują z wyznawanym przez grupę systemem wartości i regułami postępowania. Źródłami owej władzy sądowniczej mogą być wyznaczenie, porozumienie członków wspólnoty, jej historia etc.

Jak wstępnie zasygnalizowano istnieje ścisły związek sprawiedliwości plemiennej z prawem zwyczajowym. Prawo zwyczajowe było przez wieki podstawową formą tworzenia prawa na świecie. Zwyczaj jako podstawa prawa zwyczajowego, stanowił ustalony, jednorodny sposób postępowania, uznany za wiążący przez określoną zbiorowość społeczną. Prawo zwyczajowe, mające za sobą argument „dawności”, uważane było za prawo „lepsze”, prawo o wyższej mocy niż prawo stanowione⁵. Współcześnie ze względu na relacje zwyczajów z prawem można je podzielić na znajdujące się w zasięgu prawa i nieznajdujące się w zasięgu prawa. Te pierwsze, w odpowiednich okolicznościach, mogą przekształcić się w prawo zwyczajowe⁶.

Stworzenie wyczerpującego katalogu warunków współczesnego występowania systemu sprawiedliwości plemiennej jest praktycznie niemożliwe, tym niemniej można wyszczególnić następujące, najczęstsze przyczyny społecznej akceptacji zwyczajowych reguł postępowania, a co za tym idzie, funkcjonowania sądów plemiennych:

- 1) praktyczny charakter prawa zwyczajowego;
- 2) lepsze rozumienie prawa zwyczajowego, w odróżnieniu od zawitych norm prawa stanowionego, wymagających niejednokrotnie specjalistycznej wiedzy i pomocy osób trzecich;
- 3) większy stopień przyswojenia prawa zwyczajowego i reguł określonego nim zachowania, niż ma to miejsce w przypadku norm prawa stanowionego;
- 4) brak prawnego zabezpieczenia potrzeb kulturowych lub religijnych danej mniejszości albo nadmierna formalizacja prawna niektórych aspektów życia społecznego;
- 5) problemy organizacyjne wymiaru sprawiedliwości;
- 6) traktowanie sądownictwa plemiennego jako gwaranta zachowania własnej tożsamości, kultury, wyznania i tradycji.

Praktyczny charakter prawa zwyczajowego sprowadza się przede wszystkim do tego, iż źródłem jego powstania są codzienne relacje międzyludzkie. W tym ujęciu prawo oparte na kultywowaniu zwyczajów danej

and Legal Pluralism, Londyn 1999, s. 194. Pojęcie „sąd plemienny” jest jednak zdecydowanie najpopularniejszym, zbiorczym określeniem organów systemu prawa plemiennego.

⁵ Zob. J. Jabłońska-Bonca, *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2002, s. 27-28. Podobnie zwyczaje definiuje R. Tokarczyk, określając je jako tradycyjne formy zachowań, umownie przyjęte w określonych zbiorowościach społecznych. Zob. R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Warszawa 2012, s. 365.

⁶ R. Tokarczyk, op. cit., s. 365.

grupy etnicznej lub religijnej w ocenie członków danej wspólnoty lepiej odzwierciedla jej potrzeby i rzeczywiście kształtuje postępowanie jednostek⁷.

Nie do zaakceptowania jest jednak sytuacja, w której lokalne zwyczaje naruszają podstawowe prawa człowieka, w szczególności takie jak prawo do wolności i osobistego bezpieczeństwa (art. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, dalej jako PDPC), zakazu arbitralnego ingerowania w życie prywatne, rodzinne i domowe (art. 12 PDPC) lub prawa do swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania (art. 13 PDPC).

Państwa demokratyczne, w których wymiar sprawiedliwości działa sprawnie i skutecznie, nie dopuszczają na ogół do bezkarnego łamania podstawowych praw człowieka w imię przyjętych w danych społecznościach tradycji, zwłaszcza wtedy, gdy sprawy dotyczą najcięższych zbrodni, bulwersujących opinię publiczną⁸.

Jak pokazuje praktyka do kolizji zwyczajowych reguł postępowania z podstawowymi prawami człowieka coraz częściej dochodzi w państwach afrykańskich. Jedną z najgłośniejszych spraw sądowych w ostatnich latach był proces Marity Ncube, obywatelki Zimbabwe, skazanej na 18 miesięcy pozbawienia wolności za umyślne podpalenie domu swojego teścia. Motywem działania Marity Ncube był sprzeciw przeciwko żądaniu teścia wypełnieniu tradycji plemienia Kalanga, polegającego na współżyciu seksualnym z teściem pod nieobecność męża, który wyemigrował do Johannesburga w celach zarobkowych. W tradycji ludu Kalanga kobiety traktowane są przedmiotowo i stanowią własność męża, natomiast pod jego nieobecność prawa nad małżonką (w tym prawo do współżycia seksualnego) przejmuje jego ojciec, co ma być wyrazem „zabezpieczenia własności syna, do momentu jego powrotu”⁹.

⁷ L. Sheleff, op. ci., s. 193.

⁸ Przykładem jest wyrok Sądu Najwyższego Izraela w sprawie Taha Najar przeciwko Państwu Izrael z dnia 28 lipca 2005 r., CrimA 10828/03. W sprawie tej oskarżony – Beduin śmiertelnie pchnął nożem swoją siostrę, jako motyw zabójstwa wskazując m.in. pohańbienie przez nią rodziny na skutek samotnego wyjazdu do Egiptu. Oskarżony wyjaśniał, że w kulturze Beduinów nie do przyjęcia jest samotne podróżowanie niezamężnych kobiet. Zdaniem izraelskiego Sądu Najwyższego argument „obrony honoru rodziny” nie może być uwzględniony, gdyż nadrzędną wartością chronioną przez prawo karne jest godność człowieka i świętość jego życia.

⁹ Zob. N. Barney Pityana, *Toward a Theory of Applied Cultural Relativism in Human Rights*, [w:] P. Zeleza, P. McConaughay (red.), *Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa*, Philadelphia – Pennsylvania 2004, s. 40. Przykłady tego typu odnaleźć można również na gruncie prawa rodzinnego i prawa spadkowego. W pierwszym przypadku dobitnym przejawem naruszenia prawa swobody wyboru miejsca zamieszkania była sprawa Elizabeth Tumane (Republika Południowej Afryki) z plemienia Bakgatla, która po śmierci męża nie chciała poddać się rytuałowi żałobnemu (*mogaga*) i usunąć się ze swojej społeczności (według przekonań ludu Bakgatla przebywanie w społeczeństwie wdowy może sprowadzić na lud niebezpieczeństwo). W drugim ze wspomnianych przypadków sztyndarowym wręcz przykładem łamania zakazu dyskryminacji ze względu na płeć (art. 2 PDPC) i prawa własności (art. 17 PDPC) jest sprawa obywatelki Republiki Południowej Afryki, Rakomy, przynależnej do plemienia Bafokeng, wyłączonej mocą wyroku sądu plemiennego od dziedziczenia majątku po ojcu z uwagi na fakt bycia kobietą (majątek przypadł jej bratankowi). Na skutek

Drastycznym przykładem jurysdykcji sądów plemiennych sprawowanej według prawa zwyczajowego, pomijającego standardy prawa międzynarodowego w przedmiocie zapewnienia ochrony życia ludzkiego (por. art. 3 PDPC), są sprawy o przestępstwa z pobudek honorowych. Co ciekawe, prawo zwyczajowe w tym zakresie bywa niekiedy przenoszone na grunt prawa stanowionego, tak jak w przypadku § 128 irackiego Kodeksu karnego. Zgodnie z tym przepisem popełnienie przestępstwa z pobudek honorowych lub w wyniku nieusprawiedliwionej i realnej prowokacji pokrzywdzonego jest okolicznością łagodzącą¹⁰. Przepis ten, obowiązujący w powyższym brzmieniu od 1991 r., nie został uchylony nawet po obaleniu reżimu Saddama Husajna. Według informacji międzynarodowych organizacji praw człowieka jest on nadal stosowany w szerokim zakresie, w tym również w odniesieniu do zabójstw honorowych. Rzeczą dotyczy sądów plemiennych i patriarchalnych zgromadzeń *komalayeti* Regionu Kurdystanu¹¹. Co gorsza, do rządu kurdyjskiego nie dochodzą na ogół informacje o rozstrzygnięciach ww. sądów, co może sugerować społeczną akceptację wspomnianego unormowania.

Lepsze rozumienie prawa zwyczajowego przekłada się na możliwość praktykowania go w życiu codziennym bez udziału środowisk prawniczych, często nieobeznanych z kulturą danej grupy etnicznej lub wyznaniowej. W tej sytuacji autorytetami w zakresie interpretacji i stosowania prawa często są krewni – najstarsi członkowie plemienia, co nie pozostaje bez wpływu na kształtowanie świadomości prawnej pozostałych członków wspólnoty.

Zwiększony stopień przyswojenia prawa zwyczajowego i reguł określonego zachowania tłumaczy się na ogół tym, że sprawiedliwość plemienna ma rzeczywisty wpływ na zachowanie członków danej mniejszości, czego dowodem jest stosowanie się przez nich do przyjętych reguł postępowania nawet przy braku formalnego organu orzekającego. Przyczyną tego jest konsekwentne traktowanie prawa zwyczajowego jako niekwestionowanej w swej słuszności, integralnej części osobistego systemu normatywnego członków danej wspólnoty¹².

Znaczenie sądów plemiennych zwiększa również brak istotnych dla życia plemiennego uregulowań w oficjalnym porządku prawnym, a niekiedy nawet całkowite pominięcie w procesie legislacji aspektów etnicznych lub religijnych danych grup. Przejawem tej ostatniej praktyki władz państwowych może być np. nieobjęcie karalnością niektórych zachowań, będących nie do zaakceptowania dla danych mniejszości lub normatywne regulowanie kwestii, do których rozwiązania – wedle oceny danej grupy – wy-

interwencji międzynarodowych organizacji praw człowieka i władz państwowych, wyrok sądu plemiennego ostatecznie anulowano. Zob. N. Barney Pityana, *The challenge of culture for human rights in Africa* [w:] M. Evans, R. Murray (red.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2000*, Cambridge 2002, s. 239.

¹⁰ Tłumaczenie z języka angielskiego. Źródło: N. A. Hiyawi, *Criminal Code: Law Number 111 of 1969 and its Amendments (Third Edition)*, Baghdad Legal Library 2008.

¹¹ S. Long i in., *They want us exterminated. Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq*, Nowy Jork 2009, s. 42.

¹² L. Sheleff, op. cit., s. 193-194.

starczające są rytuały i kultywowane od wieków zwyczaje (np. położenie nacisku na kwestię plemienną mediacji pomiędzy sprawcą przestępstwa a pokrzywdzonym i naprawianie szkody, zamiast pociągania tego pierwszego do odpowiedzialności karnej w sformalizowanym procesie sądowym)¹³.

Omawiane zagadnienie w dużej mierze łączy się z ideą tzw. sprawiedliwości naprawczej, wedle której zadaniem prawa karnego nie powinno być wyłącznie bezwzględne karanie sprawców, ale dążenie do przywrócenia ładu społecznego i zadośćuczynienie pokrzywdzonemu za doznaną szkodę¹⁴. Konieczność respektowania niektórych aspektów sprawiedliwości plemienną w ramach obowiązującego porządku prawnego dostrzegana jest w szczególności w państwach systemu *common law*.

W Kanadzie od wielu lat toczy się publiczna debata nad problemem autonomii autochtonicznych ludności Indian, Metysów i plemion Inuitów, licznie zamieszkujących państwo kanadyjskie. Dyskusje, dotyczące w dużej mierze powołania rządu rdzennych ludów Kanady, przenoszą się cyklicznie również na zagadnienie reorganizacji tamtejszego wymiaru sprawiedliwości. Mając na względzie głęboko zakorzenione poczucie odrębności autochtonów w zróżnicowanej narodowościowo Kanadzie odrzuca się rozwiązanie zakładające włączanie do składów orzekających sądów przedstawicieli Indian, Metysów i Inuitów, proponując w zamian ustanowienie specjalnych trybunałów złożonych wyłącznie z członków ww. społeczności. Trybunały te byłyby kompetentne do wydawania orzeczeń prejudycjalnych w sporach zaistniałych wewnątrz plemion. Innym sugerowanym rozwiązaniem jest powołanie instytucji doradczych przy sądach państwowych, które prowadziłyby badania nad prawem zwyczajowym autochtonów, podpowiadając sądom możliwe drogi rozwiązania konfliktów społecznych według prawa plemiennego wtedy, gdy stwierdzono by luki w prawie stanowionym.

¹³ Ibidem, s. 195.

¹⁴ Jako przykład tej metody rozwiązywania konfliktów wewnątrz określonych plemion wskazać można afrykańską koncepcję *ubuntu* – tradycyjną koncepcję sprawiedliwości opartą o wspólnotę. Tradycyjne rozumienie *ubuntu* jest afirmacją holistycznego ujmowania natury ludzkiej, co oddaje powiedzenie ludu Khosa: *umuntu ngumuntu ngabantu* (osoba jest osobą przez osobę). W myśl tej koncepcji jeśli we wspólnocie człowieczeństwo wyraża się w ścisłej więzi między jednostkami, to znaczy, że ten, kto wyrządza krzywdę drugiemu, nie tylko krzywdzi jego, co jest oczywiste, i pozostałych członków wspólnoty, ale również siebie samego. Stąd też restytucja wymaga uwagi skierowanej na każdą ze stron, która ucierpiała. Innym przykładem przejawów funkcjonowania sprawiedliwości naprawczej są systemy prawne społeczności rdzennych mieszkańców Północnej Ameryki – Indian Dene i narodu Inuitów, postrzegające przestępstwa przeciwko osobie jako naruszenia przeciw jednostce, a nie przeciw społeczności. Nakładane sankcje wyczerpywały się tu na poziomie relacji jednostkowych. Nie były emanacją reakcji kolektywnej, chodziło bowiem o rozwiązanie sporu. Tradycyjnie restytucja sprowadzała się do naprawienia szkody pokrzywdzonemu, np. zniszczony lub zgubiony sprzęt winien zostać zastąpiony przez sprzęt dostarczony przez osobę odpowiedzialną za ten stan rzeczy. W ten sposób ofiara uzyskuje rekompensatę i porządek powróci. Charakterystyczne, że rekompensata, nawet jeśli nie była skierowana bezpośrednio na ofiarę, była i jest postrzegana jako sposób na przywrócenie równowagi i porządku, jak również dawała sprawcy możliwość powrotu do społeczności. Zob. W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Arche s.c., Gdańsk 2006, s. 96-97.

Wreszcie jako trzecie rozwiązanie wskazuje się powołanie specjalnych kolegiów mediacyjnych, które działałyby na wzór sądów pokoju w wybranych sprawach, w duchu idei sprawiedliwości naprawczej cechującej jednak system sprawiedliwości plemiennych kanadyjskich autochtonów¹⁵.

W Australii, gdzie sądownictwo plemienne ma charakter nieformalny, sądy państwowe biorą pod uwagę rozstrzygnięcia plemiennych zgromadzeń w sprawach karnych. Znajduje to swoje odzwierciedlenie w szczególności wtedy, gdy sprawca był już ukarany przez sąd plemienny za popełnienie danego przestępstwa. W oficjalnym procesie karnym przed australijskim sądem państwowym o ten sam czyn, fakt uprzedniego ukarania sprawcy traktuje się wówczas jako okoliczność łagodzącą przy wymierzaniu kary¹⁶.

Zdecydowanie najbogatsze doświadczenie w procesie normowania działalności sądów plemiennych mają Stany Zjednoczone. Potrzeba prawnego uregulowania kwestii prawa zwyczajowego autochtonów wyniknęła pod koniec XIX w. na gruncie precedensowej sprawy *Sioux Crow Dog* o zabójstwo innego członka plemienia (sprawa *Ex Parte Crow Dog* – 109 U.S. 556 (1883)¹⁷. W sprawie tej amerykański Sąd Najwyższy orzekł, że Sąd Federalny w Dakocie nie był właściwy do orzekania w sprawach karnych mieszkańców rezerwatu Siuksów, pozostawiając *de facto* rozstrzygnięcie o winie i karze sprawcy samemu plemieniu. Dla wielu przedstawicieli środowisk prawniczych rozstrzygnięcie to było nie do przyjęcia. Wyrok w sprawie *Crow Dog* był bezpośrednią przyczyną uchwalenia w 1885 r. ustawy *The Major Crimes Act* (U. S. Statutes at Large, 23:385), wyłączającej spod jurysdykcji karnej plemion indiańskich osądzanie spraw ich członków o następujące przestępstwa: 1) zabójstwo (*murder*), 2) pozbawienie życia

¹⁵ Por. D. Russell, *A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada*, Toronto 2000, s. 62-65.

¹⁶ L. Sheleff, op. cit., s. 194.

¹⁷ Okoliczności tego zabójstwa do dnia dzisiejszego są przedmiotem sporów historyków i prawników. W dniu 5 sierpnia 1881 r., członek plemienia Siuksów *Crow Dog* zastrzelił *Spotted Taila*, wybranego na wodza plemienia nie w wyniku konsensusu jego członków, ale bulwersującego mianowania przez gen. *Georgea Crooka* w 1876 r. *Spotted Tail*, stojący na czele straży plemiennych, w wyniku braku porozumienia z kapitanem formacji, *Crowem Dogiem*, zwolnił go z pełnionej funkcji. Według większości historyków stało się to zarzewiem konfliktu pomiędzy obydwojma Indianami (przywołane są również inne motywy: chęć przejęcia władzy nad plemieniem przez *Crowa Doga* i rywalizacja o kobiety), w efekcie którego *Crow Dog* zastrzelił przywódcę plemienia. W wyniku prowadzenia tradycyjnej, plemiennych mediacji *Crow Dog* odkupił winy, płacąc rodzinie pokrzywdzonego tytułem odszkodowania 600\$, osiem koni i jeden koc. Następnie jednak *Crow Dog* został aresztowany i przewieziony do Fortu *Niobrara* w *Nebrasce*, gdzie po 20-dniowym śledztwie został oskarżony o zabójstwo według prawa stanu *Dakota*. Był to pierwszy w historii USA proces Indianina oskarżonego o zabójstwo innego członka plemienia. Pomimo zeznań świadków, którzy sugerowali działanie w obronie koniecznej *Crowa Doga* (*Spotted Tail* też miał sięgnąć po broń), Sąd Federalny w dniu 11 maja 1882 r. skazał *Crowa Doga* na karę śmierci przez powieszenie. Wykonanie kary odroczone do dnia 11 maja 1883 r. W dniu 17 grudnia 1883 r. amerykański Sąd Najwyższy stwierdził, że Sąd Federalny stanu *Dakota*, w myśl postanowień traktatu z Fort *Laramie* z dnia 29 kwietnia 1868 r., zatwierdzonego przez Kongres w dniu 28 lutego 1877 r., nie mógł sprawować jurysdykcji karnej nad mieszkańcami Wielkiego Rezerwatu Siuksów i uchylił wyrok skazujący *Crowa Doga* na karę śmierci. Zob. m.in. L. Sheleff, op. cit., s. 198-204.

(*manslaughter*) w wyniku prowokacji ofiary, przekroczenia granic obrony koniecznej lub w stanie ograniczonej poczytalności, 3) zgwałcenie (*rape*), 4) napaść z zamiarem zamordowania ofiary (*assault with intent to commit murder*), 5) podpalenie (*arson*), 6) włamanie (*burglary*), 7) kradzież (*larceny*). Potrzebę uchwalenia ustawy The Major Crimes Act tłumaczono m.in. nieprzydatnością prawa plemiennego Indian do sprawiedliwego rozstrzygania spraw ww. kategorii (zbyt liberalne traktowanie zbrodni zabójstwa przez prawo plemienne mogło wpływać demoralizująco na społeczeństwo), a także koniecznością zapewnienia przejrzystych relacji Kongresu z plemionami indiańskimi, opartych na wzajemnym zaufaniu. Warto zauważyć, że obowiązujące współcześnie przepisy The Major Crimes Act po raz pierwszy znalazły zastosowanie już rok po ich uchwaleniu, tj. w 1886 r. w trakcie procesu *Kagama v. Stany Zjednoczone* (118 U.S. 375 (1886)) o zabójstwo Indianina przez jego dwóch współplemieńców¹⁸.

Problemy organizacyjne sądownictwa i państwowego wymiaru sprawiedliwości dotyczą najczęściej takich aspektów jak ograniczona dostępność obywateli do sądu lub pomocy prawnej, a także przewlekłość prowadzonych postępowań sądowych.

Wspomniane problemy stanowią jedne z najważniejszych przyczyn sięgania po prawo zwyczajowe np. w Pakistanie, gdzie licząc na szybkie załatwienie sprawy, mieszkańcy wnoszą je do rozstrzygnięcia przed zgromadzenia *Panchayat* i *Jirga*¹⁹.

Panchayat (rada pięciu) jest organem starszyny plemiennej, powołanym do rozstrzygania sporów dotyczących określonych wsi lub plemion, którego właściwość obejmuje pakistańskie prowincje Pendżab i Sindh²⁰.

¹⁸ Utrzymywana w USA autonomia indiańskiego wymiaru sprawiedliwości jest różnie komentowana przez środowisko prawnicze. Z jednej strony podnosi się, że prawo amerykańskie powinno akceptować prawo zwyczajowe Indian tak długo, jak ich tradycja respektuje wskazania uczciwości i międzynarodowe prawa człowieka. Co więcej, podkreśla się, że prawo zwyczajowe nie powinno być statyczne, kształtowanie obyczajów jest bowiem procesem ciągłym, a zatem prawo Indian powinno czerpać również z pozytywnych aspektów systemu common law. Zob. N. J. Newton, *Memory and Misrepresentation: Representing Crazy Horse in Tribal Courts*, [w:] B. H. Ziff, P. V. Rao (red.), *Borrowed Power. Essays on Cultural Appropriation*, New Jersey 1997, s. 210-211. Z drugiej strony władze amerykańskie są krytykowane za zbyt liberalizm względem rozstrzygnięć zgromadzeń Indian Pueblo, naruszających fundamentalne prawa człowieka, zwłaszcza w zakresie równości płci. W. Kymlicka, *The Good, the Bad and the Intolerable: Minority Group Rights*, [w:] M. Goodale (red.), *Human Rights: An Anthropological Reader*, Blackwell Publishing 2009, s. 63-64.

¹⁹ I. Ashan, *Panchayats and Jirgas (Lok Adalats): Alternative Dispute Resolution System in Pakistan*, [w:] A. Singh, N. A. Zahid (red.), *Strengthening Governance through Access to Justice*, New Delhi 2009, s. 35-36.

²⁰ System sprawiedliwości plemiennej oparty na *panchayat* wywodzi się z tradycji indyjskiej i tamtejszego systemu kastowego. W Indiach mianem *panchayat* nazywano rady kast, uprawnione do ustawiania norm wiążących ich członków i określających ich pozycję społeczną. W dobie kolonializmu brytyjskiego doceniono wpływ zgromadzeń *panchayat* na funkcjonowanie społeczności lokalnych i oficjalnie uznano ich kompetencje w 1888 roku. Przez znaczną część XX w. *panchayat* stanowiły legalne, kolegiałne, obsadzone w wyniku wyborów organy, powołane do wspierania rozwoju wsi. Zob. I. Ashan, op. cit., s. 28-29.

Pomimo, że współcześnie system *panchayat* jest oficjalnie zniesiony, nieformalnie nadal istnieje w większości wiosek prowincji Pendżab i Sindh. Członkowie *panchayat* są wybierani przez mieszkańców spośród szanowanej starszyny, reprezentującej różne plemiona (*birandari*), a także bogatych i wpływowych mieszkańców prowincji. Aktualnie nie ma żadnych sformalizowanych zasad działalności *panchayat*, które różnią się w zależności od danej wsi. *Panchayat*, posiadają jednak uprawnienia do orzekania we wszystkich sporach, ze sprawami karnymi o zabójstwa włącznie. Członkowie *panchayat* uznawani są przez społeczeństwo Pakistanu za strażników tradycji, kultury i obyczajów społecznych²¹.

Jirga, podobnie jak *panchayat*, jest zgromadzeniem starszyny w pakietańskich prowincjach Beludżystan i Północno-Zachodniej Prowincji Pogranicznej. Warto zauważyć, że istnieją dwa rodzaje *jirga* – tradycyjny i oficjalny. Stosowanie prawa zwyczajowego cechuje działalność tradycyjnego *jirga*. Funkcjonuje on na szczeblach Kundi, Khel i na szczeblu plemiennym, tym niemniej wszystkie trzy szczeble muszą być reprezentowane na zgromadzeniach zwołanych w szczególnie ważnych sprawach. Obok kompetencji sądowniczych *jirga* jest odpowiedzialna za podejmowanie decyzji administracyjnych, cywilnych i politycznych danego obszaru, regulujących m.in. takie aspekty jak życie rodzinne, właśnie pomiędzy członkami społeczeństwa albo zdrada państwa (plemienia), budownictwo meczetów i szkół etc.²²

Działalność zgromadzeń *panchayat* i *jirga* jako sądów plemiennych jest często obiektem protestów międzynarodowych organizacji praw człowieka z uwagi na brak zapewnienia jakichkolwiek gwarancji procesowych uczestnikom postępowań, ignorowanie standardów rzetelnego procesu karnego i wydawanie rozstrzygnięć urągających godności ludzkiej.

Wśród krytykowanych wyroków *panchayat* na pierwszy plan wysuwa się jeden z najgłośniejszych w ostatnich latach przejaw łamania praw kobiet w Pakistanie – sprawa członkini klanu Tatla, Mukhataran Bibi. W dniu 2 czerwca 2002 r. w Meerwali (prowincja Pendżab) padła ona ofiarą zbiorowego gwałtu, zarządzonego przez radę plemienną wpływowego klanu Mastoi Baloch jako formy zemsty honorowej. Po wykonaniu „wyroku” Mukhataran Bibi została zmuszona do pieszego powrotu, nago, do miejsca zamieszkania. Zemsta honorowa została zarządzona przez *panchayat* w odwecie za rzekome kontakty seksualne jej 11-letniego brata z 30-letnią kobietą z wyższego plemienia Mastoi Baloch. Wbrew oczekiwaniu rady plemienia Mukhataran Bibi nie popełniła po całym zajściu samobójstwa, dążąc do nagłośnienia swojej sprawy w mediach lokalnych i zagranicznych. Sprawa Mukhataran Bibi została dostrzeżona, a jej upór i wytrwałość sprawiły, że stała się ona współczesną ikoną walki o prawa kobiet i przeciwstawiana się dyskryminacji seksualnej. Szokujący jest fakt, że dopóki prasa nie opisała sprawy gwałtu na Mukhataran Bibi, lokalna policja

²¹ Ibidem, s. 29-30.

²² Ibidem, s. 32.

była obojętna na jej doniesienia i skargi. Co więcej, opinia publiczna z rozczarowaniem przyjęła ostatni wyrok pakistańskiego Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., który uniewinnił pięciu z sześciu oskarżonych o gwałt na Mukhataran Bibi, natomiast karę śmierci dla jedyne go skazanego w sprawie zamienił na karę dożywotniego pozbawienia wolności²³.

Przykładem naruszenia podstawowych zasad współczesnego procesu karnego, takich jak domniemanie niewinności oskarżonego i prawo do obrony (por. art. 11 PDPC i art. 14 ust. 2 MPPOiP) oraz prawo dwukrotnego rozpatrzenia sprawy przez niezawisły, bezstronny sąd (por. art. 14 ust. 5 MPPOiP), jest wyrok *panchayat* wydany i wykonany we wsi Kandar (prowincja Sindh) na Gul Hassannie, oskarżonym o kradzież. Według relacji świadka „procesu”, Ahmadpura Lammy, pojmany w Ahmadpurlamma Gul Hassan został postawiony przed *panchayat* w Kandar, w obecności 200 członków *biradari*. W trakcie dochodzenia oskarżony konsekwentnie nie przyznawał się do winy i przedstawił alibi, że w momencie popełnienia przestępstwa przebywał w mieście Sukkhar, oddalonym od miejsca kradzieży o ok. 200 km. Członkowie *panchayat* nie dali wiary wyjaśnieniom oskarżonego i skazali go na karę śmierci, której wykonanie osobiście zapoczątkowali biciem oskarżonego, by ostatecznie pozbawić Gul Hassana życia strzałem z broni palnej²⁴.

Nie mniej wstrząsające są rozstrzygnięcia zgromadzeń *jirga*. Wspomnieć można chociażby o sprawie pakistańskiego nauczyciela z Kot Bugti (prowincja Baludżystan), Liaqata Tehlaniego, który oskarżony o kradzież, celem udowodnienia swojej niewinności zmuszony został do przejścia boso po rozżarzonych węglach. Ostatecznie oparzenia oskarżonego uznano za niewystarczające dla odparcia stawianych zarzutów i skazano go na 50 000 rupii. Z uwagi na niemożność uiszczenia tej kwoty Liaqat Tehlani został uwięziony na okres miesiąca w ramach „kary zastępczej” w posiadłości wpływowego członka *jirga*, Sardara Saleema Akbara Bugtiego. W innej sprawie, o zabójstwo, sądzonej w czerwcu 2001 r. przez radę *jirga* plemienia Jatoi w dzielnicy Thatta (prowincja Sindh), w ramach zadośćuczynienia zgromadzenie nakazało skazanym oddać dwie córki rodzinie ofiary. W efekcie 11-letnia córka jednego ze skazanych została żoną 46-letniego ojca zamordowanego, a sześciolletnią córkę innego skazanego poślubił 8-letni brat ofiary. Wśród drastycznych rozstrzygnięć rady plemiennej, opartych na prawie zwyczajowym, wymienić można ponadto przyznanie krewnemu zamordowanego prawa bezkarnego zabicia mordercy (kultywowanie krwawej zemsty), bezkarne zabicie przez męża małżonki dopuszczającej się cudzołóstwa, a także pozostawienie krewnym zamordowanego wyboru pomiędzy bezkarnym zabiciem oskarżonego – mordercy lub przyjęciem od oskarżonego tzw. krwawych pieniędzy za śmierć krewnego²⁵.

²³ I. Ashan, op. cit., s. 30.

²⁴ I. Ashan, op. cit., s. 30.

²⁵ Ibidem, s. 32-33.

Analiza działalności sądowniczej pakistańskich zgromadzeń plemiennych *panchayat* i *jirga* skłania do refleksji nad statusem kobiet w prawie zwyczajowym. Uprzedmiotowanie kobiet i ich częste wykorzystywanie do rozwiązywania sporów, niezależnie od ich wieku, stanowi rażące naruszenie praw człowieka, a dodatkowo – praw dziecka. Wspomniana tradycja nosi nazwy *Vani* (Pendżab), *Sanghatti* (Sindh) lub *Swara* (Północno-Zachodnia Prowincja Pograniczna). Ponadto w przypadku dokonania *Kari Siakari* lub *Karo* – zabójstw honorowych, rady plemienne sympatyzują z mordercą, którego tzw. honor został zakłócony²⁶.

Wydaje się uzasadnione twierdzenie, że problem współistnienia uważanego za archaiczny pakistańskiego systemu sądownictwa plemiennego *panchayat* i *jirga* obok oficjalnego systemu sądownictwa państwowego, wynika po części z problemów organizacyjno-administracyjnych, a po części mentalnych obywateli Pakistanu. Jako przyczyny tolerowania działalności sądownictwa plemiennego wskazywane są tutaj w milczące przyzwolenie władz państwowych na taki stan rzeczy (wielu z członków *panchayat* jest parlamentarzystami), przyzwyczajenie lokalnej ludności do życia plemiennego, nieefektywną działalność organów administracji publicznej odpowiedzialnych za zarządzanie terenami plemiennymi, a także ograniczone środki finansowe, brak edukacji i świadomości prawnej społeczeństwa. Wszystko to przekłada się na brak realnej alternatywy sądowej dla działalności *panchayat* i *jirga*²⁷.

Dla równowagi, rozważając kwestię problemów w organizacji państwowego wymiaru sprawiedliwości jako przyczyny funkcjonowania sądownictwa plemiennego, wspomnieć trzeba przykład pozytywnych wpływów systemu sądów plemiennych na oficjalnie obowiązujący porządek prawny. W Papui Nowej Gwinei, która uzyskała status niepodległego państwa w 1970 r., oficjalny system sądownictwa plemiennego wprowadzony został w 1975 r. Aktualnie w Papui Nowej Gwinei działa ponad 1000 tego typu sądów, utworzonych niemal we wszystkich częściach wyspy. Wobec słabo rozwiniętej infrastruktury i utrudnionej komunikacji pomiędzy poszczególnymi częściami państwa, administracja rządowa traktuje system sądów plemiennych jako instrument utrzymania stabilności i spokoju społecznego, tolerując przy tym fakt, iż sądy te w swoich rozstrzygnięciach częściej sięgają do zwyczajów niż prawa stanowionego przez władze państwowe²⁸.

Postrzeganie sądów plemiennych jako gwaranta zachowania własnej tożsamości, kultury i tradycji cechuje przede wszystkim państwa, w których nie przykładają się znaczenia do ochrony praw mniejszości, starając się zasymilować określoną ludność wbrew jej woli. Sytuacja ta jest o tyle niebezpieczna, że może z czasem przeradzać się w otwarty konflikt mniejszości z władzą publiczną, a ludność tej wspólnoty jest bardziej podatna

²⁶ Ibidem, s. 31-33.

²⁷ I. Ashan, op. cit., s. 27-28.

²⁸ L. Sheleff, op. cit., s. 195.

na manipulacje lokalnych przywódców, instrumentalnie traktujących kwestię wyznania i kultury²⁹. W przypadku bardziej radykalnie nastawionych grup zjawisko to może być przyczyną akcji terrorystycznych, destabilizujących sytuację nie tylko na terytorium danego państwa, ale i w regionie jego położenia.

Konkludując dotychczasowe rozważania, w pierwszej kolejności należy obalić tezę, jakoby kwestia sprawiedliwości plemiennej dotyczyła wyłącznie państw zacofanych gospodarczo, dotkniętych konfliktami zbrojnymi, terroryzmem lub fanatyzmem religijnym. Problem zapewnienia mniejszościom autonomii w kwestiach jurysdykcyjnych wyłania się bowiem w każdym państwie zróżnicowanym pod względem kulturowym, etnicznym lub wyznaniowym. Dowodzą tego opisywane wcześniej przykłady Stanów Zjednoczonych, Kanady i Australii. Niewykluczone, że w przyszłości, np. w wyniku migracji zarobkowej ludności z państw afrykańskich, podobny problem pojawi się w Europie, w której zróżnicowanie kulturowe już teraz bywa zarzewiem dyskusji politycznych na temat praw mniejszości, czego przykładami są Wielka Brytania, Francja, Niemcy czy Włochy. Problem pogodzenia tradycji mniejszości etnicznych z obowiązującym porządkiem prawnym niekiedy jest podejmowany także w państwach środkowej i wschodniej Europy, gdzie zamieszkuje m.in. duża grupa ludności romskiej. Powyższe wskazuje, że problem recepcji reguł sprawiedliwości plemiennej lub szerzej – prawa zwyczajowego – do państwowych systemów prawnych, w najbliższej przyszłości może stać się trudnym wyzwaniem polityczno-prawnym.

Na pytanie, czy system sprawiedliwości plemiennej wpisuje się w realizację praw mniejszości do kultywowania swoich zwyczajów, należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Nie podlega dyskusji, że zwyczaj jako przyjęty przez dane społeczeństwo, najczęściej uświęcony tradycją sposób postępowania w pewnych okolicznościach, ma walory prawotwórcze. Skoro więc zakres przedmiotowy praw mniejszości obejmuje pielęgnowanie własnej tradycji, moralności i rytuałów, absurdem byłby całkowity zakaz kultywowania ukształtowanego na tym gruncie prawa zwyczajowego, tudzież prawa plemiennego.

Odrębnym zagadnieniem jest natomiast określenie granic wykonywania tego uprawnienia i ewentualnej jurysdykcji sądów plemiennych. Nie jest możliwa jednoznaczna, obiektywna ocena systemu sprawiedliwości plemiennej jako takiego. Każdorazowo bowiem prawo zwyczajowe należy oceniać indywidualnie. Zwyczaje poszczególnych plemion są niekiedy bardzo zróżnicowane, a o systemie wartości wyznawanym przez daną grupę decyduje wiele różnych czynników. Wydaje się, że katalog podstawowych praw człowieka, będący przecież wynikiem pewnego konsensusu społeczności międzynarodowej, powinien wyznaczać granice akceptacji prawa

²⁹ Por. L. Shaskolsky-Sheleff, *A Tribe Is A Tribe Is A Tribe – On Changing Social Science Concepts and Emerging Human Rights*, Israel Yearbook on Human Rights, t. 1-21, Dordrecht 1992, s. 147-148.

plemiennego przez państwowe porządki prawne. W każdej sytuacji należy zatem wyważyć, czy umożliwienie sankcjonowania określonych reguł postępowania mieści się jeszcze w ramach respektowania praw mniejszości, czy też przybiera już formę narzucania większości określonego systemu zachowań oczekiwanych przez tę mniejszość.

MINORITY RIGHTS IN THE CONTEXT OF TRIBAL JUSTICE – REMARKS AGAINST THE BACKGROUND OF CRIMINAL LAW

Key words: minority rights, tribal justice, tribal courts, customary law

Summary

The main aim of this publication is to attempt to answer the question whether the so-called tribal justice system is a part of the realization of the rights of minorities to cultivate their traditions. For that purpose the author analyzes in the functioning of the social determinants such as tribal courts in the United States, Australia and Pakistan.

The issue of the most common causes of social acceptance customary rules of conduct and, consequently, the functioning of the tribal courts, is presented from the perspective of criminal law and criminal procedure, as the matter most fully demonstrate the actual effects of using the customs and traditions in the practice of law.

In determining the actual and potential effects of tribal courts used research methods such as research literature, in particular foreign language, and research resources, i.e. selected legislation and case law.

Marcin Menkes

Kolegium Zarządzania i Finansów SGH w Warszawie

Tortury a środki dowodowe w procesie karnym. Sprawa *Gäffen v. Niemcy*

1. Wprowadzenie

27 września 2002 r. 27 letni student prawa Magnusa Gäffen zwabił do swojego mieszkania we Frankfurcie nad Menem, a następnie udusił 11-letniego Jakoba von Metzlera, najmłodsze dziecko powszechnie szanowanego bankiera Friedricha von Metzlera. Zwłoki ofiary ukrył w stawie oddalonym o godzinę jazdy od Frankfurtu. Już po zabójstwie chłopca do domu von Metzlerów podrzucił list zawierający informację o uprowadzeniu syna, a także żądanie miliona euro okupu i gwarancji niezakłóconego opuszczenia kraju przez porywaczy (których rzekomo miało być kilku) pod groźbą odebrania życia zakładnikowi.

Rodzina von Metzlerów nawiązała współpracę z policją bezpośrednio po odnalezieniu listu, dzięki czemu od momentu odebrania okupu z dworca podejrzany znajdował się pod ciągłą obserwacją. Po wpłaceniu części pieniędzy do banku oraz ukryciu pozostałej kwoty w mieszkaniu Gäffen udał się na lotnisko, gdzie 30 września został zatrzymany pod pretekstem kłopotów z krążeniem i problemów skórnych.

Policja poinformowała Gäffena, że został zatrzymany w związku z podejrzeniem porwania Jakuba von Metzlera oraz pouczyła go o przysługujących mu prawach, w szczególności o prawie do kontaktu z adwokatem oraz prawie zachowania milczenia. Gäffen zeznał, że chłopiec był przetrzymywany przez pozostałych porywaczy. Następnie, po półgodzinnej konsultacji z adwokatem, podał imiona dwóch rzekomych porywaczy oraz twierdził, że przetrzymują oni porwanego w chatce nad jeziorem.

Następnego dnia, obserwując zachowanie zatrzymanego, uwzględniając niską temperaturę atmosferyczną i czas od zatrzymania, funkcjonariusz Policji komisarz Wolfgang Daschner powziął obawy o życie porwanego. Jak później napisał „działając zgodnie z zasadą proporcjonalności uznał, że podstawowym obowiązkiem ciążącym na policji w tym momencie było podjęcie wszelkich możliwych działań zmierzających do uratowania życia

porwanego”¹. 1 października Daschner zlecił przesłuchanie zatrzymanego swojemu podwładnemu, inspektorowi Ortwinowi Ennigkeita, zezwalając, w przypadku braku współpracy przesłuchiwanego, na zastosowanie groźby tortur. Nadzór nad przebiegiem przesłuchania sprawował lekarz.

W pomieszczeniu przesłuchań Ennigkeit zagroził Gäfgenowi, że „specjalny glina” jest już w drodze i w przypadku dalszego zatajania miejsca przetrzymywania chłopca tamten zada mu „ból którego nigdy nie zapomni” oraz że „nikt mu już nie pomoże” (wedle relacji Gäfgena groźby brzmiały odpowiednio: „ból jakiego jeszcze w życiu nie poczuł” i „możemy tu z tobą zrobić wszystko co chcemy”). Zgodnie z zeznaniami Gäfgena Ennigkeit groził mu również, że zostanie zamknięty w celi i zgwałcony przez dwóch wielkich murzynów (prawdziwość tego zeznania zakwestionował pełnomocnik rządu). Następnie policjant uderzył go w klatkę piersiową powodując stłuczenie nad obojczykiem oraz potrząsnął nim w ten sposób, że zatrzymany uderzył głową o ścianę. Przerażony groźbami Gäfgen ujawnił miejsce ukrycia zwłok po około dziesięciu minutach przesłuchania.

Zeznania Gäfgena w większości zgodne są z instrukcjami Daschnera, których wydanie ten ostatni potwierdził. W sporządzonej tego samego dnia notatce Daschner stwierdził, że rozkazał Ennigkeitowi wydobyć z zatrzymanego niezbędne informacje, a w razie konieczności zagrozić zastosowaniem przemocy, jednak bez powodowania obrażeń. Jak podkreślił w notatce, wszelkie działania podjęto wyłącznie z myślą o ratowaniu życia dziecka a nie dalszym postępowaniu karnym oraz że po złożeniu zeznań przez Gäfgena żadne dalsze działania nie zostały względem niego podjęte.

Gäfgen ujawnił fakt śmierci chłopca i zgodził się wskazać miejsce ukrycia zwłok. W pobliżu jeziora policja odnalazła ślady opon samochodu Gäfgena. W drodze powrotnej zatrzymany przyznał się do uprowadzenia i zabójstwa chłopca; wskazał również miejsce ukrycia przyborów szkolnych i ubrań, które ofiara miała na sobie w dniu zabójstwa oraz maszyny do pisania na której napisany został list z żądaniem okupu. W mieszkaniu Gäfgena odnaleziono niemal całą kwotę okupu oraz notatkę z planem przestępstwa.

Podejrzany potwierdził swoje zeznania podczas kolejnego przesłuchania przez policję 4 października, przed prokuratorem (4, 14 i 17 października).

Już na początku postępowania sąd okręgowy we Frankfurcie uznał, że zeznania złożone przez Gäfgena pod przymusem nie mogą stanowić dowodu w sprawie, ponieważ stanowiłoby to naruszenia art. 136a niemieckiego Kodeksu postępowania karnego oraz art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC). Sąd dopuścił natomiast później odkryte dowody. Mimo że wcześniejsze zeznania Gäfgena nie zostały

¹ J. Rosenthal, *“Torture” in the Dock. A tough interrogation in Germany* [w:] Hoover Institution Stanford University, *Policy Review*, December 2008 & January 2009.

uwzględnione przy wyrokowaniu, 28 lipca 2003 r. za porwanie i morderstwo został on skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności. W związku z przypisaniem najwyższego stopnia winy skazanemu nie przysługuje prawo do przedterminowego zwolnienia po odbyciu 15 lat kary pozbawienia wolności.

Gäfgen złożył apelację co do prawa, która w maju 2004 r. została odrzucona przez Sąd Federalny; w tej sytuacji skazany wniósł skargę do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który w grudniu tego samego roku odmówił jej zbadania.

W grudniu obaj policjanci, którzy kierowali i prowadzili przesłuchanie Gäfgena, uznani zostali winnych stosowania przymusu oraz nakłaniania do stosowania przymusu w trakcie wykonywania obowiązków służbowych i skazani na karę grzywny w zawieszeniu.

W grudniu 2005 r. Gäfgen wystąpił o przyznanie pomocy prawnej celem dochodzenia odszkodowania od Kraju związkowego Hesji za traumę stanowiącą konsekwencję metod przesłuchań zastosowanych przez policję. Odszkodowania nie przyznano.

Podczas pobytu w więzieniu skazany ukończył studia prawnicze oraz opublikował autobiografię *Allein mit Gott – Der Weg zurück*.

15 czerwca 2005 r. Gäfgen wystąpił ze skargą do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz). 30 czerwca 2008 r. Trybunał uznał, że skarżący nie był ofiarą pogwałcenia art. 3 EKPC (zakaz tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania) ani że nie doszło do pogwałcenia art. 6 konwencji (prawo do rzetelnego procesu sądowego)². 1 grudnia tego samego roku, na wniosek powoda, sprawa została przekazana do Wielkiej Izby. 18 marca 2009 r. odbyło się ostatnie przesłuchanie przed Wielką Izbą.

2. Stosowanie tortur w demokratycznym państwie prawnym

Mimo że dopuszczalność tortur jest przedmiotem żywej dyskusji co najmniej od końca II wojny światowej³, w ostatnich latach spór dotyczący szczególnej przesłanki – ochrony bezpieczeństwa publicznego – wybuchł na nowo.

² European Court of Human Rights, Chamber Judgment, *Gäfgen v. Germany* (Application no. 22978/05), Judgment, 30 June 2008; Referral to the Grand Chamber 01/12/2008.

³ Patrz m.in. bibliografia wskazana przez: J. Skupiński, *Zakaz stosowania tortur lub innego niehumanitarnego traktowania*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, Ossolineum, Wrocław 1991, s. 217 i nast., A. Krempelewski, *Europejska Konwencja o Zapobieganiu Torturom – nowy mechanizm ochrony praw człowieka*, Biuletyn nr 3, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Ośrodek Informacji i Dokumentacji Rady Europy, Warszawa 1992, ss. 69-72.

Ramy dyskusji nad stosowaniem inwazyjnych metod przesłuchań wyznaczył Raport Komisji Landau, powołanej w 1987 r. do zbadania praktyk przesłuchań izraelskiej tajnej policji Shin Bet⁴. W konkluzjach Raportu stwierdzono, że istnieją „trzy możliwości rozstrzygnięcia poważnego konfliktu między koniecznością ochrony państwa i jego mieszkańców oraz poszanowania zasad państwa prawa”⁵: 1) zezwolić służbom specjalnym toczyć walkę z terroryzmem w sferze półmroku poza reżimem prawnym (*in a twilight zone*), 2) metoda hipokrytów: deklarować poszanowanie prawa nie zważając na praktykę lub 3) słuszną drogą praworządności (*the truthful road of the rule of law*), tj. prawna regulacja postępowania służb bezpieczeństwa wobec zagrożenia terrorystycznego.

Jeżeli, przy takim sformułowaniu problemu, wybór trzeciej drogi wydaje się najwłaściwszy, to wiąże się on z problemem elastyczności regulacji prawnych dopuszczalnego zakresu stosowania metod inwazyjnych. Wnioski Komisji nie rozstrzygały wątpliwości, sugerując odwołanie się do zasady konieczności, wobec której kontrakt społeczny jakim jest prawo nie obowiązuje (*necessity knows no law*). W tym kontekście szczególne wątpliwości może budzić obusieczność argumentu konieczności, który mogłby uzasadniać również działania terrorystyczne dla ochrony „honoru lub własności”. Warto jednak zauważyć, że Sąd Najwyższy Izraela odrzucił w 1999 r. możliwość uznania instytucjonalnego uprawnienia do stosowania metod inwazyjnych⁶.

Jednym z punktów zapalnych nowej fali dyskusji było opowiedzenie się w grudniu 2002 r. przez profesora Harvardu Alana Dershowitza na rzecz dopuszczalności stosowania tortur w przypadku zagrożenia życia wielu ludzi. Analizując zagrożenie tykającej bomby (*ticking bomb case*)⁷, jako

⁴ Patrz np. krytyczny artykuł dotyczący izraelskich praktyk: S. Sosebee, *Speaking About the Unspeakable: Officially Sanctioned Torture*, Washington Report on Middle East Affairs, October 1991, s. 41.

⁵ „[...] *Three ways for solving this grave dilemma between the vital need to preserve the very existence of the state and its citizens, and to maintain its character as a law-abiding State*”, za: A. Dershowitz, *Tortured Reasoning*, [w:] A. Levinson, *Torture: a collection*, Oxford University Press US, 2004, ss. 257-280.

⁶ Sąd Najwyższy Izraela orzekając w sprawie legalności stosowania przez służby bezpieczeństwa nie-śmiertelnych metod przesłuchań dla ochrony życia „setek osób” odrzucił taką możliwość twierdząc, że demokracja czasem musi bronić się „z jedną ręką skrzepowaną a mimo to wciąż posiada przewagę” (39. *This is the destiny of democracy, as not all means are acceptable to it and not all practices employed by its enemies are open before it. Although a democracy must often fight with one hand tied behind its back, it nonetheless has the upper hand. Preserving the rule of law and recognition of an individual's liberty constitutes an important component in its understanding of security*). Odrzucając prawo organizacji do stosowania określonych praktyk, Sąd uznał jednak że pojedynczy funkcjonariusze w szczególnych sytuacjach mogą działać w stanie wyższej konieczności, The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, Issa Ali Batat v. The General Security Service (HCJ 1043/99), http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.htm (7.05.2010).

⁷ Mimo że rozgłos zdobyły publikacje Dershowitza z okresu „wojny z terroryzmem”, powyższe argumenty zostały przezeń zaprezentowane znacznie wcześniej (pod koniec lat 80 XX wieku podczas wykładów w Izrealu), a sam kasus „tykającej bomby” jest mu przypisywany

przykładu nadzwyczajnego zagrożenia, opowiedział się na rzecz dopuszczenia – w szczególnych sytuacjach i pod kontrolą sądu – tortur jako metody przesłuchań zastrzegając jednocześnie, że pozyskane w ten sposób informacje nie mogłyby zostać następnie wykorzystane jako środek dowodowy w procesie⁸. Mimo świadomości że postulat będzie przedmiotem ostrej krytyki, autor dowodził, że skoro w skrajnych przypadkach tortury są i będą stosowane dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, natomiast ich legalizacja pozwoli na zerwanie z hipokryzją w tym zakresie oraz na prawną regulację i kontrolę takich praktyk⁹. Utrzymanie bezwzględnego zakazu stosowania tortur wiąże się z utrwaleniem patologii przyzwolenia na stosowanie tortur niebędących przedmiotem żadnej kontroli ani ograniczeń.

3. Zakaz tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania – „twardy rdzeń” praw człowieka

Zakaz stosowania tortur oraz innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania zaliczany jest do tzw. twardego rdzenia prawa międzynarodowego praw człowieka (fr. *noyau dur*), czyli grupy czterech niederogowalnych praw człowieka do integralności fizycznej i psychicznej¹⁰ zagwarantowanych mocą podstawowych traktatów przedmiotowych (Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, Amerykańskiej konwencji praw człowieka oraz EKPC)¹¹. Owe cztery prawa stanowią nie-

niesłusznie; jak autor sam wskazuje problem był podejmowany przez wielu filozofów m.in. Michael Walzera, Jean-Paul Sartre'a, a nawet Jeremy Bentham'a on wyłącznie zmodyfikował zagadnienie stosownie do rozwoju współczesnej techniki wojskowej, A. Levinson, op. cit.

⁸ Deklarując „normatywny sprzeciw” wobec tortur, w sytuacji nieuniknionego wyboru pomiędzy mniejszym złem Dershowitz postulował ustanowienie sądowego zezwolenia na stosowanie tortur (*torture warrant*). Szerzej: A. Dershowitz, op. cit.; R. Tarnogórski, *Zakaz stosowania tortur a „wojna z terroryzmem”*, Biuletyn PISM nr 7 (11), 5 lutego 2003.

⁹ Warto zauważyć, że podobna logika strategii walki z niepożądanymi zjawiskami poprzez ich legalizację i reglamentację znajduje znacznie szersze zastosowanie. Szeroko problem ten badał laureat nagrody Nobla Gary Becker, między innymi analizując zalety prawnej legalizacji obrotu narkotykami, G. Becker, K. Murphy, M. Grossman, *The Economic Theory of Illegal Goods: the Case of Drugs*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 10976, <http://www.nber.org/papers/w10976> (7.05.2010).

¹⁰ Do grupy tej zalicza się: (1) prawo do życia, (2) prawo do nie bycia poddanym torturom ani poniżającemu lub niehumanitarnemu traktowaniu, (3) zakaz niewolnictwa i pracy przymusowej oraz (4) nieretroaktywność prawa karnego. Szerzej: F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris 2006, ss. 65-66, 197-203.

¹¹ Trudno w tym kontekście jednoznacznie odnieść się do postanowień Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów niezawierającej klauzuli derogacyjnej. Jak stwierdziła w sprawie *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad* Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów Państwo-strona AKPCL nie ma prawa do uchylenia praw przewidzianych w Konwencji w sytuacji stanu wyjątkowego, co skłoniło część doktryny do stwierdzenia, że wszystkie prawa zagwarantowane w AKPCL są niederogowane, która to interpretacja kłóci się jednak z konstytucjami większości państwa afrykańskich (przewidujących warunki i procedurę uchylenia praw człowieka oraz listę praw niederogowanych) oraz ze standar-

odłączny atrybut przyrodzonej godności człowieka, wspólnej wszystkim systemom kulturowym i społecznym¹², czego wyrazem jest Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 roku. Szczególna ranga prawa do życia, prawa do nie bycia poddanym torturom oraz nie-retroaktywności prawa karnego (oraz zakazu brania zakładników) potwierdzona została we wspólnym Artykule 3 czterech Konwencji Genewskich z 1949 r., wyznaczającym minimalny standard humanitarnego traktowania w czasie konfliktu zbrojnego, międzynarodowego i nie-międzynarodowego, tj. gdy uchylona może zostać większość pozostałych praw i wolności człowieka¹³. Prawa te, jedynie potwierdzone w mocą traktatów międzynarodowych, wynikają z zasad ogólnych prawa humanitarnego¹⁴.

Z punktu widzenia przedmiotu artykułu, postępowania w sprawie „Gäfgena” przed ETPCz w Strasburgu, największe znaczenie ma artykuł 3 EKPC, w myśl którego „Nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu”. Zgodnie z dyspozycją artykułu 15 Konwencji nie można uchylić obowiązywania tego zakazu.

Jednocześnie należy jednak podkreślić, że system EKPC ochrony praw człowieka i podstawowych wolności pełni funkcję subsydiarną względem systemów prawa krajowego. Przejawia się to zarówno w sferze przepisów proceduralnych (uwarunkowanie dopuszczalności skargi do Trybunału od uprzedniego wykorzystaniu wszelkich krajowych środków ochrony praw) jak i w sferze norm materialnych Konwencji, stanowiących minimalny standard ochrony. To na Państwach-stronach Konwencji ciąży obowiązek pełnej realizacji zawartych w niej praw¹⁵. Zasadę nadrzędności norm

dami powszechnie stosowanym przez demokratyczne państwa prawne. Szerzej: B. Tessema, *A Critical Analysis of Non-Derogable Rights in a State of Emergency Under the African System: the Case of Ethiopia and Mozambique*, <http://www.up.ac.za/dspace/handle/2263/1138> (7.05.2010).

¹² F. Sudre, op. cit.

¹³ Pierwszy raz zakaz tortur został sformułowany w międzynarodowym prawie humanitarnym już w Kodeksie Liebigera z 1863 roku. Zgodnie ze Statutem Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze zaliczał złe traktowanie cywilów i jeńców wojennych do zbrodni wojennych. Wreszcie na gruncie Konwencji genewskich, niezależnie od wspólnego artykułu 3, zakaz tortur wynika z licznych przepisów szczegółowych. Szerzej: J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, ss. 315-319.

¹⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, s. 14, par. 218-220.

¹⁵ Jak stwierdził ETPCz w sprawie brytyjskiego wydawcy Handyside’a: 48. *The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights [...] the Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted*, ECHR, Case of Handyside v. the United Kingdom (Application no. 5493/72), Judgment, 7 December 1976. Skutek bezpośredni postanowień konwencji w związku z subsydiarnością jej stosowania prowadzi zatem do decentralizacji systemu implementacji EKPC w „belgijskim sporze językowym” Trybunał stwierdził: 10. *the Court [...] cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the interna-*

EKPC nad przepisami prawa krajowego należy zatem badać w świetle zasady subsydiarności ich stosowania.

Znamiennym dla szczególnego rangi praw „twardego rdzenia” jest fakt, że przedmiotem badania w pierwszym sporze międzypaństwowym przed ETPCz było właśnie zagadnienie tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania¹⁶.

4. Tortury a niehumanitarnie lub poniżające traktowanie

Cechą wspólną przepisów traktatowych stanowiących zakaz stosowania tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania jest lapidarność i niejasność wykorzystywanych sformułowań; w związku szczególne jest znaczenie funkcji wykładni postanowień traktatów ciężących na sędziach.

Próg i zakres zakazu przedmiotowego

Pierwszy raz artykuł 3 EKPC był przedmiotem badania Trybunału jeszcze w 1978 roku¹⁷. ETPCz orzekł wówczas, że złe traktowanie musi charakteryzować odpowiedni stopień intensywności, aby mogło zostać objęte zakresem omawianego artykułu (*ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3*). Relatywna ocena minimalnego stopnia intensywności złego traktowania winna uwzględniać wszelkie okoliczności sprawy, tak jak czas jego trwania, skutki psychiczne i fizyczne stosowanych praktyk a w uzasadnionych przypadkach

tional machinery of collective enforcement established by the Convention, Case “Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (Merits) (Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Judgment, 23 July 1968.

¹⁶ Przedmiotem badania Trybunału było stosowanie w trakcie Operacji Demetriusz w Irlandii Północnej, prowadzonej na początku lat 70-tych przez Wielką Brytanię, tzw. „Pięciu Technik” obejmujących zmuszanie zatrzymanych do stania przy ścianie przez wiele kilku godzin z rękoma rozpostartymi ponad wysokość głowy, z nogami w rozkroku oraz stopami wysuniętymi do tyłu (*wall-standing*), nakładanie na głowę kaptura i pozostawianie przez długi okres czasu (*hooding*), pozbawianie snu, jedzenia i wody. ETPCz uznał, że stosowane praktyki wprawdzie stanowiły przejaw niehumanitarnego i poniżającego traktowania, jednak nie były torturami (ECHR, *Case of Ireland v. the United Kingdom* (Application no. 5310/71), Judgment, 18 January 1978). Patrz m.in.: A. Szpak, *Tortury są absolutnie zakazane i nieskuteczne*, <http://amnesty.org.pl/bad-z-aktywny/kampanie/stop-torturom-w-wojnie-z-terroryzmem/a-szpak-tortury-sa-absolutnie-zakazane-i-nieskuteczne.html> (7.05.2010).

¹⁷ Co ciekawe Wielka Brytania, przeciwko której wniesiona została skarga, twierdziła że zarówno sama wielokrotnie potwierdziła, że stosowanie „Pięciu Technik” (patrz wyżej) stanowiło naruszenie art. 3 EKPC jak i że zgadza się z wnioskami Europejskiej Komisji Praw Człowieka w tym zakresie, a skoro uprzednio zobowiązała się do zaprzestania stosowania kwestionowanych metod oraz podjęła odpowiednie kroki zabezpieczające w tym zakresie, sprawa nie będąc przedmiotem sporu nie podlega kognicji Trybunału; ETPC odrzucił powyższy zarzut, *Ireland v. the United Kingdom*, op.cit., par. 152-155, 162-164.

również wiek, płeć czy stan zdrowia ofiary. Konwencja, jak podkreślił Trybunał, formułuje absolutny zakaz tortur, niezależnie od postępowania ofiary (*The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct*). Kryterium stosowania artykułu 3, jak również rozróżnienia tortur od nieludzkiego lub poniżającego traktowania, jest zatem intensywność cierpieniaadanego ofierze działań będących przedmiotem skargi¹⁸.

Trybunał stwierdził, że o ile Artykuł 3 nie wskazuje przykładowych praktyk objętych zakazem ani podstaw ich rozróżniania, to jego zdaniem intencją autorów Konwencji było odróżnienie nieludzkiego lub poniżającego traktowania od tortur, będących formą stygmatyzacji kwalifikowanych form umyślnego nieludzkiego traktowania powodującego poważne cierpienie. W tym kontekście przywołany został artykuł 1 Deklaracji ZO ONZ w sprawie ochrony wszystkich osób przed torturami oraz innym okrutnym, nieludzkim lub poniżającym traktowaniem albo karaniem¹⁹, w myśl której „tortury stanowią rażącą i zamierzoną formę okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania”. Na tej podstawie ETPCz orzekł – wbrew wnioskowi Europejskiej Komisji Praw Człowieka (dalej: Komisja) oraz stanowisku rządów Irlandii i Wielkiej Brytanii – że wprowadzenie stosowania kombinacji „Pięciu Technik” celem wydobycia z ofiar informacji stanowiło nieludzkie lub poniżające traktowanie, to mimo że praktyki takie stosowane były systematycznie zadane cierpienie nie było równie poważne ani brutalne, jak niesie ze sobą pojęcie tortur. Z kolei właśnie na podstawie kryterium intensywności cierpienia, uwzględniając wiek i szczególną sytuację ofiary, ETPCz uznał, że ekstradycja skarżącego Wielką Brytanię Soeringa do Virginii w Stanach Zjednoczonych, której demokratycznego charakteru ustawodawstwa Trybunał nie kwestionował, stanowiłaby kwalifikowane naruszenie artykułu 3²⁰.

Mimo że przez pewien okres ETPCz dopuszczał przy interpretacji artykułu 3 „pewną brutalność”, w orzeczeniu bezpośrednio związanym z przedmiotem artykułu Trybunał orzekł, że wszelkie akty stosowania siły przez policję względem osoby zatrzymanej, znajdującej się w gorszym położeniu, naruszają zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania²¹. Trybunał stanowczo podkreślił, że ani wymogi śledztwa, ani immanentne trudności walki z przestępczością nie uzasadniają ograniczenia ochrony fizycznej

¹⁸ Sudre, op. cit., ss. 287-309.

¹⁹ Deklaracja w sprawie ochrony wszystkich osób przed torturami oraz innym okrutnym, nieludzkim lub poniżającym traktowaniem albo karaniem. Rezolucja ZO ONZ 3452(XXX) z dnia 9 grudnia 1975 r.

²⁰ ECHR, *Case of Soering v. the United Kingdom* (Application no. 14038/88), Judgment, 7 July 1989, par. 111.

²¹ ECHR, *Case of Tomasi v. France* (Application no. 12850/87), Judgment, 27 August 1992, par. 113, 115: *Although the injuries observed might appear to be relatively slight, they nevertheless constituted outward signs of the use of physical force on an individual deprived of his liberty and therefore in a state of inferiority. The treatment had therefore been both inhuman and degrading.* Dalsze orzecznictwo patrz: Sudre, op. cit., s. 288.

integralności osoby. W opinii odrębnej sędzia de Meyer stwierdził, że stosowanie siły przez policję, gdy nie jest to uzasadnione zachowaniem zatrzymanego, stanowi zamach na godność człowieka a tym samym narusza artykuł 3 Konwencji²². Podobnie Trybunał orzekł w sprawie skargi o naruszenie artykułu 3 w związku z walką z terroryzmem i przestępczością zorganizowaną; ETPCz uznał, że wobec osób pozbawionych wolności zakazane jest stosowanie wszelkiej przemocy uznając jednocześnie domniemanie powagi naruszenia będącej przedmiotem skargi²³.

Warto w tym kontekście zauważyć, że zakaz tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania znalazł swój wyraz również w późniejszych aktach prawnych Rady Europy, w tym Europejskiej Konwencji o nadzorze nad skazanymi i zwolnionymi przestępcami z 1964 r. czy Konwencji o przekazywaniu osób skazanych z 1983 r. Z perspektywy praktyki policyjnej i stosowania środków przymusu wobec osób pozbawionych wolności szczególne znaczenie ma Europejska konwencja o zapobieganiu torturom oraz niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 1987 r. Mocą Konwencji Państwa członkowskie Rady Europy, sygnatariusze Konwencji, przeświadczeni „że ochrona osób pozbawionych wolności przed torturami oraz niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniem albo karaniem może być wzmocniona środkami pozasądowymi o charakterze zapobiegawczym, poprzez wizytacje” ustanowili mechanizm przeciwdziałania *ex ante* a nie, jak ma to w przypadku pozostałych traktatów, system kontroli i represji ewentualnych naruszeń²⁴.

Odpowiednio obowiązki ciężące na państwa mocą art. 3 EKPC podzielić można na materialne i proceduralne.

Skutek materialny Artykułu 3 EKPC

Obowiązek materialny wynikający z treści artykułu 3 analizować można w aspekcie negatywnym i pozytywnym²⁵.

²² Opinion Concorde de M. le juge de Meyer: *A l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par son propre comportement porte atteinte à la dignité humaine et doit, dès lors, être considéré comme une violation du droit garanti par l'article 3 (art. 3) de la Convention*, ibidem.

²³ ECHR, *Case of Rehbock v. Slovenia* (Application no. 29462/95), Judgment, 28 November 2000, par. 76-78. Patrz: A. Mowbray, *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, ss. 109-110, 175, 319.

²⁴ Szerzej nt. Konwencji i działalności Europejskiego Komitetu do Zapobiegania Torturom oraz Niehumanitarnemu lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu: E. Bieńkowska, A. Krempelewski, *Zakaz tortur w prawie międzynarodowym* [w:] A. Rzepliński (red.), *Prawa człowieka a policja. Problemy teorii i praktyki*, Legionowo: Centrum Szkolenia Policji 1994, ss. 209-250 oraz A. Krempelewski, *Europejska Konwencja o Zapobieganiu Torturom – nowy mechanizm ochrony praw człowieka*, Biuletyn nr 3, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Ośrodek Informacji i Dokumentacji Rady Europy, Warszawa 1992, ss. 69-72.

²⁵ Sudre, op. cit., ss. 290-292.

Mocą artykułu 3 w zw. z art. 1 EKPC Państwa w sposób szczególny winny chronić integralność fizyczną osób pozbawionych wolności ze względu na ich większą „wrażliwość”. Przejawia się to między innymi w konieczności dołożenia troski o stan zdrowia, w szczególności poprzez udzielenie niezbędnej pomocy rannym.

Państwa winny przyjąć właściwe regulacje w zakresie stosowania środków przymusu, w tym broni palnej (używanie broni objęte jest zakresem artykułów 2 i 3 EKPC, bowiem nawet jeżeli broni użyto bez skutku śmiertelnego, to jej stosowanie mogło być nieproporcjonalne do zamierzonych celów a tym samym naruszać artykuł 3).

Wreszcie, zgodnie z dynamiczną wykładnią treści art. 3 EKPC, Państwa członkowskie zobowiązane są do podjęcia środków prewencyjnych celem ochrony osób znajdujących się pod ich jurysdykcją, w tym do ochrony przed czynami innych osób (artykuł 3 w zw. z artykułem 8 EKPC)²⁶. Odpowiednio na Państwie (władzach penitencjarnych) ciąży obowiązek uniemożliwienia stosowania przemocy przez zatrzymanych wobec siebie²⁷.

Skutek proceduralny Artykułu 3 EKPC

Podstawowym obowiązkiem o charakterze proceduralnym ciążyącym na Państwach, w przypadku doniesienia o pogwałceniu artykułu 3 EKPC, jest przeprowadzenie oficjalnego, dogłębnego i efektywnego dochodzenia, zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności, celem określenia i ukarania odpowiedzialnych za naruszenie, również gdy zostali oni zatrzymani²⁸. Obowiązek ten, potwierdzony w Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur z 1984 roku, jest oczywistym następstwem zobowiązania do skutecznej implementacji artykułu 3, tj. w szczególności ukrócenie bezkarności funkcjonariuszy państwowych w przypadku pogwałcenia powyższej normy.

Nie dość że Państwowi może zostać przypisana odpowiedzialność za naruszenie obowiązków materialnego lub proceduralnego wynikających z artykułu 3, to niedopełnienie obowiązku proceduralnego samo w sobie może wiązać się z naruszeniem obowiązku materialnego²⁹. Z drugiej strony można jednak twierdzić, że obowiązek przeprowadzenia skutecznego dochodzenia został w całości „skonsumowany” przez artykuł 13 EKPC („Prawo do skutecznego środka odwoławczego”).

²⁶ Patrz np. orzeczenie ETPCz w sprawie o pogwałcenie postanowień Konwencji przez bijącego dzieci ojczyma, ECHR, *Case of A v. the United Kingdom* (100/1997/884/1096), Judgment, 23 September 1998.

²⁷ ECHR, *Case of Pantea v. Romania* (Application no. 33343/96), Judgment, 3 June 2003.

²⁸ Sudre, op. cit., ss. 292-294.

²⁹ Jak jednak podkreśla Sudre powyższa wykładnia obowiązków ciążyących na Państwach mocą artykułu 3 prowadzi w przypadkach niektórych orzeczeń ETPCz do sprzeczności, tam gdzie stwierdzono naruszenie obowiązku proceduralnego przy jednoczesnym uznaniu, że brak podstaw do ustalenia, czy doszło do pogwałcenia normy materialnej, ibidem.

5. Zakazy dowodowe w procesie karnym

Przedmiotem ochrony prawnej są dobra o różnym znaczeniu społecznym; w przypadku kolizji niezbędne jest więc ustalenie zasad pierwszeństwa przyznawania ochrony. Stosownie, dążące do ustalenia prawdy organy procesowe nie posiadają pełnej swobody działania, są bowiem związane tzw. zakazami dowodowymi – normami zabraniającymi przeprowadzenie dowodu w określonych warunkach lub ograniczającymi swobodę poszukiwania lub wydobywania dowodów³⁰. Odkrycie prawdy powinno bowiem nastąpić z poszanowaniem praw podejrzanego i oskarżonego, praworządności, demokracji i humanizmu³¹.

Jeżeli jednak środki dowodowe zostały już pozyskane w sposób sprzeczny z prawem, niezbędnym jest zastosowanie fikcji prawnej, tak jakby określonych działań nigdy nie zrealizowano. Funkcję taką pełni, nie przewidziana *explicite* w polskiej procedurze karnej, instytucja dyskwalifikacji dowodu, polegająca na stwierdzeniu braku legitymacji prawnej dowodu a w rezultacie jego niedopuszczalności w procesie (procesowa nieważność)³². W polskim prawie brak przepisów określających skutki procesowe takiej sytuacji.

W doktrynie przywoływany jest w tym kontekście art. 170 §1 pkt 1 k.p.k. („Oddala się wniosek dowodowy, jeżeli przeprowadzenie dowodu jest niedopuszczalne”), który jednak odnosi się do dowodów jeszcze nieprzeprowadzonych³³. Dalej zgodnie z art. 171 §7 k.p.k. nie mogą stanowić dowodu wyjaśnienia, zeznania ani oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej. Przepis ten wprowadzie bezpośrednio odnosi się jedynie do wyjaśnień, zeznań oraz oświadczeń złożonych w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi, jednak w drodze wykładni rozszerzającej wydaje się, że mogłyby stanowić podstawę stwierdzenia nieważności wszelkich dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem.

Wreszcie na kolejnych etapach postępowania różne organy winny podjąć stosowną decyzję (np. w postępowaniu przygotowawczym prokurator decyduje o eliminacji dowodu, który w przeciwnym razie mogłyby zostać następnie zdyskwalifikowany przez sąd). O ile jednak dyskwalifikacja dowodu prowadzi do konwalidacji postępowania przygotowawczego, poprzez wyłączenie dowodu obciążonego wadą prawną, faktów wykrytych dzięki takim środkom dowodowym można próbować dowieźć inaczej.

³⁰ M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*. t. I, WP, Warszawa 1955 r., s. 264, Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 57.

³¹ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, wyd. III poprawione i uzupełnione, PWN, Warszawa 1994, s. 116.

³² M. Wielec, *Procedura dyskwalifikacji dowodu w postępowaniu karnym*, Gazeta Sądowa 2007 (6).

³³ Ibidem.

Na koniec warto zauważyć, że późna dyskwalifikacja dowodu (ang. *exclusionary rule*), która nastąpić może nawet w orzeczeniu, nie pozostaje bez wpływu na przebieg postępowania, skoro odrzucony dowód mógł stanowić podstawę następnie weryfikowanych tez dowodowych³⁴.

6. Raport Europejskiego Komitetu do Zapobiegania Torturom poświęcony sytuacji w Niemczech

W 2005 r. członkowie Europejskiego Komitetu do zapobiegania torturom oraz niehumanicznemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu (dalej: KZP) przeprowadzili piątą okresową kontrolę przebiegu i stanu implementacji Europejskiej Konwencji o zapobieganiu torturom oraz niehumanicznemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu. Funkcjonariusze Komitetu wizytowali więzienia i areszty, komisariaty policji oraz zakłady psychiatryczne w ośmiu landach³⁵. W kwietniu 2007 r. opublikowano raport z przebiegu i wnioski z wizytacji oraz odpowiedź władz niemieckich.

O ile przedmiotem szczególnego zainteresowania Komisji, pochodnego zaleceń z poprzednich raportów, były warunki zatrzymywania i postępowania z imigrantami oraz nieletnimi, w raporcie z zaniepokojeniem odnotowano również fakt nadużywania siły przez funkcjonariuszy policji w trakcie przesłuchań.

W zakresie złego traktowania zastrzeżenia Komisji, podobnie jak w Raporcie z 2005 r., wzbudziła praktyka stosowania środków przymusu w trakcie pojmiania (*Festnahme*)³⁶. Z zaniepokojeniem odnotowano fakt naruszania prawa zatrzymanych do powiadomienia najbliższych oraz prawa do dostępu do pomocy prawnej. Za niedostateczny uznano sposób informowania zatrzymanych o przysługujących im prawach. Komitet rekomendował też przypomnienie wszystkim funkcjonariuszom policji, że przy

³⁴ Tym samym w polskim prawie nie obowiązuje bowiem tzw. zasada owoców zatrutego drzewa (*Fruit of the poisonous tree*), zgodnie z którą środki dowodowe pozyskane z bezprawnego źródła dowodowego są również bezprawne. O ile doktrynę tą (precedensowe orzeczenie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)) często przywołuje się w kontekście dyskusji nad dopuszczalnością środków dowodów w postępowaniu karnym, należy zaznaczyć że ma ona wyłącznie pośredni związek z przedmiotem niniejszej analizy, jako że w ustawodawstwie amerykańskim zeznania świadków są przedmiotem odrębnych regulacji.

³⁵ Council of Europe, *Council of Europe Anti-Torture Committee visits Germany*, <http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2005-12-09-eng.htm> (7.05.2010).

³⁶ *Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT/Inf (2007) 18)*, par. 14-41: *The CPT recommends that it be made clear to all police officers that the force used when carrying out an apprehension should be no more than is strictly necessary and that, once the persons concerned have been brought under control, there can be no justification for striking them. More generally, they should be reminded regularly and in an appropriate manner that any form of ill-treatment – including verbal abuse – of detained persons is not acceptable and will be punished accordingly.*

zatrzymaniu dopuszczalny jest wyłącznie minimalny-konieczny stopień przymusu a po przejściu kontroli uderzanie zatrzymanego jest niedopuszczalne. Sugerowano okresowe przypominanie, że zabronione są wszelkie formy złego traktowania zatrzymanych – w tym przemocy słownej – i jako takie podlegają karze.

W odpowiedzi na wnioski KZP dotyczące nadużywania siły przez funkcjonariuszy policji rząd Niemiec zapewnił, że fundamentalną zasadą interwencji policyjnych jest stosowanie najmniejszego niezbędnego poziomu przymusu, jednak całkowicie wykluczenie stosowania siły jest niemożliwe³⁷. Jak podkreślono elementem szkolenia policji krajowej i policji federalnej jest wpojenie zgodności podejmowanych działań z prawem, w szczególności poszanowania stosownych regulaminów i praw człowieka. Szkolenie funkcjonariuszy policji obejmuje zarówno wykłady zagadnień teoretycznych, w tym prawniczych, jak i naukę posługiwania się technikami zgodnymi z prawem. W stosunku do funkcjonariuszy naruszających powyższe zasady, zakazu stosowania przemocy fizycznej i werbalnej, realizowana jest odpowiedzialność karna i dyscyplinarna. Odnosnie treści zeznań złożonych w toku przesłuchań rząd niemiecki zaznaczył, że zgodnie z obowiązującym prawem nie stanowią one substytutu dowodu popełnienia przestępstwa. Tam gdzie skazanie może być natomiast oparte na zeznaniach, są one przedmiotem krytycznej oceny pod kątem ich wartości. Ponadto w razie wycofania się oskarżonego z uprzednio złożonych zeznań lub odmowy złożenia zeznań podczas posiedzenia sądowego, protokoły zeznań policyjnych nie mogą być odczytane jako materiał dowodowy w sprawie.

Wreszcie rząd Niemiec wkłada wiele wysiłku w walkę z przejawami tortur oraz nieludzkiego lub poniżającego traktowania³⁸.

7. Postępowanie przed sądem okręgowym

9 kwietnia 2003 r., podczas pierwszego przesłuchania oskarżonego przed sądem okręgowym, Gäfen wniosł o umorzenie postępowania w związku z groźbami Ennigkeita naruszającymi art. 136a niemieckiego Kodeksu postępowania karnego oraz art. 3 EKPC. Oskarżony wniosł o nie uwzględnienie żadnych późniejszych oświadczeń składanych przez niego w toku śledztwa, kiedy to odczuwał „ciągły efekt” (*Fortwirkung*) groźby użycia środków przymusu. Wreszcie w związku z naruszeniem przepisów procedury karnej Gäfen żądał odrzucenia wszelkich dowodów rzeczowych odnalezionych w toku śledztwa dzięki wymuszonym na nim zeznaniach, zgodnie z zasadą owoców zatrutego drzewa.

37 Response of the German Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Germany (CPT/Inf (2007) 19).

38 Patrz Auswärtige Am, *Combating torture and other forms of abuse*, <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/en/Aussenpolitik/Themen/Menschenrechte/Folter.html> (7.05.2010).

Sąd okręgowy we Frankfurcie nad Menem oddalił wniosek o umorzenie. Sąd stwierdził, że oskarżonemu grożono zastosowaniem przemocy, jednakże brak podstaw do uznania zarzutów stosowania gróźb o charakterze seksualnym ani innych form wpływania na jego osobę. Groźba spowodowania bólu naruszała artykuł 136a k.p.k.³⁹, artykuły 1 i 104(1) Konstytucji Niemiec⁴⁰ oraz art. 3 EKPC.

Z drugiej strony sąd podkreślił, że naruszenie Konstytucji nie stanowi bezwzględnej przeszkody kontynuowania postępowania karnego. W myśl przywołanego artykułu Kodeksu postępowania karnego zeznania wydobyte przy pomocy bezprawnych metod przesłuchań nie mogą być wykorzystane w toku procesu przeciwko oskarżonemu. Nie oznacza to natomiast, żeby charakter kwestionowanej metody przesłuchań, biorąc pod uwagę powagę oskarżenia, blokował dalszy tok postępowania. Jednakowoż sąd wykluczył środki dowodowe (*Beweisverwertungsverbot*) nie tylko uzyskane z zeznań złożonych policjantom ale wobec „ciągłego efektu” zastraszania (*Fortwirkung*) również oświadczenia wobec prokuratorów i sędziego rejonowego.

Powyższa przeszkoda procesowa mogłaby zostać usunięta w razie poinformowania zatrzymanego, przed kolejnym przesłuchaniem, że zeznania które złożył pod przymusem nie mogą być uwzględnione przez sąd, podczas gdy informacja której mu udzielono ograniczała się do prawa odmowy zeznań. Zgodnie ze stwierdzeniem sądu nie dopełniono obowiązku „kwalifikowanego pouczenia” (*qualifizierte Belehrung*) podczas przesłuchań.

Wreszcie sąd orzekł, że „fakt naruszenia art. 136a k.p.k. nie wywiera efektu długofalowego w postaci unieważnienia wszelkich dowodów pozyskanych w rezultacie złożonych zeznań. Sąd zgodził się w tym zakresie z kompromisowym stanowiskiem doktryny i sądowych [...] zgodnie z któ-

³⁹ Artykuł 136a Kodeksu postępowania karnego dotyczący zakazanych metod przesłuchań (*verbotene Vernehmungsmethoden*): (1) *The freedom of the accused to make decisions and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, the administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only in so far as it is permitted by the law on criminal procedure. Threatening the accused with measures that are not permitted under the law on criminal procedure or holding out the prospect of an advantage that is not contemplated by statute shall be prohibited.*

(2) *Measures which impair the accused's memory or ability to understand and accept a given situation (Einsichtsfähigkeit) shall not be permitted.*

(3) *The prohibition under subsections (1) and (2) shall apply even if the accused has consented [to the proposed measure]. Statements obtained in breach of this prohibition shall not be used [in evidence], even if the accused has agreed to their use.*

⁴⁰ Artykuł 1: „(1) Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem całej władzy państwowej.

(2) Naród Niemiecki uznaje przeto nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka za podstawę każdej ludzkiej społeczności, pokoju i sprawiedliwości na świecie.

(3) Następujące prawa zasadnicze wiążą ustawodawstwo, władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości jako prawo bezpośrednio obowiązujące”.

Artykuł 103: „(1) Wolność osoby może zostać ograniczona tylko na podstawie formalnej ustawy i tylko z zachowaniem form w niej przewidzianych. Nie wolno ani psychicznie, ani fizycznie znęcać się nad zatrzymanymi osobami”. Polskie tłumaczenie dostępne na stronie: <http://konstytucja.e-studio.biz.pl> (7.05.2010).

rym porównanie stosownych interesów prawnych w świetle wszystkich okoliczności sprawy dokonywane jest *ad casum*, uwzględniając zarówno fakt pogwałcenia porządku prawnego, w szczególności naruszenie praw fundamentalnych, jak i mając na uwadze powagę zarzucanego przestępstwa. W przypadku porównania charakteru naruszonego prawa fundamentalnego oskarżonego – w badanym przypadku zakazu stosowania przemocy fizycznej – oraz powagi zarzucanego czynu będącego przedmiotem śledztwa – zabójstwa dziecka – wykluczenie środków dowodowych uzyskanych w następstwie zeznań zatrzymanego, w szczególności zwłok dziecka i wyników autopsji, jawi się jako nieproporcjonalne⁴¹. Sąd za szczególnie naganną uznał motywację do popełnienia przestępstwa – pozyskanie środków umożliwiających pokrycie wydatków niezbędnych dla podtrzymania fikcji pełnej sukcesów kariery zawodowej oskarżonego.

O ile jednak w trakcie pierwszego przesłuchania na rozprawie oskarżony przyznał się do zabójstwa chłopca, zastrzegając że pierwotnie nie było to jego zamiarem, to w słowie końcowym wyznał, że zabójstwo planował wcześniej a jego działanie było umyślne. Jak podkreślił owo wyznanie było dlań niezbędna dla uporania się z „targającym nim poczuciem winy” oraz najpełniejszą wyrazem przeprosin rodziny ofiary za dokonany czyn.

28 lipca 2003 r. sąd okręgowy we Frankfurcie nad Menem za *inter alia* uprowadzenie i wymuszenie ze skutkiem śmiertelnym oraz morderstwo skazał Gäfigena na karę dożywotniego pozbawienia wolności⁴², uznając że działania skazanego cechował kwalifikowany stopień winy (*besondere Schwere der Schuld*).

Sąd podkreślił, że oskarżony został poinstruowany o przysługujących mu prawach, w tym prawie do odmowy składania zeznań, oraz że jego wyjaśnienia złożone przed rozprawą nie zostaną uwzględnione przy orzekaniu. Oskarżony mimo to przyznał się do zarzuczanych mu czynów. Wyjaśnienia dotyczące planowania morderstwa złożone podczas rozprawy stanowiły zasadniczą, jeżeli nie jedyną, podstawę dla stwierdzenia faktów przez sąd⁴³. Zeznania oskarżonego uzupełniły pozostałe dowody: wyjaśnienia siostry ofiary, list zawierające żądania skierowane do rodziców chłopca oraz notatkę z planami dalszych pozostawiona przez sprawcę w mieszkaniu. Wszystkie fakty związane z dokonaniem przestępstwa ustalone zostały wyłącznie na podstawie zeznań złożonych na rozprawie. Dowody rzeczowe – zwłoki dziecka, pieniądze z okupu, ślady opon – potwierdziły jedynie ich prawdziwość. O ile, wbrew stanowisku prokuratora, zeznania i skrucha

⁴¹ Gäfigen, op. cit., par. 27.

⁴² Zgodnie z artykułem 211 niemieckiego Kodeksu karnego przestępstwo morderstwa – to jest akt zabójstwa popełniony w szczególności z pożądania, podstępnie lub dla ukrycia faktu popełnienia innego przestępstwa – podlega karze dożywotniego pozbawienia wolności. Orzeczenie o stopniu winy skazanego ma wpływ na możliwość zawieszenia dalszego wykonywania kary po odbyciu przez skazanego na dożywocie co najmniej 15 lat kary, o ile nie sprzeciwiają się temu względy bezpieczeństwa publicznego ani kwalifikowany wymiar winy sprawcy w momencie popełnienia czynu.

⁴³ Gäfigen, op. cit., par. 30.

oskarżonego stanowiły okoliczność łagodzącą, to jak podkreślił sąd nawet w przypadku nie przyznania się do zabójstwa, znajdujący się pod stałą obserwacją policji Gāfgen zostałby skazany za uprowadzenie i wymuszenie ze skutkiem śmiertelnym.

Wreszcie sąd podkreślił, że pogwałcenie przepisów procedury karnej przez policjantów Daschnera i Ennigkeita oraz ich ewentualna odpowiedzialność karna za takie działanie stanowią przedmiot odrębnego postępowania, jednak są bez znaczenia dla oceny stopnia winy oskarżonego⁴⁴. Tym bardziej niezgodne z prawem postępowanie funkcjonariuszy, przedstawicieli władzy wykonawczej, nie może stanowić przeszkody dla dokonania przez sąd oceny prawnej poznanych faktów.

Apelacja od wyroku do Trybunału Federalnego została oddalona a skarga do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego uznana za niedopuszczalną; przebieg dyskusji oraz argumenty sądu były w istocie tożsame z przedstawionymi powyżej.

⁴⁴ 20 grudnia 2004 r. za stosowania przemocy w trakcie wykonywania obowiązków służbowych Sąd okręgowy we Frankfurcie nad Menem skazał inspektora Ortwina Ennigkeita na 60 stawek dziennych grzywny w wysokości 60 Euro w zawieszeniu. Zwierzchnika sił policji we Frankfurcie, Wolfganga Daschnera, sąd skazał za namawianie podwładnego do zastosowania przemocy w ramach wypełniania obowiązków służbowych na karę 90 stawek dziennych grzywny w wysokości 120 Euro. Gāfgen był świadkiem w obu postępowaniach. Jak przy tej okazji podkreślił sąd metoda przesłuchań nie była uzasadniona wyższą koniecznością, ponieważ stanowiła pogwałcenie absolutnej ochrony godności ludzkiej zgodnie z artykułami 1 i 104(1) Konstytucji oraz art. 3 EKPC. Zdaniem sądu dopuszczenie wyjątków od tej zasady lub próba porównania dóbr będących przedmiotem ochrony prawnej „naruszyłoby tabu” (*Gāfgen*, op. cit., par. 45). Sąd wziął jednak pod uwagę, że jedyną motywacją działania oskarżonych była ochrona życia chłopca oraz że działali oni pod szczególną presją ze strony przełożonych oraz opinii publicznej. Wreszcie jak podkreślił sąd Daschner przyjął na siebie pełną odpowiedzialność za wydarzenia, szczegółowo opisując je w notatce sporządzonej w dniu kwestionowanego przesłuchania. W rezultacie Daschner został przeniesiony do Ministerstwa Spraw Wewnętrznych a Ennigkeit odsunięty od postępowań w sprawie przestępstw. Postępowanie przeciwko funkcjonariuszom miało charakter precedensowy. Daschner objął stanowisko kierownika Prezydium techniki, logistyki i zarządzania (*Präsidioms für Technik, Logistik und Verwaltung*) w policji Hesji, a 1 maja 2008 r. przeszedł na emeryturę. Niezależnie od zakończonego prawomocnym wyrokiem postępowania karnego 28 grudnia 2005 r. Gāfgen wystąpił do sądu okręgowego z prośbą o przyznanie pomocy prawnej celem dochodzenia odpowiedzialności prawnej i odszkodowania za traumatyczne przeżycia od landu Hesji. W sierpniu 2006 r. prośba została oddalona a w lutym 2007 r. oddalona została apelacja w tym zakresie. 19 lutego 2008 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny uznając skargę konstytucyjną Gāfgena, stwierdził że odmowa przyznania pomocy prawnej prawa równego dostępu do sądu, w szczególności mają na uwadze że sąd apelacyjny w uzasadnieniu swojej decyzji wysuwał hipotezę dotyczące nikłego prawdopodobieństwa przeprowadzenia dowodu a, w razie sukcesu, marginalnego charakteru doznanych obrażeń. Sprawa została zwrócona do ponownego rozpatrzenia przez sąd apelacyjny.

8. Zarzut naruszenia artykułu 3 EKPC

Praktyki naruszające zakaz tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania

Już na wstępie Trybunał podkreślił, że artykuł 3 EKPC wyraża jedną z fundamentalnych zasad dla społeczeństwa demokratycznego. W przeciwieństwie do większości pozostałych postanowień Konwencji norma ta nie dopuszcza żadnej możliwości stosowania wyjątków ani derogacji, nawet w sytuacji stanu wyjątkowego stanowiącego zagrożenia dla życia narodu (*public emergency threatening the life of the nation*)⁴⁵. Tortury oraz niehumanitarne i poniżające traktowanie lub karanie są zakazane, niezależnie od zachowania osoby, których one dotyczą⁴⁶.

Orzekając w przedmiocie pogwałcenia art. 3 Konwencji Trybunał, mimo że związany standardem dowodu poza wszelką uzasadnioną wątpliwością, może dopuścić dostatecznie mocne, jasne i zgodne wnioski, czy niepodważalne zeznania co do faktów. Aby czyn będący przedmiotem badania Trybunału był objęty zakresem artykułu 3 musi go charakteryzować odpowiednie nasilenie, stosownie do wszystkich okoliczności sprawy takich jak czas działania, jego fizyczne i psychiczne oddziaływanie a w uzasadnionych przypadkach również wiek, płeć czy stan zdrowia ofiary.

Za wyznacznik poniżającego traktowania Trybunał uważa wzbudzenie w ofierze uczucia strachu, cierpienia i niższości mogących upokorzyć, zniszczyć odporność fizyczną lub psychiczną a nawet zmusić ofiarę do działania sprzecznego z jego wolą lub sumieniem⁴⁷. Kwalifikacja traktowania jako niehumanitarne pochodna jest w szczególności długotrwałemu umyślnemu działaniu skutkiem którego są obrażenia fizyczne bądź wzmożone cierpienie psychiczne⁴⁸. Zgodnie z zamysłem autorów Konwencji rozróżnienie tortur od niehumanitarnego traktowania w sposób szczególny stygmatyzuje niehumanitarne traktowanie powodujące bardzo intensywne i okrutne cierpienie. Już sama groźba działania sprzecznego z artykułem 3, o ile dostatecznie wiarygodna i związana z bezpośrednim zagrożeniem, może naruszać powyższy przepis. W tym sensie groźba tortur stanowić może co najmniej przejaw niehumanitarnego traktowania⁴⁹.

Oceniając traktowanie któremu poddany został skarżący, Gäfgen, Trybunał zauważył, że przedstawiona przezeń wersja przebiegu przesłuchania

⁴⁵ *Labita v. Italy* [GC], Application no. 26772/95, § 119, ECHR 2000-IV oraz *Selmouni v. France* [GC], Application no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V.

⁴⁶ *Chahal v. the United Kingdom*, ECHR 1996-V, § 79; *V. v. the United Kingdom* [GC], Application no. 24888/94, § 69, ECHR 1999-IX oraz *Ramirez Sanchez v. France* [GC], Application no. 59450/00, § 116, ECHR 2006-IX.

⁴⁷ *Keenan v. the United Kingdom*, Application no. 27229/95, § 110, ECHR 2001-III oraz *Jalloh v. Germany* [GC], Application no. 54810/00, § 68.

⁴⁸ *Ireland v. the United Kingdom*, op. cit., § 120 oraz *Selmouni*, op. cit., § 118.

⁴⁹ *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, ECHR 1982, Series A no. 48, § 26.

– która stanowiłaby jeden z aspektów oraz nadawała szczególną wagę niekwestionowanym przez stronę rządową groźbom zastosowania przymusu – nie została potwierdzona przez sąd ani w postępowaniu karnym w sprawie o zabójstwo, ani w postępowaniu karnym przeciwko policjantom prowadzącym śledztwo. Biorąc pod uwagę powyższe, oraz przedstawione dokumenty, fakt pogwałcenia art. 3 nie został zdaniem Trybunału dowiedziony ponad wszelką wątpliwość.

Oceniając sposób traktowania skarżącego sąd uznał natomiast, że został on poddany wiarygodnej i bezpośredniej groźbie złego traktowania. Za okoliczność obciążającą uznany został fakt stosowania przemocy wobec skarżącego w ramach wykonywania obowiązków służbowych i z polecenia przełożonego. W świetle bezwzględneho zakazu traktowania sprzecznego z dyspozycją artykułu 3 niezależnie od zachowania osoby którego ono dotyczy, nawet w przypadku stanu wyjątkowego grożącego życiu narodu – *a fortiori* życiu jednostki – zakaz kwalifikowanego traktowania celem wydobycia informacji obowiązuje niezależnie od przyczyn. W sposób oczywisty sposób traktowania skarżącego wiązał się dla niego z wielkim cierpieniem psychicznym, skoro w efekcie wyjawiał informacje skrzętnie uprzednio ukrywane. Należy więc uznać, że będące przedmiotem pogroźek groźb, w przypadku ich realizacji, stanowiłyby tortury. Jednocześnie fakt, że przesłuchanie trwało około dziesięciu minut a wyczerpani policjanci działali pod wielką presją i w przekonaniu, że pozostało im tylko kilka godzin na uratowanie życia chłopca, należy uznać za okoliczność łagodzącą. Groźby ostatecznie nie zostały zrealizowane ani nie można stwierdzić, żeby wywarły długotrwały skutek. Wziąwszy powyższe pod uwagę sąd uznał, że skarżący został poddany nieludzkiemu traktowaniu.

Utrata statusu ofiary

Badając status skarżącego w związku z traktowaniem naruszającym artykuł 3 Trybunał podkreślił, że kwestia ewentualnego zadośćuczynienia za bezprawne traktowanie należy przede wszystkim do kompetencji władz państwowych. Odpowiednio, kwestionowane działanie winno być przedmiotem badania na każdym etapie postępowania krajowego a przyjęcie decyzji lub zastosowanie środków zgodnych z żądaniem skarżącego nie pozbawia go statusu „ofiary”, o ile fakt naruszenia nie zostanie, wprost lub pośrednio, uznany przez państwo oraz nie zostanie zań przyznane stosowne zadośćuczynienie. Tym bardziej skarżący nie mógł utracić statusu ofiary pogwałcenia art. 3 EKPC w wyniku odrzucenia przez sąd dowodów pozyskanych w sposób spreczny z postanowieniami Konwencji, wobec niewyciągnięcia z tego faktu dalszych konsekwencji⁵⁰. Tam gdzie naruszenie norm konwencyjnych wiązało się dla skarżącego z istotną szkodą material-

⁵⁰ *Gäfgen*, op. cit., par. 76.

ną lub niematerialną, Trybunał w przeszłości konsekwentnie stwierdzał, że okolicznością przesądzającą o utracie statusu ofiary naruszenia norm konwencyjnych jest fakt wypłaty stosowanego odszkodowania.

W kontekście badanego sporu Trybunał zbadał najpierw, czy władze państwowe uznały, wprost bądź pośrednio, fakt naruszenia postanowień Konwencji. Stosownie Trybunał stwierdził, że zarówno Sąd okręgowy we Frankfurcie jak i Federalny Trybunał Konstytucyjny uznały wprost fakt pogwałcenia artykułu 3; co więcej orzekając w postępowaniu karnym przeciwko funkcjonariuszom odpowiedzialnym za stosowanie bezprawnych metod przesłuchań Sąd okręgowy stwierdził, że bezprawność zastosowanych środków, jako godzących w prawa człowieka o charakterze bezwzględny, nie jest wyłączona w związku z działaniem w stanie konieczności. W opinii Trybunału nie ulega zatem wątpliwości, że fakt naruszenia konwencyjnych praw skarżącego został stwierdzony wprost, w sposób niebudzący wątpliwości.

Badając następnie, czy skarżącemu przyznano dostateczne zadośćuczynienie, ETPc zwrócił uwagę na fakt skazania prawomocnym wyrokiem funkcjonariuszy odpowiedzialnych za stosowanie i namawianie do stosowania przemocy. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy Trybunał nie uznał, żeby nawet relatywnie łagodny kara orzeczona wobec obu funkcjonariuszy – w rezultacie odsunięci zostali od dalszego prowadzenia postępowań tego rodzaju – świadczyła o nieprzyznaniu skarżącemu zadośćuczynienia. Również w postępowaniu przeciwko skarżącemu, wobec braku uprzedniej informacji o konsekwencjach prawnych wynikających z faktu bezprawnych przesłuchań, zastosowano środki naprawcze w postaci dyskwalifikacji określonych środków dowodowych. Zdaniem Trybunału stanowiło to dostateczny sposób przywrócenia zachwianej równowagi procesowej⁵¹. Wreszcie przywrócenie *status quo ante* stanowi przestrogę przed stosowaniem podobnych metod w przyszłości.

Mimo że postępowanie o wypłatę odszkodowania przez Land Hesji było wciąż w toku, zdaniem ETPc w badanej sytuacji naruszenia artykułu 3 poprzez groźbę złego traktowania (w przeciwieństwie do realizacji takich groźb) najważniejszym elementem zadośćuczynienia poniesionej straty był fakt pociągnięcia do odpowiedzialności prawnej funkcjonariuszy odpowiedzialnych za takie praktyki, którzy zresztą przyznali się do popełnionych czynów⁵². Tym samym skarżącemu wynagrodzono doznaną krzywdę w sposób zadowalający. Trybunał oddalił zarzut pogwałcenia artykułu 3 EKPC.

⁵¹ *Gäfigen*, op. cit., par. 79.

⁵² *Gäfigen*, op. cit., par. 80.

9. Zarzut pogwałcenia artykułu 6 EKPC

Rzetelny proces sądowy

Skarżący stwierdził, że fakt wykorzystania w postępowaniu środków dowodowych uzyskanych bezpośrednio w konsekwencji zmuszenia go do samooskarżenia, jak i dowodów zebranych później, uczynił proces nierzetelnym *ab initio* pozbawiając go możliwości skutecznej obrony zgodnie z dyspozycją artykułu 6⁵³. Skarżący podkreślił, że co najmniej od momentu przesłuchania władze nie działały dla ratowania życia chłopca, co do śmierci którego nie miały już wątpliwości. Jak podkreślił w słowie końcowym skarżący, przyznanie się do umyślnego popełniania zarzucanych mu czynów było konieczne wobec wykorzystania przeciwko niemu wszystkich środków dowodowych uzyskanych dzięki groźbie bezprawnej. Biorąc pod uwagę medialny atak na jego osobę dokonany przez prokuratora, w razie zachowania milczenia w toku całego procesu był przekonany, że zapadłby przeciwko niemu wyrok skazujący na co najmniej dziesięć lat pozbawienia wolności. Przyznając się do zarzucanego mu czynu – fakt pozbawiony znaczenia dla dowiedzenia przypisywanej mu winy popełnienia zabójstwa – liczył że zostanie to poczytane, jak się to czyni zazwyczaj, jako okoliczność łagodząca⁵⁴, podczas gdy wobec uwzględnienia bezprawnie pozyskanych środków dowodowych nawet jego przyznanie się do zarzucanego czynu uznane zostało za nieistotne. Zdaniem skarżącego w przeciwnym razie dowody rzeczowe zabójstwa nigdy nie zostałyby odnalezione a co najmniej nie można by ustalić ich związku z popełnionym przestępstwem. Jak podkreślił skarżący niedopuszczalne jest w szczególności uznanie kwestionowanych dowodów na podstawie porównania powagi zarzucanego mu czynu i powagi pogwałcenia artykułu 3 EKPC, jako sprzeczne z charakterem bezwzględnym zakazu takiego traktowania zgodnie z dyspozycją artykułu 15 Konwencji.

Zdaniem rządu postępowanie przeciwko skarżącemu było rzetelne a przysługujące mu prawo do obrony nie zostało naruszone. Bezprawne środki dowodowe zostały zdyskwalifikowane, o czym skarżący został na wstępie postępowania sądowego poinformowany, po czym dobrowolnie zdecydował się na drugiej rozprawie złożyć wyjaśnienia odnośnie sposobu dokonania zabójstwa a pełnomocnik procesowy skarżącego wyjaśnił wówczas, że tym samym chciał on ponieść odpowiedzialność za popełniony czyn. Owo zeznanie miało fundamentalne znaczenie, jeżeli nie stanowiło jedynej podstawy, dla stwierdzenia przez sądy krajowe faktu planowania i dokonania

⁵³ Artykuł 6(1) EKPC: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd [...]”; art. 6(3)(c): „Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę [...]”.

⁵⁴ *Gäffen*, op. cit., par. 88.

zabójstwa. W słowie końcowym, ustosunkowując się do wątpliwości sądu czy przedstawiona wersja wydarzeń świadczy o braku zamiaru dokonania zabójstwa, skarżący potwierdził wcześniejsze wyjaśnienia swojego pełnomocnika procesowego. Nie ulega zatem wątpliwości, że przyznanie się do zarzucanych czynów stanowiło wybór jednej spośród różnych możliwych strategii obrony procesowej. Wreszcie rząd niemiecki dowodził, że środki dowodowe pozyskane pośrednio dzięki bezprawnemu przesłuchaniu posłużyły jedynie do potwierdzenia wersji wydarzeń ustalonej na podstawie innych dowodów. Ani Konwencja, ani prawo międzynarodowe nie zakazuje natomiast wykorzystania w procesie dowodów rzeczowych, w przeciwieństwie do treści zeznań, uzyskanych dzięki traktowaniu naruszającemu artykuł 3⁵⁵. Ponadto (1) skarżący nie wykorzystał możliwości procesowej zakwestionowania owych dowodów w postępowaniu przed sądami krajowymi, (2) interes publiczny uratowania życia chłopca oraz skazania jego zabójcy przemawiał na rzecz wykorzystania owych źródeł dowodowych. Za bezpodstawne uznano założenie, że dowody te nie zostałyby odkryte bez współpracy skarżącego.

Jak podkreślono, bezprawnym było powoływanie się na fakt złożenia wyjaśnień pod przymusem, wobec nie spełnienia wiązanych z tym faktem nadziei na złagodzenie zasądzonej kary.

Ustosunkowując się do podniesionych przez strony argumentów Trybunał na wstępie zauważył, że prawo zachowania milczenia i przywilej prawo odmowy samooskarżenia, powszechnie uznane standardy, stanowią trzon normy prawnej wyrażonej w artykule 6 Konwencji. Regulacja uzasadniona jest, między innymi, wolą ochroną oskarżonego przed nadużyciem stosowania przemocy przez państwo a w rezultacie uniknięcie pomyłki sądowej. Zatem ocena rzetelności procesu wymaga zbadania poszanowania przysługującego oskarżonemu prawa do obrony; w szczególności oskarżony powinien mieć możliwość zakwestionowania autentyczności środków dowodowych oraz legalności ich stosowania a wiarygodność przedstawionych dowodów winna być oceniona w kontekście wszystkich okoliczności sprawy.

ETPCz podkreślił, że zasadniczo nie należy do jego kompetencji ocena ewentualnych błędów sądów krajowych co do faktów ani co do prawa, o ile nie wiążą się one z naruszeniem praw będących przedmiotem ochrony Konwencji; tymczasem o ile artykuł 6 zapewnia prawo oskarżonego do rzetelnego przesłuchania, to nie zawiera dyspozycji odnośnie zasad dopuszczania środków dowodowych. Trybunał nie odpowiada zatem na pytanie o dopuszczalność poszczególnych dowodów ale ocenia rzetelność całości postępowania, w tym charakter stwierdzonych naruszeń postanowień materialnych Konwencji. Stwierdzić jednak należy, że konstatacja pogwałcenia artykułu 3 EKPC zawsze nakazuje szczególną uwagę przy ocenie rzetelności procesu⁵⁶ a fakt wykorzystania w postępowaniu zeznań oskarżonego wymuszo-

⁵⁵ *Gäfgen*, op. cit., par. 91.

⁵⁶ *Gäfgen*, op. cit., par. 98.

nych za pomocą tortur lub innego kwalifikowanego naruszenia artykułu 3 był już przez Trybunał traktowany jako przesłanka stwierdzenia nierzetelności procesu⁵⁷. Odnosnie obciążających dowodów rzeczowych odkrytych dzięki przesłuchaniu z pogwałceniem artykułu 3, gdy naruszenie wypełnia co najmniej znamiona tortur, nie powinny one być uwzględnione do orzekania o winie oskarżonego, niezależnie od ich doniosłości⁵⁸. Jakiegokolwiek inne podejście „skrywałoby brutalność pod płaszczykiem prawa”⁵⁹.

W badanym sporze Trybunał uznał za stosowne łączne badanie zarzutów pogwałcenia prawa do obrony oraz odmowy autoinkryminacji (art. 6(1)), jako dwóch aspektów tego samego prawa do rzetelnego procesu (art. 6(1)).

Rozważając, czy cały proces przebiegał rzetelnie ETPCz odniósł się do wcześniejszych ustaleń, to jest że zeznania na komisariacie policji wydobyto od skarżącego przy pomocy działań naruszających artykuł 3. Jednocześnie Sąd okręgowy na pierwszej rozprawie odrzucił zarówno treść tego jak i późniejszych przesłuchań. W ten sposób przywrócono *status quo ante*, realizując jednocześnie funkcję represji i prewencji.

Odnosnie dowodów rzeczowych zgromadzonych dzięki zeznaniom skarżącego, Trybunał przypomniał, że przynajmniej niektóre zostały wykorzystane do potwierdzenia prawdziwości zeznań. Brak jednak podstaw do uznania, że skarżącemu, w drodze na miejsce ukrycia zwłok ofiary – w której nie towarzyszył mu Ennigkeit – grożono mu celem zmuszenia do wskazania pozostałych dowodów. Wreszcie część dowodów rzeczowych zgromadzono niezależnie od złożonych zeznań, tym samym w opinii Trybunału nie ulega wątpliwości, że treść zeznań złożonych pod przymusem miała tylko pośredni wpływ na całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, podczas gdy we wspomnianej sprawie *Jalloh v. Niemcy* związek między działaniem przymusowym (podanie środków wymiotnych) a zgromadzonym materiałem dowodowym (zabezpieczenie zażytych uprzednio narkotyków) był bezpośredni.

W tym kontekście Trybunał nie uznał, aby wykorzystanie kwestionowanych środków dowodowych podczas procesu automatycznie przesądzało o jego nierzetelności. Przedmiotem oceny ETPCz były kolejno: relatywna waga kwestionowanych i „skażonych” środków dowodowych, nowe zeznania skarżącego oraz faktyczna możliwość kontestowania obciążającego materiału dowodowego na drodze prawnej.

Oceniając procesowe znaczenie bezprawnych dowodów Trybunał za przesądzające uznał stwierdzenie sądu okręgowego zgodnie z którym zarzucane skarżącemu czyny zostały w całości potwierdzone w jego dobrowolnych, nie obciążonych wadą prawną zeznaniach przed sądem, w szczególności w słowie końcowym. Biorąc pod uwagę całokształt materiału dowodowego zebranego niezależnie od treści zeznań złożonych pod przy-

⁵⁷ *Harutyunyan v. Armenia*, Application no. 36549/03, § 63, 66, ECHR 2007.

⁵⁸ *Gäffen*, op. cit., par. 99.

⁵⁹ *Jalloh*, op. cit., par.105-107.

musiem, znaczenie tych ostatnich ocenić należy jako pomocnicze. Wobec złożenia kompletnych wyjaśnień i pełnego samooskarżenia można wręcz stwierdzić, że kwestionowane środki dowodowe nie zostały wykorzystane na szkodę skarżącego⁶⁰.

Odnosząc się do zeznań złożonych w trakcie procesu ETPCz podkreślił, że wprawdzie decyzja taka była świadomą strategią wobec możliwości wykorzystania przeciwko niemu w toku procesu kwestionowanych dowodów, jednak, co skarżący podkreślał, złożenie zeznań było dlań jednocześnie formą skruchy i przeprosin za dokonane popełnione przestępstwo. Fakt że skarżący w toku całego procesu dysponował pomocy prawną uniemożliwia przyjęcie twierdzenia, jakoby nie wiedział o innych możliwościach obrony lub nie był świadomy prawa zachowania milczenia.

W końcu nie ulega wątpliwości, że skarżący miał możliwość, z której z powodzeniem skorzystał, kwestionowania środków dowodowych; fakt że nie wszystkie jego wnioski zostały uwzględnione, wobec odpowiedniego umotywowania decyzji odmownych przez sąd krajowy w ramach przysługującej mu władzy dyskrecyjnej, nie zmienia tej oceny.

Zdaniem sądu, w świetle przytoczonych powyżej okoliczności, w szczególności obserwacji skarżącego od momentu odebrania okupu, nie ulega wątpliwości, że kwestionowane środki dowodowe miały wyłącznie pomocnicze znaczenie, zatem przysługujące skarżącemu prawo do obrony nie zostało naruszone. Odpowiednio ich uwzględnienie nie przesądziło o nierzetelności procesu. Trybunał nie stwierdził naruszenia artykułów 6(1) ani 3 EKPC.

10. Uwagi końcowe

W demokratycznym państwie prawa kontrowersje związane z pewnymi przypadkami stosowania środków przymusu bezpośredniego ze względów bezpieczeństwa publicznego dotyczą przede wszystkim stanów lub sytuacji związanych z konfliktem praw człowieka (interesu jednostki) i interesu zbiorowości (traktowanej jako agregat jednostek – np. atak na osoby podróżujące jednym samolotem lub instytucje – np. zamach na instalacje i obiekty użyteczności publicznej), zatem nie sposób oczekiwać, aby spór miał zostać rozwiązany w dającej się przewidzieć przyszłości. O ile jednak perspektywy jego zakończenia są mgliste, to jego początki relatywnie niedawne, bo związane z dynamicznym rozwojem po II wojnie światowej prawa międzynarodowego praw człowieka, a zatem trudno na razie jednoznacznie stwierdzić, jaki charakter przybierze dalsza współpraca międzynarodowa w tym zakresie. Proces ten niewątpliwie zasługuje na obserwację.

Sprawa Gäffena stanowi przykład dość szczególnie.

Prima facie wydawać by się mogło, że wbrew wnioskowi raportu Komisji Landau Niemcy odnalazły „czwartą drogę” ochrony bezpieczeństwa.

⁶⁰ *Gäffen*, op. cit., par. 106.

Odrzucając bowiem trzy zidentyfikowane tam możliwości – metodę walki z zagrożeniem „w sferze półmroku” prawnego, sprzeciwiając się „metodzie hipokrytów” i nie uznając słuszności „droga praworządności” – ściśle trzymając się treści obowiązujących przepisów, sprawcę zagrożenia przesłuchali z naruszeniem integralności jego osoby, po czym organizujących i prowadzących przesłuchanie postawili w stan oskarżenia i skazali prawomocnym wyrokiem sądowym karząc za naruszenia bezwzględne zakazu takich działań. Biorąc pod uwagę przytoczone w artykule 1) znane wieloletnie doświadczenia Izraela oraz Wielkiej Brytanii w wojnie z terroryzmem oraz przyzwolenie społeczne na stosowania środków przymusu dla ochrony bezpieczeństwa, 2) zmianę uprzednio krytycznego nastawienia wobec takich działań amerykańskiej opinii publicznej po zamachach terrorystycznych z 11 września 2001 r. i wreszcie 3) powszechne zrozumienie i poparcie dla funkcjonariuszy działających dla ratowania Jakoba von Metzlera wydaje, że wygłaszanie kategoriicznych sądów w warunkach pełnego bezpieczeństwa nie spotka się z akceptacją osób pozbawionych tego luksusu. Można dopuścić myśl, że, prawdopodobnie najwłaściwszy z punktu widzenia prawa, przebieg postępowania w sprawie Gäfgena wymaga szczególnych cech osób gotowych dla dobra ogółu przyjąć na siebie taką odpowiedzialność, jednak rozwiązanie takie nie jest możliwe do zastosowania w większej skali.

W sytuacji w której ochrona praw podejrzanego uniemożliwia ratowanie jego ofiary, opinia publiczna jednoznacznie uznała, że sprzeczne jest z to poczuciem sprawiedliwości. Przejawem takiego myślenia było w pewnym stopniu rozumowanie sądu okręgowego we Frankfurcie, który badając dopuszczalność zgromadzonych w sprawie środków dowodowych porównał status zagrożonych dóbr prawnych. Takie rozumowanie, nie dość że sprzeczne z postanowieniami EKPC, stanowi zagrożenie dla całej konstrukcji praw człowieka i jako takie budzi wątpliwości.

Z drugiej jednak strony fundamentem współczesnej koncepcji praw człowieka jest uznanie ich niezbywalnego charakteru, przyrodzonego naturze ludzkiej. Materialne i formalne ograniczenia naruszenia integralności fizycznej lub mentalnej osoby mają chronić przed pogwałceniem praw podejrzanego o popełnienie czynu bezprawnego w błędnym przekonaniu działania dla ochrony praw domniemanej ofiary. Bezwzględny zakaz tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania nie wynika jednak z uznania, że strach przed sprawieniem sprawcy przestępstwa bólu jest gorszym złem niż zgoda na cierpienie jego ofiary ale z obawy przed ewentualną pomyłką. W tym sensie sprawa Gäfgena budzić może mniejsze wątpliwości, niż choćby przesłuchania podejrzanych terrorystów Al-Kaidy w bazie Guantanamo; mimo że zagrożone było życie „tylko” jednej ofiary, to udział zatrzymanego w sprowadzeniu niebezpieczeństwa był niewątpliwy. W tej sytuacji bezwzględna ochrona praw zatrzymanego kosztem jego ofiary sprzeczna jest z aksjologiczną fundamentem praw człowieka – ochroną godności i prawa do życia jednostki w granicach wyznaczonych poszanowaniem cudzych praw. Jak dalece ochrona sprawcy przestępstwa

kosztem ofiary odbiega od *ratio legis* ochrony prawa do życia, które jednak jak wszelkie inne prawa i wolności, nie może być wykorzystywane z naruszeniem cudzych praw i wolności, widać w razie hipotetycznej sytuacji pozostawienia porywacza w rękach rodziców chłopca lub działania panów Daschnera i Ennigkeita jako osób prywatnych. W takim bowiem przypadku stwierdzić należy, że w myśl artykułu 2(2) EKPC nawet pozbawienia Gäfen życia nie zostałoby uznane za sprzeczne z Konwencją.

Dalej można zauważyć, że do odpowiedzialności karnej pociągnięto wyłącznie funkcjonariuszy policji, nie wyciągając konsekwencji prawnych z faktu obecności przy przesłuchaniu w charakterze osoby wykonującej działalność zawodową lekarza. Zgodnie z przyjętymi przez Zgromadzenie Ogólne ONZ Zasadami etyki medycznej odnoszącymi się do roli personelu służby zdrowia, w szczególności lekarzy, w ochronie więźniów i osób aresztowanych przed torturami oraz innym okrutnym, niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniem albo karaniem, to właśnie w szczególności na lekarzach ciąży obowiązek zapewnienia ochrony ich zdrowia fizycznego i psychicznego⁶¹. Rażącem naruszeniem zasad etyki medycznej, jak również przestępstwem w świetle stosownych instrumentów międzynarodowych, jest angażowanie się lekarzy, w sposób aktywny bądź bierny, w czynności, które stanowią udział, współudział, podleganie lub usiłowanie dopuszczenia się tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Naruszeniem zasad etyki medycznej jest również poświadczanie lub uczestnictwo w poświadczaniu, zdolności więźniów lub osób aresztowanych do podlegania określonemu traktowaniu lub karaniu, które może niekorzystnie wpłynąć na ich zdrowie fizyczne lub psychiczne, i które nie jest zgodne ze stosownymi instrumentami międzynarodowymi, bądź uczestniczenie w jakimkolwiek sposób w takim traktowaniu lub karaniu, które nie jest zgodne ze stosownymi instrumentami międzynarodowymi. Biorąc pod uwagę uznanie zarówno przez sądy krajowe jak i przez ETPC, że działania funkcjonariuszy stanowiły pogwałcenie postanowień Konwencji, odpowiedzialność generalna asystującego przy przesłuchaniu lekarza nie budzi wątpliwości, szczególnie że również od tej zasady żadne wyjątki nie są dopuszczalne⁶².

Odnosnie odpowiedzialności prawnej samych funkcjonariuszy, skoro nawet w państwie o rygorystycznym prawie takim jak Niemcy są policjanci gotowi zaryzykować karierę dla ratowania jednego 11 letniego chłopca, które w skali zagrożeń bezpieczeństwa publicznego można ocenić relatywnie nisko – kryterium liczby ofiar, potwierdza to tezę Dershowitza o niemożności całkowitej eliminacji zjawisko stosowania środków przymusu dla ochrony bezpieczeństwa publicznego. Skoro tak to interpretacja praw człowieka bez uwzględnienia na *ratio legis* regulacji, tj. właśnie ochrony jednostki, która nie traci tego prawa znajdując się w większej grupie

⁶¹ Rezolucja ZO ONZ 37/194 z dnia 18 grudnia 1982 r., zasady 1, 2, 4(b).

⁶² Ibidem, zasada 6.

(czego nie należy jednak utożsamiać z próbami porównywania doniosłości dóbr będących przedmiotem ochrony prawnej ani przeciwstawiania praw jednostki i zbiorowości), z góry zdana na brak społecznej akceptacji, jest szkodliwa, bowiem godzi z poszanowanie owych norm podstawowych. W tej sytuacji na uwagę zasługuje kompromisowe stanowisko Sądu Najwyższego Izraela odrzucającą koncepcję mandatu do stosowania środków przymusu udzielanego z góry ale zobowiązujące do każdorazowego badania poszczególnych przypadków.

Wreszcie zgadzając się z argumentacją ETPCz warto zauważyć, że wobec konieczności badania spraw o bezprawne stosowanie przymusu dla ochrony bezpieczeństwa publicznego w czterech płaszczyznach (tj. rozdzielenie zagadnienia odpowiedzialności funkcjonariuszy i sprawców oraz zagadnień materialnych i proceduralnych), wyłącznie „słuszna droga praworządności” Dershowitza – za formę której można uznać model niemiecki w sprawie Gäfgena umożliwia wykorzystanie owoców pracy organów ścigania, które w przeciwnym razie zostałyby w państwie prawa bezpowrotnie utracone, narażając potencjalnie społeczeństwo na kolejne zagrożenie. Jednocześnie, zgodnie z postulatem SN Izraela i prewencyjnym aspektem odrzucenia środków dowodowych w sprawie przez sądy niemieckie, jedynie szczególny i wyjątkowy charakter wyłączenia bezprawności takich działań nie przyczyni się do ograniczenia bodźców bezpieczeństwa publicznego do poszukiwania i stosowania innych skutecznych metod śledczych, co z kolei wiąże się z ryzykiem obniżenia poziomu bezpieczeństwa, właśnie z powodu legalizacji takich praktyk⁶³.

TORTURES AND EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS. CASE GÄFGEN V. GERMANY

Key words: Tortures, interrogation, Gäfgen, Landau Report, Dershowitz, ECHR

Summary

In September 2002 a 27-years old student Magnusa Gäfgen kidnapped an eleven years old Jakob von Metzlera. After killing the boy kidnapper sent a ransom letter to his parents. Police officers acting in the case, afraid about life of the boy, threatened the detainee with use of force. Under predominantly psychological pressure Gäfgen revealed all the information concerning the kidnapping.

Sentenced for life Gäfgen claimed damages for the trauma caused by the interrogation. All the German judicial instances and the ECHR rejected the petition. Eventually the case was referred to the EHCR's Grand Chamber. The Court had to address the critical issue of equilibrium between suspect's rights and protection of public security both on material and procedural grounds, especially in the lights of articles 3 and 6 of the European Convention on Human Rights.

⁶³ Szerzej na temat stosowania tortur w walce z terroryzmem a zagadnień bodźców funkcjonariuszy i argumentu równi pochyłej: H. Mialon, S. Mialon, M. Stinchcombe, *Torture in Counterterrorism: Agency Incentives and Slippery Slopes* (7.05.2010), <http://ssrn.com/abstract=1268441>.

RECENZJE I OMÓWIENIA

Krzysztof Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012, ISBN: 978-83-7806-407-7

Nakładem wydawnictwa LexisNexis ukazała się w 2012 r. monografia Krzysztofa Dąbkiewicza pt. *Tymczasowe aresztowanie*. Książka składa się ze wstępu, trzech rozdziałów i zakończenia.

Krzysztof Dąbkiewicz – sędzia Wydziału Karnego Sądu Rejonowego w Toruniu – jest autorem komentarza do Kodeksu karnego wykonawczego oraz kilkunastu publikacji z zakresu prawa karnego materialnego i procesowego, a także prawa wykroczeń.

We wstępie autor podkreśla, że praktyczna waga poruszanej problematyki wiąże się bezspornie z faktem, że tymczasowe aresztowanie stanowi najdalej idącą ingerencję w sferę praw i wolności jednostki, zaś zagadnienia odnoszące się do tymczasowego aresztowania nie tylko nie straciły na aktualności, ale wręcz wymagają nowego spojrzenia i ponownego przeanalizowania zasadniczych uregulowań dotyczących tego środka.

Tymczasowe aresztowanie jest jedną z form ustawowego ograniczenia wartości podlegającej ochronie konstytucyjnej, godzi bowiem w jedną z podstawowych wolności konstytucyjnych, jaką jest wolność i nietykalność osobista (art. 41 Konstytucji RP).

Omawiana monografia przedstawia tymczasowe aresztowanie z punktu widzenia prawa karnego procesowego, w szczególności prezentuje materialne warunki dopuszczalności oraz warunki formalne stosowania tego izolacyjnego środka zapobiegawczego w poszczególnych stadiach procesowych jak również ustawowego modelu kontroli postanowień w przedmiocie tymczasowego aresztowania.

Ustalenia poczynione przez Autora w monografii są efektem posłużenia się metodą analizy dogmatycznej, a w ograniczonym zakresie także analizy historycznoprawnej.

Dla wzbogacenia wywodu Autor zbadał orzecznictwo Sądu Najwyższego, sądów powszechnych oraz Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także Trybunału Sprawiedliwości.

W pracy Autor uwzględnił stan prawny na 31 maja 2012 r., jak również odniósł się do najnowszych zmian, jakie w zakresie tymczasowego aresztowania zawiera projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego działającą przy ministrze sprawiedliwości.

Rozdział pierwszy ma charakter wprowadzający do problematyki tymczasowego aresztowania. Omawia zabezpieczenie jego prawidłowego toku, traktuje o celach i funkcjach tego środka w zakresie praw i wolności obywatelskich. Autor przedstawia funkcje tymczasowego aresztowania w ujęciu procesowym i pozaprocesowym. Odnosi się także do współczesnych standardów wyznaczających statut jednostki w społeczeństwie demokratycznym, określających katalog podstawowych praw i wolności jednostki oraz zasady ich ustawowego ograniczenia, zawarte w aktach prawnymiedzynarodowych, jak Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: Europejska Konwencja Praw Człowieka lub Konwencja) sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., które zostały włączone do porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej w formie ratyfikowanych umów międzynarodowych.

Rozdział trzeci zawiera także omówienie podstaw ogólnych i podstawy szczególne tymczasowego aresztowania oraz dyrektywę minimalizacyjną i proporcjonalności tymczasowego aresztowania a także dyrektywę adaptacji tymczasowego aresztowania.

W piśmiennictwie dyrektywa minimalizacji i proporcjonalności tymczasowego aresztowania nazywana jest regułą umiaru oraz zasadą subsydiarności stosowania tymczasowego aresztowania i rozumiana jest jako reguła interpretacyjna, w myśl której należy stosować środek najmniej dolegliwy, a tymczasowe aresztowanie tylko wówczas, gdy inny środek zapobiegawczy jest niewystarczający (art. 257§1 k.p.k.).

Z zasadą minimalizacji jest ściśle powiązana instytucja tzw. warunkowego tymczasowego aresztowania polegająca na tym, że stosując je sąd może zastrzec, iż środek ten ulegnie zmianie z chwilą złożenia w wyznaczonym terminie określonego poręczenia majątkowego, co powoduje, że *ex lege* traci moc postanowienie o tymczasowym aresztowaniu, a podejrzany (oskarżony) musi zostać natychmiast zwolniony.

Omawiając dyrektywę adaptacji tymczasowego aresztowania Autor zwraca uwagę na konieczność zachowania właściwych proporcji pomiędzy dolegliwością związaną z zastosowanym środkiem zapobiegawczym a faktycznymi potrzebami procesowymi.

W rozdziale drugim, omawiającym ustawowy model tymczasowego aresztowania Autor omawia następujące zagadnienia:

- materialne warunki stosowania tymczasowego aresztowania, podstawy ogólne tj. duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa,
- podstawy szczególne tj. obawa ucieczki lub ukrywania się, obawa mactwa, surowość grożącej lub wymierzonej kary, obawa popełnienia przestępstwa,
- podstawy negatywne tj. poważne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia oskarżonego (podejrzanego), jego sytuacja rodzinna, przewidywanie orzeczenia łagodnej kary, zagrożenia łagodną karą, ograniczenia podmiotowe.

Autor przedstawia także immunitety zakrajowości i wewnętrzne oraz list żelazny i *quasi-żelazny*. Ponadto analizuje formalne warunki stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym i incydentalnym.

Autor przedstawia warunki formalne wniosku prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym oraz właściwość i skład sądu, w tym tryb rozpoznania wniosku, przesłuchanie podejrzanego i postanowienie sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania.

W omawianym rozdziale Autor przedstawia zagadnienie przedłużenia tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym, warunki formalne wniosku prokuratora w tym przedmiocie oraz zagadnienia temporalne stosowania tego środka zapobiegawczego w tym postępowaniu.

Autor omawia ponadto zagadnienia stosowania i przedłużania tymczasowego aresztowania w postępowaniu jurysdykcyjnym tj. przed sądem pierwszej instancji, przed sądem odwoławczym oraz w postępowaniu kasacyjnym i wznowieniowym.

Interesujące są rozważania Autora na temat długotrwałości stosowania tymczasowego aresztowania, szczególnie w aspekcie art. 5 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Stosownie do treści tego przepisu każdy zatrzymany lub aresztowany zgodnie z postanowieniami art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji powinien zostać niezwłocznie postawiony przed sądem lub innym urzędnikiem uprawnionym do wykonywania władzy sądowej i ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie albo zwolniony na czas postępowania.

Art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji określa, że każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w celu postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą lub jeśli jest to konieczne w celu zapobieżenia popełnienia takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu.

Autor wskazuje, że ciągle aresztowanie może być usprawiedliwione w dane sprawie tylko wówczas, jeżeli istnieją specyficzne wskazania autentycznego interesu społecznego, który nie zważając na domniemanie niewinności, przeważa nad zasadą poszanowania wolności osobistej zawartą w art. 5 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Autor dokonuje także analizy problematyki przewlekłości postępowania i długotrwałości stosowania środka detencyjnego w polskim orzecznictwie podkreślając, że stosowanie tymczasowego aresztowania powinno być zharmonizowane z wymogami art. 5 ust. 3 Konwencji, a zatem ograniczone do granic wyznaczonych rzeczywistą niezbędnością na tle okoliczności konkretnej sprawy.

W rozdziale trzecim Autor omawia kontrolę postanowień w przedmiocie tymczasowego aresztowania, przedstawiając jej model i rozwiązania zawarte w Kodeksie postępowania karnego.

Szczególnie dużo uwagi Autor poświęca zażaleniu na postanowienie o tymczasowym aresztowaniu, omawiając orzecznictwo Sądu Najwyższego i poglądy judykatury.

W rozdziale tym przedstawione zostały podmioty uprawnione do wniesienia zażalenia na postanowienia w przedmiocie tymczasowego aresztowania oraz ich procesowe umocowanie. Przedstawiając warunki formalne zażalenia Autor cytuje bogatą literaturę przedmiotu i odnosi się do orzecznictwa Sądu Najwyższego.

Autor omawia także kwestie dotyczące terminów i trybu wniesienia i kontroli warunków formalnych zażalenia oraz organy uprawnione do jego rozpoznania, a także tryb rozpoznania zażalenia i rozstrzygnięć sądu *ad quem*.

Autor cytuje również orzecznictwo strasburskie szczególnie w zakresie wskazań, że prawo krajowe powinno zapewnić osobie, w stosunku do której stosowany jest środek izolacyjny lub jego obrońcy, prawo udziału w tych posiedzeniach, w których może brać udział prokurator. Autor podkreśla, że nie dochodzi do naruszenia art. 5 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, gdy tymczasowo aresztowanemu przed wydaniem decyzji o zastosowaniu środka detencyjnego zapewniono możliwość osobistego wypowiedzenia się i kwestionowania argumentów oskarżyciela (prawo wysłuchania przez sąd), a następnie jego obrońca był zawiadomiony o terminach posiedzeń sądu, podczas których mogą zapaść postanowienia dotyczące m.in. rozpatrzenia zażalenia na postanowienie o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania.

Monografię kończą rozważania dotyczące problematyki wniosków o uchylenie lub zmianę tymczasowego aresztowania oraz uprawnień podmiotów do składania tychże oraz sprawowania nadzoru nad stosowaniem tego środka zapobiegawczego.

Bibliografia przedstawiona przez Autora zawiera bardzo bogatą i zróżnicowaną literaturę przedmiotu, monografie i opracowania, a także artykuły opublikowane w czasopismach prawniczych.

Omawiana monografia stanowi udaną próbę przedstawienia instytucji tymczasowego aresztowania. Metoda przyjęta w pracy, analiza literatury przedmiotu oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego, sądów apelacyjnych, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości pozwoliła na realizację celów monografii.

Książka Krzysztofa Dąbkiewicza powinna spotkać się z zainteresowaniem praktyków wymiaru sprawiedliwości i organów ścigania, szczególnie sędziów, prokuratorów i adwokatów.

Janusz Struczyński