

7

2016

ISSN 2082-1786

POLSKI ROCZNIK
PRAW CZŁOWIEKA
I PRAWA HUMANITARNEGO



Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie

Rada Programowa

**GAETANO DAMMACCO (BARI), GRAŻYNA MICHAŁOWSKA, ANDRZEJ RZEPLIŃSKI,
JAN SANDORSKI, VÁCLAV STEHLIK (OŁOMUNIEC), JANUSZ SYMONIDES,
KEIICHI YAMANAKA (OSAKA), JERZY ZAJADŁO**

Komitet Redakcyjny

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

Recenzenci

**MICHAŁ BALCERZAK, BOŻENA GRONOWSKA, KAROL KARSKI, ARTUR KATOŁO (COSENZA),
ARTUR TOMÁŠ LALIK (BRATYSŁAWA), DOROTA LIS-STARANOWICZ, KRZYSZTOF MOTYKA,
ZBIGNIEW SUCHECKI (RZYM), ADAM WIŚNIEWSKI**

Sekretarze redakcji

JAKUB CZEPEK, MACIEJ LUBISZEWSKI

Redakcja tomu

JAKUB CZEPEK, MACIEJ LUBISZEWSKI

Redaktor wydawniczy

DANUTA JAMIOŁKOWSKA

Projekt okładki

MARIA FAFIŃSKA

Skład i łamanie

URSZULA TRZECIECKA

Adres Redakcji

**Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego WPiA UWM w Olsztynie
Al. Warszawska 98, 19-702 Olsztyn
tel. 89 523-48-00, e-mail: jakub.czepek@uwm.edu.pl; m.lubiszewski@uwm.edu.pl**

ISSN 2082-1786

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2016

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

Nakład 150 egz., ark. wyd. 27,75; ark. druk. 23,5
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. 228

Spis treści

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

Małgorzata Andrzejczak-Świątek , Rodzinny wymiar praw dziecka w świetle międzynarodowo chronionych praw człowieka – wybrane aspekty	7
Dobrochna Bach-Golecka , Rozważania o kontrowersjach i konsekwencjach koncepcji praw reprodukcyjnych	21
Pavel Bureš , Objectification of Children through the European Court of Human Rights Jurisprudence?	35
Katarzyna Czeszejko-Sochacka , Przestępstwo wzięcia lub przetrzymywania zakładnika w normach prawa międzynarodowego	47
Marcin Jastrzębski , Kolidzja praw rodziców i <i>nasciturusa</i> w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącym aborcji	61
Tadeusz Jasudowicz , Rodzina jako podmiot uprawniony w systemie Europejskiej Karty Socjalnej w świetle dorobku Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych	81
Tadeusz Jasudowicz , Zgwałcenie w świetle orzecznictwa strasburskiego – w poszukiwaniu wniosków pożytecznych dla prawa i praktyki polskiej	107
Marcin Kazimierzuk , Wolność tworzenia związków zawodowych w systemie ochrony praw człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych	123
Justyna Krzywkowska, Maciej Kubala , Stolica Apostolska i prawo kanoniczne w obronie rodziny i jej praw	137
Joanna Markiewicz-Stanny , Pozbawienie wolności imigrantów a prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	159
Rafał Mizerski , Prawa człowieka a poligamia	181
Elżbieta Hanna Morawska , Od obowiązku zapobiegania do obowiązku umożliwienia: złożone podejście Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do samobójstwa	203
Tomasz Rakoczy , Ochrona rodziny w dokumentach Rady Europy dotyczących funkcjonowania środków społecznego przekazu a prawo polskie	225
Joanna Rezmer , Prawo osoby z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa w świetle uwag końcowych oraz komentarzy ogólnych Komitetu Praw Człowieka i Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych	243
Anna Natalia Schulz , Urodzenie dziecka przez zastępczą matkę i jego prywatnoprawne konsekwencje w świetle pierwszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	265
Tomasz Srogosz , Prawo osoby z niepełnosprawnością do życia rodzinnego w świetle standardów międzynarodowych (z uwzględnieniem prawa polskiego)	285
Agnieszka Wedel-Domaradzka , Prawo do kontaktów z rodziną osób aresztowanych oraz odbywających karę pozbawienia wolności – rozważania na tle standardów soft- law oraz art. 8 EKPC	301
Vita Zagórowska , Wymuszone zaginięcia a prawa rodziny na tle konfliktu rosyjsko-ukraińskiego	319

MISCELLANEA

Jerzy Akińcza , Artykuł 261 k.p.c. w związku z art. 12 Konwencji o prawach dziecka. Praktyka orzecznicza	333
Paulina Konarska , Prawa pacjenta ze szczególnym uwzględnieniem prawa pacjenta do dokumentacji medycznej	343
Aleksandra Nowak , Problem uzależnienia od narkotyków – leczenie osób uzależnionych i pomoc świadczona rodzinie	361

Contents

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Małgorzata Andrzejczak-Świątek, Family Character of Children's Rights – Selected Aspects	7
Dobrochna Bach-Golecka, Reflections upon Controversies and Consequences of the Conceptions of Reproductive Rights	21
Pavel Bureš, Objectification of Children through the European Court of Human Rights Jurisprudence?	35
Katarzyna Czeszejko-Sochacka, A Crime of Taking or Holding Somebody a Hostage in Terms of the International Regulations	47
Marcin Jastrzębski, Collision Between the Rights of Parents and <i>Foetus</i> in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights Relating to Abortion	61
Tadeusz Jasudowicz, Family as a Rights-Holder in the European Social Charter system	81
Tadeusz Jasudowicz, Rape in the light of Strasbourg case-law – searching conclusions useful for polish law and practice	107
Marcin Kazimierzczuk, The Freedom to Form Trade Unions in the Protection of Human Rights of the United Nations	123
Justyna Krzywkowska, Maciej Kubala, The Holy See and the Canon Law Stand up for Families and Their Rights	137
Joanna Markiewicz-Stanny, Deprivation of Liberty of Immigrants and the Right to Respect for Private and Family Life in the Light of the European Convention on Human Rights	159
Rafał Mizerski, Human Rights and Polygamy	181
Elżbieta Hanna Morawska, From the obligation to prevent to the obligation to facilitate: complex approach of the European Court of Human Rights to suicide	203
Tomasz Rakoczy, Protection of Family in Documents of Council of Europe About Means of Social Communication and its Regarding to Polish Law	225
Joanna Rezmer, The Right of a Person with Disabilities to Marry in the Light of Concluding Observations and General Comments of the Human Rights Committee and the Committee on the Rights of Persons with Disabilities	243
Anna Natalia Schulz, The Birth of a Child by a Surrogate Mother and its Private-Law Consequences of in the Light of the Firsts Judgements of the European Court of Human Rights	265
Tomasz Srogosz, Right of Persons with Disabilities to Family Life in the Light of International Standards (Including with Regard to Polish Law)	285
Agnieszka Wedeł-Domaradzka, The Right to Contacts with the Family of Arrested and Imprisoned Persons – Considerations Based on Soft-Law Standards and art. 8 of the ECHR	301
Vita Zagórowska, Enforced Disappearances and the Rights of the Family in the Light of the Russian-Ukrainian Conflict	319

MISCELLANEA

Jerzy Akińcza , Article 261 k.p.c. in respect of article 12 of the Convention on the Rights of the Child. Judicial Practice	333
Paulina Konarska , Patients' Rights with Particular emphasis on Patient's right to Medical Records	343
Aleksandra Nowak , Drug Addiction Problem – the Treatment of Addicts and help Provided to the Family	361

PRAWO MIĘDZYNARODOWE PRAW CZŁOWIEKA

MAŁGORZATA ANDRZEJCZAK-ŚWIĄTEK
Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie

Rodzinny wymiar praw dziecka w świetle międzynarodowo chronionych praw człowieka – wybrane aspekty

Słowa kluczowe: prawa dziecka, prawa rodziny, odpowiedzialność rodzicielska, ochrona dziecka, Konwencja o prawach dziecka

Wstęp

Problematyka rodzinnego wymiaru praw dziecka wydaje się na pozór zbyt oczywista, by poświęcać jej obszerne rozważania. Prawom dziecka i prawom rodziny poświęcono przecież sporo uwagi w doktrynie. Do tego dochodzi bogate orzecznictwo krajowych i międzynarodowych sądów i trybunałów.

Jednakże, mimo tak częstego zainteresowania doktryny tematyką rodziny i praw dziecka w ogóle, brakuje ujęcia rodzinnego wymiaru praw dziecka w sposób właściwy, w kontekście prawnomiędzynarodowej ochrony praw człowieka i dziecka jako podmiotu ochrony szczególnej. Warto przy tym zastanowić się, co rzeczywiście oznacza rodzinny wymiar praw dziecka w świetle standardów międzynarodowych ochrony praw człowieka, jak rozumieć pojęcie rodziny i czy można mówić o rodzinnym wymiarze praw dziecka w sytuacji, gdy dziecko pozbawione jest troski i opieki obydwójga rodziców. Wreszcie należy – przynajmniej ogólnie – przyjrzeć się zobowiązaniom pozytywnym państw w kontekście realizacji gwarancji z zakresu rodzinnego charakteru praw dziecka.

Właściwy kontekst dla niniejszych rozważań toruje treść preambuły Konwencji o prawach dziecka (dalej: KPD, Konwencja) w miejscu, w którym uznaje, iż *dziecko dla pełnego i harmonijnego rozwoju swojej osobowości powinno wychowywać się w środowisku rodzinnym, w atmosferze szczęścia, miłości i zrozumienia.*

W powyższym kontekście rodzinny wymiar praw dziecka łączy się z zasadą dobra dziecka. Zresztą w doktrynie również pojawiły się postulaty, aby wyjaśnienia pojęcia „dobre dziecko” szukać właśnie w preambule KPD, bowiem zawiera ona modelowy opis sytuacji zabezpieczenia interesów dziecka¹.

Nie budzi wątpliwości fakt, iż prawem o charakterze fundamentalnym jest w przypadku dziecka prawo do wychowywania się w rodzinie, mając przy tym na względzie „jakość” tej rodziny, która ma zapewnić dziecku harmonijny rozwój, poszanowanie pełnego spektrum praw i wolności, jak również szczęście, miłość i zrozumienie. Prawo międzynarodowe praw człowieka, w tym dokumenty poświęcone ochronie praw dziecka wyraźnie formułują prawo dziecka do rodziny jako zasadę – podstawowe kryterium korzystania przez dziecko z jego praw człowieka. Kryterium to świadczy bowiem o specyfice dziecka jako podmiotu chronionego praw człowieka – dziecko jako podmiot chroniony korzysta ze wszystkich gwarancji na rzecz ochrony praw człowieka, ale realizacja jego praw podstawowych odbywa się na gruncie rodzinnym. Oczywiście jest, iż dziecko z uwagi na swą niedojrzałość psychofizyczną wymaga opieki, troski i wychowania ze strony osób dorosłych. W tym kontekście nieco innego zabarwienia nabiera wertykalizm praw człowieka w odniesieniu do dziecka. Nadal odzwierciedla on relację państwo – jednostka, aczkolwiek gwarancją praw dziecka staje się zapewnienie przez państwo praw rodziny. Nie ma praw dziecka bez praw rodzinnych, nie istnieje ochrona dziecka bez ochrony rodziny i nie sposób gwarancji na rzecz dziecka i na rzecz rodziny rozpatrywać niezależnie od siebie.

Standardy uniwersalne

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej: MPPOiP) w art. 23 zawiera ogólną klauzulę, zapewniającą ochronę rodziny. Zgodnie z jego unormowaniem, *rodzina jest wspólnotą naturalną i podstawową w społeczeństwie i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa oraz państwa*². Przepis ten gwarantuje ochronę każdemu dziecku wychowującemu się w rodzinie jako „substratowi” rodziny, odnosząc się dodatkowo do ochrony dziecka po rozpadzie rodziny i nakazując, iż *w przypadku rozwiązania małżeństwa będą podjęte środki w celu zapewnienia dzieciom niezbędnej ochrony*³.

Przepis art. 23 Paktu silnie koresponduje ze stypulacją art. 24 Paktu zawierającego ogólną klauzulę ochronną dziecka i zakaz dyskryminacji

¹ Zob. W. Stojanowska, *Dobre dziecka jako klauzula generalna w Konwencji i w prawie polskim*, [w:] *Konwencja o Prawach Dziecka. Wybrane zagadnienia prawne i socjalne*, red. T. Smoczyński, Warszawa 1994, s. 83.

² Art. 23 ust. 1 MPPOP.

³ Zob. art. 23 ust. 4 MPPOP.

dzieci. Komitet Praw Człowieka w swych Uwagach Ogólnych poświęconych przepisowi art. 24 Paktu, silnie podkreślił rodzinny wymiar praw dziecka stwierdzając, iż w pierwszym rzędzie to na rodzinie, którą należy interpretować szeroko jako wszystkie osoby, które w danym społeczeństwie wchodzi w skład rodziny, a w szczególności na rodzicach ciąży zobowiązanie stworzenia warunków, wspomagających harmonijny rozwój osobowości dziecka i zapewniających poszanowanie jego praw wymienionych w Pakcie. Jeżeli dziecko wychowuje się poza rodziną, państwo powinno umożliwić mu rozwój w warunkach, które możliwie najbardziej przypominają otoczenie rodzinne⁴.

Z kolei Międzynarodowy Pakt Praw Socjalnych, Ekonomicznych i Kulturalnych podkreśla szczególnie charakter ochrony dziecka w okresie trwania odpowiedzialności rodziny za opiekę i wychowanie dzieci pozostających na jej utrzymaniu⁵.

Zważyć należy na fakt, iż do momentu wejścia w życie KPD, Pakty stanowiły podstawę międzynarodowej ochrony praw dziecka⁶.

Stypulacje Konwencji o prawach dziecka

Nie sposób przecenić gwarancji zawartych w KPD ONZ pod kątem ich wpływu na ujmowanie praw dziecka w kontekście rodzinnym. Począwszy od preambuły, Konwencja jest wręcz „przeziąknięta” wydźwiękiem rodzinnego charakteru praw dziecka. Tym bardziej dziwi fakt, iż krytycy Konwencji sprzeciwiali się jej ratyfikacji dowodząc, że jej wpływ na państwa będzie antyrodzinny⁷.

Zgodnie z art. 7 KPD dziecko winno mieć prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką. Przepis ten koreluje z art. 8 KPD, nakładającym na państwa obowiązek podjęcia działań, mających na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości⁸.

⁴ *General Comment No 17*, par. 6.

⁵ Art. 10 ust. 1 MPPEKS.

⁶ W roku 1986 Marian Balcerek pisał, iż art. 10 Paktu Ekonomicznego – obok art. 24 Paktu Obywatelskiego – stanowi prawnomiędzynarodową gwarancję, że prawa dziecka potraktowane zostaną przez państwa, które ratyfikowały Pakty, z należytym szacunkiem i zapewnią dzieciom w swoim kraju właściwą ochronę ich niezbędnych praw, zob. M. Balcerrek, *Prawa dziecka*, Warszawa 1986, s. 132.

⁷ Zob. G.B. Melton, *The child's right to a family environment: why children's right and family values are compatible*, *American Psychologist*, Vol. 51(12), Dec. 1999, s. 1234–1238.

⁸ Zob. G.A. Stewart, *Interpreting the Child's Right to Identity in the U.N. Convention on the Rights of the Child*, „Family Law Quarterly”, Vol. 26, No. 3 (1992), s. 221–233; B.C. Hafen, J.O. Hafen, *Abandoning Children to Their Autonomy: the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Vol. 37, No. 2, 1996, s. 449 i n.; S. Besson, *Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, „International Journal Law Policy Family” (2007) 21 (2), s. 137–159.

Prawo do rodziny wyraża art. 9 KPD, który nakazuje, aby dziecko nie zostało oddzielone od swoich rodziców wbrew ich woli, z wyłączeniem przypadków, gdy kompetentne władze, podlegające nadzorowi sądowemu, zdecydują, że takie oddzielenie jest konieczne ze względu na najlepiej pojęty interes dziecka. Nadto, państwa powinny szanować prawo dziecka odseparowanego od jednego lub obojga rodziców do regularnych stosunków osobistych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców.

Prawa dziecka do rodziny łączą się z prawem do przemieszczania i osiedlania gwarantowanym w art. 10 KPD, nakładającym na państwa obowiązek, aby wnioski składane przez dziecko lub przez jego rodziców w sprawie wjazdu lub opuszczenia danego kraju w celu łączenia rodziny były rozpatrywane w sposób przychylny, humanitarny i w szybkim tempie. Dziecko, którego rodzice przebywają w różnych państwach, winno mieć prawo do utrzymywania regularnych, z wyjątkiem okoliczności nadzwyczajnych, osobistych stosunków i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców. Do powyższych wolności nawiązuje art. 16 KPD, zapewniający dziecku ochronę prawną na wypadek arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego.

Konwencja reguluje w sposób jednoznaczny ochronę dzieci pozbawionych opieki rodzicielskiej (sierot naturalnych i społecznych) poprzez zapewnienie opieki zastępczej sierotom odseparowanym przez środowisko rodzinne, w instytucjach opieki całkowitej bądź rodzinie zastępczej. Opieka zastępcza winna być zgodna z kulturowymi podstawami wychowania w rodzinie i najlepszym interesem dziecka. Adopcja dzieci pozbawionych opieki ma podlegać obowiązującym w danym kraju regulacjom prawnym i opierać się na kompetentnej, dogłębnej diagnozie nowego środowiska rodzinnego. Państwo ma obowiązek zapewnienia opieki specjalnej dzieciom będącym uchodźcami lub ubiegającymi się o status uchodźcy, poprzez współpracę z kompetentnymi w tym zakresie instytucjami i organizacjami.

Państwa winny współpracować we wszystkich wysiłkach podejmowanych przez ONZ oraz inne organizacje międzynarodowe i pozarządowe współdziałające z ONZ dla:

- udzielenia ochrony i pomocy dzieciom, które znajdują się w podobnej sytuacji;
- odnalezienia rodziców lub innych członków rodziny każdego dziecka – uchodźcy, w celu uzyskania niezbędnych informacji dla połączenia go z rodziną;

W przypadkach, gdy nie można odnaleźć rodziców ani innych członków rodziny, dziecko zostać winno otoczone taką samą ochroną, jak każde inne dziecko trwale lub czasowo pozbawione swego środowiska rodzinnego z jakichkolwiek przyczyn, zgodnie z zasadami zawartymi w Konwencji⁹.

⁹ Art. 22 ust. 2 KPD.

Warto zwrócić uwagę na proces krzewienia rodzinnego wymiaru praw dziecka przez Komitet Praw Dziecka ONZ. W każdym niemal *General Comment* Komitet, formułując zobowiązania pozytywne dla państw–stron Konwencji, podkreśla rolę rodziców i opiekunów w realizacji praw dziecka zawartych w Konwencji.

Jedne z ważniejszych wniosków co do ochrony dziecka w rodzinie wypływają z Uwag Ogólnych nr 13 z 2011 r., zatytułowanych: „Prawo dziecka do wolności od wszelkich form przemocy”. Komitet uznaje w nich nadrzędną pozycję rodziny w ochronie dziecka, opiece nad nim oraz przeciwdziałaniu przemocy. Niezależnie od powyższego, Komitet przyznaje, iż większość przypadków przemocy wobec dzieci ma miejsce w rodzinach – wówczas wymagane są interwencja ze strony państwa oraz wsparcie¹⁰.

Zdaniem Komitetu, wyrażonym w Uwagach Ogólnych z 2003 r., poświęconych zdrowiu i rozwojowi młodzieży, przepisy Konwencji potwierdzają odpowiedzialność, prawa i obowiązki rodziców (lub prawnych opiekunów dziecka), w celu zapewnienia im właściwego kierowania w sposób odpowiadający rozwijającym się zdolnościom dziecka, w korzystaniu przez dzieci z praw im przysługujących¹¹.

Komitet wierzy, iż rodzice oraz inne osoby prawnie odpowiedzialne za dziecko, będą wypełniać z troską ich prawa oraz obowiązki, aby zapewnić właściwe korzystanie przez dziecko z praw mu przysługujących. Mają oni obowiązek brać pod uwagę zdanie młodzieży, przy uwzględnieniu wieku oraz stopnia dojrzałości takiej osoby, a także zapewnić jej bezpieczeństwo i wsparcie środowiska, w którym może się ono rozwijać¹².

Kolejne istotne spostrzeżenia co do roli rodziców i opiekunów w realizacji konwencyjnych praw dziecka poczynił Komitet w *General Comment* No. 7 (2002), zatytułowanych „Implementacja praw dziecka we wczesnym dzieciństwie”¹³.

Zdaniem Komitetu, priorytet powinien być dany przepisom dotyczącym właściwej opieki prenatalnej oraz poporodowej dla matek i noworodków w kontekście zdrowych relacji w rodzinie (zwłaszcza pomiędzy matką i dzieckiem) w rozumieniu art. 24 ust. 2¹⁴. W przypadku praw najmłodszych dzieci, Komitet uzależnia ich realizację od wsparcia rodziców i opiekunów. Właśnie w Uwagach Ogólnych dotyczących najmłodszych dzieci widać największe *iunctim* pomiędzy gwarancjami na rzecz rodziców i prawami dziecka. Słusznie

¹⁰ General Comment No. 13 (2011) “The right of the child to freedom from all forms of violence”, CRC/C/GC/13 – 18 kwietnia 2011 r., oar 2(h).

¹¹ General Comment no. 4 (2003) Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, Komitet Praw Dziecka – 33 Sesja, 19 maja–6 czerwca 2003 r., CRC/GC/2003/4, 1 lipca 2003 r., par. 5.

¹² Ibidem, par. 7.

¹³ General Comment No. 7 (2002) *Implementing child rights in early childhood*, opracowane na 40. Sesji Komitetu Praw Dziecka w dniach 12–30 września 2005 r., przyjęte 20 września 2006 r., CRC/C/GC/7/Rev. 1.

¹⁴ Ibidem, par. 27 pkt b.

bowiem można zinterpretować stanowisko Komitetu wyrażone w niniejszym dokumencie w ten sposób, iż bez wsparcia rodziców oraz rodziny w ogóle nie może być mowy o należytym wypełnianiu przez państwo zobowiązań pozytywnych wypływających z Konwencji.

Szczególno znaczenia w odniesieniu do niniejszych rozważań nabiera fakt opracowania przez Komitet dokumentu poświęconego dzieciom opuszczonym bądź osieroconym, znajdującym się poza krajem swego pochodzenia¹⁵. Mimo sytuacji braku opieki ze strony rodziców bądź prawnych opiekunów, Komitet wyraźnie kształtuje zobowiązania pozytywne państw–stron w kierunku konieczności (w miarę oczywiście realnych możliwości) utrzymywania więzi z rodziną i połączenia dziecka z osobami najbliższymi. Ponadto, dziecko w sytuacji opuszczenia czy osierocenia powinno przebywać w środowisku jak najbardziej zbliżonym do środowiska rodzinnego – również w kontekście kulturowym czy religijnym.

Komitet w powyższych Uwagach zdefiniował następujące pojęcia:

a. Dzieci opuszczone czy też dzieci bez opieki (*unaccompanied children*) – to są dzieci w rozumieniu art. 1 KPD, które zostały odseparowane od obojga rodziców oraz innych bliskich i nie pozostają pod opieką dorosłych, którzy na mocy prawa lub zwyczaju byłiby odpowiedzialni za tę opiekę¹⁶;

b. Dzieci osierocone (*separated children*) – to dzieci, w rozumieniu art. 1 KPD, które zostały odseparowane od obojga rodziców lub od wcześniejszych prawnych bądź zwyczajowych opiekunów, ale niekoniecznie od innych bliskich. Definicja ta dotyczy także dzieci pozostających pod opieką innych dorosłych członków rodziny¹⁷. Potwierdza to, iż pojęcia „rodzinny wymiar praw dziecka” nie można ograniczać tylko do relacji pomiędzy rodzicami i dziećmi, ale ma ono szerszy zasięg – dotyczy wszelkich związków „rodziny”.

Obowiązki pozytywne co do ochrony dzieci z omawianej kategorii przejawiać się powinny między innymi w podjęciu przez państwa wszelkich możliwych środków w celu identyfikacji dzieci opuszczonych bądź osieroconych na jak najwcześniejszym etapie, najlepiej już w momencie przekraczania granicy oraz, jeżeli to możliwe, zadbanie o jak najszybsze połączenie tych dzieci z członkami ich rodzin¹⁸.

Dobro dzieci opuszczonych/osieroconych, pozostających poza krajem swojego pochodzenia, wymaga także realizacji zobowiązań wynikających z art. 20 Konwencji. Zgodnie z nim, dziecko pozbawione czasowo lub na stałe środowiska rodzinnego lub w przypadku, gdy ze względu na swoje dobro nie może pozostawać w tym środowisku, ma prawo do specjalnej ochrony i opieki

¹⁵ General Comment No. 6 (2005), *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, CRC/GC/2005/6.

¹⁶ Ibidem, par. 7.

¹⁷ Ibidem, par. 8.

¹⁸ Ibidem, par. 13.

ze strony państwa. Tego rodzaju opieka może obejmować, *inter alia*, umieszczenie w rodzinie zastępczej, Kafala w prawie islamskim, adopcję lub, gdy nie jest to niezbędne, umieszczenie w odpowiedniej instytucji, powołanej do opieki nad dziećmi. Przy wyborze odpowiednich rozwiązań należy w sposób właściwy uwzględnić wskazania w zachowaniu ciągłości w wychowaniu dziecka oraz jego tożsamości etnicznej, religijnej, kulturowej i językowej¹⁹.

Co ważne, opieka ze strony władz państwowych powinna być oparta między innymi na następujących założeniach:

- dzieci, co do zasady, nie powinny być pozbawiane wolności;
- w celu kontynuacji opieki oraz realizacji zasady dobra dziecka, zmiany co do miejsca pobytu dziecka pozostającego bez opieki powinny być ograniczone do sytuacji, gdy taka zmiana jest zgodna z jak najlepszym interesem dziecka;
- zgodnie z zasadą jedności rodziny, rodzeństwo powinno przebywać razem;
- dziecko, które przybyło do danego państwa z krewnymi, albo w którym krewni przebywają jako azylanci bądź uchodźcy, powinno otrzymać zgodę na pozostanie pod ich opieką, jeżeli przemawia za tym dobro dziecka.

Najważniejszym celem w kierowaniu losem dziecka opuszczonego/osieroconego jest zapewnienie mu wszystkich potrzeb ochronnych, biorąc pod uwagę jego zdanie, a także – w sytuacjach, gdy jest to możliwe – połączenie dziecka z rodziną.

Jednakże, aby w pełni zrealizować zobowiązania państw wynikające z art. 9 KPD i połączenia dziecka z rodzicami, Komitet przypomina o powiązaniu tychże zobowiązań z treścią art. 12 KPD, gwarantującego prawo dziecka do wyrażania opinii, a przede wszystkim z zasadą jak najlepszego interesu dziecka.

Ponadto, połączenie dziecka opuszczonego/osieroconego z rodziną, znajdującą się w kraju pochodzenia dziecka, nie będzie zgodne z jego dobrem, gdy istnieje „uzasadnione ryzyko” naruszenia w kraju pochodzenia podstawowych praw i wolności dziecka. Takie „ryzyko” winno być udokumentowane w decyzjach dotyczących przyznania dziecku statusu uchodźcy, bądź w decyzji odnoszącej się do zaniechania wydalenia dziecka do kraju pochodzenia ze względu na zasadę *non-refoulement*²⁰.

Standardy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

W systemie Rady Europy ochrona praw rodziny zajmuje kluczową pozycję, zarówno pod względem ochrony traktatowej, jak również implikacji wynikających z *soft-law* oraz stanowiska organów kontrolnych.

¹⁹ Zob. art. 20 Konwencji o Prawach Dziecka oraz General Comment No. 6, par. 40.

²⁰ Zob. General Comment No. 6, par. 81.

Gwarancje na rzecz ochrony praw rodziny przede wszystkim odnajdujemy w art. 8 Europejskiej Konwencji praw człowieka, zapewniającym poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego.

Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, iż art. 8 Konwencji wymaga poszanowania tylko faktycznie już istniejącego życia rodzinnego, a istotą „życia rodzinnego” pomiędzy rodzicami a dziećmi jest między innymi „wzajemna radość przebywania ze sobą”²¹. Trybunał podkreślił też, iż relacje między rodzicami i dziećmi wyznaczone są przez dwie podstawowe zasady: władzę przysługującą rodzicom w stosunku do dziecka oraz autonomię rodziców w ustalaniu sposobu jego wychowania i wprowadzania w świat dorosłych²². Funkcjonowanie rodziny musi być jednak podporządkowane dbałości o dobro dziecka, art. 8 Konwencji nie może być bowiem interpretowany w sposób upoważniający rodziców do podejmowania działań szkodliwych dla zdrowia lub rozwoju dziecka²³.

Analiza jurysprudencki Trybunału w sprawach dotyczących dzieci wskazuje jednoznacznie, iż Trybunał traktuje preambułę KPD jako zasadę. Bardzo często powołuje się bowiem na jej treść ukazując modelową sytuację, w której prawa dziecka mogą być w sposób najpełniejszy realizowane. Co do zasady zatem, rodzina jest podstawową komórką społeczną, a dziecko winno się wychowywać w pełnej rodzinie, w atmosferze szczęścia, miłości i rozwoju. Wszelkie inne sytuacje, odbiegające od modelowej koncepcji wyrażonej w preambule Konwencji, Trybunał traktuje jako wyjątkowe i wówczas muszą być one rozstrzygane w oparciu o dobro dziecka i jego jak najlepszy interes. Zatem, mimo faktu, iż dla istnienia „życia rodzinnego” Trybunał nie wymaga pełnej rodziny, to właśnie funkcjonowanie dziecka w takiej rodzinie najbardziej odpowiada najlepszemu interesowi dziecka²⁴.

Stanowisko Komitetu Ministrów Rady Europy

Stanowisko Komitetu Ministrów Rady Europy wyraźnie skłania się ku potwierdzeniu rodzinnego charakteru praw dziecka, dostrzegając – zwłaszcza w sytuacji dziecka pozbawionego opieki ze strony obydwójga rodziców, konieczność zapewnienia mu wychowywania się w środowisku jak najbardziej zbliżonym do środowiska rodzinnego.

W swych Zaleceniach Komitet kształtuje mocno rozbudowany system zobowiązań pozytywnych państw–stron w odniesieniu do realizacji

²¹ Zob. wyrok ETPC z 22.06.1989 r. w sprawie *Eriksson przeciwko Szwecji*, skarga nr 11373/85, par. 58.

²² Zob. wyrok ETPC z 07.08.1996 r. w sprawie *Johansen przeciwko Norwegii*, skarga nr 17383/90, par. 52.

²³ Zob. *Ibidem*, par. 78.

²⁴ Zob. m.in. wyrok ETPC z 26.11.2013 w sprawie *X przeciwko Lotwie*, skarga nr 27853/09; wyrok ETPC z 06.07.2010 r. w sprawie *Neulinger and Shuruk przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 41613/07, par. 48.

instrumentów prawnych, gwarantujących ochronę praw dziecka i praw rodziny w systemie Rady Europy. Warto zatem przyrzeć się bliżej najważniejszemu wytycznym Komitetu, ukazującym miejsce dziecka w rodzinie.

Komitet zaliczył do konwencji zabezpieczających interesy dziecka konwencje dotyczące adopcji dzieci, statusu dziecka pozamałżeńskiego oraz wykonywania i uznawania orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem²⁵, podkreślając konieczność ratyfikacji tych dokumentów przez państwa członkowskie w celu ochrony najlepszego interesu dziecka oraz interesów rodziny jako całości. Nie po raz pierwszy zatem dobro dziecko jest utożsamiane z interesami rodziny.

Zalecenie Komitetu Nr R (88) 16 wskazuje, iż zwiększenie siły środków mających na celu ochronę najlepszego interesu dziecka oraz interesów rodziny jako całości winno być tożsame z:

- ratyfikacją konwencji i porozumień zwartych w ramach działalności Rady Europy w dziedzinie prawa prywatnego, a w szczególności konwencji zabezpieczających interesy dziecka, jeśli jeszcze tego nie uczyniły;
- skatalogowaniem konwencji i porozumień ratyfikowanych i przeanalizowaniem przyczyn braku ratyfikacji któregośkolwiek z tych traktatów;
- udoskonaleniem współpracy i wymianą informacji pomiędzy centralnymi władzami odpowiedzialnymi za realizowanie postanowień powyższych traktatów, tak aby umożliwić osobom i podmiotom zainteresowanym korzystanie w pełni z dostępnych im narzędzi;
- podjęciem stosownych działań mających na celu uświadomienie istnienia i funkcjonowania tych traktatów wszystkim tym, które one dotyczą;
- zwróceniem się, w razie potrzeby, z prośbą o pomoc do Sekretarza Generalnego w znalezieniu rozwiązań dla wszelkich problemów, które mogły uniemożliwić ratyfikację lub pełne wdrożenie wyżej wymienionych konwencji i porozumień²⁶.

Prawo dziecka do wychowania w rodzinie potwierdzają również Zalecenie Nr R (91) 9 Komitetu Ministrów w sprawie środków nadzwyczajnych w sprawach rodzinnych²⁷, Zalecenie Nr R (94) 14 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie spójnych i zintegrowanych zasad polityki rodzinnej²⁸, Zalecenie Nr R (95) 6 Komitetu Ministrów dla państw członkow-

²⁵ Chodzi o: Europejską Konwencję w sprawie adopcji dzieci z 1967 r.; Europejską Konwencję o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego z 1975 r.; Europejską Konwencję o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz przywracaniu pieczy nad dzieckiem. Zob. Zalecenie Nr R (88) 16 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie ratyfikowania i udoskonalania sposobów wdrażania konwencji i porozumień zawartych w ramach działalności Rady Europy w dziedzinie prawa prywatnego, w szczególności konwencji zabezpieczających interesy dziecka, przyjęte w dniu 29 września 1988 r.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 9 września 1991 r. na 461 zebraniu zastępców ministrów.

²⁸ Przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 22 listopada 1994 na 521 spotkaniu zastępców ministrów.

skich w sprawie zastosowania Europejskiej konwencji o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem i przywracaniu pieczy nad dzieckiem²⁹, Zalecenie Rec(2005)5 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie praw dzieci przebywających w placówkach opiekuńczo-wychowawczych³⁰ oraz Zalecenie CM/Rec(2006)19 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie strategii wspierania pozytywnego rodzicielstwa³¹.

Zalecenie Nr R (91) 9 ma na celu ustanowienie zasad w sprawie środków nadzwyczajnych dających sądom i innym kompetentnym władzom możliwość skutecznego rozwiązania pilnych spraw, zwłaszcza spraw, w których dzieci zostały w niewłaściwy sposób odsunięte od rodziny lub ich dobro jest poważnie zagrożone. Zasady te mają pomóc państwom nadać priorytet środkom nadzwyczajnym w sprawach rodzinnych i zapewniać odpowiednie zasoby i środki w celu ochrony interesów rodziny.

Na szczególne zaakcentowanie zasługuje treść załącznika do Zalecenia Nr R (94) 14. Podkreśla się w nim, iż *na początku dwudziestego pierwszego wieku polityki rodzinne muszą stanowić wsparcie dla rodzin dzisiejszego społeczeństwa, oferując im ochronę i pomoc, których potrzebują, aby pełnić swe role w społeczeństwie. Należy wspierać pełen potencjał każdej rodziny, zwłaszcza rodzin biednych, tak by mogły zarówno pełnić swe obowiązki, jak i cieszyć się niezależnością, z zachowaniem godności wrodzonej każdej istoty ludzkiej.*

Według zasady podstawowej nr 2 wyrażonej w załączniku, rodzina odgrywa główną rolę w promowaniu poczucia solidarności pomiędzy pokoleniami a najstarszymi członkami społeczności, jak również prawdziwego partnerstwa u par. Rodzice są w pierwszej kolejności odpowiedzialni za wychowanie dzieci według podstawowych zasad społeczeństwa demokratycznego. Należy nadać priorytet usługom edukacyjnym i mediacyjnym, umożliwiającym rozwiązywanie wszelkich konfliktów rodzinnych.

Zalecenie Nr R (95) 6 wzywa państwa członkowskie, aby podpisały i ratyfikowały Europejską konwencję o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem i przywracaniu pieczy nad dzieckiem oraz Konwencję haską, dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, mając na względzie między innymi fakt, iż prawo dostępu rodziców jest naturalnym następstwem prawa pieczy nad dzieckiem, istnieje potrzeba rozwiązania kwestii związanych z repatriacją dzieci, a także usprawnienia operacji transgranicznego dostępu do dzieci.

W załączniku do Zalecenia Rec(2005)5 podkreśla się, iż rodzina stanowi naturalne środowisko dla rozwoju i dobra dziecka, a rodzice ponoszą główną

²⁹ Przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 7 lutego 1995 r. na 528 zebraniu zastępców ministrów.

³⁰ Przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 16 marca 2005 r. na 919 zebraniu zastępców ministrów.

³¹ Przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 13 grudnia 2006 r. na 983 zebraniu zastępców ministrów.

odpowiedzialność za wychowanie i rozwój dziecka; należy w ramach możliwości zapewnić środki prewencyjne w postaci wsparcia dla dzieci i rodzin, zgodnie z ich specjalnymi potrzebami; umieszczenie dziecka poza jego rodziną powinno stanowić wyjątek, a jego zasadniczym celem powinno być dobro dziecka oraz jego pomyślna integracja lub reintegracja społeczna w możliwie najkrótszym czasie, umieszczenie dziecka poza rodziną musi gwarantować mu pełne przestrzeganie jego podstawowych praw; rodzina dziecka powinna w miarę możliwości być zaangażowana w planowanie i organizowanie pobytu dziecka w placówce.

Niezwykle istotne i ważne dla rozwoju standardów ochrony praw dziecka i praw rodziny wydaje się wdrożenie Zalecenia CM/REC(2006)16, które w sposób niemalże pełny oddaje sens i znaczenie pojęcia „rodzinnego charakteru praw dziecka”. Przede wszystkim pojawia się w nich definicja pojęcia „rodzicielstwo”. Termin ten został określony jako odnoszący się do wszystkich ról, przypadających rodzicom w ramach opieki i wychowania dzieci. Rodzicielstwo jest skoncentrowane na interakcji rodzic–dziecko i wiąże się z prawami i obowiązkami niezbędnymi do rozwoju i samospełnienia dziecka.

Szczególnie ciekawe jest jednak zdefiniowanie przez niniejszy dokument terminu „świadome rodzicielstwo”. Winno się ono odnosić do postępowania rodziców opierającego się na najlepszym interesie dziecka, postępowania opiekuńczego, inspirującego, pozbawionego przemocy oraz zapewniającego uznanie i pomoc, łącznie z wyznaczaniem granic, tak aby umożliwić dziecku jego pełny rozwój.

Omawiane Zalecenie zawiera wytyczne dla państw w celu wsparcia świadomego rodzicielstwa. Zadaniem państw jest między innymi: traktowania dzieci i rodziców jako osoby mające prawa i obowiązki; opieranie się na dobrowolnym wyborze zainteresowanych osób, z wyjątkiem sytuacji, gdy władze publiczne muszą interweniować dla dobra dziecka; uznawanie, że to rodzice ponoszą w pierwszej kolejności odpowiedzialność za dziecko, kierując się jego najlepszym interesem; opieranie się na równym zaangażowaniu rodziców i szacunku dla ich wzajemnego uzupełniania się; kierowanie uwagi rodziców i innych kluczowych osób – odpowiedzialnych za: opiekę nad dziećmi, zdrowie, edukację i opiekę społeczną – na dziecko i konieczność przestrzegania zasad pozytywnego rodzicielstwa.

Omawiane Zalecenie CM/REC(2006)19 porusza niezwykle istotną problematykę rodzicielstwa w sytuacji wykluczenia społecznego. W dokumencie podkreśla się, iż taki rodzaj rodzicielstwa jest niezwykle trudny, dlatego państwa powinny zwrócić szczególną uwagę na dzieci i rodziny znajdujące się w takiej sytuacji, zwłaszcza poprzez: zapewnienie długoterminowego wsparcia; przeznaczenie wystarczających środków na wsparcie rodziców w zdobywaniu niezbędnych kompetencji do wypełniania obowiązków rodzicielskich wobec dzieci; gwarantowanie dostępu do praw społecznych; budo-

wanie z rodzinami relacji opartej na zaufaniu i umożliwiającej rodzicom odzyskanie kontroli nad własnym życiem; unikanie działań i praktyk administracyjnych, piętnujących dzieci i rodziców poprzez traktowanie ich w inny sposób ze względu na mniejszą niż u innych zamożność.

Wnioski na tle unormowań Europejskiej Karty Socjalnej

Na zakończenie niniejszych rozważań warto poświęcić chwilę uwagi na przedstawienie stypulacji Europejskiej Karty Socjalnej co do jej warstwy ochronnej, gwarantującej ochronę dziecka i rodziny. Dokument ten gwarantuje prawo rodziny do ochrony społecznej, prawnej i ekonomicznej w art. 16, stwierdzając, iż w celu zapewnienia warunków niezbędnych do pełnego rozwoju rodziny, która jest podstawową komórką społeczną, państwa-strony Karty zobowiązują się popierać ekonomiczną, prawną i społeczną ochronę życia rodzinnego, zwłaszcza przez takie środki, jak świadczenia społeczne i rodzinne, rozwiązania podatkowe, zachęcanie do budowania mieszkań dostosowanych do potrzeb rodzin, świadczenia dla młodych małżeństw oraz wszelkie inne stosowne środki³².

Komitet Niezależnych Ekspertów³³ w swych *Conclusions* na tle art. 16 Karty wskazuje na potrzebę partycypacji rodzin w obronie ich interesów oraz dostosowywanie mieszkań do potrzeb rodzinnych³⁴, konieczność przewidzenia wystarczającej liczby instytucji zapewniających pieczę nad dziećmi³⁵ czy też propagowanie przepisów umożliwiających utrzymanie po rozwodzie wspólnej władzy rodzicielskiej – „zwłaszcza w interesie dziecka”³⁶.

Z art. 16 koreluje art. 17 Karty, zapewniający prawo dzieci i młodzieży do ochrony socjalnej³⁷. Komitet Niezależnych Ekspertów sprecyzował na jego tle pewne istotne uwagi co do „rodzinnego wymiaru praw dziecka” i jego jak najlepszego interesu. W odniesieniu do ochrony dzieci bezdomnych, Komitet jest zdania, że fundamentalnym celem podejmowanych w tej mierze środków winno być zapewnienie tym dzieciom środowiska, które maksymalnie zbliżone jest do normalnego środowiska rodzinnego³⁸. Komitet pod-

³² Dz. U. z dnia 29 stycznia 1999 r.

³³ Od 1998 roku – Europejski Komitet Praw Socjalnych.

³⁴ Zob. *Conclusion II/A*, s. 56, [w:] T. Jasudowicz, *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w systemie Europejskiej Karty Socjalnej. Orzecznictwo Komitetu Niezależnych Ekspertów*, Toruń 1999, s. 25.

³⁵ Zob. *Conclusion IV*, s. 101,103, [w:] Ibidem, s. 28.

³⁶ Zob. *Conclusion X-1*, s. 129–131, [w:] Ibidem, s. 37.

³⁷ Warto zwrócić uwagę na fakt, iż art. 17 EKS w brzmieniu sprzed zrewidowania Karty nosił tytuł „Prawo matek i dzieci do ochrony socjalnej i gospodarczej”, dotycząc jedynie zobowiązań w kontekście stworzenia lub utrzymywania właściwych instytucji i służb. Słusznie ujął to T. Jasudowicz komentując ówczesne brzmienie art. 17 Karty, iż „redakcja tego artykułu jest mniej precyzyjna niż sam nagłówek [...]”, zob. T. Jasudowicz, *Prawa rodziny...*, s. 57.

³⁸ Zob. *Conclusion III*, s. 87–90, [w:] Ibidem, s. 62.

kreśla także, że zakres personalnego zastosowania art. 17 obejmuje wszystkie kategorie matek i dzieci, włączając w to wdowy, porzucone żony oraz ich dzieci³⁹.

Konkluzje

Godzi się podkreślić, iż w zasadzie niemożliwe jest ukazanie w sposób pełny rodzinnego wymiaru praw dziecka z uwagi na ograniczenia objętościowe niniejszego artykułu. Jednakże jego celem nie jest rekonstrukcja wszystkich standardów prawnych, odnoszących się do rodzinnego charakteru praw dziecka, ale ukazanie właściwego kontekstu, z jakim on się wiąże. Z tych też względów dokonałam swoistej selekcji źródeł, które zostały zaprezentowane – zarówno jeżeli chodzi o dokumenty międzynarodowe, jak również orzecznictwo. Tym samym argumentem można by wytłumaczyć fakt, iż orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej : ETPC, Trybunał) poświęcałam w istocie mniej uwagi niż stanowisku Komitetu Ministrów Rady Europy. Ponadto, doktryna znacznie częściej skupia się na omówieniu jurisprudencki ETPC, natomiast, niestety, marginalnie traktowane są – równie istotne – Zalecenia Komitetu. Co więcej, orzecznictwo Trybunału pozostaje w tej materii tak bogate i tak różnorodne, iż warto poświęcić owemu problemowi osobny, całościowy tekst naukowy.

Niezwykle ważne jest, aby w sposób właściwy dokonywać rekonstrukcji oraz interpretacji standardów praw dziecka. Całościową koncepcję ukazuje Komitet Praw Dziecka ONZ w swych *General Comment*, ale można ją zauważyć również w orzecznictwie ETPC w sprawach dotyczących dzieci. Niezwykle ważne jest komplementarne podejście do praw dziecka, które pozwala dostrzec w sposób naprawdę pełny rodzinny wymiar praw dziecka, sprzyja właściwemu i rozsądnemu rozumieniu relacji pomiędzy dzieckiem a rodzicami czy opiekunami i dostrzeżeniu kontekstu rodzinnego nawet w przypadku dziecka pozostającego bez opieki, czy osieroconego.

Kontekst rodzinny praw dziecka to nie tylko – choć przede wszystkim – prawo dziecka do wychowywania się w pełnej rodzinie, w atmosferze szczęścia, zrozumienia i miłości, ale również obowiązek osób dorosłych, odpowiedzialnych za dziecko, do krzewienia więzi i wartości rodzinnych.

³⁹ Por. *Rapport do Committee Gouvernementale, 3e cycle CG/Ch.Soc. (74)14*, s. 8–9, [w:] *Ibidem*, s. 68.

FAMILY CHARACTER OF CHILDREN'S RIGHTS – SELECTED ASPECTS

Key words: children's rights, family rights, parental responsibility, protection of the child, Convention on children's rights.

Summary

Family context of children's rights is not only – but first of all – right of the child to be brought up in full family, in the atmosphere of happiness, understanding and love, but also the obligations of adults who are responsible for the child to propagate relations and the family values.

The aim of this paper is to approximate the international standards on human rights, also children's rights including the proper direction of the interpretation the content "family dimension on children's rights". We can find here not only the analysis of treaty law, but also reconstruction of soft-law sources as well as the standpoint of the international organs, including the UN Committee of the Rights of the Child and European Tribunal on Human Rights.

This paper should constitute the attempt of answering for the questions: what does it mean the family character on children's rights in the light of the international standards on human rights protection, how to understand the content of the family in general and if we can say about the family dimension of the children's rights in the situation of depriving the child of parental care. At last, this paper is to bring up the subject of the positive obligations of the states in the context of realization the guarantees regarding the family character of the rights of the child.

DOBROCHNA BACH-GOLECKA

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

Rozważania o kontrowersjach i konsekwencjach koncepcji praw reprodukcyjnych

Słowa kluczowe: prawa reprodukcyjne, aborcja, feminizm, klauzula sumienia

Wprowadzenie

Niniejszy artykuł ma na celu przeprowadzenie analizy dotyczącej współczesnego rozumienia praw reprodukcyjnych, kontrowersji związanych z występowaniem zróżnicowanych treściowo koncepcji tych praw oraz konsekwencji wynikających z przyjęcia określonej definicji praw reprodukcyjnych, powiązanych z dodatkowymi uprawnieniami zainteresowanych stron. W tym celu zidentyfikowano podstawowe akty prawnomiędzynarodowe, które zawierają odniesienie do praw reprodukcyjnych. Następnie podjęto próbę ustalenia treści tych praw, a także wskazano przyczyny oraz zakres kontrowersji związany ze stosowaniem określonej koncepcji praw reprodukcyjnych.

W drugiej części artykułu zbadano powiązania tych interpretacji praw reprodukcyjnych, które są zgodne z uwarunkowaniami wynikającymi z ochrony praw człowieka, w szczególności prawa do życia, problematyką dotyczącą regulacji aborcji oraz klauzuli sumienia. W podsumowaniu wskazano z jednej strony potencjalne płaszczyzny konfliktów natury ideologicznej, związanych ze stosowaniem określonej interpretacji praw reprodukcyjnych, jak również korzyści dotyczące spójnego i kompleksowego ujęcia norm praw człowieka w ramach koncyliacyjnej koncepcji praw reprodukcyjnych.

Ujęcie praw reprodukcyjnych w prawie międzynarodowym

Pojęcie praw reprodukcyjnych odnosi się do praw i wolności związanych z ludzką prokreacją; opiera się na uznaniu podstawowego prawa jednostek i par do decydowania w sposób wolny o liczbie, odstępach czasowych i momencie sprowadzania na świat dzieci. Prawa reprodukcyjne zakładają podejmowanie decyzji prokreacyjnych w sposób wolny od dyskryminacji, przemocy

czy nacisku¹. Współcześnie podkreśla się, że prawa reprodukcyjne mają stosunkowo niedawną genezę, brak jest zatem ich wyraźnej podstawy normatywnej oraz klarownej treści znaczeniowej.

Ewolucja normatywna praw reprodukcyjnych wskazuje, że w początkowym okresie rozwoju istotne było zidentyfikowanie oraz doprecyzowanie zakresu i treści podstawowego uprawnienia, związanego z decydowaniem rodziców o planowanej liczbie dzieci oraz o odstępach czasowych pomiędzy ich narodzinami. Owo podstawowe uprawnienie, które odnosi się do decydowania o własnej płodności, może być zatem określone jako prawo do rodzicielstwa (macierzyństwa i ojcostwa).

W okresie późniejszym wskazane powyżej prawo podstawowe zostało uzupełnione szeregiem uprawnień o charakterze wykonawczym, związanym z zagwarantowaniem dostępu do informacji oraz metod ułatwiających korzystanie z prawa zasadniczego. W tym kontekście wyodrębnione zostały usługi w zakresie planowania rodziny jako usługi świadczone w ramach ochrony zdrowia². Jako szczególnie istotne grupy społeczne, którym należy zapewnić dostęp do informacji, poradnictwa i usług w zakresie planowania rodziny, wskazano młodzież oraz populację żeńską (kobiety i dziewczynki).

Wyodrębnione uprawnienia o charakterze akcesoryjno-wykonawczym mogą być włączone w szerszą kategorię norm związanych z opieką zdrowotną, stanowiącą zobowiązanie państw do zapewnienia jednostkom korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia³. W kolejnym etapie rozwoju regulacji dotyczących praw reprodukcyjnych wskazano, że implikują one dostęp do usług planowania rodziny w najszerszym zakresie; usługi te powinny być dostępne zainteresowanym osobom w ramach przystępnej finansowo oraz odpowiedniej jakościowo opieki zdrowotnej. W tym kontekście prawa reprodukcyjne stanowią element normy zobowiązującej państwa do zapewnienia mieszkańcom szczególnego rodzaju usług medycznych, o charakterze planistyczno-informacyjnym: usług w zakresie planowania rodziny oraz edukacji seksualnej dla młodzieży.

¹ Historyczny rozwój praw reprodukcyjnych związany jest z aktami, stanowiącymi rezultat szeregu konferencji ONZ; m.in.: konferencji na temat praw człowieka (Teheran 1968), konferencji ludnościowej (Bukareszt 1974), konferencji na temat podstawowej opieki zdrowotnej (Ałma Ata 1978), konferencji w sprawie ludności (Meksyk 1984), konferencji na temat praw człowieka (Wiedeń 1993), konferencji na rzecz ludności i rozwoju (Kair 1994), konferencji w sprawach kobiet (Pekin 1995); por. A. Solik, *Międzynarodowe standardy zdrowia i praw reprodukcyjnych oraz seksualnych*, [w:] *Międzynarodowe standardy zdrowia i praw reprodukcyjnych oraz seksualnych a ich realizacja w Polsce*, red. Z. Dąbrowska, Warszawa 2003, s. 11–14.

² Por. P. Machnij, *Prawo do rodziny a prawo do planowania rodziny*, „Prawo i Więź” 5 (2013), s. 82–102.

³ Por. art. 12 Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Unormowane w prawie międzynarodowym prawo do ochrony zdrowia implikuje w pewnym zakresie odpowiedzialność władz publicznych za stan zdrowia populacji zamieszkującej terytorium danego państwa.

Prawa reprodukcyjne mogą być także ujmowane jako szczególny rodzaj wolności, związany z możliwością decydowania o sobie i prawem do kontroli wszelkich aspektów swojego zdrowia przez daną osobę. Z tego względu istotne jest zagwarantowanie możliwości korzystania z praw reprodukcyjnych w sposób wolny od przemocy i przymusu. W tym kontekście państwa powinny ustanowić takie mechanizmy krajowe, które w sposób efektywny zwalczająby formy przemocy seksualnej, w tym przemocy domowej, seksualnego wykorzystywania kobiet i dziewcząt, niewolnictwa seksualnego i wyzysku, wymuszonej prostytucji i molestowania seksualnego, handlu kobietami i dziećmi. Przemoc nie powinna być usprawiedliwiana względami obyczajowymi, kulturowymi lub religijnymi.

Podejmowanie decyzji w sprawach reprodukcji powinno odbywać się w sposób wolny od dyskryminacji. Możliwość swobodnego korzystania z praw reprodukcyjnych jest szczególnie istotna dla kobiet, przyczynia się do ich uwłasnowolnienia (*empowerment*) ekonomicznego i politycznego. W tym zakresie możliwość kontrolowania przez kobiety własnej płodności została oceniona jako podstawa do korzystania przez nie z innych praw⁴.

W kontekście powyższych uwag należy podkreślić, że pojęcie praw reprodukcyjnych ma charakter złożony; składa się, po pierwsze, z zasadniczego uprawnienia jednostek do decydowania w kwestiach własnej reprodukcji; po drugie, praw związanych z dostępem do odpowiednich usług medycznych i poradnictwa; po trzecie, zastrzeżenia dotyczącego możliwości podejmowania decyzji w sprawie reprodukcji w sposób wolny od dyskryminacji, przymusu i przemocy.

Podstawy normatywne kompleksowo ujętych praw reprodukcyjnych są stosunkowo skromne. W tym kontekście wskazuje się na unormowania Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (PDPC, art. 2 i 25) oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (art. 2, 3 oraz 12). Regulacje te odnoszą się do zakazu dyskryminacji oraz prawa do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia. Podobnie, art. 11 i 13 Europejskiej Karty Społecznej oraz art. 35 Karty Praw Podstawowych dotyczą szeroko rozumianego prawa do ochrony zdrowia: prawa dostępu do profilaktycznej opieki zdrowotnej i prawa do korzystania z leczenia na warunkach ustanowionych w ustawodawstwach i praktykach krajowych. Zakres gwarantowanych praw reprodukcyjnych może być zróżnicowany ze względu na treść ustawodawstwa krajowego, regulującego zasady udzielania usług zdrowotnych, w szczególności prawo do dostępu do zgodnej ze standardami medycznymi opieki zdrowotnej w dziedzinie reprodukcji oraz prawo do korzystania z metod planowania rodziny (antykoncepcji, sterylizacji, kontroli narodzin), jak również reguły udzielania edukacji sek-

⁴ Por. R. Cook, B. M. Dickens, M. F. Fathalla, *Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics, and Law*, Oxford 2003; zob. także *Platforma Działania IV Światowej Konferencji w sprawach Kobiet*, Pekin 1995, pkt 97.

sualnej⁵. Dodatkowo należy podkreślić, że skuteczna realizacja praw reprodukcyjnych zależy nie tylko od obowiązywania odpowiednich unormowań krajowych, ważne są także czynniki praktyczne, związane z rzeczywistą kulturą obyczajową, moralną i społeczną obowiązującą w danej wspólnocie politycznej⁶.

Współcześnie występujące zjawiska demograficzne istotne dla praw reprodukcyjnych, związane są ze zdrowiem reprodukcyjnym, śmiertelnością okołoporodową, walką z ubóstwem, problematyką choroby AIDS czy nowoczesnymi technikami reprodukcyjnymi⁷. Inną perspektywą odniesienia dla praw reprodukcyjnych w ramach powszechnego prawa międzynarodowego są unormowania dotyczące zakazu tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania oraz ich nadmierna „maskulinizacja”, nieuwzględniająca w sposób wystarczający szczególnego rodzaju doświadczeń kobiet, w szczególności odnoszących się do ograniczenia swobody kobiet z zakresu praw reprodukcyjnych⁸. Istotna jest także perspektywa indywidualna, związana z określeniem uprawnień każdego z rodziców do sprawowania opieki nad dzieckiem w przypadku braku istnienia związku małżeńskiego rodziców⁹.

Dylematy koncepcji praw reprodukcyjnych

W ramach przedstawionych koncepcji praw reprodukcyjnych jednostkom przysługuje prawo do decydowania w kwestiach własnej płodności; istotne jest jednak wskazanie na granice owej swobody jednostki. W tym kontekście należałoby zbadać wzajemne relacje pomiędzy prawami reprodukcyjnymi a unormowaniami regulującymi dopuszczalność medycznych zabiegów przerywania ciąży (aborcji). Biorąc pod uwagę ten czynnik możliwe jest dokonanie podziału koncepcji praw reprodukcyjnych na dominacyjne i koncyliacyjne.

Koncepcje dominacyjne wskazują na konieczność zagwarantowania dostępu do usługi przerywania ciąży (aborcji); stanowi ona bowiem element praw reprodukcyjnych, związanych ze swobodą decydowania o tym czy, kiedy

⁵ Niekiedy wskazuje się, że w ramach pojęcia praw reprodukcyjnych mieszczą się również unormowania regulujące prawo do braku przymusu w kwestii okaleczania narządów płciowych (przykładowo, w odniesieniu do obrzezania kobiet); por. L. M. Knudsen, *Reproductive Rights in a Global Context*, Vanderbilt 2006.

⁶ Por. *Realizing Rights: Transforming Approaches to Sexual and Reproductive Wellbeing*, red. A. Cornwall, A. Welbourn, London 2003.

⁷ Por. *Reproductive Health and Human Rights: The Way Forward*, red. L. Reichenbach, M. J. Roseman, Philadelphia 2011.

⁸ Por. R. Sifris, *Reproductive Freedom, Torture and International Human Rights: Challenging the Masculinisation of Torture*, London 2013; V. Nikolic-Ristanovic, *Sexual Violence, International Law and Restorative Justice*, [w:] *International Law. Modern Feminist Approaches*, red. D. Buss, A. Manji, Oxford 2005, s. 273–293.

⁹ Por. M. J. Higdon, *Marginalized Fathers and Demonized Mothers: A Feminist Look at the Reproductive Freedom of Unmarried Men*, „Alabama Law Review”, 66 (2015), s. 507–549.

i ile dana osoba chce mieć dzieci. Ponadto, problematyka legalności i dostępności aborcji ujmowana jest w kontekście zdrowia kobiet. Argumentacja związana z koncepcją dominacyjną podkreśla, że przyjęcie zakazu przerywania ciąży w praktyce nie powoduje likwidacji zjawiska aborcji, ale jedynie przyczynia się do wykonywania tych zabiegów w sposób niebezpieczny, zagrożający zdrowiu i życiu kobiet. Przyjęcie regulacji krajowych umożliwiających dokonanie przerywania ciąży powoduje, że aborcja staje się legalna i co za tym idzie bezpieczna.

Ujęcie dominacyjne praw reprodukcyjnych opiera się na uznaniu zabiegów przerywania ciąży za usługi medyczne świadczone w ramach korzystania z praw reprodukcyjnych, umożliwiające swobodę podejmowania decyzji przez zainteresowane jednostki. Wydaje się jednak, że stanowisko takie wyrażane jest wyłącznie przez przedstawicieli doktryny, nie mając oparcia w bezpośrednich unormowaniach prawnych. Akty prawa międzynarodowego przyjęte w ramach konferencji międzynarodowych poświęconych problematyce ludności i kobiet wskazują, że aborcja nie może być uznana na zwykłą metodę planowania rodziny; nie zawierają wskazania o „prawie do aborcji” bezpiecznej i legalnej. Przyjęte unormowania na szczeblu międzynarodowym¹⁰ określają, że decyzje dotyczące unormowania aborcji powinny być podejmowane na poziomie krajowym i dokonywane na drodze procesu ustawodawczego. W szczególności, unormowania międzynarodowe zawierają zachętę dla władz państwowych do rozważenia możliwości zmiany tych regulacji prawa krajowego, które przewidują kary dla kobiet, które poddały się zabiegom przerywania ciąży. Publiczna służba zdrowia powinna przeciwdziałać szkodliwym dla zdrowia skutkom niebezpiecznych aborcji. W przypadku, gdy unormowania krajowe przewidują możliwość poddania się aborcji, usługa ta powinna być bezpieczna, dostępna i wykonywana przez odpowiednio przeszkolony i wyposażony w sprzęt medyczny personel służby zdrowia.

Koncepcje koncyliacyjne praw reprodukcyjnych wskazują na swoisty paradoks zawarty w koncepcjach dominacyjnych: treść praw reprodukcyjnych związana jest bowiem z podejmowaniem decyzji dotyczących powołania na świat dzieci, a nie decyzji dotyczących możliwości ich usunięcia we wczesnej, prenatalnej fazie rozwoju. Ujęcie koncyliacyjne wskazuje, że zabiegi przerywania ciąży *ex definitione* stanowią działanie ukierunkowane na przeciwdziałanie prokreacji i zniszczenie życia w początkowym stadium rozwoju. W tym kontekście granicą praw reprodukcyjnych, w szczególności swobody decyzji podejmowanych przez jednostki, jest ochrona prawa do życia dziecka w okresie prenatalnym.

W kontekście stanowiska koncyliacyjnego należy stwierdzić, że dylematy związane z prawami reprodukcyjnymi odnoszą się nie tylko do rozbieżności materialnej, dotyczącej treści praw, ale również wątpliwości proceduralnych,

¹⁰ Por. *Platforma Działania IV Światowej Konferencji w sprawach Kobiet*, Pekin 1995, pkt 106.

dotyczących współzależności oraz potencjalnej hierarchizacji pomiędzy normami praw człowieka, mającymi różny zakres podmiotowy i przedmiotowy. W tym ujęciu konstrukcja oraz treść normatywna praw reprodukcyjnych w ujęciu dominacyjnym może prowadzić do konfliktu z innymi prawami, jak prawo do życia i ochrony zdrowia dzieci w prenatalnym okresie rozwoju. Konflikt natury proceduralnej może być ograniczony przez przyjęcie odpowiedniej teorii praw reprodukcyjnych (ujęcie koncyliacyjne), w oparciu o wyodrębnione założenia umożliwiające harmonijne współstosowanie norm, odnoszących się do uprawnień różnych podmiotów w ramach wyodrębnionej koncepcji praw reprodukcyjnych. W założeniu ujęcie koncyliacyjne praw reprodukcyjnych ma doprowadzić do skonstruowania spójnej koncepcji odnoszącej się do ludzkiej prokreacji, uwzględniającej ochronę prawną przynależną dziecku w okresie prenatalnym¹¹.

Ochrona prawa do życia w okresie prenatalnym

Ochrona prawa do życia w okresie prenatalnym stanowi przedmiot dyskusji w doktrynie praw człowieka, zarówno na płaszczyźnie unormowań uniwersalnych, jak i regionalnych¹². W odniesieniu do regulacji o charakterze uniwersalnym należy wskazać na unormowania dotyczące prawa do życia (art. 3 PDPC, art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych – MPPOiP), które mogą podlegać wszak dwóm odmiennym interpretacjom, dotyczącym określenia momentu rozpoczęcia ochrony prawa do życia. Po pierwsze, można wskazać na interpretację, zgodnie z którą momentem inicjującym ochronę do życia jest fakt urodzenia; po drugie, interpretację wskazującą, że ochrona prawa do życia rozciąga się także na okres rozwoju prenatalnego: od momentu zapłodnienia do urodzenia (*in utero*). W doktrynie przedmiotu można znaleźć zwolenników zarówno pierwszej, jak i drugiej interpretacji¹³.

W kontekście powyższych uwag można wskazać, że unormowania prawnomiędzynarodowe mają charakter otwarty, nie przesadzają bowiem w sposób definitywny o braku ochrony prawa do życia w fazie prenatalnej ani też nie przesadzają o obowiązywaniu norm dotyczących prawa do życia w odniesieniu do dzieci nienarodzonych. Wydaje się, że państwa uczestniczące w procesie legislacyjnym nie zdołały wypracować jednolitego stanowiska w tym zakresie. Obowiązujące unormowania mają zatem charakter kompro-

¹¹ Zasadniczo ujęcie koncyliacyjne praw reprodukcyjnych dotyczy uwzględnienia ochrony życia w okresie prenatalnym *in vivo (in utero)*; wydaje się jednak że nie ma przeciwwskazań do stosowania jej również w odniesieniu do sztucznej reprodukcji (*in vitro*).

¹² Por. R. Joseph, *Human Rights and the Unborn Child*, Dordrecht–Boston–London 2009; *Protection of Human Life in its Early Stage. Intellectual Foundations and Legal Means*, red. A. Stepkowski, Frankfurt am Main 2014.

¹³ Por. D. Bach-Golecka, *Elastyczna wykładnia prawa do życia w fazie prenatalnej*, „Prawo i Więź”, 7 (2014), s. 40–50.

misowy, gdyż nie narzucają określonego rozwiązania żadnemu z państw–stron traktatów. W ten sposób możliwa jest otwarta oraz elastyczna wykładnia norm prawa międzynarodowego, która uwzględnia stanowisko danego państwa przyjęte na poziomie regulacji krajowych, gwarantujące prawo do życia w fazie prenatalnej bądź niezawierające takiej ochrony.

Elastyczna wykładnia umożliwiła zróżnicowaną interpretację norm prawa międzynarodowego, które skonstruowane są celowo w sposób „otwarty”, niedoprecyzowany, nieprzesądający o zajęciu definitywnego stanowiska w sporze dotyczącym danego zagadnienia. W odniesieniu do regulacji prawa do życia otwarty charakter norm widoczny jest, przykładowo, przez brak definicji podmiotu, którego istnienie chronione jest przez prawo czy przez brak precyzyjnego wskazania momentu czasowego, od którego ochrona prawna się rozpoczyna.

Otwarty charakter regulacji prawnomiędzynarodowych, ich „neutralny” charakter umożliwiają zastosowanie elastycznej wykładni, zgodnej ze „światopoglądem aksjologicznym” wspólnoty politycznej danego państwa. Skoro unormowania prawa międzynarodowego nie mają charakteru wyczerpującego, a ich uzupełnienie dokonuje się przez doprecyzowanie w przyjętych regulacjach krajowych, to ta sama norma może zatem być dopełniona w różny sposób w wewnętrznych unormowaniach, przyjętych przez państwa–strony traktatu. Wydaje się, że proces ten prowadzi do powstania normy prawa międzynarodowego, której podstawowa treść, a więc prawo do życia, ustalana jest w sposób jednorodny na poziomie ponadnarodowym, zaś doprecyzowanie warunków korzystania z normy (określenie podmiotu podlegającego ochronie, momentu czasowego, od którego rozpoczyna się ochrona) następuje na poziomie krajowym. W tym kontekście możliwe jest współistnienie różnych regulacji wewnętrznych państw, przewidujących ochronę prawa do życia w okresie prenatalnym. Owo zróżnicowanie może, w szczególności, dotyczyć momentu czasowego rozwoju ciąży (etapu rozwoju płodu), od którego przysługuje ochrona¹⁴.

Problematyka aborcji

Konsekwencje przyjęcia elastycznej regulacji prawa do życia w okresie prenatalnym mają zróżnicowany charakter. Po pierwsze, należy wskazać że w ramach prawa międzynarodowego nie obowiązuje norma dotycząca „prawa

¹⁴ Por. S. De Freitas, G. Myburgh, *Seeking Deliberation on the Unborn in International Law*, „Potchefstroom Electronic Law Journal”, 14 (2011), nr 5, s. 12; D. Bach-Golecka, *Prawo do życia dzieci nienarodzonych w prawie międzynarodowym*, [w:] *Prawa dziecka w prawie międzynarodowym*, red. E. Karska, Warszawa 2013, s. 52–70. Polskie unormowania oraz orzecznictwo sądowe przedstawia M. Piechowiak, *Status dziecka poczętego. Czy Konwencja o Prawach Dziecka jest neutralna w sprawie prawa do życia nienarodzonych?*, [w:] T. Jasudowicz, *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 253–266.

do aborcji”; z drugiej strony nie wydaje się prawidłowe twierdzenie, dotyczące bezwzględnej ochrony prawa do życia w okresie prenatalnym. Skoro powszechne prawo międzynarodowe nie zajmuje w tym zakresie jednoznacznego stanowiska, państwa mają szerszy zakres decyzyjny, dotyczący wyboru określonej interpretacji prawa do życia, zarówno na poziomie regionalnym, jak i na poziomie regulacji wewnętrznych (krajowych). Analogicznie, regulacje dotyczące legalności bądź zakazu wykonywania zabiegów przerywania ciąży podejmowane są na poziomie krajowym.

W tym kontekście ciekawym zjawiskiem regulacyjnym jest zaangażowanie sądów w proces wypracowania decyzji dotyczących unormowania dopuszczalności aborcji w prawie krajowym. Dodatkowo, występują tu zasadnicze różnice proceduralne w stanowiskach trybunałów: przykładowo, w prawie amerykańskim to Sąd Najwyższy USA w orzeczeniu *Roe przeciwko Wade*¹⁵ podjął fundamentalne rozstrzygnięcie, dotyczące legalności aborcji i konsekwentnie podtrzymywał swój mandat kompetencyjny do prawnego określenia prawnych warunków dopuszczalności przeprowadzania zabiegów przerywania ciąży. Takie stanowisko wyraża swoisty aktywizm, wręcz dyktat sądowy, szczególnie w kontekście silnej polaryzacji amerykańskiej wspólnoty politycznej na zwolenników ochrony życia w okresie prenatalnym (*pro life*) oraz zwolenników swobody podejmowania decyzji odnośnie do przeprowadzenia aborcji (*pro choice*).

W doktrynie praw człowieka podkreśla się jednak, że sytuacja, w której polityka władz krajowych wspierania stanowiska swobody podejmowania decyzji w odniesieniu do aborcji (*pro choice*) nie ma charakteru neutralnego, przyczynia się do nieuwzględniania i braku ochrony interesów kobiet ze środowisk zagrożonych ubóstwem i wykluczeniem¹⁶. W tym kontekście istotne są konkretne uwarunkowania ekonomiczne jednostek, które ograniczają ich swobodę decyzji w zakresie reprodukcji. W celu zagwarantowania swobodnego korzystania z praw reprodukcyjnych konieczne jest zatem przyjęcie odpowiednich instrumentów polityki społecznej.

W ramach powyższych uwag należy podkreślić, że możliwość swobodnego korzystania z praw reprodukcyjnych nie zawiera się w dychotomicznym podziale na stanowisko chroniące życie w okresie prenatalnym (*pro life*) i stanowisko dopuszczające możliwość aborcji (*pro choice*), ale dodatkowo uwarunkowana jest ekonomicznie. W tym zakresie realizacja praw reprodukcyjnych wymaga adekwatnego wsparcia ze strony władz krajowych oraz zależna jest od przyjęcia regulacji implementujących zobowiązanie

¹⁵ *Jane Roe et al. przeciwko Henry Wade*, District Attorney of Dallas County, 410 U.S. 113.

¹⁶ W tym kontekście wskazuje się na osoby ubogie oraz pochodzące z ras innych niż biała; por. *The Reproductive Rights Reader: Law, Medicine, and the Construction of Motherhood*, red. N. Ehrenreich, New York Press 2008.

wyrażone w art. 25 ust. 2 PDPC, precyzującym potrzebę wspierania w specjalny sposób matki i dziecka¹⁷.

W odróżnieniu od stanowiska amerykańskiego, zgodnie z którym decyzje w zakresie regulacji dopuszczalności zabiegów przerywania ciąży podejmowane są przez organ sądowy, na gruncie europejskim mandat kompetencyjny Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) został skonstruowany w sposób odmienny. W tym kontekście istotne jest orzeczenie w sprawie *Stowarzyszenia na rzecz Ochrony Dzieci Nienarodzonych (SPUC) przeciwko Grogan*¹⁸, w którym sam Trybunał dokonał samoograniczenia w zakresie podjęcia decyzji w sprawie prawidłowości unormowań krajowych zakazujących aborcji. Linia argumentacji zastosowana przez stronę powodową SPUC negocjowała możliwość uznania aborcji za usługę ze względu na swój głęboko amoralny charakter, związany z unicestwieniem ludzkiego życia – nienarodzonego dziecka. Trybunał skoncentrował się jednak na aspekcie proceduralnym sprawy i odmówił analizy argumentów moralnych. Wskazał, że kompetencje do podjęcia decyzji odnośnie do zakazu bądź dopuszczenia zabiegów przerywania ciąży posiadają organy legislacyjne państw członkowskich. Parlamente krajowe powinny podjąć decyzję dotyczącą uznania, ograniczenia bądź zakazania aborcji, a regulacja prawna powinna odzwierciedlać wartości wyznawane w danym społeczeństwie i być zgodna z respektowanymi poglądami w ramach tej wspólnoty. Argumentacja moralna ma zatem charakter partykularny, odnosi się do sfery tradycji i dziedzictwa kulturowego państw członkowskich¹⁹.

W konsekwencji stanowiska zajętego przez Trybunał należy podkreślić, że państwa członkowskie UE cieszą się swobodą, dotyczącą rozstrzygnięcia normatywnego problematyki aborcji. Nie istnieje w tym zakresie jednolita moralność „europejska”. Trybunał dopuszcza możliwość współistnienia różnych regulacji prawnych w państwach członkowskich, dotyczących działalności medycznej tego samego rodzaju.

Analogiczne stanowisko, dotyczące swobody decyzyjnej państw europejskich w zakresie spraw kontrowersyjnych moralnie, jak ochrona życia w fazie prenatalnej, aborcja czy sztucznie wspomagana prokreacja, zajął Europejski Trybunał Praw Człowieka. W sprawie *Vo przeciwko Francji*²⁰

¹⁷ W ramach nurtów feministycznych różnice pomiędzy kobietami i mężczyznami, związane z ciążą i macierzyństwem, wymagają przyjęcia specjalnych prawnych i politycznych środków przystosowawczych, podczas gdy inne różnice między płciami mają charakter społecznych konstruktywów, a zatem nie powinny stanowić prawnej podstawy różnicującej i powinny podlegać zmianom; por. J. Conaghan, *Law and Gender*, Oxford 2013, s. 19.

¹⁸ *Society for the Protection of Unborn Children Ireland przeciwko S. Grogan*, C-159/90, EU:C:1991:378.

¹⁹ A. Kalisz, A. Szot, *(Przewrotna) rola klauzul generalnych w orzecznictwie europejskim. Studium „interesu publicznego” i „moralności publicznej”*, [w:] *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, red. O. Nawrot i in., Warszawa 2012, s. 213–220.

²⁰ Wyrok z 8.7.2004 r., nr sprawy 53924/00. Zob. także T. Te Braake, *Does a Fetus Have a Right to Life? The Case of Vo v. France*, “European Journal of Health Law” 11 (2004), s. 381–389.

Trybunał podkreślił, że ze względu na brak konsensusu między państwami członkowskimi, odnoszącego się do statusu i natury embrionu i płodu, podjęcie decyzji w tym zakresie winno pozostać na poziomie wewnętrznym – do rozstrzygnięcia legislatury państw członkowskich, zgodnie z regułą marginesu uznania (*margin of appreciation*) i władzy osądzania (*power of assessment*).

Problematyka klauzuli sumienia

Prawa reprodukcyjne powiązane są ze współcześnie toczoną dyskusją, dotyczącą wolności sumienia oraz mechanizmu tzw. klauzuli (sprzeciwu) sumienia. Kategoria ta wskazuje na możliwy konflikt pomiędzy grupą norm, zakładającą autonomię (swobodę) podejmowania decyzji dotyczących reprodukcji oraz norm, określających zakres ochrony życia dzieci w fazie prenatalnej. Powoływanie się na klauzulę sumienia wskazuje na potencjalny sposób rozstrzygnięcia kolizji norm określających prawa rodzica, dziecka, lekarza (personelu medycznego) oraz podmiotów odpowiedzialnych za organizację świadczeń medycznych.

Wolność myśli, sumienia i wyznania (religii) jest prawem uznanym zarówno w uniwersalnym prawie międzynarodowym (art. 18 PDPC, art. 18 MPPOiP), jak i regionalnym prawie międzynarodowym (art. 9 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 10 Karty Praw Podstawowych). Unormowania te przewidują niekiedy możliwość ograniczenia wolności uzewnętrzniania wyznania (przekonań) poprzez ustawę i w przypadku, gdy są one konieczne ze względów porządku, bezpieczeństwa, zdrowia czy moralności publicznej albo ochronę praw i wolności innych osób.

W tym kontekście instytucja klauzuli sumienia odnosi się do sfery autonomii jednostki związanej z jej przekonaniami o charakterze moralnym, filozoficznym czy religijnym. Powołanie się na sprzeciw sumienia ma na celu odmowę udziału w działaniach, które powodują konflikt z wyznawanymi przez daną osobę przekonaniami. Aktywności kontestowane przez jednostkę mogą mieć różnorodny charakter: militarny, medyczny czy administracyjny. Sprzeciw sumienia odnosi się do relacji jednostki z państwem lub określonym środowiskiem zawodowym²¹.

Powoływanie się na klauzulę sumienia może mieć potencjalny (negatywny) wpływ na inne prawa i wolności jednostki, takie jak prawo do poszanowania życia prywatnego, zasada równości i zakaz dyskryminacji, wolność wyrażania opinii, prawa reprodukcyjne²². Niekiedy wskazuje się na zagrożenie

²¹ Por. J. K. Kessler, *The Invention of a Human Right: Conscientious Objection at the United Nations, 1947–2011*, "Columbia Human Rights Law Review", 44 (2013), s. 753–791.

²² Tak A. Lamackova, *Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Analysis of Pichon and Sajous v. France*, "European Journal of Health Law", 15 (2008), s. 7–43.

nia w skutecznym dostępie do niektórych usług medycznych w przypadku, gdy większość lekarzy pracujących na danym terytorium odmawia wykonania konkretnego świadczenia ze względu na sprzeciw sumienia. Zagrożenie związane z ograniczeniem dostępności do określonych usług medycznych ze względu na klauzulę sumienia powinno być rozpatrywane w kontekście swoistej „ekonomii” praw człowieka, a zatem konieczności podejmowania takich działań, które w minimalnym stopniu naruszałaby swobodę decyzyjną uprawnionych podmiotów, przy równoczesnym poszanowaniu uprawnień innych podmiotów, które *prima facie* przyczyniają się do konfliktu norm.

Wydaje się, że w kontekście praw reprodukcyjnych należałoby wypracować standardy wykonywania określonych usług medycznych, szczególnie związanych ze zdrowiem reprodukcyjnym, także w sytuacjach powoływania się na klauzulę sumienia. Przykładowo, konieczne jest zapewnienie terminowego dostępu do usług (aspekt czasowy) w miejscu dogodnym transportowo dla pacjenta (aspekt terytorialny)²³. Ponadto, wskazuje się na obowiązek informacyjny spoczywający na członkach personelu medycznego, powołujących się na klauzulę sumienia, gdyż pacjenci powinni być powiadomieni o zakresie dokonywanych czynności oraz granicach aktywności lekarskiej przed rozpoczęciem danej kuracji.

Innym zagadnieniem związanym z problematyką klauzuli sumienia jest potencjalny zakres podmiotowy i przedmiotowy sprzeciwu sumienia, a zatem określenia, kto może powołać się na klauzulę sumienia: czy mogą to być osoby wykonujące jedynie czynności wstępne niezbędne do przeprowadzenia do zabiegu (przykładowo, przygotowanie sali operacyjnej, umawianie wizyt, wydawanie dokumentacji medycznej)? Z kolei zakres przedmiotowy klauzuli sumienia odnosi się do określenia, czego może dotyczyć sprzeciw sumienia: czy obejmuje on wykonanie danej usługi, czy także czynności diagnostyczne oraz informacyjne. Standardy powoływania się na klauzulę sumienia wskazują ponadto na konieczność stałego monitorowania praktyki personelu medycznego oraz na ogólną zasadę możliwości powoływania się na przekonania moralne przez osoby fizyczne, a nie prawne.

Uzasadnieniem klauzuli sumienia w ramach praw reprodukcyjnych jest przekonanie członka personelu medycznego, że szacunek należny godności ludzkiej odnosi się do każdego etapu ludzkiego życia, począwszy od rozwoju embrionu i płodu w fazie prenatalnej. Jeżeli każda ludzka komórka jajowa, począwszy od momentu jej zapłodnienia, rozpoczyna proces rozwoju jednost-

²³ W tym kontekście podkreśla się niekiedy zobowiązanie ciąży na osobie powołującej się na klauzulę sumienia do zagwarantowania dostępu do kontestowanej usługi w ramach innego podmiotu lekarskiego. Takie rozwiązanie, obowiązujące przykładowo w prawie polskim, narusza sferę wolności sumienia i wyznania członka personelu medycznego, stawiając go nieuchronnie w kolizji z własnymi przekonaniem moralnymi jako pośredniego sprawcę przeprowadzonego zabiegu. Wydaje się zatem potrzebne, by obowiązek zagwarantowania dostępu do usługi lekarskiej spoczywał na podmiocie instytucjonalnym, odpowiedzialnym za organizację i funkcjonowanie systemu ochrony zdrowia w danym państwie.

ki ludzkiej, podlega ona ochronie ze względu na podstawowe prawa człowieka, dotyczące prawa do życia²⁴. Takie rozumienie początków ludzkiego życia wyrażone zostało w orzeczeniu TSUE w sprawie *Olivier Brüstle przeciwko Greenpeace*²⁵. Trybunał uznał, że termin „ludzki embrion” musi być interpretowany szeroko: każda ludzka komórka jajowa musi być uznawana za „ludzki embrion” od momentu jej zapłodnienia, który zapoczątkowuje proces rozwoju istoty ludzkiej.

Podsumowanie

Wydaje się, że wskazane powyżej płaszczyzny potencjalnego konfliktu norm nie mają charakteru trwałej, nieusuwalnej sprzeczności – przy przyjęciu odpowiednich założeń, respektujących z jednej strony reprodukcyjne prawa jednostek, z drugiej strony prawo do życia w okresie prenatalnym, jak również uprawnienia osób dążących do poszanowania przekonania o nienaruszalności ochrony życia ludzkiego. Zgodnie z koncyliacyjną koncepcją praw reprodukcyjnych, normy te odnoszą się do celów prokreacyjnych, zmierzają do wydania na świat dzieci. W tym kontekście zabiegi przerywania ciąży stanowią działanie istotowo sprzeczne z celem prokreacji. Prawa reprodukcyjne odnoszą się bowiem do prokreacji potencjalnych rodziców, przeciw sumienia stoi na straży poszanowania życia dziecka przed narodzeniem, zaś fundamentalne prawo do życia oraz poszanowania godności osoby ludzkiej chroni ludzkie embriony przed unicestwieniem i przedmiotowym traktowaniem. W tym kontekście prawa różnych podmiotów mają charakter wzajemnie powiązany i współzależny, koncentrując się na wspólnym celu, jakim jest życie dziecka.

Wydaje się, że w kontekście praw reprodukcyjnych oraz prawa do sprzeciwu sumienia ochrona prawa do życia w fazie prenatalnej zyskała dodatkowy, jednostkowy wymiar. Zgodnie z zasadą elastycznej wykładni, pierwszym poziomem regulacji prawa do życia są unormowania zawarte w aktach traktatowych prawa międzynarodowego. Drugim poziomem są unormowania krajowe, przyjęte przez parlamenty narodowe państw członkowskich, wyrażające jako organy przedstawicielskie wolę reprezentowanej wspólnoty politycznej. Regulacje te uszczegóławiają postanowienia międzynarodowe oraz określają zakres ochrony prawa do życia w fazie prenatalnej, wskazując na możliwą sferę norm o charakterze wyjątkowym, w ramach których ochrona

²⁴ Por. A. Sikora, *Życie ludzkie w fazie przedimplantacyjnej w dokumentach Rady Europy w aspekcie moralnym*, Poznań 2011.

²⁵ C-34/10, EU:C:2011:669. Orzeczenie zapadło w składzie Wielkiej Izby, zaś sędzią sprawozdawcą był Marek Safjan. Stanowisko Trybunału wyrażone w powyższym orzeczeniu stało się impulsem dla zainicjowania europejskiej kampanii społecznej pt. „Jeden z nas” (*One of us*), mającej na celu wypracowanie europejskiej inicjatywy obywatelskiej w celu ochrony życia w fazie prenatalnej.

prawa do życia zostaje zawieszona przez dopuszczalność dokonania zabiegu przerwania ciąży. Trzeci poziom ochrony życia w fazie prenatalnej odnosi się już nie do decyzji zbiorowych, podejmowanych przez wspólnotę międzynarodową bądź narodową, ale związany jest z jednostkową decyzją konkretnej osoby. W tym kontekście prawo do życia określone w traktatach międzynarodowych, zdefiniowane w ustawach krajowych, może być chronione przez autonomiczną decyzję jednostki, zgodną z przekonaniem moralnym, w ramach prawnomiędzynarodowej instytucji klauzuli sumienia.

Koncepcja koncyliacyjna praw reprodukcyjnych zmierza do uznania zasadniczego celu uprawnień jednostek i par związanych z ludzką prokreacją, jak również zobowiązania ciążyącego na władzach publicznych, związanych z zapewnieniem dostępu do właściwych usług medycznych, zmierzających do zachowania zdrowia reprodukcyjnego, z równoczesnym poszanowaniem prawa do życia dzieci w okresie prenatalnym. W tym kontekście uprawnienia różnych podmiotów, zarówno osób powołujących na świat nowe życie ludzkie, jak i samego dziecka, podlegają ochronie.

REFLECTIONS UPON CONTROVERSIES AND CONSEQUENCES OF THE CONCEPTIONS OF REPRODUCTIVE RIGHTS

Key words: reproductive rights, abortion, feminism, conscientious objection

Summary

The aim of the article is to focus upon the meaning and the contemporary usage of the notion of 'reproductive rights', with the ultimate intention of formulating an original theory of reproductive rights. Therefore, the performed analysis is twofold: firstly, it concentrates upon the content of the relevant international legal documents and secondly, it aims at the explanation of existing divergent conceptions of reproductive rights. One of the observed reasons for the contemporary state of chaos and conflict of human rights norms may be the influence of persistent ideologies, linked to a particular interpretation of human rights provisions. Hence, the article presents an alternative conception, resulting in a unified, complex interpretation of reproductive rights, conducive to the protection of the right to life. Various phenomena linked to the notion of reproductive rights are analyzed, such as abortion or the issue of conscientious objection.

PAVEL BUREŠ

Palacky University in Olomouc, Faculty of Law (Univerzita Palackého
v Olomouci, Ústav Práva)

Objectification of Children through the European Court of Human Rights Jurisprudence?¹

Key words: European Convention of Human Rights, objectification of children, authoritative interpretation, European Court of Human Rights

Introduction

In its nearly-sixty years of existence, the European Court of Human Rights (hereinafter “ECtHR” or “the Court”) has developed a wide jurisprudence regarding the different rights and freedoms embedded in the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (hereinafter “the Convention” or “ECHR”). Even though State Parties to the Convention, members of the Council of Europe, are first to interpret and apply this international treaty following the principle of subsidiarity, it is up to the Court to provide an authoritative interpretation of conventional terms and to highlight the direction of the interpretation of a minimal standard of human rights protection in Europe.

Since 1953, the year the Convention entered into force, the protection of human rights in Europe at the international level has gradually improved particularly as a result of the thorough work of the Court.² The position of the ECtHR has been bit by bit strengthened by two facts: First, the level of institutional changes especially after Amending protocol N°11 – the European Commission and the former European Court have merged to create the European Court of Human rights, one body called for the permanent institutional protection of human rights within the framework of the European Convention. Second, the increasing number of State Parties to the Convention, and especially after 1997, the date Russia and Ukraine

¹ The present article is the outcome of the project co-financed by the European Social Fund and the state budget of the Czech Republic, POST-UP II a reg. č. CZ.1.07/2.3.00/30.0041.

² One should not forget that previously the institutional system of protection was based on two separate organs – the European Commission and the European Court. The fusion was achieved through the operating and amending of the protocol to the Convention n°11 (1998).

acceded to the Convention. At the present time, more than 800 million people, inhabit the member states of the Council of Europe, all of whom are subjects under the jurisdiction of the Court. Although, the Court realizes its jurisdiction only on a subsidiarity principle, in terms of the creation of the unified interpretation of the Convention, it has an important impact. Moreover, the case-law of the Court is still developing and its jurisprudential activities and doctrines, e.g. the horizontal effect of the Convention, or the evolutive interpretation doctrine, the doctrine of the margin of appreciation has acquired a special effect for the States' application of the Convention .

In this introduction, it is worth mentioning that the Court has a very procedural position in the protection of human rights in Europe as it is an interpretative authority. From the point of view of international procedure law,³ the European Court of Human Rights is an international organ which is called to give an interpretation *ex auctoritate*, an authoritative interpretation of all provisions of the Convention. In this regard it has a specific position in the process of the interpretation and application of the Convention. It is evident that States are first asked to interpret the Convention when applying it. However, as an international judicial organ, the ECtHR has this jurisdiction to give authoritative interpretation which is binding for States.⁴ The impact the ECHR and the Court both have on national legislation and legislative perception of human rights protection is so important that it places the conventional system in a specific position among other international treaties.

By the way of authoritative interpretation, as a judicial forum of "last resort"⁵, the Court poses (clear) guidelines on how to interpret different notions and concepts of the Convention. So far, it has defined through its jurisprudence specifics of the fair trial concept, private and family life, limits between torture and inhuman and degrading treatment, the content of the right to life and many, many others. In ruling so, the ECtHR has indicated in many ways the future orientation of the interpretation of the Convention. Sometimes it bases its reasoning on the doctrine of evolutive interpretation⁶, explaining that the Convention is properly interpreted in "present-day

³ What French doctrine calls "droit de la procédure internationale".

⁴ See eg. Protocol n°16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This position of the Court is somehow stressed by its new jurisdiction to give advisory opinions to the higher courts of the contracting parties. By that, the authoritative interpretation aiming at the uniform application of the Convention is enhanced.

⁵ We do not speak here about the Court as a fourth instance, which is one of the grounds to rule on the inadmissibility of the application. However, the ECtHR plays a role of last procedural instances when a States authorities have failed to give sufficient human rights protection.

⁶ LETSAS, George. A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press, 2007, pp. 147.

conditions”⁷. Evolutive or dynamic interpretation⁸ of the Convention is one of cornerstones of the jurisprudential activities of the Court by which it frames a “conscience of Europe”.⁹

If the majority of the Court’s judgments rely on the ordinary application of the Convention to the facts of the case, there are some cases that have especially an important impact on the conception and perception of human rights protection.¹⁰ These cases usually modify an “everyday” perception of human rights concepts (e.g. private life, freedom of expression, the balance test). The case-law of the Court may also confirm some gradually established convictions of the members of society especially in societal issues (e.g. transsexualism, homosexual unions, children born out of wedlock). In this regard, we can analyse selected case-law of the Court concerning an *objectification* of children. With this concept, we can see that the Court may chart (and thus change) some direction of the protection of human rights with respect to children. In other words, the Court by protecting certain rights of adult persons may lead to a phenomenon of the objectification of children. Although this if we speak about human rights issues in the context of children, we let aside specific group which is children rights. To the opposite, we will analyse a totally different phenomenon designated as objectification of children.

Objectification – a definition

The phenomenon of objectification is known in social philosophy by Kant or Nussbaum¹¹. It means that a person (or some group of persons) is treated as an object. Human dignity or subjectivity is denied or instrumentalized. In the present paper, we deal with the phenomenon of the objectification of children. In this regard, objectification means that children are no longer considered as subjects but as objects. Seen from this perspective, objectification is not, and cannot be a legal term at all. Children as human beings remain subjects of the legal order. Objectification in this regard is more

⁷ ECtHR judgement in the case *Tyrer v. United Kingdom* K, n° 5856/72, 28 April 1978.

⁸ In this regard, Helgesen makes a clear distinction between evolutive and dynamic interpretation when he specifies that the former is the Court’s answer to new facts and the latter the Court’s new answer to the old facts. See HELGESEN, Jan Erik. What are the limits to the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights? In: *Human rights law journal (HRLJ)*, vol. 31, no. 7-12 (2011), p. 275–281.

⁹ The Court often presents itself as a “Conscience of Europe”. See <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/video/conscience>.

¹⁰ In one of his speeches, the Court’s President Spielman mentioned three of these cases of important impact: *Handyside*, *Marckx* and *Soering*. See: http://echr.coe.int/Documents/Speech_20140327_Spielmann_ENG.pdf.

¹¹ NUSSBAUM, Martha. Objectification. In: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 24, No. 4 Autumn 1995, pp. 249–291. However Nussbaum’s work is oriented more to the objectification of women which in reality occurs more often.

a term of describing a kind of fact. It is more a social phenomenon which law and especially jurisprudence may accept, approve or even promote. However, this kind of fact can arise from legal interpretation and approach to the protection of human rights of other people. And more, this fact, once approved by the Court acquires the character of a social norm. From the point of view of normative activity we could speak about a phenomenon which is *between facts and norms*¹².

To further clarify these explanations: there is no such term used in the Court's case-law, nor a similar use of the term or description of this phenomenon. Moreover, if we can directly ask applicants or judges of the Court whether they are aware of the fact of the objectification of children they would perhaps not address the point or deny it totally. Here, we are not in a situation of clear opposition between governmental authorities and individuals, opposition between public goods and individual rights. Rather, we are in a situation of, creeping objectification where future or actual biological or other parents are claiming the protection of their right to family life, making their children objects of their desires which are transformed into rights protected by the scope of Art. 8 of the Convention.

From the semantic point of view, it is very difficult to differentiate this phenomenon and to separate it from the ordinary meaning of the word. Even in general language, we use terms expressing possession of children when using a verb *to have*.¹³ The sociological-legal phenomenon which we are considering is that the Court, when addressing the scope of family life, is indirectly confirming an evolving right to *have* a child which is opposable to the governmental authorities. If in a negative way, no one can be forced not to have a child, there is still an important question whether or not the government/States have an obligation arising from the Convention to ascertain the implementation of a right to have a child.

To show our concern, we can proceed to the very centre of the conception of family life which is under the protection of Art. 8 of the Convention. The Court protects family life, which is, according to the Court, foremost a question of fact and which depends on straight personal links or relations¹⁴. The notion of family life is not limited only to relations based on marriage, but may include other *de facto* "family-like" relations if the parties live together out of the marital links and the relation is sufficiently constant.¹⁵ (The Court

¹² Cf. The title of a book by Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by William Rehg. MIT Press. 1998. 680 pp.

¹³ I've got three children. She has no child.

¹⁴ Cf. ECtHR judgment in case *Boughanemi v. France*, judgment of 24 April 1996, n° 22070/93.

¹⁵ The Court speaks even about "potential family life", cf. ECtHR judgement in case *Keegan v. United Kingdom*, 18 July 2006, n° 28867/03, or recently in ECtHR judgment in the case of *Paradiso and Campanelli v. Italy*, 27 January 2015, n° 25358/12, the case was referred to the Grand Chamber and thus is not definitive.

has never claimed the very rationale of family, and thus family life – which is protection. That is why family has (had) very specific protection in national legislations. It appears from the jurisprudence of the Court that, even though family life applies at first to “traditional families” there is no need however of marriage¹⁶, nor cohabitation¹⁷, nor blood tie¹⁸, nor recently different sex union¹⁹. However, we may surmise that from the very individualistic point defended by the Court, it would never admit the primary rationale of the family, which is procreation. (The Court would likely conclude that the family is not limited to that.) Sometimes instead of family life, private life is tackled in this type of case²⁰.

If, according to the Court, to establish family life there is no need for marital links, not even biological relations and a short period of time spent together between alleged parents and the child²¹, it is very complicated, even impossible to differentiate all the interests of family life of parents and the superior interests of a child. In fact in all cases, it is very delicate to discern the inherent will to build a family (protected by the scope of family life) from the desire to have a child in the sense of possession. The examples discussed here illustrate with well-known recent cases of the Court the tricky question involving the phenomenon of objectification. All of them deal with very sensitive and delicate issues – from adoption by homosexuals, medically assisted procreation, to the destiny of embryos after an *in vitro* fertilization.

Objectification – case study

For this research on the phenomenon of the objectification of children through the ECtHR jurisprudence, we have selected four recent cases dealing with family or private life where the specific position of children is at stake. Many others are relevant as well, e.g. *Evans v. United Kingdom*, *S. H. v. Austria*, *Vo v. France*. These other cases emphasize more the issue of human life and the moment when it begins. However from the point of view of objectification, they do not add any other specificity and thus we only mention them as such without proceeding to a deep analysis.

¹⁶ Cf. ECtHR judgment in the case *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, n° 6833/74.

¹⁷ Cf. ECtHR judgment in the case *Berrehab v. Netherlands*, 21 June 1988, n°10730/84.

¹⁸ Cf. ECtHR judgment in the case *X, Y and Z v. United Kingdom*, 22 April 1997, n°21830/93.

¹⁹ Cf. ECtHR judgment in the case *Oliari and others v. Italy*, 21 July 2015, n° 18766/11 and 36030/11. To present-day, same-sex unions were covered only with respect to private life.

²⁰ Cf. ECtHR judgment in the case *Costa and Pavan v. Italy*, 28 August 2012, n° 54210/10.

²¹ Cf. ECtHR judgment in the case *Moretti and Benedetti v. Italy*, 27 April 2010, n° 16318/07, or case *Paradiso and Campanelli v. Italy*, 27 January 2015, n° 25358/12, the latter one referred to the Grand Chamber.

The first case deals with adoption by a homosexual couple, X and others v. Austria²². Three applicants – two women living in a stable homosexual relationship and a first applicant's minor son were claiming a violation of their family life by the fact the Austrian law did not permit the adoption of the boy by the second applicant without severing the boy's relationship with his mother. The boy's birth out of wedlock was recognized by his father later on and the father not living with them has nevertheless maintained a stable relationship with his son.

The violation of art. 14 taken in conjunction with art. 8 of the Convention was asserted by the applicants because unlike in a non-married heterosexual couple where one partner is able to adopt the second partner's child without the first severing the relationship to the child, it was not possible for homosexual couples. This caused, according to the applicants, discrimination against their enjoyment of family life. They argued that despite a similar situation to different-sex couples, they did not have the legal possibility to proceed to a second-parent adoption. This different treatment of same-sex couples based on Austrian law led, according to the applicants, to discrimination and so to the violation of the Convention.

Under Austrian law, an adoption in the case of a couple means that the adopting person is substituting the person of the same sex. Thus in the case of an adoption by a woman, the latter is replacing the biologic mother of the adopted child and so rupturing the legal link between biological mother and the child. This situation was not conceivable for applicants and they were claiming violation of their family life based on the discrimination of sexual orientation. The Court held (by ten to seven) that there was a violation of art. 14 taken in conjunction with art. 8 of the Convention when the applicants' situation is compared with that of an unmarried different-sex couple in which one partner wishes to adopt the other partner's child.

It is not an aim of this article to analyse in detailed the specific arguments of parties and the Court's assessment and its conclusions²³. We will show however, that in this case the Court, by focusing only on some specific matters, did not take into consideration the specific interest of the child. The child was treated by applicants and later on indirectly by the Court as a specific kind of "property" required to satisfy the family life 'needs' of the second applicant. Even though it is apparent *prima facie* the subject matter of the case was the adoption of a child. The general principle, applied in this situation, is first and the best interest of the child. Analysing the situation of the child living for a long period with his mother and her female partner²⁴,

²² See the ECtHR judgment in case X. and others v. Austria, Grand Chamber judgment, 19 February 2013,

²³ For some critiques of the arguments one can see the joint dissenting opinion of seven judges.

²⁴ Austrian law allows in the case of same-sex couples for them to exercise some parental authority and responsibility. (Cf. case X and Others v. Austria, § 55).

and having regular contact with his biologic father, it is up to the Court to apply this principle. However, the Court did not assess the best interest of the child and went on to examining in a very general way differences in the treatment of non-married same-sex couples and non-married different-sex couples in the question of adoption. It is difficult to see what is really at stake in this case. Which right is really violated by the Austrian authorities decision on the law not accepting the second-parent adoption in the case of same-sex couples? One can see in the decision of the Court that there is no specific interference to the family life of the applicants. Art. 8 (in conjunction with art. 14) of the Convention does not allow either a right to create family nor a right to adopt a child²⁵. Family as such is created by natural and/or legal links and it is recognized as such by the society²⁶. Adoption as a special institution aims to create new family links where natural ones do not serve the best interest of children. As the Court (with the tacit consent of the Austrian government) held that in the present situation of the case family life was established and was affected by any act of the government, we argue there is no right to adoption (in passive or active form). The Court decided in the opposite way without saying however whether biological (and legal) relations between a child and his father are severed or not. Thus, the Court did not make any determination whether the male parent (father in this case) remains as a parent. Can we imagine thus family where there are 3 parents? Are we witnessing the 'evolution' to a multi-parental family? One can argue positively that is the 'logic' of the facts. The majority of families are two-parents but there also exist single-parent families as well. So, why not multi-parent families? If one argues that a single-parent family is not in the best interest of the child, the question arises whether the multi-parent form is. The Court did not consider these consequential issues because it only focused its argumentation on the issues of discrimination which is totally wrong. Doing that means we see the case only from the technical "legal" point of view and not seeing the impact of the decision.

In this case, the Court made no effort to balance between the interests of the child and the interests of the legal/ natural requirements of the mother's female partner claiming through the adoption a legal recognition of *de facto* family life. As no specific interests and needs of the child are mentioned in the application, the child becomes an object of requirement for adults. Thus, the objectification (as a social phenomenon) is at stake here.

²⁵ E.B. v. France ([GC], no. 43546/02, § 41, 22 January 2008.

²⁶ There can be of course differences in the right to the conception of the family according to cultural, historical and societal values. However these are not the subject of the present article.

The second case, *Costa and Pavan v. Italy*²⁷ relates to the medically assisted procreation issue (MAP) and especially to PGD (pre-implementation genetic diagnosis). The applicants Mrs. Costa and Mr. Pavan, who were healthy carriers of cystic fibrosis, complained that they had no access to preimplantation genetic diagnosis for the purposes of selecting an embryo unaffected by the disease and alleged that the technique was available to categories of persons to which they did not belong. In these circumstances, the Court did not want to underestimate either the anxiety experienced by the first applicant, whose only hope of having another child, since she was unable to have recourse to PGD, carried the concomitant risk that the child would be born with the disease or the suffering inherent in the painful decision to undergo, as the case may be, an abortion on medical grounds. In other words, according to the applicant, there was either the anxiety the child was not healthy, or the recourse to an abortion in the case of natural procreation.

Even though the Court is strictly differentiating the concept of “child” from the concept of “embryo”, from our perspective there is no distinction. The sole interest of the applicants was to have a healthy child not affected by cystic fibrosis. That is why they wanted to have the possible use of MAP and PGD, and thus implant a healthy embryo. The Court held that Italian legislation is inconsistent in the way it allows PGD in the case of assisted reproduction technology²⁸ and does not allow the assisted reproduction technology for the applicants. According to the Court, this legislation violates the right to private and family life of the applicants which have the only possibility, if they want to have a child, to conceive in a natural way and resort to abortion²⁹ when the foetus contains the genetic disease.

In this situation, there is no controversy in saying that the will to have a healthy child is totally covered by the right of private life. On the other hand, we cannot agree with the Court that the desire to conceive a child unaffected by the genetic disease is a form of expression of their private and family life, protected by the State. If it is so, we are treating embryos and thus future children as an object defining them by quality – and thus the Court allows a certain objectification of children through alleged human rights protection³⁰.

²⁷ Cf. ECtHR judgment in case *Costa and Pavan v. Italy*, Grand chambre judgment of 28 August 2012, n°54270/10.

²⁸ Assisted reproduction technology is allowed in Italy for infertile couples and since 2008 (the Decree of the Ministry of Health) for couples in which the man suffers from a sexually transmissible viral disease (e.g. HIV, hepatics B or C).

²⁹ It was the case in 2006 when the applicant became pregnant in the natural way and found out the foetus is touched by the illness both parents were healthy carriers.

³⁰ One has to point out that the Court, when examining possible interference of government in private and family life, speaks about the legitimate aims of protecting morals and the rights and freedoms of “others“ (*brackets added*). Thus embryos are potentially considered as “others“ being protected by Art. 8 para. 2 of the Convention.

The third types of cases relate as well to MAP, but this time through the surrogacy technique. It is, first, a matter of joint cases: *Mannesson v. France*, and *Labbassee v. France*³¹ and, the second, case *Paradiso and Campanelli v. Italy*³². The first joint cases *Mannesson* and *Labbassee* were treated from the angle of private life. The Court has stated that there was no interference by the French authorities to the family life of the couple which conceived their child in the USA in violation of French national laws prohibiting surrogacy. They claimed the right of private life for their children especially in the sphere of inheritance rights. The second case *Paradiso and Campanelli v. Italy* related to a non-recognition of a birth certificate delivered in Russia by Italian authorities because of the lack of a biological link between the applicants and the child, who was born by surrogacy in Russia.

Here again, we can see in both cases that the Court by ruling on the violation³³ of the Convention indirectly confirms the societal phenomenon of an alleged right to have a child and a positive obligation of the State to recognize the situation. It is very interesting in both cases that both France and Italy had anti-surrogacy national legislation. It means that in both cases applicants by this recourse to surrogacy techniques have violated national legislation. In this regards, it is interesting to examine whether a well-known legal principle *ex iniuria non oritur ius* can be applicable in this situation. On the other hand, it is very strange to say that a child was born by a non-respect of national legislation. Although we cannot speak about a phenomenon of legal objectification, children in both cases are treated as objects. Through all the procedures in surrogacy treatment! The real rationale of actions taken by the applicants is to “have a child at any cost” and they claim the State has a positive obligation in this regard to recognize this situation, not say to allow it. And if a State has not adopted surrogacy legislation (which is totally in its margin of appreciation according to the Court), it has an obligation to recognize the affiliation.

It is interesting to note that the Court has ruled about a violation of private life of a child in the matter of the protection of its inheritance rights. Thus, by protecting the inheritance rights of a child born in surrogacy, the Court indirectly acknowledges the surrogacy treatment³⁴. The

³¹ Cf. ECtHR judgment in the case *Mannesson v. France*, 26 June 2014, n°65192/11, and ECtHR judgment in the case *Labassee v. France*, 26 June 2014, n° 65941/11.

³² Cf. ECtHR judgment in the case *Paradiso and Campanelli v. Italy*, 27 January 2015, n° 25358/12.

³³ As the case *Paradiso and Campanelli v. Italy* is now under the consideration of the Grand chamber, the ruling and the notification of a violation of the Convention is not yet definitive.

³⁴ One can compare it with the very well-known case *Marckx v. Belgium* where the reasoning of the Court was very similar. Protecting the inheritance rights of Alexandra Marckx (daughter), the Court has acknowledged an equality between children born out of wedlock with those born to married couples.

Court, leaving aside to the margin of appreciation of States³⁵ the crucial question of the “legality” of surrogacy treatment with respect to human rights protection, has ruled however that the private life of those children requires respect. Doing that, the Court indirectly proceeds to the objectification of children as the sole goal of surrogacy treatment. Although the French government has opted (for the time being) not to legalize surrogacy treatment), the Court forces it to accept this situation, produced abroad, in the name of private life

The fourth example relates to MAP as well (*in vitro* fertilisation) but this time only with respect to the status of the embryo. The very recent case *Parillo v. Italy*³⁶ was decided by the Grand chamber formation. The applicant and her partner underwent *in vitro* fertilisation treatment. Five embryos were obtained using that method. Her partner died and the applicant claimed the protection of Protocol 1, art. 1 (right to property) for her to make a donation for scientific research. Although we cannot claim for an embryo, according to the case-law of the Court, the protection of art. 2 of the Convention (right to life), to claim the protection of the right to property would amount to a devaluation of the whole system of human rights protection.

The case was examined with respect to Art. 8 (right to self-determination) in the sense of the applicant’s right to make a free choice³⁷, choice regarding the fate of her embryos and with respect to Art. 1 of the additional protocol 1 (right to property). The Court held that even though the right to make free choice concerns an intimate aspect of the applicant’s personal life and accordingly relates to her right to self-determination, the government’s interference advances a legitimate aim, which is the protection of the potential life of cryopreserved embryos.

The argumentation of the applicant regarding Art. 1 of the first Protocol has been overruled by the Court as well. The applicant contended that the embryos conceived by *in vitro* fertilization are not “individuals” as they were not destined to develop as foetus and to be born. In other words, they were not designated for procreation purposes³⁸. The Court, without entering into

³⁵ French authorities had to make some follow-up of these two decisions. On 3 July 2015, the French Cour de Cassation held that the sole use of surrogacy treatment (GPA – la gestation pour autrui) does not justify the rejection of the transcription of the foreign civil status certificate to the Register of Births in the case when one of the parents is a French national. Cf. Judgments of Cour de Cassation - Arrêt n° 619 (14-21.323) de l’Assemblée plénière du 3 juillet 2015 and Arrêt n° 620 (15-50.002) de l’Assemblée plénière du 3 juillet 2015.

³⁶ Cf. ECtHR judgment in the case *Parillo v. Italy*, 27 August 2015, 46470/11. The judgment is final.

³⁷ This means to donate her own biological matter to research, namely, embryos that were no longer destined for a parental project

³⁸ See in this regard the dissenting opinion to the ECtHR judgment in the case *Parillo v. Italy*, by judge Sajó.

a deep and sensitive discussion on when “exactly” a human life begins, clearly held that “having regard to the economic and pecuniary scope of that Article, human embryos cannot be reduced to “possessions” within the meaning of that provision”³⁹.

It is interesting to note that the Court links somehow these two issues of the start of human life and pretended “possession” of human embryos. A clear statement that human beings (be it in a phase of embryo, foetus, or human persons) could never come within the protection of the right of property has, unfortunately, not been ruled on by the Court. The Court has rejected the possibility of the legal objectification of human embryos (with or without a purpose to be procreated), with regard to economic and pecuniary scope of the Art. 1 (Protocol 1). This argument is however very weak. The Court could reject the applicability of the right to property only in the situation of non-applicability of the right of self-determination. If it were not the case, the Court had to admit the protection of the right to property⁴⁰.

If, in this case, the Court has rejected a legal objectification of embryos (potential human lives) in a very evident way, it did not however stress the uniqueness of the human species and human dignity which is a very entitled to protection. With regard to the right of self-determination (covering the choice regarding the fate of embryos), there is still the question when the interference of the government, at present accepted, is found as not presenting a legal aim in a democratic society.

Conclusion

We have shown that the protection of human rights is not only ensuring individual rights against State interference. There are cases in which one can observe that the protection of individual human rights undermines the conception of the human being and human dignity. It is the situation that we have called very “objectification of children”: the phenomenon by which the Court allows the conception of a child to change to an object, when it stressing the protection of other rights from the Convention, usually for parents or prospective parents. The objectification of children does not however occur in terms of legal objectification, which was expressly abandoned by the Court in its recent ruling in the case *Parillo v. Italy*. Nevertheless, this objectification is seen more as a social phenomenon, accentuating the individual approach to human rights protection. We have demonstrated that in cases relating to the adoption of a child by the

³⁹ - Cf. ECtHr judgment in the case *Parillo v. Italy*, § 215.

⁴⁰ - See in this regard the concurring opinion to the ECtHr judgment in the case *Parillo v. Italy*, by Juge Pinto de Albuquerque which points out the great inconsistency and illogical reasoning of the majority.

homosexual partner of the mother, the national legal consequences of birth by surrogacy abroad, the quality and status of embryos to be or not designated for implantation, children (or the prospective human being) are treated in a hidden way by their (future) parents, the society and the Court as if not an object, at least a means to realize their individual desires, usually at any cost, at that with a strong support of the interpretation of the European Convention on Human Rights.

UPRZEDMIOTOWIENIE DZIECI POPRZEZ JURYSPRUDENCJĘ EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA?

Słowa kluczowe: Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, uprzedmiotowienie dzieci, autorytatywna wykładnia.

Streszczenie

Europejski Trybunał Praw Człowieka zajmuje specyficzną pozycję dotyczącą procesu interpretacji i aplikacji Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i podaje wykładnię *ex autoritatem* owej umowy międzynarodowej. Prezentowany artykuł pokazuje, iż Trybunał w swoim orzecznictwie zmierza do zjawiska, które można nazwać uprzedmiotowieniem dzieci. To raczej społeczne niż prawne zjawisko dotyczy specyficznego podejścia do dzieci (lub ludzkich embrionów), które czyni z nich przedmiot pragnienia i środek do zrealizowania praw człowieka innego podmiotu (prawo do życia prywatnego i rodzinnego rodziców), a nie podmiot (osobowość) – osobę posiadającą prawo do godności ludzkiej.

KATARZYNA CZESZEJKO-SOCHACKA

Państwowa Wyższa Szkoła Techniczno-Ekonomiczna
im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu

Przestępstwo wzięcia lub przetrzymywania zakładnika w normach prawa międzynarodowego

Słowa kluczowe: przestępstwo wzięcia lub przetrzymywania zakładnika, art. 252 kodeksu karnego z 1997 r., terroryzm, regulacje międzynarodowe, ograniczenie praw człowieka

Czyn, którego istotą jest branie lub przetrzymywanie zakładników, stał się przedmiotem wielu uregulowań, zarówno o charakterze europejskim, jak i międzynarodowym. Jest to zjawisko, które w świetle obecnych wydarzeń na arenie międzynarodowej pozostaje jak najbardziej aktualne. Akty porwania niewątpliwie należą do kategorii czynów o najcięższym gatunku, zwłaszcza że zazwyczaj towarzyszą one zachowaniom, których istotą opiera się na terroryzmie. Celem takich działań jest w przeważającej części dążenie do zdobycia dominacji nad władzami państwowymi i wymuszenie określonych ustępstw. Jak słusznie zauważa A. Staszak, „o znaczeniu tego zjawiska świadczyć może fakt, że akty terroru stały się przyczyną nie tylko dramatów ich ofiar, ale także powodem wielu wojen o charakterze światowym lub lokalnym”¹.

Zapisy penalizujące tego rodzaju zachowania przestępne znalazły się już w Konwencjach Genewskich z 1949 r.

I Konwencja Genewska, traktująca o polepszeniu losów rannych i chorych w armiach czynnych², wprowadzała w stosunku do osób, które nie brały bezpośredniego udziału w działaniach wojennych (włączając w to członków sił zbrojnych, którzy złożyli broń, a także osoby, które na skutek choroby, ran, pozbawienia wolności stały się niezdolne do walki) obok zakazów dotyczących dokonywania zamachów na ich życie, naruszania ich nietykalności cielesnej, dokonywania wszelkiego rodzaju zabójstw (art. 3 pkt 1 lit. a), zamachów na godność osobistą, a w szczególności poniżającego i upokarzającego

¹ A. Staszak, *Porwania w celu wymuszenia okupu. Studium kryminalistyczne*, Zdzieszowice 2010, s. 41.

² Konwencja o polepszeniu losów rannych i chorych w armiach czynnych (I konwencja genewska), Genewa 12.08.1949 r., Dz. U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171.

traktowania (art. 3 pkt 1 lit. c), skazywania i wykonywania egzekucji bez uprzedniego wyroku, wydanego przez sąd należycie ukonstytuowany i dający gwarancje procesowe, uznanego za niezbędne przez narody cywilizowane (art. 3 pkt 1 lit. d) – także zakaz brania zakładników (art. 3 pkt 1 lit. b). Osoby te – w myśl postanowień Konwencji – winny być traktowane w sposób humanitarny bez względu na kolor ich skóry, rasę, religię, płeć, wyznanie, majątek czy też inne analogiczne uwarunkowania (art. 3 pkt 1). Przepisy Konwencji mają zastosowanie w stosunku do tych osób w razie wystąpienia na terytorium jednego z państw-sygnatariuszy konfliktów zbrojnych nieposiadających międzynarodowego charakteru, aż do momentu ich ostatecznej repatriacji (art. 5). Ponadto na państwa-strony nałożono obowiązek ścigania sprawców omawianego procederu przed własnymi sądami³. Analogiczne do postanowień I Konwencji Genewskiej uregulowania w stosunku do osób cywilnych zawierała IV Konwencja Genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny⁴, która w art. 34 ustanawiała zakaz brania zakładników. Takie zachowania zakazane zostały w stosunku do osób niebiorących bezpośrednio udziału w działaniach wojennych, włącznie z członkami sił zbrojnych, którzy złożyli broń oraz osobami, które stały się niezdolne do walki na skutek choroby, ran, pozbawienia wolności lub z jakiegokolwiek innego powodu. Takie osoby winny być we wszystkich okolicznościach traktowane w sposób humanitarny, bez czynienia żadnej różnicy na ich niekorzyść z powodu rasy, koloru skóry, religii lub wiary, płci, urodzenia albo majątku ani z żadnych innych analogicznych uwarunkowań (art. 3 ust. 1). W myśl omawianego przepisu ochronie podlegają osoby, które podczas zbrojnego konfliktu bądź okupacji znalazły się pod rządami państwa okupacyjnego, którego nie są obywatelami (art. 34). Przepisy związane z zakazem brania zakładników znalazły uregulowanie także w I Protokole dodatkowym do Konwencji Genewskich, dotyczącym ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (art. 75 ust. 2 lit. c), oraz w II Protokole dodatkowym do Konwencji Genewskich, dotyczącym ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z dnia 8 czerwca 1977 r.⁵

Za doniosłością Konwencji genewskich przemawia fakt, że stanowią one fundament w zakresie umów międzynarodowych dotyczących objęcia ochroną osób, które stały się ofiarami wojny i respektowania ich praw. Co więcej, unormowania zawarte w Konwencjach genewskich mają zastosowanie zarówno w czasie trwania pokoju, jak i wypowiedzenia wojny, czy też jakiegokolwiek

³ K. Indeck, *Prawo karne wobec terroryzmu i aktu terrorystycznego*, Łódź 1998, s. 93.

⁴ Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska), Genewa, 12.8.1949 r., Dz. U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171.

⁵ K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 1092, także American Red Cross, Summary of the Geneva Conventions of 1949 and Their Additional Protocols. International Humanitarian Law, April 2011, http://www.redcross.org/images/MEDIA_CustomProductCatalog/m3640104_IHL_SummaryGenevaConv.pdf (dostęp: 20.01.2016 r.).

konfliktu zbrojnego. Do dnia dzisiejszego uregulowania zawarte w Konwencjach genewskich zaliczają się do elementarnych źródeł międzynarodowego prawa humanitarnego, stanowiąc tym samym fundament w zakresie ochrony praw człowieka.

Jednym z ważniejszych uregulowań w odniesieniu do omawianej tematyki jest Międzynarodowa Konwencja przeciwko braniu zakładników⁶. Do konwencji prócz Polski przystąpiło jeszcze 86 państw, co – jak podkreśla J. Kaczmarek – „stanowi o jej znaczeniu i chęci szerokiej współpracy międzynarodowej w tej dziedzinie”⁷. Problematyka konwencji dotyczy zagadnień z zakresu ekstradycji i pomocy prawnej⁸. Art. 1 przedmiotowego dokumentu penalizuje czyn polegający na zatrzymywaniu, przetrzymywaniu, groźbie zabójstwa, albo na dalszym przetrzymywaniu osoby w celu wymuszenia, zarówno od strony trzeciej, jak i od państwa, międzynarodowej organizacji międzyrządowej, osoby fizycznej lub prawnej albo grupy osób określonego działania lub zaniechania jako „wyraźnego warunku zwolnienia zakładnika”. Konwencja wprowadza także karalność usiłowania i współuczestnictwa w akcie brania zakładników⁹. Do znamion tego przestępstwa należą zatrzymanie lub pozbawienie wolności zakładnika oraz groźba zabójstwa, ale także uszkodzenie ciała w celu kontynuowania pozbawienia wolności. Warto w tym miejscu zacytować K. Indeckiego, który zauważa, że „Dla pełnego obrazu panujących tendencji w zakresie wykładni zapisów stanowiących treść tego artykułu należy [...] dodać, że zmierza ona do wykazania, że »zatrzymanie i pozbawienie wolności« zawiera w sobie dorozumiany wymóg użycia przemocy lub groźby jej użycia”¹⁰. Konwencja nie posługuje się terminem „bezprawności” w odniesieniu do opisanych w niej zachowań¹¹. Jednak, jak zwraca uwagę K. Indecki, przyjmuje się dla rozumienia pojęcia „osoba, która zatrzymuje lub pozbawia wolności”, że dla bytu przestępstwa z art. 1 niezbędne jest, by działała ona bezprawnie. Na gruncie tej Konwencji nie ma zatem przestępstwa polegającego na zatrzymaniu albo pozbawieniu wolności, jeśli czyn ten nie zmierza do wymuszenia od osoby trzeciej określonego działania lub zaniechania. Byt takiego przestępstwa zależny jest przy tym od groźby kontynuacji pozbawienia wolności, bez względu na czas jego trwania¹². Pod-

⁶ Międzynarodowa Konwencja przeciwko braniu zakładników, sporządzona w Nowym Jorku dnia 18 grudnia 1979 r.

⁷ J. Kaczmarek, *Przestępstwo wzięcia i przetrzymywania zakładnika. Aspekty prawne i kryminologiczne*, Warszawa 2013, s. 44.

⁸ M. Flemming, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*. Rozdział XXXII k.k. Komentarz, [w:] *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*. Rozdział XXXII k.k. Komentarz, red. M. Flemming, W. Kutzmann, Warszawa 2002, s. 32, także Z. Niemczyk: *Przestępstwo brania i przetrzymywania zakładnika w celu zmuszenia do określonego zachowania*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2015, nr 2, s. 7.

⁹ R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 435–436.

¹⁰ K. Indecki, op. cit., s. 94.

¹¹ Ibidem, s. 94.

¹² Ibidem, s. 95.

sumowując uregulowania prezentowanej Konwencji należy zaznaczyć, że do momentu jej powstania na gruncie międzynarodowego prawa karnego brak było instrumentów prawnych, które w sposób kompleksowy regulowałyby problematykę przeciwdziałania braniu zakładników¹³. B. Saul zauważa, że istniały wprawdzie konwencje „sektorowe”, ale ich uregulowania zawężyły się tylko do wybranych aspektów, takich jak np. ochrona statków powietrznych czy zapewnienie bezpieczeństwa w placówkach o charakterze dyplomatycznym¹⁴. Przepisy Konwencji natomiast w sposób całościowy regulują problematykę poświęconą braniu zakładników. Uregulowania zawarte w Konwencji zobligowało każde z państw–stron do wprowadzenia w swoim porządku prawnym kar za akty, których istotą jest branie zakładników (art. 2). Już w preambule Konwencji podkreślono poszanowanie dla życia, wolności i bezpieczeństwa każdego człowieka, stwierdzając tym samym niezbywalność tych praw. Państwa–strony potępiły tym samym akty przemocy, polegające na braniu zakładników i podkreśliły konieczność międzynarodowej współpracy w tej dziedzinie: „istnieje pilna konieczność rozwijania współpracy międzynarodowej pomiędzy państwami w wyszukiwaniu i stosowaniu skutecznych środków w celu zapobiegania, ścigania i karania wszelkich aktów brania zakładników, jako przejawów terroryzmu międzynarodowego”¹⁵. Uregulowania te w świetle obecnej sytuacji w świecie nabierają nowego, głębszego znaczenia.

Innym dokumentem, zajmującym się regulacją problematyki przestępstw, których istotą są porwania, jest Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z dnia 15 listopada 2000 r.¹⁶ Zgodnie z art. 1 celem wspomnianej Konwencji jest promowanie współpracy w celu skuteczniejszego zapobiegania i zwalczania międzynarodowej przestępczości zorganizowanej. Przepisy Konwencji mają zastosowanie w odniesieniu do przestępstw popełnionych w związku z udziałem w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 5), prania dochodów, które zostały uzyskane w drodze przestępstwa (art. 6), przestępstw polegających na przekupstwie (art. 8), przestępstw skierowanych przeciwko wymiarowi sprawiedliwości (art. 23), a także w przypadku popełnienia tzw. poważnych przestępstw, którymi w myśl art. 2 Konwencji są zachowania stanowiące przestępstwo podlegające maksymalnej karze pozbawienia wolności w wysokości co najmniej czterech lat lub karze surowszej (art. 1). Zgodnie z art. 2 Konwencji,

¹³ B. Saul, *International Convention Against the Taking of Hostages*, “The University of Sydney”, Sydney 2014, s.2.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Preambuła do Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 15.11.2000 r., Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 158.

¹⁶ Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 15.11.2000 r., Dz. U. z 2005 r. Nr 18, poz. 158.

zorganizowaną grupą przestępczą jest grupa składająca się z trzech lub więcej osób, istniejąca przez pewien czas oraz działająca w porozumieniu, w celu popełnienia jednego lub więcej poważnych przestępstw określonych na podstawie niniejszej Konwencji dla uzyskania, w sposób bezpośredni lub pośredni, korzyści finansowej lub innej korzyści materialnej.

Dokonując podsumowania uregulowań Konwencji należy podkreślić, że nie wprowadziła ona legalnej definicji terroryzmu. Obecnie w literaturze funkcjonuje ponad trzysta terminów charakteryzujących to zagadnienie. Pomimo mnogości definicji terroryzmu, każde z pojęć na pierwszy plan wysuwa bezprawność zamachów dokonywanych z użyciem przemocy, u podłoża których często leżą przesłanki o charakterze politycznym czy ideologicznym. Terroryzm zwłaszcza w działalności ugrupowań ekstremistycznych, charakteryzuje się stosowaniem terroru w postaci: zabójstw, porwań, uprowadzeń statków morskich lub powietrznych. Stosując te metody działania, organizacje terrorystyczne dążą do zdobycia dominacji, usiłując przede wszystkim zwrócić uwagę opinii publicznej na wysuwane przez siebie żądania¹⁷. Co istotne, terroryzm wciąż nie jest traktowany jako samodzielna zbrodnia o międzynarodowej randze¹⁸. Również Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego w sprawach należących do jego jurysdykcji nie wymienia wprost czynów terroryzmu. Już w 1937 r. Liga Narodów w konwencji o utworzeniu Międzynarodowego Trybunału Karnego dążyła do tego, aby wyeliminować z niej przestępstwo terrorystyczne¹⁹. Do dnia dzisiejszego nie doszło do przyjęcia wspólnej definicji terroryzmu. Jednakże zamachy w Stanach Zjednoczonych z dnia 11 września 2001 r. doprowadziły do zintensyfikowania działań w tym zakresie. Ich efektem było przyjęcie rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ z dnia 12 września 2001 r.²⁰, w której potępiono wrześniowe wydarzenia, uznając tym samym takie czyny za zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa na świecie. Jednocześnie przyjęto rezolucję Rady Bezpieczeństwa ONZ z dnia 28 września 2001 r. o międzynarodowej współpracy w walce z zagrożeniami międzynarodowego bezpieczeństwa i pokoju, wywołanego aktami o charakterze terrorystycznym²¹. W wyniku przyjętej rezolucji zobligowano państwa członkowskie do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób oraz organizacji, które zajmują się finansowaniem terroryzmu. Takie działania mają polegać m.in. na zamrażaniu rachunków bankowych osób, w stosunku

¹⁷ J. Izydorczyk, M. Królikowski, P. Wiliński, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 140.

¹⁸ *Ibidem*, s. 141.

¹⁹ *Ibidem*, s. 141.

²⁰ United Nations Security Council Resolution 1368 (2001) Adopted by the Security Council at its 4370th meeting, on 12 September 2001, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/533/82/PDF/N0153382.PDF?OpenElement> (dostęp: 20.01.2016).

²¹ United Nations Security Council Resolution 1373 (2001) Adopted by the Security Council at its 4385th meeting on 28 September 2001, [http://www.un.org/en/sc/ctc/special-meetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20\(2001\).pdf](http://www.un.org/en/sc/ctc/special-meetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20(2001).pdf), (dostęp: 20.01.2016).

do których istnieją uzasadnione podejrzenia, że prowadzą one działalność terrorystyczną. W normach prawach międzynarodowego za terrorystów nie uznaje się sprawców czynów o charakterze politycznym i popełnionych bez użycia przemocy. R. Królikowski zwraca uwagę, że dopóty dopóki celem takich ataków są siły zbrojne przeciwników, dopóty uzasadnienie mogą znaleźć działania o charakterze partyzanckim ukierunkowane na narodowyzwoleńczy cel²². Jeżeli natomiast działania sprawców są nakierowane na obiekty cywilne i wymierzone przeciwko niewinnym ludziom, takie zamachy w świetle międzynarodowego prawa karnego winny być uznane za akt zbrodniczy o terrorystycznym charakterze. Nie znajdują bowiem usprawiedliwienia akty przemocy w tym często związane z braniem zakładników, gdyż są one „bardzo bliskie uzasadnieniom powoływanych przez różnego rodzaju zbrodniarzy rangi międzynarodowej (ludobójców, zbrodniarzy wojennych itp.)”²³.

Uregulowania dotyczące problematyki związanej z braniem zakładników są obecne nie tylko w aspekcie międzynarodowym, ale znajdują odzwierciedlenie także w przepisach prawa europejskiego. Konwencje Rady Europy obligują kraje, które zdecydowały się na ich ratyfikację, do wprowadzenia określonych regulacji prawnokarnych²⁴.

Skutecznym narzędziem do walki z terroryzmem jest Konwencja o zwalczaniu terroryzmu z 1977 r.²⁵ Konwencja nie wprowadza definicji terroryzmu, podobnie zresztą jak inne uregulowania dotyczące omawianej materii, ograniczając się do wymienienia w art.1 czynów, które w świetle jej przepisów są uznane za terrorystyczne. W katalogu tych czynów znajduje się przestępstwo, którego istotą jest uprowadzenie, wzięcie zakładników, albo poważne bezprawne zatrzymanie. W przypadku wystąpienia takich czynów strony Konwencji nie mogą odmówić ekstradycji ani podjęcia ścigania z powołaniem się na charakter polityczny czynu bądź motywy jego popełnienia²⁶. W preambule do Europejskiej Konwencji o zwalczaniu terroryzmu z 1977 r. podkreślono, że została ona stworzona w zamiarze podjęcia skutecznych działań w celu opanowania rosnącego niepokoju, będącego wynikiem nasilających się przypadków terroryzmu, a także w celu skutecznego ścigania i karania sprawców tego typu przestępstw²⁷. Cel Konwencji opiera się na stworzeniu skutecznych mechanizmów w zakresie ścigania i karania sprawców wszelkich zamachów o charakterze terrorystycznym²⁸. Na uwagę zasługuje fakt,

²² J. Izydoreczyk, M. Królikowski, P. Wiliński, op. cit., s. 143.

²³ Ibidem, s. 143.

²⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2010, s. 103.

²⁵ Ibidem, s. 153.

²⁶ A. Marek, *Komentarz do Europejskiej Konwencji o zwalczaniu terroryzmu*, [w:] *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, t. III: *Prawo karne*, red. E. Zielińska, Warszawa 1997, s. 434.

²⁷ Preambuła do Europejskiej Konwencji o zwalczaniu terroryzmu, Strasburg 27 stycznia 1977 r., Dz.U. z 1996 r., Nr 117, poz. 557.

²⁸ A. Marek, op. cit., s. 434.

że Konwencja nie ma charakteru traktatu ekstradycyjnego, a każde z państw–stron zachowuje prawo do autonomicznej decyzji, opartej na własnym prawie, na istniejących konwencjach i umowach bilateralnych²⁹. Przepisy Konwencji podkreślają rangę ekstradycji jako szczególnie skutecznego narzędzia w zakresie ścigania przestępstw wymienionych w przedmiotowym dokumencie. Przewidują jednak możliwość odstąpienia od ekstradycji, jeśli przestępstwo miało charakter polityczny, bądź jeśli z takich motywów zostało popełnione. A. Marek zwraca uwagę, że przepisy Konwencji oparte są na regule *aut dedere aut iudicare*, w myśl której państwo wezwane do wydania ściganej osoby w związku z zarzucanym jej przestępstwem o charakterze terrorystycznym, może tę osobę wydać bądź pociągnąć ją do odpowiedzialności za popełnienie zarzucanego jej przestępstwa³⁰. Co istotne, państwo wezwane nie może odmówić wydania bądź wdrożenia ścigania karnego w stosunku do przestępstw wymienionych enumeratywnie w przepisach Konwencji, powołując się na ich polityczny charakter³¹. Przepisy Konwencji mają doniosłe znaczenie w zakresie aktów prawnych związanych z walką z terroryzmem, będąc przy tym równocześnie „jedyną konwencją regionalną regulującą w sposób całościowy zwalczanie współczesnych form terroryzmu [...]”³².

W celu podjęcia skuteczniejszej walki z terroryzmem państwa członkowskie Rady Europy ustaliły, że należy dokonać zmian w Europejskiej Konwencji o zwalczaniu terroryzmu³³. Efektem tych ustaleń jest wydany w dniu 15 maja 2003 r. protokół zmieniający konwencję o zwalczaniu terroryzmu³⁴. Zmiany dotyczyły przede wszystkim aktualizacji wykazu konwencji międzynarodowych, podkreślono także potrzebę wzmocnienia kontroli realizacji konwencji, a także zaktualizowano wykaz przestępstw zawartych w konwencjach Rady Europy³⁵.

Fakt, że czyn polegający na braniu i przetrzymywaniu zakładników jest przedmiotem tak wielu uregulowań zarówno o charakterze międzynarodowym, jak i europejskim świadczy o ogromnej skali tego przestępczego procederu. Poszczególne państwa, w tym Polska, po przystąpieniu do Unii Europejskiej zostały zobligowane do implementowania postanowień prawa unijnego. Jednym z nich była Decyzja Ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r.³⁶ w sprawie zwalczania terroryzmu. W decyzji tej stworzona została definicja „aktu terrorystycznego”, która była wyrazem wspólnego stanowiska Rady Unii Europejskiej o zastosowaniu szczególnych środków w celu zwalczania

²⁹ Ibidem, s. 435.

³⁰ Ibidem, s. 434 – 435.

³¹ Ibidem, s. 435.

³² Ibidem, s. 434.

³³ J. W. Wójcik, *Przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu*, Kraków 2007, s. 159.

³⁴ Ibidem, s. 159–160.

³⁵ Ibidem, s. 160.

³⁶ Decyzja Ramowa Rady z dnia 13.6.2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu 2002/475/WSiSW Dz.U.E.L. z 2002 r., Nr 3, poz. 164.

terroryzmu³⁷. W preambule dokumentu wskazano, iż Unia Europejska opiera się na wartościach takich jak: ludzka godność, wolność, równość, solidarność, poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności. Według tego aktu jednym z największych zagrożeń współczesnego świata jest terroryzm, będący realnym zagrożeniem dla swobodnego funkcjonowania człowieka w społeczeństwie. Zgodnie z tą decyzją za przestępstwo terrorystyczne jest uznawany akt o charakterze umyślnym, który wyrządzić może poważną szkodę państwu lub międzynarodowej organizacji. Akt ten musi być popełniony w celu zastraszenia społeczeństwa, bezprawnego zmuszenia rządu lub organizacji międzynarodowej do wykonania jakiegokolwiek działania czy też ma zmierzać do zniszczenia struktur politycznych, państwowych, konstytucyjnych państwa lub międzynarodowej organizacji, przy jednoczesnym założeniu, że zachowanie sprawcy musi dotyczyć przynajmniej jednego z czynów zabronionych, wymienionych w art. 1 ust. 1 Decyzji Ramowej z 2002 r. Decyzja nałożyła na państwo członkowskie Unii Europejskiej (w tym także na Polskę) obowiązek penalizacji czynów, które związane były z przestępstwami przeciwko obrotowi dokumentów administracyjnych i zostały popełnione w celu dokonania przestępstwa o charakterze terrorystycznym. J. W. Wójcik zauważa przy tym, że wspomniana Decyzja Ramowa jest dokumentem wielowarstwowym i wzmacniającym³⁸. Jej wielowarstwowy charakter przejawia się w tym, że wymienia katalog różnorodnych działań, które powinny podejmować państwa członkowskie w walce z międzynarodowym terroryzmem. Wzmacniający charakter Decyzji przejawia się w tym, że stanowi on podparcie dla Europejskiej Konwencji o zwalczaniu terroryzmu z 1977 r.³⁹ Decyzja została zmieniona Decyzją Ramową Rady 2008/919/WSiW z dnia 28 listopada 2008 r. Przepisy zmienionego dokumentu zobowiązują każde państwo członkowskie do penalizacji czynów związanych z terrorystyczną działalnością, ale również do podjęcia takich działań w stosunku do wszelkich zachowań związanych z nawoływaniem do terroryzmu, w tym m.in. polegających na rekrutacji, a także szkoleniu na potrzeby działalności o charakterze terrorystycznym⁴⁰. Poza tym, na mocy zmienionej decyzji dodano trzy nowe definicje czynów zabronionych. Publiczne nawoływanie do popełniania przestępstw terrorystycznych zdefiniowano, jako „rozpowszechnianie lub inną formę udostępniania publicznego przekazu w celu podżegania do popełnienia jednego z przestępstw wymienionych w art. 1 ust. 1 lit.a-h”⁴¹.

³⁷ E. Pływaczewski, *Kodeks karny. Część szczególna*. Komentarz do art. 222 – 316, t. II, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2006, s. 390.

³⁸ J. W. Wójcik, op. cit., s. 153.

³⁹ Ibidem, s. 153.

⁴⁰ Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji: Narodowy Program Antyterrorystyczny Rzeczypospolitej Polskiej na lata 2012-2016, s. 20.

⁴¹ Decyzja Ramowa Rady 2008/919/WSiSW z 28.11.2008 r. zmieniająca decyzję ramową 2002/475/WSiSW w sprawie zwalczania terroryzmu (art. 1), Dz.U. UE L. z 2008 r., Nr 330, poz. 21.

Wprowadzono także obszerne rozumienie czynu polegającego na rekrutacji na potrzeby terroryzmu oraz szkoleń terrorystycznych. Dokument podkreśla przy tym konieczność przyjęcia zbliżonej do siebie definicji przestępstw o charakterze terrorystycznym, jak również konieczność ujednolicenia działań, mających na celu penalizację zachowań osób fizycznych i prawnych polegających na popełnianiu czynów o takim charakterze. Decyzja składa się ze wspomnianego już wstępu, w którym wskazano podstawowe cele i założenia aktu, oraz z trzynastu artykułów, w których wytypowano przestępstwa terrorystyczne oraz podstawowe prawa i zasady, jakimi powinny kierować się państwa członkowskie w styczności z tego rodzaju zdarzeniami. Według aktu, każde państwo członkowskie zobligowane zostało do pojęcia wszelkich niezbędnych środków w stosunku do czynów, które według tego dokumentu zaliczają się do przestępstw o charakterze terrorystycznym. Obok licznych czynów, przepisy decyzji do tego rodzaju przestępstw zaliczają m.in. czyny polegające na porwaniu lub braniu zakładników (art. 1 pkt b). Istotne, aby celem takich zachowań było poważne zastraszenie ludności, bezprawne zmuszenie rządu lub organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania działania bądź poważnej destabilizacji lub zniszczenia podstawowych politycznych, gospodarczych, konstytucyjnych lub społecznych struktur organizacji międzynarodowej lub kraju. Decyzja obliguje państwa członkowskie do podejmowania środków i czynów, których celem jest karalność zachowań związanych z kierowaniem grupą przestępczą oraz współudziałem w grupie przestępczej, dostarczanie informacji lub środków materialnych, a także poprzez finansowanie wszelkiego rodzaju działalności grupy terrorystycznej przy jednoczesnym zachowaniu świadomości, że udział w takich działaniach będzie stanowił wkład w działalność przestępczą grupy terrorystycznej. Przepisy dokumentu zobowiązują państwa członkowskie do podjęcia środków niezbędnych w odniesieniu do podżegania, pomocnictwa oraz usiłowania dokonania przestępstw spenalizowanych w dokumencie oraz do karalności za popełnienie takich czynów. Zgodnie z art. 10 konwencji, kary winny być proporcjonalne, skuteczne i zniechęcające oraz mogą pociągać za sobą także obowiązek ekstradycji. Państwa członkowskie podejmą wszelkie niezbędne środki w celu zapewnienia rodzinom ofiar należytej pomocy (art. 10). Zapisy aktu nie wyłączają jurysdykcji, która sprawowana jest przez państwo w sprawach karnych w oparciu o jego wewnętrzne regulacje. Końcowe zapisy decyzji odnoszą się do formy, w jakiej państwa członkowskie mają dokonać implementacji jej zapisów do porządku krajowego prawa karnego. Podsumowując rozważania w zakresie zapisów Decyzji Ramowej z dnia 3 czerwca 2002 r. zaznaczyć należy, że jest to akt zawierający ogólne uregulowania, w zakresie objętym przedmiotową decyzją, nakładającą na państwa członkowskie wymóg zastosowania odpowiednich mechanizmów w celu zwalczania czynów o charakterze terrorystycznym.

Ważnym dokumentem, regulującym problematykę przestępstw o charakterze terrorystycznym i mającym znaczenie w dziedzinie współpracy między-

narodowej, jest Zalecenie Rady z dnia 12 czerwca 2007 r. dotyczące wymiany informacji na temat porwań terrorystycznych⁴². W analizowanym dokumencie Rada Unii Europejskiej podkreśliła, że w celu wyeliminowania porwań, stanowiących element światowego terroryzmu, państwa członkowskie zobligowane zostają do gromadzenia, nawiązywania kontaktów i przeprowadzania poufnych rozmów. W celu zwiększenia skutecznej walki z tą postacią terroryzmu, państwa członkowskie powinny korzystać z wzajemnych doświadczeń w tym zakresie. Rada Unii Europejskiej sformułowała pewne zalecenia, zawierające wykaz informacji, które powinny być przekazywane między państwami członkowskimi w celu skutecznej identyfikacji sprawców przestępstwa⁴³. Najbardziej szczegółowe uregulowanie tej kwestii znalazło się w Europejskiej Konwencji przeciwko braniu zakładników z 1979 r. Ma ona zastosowanie do aktów brania zakładników przez osoby fizyczne, ale także przez funkcjonariuszy państwowych czy przedstawicieli ruchów narodowyzwoleńczych, a swoim zakresem nie obejmuje tzw. terroryzmu państwowego⁴⁴. Jak słusznie zauważa A. Staszak, społeczność międzynarodowa traktuje branie zakładników jako akt terroru oraz przejaw działalności przestępczości zorganizowanej, wymagający podjęcia ze strony państwa szczególnych działań, które mają na celu zwalczanie tej formy przestępczej aktywności⁴⁵.

Ataki i porwania dokonywane przez tzw. Państwo Islamskie doprowadziły do przyjęcia w dniu 12 marca 2015 r. przez Parlament Europejski rezolucji w sprawie ostatnich ataków i uprowadzeń dokonanych przez Państwo Islamskie/Daisz na Bliskim Wschodzie, zwłaszcza wobec Asyryjczyków⁴⁶. W dokumencie potwierdzono, że wspieranie demokracji oraz poszanowanie praw człowieka i swobód obywatelskich stanowią podstawowe zasady i cele Unii Europejskiej oraz wspólną podstawę jej stosunków z krajami trzecimi. W rezolucji Parlament Europejski wymienił czyny, których dopuściło się Daisz, wskazując np. na uprowadzenie w Libii 21 chrześcijan koptyjskich, czy też uprowadzenie 220 Asyryjczyków w północno-wschodniej Syrii. Szczególnie istotne jest uregulowanie zawarte w pkt. d rezolucji, w którym stwierdzono, że ISIS oraz inne powiązane z nim ugrupowania dopuszczają się poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego i praw człowieka. Wśród czynów których dokonują ekstremiści wymieniono – obok zabójstw, przymusowych nawróceń, sprzedawania oraz niewolnictwa kobiet i dzieci, rekrutowania dzieci do samobójczych zamachów bombowych, wykorzystywania seksualnego i fizycznego, znęcania się oraz tortur – także upro-

⁴² Zalecenie Rady z 12.06.2007 r. dotyczące wymiany informacji na temat porwań terrorystycznych (2007/562/WE), Dz.U.UE.L. z 2007 r., Nr 214, poz. 9.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ K. Indecki, op. cit., s. 95.

⁴⁵ A. Staszak, op. cit., s. 48.

⁴⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie ostatnich ataków i uprowadzeń dokonanych przez Państwo Islamskie/Daisz na Bliskim Wschodzie, zwłaszcza wobec Asyryjczyków (2015/2599(RSP)).

wadzenia. Zaakcentowano poważny problem niewystarczającej międzynarodowej pomocy humanitarnej, czego następstwem jest pozostawienie ofiar samym sobie. Ponadto Parlament Europejski potępił działania tzw. Państwa Islamskiego, solidaryzując się z rodzinami ofiar i poparł wszelkie działania, w tym przede wszystkim działania wojskowe koalicji międzynarodowej, których koordynatorem są Stany Zjednoczone. Wezwał tym samym państwa członkowskie Unii Europejskiej do walki z terroryzmem, którego ucieleśnieniem jest ISIS. Walkę taką powinny podjąć wszystkie kraje m.in. poprzez śledzenie i zablokowanie unijnych funduszy przechowywanych za granicą, a należących do tzw. Państwa Islamskiego. Na szczególną uwagę zasługuje stwierdzenie, że członkowie Daisz swoim działaniem wypełniają znamiona zbrodni ludobójstwa, za popełnienie którego ustawodawstwo międzynarodowe przewiduje pociągnięcie do odpowiedzialności przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym. W świetle zaprezentowanego dokumentu zwrócić należy uwagę na determinację Wspólnoty Europejskiej w ściganiu członków Państwa Islamskiego. Na uwagę zasługuje też przejście do wspólnej ofensywy – szczególnie o charakterze zbrojnym – i wyrażone poparcie dla działalności Stanów Zjednoczonych w tym zakresie .

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że przestępstwo, którego istotą jest branie i przetrzymywanie zakładników, jest przedmiotem wielu umów i konwencji o charakterze międzynarodowym. Fakt uregulowania problematyki związanej z braniem lub przetrzymywaniem zakładników w tak wielu umowach, nie tylko o charakterze europejskim, ale też międzynarodowym, świadczy o coraz powszechniejszym stosowaniu tej postaci terroryzmu. Uregulowania dotyczące tej materii są bardzo obszerne. Niemal każda konwencja regulująca problematykę terroryzmu odnosi się do tego właśnie aspektu aktywności terrorystycznej, ale, co ciekawe, żadna z nich nie wprowadza legalnej definicji terroryzmu. Najbardziej szczegółowe uregulowanie tej kwestii znalazło się w Europejskiej Konwencji przeciwko braniu zakładników z 1979 r. Ma ona zastosowanie do aktów brania zakładników przez osoby fizyczne, ale także przez funkcjonariuszy państwowych czy przedstawicieli ruchów narodowowyzwoleńczych, a swoim zakresem nie obejmuje tzw. terroryzmu państwowego⁴⁷. Jak słusznie zauważa A. Staszak, społeczność międzynarodowa traktuje branie zakładników jako akt terroru oraz przejaw działalności przestępczości zorganizowanej, wymagający podjęcia ze strony państwa szczególnych działań, które mają na celu zwalczanie tej formy przestępczej aktywności⁴⁸. Pomimo że przestępstwa związane z braniem lub przetrzymywaniem zakładników są na ogół przestępstwami o charakterze terrorystycznym, to nie można jednak zapominać, że ich cele mogą być zgoła odmienne. Branie zakładników pozostaje zatem nieodłączną

⁴⁷ K. Indeck, op. cit., s. 95.

⁴⁸ A. Staszak, op. cit., s. 48.

częścią działalności terrorystycznej, zwłaszcza tej stosowanej przez ugrupowania o charakterze ekstremistycznym. Metody walki z tym zjawiskiem są niewystarczające. Ekstremiści bowiem nie respektują żadnych norm międzynarodowego prawa humanitarnego, łamiąc wszelkie reguły i przyjęte standardy. Ich działalność charakteryzuje się brutalnością i, niestety, spektakularnością przeprowadzanych akcji i to zarówno w przeszłości, jak i obecnie.

Państwa europejskie, jak i cała społeczność międzynarodowa podejmują duże wysiłki w celu eliminacji tego zjawiska, jednak dopóki nie przybiorą one postaci zintensyfikowanych działań o charakterze militarnym, zjawisko to będzie przybierać na sile.

Na zakończenie powyższych rozważań należy jeszcze podkreślić, że czynny, których istotą jest branie i przetrzymywanie zakładników były także przedmiotem orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Jednym z takich przykładów jest sprawa przetrzymywania przez grupę radykalnych studentów irańskich – w charakterze zakładników – członków personelu dyplomatycznego i konsularnego USA w Teheranie w listopadzie 1979 r.⁴⁹ W wyroku z dnia 24 maja 1980 r. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że Iran ponosi odpowiedzialność międzynarodową w związku z zaniechaniem działań, mających na celu ochronę nietykalności pomieszczeń misji, do czego był zobowiązany w świetle odpowiednich norm prawa międzynarodowego. Ponadto uznał, że działania polegające na zajęciu terenu ambasady USA i wzięcie w charakterze zakładników członków personelu dyplomatycznego w formie zbrojnej napaści stanowiły istotne naruszenie prawa⁵⁰. W przedstawionym wyroku sąd stwierdził, że odpowiedzialność państwa irańskiego za naruszenie norm prawa międzynarodowego miała podwójny charakter. Początkowo MTS uznał, że napaść na terytorium ambasady przez radykalnych studentów irańskich nie była działaniem w imieniu państwa irańskiego i w związku z tym Iranowi nie przypisano odpowiedzialności za ten akt. Jednak w wyniku aprobaty dla działań zamachowców przez państwo irańskie, MTS zdecydował ostatecznie o przypisaniu mu odpowiedzialności za to zdarzenie i stwierdził, że od pewnego momentu działanie sprawców było działaniem państwa⁵¹. Wyrok MTS jest przykładem odpowiedzialności państwa za naruszenie zakazu używania siły. Orzecznictwo w takich sprawach opiera się na dwóch zasadniczych kwestiach: ścisłej definicji zbrojnej napaści, ograniczającej pojęcie samoobrony, a ponadto na ustanowieniu progu całkowitej zależności, albo pełnej kontroli, będącej ograniczeniem dla państwa za działania grup nieregularnych. Sąd stwierdził, że

⁴⁹ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=334&p1=3&p2=3&case=64&p3=5> (dostęp: 20.01.2016).

⁵⁰ J. Kranz, *Standardy przypisania w kontekście międzynarodowoprawnej odpowiedzialności za użycie siły zbrojnej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego”, 2009, nr 3–4, s. 4.

⁵¹ Ibidem, s. 8.

w sytuacji, kiedy nie można przypisać państwu odpowiedzialności na podstawie całkowitej zależności lub pełnej kontroli, należy koncentrować się na odpowiedzialności za tzw. brak należytej staranności⁵².

A CRIME OF TAKING OR HOLDING SOMEBODY A HOSTAGE IN TERMS OF THE INTERNATIONAL REGULATIONS

Key words: the crime of taking or holding somebody a hostage, the Article 252 of the Criminal Code of 1997, terrorism, international regulations, restriction of human rights

Summary

In the presented article, I have submitted the issue of the crime of taking or holding somebody a hostage in terms of the international regulations. I have analysed a lot of rules which aim to establish the protection against taking or holding somebody a hostage. I have also shown how the appropriate mechanism to counteract these threats have been worked out at the turn of the years.

This kind of crime is considered to be one of the most dangerous acts of terrorism. In order to fight against such acts of terrorism the law has been passed (Geneva Convention (I and IV) and the agreements of international and bilateral characters have been reached. It shows how serious and more and more common the issue of that definite type of terrorism is. Nevertheless, although there are a lot different forces, means and highly-specialized techniques to solve this problem, it has not been eliminated. On the contrary, such acts of terrorism are more frequently reported nowadays, especially in the Far East countries. Therefore, it is significant to control and limit these acts of terrorism.

⁵² Ibidem, s. 31.

MARCIN JASTRZĘBSKI

Instytut Nauk Politycznych UKW w Bydgoszczy

Kolizja praw rodziców i *nasciturusa* w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącym aborcji

Słowa kluczowe: prawo do życia, prawo do ochrony życia prywatnego, aborcja, *nasciturus*, kolizja praw człowieka, konflikt praw człowieka

Problem początków życia ludzkiego i jego ochrony jest jednym z bardziej kontrowersyjnych zagadnień pojawiających się zarówno w krajowych, jak i międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka. W poszczególnych państwach, w dyskursie publicznym, istnieje długoletni spór pomiędzy zwolennikami „całkowitej ochrony życia” oraz przedstawicielami tzw. ruchów *pro choice*, dopuszczających możliwość przerywania ciąży z różnych powodów, w tym na podstawie „względów społecznych”. Zwolennicy i przeciwnicy przerywania ciąży opierają się na różnorodnych argumentach natury filozoficznej, etycznej i religijnej. Wydaje się, iż strony tego fundamentalnego światopoglądowego sporu nie potrafią dojść do kompromisu i nie akceptują argumentów swoich ideowych przeciwników.

Taki stan rzeczy rzutuje również na kształt regulacji prawnych oraz wykładnię przepisów dotyczących początków życia ludzkiego oraz ewentualnej dopuszczalności aborcji zarówno w poszczególnych państwach¹, jak i w międzynarodowym prawie praw człowieka. Różnorodność regulacji krajowych, dotyczących określenia granic prawnych ochrony życia i dopuszczalności aborcji, wpłynęła również na unormowanie i interpretację tego zagadnienia w prawie międzynarodowym.

Podstawowym celem niniejszego artykułu jest wyodrębnienie i przedstawienie różnorodnych uprawnień jednostek, uznanych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) przy okazji rozpatrywania spraw, w których pojawia się problem ochrony początków życia oraz określenia

¹ W państwach Unii Europejskiej możliwość dokonania aborcji jest traktowana najbardziej restrykcyjnie – pozostaje, poza pewnymi wyjątkami, zasadniczo niedopuszczalna – w Irlandii, na Malcie i w Polsce. Z kolei najbardziej liberalne ustawodawstwo w tym zakresie wprowadzono w Wielkiej Brytanii i Holandii, gdzie przerywanie ciąży można dokonać do jej 24 tygodnia, również ze względów społecznych. Zob. A. Breczko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011, s. 202 i n.

ich wzajemnych relacji. Prawa poszczególnych podmiotów, pojawiające się w tego typu orzeczeniach, często są ze sobą sprzeczne. W związku z tym na początku przedmiotowych rozważań wyjaśnienia wymaga termin kolizji praw jednostek oraz teoretycznych sposobów ich rozwiązywania.

Przedstawione zostaną również ogólne zasady dotyczące określenia początku prawnej ochrony życia sformułowane w jurysprudencji ETPC. Dodatkowo, dla porównania, zostaną poddane analizie rozwiązania odnoszące się do tej kwestii, istniejące w innych międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka – uniwersalnym i regionalnych.

Następnie omówione zostaną prawa poszczególnych podmiotów pojawiające się w orzecznictwie strasburskim, odnoszącym się do kwestii początku życia ludzkiego. Będą to prawa:

- 1) matki;
- 2) *nasciturusa*;
- 3) ojca;
- 4) prawa osób trzecich.

We wnioskach końcowych przedstawione zostaną wzajemne relacje poszczególnych praw wyżej wymienionych podmiotów w kontekście zasad ogólnych dotyczących początku ochrony życia ludzkiego, sformułowanych przez ETPC i Europejską Komisję Praw Człowieka (EKPCz).

1. Kolizja praw człowieka

Termin „kolizja praw człowieka” powstał w niemieckiej nauce prawa konstytucyjnego². Definiuje się ją jako *zastosowanie, w tej samej sytuacji, takich samych lub różnych praw podstawowych przez różne jednostki, co powoduje wzajemne równoważenie się tych wolności*.³ Podstawowym problemem, który pojawia się w przypadku zaistnienia kolizji praw jednostki, jest ustalenie ich zakresu, czyli wzajemnego ograniczenia⁴. W przypadku wystąpienia takiego konfliktu praw człowieka, w nauce prawa postuluje się różne rozwiązania:

– przyznaje się pierwszeństwo ochronne, w oparciu o rangę ograniczeń (miejsce w hierarchii źródeł prawa aktu normatywnego, w którym zawarta jest limitacja);

² H. Eberhard, *Grundsrechtskonkurrenzen und Grundsrechtskollisionen*, [w:] *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Band VII/1: Grundrechte in Österreich*, red. H. J. Rehm, Wien 2014, s. 294–295. S. Schulz, *Grundrechtskollisionen im Berufssport*, Kiel 2011, s. 30.

³ M. C. Senn, *Grundrechtskollisionen im Kontext der Kommunikationsfreiheiten – das Beispiel satirischer Äußerungen*, „Die Kommunikationsfreiheit der Gesellschaft Publizistik Sonderheft” 2003, Vol. 4, s. 342.

⁴ B. Banaszak, A. Biszyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz, *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2005, s. 51.

- przyznaje się pierwszeństwo ochronne prawu mniej ograniczonemu;
- bierze się pod uwagę interesy jednostek, uczestników stosunku prawnego, w czasie trwania którego nastąpiła kolizja praw⁵.

Koncepcja kolizji praw jednostek przejęta została również do doktryny prawa Unii Europejskiej (UE)⁶. Instytucja konfliktu praw jednostek, w tym ich kolizji, znalazła również zastosowanie w orzecznictwie ETPC⁷. Ewa Brems podzieliła sytuacje, w których pojawia się konflikt praw człowieka w sprawach zawisłych przed ETPC na trzy kategorie:

1. Tzw. pozorny konflikt (*fake conflict*) występuje w sytuacji, w której *prima facie* wynika on ze sposobu przedstawienia kolizji uprawnień jednostek. Alternatywne podejście do konfliktu pozwala na znalezienie rozwiązania, które powoduje, iż wszystkie prawa człowieka w nim występujące pozostają całkowicie nienaruszone.

2. Drugi przypadek dotyczy prawdziwego konfliktu, w którym powyższe działanie staje się niemożliwe do zastosowania. ETPC dla rozwiązania takiej realnej kolizji stosuje wywodzącą się z orzecznictwa niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego doktrynę zwaną „praktyczną zgodnością” (*Praktische Konkordanz*). Polega ona na znalezieniu, w toku postępowania sądowego, rozwiązania, w którym konkurencyjne prawa człowieka wzajemnie sobie ustępują. Rozwiązanie problemu kolizji uprawnień jednostki następuje dzięki temu, że wszystkie prawa pojawiające się w takim konflikcie współegzystują nienaruszone, w największym możliwym stopniu.

3. Jednak w większości przypadków kompromis pomiędzy konkurującymi prawami jednostek nie jest możliwy do osiągnięcia. W takim przypadku Trybunał strasburski będzie musiał podjąć się trudnego zadania polegającego na stwierdzeniu, które prawa zasługują na pierwszeństwo nad innymi⁸.

W momencie zaistnienia trzeciego przypadku, w literaturze przedmiotu proponuje się szereg modelowych kryteriów, których zastosowanie pozwoli rozwiązać konflikty praw człowieka.

Pierwszym z nich jest „kryterium wpływu” dotyczące wagi wzajemnego naruszania się uprawnień będących w kolizji. Jeżeli zakres osłabienia funkcjonowania jednego z praw będących w konflikcie byłby znaczny, a drugiego

⁵ Ibidem. Por. L. Zucca, *Conflicts Between Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas*, [w:] *Conflicts Between Fundamental Rights*, red. E. Brems, Antwerp – Oxford – Portland 2008, s. 33–34; S. Schulz, op. cit., s. 42.

⁶ D. A. Heid, G. Schmidt, *EU-Grundrechte*, Berlin 2009, s. 48–49. Zob. szerzej A. Torrez-Perez, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford 2009, s. 9–26.

⁷ Zob. O. De Schutter, F. Tulkens, *Rights In Conflict The European Court Of Human Rights*, [w:] *Conflicts Between...*, s. 169–216; V. Ducoulombier, *Conflicts Between Fundamental Rights and The European Court of Human Rights: An Overview*, [w:] *Conflicts Between...*, s. 217–248.

⁸ E. Brems, *Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, „Human Rights. Quarterly” 2005, Vol. 27 No. 1, s. 294–305; E. Brems, *Introduction*, [w:] *Conflicts Between...*, s. 4–6.

niewielki, to wskazana byłaby tu ochrona przede wszystkim prawa bardziej zagrożonego.

Drugie kryterium dotyczy relacji różnych aspektów praw będących w konflikcie. Stosowane jest tu „kryterium rdzeń/peryferie” (*core/periphery criterion*). ETPC określa w tym wypadku, czy aspekty praw wchodzących w kolizję należą do rdzenia, czy leżą na peryferiach tych uprawnień i przyznaje pierwszeństwo prawu, które w tej sytuacji odwołuje się do swojego jądra.

Kolejną sytuacją, która może pojawić się w praktyce orzeczniczej, jest istnienie kolizji więcej niż dwóch praw człowieka. W tym momencie „kryterium dodatkowych praw” może być zastosowane do oceny siły stanowisk obu stron, mierzonych ilością praw mających zastosowanie w konflikcie.

Czwarte kryterium nazywane jest „kryterium interesu ogólnego”. Jeżeli jedno z praw człowieka jest w kolizji z innym, jak również wywołuje negatywne skutki dla interesu ogólnego, należy przyznać pierwszeństwo drugiej z będących w konflikcie wolności.

Piąty element omawianego modelu wiąże się z celami aktualizowania się swobód jednostek pozostających w konflikcie. „Kryterium celów” może zostać użyte w sytuacji, gdy jedno z praw jest wykonywane w sposób znacząco sprzeczny z celem, jaki wolność ta ma chronić. W takich okolicznościach przyznaje się rację drugiemu z praw będących w kolizji.

Ostatnie założenie modelowe odwołuje się do „kryterium odpowiedzialności”. Wynika z niego, że jednostka, która realizuje swoje prawo ponosi odpowiedzialność za sposób, w jaki postanowi je zrealizować. Nie ma tu bezpośredniego porównania pomiędzy prawami, ale dzięki zastosowaniu tego kryterium ETPC może ocenić, które z praw będących w kolizji zostało wykonane w sposób bardziej odpowiedzialny i ewentualnie przyznać mu preferencje ochronne⁹.

Jednak w praktyce orzeczniczej krajowych, a szczególnie międzynarodowych organów sądowych i *quasi*-sądowych modelowe zasady rozwiązywania kolizji praw człowieka nie są konsekwentnie stosowane. Mają one charakter dynamiczny i nie oferują ostatecznych rozwiązań abstrakcyjnych konfliktów wolności jednostek. Zależą one od okoliczności konkretnych rozpatrywanych spraw¹⁰. Ta konkluzja wydaje się być kluczowa dla rekonstrukcji toku rozumowania ETPC w sprawach dotyczących kolizji praw człowieka, występujących podczas rozpatrywania zagadnienia dotyczącego ochrony początków życia ludzkiego.

⁹ S. Smet, *Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict*, „American University International Review” 2010, Vol. 26 Issue 1, s. 189–191; Por. O. De Schutter, F. Tulkens, op. cit., s. 174–187.

¹⁰ B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz, op. cit., s. 51; S. Smet, op. cit., s. 191.

2. Ogólne reguły określenia początku prawnej ochrony życia w systemie ochrony praw człowieka Rady Europy¹¹

Kwestią podstawową dla dalszych rozważań jest określenie zakresu temporalnego dobra chronionego przez wyżej wymienione przepisy umów międzynarodowych – prawa do życia. Szczególnie duże kontrowersje, zarówno na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym wzbudza określenie punktu początkowego życia i co za tym idzie, jego ochrony prawnej. Przytoczone poniżej przepisy umów międzynarodowych zazwyczaj unikają bezpośrednio określenia początków egzystencji ludzkiej.

W systemie ochrony praw człowieka Rady Europy organy chroniące przestrzeganie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC)¹² nie stwierdziły jednoznacznie, w jakim momencie aktualizuje się obowiązek państw–stron Konwencji podjęcia ochrony życia ludzkiego. W art. 2 tego aktu normatywnego nie ma żadnych przesłanek wskazujących początek życia. W orzecznictwie ETPC i EKPCz wielokrotnie rozstrzygano kwestie dotyczące ochrony nienarodzonych¹³. Wnioskodawcy opierali swoje skargi zarówno na zarzutach pogwałcenia prawa do życia, jak i bezpodstawnej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego (art. 8 EKPC). Komisja i Trybunał unikały jednak zajęcia jednoznacznego stanowiska co do zakresu ochrony

¹¹ Por. Art. 2 art. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (KPP UE), podpisana 7.12.2000 r., weszła w życie 1.12.2009 r., Dz. Urz. UE 2012 C 326. W systemie ochrony praw człowieka UE prawo do życia interpretuje się identycznie jak w systemie RE. Zob. F. Jasiński, *Karta Praw Podstawowych: struktura, zakres regulacyjny i dotychczasowe znaczenie w praktyce*, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 48. W związku z brzmieniem art. 53 ust. 3 należy interpretować każdą wolność, w tym prawo do życia, występującą w KPP i EKPC, zgodnie ze znaczeniem przypisywanym jej w Konwencji. Dotyczy to również początków prawnej ochrony życia. R. Wieruszewski, *Postanowienia Karty Praw Podstawowych w świetle wiążących Polskę umów międzynarodowych i postanowień Konstytucji RP z 1997 r.*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2008, s. 115–116. W związku z tym zagadnienie kolizji praw w sprawach dotyczących początku ochrony życia ludzkiego w ramach UE nie wymaga osobnej analizy.

¹² Przyjęta 4.11.1950 r., Dz. U. z 1993 r., Nr 61 poz. 284.

¹³ Decyzja EKPCz w sprawie *Bruggemann i Scheuten przeciwko RFN* z dn. 19.05.1976 r., skarga nr 6959/75; Decyzja EKPCz *Paton przeciwko Wielkiej Brytanii* z dn. 13.05.1980 r., skarga nr 8416/79; Decyzja EKPCz w sprawie *H przeciwko Norwegii* z dn. 19.05.1992 r., skarga nr 17004/90; Wyrok ETPC *Boso przeciwko Włochom* z dn. 5.09.2002 r., skarga nr 50490/99; Wyrok ETPC w sprawie *Vo przeciwko Francji* z dn. 8.08.2004 r. skarga nr 53924/00. Wyrok ETPC w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 7.03.2006 r., skarga nr 6339/05; Wyrok ETPC w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce* z 20.03.2007 r., skarga nr 5410/03; Wyrok ETPC w sprawie *A. B. i C. przeciwko Irlandii* z 16.12.2010 r. skarga nr 25579/05; Wyrok ETPC w sprawie *R.R. przeciwko Polsce* z 26.05.2011 r. skarga nr 27617/04; wyrok ETPC w sprawie *P. S. przeciwko Polsce* z 30.10.2012 r. skarga nr 57375/08; Wyrok ETPC w sprawie *Z. przeciwko Polsce* z 13.11.2012 r. skarga nr 46132/08. Zob. również sprawa dotycząca ustanowienia zakazu poradnictwa aborcyjnego odsyłającego kobiety do klinik leżących za granicą Irlandii – w Wielkiej Brytanii (art. 10 EKPC – wolność wypowiedzi): Wyrok ETPC w sprawie *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Centre przeciwko Irlandii* z dn. 29.10.1992 r., skargi nr 14234/88 i 14235/88.

życia na podstawie przepisów EKPC, w każdym przypadku konsekwentnie stwierdzając, że określenie momentu początkowego ochrony życia ludzkiego powinno być rozstrzygane w poszczególnych państwach¹⁴. ETPC i EKPCz uznały, iż nie mogą przyjąć w oparciu o postanowienia art. 2 Konwencji jednej interpretacji pojęcia „życie”, przede wszystkim z uwagi na istniejące w tym względzie różnice w poszczególnych krajach¹⁵. Według ETPC *odpowiedź na pytanie, czy dziecko nienarodzone w świetle art. 2 EKPC jest osobą, w istniejącej sytuacji nie jest ani pożądane ani możliwe*¹⁶. Jednocześnie organy strasburskie w swoim orzecznictwie podkreślają, iż na podstawie przepisów EKPC nie można sformułować prawa matek do dokonywania aborcji, gdyż jest to zagadnienie, które należy do regulacji wewnętrznej poszczególnych państw¹⁷.

Trybunałowi i Komisji zdarzało się jednak formułowanie opinii co do skutków ewentualnego objęcia ochroną art. 2 płodu ludzkiego, jako hipotetycznego (warunkowego) zastosowania prawa do życia wobec istoty ludzkiej przed narodzeniem. Umożliwiło to wypowiedzenie się na temat naruszeń prawa do życia płodu, bez rozstrzygania, czy art. 2 EKPC rzeczywiście odnosi się do nienarodzonych¹⁸.

3. Ogólne reguły określenia początku prawnej ochrony życia w innych systemach ochrony praw człowieka

W art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁹ (MPPOiP) wspomina się o „przyrodzonym” prawie do życia. Stwierdzenie to bywa różnie interpretowane. Anna Michalska uznała, iż *podmiotem ochrony omawianych przepisów jest „istota ludzka”, a więc zgodnie z literalnym brzmieniem nie odnoszą się one do dziecka poczętego, a jeszcze nienarodzonego*²⁰.

¹⁴ E. Zielińska, *Prawo do życia*, [w:] *Szkoła praw człowieka. Teksty wykładów*, z. 4, Warszawa 1998, s. 24. Także w trakcie prac przygotowawczych do EKPC nie zajmowano się tym problemem, ibidem; J. Kondratiewa-Bryzik, *Rozważania o statusie prawnym płodu ludzkiego (aspekty prawnomiędzynarodowe)*, „Studia Prawnicze” z. 1, 2005, s. 129.

¹⁵ J. Lipski, *Prawo do życia i status osoby ludzkiej przed narodzeniem w orzecznictwie Komisji Praw Człowieka i Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Seminarium Biura Analiz Sejmowych*, Warszawa 2007, s. 73.

¹⁶ *Vo przeciwko Francji* z dn. 8.08.2004 r. skarga nr 53924/00, § 85.

¹⁷ *A. B. i C. przeciwko Irlandii* z 16.12.2010 r. skarga nr 25579/05, § 199, 201 i 214.

¹⁸ A. Plomer, *A Foetal Right to Life? The Case of Vo v. France*, „Human Rights Law Review” 2005, Vol. 5 Issue 2, s. 313, 323–326.

¹⁹ Przyjęta 19.12.1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

²⁰ A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka. Kompetencje, Funkcjonowanie, Orzecznictwo*, Warszawa 1994, s. 89. Wątpliwości co do takiej interpretacji przywołanego terminu w kontekście początku życia wyraża T. Jasudowicz, *Prawo do życia*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 282.

Problem określenia początku życia człowieka i jego ochrony był szeroko dyskutowany na etapie prac przygotowawczych do przyjęcia MPPOiP. Kilka krajów zaproponowało, aby w Pakcie znalazło się stwierdzenie, że życie ludzkie chronione jest „od momentu poczęcia”. Jednakże kontrowersje, sprzeciwy, różna regulacja tej materii w prawie wewnętrznym poszczególnych państw oraz liczne konflikty światopoglądowe dotyczące statusu *nasciturusa* spowodowały odrzucenie tego unormowania. Jego ewentualne użycie powodowałoby również szereg skomplikowanych dylematów interpretacyjnych.

Art. 6 MPPOiP nie wskazuje zatem, podobnie jak nie czyni tego art. 2 EKPC, ani jednoznacznego początkowego momentu życia ludzkiego, ani definicji legalnej terminów „każda istota ludzka” (ang. *every human being*) czy „przyrodzone prawo do życia” (ang. *inherent right to life*)²¹. Manfred Nowak uznał, iż *Konkluzja, że art. 6 Paktu chroni życie od momentu urodzenia się, dlatego, że zostało w nim użyte słowo „przyrodzone” prawo do życia, byłaby tak samo myląca, jak i przeciwny wniosek, wyciągany z określenia, każda istota ludzka („la personne humaine”). Jednak pewnym jest fakt, iż od momentu travaux preparatoires, życie w czasie jego powstawania (lub od momentu poczęcia) nie było chronione*²².

Również przepisy traktatów specjalnych ONZ odnoszą się do prawa do życia i organy chroniące przestrzegania tych konwencji zajmowały stanowisko w kwestiach początków ochrony życia²³.

Także art. 4 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów (AKPCiL)²⁴ nie wspomina o granicach czasowych życia jako przedmiotu ochrony tej umowy. Jednak również w tym systemie nie oznacza to ochrony absolutnej płodu ludzkiego. W dniu 11 lipca 2003 r. Unia Afrykańska przyjęła Protokół w sprawie praw kobiet w Afryce jako uzupełnienie Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów. Zawiera m.in. art. 14 ust. 2 pkt c, w którym wzywa się państwa–strony do ochrony praw reprodukcyjnych kobiet oraz do zezwalania

²¹ *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 135–136. Dodatkowo Komitet Praw Człowieka (KPC) uznał, iż odmowa dostępu do legalnej aborcji 17-letniej matki, której płód cierpiał na bezmózgowie, była okrutnym, nieludzkim i poniżającym traktowaniem przez urzędników państwowych (art. 7 MPPOiP) oraz doprowadziła także do pogwałcenia prawa do prywatności (art. 17) i szczególnej ochrony praw małoletniego (art. 24). Komunikat KPC w sprawie *K. L. przeciwko Peruz* 17.11.2005 r. CCPR/C/85/D/1153/2003 (3 November 2005) (HRC).

²² M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl 2005, s. 153–154.

²³ Konkluzje komitetów traktatowych są zasadniczo zgodne z poglądami przedstawionymi w analizie MPPOiP w przedmiotowych kwestiach. Zob. szerzej J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 77–110; C. Bates, *Abortion and a Right to Health in International Law: L.C. v. Peru*, „Cambridge Journal of International and Comparative Law”, 2013, Volume 2, Issue 3, s. 640–656.

²⁴ Przyjęta 26.06.1981 r. Tekst polski: *Prawa Człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, przekł. i oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993.

na aborcję w przypadkach przemocy seksualnej, gwałtu, kazirodztwa i zaburzeń płodu oraz gdy kontynuacja ciąży stanowi zagrożenie dla zdrowia psychicznego i fizycznego kobiety lub życia kobiety albo płodu²⁵.

Tylko w międzyamerykańskim systemie ochrony praw człowieka przepis art. 4 ust. 1 Międzyamerykańskiej Konwencji Praw Człowieka (AKPC)²⁶, jednoznacznie wyznacza początek ochrony życia ludzkiego „w zasadzie od momentu poczęcia”. Kluczowym dla rozstrzygnięcia, czy ochrona płodu ma tu charakter bezwzględny, jest interpretacja terminu „w zasadzie” (*in general*). Amerykańska Komisja Praw Człowieka (AKPCz) stwierdziła w sprawie *Baby Boy*, że *w świetle tej historii, jest jasne, że sposób interpretacji przez składających skargę definicji prawa do życia zawartej w Amerykańskiej Konwencji jest nieprawidłowy. Dodanie zwrotu „w zasadzie, od momentu poczęcia” nie oznacza, że autorzy konwencji zamierzali zmienić koncepcję prawa do życia, którą uzgodniono w Bogocie, gdy zatwierdzono Amerykańską Deklarację [Praw Człowieka – M. J.]. Jednak implikacje prawne klauzuli „w zasadzie, od momentu poczęcia” różnią się istotnie od krótszej klauzuli „od momentu poczęcia”, co pojawia się wielokrotnie w wypowiedziach składających petycję²⁷*. Oznacza to, że także w AKPC określenie początku ochrony życia ludzkiego nie jest *de facto* dookreślone i pozostawia się tu, podobnie jak w uniwersalnym i innych regionalnych systemach ochrony praw człowieka, duży zakres swobody stronom w określeniu, czy i w jakim zakresie, ochrona ta przysługuje nienarodzonym.

4. Prawa różnych podmiotów występujących w orzecznictwie strasburskim dotyczącym ochrony początków życia ludzkiego

a. Prawa matki

Jednym z najistotniejszych, formułowanych przez organy strasburskie, praw matek w kontekście spraw dotyczących przerywania ciąży jest prawo

²⁵ Przyjęty dn. 11.07.2003 r. Protokół, który wejdzie w życie po jego ratyfikacji przez 15 państw afrykańskich, zapewnia szeroką ochronę praw afrykańskich kobiet w wielu dziedzinach, http://www.achpr.org/files/instruments/women-protocol/achpr_instr_proto_women_eng.pdf (dostęp: 1.10.2013 r.).

Organy chroniące przestrzeganie AKPCiL nie rozstrzygały jeszcze spraw dotyczących ewentualnej ochrony prawo do życia nienarodzonych. V. Obisienunwo, O. Nmehielle, *The African Human Rights System: Its Laws, Practice, and Institutions*, Hague 2001, s. 88.

²⁶ Przyjęta 22.11.1969 r. Tekst polski: *Prawa Człowieka. Dokumenty międzynarodowe*.

²⁷ Rezolucja Amerykańskiej Komisji Praw Człowieka z dn. 6.03.1981 r., sprawa 2141(USA) RES. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, § 30, (sprawa *Baby Boy*). W następnym punkcie – § 31 AKPCz dodała, iż nawet stosując wykładnię rozszerzającą nie byłoby możliwe nałożenie na rząd Stanów Zjednoczonych lub jakiegokolwiek innego państwa, będącego członkiem Organizacji Państw Amerykańskich, zobowiązania do absolutnej ochrony życia od momentu poczęcia, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81eng/USA2141.htm> (dostęp: 1.10.2013 r.).

do ochrony ich życia, istniejące na podstawie art. 2 Konwencji. Często bywa ono łączone w tym kontekście z prawem do ochrony zdrowia matek (wywodzonym z art. 8 EKPC).ETPC sformułował jedną z podstawowych zasad ogólnych, służących ochronie interesów matek. Badając hipotetyczne prawo do życia nienarodzonych, uznał on, podobnie jak wcześniej Komisja, iż nawet gdyby ono istniało w systemie Konwencji, to nie miałyby charakteru absolutnego. Wg organów konwencyjnych, na podstawie art. 2 ust. 1 zdanie pierwsze EKPC, możliwe jest dokonanie aborcji, co najmniej we wstępnym stadium ciąży, w celu ochrony życia i zdrowia matki i takie postępowanie mieści się w zakresie „domniemanego ograniczenia prawa do życia płodu.”²⁸

W sprawach dotyczących aborcji, prowadzonych przez ETPC, prawo do życia matek pojawia się głównie w kontekście proceduralnym. Jest to szczególnie widoczne w wyroku *A B i C przeciwko Irlandii*. Trybunał rozstrzygał tu ewentualne naruszenie art. 8 EKPC, ale jego różne konkluzje dotyczące trzech skarżących, w dużej mierze opierają się na możliwości utraty życia i zdrowia przez panią C. Sąd strasburski nie stwierdził naruszenia przez rząd Irlandii prawa do prywatności skarżących A i B, których główną motywacją do przerwania ciąży, dokonanego legalnie w Wielkiej Brytanii, była trudna sytuacja osobista, rodzinna i ekonomiczna, czyli powody niedopuszczalne w ustawodawstwie irlandzkim. Zasadniczo inna była sytuacja trzeciej skarżącej, która chorowała na rzadki rodzaj nowotworu i obawiała się, że ciąża może przyczynić się do znacznego pogorszenia stanu jej zdrowia bądź wręcz zagrozić jej życiu. Stanowiło to wg prawa irlandzkiego jedyną przesłankę dopuszczalności przeprowadzenia tego co do zasady nielegalnego zabiegu. Brak istnienia w ustawodawstwie krajowym skutecznych procedur, umożliwiających legalne wykonanie aborcji, w tym wyjątkowym wypadku został uznany przez ETPC za naruszenie art. 8 EKPC²⁹.

W wymiarze proceduralnym prawa do ochrony życia mieszczą się także uprawnienia matki nienarodzonego, na którym dokonano aborcji bez jej zgody. Wynikała ona z wcześniejszego błędu lekarskiego, prowadzącego do uszkodzenia płodu. ETPC w przedmiotowej sprawie przyznał matce uprawnienia proceduralne dotyczące żądania przeprowadzenia przez państwo rzetelnego postępowania wyjaśniającego, co wskazuje na objęcie płodu przynajmniej minimalną ochroną na podstawie art. 2 EKPC. Uprawnienia te są wszelako wyraźnie słabsze niż w przypadku osób już urodzonych. Trybunał

²⁸ *Paton przeciwko Wielkiej Brytanii* z dn. 13.05.1980 r., skarga nr 8416/79, § 22; *Vo przeciwko Francji* z dn. 8.08.2004 r. skarga nr 53924/00, § 75.

²⁹ *A. B. i C. przeciwko Irlandii* z 16.12.2010 r. skarga nr 25579/05, § 250-253 i 268. ETPC potwierdził również, iż w przypadku śmierci matki w ciąży z powodu domniemanych błędów lekarskich, które miały wynikać m.in. z chęci niedopuszczenia do przerwania przez nią ciąży, możliwa jest skarga na działania i zaniechania państwa, wynikające z proceduralnego aspektu art. 2. Dotyczyło to przede wszystkim przeprowadzenia przez władze krajowe skutecznego i rzetelnego śledztwa w tej sprawie. Wobec nieudowodnienia przez skarżących członków rodziny zmarłej matki uchybień w śledztwie, nie stwierdzono tu naruszenia EKPC. *Z. przeciwko Polsce* 13.11.2012 r. skarga nr46132/08, § 75-77 oraz 99-105.

uznał, iż ochrona cywilnoprawna lub administracyjnoprawna spełniała w omawianym przypadku wymogi proceduralne wynikające z art. 2, a nie istniała w tym wypadku konieczność przeprowadzenia postępowania karnego³⁰.

Najczęściej powoływanym przez skarżące się matki przepisem w sprawach dotyczących dopuszczalności przerywania ciąży jest art. 8 EKPC, chroniący prawo do prywatności³¹. Wynika to z faktu, iż już w pierwszych orzeczeniach odnoszących się do problemu aborcji EKPC uznała, iż kwestie dotyczące ciąży, jej przerywania i planowania rodziny zasadniczo mieszczą się w zakresie art. 8 EKPC jako część życia prywatnego matki. Jednak nie jest to tylko jej wyłączna decyzja, gdyż w sytuacji, gdy kobieta zachodzi w ciążę, *jej życie staje się ściśle powiązane z rozwijającym się płodem*³². Dodatkowo ETPC podkreślił, iż problem ewentualnej aborcji łączy się bezpośrednio z jej uprawnieniami i interesami wynikającymi z omawianego przepisu, a na podstawie postanowień Konwencji nie da się wywnioskować, iż *nasciturus* stanowi odrębną „osobę”, chronioną na podstawie art. 2 tego aktu prawnego³³.

W standardach interpretacyjnych, powstałych w precedensowym orzecznictwie strasburskim, podkreśla się, że termin „życie prywatne” stanowi pewien szeroki kontekst teoretyczny, obejmujący m.in. takie zagadnienia, jak: fizyczna i psychiczna integralność jednostki, decyzje dotyczące posiadania lub nieposiadania dziecka czy prawo do informacji medycznej o sobie, jak również o sytuacji płodu³⁴. Organy strasburskie konsekwentnie nie uznają jednak istnienia prawa do aborcji, jako uprawnienia chronionego na podstawie przepisów EKPC, przyznając państwom szeroki margines oceny w tych sytuacjach.

W przypadku przyznania przez prawo krajowe możliwości przerywania ciąży, także z tzw. powodów terapeutycznych, Trybunał wymaga, aby w prawie krajowym istniały skuteczne i rzetelne instrumenty, pozwalające na faktyczną realizację tak sformułowanych uprawnień. Jeżeli w praktyce realizacja możliwości przerywania ciąży dozwolonej przez prawo jest znacznie utrudniona, czy tym bardziej niemożliwa, sąd strasburski orzeka zazwyczaj naruszenie prawa do prywatności zarówno w wymiarze proceduralnym, jak i materialnym³⁵.

³⁰ Co wynikało przede wszystkim z nieumyślnego charakteru błędu lekarskiego, którego skutkiem było przerwanie ciąży. *Vo przeciwko Francji* z dn. 8.08.2004 r. skarga nr 53924/00, § 91.

³¹ L. Garlicki, *Art. 2. Prawo do życia*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I. *Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 69.

³² *Bruggemann i Scheuten przeciwko RFN* z dn. 19.05.1976 r., skarga nr 6959/75, § 59 67. Zob. szerzej J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej...*, s. 148 i n.

³³ *Vo przeciwko Francji* z dn. 8.08.2004 r. skarga nr 53924/00, § 80.

³⁴ *Tysiąc przeciwko Polsce* z 20.03.2007 r., skarga nr 5410/03, § 107.

³⁵ Istnieje tu dość liczna grupa orzeczeń organów konwencyjnych, skutkujących uznaniem winy państw. Dotyczą one takich szczegółowych problemów, jak pozytywny obowiązek

Do niedawna dwie omówione wyżej swobody były jedynymi, na podstawie których organy konwencyjne orzekały o naruszeniu praw i wolności jednostek w sprawach dotyczących przerywania ciąży. W ostatnim czasie pojawiły się tu kolejne uprawnienia, wywiedzione z wolności od tortur, niehumanicznego i poniżającego traktowania (art. 3 EKPC) oraz wolności osobistej (art. 5 EKPC). Po raz pierwszy ETPC stwierdził naruszenie art. 3 EKPC w sprawie dotyczącej praw reprodukcyjnych kobiet w orzeczeniu *R. R. przeciwko Polsce*. Trybunał uznał, że pozbawienie dostępu do badań prenatalnych ciężarnej kobiety jest niehumanicznym i poniżającym traktowaniem. Zdaniem Trybunału skarżąca musiała przeżyć wiele tygodni bolesnej niepewności co do zdrowia płodu, przyszłości jej i jej rodziny oraz perspektywy wychowywania dziecka cierpiącego na nieuleczalne schorzenie. Była ona poddana poważnemu cierpieniu myśląc o tym, jak ona i jej rodzina będzie w stanie zapewnić dziecku dobrostan, szczęście i odpowiednią długoterminową opiekę medyczną³⁶. Cierpienie R.R. zostało dodatkowo pogłębione przez fakt, iż przez cały czas istniała realna możliwość przeprowadzenia badań prenatalnych, a skarżąca była zgodnie z prawem uprawniona do skorzystania z nich. Jednak badania zostały przeprowadzone dopiero po upływie 24 tygodnia ciąży – terminu umożliwiającego R. R. podjęcie świadomej decyzji, czy kontynuować ciążę, czy dokonać legalnej aborcji. Trybunał podkreślił również, że zajmujący się skarżąca lekarze traktowali ją „niecznie” i „poniżali”³⁷.

Z kolei w wyroku *P i S przeciwko Polsce* ETPC sformułował pogląd, że z art. 3 Konwencji wynika obowiązek państwa–strony Konwencji do stworzenia systemu prawa karnego, który penalizowałby wszelkie formy przemocy seksualnej. Polska naruszyła ten przepis, co wynikało z faktu odmówienia przeprowadzenia legalnej aborcji 14-letniej dziewczynce, która zaszła w ciążę w wyniku czynu zabronionego. Trybunał wskazał również, że szczególnie dziewczynka – ze względu na swój młody wiek, czyn, którego się wobec niej dopuszczono, jak i traktowanie jej w poszczególnych placówkach opieki zdrowotnej, uporczywe naciskanie na nią, by nie decydowała się na aborcję, nagłośnienie sprawy, a w końcu czasowe pozbawienie jej wolności, pasywne

zapewnienia przez państwo realności i skuteczności legalnych w danym państwie procedur medycznych i decyzyjnych umożliwiających przerywanie ciąży (*Tysiąc przeciwko Polsce* z 20.03.2007 r., skarga nr 5410/03 § 116-119). Analogicznym wyrokiem jest uznanie przez ETPC art. 8 Konwencji wobec C z orzeczenia *A. B. i C. przeciwko Irlandii*, chorej na nowotwór stanowiący potencjalną groźbę dla życia matki w przypadku donoszenia ciąży (zob. przyp. 29). Także odmowa dostępu do badań prenatalnych w przypadku podejrzenia poważnej wady genetycznej – zespołu Turnera, co w przypadku jej potwierdzenia w diagnozie umożliwiało matce skorzystanie z legalnej procedury przerywania ciąży spowodowała uznanie naruszenia art. 8 EKPC, *R.R. przeciwko Polsce* z 26.05.2011 r., skarga nr27617/04, § 55-57 i 76-80. Trybunał orzekł naruszenie art. 8 Konwencji również dlatego, że państwo–strona nie stworzyło mechanizmu chroniącego pacjentkę przed bezprawnym ujawnieniem poufnych informacji dotyczących sytuacji małoletniej dziewczynki i jej ciąży – *P. S. przeciwko Polsce* z 30.10.2012 r. skarga nr 57375/08, § 129-137.

³⁶ *R.R. przeciwko Polsce* z 26.05.2011 r., skarga nr27617/04, § 25.

³⁷ *Ibidem*, § 26-28.

lub nieudolne zachowania władz publicznych – potraktowana została przez organy państwa w sposób godny ubolewania (*deplorable manner*) i jednoznacznie uznał, naruszenie art. 3 EKPC³⁸.

Z analizowaną wyżej sprawą związane jest również uznanie istnienia kolejnego prawa matek, chronionego przez ETPC w orzecznictwie dotyczącym przerywania ciąży. Wolność ta dotyczy specyficznego kontekstu omawianego kazusu, a mianowicie umieszczenia dziewczynki w placówce opiekuńczo-wychowawczej, uzasadnianego tym, że matka dziewczynki naciskała na nią, by dokonała aborcji. Trybunał doszedł do wniosku, że takie traktowanie stanowiło naruszenie prawa skarżącej do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Dodał również, że nawet powzięcie podejrzenia, że decyzja o przerwaniu ciąży została podjęta przez dziewczynkę pod naciskiem rodzica, nie usprawiedliwiałoby umieszczenia 14-letniej ciężarnej dziewczynki w placówce opiekuńczo-wychowawczej i było nieproporcjonalne do celów prawowitych zastosowanego rozwiązania, a sąd rodzinny nawet nie spróbował zastosować mniej drastycznych metod ich osiągnięcia niż odseparowanie bezbronного dziecka od rodziców³⁹.

Konflikt pomiędzy prawami rodziców, w tym przypadku potencjalnych, był rozstrzygany przez ETPC w wyroku *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii*. Przedmiotem orzekania w tym przypadku była kolizja praw dawczyni komórek jajowych i dawcy plemników – czyli niedoszłych matki i ojca. Skarżąca w tej sprawie nie mogła samodzielnie zająć w ciążę z powodu choroby nowotworowej. Przed zabiegiem usunięcia jajowodów lekarze pobrali jej komórki jajowe w celu umożliwienia zabiegu sztucznej prokreacji w przyszłości. Wraz z małżonkiem zdecydowała się więc na zabieg sztucznego zapłodnienia – z jej komórek i plemników męża stworzono kilka embrionów. W międzyczasie pan Evans rozwiódł się z małżonką i odmówił zgody na zapłodnienie skarżącej tymi embrionami. Zgodnie z prawem brytyjskim w tej sytuacji embriony powinny być zostać zniszczone.

Natalie Evans wniosła skargę do ETPC o naruszenie wobec niej i embrionów prawa do życia (art. 2 EKPC), prawa do prywatności (art. 8 EKPC) oraz związaną z naruszeniem tych przepisów dyskryminację (art. 14 EKPC). Trybunał strasburski nie uznał pogwałcenia postanowień Konwencji w tej sprawie, powołując się m.in. na tezy sformułowane w sprawie *Vo przeciwko Francji*, iż wobec braku zgody na poziomie europejskim co do naukowej i prawnej definicji początku życia oraz braku określenia momentu, od którego prawo do życia podlega ochronie w ustawodawstwie większości stron Konwencji, kwestie te powinno się rozstrzygać na poziomie krajowym. ETPC uznał również, że wobec braku zgody na poziomie międzynarodowym co do regulacji prawnej zabiegów zapłodnienia *in vitro*, państwa-strony Konwencji mają szeroki margines swobody uznania w tym zakresie. Kluczowe dla roz-

³⁸ *P. S. przeciwko Polsce* z 30.10.2012 r., skarga nr 57375/08, § 161-168.

³⁹ *Ibidem*, § 148-149.

strzygnięcia konfliktu rodziców *in spe* w tej sprawie było stwierdzenie Trybunału, że co prawda art. 8 EKPC ma zastosowanie w rozpatrywanym stanie faktycznym, ale termin „życie prywatne” obejmuje również prawo do poszanowania decyzji każdego z partnerów co do ich rodzicielstwa. W związku z tym ETPC odrzucił także zarzut dyskryminacji i stwierdził brak naruszenia Konwencji⁴⁰.

b. Prawa *nasciturusa*

We wczesnym orzecznictwie EKPCz i ETPC pojawiły się teoretyczne rozważania na temat hipotetycznego prawa do życia płodu ludzkiego. W sprawie *Paton przeciwko Wielkiej Brytanii* Komisja stwierdziła, iż ewentualne prawo do życia nienarodzonego jest nierozzerwalnie związane z uprawnieniami ciężarnej matki. Jeśli art. 2 EKPC *dotyczyłby płodu i jego życie podlegałoby ochronie na mocy tego artykułu prawo to, w przypadku braku wyraźnego ograniczenia, postrzegane byłoby jako absolutne, aborcja musiałaby być uznana za zakazaną, nawet jeżeli dalsze trwanie ciąży wiązałoby się poważnym ryzykiem dla życia kobiety ciężarnej. Oznaczałoby to, że „życie nienarodzone” płodu byłoby uznane za mające większą wartość niż życie kobiety ciężarnej. „Prawo do życia” osoby już urodzonej byłoby zatem uznane za przedmiot nie tylko wyżej wymienionych ograniczeń [zawartych w art. 2 EKPC – M. J.], ale również do dalszych, domniemanych limitacji.*⁴¹ W związku z tym byłaby to interpretacja niezgodna z duchem Konwencji, gdyż nie chroniłaby, nawet w ekstremalnych sytuacjach, życia i zdrowia matki⁴².

W rozpatrywanych sprawach organy strasburskie zajmowały się sytuacjami, w których dokonanie aborcji możliwe było do 12 tygodnia ciąży (*Paton, Boso*) lub do 12 tygodnia bez ograniczeń, a do 18 tygodnia za zgodą dwuosobowej komisji lekarskiej (*H.*). We wszystkich z tych spraw organy chroniące przestrzegania EKPC uznały szeroki margines swobody państw–stron Konwencji w regulowaniu kwestii dopuszczalności aborcji, kierując się przy tym brakiem wśród nich konsensusu co do przedmiotowej kwestii, nieistnieniem żadnych postanowień konwencyjnych w tym zakresie, a przede wszystkim faktem, iż prawo do życia płodu może być uznane tylko hipotetycznie.

Z tych samych powodów EKPCz odrzuciła skargę, z której wynikało, iż aborcja wiąże się z zadawaniem bólu płodowi, a więc narusza zakaz tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania wynikający z art. 3 EKPC. *Komisji*

⁴⁰ *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dn. 7.03.2006 r., skarga nr 6339/05, § 71-96. Por. wspólne zdanie odrębne sędziów Türmena, Tsatsy-Nikolovskiej, Spielmannai Ziemele.

⁴¹ *Paton przeciwko Wielkiej Brytanii* z dn. 13.05.1980 r., skarga nr 8416/79, § 19.

⁴² *Ibidem*, § 20-22.

nie został przedstawiony żaden materiał, który może uzasadniać twierdzenia skarżącego o bólu wyrządzonym płodowi innym niż ten, który wynika z orzeczeń sądowych wymienionych powyżej. Uwzględniając procedurę aborcji, jaką tam opisano, Komisja nie uważa, że przedmiotowa sprawa ujawnia jakąkolwiek możliwość naruszenia artykułu 3 Konwencji. Komisja, na podstawie tego przepisu, doszła do identycznego wniosku w odniesieniu do zarzutu skarżącego, że jego wniosek o odbiór pozostałości płodu został odrzucony.⁴³

Natomiast w jednym z kolejnych wyroków ETPC, dotyczących ochrony życia ludzkiego, *Vo przeciwko Francji* Trybunał zauważył, że w sprawie pojawił się nowy element. Skarżąca kobieta chciała donosić ciążę i jej oczekiwanie urodzenia zdolnego do życia dziecka było usprawiedliwione co najmniej jego dotychczasowym dobrym zdrowiem. Przerwanie ciąży w tej sprawie nie wiązało się z wolą kobiety, ale z błędem lekarskim. Stąd zasadniczym problemem, który pojawił się w rozpatrywanej sprawie, wiązał się ze stwierdzeniem czy – pomijając przypadki, w których matka wnosi o aborcję – uszkodzenie płodu powinno być traktowane jako przestępstwo kryminalne w świetle art. 2 Konwencji, co wiązałoby się z objęciem płodu ochroną na mocy tego przepisu? Również w tym przypadku ETPC udzielił odpowiedzi negatywnej, uznając, iż wystarczająca w tej sprawie była możliwość skorzystania przez skarżącą z drogi cywilnej, a więc *nasciturus* nie podlega takiej ochronie, jak człowiek urodzony⁴⁴. Po raz kolejny podstawą argumentacji Trybunału stało się uznanie, że *na szczeblu ogólnoeuropejskim nie istnieje zgoda, co do natury embrionu i/ albo płodu [...], chociaż zaczynają one uzyskiwać pewną ochronę w związku z postępem naukowym i potencjalnymi konsekwencjami inżynierii genetycznej, medycznie wspomaganą prokreacji czy eksperymentów z użyciem embrionów. W najlepszym razie, wspólne stanowisko Państw Stron można sprowadzić do przekonania, że embrion/ płód należą do rasy ludzkiej". Potencjalność tej istoty i jej zdolność do stania się osobą – cieszą się ochroną, prawa cywilnego. Co więcej w wielu państwach, w tym i we Francji, embriony/ płody „wymagają ochrony w imię godności ludzkiej bez uznawania ich za „osobę” z „prawem do życia” dla celów art. 2 Konwencji.*⁴⁵

Wymienione wyżej argumenty nie wykluczają istnienia krajowej, również na drodze prawnokarnej, ochrony pewnych aspektów życia nienarodzonych. W sprawach *Paton v. Wielkiej Brytanii*, *H. v. Norwegii* oraz *Boso v. Włochom* organy strasburskie uznały, iż naruszenie art. 2 może nastąpić jedynie w przypadku zachwiania równowagi między hipotetycznym prawem do życia dziecka a prawem do życia i zdrowia kobiety⁴⁶. Z kolei w sprawie *Bruggemann i Scheuten przeciwko Niemcom*, Komisja doszła do wniosku, że w momencie kiedy kobieta zachodzi w ciążę, jej życie prywatne staje się

⁴³ *H. przeciwko Norwegii* z dn. 19.05.1992 r., skarga nr 17004/90, § 2.

⁴⁴ *Vo przeciwko Francji* z dn. 8.08.2004 r., skarga nr 53924/00, § 81.

⁴⁵ *Ibidem*, § 84.

⁴⁶ A. Plotmer, op. cit., s. 325.

ściśle powiązane z rozwijającym się płodem. Mimo, że co do zasady, ciąża i jej przerwanie stanowią element życia prywatnego chronionego w art. 8 EKPC, to nie każda regulacja prawna przerywania ciąży (w tym przypadku penaliżująca, poza pewnymi wyjątkami, aborcję po 13 tygodniu od zajścia w ciążę) stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego matki.

W jednym z ostatnich wyroków dotyczących tytułowych zagadnień, ETPC po raz kolejny potwierdził szeroki margines oceny dla państw–stron Konwencji. Jednocześnie podkreślił on związek ewentualnego prawa do życia nienarodzonego z ochroną życia matki. W przedmiotowej sprawie Trybunał uznał, iż istnienie w Irlandii restrykcyjnego prawa, chroniącego życie *nasciturusa*, jest zgodne z art. 2 EKPC pod warunkiem, że regulacja ta uwzględnia również w dostatecznym zakresie ochronę życia matki⁴⁷.

c. Prawa ojca

Sprawy *Paton v. Wielkiej Brytanii*, *X v. Wielkiej Brytanii*, *H. v. Norwegii* oraz *Boso v. Włochom* dotyczyły skarg ojców, którzy na mocy przepisów prawa krajowego nie mogli przeciwstawić się przerwaniu ciąży dokonanej przez ich partnerki – matki dzieci. Oprócz art. 2 oraz kilku innych omówionych wyżej przepisów EKPC, podstawą ich skarg był również art. 8 EKPC – ochrona życia prywatnego i rodzinnego. Potencjalni ojcowie twierdzili, iż nieuwzględnienie ich zdania w kwestii ewentualnej aborcji narusza ich prawo do ochrony życia rodzinnego.

W omawianych sprawach EKPCz doszła do wniosku, że uznaje prawo potencjalnego ojca do poszanowania jego życia prywatnego i rodzinnego, jednakże nie może być ono interpretowane tak szeroko, by obejmować również *prawo do konsultacji lub zwrócenia się do sądu w sprawie dokonania aborcji, którą jego żona zamierza wykonać na sobie*.⁴⁸

Trybunał podtrzymał ten pogląd, dodając: *każda interpretacja praw potencjalnego ojca na podstawie art 8 Konwencji, gdy matka chce dokonać aborcji, powinna przede wszystkim wziąć pod uwagę jej prawa, ponieważ ona jest osobą, której przede wszystkim dotyczy ciąża, w tym jej kontynuacja lub zakończenie*.⁴⁹

⁴⁷ *Od momentu kiedy aborcja w Irlandii została zalegalizowana, w przypadku zagrożenia dla życia matki, spełnione zostały wszelkie pozytywne zobowiązania na mocy artykułu 2 Konwencji. Nie istnieje również jakikolwiek negatywny aspekt wynikający z artykułu 2 zobowiązujący państwa do odmowy ochrony życia nienarodzonych w celu ochrony życia kobiety. Interpretacja Artykułu 2 w taki sposób byłoby równoznaczna z ograniczeniem prawa do życia poprzez zakazanie Państwow uznania tego prawa nienarodzonych, a nawet tworzyłaby prawo do zabijania: zakres artykułu 2 nie sięga tak daleko*” A. B. i C. przeciwko Irlandii z 16.12.2010 r., skarga nr 25579/05, § 198.

⁴⁸ *Paton przeciwko Wielkiej Brytanii* z dn. 13.05.1980 r., skarga nr 8416/79, DR 19, s. 254; *H. przeciwko Norwegii* z dn. 19.05.1992 r., skarga nr 17004/90, DR 73, s. 170.

⁴⁹ *Boso przeciwko Włochom* z dn. 5.09.2002 r., skarga nr 50490/99, § 2.

Dodatkowo ETPC podkreślił, w decyzji odrzucającej skargę jednego z wyżej wymienionych ojców, że sprawy z zakresu dopuszczalności aborcji chronione są w ramach prawa do prywatności, nie należą natomiast do sfery ochrony życia rodzinnego określonej w art. 12 EKPC. Jednocześnie podzielili on pogląd Komisji, iż *prawo potencjalnego ojca do poszanowania jego życia prywatnego i rodzinnego, nie można interpretować tak szeroko, aby obejmowało ono prawo do konsultacji lub zwrócenia się do sądu w sprawie aborcji, którą jego żona zamierza przeprowadzić na sobie*⁵⁰.

d. Prawa osób trzecich

Kolizja praw osób trzecich z uprawnieniami przedstawionych wyżej stron postępowania w sprawach dotyczących przerywania ciąży pojawia się w orzecznictwie strasburskim incydentalnie. Pierwszym z przypadków są naruszenia wolności chronionych w EKPC matki małoletniej córki (S.) w sprawie *P. i S. przeciwko Polsce*. ETPC orzekł naruszenie wobec niej prawa do prywatności, chronionego w art. 8 Konwencji. W jej przypadku Trybunał podkreślił, że ma pełną świadomość jej różnego statusu w przedmiotowej sprawie w porównaniu z córką. Dodał również, że fakt bycia opiekunem prawnym małoletniego dziecka nie przyznaje prawa do automatycznego podejmowania decyzji dotyczących dziecka, w tym związanych z możliwością dokonania aborcji, gdyż godziłoby to w sferę jego autonomii osobistej. Jednak należy także uwzględnić w tej sytuacji interes i możliwości życiowe matki ciężarnej nieletniej. Wynika to przede wszystkim z prawdopodobnych w takim przypadku, szczególnych więzi emocjonalnych pomiędzy matką i córką. Stąd też, zdaniem Trybunału, istnieje potrzeba stworzenia procedur związanych z prawem dostępu do legalnej aborcji, które pozwoliłyby na wysłuchanie oraz obiektywne uwzględnienie stanowisk matki i córki, a w przypadku ich konfliktu, zapewnienia mechanizmu concyliacyjnego, pozwalającego na jego rozwiązanie z korzyścią dla nieletniej⁵¹.

Pewne uprawnienia proceduralne ETPC przyznał również matce zmarłej podczas ciąży kobiety w sprawie *Z. przeciwko Polsce*. Były to standardowe w orzecznictwie organów konwencyjnych, dotyczących proceduralnego wymiaru art. 2 EKPC, *locus standi* dla członka rodziny i możliwość domagania się przeprowadzenia rzetelnego śledztwa, które miało wyjaśnić kulisy śmierci córki⁵².

Drugi z przypadków pojawił się w sprawie *Open Door and Dublin Well Woman przeciwko Irlandii*. Trybunał zbadał tu kwestię, czy zamknięcie

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ *P. S. przeciwko Polsce* z 30.10.2012 r. skarga nr 57375/08, § 109 w zw. z § 112.

⁵² W tej sprawie nie stwierdzono naruszenia art. 2, gdyż nie zostało udowodnione naruszenie Konwencji w tej konkretnej sprawie, a ETPC nie jest uprawniony do rozpatrywania tej kwestii *in abstracto*. *Z. przeciwko Polsce* z 13.11.2012 r. skarga nr 46132/08, § 110-111.

klinik prowadzących poradnictwo w sprawie legalnych możliwości przerywania ciąży za granicą Irlandii doprowadziło do naruszenia wolności wypowiedzi zawartej w art. 10 EKPC. Sąd strasburski uznał, że obowiązujący w tym kraju zakaz informowania o możliwości zgodnej z prawem aborcji w Wielkiej Brytanii nie był koniecznym i skutecznym w praktyce instrumentem ochrony życia płodu. Zakaz rozpowszechniania tego typu informacji nie był więc adekwatnym środkiem służącym ochronie życia nienarodzonego dziecka i w związku z tym Irlandia przekroczyła granice dopuszczalnego marginesu swobody oceny i naruszyła wolność wyrażania opinii i przekazywania informacji⁵³.

5. Wnioski końcowe

Z powyższych rozważań wynika, iż w sprawach dotyczących ochrony życia płodu mamy do czynienia z klasyczną sytuacją kolizji różnorodnych praw jednostek. Podkreśla to również ETPC uznając, że ocena kasusów w przedmiotowych sprawach polega przede wszystkim na *ważeniu różnych i czasem sprzecznych interesów lub wolności żądanych przez kobietę, matkę bądź ojca w stosunku do innych osób lub wobec nienarodzonego dziecka*.⁵⁴ Tworzą one skomplikowany splot znajdujących się na płaszczyźnie horyzontalnej uprawnień dwóch lub więcej podmiotów, zarówno powiązanych, jak i często ze sobą sprzecznych. Podstawową rolą organów orzekających jest tu odpowiednie ich zbalansowanie i dzięki temu odkrycie zobowiązań państw–stron EKPC istniejących w płaszczyźnie wertykalnej. Szczególnie istotna jest tu relacja różnorodnych praw ciężarnych matek oraz prawa do życia nienarodzonych.

Wydaje się, iż w pewnym zakresie kolizja ta jest specyficznym rodzajem konfliktu pozornego. Wynika to z faktu, że organy strasburskie, nie przesądzając o zakresie prawa do aborcji dopuszczalnego w prawie krajowym, w swoim orzecznictwie konsekwentnie chronią szereg uprawnień kobiet ciężarnych. Natomiast uprawnieniom *nasciturusa* nadają charakter hipotetyczny, w związku z tym zasadniczo odmawiając ich ochrony.

Jednak nawet uznanie ich realnego charakteru, czyli przyznanie praw nienarodzonym na podstawie art. 2 Konwencji nie oznaczałoby w rozumowaniu

⁵³ *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Centre przeciwko Irlandii* z dn. 29.10.1992 r., skargi nr 14234/88 i 14235/88, § 68 i n. Zob. szerzej J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej...*, s. 136–139. Por. *a contrario* decyzję ETPC *Tokarczyk przeciwko Polsce* z dn. 31.01.2002 r., skarga nr 51792/99, w której Trybunał uznał za oczywiście bezzasadny wniosek obywatela polskiego, który został skazany na 1,5 roku więzienia za pomoc kobietom w dokonywaniu aborcji na Ukrainie. Mimo, że działania skarżącego, oprócz wymiaru komercyjnego, miały wg ETPC także znamiona działań z powodów światopoglądowych, to jednak sąd strasburski odrzucił skargę z powodu popełnienia przez skarżącego przestępstwa wg prawa krajowego.

⁵⁴ *Vo przeciwko Francji* z dn. 8.08.2004 r., skarga nr 53924/00, § 80.

organów konwencyjnych absolutnej ochrony tego życia. Ochrona byłaby ograniczona m.in. sytuacją zagrożenia życia i zdrowia matki dziecka. Jeżeli więc dziecko nienarodzone ma prawo do życia, to jest ono pośrednio ograniczone przez prawa i interesy matki. Aborcja nie jest jednym z wyjątków wyraźnie wymienionych w art. 2. Trybunał i Komisja uznały, że przerwanie ciąży w interesie życia i zdrowia matki jest zgodne ze art. 2 ust. 1 zdanie pierwsze, gdyż *zakładając, iż przepis ten ma zastosowanie do wstępnego stadium ciąży, przerwanie ciąży, chroniąc życie i zdrowie kobiety na tym etapie (w rozpatrywanej sprawie był to 10 tydzień ciąży), mieści się w zakresie „domniemanego ograniczenia prawa do życia płodu”*⁵⁵.

Również ewentualny konflikt pomiędzy matką a ojcem, związany ze zgodą na dokonanie usunięcia ciąży, rozstrzygany jest przez organy konwencyjne na korzyść ciężarnej kobiety. Wynika to przede wszystkim, z podkreślonego w orzecznictwie, szczególnego związku matki z noszonym w jej ciele płodem.

W przedmiotowych sprawach, w większości przypadków nie da się więc zastosować zasady „praktycznej zgodności” praw poszczególnych podmiotów i ETPC przyznaje z reguły pierwszeństwo uprawnieniom matki. W takich przypadkach organy chroniące przestrzegania EKPC wydają się używać przede wszystkim „kryterium dodatkowych praw”, które działa na korzyść matki (jej prawo do prywatności i ochrony życia rodzinnego, prawo do życia oraz incydentalnie inne swobody), co przy nieuznanej lub minimalnej ochronie płodu skutkuje prymatem tych pierwszych.

COLLISION BETWEEN THE RIGHTS OF PARENTS AND *FOETUS* IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS RELATING TO ABORTION

Key words: right to life, right to respect for private life, abortion, foetus, human rights collision, human rights conflict

Summary

The problem of the beginning of human life and its protection is one of the most controversial issues at both the national and international of human rights protection systems. In the various countries, in the public discourse, there is a long-standing dispute between proponents of “complete protection of life” and representatives of the so-called “pro-choice” movements. This situation also affects the shape of the regulations and the interpretation of the provisions concerning the beginning of human life and the possible abortion both in particular countries and in international human rights law.

⁵⁵ J. Lipski, op. cit., s. 74. Zob. również omówienie polskiego wyroku dotyczącego zapewnienia przez państwo ewentualności realnego dokonania zabiegu przerywania ciąży, w przypadku kiedy jego system prawny przewiduje takie możliwości: J. Kondratiewa-Bryzik, *Wykonanie wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Tysięd przeciwko Polsce*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2009, Vol. VII, z. 2, s. 101–110.

This article analyzes the institutions of human rights collision and conflict and basic principles concerning the protection of the beginnings of human life, which was articulated in both the universal and regional human rights protection systems. The publication discusses the main rights of individual entities acting formulated in the jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding the matters of abortion. The publication discusses the main rights of individual entities appearing in abortion cases, formulated by the European Court of Human Rights.

Additionally, the article examines possible ways to resolve conflicts between the rights applied in that specific cases by the Court.

TADEUSZ JASUDOWICZ

Katedra Praw Człowieka WPiA UMK w Toruniu

Rodzina jako podmiot uprawniony w systemie Europejskiej Karty Socjalnej w świetle dorobku Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych

Słowa kluczowe: rodzina, ochrona prawna, gospodarcza i socjalna, godny poziom życia, warunki pełnego rozwoju, polityka rodzinna, prawo do godnego mieszkania

Uwagi wstępne

Podczas wizyty Ojca Świętego Jana Pawła II w Toruniu miałem zaszczyt wręczyć dostojnemu Gościowi opublikowany przeze mnie „pięcioksiąg rodzinny”.¹ Warto w tym miejscu przypomnieć, że minęło 10 lat od pierwszego, a 5 lat od drugiego wydania naszego toruńskiego podręcznika praw człowieka, w którym opracowywałem tematykę zarówno prawa do poszanowania życia rodzinnego, jak i prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, a także gwarancji ochrony praw rodziny w EKS.² Impulsem do napisania niniejszego artykułu jest zjawisko – nie popieranym przeze mnie – „nowoczesnych” tendencji rozwojowych w prawie krajowym i międzynarodowym, dających wyraz wypaczonemu rozwojowi tolerancji i niedyskryminacji, wspierającemu „nowoczesne” oblicze feminizmu i genderyzmu, w tym niedopuszczalne dyktaty wymyślnych, a sprzecznych z naturą „orientacji seksualnych”.

¹ Złożyły się nań tłumaczone, zebrane i zredagowane przez mnie, a wydane przez „Dom Organizatora” TNOiK w Toruniu w 1999 r.: 1. *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Materiały Krajowej Konferencji Naukowej*, Toruń 22–23 X 1998 r.; 2. *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Zbiór dokumentów*; 3. *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Orzecznictwo strasburskie*; 4. *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w systemie Europejskiej Karty Socjalnej. Orzecznictwo Komitetu Niezależnych Ekspertów* (dalej: *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*); 5. *Prawa rodziny – prawa w rodzinie. Jan Paweł II: O małżeństwie i rodzinie. Wypisy z nauczania Ojca Świętego*.

² T. Jasudowicz, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski; R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona* (dalej: *Prawa człowieka. Podręcznik...*), wyd. popr. i uzup., Toruń 2010, por, odpowiednio: s. 357 i n.; 425 i n.; 505 i n. (wyd. I – Toruń 2005).

Wszystko to – tak czy inaczej – godzi w rodzinę, nieprzypadkowo i konsekwentnie postrzeganą w standardach międzynarodowych jako „naturalna i podstawowa komórka społeczeństwa”,³ fundamentalna wartość, ważna dla każdej jednostki, jak też dla każdego społeczeństwa, narodu i państwa. Dla mnie osobiście istotnym ucieleśnieniem wagi kategorii rodziny jest przypisanie w preambule Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka owej „przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw” „wszystkim członkom rodziny ludzkiej”, i to jako „podstaw wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie”. Ludzkość jako „rodzina ludzka” – to ważne!

Gwarancje ochrony praw rodziny znajdują się zarówno w sferze pierwszej generacji praw człowieka, kojarząc się z prawem do poszanowania życia rodzinnego w ramach prawa do prywatności⁴ oraz z prawem do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny,⁵ jak też – w niejednakowy sposób – w sferze drugiej generacji praw człowieka.⁶ Ograniczam się w moich badaniach i wnioskach do sfery uniwersalnych i europejskich standardów praw człowieka, aczkolwiek warto dodać, że podobne, a nawet jeszcze mocniejsze refleksje snuć można by na tle systemów Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka⁷ oraz Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów.⁸ Wszędzie prawa rodziny rozwarstwiają się na sfery pierwszej i drugiej generacji praw człowieka; wszędzie też w sferze praw drugiej generacji – poza zasadniczym artykułem poświęconym prawom rodziny – mamy do czynienia z potrzebą uwzględniania interakcji postanowień, jako że również inne postanowienia, w taki czy inny sposób, służą zabezpieczeniu praw rodziny. Można więc – jak widać

³ Por. art. 16 ust. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (PDPC); art. 23 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP); art. 10 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych (MPPGSiK).

⁴ Por. art. 12 PDPC; art. 17 MPPOiP; art. 8 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC).

⁵ Por. art. 16 PDPC; art. 23 MPPOiP; art. 12 EKPC.

⁶ Por. art. 25 ust. 1 PDPC gwarantujący każdej osobie „prawo do poziomu życia odpowiadającego potrzebom, zdrowia i dobrobytu jej samej i jej rodziny [...]”; art. 7.a.ii MPPGSiK wymagający w ramach „prawa do słusznych i korzystnych warunków pracy” wynagrodzenia m.in. zapewniającego wszystkim pracującym „godne warunki życia dla nich samych i ich rodzin [...]”; art. 11 ust. 1 MPPGSiK uznający „prawo każdej osoby do odpowiedniego poziomu życia dla niej samej i jej rodziny [...]”.

⁷ Por. art. 11 ust. 1 (życie rodzinne w ramach prawa do prywatności) oraz art. 17 „Prawa rodziny” AKPC; art. 6 ust. 2 „Prawo do pracy” (uwzględniający „należytą ochronę rodziny”), art. 10 ust. 2.a „Prawo do zdrowia: (uwzględniający nie tylko jednostki, ale też „wszystkie rodziny we wspólnocie”) i – co szczególnie istotne! – art. 15 specjalnie poświęcony „Prawu do założenia i ochrony rodziny”. Odnotować ponadto warto uwzględnienie: w art. 16 „Prawa dzieci” także „prawa do ochrony... ze strony swej rodziny”; w art. 18.b. „Ochrona osób niepełnosprawnych” także „specjalnego szkolenia dla rodzin osób niepełnosprawnych” Protokołu z San Salvador do AKPC.

⁸ Por. poświęcony prawom rodziny art. 18 AKPCiL, akcentujący w ust. 2 „obowiązek wspomaganie (przez państwo) rodziny, która jest strażnikiem moralności i tradycyjnych wartości uznanych przez społeczeństwo”, a także obowiązki każdej osoby m.in. „wobec swojej rodziny” wyrażone w art. 27 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Karty.

z powyższego – mówić o „rodzinnym wymiarze” prawa do słusznych warunków pracy, a zwłaszcza prawa do słusznego wynagrodzenia, prawa do odpowiedniego poziomu życia czy ochrony praw osób niepełnosprawnych.

Przegląd postanowień ochronnych

Gdy mówię w tytule niniejszego opracowania o „systemie Europejskiej Karty Socjalnej”, mam na myśli kompletny zespół unormowań, włączając weń ów traktat pierwotny z 18 października 1961 r. (wraz z Załącznikiem gromadzącym definicje pojęć w nim zawartych), protokoły dodatkowe i zmieniające Kartę z 1988 i 1991 r., jak również protokół w sprawie skarg zbiorowych z 1995 r., a także Zrewidowaną EKS z 1996 r.⁹ Warto przy tym pamiętać, że obie Karty – i ta pierwotna z 1961 r., i ta Zrewidowana z 1996 r. – są traktatami obowiązującymi i jednocześnie są stosowane, wchodząc w ciekawe relacje wzajemne.

Mówiąc z kolei o „dorobku Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych”, uwzględniam go całościowo, włączając weń *Conclusions* formułowane w trybie sprawozdawczym zarówno przez Komitet Niezależnych Ekspertów EKS, jak i przez jego „sukcesora”, a więc EKPS, a także *Decisions* – tak o dopuszczalności, jak i końcowe – wydawane przez EKPS w trybie skargowym. Chodzi więc o pełny „system EKS” w jego działaniu, a więc w procesie wykonywania zobowiązań wynikających dla państw–stron z obu Kart.

Uwzględniając specyfikę zobowiązań państw–stron w rozumieniu cz. I i cz. II Karty, wskazać trzeba, że podstawowe dla ochrony praw rodziny zobowiązania zawierają się w pkt 16 cz. II w art. 16 cz. II Karty z 1961 r.

W pkt 16 stwierdza się: „Dla zapewnienia jej pełnego rozwoju, rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa ma prawo do stosownej ochrony socjalnej, prawnej i gospodarczej”.¹⁰ Przypomnijmy, że – stosownie do art. 20, w związku z ustępem wprowadzającym cz. I EKS z 1961 r. – państwa–strony przyjmują za cel swej polityki realizowanej wszelkimi właściwymi środkami, o charakterze zarówno krajowym, jak i międzynarodowym, osiągnięcie warunków, w których (m.in. prawa rodziny z pkt 16) mogłyby być skutecznie urzeczywistnione”. Jest to więc model zobowiązania typowy dla sfery praw człowieka drugiej generacji, obejmujący – w przyszłości – pełne urzeczywistnienie danego prawa (a więc, jakby zobowiązanie rezultatu), a – dzisiaj od zaraz – podejmowane w dobrej wierze jak najpełniejsze kroki wiodące ku owemu pełnemu urzeczywistnieniu (a więc niejako zobowiązanie należytej staranności”).¹¹

⁹ Wszystkie teksty [w:] *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór Źródeł*, oprac. M. Balcerzak, Toruń 2007, II-A/9-12.

¹⁰ Tekst według: *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, oprac. B. Gronowska. T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993, s. 22 i n. Identycznie w pkt 16 cz. I Zrewidowanej EKS z 1996 r.

¹¹ Por. T. Jasudowicz, [w:] *Prawa człowieka. Podręcznik*, s. 117–123, zwł. s. 121–122.

O tym, że mamy tu do czynienia ze zobowiązaniami międzynarodowymi *sensu stricto*, poświadcza dodatkowo postanowienie art. 22 Karty, przewidujące obowiązek przedkładania przez państwa–strony sprawozdań nie tylko co do postanowień ratyfikowanych, ale też sprawozdań dotyczących postanowień części II Karty, których one nie przyjęły przy swej ratyfikacji lub za twierdzeniu albo w późniejszej notyfikacji”.¹² Podobny – pośrednio jakby dowartościowujący zobowiązania w rozumieniu cz. I – wniosek wynika z art. 31 Karty z 1961 r., który istotny mechanizm limitacji korzystania z praw człowieka w Karcie odnosi, poza „ich skuteczną realizacją przewidzianą w części II”, także do „praw i zasad ustalonych w części I, na ile są one skutecznie realizowane”. Dotyczy to, oczywiście, także prawa do ochrony rodziny, które jest odpowiednio wymagalne także wtedy, gdy dane państwo nie objęło zakresem swej ratyfikacji art. 16 cz. II Karty.

Artykuł ten, opatrzony wymownym tytułem „Prawo rodziny do ochrony socjalnej, prawnej i gospodarczej”, wykazuje o wiele większą precyzję i szczegółowość w porównaniu z treścią pkt 16 cz. I Karty, stanowi bowiem: „W celu zapewnienia warunków koniecznych dla pełnego rozwoju rodziny, która stanowi podstawową komórkę społeczeństwa, Umawiające się Strony zobowiązują się popierać gospodarczą, prawną i socjalną ochronę życia rodzinnego, takimi środkami, jak zasiłki socjalne i rodzinne, ulgi podatkowe, zabezpieczenie budownictwa rodzinnego, zasiłki dla nowożeńców oraz inne właściwe środki”.¹³

Jak widać, treść art. 16 cz. II Karty obejmuje – w charakterze jakby swej części ogólnej, to, co się zawiera w pkt 16 jej cz. I, tyle, że – z perspektywy konkretnego sformułowania – w miejsce socjalnej, prawnej i gospodarczej ochrony rodziny pojawia się „gospodarcza, prawna i socjalna ochrona życia rodzinnego”. Aż dziw bierze, że ani w doktrynie, ani w orzecznictwie Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych nie wiąże się z tą przemianą sformułowania żadnych dalej idących konsekwencji prawnych. Nie chodzi przecież chyba o jakieś przejęzyczenie. Czy wystarczającym wyjaśnieniem i uzasadnieniem jest nawiązanie do koncepcji *respect for... family life* w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka?!

Tę część ogólną treści art. 16 cz. II Karty uzupełnia jej część szczegółowa, wymieniająca wśród środków ochrony owego „życia rodzinnego”: „zasiłki socjalne i rodzinne, ulgi podatkowe, zabezpieczenie budownictwa rodzinnego, zasiłki dla nowożeńców”, jak również „inne właściwe środki”. Jak można

¹² Zgodnie z postanowieniem art. 20 ust. 1.b., art. 16 zalicza się do wyróżnionych w cz. II Karty zobowiązań fundamentalnych; co prawda, zgodnie z tym postanowieniem, może się zdarzyć, że art. 16 zostanie w sferze ratyfikacji pominięty, co nie będzie jednak oznaczać, że państwo–strona jest wolne od jakichkolwiek w tej sferze zobowiązań; pełnego znaczenia nabierają wtedy właśnie zobowiązania w rozumieniu cz. I Karty, kontroli wykonania których służy postanowienie art. 20 ust. 1.b.

¹³ Por. identycznie: art. 16 ZEKS z 1996 r. W Karcie Zrewidowanej z 1996 r. postanowienia te są po prostu powtórzone, nie wprowadza się więc żadnych zmian w ich treści.

sądzić, ta formuła specjalnie ma charakter otwarty, by nie stwarzać przeszkód dla przyjmowania coraz to bogatszej skali owych środków, uzasadnionej potrzebami zapewnienia „warunków koniecznych dla pełnego rozwoju rodziny”.

By nie dublować swoich ustaleń, ograniczę się w tym miejscu do tych ogólnikowych stwierdzeń, zapowiadając głębszą analizę tytułu rodziny do ochrony na podstawie art. 16 EKS/ZEKS po wskazaniu mechanizmu interakcji tego artykułu z innymi postanowieniami Karty, uwzględniającymi w sposób wyraźny bądź dorozumiany ich wymiar rodzinny.¹⁴

I tak, w art. 4 ust. 1 ustanawia się prawo „wszystkich pracowników” – nie tylko wybranych, ale każdego i jakiegokolwiek pracownika – „do słusznego wynagrodzenia, wystarczającego dla godnego standardu życia dla nich samych oraz ich rodzin”.¹⁵ Nie tylko więc sam pracownik, ale też jego rodzina jawi się tu jako podmiot uprawniony.

Z kolei, w art. 13 Karty – mimo ograniczenia *prima facie* zakresu „prawa do pomocy socjalnej i medycznej” jedynie do „każdej osoby, która nie posiada odpowiednich zasobów i która nie jest zdolna zabezpieczyć takich zasobów czy to przez swoje własne wysiłki, czy z innych źródeł, w szczególności za pośrednictwem korzyści z systemu zabezpieczenia społecznego” – w ust. 3 *in fine* uwzględnia się sytuację „niedostatku rodzinnego” jako aktualizującą obowiązki państwa „dla zapobieżenia, wyeliminowania lub zmniejszenia” takiego niedostatku. W związku z postanowieniem art. 13 ust. 4, wymagającym stosowania tego artykułu „na równej stopie z ich obywatelami wobec obywateli innych Umawiających się Stron legalnie przebywających na ich terytoriach”, można stwierdzić, że wyżej wspomniane obowiązki stosują się nie tylko do rodzin ubogich obywateli własnych państwa–strony, ale też do rodzin ubogich cudzoziemców, obywateli innych państw–stron na terytorium danego państwa.¹⁶

Wreszcie art. 19 już w swoim tytule wyraźnie zapowiada „Prawo pracowników migrantów oraz ich rodzin do ochrony i pomocy”. Oznacza to, że nie tylko pracownicy–migranci jako jednostki, ale także „ich rodziny” uzyskują mocą tego artykułu tytuł do ochrony i pomocy. Są więc podmiotami uprawnionymi wszystkich bogatych uprawnień przewidzianych w pkt 1–10, niez-

¹⁴ R. Mizerski w interesujący sposób z takim „wymiarom rodzinnym” utożsamia kategorię „rodzinnosci” – por. R. Mizerski, *Aspekt podmiotowy ‘rodzinnosci’ prawa do pracy*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1996, z. 4, s. 81 i n.

¹⁵ Polska karygodnie wyeliminowała właśnie ten fundamentalny ust. 1 z zakresu ratyfikacji art. 4 Karty, chociaż jego dalsze ustępy tracą sens w braku ratyfikacji tego właśnie ustępu. Co więcej, przeciwko takiej amputacji zobowiązań z art. 4 przemawiał fakt, że Polska była od 1977 r. stroną Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych, którego art. 7.a.ii. ustanawia identyczny standard, którym Polska bez zastrzeżeń się związała i który była (i jest!) zobowiązana urzeczywistniać.

¹⁶ Istotne jest uwzględnienie w tym kontekście w treści art. 13 ust. 4 Karty zobowiązań państw–stron wynikających z paryskiej Konwencji o pomocy socjalnej i medycznej z 11 grudnia 1953 r.

leżnie od tego, czy w danym punkcie rodzina jest wyraźnie wymieniona. A tak się zdarza zarówno w pkt 2, gdzie obowiązek podejmowania „właściwych środków dla ułatwiania wyjazdu, podróży i przyjmowania” oraz zapewniania „właściwej służby zdrowia, opieki medycznej i dobrych warunków higienicznych” odnosi się do „takich pracowników oraz ich rodzin”.¹⁷ W szczególności dotyczy to obowiązku „ułatwiania, na ile to możliwe, połączenia rodziny pracownika–cudzoziemca, który uzyskał pozwolenie na osiedlenie się na danym terytorium”.¹⁸ Warto dodać że we wzbogaconym art. 19 ZEKS wprowadza się obowiązek pomocy w zakresie nauczania języka państwa przyjmującego nie tylko samych „pracowników–migrantów”, ale też „członków ich rodzin”.¹⁹

W ZEKS wagi nabierają zawarte w pkt 27 jej cz. I ogólne gwarancje na rzecz „osób mających obowiązki rodzinne”, szczegółowo doprecyzowane w art. 27 cz. II ZEKS „Prawo pracowników mających obowiązki rodzinne do równości szans i równego traktowania”, a obejmujące m.in. „zapewnienie każdemu rodzicowi w okresie po urlopie macierzyńskim możliwości uzyskania urlopu rodzicielskiego w celu zajęcia się dzieckiem”, jak też „zapewnienie, by obowiązki rodzinne nie stawały się same w sobie uzasadnionym powodem dla zwolnienia z pracy”.²⁰ Na zasadzie równości płci mogą z tych możliwości korzystać tak matka, jak i ojciec, niemniej to właśnie rodzina na tym korzysta, jej interes stoi u podłoża gwarantowanej tu ochrony, to ona jawi się w tym kontekście jako podmiot uprawniony.

Wreszcie mocą art. 30 ZEKS, obowiązki państw–stron w zakresie ochrony przed ubóstwem i wykluczeniem społecznym obejmują wypracowanie i realizowanie „wszechstronnego i skoordynowanego podejścia” do zapewniania „rzeczywistego dostępu osób oraz ich rodzin do zatrudnienia, mieszkania, szkoleń, kształcenia, kultury, pomocy społecznej i medycznej”. Można to postrzegać jako odpowiednik owego „niedostatku rodzinnego” objętego zobowiązaniami państw–stron w art. 13 ust. 3 EKS/ZEKS.²¹

Moim zdaniem, nawet tam, gdzie konkretne postanowienia Karty nie mówią *expressis verbis* o rodzinie, można i trzeba dopatrywać się wymiaru rodzinnego zawartych w tych postanowieniach gwarancji ochronnych. Będzie tak w kontekście art. 2 i 3 Karty, jeśli chodzi o warunki pracy w przedsiębiorstwach rodzinnych, w szczególności na farmach, i ochronę przed występującymi w rodzinach nadużyciami, a w szczególności aktualizować się to będzie w kontekście pracy dziecka i gwarancji ochronnych z art. 7 Karty,

¹⁷ Jak z tego wynika, obowiązki w tym zakresie rozkładają się tak na państwa emigracji (w związku z wyjazdami ich obywateli w poszukiwaniu pracy za granicę), jak i – w szczególności – na państwa imigracji, do których tacy obywatele w poszukiwaniu pracy docierają.

¹⁸ Por. art. 19 pkt 6 EKS/ZEKS.

¹⁹ Por. art. 19 pkt 11 ZEKS.

²⁰ Art. 27 ZEKS, ust. 2 i 3, odpowiednio.

²¹ Por. wyżej, s. 5.

zwłaszcza co do kryterium „lekkiej pracy” w sferze „pracy rodzinnej czy domowej”, czasu takiej pracy dziecka objętego obowiązkowym nauczaniem, czy też „fizycznych i moralnych zagrożeń pochodzenia rodzinnego”.²²

Gdy przypomnimy dodatkowo rodzinny wymiar standardu słusznego wynagrodzenia oraz gwarancje umożliwiające godzenie pracy z obowiązkami rodzinnymi, możemy z pewnością stwierdzić, że praca wykazuje się niewątpliwym wymiarem rodzinnym, jako że ma gwarantować rodzinie godny poziom życia, podobnie jak ma umożliwiać rodzicom skuteczne wypełnianie ich obowiązków rodzinnych. W szczególności, nie da się zakwestionować rodzinnego wymiaru gwarancji z art. 8 EKS/ZEKS, gdyż prawo kobiet pracujących do ochrony, zawężone w ZEKS do ochrony macierzyństwa,²³ tkwi bezpośrednio w sferze gwarancji na rzecz rodziny; chroniona jest nie tylko kobieta pracująca, matka, ale także jej rodzina.

Zakładam, że – siłą rzeczy – można i trzeba mówić o wymiarze rodzinnym prawa do ochrony zdrowia,²⁴ prawa do zabezpieczenia społecznego,²⁵ prawa do korzystania ze świadczeń opieki społecznej,²⁶ praw osób niepełnosprawnych,²⁷ prawa matek i dzieci do ochrony socjalnej i gospodarczej,²⁸ zaś na gruncie Karty Zrewidowanej – także prawa dzieci i młodzieży do ochrony,²⁹ praw osób starszych³⁰ czy wreszcie prawa do mieszkania.³¹ W każdym z tych kontekstów normatywnych chodzi o gwarancje na rzecz jednostki, zazwyczaj bytującej właśnie w rodzinie, która staje się podmiotem uprawnionym, bo we wszelkich kontekstach normatywnych winna mieć tytuł do pomocy i ochrony „ze strony społeczeństwa i państwa”. To standard niewątpliwym! Przyjrzyjmy się później owemu wymiarowi rodzinnemu przy okazji szczegółowego badania orzecznictwa EKPS.

²² Por. art. 7 Karty, pkt 1, 3 i 10, odpowiednio. R. Mizerski, op. cit., s. 85, 99, postrzeżga „zagadnienie partycypacji poszczególnych członków rodziny w zadaniu dostarczenia przez pracę środków niezbędnych dla jej istnienia”, a na gruncie katolickiej nauki społecznej stwierdza, że „istniejąca zasada przyczyniania się wszystkich domowników w miarę swoich sił do utrzymania rodziny dopuszcza prace dzieci”.

²³ Swoją drogą, pominięcie w ZEKS dotychczasowych gwarancji zawartych w art. 8 ust. 4 EKS z 1961 r. ma, moim zdaniem, swój „negatywny wymiar rodzinny”, może bowiem w konkretnych warunkach oznaczać np. utracenie przez kobietę pracującą zdolności do rodzenia dzieci, co – być może – nie przeszkadza wojującym feministkom, ale co niewątpliwie przeszkadza kobietom w ogóle, które chcą być matkami i którym zależy jak najbardziej na zachowaniu ich naturalnej zdolności macierzyństwa, nie przekreślanej negatywnymi doświadczeniami z ich zatrudnienia.

²⁴ Por. art. 11 EKS/ZEKS.

²⁵ Por. art. 12 EKS/ZEKS.

²⁶ Por. art. 14 EKS/ZEKS.

²⁷ Por. art. 15 EKS/ZEKS.

²⁸ Por. art. 17 EKS.

²⁹ Por. art. 17 ZEKS.

³⁰ Por. art. 23 ZEKS.

³¹ Por. art. 31 ZEKS.

Zobowiązania ogólne państw na podstawie art. 16 EKS/ZEKS. Pojęcie „rodziny”

Zwraca przede wszystkim uwagę przyjęcie w art. 16 ambitnego standardu „pełnego rozwoju rodziny”, który w sposób oczywisty jest czymś o wiele bardziej wymagającym niż jakiś „standard przetrwania”. O wiele bardziej ambitnego niż standard zawarty w Konstytucji RP, stosownie do którego państwo li tylko w swej polityce „uwzględnia dobro rodziny”, a „szczególną pomoc ze strony władz publicznych” przewiduje jedynie dla „rodzin znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietnych i niepełnych”.³²

Europejski Komitet Praw Społecznych (a właściwie: KNE EKS) już w I cyklu badania sprawozdań państw–stron jednoznacznie zwrócił uwagę, że w art. 16 „zachowane jest tradycyjne stwierdzenie, że rodzina stanowi podstawową komórkę społeczeństwa”, ale w połączeniu z oczekiwaniem przyjęcia przez współczesne państwo „pewnych zadań, w szczególności zapewnienia warunków życia niezbędnych dla pełnego rozwoju rodziny”, co oznacza „obowiązek wdrożenia rzeczywistej polityki rodzinnej, jaka ma być urzeczywistniana w dziedzinach, w których rodziny zdają się zagrożone tym bardziej, im bardziej środki, jakimi one same mogą rozporządzać, pozostają nazbyt ograniczone”.³³ Komitet dodawał, że oczekiwana „polityka rodzinna winna być urzeczywistniana poprzez wdrożenie różnorodnych działań, zarówno harmonizowanych z istniejącymi środkami pomocy socjalnej i zabezpieczenia społecznego, jak też środki takie uzupełniających”.³⁴

Od początku też EKPS oczekiwał od państw–stron „przedkładania co dwa lata wystarczających wskazań co do rozmaitych badanych sektorów, a zwłaszcza co do krajowego systemu zasiłków rodzinnych, wprowadzania gwarancji redukcji wydatków na korzyść rodzin, wyposażenia społeczno-kulturalnego do dyspozycji rodzin, organizacji partycypacji rodzin w obronie ich interesów, prawnej ochrony rodziny, zwłaszcza na wypadek konfliktów małżeńskich, budownictwa mieszkań rodzinnych, jak też poprawy gospodarczego i społecznego położenia rodzin w skali krajowej”.³⁵

W dalszym ciągu swojego orzecznictwa – i tego w trybie badania sprawozdań, i tego w trybie rozstrzygania skarg zbiorowych – Komitet skupiał

³² Por. art. 71 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.

³³ *Comite d'experts independents de la Charte sociale europeenne. Conclusions I/A* (dalej: *Conclusions...*), Strasbourg 1969–1970, s. 75. Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 21–22.

³⁴ *Ibidem*. Por. pozytywną ocenę dotyczącą Niemiec – *Conclusions I/B*, s. 2–3/. Jak wyjaśniał Komitet Rządowy, „polityka rodzinna jako całość” obejmuje m.in. te jej fragmenty, które łączą się z korzystaniem z innych chronionych w Karcie praw, a mianowicie z prawa do zabezpieczenia społecznego (art. 12) oraz prawa do pomocy socjalnej i medycznej (art. 13) – *Governmental Committee. 9th Report, Doc.T-SG(86)I*, s. 20. Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 42–43.

³⁵ *Conclusions I/A*, s. 76–76.

się raczej na poszczególnych wybranych fragmentach owych środków wspierania rodzin, by – już na zaawansowanym stadium swego orzecznictwa w trybie skarg zbiorowych – powrócić do warstwy ogólnej i wskazać, że „poszanowanie prawa rodziny do ochrony gospodarczej, prawnej i społecznej wymaga od państw przyjmowania właściwych środków dla popierania dobrobytu i rozwoju rodziny. Obejmuje to głównie środki pozytywne służące ochronie socjalnej, zasiłki, pomoc gospodarczą i przywileje podatkowe, jak też ochronę prawną, środki dotyczące relacji rodzinnych i członków rodziny”.³⁶

Akcentując jeszcze później „znaczenie prawa rodziny do ochrony socjalnej, prawnej i gospodarczej, w kontekście prawa europejskiego praw człowieka w ogóle, a Karty Socjalnej w szczególności”, przypominając zarazem jej opis „jako podstawowej komórki społeczeństwa”, EKPS wskazał, że „wynikający z art. 16 obowiązek wspierania gospodarczej, prawnej i socjalnej ochrony rodziny, a więc także pełnego rozwoju rodziny” jest: po pierwsze, „ściśle związany z obowiązkiem zapewnienia poszanowania życia rodzinnego wpisanym w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”,³⁷ po drugie zaś, „państwa dysponują swobodą wyboru środków, za pośrednictwem których zapewnią socjalną, prawną i gospodarczą ochronę rozmaitych typów rodzin, z których składa się społeczeństwo”.³⁸

Komitet nie porywał się na definiowanie pojęcia rodziny w rozumieniu art. 16 i w ogóle EKS. O tym jednak, że nie podchodził do tego pojęcia formalistycznie i bardzo wąsko, świadczy fakt, że – gdy w I sprawozdaniu Antyli Holenderskich napotkał wzmiankę o „rodzinie »faktycznej«” – natychmiast zażyczył informacji, „jaki jest zakres ochrony, z której taka rodzina korzysta”, zwłaszcza w sferze świadczeń z tytułu zabezpieczenia społecznego, mieszkalnictwa, środków o charakterze fiskalnym itd.”³⁹ Pozytywnie też ocenił nowe środki francuskie jako „poszerzające ochronę rodziny”, gdy przepisy ustawy o finansach z 1987 r. usunęły „pewne nierówności między związkami małżeńskimi i pozamałżeńskimi”.⁴⁰

Z ogromną satysfakcją przywitał Komitet w jednym z państw–stron nowe ustawodawstwo, nie tylko wprowadzające do praktyki zasadę niedyskryminacji i równości praw i obowiązków partnerów w małżeństwie i założycieli rodziny”, ale obejmujące również „prawne uznanie gospodarczej wartości pracy współmałżonka dla gospodarstwa domowego, postawionej na

³⁶ *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*, sk. 69/2011, dec. z 23 października 2012, pkt 134.

³⁷ *European Committee for Home-Based Priority Action for the Child and the Family (EUROCEF) v. France*, sk.82/2012, dec. z 19 marca 2013, pkt 27.

³⁸ *Ibidem*, pkt 28.

³⁹ *Addendum aux Conclusions VIII*, Strasbourg 1985, s.13.

⁴⁰ *Conclusions X-2*, Strasbourg 1988, s. 135. Komitet mówi zgola o „rodzinie pozamałżeńskiej” i pozytywnie odbiera ustalenie ustawy francuskiej z 1987 r., zgodnie z którym – jeśli chodzi o dzieci pozamałżeńskie – „władza rodzicielska może być mimo wszystko wykonywana wspólnie przez rodziców na podstawie ich zwyczajnej wspólnej deklaracji złożonej sędziemu opiekuńczemu” – por. *Conclusions XI-2*, Strasbourg 1991, s. 142.

stopie równości z pracą żywiciela rodziny”.⁴¹ Z drugiej strony, EKPS stwierdził, że „przepis, zgodnie z którym związek nie ma prawa do uzupełnienia dochodu rodzinnego, chyba że to mężczyzna jest zatrudniony na pełnym etacie, nie może być uznany za dający się pogodzić z zasadą równości mężczyzn i kobiet”.⁴²

Zważywszy, że – jak wyżej widzieliśmy – w tekście art. 16 występuje wyraźnie kategoria „życia rodzinnego” oraz że Komitet wyraźnie nawiązuje przy interpretacji tego postanowienia do obowiązku poszanowania życia rodzinnego na podstawie art. 8 EKPC, jak też, że w ogóle z ogromną estymą podchodzi do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, częstokroć również nim się posilując, co do zasady można przyjąć, że szerokie rozumienie rodziny w art. 8 EKPC, zdecydowanie szersze niż w kontekście jej art. 12, jest aktualne także w sferze EKS, chyba że przeczyłyby temu wyraźne postanowienia Karty i dlatego Komitet gorąco wspierał środki na rzecz pomocy dla samotnego rodzica z dziećmi.⁴³

Szczególnie się to uwidaczniało w kontekście sprawozdań dotyczących wykonywania – bardzo szeroko przez Komitet interpretowanych – zobowiązań państw–stron na podstawie art. 17 Karty z 1961 r.⁴⁴ Warto zauważyć, że – mimo ograniczenia formuły ochronnej art. 17 do „ochrony socjalnej i gospodarczej” – Komitet stopniowo coraz to bardziej kładł akcent na oczekiwane elementy ochrony prawnej, by już w IV cyklu kontrolnym stwierdzić, że chociaż „postanowienie to – w przeciwieństwie do art.16⁴⁵ – nie wspomina wyraźnie o ochronie prawnej zainteresowanych osób”, „trudno odłączać ochronę socjalną i gospodarczą matki i dziecka od zapewnianego im statusu prawnego”, zwłaszcza że „polityka socjalna w tej dziedzinie nie mogłaby być urzeczywistniana bez uwzględniania praw przyznanych osobom chronionym oraz obowiązków osób powołanych do zapewniania pożądanej ochrony”.⁴⁶

W związku ze zmianą w ZEKS podmiotu chronionego na podstawie art. 17 (*dzieci i młodzież, zamiast matek i dzieci* – T.J.), w Załączniku do art. 16 wyraźnie potwierdzono, że „ochrona zapewniana tym postanowieniem obejmuje rodziny z samotnym rodzicem”. Wyjaśniono przy tym w Komentarzu,

⁴¹ *Conclusions V*, Strasbourg 1977, s.114. Por. co do Holandii – *Conclusions X-1*, Strasbourg 1987, s.130.

⁴² *Ibidem*, s. 115. Potępił też prawo i praktykę Malty jako nie zapewniające pozycji równości pod względem uprawnień i obowiązków partnerom w małżeństwie, zwracając zwłaszcza uwagę na to, że „władza rodzicielska przyznawana była wyłącznie mężowi” oraz że „to mąż zarządzał wspólną własnością małżonków” – *Conclusions XII-2*, Strasbourg 1993, s. 204.

⁴³ Por. na tle sprawozdania Niemiec – *Conclusions VIII/A*, Strasbourg 1984, s. 187–188.

⁴⁴ Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 57–88.

⁴⁵ Także w przeciwieństwie do art. 17 ZEKS, który w stosunku do dzieci i młodzieży przewiduje ochronę socjalną, prawną i gospodarczą.

⁴⁶ Wyjaśniał przy tym: „prawo nie jest li tylko odzwierciedleniem rzeczywistości gospodarczej i społecznej, lecz ją też określa poprzez sposób, w jaki reguluje stosunki, które dziedzin tych dotyczą” – *Conclusions IV*, Strasbourg 1975, s. 105–106. Por. wątpliwości w tym względzie Komitetu Rządowego – *Rapport du Comite Gouvernementale, 6^e cycle*, s. 11.

ze „odnośnymi »matkami« mogą być matki samotne, ale mogą też one żyć w związku”; ochrona zaś taka „dotyczy w szczególności kobiet, które nie są objęte art. 8 oraz/lub kobiet, które nie są objęte żadnym systemem zabezpieczenia społecznego zapewniającym niezbędną pomoc finansową w rozsądnym okresie przed i po urodzeniu dziecka, jak też adekwatną pomoc medyczną podczas położu”.⁴⁷

Co więcej, na podstawie art. 16 Karty EKPS uwzględnił „ochronę socjalną i gospodarczą wszystkich osób całodziennie zajmujących się w domu pieczą nad małymi dziećmi, rodzicem w podeszłym wieku lub osobą niepełnosprawną”, a we wnioskach dotyczących Szwecji z satysfakcją odnotował, że „od 1989 r. krewny bądź bliski przyjaciel osoby w podeszłym wieku może brać przerwy w pracy, rekompensowane z systemu ubezpieczeń społecznych, do 30 dni rocznie, dla potrzeb opieki nad członkiem rodziny w podeszłym wieku albo bliskim przyjacielem w podeszłym wieku”.⁴⁸ Tak więc, w kontekście ochrony osób w podeszłym wieku krąg „rodzinny” obejmowany ochroną na podstawie art. 16 Karty niepomiarowo się poszerza, daleko wykraczając poza jej tradycyjne granice pojęciowe.

Jest w EKS/ZEKS specyficzny kontekst praw rodziny, w związku z którym spotykamy definicję rodziny sformułowaną dla potrzeb tego właśnie specjalnego kontekstu. Otóż, art. 19 Karty gwarantuje „prawo pracowników–migrantów oraz ich rodzin do ochrony i pomocy”, zobowiązując w szczególności w ust. 6 państwa przyjmujące do „ułatwiania w miarę możliwości połączenia rodziny pracownika–cudzoziemca, który uzyskał pozwolenie na osiedlenie się na danym terytorium”, przy czym – stosownie do Załącznika do Karty – rodzina taka oznacza „jego żonę i pozostające na jego utrzymaniu dzieci do ukończenia 21. roku życia”.

W praktyce wykonywania przez państwa–strony zobowiązań wynikających z tego postanowienia Karty EKPS dopatrywał się wielu nieprawidłowości i uporczywie dopominał się o skrupulatne przestrzeganie zobowiązań. Generalnie podkreślił, że „zasada łączenia rodzin jest jedynie refleksem uznania w Karcie (art. 16) obowiązku zapewniania przez państwa socjalnej, prawnej i gospodarczej ochrony rodziny, która jest traktowana jako »podstawowa komórka społeczeństwa«”.⁴⁹

Wcześniej też – w związku z błędnym użyciem w definicji słowa „żona” (*wife*) – Komitet wyjaśnił, że „użyty w Karcie termin »pracownik« odnosi się zarówno do pracowników, jak i do pracownic, poza przypadkiem, gdy kontekst narzuca odmienną interpretację”, że „w konsekwencji rodzina pracownika–migranta figurująca w Załączniku do Karty obejmuje dzieci (ale nie jej

⁴⁷ Komentarz do art. 16 ZEKS – por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 237–238.

⁴⁸ *Conclusions XII-1*, Strasbourg 1992, s. 213–214.

⁴⁹ *Conclusions VIII/A*, Strasbourg 1984, s. 216–217. Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 127.

męża) na utrzymaniu pracownicy”.⁵⁰ Później podkreślił, że „faktycznie nie ma ograniczeń, nawet pośrednich, jeśli chodzi o możliwość ubiegania się kobiety zamężnej, żywicielki rodziny [...] o dołączenie do niej dzieci pozostających na jej utrzymaniu”; ponieważ w niektórych państwach taką możliwość rozciągano także na męża pracownicy, Komitet wskazał, że to „wykracza poza sformułowania tego postanowienia Karty, jak jest ono interpretowane w Załączniku do tego dokumentu”.⁵¹

Najwięcej wątpliwości wzbudzało kryterium wieku obejmujące dzieci na utrzymaniu w wieku poniżej 21. roku życia. Komitet konsekwentnie wytykał RFN przyjęcie wieku poniżej 16 lat,⁵² innym państwom – wieku poniżej 18 lat⁵³ czy wykluczanie dzieci w wieku 19–20 lat,⁵⁴ w tym wykluczanie tylko synów w wieku 19–20 lat.⁵⁵ Komitet podkreślał, że prawem do połączenia rodziny nie są objęte dzieci nie pozostające na utrzymaniu pracownika–migranta,⁵⁶ dzieci, które w kraju pochodzenia nie są samotne⁵⁷ ani dzieci, które zawarły małżeństwo.⁵⁸ Komitet konsekwentnie się przeciwstawiał, gdy dochodziło pod tymi względami do redukcji zakresu zobowiązań li tylko do pracowników będących obywatelami państw członkowskich Wspólnot/Unii Europejskiej.⁵⁹ Generalnie Komitet zaakcentował, że „biorąc pod uwagę same sformułowania tego załącznika, nie powinien on w żaden sposób być interpretowany jako zezwalający na ustalenie, w charakterze reguły ogólnej, granicy wieku niższej od 21 lat”.⁶⁰

W praktyce niejednego państwa–strony Karty jako przeszkodę dla objęcia członka rodziny zakresem jej połączenia stawiano względy zdrowotne.

⁵⁰ *Conclusions IV*, Strasbourg 1975, s. 127. Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 119.

⁵¹ *Conclusions V*, Strasbourg 1977, s. 139. Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s.121.

⁵² *Conclusions X-2*, Strasbourg 1988, s.155; *Conclusions XI-2*, Strasbourg 1991, s.158. Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 142, 151.

⁵³ *Conclusions VIII/A*, s. 218–219; 220; *Conclusions IX/A*, Strasbourg 1985, s. 113; *Conclusions X-1*, Strasbourg 1987, s. 149; *Conclusions XI-1*, s. 162; *Conclusions XII-1*, s. 239; Por. *Prawa rodziny... Orzecznictwo KNE*, s. 128, 132, 133, 137, 138, 148 i 152.

⁵⁴ *Conclusions VIII/A*, s. 219–220; *Conclusions IX/A*, s. 113–114; *Conclusions X-1*, s. 150; *Conclusions X-2*, s. 154–155; *Conclusions XI-1*, s. 163; *Conclusions XII-2*, s. 225–226; por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 129, 130, 131, 134, 135, 139, 141, 149 i 153.

⁵⁵ *Conclusions VII*, Strasbourg 1981, s. 112; *Conclusions VIII/A*, s. 218–219, 220; *Conclusions X-1*, s. 152; *Conclusions XI-1*, s. 163–164; *Conclusions XII-1*, s. 239; por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 122, 128, 132, 140. 150 i 152.

⁵⁶ *Conclusions VIII/A*, s. 216–217; *Conclusions XI-1*, s. 163–164; por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 126 i 149.

⁵⁷ *Conclusions VIII/A*, s. 220; *Conclusions IX/A*, s. 113–114; *Conclusions X-2*, s. 155–156; por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 132, 134, 135 i 143.

⁵⁸ *Conclusions IX/A*, s. 114–115; *Conclusions X-1*, s. 150–151; por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 135 i 139.

⁵⁹ *Conclusions IX/A*, s. 114–115; *Conclusions X-1*, s.152; *Conclusions XII-1*, s. 239–240; por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 135, 140 i 152.

⁶⁰ *Conclusions VIII/A*, s. 216–217. Por. *ibidem*, s. 218; *Conclusions XI-1*, s. 164. Por. też: *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 126, 127 i 150

W szczególności państwa przyjmujące nie chciały dopuszczać do sytuacji, by potrzeby leczenia np. dziecka czy radzenia z jego niepełnosprawnością były wyłącznym motywem migracji pracowniczej.⁶¹ Bez względu na to, czy chodziło o choroby zakaźne,⁶² choroby umysłowe lub psychiczne⁶³ bądź inne choroby⁶⁴, Komitet generalnie przeciwstawiał się traktowaniu choroby jako uzasadnionej podstawy dla wykluczenia członka rodziny z zakresu prawa do jej połączenia. Oczekiwał od państw–stron przedstawienia listy chorób, które mogłyby uzasadniać odmowę zgody na połączenie rodziny ze względu na zdrowie i stanowczo podkreślał, że odmowa taka „może być usprawiedliwiona jedynie, jeśli choroba stanowi zagrożenie zdrowia publicznego bądź ewentualnie porządku publicznego”.⁶⁵

Podobnie, Komitet stale wytykał Wielkiej Brytanii wykluczenie z zakresu prawa do połączenia rodziny służby domowej⁶⁶ czy niższego personelu szpitalnego⁶⁷, zamieszkałych odpowiednio w domu lub w szpitalu, nie dając się przekonać argumentowi, że warunkiem wstępnym takiego zatrudnienia jest bycie osobą samotną czy bezdzietnym małżeństwem. I przeciwnie, Komitet przychylnie się ustosunkowywał do przypadków poszerzonego postrzegania rodziny pracownika–migranta, z rozciąganiem prawa do połączenia rodziny np. na rodziców pracownika⁶⁸ czy na relacje „quasi-mażeńskie”.⁶⁹ Co istotne, Komitet uznał, że nie ma podstaw do wykluczenia z prawa do połączenia rodziny pracowników na kontraktach zagranicznych, sukcesywnie odnawianych.⁷⁰

⁶¹ *Conclusions III/A*, Strasbourg 1973, s. 106–107. Por. *Prawa rodziny... Orzecznictwo KNE*, s. 118.

⁶² *Conclusions X-1*, s. 149–150; *Conclusions XI-1*, s. 162–163; por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 137 i 148.

⁶³ *Conclusions VIII/A*, s. 218–219; *Conclusions IX/A*, s. 113–114; *Conclusions X-1*, s.149–150; *Conclusions XI-1*, s. 162–163; por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 129, 134, 137 i 148.

⁶⁴ *Conclusions V*, s. 138–139; *Conclusions VIII/A*, s. 217–218; *Conclusions X-1*, s. 150; *Conclusions X-2*, s. 155–156, 157; *Conclusions XI-2*, s. 157. Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 120, 124, 130, 139, 142, 150 i 155.

⁶⁵ *Conclusions XII-2*, s. 228. Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 155.

⁶⁶ *Conclusions III/A*, s. 105–106; *Conclusions V*, s. 139–140; *Conclusions VII*, s. 113; *Conclusions VIII/A*, s. 220–221; *Conclusions IX/A*, s. 115; *Conclusions X-1*, s. 151–152; por. *Prawa rodziny – Orzecznictwo KNE*, s. 117, 118, 121, 123, 132, 135 i 140.

⁶⁷ *Conclusions V*, s. 141–142; *Conclusions VII*, s. 113; *Conclusions VIII/A*, s. 220–221; *Conclusions IX/A*, s. 115; *Conclusions X-1*, s. 151–152; por. *Prawa rodziny – Orzecznictwo KNE*, s. 121, 123, 132, 135 i 140.

⁶⁸ W przypadku Norwegii Komitet „z radością” odnotował, że prawem do połączenia rodziny są obejmowani także „rodzice pozostający na utrzymaniu, zwłaszcza jeśli są samotni, a także inni krewni, którzy zdają się stanowić część gospodarstwa domowego” – *Conclusions VIII/A*, s. 218–219. Podobnie w stosunku do Włoch – *Conclusions X-2*, s. 155–156. Por. *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 131 i 143.

⁶⁹ Dotyczyło to Szwecji – *Conclusions IX/A*, s. 113–114. Por. *Prawa rodziny... Orzecznictwo KNE*, s. 134.

⁷⁰ Dotyczyło to RFN – *Conclusions XI-2*, s. 158. Por. *Prawa rodziny... Orzecznictwo KNE*, s. 151.

Generalnie można stwierdzić, że w kontekście art. 19 ust. 6 Karty Komitet, z jednej strony, dostrzegał i doceniał specyfikę rozumienia „rodziny pracownika–migranta”, dostrzegając i doceniając, z drugiej strony, znaczenie kategorii rodziny w rozumieniu art. 16 Karty i ochrony jej tam zapewnianej dla realności ochrony na podstawie art. 19 Karty. Nie wyrażał zgody na ścieśniające rozumienie przez państwa strony rodziny pracownika–migranta mającej tytuł do połączenia, i – przeciwnie – przychylnie się ustosunkowywał do rozszerzonej wizji łączonej rodziny.

Zobowiązania konkretne państw w interakcji postanowień EKS/ZEKS

Zanim zajmę się rodzinnym wymiarem standardu słusznego wynagrodzenia, chciałbym wskazać, że z problemami rodziny kojarzy się także art. 2 Karty, zwłaszcza jego ust.3, w kontekście którego EKPS zwracał uwagę na jego cel, którym jest „ochrona pracowników przed wszelkimi nadużyciami [...] w obrębie jego własnej rodziny”, i podkreślał, że „pracownicy rodzinni w rolnictwie powinni być chronieni w takiej mierze, jak inne kategorie pracowników”.⁷¹ W związku zaś z art. 3 Karty zaakcentowano m.in., że „pracownicy na własnym rozrachunku, wspomagani przez członków swych rodzin, muszą być odpowiedzialni za środki bezpieczeństwa i zdrowia służące ochronie tych ostatnich”.⁷² Komitet zaś domagał się od Francji wyjaśnienia, czy przepisy prawne dotyczące bezpieczeństwa i zdrowia pracowników znajdują zastosowanie „również do farm, w których zatrudnieni są jedynie członkowie rodziny farmera”, jak też pozytywnie oceniał nowe ustawodawstwo szwedzkie „specjalnie się odnoszące do farm rodzinnych”.⁷³

Co do standardu słusznego wynagrodzenia w art. 4 ust. 1 Karty, Komitet już na samym początku wskazał, że „postanowienie to, które zobowiązuje Umawiające się Państwa do podejmowania właściwych środków dla zapewnienia godnego poziomu życia pracownikom i ich rodzinom, wymaga od tych państw czynienia ciągłych wysiłków dla osiągnięcia celów ustalonych tym postanowieniem Karty”, biorąc przy tym pod uwagę „fakt, że status społeczno-gospodarczy pracownika i jego rodziny podlega zmianom oraz że jego podstawowe potrzeby, które początkowo skupiają się na zaspokajaniu czysto materialnych potrzeb elementarnych, takich jak wyżywienie i mieszkanie,

⁷¹ Por. *Conclusions IV*, s. 17. Por. też, w związku z art. 2 ust. 2, akcent na potrzebę ochrony „dzieci i młodzieży na farmach poprzez zapewnienie, by nie pracowali przez nadmierną liczbę godzin, czy to w okresie zajęć szkolnych, czy też w czasie wakacji szkolnych” – *Conclusions III*, s. 12.

⁷² *Parliamentary Assembly, Report, Doc.3276rev.*, pkt 17 – [w:] *Prawa rodziny – Orzecznictwo KNE*, s. 166.

⁷³ *Conclusions V*, s. 19, 20. W trybie skarg zbiorowych Komitet nie spotkał się z problemami „wymiaru rodzinnego” art. 2 i 3 Karty.

zmierzają następnie w kierunku zapotrzebowań o coraz to bardziej zaawansowanym i złożonym charakterze, takich jak ułatwienia edukacyjne oraz korzyści kulturalne i socjalne”.⁷⁴

Komitet wyjaśnił, że „o zobowiązaniach tych można powiedzieć, iż są wypełnione, jedynie wtedy, gdy w praktyce położono kres wynagrodzeniom, które nie umożliwiają [...] zagwarantowania osobom, które je otrzymują, oraz ich rodzinom, godnego poziomu życia”.⁷⁵ Zaznaczył zarazem, że realizacji „polityki pełniejszego zatrudnienia...nie można uznać za dający się zaakceptować powód obniżania płac do tak niskiego poziomu, że pracownik nie może już zachować »godnego« standardu życia dla siebie i dla swojej rodziny”.⁷⁶ W późniejszej „uwadze interpretacyjnej” Komitet podkreślił, że „»godny poziom życia«, który znajduje się w samym sercu tego postanowienia Karty, ma na względzie nie tylko bazowe potrzeby czysto materialne, takie jak pożywienie, ubranie i mieszkanie, ale ogarnia również zasoby niezbędne dla uczestnictwa w aktywności kulturalnej, edukacyjnej i społecznej. Wynika stąd, że gwarantowanie godnego poziomu życia oznacza zapewnienie płacy minimalnej (uzupełnianej w razie potrzeby dodatkowymi świadczeniami), której wysokość ma wystarczać na zaspokojenie wszystkich tych potrzeb”.⁷⁷

Z natury rzeczy art. 7 Karty dysponuje rozumiałym „wymiarom rodzinnym”. EKPS podkreślił, w związku z jego ust. 1, „generalny zakres tego postanowienia, które znajduje zastosowanie do wszystkich kategorii pracy (włączając w to rolnictwo, prace domowe i sektor usług)”, w tym do „przedsiębiorstw rodzinnych”.⁷⁸ W szczególności, wytykając niedociągnięcia Grecji, Komitet przypomniał „swoje stałe orzecznictwo, stosownie do którego art. 7 ust. 1 stosuje się do wszystkich typów pracy, włączając w to prace rolne i domowe o charakterze rodzinnym, których nie można *a priori* uznać za pracę »lekką« w rozumieniu tego postanowienia”.⁷⁹

⁷⁴ *Conclusions I*, Strasbourg 1969–1970, s. 26. Co do informacji niezbędnych dla zweryfikowania tego standardu – por., ibidem, s. 176. Por. *Recueil de Jurisprudence relative a la Charte Sociale Europeenne*, Strasbourg 1982, s. 29–31.

⁷⁵ *Conclusions III*, s. 23. Por. o wiele bardziej precyzyjne wskazania Komitetu, [w:] *Conclusions V*, s. 25–26. Co do „dochodu postawionego do dyspozycji rodziny, w której tylko jeden rodzic pracuje – *Conclusions XI-2*, s. 66.

⁷⁶ *Conclusions XI-2*, s. 28.

⁷⁷ *Conclusions XIX-3 (2010). Introduction generale*, s. 5, pkt 10. W trybie skarg zbiorowych Komitet nie zajmował się w kontekście art. 4 problemami jego „wymiaru rodzinnego”.

⁷⁸ *Conclusions V*, s. 55. Za naruszenie Karty uznał Komitet brak ustawodawstwa „regulującego zatrudnienie dzieci należących do rodziny pracodawcy” – por. *Conclusions VII*, s.42. Por. też: *Conclusions X-2*, s. 79.

⁷⁹ *Conclusions XII-1*, s. 133–134. Por. też: *Conclusions XII-2*, s. 119. W związku z art. 7 ust. 3, por.: *Conclusions I*, s. 187; *Conclusions II*, s. 32; *Conclusions VI*, s. 46; *Conclusions VII*, s. 45. Co do odmiennego poglądu Komitetu Rządowego – patrz: *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 188. Zgromadzenie Parlamentarne poparło pogląd KNE – por. ibidem, s. 189–190. W kontekście ust. 10 – por. *Conclusions V*, s. 73–74; *Conclusions XII-1*, s. 135; *Conclusions XIII.2*, s. 301; *Conclusions XIII-3*, s. 311.

W decyzji z 9 września 1999 r. EKPS potwierdził, że zakaz z art. 7 ust. 1 „odnosi się do wszystkich sektorów gospodarki i wszystkich typów przedsiębiorstw, w tym do przedsiębiorstw rodzinnych, jak też do wszelkich form pracy, opłacanej bądź nie”; dodał przy tym: „Praca w rodzinie (pomoc w domu) także wchodzi w zakres art. 7 ust. 1, nawet gdy praca taka nie jest wykonywana dla przedsiębiorstwa w sensie prawnym i ekonomicznym tego słowa, a dziecko formalnie nie jest pracownikiem. Chociaż wykonywanie takiej pracy przez dzieci można uważać za normalne, a nawet stanowiące składnik ich wychowania, w razie nadużyć może ona także zawierać ryzyka, które art. 7 ust. 1 na ma celu wyeliminować”.⁸⁰

Wymiar rodzinny prawa do zdrowia w art. 11 EKS kojarzyć można z ustaleniem Komitetu na samym początku jego prac, że „system medycyny i zdrowia” musi obejmować m.in. „środki specjalne dla ochrony zdrowia matek, dzieci i osób w podeszłym wieku”.⁸¹ W decyzji z 11 września 2012 r. uznał się on za związany „międzynarodowo uznaną zasadą najlepszych interesów dziecka” i przypomniał, że „bezpłatne konsultacje i przeglądy powinny być zapewnione kobietom ciężarnym i dzieciom w całym kraju”.⁸² W związku z zaskarżonym sposobem realizowania edukacji seksualnej w szkołach chorwackich, Komitet uznał priorytetowe znaczenie rodziny jako najbardziej właściwej struktury dla zapewniania edukacji zdrowotnej, ale też podkreślił, że „zobowiązanie z art. 11 ust. 2 nie godzi, jego zdaniem, w prawa rodziców do wyjaśniania i doradzania swoim dzieciom, do wykonywania wobec swoich dzieci naturalnych funkcji rodzicielskich w charakterze edukatorów, bądź ukierunkowywania ich dzieci stosownie do własnych rodzicielskich przekonań religijnych i filozoficznych”, co jednak nie przeszkodziło mu w uznaniu, że „dyskryminacyjne stwierdzenia zawarte w materiałach edukacyjnych używanych w zwykłym programie szkolnym – w świetle klauzuli niedyskryminacji – stanowią naruszenie art.11 ust.2”.⁸³ Z perspektywy rodziny można też spojrzeć na decyzję Komitetu we włoskiej sprawie aborcyjnej dotyczącej problemów powodowanych sprzeciwem sumienia lekarzy.⁸⁴

W kontekście art. 12 EKS Komitet podkreślił, że „najwyższe znaczenie ma to, by systemy zabezpieczenia społecznego były adekwatne dla ochrony społeczeństwa, zwłaszcza jeśli chodzi o rodziny, osoby niepełnosprawne,

⁸⁰ *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal*, sk.1/1998, dec. z 9.09.1999, pkt 27 i 28, odpowiednio.

⁸¹ *Conclusions I*, s. 59, pkt 2.

⁸² *Medecins du Monde – International (MMI) v. France*, sk. nr 67/2011, dec. z 11.09.2012, pkt 141 i 149, odpowiednio. Por. co do dzieci w kontekście ich bezdomności – *DCI v. Belgium*, sk. nr 69/2011, dec. z 23.10.2012, pkt 117-118.

⁸³ *INTERIGHTS v.Croatia*, sk.nr 45/2007, dec. z 30.03.2009 r., pkt 44, 50 i 66,79, odpowiednio. Komitet odwołał się do rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy nr R(88)7 w sprawie szkolnej edukacji zdrowotnej oraz do wyroku ETPC w sprawie *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* z 7 grudnia 1976 r.

⁸⁴ *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy*, sk. nr 87/2012, dec. z 10.03.2014 r.

osoby w podeszłym wieku i pracowników–migrantów”.⁸⁵ O dziwo, to w związku z art. 13 Karty Komitet oceniał brytyjską praktykę kredytów rodzinnych, jak też zasiłków rodzinnych na Wyspie Man⁸⁶, podobnie jak chciał badać stopień pokrycia z pomocy socjalnej „potrzeb rodziny”.⁸⁷ Gdy IFHR domagała się od Komitetu stwierdzenia, że niedostatek w Belgii adekwatnych placówek dla wysoce uzależnionych dorosłych osób niepełnosprawnych pozbawia te osoby i ich rodziny praw gwarantowanych przez art. 13 ust. 3, Komitet uznał, że – jeżeli takie osoby, „a w szczególności ich rodziny popadają w niedostatek zasobów materialnych, ubóstwo, wykluczenie społeczne i – jak dodaje IFHR – wykluczenie ze stosunków pracy, sytuacja taka jest raczej konsekwencją polityki i praktyki państwa pozwanego wobec niepełnosprawności, których zgodność z Kartą będzie oceniana na podstawie innych odpowiednich postanowień [...]”.⁸⁸

W tejże sprawie, ale badanej na podstawie art. 14 Karty, Komitet uznał, że dostęp osób niepełnosprawnych do świadczeń opieki społecznej można uznać za równy i efektywny, jeśli państwo–strona oferuje rozmaite i liczne metody opieki nad takimi osobami ze strony wspólnoty oraz jeśli liczba i jakość rzeczywiście zapewnianych świadczeń opieki społecznej odpowiada – tak ściśle, jak to tylko możliwe – specyficznym, praktycznym, indywidualnym potrzebom zainteresowanych osób, tak, by zapewnić zainteresowanym użytkownikom, a nade wszystko ich rodzinom, dokonywanie swobodnego wyboru, pod warunkiem, że działają one na rzecz tych osób, a nie zamiast nich”.⁸⁹ Oceniał też tę sytuację z perspektywy art. 15 Karty i uznał, że „w zakresie, w jakim osoby te są wykluczone z placówek opieki dziennej czy nocnej, pozostają one w domu ze swoimi rodzinami, przy czym – zgodnie z art. 15 ust. 3 – do państw–stron należy zapewnienie, by służby socjalne podejmowały działania służące niezbędnemu przystosowaniu domu, tak, by pozwolić tym osobom na zintegrowanie się i godny byt w rodzinie i w środowisku społecznym”.⁹⁰

Jeśli chodzi o art. 17 Karty z 1961 r., informacje, jakich od państw–stron domagał się Komitet, jednoznacznie wskazują, że dominująca była w tym kontekście perspektywa rodziny.⁹¹ Komitet zajmował się sytuacją prawną

⁸⁵ *Conclusions XII-1*, s. 33–34. Por. co do porodów szpitalu – *ibidem*, s. 183–184, jak również co do dodatków rodzinnych dla cudzoziemców – *Conclusions XII-2*, s. 179–180.

⁸⁶ *Conclusions XII-1*, s. 189–190 i 192.

⁸⁷ *Addendum to Conclusions IX-2*, Strasbourg 1987, s. 33.

⁸⁸ *International Federation of Human Rights (IFHR, fr. FIDH) v. Belgium*, sk. nr 75/2011, dec. z 18.03.2013, pkt 9, w zw. z pkt 162.

⁸⁹ *Ibidem*, pkt 110. Dodał, że „poważne problemy zdrowotne takich osób owocują kompletnym brakiem kontroli nad ich życiem i składają je do domagania się – wraz z ich rodzinami, działającymi w ich imieniu, a nie zamiast nich – by ich indywidualność i ludzka godność były uszanowane” – *ibidem*, pkt 208.

⁹⁰ *Ibidem*, pkt 175.

⁹¹ *Conclusions I*, s. 77. Por. *Conclusions III*, s. 87.

dzieci pozamałżeńskich,⁹² dziećmi pozbawionymi ogniska domowego,⁹³ wsparciem dla matek, zwłaszcza matek niezamężnych, przed i po porodzie,⁹⁴ a także ochroną prawną należną na podstawie art. 17, mimo że o niej w nim się nie wspomina.⁹⁵

W zmienionym art. 17 ZEKS akcentuje się obowiązek podejmowania przez państwa–strony środków zapewniających dzieciom i młodzieży „pieczę, pomoc, edukację i szkolenie” „z uwzględnieniem praw i obowiązków ich rodziców”, jak również „zapewnienia ochrony i pomocy specjalnej państwa dzieciom i młodzieży czasowo bądź ostatecznie pozbawionym wsparcia ze strony ich rodziny”.⁹⁶

Jeśli chodzi o orzecznictwo EKPS w trybie skargowym, skargi opierane na art. 17 najczęściej dotyczyły zakazu kar cielesnych wobec dzieci, na które go urzeczywistnienie Komitet energicznie nastawał.⁹⁷ We wspomnianej już wyżej sprawie EUROCEF v. France Komitet stanął wobec problemu zawieszenia zasiłków rodzinnych jako sankcji wobec rodziców za wagarów ich dzieci i uznał, że „nie tylko, że zawieszenie zasiłków rodzinnych z powodu wagarów może dodatkowo utrudniać sytuację gospodarczą i społeczną odnośnej rodziny (utrudniając tym samym stwarzanie warunków niezbędnych dla pełnego rozwoju rodziny, jak tego wymaga art. 16), ale także, że nie ma żadnego dowodu na to, iżby pomagało to w osiągnięciu celu powrotu dziecka do szkoły (co jest także jednym z celów Karty – w art.17 mówi się o »trochę o regularne uczęszczanie do szkół«)”.⁹⁸

W związku z art. 19, Komitet już na samym początku stwierdził, że zobowiązania państw migracyjnych dotyczą obywateli innych stron m.in. „w celu towarzyszenia lub połączenia się z członkiem rodziny”, zaś zobowiązania państw emigracyjnych dotyczą „swoich własnych obywateli pragnących z takich samych motywów udać się za granicę”.⁹⁹ W sposób szczególnie zaak-

⁹² Por. *Conclusions I*, s. 77; *Conclusions IV*, s. 106.

⁹³ *Conclusions III*, s. 87.

⁹⁴ Ibidem. Por. *Conclusions VIII*, s. 190.

⁹⁵ Por. *Conclusions IV*, s. 105. Por. wątpliwości Komitetu Rządowego – *Rapport du Comite Gouvenementale*, 3^e cycle, CG/CVh.Soc.(74)14, s. 8–9, 11. Por. też: *Prawa rodziny...Orzecznictwo KNE*, s. 68–69.

⁹⁶ Por. *Prawa rodziny... Orzecznictwo KNE*, s. 238–239. W komentarzu podkreśla się, że art. 17 ZEKS „chroni dzieci niezależnie od takich czynników, jak ich urodzenie czy status małżeński ich rodziców” (pkt 70), zaś „słowo »rodzice« w ust. 1.a. należy pojmować jako obejmujące także opiekunów prawnych lub inne osoby ponoszące prawnie odpowiedzialność za dziecko” (pkt 72) –ibidem, s. 240.

⁹⁷ Por.: *Organisation Mondiale contra Torture (OMCT) v. Greece*, sk.nr 17/2003, dec. z 7.12.2004; *OMCT v. Ireland*, sk. nr 18/2003, dec. z 7.12.2004; *OMCT v. Belgium*, sk. nr 21/2003, dec. z 7.12.2004 – ze stwierdzeniem naruszenia art. 17; dec. z 7.12.2004; *OMCT v. Italy*, sk. nr 19/2003, dec. z 7.12.2004; *OMCT v. Portugal*, sk. nr 20/2003, dec. z 7.12.2004 – ze stwierdzeniem braku naruszenia art. 17. W *OMCT v. Portugal*, sk.nr 34/2006, dec. z 5.12.2006 – jednak ze stwierdzeniem naruszenia art. 17.

⁹⁸ *EUROCEF v. France*, sk. nr 82/2012, dec. z 19.03.2013, pkt 38.

⁹⁹ *Conclusions I*, s. 81.

centował zobowiązania w dziedzinie ułatwiania migrantom dostępu do mieszkań rodzinnych, albowiem niedostatek środków tej mierze „wywołuje reperkusje dla połączenia rodziny pracownika–migranta (ust. 6)” i „wymaga nie tylko środków administracyjnych i prawnych, ale też faktycznych dla ułatwienia mniej lub bardziej zapewnienia takiej rodzinie mieszkania”.¹⁰⁰

Komitet w trybie sprawozdawczym – poza wyżej już przedstawioną problematyką łączenia rodziny pracownika–migranta na podstawie art. 19 ust. 6 – dopatrywał się zobowiązań państw–stron Karty wobec rodzin na podstawie art. 19 w kontekście jego ust. 1¹⁰¹, 2¹⁰², 4¹⁰³ oraz 9 i 10¹⁰⁴. W trybie skargowym stwierdzał naruszenie praw mieszkaniowych rodzin romskich na podstawie art. 19 ust. 4¹⁰⁵ albo na podstawie ust. 8¹⁰⁶.

W kontekście prawa osób w podeszłym wieku do ochrony socjalnej na tle art. 23 ZEKS Komitet w sprawie fińskiej stwierdził, że „Funkcjonowanie zasiłków opiekuńczych dla członków rodziny troszczących się o starszego krewnego jest jednym ze sposobów urzeczywistniania art. 23, który Komitet w swoich konkluzjach uwzględnia”.¹⁰⁷ Z kolei w związku z art. 30 ZEKS w swym oświadczeniu interpretacyjnym Komitet wskazał, że wymagane „podejście praw człowieka” akcentuje „bardzo ścisłą więź między skutecznością prawa uznanego w art. 30 Karty a korzystaniem z praw uznanych przez inne postanowienia, takich jak [...] socjalna, prawna i gospodarcza ochrona rodziny (art. 16) [...], nie zapominając o istotnym oddziaływaniu klauzuli niedyskryminacji (art. E), która oczywiście obejmuje niedyskryminację ze względu na ubóstwo”.¹⁰⁸ We wspomianej już wyżej sprawie francuskiej, w której zarzucono również naruszenie praw rodzin wynikających z art. 30, w związku z art. E, Komitet uznał, że pozbawienie takich osób zasiłków rodzinnych „stanowiące naruszenie art. 16 Karty, nie może być uważane za stanowiące także naruszenie art. 30 Karty”, ponieważ „globalne, skoordyno-

¹⁰⁰ Ibidem, s. 81–82.

¹⁰¹ *Conclusjions XI-1*, s. 156–157.

¹⁰² *Conclusions II/A*, Strasbourg 1971, s. 64; *Conclusions III*, s. 98–99; *Conclusions IV*, s. 117–118.

¹⁰³ *Conclusions II/A*, s. 67; *Conclusions IV*, s. 123–124; *Conclusions X-2*, s. 152; *Conclusions XI-1*, s. 159–160.

¹⁰⁴ *Conclusions I/A*, s. 86; *Conclusions VIII/A*, s. 225; *Conclusions IX/A*, s. 116; *Conclusions X-1*, s. 155 – co do ust. 9; oraz *Conclusions IX-2*, s. 102 – co do ust. 10.

¹⁰⁵ *European Roma Rights Center (ERRC) v. France*, sk. nr 51/2008, dec. z 19.10.2009, pkt 112 –zdaniami Komitetu, „ustalenie naruszenia art. 31 oznacza ustalenie, że doszło także do naruszenia art. 19 ust. 4.c.. Podobnie w: *ERRC v. Italy*, sk. nr.27/2004, pkt 35 i 41).

¹⁰⁶ Por. *Centre for Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, sk. nr 58/2009, dec. z 25.06.2010, pkt 143, 161; *COHRE v. France*, sk. nr 63/2010, dec. z 28.06.2011, pkt 78-79; *European Roma and Travellers Forum (ERTF) v. France*, sk. nr 64/2011, dec. z 24.01.2012, pkt 66-67; *MMI v. France*, sk. nr 67/2011, dec. z 11.09.2012, pkt 117, 183.

¹⁰⁷ *The Central Association of Carers in Finland (CACF) v. Finland*, sk. nr 70/2011, dec. z 4.12.2012, pkt 47.

¹⁰⁸ *ESC – ECSR. Conclusions (2013). General Introduction. January 2014: Statement on Interpretation on Article 30*, s. 11–12.

wane podejście przyjęte przez rząd francuski stworzyło jasne ramy analityczne, zestaw właściwych priorytetów i wspierało właściwe działania”.¹⁰⁹

Na tle art. 31 ZEKS Komitet stwierdził, że „Władze muszą też zwracać szczególną uwagę na oddziaływanie ich wyborów politycznych na grupy najbardziej upośledzone, w tym przypadku na jednostki i rodziny cierpiące wykluczenie i ubóstwo”.¹¹⁰ Podobnie, w innej sprawie francuskiej Komitet uznał, że „niezadowolające urzeczywistnianie ustawodawstwa dotyczącego zapobiegania eksmisjom oraz brak środków dla zapewnienia rozwiązań na rzecz schronienia dla eksmitowanych rodzin stanowi naruszenie art. 31 ust. 2 Zrewidowanej Karty”.¹¹¹

W szczególności na tle problemów mieszkaniowych Romów w Portugalii Komitet podkreślił, że „oferowane Romom budownictwo socjalne powinno być – na ile to tylko możliwe – odpowiadającym im kulturowo. Przenoszenie rodzin romskich do bloków mieszkaniowych często uniemożliwiało spotkania rodzinne i okazjonalne, zważywszy na zerwanie ich środków bytowania w charakterze wspólnoty oraz więzi solidarności. Co więcej, stają oni także wobec wrogiego nastawienia sąsiadów w blokach mieszkaniowych. Komitet uważa zatem, że w polityce planowania należy na te problemy zwracać uwagę”.¹¹²

Zobowiązania konkretne państw–stron na podstawie art. 16 EKS/ZEKS

Jak już wyżej wskazałem, art. 16 Karty gwarantuje rodzinie – każdej rodzinie, a nie tylko rodzinom niesprawnym, upośledzonym czy wykluczonym – tytuł do ochrony i pomocy, realizowanej przez państwo w ramach wszechstronnej rzeczywistej polityki rodzinnej: zabezpieczającej jej możliwości „pełnego rozwoju”, a więc co do stopnia – optymalnej; obejmującej ochronę prawną, gospodarczą i socjalną, a więc co do jej zakresu czy przedmiotu – wyczerpującą, pełną, kompletną.

¹⁰⁹ *EUROCEF v. France*, sk. nr 82/2012, dec. z 19.03.2013, pkt 58-59. Komitet podkreślił przy okazji, że „Francja ma najwyższy wskaźnik zasiłków rodzinnych: – ibidem, pkt 60.

¹¹⁰ *International Movement ATD Fourth World (ATD) v. France*, sk. nr 33/2006, dec. z 5.12.2007, pkt 67. Komitet dodał: „[...] musi istnieć adekwatne zabezpieczenie dostępnych mieszkań. Mieszkanie jest postrzegane jako dostępne, gdy gospodarstwo domowe może opłacić koszty pierwotne (depozyt, czynsz z góry), czynsze bieżące oraz/lub inne koszty (użytkowania, utrzymywania i zarządzania) w skali długoterminowej i zachowuje zdolność do utrzymywania minimalnego standardu życia, określonego przez społeczeństwo, w którego skład dane gospodarstwo domowe wchodzi” – ibidem, pkt 94.

¹¹¹ *Federation Europeenne des Associations Nationales Travalliant avec les Sans-abri (FEANTSA) v. France*, sk. nr 39/2006, dec. z 5.12.2007, pkt 92. Por. ibidem, pkt 63, 124, 143i 160.

¹¹² *ERRC v. Portugal*, sk. nr 61/2010, dec. z 30.06.2011, pkt 49. Por. *ibidem*, pkt 50. Por. *MMI v. France*, sk. nr 67-2011, dec. z 11.09.2012, pkt 63.

Komitet w trybie sprawozdawczym nie pokusił się o bardziej precyzyjne zdefiniowanie „warunków życia niezbędnych dla pełnego rozwoju rodziny”.¹¹³ W swych wnioskach konkretnych skupiał się raczej na szczegółowych „środkach”, wymienionych w art. 16 *in fine*, nie kojarząc ich z urzeczywistnianiem owych „warunków niezbędnych dla pełnego rozwoju” rodziny”, a nawet nie wiążąc ich z konkretnymi typami ochrony (prawnej, gospodarczej, socjalnej), wobec czego ich kwalifikowanie do jednego z tych typów może budzić wątpliwości.

Owszem, gdy Komitet stawia wymagania wobec tekstów ustaw krajowych,¹¹⁴ co do kompetencji centralnych oraz regionalnych i lokalnych organów państwa,¹¹⁵ co do rodzin *de facto* czy rodzin adopcyjnych,¹¹⁶ co do równości w małżeństwie czy wspólnej władzy rodzicielskiej,¹¹⁷ co do prawa do poszanowania życia rodzinnego,¹¹⁸ co do opiekunów¹¹⁹ czy wreszcie co do dowartościowania pracy domowej kobiet¹²⁰ – możemy zakładać, że mamy do czynienia z ochroną prawną rodziny.

Przypomnijmy, że sam art. 16 wyraźnie mówi o „ochronie życia rodzinnego”, jak również, że w trybie skargowym Komitet niejednokrotnie odwoływał się do art. 8 EKPC. Tak np. w sprawie greckiej stwierdził, że kontekście „adekwatnych miejsc postojowych” (obozowisk) dla „grup wędrownych” „art. 16 zawiera zobowiązania podobne do zobowiązań z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”.¹²¹ Z kolei w sprawie włoskiej Komitet uznał, że „równoległe do art. 8 EKPC, art. 16 Zrewidowanej Karty chroni prawo do osobistego rozwoju oraz prawo do ustanawiania i rozwijania relacji z innymi ludźmi i światem zewnętrznym”.¹²² Wreszcie w sprawie francuskiej Komitet generalnie wskazał, że „wynikający na podstawie art. 16 obowiązek promowania gospodarczej, prawnej i socjalnej ochrony rodziny, a więc i pełnego rozwoju rodziny, jest ściśle związany z obowiązkiem zapewnienia poszanowania życia rodzinnego wpisanym w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”.¹²³

¹¹³ Por. wzmianka w: *Conclusions I/A*, s. 75.

¹¹⁴ *Conclusions III/A*, s. 85–86; *Conclusions IX/A*, s. 99 (co do Holandii).

¹¹⁵ *Conclusions III/A*, s. 85 (co do Włoch); *Conclusions XII-2*, s. 203–204 (co do Niemiec).

¹¹⁶ *Addendum aux Conclusions VIII*, s. 13; *Conclusions VIII/A*, s. 187–188 (co do Włoch); *Conclusions X-1*, s.1290130 (co do Grecji).

¹¹⁷ *Conclusions V*, s. 113–114; *Conclusions X-1*, s. 129–130; *Conclusions XII-1*, s. 213–214. Por. *Conclusions XI-2*, s. 141–142 (co do dzieci pozamałżeńskich).

¹¹⁸ *Conclusions XI-1*, s. 144–145 (co do Holandii i wraz z powołaniem się na wyrok ETPC w sprawie Berrehab). Por. *Conclusions XII-1*, s. 213 (co do Holandii i wykonania przez nią ww. wyroku Trybunału). Por. opinia Komitetu Rządowego w tym przedmiocie – *Governmental Committee, Report 11(1)*, s. 92.

¹¹⁹ *Conclusions XII-1*, s. 214 (co do Szwecji).

¹²⁰ *Conclusions V*, s. 115.

¹²¹ *ERRC v. Greece*, sk. nr 15/2003, dec. z 8.12.2004, pkt 25.

¹²² *COHRE v. Italy*, sk. nr 58/2009, dec. z 25.06.2010, pkt 129.

¹²³ *EUROCEF v. France*, sk. nr 82/2012, dec. z 19.03.2013, pkt 27.

Nie ma takiej jasności kwalifikacji, jeśli chodzi o – wyraźnie wymienione w treści art. 16 jako środki „gospodarczej, prawnej i socjalnej – bez jakiegokolwiek rozróżnienia – ochrony życia rodzinnego”, obok „innych właściwych środków” – „zasiłki socjalne¹²⁴ i rodzinne¹²⁵, „ulgi podatkowe”¹²⁶ i „zasiłki dla nowożeńców”¹²⁷. Kojarzą się one często z prawem do słusznego wynagrodzenia (art. 4), prawem do zabezpieczenia społecznego (art. 12) oraz z prawem do pomocy socjalnej i medycznej (art. 13). Na pierwszy rzut mają one charakter socjalny czy społeczny, ale nie jest to wcale takie pewne. Oto w ostatniej sprawie francuskiej EKPS uznał, że „zasiłki rodzinne...stanowią jeden ze środków zapewniania ochrony gospodarczej, zgodnie z art. 16 Karty”, jako że „pomagały zabezpieczyć – zgodnie z art. 16 Karty – dodatkowe dochody celem osiągnięcia wystarczającego poziomu gospodarczego [...]”.¹²⁸

Warto uzmysłowić wskazania Komitetu dotyczące urzeczywistniania przez państwa–strony praw chronionych w Karcie, w tym prawa rodziny do wszechstronnej ochrony. Oto w jednej ze spraw EKPS zaznaczył, że „choć możliwe jest uzależnienie przyznania praw socjalnych od spełnienia pewnej liczby warunków, warunki te nie mogą być takie, by ich spełnienie w większości przypadków było niemożliwe, co w rezultacie stałoby na przeszkodzie urzeczywistnieniu tych praw”.¹²⁹

Wypełnienie przez państwa–strony ich zobowiązań nie zawsze jest łatwe; toteż w jednej z wcześniejszych spraw Komitet wskazał – co później niejednokrotnie w orzecznictwie swym przypominał – że „gdy osiągnięcie któregoś z praw jest wyjątkowo skomplikowane i szczególnie kosztowne, państwo–strona musi podejmować środki, które – w rozsądnym czasie, z dającym się

¹²⁴ *Conclusions VIII/A*, s. 188–189; *Addendum aux Conclusions VIII*, s.13. Można tu włączyć, jak się wydaje, wskazania Komitetu co do funkcjonowania „służb socjalnych”, „instytucji wspomagania dzieci w wieku przedszkolnym” czy „społeczno-kulturalnego wyposażenia do dyspozycji rodzin” – por. *Conclusions I/A*, s. 75–76; *Conclusions I/B*, s. 203–204; *Conclusions III/A*, s. 85–86. Por. co do niedostatków w sferze świadczeń społecznych na rzecz osób poważnie niepełnosprawnych w Belgii – *FIDH v. Belgium*, sk. nr 75/2011, dec. z 18.03.2013, pkt 185, 187 i 216.

¹²⁵ Por.: *Conclusions I/A*, s. 75–76; *Conclusions I/B*, s. 204; *Conclusions II/A*, s. 56; *Conclusions III/A*, s. 85–86 i wiele późniejszych Wniosków Komitetu. W sprawie francuskiej EKPS wskazał, że podniesiona sprawa zasiłków rodzinnych „dotyczy wyłącznie migrujących Romów nielegalnie przebywających we Francji”; zatem „art. 16 nie znajduje do nich zastosowania z uwagi na ograniczenia zawarte w Załączniku do Karty” – *MMI v. France*, sk. nr 67/2011, dec. z 11.09.2012, pkt 99.

¹²⁶ *Conclusions III/A*, s. 85 (co do Austrii); *Conclusions VIII/A*, s. 187–189 (co do Francji, Holandii i Hiszpanii); *Addendum aux Conclusions IX-2*, s. 39 (co do Hiszpanii), *Conclusions X-1*, s. 129–130 (co do Grecji i Norwegii), *Conclusions X-2*, s. 136 (co do Włoch) itd.

¹²⁷ *Addendum aux Conclusions IX-2*, s. 39 (co do Hiszpanii); *Conclusions XI-2*, s. 141–142 (co do Francji).

¹²⁸ *EUROCEF v. France*, sk. nr 82/2012, dec. z 19.03.2013, pkt 29 i 41, odpowiednio.

¹²⁹ *ERRC v. Greece*, sk. nr 15/2003, dec. z 812.2004, pkt 22.

mierzyć postępowaniem i w zakresie odpowiadającym maksymalnemu wykorzystaniu dostępnych zasobów – pozwolą na osiągnięcie celów Karty”.¹³⁰

Generalnie, w sprawie chorwackiej Komitet stwierdził, że „skuteczne korzystanie z niektórych praw podstawowych, takich jak prawo rodziny do ochrony gospodarczej, socjalnej i prawnej, uznane w art. 16, może wymagać pozytywnej interwencji państwa, które musi podejmować środki prawne i praktyczne, które są konieczne i adekwatne dla efektywnego zagwarantowania odnośnego prawa”.¹³¹ W sprawie belgijskiej Komitet dodał, że „poszanowanie prawa rodziny do ochrony gospodarczej, prawnej i socjalnej wymaga od państw przyjmowania właściwych środków służących promocji dobrobytu i rozwoju rodziny. Obejmuje to głównie środki pozytywne dla ochrony socjalnej, zasiłki, pomoc gospodarczą i ulgi podatkowe, jak też ochronę prawną, środki dotyczące relacji rodzinnych i poszczególnych członków rodziny”.¹³²

Na tle całości składników ochrony praw rodziny w sposób szczególny wyróżnia się prawo rodziny do mieszkania. W samej treści art. 16 karty figuruje zwrot „zabezpieczenie budownictwa rodzinnego”. W toku badania sprawozdań państw–stron EKPS zajmował się zarówno bezpośrednio zagwarantowaniem budownictwa rodzinnego,¹³³ jak też środkami pomocy umożliwiającymi dostęp do mieszkań,¹³⁴ adekwatnością mieszkań i potrzebami ich adaptacji,¹³⁵ bezdomności i budownictwa socjalnego.¹³⁶ W szczególności w XII cyklu kontrolnym Komitet „podkreślił również potrzebę rozważania dobrobytu rodziny pod kątem prawa do uzyskania adekwatnego mieszkania oraz zasadniczych usług (jak ogrzewania i oświetlenia), ponieważ jest to konieczne dla dobrobytu i stabilności rodzin”.¹³⁷

¹³⁰ *Autism-Europe v. France*, sk. nr 13/2002, dec. z 4.11.2003, pkt 53. Przypomniał to w kontekście ochrony praw rodziny – *ERRC v. Bulgaria*, sk. nr 31/2005, dec. z 18.10.2006, pkt 35. Określając zobowiązania państw, Komitet odwołał się w tej sprawie do wyroku Trybunału Strasburskiego w sprawie *Ilascu and Others v. Moldova and Russia* z 8.07.2004, pkt 332, jak również w sprawie *Hatton and Others v. the United Kingdom*, z 2.10.2001, pkt 96 – por. *ibidem*, pkt 35 i 37, odpowiednio. Por. też: *COHRE v. Italy*, pkt 25; *FIDH v. Belgium*, pkt 113.

¹³¹ *COHRE v. Croatia*, sk. nr 52/2008, dec. z 22.06.2010, pkt 54. Co do konkretnych środków, jakie miałyby podjąć Chorwacja – por. *ibidem*, pkt 59-60. Co do kręgu rodzin objętych zobowiązaniami Chorwacji – *ibidem*, pkt 69-70. Por. wcześniej: *ERRC v. Bulgaria*, pkt 35.

¹³² *DCI v. Belgium*, sk. nr 69/2011, dec. z 23.10.2012, pkt 134. Por. *EUROCEF v. France*, pkt 27-28.

¹³³ *Conclusions I/A*, s. 75–76; *Conclusions III/A*, s. 85–86 (co do Norwegii i W. Brytanii); *Conclusions VIII/A*, s. 187–188 (co do RFN, Irlandii, Włoch i Norwegii); *Addendum aux Conclusions IX-2*, s. 39 (co do Hiszpanii); *Conclusions X-1*, s. 129 (co do Grecji); *Conclusions X-2*, s. 135–136 (co do Hiszpanii).

¹³⁴ *Conclusions X-2*, s. 136 (co do Włoch).

¹³⁵ *Conclusions I/A*, s. 76 (ogólnie i co do Danii); *Conclusions II/A*, s. 56 (co do Danii); *Conclusions VIII/A*, s. 190; *Conclusions III/A*, s. 85 (co do W. Brytanii w zw. z mieszkańiami niezdrowymi); *Conclusions XII-1*, s. 213 (co do adekwatności mieszkania).

¹³⁶ *Conclusions VIII/A*, s. 188–189; *Conclusions X-2*, s. 136 (co do Hiszpanii); *Conclusions XI-2*, s. 142 (co do Hiszpanii); *Conclusions XII-2*, s. 204 (co do Hiszpanii).

¹³⁷ *Conclusions XII-1*, s. 30. Por. też: *Conclusions XII-2*, s. 43–44.

Problem prawa rodziny do mieszkania, zwłaszcza w kontekście ochrony praw Romów i Wędrowców, stał się jednym z priorytetowych problemów orzecznictwa EKPS w trybie skargowym. W sprawie greckiej Komitet stwierdził: „Prawo do mieszkania pozwala na korzystanie z wielu innych praw – tak obywatelskich i politycznych, jak też gospodarczych, socjalnych i kulturalnych. Ma też poważne znaczenie dla rodziny. [...] dla zaspokojenia art. 16 państwa powinny promować zapewnienie adekwatnych dostaw mieszkań dla rodzin, uwzględniać potrzeby rodzin w polityce mieszkaniowej oraz zapewniać, by istniejące mieszkalnictwo miało adekwatny standard i obejmowało zasadnicze usługi (takie jak ogrzewanie i oświetlenie)”, przy czym „adekwatne mieszkalnictwo dotyczy nie tylko mieszkań, które nie mogą być poniżej standardu i które muszą obejmować zasadnicze udogodnienia, ale też mieszkań o dogodnych rozmiarach z punktu widzenia składu mieszkającej w nich rodziny”.¹³⁸

W sprawie bułgarskiej Komitet dodał, że „art. 16 gwarantuje adekwatne mieszkanie dla rodziny, co oznacza pomieszczenia, które są strukturalnie bezpieczne, posiadają wszelkie podstawowe udogodnienia, takie jak woda, ogrzewanie, wywóz śmieci, udogodnienia sanitarne, elektryczność; są dogodnych rozmiarów z punktu widzenia składu zajmującej je rodziny, wraz z bezpiecznym prawnie gwarantowanym posiadaniem”.¹³⁹ Z kolei w sprawie belgijskiej skupił się Komitet na pojęciu „mieszkania”, zwłaszcza w kontekście mobilnych karawan romskich, i stwierdził: „Prawa i obowiązki wynikające z prawnego uznania pomieszczenia muszą znajdować zastosowanie do wszelkich form mieszkalnictwa, łącznie z formami alternatywnymi, takimi jak karawany. Unormowania dotyczące warunków życia (zwłaszcza co do zdrowia i bezpieczeństwa) muszą być rozsądnie dostosowywane do tych alternatywnych form zamieszkania, tak by nie wprowadzać niepożądanych ograniczeń w możliwości przebywania w takich pomieszczeniach”.¹⁴⁰

Komitet przyjął pogląd, że nie wszystkie składniki prawa rodziny do ochrony na podstawie art. 16 Karty są „równie ważne” z punktu widzenia „efektywnego zabezpieczenia najbardziej fundamentalnych praw”; jednakże „na ile jego celem jest zapewnienie rodzinom mieszkań, art. 16 jest rzeczywiście związany z korzystaniem z niektórych praw fundamentalnych, takich jak zachowywanie godności ludzkiej i zdrowia”.¹⁴¹ Jest to tak istotne,

¹³⁸ *ERRC v. Greece*, dec. z 8.12.2004, pkt 24. Zważywszy, że wielka liczba Romów mieszka poniżej standardu i „odnotowując, że nadrzędnym celem Karty jest osiągnięcie inkluzji społecznej”, Komitet stwierdził naruszenie przez Grecję art. 16 Karty – *ibidem*, pkt 43, w zw. z konkluzją. Por. *ERRC v. Bulgaria*, dec. z 18.10.2006, pkt 16. Por. też: *INTERRIGHTS v. Greece*, sk. nr 49/2008, dec. z 11.12.2009, pkt 36; *COHRE v. Croatia*, dec. z 22.06.2010, pkt 53, 62, 64-66; *FIDH v. Belgium*, dec. z 21.03.2012, pkt 111

¹³⁹ *ERRC v. Bulgaria*, dec. z 18.10.2006, pkt 34. Doda przy tym, że „tymczasowo zabezpieczone schronienie nie może być uznane za adekwatne i w rozsądnym czasie jednostkom, należy zapewnić adekwatne mieszkanie” – *ibidem*, *in fine*.

¹⁴⁰ *FIDH v. Belgium*, dec. z 21.03.2013, pkt 74. Por. *ibidem*, pkt 82, 112, 133-135. Por. istotne wyjaśnienie Komitetu – *ibidem*, pkt 162.

że – zdaniem Komitetu – ochrona musi obejmować także jednostki i rodziny „bezprawnie obecne w danym kraju”, przełamując normalne ograniczenia podmiotowe wynikające z Załącznika do Karty.

EKPS wielokrotnie wskazywał na interakcję postanowień art. 16 EKS/ZEKS i art. 31 Zrewidowanej Karty. Wskazał on generalnie, odwołując się do swych wcześniejszych Wniosków z 2002 r.,¹⁴² że „interpretacja nadawana na podstawie Europejskiej Karty Socjalnej z 1961 r. pozostaje obowiązująca dla tych postanowień, które nie zostały zmienione przez zrewidowaną Kartę z 1996 r. Wszelkie zmiany w orzecznictwie dotyczące postanowień, które nie zostały zmienione, stosują się naturalnie do obu traktatów”.¹⁴³ Zatem, nowe orzecznictwo Komitetu dotyczące art. 16 i 31 Zrewidowanej Karty staje się obowiązujące w kontekście art. 16 także dla państw–stron Karty z 1961 r., które Karty Zrewidowanej nie przyjęły, także dla Polski.

W sprawie belgijskiej Komitet podkreślił, że „art. 16 i 31, chociaż odmiennie w zakresie podmiotowym i materialnym, częściowo zachodzą na siebie w kilku aspektach prawa do mieszkania. W szczególności, identyczne są pod tym względem na podstawie art. 16 i 31 pojęcia adekwatnego mieszkania i przymusowej eksmisji”.¹⁴⁴ Komitet wskazał zatem, że „jego poglądy na zakres zobowiązań płynących z art. 31 mogą być użyteczne, gdy chodzi o określenie zakresu zobowiązań w kontekście prawa do mieszkania wynikającego z art. 16 i 30”.¹⁴⁵ Co więcej, w niektórych sprawach Komitet automatycznie stwierdzał naruszenie prawa do mieszkania z art. 16 Karty w charakterze logicznej konsekwencji uprzedniego stwierdzenia naruszenia tego prawa w kontekście art. 31.¹⁴⁶

Podsumowanie

Rodzina jest jedną z podstawowych wartości, które w pełni uznaje Europejska Karta Socjalna. Świadczy o tym nie tylko fakt, że art. 16 poświęcony ochronie praw rodziny zaliczony został do praw fundamentalnych w cz. II

¹⁴¹ *DCI v. Belgium*, dec. z 23.10.2012, pkt 135. Według Komitetu, art. 16 znajdował zastosowanie do tej skargi „w takim zakresie, w jakim odnosi się on do ochrony prawa rodzin do godnego mieszkania, a bardziej precyzyjnie – do zapobiegania czynieniu bezdomnymi (odnośnych) osób”. – *ibidem*, pkt 141.

¹⁴² *Conclusions 2002. General Introduction*, pkt 4.a.

¹⁴³ *ERRC v. Bulgaria*, dec. z 18.10.2006, pkt 18.

¹⁴⁴ *FIDH v. Belgium*, dec. z 21.03.2012, pkt 46. Por.: *ERRC v. Bulgaria*, dec. z 18.10.2006, pkt 17

¹⁴⁵ *Ibidem*, pkt 45.

¹⁴⁶ *ERRC v. France*, dec. z 19.10.2009, pkt 89; *FEANTSA v. Slovenia*, sk. nr 53/2008, dec. z 8.09.2009, pkt 75-76; *Cohre v. Italy*, dec. z 25.06.2010, pkt 115-116; *ERRC v. Portugal*, sk. nr 61/2010, dec. z 29.06.2011, pkt 57-58; *FIDH v. Belgium*, dec. z 21.03.2012, pkt 43-46 (szczególnie istotne, jako że Belgia nie zaakceptowała art. 31 ZEKS); *ERTF v. France*, sk. nr 64/2011, ec. z 24.01.2012, pkt 144-145; *MMI v. France*, dec. z 11.09.2012, pkt 100-101.

Karty, ale też fakt, że większość pozostałych postanowień Karty – *expressis verbis* bądź domyślnie – wykazuje swój wymiar rodziny, pośrednio współ-przyczyniając się do bardziej efektywnej ochrony praw rodziny w systemie Karty. Zarazem art. 16 Karty jest poniekąd „prawem praw”, bo stanowi warunek wstępny dla skutecznego korzystania z innych praw człowieka, także obywatelskich i politycznych. W ramach zaś art. 16 takim „prawem paw” staje się prawo rodziny do godnego mieszkania jako założenie prawdziwie elementarne, warunkujące poszanowanie godności i zdrowia ludzkiego. Zaiste – człowiek jest „stworzeniem rodzinnym”! Zahamowania więc nagląco potrzebują rzekomo nowoczesne tendencje, kwestionujące wyróżnione miejsce i rolę rodziny właśnie jako fundamentu społeczeństwa i ich prawidłowego rozwoju.

FAMILY AS A RIGHTS-HOLDER IN THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER SYSTEM

Key words: legal, economic and social protection of family, adequate standard of living, conditions of full development, social policy, right to adequate housing

Summary

In the European Social Charter (ESC) - its original and revised version - there is a special article (art. 16) providing the legal and economic protection of the family. This elaboration includes not only Charter, but also protocols thereto and Revisited Charter in the light of European Committee of Social Rights (ECSR) case-law deriving from states' reports and collective complaints.

Author accepts the thesis that the entire Charter has a family dimension. This dimension is explicite contained in wording of the rights guaranteed in the Charter (art 4.1, 13.3, 19.3 ESC, furthermore art 19.11, 27 ECS revised) or implicite is included in the obligations under other provisions of the Charter (art 2, 3, 7, 8, 11, 12, 14, 15, 17 ESC, furthermore art 17, 23, 30 and 31 ESC revised). Moreover ESCR often refers to the obligation to respect for family life under Article 8 of European Convention of Human Rights (ECHR) and the case-law of the Strasbourg Court apparently basing on the unity and indivisibility of the protection of the rights of the family in the European system of human rights protection. This explains an special emphasis on the interaction of fundamental art. 16 ESC with the other guarantees arising from the ESC and ECHR system.

Article 16 itself stands out by reference to each family, not only for families in difficulty situation and by standard of „full development of the family,” and not just the standard of its survival. It perfectly fits to a rich and demanding standard of fair remuneration enshrined in Article 4.1 of the Charter. Unfortunately, it must be said that in Poland we have not a genuine pro family policy or at least any component of such policy. The ECSR case-law regarding to the right of the family to adequate housing is immensely valuable. These findings are important also for States Parties of the original ESC from 1961, and therefore also for the Poland.

TADEUSZ JASUDOWICZ

Katedra Praw Człowieka WPiA UMK w Toruniu

Zgwałcenie w świetle orzecznictwa strasburskiego – w poszukiwaniu wniosków pożytecznych dla prawa i praktyki polskiej¹

Słowa kluczowe: gwałt, gwałt w małżeństwie, zgwałcenie dziecka, zgwałcenie przez funkcjonariusza, siła – opór fizyczny, brak zgody – dobrowolność

Uwagi wstępne

Dotychczas posługiwałem się w badanym tu kontekście terminem „gwałt”, wystarczająco – jak mi się wydawało – jasnym i niewątpliwym, a znajdującym potwierdzenie w jego obcojęzycznych odpowiednikach: ang. *rape*; franc. *viol*; niem. *Gewalt*; ros. *iznasitowanie*; hiszp. *violacion*. Faktycznie jednak, nawet w moich podręcznych słownikach znajdowałem potwierdzenie faktu, że gwałt oznacza szerszej – po prostu – siłę, przemoc, napaść i nie jest precyzyjnym pojęciem prawnym. Nie będę więc kruszył kopii i za Jubilatem przyjmuję termin „zgwałcenie”,² zwłaszcza że taką właśnie terminologią posługuje się art.197 polskiego kodeksu karnego.

Zasadniczym obszarem moich badań będzie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Trybunał; ETPC) w sprawach dotyczących – bezpośrednio bądź pośrednio – zgwałcenia. Po zbadaniu tego orzecznictwa chciałbym pewne uzupełniające wnioski wywieść z nowoczesnych międzynarodowych unormowań prawnych – nie tylko europejskich – dotyczących zwalczania przemocy wobec kobiet, w których problem zgwałcenia jest uwzględniany. W ramach podsumowania postaram się o garść spostrzeżeń pokazujących, że nie wszystko w polskim prawie karnym *sensu largo* jest

¹ Powyższe opracowanie przygotowałem na Jubileusz 70-lecia Profesora Mariana Filara. W całkowitym spokoju oczekiwałem jego publikacji w przygotowywanej Księdze Jubileuszowej. Jakież było moje zdziwienie, gdy się okazało, że w Księdze owej – chociaż obejmowała aż dwa tomy – na moje opracowanie „zabrakło miejsca”. Przyczyn tego nie zna sam Jubilat. Nie będę dochodził ani ścigał „winnych”. Ponieważ jednak Jubilat jest tym zainteresowany, postanowiłem uhonorować Go *post factum*, przeznaczając niniejsze opracowanie do naszego „Rocznika”.

² Por. wyjaśnienie *Gwałt w języku prawnym*, [w:] <http://pl.wikipedia.org/wiki/Gwałt>. Por 5 tamże hasło *Zgwałcenie*, w treści którego jednak znajdujemy *Gwałt w polskim prawie karnym*, *Pojęcie gwałtu zbiorowego*, *Gwałt małżeński*, *Gwałt na prostytutce*, *Gwałt na randce*, *Gwałt oralny* i *Gwałt więzienny*.

doskonale i skończone, że – być może – warto przyrzeć się wnioskowi Trybunału Strasburskiego dla potrzeb doskonalenia naszego unormowania krajowego.

Zgwałcenie z perspektywy zobowiązań materialnych państwa–strony

Na początku spróbuję „odsiać” te sprawy strasburskie, które li tylko pośrednio z problematyką zgwałcenia są powiązane i które niewiele wnoszą do potrzeb niniejszych badań.

I tak, w sprawie *Uri przeciwko Francji* zasadniczo chodziło o stwierdzenie niedopuszczalności wydalenia Uri’ego z Francji, a to ze względu na obowiązek poszanowania przez państwo pozwane życia rodzinnego skarżącego na podstawie art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. U podłoża decyzji w sprawie wydalenia leżała jednak jego odpowiedzialność karna z tytułu uczestnictwa w gwałcie zbiorowym. Wniosek Trybunału co do niedopuszczalności wydalenia wcale nie stanowił dowodu na lekceważenie przestępstwa zgwałcenia. Trybunał jednoznacznie potwierdził, że „Sprawca tak poważnego przestępstwa niewątpliwie może stanowić wielkie zagrożenie dla porządku publicznego”.³ Wcześniej przyznał, że to „do Umawiających się państw należy utrzymywanie porządku publicznego, w szczególności przez wykonywanie ich prawa – należącego do solidnie ustalonego prawa międzynarodowego i z zastrzeżeniem ich zobowiązań traktatowych – do kontrolowania dostępu i pobytu cudzoziemców, a zwłaszcza zarządzania wydalania cudzoziemców skazanych za przestępstwa karne”.⁴

Sprawa *S.W. przeciwko Wielkiej Brytanii* dotyczyła z kolei zgwałcenia własnej żony, przy czym problemem zasadniczym była przed Trybunałem kwestia rzekomego – jak twierdził skarżący – naruszenia zakazu retroakcji prawa karnego i zastosowania karnoprawnej odpowiedzialności za przestępstwo zgwałcenia do relacji mąż–żona, obejmowanej w tradycyjnym *common law* tzw. immunitetem mężowskim.⁵ Druga sprawa, *C.R. przeciwko Wielkiej*

³ *Case of Nasri v. France*, ECHR Judgment of 13 July 1995, ser.A, nr 322–B, pkt 42. Tekst polski w: *Orzecznictwo Strasburskie. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990–1997*, t. II, oprac. T. Jasudowicz, Toruń 1998, Dom Organizatora TNOiK, s. 630 i n.

⁴ *Ibidem*, pkt 41. Skarżący nie był prowodyrem w przestępczych czynnościach. Głuchoniemy od urodzenia, zapóźniony w rozwoju, spędzający większość czasu wśród gangów podwórkowych, nie objęty kształceniem specjalistycznym i mający ogromne kłopoty w komunikacji z innymi ludźmi, nieznający języka arabskiego i niemający żadnych kontaktów z krajem pochodzenia jego rodziców (Marokiem), do którego miałyby zostać wydalone – skarżący dla samego swego przetrwania potrzebował rodziny, dalszego życia w swoim środowisku rodzinnym, ono zaś znajdowało się we Francji. Wzgląd na poszanowanie życia rodzinnego przeważał nad potrzebą wydalania – por. *ibidem*, pkt 43–46.

⁵ *Case of S.W. v. the United Kingdom*, ECHR Judgment of 22 November 1995, ser. A., nr 335–B Tekst polski [w:] *Orzecznictwo...*, t. II, s. 534 I nn.

Brytanii, rozstrzygnięta wyrokiem Trybunału w tymże dniu dotyczyła usiłowania zgwałcenia żony, z którą skarżący pozostawał w separacji, i również za główny problem prawny miała kwestie trwania bądź wyeliminowania wspomnianego immunitetu mężowskiego.⁶

Trybunał nie zajmował się w tych sprawach badaniem przestępstwa zgwałcenia jako takiego. Uwzględniał jednak definicję gwałtu w art. 1/1/a ustawy z 1976 r. jako „bezprawnego stosunku seksualnego z kobietą, która w czasie stosunku nań się nie zgadza”, zwłaszcza w kontekście argumentu, że „termin »bezprawny« wyklucza stosunek w małżeństwie z definicji gwałtu”.⁷ Mocno podkreślił przy tym rolę twórczej interpretacji sądowej zarządzającej potrzebie usuwania wątpliwości w prawie i dostosowywania go do zmieniających się okoliczności, wskazując zarazem, że „w Zjednoczonym Królestwie, tak jak i w innych państwach konwencyjnych, postępowy rozwój prawa karnego za pośrednictwem prawotwórstwa sądowego stanowi solidnie umocowane i konieczny składnik tradycji prawnej”.⁸ Zatem, zdaniem Trybunału, orzeczenia krajowe w sprawie S.W. „nie czynią niczego ponad to, że kontynuują wyczuwalną linię rozwoju orzecznictwa, pozbawiającą męża immunitetu od ścigania za gwałt na jego żonie”.⁹

Co więcej, Trybunał z mocą zaakcentował, że „uchylenie nie dającej się zaakceptować idei męża korzystającego z immunitetu dościgania za gwałt na jego żonie pozostawało w zgodzie nie tylko z cywilizowaną koncepcją małżeństwa, lecz także – i nade wszystko – z fundamentalnymi celami Konwencji, samą istotą których jest poszanowanie ludzkiej godności i ludzkiej wolności”.¹⁰ Warto zauważyć, że prof. Marian Filar już w swej rozprawie doktorskiej przed 40 laty pisał: „Żona na równi z każdą inną kobietą może być przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa zgwałcenia, mąż odpo-

⁶ *Case of C.R. v. the United Kingdom*, ECHR Judgment of 22 November 1995, ser. A, nr 335–C. Tekst polski, [w:] *Orzecznictwo...*, t. II, s.539 i n.. Co do tradycyjnego podejścia *common law* – patrz: twierdzenie Sir Matthew Hale’a w *History of the Plebs of the Crown* z 1736 r.: *Ale mąż nie może być winy gwałtu popełnionego przezeń na jego prawowitej żonie, jako że przez ich zgodę małżeńską i kontrakt żona oddała się pod tym względem swemu mężowi, czego cofnąć nie może*. Por. za: A. Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford University Press 2007, s. 469.

⁷ S.W., pkt 42. Por.: C.R., pkt 40. Jak za Sądem Apelacyjnym i Izbą Lordów przytoczył ET/PC, słowo „bezprawny” w definicji gwałtu stanowiło jedynie nadgorliwość (*surplusage*) i nie zakazywało mu „usunięcia fikcji” *common law*, która stała się anachroniczna i niegodna, i stwierdzenia, że „gwałcicie” i pozostaje gwałcicielem, podlegającym prawu karnemu, niezależnie od jego relacji z jego ofiarą – S.W., pkt 42 *in fine*; C.R., pkt 40 *in fine*.

⁸ S.W., pkt 36; C.R., pkt 34.

⁹ S.W., pkt 43; C.R., pkt 41. Trybunał podkreślił przy tym: *zachodziła oczywista ewolucja prawa karnego, która pozostawała w zgodzie z samą istotą przestępstwa, poprzez interpretację sądową prowadzącą ku traktowaniu takiego postępowania generalnie jako wchodzącego w zakres przestępstwa gwałtu. Ewolucja ta osiągnęła stadium, w którym sądowe uznanie braku immunitetu musiało się stać dającym się rozsądnie przewidzieć rozwojem prawa* – S.W., pkt 43 *in fine*; C.R., pkt 41 *in fine*.

¹⁰ S.W., pkt 44; C.R., pkt 42.

wiada więc w pełni za jej zgwałcenie”.¹¹ Jednoznacznie to potwierdził w komentarzu do art. 1976 Kodeksu karnego: „Dla odpowiedzialności za zgwałcenie nie ma znaczenia fakt, iż ofiara pozostawała ze sprawcą w związku małżeńskim, konkubinacie czy też jest ona osobą zajmującą się prostytucją. Istota zgwałcenia jest bowiem doprowadzanie do stosunków seksualnych metodami zabronionymi przez prawo”.¹²

W kolejnej sprawie skarżący (ojciec, syn i babcia–teściowa ze strony matki) zarzucali brak wypełnienia przez państwo pozwane, Bułgarię, zobowiązań pozytywnych z art. 3 i 8 Konwencji, w związku z rzekomym napastowaniem seksualnym, w tym analnym, tego dziecka przez aktualnego partnera jego matki, a więc ojczyma, zwłaszcza że dziecko nadal zamieszkiwało wspólnie z matką i ojczymem.¹³ Trybunał, owszem, potwierdził, że art. 1 Konwencji, odczytywany wraz z art. 3, „wymaga od państw podejmowania środków mających zapewnić, by jednostki podlegające ich jurysdykcji nie podlegały maltretowaniu, w tym maltretowaniu ze strony jednostek prywatnych”.¹⁴ Warto dodać, że Trybunał uznał, iż „zarzucane nadużycie – jeśli doń doszło – wchodzi w zakres art. 3 Konwencji i stanowi ingerencję w prawo drugiego skarżącego [tj. *napastowanego syna* – T.J.] do integralności fizycznej, jak gwarantuje je art. 8”.¹⁵ W dalszych badaniach Trybunał skupił się jednak na zobowiązaniach proceduralnych państwa i – w kontekście wniosku skarżących o zabranie krzywdzonego dziecka z domu sprawcy – „dał wiarę wnioskowi [sądów krajowych – T.J.], iż zabranie szkodliwie godziłoby w rozwój drugiego ze skarżących i potwierdził zasadę, że w takich przypadkach górę biorą najlepsze interesy dziecka”.¹⁶

¹¹ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 61. Po skrupulatnym zbadaniu ówczesnego prawa polskiego, autor stwierdzał: *Czyn nierządny jest więc „nierządny” nie tyle ze względu na jego pociwowy charakter, ile ze względu na „nierządność” metod jego realizacji, ze względu na stosowanie przymusu. Przy takim postawieniu sprawy zgwałcenie w małżeństwie jest oczywiście w pełni możliwe i należy je rozpatrywać na zasadach ogólnych* – ibidem, s. 64. Por. cenne wywody *Konkubina i kochanka jako przedmiot czynności wykonawczej* – ibidem.

¹² Por.: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, wyd. 2, Warszawa 2010 LexisNexis Polska, pkt 21, s. 945.

¹³ *Case of M.P. and Others v. Bulgaria*, ECHR judgment of 15 November 2011, pkt 101 I nn. Zarzuty dotyczyły również naruszenia przez Bułgarię jej zobowiązań wynikających ponadto z art. 13 i 14 Konwencji.

¹⁴ Ibidem, pkt 108. Trybunał podkreślił, że *Środki takie powinny zapewniać skuteczną ochronę, zwłaszcza dzieci, które są szczególnie narażone na rozmaite formy przemocy, i powinny obejmować rozsądne środki dla zapobiegania maltretowaniu, o którym władze wiedziały bądź powinny były wiedzieć, oraz skutecznego odstraszania od takich poważnych naruszeń integralności osobistej*. Trybunał dodał, że *Ciążące na państwie zobowiązania pozytywne przynależą również do prawa do skutecznego poszanowania życia prywatnego na podstawie art.8* – ibidem.

¹⁵ Ibidem, pkt 110.

¹⁶ Ibidem, pkt 117. Trybunał stwierdził, że *w postępowaniu na podstawie Ustawy o Ochronie Dziecka sądy krajowe nie wykroczyły poza swój margines oceny ani nie lekcewały zasad Konwencji poprzez brak zapewnienia ochrony integralności fizycznej drugiego ze skarżących* – ibidem, *in fine*. Kwestią zobowiązań proceduralnych zajmę się w dalszej części niniejszego artykułu.

Z perspektywy polskiego prawa karnego sprawa tym winna być postrzegana jako dotycząca nie obcowania płciowego, o którym mowa w art. 197 ust. 1 k.k., lecz raczej doprowadzenia „do poddania się innej czynności seksualnej”, co uwzględnia ust. 2 tegoż artykułu. Z perspektywy zaś niniejszych badań – niezależnie od tego, czy zakwalifikowalibyśmy tę zarzucaną zaszłość pod kątem art. 197 ust. 2, czy też art. 200 k.k. – istotne jest to, że kwalifikuje się ona jako potencjalne naruszenie zarówno art. 3 Konwencji, jak i jej art. 8, stanowiąc niedopuszczalne ugodzenie w integralność fizyczną ofiary.¹⁷

Szalenie istotną w zakresie niniejszych badań jest sprawa *Aydin przeciwko Turcji*. Członkowie rodziny podejrzani o sprzyjanie Kurdom, w tym 17-letnia dziewczyna, zostali zatrzymani. Dziewczynę poddawano na posterunku żandarmerii rozmaitym niedopuszczalnym praktykom: obnażano, bito, polewano zimną wodą, a jeden z żandarmów ją brutalnie zgwałcił. Europejska Komisja Praw Człowieka nie miała wątpliwości co do tego, że doszło do naruszenia art. 3 Konwencji. Trybunał z kolei stwierdził: „Zgwałcenie osoby zatrzymanej przez funkcjonariusza państwowego trzeba postrzegać jako szczególnie ciężką i ohydną formę maltretowania, uwzględniając łagodność, z jaką sprawca może wykorzystywać drastyczne położenie i osłabiony opór swojej ofiary. Ponadto, zgwałcenie pozostawia głębokie rany psychiczne, których wpływ czasu nie leczy tak szybko, jako to się dzieje przy innych formach przemocy fizycznej i umysłowej. Skarżąca doświadczała również ostrego bólu fizycznego w wyniku wymuszonej penetracji, co musiało wywoływać u niej uczucie poniżenia i godzić w nią tak fizycznie, jak i emocjonalnie”.¹⁸ Uwzględniając całość przedłożonych mu dowodów, Trybunał uznał, że „nagromadzenie faktów przemocy fizycznej i mentalnej zadanej skarżącej, a zwłaszcza szczególnie okrutne zgwałcenie, jakiemu została ona poddana, oznaczało tortury stanowiące naruszenie art. 3 Konwencji”.¹⁹

Naruszenie art. 3 w wyniku działań funkcjonariusza więziennego stwierdzono także w sprawie *Zontul przeciwko Grecji*. W tym przypadku funkcjonariusz boleśnie penetrował twarde przedmiotem odbytu więźnia, o którym było wiadomo, że jest homoseksualistą. Już sądy krajowe oceniały postępowanie funkcjonariusza jako „poniżenie, upodlenie i brutalny cios w godność ludzką i seksualną skarżącego”, w szczególności zaś sąd marynarki wojennej

¹⁷ Por. art. 197 ust. 3 polskiego k.k. Zastanawiające jest, jak mało uwagi zgwałceniu dziecka poświęcał Jubilat; nie ma o tym właściwie w ogóle mowy w jego książce po-doktorskiej oraz li tylko ogólnikowa i skrótowa wzmianka na tle komentarza do art. 197 ust. 3 k.k. – M. Filar, *Komentarz...*, pkt 25, s. 946. Być może, skoncentrował się ma komentowaniu problemów dziecka w kontekście art. 200 k.k. – por. ibidem, s. 955 i n.

¹⁸ Por. *Aydin v. Turkey*, ECHR judgment of 25 September 1997, pkt 83.

¹⁹ Ibidem, pkt 86. Jak stwierdza A. Mowbray, op. cit., s. 166: *Prawnie rzecz biorąc, orzeczenie Trybunału definiuje zgwałcenie osoby pozbawionej wolności jako szczególnie poważne naruszenie art. 3*. Por. też: A. Reidy, *The Prohibition of Torture. A Guide to the Implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks, No. 6, Strasbourg 2002, s. 14 i 24.

stwierdził fakt i szczegółowo opisał dokonane przez funkcjonariusza zgwałcenie.²⁰ Trybunał również nie miał wątpliwości co do kwalifikowania czynu jako tortur i dosłownie powtórzył swoją definicję z wyroku *Aydin*.²¹ W rezultacie, Trybunał doszedł do wniosku, że „skarżący podlegał aktowi tortur”, jako że „traktowanie zadane w niniejszej sprawie skarżącemu stanowiło – z uwagi na jego okrucieństwo i element umyślności, jaki je charakteryzował – akt tortur w rozumieniu Konwencji”.²²

Z niemałym zdziwieniem stwierdzam, że problemu zgwałcenia przez funkcjonariusza państwowego nie uświadczy się w wywodach Jubilata w jego monografii z 1974 r.; co gorsza, nie ma o tym wzmianki także w komentarzu na tle art. 197 k.k. Nie da się tego wytłumaczyć istnieniem art. 199, który dotyczy „Seksualnego wykorzystania stosunku zależności lub krytycznego położenia”. Według Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zgwałcenie przez funkcjonariusza jest kwalifikowana postacią przestępstwa zgwałcenia, w art. 199 polskiego k.k. mamy zaś do czynienia z innym, autonomicznym, odrębnym przestępstwem, które zgwałceniem już nie jest i które jest sankcjonowane zdecydowanie łagodniejszą karą. Można jeszcze zrozumieć, że w czasach PRL nie byłyby mile widziane wywody o kwalifikowanej postaci zgwałcenia przez socjalistycznych funkcjonariuszy. Dla mnie dalsze przemilczanie tej problematyki jest żywym dowodem na trwanie w naszym kraju dziedzictwa postsocjalistycznego i nadal zbyt silny głos podejścia etatystycznego, z odkładaniem na półkę koncepcji demokratycznego państwa prawa oraz poszanowania praw i wolności człowieka.

Nie kierowałem się w swoich wywodach pustą chronologią. Przedstawiłem powyżej wywody na tle orzeczenia Trybunału Strasburskiego z drugiej połowy stycznia 2012 r. Na koniec zostawiłem sprawę *M.C. przeciwko Bułgarii* rozstrzygniętą przez Trybunał pod koniec 2003 r. A jest ona istotna, bo – jak się wydaje – krajowe unormowanie karne przestępstwa zgwałcenia jest w Bułgarii podobne do unormowania polskiego.

Skarżąca zarzucała, że „prawo i praktyka bułgarska nie zapewniały skutecznej ochrony przed gwałtem i nadużyciami seksualnymi, ponieważ tylko przypadki, w których ofiara aktywnie się przeciwstawiała, podlegały ściganiu”.²³

²⁰ *Affaire Zontul c. Grece*, CEDH jugement de 17 janvier 2012, pkt 84-87; cyt. Z pkt 85.

²¹ *Ibidem*, pkt 88-90. Trybunał powołał się również na fakt, że współczesne międzynarodowe trybunały karne *ad hoc* (art. b. Jugosławii i Rwandy – T.J.) oraz Międzypaństwowy Trybunał Praw Człowieka uznały, iż „penetracja za pomocą przedmiotu stanowi akt tortur” – *ibidem*, pkt 91.

²² *Ibidem*, pkt 94 i 92, odpowiednio.

²³ *Case of M.C. v. Bulgaria*, ECHR judgment of 4 december 2003, pkt 109. Por. pkt 169, gdzie zwraca się uwagę na zarzut skarżącej, iż *postępowanie władz w jej sprawie zakorzenione było w zdefektowanym ustawodawstwie i odzwierciedlało panującą praktykę ścigania sprawców gwałtów jedynie w obliczu dowodu znaczącego oporu fizycznego*. Trybunał ze swej strony zauważył, że *art.152 ust.1 k.k. nie wspomina o żadnym wymogu oporu fizycznego ze strony ofiary i definiuje gwałt w sposób, który nie różni się znacząco od sformułowań spotykanych w ustawach innych państw członkowskich* – *ibidem*, pkt 170.

Organizacja *Interights* zwróciła uwagę na to, że „Badania wykazały, iż kobiety, w szczególności małoletnie, częstokroć fizycznie nie przeciwstawiają się gwałtowi, ponieważ fizycznie nie są zdolne uczynić tego wobec paraliżującego strachu i ponieważ chcą same uniknąć wzrastającego poziomu stosowanej wobec nich siły”.²⁴ Podkreślała przy tym, że „reformy prawa dotyczącego gwałtu odzwierciedla odejście w kwestii zgody od »podejścia historycznego« do »podejścia równościowego«. Gwałt jest przestępstwem przeciwko autonomii kobiety, a jego istotowym elementem jest brak zgody. Centralnym punktem zainteresowania leżącym u podłoża reform prawa dotyczącego gwałtu było wyjaśnienie, iż dla udowodnienia braku zgody nie jest konieczne ustalenie, że oskarżony musiał przezwyciężyć fizyczny opór ofiary”.²⁵

Trybunał ponownie rozpatrywał sprawę z perspektywy art. 3 i 8 Konwencji. Bazując na ciążących na państwie z mocy art. 8 zobowiązaniach pozytywnych, niezbędnych dla skutecznego poszanowania życia prywatnego, Trybunał spostrzegł, że – mimo wchodzącego w grę marginesu oceny państwa co do wyboru „środków zapewniających zgodność z art. 8 w sferze ochrony przed czynami jednostek” – „skuteczne odstraszenie od poważnych czynów, takich jak zgwałcenie, gdzie wchodzi w grę zasadnicze wartości i istotne aspekty życia prywatnego, wymaga skutecznych przepisów prawa karnego”, zwłaszcza jeśli chodzi o „dzieci i inne jednostki wrażliwe”, które „mają tytuł do skutecznej ochrony”.²⁶ Ostatecznie Trybunał uznał, że „państwa mają pozytywne zobowiązanie wynikające z art. 3 i 8 Konwencji co do wydania przepisów prawa karnego skutecznie karzących zgwałcenie oraz stosowania ich w praktyce w postaci skutecznego śledztwa i ścigania”.²⁷

Co istotne, Trybunał zauważył, że – chociaż „historycznie rzecz biorąc, dowód siły fizycznej i oporu fizycznego był w szeregu jurysdykcji w przypadkach gwałtu wymagany na podstawie prawa i w praktyce krajowej” – „Ostatnie dekady wykazały jednak jasną i szybką tendencję w Europie i w niektórych innych częściach świata w kierunku rezygnacji z formalistycznych definicji i wąskiej interpretacji praw w tym obszarze”.²⁸

Chodzi przy tym nie tylko o ewolucję ustawodawstwa krajowego, lecz także o uzgodnienie przez państwa członkowskie Rady Europy w ramach jej Komitetu Ministrów, że „penalizacja niekonsensualnych aktów seksualnych, »włączając w to przypadki, w których ofiara nie wykazuje oznak oporu«, konieczna jest dla skutecznej ochrony kobiet przed przemocą”.²⁹

²⁴ Ibidem, pkt 126.

²⁵ Ibidem, pkt 127. Por. pkt 164.

²⁶ Ibidem, pkt 150. Por. pkt 152 oraz – co do zobowiązań pozytywnych wynikających z art. 3 Konwencji – pkt 151.

²⁷ Ibidem, pkt 153. Por. co do marginesu oceny państwa i jego granic – pkt 154-155.

²⁸ Ibidem, pkt 156. Uwagi co do ustawodawstwa państw-stron Konwencji w tym zakresie – pkt 157-161.

²⁹ Ibidem, pkt 162.

Co więcej, Trybunał zwrócił uwagę na rozwój orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc*, zwłaszcza Trybunału Haskiego ds. zbrodni w b. Jugosławii, zdaniem którego „w międzynarodowym prawie karnym wszelka penetracja seksualna bez zgody ofiary stanowi gwałt”, przy czym „zgoda musi być wyrażana dobrowolnie jako rezultat wolnej woli osoby, ocenianej w kontekście towarzyszących okoliczności”. Trybunał dodał, że „Aczkolwiek powyższa definicja została sformułowana w szczególnym kontekście gwałtów popełnianych na ludności w warunkach konfliktu zbrojnego, odzwierciedla ona również tendencję uniwersalną w kierunku uznania braku zgody za zasadniczy element zgwałcenia i nadużycia seksualnego”.³⁰

Wielce pouczający jest ostateczny w tym względzie wniosek Trybunału, iż „wszelkie sztywne podejście do ścigania przestępców seksualnych, takie jak we wszelkich okolicznościach wymóg dowodu oporu fizycznego, stwarza ryzyko pozostawienia niektórych typów zgwałcenia bezkarnymi, a zatem zagraża skutecznej ochronie autonomii seksualnej jednostki”; „zobowiązania pozytywne państw członkowskich wynikające z art. 3 i 8 Konwencji muszą być postrzegane jako wymagające penalizacji i skutecznego ścigania wszelkiego niekonsensualnego aktu seksualnego, w tym aktu z brakiem oporu fizycznego ze strony ofiary”.³¹

Trybunał nie potępił jednoznacznie krajowego unormowania bułgarskiego, jako że art.152 ust.1 k.k. „nie wspomina o żadnym wymogu oporu”, a „wiele systemów prawnych nadal definiuje zgwałcenie z odniesieniem się do środków używanych przez sprawcę dla uzyskania podporządkowania się ofiary”.³² W wielu jednak krajach przemoc czy siła – jako tego rodzaju środek – „traktowana jest jako ustalona w przypadkach zgwałcenia przez sam fakt, że sprawca przystępuje do aktu seksualnego bez zgody ofiary albo że dysponuje jej ciałem i manipuluje nim celem dokonania aktu seksualnego bez jej zgody”.³³ Tymczasem Bułgaria nie potrafiła dostarczyć żadnych dowodów negujących zarzut „o restryktywnym podejściu do ścigania gwałtu”, przy czym „fakt, że ogromna większość zarejestrowanych wyroków Sądu Najwyższego dotyczyła zgwałceń popełnionych z użyciem znaczącej przemocy (poza przypadkami, w których ofiara była fizycznie bądź umyślowo niepełnosprawna), chociaż nie rozstrzygający, może być postrzegany jako wskazanie na to, iż większość przypadków, w których nieznacznej bądź żadnej siły ani oporu nie ustalono, nie podlegała ściganiu”.³⁴ Wobec powyższego, Trybunał doszedł

³⁰ Ibidem, pkt 163.

³¹ Ibidem, pkt 166. Zaakcentował więc Trybunał, że *rozwoj prawa i praktyki w tym obszarze odzwierciedla ewolucję społeczeństw w kierunku efektywnej równości oraz poszanowania autonomii seksualnej każdej jednostki* – pkt 165.

³² Ibidem, pkt 170. Tak też czyni art.197 ust.1 polskiego k.k.

³³ Ibidem, pkt 171.

³⁴ Ibidem, pkt 173. Trybunał zwrócił też uwagę na *brak godnego zaufania studium praktyki ścigania w przypadkach, które nigdy do sądów nie dotarły* – pkt 172.

do wniosku, że „twierdzenie skarżącej dotyczące praktyki restryktywnej opiera się na argumentach rozsądnych i nie zostało przez obalone”.³⁵

Trybunał – po zbadaniu również zobowiązań proceduralnych państwa³⁶ – ostatecznie uznał, że „w sprawie niniejszej doszło do naruszenia pozytywnych zobowiązań państwa pozwanego na podstawie zarówno art. 3, jak i art. 8 Konwencji”.³⁷

Znaczenie w kontekście zgwałcenia zobowiązań proceduralnych państwa

Wiem, że dla prawnika zajmującego się dziedziną prawa krajowego prawo materialne i prawo proceduralne, w tym również prawo karne materialne i postępowanie karne, to odrębne dziedziny, wobec czego specjalista prawa materialnego nie za bardzo się przejmuje wskazaniem prawa proceduralnego. *Iunctim* zostało zaprzepaszczone; do rozvodu doszło.

Tymczasem w dziedzinie prawa międzynarodowego praw człowieka wcale tak nie jest. Nie chodzi przy tym li tylko o to, że prawo do słusznego (rzetelnego) procesu (art. 6 EKPC) jest postrzegane jako gwarancja proceduralna istotna dla realności i skuteczności ochrony każdego i jakiegokolwiek innego prawa.³⁸ Należy ją uzupełnić gwarancją generalną w postaci art. 13, a więc prawem do skutecznego środka ochrony, które zazwyczaj jest konsumowane przez prawo z art. 6, chyba że – jak to pokazała precedensowa sprawa *Kudła przeciwko Polsce*³⁹ – skarga dotyczy dysfunkcyjności prawa do słusznego procesu i wymaga prawnego umocowania skargi na przewlekłość postępowania.⁴⁰ Wchodzą ponadto w grę – i to w badanym zakresie jest najbardziej istotne – pozytywne zobowiązania państwa, tak w sferze art. 3, jak i w sferze art. 8 Konwencji, których bardzo ważnym składnikiem są zobowiązania proceduralne z tych artykułów wynikające. Kojarzy się to niewątpliwie z owym ogólnym założeniem orzecznictwa strasburskiego, że

³⁵ Ibidem, pkt 174 *in fine*.

³⁶ Ibidem, pkt 175-186.

³⁷ Ibidem, pkt 187.

³⁸ Szerzej o tym prawie: B. Gronowska i M. Balcerzak, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona* (dalej: *Prawa człowieka...*), wyd. II, Toruń 2010, s. 325 i n.; P. Hofmański i A. Wróbel, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, t. I, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2010 Wydawnictwo C.H. Beck, s. 241 i n.

³⁹ *Case of Kudła v. Poland*, ECHR judgment of 26 October 2000. Szerzej [w:] *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999-2004*, oprac. M. A. Nowicki, Kraków 2005 Zakamycze, s. 1287 i n.

⁴⁰ To w wyniku wyroku *Kudła przeciwko Polsce* podjęto w Polsce prace i ustawowo unormowano instytucję skargi na przewlekłość postępowania sądowego. Każde inne państwo-strona Konwencji – pod wpływem tego wyroku – miało obowiązek zapewnienia, stosownie do swojego trybu ustawodawczego i konstytucyjnego, gwarancji przeciwko przewlekłości postępowania.

w systemie EKPC chodzi o ochronę nie praw iluzorycznych czy teoretycznych, ale praktycznych i skutecznych. Prawo chronione nie może być bezbronne, a ono samo w sobie zakłada istnienie – wynikających zeń – poważnych zobowiązań proceduralnych państwa, rekonstruowanych przez orzecznictwo strasburskie zwłaszcza w kontekście art.2, 3 i 8 Konwencji.⁴¹

W sprawie *Aydin przeciwko Turcji* Trybunał stanął w obliczu zarzutu skarżącej opartego na art. 6 Konwencji co do braku dostępu do sądu dla potrzeb dochodzenia odszkodowania tytułem doznanego na posterunku żandarmerii gwałtu i innych form maltretowania. Nie próbowała jednak tego dochodzić przed sądami krajowymi, uznając, iż – wobec takiego a nie innego prowadzenia śledztwa przez prokuratora – nie potrafiłaby udowodnić, że została zgwałcona i że była w inny sposób maltretowana. Trybunał nie potraktował jednak tego jako braku wyczerpania środków krajowych, lecz uznał, że „właściwym jest zbadanie tego zarzutu...na podstawie art. 13”.⁴²

Trybunał przypomniał, że „środek wymagany przez art. 13 musi być »skuteczny« – tak w praktyce, jak i w prawie – zwłaszcza w tym sensie, że jego wykonaniu nie mogą w bezpodstawny sposób stawać na przeszkodzie działania bądź zaniechania władz państwa pozwanego”.⁴³ Trybunał ujawnił szereg zaniechań i zaniedbań po stronie odpowiedzialnego za śledztwo prokuratora, a w szczególności zwrócił uwagę na to, że głównym motywem zarządzonego przezeń śledztwa było ustalenie, czy skarżąca wcześniej straciła dziewictwo; same zaś badania przeprowadzane były przez osoby niekompetentne w dziedzinie fizycznych i psychicznych znamion zgwałcenia. Wskazał przy tym, że „wymóg skrupulatnego i skutecznego śledztwa w związku z zarzutem zgwałcenia w areszcie przez funkcjonariusza państwowego implikuje również, by ofiara badana była z wszelkim właściwym wyczuciem przez specjalistów lekarzy, dysponujących specjalną kompetencją w tej dziedzinie, których niezawisłość nie jest ograniczana instrukcjami co do zakresu badań udzielanych przez władzę oskarżycielską”.⁴⁴

Sprawa ta dowodzi trwania podejścia tradycyjnego, nie koncentrującego się na „własnych” zobowiązaniach proceduralnych wynikających w związku ze zgwałceniem z art. 3 i 8 Konwencji. Przeciwnie, w sprawie *M.C. przeciwko*

⁴¹ Nie zgadzam się z twierdzeniem M. Balcerzaka, jakoby to art. 13 Konwencji tworzył w kontekście jej art. 2 i 3 „pozytywne zobowiązania proceduralne, uzupełniając w istotny sposób standardy materialnoprawne”, [w:] *Prawa człowieka...*, s. 347. Jak widzimy w sprawie *M.C.*, Trybunał – zbadawszy zobowiązania pozytywne wynikające z art. 3 i 8 Konwencji – uznał, że nie zachodzi konieczność badania sprawy z punktu widzenia art.13 Konwencji – por. *M.C.*, pkt 187 *in fine*.

⁴² *Aydin*, pkt 53, w zw. z pkt 46-52. Por.: *Orzecznictwo Strasburskie...*, t. I, s. 318 i n.

⁴³ *Aydin*, pkt 103. Por.: *Orzecznictwo Strasburskie...*, t. II, s. 853 i n.

⁴⁴ *Aydin*, pkt 107 ust. 2. Dochodząc do wniosku, że w sprawie tej nie przeprowadzono w ogóle *skrupulatnego i skutecznego śledztwa*, Trybunał dodatkowo wskazał, iż *ten niedostatek podkopywał skuteczność wszelkich innych środków, jakie mogłyby istnieć, a to z uwagi na centralną pozycję oskarżyciela publicznego w systemie takich środków jako całości, włączając w to dochodzenie odszkodowania* – *ibidem*, pkt 109.

Bułgarii Trybunał nie widział potrzeby rozstrzygnięcia na podstawie art. 13 ani wywodzenia wniosków z art. 14 Konwencji,⁴⁵ ale – skupiając się na zobowiązaniach pozytywnych państwa – potwierdził, że „art. 3 Konwencji rodzi pozytywny obowiązek przeprowadzenia śledztwa z urzędu”, dodając, że „pozytywne zobowiązanie państwa na podstawie art. 8 co do zagwarantowania integralności fizycznej jednostki może obejmować kwestie związane ze skutecznością śledztwa karnego”.⁴⁶ Wobec tego, „państwa mają pozytywny obowiązek przynależny do art. 3 i 8 Konwencji co do wydania przepisów prawa karnego skutecznie karzących zgwałcenie oraz stosowania ich w praktyce w postaci skutecznego śledztwa i ścigania”.⁴⁷

Trybunał, owszem, uznał, że władze bułgarskie stanęły przed trudnym zadaniem wobec dwu przeciwstawnych wersji wydarzeń i niedostatku ważkich dowodów bezpośrednich. Zwrócił jednak uwagę na brak konfrontacji świadków, których zeznania były wzajemnie sprzeczne, brak sprecyzowania czasu zdarzeń, brak zapewnienia skarżącej i jej adwokatowi możliwości zadania pytań świadkom itd., wobec czego – zdaniem Trybunału – „władze nie wykorzystały dostępnych możliwości ustalenia wszelkich towarzyszących okoliczności i nie oceniły w wystarczający sposób wiarygodności składanych sprzecznych zeznań”.⁴⁸ Trybunał bardzo silnie zaznaczał, że „Śledztwo i jego wnioski muszą się skupiać na zagadnieniu braku zgody”, że władze kładły „nadmierny akcent na „bezpośredni” dowód gwałtu”, co w konkretnym kontekście skutkowało „podejściem restryktywnym i praktycznym wzniesieniem »oporu« do statusu definiującego element przestępstwa”.⁴⁹

Ostatecznie Trybunał doszedł do wniosku, że w sprawie skarżącej „skuteczność śledztwa, a zwłaszcza przyjęte przez śledczego i prokuratorów podejście do sprawy, nie odpowiadały wymogom przynależnym do pozytywnych zobowiązań państwa – postrzeganych w świetle istotnych współczesnych standardów w prawie porównawczym i międzynarodowym – co do ustanowienia i skutecznego stosowania systemu prawa karnego w zakresie karania wszelkich form gwałtu i nadużyć seksualnych”.⁵⁰

⁴⁵ *Case of M.C. v. Bulgaria*, ECHR judgment of 4 december 2003. Por. zwłaszcza pkt 187-189.

⁴⁶ *Aydin*, pkt 151 i 152.

⁴⁷ *Ibidem*, pkt 153. Por. pkt 154-155 co do przysługującego państwom w tym obszarze marginesu oceny.

⁴⁸ *Ibidem*, pkt 178, w zw. z pkt 170-177.

⁴⁹ *Ibidem*, pkt 182, w zw. z pkt 179-181. Trybunał bardzo mocno zaakcentował *przypisywanie zbyt małej wagi do szczególnej wrażliwości młodocianych oraz do szczególnych czynników psychologicznych wchodzących w grę w przypadkach gwałtu na małoletnich* – por.: pkt 183. Nie widział jednak konieczności badania zarzutu dyskryminacji „*dzieci heteroseksualnych*” w porównaniu z „*dziećmi homoseksualnymi*”, jeśli chodzi o „*wiek zgody na aktywność seksualną*” – *ibidem*, pkt 188-189.

⁵⁰ *Ibidem*, pkt 185. Podkreślił przy tym: *skuteczna ochrona przed gwałtem i nadużyciami seksualnymi wymaga środków o charakterze karnoprawnym* – pkt 186.

W poszukiwaniu implikacji orzecznictwa strasburskiego dla prawa i praktyki polskiej

Europejski Trybunał Praw Człowieka nie rozpatrywał problemu zgwałcenia w związku ze skargami kierowanymi przeciwko Polsce. Niemniej jednak, prawo i praktyka polska nie są impregnowane i nie mogą być postrzegane jako nietykalne z perspektywy spraw o zgwałcenie badanych w skargach kierowanych przeciwko innym państwom–stronom Konwencji. Zachowywanie się polskiego ustawodawcy, polskiego wymiaru sprawiedliwości i polskiej doktryny prawa karnego tak, jakby nas to w ogóle nie obchodziło, jest niedopuszczalne. Z orzecznictwa strasburskiego wynikają bowiem zupełnie bezpośrednio wnioski także dla Polski.

Dotyczą one, po pierwsze, stereotypowej, zbyt tradycyjnej koncepcji przestępstwa zgwałcenia w art. 197 polskiego k.k. Warto zwrócić uwagę na nowoczesną tendencję w prawie porównawczym, jeśli chodzi o sposób pojmowania przestępstwa zgwałcenia. I tak, stosownie do ustawy brytyjskiej z 1976 r., gwałt oznacza „bezprawny stosunek seksualny z kobietą, która w czasie stosunku nań się nie zgadza”.⁵¹ Trybunał zwracał też uwagę na fakt, że w 1989 r. prawo belgijskie zostało zmienione i uznano w nim, że „wszelki akt penetracji seksualnej stanowi zgwałcenie, jeśli zostaje dokonany w stosunku do osoby, która nie wyraziła nań zgody”.⁵² Co więcej, Trybunał przypominał, że „państwa członkowskie Rady Europy – za pośrednictwem Komitetu Ministrów – uzgodniły, iż penalizacja niedobrowolnych aktów seksualnych, »włączając w to przypadki, w których ofiara nie wykazuje oznak oporu«, konieczna jest dla skutecznej ochrony kobiet przed przemocą i zażądały urzeczywistnienia dalszych reform w tym obszarze”.⁵³

Trybunał nie potępił, co prawda, samego sformułowania w bułgarskim k.k., bardzo podobnego do sformułowań polskiego k.k., wskazał jednak na wagę weryfikacji sposobu stosowania tak ujętych przepisów. Jeśli w praktyce orzecznictwo wymaga „twardych dowodów” oporu, jeśli wiąże zbyt daleko idące wymagania dotyczące „przemocy” czy „podstępu”, miast skupiać się na samym braku zgody ofiary, jeśli też w śledztwie występują niedostatki uniemożliwiające zrekonstruowanie prawdziwego przebiegu zdarzenia i jego

⁵¹ Por.: S.W., pkt 42; C.R., pkt 40. Jak już wyżej wskazano, użycie słowa „bezprawny” uznano w orzecznictwie brytyjskim za pewną „nadgorliwość”, z której istotnych wniosków wywodzić nie wolno, albowiem *gwalticiel pozostaje gwalticielem, podlegającym prawu kar-nemu, bez względu na jego relacje z jego ofiarą* – ibidem, *in fine*.

⁵² M.C., pkt 160. Wcześniej Trybunał zauważył, że *Prawo irlandzkie wyraźnie stanowi, że zgody nie wolno wywodzić z braku oporu* – ibidem, pkt 158 *in fine*.

⁵³ Ibidem, pkt 162. Trybunał zwrócił ponadto uwagę na identyczną tendencję w międzynarodowym prawie karnym, jako że Trybunał Haski ds. Zbrodni w b. Jugosławii *ustalił, iż w międzynarodowym prawie karnym wszelka penetracja seksualna bez zgody ofiary stanowi zgwałcenie oraz że zgoda musi być wyrażona dobrowolnie jako rezultat wolnej woli osoby, ocenianej w Kon tekście towarzyszących okoliczności* – pkt 163.

charakteru, oznacza to, że państwo pozwane narusza zobowiązania pozytywne wynikające równocześnie z art. 3 i 8 Konwencji. Przyznaję, nie badałem, ale jakoś tak wyczuwam, że – gdyby Trybunał miał rozstrzygać w jakiejś sprawie o zgwałcenie skierowanej przeciwko Polsce – musiałyby dojść do wniosków analogicznych, jak przeciwko Bułgarii w sprawie *M.C.*

Warto więc stawiać postulat zmiany definicji zgwałcenia w art. 197 k.k., z wykorzystaniem jako miarodajnego kryterium braku zgody ofiary, a rezygnacją z kryteriów dotąd w nim figurujących.

Najistotniejszą według mnie bolączką prawa i praktyki polskiej w badanym tu zakresie jest nabranie wody w usta i zupełna cisza w sprawie zgwałcenia przez funkcjonariusza. Nawet gdyby przypadków takich w Polsce nie było (w co nie wierzę), prewencyjnie trzeba by odpowiednie przepisy przewidzieć jako kwalifikowany typ przestępstwa zgwałcenia i zabezpieczyć odpowiednie gwarancje na rzecz skutecznego wykrywania ścigania i surowego karania takich przypadków. Warto zwrócić uwagę na tle wspomianej już tutaj sprawy *Zontul przeciwko Grecji*, że – poza wskazaniem naruszenia zobowiązań proceduralnych Grecji, m.in. w postaci „braku włączenia skarżącego w wystarczającym stopniu w postępowanie jako strony cywilnej”⁵⁴ – Trybunał zdecydowanie stwierdził, iż „łagodność sankcji nałożonej na strażnika D. jest oczywiście dysproporcjonalna w stosunku do dotkliwości traktowania zadanego skarżącemu”, wobec czego „grecki system karny, w niniejszej sprawie stosowany, nie wywiera skutku odstraszającego służącego zapobieganiu popełnianiu przestępstwa zarzucanego przez skarżącego [...]”⁵⁵

Warto zwrócić uwagę na fakt dynamicznego rozwoju – tak w sferze *soft-law*⁵⁶, jak i *hard-law*⁵⁷ – unormowań międzynarodowych dotyczących zapobiegania i karania przemocy wobec kobiet. Jest rzeczą charakterystyczną, że

⁵⁴ *Zontul*, pkt 111-113.

⁵⁵ *Ibidem*, pkt 108-109. Trybunał ponadto, chociaż uznał, że nie należy do niego ani ocena winy sprawcy, ani określenie należnej dlań kary, stwierdził: *Toutefois, en vertu de l'article 19 de la Convention et conformément au principe voulant que la Convention garantisse des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs, la Cour doit s'assurer que l'Etat s'acquitte comme il se doit de l'obligation qui lui est faite de protéger les droits des personnes relevant de sa juridiction. Des lors, si la Cour reconnaît le rôle des cours et tribunaux nationaux dans les choix des sanctions à infliger à des agents de l'Etat en cas de mauvais traitements infligés par eux, elle doit conserver sa fonction de contrôle et intervenir dans le cas où il existe une disproportion manifeste entre la gravité de l'acte et la sanction infligée. Sinon, le devoir qu'ont les Etats de mener une enquête effective perdrait beaucoup de son sens* – *ibidem*, pkt 106.

⁵⁶ Por.: Rezolucja 48/104 Zgromadzenia Ogólnego NZ „*Deklaracja w sprawie Wyeliminowania Przemocy wobec Kobiet*” z 23 lutego 1994 r.; Rekomendacja Rec(2002)5 Komitetu Ministrów Rady Europy dla Państw Członkowskich w sprawie *Ochrony Kobiet przed Przemocą* z 30 kwietnia 2002 r. oraz Rekomendacja 1582(2002) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy *Przemoc Domowa wobec Kobiet* z 27 września 2002 r.

⁵⁷ Por.: *Międzypamerykańska Konwencja w sprawie Zapobiegania, Karania i Wykorzystania Przemocy wobec Kobiet* („*Konwencja z Belem do Para*”) z 9 czerwca 1994 r.; *Konwencja Rady Europy w sprawie Zapobiegania i Zwalczania Przemocy wobec Kobiet i Przemocy Domowej* z 7 kwietnia 2011 r.

w każdym z tych dokumentów w postanowieniach określających zakres pojęcia „przemoc wobec kobiet” znajduje się uwzględnienie gwałtu w ogóle,⁵⁸ gwałtu w małżeństwie⁵⁹ oraz gwałtu przez funkcjonariusza państwowego.⁶⁰ Postanowienia te są niemal identyczne, a nawet – jak widać – identyczna jest ich numeracja.

Specyfika odznacza się Konwencja Rady Europy. Jej art. 36 dotyczy „Przemocy seksualnej, w tym zgwałcenia” i wymaga od stron kryminalizacji:

„a) podejmowania bez uzyskania a zgody dopochwowej, analnej lub oralnej penetracji o charakterze seksualnym ciała drugiej osoby jakakolwiek częścią ciała lub przedmiotem;

b) podejmowania z drugą osobą bez jej zgody innych aktów o charakterze seksualnym;

c) angażowania innej osoby z osobą trzecią bez jej zgody w akty o charakterze seksualnym”.⁶¹

W ust. 3 zobowiązuje się państwa–strony do „zapewnienia, by postanowienia ust. 1 znajdowały zastosowanie również do aktów dokonywanych przeciwko byłym lub aktualnym małżonkom bądź partnerom, stosownie do tego, jak to uznaje prawo krajowe”.

Wśród bogatego katalogu „Okoliczności obciążających” uwzględnionych w art. 46 Konwencji, na pierwszym miejscu zwraca się uwagę na to, że „przestępstwo zostaje popełnione przeciwko byłemu lub aktualnemu małżonkowi lub partnerowi, jak to uznaje prawo krajowe, popełnione przez członka rodziny, przez osobę zamieszkujejącą wspólnie z ofiarą albo przez osobę nadużywającą swojej władzy”. Tak więc, również w tych unormowaniach dotyczących zwalczania przemocy wobec kobiet, zwłaszcza w unormowaniach europejskich, uwzględnia się uznanie za przestępstwo zgwałcenia także czynów małżeńskich i czynów funkcjonariuszy państwowych odpowiadających definicji zgwałcenia; co więcej, oba te typy stanowią kwalifikowane postaci zgwałcenia.

Zamiast konkluzji

Świadomie wykroczyłem poza orzecznictwo Strasburskie i uwzględniłem najnowsze unormowania europejskie dotyczące przemocy wobec kobiet i uwzględniające w tych ramach przestępstwo zgwałcenia. Uczyniłem to dla

⁵⁸ Por.: art. 2/b/ *Deklaracji ONZ*; art. 2/b/ *Rekomendacji KM RE*; art. 2/b/ *Konwencji Amerykańskiej*.

⁵⁹ Por.: art. 2/a/ *Deklaracji ONZ*; art. 2/a/ *Rekomendacji KM RE*; art. 2/a/ *Konwencji Amerykańskiej*.

⁶⁰ Por. art. 2/c/ *Deklaracji ONZ*; art. 2/c/ *Rekomendacji KM RE*; art. 2/c/ *Konwencji Amerykańskiej*.

⁶¹ Art. 36 ust.1. W ust. 2 dodaje się, że „Zgoda ma być udzielana swobodnie w rezultacie wolnej woli osoby ocenianej w kontekście towarzyszących okoliczności”.

dobra praw człowieka w Polsce. Skoro bowiem nie uwzględnia się wymowy orzecznictwa strasburskiego, zwłaszcza jeśli nie wynika ono z orzeczeń w sprawach kierowanych przeciwko Polsce, może w silniejszym stopniu moc przekonywania będą miały unormowania, w tym także traktatowe, zgodne – nie tylko w swym duchu, ale i w swojej zasadniczej treści – z wnioskami płynącymi z orzecznictwa strasburskiego. W swoim czasie Jubilat zarzucił mi „imperializm praw człowieka”; przykro mi, że przy tak wspaniałej jubileuszowej okazji znowu ten mój „imperializm” przejawiam. Może jednak *de lege ferenda* wart uwzględnienia?!

RAPE IN THE LIGHT OF STRASBOURG CASE-LAW – SEARCHING CONCLUSIONS USEFUL FOR POLISH LAW AND PRACTICE

Key words: rape, martial rape, child rape, rape by officer, violence – resistance, lack of consent – voluntariness

Summary

This study is an analysis of the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) concerning the offense of rape. Author has considered judgments concerning: martial rape, sexual abuse of child by stepfather, rape by officer at the gendarmerie station and maltreatment of homosexual by prison guard. Case of *M.C. v. Bulgaria* is of particular importance because of the Court's "equality approach": there is no need to establish victim's resistance to prove the lack of her/his consent. This approach was implemented by International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. It is worth drawing attention to iunctum between material and procedural obligations of states. The latter arises not only from art 6 and 13 of the Convention, but also from substantial aspect of art. 3 and 8 of the Convention.

Author has come to the conclusion that art 197 of Polish Penal Code has to be amended and some qualified form of offence of rape (child rape, rape by officer) should be added.

MARCIN KAZIMIERCZUK

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

Wolność tworzenia związków zawodowych w systemie ochrony praw człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych

Słowa kluczowe: wolność zrzeszania się, związki zawodowe, Organizacja Narodów Zjednoczonych, Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka

Wprowadzenie

W XIX w. zaczęła się na dobre internacjonalizacja praw jednostki, stąd zaobserwować można rozwój instrumentów służących ich ochronie w prawie międzynarodowym. Należy zaznaczyć, że w prawie międzynarodowym przez długi czas nie występowały normy wiążące poszczególne państwa w sferze ich stosunków z własnymi obywatelami. Zapewniało ono takie prawa jedynie obywatelom państw obcych, co miało na względzie przede wszystkim ochronę interesów państwa, a nie praw jednostki. Znamienne było w tym przypadku to, że państwa gwarantowały z reguły określone prawa cudzoziemcom tylko na zasadzie wzajemności¹. Prawa osobiste oraz prawa polityczne były początkowo uzasadniane na gruncie prawa natury i teorii umowy społecznej. W wieku XIX koncepcja ta została podważona przez szkołę historyczno-prawną, poszukującą zakresu praw jednostki w osobliwościach rozwoju dziejowego społeczeństw, a nie w niezmienności natury ludzkiej. W II połowie XIX w., czyli w okresie panowania pozytywizmu prawniczego, prawa jednostki traktowano jako publiczne prawa podmiotowe, czyli ich źródła upatrywano w więzach prawnych, które łączą obywatela z państwem².

Na przełomie XIX i XX w. nastąpiło umiędzynarodowienie ochrony praw jednostki, zwłaszcza w sytuacjach konfliktów zbrojnych, jak również w zakresie szeroko pojętych praw socjalnych (na przykład konwencja o zakazie nocnej pracy zarobkowej kobiet z 1906 r., konwencje dotyczące ochrony

¹ A. Michalska, *Prawa człowieka w systemie norm międzynarodowych*, Warszawa-Poznań 1982, s. 18.

² W. Skrzydło, *Konstytucyjny katalog wolności i praw jednostki*, [w:] *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce*, t. 1, *Zasady ogólne*, red. M. Chmaj, L. Leszczyński, W. Skrzydło, J. Z. Sobczak, A. Wróbel, Kraków 2002, s. 40.

dzieci i młodocianych w stosunkach pracy podpisane w ramach Międzynarodowej Organizacji Pracy)³. Jednakże nie stworzono spójnego katalogu praw jednostki chronionych w prawie międzynarodowym, ani też nie wykształciły się żadne narzędzia prawne służące kompleksowej ochronie wolności i praw jednostki.

Niewystarczający i nieskuteczny system ochrony wolności i praw jednostki uwidocznili okrucieństwa II wojny światowej, które uświadomiły społeczności międzynarodowej konieczność opracowania wspólnej oraz spójnej ochrony praw człowieka⁴. Jak podkreśla M. Chmaj, zbrodnie totalitaryzmu, ludobójstwo i eksterminacja ludzkości w czasie wojny bezpośrednio przyczyniły się do powszechnego uznania konieczności instytucjonalizacji praw człowieka w prawodawstwie międzynarodowym⁵. Celnie określił to M. Piechowiak, który wspomniane akty prawa międzynarodowego uznał za „wyraz doświadczeń współczesnego człowieka skonfrontowanego z okrucieństwami i niesprawiedliwościami XX wieku, dokonywanymi niekiedy w majestacie prawa stanowionego; doświadczenia człowieka poszukującego przyczyn tych nieszczęść i poszukującego środków chroniących przed ich powtórzeniem”⁶.

Pierwszym aktem opisującym w sposób kompleksowy prawa jednostki była, uchwalona w 1948 r. przez Organizację Narodów Zjednoczonych, Powszechna Deklaracja Praw Człowieka. Była to rezolucja Zgromadzenia Ogólnego, a nie umowa międzynarodowa, stąd też współczesna doktryna traktuje ją jako zbiór ogólnych zasad prawa⁷. Zakres i sposób stosowania rezolucji państwa członkowskie mogą określać w sposób swobodny⁸. Jednakże Powszechna Deklaracja Praw Człowieka stała się fundamentalnym elementem międzynarodowego prawa zwyczajowego i wiąże wszystkie państwa, a nie tylko członków Organizacji Narodów Zjednoczonych⁹.

Geneza normatywnej internacjonalizacji wolności i praw człowieka przedstawia proces pozytywizacji praw człowieka, który poprzedzony był, jak

³ Pod pojęciem praw socjalnych rozumiano prawa jednostki do określonych świadczeń publicznych. Celem ich było zapewnienie jednostce minimalnego poziomu egzystencji. Zob. B. Zawadzka, *Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, Warszawa 1996, s. 5.

⁴ Podejście to pojawiło się już w Karcie Atlantyckiej z 1941 r. oraz waszyngtońskiej Deklaracji Narodów Zjednoczonych z 1942 r., która stwierdzała między innymi, że „zupełne zwycięstwo nad wrogami jest nieodzowne dla obrony życia, wolności, niepodległości i swobody religijnej oraz dla zachowania praw człowieka i sprawiedliwości”. Cytat za: *Encyklopedia prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych*, Warszawa 1976, s. 56.

⁵ M. Chmaj, *Pojęcie i geneza wolności i praw człowieka*, [w:] *Konstytucyjne wolności i prawa...*, s. 18.

⁶ M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 9.

⁷ Niektórzy prawnicy stoją na stanowisku, iż stała się prawem zwyczajowym, skąd wnioskuje jej powszechne obowiązywanie. Stanowi więc cel, do którego każdy kraj członkowski powinien dążyć. Dyrektywa ta została sprecyzowana w Międzynarodowych Paktach Praw Człowieka.

⁸ Z. Hołda, *Ochrona praw człowieka*, Lublin 1996, s. 20.

⁹ L. Sohn, *The New International Law; Protection of Rights of Individual Rather than States*, „American University Law Review” 1982, nr 1, s. 17.

to wskazuje T. Jasudowicz, ich idealizacją i konceptualizacją¹⁰. Istotą procesu pozytywizacji było „przeniesienie na grunt prawa pozytywnego, a więc obowiązującego w danym miejscu i czasie, owych wcześniej zracjonalizowanych praw człowieka, nadanie im kształtu norm prawnych, zagwarantowanie ich prawnej ochrony”¹¹. Dokonało się to zarówno na poziomie prawa krajowego¹², jak i prawa międzynarodowego, co doprowadziło do umiędzynarodowienia wolności i praw człowieka. Swoista konstytucjonalizacja traktatów międzynarodowych chroniących wolności i prawa człowieka, która była integralnym składnikiem procesu pozytywizacji, skutkowałą, jak pisze C. Mik, dalszym umacnianiem ich szczególnej natury normatywnej i zapewnieniem „pierwszeństwa w stosunku do innych zobowiązań międzynarodowych zaciągniętych przez państwo – strony czy też samą organizację międzynarodową”¹³.

Zdaniem E. H. Morawskiej¹⁴, w uniwersalnym systemie ochrony praw człowieka traktatem konstytucyjnym, w sensie formalnym, jest Karta Narodów Zjednoczonych¹⁵, zaś w sensie materialnym Powszechna Deklaracja Praw Człowieka¹⁶, w systemie europejskim odpowiednio Statut Rady Europy¹⁷ oraz Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁸, która zdaniem M. A. Nowickiego jest „prawdziwą konstytucyjną kartą podstawowych, cywilnych i politycznych praw i wolności dla krajów skupionych w Radzie Europy”¹⁹.

¹⁰ T. Jasudowicz, *Zagadnienia wstępne*, [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona*, red. B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, Toruń 2005, s. 22.

¹¹ Ibidem, s. 24.

¹² Na poziomie prawodawstwa krajowego powoduje to partycypację praw człowieka w zasadzie prymatu konstytucji w systemie źródeł prawa, która implikuje normatywną funkcję konstytucji. Zob. M. Wyrzykowski, *Zasada demokratycznego państwa prawnego*, [w:] *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, red. W. Sokolewicz, Warszawa 1998, s. 70–71; A. Kubiak, *Państwo prawne – idea, postulaty, dylematy*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 7, s. 25; K. Działocha, *Państwo prawne w warunkach zmian zasadniczych systemu prawa Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 1, s. 1; W. Sokolewicz, *Rzeczpospolita Polska – demokratyczne państwo prawne (Uwagi na tle ustawy z 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji)*, „Studia Konstytucyjne” 1990, t. 8, s. 39; J. Zakrzewska, *Nowa Konstytucja Rzeczypospolitej*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 4, s. 10.

¹³ C. Mik, *Ochrona praw człowieka w świetle źródeł współczesnego prawa międzynarodowego (współczesne tendencje orzecznicze)*, [w:] *Prawa człowieka w XXI w. – wyzwania dla ochrony prawnej*. Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Radziejowice, 21–22 czerwca 2004 r., red. C. Mik, Toruń 2005, s. 16.

¹⁴ E. H. Morawska, *Prawa konstytucyjne człowieka i obywatela w Rzeczypospolitej Polskiej a prawa podstawowe Unii Europejskiej. Analiza porównawcza*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 1, s. 34. Tekst deklaracji znajduje się [w:] *Prawo konstytucyjne. Źródła, orzecznictwo, literatura*, red. A. Preisner, Wrocław 2001, s. 73–76.

¹⁵ Dz. U. z 1947 r., Nr 23, poz. 90.

¹⁶ Zob. *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, przekład i opracowanie B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, „Biblioteka Jurysty”, Toruń 1993, s. 16–24.

¹⁷ Dz. U. z 1994 r., Nr 118, poz. 565.

¹⁸ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

¹⁹ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2002, s. 17.

Wolność zrzeszania się w związki zawodowe oraz inne wolności związkowe są mocno utrwalone w prawodawstwie międzynarodowym, zarówno w aktach prawnych o charakterze uniwersalnym, jak i regionalnym. Już artykułem 427 traktatu wersalskiego ustanowiono *explicite* prawo zrzeszania się pracowników. W odniesieniu do związków zawodowych zyskało ono następnie potwierdzenia w art. 23 pkt 4 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka²⁰, gdzie przyjęto, iż każdy ma prawo tworzenia i przystępowania do związków zawodowych dla ochrony swych interesów. Był to pierwszy przepis w umowach międzynarodowych, nadający *expressis verbis* pracownikom prawo zrzeszania się. Ta nader ogólna dyrektywa została następnie sprecyzowana w Międzynarodowych Paktach Praw Człowieka uchwalonych 16 grudnia 1966 r.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka

Druga wojna światowa była okresem w dziejach ludzkości, który charakteryzował się najbardziej spektakularnym procesem pogwałcenia wolności i praw człowieka przez kraje o ustroju totalitarnym, w tym również wolności zrzeszania się w związki zawodowe. Elity polityczne państw demokratycznych uświadomiły sobie, że dla wprowadzenia i utrzymania pokoju niezbędne jest respektowanie praw człowieka na poziomie ogólnoświatowym.

Po II wojnie światowej fundamenty pod rozwój uniwersalnego i regionalnego systemu ochrony praw człowieka położyła – podpisana dnia 26 czerwca 1945 r. podczas konferencji Organizacji Narodów Zjednoczonych w San Francisco – Karta Narodów Zjednoczonych²¹. Dokument ten stanowi, jak to wcześniej zostało powiedziane, swoistą konstytucję owej organizacji międzynarodowej²². Karta mówi o prawach człowieka już w preambule, gdzie znajduje się odwołanie do podstawowych wartości, takich jak: godność, wolność jednostki, równość kobiet i mężczyzn oraz narodów, także postępu społecznego oraz poprawy warunków życia²³. Artykuł 1 wymienia cele tego aktu prawnego,

²⁰ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka była pierwszym aktem międzynarodowym w dziedzinie praw człowieka, wydanym przez powołaną do życia wiosną 1945 r. Organizację Narodów Zjednoczonych. Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1948 r. Deklaracja miała być wyrazem dążeń i pragnień ówczesnego świata do zorganizowania nowych, sprawiedliwych stosunków w powojennej rzeczywistości, Zob. K. Walczak, *Zbiorowe prawo pracy. Aspekty prawa międzynarodowego, europejskiego i polskiego*, Warszawa 2004, s. 1–3.

²¹ T. Jurczyk, *Prawa jednostki w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 24.

²² Polska ratyfikowała ten traktat w 1945 roku (Dz. U. z 1947 r., Nr 23, poz. 90).

²³ Preambuła Karty Narodów Zjednoczonych głosi: „MY, LUDY NARODÓW ZJEDNOCZONYCH, ZDECYDOWANE uchronić przyszłe pokolenia od klęski wojny, która dwukrotnie za naszego życia wyrządziła ludzkości niewypowiedziane cierpienia, przywrócić wiarę w podstawowe prawa człowieka, godność i wartość jednostki, równość praw mężczyzn i kobiet oraz narodów wielkich i małych, stworzyć warunki, umożliwiające utrzymanie

którymi są między innymi: popieranie i zachęcanie do poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności wobec wszystkich, bez względu na rasę, płeć, język lub wyznanie²⁴. Karta Narodów Zjednoczonych nie zawiera określonego katalogu międzynarodowo chronionych praw człowieka. Ustanawia jednak istotne punkty orientacyjne dla prawidłowego kształtowania takiego katalogu na bazie godności i wartości osoby ludzkiej.

Pierwszym aktem, który kompleksowo unormował prawa człowieka w wymiarze międzynarodowym, była przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1948 r. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka²⁵, która była wyrazem dążeń i pragnień ówczesnego świata do zorganizowania nowych, sprawiedliwych stosunków w powojennej rzeczywistości²⁶. W przeciwieństwie do Karty Narodów Zjednoczonych, Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, jak już wspomniano, nie jest umową międzynarodową²⁷. Deklarację przygotowała specjalnie powołana Komisja Praw Człowieka, w ramach której uzgodniono, że całość kodyfikacji wolności i praw człowieka będzie przebiegać w trzech etapach: od deklaracji przez pakt lub pakty do aktów wykonawczych. Warto odnotować, że niektórzy autorzy

sprawiedliwości i poszanowanie zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych i innych źródeł prawa międzynarodowego, popierać postęp społeczny i poprawę warunków życia w większej wolności, I W TYM CELU postępować tolerancyjnie i żyć ze sobą w pokoju jak dobrzy sąsiedzi, zjednoczyć swe siły dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, zapewnić przez przyjęcie zasad i ustalenie metod, aby siła zbrojna używana była wyłącznie we wspólnym interesie, korzystać z organizacji międzynarodowych w celu popierania gospodarczego i społecznego postępu wszystkich narodów, POSTANOWILIŚMY ZJEDNOCZYĆ NASZE WYSIŁKI DLA WYPEŁNIENIA TYCH ZADAŃ. Zgodnie z tym rządy nasze, przez zgromadzonych w mieście San Francisco przedstawicieli, którzy okazali swoje pełnomocnictwa, uznane za dobre i sporządzone w należytej formie, zgodziły się przyjąć niniejszą Kartę Narodów Zjednoczonych i niniejszym tworzą organizację międzynarodową pod nazwą „Organizacja Narodów Zjednoczonych”.

²⁴ M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony. Zarys wykładu*, Wrocław 2004, s. 180. Cele Organizacji Narodów Zjednoczonych są następujące: 1. Utrzymać międzynarodowy pokój i bezpieczeństwo, stosując w tym celu skuteczne środki zbiorowe dla zapobiegania zagrożeniom pokoju i ich usuwania, tłumienia wszelkich aktów agresji i innych naruszeń pokoju, łagodzić lub załatwiać pokojowymi sposobami, zgodnie z zasadami sprawiedliwości i prawa międzynarodowego, spory albo sytuacje międzynarodowe, które mogą prowadzić do naruszenia pokoju. 2. Rozwijać pomiędzy narodami przyjazne stosunki oparte na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia narodów oraz stosować inne odpowiednie środki dla umocnienia powszechnego pokoju. 3. Rozwiązywać w drodze współpracy międzynarodowej problemy międzynarodowe o charakterze gospodarczym, społecznym, kulturalnym lub humanitarnym, jak również popierać prawa człowieka i zachęcać do poszanowania tych praw i podstawowych wolności dla wszystkich bez względu na różnice rasy, płci, języka lub wyznania. 4. Stanowić ośrodek uzgadniania działalności narodów, zmierzającej do osiągnięcia tych wspólnych celów.

²⁵ Tekst deklaracji znajduje się [w:] *Prawo konstytucyjne. Źródła, orzecznictwo, literatura*, red. A. Preisner, Wrocław 2001, s. 73–76.

²⁶ J. Michalski, *Z historii Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, „Chrześcijanin w Świecie” 1983, nr 12, s. 81.

²⁷ Umowy międzynarodowe (tzw. *hard law*) mają moc prawnie wiążącą. Natomiast rezolucje czy deklaracje (tzw. *soft law*) są takiego znaczenia prawnego pozbawione; mają znaczenie moralne i polityczne. Z. Hołda, *Ochrona praw...*, s. 20.

uznają Powszechną Deklarację Praw Człowieka za akt spełniający w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych funkcję *quasi*-konstytucyjną w zakresie praw człowieka i zawierającą zobowiązania dla państw, aczkolwiek pozbawioną sankcji międzynarodowej²⁸. Inni autorzy wskazują dobitnie, że Deklaracja nie nakłada na państwa obowiązków o charakterze prawnym oraz nie przewiduje środków kontroli międzynarodowej nad przestrzeganiem swoich postanowień, w czym upatrywać należy powszechną jej aprobatę w zróżnicowanym ideologicznie świecie²⁹.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej znaczenie Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, należy stwierdzić, iż w art. 23 pkt. 4 niniejszy akt zobowiązał państwa członkowskie, aby zagwarantowały każdemu człowiekowi prawo tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich dla ochrony swoich interesów³⁰. Podkreślić należy w tym miejscu, że Deklaracja ujmuje problematykę zrzeszania się w związki zawodowe jako prawo, a nie wolność. Ponadto zapis art. 23 pkt. 4 był pierwszym, który w umowach międzynarodowych nadawał pracownikom prawo zrzeszania się. Stał się on następnie punktem odniesienia do zawarcia kolejnych, bardziej szczegółowych umów gwarantujących przestrzeganie tego prawa³¹. Przykładem takiej zależności są choćby zapisy art. 11 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³².

Wolność zrzeszania się w związki zawodowe w świetle Paktów Praw Człowieka ONZ

Wskazane w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka podstawowe gwarancje wolności i praw człowieka zostały, zgodnie z zasygnalizowanym powy-

²⁸ Świadczyć o tym może preambuła, stanowiąca, iż „Zgromadzenie Ogólne ogłasza Deklarację jako wspólny najwyższy cel wszystkich ludów i wszystkich narodów, aby wszyscy ludzie i wszystkie organy społeczeństwa [...] dążyły do poszanowania tych praw i wolności i aby zapewniły, za pomocą postępowych środków o zasięgu krajowym i międzynarodowym, powszechne i skuteczne jej uznanie i stosowanie”. R. Kuźniar, *Prawa człowieka*, Warszawa 2000, s. 63 oraz 366.

²⁹ J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Kraków 2004, s. 62.

³⁰ A. Łopatka, *Jednostka. Jej prawa człowieka*, Warszawa 2002, s. 174.

³¹ Podkreślała to rezolucja Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1970 r. dotycząca praw związkowych i ich relacji do wolności obywatelskich, która wskazywała, że prawa nadane organizacjom pracodawców i pracowników muszą opierać się na poszanowaniu wolności obywatelskich, szczególnie wymienionych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Natomiast z okazji jubileuszu siedemdziesięciopięciolecia Międzynarodowej Organizacji Pracy stwierdzono, że uznanie i przestrzeganie praw cywilnych i politycznych, zawartych w Deklaracji, stanowi niezbywalną i uniwersalną podstawę wolności związkowej, która została szczegółowo uregulowana w konwencjach MOP.

³² Każdy ma prawo do swobodnego pokojowego zgromadzania się oraz do swobodnego zrzeszania się z innymi, łącznie z prawem tworzenia i przystępowania do związków zawodowych dla ochrony swoich interesów.

żej planem etapowego działania Organizacji Narodów Zjednoczonych, doprecyzowane w uchwalonych 16 grudnia 1966 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ umowach międzynarodowych zwanych Paktami Praw Człowieka³³. W czasie długoletnich prac nad tymi aktami prawnymi największe kontrowersje wzbudzały przede wszystkim prawa ekonomiczne, społeczne i kulturalne oraz mechanizm kontroli międzynarodowej. Wynikiem wielu kompromisów co do treści Paktów było jednogłośnie przyjęcie przez wszystkie państwa zasiadające w Zgromadzeniu Ogólnym ONZ Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁴ oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych³⁵. Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, który przewidywał skargę indywidualną przeciwko państwu naruszającemu jakiekolwiek z praw wymienionych w Pakcie, został uchwalony większością głosów. Po uzyskaniu odpowiedniej liczby ratyfikacji oba Pakty weszły w życie w 1976 r. Polska ratyfikowała je w 1977 r., natomiast Protokół Fakultatywny dopiero po obaleniu niedemokratycznego ustroju w roku 1991. Przedmiotowe Pakty Praw Człowieka ONZ różnią się m.in. tym, że na podstawie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych państwa–strony zobowiązują się do przyjęcia odpowiednich środków ustawodawczych, koniecznych do realizacji zagwarantowanych w nich praw, natomiast w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych mowa jest jedynie o podjęciu odpowiednich kroków w celu stopniowego osiągnięcia pełnej realizacji praw³⁶.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych stanowi trzy-stopniowy system implementacji zawartych w nim postanowień, a funkcjonowanie tego systemu zapewnia Komitet Praw Człowieka. Pierwszy stopień kontroli polega na zobowiązaniu państw–stron do składania sprawozdań na temat kroków podjętych przez nie w celu urzeczywistnienia praw wynikających z Paktu. Komitet Praw Człowieka stwierdza w wyniku analizy sprawozdań ewentualną niezgodność praktyki i legislacji państw z postanowieniami zawartymi w Pakcie. Drugi z kolei stopień kontroli wprowadzania w życie postanowień Paktu skupia się wokół możliwości składania skargi państwowej. Dopuszcza się możliwość składania skargi jedynie przez państwo–stronę, które uznało kompetencję Komitetu i przeciwko tym państwom, które postąpiły tak samo. Komitet Praw Człowieka kładzie nacisk na polubowne załatwianie sporów. Ostatni, trzeci stopień implementacji dotyczy instytucji skargi indywidualnej, która opisana jest w Protokole Fakultatywnym do

³³ Prace nad umową międzynarodową, poświęconą prawom człowieka, prowadzone były w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych przez niemal dwadzieścia lat. Komisja Praw Człowieka rozpoczęła je już w 1947 r.

³⁴ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

³⁵ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169.

³⁶ R. Kuźniar, *Prawa człowieka...*, s. 112.

Paktu³⁷. Opinie spotykane w doktrynie na temat roli Komitetu Praw Człowieka w ochronie wolności i praw człowieka są podzielone. Część autorów uważa, że przekształca się on w międzynarodowy trybunał praw człowieka. Z tezą tą nie zgadza się A. Michalska, która twierdzi, że dyskusja Komitetu z państwem nie jest ani procedurą sporną, ani nawet badawczą, a system sprawozdań składanych przez państwa nie jest skutecznym środkiem ochrony międzynarodowej. Procedura składania skargi indywidualnej jest przewlekła i przyznaje Komitetowi jedynie prawo do formułowania poglądów³⁸.

Reasumując, na straży realizowania postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych stoi Komitet Praw Człowieka, powołany na mocy art. 28. Organ ten może interweniować w razie stwierdzenia naruszenia postanowień przez państwa–strony, jednak nie może wydawać wyroków wiążących, a jedynie żądać zaprzestania takich praktyk, natomiast na straży realizacji postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych stoi Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, który rozpatruje sprawozdania państw–stron z realizacji jego postanowień.

Szczegółowe przepisy dotyczące wolności zrzeszania się w związki zawodowe zostały zawarte w art. 22 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁹ oraz art. 8 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych⁴⁰. W pierwszym ze wskazanych wyżej

³⁷ Zob. T. Jurczyk, *Prawa jednostki...*, s. 27.

³⁸ A. Michalska, *Prawa człowieka w systemie norm międzynarodowych*, Warszawa – Poznań 1982, s. 113.

³⁹ Artykuł 22 Paktu stanowi: „1. Każdy ma prawo do swobodnego stowarzyszania się z innymi, włącznie z prawem do tworzenia i przystępowania do związków zawodowych w celu ochrony swych interesów.

2. Na wykonywanie tego prawa nie mogą być nałożone ograniczenia inne niż przewidziane przez ustawę i konieczne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, porządku publicznego bądź dla ochrony zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych osób. Niniejszy artykuł nie stanowi przeszkody w nałożeniu ograniczeń zgodnych z ustawą na wykonywanie tego prawa przez członków sił zbrojnych i policji.

3. Żadne z postanowień niniejszego artykułu nie uprawnia Państw–Stron Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1948 r. dotyczącej wolności związkowej i ochrony praw związkowych do podejmowania kroków ustawodawczych lub stosowania prawa w sposób, który naruszałby gwarancje przewidziane w tej Konwencji.”

⁴⁰ Artykuł 8 Paktu stanowi: „1. Państwa Strony niniejszego Paktu zobowiązują się zapewnić:

a) prawo każdego do tworzenia i przystępowania do związków zawodowych według własnego wyboru, w celu popierania i ochrony swych interesów gospodarczych i społecznych, jedynie pod warunkiem przestrzegania przepisów statutowych danej organizacji; korzystanie z tego prawa nie może podlegać innym ograniczeniom niż przewidziane w ustawie i konieczne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego albo dla ochrony praw i wolności innych osób;

b) prawo związków zawodowych do zakładania krajowych federacji lub konfederacji oraz prawa tychże do tworzenia międzynarodowych organizacji związkowych lub do przystępowania do nich;

Paktów prawo tworzenia związków zawodowych zamieszczono łącznie z prawem do swobodnego stowarzyszania się, jako jeden z aspektów tego właśnie prawa⁴¹. Ograniczenie tego uprawnienia jest dopuszczalne tylko na drodze ustawowej w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, porządku publicznego, ochrony zdrowia, moralności publicznej oraz praw i wolności innych osób. Dopuszcza się także możliwość ograniczenia prawa zrzeszania się, ale również na drodze ustawowej, w stosunku do członków sił zbrojnych i policji.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych nie przewiduje możliwości odebrania prawa do zrzeszania się w związki zawodowe jakiegokolwiek grupie ludzi, nawet ograniczenia tego prawa, a jedynie możliwość ograniczenia swobody w jego wykonywaniu i to tylko w związku z zaistnieniem wyjątkowych okoliczności. Wolność zrzeszania się, a zatem wolność w zakresie przystępowania i tworzenia związków zawodowych, nie podlega żadnym ograniczeniom. Ograniczeniu może podlegać wykonywanie praw koalicji, czyli podejmowanie działań, które mieszczą się w sferze uprawnień wynikających z tej wolności na gruncie polskich przepisów zawartych w kodeksie pracy, ustawie o związkach zawodowych, a także przepisów ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, a więc m.in. reprezentowanie i obrona praw i interesów pracowniczych, uprawnienia związane ze współtworzeniem prawa, prowadzenie rokowań zbiorowych i zawieranie układów zbiorowych pracy i innych porozumień, strajku i innych form protestu, jak również uprawnienia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, czy dodatkowe uprawnienia przysługujące członkom związku zawodowego pełniącym określone funkcje. Wprowadzenie koniecznych ograniczeń w wykonywaniu praw związkowych nie powoduje zatem bezzasadności tegoż prawa, na co wskazuje zarówno różnorodność celów, dla których związki są powoływane, jak i wielość sposobów ich realizacji⁴².

c) prawo związków zawodowych do swobodnego wykonywania swej działalności, bez ograniczeń innych, niż przewidziane w ustawie i konieczne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego albo dla ochrony praw i wolności innych osób;

d) prawo do strajku pod warunkiem, że będzie ono wykonywane zgodnie z ustawodawstwem danego kraju.

2. Niniejszy artykuł nie stanowi przeszkody w nałożeniu ograniczeń zgodnych z ustawą na wykonywanie tych praw przez członków sił zbrojnych, policji lub administracji państwowej.

Żadne z postanowień niniejszego artykułu nie uprawnia Państw Stron Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1948 r. dotyczącej wolności związkowej i ochrony praw związkowych do podejmowania kroków ustawodawczych lub stosowania prawa w sposób, który naruszałby gwarancje przewidziane w tej Konwencji”.

⁴¹ Zob. R. Wieruszewski, *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 539.

⁴² Ż. Grykiel-Kaleta, *Wolność zrzeszania się w związki zawodowe w aktach prawa międzynarodowego*, [w:] „Rocznik Administracji i Prawa: teoria i praktyka”, r. XII, Sosnowiec 2012, s. 286.

Szerzej materię wolności zrzeszania się w związki zawodowe reguluje Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, gdzie wolność koalicji i inne wolności związkowe i ich gwarancje figurują samodzielnie. Poza tym Pakt ten zawiera nieco inny niż Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych katalog dopuszczalnych przypadków, w których możliwe jest wprowadzenie ograniczeń stosowania wolności zrzeszania się. Wskazuje się tu na bezpieczeństwo państwowe, porządek publiczny oraz ochronę wolności i praw innych osób. Natomiast w przypadku ograniczeń podmiotowych mówi się tutaj o członkach sił zbrojnych, policji i administracji państwowej.

Artykuł 22 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych stanowi, że każdy ma prawo do swobodnego stowarzyszania się z innymi, włącznie z prawem do tworzenia związków zawodowych w celu ochrony swych interesów. Art. 8 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Politycznych rozwija tę ogólną dyrektywę statuując:

– prawo każdego do tworzenia i przystępowania do związków zawodowych według własnego wyboru, w celu popierania i ochrony swych interesów gospodarczych i społecznych, jedynie pod warunkiem przestrzegania przepisów statutowych danej organizacji; korzystanie z tego prawa nie może podlegać innym ograniczeniom niż przewidziane w ustawie i konieczne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego albo dla ochrony praw i wolności innych osób;

– prawo związków zawodowych do zakładania krajowych federacji lub konfederacji oraz prawo tychże do tworzenia międzynarodowych organizacji związkowych lub do przystępowania do nich;

– prawo związków zawodowych do swobodnego wykonywania swej działalności, bez ograniczeń innych niż przewidziane w ustawie i konieczne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego albo ochrony praw i wolności innych osób;

– prawo do strajku pod warunkiem, że będzie ono wykonywane zgodnie z ustawodawstwem danego kraju⁴³.

Jak widać, postanowienia Paktów dotyczące wolności związkowych są ogólne i dotyczą tylko podstawowych zasad. Wynika to głównie z faktu, iż zgodnie z podziałem kompetencji w ramach systemu Narodów Zjednoczonych problematyka socjalna została przekazana w gestię Międzynarodowej Organizacji Pracy⁴⁴. Popieranie rozwoju wolności zrzeszania się i innych wolności związkowych należy do głównych kierunków działania tej organizacji⁴⁵. Jest ona najstarszą organizacją międzynarodową działającą nieprze-

⁴³ Por. w tej materii A. Michalska, *Międzynarodowa ochrona wolności związkowej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1982, nr 1, s. 85.

⁴⁴ K. Walczak, *Zbiorowe prawo pracy...*, s. 4.

⁴⁵ Zob. L. Florek, M. Seweryński, *Międzynarodowe prawo pracy*, Warszawa 1988, s. 110 i n.

rwaniu od 1919 r. Pierwotnie była ona częścią Ligi Narodów⁴⁶. Później, po II wojnie światowej, stała się wyspecjalizowaną organizacją systemu Narodów Zjednoczonych.

Kontynuując analizę Paktów warto skoncentrować się na aspekcie przedmiotowym. Art. 22 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich statuuje tylko jeden z aspektów wolności związkowych, jakim jest wolność zrzeszania się w związki zawodowe (wolność koalicji). Ze względu na fakt, iż tego rodzaju częściowe ujęcie nie wyczerpuje całości zagadnienia, art. 8 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Politycznych rozszerza zakres wolności związkowych na prawo do swobodnego działania związków zawodowych oraz tworzenia struktur ponadzakładowych, także międzynarodowych. Ów przepis wprowadza też gwarancję respektowania wolności związkowych w stosunkach przemysłowych, jaką jest prawo do strajku⁴⁷.

Ograniczenia wolności związkowych

W nakreślonym powyżej kontekście szczególnego znaczenia nabiera kwestia dopuszczalności ograniczeń poszczególnych wolności. Punktem wyjścia będzie konstatacja, iż w tej materii w ramach regulacji przyjętych w obu Paktach, pomimo wskazanych wcześniej różnic, występuje pewna korelacja. Jeśli chodzi o wolność koalicji, to zarówno w art. 22 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich, jak i w art. 8 ust. 1 pkt a Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych dopuszczalne są wyłącznie ograniczenia przewidziane przez ustawę i konieczne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, porządku publicznego bądź dla ochrony zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych osób⁴⁸. Z podobnych przyczyn ograniczenia mogą być wprowadzone ustawą w ramach art. 8 ust. 1 pkt c Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych w odniesieniu do prawa związków zawodowych do swobodnego

⁴⁶ Historycznie MOP jest wytworem dziewiętnastowiecznej myśli społecznej. Zarówno ekonomiści, jak i socjologowie stwierdzili, że nie do przyjęcia jest położenie robotników w czasie rewolucji przemysłowej. Społeczni reformatorzy, począwszy od Roberta Owena wierzyli, że każdy kraj, usiłujący poprawić warunki pracy, zwiększy koszty pracy stawiając się w niekorzystnej ekonomicznie sytuacji w porównaniu do innych krajów. Dlatego starali się oni z takim uporem przekonać moźnych Europy, aby lepsze warunki pracy i krótsze godziny pracy stały się przedmiotem międzynarodowych porozumień. Na temat historii Międzynarodowej Organizacji Pracy pisali: J. Follows, *Antecedents of the International Labour Organization*, Oxford 1951; L. Betten, *International Labour Law. Selected Issues*, Deventer–Boston 1993.

⁴⁷ K. W. Baran, *Wolności związkowe i ich gwarancje w systemie ustawodawstwa polskiego*, Bydgoszcz – Kraków 2001, s. 23.

⁴⁸ Dyrektywa nie stanowi przeszkody w nałożeniu innych ustawowych ograniczeń na funkcjonariuszy policji i sił zbrojnych. Ibidem, s. 23.

prowadzenia swej działalności. Wyjątkiem w tej materii staje się natomiast prawo do tworzenia i przystępowania do krajowych i międzynarodowych struktur związkowych, gdyż żaden przepis nie przewiduje możliwości wprowadzenia w tej kwestii jakichkolwiek ograniczeń⁴⁹.

W tym miejscu należy zaakcentować, że przedstawione powyżej przesłanki dopuszczalności ograniczenia wolności tworzenia związków zawodowych i innych wolności związkowych przewidziane normami obu Paktów mają charakter względny, w tym sensie, iż państwa będące stronami konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy nr 87⁵⁰ nie są uprawnione do podejmowania kroków ustawodawczych lub stosowania prawa w sposób, który naruszałby gwarancje przewidziane w tej konwencji⁵¹. Stanowi to jeden z głównych dowodów na potwierdzenie wyartykułowanej wyżej tezy, że problematyka socjalna w ramach systemu Organizacji Narodów Zjednoczonych została przekazana w gestię Międzynarodowej Organizacji Pracy. Na tym tle normatywnym uprawnione wydaje się więc stwierdzenie, że normy Konwencji MOP nr 87 mają charakter nadrzędny nad postanowieniami Paktów w kwestii wolności związkowych. Świadczy o tym również fakt, że przygotowywane przez Komitet ds. Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych Organizacji Narodów Zjednoczonych w 1990 r. ogólne zasady odnoszące się do formy i zawartości sprawozdań składanych przez państwa członkowskie z realizacji Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, wskazywały, że wprowadzenie art. 8 jest zapewnione na drodze stosowania Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy⁵². Dlatego też w przypadku jakichkolwiek skarg, składanych do ONZ w sprawie nieprzestrzegania wolności związkowych, są one kierowane do Międzynarodowej Organizacji Pracy⁵³.

Podsumowanie

Zawarcie umów międzynarodowych stanowiących całościowe i uniwersalne czyli ogólnościatowe rozwiązania dotyczące prawnej ochrony praw jednostki, w tym także wolności tworzenia związków zawodowych, nastąpiło dopiero w 1966 roku, gdy Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło dwa ważne akty prawne: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁵⁴

⁴⁹ Ibidem, s. 24.

⁵⁰ Dz. U. z 1958 r., Nr 29, poz. 125

⁵¹ Por. art. 22 ust. 3 Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich oraz art. 8 ust. 2 Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych.

⁵² Chodzi tu o Konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy: Nr 87 (Dz. U. z 1958 r., Nr 29, poz. 125); Nr 98 (Dz. U. z 1958 r., Nr 29, poz. 126); Nr 151 (Dz. U. z 1994 r., Nr 22, poz. 78).

⁵³ K. Walczak, *Zbiorowe prawo pracy.*, s. 5.

⁵⁴ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 168.

oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych⁵⁵. Wymienione akty normatywne wymagały ratyfikacji ze strony państw, które tym samym zobowiązały się do wprowadzenia do swego systemu prawnego między innymi unormowań dotyczących wolności zrzeszania się w związki zawodowe. Stanowią one, wraz z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka, fundament ONZ-owskiego systemu ochrony praw człowieka, którego rozwiązania przejmowane są w konwencjach szczegółowych – powstałych z inicjatywy ONZ – organizacji wyspecjalizowanych, takich jak Międzynarodowa Organizacja Pracy lub organizacji regionalnych, takich jak Rada Europy.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych statuuje jedynie jeden aspekt wolności zrzeszania się w związki zawodowe, a mianowicie prawo zrzeszania się w związki zawodowe i przystępowania do nich. Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych rozszerza tę wolność o swobodę w zakresie tworzenia struktur ponadzakładowych, jak i swobodę w zakresie działania związków zawodowych, a także prawo do strajku. Traktaty te mają wiążący charakter prawny dla państw, które go ratyfikowały.

Zobowiązania międzynarodowe z zakresu wolności i praw człowieka, stanowiące wzorzec dla prawa krajowego, mają także istotny wpływ na uchYLENIE bądź zmianę tego prawa⁵⁶. Z perspektywy zakresu ochrony praw człowieka w konstytucjach krajowych, normy prawa międzynarodowego wyznaczają minimalne standardy⁵⁷. Oznacza to, że konstytucje krajowe mogą zawsze przewidywać wyższy poziom ochrony praw i wolności, nie mogą natomiast gwarantować standardów słabszych⁵⁸. Państwo nie może uzasadniać nienależytego wykonywania umowy międzynarodowej powołując się na swoje prawo konstytucyjne, ponieważ obliuguje je zasada *pacta sunt servanda*. Jednakże z punktu widzenia prawa konstytucyjnego prawo międzynarodowe nie podważa konstytucji, która zachowuje najwyższą pozycję w porządku krajowym⁵⁹.

⁵⁵ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁵⁶ Normy prawa międzynarodowego, ustanawiające katalog praw, które państwa ratyfikujące te umowy zobowiązały się wprowadzać do swojego systemu prawnego, wywarły znaczący wpływ na treść wolności i praw obowiązuje Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.: Dz. U. Nr 78, poz. 483; Zob. W. Skrzydło, *Konstytucyjny katalog wolności i praw jednostki*, [w:] *Konstytucyjne wolności i prawa...*, s. 46.

⁵⁷ C. Mik, *Międzynarodowe uwarunkowania konstytucyjnej regulacji praw człowieka. (Problemy podstawowe)*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 12, s. 38. Zob. A. Michalska, *Prawa człowieka...*, s. 343–384.

⁵⁸ M. Masternak-Kubiak, *Miejsce i znaczenie międzynarodowych źródeł prawa praw człowieka w polskim porządku konstytucyjnoprawnym*, w: M. Jabłoński, *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. I, *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, Warszawa 2010, s. 32.

⁵⁹ Analiza postanowień Konstytucji RP dotyczących wolności i praw człowieka wskazuje na to, że w wyniku recepcji w formie powtórzenia standardy międzynarodowe w zakresie ochrony praw jednostki uzyskały rangę konstytucyjną. Taką metodą posłużył się ustrojodawca konstytucyjny w rozdziale II Konstytucji RP dotyczącym wolności, praw i obowiązków

THE FREEDOM TO FORM TRADE UNIONS IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS OF THE UNITED NATIONS

Key words: freedom of association, trade unions, the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Human Rights

Summary

Freedom of association in trade unions is one of the fundamental freedoms of man, firmly established in international law that by ratification became part of the Polish legal system. The importance of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenants on Human Rights, for the development and attain the highest level of standards relating to freedom of association in trade unions is not to be underestimated. The provisions of the United Nations created a clear and readable catalog of principles, benchmarks for the construction and evaluation of legal status in different countries of the UN community, including the Polish constitutional system.

człowieka i obywatela, gdzie zasadniczo odzwierciedlił standardy międzynarodowe, w tym także dotyczące wolności koalicji pracowniczej, zawarte m.in. w: Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r.; Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.; Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 16 grudnia 1966 r. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego warunki określone przez to prawo w stosunku do prawa krajowego mają moc wiążącą nawet wobec Konstytucji.

JUSTYNA KRZYWKOWSKA

Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie

MACIEJ KUBAŁA

Sąd Kościelny Diecezji Zielonogórsko-Gorzowskiej w Gorzowie Wielkopolskim

Stolica Apostolska i prawo kanoniczne w obronie rodziny i jej praw

Słowa kluczowe: Stolica Apostolska, Kościół katolicki, Kodeks Prawa Kanonicznego, prawa rodziny, nadużycia seksualne wobec dzieci

Rodzina, jako „pierwszy i podstawowy wyraz natury społecznej człowieka”¹, cieszy się od wieków szeroko rozumianą ochroną Kościoła katolickiego, zarówno w wymiarze teologiczno-pastoralnym, jak i prawnoinstytucjonalnym. W niniejszym opracowaniu skupimy się przede wszystkim na analizie rozwiązań instytucjonalnych i prawnych zastosowanych przez Stolicę Apostolską w prawie kanonicznym, a dotyczących ochrony rodziny. Przez prawo kanoniczne w ujęciu przedmiotowym rozumieć należy „zbiór ustaw wydanych przez kompetentną władzę Kościoła, stojących na straży tych, co żyją we wspólnocie Chrystusowej oraz wspomagających Kościół jako społeczność wiernych dążących do celu”². Pojęcie prawo kanoniczne nie ogranicza się zatem do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r (dalej: KPK), czy Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich (dalej: CCEO)³. Moc prawną – jakkolwiek różną w zakresie i mocy obowiązywalności – mogą mieć normy wydane m.in. przez: papieży, sobory, synody, instytuty zakonne, konferencje episkopatów czy dykasterie Kurii Rzymskiej⁴. „Przez Stolicę Apostolską lub Stolicę Świętą rozumie się [...] nie tylko Biskupa Rzymskiego, lecz także – o ile nie wynika co innego z natury rzeczy lub z kontekstu – Sekretariat Stanu, Radę Publicznych Spraw Kościoła, jak również inne instytucje Kurii Rzymskiej” (kan. 361 KPK). Ważny z punktu widzenia naszych rozważań jest też kan. 113 § 1 KPK,

¹ Ioannes Paulus PP. II, *Litterae Familiis Gratissimam sane*, p. 7 (2.2.1994), AAS 86 (1994) 868-925.

² T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. 1. *Zagadnienia wstępne i normy ogólne*, Olsztyn 1985, s. 24.

³ KPK: *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, Acta Apostolicae Sedis* [dalej: AAS] 75 II (1983) 1-317; CCEO: *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, AAS 82 (1990) 1064-1364.

⁴ T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu...*, t. 1, s. 87-178.

gdzie czytamy, że „Kościół Katolicki i Stolica Apostolska są osobami moralnymi”. Określenie „osoba moralna”, którego zakres bardzo ograniczono w KPK z 1983 w porównaniu z Kodeksem Prawa Kanonicznego z 1917 r.⁵, i które według ks. prof. Sobańskiego należałoby obecnie przetłumaczyć „osoba o charakterze moralnym”, wskazuje na prawo Boże jako źródło pochodzenia Kościoła katolickiego oraz Stolicy Apostolskiej, a tym samym na ich hierarchiczną wyższość w odniesieniu do innych podmiotów funkcjonujących w kanonicznym porządku prawnym⁶. Świadomość tej wyjątkowości, wpisana w kanoniczny porządek prawny, wyznacza Stolicy Apostolskiej m.in. zadanie czuwania nad moralnością działań osób i instytucji Kościoła oraz reagowania na działania podmiotów pozakościelnych, które godziłyby w tradycyjnę – tj. według antropologii chrześcijańskiej – rozumianą instytucję rodziny.

Stolica Apostolska a ochrona rodziny

Instytucja rodziny zajmuje poczesne miejsce w nauczaniu praktycznie wszystkich papieży epoki nowożytnej. Pisze o rodzinie na przykład papież Leon XIII w encyklice *Rerum novarum* z 15 maja 1891 r. W punkcie 9 i 10 encykliki, poświęconym wolności człowieka, papież zwraca uwagę na społeczną autonomię rodziny (społeczności domowej), jako społeczność małą, ale prawdziwą i uprzednią wobec każdej społeczności⁷. W punkcie 11 encykliki, zauważając, że jakkolwiek rodzina jest częścią społeczeństwa, Leon XIII nazywa „błędem” próby interweniowania państwa w rodzinę⁸. W encyklice papieża Piusa XI *Divini illius Magistri* z 31 grudnia 1929 r., poświęconej edukacji chrześcijańskiej młodzieży, obowiązek ochrony praw rodziny zostaje rozpoznany jako obowiązek Kościoła⁹. Papież porusza w encyklice szereg ważnych kwestii dotyczących rodziny – np. edukacji seksualnej, przestrzega przed tzw. *naturalizmem pedagogicznym*, wykluczającym możliwość edukacji chrześcijańskiej młodzieży, oraz akcentuje prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami¹⁰. Innym ważnym dokumentem Piusa XI jest encyklika *Casti connubii* o małżeństwie chrześcijańskim, nawiązująca do encykliki papieża Leona XIII *Arcanum Divinae Sapientiae* z 11 lutego 1880 r.¹¹ W encyklice, wśród dóbr małżeństwa, Pius XI wymienia

⁵ *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti papae XV auctoritate promulgatus*, Typis Polyglotis Vaticanis 1917.

⁶ Za: G. Dzierżon, *Ewolucja znaczenia terminu „osoba moralna” w kanonicznym porządku prawnym*, „Prawo Kanoniczne” 57 (2014) nr 1, s. 20.

⁷ Leon XIII, *Lettera Enciclica Rerum novarum*, 15.05.1891, AAS 23 (1890-1891) 649-662.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Pius XI, *Divini illius Magistri*, 31.12.1929, AAS 22 (1930) 49-86.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Pius XI, *Casti connubii*, 31.12.1930, AAS 22 (1930) 541-565; Leon XIII, *Arcanum Divinae Sapientiae*, 10.2.1880, AAS 12 (1979/80) 388-391.

zrodzenie potomstwa, wierność małżeńską i nierozzerwalność sakramentalną; ponadto piętnuje aborcję, pozamałżeńskie współżycie i sztuczną kontrolę urodzeń jako zagrażające małżeństwu i rodzinie, a przez to m.in. niezgodne z doktryną Kościoła¹². Pomijając wiele innych, zasługujących na uwagę dokumentów, wyróżnić należy encyklikę *Humanae vitae* papieża Pawła VI z 25 lipca 1968 r., którą można uznać za swoiste kontinuum encykliki *Casti connubii*. Pamiętać należy, że *Humanae vitae* powstała kilka lat po Soborze Watykańskim II, w czasach tzw. rewolucji obyczajowej lat 60-tych, kontestującej tradycyjne nauczanie Kościoła w dziedzinie tzw. *etyki seksualnej*. Wiele środowisk liczyło więc na zmianę pozycji Kościoła, w kwestiach takich jak tzw. małżeństwa jednopłciowe, czy kwestia antykoncepcji. Encyklika, która broniła tradycyjnego modelu rodziny i podobnie jak *Casti connubi* nie dopuszczała metod sztucznej kontroli urodzeń, została przez wielu skrytykowana. To właśnie od lat 60., gdy tradycyjna wizja małżeństwa i rodziny zaczęła ulegać erozji, postulat ochrony tradycyjnej rodziny i jej praw przestał być powszechnie podzielany. Dziś, jakkolwiek postulat ustawowego usankcjonowania tzw. związków partnerskich czy tzw. małżeństw jednopłciowych, uznawany jest w wielu krajach za synonim postępu cywilizacyjnego i uczynił głos obrońców tradycyjnej rodziny mniej słyszalnym, Kościół nie ustaje w swoich wysiłkach na tym polu.

Intensyfikacja działań dotyczących ochrony rodziny i jej praw nastąpiła za pontyfikatu Jana Pawła II, którego nazwano „architektem przyszłości rodziny”¹³. Pierwszy zwołany przez niego w dniach od 26 września do 25 października 1980 r. Synod Biskupów był poświęcony rodzinie (*Zadania chrześcijańskiej rodziny we współczesnym świecie*). Ojcowie Soborowi zachęcali rodziny chrześcijańskie, aby dawały pozytywne świadectwo w obrębie własnej kultury. Dyskutowano również nad problemem ubóstwa materialnego, które powstrzymuje młodych ludzi od zawarcia związku małżeńskiego oraz nad problemem bogatych społeczeństw, jakim jest pustka wartości duchowych. W związku z tym, że nie są szanowane prawa rodziny odnośnie do wolności religijnej, odpowiedzialnego rodzicielstwa i wychowania, Synod Biskupów stanowczo domagał się zredagowania „Karty praw rodziny”, która w całym świecie ustali i zabezpieczy jej podstawowe prawa. Ojcowie Soborowi zrozumieli, że Kościół ma obowiązek dodawania odwagi i wsparcia małżonków i rodzin, poprzez: „przygotowanie do małżeństwa; pomoc niesioną małżeństwom we wszystkich okresach ich małżeńskiego życia; inicjatywy katechetyczne i liturgiczne skierowane do rodzin; opiekę nad małżeństwami bezdzietnymi, rodzinami niepełnymi z powodu braku jednego z rodziców; nad porzuconymi matkami, wdowami, nad osobami żyjącymi w separacji lub rozwiedzionymi, a szczególnie nad rodzinami i małżeństwami cierpiącymi

¹² Ibidem.

¹³ K. Lubowicki, *Wstęp*, [w:] *Posoborowe dokumenty Kościoła Katolickiego o małżeństwie i rodzinie*, t. 1, Kraków 1999, s. 11.

z powodu ubóstwa, napięć uczuciowych lub psychicznych, upośledzeń fizycznych lub umysłowych, alkoholizmu i narkomanii lub borykającymi się z problemami związanymi z wieloraką migracją i innymi okolicznościami zagrażającymi stałości rodziny¹⁴.

Po tym Synodzie Biskupów Jan Paweł II w 1981 r. ogłosił adhortację apostolską *Familiaris consortio*, w której zwrócił się przede wszystkim do małżonków, rodzin, ludzi młodych, aby pomóc odkryć im piękno oraz wielkość powołania do miłości i służby życiu. Rodzina stanowi cenny dar, który w dzisiejszych czasach spotyka się z wieloma atakami z zewnątrz. Przemiany gospodarcze, społeczne i kulturowe powodują coraz częściej wypaczenie obrazu rodziny. W wielu krajach europejskich słyszy się o tzw. małżeństwach homoseksualnych adoptujących dzieci, o refundacji leków antykoncepcyjnych czy metodzie *in vitro*. Rzadziej natomiast mówi się o rodzinie wielopokoleniowej, naturalnych metodach planowania czy obronie życia nienarodzonych. Jan Paweł II w *adhortacji* przypomniał naukę chrześcijańską o małżeństwie jako związku monogamicznym zawieranym na całe życie oraz przypomniał zadania rodziny chrześcijańskiej w czterech aspektach: „tworzenie wspólnoty osób; służba życiu; udział w rozwoju społeczeństwa; uczestnictwo w życiu i posłannictwie Kościoła”. Kościół potępia, jako ciężką obrazę godności ludzkiej, wszystkie te poczynania rządów czy innych przedstawicieli władzy, które zmierzają do ograniczania w jakikolwiek sposób wolności małżonków w podejmowaniu decyzji w kwestii posiadania i liczby potomstwa. Stąd też wszelki nacisk wywierany przez te władze na rzecz stosowania środków antykoncepcyjnych, a nawet sterylizacji i aborcji, winien być bezwzględnie potępiony i odrzucony. Podobnie należy uznać za niesprawiedliwe to, że w kontaktach międzynarodowych pomoc gospodarcza udzielana na rzecz rozwoju ludzkości uzależniana jest często od programów antykoncepcji, sterylizacji czy aborcji¹⁵. Do zadań społecznych rodziny należy wyrażanie opinii. Rodziny powinny więc zabiegać o to, aby państwo i jego prawo nie tylko nie naruszały praw i obowiązków rodziny, ale by je popierały i pozytywnie ich broniły. W tym sensie rodziny powinny coraz lepiej sobie uświadamiać własną rolę przy tworzeniu polityki prorodzinnej. Na zakończenie *Familiaris consortio* Jan Paweł II apelował, aby „każdy człowiek dobrej woli zaangażował się w sprawę ratowania i popierania wartości i potrzeb rodziny”¹⁶.

Jan Paweł II powołał wiele prorodzinnych instytucji¹⁷, w tym m.in. Papieską Radę ds. Rodziny. *Pontificium Consilium pro Familia* została ustano-

¹⁴ Synod Biskupów, *Orędzie do rodzin chrześcijańskich w świecie współczesnym* (25.10.1980), tłum. Biuro Prasowe Episkopatu Polski, [w:] <http://www.kns.gower.pl/synod/synod.htm> (dostęp: 22.8.2015 r.).

¹⁵ Por. M. Kubala, *Obiezione di coscienza e rivendicazioni abortista in Europa*, Roma 2013, s. 92–100.

¹⁶ AAS 74 (1982) 81-190.

¹⁷ Np. Papieski Instytut Jana Pawła II dla Studiów nad Małżeństwem i Rodziną, specjalizujący się w zagadnieniach dotyczących małżeństwa i rodziny; Papieska Akademia *Pro Vita* doradzająca w sprawach bioetyki i świętości ludzkiego życia.

wiona na podstawie *motu proprio Familia a Deo Instituta* z 9 maja 1981 r.¹⁸. Jej strukturę oraz kompetencję określa Konstytucja apostolska Jana Pawła II *Pastor bonus* z 28 czerwca 1988 r., a dokładnie art. 139-141¹⁹. Rada sprawuje opiekę duszpasterską nad rodziną. W jej skład wchodzi z zasady wierni świeccy z różnych stron świata, zwłaszcza żyjący w małżeństwach²⁰. Rada zajmuje się w szczególności katechezą rodziny, duchowością małżeńską i rodzinną, prawami rodziny i dziecka, formacją świeckich odpowiedzialnych za duszpasterstwo rodzin oraz kursami przedmałżeńskimi. Do dokumentów przygotowanych przez Papieską Radę ds. Rodziny należy: Karta Praw Rodziny (1983), W służbie życia (1992), Ludzka płciowość: prawda i znaczenie. Wskazania dla wychowania w rodzinie (1995), Przygotowanie do sakramentu małżeństwa (1996), *Vademecum* dla spowiedników. O niektórych zagadnieniach moralnych dotyczących życia małżeńskiego (1997), Deklaracja w sprawie redukcji embrionów (2000).

Do dziś jednym z ważniejszych dokumentów dotyczących rodziny jest wydana 22 listopada 1983 r. *Karta Praw Rodziny* (dalej: *Karta*). Dokument, który powstał na życzenie wyrażone przez Synod Biskupów w 1980 r., nie stanowi wykładu teologii dogmatycznej czy moralnej na temat małżeństwa i rodziny. Nie jest to także kodeks postępowania przeznaczony dla wybranych osób czy instytucji. Celem *Karty* jest przedstawienie podstawowych praw właściwych rodzinie, wszystkim ludziom, rządowi i instytucjom zainteresowanym misją rodziny w świecie. *Karta* zawiera treści moralnie wiążące katolików, jak również postulaty i zasady odnoszące się zarówno do prawodawstwa, jakie winno być stworzone, jak i do rozwoju polityki rodzinnej. Postulaty wyrażone w *Karcie*, takie jak np. wydatna pomoc z okazji urodzenia dziecka, ochrona macierzyństwa, pomoc dla rodzin z dziećmi niepełnosprawnymi, udział państwa w wydatkach szkolnych, zostały zrealizowane wobec rodzin zamieszkujących Państwo Watykańskie²¹.

Nauczanie papieży zawiera szereg wskazań, dotyczących polityki prorodzinnej czy instytucjonalnej współpracy w tej dziedzinie. Wspierać rodzinę i wartości rodzinne powinno nie tylko państwo na szczeblu rządowym, ale również samorządy wszystkich szczebli, kościoły i inne związki wyznaniowe, organizacje pozarządowe oraz osoby prywatne. Ważny jest także aktywny udział samych rodzin, a nie tylko ich bierne oczekiwanie. Celem polityki prorodzinnej powinno być tworzenie takich warunków, w których rodziny mogłyby powstawać, rozwijać się i samodzielnie decydować o swoim kształcie. Ważne jest, by myślenie o rodzinie nie zaczynało się dopiero wówczas, gdy dzieje się z nią coś złego, gdy dochodzi do kryzysu czy wręcz patologii.

¹⁸ AAS 73 (1981) 441-444.

¹⁹ AAS 80 (1988) 841-930.

²⁰ F. Lempa, *Kompetencje, uprawnienia i obowiązki w Kościele Katolickim*, Białystok 2013, s. 111-112.

²¹ http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pe_family_doc_19831022_family-rights_it.html (dostęp: 25.07.2015 r.).

Rodzinę należy otoczyć troską na co dzień²². Ważną rolę odgrywa tu państwo. Proklamowane przez Sobór Watykański II w *Konstytucji duszpasterskiej o Kościele w świecie współczesnym* „Gaudium et spes” (nr 76) zasady relacji między Kościołem i państwem mają charakter powszechnych postulatów. Współdziałanie oznacza wspólne działanie instytucji od siebie niezależnych, realizowane na zasadach partnerskich. Konieczność współdziałania wynika z pomocniczej roli Kościoła i państwa względem tych samych ludzi, którzy jednocześnie są członkami obu tych społeczności²³.

W Polsce konstytucyjne określenie wzajemnych relacji organów i instytucji państwowych oraz kościelnych dopełnia art. 11 *Konkordatu* polskiego z 28 lipca 1993 r., gdzie wpisana została zasada współdziałania na rzecz dobra małżeństwa i rodziny²⁴. Troska o te dobra motywuje zarówno Kościół, jak i państwo do szukania bardziej skutecznych sposobów postępowania, wśród których znajduje się podejmowanie współpracy w działalności prowadzącej do osiągnięcia tych celów o charakterze uniwersalnym. Warunkiem współpracy jest porozumienie zainteresowanych podmiotów odnośnie do płaszczyzny współdziałania (najczęściej dotyczy ona działań opiekuńczo-wychowawczych, charytatywnych i humanitarnych). Podejmując współpracę zarówno państwo, jak i Kościół katolicki zachowują swoją niezależność, działając na zasadach partnerstwa. Ich zaangażowanie może polegać na wspólnym, skoordynowanym dążeniu do osiągnięcia tych samych celów, albo na wsparciu przez jeden podmiot uznanej działalności podejmowanej przez drugi²⁵. Dobro rodziny jest elementem dobra wspólnego, o którym mowa w art. 25 ust. 3 Konstytucji RP²⁶. Pierwszą płaszczyzną, w której powinna uwidocznić się współpraca Kościoła i państwa powinna być ochrona życia ludzkiego oraz troska o prawidłowe wychowanie dzieci i młodzieży. W interesie tych dwóch autonomicznych podmiotów znajduje się troska o to, aby rodzina powstająca na fundamencie małżeństwa mogła w jak najlepszy sposób wypełniać powierzone jej funkcje.

²² R. Szychemler, *Czy trzeba wspierać rodzinę?*, „Biuletyn” nr 2 (rok II), listopad 1999, s. 17–19; J. Krzywkowska, M. Krzywkowska, *Atrakcyjne formy wspierania wartości rodzinnych wspólnym zadaniem instytucji kościelnych i państwowych*, [w:] *Atrakcyjność: potrzeba czy zasada?*, red. A. Bartoszewska, K. Przysucha, K. Bejmert, G. Dębski, Warszawa 2013, s. 51–59; Z. Jankowski, *Polityka prorodzinna*, „Biuletyn” nr 1 (rok I), wrzesień 1999, s. 22.

²³ B. Uljasz, *Prawne formy współdziałania Państwa i Kościoła Katolickiego w zakresie pomocy społecznej*, [w:] *Funkcje publiczne związków wyznaniowych. Materiały III Ogólnopolskiego Sympozjum Prawa Wyznaniowego (Kazimierz Dolny, 16–18 maja 2006)*, red. A. Mezglewski, Lublin 2007, s. 161–189.

²⁴ Dz.U. z 1998 r., Nr 51, poz. 318.

²⁵ J. Krukowski, *Podstawy współdziałania Kościoła i państwa*, „Kościół i Prawo” t. 8, Lublin 1992, s. 19–32; Tenże, *Podstawy współdziałania między Kościołem i państwem*, [w:] *Współdziałanie Kościoła i Państwa na rzecz małżeństwa i rodziny. Materiały z ogólnopolskiej konferencji naukowej zorganizowanej przez Stowarzyszenie Kanonistów Polskich, Wydział Nauk Prawnych TN KUL i Diecezję Łomżyńską, Łomża 6–7 września 2004*, red. J. Krukowski, T. Śliwowski, Łomża 2005, s. 13–32.

²⁶ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

Kodeks Prawa Kanonicznego a ochrona rodziny i jej praw

Wspomniany już *Kodeks Prawa Kanonicznego* z 25 stycznia 1983 r. zawiera szereg rozwiązań chroniących rodzinę i jej prawa. Większa część norm w omawianej materii znajduje się w tytule siódmym (*Małżeństwo*) – kan. 1055–1165 KPK, czwartej Księgi KPK (*Uświęcające zadania Kościoła*). Tytuł ten, składający się z dziesięciu rozdziałów²⁷, poświęcony jest w całości małżeństwu kanonicznemu. Istotnymi przymiotami małżeństwa kanonicznego są jedność i nierozzerwalność (kan. 1056), a powstaje ono przez wyrażenie „zgody stron między osobami [mężczyzną i kobietą] prawnie do tego zdolnymi, wyrażonej zgodnie z prawem (kan. 1057 § 1). Elementy charakteryzujące małżeństwo znajdziemy w kan. 1055, który brzmi: „[§ 1] Małżeńskie przymierze, przez które mężczyzna i kobieta tworzą ze sobą wspólnotę całego życia, skierowaną ze swej natury do dobra małżonków oraz do zrodzenia i wychowania potomstwa, zostało między ochrzczonej podniesione przez Chrystusa Pana do godności sakramentu. [§ 2.] Z tej racji między ochrzczonej nie może istnieć ważna umowa małżeńska, która tym samym nie byłaby sakramentem”. Kanon 1055, jakkolwiek nie definiuje czym jest małżeństwo, opisuje je dwoma terminami *foedus* (przymierze) i *contractus* (umowa). *Foedus* odwołuje się do biblijnej koncepcji przymierza, jakie zawierał Bóg ze swoim ludem wybranym i kanonicznie można je odnieść do momentu, gdy powstaje małżeńska więź; *contractus* opisuje natomiast, charakter moralno-prawny tej więzi i odnosi się kanonicznie do już istniejącego małżeństwa²⁸. W doktrynie kanonicznej rozróżnia się *matrimonium in fieri*, czyli powstające w momencie wyrażenia zgody małżeństwo (zawarcie małżeństwa), które między ochrzczonej jest również sakramentem, oraz *matrimonium in facto esse*, czyli wypełnienie tego sakramentu w codziennym życiu (instytucja małżeństwa)²⁹. Znakiem tego wypełnienia jest tzw. dopełnienie małżeństwa (czyli pierwsze po ślubie – dokonane na sposób ludzki i przy pełnej wolności – współżycie seksualne), które czyni je nierozzerwalnym. Elementy zawarte w kan. 1055-1057, takie jak: istota małżeństwa pojmowanego jako stan życia (*in facto esse*), istotne właściwości małżeństwa (jedność i nierozzerwalność) oraz instytucjonalne cele małżeństwa (dobro małżonków oraz zrodzenie i wychowanie potomstwa), uprawniają do wyliczenia obowiązków

²⁷ Wstęp (kan. 1055-1062), rozdział 1: *Pasterska troska i czynności poprzedzające zawarcie małżeństwa* (kan. 1063-1072), rozdział 2: *Przeszkody zrywające w ogólności* (kan. 1073-1082), rozdział 3: *Poszczególne przeszkody zrywające* (kan. 1083-1094), rozdział 4: *Zgoda małżeńska* (1095-1107), rozdział 5: *Forma zawarcia małżeństwa* (1108-1123), rozdział 6: *Małżeństwa mieszane* (1124-1129), rozdział 7: *Małżeństwa zawarte tajnie* (kan. 1130-1133), rozdział 8: *Skutki małżeństwa* (kan. 1134-1140), rozdział 9: *Rozłączenie małżonków* (kan. 1141-1155), rozdział 10: *Uważnienie małżeństwa* (kan. 1161-1165).

²⁸ Por. P. Bianchi, *Il Matrimonio canonico*, w: *Corso Istituzionale di diritto canonico*, red. Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano 2005, s. 390.

²⁹ Por. J. Hendriks, *Diritto matrimoniale. Commento ai canoni 1055-1165 del Codice di diritto canonico*, Milano 1999, s. 17.

mażeńskich mieszczących się w obrębie dobra małżonków, dobra potomstwa, dobra jedności i dobra sakramentu³⁰ Obowiązkami tymi byłyby: obowiązek wspólnoty życia i miłości, obowiązek aktu małżeńskiego, obowiązek przyjęcia i wychowania potomstwa; a przymiotami tych obowiązków: obustronność, trwałość, ciągłość, wyłączność i nieodwołalność³¹.

Rozróżnienie między *matrimonium in fieri* i *in factum esse* jest ważne także z technicznego punktu widzenia, bo małżeństwo, które z różnych powodów nie zostałoby skonsumowane na sposób ludzki, a więc przez tradycyjny stosunek płciowy i przy pełnej wolności obu stron, mogłoby zostać rozwiązane na mocy dyspensy papieskiej (kan. 1141). Dzieje się tak zarówno w przypadku małżeństw zawartych między ochrzczoneymi (nie chodzi tylko o ochrzczone w Kościele katolickim, ale również w chrześcijańskich wspólnotach niekatolickich, które ważne według Kościoła katolickiego udzielają chrztu), jak i pomiędzy osobą ochrzczoneą a nieochrzczoneą. Warto zaznaczyć, że Kościół rozpoznaje małżeństwo jako instytucję z prawa naturalnego, a prawo do zawarcia małżeństwa przypisuje każdemu, kto jest do tego zdolny, a więc i niekatolikom, w tym także nieochrzczoneym. Kościół uzna zatem za ważne małżeństwo (zawsze monogamiczne) zawarte np. przez osoby nieochrzczone (zawsze przez mężczyznę i kobietę). Zrozumiały zatem jest kan. 1143, wyznaczający możliwość rozwiązania na mocy przywileju Pawłowego (bo opisanego w listach św. Pawła) małżeństwa dwóch osób nieochrzczoneych, z których jedna przyjęła chrzest. Małżeństwo takie zostaje rozwiązane przez sam fakt zawarcia nowego małżeństwa przez stronę ochrzczoneą, jeśli strona nieochrzczonea odeszła. „Uważa się, że strona nieochrzczonea odchodzi, jeżeli nie chce mieszkać ze stroną ochrzczoneą lub mieszkać z nią w zgodzie bez obrazy Stwórcy, chyba że strona ochrzczonea po przyjęciu chrztu dała słuszny powód odejścia” (kan. 1143 § 2). Należy spełnić jednak wiele warunków (por. kan. 1144–1146), aby kan. 1143 mógł mieć zastosowanie³². Rozwiązanie małżeństwa w dwóch opisanych wyżej sytuacjach bywa przez niektórych nazywane rozwodem. O ile „od biedy” można by tak nazwać rozwiązanie małżeństwa przez przywilej Pawłowy, o tyle na pewno rozwiązanie dyspensą małżeństwa ważne zawartego a niedopełnionego nie można tak nazwać, bo nie mówimy o małżeństwie nierozzerwalnym. Nie ma zatem możliwości rozwiązania przez rozwód małżeństwa ważne zawartego w Kościele katolickim i dopełnionego.

Najczęściej jednak spotykamy się w sądzie kościelnym z procesem o orzeczenie nieważności małżeństwa, w którym bada się, czy małżeństwo zostało zawarte ważne. Przepisy procesowego prawa małżeńskiego w odniesieniu do procesu o nieważność małżeństwa (kan. 1671–1691) zostały zrefer-

³⁰ P. Bianchi, *Quando il matrimonio è nullo?*, Milano 1998, s. 225 nn.

³¹ P.J. Viladrich, *Komentarz do kan. 1095-1107*, w: *Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz*, red. P. Majer, Kraków 2011, s. 815–816, za: M. Kubala, *Zaburzenia natury seksualnej a ważność małżeństwa kanonicznego*, w: *Ochrona małżeństwa i rodziny w Polsce. Zagadnienia prawne*, red. J. Krzynówek, J. Krzywkowska, Olsztyn 2015, s. 107–114.

³² Por. W. Góralski, *Małżeństwo kanoniczne*, Warszawa 2011, s. 351–366.

mowane od 8 grudnia 2015 r. na podstawie motu proprio papieża Franciszka *Mitis Iudex Dominus Iesus*³³. Jak uzasadniał we wstępie do tego dokumentu papież Franciszek, publikowane przepisy „nie mają na celu promowania nieważności małżeństwa, ale przyspieszenie procesów [...], aby serca wiernych, którzy oczekują na wyjaśnienie swojej sytuacji, nie były zbyt długo zniewolone przez mroki wątpliwości z powodu opóźnień w wydaniu wyroku”³⁴. Przyczyn nieważności małżeństwa należy upatrywać w trzech możliwych dziedzinach: przeszkodach małżeńskich, wadach zgody małżeńskiej oraz braku zachowania kanonicznej formy zawarcia małżeństwa.

Przeszkody zawarcia małżeństwa mogą pochodzić zarówno z prawa Bożego (naturalnego i pozytywnego), jak również z prawa ludzkiego, m.in. także kanonicznego³⁵. Od przeszkód z prawa kościelnego Kościół może dyspensować; nie ma natomiast kompetencji w dyspensowaniu od przeszkód z prawa Bożego. Prawodawca kościelny ustanowił 12 zrywających przeszkód małżeńskich: brak wymaganego wieku³⁶, niemoc płciowa (impotencja)³⁷, istniejący węzeł małżeński³⁸, różna religia³⁹, święcenia⁴⁰, wieczysty publiczny ślub czystości złożony w instytucie zakonnym⁴¹, uprowadzenie kobiety⁴²,

³³ *List Apostolski motu proprio „Mitis Iudex Dominus Iesus” reformujący kanony Kodeksu Prawa Kanonicznego dotyczące spraw o orzeczenie nieważności małżeństwa*, Biblos 2015, tekst łacińsko-polski. Por. *Praktyczny komentarz do Listu apostolskiego motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus papieża Franciszka*, red. P. Skonieczny, Tarnów 2015; *Proces małżeński według motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, red. J. Krajczyński, Płock 2015.

³⁴ *List Apostolski motu proprio „Mitis Iudex Dominus Iesus”*, s. 10–11.

³⁵ P. Gajda, *Prawo małżeńskie Kościoła Katolickiego*, Toruń 2000, s. 81; J.T. Martín de Agar, *Los impedimentos matrimoniales, protección de valores ou causa de nulidade?*, „Celebração Litúrgica” 6 (1988/1999), s. 1231–1237.

³⁶ KPK, kan. 1083 § 1. Przeszkoda wieku zachodzi wtedy, jeśli mężczyzna nie ma ukończonych 16, a niewiasta 14 lat.

³⁷ KPK, kan. 1084. Przez niemoc płciową należy rozumieć niezdolność do małżeńskiego obcowania cielesnego, która polega na wrodzonym lub nabytym braku, występującym u mężczyzny i kobiety, uniemożliwiającym akt płciowy z natury swej zmierzający do zrodzenia potomstwa. Niemoc płciowej, jako podstawy istnienia przeszkody, nie można mylić z pojęciem niepłodności. Niemoc płciowa powodująca nieważność małżeństwa polega na niezdolności uprzedniej, trwałej, absolutnej lub względnej dokonania stosunku małżeńskiego.

³⁸ KPK, kan. 1085 § 1. Każde małżeństwo zawarte ważne kanonicznie powoduje w konsekwencji zaistnienie węzła, który stanowi przeszkodę uniemożliwiającą zawarcie ponownego związku, dopóki pierwszy węzeł nie zostanie rozwiązany.

³⁹ KPK, kan. 1086 § 1. Prawodawca ma na uwadze zabezpieczenie wiary strony katolickiej oraz chrzest i katolickie wychowanie dzieci zrodzonych z małżeństw mieszanych wyznaniowo.

⁴⁰ KPK, kan. 1087. Źródłem przeszkody stają się święcenia diakonatu, prezbiteratu i biskupie.

⁴¹ KPK, kan. 1088. Przez profesję zakonną członkowie zobowiązują się publicznym ślubem do zachowania trzech rad ewangelicznych (ubóstwa, czystości i posłuszeństwa) zostają konsekrowani przez posługę Kościoła Bogu i włączeni do instytutu z prawami i obowiązkami określonymi w prawie – kan. 654.

⁴² KPK, kan. 1089. Dla zaistnienia przeszkody uprowadzenia konieczne jest porwanie lub zatrzymywanie kobiety z zastosowaniem siły, podstępem, groźby dla zawarcia z nią małżeństwa.

występek (małżonkobójstwo)⁴³, pokrewieństwo w linii prostej oraz do 4 stopnia włącznie w linii bocznej⁴⁴, powinowactwo we wszystkich stopniach linii prostej⁴⁵, przyzwoitość publiczna w 1 stopniu linii prostej⁴⁶, pokrewieństwo ustawowe (przysposobienie)⁴⁷. Trzy z tych przeszkód (impotencję, pokrewieństwo w pierwszym stopniu linii prostej, istniejący węzeł małżeński), Kościół uznaje za pochodzące z prawa Bożego, a więc niepodlegające dyspensie.

Zawarcie małżeństwa jest odpowiedzialnym aktem, który wymaga od nupturientów wystarczającej dojrzałości fizycznej i psychicznej, uzdalniającej do pożycia małżeńskiego oraz do uświadomienia sobie w sposób wystarczający praw oraz obowiązków małżeńskich i rodzinnych. Przepisy prawa kanonicznego wymieniają także tytuły nieważności małżeństwa, płynące z braków po stronie zgody małżeńskiej (kan. 1095-1103): niewystarczające używanie rozumu; poważny brak rozeznania oceniającego co do istotnych uprawnień i obowiązków małżeńskich wzajemnie przekazywanych i przyjmowanych; niezdolność do podjęcia istotnych obowiązków małżeńskich z przyczyn natury psychicznej; brak odpowiedniej wiedzy dotyczącej natury i celów małżeństwa; błąd co do osoby małżonka lub co do zasadniczo zamierzonego przymiotu osoby; podstęp; błąd co do istoty małżeństwa; podstępne wprowadzenie w błąd; symulacja całkowita (wykluczająca wszystkie cechy sakramentalnego związku małżeńskiego) albo symulacja częściowa (wykluczająca istotny przymiot lub inny istotny element małżeństwa); warunek co do przyszłości; przymus lub ciężka bojaźń. Wszystkie te braki muszą być poważnymi defektami osobowości lub przejawami niedojrzałości osobowej.

Ostatnią przyczyną dla stwierdzenia nieważności małżeństwa są wady formy kanonicznej zawarcia małżeństwa (kan. 1108), czyli niezachowanie przepisów prawa kanonicznego, które są konieczne przy wyrażaniu zgody małżeńskiej (np. obecność 2 świadków zwykłych podczas wypowiedzania słów przysięgi małżeńskiej)⁴⁸.

W wielu innych normach kodeksowych ustawodawca kościelny chroni rodzinę, chociaż nie używa wprost określenia „rodzina”. Ochrona ta przejawia się m.in. w szczegółowo rozpisanym duszpasterskim i prawnym przygo-

⁴³ KPK, kan. 1090. Przeszkoda małżonkobójstwa, czyli występkę, zachodzi wtedy, gdy jedna ze stron ze względu na chęć zawarcia małżeństwa z określoną osobą zadaje śmierć jej współmałżonkowi lub własnemu (§ 1) oraz wtedy, gdy małżeństwo usiłują zawrzeć te osoby, które poprzez fizyczny lub moralny współudział spowodowały śmierć współmałżonka (§ 2).

⁴⁴ KPK, kan. 1091. Nie zezwala się na małżeństwo, jeśli istnieje podejrzenie, że strony są spokrewnione w linii prostej (§ 1) lub w drugim stopniu linii bocznej (§ 2).

⁴⁵ KPK, kan. 1092. Przeszkoda powinowactwa zachodzi pomiędzy mężem a krewnymi żony oraz pomiędzy żoną a krewnymi męża.

⁴⁶ KPK, kan. 1093. Przeszkoda powstaje z nieważnego małżeństwa, z chwilą nawiązania współżycia oraz z notorycznego lub publicznego konkubinatu.

⁴⁷ KPK, kan. 1094.

⁴⁸ Zdarzają się sytuacje wyjątkowe, które nie pozwalają zachować formy zwyczajnej (KPK, kan. 1116).

towaniu do zawarcia małżeństwa. Niestety, mimo wielu wymagań stawianych nupturientom (m.in. udział w katechizacji, ukończenie kursów przedślubnych, odbycie wizyt w poradni małżeńskiej, rozmowa z kapłanem, tzw. protokół z rozmowy kanonicznej z narzeczonymi) i obowiązku głoszenia zapowiedzi, nie udaje się zapobiec dużej ilości spraw o nieważność małżeństwa, które trafiają do sądów kościelnych. Z tego powodu duszpasterze winni troszczyć się o to, aby wierni byli pouczani o znaczeniu małżeństwa chrześcijańskiego oraz o obowiązkach małżonków i chrześcijańskich rodziców⁴⁹. Należy nieustannie przypominać rodzicom, że to właśnie do nich należy troska o życie dziecka i jego katolickie wychowanie⁵⁰.

Zgodnie z kan. 1398 KPK wszyscy, którzy brali udział w dokonaniu aborcji podlegają ekskomunice *latae sententiae*⁵¹. Sposobów na spędzanie płodu jest wiele i polegać one mogą na zażyciu środków pochodzenia chemicznego, roślinnego lub zwierzęcego, które mają spowodować poronienie lub na zewnętrznych, mechanicznych zabiegach („łyżeczowanie, wprowadzenie do macicy ciał obcych, uderzenie w brzuch, noszenie ciężarów, gwałtowne ruchy, skok z wysokości, forsowne uprawianie sportów”)⁵².

Przestępstwem kościelnym jest także oddanie dziecka do chrztu lub też na wychowanie w religii niekatolickiej. Grożącymi za to przestępstwo karami jest cenzura lub inna sprawiedliwa kara⁵³. Rodzicom przysługuje prawo do wolności wyboru szkoły dla swoich dzieci⁵⁴, pomocy ze strony nauczycieli oraz szkół⁵⁵. Ponadto wierni winni zabiegać, aby ustawy państwowe dotyczące kształcenia gwarantowały wychowanie religijne i moralne zgodne z sumieniem rodziców⁵⁶. Katolickie wychowanie musi mieć charakter wszechstronny⁵⁷ i być przekazywane za pomocą słów i przykładu osób najbliższych⁵⁸. Wychowanie to powinno być tak ukierunkowane, aby dzieci po osiągnięciu pełnoletności mogły z poczuciem odpowiedzialności podążać za swym powołaniem i świadomie wybrać stan życia⁵⁹. Szczególnie ważne jest kształtowanie w dzieciach prawidłowego sumienia, aby wiedziały, co w życiu jest dobre, a co złe.

Dobre imię dziecka chroni regulacja zawarta w kan. 110 KPK, który stanowi, że dzieci adoptowane powinny być traktowane na równi z dziećmi rodzonymi. Oprócz kategorii dzieci prawego pochodzenia, prawodawca wpro-

⁴⁹ KPK, kan. 1063.

⁵⁰ KPK, kan. 226 § 2.

⁵¹ KPK, kan. 1398.

⁵² F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. 3, Opole 1958, s. 533.

⁵³ KPK, kan. 1366.

⁵⁴ KPK, kan. 797.

⁵⁵ KPK, kan. 796 § 1-2.

⁵⁶ KPK, kan. 799.

⁵⁷ KPK, kan. 1136.

⁵⁸ R. Sztymmler, *Obowiązki małżeńskie*, Warszawa 1999, s. 263.

⁵⁹ KPK, kan. 1136. Por. *Kodeks Prawa Kanonicznego...*, red. P. Majer, s. 854–855.

wadził kategorię dzieci, które należy uważać za dzieci prawego pochodzenia (tj. urodzone od 180 dni od zawarcia małżeństwa do 300 dni od rozwiązania pożycia małżeńskiego)⁶⁰.

Ochronie praw rodziny służą także normy zawarte w kan. 1152-1153 KPK, które określają warunki separacji małżeńskiej. Przyczyną separacji (rozdzielenia) jest przeważnie cudzołóstwo któregoś z małżonków. Co do zasady zaleca się, aby współmałżonek w trosce o dobro rodziny nie odmawiał cudzołożnemu współmałżonkowi przebaczenia i nie zrywał z nią życia małżeńskiego. Strona niewinna traci prawo do separacji, jeżeli zgodziła się na cudzołóstwo, stała się jego przyczyną lub sama także popełniła cudzołóstwo⁶¹. Małżonkowie, po orzeczonej separacji, nadal trwają w małżeństwie i ciąży na nich także obowiązek wzajemnej pomocy⁶².

Niezwykle istotna w osiągnięciu spokoju rodzinnego jest pomoc duchowa. Zgodnie z kan. 529 KPK na proboszczu spoczywa obowiązek odwiedzania wiernych, umacniania ich wiary, uczestniczenia w ich troskach, niepokoju, smutku, wspierania chorych i otaczania opieką osób biednych, cierpiących, samotnych, wygnańców, starania się, aby małżonkowie i rodzice otrzymali pomoc w wypełnianiu własnych obowiązków oraz popierania wzrostu życia chrześcijańskiego w rodzinach⁶³. Ponadto, w kan. 1128 KPK ustawodawca nakłada na duszpasterzy obowiązek duchowego wspierania małżeństw mieszanych wyznaniowo.

Obowiązujący *Kodeks Prawa Kanonicznego* Jana Pawła II, oprócz przytoczonych powyżej norm, zawiera wiele innych przepisów chroniących bezpośrednio lub pośrednio instytucję rodziny, m.in. brak rozwodów; zakaz przyjmowania komunii św. przez osoby żyjące w związkach niesakramentalnych, co potwierdza nierozzerwalność małżeństwa; urząd obrońcy węzła małżeńskiego, który broni ważności i świętości każdego zaskarżonego małżeństwa. Bez wątpienia Kościół katolicki dostrzega wartość rodzinnej wspólnoty, nazywa ją „domowym Kościołem”, podkreśla jej godność jako podstawowej wspólnoty chrześcijańskiego życia. Małżeństwo i rodzina stanowią pierwszą płaszczyznę społecznego zaangażowania katolików świeckich. Niestety, w dzisiejszych czasach ludzie nie są przychylni wierze, dlatego na rodzinach chrześcijańskich ciąży ważny obowiązek: powinny stanowić „ogniska żywej wiary”⁶⁴.

⁶⁰ KPK, kan. 1138 § 2.

⁶¹ KPK, kan. 1152 § 1.

⁶² Por. T. Rakoczy, *Separacja kanoniczna jako gwarancja nierozzerwalności małżeństwa dla małżonków i społeczności Kościoła*, w: *Małżeństwo na całe życie?*, red. R. Sztuchmiller, J. Krzywkowska, Olsztyn 2011, s. 193; por. W. Góralski, *Małżeństwo kanoniczne...*, s. 368–373.

⁶³ KPK, kan. 529 § 1.

⁶⁴ *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, Città del Vaticano 1992, n. 1656.

Prawa małoletnich jako wyraz ochrony rodziny i jej praw

Ważnym aspektem omawianej problematyki, jest prawne zagwarantowanie właściwej ochrony najmłodszym członkom rodziny, którzy często narażeni na różnego rodzaju przemoc nie mogą się sami bronić. W prawie kanonicznym dają się wyodrębnić zwłaszcza dwa obszary, w których chronione jest życie najmłodszych. Pierwszym jest wspomniana już kodeksowa ochrona życia poczętego, co przejawia się w karze ekskomuniki *latae sententiae* (mocą samego prawa) dla osób powodujących „przerwanie ciąży, po zaistnieniu skutku” (kan. 1398 KPK). Drugim obszarem byłaby nietykalność seksualna dziecka. Odnośne normy znajdujemy głównie w pozakodeksowych regulacjach kanonicznych. Kościół jest świadom potrzeby kanonicznych regulacji, przeciwdziałających seksualnemu wykorzystaniu nieletnich. Za sprawą medialnych doniesień o przypadkach (wydarzeń, które w większości miały miejsce wiele lat temu) wykorzystania seksualnego nieletnich przez osoby duchowne, kwestia ta jest szeroko dyskutowana w Kościele od kilku lat. Dokumentem, który przez lata wyznaczał procedurę dla postępowań w sprawach najcięższych przestępstw kanonicznych, w tym w sprawach duchownych podejrzanych czy oskarżonych o przestępstwa przeciw nieletnim, była instrukcja Świętej Kongregacji Świętego Oficjum (późniejsza Kongregacja Doktryny Wiary) pt. *Crimen Sollicitationis* z 1922 r., zaktualizowana 16 marca 1962 r.⁶⁵ Kompetencja sądownicza w tego typu postępowaniach została przyznana Świętemu Oficjum, a sama Instrukcja miała moc obowiązującego prawa, ponieważ, na mocy kan. 247 § 1 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1917 r., Kongregacji Świętego Oficjum przewodniczył sam papież⁶⁶. Tę kompetencję potwierdził papież Paweł VI w konstytucji apostolskiej o kurii rzymskiej *Regimini Ecclesiae universae* z 15 sierpnia 1967 r. i później papież Jan Paweł II w konstytucji apostolskiej o kurii rzymskiej *Pastor Bonus* z 28 stycznia 1988 r. (dalej: PB)⁶⁷. W art. 48 PB, troskę o rozwój

⁶⁵ Supreme Sacred Congregation of the Holy Office, *Instruction On the Manner of Proceeding in Causes involving the Crime of Solicitation*, 16.3.1962, w: www.vatican.va/resources/resources_crimen-sollicitationis-1962_en.html (dostęp: 13.8.2015 r.).

⁶⁶ Por. Ioannes Paulus PP. II, *Lettera Apostolica in forma di „Motu Proprio” Sacramentorum Santitatis Tutela del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II*, w: Congregazione per la dottrina della fede, *Norme sui delitti riservati alla congregazione per la dottrina della fede*, Città del Vaticano 2012, s. 7; por. kan. 247 § 1 CIC 17: „Congregatio S. Officii, cui ipse Summus Pontifex Praeest, tutatur doctrinam fidei et morum”.

⁶⁷ Por. Paulus PP. VI, *Constitutio Apostolica Regimini Ecclesiae Universae*, De Romana Curia, 15.8.1967, n. 36, AAS 59 (1967) 898; za: Ioannes Paulus PP. II, *Sacramentorum Sanctitatis...*; por. Ioannes Paulus PP. II, *Constitutio Apostolica Pastor bonus*, De Romana Curia, 28.6.1997, art. 52, AAS 89 (1997) 830-835; za: Ioannes Paulus PP. II, *Sacramentorum Sanctitatis...*, s. 7.

i strzeżenie nauki wiary i obyczajów w całym świecie katolickim nazywa Jan Paweł II „własnym zadaniem Kongregacji Nauki Wiary”⁶⁸.

Instrukcja *Crimen Sollicitationis* została zastąpiona przez nowe normy promulgowane w Liście Apostolskim *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* (dalej: SSC) z 30 kwietnia 2001 r.⁶⁹ Oficjalny dokument, zawierający *Normy dotyczące najcięższych przestępstw zarezerwowanych Kongregacji Doktryny Wiary* (dalej: *Normy*), został wydany 18 maja 2001 r.⁷⁰ i podpisany przez Józefa Ratzingera – prefekta Kongregacji Doktryny Wiary (dalej: Kongregacja), który już jako papież Benedykt XVI 21 maja 2010 r. zaaprobował wprowadzone przez Kongregację zmiany w tekście, które nie zmieniały go w sposób znaczny, a jedynie wprowadzały pewne poprawki⁷¹. Jan Paweł II wyjaśniając potrzebę powstania nowych norm, pisze w SSC, że po wydaniu przez niego w 1997 r. *Agendi ratione in doctrinam examine*, pojawiła się potrzeba dokładniejszej definicji najcięższych przestępstw popełnionych przeciw wierze, moralności i celebracji sakramentów, których sądzenie byłoby w wyłącznej kompetencji Kongregacji⁷². Najcięższe przestępstwa przeciw: Wierze, świętości Najświętszej Ofiary i sakramentowi Eucharystii, sakramentowi pokuty, sakramentowi święceń i przeciw obyczajom (pojawiające się zresztą w większości już w KPK czy w CCEO) wymienione zostały w pierwszej części omawianych *Norm*, zwanej *Normae substantiales* (dalej: NS), w art. 2-5⁷³. Kompetencja Kongregacji dotyczyć będzie sądzenia i wymierza-

⁶⁸ Według wyd. Jan Paweł II, Konstytucja Apostolska *Pastor Bonus* o Kurii Rzymskiej, 28.6.1988, AAS 80 (1988) 841-912, tekst polski: „L'Osservatore Romano. Wydanie polskie” 9 (1988), nr 6, 4-17; artykuły – tłum. P. Majer.

⁶⁹ Por. Ioannes Paulus PP. II, *Sacramentorum Sanctitatis...*, s. 7.

⁷⁰ *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina fidei reservatis seu normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, w: Congregazione per la dottrina della Fede, *Norme sui delitti riservati alla conegrazione per la dottrina della fede*, Città del Vaticano 2012.

⁷¹ T. Doyle, *The 1922 Instruction and the 1962 instruction „Crimen Sollicitationis” promulgated by the Vatican*, 2008, w: www.awrsipe.com/doyle/2008/2008-10-03-commentaryon1922and1962documents.pdf (dostęp: 11.8.2015); por. Congregazione per la dottrina della Fede, *Lettera ai vescovi della Chiesa Cattolica e agli altri ordinari e gerarchi interessati circa le modifiche introdotte nelle Normae de „Gravioribus delictis”*, w: *Normae sui delitti riservati all Congregazione per la dottrina della Fede*, Città del Vaticano 2012; por. W. Lewada, *Breve Relazione circa le modifiche introdotte nelle Normae de Gravioribus Delictis riservati alla Congregazione per la dottrina della Fede*, w: *Norma sui delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, Città del Vaticano 2012, s. 45-47.

⁷² Ioannes Paulus PP. II, *Sacramentorum Sanctitatis...*, s. 7; por. Congregatio pro Doctrina Fidei, *Agendi ratio in doctrinam examine*, 29.6.1997, AAS 89 (1997) 830-835.

⁷³ Wśród najcięższych przestępstw *Normae substantiales* wymieniają w: art. 2 – przestępstwa przeciw wierze: herezja, apostazja, schizma (kan. 751 KPK, por. kan. 1364 KPK), art. 3 – przestępstwa przeciw świętości Najświętszej Ofiary (kan. 1367, 1378 § 2, 1°, 1379, 908 i 927 oraz kan. 1443 CCEO), art. 4 – przestępstwa przeciw świętości Najświętszego Sakramentu (kan. 977 wraz z kan. 1378 § 1 KPK i kan. 1457 CCEO, kan. 1378 § 2, 2° KPK, kan. 1379 KPK i kan. 1443 CCEO, kan. 1387 KPK i kan. 1458 CCEO, 1388 § 1 KPK i kan. 1456 § 1 CCEO, oraz przestępstwo nagrywania i rozpowszechniania spowiedzi – por. Congregazione per la dottrina della Fede, *Decreto riguardante la scomunica a colui che*

nia kar za przestępstwa – zastrzeżone Stolicy Apostolskiej – wymienione w art. 3-5 na forum zewnętrznym (*forum externum*), to znaczy jeśli wiadomość o danym przestępstwie wyszła na jaw i musiało zostać wszczęte postępowanie karne. Jeśli natomiast wiadomość o danym przestępstwie pozostaje na forum wewnętrznym (*forum internum*), to znaczy w zakresie sakramentalnej spowiedzi świętej, kompetencja przyznana jest Penitencjarii Apostolskiej (art. 1 NS, art. 118 PB). KPK wymienia pięć przestępstw za które prawo kanoniczne przewiduje karę ekskomuniki *latae sententiae* i które dodatkowo zarezerwowane są Stolicy Apostolskiej. Są to: znieważenie najświętszego sakramentu – kan. 1367 KPK, przymus fizyczny wobec biskupa rzymskiego – kan. 1370 KPK (nie wymieniany w NS), rozgrzeszenie współnika przeciw szóstemu przykazaniu – kan. 1378 KPK (por. kan. 977), konsekracja biskupia i otrzymanie święceń biskupich bez papieskiego zlecenia – kan. 1382, bezpośrednie naruszenie tajemnicy spowiedzi przez spowiednika – 1388 § 1 KPK. Dodać można do tego wykazu nie wymieniane bezpośrednio w KPK, a wymieniane w NS jako zarezerwowane Kongregacji przestępstwa, jak np. udzielenie święceń kobiecie, za które również przewidziana jest również ekskomunika *latae sententiae* (art. 5 NS).

Ważnym z punktu widzenia omawianej problematyki jest przyłączenie kary ekskomuniki *latae sententiae* do przestępstwa rozgrzeszenia współnika przeciw szóstemu przykazaniu. Powinno to powstrzymać osoby dopuszczające się grzechu przeciw szóstemu przykazaniu (nie cudzołóz) od rozgrzeszania współników w grzechu, a to z kolei powinno zmuszać współnika w grzechu do szukania innego spowiednika, który skutecznie może zachęcić taką osobę do ujawnienia sprawy. Mechanizm ten jest ważny w sytuacji, gdyby współnikiem w grzechu była osoba niepełnoletnia, która bardzo często wrażliwa i niezdeprawowana, ale i nieświadoma tego, że została wykorzystana, może w spowiedzi uzyskać konkretną duchową pomoc i konkretne wskazówki odnośnie do dalszego postępowania. Inne najcięższe przestępstwa przeciw nieetykalności seksualnej osób małoletnich znalazły się w art. 6 NS. Jakkolwiek nie dołączono do nich sankcji *latae sententiae*, zaznaczyć należy, że prawo kanoniczne surowiej niż polskie prawo karne, traktuje duchownych obcujących płciowo z małoletnimi. Podczas gdy art. 6 § 1 n. 1 NS uznaje za przestępstwo jakiegokolwiek wykroczenie przeciw szóstemu przykazaniu, którego dopuściłby się duchowny wobec osoby, która nie ukończyła jeszcze osiemnastu lat, kodeks karny za pedofilskie uznał seksualne zachowania wobec osoby poniżej 15 roku życia (por. art. 200 i 200a *Kodeksu karnego*)⁷⁴.

divulga le confessioni, 23.9.1988, AAS 80 (1988) 1367, art. 5 – usiłowanie udzielenia święceń kobiecie (nie ma w KPK i w CCEO, choć jest podstawa prawna: kan. 1378 KPK i kan. 1443 CCEO), art. 6 – przestępstwa przeciw obyczajom (opisane szerzej w tekście powyżej), art. 7.

⁷⁴ Ustawa z dnia 6.6.1997 r. – *Kodeks karny* (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553); por. Ustawa z dnia 20.2.2015 r. o zmianie ustawy *Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).

W poprawionym 15 lipca 2010 r. tekście NS, z osobą niepełnoletnią zrównana została osoba posiadająca niepełne używanie rozumu, a więc dotknięta jakąś anomalią psychiczną (art. 6 § 1, n. 1, NS)⁷⁵. Za najcięższe przestępstwo zarezerwowane Kongregacji NS uznaje również pozyskiwanie lub rozpowszechnianie przez duchownego, za pomocą jakiegokolwiek środka, w celu zaspokojenia własnych żądz, obrazów pornograficznych przedstawiających małoletnich poniżej 14-go roku życia (art. 6 § 1, n. 2). Duchowny dopuszczający się tych przestępstw powinien być ukarany według ciężkości przewinienia, nie wykluczając wydalenia ze stanu duchownego (art. 6 § 2). Art. 7 §1 za wymienione w NS najcięższe przestępstwa zastrzeżone Kongregacji wyznacza okres przedawnienia 20 lat, które liczy się według przepisów kan. 1362 § 2 KPK i kan. 1152 § 3 CCEO. Przedawnienie za przestępstwo opisane w art. 6 § 1 n. 1 liczy się od dnia, w którym małoletni ukończył 18 lat (art. 7 § 2, NS). Pamiętać należy, że Kongregacja ma prawo w poszczególnych przypadkach uchylić przedawnienie i sądzić każdą tego typu sprawę.

W 2011 r. Kongregacja rozesłała też do Konferencji Episkopatów na całym świecie list okólny, który miał im pomóc w przygotowaniu zasad postępowania w przypadkach nadużyć seksualnych, jakich mogliby dopuścić się duchowni na danym terenie wobec małoletnich⁷⁶. Warto nadmienić, że w 2003 r. prefekt Kongregacji otrzymał pewne specjalne uprawnienia od papieża, w odniesieniu do procedury w postępowaniach karnych dotyczących najcięższych przestępstw. Wśród tych uprawnień były między innymi możliwość posłużenia się karnym procesem administracyjnym i dymisja *ex officio* w najcięższych przypadkach⁷⁷. List okólny rozpoczyna się przypomnieniem, że „wśród najważniejszych zadań biskupa diecezjalnego, w celu zapewnienia dobra wspólnego wiernych, a w sposób szczególny dobra dzieci i młodych, jest obowiązek dawania adekwatnej odpowiedzi na ewentualne przypadki seksualnych nadużyć wobec nieletnich, popełnione przez duchownych jego diecezji. Taka odpowiedź zakłada utworzenie odpowiednich procedur w towarzyszeniu ofiarom takich nadużyć, jak również formacji wspólnoty kościelnej w perspektywie ochrony nieletnich”⁷⁸. Dokument nakazywał Konferencjom Episkopatów utworzenie takich procedur jako wzoru postępowania dla biskupów diecezjalnych i wyższych przełożonych na danym terenie. Procedury te miały być tworzone przy zachowaniu następujących wskazań praktycznych: (a) koncepcja „nadużycia seksualnego wobec nieletnich” musi być tożsama z definicją zawartą w art. 6 NS, (b) osoba zawiadamiająca o przestępstwie ma być potraktowana z szacunkiem i ma prawo do anonimowości,

⁷⁵ W. Lewada, *Breve relazione...*, s. 47.

⁷⁶ W. Lewada, *Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, w: *Norme sui delitti riservati alla Congregazione per la dottrina della Fede*, Città del Vaticano 2012, s. 55–61.

⁷⁷ W. Lewada, *Lettera circolare...*, s. 58.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 55 (tłumaczenie własne).

(c) władze kościelne mają zaangażować się w zapewnienie ofiarom pomocy duchowej, (d) dochodzenie ma odbywać się z poszanowaniem zasad prywatności i dobrego imienia osób, (e) o ile nie będzie przeciwwskazań, oskarżony powinien jak najszybciej dowiedzieć się o oskarżeniach i móc możliwość odpowiedzieć na nie, (f) organy konsultacyjne w poszczególnych sprawach nie mają zastępować rozpoznania i władzy rządzenia biskupów, (g) stworzone przez daną Konferencję Episkopatu zasady postępowania mają brać pod uwagę prawo danego kraju, (h) podczas prowadzenia postępowania należy oskarżonemu duchownemu zapewnić utrzymanie, (i) należy nie dopuścić do powrotu duchownego do posługi publicznej, jeśli spowodować to może zgorzsenie lub będzie niebezpieczne dla małoletnich⁷⁹. Konferencja Episkopatu Polski (dalej: KEP) przyjęła stosowne normy 20 czerwca 2009 r., a więc dwa lata przed wydaniem przez Stolicę Apostolską listu okólnego w tej sprawie. Po otrzymaniu listu okólnego normy KEP zostały uzupełnione i 14 marca 2012 r. wydano nowy dokument. Najnowsza wersja omawianego dokumentu została przyjęta na 366 Zebraniu Plenarnym KEP w dniach 7–8 października 2014 r. i jest zatytułowana jak poprzednia wersja: „Wytyczne dotyczące wstępnego dochodzenia kanonicznego w przypadku oskarżeń duchownych o czyny przeciwko szóstemu przykazaniu Dekalogu z osobą niepełnoletnią poniżej osiemnastego roku życia”⁸⁰. Najnowszą inicjatywą Stolicy Apostolskiej w omawianej materii jest utworzenie przez papieża Franciszka 22 marca 2014 r. Papieskiej Komisji ds. Obrony Małoletnich i zatwierdzenie jej statutu 21 kwietnia 2015 r.⁸¹ Zadaniem Komisji jest proponowanie inicjatyw w zakresie coraz skuteczniejszej ochrony małoletnich i wrażliwych dorosłych, mających na celu zagwarantowanie, że przestępstwa, które się kiedyś wydarzyły, nigdy już nie będą mieć miejsca⁸².

Podsumowanie

Nieustannie należy przypominać słowa Jana Pawła II z adhortacji apostołskiej *Familiaris consortio*: „Małżeństwo i rodzina stanowią jedno z najcenniejszych dóbr ludzkości”. Od pozycji rodziny zależy przecież potencjał i siła człowieka oraz całego narodu. W dzisiejszym świecie rola rodziny musi być ceniona, ponieważ zagrożeń przybywa. Należy wskazywać, jak prawidłowo należy postrzegać rodzinę, która związana jest ze społeczną naturą

⁷⁹ Ibidem, s. 55.

⁸⁰ <http://pliki.episkopat.pl/cms/pliki/c22889/o/Wytyczne.pdf>; por. http://episkopat.pl/informacje_kep/5353.1, Se kretarz_generalny_KEP_Kosciol_w_Polsce_sprawie_pedofilii_traktuje_powaznie.html (dostęp: 17.08.2015).

⁸¹ Por. *Chirografo del Santo Padre Francesco per l'istituzione della Pontificia Commissione per la tutela dei minori*, w: http://w2.vatican.va/content/francesco/it/letters/2014/documents/papa-francesco_20140322_chirografo-pontificia-commissione-tutela-minori.html (dostęp: 5.08.2015).

⁸² Ibidem.

człowieka. Rodziny ustawicznie potrzebują uznania, respektowania, wsparcia, życzliwości społecznej i docenienia.

Niezbędna jest pomoc wielu instytucji i organizacji rodzinie, która boryka się z problemami. Taką pomocą służy od dawna Kościół katolicki, poczynając od struktur parafialnych, a kończąc na Stolicy Apostolskiej. Kryzys rodziny nie jest tylko materialnym kryzysem, ale w wielu przypadkach moralnym, stąd w dużej mierze zadaniem Kościoła jest pomoc duchowa rodzinom. Kościół powszechny oraz kościoły partykularne wyrażając troskę o dobro rodziny ukazują sakramentalny wymiar małżeństwa, zwracają uwagę na odpowiednie przygotowanie do życia w małżeństwie i rodzinie. Wychowanie prorodzinne jest priorytetowym zadaniem Kościoła. Mimo upływu lat *Karta Praw Rodziny* wcale nie straciła na aktualności. Nadal potrzebne jest ze strony Kościoła uświadamianie nieodzownego znaczenia rodziny dla całego życia społecznego poprzez ewangelizację, kazania, środki społecznego przekazu, katechizację.

Bibliografia

Źródła:

- Catechismus Catholicæ Ecclesiæ*, Città del Vaticano 1992.
- Chirografo del Santo Padre Francesco per l'istituzione della Pontificia Commissione per la tutela dei minori*, 22.3.2014, w: http://w2.vatican.va/content/francesco/it/letters/2014/documents/papa-francesco_20140322_chirografo-pontificia-commissione-tutela-minori.html (dostęp: 5.8.2015 r.).
- Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, AAS 75 II (1983) 1-317.
- Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti papæ XV auctoritate promulgatus*, Typis Polyglotis Vaticanis 1917.
- Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, AAS 82 (1990) 1064-1364.
- Congregazione per la dottrina della Fede, *Decreto riguardante la scomunica a colui che divulga le confessioni*, 23.9.1988, AAS 80 (1988) 1367.
- Congregazione per la dottrina della Fede, *Lettera ai vescovi della Chiesa Cattolica e agli altri ordinari e gerarchi interessati circa le modifiche introdotte nelle Normæ de „Gravioribus delictis”*, w: *Normæ sui delitti riservati all Congregazione per la dottrina della Fede*, Città del Vaticano 2012.
- Congregatio pro Doctrina Fidei, *Agendi ratio in doctrinam examine*, 29.6.1997, AAS 89 (1997) 830-835.
- Ioannes Paulus PP. II, *Adhortatio apostolica Familiaris consortio*, 22.11.1981, AAS 74 (1982) 81-190.
- Ioannes Paulus PP. II, *Constitutio Apostolica Pastor bonus*, 28.6.1988, AAS 80 (1988) 841-912.
- Ioannes Paulus PP. II, *Lettera Apostolica in forma di „Motu Proprio” Sacramentorum Santitatis Tutela del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II*, w: *Congregazione per la dottrina della fede, Norme sui delitti riservati alla congregazione per la dottrina della fede*, Città del Vaticano 2012.
- Ioannes Paulus PP. II, *Litteræ Familiis Gratissimam sane*, 2.2.1994, AAS 86 (1994) 868-925.

- Ioannes Paulus PP. II, *Motu proprio Familia a Deo Instituta*, 9.5.1981 r., AAS 73 (1981) 441-444.
- Karta Praw Rodziny, 22.11.1983, w: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_council_s/family/documents/rc_pc_family_doc_19831022_famil_y-rights_it.html (dostęp: 25.7.2015 r.).
- Konferencja Episkopatu Polski, *Wytyczne dotyczące wstępnego dochodzenia kanonicznego w przypadku oskarżeń duchownych o czyny przeciwko szóstemu przykazaniu Dekalogu z osobą niepełnoletnią poniżej osiemnastego roku życia*, w: <http://pliki.episkopat.pl/cms/pliki/c22889/o/Wytyczne.Pdf> (dostęp: 25.7.2015 r.).
- Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie 28.7.1993 r., Dz.U. z 1998 r., Nr 51, poz. 318.
- Leon XIII, *Arcanum Divinae Sapientiae*, 10.2.1880, AAS 12 (1979/80) 388-391.
- Leon XIII, *Lettera Enciclica Rerum novarum*, 15.5.1891, AAS 23 (1890-1891) 649-662.
- Lewada W., *Breve Relazione circa le modifiche introdotte nelle Normae de Gravioribus Delictis riservati alla Congregazione per la dottrina della Fede*, w: *Norme sui delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, Città del Vaticano 2012.
- Lewada W., *Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, w: *Norme sui delitti riservati alla Congregazione per la dottrina della Fede*, Città del Vaticano 2012.
- List Apostolski motu proprio „*Mitis Iudex Dominus Iesus*” reformujący kanony Kodeksu Prawa Kanonicznego dotyczące spraw o orzeczenie nieważności małżeństwa, Biblos 2015, tekst łacińsko-polski
- Normae de delictis Congregationi pro Doctrina fidei reservatis seu normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, w: *Congregazione per la dottrina della fede, Norme sui delitti riservati alla conegazione per la dottrina della fede*, Città del Vaticano 2012.
- Paulus PP. VI, *Constitutio Apostolica Regimini Ecclesiae Universae*, De Romana Curia, 15.8.1967, AAS 59 (1967) 898.
- Pius XI, *Casti connubii*, 31.12.1930, AAS 22 (1930) 541-565.
- Pius XI, *Divini illius Magistri*, 31.12.1929, AAS 22 (1930) 49-86.
- Supreme Sacred Congregation of the Holy Office, *Instruction On the Manner of Proceeding in Causes involving the Crime of Solicitation*, 16.3.1962, w: www.vatican.va/resources/reso_urces_crime_n-sollicitationis-1962_en.html (dostęp: 13.08.2015 r.).
- Synod Biskupów, *Orędzie do rodzin chrześcijańskich w świecie współczesnym* (25.10.1980), tłum. Biuro Prasowe Episkopatu Polski, w: <http://www.kns.gower.pl/synod/synod.htm> (dostęp: 22.08.2015 r.).
- Ustawa z 6.6.1997 – *Kodeks Karny*, Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553.
- Ustawa z 20.2.2015 r. o *zmianie ustawy Kodeks Karny oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. z 2015 r., poz. 396.

Literatura:

- Bianchi P., *Il Matrimonio canonico*, w: *Corso Istituzionale di diritto canonico*, red. Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano 2005.
- Bianchi P., *Quando il matrimonio è nullo?*, Milano 1998.
- Doyle T., *The 1922 Instruction and the 1962 Instruction „Crimen Sollicitationis” promulgated by the Vatican*, 2008, w: www.awrsipe.com/doyle/2008/2008-10-03-commentaryon1922and1962documents.pdf (dostęp: 11.08.2015 r.).

- Dzierżon G., *Ewolucja znaczenia terminu „osoba moralna” w kanonicznym porządku prawnym*, „Prawo Kanoniczne” 57 (2014) nr 1, s. 7–22.
- Góralski W., *Małżeństwo kanoniczne*, Warszawa 2011.
- Hendriks J., *Diritto matrimoniale. Commento ai canoni 1055–1165 del Codice di diritto canonico*, Milano 1999.
- Jankowski Z., *Polityka prorodzinna*, „Biuletyn” nr 1 (rok I), wrzesień 1999.
- Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz*, red. P. Majer, Kraków 2011.
- Krukowski J., *Podstawy współdziałania Kościoła i państwa*, „Kościół i prawo” t. 8, Lublin 1992.
- Krukowski J., *Podstawy współdziałania między Kościołem i państwem*, w: *Współdziałanie Kościoła i Państwa na rzecz małżeństwa i rodziny. Materiały z ogólnopolskiej konferencji naukowej zorganizowanej przez Stowarzyszenie Kanonistów Polskich, Wydział Nauk Prawnych TN KUL i Diecezję Łomżyńską, Łomża 6–7 września 2004*, red. J. Krukowski, T. Śliwowski, Łomża 2005.
- Krzywkowska J., Krzywkowska M., *Atrakcyjne formy wspierania wartości rodzinnych wspólnym zadaniem instytucji kościelnych i państwowych*, w: *Atrakcyjność: potrzeba czy zasada?*, red. A. Bartoszevska, K. Przysucha, K. Bejmert, G. Dębski, Warszawa 2013, s. 51–59.
- Kubala M., *Obiezione di coscienza e rivendicazioni abortista in Europa*, Roma 2013.
- Kubala M., *Zaburzenia natury seksualnej a ważność małżeństwa kanonicznego*, w: *Ochrona małżeństwa i rodziny w Polsce. Zagadnienia prawne*, red. J. Krzynówek, J. Krzywkowska, Olsztyn 2015, s. 107–114.
- Lempa F., *Kompetencje, uprawnienia i obowiązki w Kościele Katolickim*, Białystok 2013.
- Martín de Agar J. T., *Os impedimentos matrimoniais, protecção de valores ou causa de nulidade?*, „Celebração Litúrgica” 6 (1988/1999), s. 1231–1237.
- Pawluk T., *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. 1, *Zagadnienia wstępne i normy ogólne*, Olsztyn 1985.
- Posoborowe dokumenty Kościoła Katolickiego o małżeństwie i rodzinie*, t. 1, Kraków 1999.
- Proces małżeński według motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, red. J. Krajczyński, Płock 2015.
- Rakoczy T., *Separacja kanoniczna jako gwarancja nierozzerwalności małżeństwa dla małżonków i społeczności Kościoła*, w: *Małżeństwo na całe życie?*, red. R. Sztymmler, J. Krzywkowska, Olsztyn 2011.
- Skonieczny P. (red.), *Praktyczny komentarz do Listu apostołskiego motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus papieża Franciszka*, Tarnów 2015.
- Sztymmler R., *Czy trzeba wspierać rodzinę?*, „Biuletyn” nr 2 (rok II), listopad 1999, s. 17–19.
- Sztymmler R., *Obowiązki małżeńskie*, Warszawa 1999.
- Uliasz B., *Prawne formy współdziałania Państwa i Kościoła Katolickiego w zakresie pomocy społecznej*, w: *Funkcje publiczne związków wyznaniowych. Materiały III Ogólnopolskiego Sympozjum Prawa Wyznaniowego (Kazimierz Dolny, 16–18 maja 2006)*, red. A. Mezglewski, Lublin 2007.

THE HOLY SEE AND THE CANON LAW STAND UP FOR FAMILIES AND THEIR RIGHTS

Key words: Holy See, Roman Catholic Church, Code of Canon Law, family rights, child sexual abuse

Summary

Numerous ecclesiastical documents prove that the Holy See and the laws of the Roman Catholic Church stand up for families and their rights. The Church cannot insensibly observe constant attacks that families are exposed to via false family alternatives that are expected to be approved by the civil law. This article analyses institutional and legal solutions regarding family protection that are applied by the Holy See. The reproductive, educational and pedagogical functions of families are protected by various norms of canon law. It is therefore significant to begin thinking about families not only when something bad happens to them as they shall be protected in everyday life. Unfortunately, in today's world fundamental and obvious family rights, such as equitable conception or the right to be brought up in a natural family shall be asserted. The Holy See is also not impervious to the problem of child sexual abuse, also in the Church.

JOANNA MARKIEWICZ-STANNY

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego

Pozbawienie wolności imigrantów a prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Słowa kluczowe: migracja, pozbawienie wolności, życie prywatne, Europejska Konwencja Praw Człowieka

1. Sprawom powiązanim z problematyką migracyjną zazwyczaj towarzyszy twierdzenie, iż państwa mają prawo do kontroli własnego terytorium, ale powinny je wykonywać zgodnie ze standardami praw człowieka¹. Pogląd ten jest zazwyczaj punktem wyjścia dla skonstruowania balansu pomiędzy interesem publicznym w postaci kontroli wjazdu i pobytu cudzoziemców a poszanowaniem fundamentalnych praw jednostki. Ze względu na zróżnicowaną treść normatywną poszczególnych praw człowieka badanie owego balansu ulega swoistej kontekstualizacji, która zostanie tu zarysowana na przykładzie relacji pomiędzy kontrolą terytorium a prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Odrębnych rozważań wymagałaby odpowiedź na pytanie, czy istnieją zasady, które niezależnie od rodzaju prawa muszą być zastosowane i stanowią absolutne minimum, bez którego działania (bądź zaniechania) państwa nie mogą być uznane za legitymowane, nawet jeśli wspomniane działania są podjęte w imię tak ważkiego celu uprawnionego².

Jednym ze środków kontroli terytorium, obecnie stosowanym w Europie na dużą skalę³, jest pozbawienie wolności w związku ze statusem migracyjnym,

¹ Por. m.in. wyrok ETPC w sprawie *Amuur przeciwko Francji* z 25.06.1996 r., skarga nr 19776/92, Reports III, par. 41; wyrok ETPC w sprawie *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 11.11.1996 r., skarga nr 70/1995/576/662, par. 71; wyrok ETPC w sprawie *Abdulaziz, Cabales, Balkandali przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 28.05.1985 r., skargi nr 9214/80, 9473/81, 9474/81, par. 67-68; wyrok MTPC w sprawie *Velez Loor przeciwko Panamie* z 23.11.2010 r., par. 97; opinia doradcza MTPC w sprawie *Juridical Condition and Rights of Undocumented Immigrants* z 17.09.2003 r., OC – 18/03, par. 168.

² Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka w tym kontekście uznaje, iż wszelkie rozróżnienia pomiędzy cudzoziemcami a obywatelami państw powinny być obiektywne, proporcjonalne i rozsądne (*objective, proportionate and reasonable*) – por. *Juridical Condition...*, par. 168.

³ Wedle szacunkowych danych opublikowanych w 2014 r. przez Komisję Europejską, w 2013 r. detencją w Europie objętych było ponad 90 tysięcy imigrantów – por. *The use of*

zwane często detencją migracyjną⁴. W przypadku Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej EKPC) ta forma pozbawienia wolności jest przewidziana w art. 5 par. 1 lit. f, który dopuszcza *zatrzymanie lub aresztowanie osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa lub osoby przeciwko której toczy się postępowanie w celu wydalenia [...]*⁵. W praktyce zastosowanie tego środka często wchodzi w zakres przedmiotowy zakazu poniżającego lub nieludzkiego karania lub traktowania (art. 3 EKPC)⁶ lub też prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC). Jest to szczególnie uwarunkowane faktem, że w powiązaniu ze statusem migracyjnym zatrzymuje się nie tylko poszczególne osoby dorosłe, ale też rodziny podróżujące z małoletnimi dziećmi i dziećmi pozbawione opieki

Zarysowane powiązania są widoczne nie tylko w systemie EKPC. W trzech podstawowych aktach prawa wtórnego UE⁷, które zawierają regulacje dotyczące detencji migracyjnej, wymienia się życie rodzinne i jedność rodziny jako wartości chronione – wymagające zabezpieczenia w ramach stosowania oraz implementacji tych norm. Prawodawca europejski nawiązał w tym zakresie do Karty Praw Podstawowych UE, Konwencji o prawach dziecka oraz EKPC⁸, ale podkreślając wagę życia rodzinnego, kosztem życia prywatnego. Wydaje się, iż chodziło o położenie akcentu na szczególną i niewątpliwie istniejącą potrzebę ochrony więzów rodzinnych imigrantów. W praktyce konstrukcja ta jest jednak dosyć sztuczna. Po pierwsze, trudno

detention and alternatives to detention in the context immigration policies. Synthesis report to EMN Study, 2014. Liczba ta jednak nie uwzględnia takich krajów jak Włochy, Rumunia i Dania.

⁴ W polskim systemie prawnym z tym pojęciem należy identyfikować zatrzymanie, umieszczenie w strzeżonym ośrodku oraz areszt dla cudzoziemców unormowane *ustawą o cudzoziemcach* z 12.12.2013 r., Dz. U. z 2013 r., poz. 1650 oraz *ustawą o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP* z 13.06.2003, Dz.U.z 2003 r, Nr 128, poz. 1176 z późn. zm.

⁵ Mimo, że art. 5 par. 1 lit.f obejmuje także ekstradycję, to jednak pozostanie ona poza zakresem przedmiotowym opracowania.

⁶ Por. wyrok ETPC w sprawie *A. A. przeciwko Grecji* z 22.06.2010 r., skarga nr 12186/08, par. 57-62; wyrok ETPC w sprawie *Mohammed przeciwko Austrii* z 6.06.2013 r., skarga nr 2238, par. 105-106; wyrok ETPC w sprawie *Al-Nashif przeciwko Bułgarii* z 20.06.2002 r., skarga 50963/99, par. 30.

⁷ Są to: Dyrektywa 2008/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie *wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich* (dalej: dyrektywa powrotowa), Dz.Urz. UE L 348 z 24.12. 2008 r., s. 98; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z 26.06.2013 r. w sprawie *ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową* (wersja przekształcona) (dalej: przekształcona dyrektywa recepcyjna) Dz. Urz. UE L 180, z 29.06.2013 r., s. 96; Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 604/2013 z 26.06.2013 r. w sprawie *ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich złożonego przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca* (wersja przekształcona) (dalej jako Rozporządzenie Dublin III), Dz.Urz.UE L 180 z 29.06.2013 r.

⁸ Motyw 14 Rozporządzenia Dublin III, motyw 9 Przekształconej dyrektywy recepcyjnej, art. 5 dyrektywy powrotowej.

wyobrazić sobie ochronę więzów rodzin przebywających w ośrodku detencyjnym bez poszanowania ich sfery intymnej i prywatnej. Ponadto pozbawienie wolności w kontekście migracyjnym może być rozpatrywane nie tylko w kontekście więzów rodzinnych; jest także ingerencją w rozwijanie relacji z innymi osobami, chronionymi szeroką definicją życia prywatnego, przyjmowaną na gruncie EKPC⁹.

Analiza tytułowych zagadnień zostanie ograniczona do decyzji o zastosowaniu pozbawienia wolności oraz czasu trwania tego środka połączonego z warunkami detencji. Niewątpliwie jednak z punktu widzenia art. 8 EKPC istotne są także takie kwestie, jak poszanowanie intymności w związku z badaniami i wizytami u lekarza, metodami przeszukań, kontrola korespondencji i pomieszczeń, a także realizacja prawa do kontaktów z rodziną, a szerzej – światem zewnętrznym¹⁰.

Wszelka ocena prawna tej formy pozbawienia wolności jest uwarunkowana jej administracyjnym charakterem. Podstawowe znaczenie ma zasada, że pozbawienie wolności w związku z migracyjnym statusem nie powinno mieć miejsca w zakładach karnych¹¹. Jak stwierdził Europejski Komitet do spraw Zapobiegania Torturom, nawet jeśli warunki są bardzo dobre i adekwatne, więzienie nie jest z definicji miejscem, w którym powinni być przetrzymywani migranci, ponieważ nie są to osoby podejrzane o popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa¹². Podobnie zresztą wypowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) w sprawie *Ammur przeciwko Francji*, stwierdzając, że detencja migracyjna ma miejsce nie wobec osób, które popełniły przestępstwa, lecz wobec cudzoziemców, którzy najczęściej boją się o własne życie i musieli uciekać ze swojego własnego kraju¹³. Należałoby to twierdzenie doprecyzować. Rzeczywiście pozbawienie wolności w ramach procedur migracyjnych nie jest karą orzecaną za przestępstwo i należy je wyraźnie odróżnić od kary pozbawienia wolności stosowanej

⁹ Por. wyrok ETPC w sprawie *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii* z 12.10.2006 r., skarga nr 13178/03, par. 83. ETPC nawiązał tu również do swego wcześniejszego orzecznictwa w sprawach: *Niemietz przeciwko Niemcom* z 16.12.1992 r., skarga nr 13710/88, par. 29; *Botta przeciwko Włochom* z 24.02.1998 r., skarga nr 21439/93, par. 32; *Von Hannover przeciwko Niemcom* z 24.06.2004 r., skarga nr 59320/00, par. 50.

¹⁰ Ciekawe spostrzeżenia natury praktycznej na ten temat – por. D. Cegiełka, A. Chrzanoska, W. Klaus, K. Wencel, *Przestrzeganie praw cudzoziemców umieszczonych w ośrodkach strzeżonych. Raport z monitoringu*, „Analizy. Raporty. Ekspertyzy” 2011/2, s. 17, 23.

¹¹ Por. Komitet Praw Człowieka, *General Comment nr 35: Article 9- Right to Liberty and Security* z 30.10.2014 r., par. 18. Zgodnie z art. 10 ust. 1 przekształconej dyrektywy recepcyjnej, art. 16 ust. 1 dyrektywy powrotowej oraz 28 rozporządzenia Dublin III migranci mają być przetrzymywani w specjalnych ośrodkach detencyjnych, a jeśli jest to niemożliwe – należy przestrzegać zasady oddzielania migrantów od zwykłych przestępców.

¹² Por. *20 Years on Combating of Torture, 19th General Report of the Committee on Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, 1 August 2008 – 1 July 2009, Council of Europe 2009, <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-19.pdf>, 2009, s. 38.

¹³ Por. *Ammur przeciwko Francji*, par. 43.

w postępowaniu karnym¹⁴. Natomiast silnym trendem, obserwowanym na całym świecie, jest tzw. kryminalizacja migracji, polegająca na wprowadzaniu coraz większej liczby przepisów, nakładających sankcje administracyjne lub karne za naruszenie norm prawa migracyjnego¹⁵. Częściowo tamę stawia tu orzecznictwo TS UE powstałe na gruncie przepisów dyrektywy powrotowej; Trybunał Luksemburski kilkakrotnie już orzekł, że podstawowym instrumentem związanym z nielegalnym pobytem obywatela państwa trzeciego na terytorium państwa członkowskiego jest decyzja nakazująca powrót; nakładanie sankcji karnej pozbawienia wolności w tym wypadku uderza w skuteczność przepisów dyrektywy¹⁶. Odnotować w tym miejscu trzeba, iż w tej linii orzeczniczej nastąpił pewien przełom w związku z orzeczeniem w sprawie *Celaj*, gdzie TS UE uznał, że możliwe jest jednak zastosowanie sankcji karnej pozbawienia wolności w sytuacji, gdy cudzoziemiec naruszył wydany wobec niego zakaz wjazdu¹⁷.

Z punktu widzenia formalno-prawnego nie ma zatem wątpliwości, że detencja migracyjna nie jest karą i nie powinna być w takich warunkach wykonywana. Nie zmienia to jednak faktu, że w praktyce bywa to środek niezwykle dolegliwy. W istocie bowiem migranci są poddawani nie tylko zatrzymaniom krótkotrwałym, ale też wielomiesięcznym¹⁸, a w skrajnych przypadkach kilkuletnim¹⁹; dokonuje się tego w strefach tranzytowych lot-

¹⁴ Jak zauważył Rzecznik Generalny Maciej Szpunar, środek detencyjny na gruncie art. 15 dyrektywy powrotowej do celu wydalenia nie ma charakteru ani represyjnego ani karnego – por. Stanowisko Rzecznika Generalnego Macieja Szpunara w sprawie *Direktor na Direkcija „Migracija” pri Ministerstvo na vitresznite raboti przeciwko Baszirowi Mohamedowi Alemu Mahdiemu* z 14.05.2014, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, pkt 47.

¹⁵ Szerzej zob. V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer 2014. Trzeba jednak zauważyć, że w Polsce akurat doszło do złagodzenia przepisów. Kilka lat temu doszło do nowelizacji kodeksu karnego, w wyniku której przekroczenie granicy wbrew przepisom przestało być przestępstwem i stało się wykroczeniem, zagrożonym zgodnie z art. 49a par. 1 kodeksu wykroczeń karą grzywny. Natomiast nadal przestępstwem zagrożonym karą pozbawienia wolności do lat trzech jest przekroczenie granicy przy użyciu przemocy, groźby, podstępów lub we współdziałaniu z innymi osobami (art. 264 par. 2 kodeksu karnego).

¹⁶ Por wyrok TS UE w sprawie *Hassen el Dridi alias Karim Soufi* z 28.04.2011 r., C 61/11, ECLI:EU:C:2011:268; wyrok TS UE w sprawie *Postępowanie karne przeciwko Md Sagor* z 6.12.2012 r., C430/11, ECLI:EU:C:2012:777; wyrok TS UE w sprawie *Alexandre Achughbabian przeciwko Prefet du Val-de-Marne* z 6.12.2011 r., C 329/11, ECLI:EU:C:2011:807.

¹⁷ Wyrok TS UE. w sprawie *postępowanie karne przeciwko Serdjanowi Celajowi* z 1.10.2015 r. C-290/14 ECLI:EU:C:2015:640.

¹⁸ Na gruncie przepisów UE, zgodnie z art. 15 ust. 5 i 6 dyrektywy powrotowej, maksymalny czas detencji wynosi 18 miesięcy. Przekształcona dyrektywa recepcyjna wskazuje jedynie na najkrótszy możliwy czas i nie precyzuje górnej granicy okresu pozbawienia wolności.

¹⁹ Por. stan faktyczny w sprawie *Chahal*, gdzie w chwili rozpatrywania sprawy skarżący przebywał w detencji około 5 lat – por. *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 25 i następane.

nisk, na łodziach, posterunkach policji²⁰ i wydzielonych pomieszczeniach straży granicznej, specjalnych ośrodkach, centrach recepcyjnych, ośrodkach tranzytowych czy obozach. Ponadto – jak stwierdziła Komisja Europejska – tylko połowa państw członków UE przestrzega zasady oddzielania migrantów nieregularnych od więźniów kryminalnych²¹; druga połowa okazjonalnie lub często przetrzymuje imigrantów w więzieniach²². Z kolei w państwach, które podlegają szczególnie silnej presji migracyjnej, wiele ośrodków detencyjnych jest przepiętnych, ubogo wyposażonych, panują w nich bardzo złe warunki higieniczne i sanitarne²³.

Istotne jest też, że funkcjonowanie ośrodków detencyjnych, pomimo, że nie są więzieniami, jest zbliżone do zakładów karnych²⁴. Jeśli weźmiemy pod uwagę prawo i praktykę polską, to w strzeżonych ośrodkach i aresztach dla cudzoziemców obowiązują dość restrykcyjne regulaminy wewnętrzne, cudzoziemcy przebywają w budynkach otoczonych murem, często też ogrodzeniem z drutem kolczastym (co wywołuje dość oczywiste skojarzenia), a obecność umundurowanych funkcjonariuszy i stosowanie kajdanek w trakcie konwoju jedynie pogłębiają poczucie „bycia karany”. Od dłuższego czasu organizacje pozarządowe wskazywały, iż ten reżim jest za bardzo zbliżony do więziennego i nadmiernie surowy, czego potwierdzeniem była fala strajków głodowych podjętych przez cudzoziemców w 2012 r.²⁵ W wyniku tych zdarzeń państwo polskie podjęło wysiłki, aby sytuacja cudzoziemców w ośrodkach uległa poprawie; zniesiono wymóg stosowania krat w oknach pokoi dla cudzoziemców,

²⁰ Bywa, że posterunki policji, choć nie są do tego przystosowane, wykorzystuje się do długotrwałego pozbawienia wolności migrantów – por. A. A. *przeciwko Grecji*, par. 57-62.

²¹ Por. Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu w sprawie polityki UE w zakresie powrotów, COM (2014) 199, s. 22, (dalej: *Komunikat Komisji w sprawie powrotów*) dostępny: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PL/1-2014-199-PL-F1-1.pdf>.

²² Wspomnieć wypada, że problem przetrzymywania migrantów w więzieniach w przypadku braku specjalnych ośrodków do tego przeznaczonych był rozpatrywany przez TS UE na gruncie przepisów dyrektywy powrotowej. W momencie wydawania orzeczenia w trybie prejudycjalnym aż 10 landów niemieckich nie dysponowało tego typu instytucjami. Trybunał orzekł, iż wymóg sformułowany w art. 16 ust. 1 wspomnianego aktu jest nałożony na państwa członkowskie bez względu na ich administracyjny czy też konstytucyjny podział – por. wyrok TS UE w sprawach połączonych *Adala Bero v Regierungspräsidium Kassel, Ettayebi Bouzalmate v Kreisverwaltung Kleve and Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt*, z 17.07.2014 r., C/474/13, C/473/13, C 514/13, par. 28.

²³ Por. *20 Years...*, op. cit., s. 38, par. 77. Jako tragiczne należy ocenić warunki panujące w Pamandzi Centre na wyspie Mayotte, pozostającej pod zwierzchnictwem Republiki Francuskiej – por. Memorandum by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, following his visit to France from 21 to 23 May 2008, Comm DH (2008) 34, dział VII, pkt 11. Także stan faktyczny w wyroku ETPC w sprawie *Rahimi przeciwko Grecji* z 5.04.2011 r., skarga nr 8687/08, par. 10.

²⁴ Por. *Al- Nashif przeciwko Bułgarii*, par. 30. Nie bez przyczyny w art. 10 ust. 2 przekształconej dyrektywy recepcyjnej sformułowano wymóg, aby zatrzymani wnioskodawcy mieli dostęp do stref na wolnym powietrzu.

²⁵ Protest trwał od 16 do 22 października 2012 r. w czterech z sześciu strzeżonych ośrodków. Doniesienia na ten temat m.in. http://wyborcza.pl/1,76842,12683449,Czujemy_sie_ludzmi_drugiej_kategorii__Masowa_glodowka.html.

nie ma już ograniczeń czasowych korzystania ze spacerów, ograniczono częstotliwość kontroli cudzoziemców, a także możliwe jest swobodne poruszanie się po terenie ośrodka²⁶.

2. Arbitralne lub niezgodne z prawem pozbawienie wolności w celu deportacji lub zapobiegające nielegalnemu wjazdowi może być ocenione ze względu na osobistą sytuacją skarżącego jako naruszające jednocześnie prawo do poszanowania życia rodzinnego. Dobrą ilustracją jest tu sprawa *M. i inni przeciwko Bułgarii*; skarżący przebywał w Bułgarii legalnie i uzyskał status uchodźcy, ale został pozbawiony wolności w celu deportacji w związku z przypisywaną mu działalnością polegającą na przemycaaniu migrantów. Detencja trwała dwa lata oraz osiem i pół miesiąca i przez cały ten czas skarżący M. był rozdzielony z żoną oraz dwójką kilkuletnich dzieci. Europejski Trybunał Praw Człowieka w pierwszej kolejności zbadał tę sprawę pod kątem naruszenia art. 5 par. 1 lit. f EKPC. Tradycyjnie wręcz rozpoczął swój wywód od stwierdzenia, że jest to przepis konwencji, który dotyczy wykonywania prawa państwa do kontroli własnego terytorium i nie wymaga on, aby detencja migracyjna była niezbędna²⁷. Na gruncie EKPC badanie arbitralności działań państwa jest przeprowadzane w oparciu o warunek wykonywania pozbawienia wolności w dobrej wierze (*in good faith*)²⁸ i ścisłego powiązania z celem, a więc zapobieżeniem nieautoryzowanemu wjazdowi na terytorium państwa lub deportacji²⁹.

Istnieje utrwalona już linia orzecznicza, że art. 5 par. 1 lit. f EKPC stanowi wyraźnie odrębny poziom ochrony w stosunku do art. 5 par. 1 lit. c³⁰. Wynika to z literalnej wykładni obu przepisów EKPC, gdzie lit. f wskazuje jedynie cel uprawniony i w przeciwieństwie do lit. c nie zawiera wymogu, aby zatrzymanie lub aresztowanie osoby było konieczne³¹. Wydaje się, iż mimo określonego brzmienia art. 5 par. 1 lit. f rekonstrukcja wymogu nie-

²⁶ Okratowanie pozostawiono natomiast w aresztach dla cudzoziemców – por. par. 17 ust. 1 (3) Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 24.04.2015 r. w sprawie strzeżonych ośrodków i aresztów dla cudzoziemców, Dz. U. z 2015 r., poz. 596.

²⁷ Por. wyrok ETPC w sprawie *M. i inni przeciwko Bułgarii* z 26.07.2011 r., skarga nr 41416/08, par. 61.

²⁸ Por. wyrok ETPC w sprawie *Longa Yonkeu przeciwko Łotwie* z 11.11.2011 r., skarga nr 57229/09, par. 143.

²⁹ Por. *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 29.01.2008 r., skarga nr 13229/03, par. 74. Tu ETPC uznał, iż warunek ścisłego powiązania z celem konwencyjnym został dopełniony w przypadku, gdy skarżący został poddany detencji po dwóch dniach przebywania na terytorium Zjednoczonego Królestwa w hotelu w ramach czasowego zezwolenia na pobyt – z tą konkluzją nie zgodzili się sędziowie Ch. Rozakis, F. Tulkens, A. Kovler, K. Hajiyev, D. Spielmann i P. Hirvela, akapit 11 zdania częściowo odrębnego.

³⁰ Dotyczy to także pozbawienia wolności w celu ekstradycji regulowanej w tym samym paragrafie – por. m.in. wyrok ETPC w sprawie *K. przeciwko Rosji* z 23.05.2013 r., skarga nr 69235/11, par. 80.

³¹ Por. wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 72; wyrok ETPC w sprawie *Mikolenko przeciwko Estonii* z 8.01.2010 r., skarga nr 10664/05.

zbędności byłaby uzasadniona i możliwa w oparciu o koncepcję żywego instrumentu. Przemawia za tym nieprzystawalność polityki migracyjnej z czasów powstania art. 5 EKPC do obecnej sytuacji; do lat 80. detencja migracyjna była w Europie zjawiskiem incydentalnym i stosowanym na stosunkowo krótki czas. Od kilkunastu lat jest to rutynowy sposób działania wobec cudzoziemców w sytuacji nieregularnej, który dotyka około stu tysięcy osób rocznie, a pobyt w detencji niejednokrotnie trwa od kilku miesięcy do kilku lat – tyle, co środki stosowane w ramach procedur karnych. Wydaje się tu zasadne postawienie pytania o proporcjonalność takich działań, jeśli mają one jedynie celowościowe uzasadnienie. Jak na razie ETPC w swym dotychczasowym orzecznictwie odrzucił możliwość zastosowania dwóch różnych testów proporcjonalności i rozróżnienia pomiędzy pozbawieniem wolności w związku kontrolą terytorium a pozbawieniem wolności osób oczekujących na ekstradycję³².

W systemie uniwersalnym, międzyamerykańskim oraz standardach UNHCR pozbawienie wolności imigrantów jest traktowane *as a last measure* czy też *as measure of last resort*³³. Ponadto część państw–stron EKPC jest zobowiązana do traktowania detencji jako środka ostatecznego na gruncie prawa UE³⁴. Tym samym kryterium niezbędności, pojawiające się w prawie wewnętrznym w wyniku implementacji dorobku prawnego UE, staje się automatycznie elementem testu zgodności z prawem przeprowadzanego przez Trybunał strasburski, a obejmującym kontrolę legalności zarówno z punktu widzenia przepisów wewnętrznych, jak i Konwencji³⁵. Istotne jest, jak to przewiduje prawo UE, że w pierwszej kolejności powinno być rozważone zastosowanie innych, mniej dolegliwych środków czyli na przykład: zatrzymanie dokumentów, nakaz stawiania się w określonym miejscu np. posterunku policji, obowiązek zamieszkiwania na określonym obszarze,

³² Na konieczność zastosowania odrębnych testów proporcjonalności w przypadku pozbawienia wolności w ramach kontroli migracyjnej a pozbawieniem wolności w celu ekstradycji wskazywano w cytowanej już częściowo odrębnej opinii sędziów w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, akapit 4.

³³ Por. orzeczenie Komitetu Praw Człowieka w sprawie *F.K.A.G et al. v. Australia* z 20.08.2013, Communication 2094/2011, CCPR/C/108/D/2094/2011, par. 9.; uwagi Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *Jorge, José and Dante Peirano Basso (Uruguay) Case 12.553 (Merits)*, Report No. 86/09, 6.08. 2009 r., par. 100; następnie stanowisko też: *Application to the Inter-American Court of Human Rights in the case of Oscar Barreto Leiva (Case 11.663) against the Bolivarian Republic of Venezuela*, 31.10 2008, par. 143. a także późniejszy wyrok MTPC w tej sprawie z 17.10.2009, par. 116; UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the detention of asylum seekers and Alternatives to Detention*, 2012, zasada 3 i 7 dostępne <http://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>.

³⁴ Por. art. 8 ust.2 przekształconej dyrektywy recepcyjnej, art. 15 dyrektywy powrotowej. Zobacz także wyrok TS UE w sprawie *Hassen el Dridi alias Karim Soufi* z 28.04.2011 r., C -61/11, pkt 39-41; wyrok TS UE w sprawie *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, z 5.04.2014 r., C-146/14, pkt 55.

³⁵ Por. wyrok ETPC w sprawie *Rusu przeciwko Austrii* z 2.10.2008 r., skarga nr 34082 /02, par. 54.

w określonym ośrodku itp³⁶. Nie jest to zatem prosta alternatywa: pozbawienie wolności – całkowita swoboda imigranta.

Traktowanie pozbawienia wolności imigrantów w kategoriach środka ostatecznego wiąże się z postrzeganiem tej grupy jako pozostającej w sytuacji szczególnie drażliwej (*situation of vulnerability*)³⁷. Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka rozpoznaje konieczność przyjęcia szczególnych środków ochrony imigrantów i specjalną odpowiedzialność państw w tym zakresie, opierając się na koncepcji efektywności ochrony praw człowieka³⁸. Można rzec, że pozostaje on tu w swoistym kontrapunkcie z ETPC. W orzecnictwie trybunału europejskiego akcenty położone są w pierwszej kolejności na konieczność kontroli terytorium, nie zaś na traktowanie imigrantów jako grupy wymagającej ochrony³⁹. Na gruncie art. 5 EKPC Trybunał ogranicza sytuację szczególnej drażliwości do dzieci, zwłaszcza tych poszukujących ochrony międzynarodowej lub pozbawionych opieki⁴⁰. Tylko w wypadku tej grupy jest on skłonny rekonstruować standard konieczności pozbawienia wolności w związku z migracyjnym statusem,

ETPC badając ewentualne naruszenia art. 5 par. 1 lit. f Konwencji w stosunku do dzieci odwołuje się do koncepcji najlepszego interesu dziecka. W sprawie *Rahimi przeciwko Grecji* ETPC uzasadniając wymóg niezbędności ochrony dzieci wskazał nie tylko na art. 3 Konwencji Praw Dziecka, ale też na treść art. 37 b tej Konwencji nakładającego na państwa–strony obowiązek zapewnienia, aby aresztowanie, zatrzymanie lub aresztowanie dziecka było zgodne z prawem i było zastosowane jako środek ostateczny na możliwie najkrótszy czas⁴¹. W tym orzeczeniu sędziowie strasburscy stwierdzili, że

³⁶ Por. w polskim prawie art. 398 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach.

³⁷ Por. Preambuła Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ *Protection of Migrants* z 24.02.2000 r., A/RES/54/166.

³⁸ ETPC dość twardo bronił prawa państwa do kontroli terytorium w sytuacjach, gdy miało by ono być zawężone w związku z prawem do ochrony międzynarodowej. Przyjmuje on pogląd, że o tym, kiedy pobyt cudzoziemca staje się legalny decyduje państwo, a nie jak na przykład przyjmuje Komitet Praw Człowieka moment złożenia wniosku o azyl czy też zgłoszenia się do władz migracyjnych – por. *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 65; wyrok ETPC w sprawie *Suso Musa przeciwko Malcie* z 23.07.2013 r., skarga nr 42337/12, par.90.f.

³⁹ ETPC dość twardo bronił prawa państwa do kontroli terytorium w sytuacjach, gdy miałyby ono być zawężone w związku z prawem do ochrony międzynarodowej. Przyjmuje on pogląd, że o tym, kiedy pobyt cudzoziemca staje się legalny decyduje państwo, a nie, jak na przykład przyjmuje Komitet Praw Człowieka, moment złożenia wniosku o azyl czy też zgłoszenia się do władz migracyjnych – por. *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 65; wyrok ETPC w sprawie *Suso Musa przeciwko Malcie* z 23.07.2013 r., skarga nr 42337/12, par. 90.

⁴⁰ W doktrynie sam sposób rozumowania Trybunału w tym obszarze jest krytycznie komentowany. Por. W. Vanderhole, J. Ryngaert, *Mainstreaming Children Rights in migration litigation: Mushkadzhieva and others v. Belgium*, [w:], *Diversity and European Court of Human Rights. Rewriting Judgements of the ECHR*, red. E. Brems, Cambridge 2013, s. 70–71.

⁴¹ Por. wyrok ETPC w sprawie *Rahimi przeciwko Grecji*, z 5.04. 2016 r., skarga nr 8687/08, par. 108. Szczegółowe i obszerniejsze odniesienia do art. 37 b Konwencji o prawach dziecka – zob. G. Van Buerren, *The international Law on The Rights of the Child*, Haga – Boston – Londyn, 1998, s. 206–215.

istnieje międzynarodowy szeroki konsensus – identyfikowany również w orzecznictwie na tle art. 8 EKPC – który nakazuje, aby we wszystkich decyzjach dotyczących dziecka pierwszeństwo miała zasada uwzględniania jego najlepszego interesu. W związku z tym EKPC interpretowana jest w ten sposób, że nakłada ona na państwo obowiązek uwzględnienia dobra małoletniego⁴², co łączy się z koniecznością wzięcia pod uwagę indywidualnej sytuacji małoletniego i weryfikacji możliwości zastosowania łagodniejszych środków⁴³. W przedmiotowej sprawie Trybunał stwierdził, że brak tych elementów poddaje w wątpliwość działania państwa w dobrej wierze⁴⁴.

Trzeba jednak zauważyć, że kryterium niezbędności w przypadku detencji dzieci nie jest rozważane przez ETPC nazwijmy to osobno, lecz zostało wpisane w test zgodności z prawem⁴⁵. Na tle ugruntowanego już orzecznictwa w innych sprawach test ten łączony jest z elementem pewności prawa, a zatem pozbawienie wolności musi być przewidziane przez prawo i zgodne z prawem. ETPC wskazuje także na wymóg odpowiedniej jakości prawa, który nie jest jedynie odniesieniem do zwrotów właściwych klauzulom limitycyjnym zawartym w art. 8-11 EKPC, ale też jest powiązany z zasadą rządów prawa stanowiących wewnętrzną cechę całego systemu konwencji⁴⁶. Jak stwierdził Trybunał sam fakt, iż detencja wchodziła w zakres przedmiotowy litery f, nie oznacza automatycznie jej zgodności z prawem w rozumieniu tego przepisu, ponieważ wymaga się, aby istniał związek pomiędzy powodami detencji a warunkami detencji⁴⁷, co jest rozumiane także jako istnienie związku pomiędzy powodami zatrzymania a miejscem i warunkami pobytu⁴⁸.

Ponadto zgodnie ze standardami strasburskimi, aby detencja nie została uznana za arbitralną długość pozbawienia wolności, nie może przekraczać czasu rozsądnie potrzebnego do realizacji celu⁴⁹. We wspomnianej sprawie *M. i inni przeciwko Bułgarii* w ocenie ETPC to ostatnie kryterium nie zostało spełnione przez państwo bułgarskie; co prawda podjęło ono działania w celu uprawnionym, ale ich tempo trudno uznać za spełniające kryterium *due*

⁴² Por. *Rahimi przeciwko Grecji*, par. 109.

⁴³ Por. wyrok ETPC w sprawie *Popov przeciwko Francji* z 19.01.2012 r., skargi nr 39472/07, 39474/07 par. 119. Należy podkreślić, że ETPC przyjął, iż nie doszło do naruszenia tego przepisu w przypadku rodziców, którzy przebywali razem ze swoimi dziećmi w ośrodku detencyjnym – por. par. 120.

⁴⁴ Por. *Rahimi przeciwko Grecji*, par. 109.

⁴⁵ Por. także UNHCR Revised Guidelines, zasada 3 również wskazuje, iż detencja ma być zgodna z prawem i przewidziana przez prawo.

⁴⁶ *Nolan i K przeciwko Rosji*, par. 82.

⁴⁷ *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 102; *Popov przeciwko Francji*, par. 118; *Rahimi przeciwko Grecji*, par. 110; wyrok ETPC w sprawie *Mushkadzhieva i inni przeciwko Belgii* z 19.01.2010 r., skarga nr 41442/07, par. 73.

⁴⁸ Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 102.

⁴⁹ Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *A. i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 19.02.2009 r., skarga nr 3455/05, par. 164.

dilligence. Trybunał – podobnie jak w swym dotychczasowym orzecznictwie – nie zadowolił się ogólnym wskazaniem przez skarżone państwo na przeszkody w wydaleniu uzasadniające pobyt imigranta w detencji, lecz badał czy w tych konkretnych okolicznościach działało ono z należytą starannością. ETPC słusznie ocenił, że okres kilkunastu miesięcy pomiędzy wydaniem decyzji o deportacji a podjęciem działań znoszących przeszkodę w jej przeprowadzeniu był zbyt długi⁵⁰. Następnie uznał, że tym samym doszło jednocześnie do naruszenia art. 8 EKPC⁵¹, nie podejmując osobnych rozważań w tym przedmiocie. Należy żałować, iż Trybunał tego nie uczynił, ponieważ substancja obu przepisów jest różna; badanie decyzji o pozbawieniu wolności z punktu widzenia art. 8 EKPC wprowadza kryterium niezbędności ingerencji państwa wynikające wprost z klauzuli imitacyjnej art. 8 par. 2 i – jak dalej to zostanie przedstawione nie we wszystkich sprawach detencyjnych zastosowanie tego przepisu było dla ETPC oczywiste.

3. Analiza detencji z punktu widzenia art. 8 została przeprowadzona przez ETPC w sprawie *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*⁵². Przedmiot skargi dotyczył pięciolatki, która przebywała ponad dwa miesiące w ośrodku detencyjnym, przeznaczonym dla osób dorosłych. Dziewczynka przyleciała do Belgii ze swoim wujkiem na prośbę matki, przebywającej w tym czasie w Kanadzie. Wujek nie dysponował żadnymi dokumentami ani w zakresie tożsamości dziewczynki, ani też swoich praw do opieki nad nią. Kiedy się okazało, że nie może on kontynuować podróży z dzieckiem, wrócił do Holandii, zaś dziecko zatrzymano w Centrum Tranzytowym nr 127. Matka dziewczynki została poinformowana o jej detencji i otrzymała numer telefonu, na który mogła dzwonić, aby się skontaktować z córką.

W tej sprawie ETPC nie miał wątpliwości, że doszło do ingerencji w życie prywatne i rodzinne obu skarżących, a rząd tego nie kwestionował⁵³. Dalej Trybunał stwierdził, iż państwo działało w sposób zgodny z prawem (*in accordance with law*), ponieważ detencja miała oparcie w odpowiednim przepisie prawa krajowego⁵⁴. ETPC ograniczył się do formalnego aspektu, a więc istnienia podstawy prawnej, natomiast nie przeprowadził pogłębionej analizy zasady *rule of law* w tym przypadku. Uczynił to kilkadziesiąt paragrafów dalej, przy badaniu naruszenia art.5 dochodząc do przeciwnego wniosku; w kontekście tej normy konwencyjnej decyzja o detencji dziewczynki w miejscu dla niej nieodpowiednim nie była zgodna z prawem w rozumieniu art. 5

⁵⁰ Chodziło o zabezpieczenie dokumentów tożsamości skarżącego M. w związku z upływem daty ważności jego paszportu dla uchodźców wydanego przez władze bułgarskie.

⁵¹ Choć dodać należy, że skarżący podnieśli tu dwa odrębne zarzuty w kwestii naruszenia art. 8 – pierwszy w odniesieniu do detencji, drugi – deportacji M. do Afganistanu. Ten drugi zarzut został przez Trybunał dokładnie przeanalizowany.

⁵² Zwana też często w literaturze Tabitha od drugiego imienia dziewczynki.

⁵³ Por *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 75.

⁵⁴ *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 78.

par. 1 lit. f⁵⁵. Powstała zatem sytuacja, w której działanie państwa zostało w tym samym wyroku uznane za zgodne z prawem z punktu widzenia jednego przepisu Konwencji i niezgodne z nim w przypadku innego. Pomimo że na gruncie innych orzeczeń Trybunał wskazywał już, iż traktuje klauzulę zgodności z prawem w art. 5 EKPC nieco szerzej, niż ma to miejsce w związku z art. 8 Konwencji, to jednak pożądane byłoby nieco dokładniejsze wyjaśnienie tak różnych konkluzji⁵⁶.

Pozbawienie wolności związane z kontrolą wjazdu i pobytu cudzoziemców da się usprawiedliwić względami bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, a także zapobieganiem przestępczości i tym samym mieści się w celach uprawnionych przewidzianych w art. 8 par. 2 EKPC. Ingerencja podjęta w imię tych celów musi być jednak konieczna w demokratycznym społeczeństwie⁵⁷. W tym miejscu Trybunał powtórzył znane już stwierdzenie, że Konwencja nie gwarantuje cudzoziemcom prawa wjazdu ani pobytu w państwie, którego nie są obywatelami. Ponadto państwa mają obowiązek dbałości o porządek publiczny m.in. poprzez wykonywanie utrwalonego w prawie międzynarodowym prawa do kontroli wjazdu i pobytu cudzoziemców⁵⁸. Trybunał zaznaczył jednak, że umieszczanie cudzoziemców w ośrodkach detencyjnych jest akceptowalne tylko o tyle, o ile zmierza do zwalczania nielegalnej migracji, a jednocześnie jest zgodne z międzynarodowymi zobowiązaniami, wynikającymi między innymi z EKPC, a także z Konwencji Praw Dziecka⁵⁹. Ponadto interes państwa w zwalczaniu obchodzenia prawa migracyjnego nie może pozbawiać cudzoziemców ochrony przyznawanej przez te dokumenty, a także pozbawiać małoletnich cudzoziemców, w szczególności pozbawionych opieki, ochrony wynikającej z ich statusu⁶⁰. W doktrynie formułuje się trzy podstawowe zasady gwarantujące zgodność traktowania dzieci będących migrantami z Konwencją Praw Dziecka: działania w najlepszym interesie dziecka, poszanowania jedności rodziny oraz domniemania wolności (*non detention*)⁶¹.

⁵⁵ Precyzyjniej rzecz ujmując, ETPC brał pod uwagę dwa okresy pozbawienia wolności dziewczynki i stwierdził, że przynajmniej pierwszy okres nie spełniał kryterium zgodności z prawem ze względu na orzeczenie o jego bezprawnym charakterze wydane przez sąd krajowy. Pomimo takiego dictum sądu krajowego dziewczynka nie została zwolniona, co w ocenie Trybunału stawiało pod znakiem zapytania legalność drugiego okresu pozbawienia wolności – por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 102.

⁵⁶ Por. *Nolan i K. przeciwko Rosji*, par. 98.

⁵⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 80.

⁵⁸ Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 81.

⁵⁹ Trybunał miał tu na uwadze zwłaszcza art. 3, 10, 22 oraz 37 b i c Konwencji.

⁶⁰ Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 81.

⁶¹ Por. P. Ceriani Cernadas, *The Human Rights of Children in the Context of International Migration*, [w:] *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, red. W. Vandenhoe, E. Desmet et. al., Londyn – Nowy Jork: Routledge Taylor and Francis Group 2015, s. 346.

Najlepszy interes dziecka nakazuje, aby małoletnich cudzoziemców traktować w pierwszej kolejności jako dzieci, dopiero później jako migrantów⁶². ETPC również przyjął tę zasadę stwierdzając: *extremely vulnerable situation take precedence over considerations relating to her status as an illegal immigrant*⁶³. Aczkolwiek uwagę tę poczynił w toku badania ewentualnego naruszenia art. 3 Konwencji (a więc zakazu poniżającego lub niehumanitarnego traktowania), to jednak ten model myślenia jest widoczny w dalszej części wyroku w odniesieniu do art. 8. Mianowicie państwo belgijskie podniosło cały szereg okoliczności, które wiązały się z naruszeniem przepisów migracyjnych. Były one rzeczywiście poważne, wywołane przez rodzinę dziewczynki i w ocenie władz to właśnie działania krewnych niejako wymusiły sytuację jej zatrzymania. Trybunał uznał jednak, że pięcioletnie dziecko nie powinno ponosić odpowiedzialności za nieprawidłowe zachowania dorosłych. Jednocześnie sytuacja detencji została potraktowana jako naruszenie więzów rodzinnych i od momentu kiedy dziewczynka była małoletnim pozbawionym opieki państwo miało obowiązek umożliwić połączenie rodziny⁶⁴. Jest to niezwykle ważny element, który w praktyce wiąże się także z procedurą dublińską. Niejednokrotnie zdarza się, iż państwa są nierychliwe lub za mało staranne w przekazywaniu dokumentacji dotyczącej małoletnich cudzoziemców, których rodzina przebywa w innym państwie członkowskim, co prowadzi do niepotrzebnego przedłużenia czasu detencji takich dzieci⁶⁵.

ETPC oparł swoją argumentację na statusie dziecka z odwołaniem do zasady uwzględniania jego najlepszego interesu⁶⁶. Natomiast brakuje wskazania, że sytuacja braku dokumentów, nielegalnego przekroczenia granicy same w sobie co do zasady nie powinny być wystarczającym powodem dla pozbawienia wolności, o ile nie jest to absolutnie konieczne⁶⁷. Co więcej, w dokumentach o charakterze *soft law* formułuje się postulat, aby dzieci pozbawione opieki nigdy nie były pozbawiane wolności z powodów migracyjnych⁶⁸.

⁶² Por. M. B. Dembour, *When Human Become Migrant. Study of the European Court of Human Rights with an American Counter-Point*, Oxford 2015, s. 387–388.

⁶³ Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 55.

⁶⁴ Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 85.

⁶⁵ Por. M. Jaźwińska, *Przekazywanie małoletnich cudzoziemców w ramach procedury dublińskiej. Problem opieszałości władz polskich*, [w:] *W poszukiwaniu ochrony. Wybrane problemy dotyczące realizacji praw cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy i objętych ochroną międzynarodową w latach 2012–2014. Obserwacje Programu Pomocy Prawnej dla uchodźców i Migrantów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w Polsce*, red. J. Białas i inni, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2014, s. 74–75.

⁶⁶ Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 83.

⁶⁷ Komitet Praw Dziecka, General Comment No 6, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, 2005, par. 61.

⁶⁸ Por. Rezolucja 1810 (2011) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy „Unaccompanied children in Europe: issues on arrival, stay and return, Doc. 12539. Por. także rekomendacje Specjalnego Sprawozdawcy do spraw praw człowieka migrantów, [w:] Report of The Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodriguez Pizarro, E/CN.4/2003/85/, 30.12.2002, s. 20, pkt 75 (a).

W świetle powyższych uwag warto kilka słów poświęcić regulacji polskiej. Zgodnie z art. 397 ust. 1 *ustawy o cudzoziemcach* małoletnich cudzoziemców przebywających na terytorium RP bez opieki umieszcza się w placówce opiekuńczo-wychowawczej lub w strzeżonym ośrodku. W myśl art. 397 ust 3 tej ustawy, w strzeżonym ośrodku można umieścić cudzoziemca, który ukończył 15 rok życia⁶⁹. Ustawodawca wymaga, aby sąd podejmując decyzję w tym przedmiocie, kierował się dobrem małoletniego cudzoziemca uwzględniając w szczególności stopień jego rozwoju fizycznego i psychofizycznego, cechy osobowości, okoliczności jego zatrzymania, warunki osobiste, przemawiające za umieszczeniem małoletniego cudzoziemca w strzeżonym ośrodku. Ten ostatni element jest przykładem odwrotnej w stosunku do tutaj postulowanej logiki prawodawcy. Sąd ma badać, co przemawia za umieszczeniem w strzeżonym ośrodku, a nie to, co przemawia przeciwko takiemu rozwiązaniu. Regulacja jest skoncentrowana na sytuacjach związanych z pozbawieniem wolności wskazując przy tym na kierowanie się dobrem małoletniego. Na tym tle należy zauważyć, że przebywanie kilkunastoletniej osoby w środowisku *quasi* więziennym trudno ocenić jako zgodne z jej dobrem. Ponadto praktyka wskazuje, że imigranci poddani detencji są narażeni na dużo wyższe ryzyko naruszenia ich praw niż ci, pozostający na wolności⁷⁰. W związku z tym należałoby raczej sformułować zasadę umieszczania w placówkach opiekuńczo-wychowawczych wszystkich osób, które nie ukończyły 18 lat, mając na uwadze, że nawet w przypadku osób dorosłych zgodnie z polskim prawem detencja jest środkiem ostatecznym. Częściowo postulat ten jest realizowany w stosunku do małoletnich pozbawionych opieki, a ubiegających się o ochronę międzynarodową, których ustawodawca zakazał umieszczać w strzeżonym ośrodku⁷¹.

W strasburskim *case law* niezbędność detencji dzieci była badana m.in. pod kątem istnienia ewentualnego ryzyka ucieczki cudzoziemca⁷². Tytułem komentarza trzeba dodać, że sam fakt powołania się przez państwo na tę przesłankę nie powinien być łączony automatycznie z niezbędnością detencji⁷³. Wiele państw europejskich definiuje to pojęcie przepisami prawa,

⁶⁹ Jest to postępek, ponieważ pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy o cudzoziemcach była to granica 13 lat. W przypadku gdy nie ma pewności co do wieku cudzoziemca przeprowadza się – za jego zgodą – stosowne badania (art. 397 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach). W przypadku braku zgody cudzoziemca na przeprowadzenie badań uważa się go za osobę dorosłą – na temat sposobu i metod prowadzenia badań por. M. Jaźwińska, *Procedura badania wieku cudzoziemców*, [w:] *W poszukiwaniu ochrony...*, s. 76.

⁷⁰ Por. Komisarz Praw Człowieka Rady Europy T. Hammarberg, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Comm/DH/Issue paper, 2010 – dział „detencja”, plik dostępny w wersji elektronicznej https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605#P201_40716. Por. także *20 Years...*, s. 37–38.

⁷¹ Por. art. 88 a ust. 3 pkt. 3 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

⁷² Por. *Popov przeciwko Francji*, par. 146; *Mubilanzila Maeyka przeciwko Belgii*, par. 83.

⁷³ Jest to element regulowany art. 3 ust. 7 dyrektywy powrotowej.

z przewagą unormowań wskazujących, że ryzyko to występuje wtedy, gdy imigrant nie posiada dokumentów⁷⁴. W istocie zatem nie ma tu miejsca na zindywidualizowaną ocenę, czy dany cudzoziemiec rzeczywiście ucieknie. Indywidualizacja jest tu pożądana, ponieważ powody braku ważnych dokumentów są przeróżne: niekiedy imigranci pozbywają się ich świadomie, niektórzy po prostu ich nie mają z racji okoliczności zaszłych w kraju ich pochodzenia; niekiedy problemem jest utrata ważności dokumentu i trudności w uzyskaniu nowego, zwłaszcza kiedy na terytorium danego państwa nie ma odpowiedniej placówki dyplomatycznej lub cudzoziemiec jest bezpaństwowcem.

Drugim elementem badanym w ramach konieczności w demokratycznym społeczeństwie jest pytanie, czy państwo rozważyło zastosowanie środków alternatywnych wobec pozbawienia wolności, które ingerowałyby w mniejszym stopniu w prawa dziecka, a więc np. w umieszczeniu w specjalnym ośrodku czy w hotelu. Trybunał dopatrywał się naruszenia Konwencji również w tym, że państwo nie dokonało rewizji i ponownej oceny możliwości zastosowania takich środków⁷⁵. Organizacje pozarządowe alarmują, że w 2014 r. w Polsce dzieci stanowiły jedną czwartą osób przebywających w strzeżonych ośrodkach, co dość jednoznacznie wskazuje na to, że detencja dzieci nie jest traktowana jako środek ostateczny, zwłaszcza że w latach wcześniejszych liczby te były niższe⁷⁶. Być może te wyższe wskaźniki świadczą także o zwiększonym procencie imigrantów podróżujących z dziećmi, ale niewątpliwie konieczna jest zmiana w podejściu sądów i funkcjonariuszy straży granicznej do omawianego problemu.

W tym miejscu trzeba wskazać na istnienie istotnego związku pomiędzy oceną działań państwa na gruncie art. 5 par. 1 lit. f a ewentualną jej konsekwencją na gruncie art. 8 EKPC. Mianowicie na gruncie art. 5 par. 1 lit. f, w ocenie ETPC państwo nie ma obowiązku rozpatrzyć środków alternatywnych wobec dorosłych⁷⁷. Zarówno sprawach *Mushkadzhieva przeciwko Belgii* oraz *Popov przeciwko Francji* Trybunał pozostawił jednak otwarte pytanie, czy uprawnione byłyby działania państwa polegające na rozdzieleniu rodziców i dzieci, których uzasadnieniem byłaby konieczność przebywania małoletnich w miejscu do tego nieprzystosowanym.

⁷⁴ Por. *Komunikat Komisji w sprawie powrotów*, s. 17–18.

⁷⁵ Por. *Popov przeciwko Francji*, par. 91.

⁷⁶ Por. M. Górczyńska, *Monitoring ośrodków strzeżonych*, [w:] *W poszukiwaniu ochrony...*, s. 69.

⁷⁷ Wypada tu wspomnieć, że w standardach UNHCR postuluje się, aby nie pozbawiać wolności kobiet w ciąży i matek karmiących – por. UNHCR *Guidelines*, 9.3., par. 58. W polskim prawie łagodniejsze traktowanie obejmuje jedynie niedopuszczalność przebywania w areszcie dla cudzoziemców kobiety powyżej 4 miesiąca ciąży (art. 405 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach). Powyżej tego okresu jest ona przenoszona do strzeżonego ośrodka przez sąd na wniosek organu straży granicznej (art. 405 ust. 2 uoc).

Rozdzielenie rodziny na skutek detencji rodziców ma bardzo poważny i bezpośredni wpływ na rozwój dziecka, a także na psychologiczne i materialne elementy jego prawa do adekwatnego standardu życia. Skutki tej separacji pogłębiają się z dnia na dzień w trakcie rozłąki. Nie ma wątpliwości, że tym samym dochodzi do rozdzielenia rodziny wchodzącego w zakres art. 8 EKPC, wprowadzającego test proporcjonalności działań i ich niezbędności w demokratycznym społeczeństwie. A zatem w sytuacji, gdyby miało dojść do rozdzielenia rodziny z powodu detencji dorosłych członków rodziny, państwo powinno – kierując się najlepszym interesem dziecka i zasadą jedności rodziny – rozważyć zastosowanie środków alternatywnych. Komitet Praw Dziecka formułuje zalecenie, aby co do zasady nie poddawać detencji, ani dzieci ani rodzin poszukujących ochrony międzynarodowej⁷⁸. Należy zauważyć, że sformułowanie „co do zasady” nie ma tak wysokiego waloru ochronnego, jak wymóg odwołania się do tego środka „w ostateczności”. Komitet ograniczył tę zasadę do sytuacji rodzin poszukujących „azylu”, natomiast problem jest bardzo złożony z powodu utrudnionego faktycznego dostępu do procedur ochronnych. Pomijając już odnotowywaną niewiedzę imigrantów co do możliwości ubiegania się o taką ochronę, samo wystąpienie z wnioskiem o nią jest w niektórych krajach europejskich co najmniej problematyczne. Wydaje się zatem, że zasadne byłoby raczej przyjęcie, tak jak w prawie UE, zasady ostateczności zatrzymania rodzin z małoletnimi dziećmi bez względu na ich migracyjny status – tu ma ona zastosowanie również w procedurach powrotu⁷⁹. Komisja Europejska ustaliła, że w praktyce w dziewiętnastu państwach członkowskich UE w ośrodkach detencyjnych przynajmniej czasami umieszcza się rodziny z małoletnimi. W ocenie Komisji jest to m.in. wynik dość swobodnej interpretacji wymogu „ostateczności” zawartego w art. 17 ust. 1 dyrektywy powrotowej. W związku z tym zachęca się państwa członkowskie do uwzględnienia w ich prawie krajowym domniemania przemawiającego przeciwko stosowaniu środka detencyjnego wobec małoletnich oraz do stosowania rozwiązań alternatywnych wobec środka detencyjnego w odniesieniu do małoletnich bez opieki i rodzin z dziećmi⁸⁰.

W świetle powyższego przesłanka dobra małoletniego, którą mają się także kierować polskie sądy rozpatrując wniosek o umieszczenie w strzeżonym ośrodku cudzoziemca razem z małoletnim pozostającym pod jego opieką,

⁷⁸ Komitet Praw Człowieka, Concluding Observations: Netherlands, CRC/C/NLD/CO/3, 27.03.2009 r., par. 67-68, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC-C-NLD-CO3.pdf>.

⁷⁹ Art. 17 ust. 1 dyrektywy powrotowej; por. art. 11 ust 2 zatrzymanie ma być zarządzone na możliwie jak najkrótszy okres oraz przy podjęciu starań zmierzających do zwolnienia małoletnich i umieszczenia ich w odpowiednich miejscach zakwaterowania dla małoletnich. i 3 dyrektywy recepcyjnej. W przypadku małoletnich bez opieki dokłada się wszelkich starań aby ich jak najszybciej zwolnić. Wymaga się w tym przepisie, aby małoletni byli zakwaterowani oddzielnie od dorosłych (art. 11 ust. 3 przekształconej dyrektywy recepcyjnej)

⁸⁰ Por. *Komunikat Komisji Europejskiej w sprawie powrotów*, s. 23.

powinna być interpretowana jako przemawiająca za domniemaniem stosowania środków alternatywnych dla pozbawienia wolności (art. 401 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach)⁸¹.

4. W sytuacji, gdy rzeczywiście nie można zastosować skutecznie łagodniejszych środków przymusu, decyzję o detencji małoletnich bez opieki lub rodziny z małoletnimi dziećmi można uznać za zgodną z prawami jednostki. Wyrażenie „można” jest uzasadnione tym, że dalsza kontrola legalności działań państwa będzie się opierała o element czasu i warunków pozbawienia wolności. Swoisty automatyzm pozbawiania wolności dzieci z ich rodzicami z założeniem, że ma to ratować więzy rodzinne, narusza zasadę realizacji najlepszego interesu dziecka⁸². Pierwotnie w sprawie *Mushkadzhyieva przeciwko Belgii* zarzut naruszenia prawa do życia rodzinnego w związku z warunkami detencji oraz brakiem rozważenia alternatyw został uznany za bezpodstawny, a skarga w tym zakresie za niedopuszczalną. Trybunał ograniczył się do stwierdzenia, że przecież detencji poddano całą rodzinę, czyli matkę z czwórką dzieci i nie doszło do ich izolacji. Postawa ETPC uległa zmianie w późniejszej sprawie *Popov przeciwko Francji*, gdzie tym razem skarga o naruszenie art. 8, nawet gdy doszło do pozbawienia wolności całej rodziny, została uznana za zasadną. ETPC wyraził pogląd, że możliwość cieszenia się własnym towarzystwem rodziców i dzieci stanowi fundamentalny element życia rodzinnego⁸³, ale sam fakt utrzymania rodziny w całości nie daje gwarancji poszanowania życia rodzinnego, zwłaszcza kiedy rodzina jest pozbawiona wolności. Sędziowie w uzasadnieniu wyroku stwierdzili, że mają świadomość treści wcześniejszego rozstrzygnięcia, ale rozwój strasburskiego *case law* odnośnie do koncepcji najlepszego interesu dziecka w kontekście detencji migracyjnej nakazuje przyjąć inny wzorzec oceny⁸⁴. Dotyczy to głównie elementu proporcjonalności ingerencji, w który w ocenie ETPC jest wpisany w obowiązek władz wzięcia pod uwagę najlepszego interesu dziecka⁸⁵. Rozwijając swoje rozumowanie ETPC stwierdził, że państwo powinno podjąć wszelkie niezbędne kroki w celu ograniczenia, na ile to możliwe, pozbawienia wolności rodzin z dziećmi i efektywnego zabezpieczenia ochrony prawa do życia rodzinnego.⁸⁶ W tym orzeczeniu ETPC ustalił, że państwa mają pozytywne obowiązki w zakresie utrzymywania więzów

⁸¹ Na mocy aktualnie obowiązujących przepisów o zastosowaniu środków alternatywnych w stosunku do umieszczenia w strzeżonym ośrodku lub areszcie dla cudzoziemców decyduje także organ straży granicznej (art. 398 ust. 4 u o cudzoziemcach).

⁸² Por. Committee on the Rights of the Child, Report on the 2012 Day of General Discussion, The Rights of all children in the context of international migration, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/DGD2012ReportAndRecommendations.pdf>, s. 3.

⁸³ Nawiązał tu także do swego wyroku w sprawie *Olsson przeciwko Szwecji* (no. 1) z 24.03.1988 r., skarga nr 10465/83, par. 59.

⁸⁴ Trybunał odwołał się w tym miejscu do sprawy *Rahimi przeciwko Grecji*, par. 109.

⁸⁵ Por. *Popov przeciwko Francji*, par. 140.

⁸⁶ Por. *Popov przeciwko przeciwko Francji*, par. 134.

rodziny w sytuacji detencji. Rozumieć przez to należy zapewnienie pewnego minimalnego standardu, umożliwiającego prowadzenie życia rodzinnego w sytuacji pobawienia wolności. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, iż dla Trybunału nie był wystarczająco przekonujący argument skarżonego państwa, że rodziny z dziećmi czy też dzieci przebywały w odrębnym skrzydle ośrodka detencyjnego⁸⁷.

Samo wyodrębnienie pomieszczeń nie oznacza, iż per se są to miejsca odpowiednie dla rodzin czy dzieci. Specjalny Sprawozdawca do spraw Praw Człowieka Migrantów stoi na stanowisku, że w sytuacjach, gdy zatrzymanie rodziny migrującej jest konieczne, jedyną formą działania państwa, zgodną z najlepszym interesem dziecka, jest umieszczenie jej w miejscu przystosowanymi dla rodzin z dziećmi, gdzie żadna z osób nie przebywa w zamknięciu⁸⁸. Takie ośrodki powinny spełniać szereg warunków w zakresie infrastruktury, zajęć i wykwalifikowanego personelu, a także powinny być urządzone w sposób uwzględniający prawa i interesy dziecka. Oznacza to konieczność odpowiedniego przystosowania miejsc pozbawienia wolności do tego, aby dzieci mogły się bawić, miały dostęp do edukacji, a także odpowiednią opiekę zdrowotną. W przypadku gdy dojdzie do zatrzymania dziecka pozbawionego opieki zasada, której trzeba bezwzględnie przestrzegać, jest odseparowanie dzieci poddanych detencji od dorosłych⁸⁹. Nawet jeśli detencja jest absolutnie niezbędna, jej istotą powinna być opieka nad dzieckiem, a nie pozbawienie wolności⁹⁰.

W prawie wtórnym UE wymaga się umieszczenia rodziny w pomieszczeniach gwarantujących jej odpowiedni poziom prywatności⁹¹. Komisja Europejska odnotowała jednak niedociągnięcia w kwestii oddzielnego pomieszczenia dla rodzin w dwóch państwach członkowskich, uczestniczenia w wolnym czasie w zajęciach w trzech państwach członkowskich oraz dostępu do edukacji w pięciu państwach członkowskich⁹². Zgodnie z polskim prawem, cudzoziemcowi umieszczonemu w strzeżonym ośrodku wraz z członkami jego rodziny lub z małoletnim pozostającym pod jego opieką zapewnia się wspólny pokój dla cudzoziemców (art. 414 ust. 3 uoc)⁹³. Z kolei cudzoziemców,

⁸⁷ Por. Ibidem.

⁸⁸ Human Rights Council, *Report of Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Mr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 May 2009, par. 62; *Report of Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Mr. François Crépeau. A/HRC/20/24, April 2, 2012, par. 40.

⁸⁹ Por. zgodnie z art. 414 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach, małoletniego cudzoziemca przebywającego w strzeżonym ośrodku umieszcza się w wyodrębnionej części ośrodka.

⁹⁰ *Guidelines on Unaccompanied Children Seeking Asylum*, n 29, par.7.7.

⁹¹ Por. art. 11 ust. 4 przekształconej dyrektywy recepcyjnej oraz art. 17 ust. 2 dyrektywy powrotowej. Por. także *Guidelines on Accelerated Asylum Procedures*, „XI. Detention„CPT standards, ” doc. CPT/Inf (2002) 1–2010.

⁹² *Komunikat Komisji w sprawie powrotów*, s. 22.

⁹³ Trzeba zauważyć, że na gruncie poprzedniej ustawy wspólne zakwaterowanie zapewnia „w miarę możliwości” .

którzy oświadczą, że są osobami sobie najbliższymi, umieszcza się na ich pisemny wniosek w miarę możliwości w tym samym pokoju (art. 414 ust. 5 uoc). Par. 11 ust. 1 pkt. 5 Regulaminu Organizacyjno- Porządkowego Pobytu Cudzoziemców w Strzeżonym Ośrodku i Areszcie dla cudzoziemców⁹⁴ stanowi, że przy umieszczaniu cudzoziemca w pokoju dla cudzoziemców uwzględnia się potrzebę utrzymania więzi rodzinnych. Trzeba podkreślić, że gwarantowanie prywatności to nie tylko osobny pokój, ale także pewien poziom intymności. Oznacza to na przykład, że wejście strażnika do pokoju dla cudzoziemców powinno być poprzedzone pukaniem i daniem czasu cudzoziemcowi, aby na przykład się ubrał.

W 2014 r. rząd polski zadeklarował, że rodziny z dziećmi będą kierowane tylko do dwóch ośrodków najlepiej do tego przystosowanych (w Kętrzynie i Białej-Podlaskiej), ponieważ w pozostałych nie ma warunków do właściwej realizacji praw dziecka do zabawy i edukacji⁹⁵. Zgodnie z polskim prawem, małoletnim umożliwia się uczestnictwo w grach lub zabawach odpowiednich do wieku oraz – w zależności od długości pobytu – dostęp do edukacji.

Zarówno wyniki kontroli ministerstwa spraw wewnętrznych, jak i raporty organizacji pozarządowych wskazują, że obowiązek szkolny wśród małoletnich cudzoziemców osadzonych w strzeżonych ośrodkach nie jest realizowany prawidłowo⁹⁶. Mianowicie, małoletni nie chodzą do szkół zewnętrznych i zapewniane im są jedynie nieliczne zajęcia organizowane w ośrodkach detencyjnych, które nie zawsze są przystosowane do ich poziomu wiedzy, wieku i znajomości języka⁹⁷.

Im gorsze warunki pobytu, tym krótszy okres czasu, na który można daną rodzinę zatrzymać. Przebywanie dzieci przez 15 dni w warunkach przypominających i typowych dla więzień zostało ocenione przez ETPC jako ingerencja w efektywne wykonywanie życia rodzinnego. Ponadto w ocenie ETPC władze nie podjęły wszystkich możliwych środków, aby jak najszybciej wykonać decyzję o deportacji i tym samym ograniczyć czas spędzony w detencji⁹⁸. W skrajnych przypadkach dochodzi także do uznania, że doszło do naruszenia zakazu wynikającego z art. 3 EKPC ze względu na wpływ detencji na psychikę dziecka⁹⁹.

Im bardziej ośrodek detencyjny przypomina więzienie, a warunki przebywania w miejscu detencji są opresyjne, tym mocniejszy jest ich destrukcyjny wpływ na pozbawionych wolności imigrantów i więzy rodzin tam przebywających. Dochodzi do zaburzeń w wykonywaniu funkcji rodzicielskich

⁹⁴ Regulamin stanowi załącznik do Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 24 kwietnia 2015 r. w sprawie strzeżonych ośrodków i aresztów dla cudzoziemców.

⁹⁵ Por. M. Górczyńska, *Monitoring ośrodków strzeżonych*, [w:] *W poszukiwaniu ochrony...*, s. 69.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 68.

⁹⁷ Por. M. Jaźwinska, *Detencja małoletnich*, [w:] *W poszukiwaniu ochrony...*, s. 73.

⁹⁸ Por. *Popov przeciwko Francji*, par. 146.

⁹⁹ Por. *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 58.

uwarunkowanych brakiem możliwości samodzielnego decydowania o kształcie życia rodzinnego, poddanego przecież rygorom regulaminu ośrodka detencyjnego. W wypadku długich pobyków imigranci w ogóle odzwyczajają się od czynności związanych z prowadzeniem domu. Odrębnym i bardzo poważnym problemem jest stan psychiczny imigrantów. Trzeba na tym tle zauważyć, że detencji poddawane są często osoby ubiegające się o status uchodźcy i mające za sobą traumatyczne przeżycia. W trakcie pobytu w ośrodku imigranci popadają w stany depresyjne i lękowe z powodu niepewności co do dalszego losu rodziny, są nadpobudliwi lub stają się apatyczni, w związku z czym nie są w stanie poświęcić dzieciom należytej uwagi i okazać im wsparcia¹⁰⁰. Jednocześnie dzieci – poza szkodami psychicznymi wywołanymi samym zamknięciem – cierpią widząc swoich rodziców w sytuacjach podporządkowania strażnikom, bezradnych, niejednokrotnie poniżanych. To w sposób dość oczywisty szkodzi relacjom rodzic–dziecko, a ponadto ma destrukcyjny wpływ na poczucie bezpieczeństwa dziecka¹⁰¹. Aczkolwiek ETPC w swym orzecznictwie powstałym na gruncie art. 5 par. 1 lit. f EKPC nie identyfikuje wymogu łagodniejszego traktowania uchodźców i osób poszukujących ochrony międzynarodowej, o tyle na gruncie innych przepisów Konwencji uznał tę przesłankę za element oceny działań państwa. Mianowicie, w sprawie *Kanagaratnam przeciwko Belgii* fakt, że detencji w warunkach nieodpowiednich i nieprzystosowanych zostały poddane dzieci szczególnie wrażliwe, a więc takie, których ojciec został aresztowany i uciekały z kraju objętego wojną domową, został uznany za przemawiający za naruszeniem art. 3 EKPC¹⁰².

Jednocześnie może nieco zaskakiwać, że w sprawach, gdzie doszło do pozbawienia wolności rodzin z małoletnimi dziećmi w miejscach dla nich nieprzystosowanych, ETPC nie doszukał się naruszenia art. 3 Konwencji w przypadku matek. Pomimo, że Trybunał uznawał stres związany z pobytem w detencji, to jednak twierdził, że pobyt dzieci mógł to nieco łagodzić¹⁰³. Takie twierdzenia Trybunału prowokują do polemicznych stwierdzeń, że stres matek raczej się pogłębiał, gdy widziały opresyjne położenie swoich dzieci.

¹⁰⁰ Por National Inquiry into Children in immigration Detention 2014. A submission by the Australian Psychological Society to the Australian Human Rights Commission, June 2014 <https://www.psychology.org.au/Assets/Files/2014-APS-Submission-Children-in-Immigration-Detention-July.pdf>, s.7, 9. (dostęp: 17.08.2015).

¹⁰¹ Zob. J. Burnet i inni, *State sponsored cruelty. Children in immigration detention*, s. 52–55. <http://www.statewatch.org/news/2010/sep/uk-medical-justice-state-sponsored-cruelty-report.pdf> (dostęp: 17.08.2015).

¹⁰² Matka przebywała tam z trójką dzieci w belgijskim Closed detention Centre.

¹⁰³ W sprawie *Popov* w zdaniach odrębnych słusznie wskazano, iż samo umieszczenie matki w ośrodku detencyjnym trudno uznać za naruszenie art.3, ale już sposób jej traktowania – w tym groźby czy też odebranie jej jedynej butelki, z której mogła nakarmić dziecko, są przesłankami przemawiającymi za uznaniem naruszenia art. 3 EKPC.

5. Obecnie w kontekście pozbawienia wolności w oparciu o art. 5 par. 1 lit.f Europejski Trybunał Praw Człowieka skłonny jest rekonstruować ochronę życia rodzinnego imigrantów w oparciu o ochronę praw dziecka, odwołując się do koncepcji ochrony jego najlepszego interesu. Jak słusznie zauważono w jednym z komentarzy, prawa dziecka jawią się w orzecznictwie Trybunału jako wyższe hierarchicznie i istotniejsze niż prawa ich rodziców. Ochrona dorosłych członków rodziny powstaje poniekąd pośrednio i głównie z odniesieniem do praw dziecka, jako podmiotu w sytuacji szczególnie drażliwej i trudnej. Zatem prawo do kontroli terytorium, aczkolwiek ustępuje gwarancjom ochronnym wobec dzieci, wciąż jest „impregnowane” przez Trybunał w zakresie uwzględniania szczególnego położenia dorosłych. Sytuacja imigrantów w procedurach migracyjnych i tak jest bardzo trudna z powodu przebywania w obcym kraju, braku uregulowanego statusu, nieznamośności prawa, języka i kultury, a także obecnej presji migracyjnej w Europie w związku z ich dużym napływem. Grupę tę jako całość należy określić jako wrażliwą i szczególnie narażoną na naruszenia fundamentalnych praw, zaś obok dzieci specjalnego traktowania wymagają także ofiary przemocy, tortur, handlu ludźmi, osoby starsze, chorzy, matki karmiące, kobiety w ciąży, uchodźcy i osoby poszukujące ochrony międzynarodowej. Oczywiście można przyjąć, że Trybunał działa *case by case* i wypowiada się co do spraw i stanów faktycznych mu przedstawionych, ale przecież również i tu pojawiły się okazje do przyjęcia postawy bardziej przyjaznej tym grupom. Po pierwsze, w omawianych sprawach chodziło o rodziny ubiegając się o udzielenie im ochrony międzynarodowej. W związku z tym Trybunał mógł odwołać się do standardów UNHCR, które formułują zasadę ostateczności detencji także w stosunku do dorosłych. Ponadto argumentując odnośnie do naruszenia Konwencji wobec dzieci, Trybunał wyraźnie powoływał się na elementy ich indywidualnej sytuacji, które czyniła ich położenie szczególnie trudnym. Wliczyć tu można odseparowanie od rodziny, zły stan psychiczny, wykazywanie objawów stresu, traumatyczne przeżycia związane ze śmiercią prześladowanych członków rodziny. W przypadku dorosłych przynajmniej część z tych elementów również występowała; Trybunał nie podjął się jednak analizy, czy warunki detencji były w związku z tym kompatybilne z celem art. 5 par. 1 lit. f Konwencji. Kontrowersyjna wydaje się też ocena Trybunału, że poziom stresu rodziców poddanych detencji związany ze szczególnie trudnym położeniem i bezradnością wobec cierpień własnych dziecinie spełnia kryterium wystarczającej dolegliwości w rozumieniu art. 3 EKPC, zwłaszcza że sami małoletni w ocenie Trybunału byli traktowani nieludzko¹⁰⁴.

Od niedawna – wciąż w odniesieniu do zasady uwzględniania najlepszego interesu dziecka – Trybunał jest skłonny z art. 8 EKPC wywodzić nie tylko element związany z zachowaniem więzów rodzinnych rozumianych

¹⁰⁴ Por. Popov przeciwko Francji, par. 105.

jako nierozdzielanie w związku z detencją, ale też dostrzega pozytywne obowiązki państw w postaci stworzenia miejsc przystosowanych do przyjmowania rodzin z dziećmi. Należy podkreślić, że ośrodki detencyjne i więzienia z natury rzeczy są środowiskiem niezwykle trudnym nawet dla dorosłych. ETPC wypowiadał się o naruszeniu art. 3 EKPC w związku z tragicznymi warunkami mieszkaniowymi i higienicznymi w takich miejscach. Co do zasady, przebywanie w środowisku zbliżonym do więziennego dla osoby, która nie popełniła przestępstwa, a jej los jest niepewny w związku z procedurami migracyjnymi bywa przeżyciem wręcz traumatycznym. W przypadku dzieci szkody w zdrowiu psychicznym i fizycznym są pogłębiane przez ograniczenie swobody poruszania się, przebywanie w celach, brak możliwości swobodnej zabawy i brak dostępu do edukacji.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że w systemie EKPC można już zidentyfikować standard ostateczności pozbawienia wolności dzieci i rodzin z dziećmi, który ma dwie podstawy prawne. Pierwszą jest art. 5 par. 1 lit. f, który jednakże orzecznictwo ETPC ogranicza do dzieci. Niemniej jednak z powodów wskazanych już w artykule, w związku z ochroną prawa do poszanowania życia rodzinnego nakazuje on państwu w ramach testu proporcjonalności rozważenie alternatyw do pozbawienia wolności zarówno w stosunku do dzieci, jak i do rodzin z dziećmi.

DEPRIVATION OF LIBERTY OF IMMIGRANTS AND THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE AND FAMILY LIFE IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Key words: migration, deprivation of liberty, private and family life, European Convention of Human Rights

Summary

This article analyses the European Convention on Human Rights (ECHR) with a focus on the relationship between the protection of immigrants' privacy and family life, as set out in Article 8 of the Convention, and regulations on so-called migration detention, resulting from Article 5(1)(f) thereof. Deprivation of liberty of immigrants related to territory control is a legitimate action of the state, permitted by international law. However, as has been frequently pointed out in case law and legal writings, such actions may not be in breach of the fundamental rights and freedoms of individuals. Therefore, in its actions concerning migration control, the state is required to maintain a balance between the public interest and the human rights of particular migrants. Against this backdrop, the article begins with considerations on the nature of migration detention, with a special focus on a certain practice of using this measure followed by states and the level of its severity. This is to serve as a basis for the subsequent analysis of the relations between Articles 5 and 8 of the ECHR, whose scope is limited to the following aspects: the decision about deprivation of liberty in the migration context, the duration of time for which the measure is employed, and the conditions of detention.

RAFAŁ MIZERSKI

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Prawa człowieka a poligamia

Słowa kluczowe: prawa człowieka, Europejska konwencja praw człowieka, wspólne dziedzictwo, życie rodzinne, poligamia

Uwagi wprowadzające

Zasadniczym tematem artykułu jest poligamia widziana z perspektywy Europejskiej konwencji praw człowieka (EKPC)¹. Spojrzenie to obejmuje ocenę tej praktyki w orzecznictwie strasburskim oraz jej implikacje dla konwencyjnych praw i wolności. Poprzedzają je uwagi dotyczące postrzegania poligamii na gruncie innych systemów międzynarodowej ochrony praw człowieka.

Poligamia to związek małżeński jednego mężczyzny z kilkoma kobietami (wielożeństwo, poliginia) lub jednej kobiety z kilkoma mężczyznami (wielomęstwo, poliandria)². Historycznie rzecz ujmując, większość ze znanych nam kultur (ok. 75–80%) uznawała lub uznaje poligamię – przede wszystkim zaś wielożeństwo – za legalną formę małżeństwa³. We współczesnym świecie dominują jednak kultury, które praktyki tej nie akceptują. Niemniej, w ok. 50 państwach – głównie tych, które pozostają pod wpływem islamu⁴ – jest ona wciąż dopuszczalna. Trzeba jednak zwrócić uwagę na fakt, że dopuszczalność nie oznacza w tym przypadku powszechności. Nawet w krajach o przygniatającej przewadze muzułmanów, rodziny poliginiczne stanowią mniejszość, np. w Egipcie, Algierii, Libii to mniej niż 3% gospodarstw domowych, a w Arabii Saudyjskiej czy Jemenie – między 10% a 20% gospodarstw domowych⁵.

Świat zachodni, z którego tradycji prawnej wyrasta EKPC, oparty jest na związkach monogamicznych. Jednak i w jego granicach dochodziło do

¹ Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.

² Por. M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego. Tom II L-P* oraz *Tom III R-Ż*, Warszawa 1988, hasła *poliandria*, *poligamia*, *poliginia*, *wielomęstwo* oraz *wielożeństwo*.

³ J. Witte Jr., *The Western Case for Monogamy Over Polygamy*, Cambridge University Press 2015, s. 17.

⁴ Islam nie wymaga, ale zezwala na posiadanie przez mężczyznę do czterech żon; *Koran*, sura 4, werset 3.

⁵ J. Witte Jr., op. cit., s. 18.

zbiorowych naruszeń kulturowego tabu. Odwołujący się do chrześcijaństwa Kościół Jezusa Chrystusa w Dniach Ostatnich formalnie zaakceptował wielożeństwo w 1852 r., a jego wierni praktykowali je nawet wcześniej. Zjawisko to budziło jednak sprzeciw większości Amerykanów, doprowadzając do przyjęcia prawa federalnego, przewidującego sankcję więzienia za wielożeństwo⁶. Na tle stosowania rzeczonoego prawa doszło do sporu konstytucyjnego, w którym Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stanął na stanowisku, że prawo to nie jest naruszeniem pierwszej poprawki do konstytucji, gwarantującej między innymi wolność religii⁷. W obliczu groźby rozwiązania kościoła i pozbawienia go majątku, mormoni ostatecznie wyrzekli się wielożeństwa w 1890 r.⁸

Z Europy wielożeństwo zniknęło formalnie w 1926 r. wraz z przyjęciem tureckiego kodeksu cywilnego, zakazującego tej praktyki. W rzeczywistości nigdy jednak nie zostało z niej całkowicie wyeliminowane, zachowując się w zwyczajach tradycjonalistycznie nastawionych społeczności muzułmańskich⁹. Współcześnie problem poliginii na Starym Kontynencie aktualizuje i nasila imigracja z krajów dopuszczających wielożeństwo, która w związku z konfliktami trawiącymi Afrykę Północną i Wschodnią oraz Bliski i Środkowy Wschód przybiera coraz bardziej masowy charakter. Ostatnie lata pokazały zarazem, że wartości zachodnie wcale nie muszą być na tyle atrakcyjne dla ludzi wywodzących się z innych kręgów kulturowych, ani nawet dla ich dzieci i wnuków wychowanych w Europie, by prowadzić do porzucenia zwyczajów i praktyk kolidujących z tymi wartościami. Wzrost liczby niezintegrowanych kulturowo imigrantów i ich potomków, otwiera pole do dyskusji, a być może i do konfliktów, dotyczących kształtu porządku publicznego w krajach ich zamieszkania; dyskusji czy konfliktów tym bardziej prawdopodobnych odnośnie do sfery stosunków rodzinnych, że współgrających z obecną w wielu państwach europejskich tendencją do redefiniowania dotychczasowego modelu rodziny.

Ważnym kontekstem dla tych procesów są prawa człowieka. Chronią one dobra w większości indywidualne, równoważąc jednak interes indywidualny

⁶ M. Potz, *Teologia teokracji: religijna legitymizacja władzy u amerykańskich purytanów*, „Przegląd Religioznawczy” 2013, nr 4, s. 62.

⁷ Opierając się na rozróżnieniu między przekonaniem religijnym a postępowaniem inspirowanym przez nie, Sąd Najwyższy dopuścił możliwość regulowania przez ustawodawcę tego ostatniego. Danie pierwszeństwa doktrynie religijnej nad prawem doprowadziłoby, jego zdaniem, do sytuacji, w której każdy obywatel stanowałby prawo dla siebie, a rząd byłby rządem tylko z nazwy. Odnosząc się do zjawiska poligamii uznał on, że tradycja północnej i zachodniej Europy zawsze uważała wielożeństwo za odrażające i że zawsze pozostawało ono w sprzeczności z *common law*, wobec czego trudno zakładać, że intencje twórców pierwszej poprawki były inne. Sąd poparł też pogląd, że społeczeństwo budowane na związkach poligamicznych popada w rządy despotyzmu, *Reynolds przeciwko Stanom Zjednoczonym*, 98 U.S. 145 (1879), s. 162–167.

⁸ M. Potz, op. cit., s. 65.

⁹ Jak ma to miejsce np. w Turcji, por. P. Ilkcaracan, [w:] *Encyclopedia of Women & Islamic Cultures. Family, Law and Politics. Volume 2*, red. S. Joseph, Leiden 2005, s. 383.

także interesem publicznym. Ponadto, ich poszanowanie jest istotnym składnikiem tożsamości zachodniej, ale jednocześnie bywają one używane do zakwestionowania tego, co wielu członków społeczeństw zachodnich wciąż uważa za inne składniki tej tożsamości, w tym zwłaszcza norm ze sfery moralności i stosunków rodzinnych. To z kolei pozostaje w związku z pytaniem o granice neutralności ideologicznej praw człowieka, a nawet realność tej neutralności.

Dla państw europejskich szczególnie istotnym punktem odniesienia jest EKPC. Nie ma potrzeby szczegółowego uzasadniania tego twierdzenia, wystarczy przypomnieć, że w judykaturze Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Konwencja od dawna uchodzi za „konstytucyjny instrument europejskiego porządku publicznego (*ordre public*)”¹⁰.

Poligamia z punktu widzenia pozaeuropejskich systemów międzynarodowej ochrony praw człowieka

Poligamia jako uznana przez niektóre porządki prawne legalna forma małżeństwa jest przedmiotem zainteresowania umów międzynarodowych poświęconych problematyce prawa prywatnego międzynarodowego¹¹. Jednak w grupie tych traktatów, które można określić mianem traktatów praw człowieka *sensu stricto*, wprost odnosi się do niej jedynie Protokół do Afrykańskiej karty praw człowieka i ludów z 2003 r.¹², dotyczący praw kobiet w Afryce. W jego art. 6 sformułowano zasadę równego korzystania przez kobiety i mężczyzn z praw w małżeństwie oraz uznawania przedstawicieli obu płci za równych partnerów w tym związku. W wykonaniu owej zasady państwa strony zobowiązały się do podjęcia szeregu środków ustawodawczych, w tym gwarantujących m.in. „zachęcanie do monogamii jako preferowanej formy małżeństwa”, ale także gwarantujących wspieranie i ochronę praw kobiet w rodzinach poligamicznych. Wielożenstwo zostało więc ocenio-

¹⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* z 23.03.1995 r., skarga nr 15318/89, §§ 75 i 93; ostatnio Wielka Izba w wyroku w sprawie *Sargsyan przeciwko Azerbejdżanowi* z 16.06.2015 r., nr skargi 40167/06, § 147.

¹¹ Por. art. 11 Konwencji o ceremonii zawarcia związku małżeńskiego i o uznawaniu ważności związku małżeńskiego z 1978 r. (ratyfikowanej do tej pory jedynie przez Australię, Holandię oraz Luksemburg), który pozwala na zakwestionowanie ważności małżeństwa, jeśli w czasie jego zawarcia jeden z nupturientów pozostawał w innym związku małżeńskim. Z kolei kilka innych konwencji haskich zawiera klauzule porządku publicznego, których zastosowanie prowadzić może do nieuznania skutków prawnych małżeństw poligamicznych; por. zwł. art. 13 Protokołu o prawie właściwym dla zobowiązań alimentacyjnych (Dz.U. UE.L.09.331.19) oraz sprawozdanie wyjaśniające do niego (*Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations. Explanatory Report drawn up by Andrea Bonomi*, Hague 2013, pkt 178).

¹² Tekst [w:] http://www.achpr.org/files/instruments/women-protocol/achpr_instr_proto_to_women_eng.pdf.

ne krytycznie¹³, choć nie zostało zakazane, co należy rozumieć jako kompromis uwzględniający regionalne realia¹⁴.

Wniosek ten potwierdza stan ratyfikacji Protokołu, do którego przystąpiły także państwa, w których poliginia jest legalna bądź praktykowana na szerszą, niż incydentalna, skalę. Dokument, o którym mowa, wszedł w życie w 2005 r. i został formalnie zaakceptowany przez 36 spośród 53 stron Afrykańskiej karty praw człowieka i ludów (AKPCL)¹⁵ – głównie państwa z Afryki Subsaharyjskiej. Spośród krajów Afryki Północnej, ratyfikowała go jedynie Libia (w 2004 r.), jeśli przyjmiemy, że Mali (rat. w 2005 r.) i Mauretania (rat. w 2005 r.) to kraje spoza tego regionu. Wśród pozostałych stron są jednak także państwa z muzułmańską większością bezwzględna: Burkina Faso (rat. w 2006 r.); Dżibuti (rat. w 2005 r.); Gambia (rat. w 2005 r.); Gujana (rat. w 2012 r.); Senegal (rat. w 2004 r.). Do Protokołu przystąpiła również Nigeria (w 2004 r.), w której muzułmanie prawdopodobnie wciąż jeszcze nie są większością, ale za to zdominowane przez nich północne stany wprowadziły do prawa elementy szariatu. Ponadto, do grona państw związanych tą umową należą także państwa spoza kulturowych granic islamu lub z jego obrzeży, w których poliginia ostała się jako część własnej tradycji ludów Czarnej Afryki. Przypominają o tym postacie takich prominentnych poligamistów, jak prezydent RPA (rat. w 2005 r.) Jacob Zuma czy król Suazi (rat. w 2012 r.) Mswati III¹⁶.

Jak już była o tym mowa, inne traktaty praw człowieka milczą na temat poligamii. Ocena tego zjawiska kształtowana jest więc w praktyce stosowania tych umów przez stojące na ich straży organy kontrolne. Wiele spośród nich dopracowało się jednoznacznego i zwykle konsekwentnie podtrzymywanego zdania w tym zakresie.

Na gruncie traktatów uniwersalnych ogólnych w ten sposób wypowiada się zarówno Komitet Praw Człowieka (KmPC), jak i Komitet ds. Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych (KmPGSK), odpowiedzialne za

¹³ Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów interpretuje art. 18 Afrykańskiej karty praw człowieka i ludów poświęcony ochronie rodziny i zawierający zakaz dyskryminacji kobiet w sposób analogiczny do stanowiska wyrażonego w art. 6 Protokołu z 2003 r., tj. jako nakazujący preferowanie związków monogamicznych, ale zarazem gwarantujący wspieranie i ochronę praw kobiet w rodzinach poligamicznych. Por. *Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human And Peoples' Rights*, 26.05.2010 r., pkt 95 i; por. też *Promotion Mission Report to the Republic of Namibia*, 24-27.08.2009, pkt 202 i 211.

¹⁴ Por. O. Jonas, *The practice of polygamy under the scheme of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa: a critical appraisal*, „Journal of African Studies and Development” 2012, t. 4, nr 5, s. 144; por. też M. Ssenyonjo, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Portland 2009, s. 268–272.

¹⁵ Oznacza to wszystkich członków Unii Afrykańskiej z wyjątkiem Sudanu Południowego. Poza ramami organizacyjnymi UA znajduje się natomiast Maroko.

¹⁶ Dane na dzień 25.02.2015 r. ze strony: <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/ratification/>.

przestrzeganie odpowiednio Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (MPPPOP)¹⁷ zawierającego gwarancje praw wolnościowych oraz Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych¹⁸ poświęconego prawom społecznym (MPPGSK).

W komentarzu do klauzuli równościowej kobiet i mężczyzn z art. 3 MPPPOP, pierwszy z tych komitetów zauważa m.in., że „równość traktowania w odniesieniu do prawa do zawarcia małżeństwa wskazuje, że poligamia jest niezgodna z tą zasadą. Poligamia narusza godność kobiet; jest niedopuszczalną dyskryminacją wobec kobiet. W konsekwencji, z pewnością powinna być zniesiona, gdziekolwiek jeszcze istnieje”. Jednocześnie jednak pojęcie rodziny na gruncie art. 23 tego samego paktu, zawierającego gwarancje jej ochrony, rozumiane jest szeroko. Jak wyjaśnia KmPC, koncepcja rodziny „może różnić się w pewnej mierze od państwa do państwa, a nawet od regionu do regionu w tym samym państwie”. Skoro tak, to jego zdaniem, w sytuacji, gdy określona grupa osób uznawana jest przez prawo krajowe za rodzinę, powinna być ona objęta ochroną, o której mówi wspomniany przepis¹⁹. Wynika z tego, że mimo bardzo krytycznego stosunku Komitetu do małżeństw poligamicznych, rodziny oparte na takich związkach nie są wyłączone spod działania gwarancji z art. 23 MPPPOP – przynajmniej w krajach, które je formalnie akceptują.

Analogiczne do klauzuli równościowej z MPPPOP postanowienie, tyle że odnoszące się do praw społecznych, zawiera art. 3 MPPGSK. W uwagach ogólnych, wyjaśniających znaczenie tego przepisu, poliginia nie jest co prawda wprost piętnowana²⁰, niemniej z innych wypowiedzi KmPGSK wynika, że uważa on tę praktykę za dyskryminującą dla kobiet²¹. Podobnie jednak, jak w przypadku MPPPOP, nie oznacza to pozbawienia rodzin poligamicznych ochrony przewidzianej przez art. 10 MPPGSK²².

Wśród organów stojących na straży traktatów uniwersalnych specjalnych, szczególnie wiele do powiedzenia na temat poligamii ma Komitet

¹⁷ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

¹⁸ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169.

¹⁹ Uwagi ogólne KmPC nr 19 z 27.07.1990 r., *Artykuł 23 (Rodzina)*, pkt 2; także uwagi ogólne KmPC nr 16 z 8. 4. 1988 r., *Artykuł 17 (Prawo do prywatności)*, pkt 5; por. też K. Sękowska-Kozłowska, *Komentarz do art. 23 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych*, [w:] *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, LEX 2012.

²⁰ Jakkolwiek Komitet zaznacza, że z art. 3 MPPGSK wynika obowiązek zwalczania zwyczajów i stereotypów sytuujących którąś z płci w pozycji podrzędnej wobec drugiej, uwagi ogólne nr 16 z 13.05.2005 r., *Artykuł 3. Równe prawo kobiet i mężczyzn do korzystania z wszelkich praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych*, E/C.12/2005/3, pkt 19.

²¹ Uwagi końcowe KmPGSK dot. Senegalu z 24.10.2001 r., E/C.12/1/Add.62, pkt 15 i 39; uwagi końcowe KmPGSK dot. Demokratycznej Republiki Konga z 16. 12. 2009, E/C.12/COD/CO/4, pkt 20.

²² KmPGSK jest wstrzemięźliwy w definiowaniu rodziny z art. 10 MPPGSK. Jak się jednak słusznie wskazuje instruktazowy charakter powinno mieć w tym przypadku rozumienie, jakie temu pojęciu nadaje KmPC. Por. B. Saul, D. Kinley, J. Mowbray, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford 2014, s. 729.

ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (KmLDK). Nie powinno to dziwić, zważywszy na przedmiot umowy, która jest podstawą i polem jego działania – Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet²³. Otóż zdaniem Komitetu, „Małżeństwo poligamiczne sprzeczne jest z prawem kobiety do równości z mężczyznami i może mieć tak poważne emocjonalne i finansowe konsekwencje dla niej i osób od niej zależnych, że należy zniechęcać do zawierania takich małżeństw i ich zakazywać”. Jeżeli jednak kobieta pozostaje w takim związku, to fakt ten nie może negatywnie oddziaływać na ochronę jej praw²⁴.

W cytowanej wypowiedzi KmLDK pojawia się nowy w tym przeglądzie wątek emocjonalnych i finansowych konsekwencji poligamii, które wykraczają poza interes kobiety i dotyczą również „osób od niej zależnych”. Sformułowanie to przywodzi na myśl w pierwszej kolejności dzieci i pokrywa się z tym, co na temat oddziaływania na nie poligamicznego środowiska rodzinnego sądzi Komitet Praw Dziecka (KmPD), który monitoruje przestrzeganie innej uniwersalnej i specjalnej umowy praw człowieka, tj. Konwencji o prawach dziecka²⁵.

Pod koniec 2014 r. oba komitety przedstawiły wspólne stanowisko na temat praktyk szkodliwych dla kobiet i dzieci, głównie dziewcząt, w przekonaniu, że obszary ich traktatowej odpowiedzialności pokrywają się w tym zakresie. Jako jedną z tego rodzaju praktyk wskazano poligamię, stawiając ją obok okaleczania narządów płciowych kobiet, dziecięcych i przymusowych małżeństw oraz zbrodni honorowych. Praktyka ta została scharakteryzowana jako godząca w godność kobiet i dziewcząt i naruszająca ich prawa człowieka, w tym równość i ochronę w rodzinie. Wśród jej konsekwencji wymieniono szkody czynione zdrowiu kobiet, tj. ich fizycznemu, psychicznemu i społecznemu dobrostanowi, dotyczące je szkody materialne, a także emocjonalne i materialne szkody odnoszone przez dzieci, które rodzą ryzyko wystąpienia poważnych konsekwencji dla ich dobra. W poligamii dopatrzono się ponadto czynnika sprzyjającego ubóstwu, zwłaszcza na obszarach wiejskich²⁶.

Należy zwrócić uwagę, że większość z państw dopuszczających związki poligamiczne jest stronami wszystkich bądź przynajmniej niektórych ze wspomnianych wyżej traktatów uniwersalnych²⁷. W świetle wykładni tych

²³ Dz.U. z 1982 r., Nr 10, poz. 71.

²⁴ Zalecenie ogólne KmLDK nr 21 z 1994 r. (brak dokładnej daty), *Równość w małżeństwie i stosunki rodzinne*, (brak oznaczenia dokumentu) pkt 14; zalecenie ogólne KmLDK nr 29 z 30.10.2013 r., *Ekonomiczne konsekwencje małżeństwa, stosunki rodzinne i ich przezwyciężanie*, CEDAW/C/GC/29, pkt pkt 27-28.

²⁵ Uwagi końcowe KmPD dot. Dżibuti z 28. 6. 2000 r., CRC/C/15/Add.131, pkt pkt 33-34; tekst konwencji, [w:] Dz.U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526.

²⁶ Wspólne zalecenie ogólne KmLDK nr 31 oraz uwagi ogólne KmPD nr 18, *O praktykach szkodliwych*, CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18, pkt pkt 7, 25-28.

²⁷ Dane o stanie ratyfikacji traktatów przyjętych pod auspicjami ONZ: <https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>

traktatów, dokonywanej przez organy kontrolne, tolerowanie przez nie wielożeństwa jest przejawem bezpośredniego pogwałcenia ciążyących na nich zobowiązań. Co więcej, zgodnie z art. 60 Afrykańskiej karty praw człowieka i ludów²⁸, traktaty te powinny inspirować wykładnię postanowień Karty, a przyjęte na ich gruncie stanowisko dotyczące poligamii idzie dalej niż to, które wynika z Protokołu dotyczącego praw kobiet w Afryce²⁹. W końcu można się zastanowić, czy to jednobrzmiące stanowisko oenzetowskich organów kontrolnych praw człowieka nie oznacza, że porozumienia regionalne, postrzegające wielożeństwo mniej krytycznie, przestają być zgodne z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych, czego wymaga art. 52 ust. 1 Karty Narodów Zjednoczonych³⁰. Wśród celów i zasad ONZ jest wszak międzynarodowa współpraca przy popieraniu i zachęcaniu do poszanowania praw człowieka i podstawowych swobód dla wszystkich bez różnicy m.in. płci, co powinno być rozumiane z uwzględnieniem zapisu preambuły tego dokumentu, mówiącego o przywróceniu wiary w równouprawnienie mężczyzn i kobiet.

Tak czy inaczej, z art. 6 Protokołu dotyczącego praw kobiet w Afryce oraz z kontekstu, w jakim przywoływana jest w nim poligamia, a także wprost z przytoczonych opinii organów kontrolnych praw człowieka wynika, że jest to praktyka niedopuszczalna, a przynajmniej niepożądana, bowiem ma charakter dyskryminujący wobec kobiet oraz – jak przyznają niektóre z tych organów – godzi w dobro dzieci w takich rodzinach. Jednakowoż, rodzina poligamiczna nie jest wyłączona z ochrony, jaką zawarowują dla rodzin jako podmiotu zbiorowego dokumenty międzynarodowe, a jej forma nie jest usprawiedliwieniem dla naruszania praw człowieka poszczególnych członków tych rodzin³¹.

Ocena poligamii w orzecznictwie strasburskim

Orzecznictwo jakiegokolwiek organu kontrolnego, w tym organu międzynarodowego, nie może abstrahować od podstawy prawnej orzekania, włącza-

²⁸ Tekst [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1993.

²⁹ Por. też art. 43 Arabskiej karty praw człowieka, zgodnie z którym Karta nie może być interpretowana jako osłabiająca prawa zawarowane w uniwersalnych bądź regionalnych instrumentach praw człowieka ratyfikowanych przez strony Karty, w tym prawa kobiet i prawa dzieci; tekst, [w:] <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html>.

³⁰ Dz. U. z 1947 r., nr 23, poz. 90.

³¹ Za praktyczny wyraz ochrony rodziny poligamicznej uznać można wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Aloeboetoe i inni* z 10.09.1993 r. (Inter-Am. Ct. H.R., Ser. C No. 15, 1993, zwł. §§ 17, 59, 64, 98), w którym Surinamowi nakazano wypłatę zadośćuczynienia wszystkim żonom ze związków poliginicznych ofiar naruszenia Amerykańskiej konwencji praw człowieka, pomimo tego, że były to związki formalnie niezarejestrowane. Trzeba jednak pamiętać, że sprawa dotyczyła plemienia zamieszkującego dżunglę - społeczności funkcjonującej w zasadzie poza państwem, która posiada własne zwyczaje w sferze stosunków rodzinnych i która jako lud tubylczy podlega szczególnej ochronie.

jąc w to jej kontekst interpretacyjny³². W świetle tematu tego artykułu, szczególnie istotne wydaje mi się zatem przywołanie fragmentu preambuły EKPC, w której mowa jest o „wspólnym rozumieniu i poszanowaniu praw człowieka”³³ przez sygnatariuszy tego dokumentu, reprezentowanych przez „rządy państw europejskich działających w tym samym duchu i posiadających wspólne dziedzictwo tradycji politycznych, ideałów, wolności i rządów prawa”³⁴.

Wśród 13 pierwotnych sygnatariuszy Konwencji³⁵ jedynie Turcja mogłaby być podejrzana o wnoszenie do tego porozumienia tradycji poligamicznej. Zważywszy jednak na unikatowość takiej tradycji w rzeczonym gronie państw³⁶, nie sposób byłoby jej wówczas kwalifikować jako wspólnego dziedzictwa, do którego odwołuje się preambuła. To zastrzeżenie ma czysto akademicki charakter, bowiem mówimy o tradycji, z którą sama Turcja chciała zerwać i co formalnie uczyniła ponad dwadzieścia lat przed podpisaniem Konwencji. Był to jeden z elementów programu modernizowania państwa, któremu za wzór służyły rozwinięte państwa świata zachodniego.

Tak więc obecność Turcji w procesie opracowywania EKPC, a następnie wśród jej pierwotnych sygnatariuszy, nie podważa tezy, że częścią dziedzictwa, z którego wyrasta ten dokument, jest społeczeństwo oparte na związkach monogamicznych. Dodajmy zarazem, że to wspólne dziedzictwo tradycji politycznych, ideałów, wolności i rządów prawa – tak dla Turcji, jak i wielu innych, obecnych stron Konwencji, a w pewnym sensie nawet dla pozostałych państw nią związanych³⁷ – nie tyle jest potwierdzeniem ich określonej ścieżki rozwojowej, co raczej wyrazem gotowości i woli zaadaptowania pewnego systemu wartości, nawet wbrew własnym doświadczeniom historycznym.

³² Por. art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, Dz.U. z 1990 r., Nr 74, poz. 439.

³³ W tłumaczeniu oficjalnym: „jednolitym pojmowaniu i wspólnym poszanowaniu praw człowieka”.

³⁴ W tłumaczeniu oficjalnym: „rządy państw europejskich działających w tym samym duchu i posiadających wspólne dziedzictwo ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa”.

³⁵ Belgia, Dania, Francja, Holandia, Islandia, Irlandia, Luksemburg, Norwegia, Republika Federalna Niemiec (jako człowiek stowarzyszony Rady Europy), Wielka Brytania, Włochy, Turcja oraz Kraj Saary podpisały Konwencję 4. 11. 1949 r. Nieco ponad trzy tygodnie później swoje podpisy pod tą umową złożyli przedstawiciele pozostałych dwóch ówczesnych członków Rady Europy, tj. Grecji i Szwecji.

³⁶ Nie przesądzam w tym miejscu statusu prawnomiędzynarodowego Kraju Saary.

³⁷ Demokracja, rządy prawa oraz poszanowanie praw jednostki – fundament aksjologiczny Konwencji, a zarazem podstawowy komponent dziedzictwa, o którym ona wspomina – to jasna strona, często ciemnej historii państw europejskich. Odwołanie do tych wartości – jeśli nie ma się stać idealizowaniem własnej przeszłości – także powinno być rozumiane jako dokonanie świadomego wyboru w tym zakresie, a nie wyłącznie opis historycznych faktów. Z drugiej jednak strony, w tych państwach związanych EKPC, w których te wartości miały okazję zaistnieć, rozwijały się one w konkretnym kontekście kulturowym, który współtworzyła m.in. monogamia.

Sformułowany tu wniosek odnośnie do modelu rodziny, stanowiącego część dziedzictwa europejskiego, potwierdza w swym orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka. Z jednej strony określa on monogamię jako „jedną z fundamentalnych zasad ustawodawstwa rodzinnego państw sygnatariuszy Konwencji”³⁸, z drugiej natomiast, piętnuje poligamię jako niezgodną z kluczowymi zasadami, na których umowa ta została oparta³⁹. Na czym konkretnie polega niezgodność tej praktyki z EKPC?

W 2010 r. Wielka Izba Trybunału zajmowała się nad sprawą *Şerife Yiğit przeciwko Turcji*, która dotyczyła konsekwencji prawnych zawarcia małżeństwa religijnego, które nie zostało formalnie zarejestrowane. W toku swojego wyводу Trybunał zauważył wówczas, że wprowadzenie na mocy kodeksu cywilnego z 1926 r. wymogu stawianego wszelkim małżeństwom religijnym, by poprzedzało je zawarcie cywilnego małżeństwa monogamicznego, miało na celu zerwanie z „tradycją małżeńską sytuującą kobiety w wyraźnie gorszej pozycji w porównaniu do mężczyzn, by nie powiedzieć, w pozycji zależności i niższości”, dodając następnie, że z tego samego powodu akt ten zakazywał poligamii⁴⁰. Zawarta w tej wypowiedzi krytyka wielożeństwa wynikała zatem z przekonania o jej dyskryminującym wobec kobiet charakterze i odpowiadała zreferowanemu wcześniej głównemu zarzutowi stawianemu tej praktyce przez inne organy kontrolne międzynarodowej ochrony praw człowieka.

Tego samego argumentu, tyle że odwołującego się *expressis verbis* do dyskryminacji, użył Trybunał w sprawie *Refah Partisi* z 2003 r. („dyskryminacja oparta na płci” małżonków). W tym jednak przypadku uczynił to w szerszym kontekście porządku publicznego państw–stron oraz fundamentu aksjologicznego EKPC. Stwierdził on mianowicie, że pozwana w tej sprawie Turcja, „jak każda układająca się strona, może w zakresie swej jurysdykcji prawowicie przeciwdziałać stosowaniu inspirowanych religijnie norm prawa prywatnego, które szkodzą porządkowi publicznemu oraz wartościom demokratycznym w rozumieniu Konwencji”⁴¹.

Ten szerszy kontekst strasburskiej krytyki poligamii był jeszcze silniej obecny we wcześniejszym orzecznictwie na tle EKPC. Przykładem może być tu decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *Bibi przeciwko Wielkiej Brytanii* z 1992 r., dotyczącej odmówienia prawa wjazdu na teryto-

³⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Ivanov i Petrova przeciwko Bułgarii* z 14.06.2011 r., skarga nr 15001/04, § 60.

³⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Jehovah's Witnesses of Moscow i inni przeciwko Rosji* z 10.06.2010 r., skarga nr 302/02, § 119.

⁴⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Şerife Yiğit przeciwko Turcji* z 2.11.2010 r., skarga nr 3976/05, § 81.

⁴¹ Wyrok ETPC w sprawie *Refah Partisi i inni przeciwko Turcji* z 13.02.2003 r., skargi nr nr 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 3976/05, § 128. Co ciekawe, wywodzący się z Rosji sędzia Kovler uznał w swym zdaniu zbieżnym dołączonym do tego wyroku stanowisko Trybunału w tym względzie za „karykaturę poligamii”, którą opisał jako „formę organizacji rodziny, która istnieje w społecznościach innych niż [tylko – RM] islamskie”.

rium pozwanego państwa drugiej żony imigranta z Bangladeszu, który uzyskał obywatelstwo brytyjskie. Komisja zauważyła wówczas, że ponieważ praktyka poligamii jest nieakceptowalna dla większości społeczeństwa brytyjskiego, celem przepisów, na podstawie których odmówiono wjazdu drugiej żonie było „zachowanie opartej na chrześcijaństwie i dominującej w kraju kultury monogamicznej”. Zdaniem Komisji był to cel prawowity mieszczący się w zakresie ochrony moralności oraz praw i wolności innych, a zatem zgodny z klauzulą limitacyjną z art. 8 ust. 2 EKPC, na podstawie której można ograniczać konwencyjne prawo do prywatności⁴².

Stosowana w orzecznictwie strasburskim argumentacja przeciwko poligamii – a w istocie poliginii, bo o nią w sprawach rozpatrywanych w Strasburgu chodziło – wydaje mi się o tyle ważna, że zarzut jej dyskryminacyjnego wobec kobiet charakteru można próbować zneutralizować poprzez formalną akceptację poliandrii. Dopuszczenie wielomęstwa, na tych samych zasadach co wielożeństwa, podważałoby bowiem argument o nierównym traktowaniu płci w tym aspekcie stosunków społecznych.

Choć w Polsce będzie to wciąż brzmiało jak kompletna fantastyka prawna, można sobie wyobrazić także postulaty formalizowania i zrównywania z małżeństwem jeszcze innych konfiguracji relacji międzyludzkich, pozbawionych elementu dyskryminacji. Mam tu na myśli związki poliamoryczne, które zyskują w świecie zachodnim na popularności, czego jednym z dowodów jest samo pojawienie się w języku tego terminu. Jak zwraca uwagę B. van der Sloot, „z liberalnego punktu widzenia, nie ma powodów, dla których trzech lub więcej ludzi nie miałyby żyć razem i być związanymi małżeństwem”⁴³.

Tej retoryce wolnościowej towarzyszy już od lat, także zmierzająca do modyfikacji prawa rodzinnego, retoryka antydyskryminacyjna, posługująca się argumentem równości orientacji seksualnych oraz argumentem równości kulturowej. Zwłaszcza w tym pierwszym zakresie jej użycie przyniosło sukcesy, prowadząc m.in. do legalizacji małżeństw homoseksualnych w niektórych państwach–stronach Konwencji, choć jeszcze nie do wymogu takiej legalizacji wynikającego z samej Konwencji⁴⁴. Tak czy inaczej, czyni to

⁴² Decyzja EkmPC w sprawie *Bibi przeciwko Wielkiej Brytanii* z 29.06.1992 r., skarga nr 19628/92.

⁴³ B. van der Sloot, *Between fact and fiction: an analysis of the case-law on Article 12 of the European Convention on Human Rights*, „Child and Family Law Quarterly” 2014, t. 26, nr 4, s. 417.

⁴⁴ W tym zakresie wciąż obowiązuje stanowisko Trybunału wyrażone w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* (wyrok z 24.06.2010 r., skarga nr 30141/04, §§ 61-63), zgodnie z którym art. 12 EKPC nie nakłada na państwa-strony obowiązku zagwarantowania parom jedнопłciowym dostępu do małżeństwa, ale jeśli prawo krajowe taki dostęp zapewnia, to przepis ten otacza ochroną także małżeństwa homoseksualne. Nie sposób jednak pominąć tego co dzieje się w orzecznictwie strasburskim dotyczącym związków homoseksualnych „na zapleczu” prawa do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny, a mianowicie w kontekście prawa do poszanowania życia rodzinnego (art. 8 EKPC).

wyłom w tradycyjnym rozumieniu związku małżeńskiego, a skoro taka redefinicja małżeństwa jest możliwa, to i dalsze zmiany stają się bardziej prawdopodobne.

Jak można wywnioskować z dotychczasowych uwag, nie jestem entuzjastą takich zmian. Uważam, że w tym i innych przypadkach, preferowaniu interesów indywidualnych czy grupowych w sferze stosunków rodzinnych towarzyszy generalnie dezynwoltura lub pochopny optymizm co do dalekosiężnych skutków społecznych, będących następstwem tego procesu, mimo że punktem odniesienia są tu prawa człowieka, tj. prawa społecznie zdeterminowane, których poziom ochrony zależy również od kondycji społeczeństwa. To samo nastawienie można zresztą czasami zaobserwować, gdy pojawia się kwestia indywidualnych interesów innych osób niż bezpośredni beneficjenci wspomnianych zmian. Trudno o rozważę, gdy spór się ideologizuje, a o ideologizację tego aspektu stosunków społecznych bardzo łatwo.

W każdym razie, jako zwolennik małżeńskiego *ancient régime*'u oczekiwałbym – a zapewne nie jestem w tym oczekiwaniu odosobniony – zdecydowanego odwoływania się w krytyce poligamii do argumentu wspólnego dziedzictwa państw–stron Konwencji, któremu praktyka ta jest obca. Jak starałem się wcześniej wykazać, argument ten ma swoją solidną podstawę umowną, historyczną i orzeczniczą. Jego powoływaniu sprzyja regionalizm Konwencji. Jestem też zdania, że podkreślanie w tym kontekście znaczenia korzeni EKPC jest korzystne z punktu widzenia autorytetu Trybunału, który jako sąd międzynarodowy, wpływający na porządki prawne 47 państw naszego kontynentu, nie powinien aspirować do roli lidera procesu europejskich przemian obyczajowych. W końcu, nawet przeciwnicy powyższej opinii przyznają, że w optyce orędowników wielożeństwa, jeśli jawi się ono jako przykład dyskryminacji, to wyłącznie pozytywnej; tymczasem wspólne dziedzictwo oferuje argument odrębny rodzajowo, wykraczający poza wątek tego, co jest, a co nie jest, dobre dla kobiety.

Implikacje poligamii w sferze praw i wolności systemu Europejskiej konwencji praw człowieka

Przywołane wypowiedzi organów strasburskich nie pozostawiają wątpliwości co do jednoznacznie krytycznej oceny poligamii. Jak jednak uczy doświadczenie innych systemów międzynarodowej ochrony praw człowieka, nie

Wspomniany wyrok, wraz z nie do końca wzajemnie spójnymi wyrokami w sprawach *Valianatos i inni przeciwko Grecji* (wyrok z 7.11.2013 r., skargi nr nr 29381/09 i 32684/09) oraz *Oliari i inni przeciwko Włochom* (wyrok z 21.07.2015 r., skargi nr nr 18766/11 i 36030/11) umocniły bardzo, i to w krótkim czasie, pozycję jednopłciowych związków partnerskich, zapewniając – na podstawie ostatniego z tych orzeczeń, pod warunkiem jego uprawomocnienia – w istocie prawo do zawarcia takiego związku, nawet wbrew prawu krajowemu.

musi się to przekładać na negowanie wszystkich konsekwencji istnienia tego rodzaju związków. Interesująco rysuje się zatem pytanie o to, w kontekście jakich standardów systemu EKPC rodzą się spory wynikające z poligamii oraz w jaki sposób są one rozwiązywane.

Nawet bez zagłębiania się w orzecznictwo wydaje się oczywiste, że będzie chodzić o krąg normatywny składający się w pierwszej kolejności z uprawnień chroniących rodzinę i prawa w rodzinie, podczas gdy sprawy spoza tej grupy przepisów będą miały raczej charakter incydentalny. Oczywiście jest także, że w obu przypadkach istotną rolę może odgrywać klauzula antydyskryminacyjna z art. 14 Konwencji.

Jak się okazuje, konfrontacja tych założeń z praktyką organów strasburskich potwierdza w zasadzie ich trafność. Zaskakująca może być jedynie stosunkowo niewielka liczba sporów ogniskujących się wokół poligamii. Gdyby oceniać skalę tego problemu wyłącznie z perspektywy intensywności jego podejmowania w orzecznictwie strasburskim – co jednak może być mylące biorąc pod uwagę złożoność okoliczności wpływających na złożenie skargi indywidualnej z art. 34 EKPC – to należałoby uznać, że nie jest on znaczący.

Konwencja europejska nie zawiera przepisu, który na podobieństwo art. 23 ust. 1 MPPPOP, art. 17 ust. 1 Amerykańskiej konwencji praw człowieka czy art. 18 ust. 1 AKPCL, chroniłby rodzinę jako zbiorowość. Co prawda, pewnego potencjału w tym względzie nie można odmówić jej art. 12, w którym sformułowano prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, ale nie został on do tej pory wyzyskany przez Trybunał, a ponadto przepis ten dotyczy wyłącznie rodzin będących konsekwencją małżeństwa. W tych okolicznościach za kluczową dla rodzin regulację systemu EKPC należy uznać art. 8, gwarantujący m.in. prawo do poszanowania życia rodzinnego – uprawnienie, którego istotą jest ochrona więzi rodzinnej, a więc tego, co *de facto* konstytuuje rodzinę. Gdy więc ta, w wyniku działań bądź zaniechań państwa–strony Konwencji, jest zrywana, narażona na zerwanie bądź utrudnia się jej podtrzymywanie i rozwijanie, istnieje ryzyko, że dzieje się to z pogwałceniem tej gwarancji. W katalogu takich sytuacji wysokie miejsca zajmuje uniemożliwienie rodzinie unifikacji poprzez odmowę jej członkom prawa wjazdu do kraju pobytu innej należącej do niej osoby bądź rozdzielanie rodziny w wyniku wydalenia z kraju pobytu jej członka. Zważywszy, że poligamia jest dla przytłaczającej większości państw europejskich problemem zrodzonym przez imigrację, art. 8 okazuje się najważniejszym kontekstem prawnym dla związanych z nią sporów.

Orzecznictwo dotyczące łączenia i rozdzielania rodzin imigranckich rządzi się kilkoma generalnymi zasadami, wspólnymi dla różnych sytuacji faktycznych. Po pierwsze, Trybunał przyjmuje, że państwa–strony Konwencji mają prawo kontroli przyływu cudzoziemców i bezpaństwowców na swoim terytorium, a art. 8 nie może być rozumiany jako nakładający na nie ogólny obowiązek respektowania wyboru dokonanego przez małżonków co do kraju

ich zamieszkania oraz wyrażania zgody na osiedlenie się w nim małżonka, który nie posiada obywatelstwa tego kraju⁴⁵. Po drugie, brak takiego ogólnego obowiązku nie oznacza zarazem pełnej swobody decydowania o łączeniu bądź niełączeniu rodzin. Trybunał wskazuje bowiem, że „zakres zobowiązania państwa odnośnie do dopuszczenia na swoje terytorium krewnych imigrantów, którzy się na nim osiedlili, będzie różny w zależności od konkretnych okoliczności związanych z zainteresowanymi osobami oraz interesem ogólnym”⁴⁶. Jak to przypominała jakiś czas temu Wielka Izba, chodzi o takie okoliczności, jak zakres, w jakim może dojść do przerwania życia rodzinnego, zakres więzi w danym państwie–stronie Konwencji, występowanie nieprzezwycięzalnych przeszkód dla prowadzenia życia rodzinnego w kraju pochodzenia cudzoziemca, a także względy kontroli imigracyjnej, np. naruszanie prawa imigracyjnego oraz względy porządku publicznego przemawiające za jego wydaleniem⁴⁷. Ważne jest ponadto, czy w czasie powstawania więzi rodzinnej, osoby zainteresowane były świadome, że ze względu na status imigracyjny którejś z nich, prowadzenie życia rodzinnego w kraju goszczącym od początku obarczone będzie niepewnością. Żadna decyzja nie może też zapaść bez uwzględnienia dobra dziecka, jeśli sprawa go dotyczy⁴⁸.

Trzecią ze wspomnianych zasad, wykraczającą swym znaczeniem poza kwestię łączenia i rozdzielania rodzin, jest zachowanie słusznej równowagi między konkurującymi interesami, tj. interesem jednostki oraz interesem społeczności jako całości. W zakresie tych rozstrzygnięć państwu–stronie służy dodatkowo pewien margines oceny⁴⁹. Trybunał bada zastosowanie tej zasady zarówno na gruncie wynikających z art. 8 ust. 1 obowiązków pozytywnych, jak i warunków ograniczenia prawa do poszanowania życia rodzinnego, określonych w ust. 2 tego przepisu. Pozwala to na zbliżenie do siebie orzecznictwa narastającego w tych dwóch obszarach w dość spontanicznym procesie, któremu brakowało dyscypliny teoretycznej. Można tu pozwolić sobie na dygresję, że – wbrew praktyce Trybunału – koncepcja obowiązków pozytywnych powinna znajdować zastosowanie tylko w zakresie rekonstruowania treści uprawnienie (np. obowiązku wyrażenia zgody na połączenie rodziny – jeśli uznać go za obowiązek pozytywny – jako elementu prawa do poszanowania życia rodzinnego), natomiast dopuszczalność niezrealizowania

⁴⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Abdulaziz, Cabales i Balkandali przeciwko Wielkiej Brytanii* z 28.05.1985 r., skargi nr nr 9214/80 9473/81 9474/81, §§ 67-68. Dotyczy to także innych relacji rodzinnych, w tym relacji dziecko – rodzic, por. np. wyrok ETPC w sprawie *Rodrigues da Silva and Hoogkamer przeciwko Holandii* z 31.01.2006 r., skarga nr 50435/99.

⁴⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Gül przeciwko Szwajcarii* z 19.02.1996 r., skarga nr 23218/94, § 38. Dotyczy to także małżonka, por. np. wyrok ETPC w sprawie *Darren Omoregie i inni przeciwko Nowegii* z 31/07/2008, skarga nr 265/07.

⁴⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Jeunesse przeciwko Holandii* z 3.10.2014 r., skarga nr 12738/10, § 107.

⁴⁸ Ibidem, §§ 108-109.

⁴⁹ Np. wyrok ETPC w sprawie *Nunez przeciwko Norwegii* z 28.06.2011 r., skarga nr 55597/09, § 68.

tych obowiązków, czyli w istocie ingerencja w uprawnienie, powinna być rozpatrywana z punktu widzenia warunków jego ograniczenia – w przypadku prawa, którego dotyczy ten fragment artykułu, z punktu widzenia klauzuli limitacyjnej z jego ust. 2.

Nie ulega wątpliwości, że między członkami rodziny poligamicznej może rozwinąć się życie rodzinne w rozumieniu art. 8 Konwencji. Jak podkreśla się w orzecznictwie, jest ono kwestią faktów i zależy od istnienia w praktyce bliskich relacji osobistych⁵⁰. Niemniej, na jego ustalenie między określonymi osobami działają swoiste domniemania wynikające z węzła małżeńskiego łączącego małżonków lub więzi biologicznej istniejącej między rodzicami a ich biologicznymi dziećmi⁵¹. O ile fakt relacji poligamicznej nie zmienia nic, jeśli chodzi o drugie z tych domniemań⁵², to w odniesieniu do pierwszego można bronić poglądu, że w przypadku uznania przez państwo–stronę Konwencji więzi małżeńskiej między dwoma małżonkami z takiego związku, domniemanie to powinno przestać działać wobec kolejnych współtworzących go małżonków. Miałoby to pewne praktyczne zastosowanie, gdyby o dopuszczeniu lub pozostawieniu na terytorium państwa–strony kolejnego małżonka decydowała więź istniejąca między nim a małżonkiem, który w tym państwie uzyskał prawo pobytu.

Domniemanie wynikające z więzi biologicznej działa do uzyskania przez dziecko pełnoletności. Później, o istnieniu życia rodzinnego przesądzają dodatkowe elementy świadczące o stanie zależności między rodzicami a ich dorosłymi dziećmi⁵³. Gdy w sprawie *M. i O. M. przeciwko Holandii* takich elementów zabrakło, fakt, że chodziło o połączenie poligamisty zamieszkującego z jedną ze swych żon w pozwanym państwie z pełnoletnim synem zrodzonym ze związku z drugą żoną, stracił na znaczeniu, bowiem sam art. 8 w ogóle nie znalazł w tym przypadku zastosowania⁵⁴.

W tej samej sprawie Europejska Komisja Praw Człowieka sformułowała jednak dwie reguły kierunkowe, dotyczące łączenia i rozdzielania rodzin

⁵⁰ Np. wyrok w sprawie *M. P. E. V. i inni przeciwko Szwajcarii* z 8.07.2014 r., nr skargi 3910/13, § 31.

⁵¹ Ibidem.

⁵² W sprawie *E.A. i A.A. przeciwko Holandii* (decyzja EKmPC z 6.1.1992 r., skarga nr 14501/89) ojciec nie zamieszkiwał ze swoim małoletnim synem powitym ze związku z żoną, która pozostała w Maroku – podczas gdy on żył z drugą żoną w Holandii – przez okres ośmiu lat. Mimo tego Komisja ustaliła, że nie doszło do zerwania więzi rodzinnej opierając się na takich okolicznościach, jak niemal coroczne półtoramiesięczne wizyty ojca w Maroku, partycypowanie w kosztach utrzymania marokańskiej rodziny oraz regularny, telefoniczny kontakt z synem. Sam fakt pozostawania w związku poligamicznym, tym bardziej nie może wpływać na życie rodzinne ojca i jego biologicznych dzieci zrodzonych w małżeństwie uznanym przez państwo–stronę Konwencji. Ponownie, istotne jest tylko to, czy drugie małżeństwo nie wpłynęło na faktyczne zerwanie tych więzi; por. wyrok ETPC w sprawie *Al-Nashif przeciwko Bułgarii* z 20.06.2002 r. (skarga nr 50963/99, §§ 112-113).

⁵³ *M. P. E. V. i inni przeciwko Szwajcarii*, § 31.

⁵⁴ Decyzja EKmPC w sprawie *M. i O. M. przeciwko Wielkiej Holandii* z 5.10.1987 r., skarga nr 12139/86.

poligamicznych. Są one w istocie zaadaptowaniem na potrzeby sporów związanych z tą praktyką dwóch pierwszych zasad dotyczących łączenia i rozdzielania rodzin imigranckich, o których wspominałem wyżej. Po pierwsze, państwa strony nie mają wynikającego z Konwencji obowiązku „uznawania w pełni małżeństw poligamicznych, które pozostają w konflikcie z ich własnym *ordre public*”. Po drugie, „nie znaczy to, że ojciec i jego dzieci zrodzone z różnych żon w małżeństwach poligamicznych nie mają żadnego prawa do poszanowania życia rodzinnego”⁵⁵.

W orzecznictwie owe zasady precyzowały się w dwóch kontekstach: samego art. 8 oraz zakazu dyskryminacji z art. 14 w związku z art. 8. W obu, zasadnicze znaczenie odegrały decyzje podjęte przez Europejską Komisję Praw Człowieka w 1992 r., w sprawach *E.A. i A.A. przeciwko Holandii* oraz *Bibi przeciwko Wielkiej Brytanii*. Przedmiotem pierwszej z nich była skarga obywateli Maroka, ojca i jego małoletniego syna, na odmowę przyznania drugiemu z nich prawa pobytu na terytorium pozwanego państwa, na którym pierwszy ze skarżących legalnie zamieszkiwał wraz z jedną ze swych żon. Nie była to jednak matka chłopca, ta ostatnia wraz z jego rodzeństwem żyła w Maroku. Sprawa druga zainicjowana została skargą małoletniej córki, posiadającej obywatelstwo brytyjskie, której matce, obywatelce Bangladeszu, odmówiono prawa wjazdu na terytorium Wielkiej Brytanii, ze względu na fakt, że jej mąż, a ojciec skarżącej, który także uzyskał już obywatelstwo brytyjskie, zamieszkiwał Zjednoczone Królestwo ze swoją drugą żoną. W obu sprawach Komisja uznała, że doszło do ingerencji w życie rodzinne, oceniając ich dopuszczalność pod kątem wypełnienia warunków sformułowanych w klauzuli limitacyjnej dołączonej do art. 8. Na uwagę zasługują zwłaszcza jej ustalenie w zakresie celowości i konieczności badanych ingerencji.

W sprawie *E.A. i A.A.* Komisja przyjęła, że działania Holandii służyły ochronie dobrobytu gospodarczego kraju, który jest celem często wskazywanym, gdy w grę wchodzi polityka imigracyjna państwa. Z kolei w sprawie *Bibi*, ingerencję uzasadniała ochrona moralności oraz praw i wolności innych, co należy wiązać z faktem powołania się przez Komisję w uzasadnieniu na sprzeczność, jaka zachodzi między poligamią a wyrastającą z chrześcijaństwa, monogamiczną kulturą Wielkiej Brytanii.

Badając, czy ograniczenia praw skarżących były konieczne, Komisja w obu przypadkach rezerwowała dla pozwanych państw margines oceny. W obu też w istocie sprawdzała, czy zrównoważone zostały interesy skarżących i interes publiczny. W sprawie holenderskiej, o pozytywnym wyniku testu konieczności zdecydował argument, że ubiegający się o pobyt chłopiec był także członkiem rodziny, która pozostała w Maroku. Można to rozumieć jako wskazanie faktu, że jego dobro nie zostałoby dramatycznie narażone na szwank w wyniku odmówienia mu prawa pobytu, jak i że ta odmowa nie podważyłaby istoty jego prawa do poszanowania życia rodzinnego, które

⁵⁵ Ibidem.

mógłby w pełni wieść w innej konfiguracji osobowej. Z drugiej strony, odwołano się do prawa państwa do własnej polityki migracyjnej, wskazując na jej powiązanie ze względami porządku publicznego i w ten niejasny sposób nawiązując do publicznego wymiaru poligamii.

Bardziej precyzyjne stanowisko Komisja przedstawiła w sprawie brytyjskiej. Dochodząc i tym razem do wniosku, że ingerencja była konieczna, Komisja podkreśliła, że sytuacja, w jakiej znalazła się matka skarżącej, była wynikiem decyzji świadomie podejmowanych przez nią oraz przez innych członków jej rodziny. Rodzice skarżącej, decydując się, by ich małoletnia córka przeniosła się do ojca mieszkającego w Wielkiej Brytanii wiedzieli, że odseparuje ją to od matki, która nie była uprawniona do stałego pobytu w tym kraju. Ojciec skarżącej mógł jednak nawiązać życie rodzinne z matką skarżącej w rodzinnym Bangladeszu lub w Wielkiej Brytanii, ale nie uczynił tego przez niemalże 20 lat, wybierając życie z drugą żoną w kraju imigracji i narażając tym samym skarżącą i jej matkę na trudności związane z dołączeniem do niego. Powinien być on przy tym świadomy generalnego braku akceptacji dla poligamii w państwie osiedlenia.

Podobnie jak w sprawie *E.A. i A.A.*, Komisja odniosła się aprobująco również do polityki migracyjnej prowadzonej przez pozwane państwo. Tym razem jednak określiła jednoznacznie ten jej element, który wpłynął na tę ocenę, a którym było odrzucenie poligamii w obronie kulturowej tożsamości państwa.

Jak wspominałem, w obu sprawach pojawiły się także zarzuty dyskryminacji w zakresie korzystania z prawa do poszanowania życia rodzinnego – w sprawie *E.A. i A.A.* rzrzut dyskryminacji dziecka ze względu na małżeństwo, w którym się ono urodziło, w sprawie *Bibi* zarzut dyskryminacji ze względu na płeć. Wątek dyskryminacji zaistniał też w ważny sposób we wcześniejszej sporze *M. i O.M. przeciwko Holandii*, który był już w pracy powoływany.

Rozpoczęcie od tej ostatniej sprawy jest o tyle istotne, że w trakcie jej rozstrzygnięcia Komisja odniosła się do prowadzonej przez pozwane państwo polityki przyznawania prawa pobytu tylko jednemu małżonkowi i dzieciom z jednego małżeństwa, zauważając, że może ona stwarzać problemy w przypadku dzieci małoletnich z innego małżeństwa, niż to, które otrzymało zgodę na pobyt. Uwaga ta nie miała dalszych konsekwencji, bowiem w sprawie chodziło o dziecko pełnoletnie, które nie pozostawało w więzi rodzinnej z ojcem. Kilka lat później Komisja, już w nieco zmienionym składzie personalnym, nie potwierdziła tej wątpliwości. Jej zdaniem taka polityka jest co prawda przejawem różnicowania ludzi ze względu na urodzenie, ale ma ono obiektywne i rozsądne uzasadnienie, a więc nie jest dyskryminująca. Komisja podniosła w szczególności, że sytuacja prawna syna, ubiegającego się o pobyt w Holandii, jest pochodną sytuacji jego matki niemającej do tego prawa, w przeciwieństwie do drugiej żony jego ojca⁵⁶.

⁵⁶ *E.A. i A.A. przeciwko Holandii*.

Z kolei w sprawie *Bibi*, w odpowiedzi na zarzut dyskryminacji ze względu na płeć, przejawiającej się w możliwości wyboru przez męża poligamiście, z którą żoną zamieszka w kraju swej imigracji, Komisja zauważyła, że w istocie dyskryminacja ta wynika z praktyki wielożeństwa, za którą pozwane państwo nie odpowiada.

W kontekście omawianej tematyki nie od rzeczy będzie wspomnieć o dyrektywie Rady Unii Europejskiej w sprawie prawa do łączenia rodzin obywateli państw trzecich legalnie zamieszkujących Unię⁵⁷. Akt ten, rzecz jasna, nie jest częścią systemu EKPC, niemniej jest wiążący dla większości państw należących do tego systemu i z tego względu jest nieobojętny dla interpretacji art. 8 Konwencji, którego poszanowanie zresztą deklaruje⁵⁸.

Już wśród motywów dyrektywy podnosi się, że „Prawo do łączenia rodziny powinno być wykonywane zgodnie z wartościami i zasadami uznawanymi przez Państwa Członkowskie, w szczególności w odniesieniu do praw kobiet i dzieci, co uzasadnia ewentualne podjęcie środków ograniczających skierowanych przeciwko wnioskowi o łączenie rodzin poligamicznych” (ust. 11 preambuły); zapewnia się też państwom członkowskim swobodę w zakresie decyzji o zezwoleniu na łączenie rodzin w przypadku dzieci kolejnego małżonka w małżeństwach poligamicznych oraz uwalnia inne państwa członkowskie od konieczności uznawania za członka rodziny osób znajdujących się w opisanej sytuacji, które uzyskały takie zezwolenie (ustęp 10 preambuły). Z kolei z dyspozycji dyrektywy wynika, że prawo do łączenia rodzin nie przysługuje kolejnym małżonkom, a unifikacja dziecka cudzoziemca zamieszkującego państwo członkowskie i kolejnego małżonka może być poddana ograniczeniom (art. 4 ust. 4).

Z kolei łączenie i rozdzielanie rodzin obywateli Unii, którzy korzystają ze swojej wolności przemieszczania się w ramach tej organizacji⁵⁹, podlega regułom dyrektywy w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich⁶⁰. Dokument ten nie nawiązuje wprost do poligamii, ale przewiduje możliwość ograniczenia wspomnianej swobody ze względu na porządek

⁵⁷ Dyrektywa Rady 2003/86/WE z 22.09.2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin, Dz. U. UE, L 251, s. 12. Dyrektywa nie ma zastosowania wobec obywateli państw członkowskich Unii ani osób ubiegających się o status uchodźcy.

⁵⁸ Ust. 2 wstępu. Jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przepisy tej dyrektywy „należy interpretować w świetle praw podstawowych, a zwłaszcza prawa do poszanowania życia rodzinnego uznanego zarówno w EKPC, jak i w karcie [praw podstawowych – RM]”, wyrok TSUE z 4.03.2010 r. w sprawie *Chakroun przeciwko Minister van Buitenlandse Zaken*, C-578/08, § 44.

⁵⁹ Ci obywatele Unii, którzy nie korzystają z tego prawa podlegają w zakresie unifikacji rodzinnej z obywatelami państwa trzeciego, co do zasady, regulacjom krajowym.

⁶⁰ Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29.04.2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, Dz. U. UE, L 158 z 2004 r., s. 77.

publiczny, bezpieczeństwo publiczne lub zdrowie publiczne (art. 27 ust. 1 i nast.). Tym niemniej, z komunikatu Komisji Europejskiej dotyczącego stosowania tej dyrektywy wynika, że „państwa członkowskie nie są zobowiązane do uznawania małżeństw poligamicznych, zawartych zgodnie z prawem w kraju trzecim, które mogą być sprzeczne z ich własnym porządkiem prawnym”, przy czym musi się to odbywać „bez uszczerbku dla obowiązku należytego uwzględnienia dobra dzieci pochodzących z takich małżeństw”⁶¹.

Biorąc to wszystko pod uwagę dochodzimy do wniosku, że art. 8 Konwencji nie stoi na przeszkodzie polityce jednego małżonka w przypadku łączenia rodzin poligamicznych (w świetle dyrektywy 2003/86/WE jawi się ona wręcz jako polityka obowiązkowa). Gdy dochodzi do uznania więzi rodzinnej między dwoma małżonkami z takiego małżeństwa, korzystają oni wraz ze swoimi małoletnimi dziećmi z takiej samej ochrony art. 8 jak rodziny monogamiczne. Fakt istnienia innego małżonka ma dla tych relacji znaczenie tylko o tyle, o ile wpływa faktycznie na zerwanie łączących ich więzi rodzinnych.

Z art. 8 nie musi być też sprzeczna polityka dzieci z jednego małżeństwa, pod warunkiem jednak, że nie jest ona bezwyjątkowa. Jakkolwiek interes dziecka plasuje się na szczycie interesów uwzględnianych w orzecznictwie Trybunału strasburskiego, to nie sądzę, by w tym kontekście mógł być rozumiany tak szeroko, by np. zawsze przemawiać za unifikacją dziecka (ze związku z kolejnym małżonkiem) z tym z rodziców, który zamieszkuje bogatsze państwo, dające lepsze perspektywy jego rozwoju. Z drugiej strony, interes dziecka będzie prawdopodobnie przeważać nad względami porządku publicznego państwa–strony Konwencji, gdy nie ma ono możliwości prowadzenia wspólnego z rodzicami życia rodzinnego w kraju pochodzenia bądź w innym kraju, z którym on i jego rodzice są życiowo związani, albo gdy taka możliwość oznacza dla członków rodziny wystawienie się na poważne niebezpieczeństwo, np. ryzyko utraty życia lub zdrowia.

Problem poligamii może ujawnić się także bez imigranckiego kontekstu, dotycząc wyłącznie obywateli państwa–strony EKPC. Mam tu na myśli zdarczenia ze sfery prywatnej, równoległej do porządku państwowego, którym towarzyszyć mogą żądania prawnej akceptacji ich konsekwencji w sferze publicznej. Warto więc odnotować, że w ocenie Trybunału strasburskiego art. 8 nie nakłada na państwa–strony Konwencji obowiązku uznania małżeństw religijnych⁶².

⁶¹ *Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady z 2.07.2010 r., Wytoczne w celu skuteczniejszej transpozycji i stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich*, KOM(2009)313, pkt 2.1.1. Z kolei do polityki zerowej tolerancji wobec poligamii wzywa Parlament Europejski. Zob. *rezolucja Parlamentu Europejskiego z 13.03.2007 r. Plan działań na rzecz równości kobiet i mężczyzn 2006-2010, 2006/12132(INI)*, ust. 4.

⁶² *Şerife Yiğit przeciwko Turcji*, § 102.

W systemie EKPC istnieje jednak jeszcze jeden wzorzec prawny, który może być podstawą analogicznego żądania, dotyczącego małżeństw poligamicznych. To oczywiście wspomniany na początku tego paragrafu art. 12, zawierający prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Czy zakaz poligamii jest z nim do pogodzenia? Wnioski zbliżające nas do odpowiedzi na to pytanie wyciągnąć można ze sprawy *Johnston i inni przeciwko Irlandii*. Nie dotyczyła ona związku poligamicznego, wręcz przeciwnie, ale w uzasadnieniu stanowiska Trybunału dostrzec można *argumentum a maiori ad minus* na rzecz tezy o niesprzeczności zakazu tej praktyki z art. 12 EKPC. Otóż sąd strasburski orzekł, że nie doszło do naruszenia rzeczonoego uprawnienia wobec niezamężnej kobiety, która nie mogła poślubić swojego wieloletniego partnera, który formalnie pozostawał w związku małżeńskim z inną kobietą, mimo całkowitego rozpadu ich pożycia, bowiem ówczesne prawo irlandzkie nie przewidywało instytucji rozwodu. Kluczowe dla tego rozstrzygnięcia było przekonanie, że w społeczeństwie przywiązanym do monogamii, zakaz rozwodów nie narusza istoty tego uprawnienia⁶³. Skoro tak, to tym bardziej istoty tego uprawnienia nie narusza zakaz obcej kulturowo poligamii.

Poza kręgiem norm bezpośrednio poświęconych ochronie stosunków rodzinnych⁶⁴, dotychczasowe orzecznictwo skłania do spojrzenia na problem poligamii z perspektywy art. art. 9 i 11 Konwencji oraz art. 1 uzupełniającego ją Protokołu nr 1.

Pierwszy z tych przepisów, gwarantujący wolność religii, jest potencjalnym orężem w ręku tych poligamistów, dla których praktyka ta jest konsekwencją ich wiary. Trzeba tedy zauważyć, że islam – religia, która ze względu na swoją powszechność ma największe szanse na przywoływanie w charakterze wyższej racji poligamii – nie nakazuje wielożeństwa, zezwalając jedynie na nie i to pod pewnymi warunkami. Nawet jednak rozpatrując tę praktykę w kategoriach obowiązku religijnego (muzułmańskiego bądź jakiegokolwiek innego), perspektywy sukcesu procesowego w postępowaniu przed Trybunałem z powodu objęcia jej zakazem prawnym, nie rysują się najlepiej w świetle orzecznictwa strasburskiego dotyczącego art. 9. Przeciwno poligamii wytoczone mogą być bowiem dwa rodzajowo różne argumenty. Pierwszy pojawił się w stanowisku Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie małżeństwa religijnego zawartego z pogwałceniem krajowych

⁶³ Wyrok ETPC w sprawie *Johnston i inni przeciwko Irlandii* z 18. 12. 1986 r., skarga nr 9697/82, § 52.

⁶⁴ Dla porządku dodajmy, że do tego kręgu prócz art. art. 8 i 12 wchodzi też art. 2 Protokołu nr 1 w zakresie, w jakim przewiduje prawo rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania dzieci zgodnie ze swoimi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi oraz art. 5 Protokołu nr 7, gwarantujący małżonkom równe prawa i obowiązki o charakterze cywilno-prawnym w stosunkach wynikających z małżeństwa. Na gruncie żadnego z nich nie odnotowałem sprawy dotyczącej poligamii. Ponadto rozwój orzecznictwa wykorzystującego związek art. 14 Konwencji z jej art. 8, pozbawił w dużej mierze znaczenia drugi z tych przepisów. W sprawach z wątkiem poligamicznym także potencjalna rola art. 2 Protokołu nr 1 wydaje mi się co najwyżej akcesoryjna wobec art. 8 Konwencji.

norm prawnych, dotyczących minimalnego wieku nupturientów. Na zarzut niedopuszczalnej ingerencji w wolność religijną skarżącego, Komisja odpowiedziała, że prawo uzewnętrzniania swojej religii przez jej praktykowanie nie obejmuje każdego aktu, który może być motywowany przez religię lub wierzenia lub na który mogą one wpływać i że małżeństwo zawierane w zgodzie z normami wiary nie może być uznane za formę uzewnętrzniania religii. Innymi słowy, zawarcie małżeństwa nawet inspirowanego religijnie nie mieści się co do zasady w przedmiocie ochrony tego uprawnienia, tym bardziej, że Konwencja reguluje odrębnie prawo do zawarcia związku małżeńskiego w art. 12⁶⁵.

Gdyby się jednak okazało, że zawarcie małżeństwa inspirowanego religijnie jest przejawem uzewnętrzniania wiary zawierających je osób, to znaczenia nabiera fakt, że prawo do uzewnętrzniania religii nie ma charakteru absolutnego, a więc podlega ograniczeniom. Takie podejście odnośnie do poligamii zasygnalizował Trybunał strasburski na marginesie swego wyводу w sprawie *Jehovah's Witnesses of Moscow i inni przeciwko Rosji*, przesądzając z góry, że byłaby to ingerencja dopuszczalna z punktu widzenia dołączonej do art. 9 klauzuli limitacyjnej (ust. 2)⁶⁶.

W zgoda odmiennym charakterze problem poligamii zaistniał na tle art. 11 Konwencji w sprawie *Refah Partisi przeciwko Turcji*. Dotyczyła ona rozwiązania partii islamistycznej, dla której akceptacja wielożeństwa okazała się okolicznością obciążającą ze strasburskiej perspektywy. Trybunał rozważając dochowanie warunku konieczności ingerencji, sformułowanego w ust. 2 tego przepisu, i w tych ramach badając prawowitość podstaw tak głębokiego wkroczenia w sferę wolności zrzeszania się obywateli, doszedł do przekonania o słuszności obaw władz tureckich co do realności groźby wprowadzenia przez rozwiązaną partię prawa koranicznego. W tym kontekście, dotknął on problemu zgodności szariatu z Konwencją, zwracając między innymi uwagę na uznawaną przez ten system norm poliginie – praktykę dyskryminującą kobiety⁶⁷.

Choć sprawa *Şerife Yiğit* nie dotyczyła związku poligamicznego, warta jest odnotowania w tym miejscu ze względu na pytanie o prawa majątkowe kobiet z takich związków. W systemie Konwencji, własność i inne prawa majątkowe chronione są jako mienie w art. 1 Protokołu nr 1. Pojęcie to obejmuje też roszczenia o świadczenia z ubezpieczeń społecznych⁶⁸, takie jak emerytura po zmarłym mężu, której domagała się skarżąca we wspomnianej sprawie. Problem polegał jednak na tym, że zawarte przez nią małżeństwo

⁶⁵ Decyzja EKmPC w sprawie *Khan przeciwko Wielkiej Brytanii* z 7.07.1986 r., skarga nr 11579/85.

⁶⁶ *Jehovah's Witnesses of Moscow i inni przeciwko Rosji*, § 119.

⁶⁷ *Refah Partisi i inni przeciwko Turcji*, § 128.

⁶⁸ Por. A. Wróbel, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom II. Komentarz do artykułów 19-59 oraz Protokołów dodatkowych*, red. L. Garlicki, Warszawa 2011, s. 493–495.

miało wyłącznie charakter religijny wbrew wymogom prawa krajowego, więc jej roszczenie nie mogło zostać zaspokojone. Trybunał rozpatrując sprawę z uwzględnieniem art. 14 EKPC nie dopatrzył się naruszenia Konwencji, uznając m.in., że rozróżnienie sytuacji małżonków ze związków cywilnych i religijnych ma na celu wykorzenienie takich praktyk jak poligamia i wobec tego służy ochronie porządku publicznego oraz praw i wolności innych osób⁶⁹.

Na tle art. 1 Protokołu nr 1 sytuacja może jednak przedstawiać się mniej jednoznacznie, gdy dotyczy sformalizowanych związków poligamicznych. Jeśli bowiem w myśl polityki jednego małżonka państwo–strona Konwencji wyraziło zgodę na połączenie na swym terytorium poligamisty z jedną z jego żon, to należy oczekiwać, że towarzyszy temu gotowość ponoszenia dalszych konsekwencji tej decyzji także w sferze polityki socjalnej – oczywiście, jeśli małżonek kwalifikuje się jako jej beneficjent.

Na ile pozwala lakoniczność omówienia stanu faktycznego w uzasadnieniu decyzji Trybunału, takiej sytuacji – z grubsza rzecz biorąc – dotyczyła sprawa *Bibi przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2002 r. Chodziło w niej o odmowę przyznania żonie zasiłku po zmarłym mężu, ze względu na pozostawanie przez niego w związku małżeńskim z inną kobietą. Małżeństwa skarżącej i jej męża oraz jej męża i jego drugiej żony zostały zawarte w Bangladeszu, ale skarżąca i jej mąż żyli w Wielkiej Brytanii i posiadali obywatelstwo tego kraju, podczas gdy druga żona zamieszkiwała w Bangladeszu. Trybunał uznając jednak, że pełnomocnik skarżącej nie zamierza kontynuować tej sprawy, skreślił skargę z listy, nie wypowiadając się co do jej zasadności⁷⁰.

HUMAN RIGHTS AND POLYGAMY

Key words: human rights, European Convention on Human Rights, common heritage, family life, polygamy

Summary

Polygamy has come under criticism by human rights supervisory bodies, primarily because of its discriminatory impact on women's rights – there is no question that polygamy means polygyny in most cases. However, it is not inconceivable, taking account of changes in definition of family, that the discrimination argument may be nullified by legal recognition of polyandry, or even polyamory, that give the same marriage rights to women as to men. The author is therefore of the opinion that under the European Convention on Human Rights polygamy should be questioned not only as discriminatory practice against women but also as a violation of the common heritage of the States Parties to the Convention.

⁶⁹ *Şerife Yiğit przeciwko Turcji*, §§ 81-82.

⁷⁰ Decyzja ETPC w sprawie *Bibi przeciwko Wielkiej Brytanii* z 21.03.2002 r., skarga nr 40083/98.

The author also examines the polygamy's implications for rights and freedoms set forth in the Convention. Focusing on Article 8, he addresses the key question of reunification of a polygamous family. The author believes that immigration policy, according to which, an alien who resides in a contracting state, is only allowed to bring with him one of his spouses and the children born out of that relationship, is not at variance with the obligation to respect family life, if the policy provides some exceptions, allowing minor children born by another wife to reunion with their father, e.g. when there is no possibility to run family life together in another country.

ELŻBIETA HANNA MORAWSKA

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie

Od obowiązku zapobiegania do obowiązku umożliwienia: złożone podejście Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do samobójstwa

Słowa kluczowe: Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, obowiązek zapobiegania samookaleczeniu w warunkach detencji, prawo do samobójstwa w warunkach autonomii jednostki, samobójstwo – eutanazja – wspomagane samobójstwo, obowiązek umożliwienia popełnienia samobójstwa w określonych sytuacjach, nadużycie prawa do skargi

I. Wprowadzenie

1. Światowa Organizacja Zdrowia definiuje samobójstwo jako „rozmyślny akt pozbawienia się życia”¹.

Niezależnie więc od okoliczności jest to zawsze czyn skierowany przeciwko życiu², a więc przeciwko dobru, które jest uznawane za jedno z podstawowych prawnie chronionych dóbr człowieka. Jest ono wartością „które społeczeństwo zorganizowane w państwo uznaje za najważniejsze dla swojego bytu”³. Temu szczególnemu znaczeniu życia człowieka daje wyraz również Europejska Konwencja Praw Człowieka (dalej: EKPC/Europejska Konwencja/Konwencja)⁴ sytuując prawo do życia na szczycie katalogu praw człowieka i podstawowych wolności. Konsekwentnie, w ocenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC/Trybunał Strasburski/Trybunał), artykuł 2 EKPC stanowiący o prawie do życia uznawany jest za jedno z najbardziej fundamentalnych postanowień Europejskiej Konwencji i jako taki, wraz z artykułem 3 EKPC, wyraża podstawowe wartości społeczeństwa demokratycznego,

¹ Zob. <http://www.who.int/topics/suicide/en/> (dostęp: grudzień 2014).

² Hawton K, van Heeringen K. *Suicide*, “The Lancet” Vol. 373, nr 9672, April 2009, s. 1372–81.

³ M. Cieślak, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 25; D. Gruszecka, *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*, Wrocławskie Studia Erazmiańskie Vol. I, 2008, s. 136.

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms/ CETS No.: 005; Europejska Konwencja została otwarta do podpisu dnia 4 listopada 1950 r., po uzyskaniu wymaganych ratyfikacji, weszła w życie dnia 3 września 1953 r.

dla ochrony których powołana została Rada Europy⁵. W ocenie ETPC artykuł 2 powinien być tak „interpretowany i stosowany, aby (wynikające z niego) gwarancje były *rzeczywiste i skuteczne* (ang. practical and effective)”, co zdeterminowane jest przedmiotem i celem Europejskiej Konwencji jako instrumentu ochrony praw człowieka⁶. Nie przypadkiem więc, w orzecznictwie strasburskim widoczna jest otwartość na nowe źródła zagrożeń dla prawa do życia, z równoczesnym podnoszeniem kryteriów starannego wykonania przez państwa–strony EKPC zarówno zobowiązań negatywnych, jak i zobowiązań pozytywnych powiązanych z tym prawem.

2. W kontekście tych ostatnich zobowiązań przedmiotem szczegółowej analizy w tym artykule będą dwa obowiązki pozytywne, mianowicie obowiązek zapobiegania i obowiązek umożliwienia. O ile pierwszy z tych obowiązków ma utrwaloną już pozycję i treść w orzecznictwie strasburskim, to drugi wydaje się być dopiero na etapie tworzenia, można więc powiedzieć, że jest obowiązkiem *in statu nascendi*.

II. Obowiązek ochrony przed samookaleczeniem w warunkach detencji

3. Z analizy orzecznictwa strasburskiego wynika, iż o obowiązku zapobiegania samobójstwu, a dokładnie próbom samobójczym lub zachowaniom samobójczym, będącym formami samookaleczenia mającymi na celu odebranie sobie życia⁷, Trybunał mówi w warunkach sprawowania przez władze krajowe nadzoru nad „miejscem lub sytuacją”, w której znajduje się osoba zagrożona. Wskazać można zasadniczo dwie kategorie tych *szczególnych miejsc i sytuacji*⁸. Są nimi, po pierwsze, szeroko rozumiane miejsca detencji, w tym areszty śledcze i zakłady karne⁹, punkty filtracji¹⁰, kolonie karne¹¹,

⁵ Zob. przykładowo ustalenia w wyroku ETPC w sprawie *McCann i inni przeciwko ZK*, nr skargi 18984/91, z dnia 27.09.1995 r.; odnośnie zaś do znaczenia artykułu 3 EKPC zob. w szczególności ustalenia w wyroku ETPC w sprawie *Soering przeciwko ZK*, nr skargi 14038/88, z dnia 7.07.1989 r., § 88.

⁶ Ibidem, §146; stosunkowo najnowszy, np. wyrok ETPC w sprawie *Tikhonova przeciwko Rosji*, nr skargi 13596/05, z dnia 30.04.2014 r., § 66.

⁷ E. Krug, *World report on violence and health* (vol.1), Genéve: World Health Organization, 2002, s. 185.

⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Jasińska przeciwko Polsce*, § 58.

⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Keenan przeciwko ZK*, § 91; z spośród spraw przeciwko Polsce zob. np. wyrok ETPC w sprawie *Dzieciak przeciwko Polsce*, nr skargi 77766/01, z dnia 9.12.2008 r.

¹⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji*, nr skargi 69481/01, z dnia 27.07.2006 r. (punkt filtracji, w którym władze rosyjskie przetrzymywały m.in. osoby podejrzane o udział w walce zbrojnej po stronie Czeczenii).

¹¹ Wyrok ETPC w sprawie *Trubnikov przeciwko Rosji*, nr skargi 49790/99, z dnia 5.07.2005 r. (ang. the correctional labour colony; ros. *исправительно-трудоваья колония*).

izby wytrzeźwień¹², a, po drugie, służba wojskowa, zwłaszcza żołnierzy poborowych¹³. Trybunał zakłada, że w tych miejscach władze krajowe mają całkowicie lub w dużej mierze *wyłączną wiedzę* o stanie osób w nich przebywających¹⁴. W związku z tym w przypadku uszkodzenia ciała, a tym bardziej śmierci mogą one ponieść odpowiedzialność międzynarodową nie tylko za działania podjęte przez funkcjonariuszy, ale również za *wszystkie okoliczności towarzyszące* (ang. all the surrounding circumstances)¹⁵.

4. Odpowiednio do specyfiki konkretnej sytuacji obowiązek zapobieżenia *samookaleczeniu* przybiera konkretną formę. Tym samym, nie ma on jednej, apriorycznie zdefiniowanej postaci. Jedną z pierwszych spraw, w których ETPC zwrócił uwagę na ten obowiązek, jest sprawa *Tanribilir przeciwko Turcji* z 2000 r.¹⁶ Wówczas to badając zarzuty naruszenia prawa do życia (art. 2 EKPC) w związku z zabójstwem syna skarżącej przez strażnika więziennego ustalił, że

artykuł 2 Konwencji może w pewnych określonych okolicznościach obciążać władze pozytywnym obowiązkiem podjęcia środków prewencyjnych w celu **ochrony danej osoby przed inną [osobą] lub, w niektórych okolicznościach, przed nią samą**¹⁷. [podkr. E.H.M.]

Następnie Trybunał rozwinął powyższe ustalenia w wyroku w sprawie *Keenan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 2001 r.¹⁸ W powszechnej opinii jest to sprawa wiodąca dla analizowanego obowiązku wynikającego dla państw z EKPC¹⁹. Z ustaleń Trybunału w przedmiotowej sprawie wynika, że zachowaniem, przed którym państwo jest zobowiązane chronić jednostkę w ramach ochrony *przed nią samą* jest akt *samookaleczenia* (ang. the act of self-harm), w tym samobójstwa²⁰.

Z analizy orzecznictwa strasburskiego wynika, że obowiązki te mają zasadniczo organizacyjno-prewencyjny charakter, a więc z jednej strony ich

¹² Wyrok ETPC w sprawie *Jasinskis przeciwko Łotwie* z 2010 r.

¹³ Wyrokiem wiodącym w tym wypadku jest wyrok ETPC w sprawie *Kılınc i inni przeciwko Turcji*, nr skargi 40145/98, z dnia 7.06.2005 r.

¹⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Yasin Ateş przeciwko Turcji*, nr skargi 30949/96, z dnia 31.05.2005 r., § 94.

¹⁵ Zob. stosunkowo najnowszy wyrok ETPC w sprawie *Centre For Legal resources on behalf of Valentin Câmpeanu przeciwko Rumunii*, [WI], nr skargi 47848/08, z dnia 17 lipca 2014 r., § 131.

¹⁶ W sprawie tej ETPC orzekł o braku naruszenia art. 2 EKPC i art. 3 EKPC.

¹⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Tanribilir przeciwko Turcji*, nr skargi 21422/9, z dnia 16.11.2000 r., § 70.

¹⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Keenan przeciwko ZK*, nr skargi 2738/95, z dnia 18.01.2001 r.

¹⁹ Jako taka była przywołana w wielu późniejszych wyrokach. Zob. np. wyrok ETPC w sprawie *Çoşelav przeciwko Turcji*, nr skargi 1413/07, z dnia 9.10.2012 r., §§ 53-55.

²⁰ Zob. też wyrok ETPC w sprawie *Renolde przeciwko Francji*, nr 5608/05, z dnia 16.10.2008 r., §§ 80-84; z nowszych spraw zob. wyrok ETPC w sprawie *Volk przeciwko Słowenii*, nr skargi 62120/09, z dnia 13.12.2012 r., §§ 83-85.

wykonanie wymaga podjęcia odpowiednich środków takich jak, na przykład, odpowiedniego zorganizowania służby więziennej, sił porządkowych tudzież policji, z drugiej zaś szeroko rozumianych środków mających zapobiec materializacji zagrożenia, w jakim znajduje się dana osoba. Dlatego w kwestii warunków ich występowania oraz wymaganych środków wykonania ETPC sięga po ustalenia Wielkiej Izby zawarte w wyroku w sprawie *Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 1998 r.²¹ Tak więc w pierwszej kolejności Trybunał ustala czy w danej sprawie został spełniony warunek *wiedzy o zagrożeniu* dla prawa do życia lub zdrowia, a następnie ocenia podjęte przez władze *środki*²². Czyniąc to dokonuje *szczególnie uważnej analizy* (ang. *the most careful scrutiny*)²³, zwracając uwagę nie tylko na bezpośrednie działania funkcjonariuszy i pracowników placówek detencji, ale również policji, prokuratorów i sądów. W efekcie tego ustalenia organów krajowych prowadzących postępowania wyjaśniające są nie rzadko odrzucane przez Trybunał²⁴.

Sprawa Keenan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 2001 r.

5. Skargę w sprawie *Keenan* złożyła matka, której syn, Mark Keenan, zmarł na skutek uduszenia poprzez powieszenie się w celi więzienia, w którym odbywał karę czterech miesięcy pozbawienia wolności²⁵. Co ważne, był to kolejny pobyt M. Keenana w zakładzie karnym, w związku z czym władze penitencjarne знаły stan jego zdrowia psychicznego. Było bowiem bezsporne, że był on chory psychicznie, przy czym konkretna postać tej choroby w ocenie Trybunału miała drugorzędne znaczenie, a istotne było to, że władze więzienne wiedziały, że jego stan psychiczny „stwarzał potencjalne zagrożenie dla jego własnego życia”²⁶. Wobec tego kluczowe znaczenie miała odpowiedź na pytanie, czy władze więzienne zrobiły wszystko, czego można było od nich rozsądnie oczekiwać, zważywszy na charakter zagrożenia, jakie stwarzał dla siebie samego M. Keenan²⁷.

Po wnikliwej ocenie zastosowanych środków Trybunał ustalił, że „ogólnie rzecz biorąc władze zareagowały w rozsądny sposób na postępowanie” syna skarżącej. Mianowicie wówczas, gdy przejawiał tendencje samobójcze, był izolowany od pozostałych więźniów, tudzież umieszczony na oddziale szpitalnym,

²¹ Wyrok ETPC w sprawie *Osman przeciwko ZK*, [WI], nr skargi 23452/94, z dnia 28.10.1998 r.; wyrok ETPC w sprawie *Keenan przeciwko ZK*, §§ 89 i 92.

²² Zob. stosunkowo najnowszy wyrok ETPC w sprawie *Perevedentsevy przeciwko Rosji*, nr skargi 39583/05, z dnia 24.04.2014 r., § 95.

²³ Chociażby wyrok ETPC w sprawie *Jasinskis przeciwko Łotwie*.

²⁴ Miało to miejsce chociażby w wyroku ETPC w sprawie *Jasińska przeciwko Polsce*, nr skargi 28326/05, z dnia 1.06.2010 r.

²⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Keenan przeciwko ZK*, § 8.

²⁶ Ibidem, §§ 11-13; 94-95;

²⁷ Ibidem, § 97.

w którym był pod stałą obserwacją. Następnie lekarze więzienni sprawowali nad nim codzienną opiekę, konsultując się z psychiatrą „zewnątrznym” co do jego stanu i metod leczenia. W przypadku agresywnych zachowań był izolowany, ale nie było to konieczne bezpośrednio przed samobójstwem, gdyż wydawał się być „w dobrym stanie ducha”²⁸. Tak więc w ocenie Trybunału, przed aktem samobójstwa „nie było żadnych podstaw, które powinny wzbudzić czujność władz i [które świadczyłyby], że był on w takim stanie, że prawdopodobnie będzie próbował popełnić samobójstwo”²⁹. Dodatkowo ETPC stwierdził, że władze zasadniczo nie pominęły *kroków*, które – rozsądnie rzecz oceniając – powinny były podjąć. Co więcej, choć zwróciły uwagę na niewłaściwe zabezpieczenie dostępu do przycisku uruchamiającego alarm głosowy w celi M. Keenan’a, to wszelako uznały dezaktywację tego alarmu za okoliczność „niefortunną” i niemającą wpływu na ostateczny przebieg badanego zdarzenia³⁰. W konkluzji Trybunał jednogłośnie uznał, że w sprawie tej nie doszło do naruszenia zobowiązań pozytywnych, wynikających z artykułu 2 EKPC³¹.

Sprawa *Jasińska przeciwko Polsce* z 2010 r.

6. Ustalenia w sprawie *Keenan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 2001 r. są kluczowe, między innymi dla wyroku ETPC w sprawie *Jasińska przeciwko Polsce* z 2010 r. Tym razem skarga została złożona przez babcię R. Ch., który popełnił samobójstwo przyjmując śmiertelną dawkę leków psychotropowych w celi więziennej w zakładzie karnym w Uhercach Mineralnych³².

To co odróżnia tę sprawę od sprawy brytyjskiej to jednoznacznie negatywna ocena zarówno działań władz penitencjarnych zakładu, jak i ogólnej polityki penitencjarnej Polski. Mianowicie Trybunał ustalił, zgodnie z testem ze sprawy *Osman*, że władze penitencjarne wiedziały o uprzednich próbach samobójczych R. Ch., wiedziały także o pogorszeniu się jego stanu zdrowia „i to mimo przepisywanych [...] leków psychotropowych”³³ oraz że przez wiele dni przed samobójstwem „był przybity i przygnębiony”³⁴, w związku z tym ocenił negatywnie podjęte przez władze środki. Po pierwsze, zwrócił uwagę, że władze nigdy nie rozważyły możliwości choćby „umieszczeniu go w placówce specjalistycznej lub odizolowanej celi”³⁵. Co więcej, został on

²⁸ Ibidem, § 39.

²⁹ Ibidem, § 99.

³⁰ Ibidem, § 41, § 100.

³¹ Ibidem, § 102.

³² Wcześniej przebywał z zakładzie karnym w Krasnymstawie; został skazany za kradzież i rabunek na karę dziesięciu lat pozbawienia wolności; zob. wyrok ETPC w sprawie *Jasińska przeciwko Polsce*, § 9.

³³ Wyrok ETPC w sprawie *Jasińska przeciwko Polsce*, §§ 66-68.

³⁴ Ibidem, § 13.

³⁵ Ibidem, § 71.

osadzony w celi wraz z siedmioma innymi więźniami. W tym kontekście Trybunał stwierdził, że:

[...] biorąc jednak pod uwagę coraz bardziej rozbudowane orzecznictwo w sprawie warunków osadzenia w Polsce w ogóle oraz osadzenia osób cierpiących na zaburzenia psychiczne, Trybunał zastanawia się nad odpowiedniością reżimu więziennego wobec stanu zdrowia wnuka skarżącej [...]. W istocie, Trybunał zadaje sobie pytanie czy umieszczenie R. Ch., określanego przez współosadzonych jako osoba „spokojna i skryta”³⁶ [...], poddanego długotrwałej terapii lekami psychotropowymi w celi z siedmioma współwięźniami było właściwe, wzięwszy pod uwagę jego stan zdrowia³⁷.

Po drugie, zwracając uwagę na zalecenie Rady Europy zapewnienia w przypadku „ryzyka samobójstwa” stałego monitorowania przez personel medyczny i więzienny osoby zagrożonej oraz stosowania „szerokiego wachlarza środków ostrożności”³⁸, przeszedł do oceny sposobu, w jaki personel medyczny zakładu karnego podawał R. Ch. leki³⁹. W swych ustaleniach przede wszystkim wskazał na brak wyjaśnienia przez organy krajowe okoliczności, w jakich leki te były podawane⁴⁰. Takie podejście było w ocenie ETPC nie do przyjęcia z uwagi na przyczynę śmierci R. Ch., którą była „dawka środków psychotropowych zgromadzona przez R. Ch. i przyjęcie ich na raz”. Konsekwentnie Trybunał stwierdził

[...] oczywistą nieudolność systemu, który umożliwił osadzonemu odbywającemu pierwszą karę pozbawienia wolności, osobie o wrażliwej strukturze psychicznej i pogarszającym się stanie zdrowia zgromadzenie, bez wiedzy personelu medycznego odpowiedzialnego za nadzór nad przyjmowaniem leków, śmiertelnej dawki leków psychotropowych, a następnie zażycie ich⁴¹.

Na tle tych okoliczności Trybunał sformułował generalne stanowisko, iż obowiązek zapewnienia odpowiedniej opieki medycznej osobom z zaburzeniami psychicznymi, osadzonymi, w instytucjach detencji, nie ogranicza się do przepisywania odpowiednich lekarstw, bez upewnienia się czy są ono prawidłowo podawane i zażywane. Ostatecznie Trybunał ustalił, że w sprawie tej władze polskie naruszyły zobowiązania pozytywne wynikając z artykułu 2 EKPC⁴².

³⁶ Ibidem, § 35.

³⁷ Ibidem, § 71.

³⁸ Chodzi o Rekomendację KM RE nr R (98)7 z dnia 8.04.1998 r. dotyczącą etycznych i organizacyjnych aspektów opieki zdrowotnej w więzieniu

³⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Jasińska przeciwko Polsce*, § 73; istotne w tym kontekście były ustalenia w wyroku ETPC w sprawie *Renolde przeciwko Francji*, § 99.

⁴⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Jasińska przeciwko Polsce*, § 74.

⁴¹ Ibidem, §§ 76-77.

⁴² Ibidem, §§ 78-79.

Środki wykonania obowiązku ochrony przed samookaleczeniem

6. W kontekście sprawy *Jasińska*, warto zwrócić uwagę na elastyczne podejście ETPC do klasyfikacji zaburzeń psychicznych. Trybunał nie dąży bowiem do uzyskania pełnego potwierdzenia występowania konkretnych objawów danej choroby psychicznej, innymi słowy jego celem nie jest postawienie diagnozy medycznej. Dla urzeczywistnienia warunku występowania w danej sprawie obowiązku pozytywnego, wystarczającą okolicznością jest rzeczywiste wystąpienie *problemów psychologicznych* (ang. *psychological problems*)⁴³, takiego typu i w takim stopniu, które stanowią zagrożenie dla prawa do życia⁴⁴.

Następnie, analizując szczegółowo stan faktyczny spraw, ETPC skłania się do maksymalnie możliwej obiektywizacji, a więc oparcia swoich ustaleń na konkretnych faktach, typu uprzednie próby samobójcze, adnotacja o problemach psychologicznych w aktach danej osoby. Ma to na celu określenie możliwości, rozsądnie oceniając, *przewidzenia* przez władze prawdopodobieństwa dokonania przez daną osobę *samookaleczenia*⁴⁵, a co za tym idzie rzeczywistego i wymagającego natychmiastowych działań zapobieżenia zagrożeniu dla prawa do życia⁴⁶.

Jeśli zaś chodzi o ocenę podjętych środków to Trybunał, tak jak w przypadku pozostałych operacyjnych środków prewencji, dokonuje oceny doboru i zastosowania tych środków na tle okoliczności konkretnej sprawy⁴⁷. Należy przy tym powtórzyć, że są to środki, których – zgodnie z testem ze sprawy *Osman* – rozsądnie oceniając można oczekiwać od władz. Trybunał bada na przykład to, czy przeprowadzono rutynowe działania, typu staranne i regularne dokonanie przeszukania celi oraz kontroli osobistej więźnia, usunięcie przedmiotów lub narzędzi niebezpiecznych, tudzież takich, które mogłyby służyć do *samookaleczenia*⁴⁸, kontrola dawkowania i przyjmowanie lekarstw itp., oraz czy sprawowano choć minimalny poziom zwykłego nadzoru. Trybunał oczekuje, że władze więzienne wykonując swoje obowiązki będą miały na uwadze prawa i wolności człowieka, w szczególności zmniejszenie możliwości *samookaleczenia*, przy czym ma do tego dojść bez naruszenia autonomii osobistej osoby zagrożonej⁴⁹. Odrębną kwestią jest natomiast zapewnienie

⁴³ Wyrok ETPC w sprawie *Çoşelav przeciwko Turcji*, § 62.

⁴⁴ Podobne stanowisko zajmuje ETPC odnośnie do przymusowej hospitalizacji osób chorych psychicznie, zob. B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 28 października 2003 r. w sprawie Rakevich przeciwko Rosji (dot. problemu przymusowej hospitalizacji osoby chorej psychicznie)*, „Prokuratura i Prawo” 1/2004, s. 151–156.

⁴⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Çoşelav przeciwko Turcji*, § 53

⁴⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Trubnikov przeciwko Rosji*, §.

⁴⁷ *Ibidem*, § 70.

⁴⁸ Zob. np. ustalenia w wyroku ETPC w sprawie *Shumkova przeciwko Rosji*, nr skargi 9296/06, z dnia 14.02.2012 r. § 95.

⁴⁹ Zob. m.in. wyrok ETPC w sprawie *Keenan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 92; wyrok ETPC w sprawie *Renolde przeciwko Francji*, § 83.

odpowiedniej i na czas pierwszej pomocy przy próbie samobójczej⁵⁰. W ocenie Trybunału, tak jak funkcjonariusze policji i służb bezpieczeństwa powinni być odpowiednio przeszkoleni, tak i funkcjonariusze i pracownicy placówek detencji powinni być przygotowani i wyszkoleni „w zakresie postępowania z osobami usiłującymi popełnić samobójstwo”⁵¹.

III. Prawo do samobójstwa w warunkach autonomii jednostki

7. W powyższych ustaleniach Trybunału dostrzec można pewną analogię do zasady paternalistycznego podejścia lekarza do pacjenta. Jest to zrozumiałe z racji *nadzoru* władz krajowych nad osobą w detencji. Niemniej, w innych sytuacjach Trybunał kładzie zasadniczy akcent na autonomię jednostki, którą uznaje za jeden z aspektów prywatności jednostki (art. 8 EKPC)⁵². W efekcie tego w sytuacji, w której dana osoba jest świadoma swego stanu i zdolna do podejmowania decyzji, decyzja o zakończeniu życia nie może być podjęta za nią i wbrew jej woli⁵³. Zgodnie bowiem z podejściem Trybunału

[...] W dobie zaawansowanego rozwoju medycyny, któremu towarzyszy oczekiwanie coraz dłuższego życia, wiele osób uważa, że nie powinni być zmuszani do życia w starszym wieku lub w stanach zaawansowanego niedołęstwa fizycznego lub psychicznego, które są sprzeczne z silnym przekonaniem o idei własnej i osobistej tożsamości⁵⁴.

Właśnie dlatego, w wyroku w sprawie *Hass przeciwko Szwajcarii* z 2011 r.⁵⁵ Trybunał ustalił *explicite*, że jednym z aspektów *życia prywatnego*, powiązanym z prawem do autonomii osobistej, jest prawo do samobójstwa, rozumianego jako prawo jednostki do zdecydowania jakimi środkami i kiedy jej życie powinno się zakończyć. O istnieniu tego prawa można mówić, w ocenie ETPC, tylko wówczas, gdy spełniony zostanie warunek, zgodnie z którym jednostka *jest w stanie dobrowolnie wyrazić (sformułować) swoją wolę i działać zgodnie z nią*⁵⁶. Wymagane jest zatem łączne zaistnienie tych przesłanek. Świadczy to, że autonomia i wola osoby zamierzającej popełnić samobójstwo

⁵⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Shumkova przeciwko Rosji*, § 96; § 103.

⁵¹ *Ibidem*, § 102.

⁵² Wyrok ETPC w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr skargi 2346/02, z dnia 29.04.2002 r. § 61.

⁵³ M. Nowacka, *Filozoficzne podstawy zasady autonomii pacjenta*, „Problemy Higieny i Epidemiologii” Vol 89, nr 3, 2008, s. 326.

⁵⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 65.

⁵⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Haas przeciwko Szwajcarii*, nr skargi 31322/07, z dnia 20.01. 2011 r.

⁵⁶ *Ibidem*, § 51.

jest zarazem teoretycznym i faktycznym warunkiem prawa do odebrania sobie życia na gruncie Europejskiej Konwencji.

8. Współczesne rozumienie autonomii jednostki wyznaczone jest przez kontekst empiryzmu angielskiego⁵⁷. Autonomia jednostki rozumiana jest jako pełne i niezbywalne prawo do samego siebie, czyli jako prawo własności względem siebie jako osoby. Jest to prawo w sensie jurystycznym, ale jest też elementem prawa natury, więc jednostka nie może go scedować na nikogo innego⁵⁸.

Należy zaznaczyć, że ten niezbywalny charakter prawa do samobójstwa potwierdziła ostatecznie *explicite* Izba ETPC w wyroku w sprawie *Koch przeciwko Niemcom* z 2012 r.⁵⁹

Sprawa Haas przeciwko Szwajcarii z 2011 r.

9. Z analizy orzecznictwa strasburskiego wynika, że przywołane ustalenia w wyroku sprawie *Haas przeciwko Szwajcarii* z 2011 r. mają konstytucyjne znaczenie dla prowadzonych rozważań. Bez wątplenia jest on w tym zakresie wyrokiem wiodącym⁶⁰.

Skarżącym w tej sprawie był Ernst G. Haas, który przez około dwadzieścia lat cierpiał na poważne zaburzenia afektywne dwubiegunowe i w rezultacie stwierdził, że nie może dalej godnie żyć⁶¹. Po dwóch nieudanych próbach samobójczych, Ernst G. Haas usiłował pozyskać pentobarbital sodu, który podany w odpowiedniej dawce umożliwiłby mu zakończenie życia⁶², ale żaden z psychiatrów, do których się zwrócił, nie wypisał mu recepty na ten

⁵⁷ Jak trafnie pisze J. Kaczor „[...] Wewnętrznie niejednorodną doktrynę liberalizmu zespała przeświadczenie, że jednostki są twórcami samych siebie, są uprawnione i zdolne do dokonywania nieprzymuszonych wyborów oraz do brania odpowiedzialności za własne życie. Często właśnie w możliwości dokonywania wyborów między alternatywnymi i równie dobrymi sposobami życia, między rywalizującymi i nie zawsze współmiernymi celami upatruje się sensu autonomiczności jednostki”. Zob., Idem, *Zasada autonomii woli w świetle filozofii liberalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 2001, Rok LXIII – zeszyt 1–2, s. 8.

⁵⁸ M. Nowacka, op. cit., s. 326.

⁵⁹ Zob. wcześniejszą decyzję ETPC w sprawie *Sanles Sanles przeciwko Hiszpanii*, nr skargi 48335/99, z dnia 26.10.2000 r., §§ 503-504, w której Trybunał uznał skargę za niedopuszczalną (*ratione personae*), gdyż została złożona przez bratową pana Sampedro, który chorował na tetraplegię i który zakończył swoje życie w czasie trwania postępowania; podobne stanowisko zajęła Izba w sprawie *Koch przeciwko Niemcom*, nr skargi 497/09, wyrok z dnia 19.07.2012 r., §§ 78-82, uznając skargę w tym zakresie za niedopuszczalną (*ratione personae*), aczkolwiek inne stanowisko w tym zakresie podjęła Izba w decyzji o dopuszczalności skargi; zob. decyzja z dnia 23.11.2010 r.

⁶⁰ Jako taki przywołany został w kolejnych sprawach dotyczących samobójstwa i samobójstwa wspomagane, tj. w wyroku w sprawie *Koch przeciwko Niemcom*, § 52; wyrok w sprawie *Gross przeciwko Szwajcarii*, nr skargi 67810/10, z dnia 14.05.2013 r., § 63.

⁶¹ Wyrok ETPC w sprawie *Haas przeciwko Szwajcarii*, § 7.

⁶² Ibidem.

preparat⁶³. Podobnie władze krajowe, w tym sądownicze, nie wyraziły zgody na uzyskanie pentobarbitalu sodu bez recepty⁶⁴.

Powołując się na postanowienia artykułu 2 EKPC, Ernst G. Haas podnosił przed Trybunałem, że jego prawo do zakończenia życia w sposób bezpieczny i godny zostało naruszone z powodu ustalonych przez Szwajcarię warunków uzyskania pentobarbitalu sodu⁶⁵. Podnosił, że jego prawo do wyboru momentu i sposobu zakończenia życia jest „teoretyczne i iluzoryczne”⁶⁶ a zatem jest sprzeczne z „zasadą skuteczności” (ang. principle of effectiveness)⁶⁷.

10. Chociaż Trybunał odniósł się ze zrozumieniem do woli skarżącego zakończenia swojego życia w sposób bezpieczny, godny i w miarę bezbolesny, to jednak zaznaczył, że wymóg prawa szwajcarskiego, dotyczący uzyskania recepty na pentobarbital sodu, ma uzasadniony cel, jakim jest zapobieganie nadużyciom i pochopnym decyzjom w tym zakresie⁶⁸, tym bardziej w państwie takim jak Szwajcaria, w którym dostęp do samobójstwa wspomaganego jest dość łatwy⁶⁹.

W świetle tych ustaleń ETPC konieczne wydaje się zaakcentowanie symptomatycznej w tym wypadku bezwarunkowości dokonanego ujęcia prawa do samobójstwa, *nota bene* ETPC nie używa tego terminu. Choć Trybunał potwierdził je powołując się na ustalenia w wyroku w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 2002 r., a więc skargi złożonej przez ciężko chorą, umierającą, kobietę, to w samej definicji tego prawa nie podniósł *explicite* kwestii stanu zdrowia lub wieku. Podkreślić należy jeszcze raz, że E. G. Haas nie był ani upośledzony ruchowo, ani nie cierpiał na żadną postępującą czy nieuleczalną chorobę, która uniemożliwiłaby mu samodzielne zakończenie życia⁷⁰.

Co więcej, mimo powołania się na sprawę *Pretty*, ustalenia w sprawie *Haas* w rzeczywistości stanowią zmianą przyjętej linii orzeczniczej, gdyż w powołanym w sprawie *Haas* fragmencie wyroku w sprawie *Pretty* Trybunał stwierdził, że

[...] skarżąca została powstrzymana przez prawo [krajowe] od urzeczywistnienia swojego wyboru uniknięcia tego, co ona uważa, za niegodny oraz bolesny koniec jej życia [ang. undignified and distressing end to her life]. **Trybunał nie jest**

⁶³ Ibidem, §18. Po odmowie ze strony władz skarżący wystosował list do 170 psychiatrów, w którym opisał swój przypadek i zwrócił się z prośbą o wystawienie opinii psychiatrycznej i wypisanie recepty na pentobarbital sodu (ibidem, § 17). Żaden z lekarzy nie wyraził na to zgody (ibidem, § 18).

⁶⁴ Ibidem, § 8-9; § 10-18.

⁶⁵ Ibidem, § 32.

⁶⁶ Ibidem, § 33, 60.

⁶⁷ Zob. np. wyrok ETPC w sprawie *Airey przeciwko Irlandii*, nr skargi 6289/73, z dnia 9.10.1979 r.

⁶⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Haas przeciwko Szwajcarii*, § 56.

⁶⁹ Ibidem, § 57.

⁷⁰ Ibidem, § 57.

przygotowany, aby wykluczyć, że stanowi to ingerencję w jej prawo do poszanowania życia prywatnego, gwarantowane na mocy art. 8 ust. 1 Konwencji⁷¹. [podkr. E.H.M.].

W związku z powyższym Trybunał jednogłośnie ustalił, że odmowa uchylenia karalności wspomaganego samobójstwa nie stanowiła naruszenia zobowiązań wynikających z ust. 2 art. 8 EKPC, a więc zobowiązania negatywnego, którego istotą jest zakaz arbitralnej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, w ogólnie nie stwierdził naruszenia⁷².

Samobójstwo – eutanazja – wspomagane samobójstwo

11. Na tle tych dwóch spraw konieczne wydaje się rozróżnienia samobójstwa, eutanazji i wspomaganego samobójstwa.

Jak wskazane zostało na wstępie, samobójstwo to „działanie polegające na odebraniu sobie życia” i nie jest ono obecnie uznawane za przestępstwo w państwach członkowskich Rady Europy⁷³. Natomiast termin „eutanazja” pochodzi z języka greckiego i pierwotnie oznaczał on „dobrą śmierć” (eu – dobry, thanatos – śmierć), rozumianą jako pomoc umierającemu w wyzwoleniu się z lęku związanego z nieuchronnością śmierci i w pogodzeniu się z nią. W XIX w. słowo to otrzymało nowe znaczenie. „Dobra śmierć” miała polegać na skróceniu życia osoby nieuleczalnie chorej z litości i pod wpływem współczucia dla jej cierpień⁷⁴.

W polskim prawie karnym przyjęła się definicja sformułowana w okresie międzywojennym przez S. Glasera, według którego eutanazja to „świadome pozbawienie życia bądź przyspieszenie śmierci osoby ciężko chorej w celu wyzwolenia jej z cierpień fizycznych”⁷⁵. Współcześnie karniści dla określenia eutanazji używają zamiennie następujących określeń: zabójstwo z litości, zabójstwo na żądanie, zabójstwo eutanatyczne⁷⁶. Z kolei w szerszym dyskursie rozróżnia się eutanazję czynną i eutanazję bierną⁷⁷. Ta pierwsza definio-

⁷¹ Wyrok ETPC w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 67.

⁷² Ibidem, § 78; podkreślić należy, że w wyroku tym ETPC również jednomyślnie stwierdził brak naruszenia pozostałych podniesionych w skardze artykułów EKPC, a więc art. 2 (prawo do życia), art. 3 (zakazu poniżającego traktowania), art. 9 (prawo do wolności wypowiedzi) oraz zakazu dyskryminacji (art. 14).

⁷³ Należy to łączyć z nasilającymi się w Europie tendencjami do złagodzenia regulacji dotyczących praktyk eutanatycznych zob. K. Bączyk, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo w prawie porównawczym*, Prawo i Medycyna 1999, nr 4, s. 66.

⁷⁴ R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Kraków 2000, s. 138.

⁷⁵ S. Glaser, *Zabójstwo na żądanie*, Warszawa 1936, s. 58.

⁷⁶ R. Krajewski, *Przestępstwo eutanazji w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Prokuratura i Prawo” Vol. 2, 2005, s. 65.

⁷⁷ Eutanazja czynna nazywana jest też aktywną lub eutanazją *sensu stricto*; zaś eutanazja bierna – pasywną; oba rodzaje eutanazji rozpatrywane łącznie nazywa się eutanazją *sensu largo*, wówczas jest ona definiowana jako wszelkie działania lub zaniechania polegające na umyślnym pozbawieniu życia człowieka pod wpływem współczucia do niego. Zob.

wana jest jako celowe i przemyślane działanie podjęte na żądanie chorego i pod wpływem współczucia dla niego w celu spowodowania jego śmierci, jeśli nastąpi ona wcześniej niż z przyczyn naturalnych. Natomiast eutanazją bierną jest celowe i przemyślane zachowanie się podjęte pod wpływem współczucia dla chorego i na jego żądanie, polegające na zaprzestaniu wobec chorego środków i procedur utrzymujących go przy życiu, przy czym śmierć następuje wcześniej niż z przyczyn naturalnych. Dla eutanazji, zarówno czynnej jak i biernej, konieczne jest koniunktywne zaistnienie dwóch przesłanek, tj. istnienia żądania ofiary oraz współczucia ze strony sprawcy dla przyszłej ofiary. Czymś innym jest natomiast wspomagane samobójstwo, które polega na dostarczeniu choremu środków niezbędnych dla dokonania aktu zakończenia życia szybciej niż z przyczyn naturalnych⁷⁸.

W świetle polskiego kodeksu karnego przestępstwo eutanazji może być popełnione tak przez działanie (np. podanie trucizny, celowe przedawkowanie leku podtrzymującego życie), jak i przez zaniechanie (np. niepodanie leku podtrzymującego życie). Jednak przez zaniechanie przestępstwa tego może dopuścić się tylko osoba, na której ciążył szczególny obowiązek ochrony życia ofiary (np. lekarz, pielęgniarka)⁷⁹. Nie jest natomiast przestępstwem odstąpienie od tzw. uporczywej terapii, tj. stosowania nadzwyczajnych środków medycznych, które mogą narazić pacjenta na niepotrzebny ból i cierpienie⁸⁰.

Jedną z pierwszych spraw, w których Trybunał bezpośrednio odniósł się do kwestii eutanazji czynnej na gruncie Europejskiej Konwencji była wspomniana już wcześniej sprawa *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 2002 r.⁸¹

Sprawa Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 2002 r.

12. Skarżącą w tej sprawie była Diane Pretty, która cierpiała na chorobę neuronu ruchowego, czyli nieuleczalną chorobę zwyrodnieniową tkanki mięśniowej⁸². Pragnęła, jak argumentowała przed ETPC, oszczędzić sobie cierpienia i upokorzenia, jakie niosła ta choroba⁸³, niemniej będąc w stadium zaawansowanym, nie była w stanie samodzielnie zakończyć swojego życia⁸⁴.

R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Kraków, 2000, s. 138; J. Ciechanowicz-McLean, *Prawo i polityka ochrony środowiska*, Warszawa 2009, s. 82; W. Szkotnicki, A. Kaczor, *Eutanazja – aspekty społeczno-prawne*, „Prokuratura i Prawo” Vol. 2, 1997, s. 54.

⁷⁸ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 318–319.

⁷⁹ R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1998, s. 216.

⁸⁰ R. Krajewski, op. cit., s. 67.

⁸¹ Wyrok ETPC w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr skargi 2346/02, z dnia 29.04.2002 r.

⁸² Wyrok ETPC w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 7.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem, §§. 9, 16.

W związku z tym w popełnieniu samobójstwa dopomóc miał jej mąż. Ponieważ w świetle prawa brytyjskiego eutanazja jest przestępstwem, zwróciła się do władz o zwolnienie go z odpowiedzialności karnej, gdyby to zrobił⁸⁵. Władze wszelako nie wyraziły na to zgody⁸⁶.

13. W jednogłośnie przyjętym wyroku Trybunał odrzucił wszystkie zarzuty skarżącej. Po pierwsze, Trybunał uznał, że nie doszło do naruszenia prawa do życia, jako że artykuł 2 EKPC wyklucza istnienie domniemanego prawa do śmierci⁸⁷, nie kreuje on również prawa do samostanowienia w sensie prawa do wyboru raczej śmierci niż życia⁸⁸. Wręcz przeciwnie, Trybunał zwrócił uwagę na wynikający z artykułu 2 EKPC obowiązek państwa–strony EKPC do ochrony życia⁸⁹. Po drugie, choć Trybunał wyraził ubolewanie z powodu obaw skarżącej, że „bez możliwości zakończenia życia stanie przed perspektywą bolesnej śmierci”⁹⁰, to podkreślił, że artykuł 3 EKPC należy odczytywać w powiązaniu z artykułem 2 EKPC, który co do zasady dotyczy zakazu stosowania siły zagrażającej życiu lub innego zachowania prowadzącego do śmierci człowieka i nie przyznaje jednostce żadnego prawa do żądania od państwa przyzwolenia na śmierć czy umożliwienia zakończenia życia⁹¹. Po trzecie, Trybunał nie uznał zakazu samobójstwa wspomaganego za zakaz naruszający proporcjonalność ingerencji państwa w prawo do poszanowania życia prywatnego (art. 8 EKPC)⁹².

14. Należy zwrócić uwagę, że Trybunał dokonał powyższych ustaleń w kontekście kwestii penalizacji eutanazji, a nie „uzyskania bez recepty leku umożliwiającego zakończenie życia w sposób bezbolesny i bez ryzyka niepowodzenia”⁹³. Jak już wskazano wcześniej, Trybunał nie był wówczas gotowy ani pod względem moralnym ani prawnym do zobowiązania państwa do tego, by pozostawiało bezkarnym udzielenie pomocy w popełnieniu samobójstwa, nawet jeśli ta pomoc udzielona została osobie chorej terminalnie, która nie jest w stanie samodzielnie popełnić samobójstwa. Trybunał doszedł do tego wniosku kierując się zasadniczo regułami wykładni językowej i systemowej, wystrzegając się zarazem bardziej „dynamicznego” lub „ewolucyjnego” podejścia. Dodatkowo, stanowisko to było wynikiem uznania, że państwa–strony EKPC w tym zakresie mają dużo szerszy margines swobody uznania (ang. margin of appreciation) niż ten jaki mają w sprawach dotyczących orientacji seksualnej⁹⁴.

⁸⁵ Ibidem, §§ 10-11.

⁸⁶ Ibidem, §§ 11-15.

⁸⁷ Ibidem, § 40.

⁸⁸ Ibidem, § 39.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem, § 55.

⁹¹ Ibidem, § 54.

⁹² Ibidem, § 76.

⁹³ Wyrok ETPC w sprawie *Haas przeciwko Szwajcarii*, § 53.

⁹⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 71.

Co więcej, w przeciwieństwie do sprawy *Haas przeciwko Szwajcarii* z 2011 r., w roku 2002. Trybunał nie był również gotowy do uznania prawa do samobójstwa, gdyż stwierdził wówczas, że

Artykuł 8 chroni również prawo do osobistego rozwoju oraz prawo do ustanowienia i rozwoju relacji z innymi ludźmi i światem zewnętrznym [...]. Choć w żadnej wcześniejszej sprawie nie ustalono takiego prawa jak prawo do samostanowienia jako prawa objętego zakresem Artykułu 8 Konwencji, Trybunał stwierdza, że pojęcie osobistej autonomii jest ważną zasadą leżącą u podstaw wykładni gwarancji zawartych w Konwencji⁹⁵.

Tym samym, w 2002 r. Trybunał nie ustalił, że w zakresie prawa do poszanowania życia prywatnego mieści się prawo do autonomii, choć stwierdził, że jest ono istotne dla wykładni gwarancji wynikających z artykułu 8 EKPC⁹⁶. Skutkiem tego nie ustalił, że z prawem tym powiązane są obowiązki pozytywne. Jak wiadomo, do tej niezwykle złożonej kwestii powrócił po blisko dziesięciu latach.

IV. Obowiązek umożliwienia popełnienia samobójstwa w określonych sytuacjach

15. Należy jednakże wyraźnie zaznaczyć, iż – zgodnie ze wskazanym rozróżnieniem eutanazji od wspomaganego samobójstwa – sprawa *Haasa* istotnie różni się od sprawy *Pretty*. Trybunał⁹⁷. Po pierwsze, w tej sprawie nie chodzi o zwolnienie z odpowiedzialności karnej sprawcy eutanazji, ale o możliwość dostępu do pentobarbitalu sodu bez recepty⁹⁸. W ocenie skarżącego, wymóg uzyskania takiej recepty jest zbyt restrykcyjny i w praktyce niemożliwy do zrealizowania⁹⁹. Po drugie, inaczej niż to miało miejsce w sprawie *Pretty*, E. G. Haas skarżył się nie tylko dlatego, że jego życie przepełnione było bólem w związku ze terminalną fazą jego choroby na którą cierpiał, ale na to, że sposób popełnienia samobójstwa, jaki musiałby wybrać w przypadku braku dostępu do tej substancji, byłby niegodny i obciążony ryzykiem niepowodzenia¹⁰⁰.

Skutkiem tego sprawa *Haasa* – w tym fragmencie – dała okazję ETPC rozważenia możliwości nałożenia na państwa–strony EKPC obowiązku pozy-

⁹⁵ Ibidem, § 61.

⁹⁶ Takie właśnie ustalenia zapadły w najnowszych wyrokach. Zob. przykładowo wyrok w sprawie *Dubská i Krejzová przeciwko Republice Czeskiej*, nr skargi 28859/11 28473/12, z dnia 11.12.2014 r., § 73.

⁹⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Haas przeciwko Szwajcarii*, § 50.

⁹⁸ Ibidem, § 52.

⁹⁹ Ibidem, § 33.

¹⁰⁰ Ibidem, § 52.

tywnego umożliwienia popełnienia samobójstwa w określonych okolicznościach i w określony sposób, a więc w sposób bezpieczny, godny i w miarę szybki i bezbolesny¹⁰¹.

Spór o receptę na substancję powodującą śmierć

16. W swej ocenie Trybunał, choć odniósł się ze zrozumieniem do roszczeń Ernsta G. Haasa, to jednak zaznaczył, że ryzyko nadużycia, które jest inherentne dla systemu, w którym dostęp do samobójstwa wspomaganego jest dość łatwy¹⁰² i dlatego nie może ono być bagatelizowane¹⁰³. Wymóg uzyskania recepty na pentobarbital sodu ma więc z jednej strony zapobiec pochopnym, podejmowanym pod przymusem, decyzjom w tym zakresie¹⁰⁴, z drugiej zaś zapobiec możliwym przestępstwom¹⁰⁵. Uznał zatem, że wprowadzone regulacje mają na celu ochronę zdrowia i bezpieczeństwo publiczne oraz zapobieżenie przestępstwom, a tym samym są uzasadnione w świetle Europejskiej Konwencji¹⁰⁶. Trybunału nie przekonało też twierdzenie skarżącego, że nie był w stanie znaleźć specjalisty, który byłby skłonny mu pomóc¹⁰⁷ i ustalił w związku z tym, że skarżący nie wykazał, aby jego prawo wyboru momentu i sposobu śmierci było czysto teoretyczne i iluzoryczne¹⁰⁸. To zaś pozwoliło Trybunałowi na stwierdzenie (podjęte jednomyślnie), że w tym przypadku nie doszło do naruszenia artykułu 8 EKPC, tym bardziej że władze krajowe mają w tym względzie *znaczący margines swobody* (ang. *a considerable margin of appreciation*)¹⁰⁹.

17. Niemniej jednak, te ustalenia nie rozstrzygają zasadniczej kwestii, a więc – czy co do zasady na państwach–stronach EKPC ciąży obowiązek pozytywny umożliwienia popełnienia samobójstwa w określonych okolicznościach. W rzeczywistości stanowisko Trybunału jest wyjątkowo niejasne. Albowiem fakt, że Trybunał „uznał za wskazane zbadanie prośby skarżącego o umożliwienie mu dostępu do pentobarbitalu sodu bez recepty w kategoriach obowiązku pozytywnego państwa podjęcia działań koniecznych do umożliwienia popełnienia samobójstwa w sposób godny”¹¹⁰ czyni uprawniony wniosek, że taki obowiązek ciąży na państwach–stronach EKPC. Jednakże, w świetle dalszych stwierdzeń Trybunału, kwestia ta wydaje się być otwarta, gdyż Trybunał stwierdził:

¹⁰¹ Ibidem, § 53.

¹⁰² Ibidem, § 57.

¹⁰³ Ibidem, § 58.

¹⁰⁴ Ibidem, § 56, § 58.

¹⁰⁵ Ibidem, §§ 56, § 58.

¹⁰⁶ Ibidem, § 58.

¹⁰⁷ Ibidem, § 60.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem, § 53; § 55.

¹¹⁰ Ibidem, § 53.

mając na uwadze [...] margines swobody uznania jaki mają władze krajowe w tego typu sprawach, [...] **jeśli nawet założy się, że państwa mają obowiązek pozytywny** przyjęcia środków umożliwiających popełnienie aktu samobójstwa w warunkach odpowiadających godności człowieka (ang. the States have a positive obligation to adopt measures to facilitate the act of suicide with dignity) władze Szwajcarii nie naruszyły tego obowiązku w tej sprawie¹¹¹ [podkr. E.H.M.].

Tym samym, w sprawie *Hass* Trybunał wprawdzie nie przesądza jednoznacznie o istnieniu obowiązku zapewnienia *rzeczywistego i skutecznego* dostępu do pentobarbitalu sodu, to wszelako wydaje się nie wykluczać *a priori* istnienia takiego obowiązku.

Sprawa *Gross przeciwko Szwajcarii* z 2013 r.

18. Do powyższego wniosku skłania sprawa *Gross przeciwko Szwajcarii* z 2013 r.¹¹², w której skarżąca, podobnie jak w sprawie *Haas* z roku 2011, nie była śmiertelnie chora, ale była osobą, która z własnej woli pragnęła i wyraziła jednoznacznie chęć zakończenia swojego życia łącznie z podjęciem próby samobójczej, a wola ta z upływem czasu nasilała się z racji zaawansowanego wieku i wzrastającej niedołężności.

Trybunał uznał, że sprawę należy zbadać pod kątem zapewnienia przez państwo *wystarczająco jasnych i spójnych wytycznych* (ang. sufficient guidelines) określających czy, a w sytuacji potwierdzenia, w oparciu o jakie kryteria, lekarze są uprawnieni do wydania recepty medycznej osobie będącej w sytuacji skarżącej, czyli w sytuacji osoby niebędącej w terminalnym stanie choroby śmiertelnej, której stan zdrowia nie wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo śmierci w ciągu najbliższych dni. Mimo sugestii Trybunału, że ocenę tej sprawy dokonał w świetle zobowiązań negatywnych, to dokonane ustalenia korespondują z ustaleniami, których zazwyczaj dokonuje w odniesieniu do zobowiązań pozytywnych¹¹³.

W ocenie większości Izby ETPC fakt, iż *wytyczne* te nie zostały zebrane w akcie prawnym, ale zawarte są w kodeksie etyki lekarskiej¹¹⁴ i jako takie są powoływane przez sądy szwajcarskie, w tym Federalny Sąd Najwyższy, budzi niepokój i skutkuje brakiem jasności i pewności prawa i praktyki orzeczniczej. O takiej ocenie przesądził fakt, iż *wytyczne* te zostały opracowane przez organizację pozarządową i nie mają charakteru *sensu stricto* prawnego. Co więcej Trybunał zauważył, że

¹¹¹ Ibidem, § 61.

¹¹² Wyrok ETPC w sprawie *Gross przeciwko Szwajcarii*, nr skargi 67810/10, z dnia 14.05.2013 r.

¹¹³ Ibidem, § 21; § 63.

¹¹⁴ Chodzi o *Wytyczne etyki lekarskiej* dotyczące opieki nad pacjentami pod koniec ich życia (ang. the medical ethics guidelines on the care of patients at the end of their life), które zostały przyjęte w dniu 25.11.2005 r. przez szwajcarską Akademię Nauk Medycznych (SAMS).

[...] wytyczne te, zgodnie z zakresem wskazanym w ich rozdziale 1, mają zastosowanie do pacjentów, których lekarze dojdą do wniosku, iż [z ich stanu zdrowia wynika, że] rozpoczął się proces, który prowadzi do ich śmierci w ciągu dni lub tygodni. Ponieważ skarżąca nie była w stanie terminalnym, jej sprawa jednoznacznie nie była objęta zakresem stosowania tych wytycznych. Następnie Trybunał zauważył, że rząd nie przedłożył żadnego innego dokumentu określającego zasady lub standardy, które mogłyby służyć jako wytyczne, określające czy iw jakich okolicznościach lekarz ma prawo wystawić receptę na *pentobarbitalu sodu* pacjentowi, który, tak jak skarżąca, nie cierpi na śmiertelną chorobą. **Trybunał uważa, że brak jasnych wytycznych prawnych może mieć zniechęcający wpływ na lekarzy, którzy w innym przypadku mogli być skłonni wydać osobie takiej jak skarżąca żadaną receptę**¹¹⁵. [podkr. – E.H.M.].

W swej konkluzji Trybunał ustalił zaś, opierając się na zasadzie subsidiarności strasburskiego systemu ochrony praw człowieka, że to

[...] przede wszystkim zadaniem władz krajowych jest ustalenie kompleksowych (wyczerpujących) i jasnych wytycznych **czy i w jakich sytuacjach** osoba będąca w sytuacji skarżącej – to znaczy osoba, która nie cierpi na chorobę śmiertelną – **powinna mieć zapewnioną możliwość uzyskania odpowiedniej dawki lekarstwa pozwalającej jej zakończyć swoje życie (...)**¹¹⁶.

19. Opowiadając, się zatem co do zasady za pewną przynajmniej swobodą państw–stron EKPC w omawianym zakresie, Trybunał przychylił się do zarzutów skarżącej i ustalił, że brak w prawie szwajcarskim „jasnych i kompleksowych (wyczerpujących) wytycznych prawnych (ang. the absence of clear and comprehensive legal guidelines) narusza prawo skarżącej do poszanowania jej życia prywatnego na gruncie artykułu 8 Konwencji”¹¹⁷.

Istotne jest, że w swej ocenie Trybunał nie uwzględnił ustaleń, jakie poczynił w wyroku w sprawie *Haas przeciwko Szwajcarii* z 2011 roku.

Nadużycie prawa do skargi

20. Należy podkreślić, że Izba nie podjęła tego wyroku jednomyślnie, zapadł on większością czterech głosów do trzech¹¹⁸, a na prośbę rządu szwajcarskiego sprawa przekazana została do Wielkiej Izby, która przychyliła się do tej prośby¹¹⁹. Niemniej jednak, przygotowując się do rozprawy przed

¹¹⁵ Dla potwierdzenia swojego stanowiska Trybunał wskazał na dwie opinie lekarzy B. i S. (zob. § 11 wyroku ETPC w sprawie *Gross przeciwko Szwajcarii* z 2013 r.).

¹¹⁶ Ibidem, § 69.

¹¹⁷ Ibidem, § 69.

¹¹⁸ Sędziowie: Raimondi, Jočienė oraz Karakaş złożyli wspólną opinię odrębną co do sentencji wyroku (była to *dissenting opinion*), w której, powołując się na ustalenia ETPC w sprawie *Haas przeciwko Szwajcarii* z 2011 r., zakwestionowali trafność wskazanych ustaleń co do charakteru *wytycznych* i konsekwentnie istnienia zobowiązań pozytywnych w tego typu sprawach.

Wielką Izbą, rząd szwajcarski ustalił, że skarżąca zmarła dnia 10 listopada 2011 r., to zaś oznaczało, że już w trakcie rozpatrywania skargi przez Izbę skarżąca nie żyła od blisko półtora roku¹²⁰.

W wyroku podjętym dnia 30 września 2014 r., Wielka Izba uznała, że doszło w tej sytuacji do nadużycia prawa do skargi w rozumieniu artykułu 35 § 3 (a) EKPC. Sędziowie zgodnie nie dali wiary wyjaśnieniom pełnomocnika skarżącej, który stwierdził, że nie wiedział o jej śmierci, gdyż nie kontaktował się z nią bezpośrednio, ale za pośrednictwem pana F., emerytowanego pastora, który pracował jako wolontariusz w stowarzyszeniu na rzecz wspomaganego samobójstwa „Exit”. Z jego słów wynikało wszelako, że nie poinformował on pełnomocnika skarżącej o śmierci pani Gross z obawy, że w sytuacji jej śmierci ETPC nie rozpatrzy jej skargi, o czym zresztą miał uprzedzić skarżącą jej pełnomocnik¹²¹.

21. W świetle praktyki ETPC w zakresie kryterium dopuszczalności skargi indywidualnej uznanie skargi za niedopuszczalną ze względu na nadużycie prawa do skargi stanowi środek wyjątkowy¹²². W tej sprawie Wielka Izba uznała, że miało miejsce świadome wprowadzenie Trybunału w błąd odnośnie do kwestii, które dotyczyły zasadniczej istoty tej skargi¹²³. Również i tym razem wyrok nie zapadł jednomyślnie; za uznaniem, że doszło do nadużycia prawa do skargi opowiedziało się dziewięciu sędziów, natomiast ośmiu było przeciwnego zdania. Dla prowadzonych rozważań niezwykle istotne wydaje się być spostrzeżenie sędziów we wspólnej opinii odrębnej¹²⁴. Otóż zgodzili się oni z tezą większości sędziów Wielkiej Izby, że zajmując się tą skargą ETPC zmarnował swój czas i wysiłki na zajmowaniu się skargą która powinna zostać już na wcześniejszym etapie uznana za niedopuszczalną, stwierdzając:

Kwestia wspomaganego samobójstwa będzie prawdopodobnie przedmiotem kolejnych skarg do Trybunału i tym samym będzie przedmiotem merytorycznego badania. Zauważamy, że widoczny jest bez wątpienia europejski wymiar tej kwestii: wyjazdy do Szwajcarii dla osób pragnących zakończyć swoje życie, w celu skorzystania z usług świadczonych przez organizacje odnośnie do wspomaganego samobójstwa, wywołuje gorące dyskusje w różnych państwach-stronach.¹²⁵

¹¹⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Gross przeciwko Szwajcarii*, [WI], nr skargi 67810/10, z dnia 30.09.2014 r.

¹²⁰ Wielka Izba ustaliła, że skarżąca ostatecznie uzyskała receptę na pentobarbital sodu i dnia 11.11.2011 r. „zakończyła swoje życie przyjmując przepisaną substancję”. Zob. *ibidem*, § 30.

¹²¹ *Ibidem*, § 24.

¹²² Wyrok ETPC w sprawie *Mrolubovs i inni przeciwko Łotwie*, nr skargi 798/05, z dnia 15.09.2009 r., § 62.

¹²³ *Practical guide in admissibility criteria* Dostępny on line www.echr.coe.int (dostęp: grudzień 2014).

¹²⁴ Byli to sędziowie: Spielmann, Ziemele, Berro-Lefevre, Zupančič, Hajiyev, Tsotsoria, Sicilianos oraz sędzia Keller.

¹²⁵ Wspólna opinia odrębna do wyroku ETPC w sprawie *Gross przeciwko Szwajcarii*, [WI], § 8.

Jednym słowem, w ocenie sędziów kwestia wspomaganego samobójstwa jest kwestią ważną i wymagającą uwagi ETPC, tymczasem uznanie skargi *Gross* za niedopuszczalną z racji nadużycia prawa do skargi. Stanowisko Wielkiej Izby ma wyjątkowo pejoratywny wydźwięk i skutkuje pewną stygmatyzacją tego typu spraw w przyszłości¹²⁶. Wydaje się jednak, że ta stygmatyzacja i związane z nią potępienie i odrzucenie dotyczy nie tyle kwestii wspomaganego samobójstwa, co sposobu działania skarżącej i jej pełnomocnika, spotęgowanych wyjątkowością badanych przez ETPC kwestii.

Uwagi końcowe

22. Temat samobójstwa, eutanazji i wspomaganego samobójstwa to bardzo złożona materia. Jako taka budzi wiele obaw i wątpliwości¹²⁷. Z analizy orzecznictwa wynika, iż do kwestii tych Trybunał podchodzi z jednej strony ostrożnie i zarazem uważnie, badając szczegółowo konkretne okoliczności danej sprawy, wyraźnie różnicując sytuację osoby w sytuacji zależności i bezbronności od sytuacji osoby w warunkach autonomii i wolności.

Nade wszystko więc Trybunał Strasburski nałożył na państwa–strony EKPC dorozumiany obowiązek pozytywny ochrony życia osób będących pod *nadzorem* ich władz przed, jak to ujmuje *przeciwko niej samej* (fr. *Contre lui-même*)¹²⁸, aktem *samookaleczenia* (ang. the act of self-harm), w tym dokonanego samobójstwa¹²⁹. Z analizy orzecznictwa wynika, że w tym wypadku zasadniczo chodzi o obowiązek zapobieżenia materializacji rzeczywistego i wymagającego natychmiastowych działań zagrożenia dla życia wówczas, gdy dana osoba wyrządza sobie krzywdę lub targa się na własne życie działając pod wpływem chwili, będąc w różnych sytuacjach zależności i bezbronności, wśród których detencja ma szczególne znaczenie. Obowiązek ten ma ugruntowaną pozycję w orzecznictwie.

Jak pokazują przedstawione sprawy, wykonanie tego obowiązku jest wprawdzie możliwe, lecz wymaga całej serii działań pozytywnych, począwszy od zapewnienia jak najlepszych warunków detencji, poprzez skuteczne leczenie zaburzeń psychicznych, a skończywszy na kontrolowaniu czynników ryzyka w środowisku. Władze pamiętając, że w detencji częściej niż w normalnych środowiskach występują negatywne zmiany w psychice człowieka, zakłócenia w sferze świadomości, uczuć i procesu podejmowania decyzji, co w konsekwencji bardzo często prowadzi do zaburzeń w zachowaniu, są zobowiązane do

¹²⁶ Ibidem, § 7.

¹²⁷ Zob. w tym kontekście decyzję ETPC w sprawie *Ada Rossi i inni przeciwko Włochom*, nr skarg 55185/08 55483/08 55516/08..., z dnia 16.12.2008 r.

¹²⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Tanribilir przeciwko Turcji*, § 70.

¹²⁹ Zob. też wyrok ETPC w sprawie *Renolde przeciwko Francji*, nr 5608/05, z dnia 16.10.2008 r., §§ 80-84; z nowszych spraw zob. wyrok ETPC w sprawie *Volk przeciwko Słowenii*, nr skargi 62120/09, z dnia 13.12.2012 r., §§ 83-85.

identyfikacji osób o podwyższonym ryzyku suicydalnym. Racjonalnie oceniona możliwość tego rozpoznania warunkuje powstanie obowiązku podjęcia operacyjnych środków prewencyjnych¹³⁰, pośród których kluczowe znaczenie ma sprawowanie ścisłego i bezustannego nadzoru nad takimi osobami, zwłaszcza przebywającymi w pojedynczych celach¹³¹. Niemniej, wymagane środki dla wykonania tego obowiązku podporządkowane są warunkom danej sytuacji, a zasadnicze pytanie jakie stawia Trybunał brzmi: czy, racjonalnie oceniając, państwo mogło w danych warunkach zrobić więcej niż rzeczywiście zrobiło¹³².

23. Sytuacja, w której osoba pragnie zakończyć własne życie i w pełni zdaje sobie sprawę z konsekwencji swojej decyzji, ale jest fizycznie niezdolna do przeprowadzenia aktu samobójstwa, budzi o wiele więcej kontrowersji i jest konsekwentnie dużo bardziej złożona. Wynika to z faktu, iż nierzadko, mamy do czynienia w tych sytuacjach z osobą nieuleczalnie chorą, u której częstokroć rozpoczął się proces umierania lub jest ona bardzo bliska śmierci, a potencjalnym sprawcą ma być osoba, która decyduje się na ten czyn, kierując się współczuciem i pragnieniem oszczędzenia nieludzkich wręcz cierpień osobie często najbliższej. Jednakże z punktu widzenia praw chronionych przez Europejską Konwencję – od razu rodzi zasadnicze pytanie o istnienie „prawa do śmierci” oraz o rolę Trybunału w ustaleniu jego istnienia i w określeniu jego przedmiotu oraz charakteru powiązanych z nim zobowiązań. Jest to tym bardziej uzasadnione, że przyznany państwom-stronom EKPC margines swobody uznania jest w tych kwestiach zasadniczo szeroki. Nie dziwi zatem fakt, że w 2002 r. Trybunał, kiedy miał podjąć decyzję w sprawie *Pretty*, nie zobowiązał pozwanego państwa do udzielenia zgody na pomoc w samobójstwie bez poniesienia odpowiedzialności karnej, pomimo tego, że skarżąca była chora terminalnie i nie była fizycznie zdolna do samodzielnego popełnienia samobójstwa. W sprawie tej Trybunał położył większy nacisk na prawo do życia, aniżeli na prawo do autonomii.

Dziesięć lat później, w sprawie *Hass przeciwko Szwajcarii*, ETPC zmienił swoje stanowisko, zarówno co do prawa do samobójstwa, jak i powiązanego z nim obowiązku. Przedmiotem sporu w tej sprawie nie jest już samo prawo do samobójstwa, ale nałożenie na państwa-strony EKPC obowiązku „pozytywnego” zapewnienia rzeczywistego i skutecznego dostępu do pentobarbitalu sodu czy w ogóle do dostępu do substancji powodującej śmierć (ang. lethal substance) w określonych okolicznościach. Jak wskazano, swoje ustalenia Trybunał oparł o prawo do poszanowania życia prywatnego (art. 8 EKPC) i ustalił, że obejmuje ono prawo do wyboru momentu i sposobu, w jaki człowiek chce umrzeć. Pomimo faktu, że Trybunał nie zajął jednoznacznego

¹³⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Trubnikov przeciwko Rosji*, § 76, §§ 78-79.

¹³¹ Zwraca na to uwagę również Światowa Organizacja Zdrowia. Zob. np. Światowa Organizacja Zdrowia oraz Polskie Towarzystwo Suicydologiczne, *Zapobieganie samobójstwom. Poradnik dla funkcjonariuszy służby więziennej*, Genewa-Warszawa 2003.

¹³² Zob. na przykład wyrok ETPC w sprawie *Trubnikov przeciwko Rosji*, § 70.

stanowiska co do nałożenia na państwa–strony EKPC obowiązku pozytywnego, bez wątplenia dokonane ustalenia otworzyły taką możliwość. W każdym razie, na pewno nie zapadły w tej kwestii ostateczne rozstrzygnięcia. Pokazują to ustalenia Izby w sprawie *Gross przeciwko Szwajcarii* z 2013 r.

Z drugiej jednak strony sprawa *Gross*, potwierdzając realność nadużyć, jakie mogą w tej sferze wystąpić, może stanowić asumpt do zachowania przez Trybunał jeszcze większej ostrożności w badaniu skarg z zakresu eutanazji i wspomaganego samobójstwa.

FROM THE OBLIGATION TO PREVENT TO THE OBLIGATION TO FACILITATE: COMPLEX APPROACH OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS TO SUICIDE

Key words: The European Convention on Human Rights, The European Court of Human Rights, The obligation to prevent harming in detention, The right to suicide as part of individual autonomy, Suicide – euthanasia – assisted suicide, The obligation to allow commit suicide in certain situations, Abuse of the right of application

Summary

Article 2 of the ECHR ensuring the right to life is considered as one of the most fundamental provisions of the European Convention and, as such, together with Article 3 of the ECHR, expresses the fundamental values of a democratic society for the protection of which was established the Council of Europe. It is no coincidence, then, in the Strasbourg case-law can be seen openness to new sources of risk to the right to life, while simultaneously raising the criteria for a diligent execution of obligations of both negative and positive ones related to this human right.

In this article I write only about the positive obligations, namely the obligation to prevent and obligation to facilitation. While the first of these obligations has been already well established in the Strasbourg case-law, the latter one seems to be only at the stage of creation, we can say that it is an obligation *in statu nascendi*. The analysis of the case law of the ECHR shows that the obligation of suicide prevention, or more precisely a suicide attempt or suicidal behavior, which is defined as self-harming, Court says if the national authorities exercise supervision over „a place or situation” in which a person is at risk. Whereas in the context of the obligation to facilitate the end of life Court draws attention to the autonomy of the individual, which is considered to be one of the aspects of an individual’s private life (Article 8 ECHR.). Therefore, when a person is aware of his condition and capable of making decisions, a decision to end life can’t be taken for her/his and against her/his will. In the view of the ECHR this right exists only when the special conditions are met, that is to say, if a person is able to freely express her/his will and to act in accordance with it. Although both conditions must be fulfilled. This proves that the autonomy and free will of the person wishing to commit suicide is both theoretical and the actual condition of the right to end life under the European Convention.

TOMASZ RAKOCZY

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy

Ochrona rodziny w dokumentach Rady Europy dotyczących funkcjonowania środków społecznego przekazu a prawo polskie

Słowa kluczowe: rodzina, Rada Europy, media, Europejska Karta Społeczna, polska ustawa o radiofonii i telewizji

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, która stanowi fundament Rady Europy, odnosi się do ochrony życia małżeńskiego i rodzinnego w dwóch artykułach. Po pierwsze, w art. 8, który mówi, że: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji” oraz w art. 12: „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”¹. Wskazane zasady gwarantują jedynie zawarcie małżeństwa i założenie rodziny. Nie odnoszą się natomiast do ochrony i wspierania istniejących już takich wspólnot.

Do tej kwestii odnosi się Europejska Karta Społeczna, sporządzona w Turynie 18 października 1961 r.² W art. 16 stanowi ona, że: „W celu zapewnienia warunków niezbędnych do pełnego rozwoju rodziny, która jest podstawową komórką społeczeństwa, Umawiające się Strony zobowiązują się popierać ekonomiczną, prawną i społeczną ochronę życia rodzinnego, zwłaszcza poprzez takie środki, jak świadczenia społeczne i rodzinne, rozwiązania podatkowe, zachęcanie do budowania mieszkań dostosowanych do potrzeb rodzin, świadczenia dla młodych małżeństw oraz wszelkie inne stosowne środki”.

Państwa członkowskie Rady Europy zostały zobowiązane na podstawie art. 21 wskazanej Karty do składania sprawozdań Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy, w odstępach dwuletnich, w formie określonej przez Komitet Ministrów, dotyczących stosowania postanowień części II Karty, które przyjęły.

¹ <http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/tekst-europejskiej-konwencji-praw-czlowieka-i-podstawowych-wolnosc-i-wraz-z-protokolami-dodatkowymi/> (dostęp: 19 lipca 2015 r.).

² Dz. U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67.

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie ochrony praw rodziny w dokumentach Rady Europy, normujących funkcjonowanie środków społecznego przekazu. W obecnych czasach te instrumenty przekazu stanowią niewątpliwie istotne forum komunikacji i z tego powodu treści w nich zawarte nabierają szczególnej aktualności, a treści przez nie pominięte, stają się subiektywnie nieistniejące. Ukazanie praw rodziny w normach Rady Europy zostanie następnie odniesione do unormowań prawa polskiego.

1. Ochrona rodziny jako całości

1.1. Realizacja postanowień Europejskiej Karty Społecznej przez Polskę

Polska odnośnie do realizacji wskazanego art. 16 Karty w roku 2014 złożyła Sprawozdanie za lata 2010–2013³. Omówienie troski o rodzinę zostało zrelacjonowane w odniesieniu do następujących faktów: ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej⁴, świadczenia rodzinne, przeciwdziałanie przemocy w rodzinie, polityka mieszkaniowa, eksmisje, funkcjonowanie przedszkoli i żłobków, instytucje poradnictwa rodzinnego, mediacje rodzinne, wsparcie ekonomiczne rodzin znajdujących się w szczególnie trudnej sytuacji, narodowy program stypendialny, udział organizacji reprezentujących rodziny w wypracowaniu polityki rodzinnej⁵.

³ Sprawozdanie przedstawiane przez Rząd Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z postanowieniami artykułu 21 Europejskiej Karty Społecznej, sporządzonej w Turynie 18 października 1961 roku, z działań podjętych w celu wprowadzenia w życie następujących postanowień Europejskiej Karty Społecznej: artykuły 7, 8, 16, 17, 19 w latach 2010–2013 oraz artykuły: 3, 11, 12, 13, 14 (w razie konkluzji negatywnej ze względu na brak informacji w poprzednim sprawozdaniu dotyczącym ich realizacji), s. 34–51, <http://www.mpips.gov.pl/spoleczne-prawa-czlowieka—niowa/rada-europy—europejski-system-ochrony-praw-czlowieka/europejska-karta-spoleczna/sprawozdania-i-linki-do-konkluzji/sprawozdanie-xiv/> (dostęp: 19.07.2015 r.).

⁴ Dz. U. z 2011 r., Nr 149, poz. 887; zob. K. Trynieszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, LexisNexis 2012. Wskazana ustawa wprowadziła instytucję asystenta rodziny, o którym zob. m.in. I. Krasiejko, *Metodyka działania asystenta rodziny. Różne modele pracy socjalnej i terapeutycznej z rodziną*, Katowice 2012; A. Świdarska, *Asystent rodziny – współczesna forma pomocy rodzinie*, Łódź 2013; *Asystent rodziny – nowy zawód i nowa usługa w systemie wspierania rodzin. Od opieki do wsparcia*, red. A. Żukiewicz, Kraków 2011.

⁵ Kwestie wsparcia rodziny szeroko są omawiane w literaturze. Obok przywołanej wcześniej ustawy normującej całościowo wsparcie rodziny, choć niepozbawionej mankamentów, o czym pisze m.in. K. Trynieszewska w swoim komentarzu do ustawy z 2012 (por. przypis 4), o wsparciu rodziny dyskutuje się w prawie karnym (por. przypis 9), w prawie finansowym np.: M. Rekas, *Wsparcie rodziny w podatku dochodowym od osób fizycznych (PIT) w Polsce w latach 1992–2013*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 1 (2014), s. 440–453; A. Dyoniak, *Wspólne opodatkowanie członków rodziny a konstytucyjna zasada ochrony rodziny*, „Państwo i Prawo” 9 (1994), s. 80–85; C. Rudzka-Lorenz, *Rodzina w systemie finansów publicznych*, „Samorząd Terytorialny” 11 (1996), s. 24–34. Wsparcie rodziny jest także jednym z zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego, zob. K. Wlazlak, *Programy jednostek samorządu terytorialnego w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie*, „Samorząd Terytorialny” 9 (2011), s. 40–52; M. Zmeły, *Zadania*

W omawianym zakresie jedynie niektóre ze wskazanych wyżej przedsięwzięć zostały zrealizowane przy użyciu środków społecznego przekazu. W środkach tych skupiono się (biorąc pod uwagę ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie⁶) na realizowanym w latach 2009–2010 programie przeciwdziałania przemocy w rodzinie. Interesujące nas zagadnienie poruszały spoty telewizyjne emitowane w TVP i TVN. W 2013 r. w ramach omawianej kampanii opracowano broszurę pt. *Karta informacyjna dla osoby stosującej przemoc w rodzinie*. Zawierała ona pouczenie dla stosującego przemoc oraz informację dotyczącą podmiotów realizujących programy oddziaływań korekcyjno-edukacyjnych dla osób stosujących przemoc. Spoty telewizyjne, ulotki, plakaty, billboardy oraz informacje prasowe miały za zadanie podnosić świadomość społeczeństwa w tej sprawie. Do akcji włączyło się także Ministerstwo Sprawiedliwości, które przygotowało akcję informacyjną dla pokrzywdzonych przestępstwem, w tym przemocą w rodzinie, zamieszczając szereg informacji na stronach www.ms.gov.plwww.pokrzywdzeni.gov.plwww.pomocofiarom.ms.gov.pl. Innym przedsięwzięciem, ogłaszanym w środkach masowego przekazu, było informowanie o mediacjach rodzinnych. Informowano o możliwościach skorzystania z nich w sposób nieodpłatny w niektórych placówkach publicznych, np. Miejskich Ośrodkach Pomocy Społecznej, jak i pozarządowych. Przepisy regulujące mediację zostały wprowadzone ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego⁷. Zgodnie z nią możliwe stało się kierowanie spraw do mediacji w ramach postępowań przed sądami rodzinnymi. Jak wskazywano w Sprawozdaniu, przedmiotem mediacji rodzinnej może być pojednanie małżonków, zaspokojenie potrzeb rodziny, alimenty, sposoby sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwodzie, kontakty z dziećmi, sprawy majątkowe między małżonkami, sporządzenie planu wychowawczego⁸. Przedsięwzięciem o nastawieniu zdecydowanie bardziej pozytywnym była kampania informacyjna o realizowa-

samorządu terytorialnego z zakresu rodziny i systemu pieczy zastępczej, „Samorząd Terytorialny” 9(2014), s. 76–86.

⁶ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, Dz. U. z 2005 r., Nr 180, poz. 1493.

⁷ Zmianę tę negatywnie ocenił M. Andrzejewski, wskazując, że wcześniejsze posiedzenie pojednawcze, jakie sąd rozwodowy miał obowiązek przeprowadzić było lepszym rozstrzygnięciem, ponieważ teoretycznie gwarantowało „poważne zajęcie się sprawą przez sąd”. Zob. M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2010, s. 115–116.

⁸ Zagadnienie mediacji rodzinnych jest szeroko komentowane w literaturze. Oprócz kwestii przemocy w rodzinie, odnosi się do wielu innych dziedzin życia małżeńskiego i rodzinnego. Ministerstwo Sprawiedliwości przykładą szczególną wagę do zagadnień ADR. Uznano, że podniesienie poziomu wiedzy o alternatywnych metodach rozwiązywania konfliktów i sporów, w szczególności mediacji, możliwe jest poprzez działania o dwojakim charakterze: poprzez kampanie społeczne o charakterze informacyjno-edukacyjnym oraz szkolenia z zakresu ADR. Innym projektem jest Tydzień Mediacji. Stanowi on inicjatywę Ministerstwa Sprawiedliwości organizowaną w związku z Międzynarodowym Dniem Mediacji, który od 2005 r. obchodzony jest na świecie w każdy trzeci czwartek października. Zob. np.: A. Gójska, *Mediacja w sprawach rodzinnych*, Warszawa 2011; *Przyszłość mediacji w polskim systemie prawa*, red. T. Rakoczy, Lublin 2014.

nym do 2012 r. projekcie „Ogólnopolska kampania upowszechniająca uczenie się przez całe życie”. Działania w tym zakresie były prowadzone także za pośrednictwem telewizji, radia, prasy codziennej, wydawnictw specjalistycznych i Internetu.

Jak wynika z analizy poprzedniego Sprawozdania, obejmującego lata 2005–2009, jakie Polska złożyła w roku 2010, ochrona rodziny w środkach społecznego przekazu była realizowana podobnie. Sprawozdanie z realizacji omawianego art. 16 oparto na analizie następujących zagadnień: świadczenia pieniężne, mieszkania, wyżywienie, wsparcie rodziny w opiece nad dziećmi (w tym przedszkola i żłobki), wychowanie przedszkolne, edukacja 6-latków, instytucja mediacji, ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, ulgi podatkowe związane z wychowaniem i edukacją dzieci⁹. Także i wówczas, środki społecznego przekazu zasadniczo ograniczały się do omówienia realizacji ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Na jej podstawie został opracowany Krajowy Program Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie, uchwalony przez Radę Ministrów 25 września 2006 r.¹⁰ Program miał formę kampanii społecznej, rozpisanej na trzy stopnie: „Kocham – nie biję”; „Kocham – reaguję” oraz „Dobry Rodzic”. W ramach kampanii prezentowane były spoty w telewizji i radio, wykorzystano także stronę internetową Krajowego Centrum Kompetencji. Ponadto na stronie internetowej Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej umieszczono wzory materiałów dla samorządów. W pierwszym stopniu, w spotach telewizyjnych brały udział znane postaci pokazujące, jak należy „właściwie dbać o dziecko”. Cel kampanii został ukazany nie tylko od strony negatywnej, ale i pozytywnej – promowania właściwych postaw. Nie chodziło więc jedynie o ograniczenie przemocy w rodzinie, jak sugerowałaby nazwa ustawy, ale także o przygotowanie młodego pokolenia do pełnienia odpowiedzialnych ról w rodzinie.

1.2. Integracja grup społecznych w rodzinie

Rada Europy, co często podkreśla w założeniach swoich Rekomendacji, ma u swoich podstaw osiągnięcie większej jedności swoich członków, w celu

⁹ Sprawozdanie przedstawione przez Rząd RP zgodnie z postanowieniami art. 21 Europejskiej Karty Społecznej sporządzonej w Turynie 18 października 1961 r., z działań podjętych celem wprowadzenia w życie następujących postanowień Europejskiej Karty Społecznej: art. 7, 8 i 17 w latach 2003–2009, art. 16 i 19 w latach 2005–2009, s. 48, <http://www.mpips.gov.pl/spoleczne-prawa-czlowieka—niowa/rada-europy—europejski-system-ochrony-praw-czlowieka/europejska-karta-spoleczna/sprawozdania-i-linki-do-konkluzji/sprawozdanie-x-2010/> (dostęp: 19.07.2015 r.).

¹⁰ Problematyka przemocy w rodzinie stała się tematem licznych publikacji, zob. m.in. E. Bienkowska, *Europejski Trybunał Sprawiedliwości o mediacji w sprawach przemocy w rodzinie*, „Prokuratura i Prawo” (dalej: PiP) 4 (2012), s. 65–72; M. Lewoc, *Zadania prokuratury w nowym Krajowym Programie Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie na lata 2014–2020*, PiP 11 (2014), s. 112–128; A. Sitarzka, *Przemoc w rodzinie a mediacja*, PiP 1 (2006), s. 56–74; S. Spurek, *Izolacja sprawcy przemocy w rodzinie od ofiary*, PiP 7-8 (2013), s. 147–156.

promocji idei i zasad, będących ich wspólnym dziedzictwem¹¹. Państwa członkowskie zostały zachęcane do stymulowania działalności mediów publicznych w kierunku integracji rozmaitych grup i środowisk. Wśród nich mowa jest także o jedności grup społecznych i pokoleń.¹² Wartość jednoczenia pokoleń wskazuje się także w odniesieniu do tworzenia mediów trzeciego sektora¹³. Choć nie zostało to powiedziane wprost, do takich grup można zaliczyć m.in. rodzinę, jaką przecież tworzą pokolenia. W szczególności wskazuje się na integrowanie pokoleń: młodzieży z osobami starszymi czy też z innymi grupami wiekowymi. Wskazuje się także na konieczność uwzględnienia osób upośledzonych¹⁴.

Obok wskazanej integracji, media publiczne zostały wezwane do respektowania odrębnych potrzeb każdej z grup,¹⁵ zwłaszcza zapewniając młodszymi możliwością korzystania z aktywnych form komunikowania. Prawem każdego ze środowisk społecznych jest wyrażenie swojej postawy i wzajemna wymiana idei. Wśród różnych grup Deklaracja, obok grup kulturowych, językowych etnicznych, religijnych i innych mniejszości, wskazuje także grupy pokoleniowe. Wśród podmiotów wskazanych w Deklaracji, które zachęca się do włączenia w dialog kulturowy, wymienia się także organizacje rodziców, a oprócz nich jednostki edukacyjne, media profesjonalne, organizacje pozarządowe itd¹⁶.

2. Ochrona rodziny w poszczególnych jej grupach

Rada Europy wydała cały szereg Zaleceń odnoszących się do środków społecznego przekazu, w których wylicza się poszczególnych członków życia rodzinnego. Wśród wskazanych Zaleceń na plan pierwszy wysuwają się dwa z nich, przyjęte w dniu 31 stycznia 2007 r.: dotyczące misji mediów publicz-

¹¹ Zalecenie Rec(2007)2 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie pluralizmu w mediach i zróżnicowania zawartości programowej, wstęp, <http://www.krrit.gov.pl/regulacje-prawne/rada-europy/> (dostęp: 19.07.2015 r.).

¹² Zalecenie CM/Rec(2007)3 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie misji mediów publicznych w społeczeństwie informacyjnym, pkt II a. b, <http://www.krrit.gov.pl/regulacje-prawne/rada-europy/> (dostęp: 19.07.2015 r.).

¹³ Declaration of the Committee of Ministers on the role of community media in promoting social cohesion and intercultural dialogue, wstęp, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/CM_texts_en.pdf (dostęp: 19.07.2015 r.).

¹⁴ Na temat roli mediów trzeciego sektora i ich jednoczącej wartości zob. T. Rakoczy, *Rola mediów trzeciego sektora*, [w:] *Reddite ergo quae sunt Caesaris Caesari et quae sunt Dei Deo. Księga Jubileuszowa dedykowana Księdzu Profesorowi Józefowi Krukowskiemu z okazji 50-lecia pracy naukowej*, red. M. Sitarz, P. Stanisław, H. Stawniak, Lublin 2014, s. 797–805.

¹⁵ Zalecenie Rec(2007)2 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie pluralizmu w mediach..., pkt. 3.2.

¹⁶ Declaration of the Committee of Ministers on the role of community media..., wstęp.

nych w społeczeństwie informacyjnym¹⁷ oraz w sprawie pluralizmu w mediach i zróżnicowania zawartości programowej¹⁸.

2.1. Dzieci i młodzież jako adresaci filmów

Rada Europy wychodzi z założenia, że film i telewizja w XX w. odgrywają istotną rolę w przekazie kulturalnym na świecie. Z tego założenia wyprowadza się trzy wnioski. Po pierwsze, dzieci i młodzież stanowią odrębną grupę odbiorców treści emitowanych przez te rodzaje mediów. Po drugie, władze publiczne zbyt mało uwagi przywiązują do ochrony dzieci i młodzieży, a sektor komercyjny w niewielkim stopniu odpowiada potrzebom młodych ludzi i ich zainteresowaniom. Po trzecie, Rada uznaje, że dostarczenie przekazu kinowego dla młodzieży jawi się jako ważne dla tej grupy odbiorców, niosąc za sobą cały szereg wymiernych społecznie korzyści¹⁹.

Kierując się wskazanymi spostrzeżeniami, Rada Europy postuluje, aby państwa członkowskie m.in.: promowały bliską współpracę między przemysłem filmowym i systemem edukacyjnym, wprowadziły wszystkie praktyczne środki do promowania sub-titlingu oraz dubbingu ze szczególnym uwzględnieniem potrzeb młodzieży; zachęciły do promowania wsparcia finansowego oraz korzyści podatkowych celem szerszego umożliwienia korzystania z filmów i telewizji; propagowały istniejące już w innych państwach edukację kinową i medialną w szkołach i innych instytucjach; dążyły do ustanowienia zasad współpracy między szkołami filmowymi, centrami ćwiczeń języka obcego i dźwięku; rozwijały badania nad rodzajem filmu, który stanowić może przedmiot zainteresowania młodzieży i ich potrzeb rozwojowych; inicjowały studia odnoszące się do wszystkich aspektów kina (np. produkcja, dystrybucja i finansowanie filmów dla młodzieży); podjęły prace nad specyfiką kina młodzieżowego, włączając kluby filmowe, videoteki, festiwale, kolokwia i seminaria oraz szczególne projekty, które promują udział młodzieży i kształtują ich uczestnictwo; zachęcały do tworzenia katalogów lub banku danych istniejących filmów, jakie służyłyby pomocą młodym ludziom²⁰.

¹⁷ Zalecenie CM/Rec(2007)3 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie misji mediów publicznych ...

¹⁸ Zalecenie Rec(2007)2 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie pluralizmu w mediach ...

¹⁹ Recommendation No. R (90) 10 of the Committee of Ministers to memberStates on cinema for children and adolescents, adopted by the Committee of Ministers on 19 April 1990, p. 1–14, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/CM_texts_en.pdf (dostęp: 19.07.2015 r.).

²⁰ Recommendation No. R (90) 10 of the Committee of Ministers to memberStates on cinema for children...

2.2. Przeciwdziałanie przestępczości

Obok wskazania pozytywnego wpływu mediów na dzieci i młodzież i konieczności jego rozwijania, Rada Europy odnotowuje zauważalny wpływ negatywny. Stał się on przedmiotem Rezolucji „The press and protection of youth”²¹. Jak wskazuje się we wstępie tego dokumentu (z 1967 r.), problem przestępczości wśród młodocianych wzrasta od zakończenia II wojny światowej. Rada Europy w pełni zaaprobowała inicjatywę podjętą przez Europejską Komisję do spraw Przestępczości, która zajmowała się wpływem prasy, kina, radia i telewizji na młodocianych. Pierwszy z raportów tej Komisji dotyczył właśnie wpływu wywieranego przez prasę, która zajmowała znaczące miejsce w ówczesnym społeczeństwie. Rezolucja zgłosiła potrzebę przygotowania bardziej szczegółowego studium problemu dotyczącego wpływu prasy na zachowanie dzieci i młodzieży oraz wezwała prasę do podjęcia funkcji edukacyjnej. Ponadto, Rezolucja zaapelowała do wykorzenia zgubnego wpływu, jaki mogą zawierać pewne rodzaje literatury. Rada Europy zarekomendowała, aby raport „The press and the protection of youth” został szeroko rozpropagowany wśród wydawców, organizacji prasowych i w ogóle sferze publicznej państw członkowskich. Postulowano, aby zostały przebadane warunki produkcji i sprzedaży publikacji skierowanej do młodzieży. Zalecano przeprowadzenie serii badań odnośnie do sposobu i środków ochrony młodocianych, włączając w to także ograniczenie dystrybucji prasy. Zwrócono uwagę, aby osoby odpowiedzialne za publikację literatury młodzieżowej były bardziej świadome obowiązku przestrzegania właściwych standardów edukacyjnych.

Ponad 40 lat później Rada Europy – w Rekomendacji z 2009 r. – doszła do wniosków znacznie bardziej niepokojących. Stwierdziła mianowicie, że rozwój nowych technik komunikacji doprowadził do powstania próżni w środkach ochrony dzieci przed szkodliwymi treściami. We wskazanej Rekomendacji wskazuje się, że o ile zdecydowanie łatwiej jest chronić dzieci przed zagrożeniami w świecie realnym, o tyle ta sama ochrona jest trudniejsza w świecie wirtualnym. Poza tym, z ochroną w świecie wirtualnym wiąże się konflikt dwóch praw. Mianowicie, każde ograniczenie dostępu do treści wiąże się z ograniczeniem prawa wolności wypowiedzi, które zostało zagwarantowane w art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Z jednej więc strony Rada Europy i państwa członkowskie mają za zadanie chronić prawo wypowiedzi, ale z drugiej mają za zadanie, a nawet obowiązek, chronić dzieci przed nieodpowiednimi treściami²².

²¹ Resolution (67) 13 The press and protection of youth, Adopted by the Ministers' Deputies on 29th June 1967, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/CM_texts_en.pdf (dostęp: 19.07.2015 r.).

²² Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment, Adopted by the Committee of Ministers on 8 July 2009, pkt 7, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/CM_texts_en.pdf (dostęp: 19.07.2015 r.).

2.3. Przewidywane środki ochrony dzieci

Za pierwszorzędne zadanie Rada Europy uznaje edukację medialną, rodziców i wychowawców w ochronie dzieci przed szkodami, jakie może wyrządzić im niewłaściwe korzystanie z internetu i Informacji i Komunikacji Technologicznych (Internet and Information and Communication Technologies – ICTs). Rodzice i wychowawcy zostali nazwani „kluczowym elementem” w ochronie dzieci przeciwko omawianym zagrożeniom²³. Tym samym więc (pośrednio) uznano niezaprzeczalny wpływ środowiska rodzinnego na wychowanie młodego pokolenia. Jako pomoc drugorzędną wskazuje się istniejące już i sugerowane do wdrożenia przez państwa członkowskie pomoce. Pozostają one w gestii rodziców i wychowawców, którzy mogą z nich korzystać. Jako istotne przykłady takich pomocy Rekomendacja z 2009 r. wskazała bezpieczne strony (walled gardens), grę online *Through the Wild Web Woods* oraz podręcznik Rady Europy: *The internet literacy handbook*²⁴.

Rada Europy zachęca państwa członkowskie do podejmowania starań w dziedzinie ochrony dzieci przez podjęcie następujących kroków: tworzenie pewnych i bezpiecznych stron dla dzieci (safe and secure websites); rozwój profesjonalnych standardów dla utrzymania ww. stron i portali, łącznie z podlinkowaniem do innych stron; podnoszenie świadomości odnośnie do istnienia stron i portali adresowanych do dzieci, zwłaszcza wśród rodziców, wychowawców, dystrybutorów treści i ich stowarzyszeń; propagowanie w szkołach oraz materiałach edukacyjnych wiadomości o bezpiecznych i pewnych stronach²⁵. Podobną kwestią, wykraczającą jednakże poza ramy niniejszego artykułu, jest zobowiązanie państw członkowskich do podjęcia współpracy w dziedzinie ścigania pornografii dziecięcej w internecie²⁶.

2.4. Kształtowanie u dzieci umiejętności posługiwania się środkami przekazu

Obok mechanizmów chroniących dzieci przed dostępem do niewłaściwych treści, Rada Europy zachęca państwa członkowskie do kształtowania u dzieci umiejętności korzystania ze środków przekazu. Wychodzi się z założenia, że nie jest możliwe, aby wyeliminować całkowicie niebezpieczeństwo

²³ Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to protect children..., pkt 15.

²⁴ Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to protect children ..., pkt 8.

²⁵ Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to protect children ..., pkt 9.

²⁶ Zagadnienie pornografii dziecięcej zostało poruszone w Europejskiej Konwencji o cyber przestępczości sporządzonej w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001, Dz. U. z 2015 r., poz. 728. Państwa członkowskie zostały w niej zachęczone do uznania za przestępstwa czynów zabronionych o wskazanych w Konwencji stypizowanych cechach oraz zapewnienia ich ścigania.

wystawienia małoletnich na szkody wynikające z korzystania z internetu i że to rodzice i wychowawcy mają chronić dzieci przed niebezpieczeństwami, płynącymi ze środków przekazu. Państwa członkowskie zostały zachęczone do promowania wśród dzieci i młodzieży, rodziców i wychowawców edukacji medialnej, aby przygotować ich na możliwe spotkanie z treściami zagrażającymi ich bezpieczeństwu. Sugeruje się, aby odbywało się to przez: podnoszenie świadomości i rozwój postawy krytycznej wobec zarówno korzyści, jak i ryzyka ponoszonego przez dzieci korzystające w sposób wolny z internetu i ICTs; wykorzystanie zajęć szkolnych, łącznie z praktycznymi ćwiczeniami posługiwania się internetem i ICTs; wszelkiego rodzaju akcją informacyjną skierowaną do dzieci, rodziców i młodzieży o bezpiecznych i pewnych przestrzeniach w internecie oraz oznaczenie treści internetowych; popieranie wiedzy i umiejętności praktycznych o prawach człowieka i zastosowaniu systemu oznaczeń treści, a także ukazanie ich potencjalnego wpływu na wolność wypowiedzi. Celem takich zabiegów miałyby być kształtowanie właściwych postaw dzieci jako samodzielnych użytkowników środków przekazu²⁷.

2.5. Ochrona dzieci przed autozagrożeniem

Dzieci, obok niebezpieczeństwa doznawania szkody ze strony innych, także same mogą wyrządzić sobie szkodę. Ta znana prawidłowość może mieć, niestety, zastosowanie także w posługiwaniu się środkami społecznego przekazu, a zwłaszcza internetu. Rada Europy zauważa, że obecnie posługiwanie się internetem stanowi także dla dzieci ważne narzędzie ich codziennej aktywności, jak: komunikacja, pozyskiwanie i przekazywanie informacji, rozwój wiedzy i edukacji. Stąd nierzadko zdarza się, że dzieci zamieszczają w internecie treści, jakie w momencie ich publikacji, jak i później mogą obrócić się przeciwko nim samym, a mianowicie uderzać w ich godność, bezpieczeństwo, prywatność lub w inny sposób okazać się krzywdzące. Szkody wyrządzone w wieku dziecięcym, mogą rzutować na nich także w wieku dorosłym, gdyż raz zamieszczonych w internecie treści nie da się już wykasować. Co więcej, umieszczone przed laty treści mogą się stać narzędziem szantażu ze strony innych, godząc w dobro już dorosłych osób. Tę kwestię zauważyła Rada Europy i zwróciła się do państw członkowskich o rozważenie uruchomienia mechanizmów, dzięki którym można by usuwać niepożądane treści, łącznie z ich linkami. Stosowne działania powinny zostać podjęte zarówno na polu współpracy między państwami członkowskimi, jak i we współpracy z innymi stosownymi podmiotami. Podkreśla się, że takie działania należy podjąć w rozsądnie krótkim czasie. Rada Europy zaznacza, że

²⁷ Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to protect children ..., pkt 15.

podjęcie takich działań musi jednak pozostać w uzgodnieniu z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, stanowiącym o poszanowaniu prawa do korespondencji i prywatności²⁸.

3. Ochrona rodziny w prawie polskim

3.1. Misja publiczna i jej wskazania

Polska ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji²⁹ zawiera definicję misji publicznej, wprowadzoną nowelizacją ustawy z 2 kwietnia 2004 r.³⁰, a także wskazuje na zadania wynikające z jej realizacji. Wynika z nich, że publiczna radiofonia i telewizja jest zobowiązana do oferowania całemu społeczeństwu i poszczególnym jego częściom zróżnicowanych programów i innych usług w zakresie informacji, publicystyki, kultury, rozrywki, edukacji i sportu, cechujących się pluralizmem, bezstronnością, wyważeniem i niezależnością oraz innowacyjnością, wysoką jakością i integralnością przekazu³¹.

Ust. 2 art. 21 wskazuje na powinności mediów publicznych, a więc – jak uważa K. Wojciechowski – „najważniejsze standardy, jakie powinny cechować działalność programową”³². Wśród nich w nr 7 znajduje się „służba umacnianiu rodziny”. To zadanie, według przywołanego autora, winno zawierać się np. w propagowaniu audycji rodzinnych, prezentowaniu wartości odpowiedzialnego rodzicielstwa, ukazywaniu znaczenia więzów rodzinnych, roli osób starszych, promowaniu postaw wychowawczych³³.

Inną ważną powinnością polskich nadawców publicznych jest także, według nr 10 tego samego artykułu, „służba edukacji medialnej”.

3.2. Plany programowe, zawierające pasmo edukacyjne i programy dla młodzieży

Nasuwa się pytanie, czy nadawcy publiczni, których wiąże przywołana misja publiczna, realizują ustawowy postulat umacniania rodziny i nadają

²⁸ Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and children on the internet, adopted by the Committee of Ministers on 20 February 2008, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/CM_texts_en.pdf (dostęp: 19.07.2015 r.)

²⁹ Dz. U. z 1993 r., Nr 7, poz. 34.

³⁰ Dz. U. z 2004 r., Nr 91, poz. 874. Zob. też K. Wojciechowski, *Publiczna radiofonia i telewizja*, [w:] S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 269.

³¹ Art. 21. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, zob. T. Rakoczy, *Misja radiofonii i telewizji jako gwarancja wielokulturowości funkcjonowania środków społecznego przekazu*, [w:] *Idea wielokulturowości jako wyzwanie*, red. H. Czakowska, M. Kuciński, Bydgoszcz 2015, s. 151–165.

³² K. Wojciechowski, *Publiczna radiofonia...*, s. 269.

³³ *Ibidem*, s. 288.

audycje adresowane do rodzin lub przynajmniej do poszczególnych jej grup: dzieci, młodzieży, rodziców, osób starszych? Na to pytanie warto odpowiedzieć, analizując plany finansowo-programowe spółek publicznych polskiej radiofonii i telewizji na rok 2016, ogłoszonych (zgodnie z wymaganiami Rozporządzenia KRRiT z 27 kwietnia 2011 r.³⁴) do konsultacji publicznych przez KRRiT. Jak wynika z ich analizy³⁵, wskazani nadawcy wyróżniają w swoich planach pasma, w których umieszczają szczegółowe kategorie odbiorców. Są nimi: pasmo informacyjne, publicystyczne, kulturalne, edukacyjne, sportowe, rozrywkowe, ogłoszenia i reklamy. W tematyce umacniania rodziny, jaka stanowi jeden z wyróżników misji publicznej, taka kategoria, niestety, nigdzie bezpośrednio nie została wyszczególniona. Można jedynie odnaleźć audycje adresowane do grup konstytuujących rodziny, jakimi są dzieci i młodzież. TVP w programach I i II wyszczególnia w paśmie edukacyjnym kategorię: „audycje służące intelektualnemu, estetycznemu i społecznemu rozwojowi dzieci i młodzieży, adresowane szczególnie do tej kategorii odbiorców”. Na rok 2016 w programie I TVP nie przewidziano żadnych audycji w tej kategorii, natomiast w programie II przewiduje się jedną audycję pt. „Familijna Dwójka”, o czasie emisji od 20 do 90 minut, raz w tygodniu. Drugą kategorię stanowią w paśmie sportu „audycje poświęcone aktywnemu wypoczynkowi i sportowi powszechnemu oraz popularyzujące sport wśród dzieci i młodzieży”. Zostały zaplanowane trzy audycje tego rodzaju, o czasie emisji 15, 12 i 12 minut, transmitowane w skali roku odpowiednio 45, 24 i 8 razy. Taki rodzaj audycji został przewidziany w programie I TVP, o każdorazowym czasie emisji 15 minut, 24 razy w roku. Na uwagę zasługują także poszczególne audycje w TVP I, w paśmie publicystycznym: Spotkania młodych – Lednica (jeden raz w roku, 30 minut) oraz transmisja ze Świątowych Dni Młodzieży (jeden raz w roku, 90 minut). Tego rodzaju audycji nie przewiduje się natomiast w programie II TVP.

W TVP ABC na 2016 rok została wyszczególniona kategoria: „inne audycje adresowane do dzieci i ich rodziców”. Przewiduje się w niej trzy rodzaje audycji, a mianowicie: audycje oprawowe, o czasie emisji od 5 sekund do 2 minut, 50 razy w tygodniu; spoty społeczne, o czasie emisji 30 sekund, 7 razy w tygodniu, a także teledyski, o czasie emisji od 2 do 3 minut, 21 razy w tygodniu. Poza wskazanymi przekazami nie ma istotnych audycji zaplanowanych do rodzin jako takich. Można jednakże wyliczyć szereg audycji adresowanych do dzieci, młodzieży oraz ich rodziców, co odpowiada charakterowi tej rozgłośni. Przykładowo można wskazać: „Lubię to” – wspólne przygotowy-

³⁴ Rozporządzenie KRRiT z dnia 27 kwietnia 2011 r. w sprawie terminów przedkładania oraz zakresu planów finansowo-programowych przedsięwzięć w zakresie realizacji misji publicznej opracowywanych przez jednostki publicznej radiofonii i telewizji, Dz. U. Nr 99, poz. 580 i Nr 222, poz. 1331.

³⁵ <http://www.krrit.gov.pl/regulacje-prawne/konsultacje-krrit/news,1867,konsultacje-planow-finansowo-programowych-na-2016-rok-spolek-mediow-publicznych.html> (dostęp: 30.04.2015 r.).

wanie posiłków przez dzieci i rodziców, „Pobaw się ze mną” – audycję poruszającą ważne tematy, dotyczące wychowania i wspólnego spędzania czasu przez dzieci i rodziców, spektakl „Walizka” – omawiający od strony psychologicznej dziecięcą potrzebę szacunku, zrozumienia ze strony dorosłych, a także kruchość więzi emocjonalnych. Innymi audycjami wartymi uwagi są: „Sięgnij po medal” – audycja, w której gwiazdy sportu zachęcają dzieci i młodzież do uprawiania sportów zimowych, mówią o dyscyplinach, o pracy, jaką trzeba włożyć, aby zwyciężyć i o radości, która płynie z przekraczania granic własnych możliwości; „Ziarno” – katolicki program dla uczniów szkoły podstawowej i ich rodziców; „Miniatury muzyczne” – animowane filmy do muzyki poważnej, służące prezentowaniu muzyki Mozarta, Vivaldiego, Bizeta, Chopina, a więc innej niż ta, jakiej dzieci i młodzież słuchają na co dzień.

Udział audycji umacniających rodzinę jest więc niewielki, a ponadto nie ma ich w ogóle wśród programów takich spółek jak: TVP Kultura, TVP Historia, TVP Info, TVP Rozrywka, a które (jak należałoby się spodziewać) powinny zadbać o tego rodzaju programy.

3.3. Zakaz emisji programów mających zły wpływ na dzieci i młodzież

Rada Europy w Konwencji o Telewizji Ponadgranicznej zakazała emitowania treści, stwarzających niebezpieczeństwo powstania zaburzenia fizycznego, umysłowego lub moralnego rozwoju dzieci i młodzieży, nazywając je ogólnie „jakimikolwiek częściami składowymi usług programowych”³⁶. Zakaz umieszczania takich treści został uzależniony od czasu transmisji – pory dnia, w jakiej dzieci i młodzież zwykle oglądają telewizję, ale także od innego, bliżej nieoznaczonego czynnika, powodującego realne niebezpieczeństwo ich odbioru. Warto podkreślić fakt, że zakazem zostały objęte treści potencjalnie mogące mieć destrukcyjny wpływ na dzieci i młodzież oraz że przedmiotowa norma nie ogranicza się jedynie do wskazania granic czasowych pory dnia, po upływie których nadawcy mogliby poczuć się usprawiedliwieni emitowaniem niedozwolonych treści. Konwencja nakazuje więc zachowanie szczególnej ostrożności. Tak zacieśniona norma prawna, choć jest wyrazem troski autora Konwencji, w praktyce może okazać się niewykonalna. Dzieci i młodzież, zważywszy na przekraczanie stref czasowych przez telewizję, potencjalnie mogą być nieustannie odbiorcami treści, które mogą im szkodzić.

Kontynuacją powyższej myśli jest zachęta państw członkowskich do opracowania ogólnoeuropejskiego systemu oznaczania programów. Ten zamiar był jednym z elementów Rekomendacji, dotyczącej ochrony dzieci przed szkodliwymi treściami w internecie, jak i promowania ich aktywnej działal-

³⁶ Art. 7 ust. 2. Europejskiej Konwencji o Telewizji Ponadgranicznej sporządzonej w Strasburgu dnia 5 maja 1989, Dz. U. z 1995 r., Nr 32, poz. 160.

ności w środowisku informacyjnym³⁷. Przesłankami, jakie motywowały Radę Europy do tego kroku były m.in.: wskazanie korzystnych treści dla różnych grup wiekowych; rozwój zasad, służących oszacowaniu treści dla odpowiednich grup wiekowych, z uwzględnieniem różnych tradycji państw członkowskich; podnoszenie świadomości wśród rodziców i wychowawców na temat korzyści z oznaczenia treści, ułatwiających dostęp do bezpiecznych i pewnych przestrzeni dla dzieci.

Polska w ustawie o radiofonii i telewizji odniosła się do tych wskazań, normując zakaz emitowania programów o wskazanych treściach³⁸, obowiązek nadawców do oznaczenia programów³⁹, a następnie w Rozporządzeniu z dnia 23 czerwca 2005 r., znowelizowanym w 2011 r.⁴⁰, opracowując system znaków graficznych, emitowanych równolegle i przez cały czas trwania programu, w rogu ekranu, a informujących, dla jakich grup wiekowych program jest przeznaczony (bez ograniczenia wieku, dla małoletnich od lat 7, dla małoletnich od lat 12, dla małoletnich od lat 16, dozwolone od lat 18). Jednocześnie wskazane Rozporządzenie, w załączniku nr 3 charakteryzuje poszczególne kategorie wiekowe i opisuje audycje lub inne przekazy z punktu widzenia czterech elementów, ważnych dla rozwoju małoletnich: prezentowanej wizji świata; ocen moralnych; wywoływanych emocji; wzorów zachowań. Tym samym zawiera charakterystykę osobowości poszczególnych grup

³⁷ Recommendation CM/Rec (2009)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to protect children ..., pkt. II: Encouraging the development of a pan-European trustmark and labelling systems.

³⁸ Art. 18 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji: „Zabronione jest rozpowszechnianie audycji lub innych przekazów zagrażających fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich, w szczególności zawierających treści pornograficzne lub w sposób nieuzasadniony eksponujących przemoc.

5. Audycje lub inne przekazy, zawierające sceny lub treści mogące mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich, inne niż te, o których mowa w ust. 4, mogą być rozpowszechniane wyłącznie w godzinach od 23 do 6”.

³⁹ 5a. Nadawcy są zobowiązani do oznaczania audycji lub innych przekazów, o których mowa w ust. 5, odpowiednim symbolem graficznym przez cały czas ich emisji telewizyjnej lub zapowiedzią słowną, informującą o zagrożeniach wynikających z treści emisji radiowej.

5b. Nadawcy są zobowiązani do oznaczania audycji i innych przekazów, innych niż te, o których mowa w ust. 5, z wyłączeniem serwisów informacyjnych, reklam, telesprzedaży, transmisji sportowych i przekazów tekstowych, odpowiednim symbolem graficznym przez cały czas ich emisji telewizyjnej, uwzględniając stopień szkodliwości danej audycji lub przekazu dla małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych.

6. Krajowa Rada określi, w drodze rozporządzenia: pkt 2 podział małoletnich na kategorie wiekowe oraz szczegółowe warunki kwalifikowania i rozpowszechniania audycji lub innych przekazów, o których mowa w ust. 5b, z uwzględnieniem godzin nadawania audycji lub innych przekazów przeznaczonych dla danej kategorii wiekowej. Tę decyzję KRRiT podjęła w drodze Rozporządzenia z dnia 23 czerwca 2005 r. W myśl tego Rozporządzenia programy dla małoletnich, od 16 roku życia mogą być emitowane po godz. 20³⁹.

⁴⁰ Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 23 czerwca 2005 r. w sprawie kwalifikowania audycji lub innych przekazów mogących mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich oraz audycji lub innych przekazów przeznaczonych dla danej kategorii wiekowej małoletnich, stosowania wzorów symboli graficznych i formuł zapowiedzi Dz. U. z 2011 r., Nr 155, poz. 923.

wiekowych, wskazując, jakie są jej istotne rysy i z jakimi winna się ona spotkać treściami, a jakie z nich są niewskazane. Między Rekomendacją a realizacją pomysłu przez prawo polskie zaistniała jednakże istotna rozbieżność. Rekomendacja Ministrów Rady Europy wskazywała mianowicie na pozytywne kryteria oznakowania programów, jakie miałyby motywować odbiorców do odbioru emitowanych treści. Natomiast prawo polskie, w oznaczeniu programów, kierowało się zasadniczo kryteriami negatywnymi, wskazując, jakie z nich nie powinny być oglądane przez poszczególne grupy wiekowe⁴¹.

3.4. Promowanie edukacji medialnej

Promowanie edukacji medialnej stanowi zalecenie Rady Europy z 2009 r.⁴², które zostało dopisane do katalogu powinności radiofonii i telewizji⁴³. Określenie powstało w medioznawstwie anglosaskim (ang. *media literacy*). Twórcą tego pojęcia był ksiądz katolicki John Culkin, jezuita z Kanady, żyjący w latach 60. XX w. Przez edukację medialną należy rozumieć kształtowanie umiejętności świadomego, krytycznego i selektywnego korzystania ze środków przekazu, tworzenia i nadawania przekazów medialnych. Kompetencje medialne zawierają się nie tylko w sprawnym posługiwaniu się nowymi technologiami. Polegają one na umiejętności selekcji, dokonywania krytycznej analizy i twórczego wykorzystania informacji. Bycie świadomym użytkownikiem mediów pomaga rozwiązywać problemy, podejmować decyzje, a także uczestniczyć w kulturze i życiu społecznym⁴⁴.

W zależności od nachylenia aksjologicznego edukacja medialna może być prowadzona z podkreśleniem wątków kształceniowych lub wychowawczych, które stanowią o dwóch składowych edukacji. Wybór jednej z nich może przekładać się na projektowanie różnych celów kształcenia, np. kierowanie uwagi na filtrowanie komunikatów i wybieranie „właściwych” treści (kształtowanie wartości, większy nacisk na wychowanie) lub rozwijanie umiejętności obsługi mediów z większą swobodą wyboru komunikatów i mniejszym wartościowaniem produkowanych wytworów medialnych (większy nacisk na kształcenie). Wedle polskiej definicji prof. Wacława Strykowskiego, nauka „medialnej piśmienności” jest „przygotowaniem, zwłaszcza dzieci i młodzieży, do świadomego i krytycznego odbioru mediów oraz racjonalnego posługiwania

⁴¹ Zob. T. Rakoczy, *Ochrona małoletnich w kontrolach nadawców przeprowadzonych przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji*, [w:] J. Walkusz, M. Krupa, *Universitatis servientis. Księga Pamiątkowa ku czci Księdza Profesora Stanisława Wilka SDB*, Lublin 2014, s. 907–915.

⁴² Recommendation CM/Rec (2009) 5 of the Committee of Ministers to memberstates on measures ...

⁴³ Pkt 10 ust. 2 art. 21 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 o radiofonii i telewizji w brzmieniu: „Programy i inne usługi publicznej radiofonii i telewizji powinny służyć edukacji medialnej”, został dodany ustawą z dnia 25 marca 2011 r., Dz. U. Nr 85, poz. 459.

⁴⁴ Informacja zamieszczona na infografice „Czym są kompetencje medialne?”, <https://edukacjamedialna.edu.pl/info/infografiki> (dostęp: 23.04.2015 r.).

się nimi jako narzędziami pracy, komunikowania się i uczenia”. Stąd uczenie „medialnej piśmienności” jest nie tyle dyscypliną akademicką, co kształtowaniem praktycznych kompetencji, przydatnych w codziennych kontaktach z mediami. Inicjatywa powołania organizacji zajmujących się i zmiierzających do powszechnego kształtowania kompetencji medialnych narodziła się z potrzeby samych odbiorców, głównie rodziców i nauczycieli. Przedmiotem działań ruchu *media literacy* stali się przede wszystkim najmłodszy uczestnicy kultury medialnej: dzieci i młodzież.

W Polsce edukację medialną propaguje się m.in. przez program ministerialny, zamieszczony na stronie internetowej⁴⁵. Jak z niego wynika, do istotnych elementów edukacji medialnej należą: korzystanie z informacji, relacje w środowisku medialnym, język mediów, kreatywne korzystanie z mediów, etyka i wartości, bezpieczeństwo, prawo, ekonomiczne aspekty działania mediów, mobilne bezpieczeństwo. Program edukacji medialnej w Polsce jest adresowany do dzieci i młodzieży, począwszy od nauczania przedszkolnego do szkół ponadgimnazjalnych. Jeśli chodzi o młodzież starszą, to – jak wynika ze spisu kierunku studiów zamieszczonego w bazie POL-on⁴⁶ – żadna uczelnia w Polsce nie prowadzi obecnie takiego kierunku. Wśród losowo zbadanych kierunków studiów największych uczelni w Polsce, jedynie UAM w Poznaniu prowadzi specjalność „edukacja medialna i technologie informatyczne”, w ramach studiów drugiego stopnia pedagogiki. Inne uczelnie prowadzą kierunki o zbliżonej nazwie i – jak należy wnioskować – o pośrednich efektach kształcenia, co edukacja medialna⁴⁷.

Emitowanie audycji popularyzujących edukację medialną znajduje się w przywołanych wcześniej planach finansowo-programowych spółek publicznych polskiej radiofonii i telewizji na 2016 r., ogłoszonych do konsultacji publicznych przez KRRiT⁴⁸. W programie TVP I znalazły się audycje m.in. przekazujące wiedzę o mediach elektronicznych, nowych technologiach, kształtujących umiejętności świadomego i krytycznego korzystania z treści programowych. W tej kategorii zostało zaplanowanych pięć audycji w paśmie kultura, edukacja i rozrywka, emitowanych w skali tygodnia, o łącznym czasie niespełna sześciu godzin. Natomiast w TVP II przewidziano na 2016 r.: Deklarowane audycje preferowane – siedem audycji służących edukacji medialnej, m.in.: przekazujących wiedzę o mediach elektronicznych, nowych technologiach, kształtujących umiejętność świadomego i krytycznego korzystania z treści programowych. Audycje te mają być wyemitowane od 1 do 6 razy w tygodniu, o średnim czasie emisji 45 minut.

⁴⁵ www.edukacjamedialna.edu.pl (dostęp: 19.07.2015 r.).

⁴⁶ <http://wybierzstudia.nauka.gov.pl/pages/search/wizard> (dostęp: 19.07.2015 r.). Np. UW prowadzi kierunek „dziennikarstwo i nauka o komunikowaniu” jako II stopień; nauka odbywa się w języku angielskim.

⁴⁷ Np. UW prowadzi kierunek „dziennikarstwo i nauka o komunikowaniu” jako II stopień; nauka odbywa się w języku angielskim.

⁴⁸ <http://www.krrit.gov.pl/regulacje-prawne/konsultacje-krrit/news,1867,konsultacje-planow-finansowo-programowych-na-2016-rok-spolek-mediow-publicznych.html> (dostęp: 19.07. 2015 r.).

Wnioski

Nie ulega wątpliwości, że rodzina wymaga dziś ochrony i pomocy. Temu postulatowi wychodzi naprzeciw Europejska Karta Społeczna, która zobowiązuje państwa członkowskie do popierania życia rodzinnego m.in. w sferze społecznej. Polska w 2014 r. złożyła Sprawozdanie z przestrzegania tej normy i wskazała wysiłki, jakie podejmuje w tym kierunku. Jeśli chodzi o tematykę ochrony praw rodziny, podejmowaną w środkach społecznego przekazu, to należy stwierdzić, że zakres ten był niewielki i ograniczał się głównie do realizacji ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zwalczaniu przemocy w rodzinie i to w dodatku w jej aspektach negatywnych. Szkoda, że pozostałe, ważne inicjatywy podejmowane przez Polskę nie znalazły (tak przynajmniej wynika z analizy Sprawozdania) miejsca w mediach. Obok przywołanej Karty, Rada Europy poprzez Komitet Ministrów wydała szereg Rekomendacji, odnoszących się do funkcjonowania mediów, w których porusza wiele istotnych kwestii, dotyczących jednak bardziej poszczególnych grup społecznych, tworzących rodziny, niż ich samych. W niewielkim stopniu jedna z Rekomendacji odwołuje się do integracji grup społecznych, w tym różnych grup wiekowych. Bez wątpienia zaakcentowanie konieczności łączenia interesów osób starszych, także niepełnosprawnych z interesami dzieci i młodzieży, sprzyjać będzie umacnianiu rodziny, którą tworzą przecież osoby w różnym wieku. Poza tym, Rada Europy zwraca uwagę na interes dzieci i młodzieży, widząc w mediach zarówno istotne narzędzie rozwoju ich życia, jak i płynące z mediów zagrożenia. Stąd też postuluje się, aby uczyć dzieci i młodzież właściwego posługiwania się mediami, a w tej dziedzinie niebagatelna rola przypada właśnie rodzicom i wychowawcom, którzy zostali nazwami „kluczowym elementem” ochrony dzieci. Polska, wykonując Rekomendacje Rady Europy, w swoim porządku prawnym, dotyczącym środków przekazu, uwzględni rolę rodziny i chroni dzieci i młodzież przed płynącymi z mediów zagrożeniami. Istotną kwestią w tej dziedzinie jest realizacja misji publicznej, która jest jednym z zadań nadawców publicznych. W dołączonym do niej ustawowym katalogu zadań znajduje się m.in. służyć „umacnianiu rodziny” oraz służba „edukacji medialnej”. O ile założenia są istotne i wprost odnoszą się do rodziny jako takiej, o tyle z realizacją tego postulatu jest już znacznie gorzej. Jak wynika z analizy planów finansowo-programowych na rok 2016, nadawcy publiczni jedynie w niewielkim zakresie emitować będą programy nawiązujące do problematyki życia rodzinnego. Bardziej są skłonni kierować swoje treści do poszczególnych grup społecznych, w tym zasadniczo do dzieci i młodzieży. Audycje te budzą ponadto pewne wątpliwości. Po pierwsze, liczba programów przeznaczonych dla omawianych grup jest niewielka. Po wtóre, w mniejszym stopniu zadanie to realizowane jest od strony pozytywnej. Troska nadawców bardziej skupia się na stronie negatywnej, tj. na zakazach emisji programów niestosownych, poprzez stałe oznaczanie

audycji dla określonych grup wiekowych. Tym samym system oznaczeń nie motywuje do odbioru audycji, lecz jedynie ostrzega odbiorców młodszych o programach dla nich nieodpowiednich. Taki stan rzeczy nie jest zgodny z postulowanym przez Radę Europy systemem zachęt, skierowanych do odbiorców, skłaniających ich do angażowania się w prezentowane treści. Trzeba tym samym uznać, że obowiązek ochrony dobra rodziny jest realizowany przez nadawców publicznych w sposób niedostateczny. W tym miejscu warto zabiegać *de lege ferenda* o lepszą realizację ustawowego zadania służby rodzinie.

Pewną wagę przywiązuje się w Polsce do edukacji medialnej, czyli do kierunku, który ma na celu naukę posługiwania się środkami przekazu. Edukacji tej służą programy ministerialne publikowane w internecie, skierowane do dzieci i młodzieży do wieku ponadgimnazjalnego oraz – w niewielkim stopniu – audycje nadawców publicznych. Szkoda jednak, że tak niewiele polskich uczelni wyższych prowadzi kierunek „edukacja medialna”. Jeśli nie zyskuje on popularności wśród studentów, warto – w dobie tak istotnych zagrożeń, na jakie wskazywała w swoich Rekomendacjach Rada Europy – dołączyć stosowny wykład w ramach określonych kierunków studiów, odnoszących się zwłaszcza do sfery wychowania. W ramach edukacji medialnej warto byłoby podjąć się także postulowanych przez Radę Europy badań, dotyczących pozytywnego i negatywnego wpływu mediów na dzieci i młodzież.

PROTECTION OF FAMILY IN DOCUMENTS OF COUNCIL OF EUROPE ABOUT MEANS OF SOCIAL COMMUNICATION AND ITS REGARDING TO POLISH LAW

Key words: family, Council of Europe, media, European Social Charter, polish broadcastingact

Summary

European Social Charter in its no. 16 obligates member states of Council of Europe to support family live using all known means. In the day of contemporary communication which takes place in means of social communication, it is worth asking about the level of protection of family in that field. The Committee of Ministers issued some Recommendations about media in those the problem of protection of family and its groups was touched on. How it results from legal acts Council of Europe cares more about children and youth than family itself. Media are seen more as tool of threat than tool of development. Member states are encouraged to work up mechanisms serving preventing young people. Polish broadcasting act lays down 'public mission' and its essential tasks. There is the serving of strengthening of family among them. In spite of point it direct public broadcasters realize that task in minimal level. Their programs are addressed mainly to children and youth than to family itself. The topic of programs concerns more on preventing young people from threat than creating positive attitudes. The task of 'serving of strengthen of family' is still realizing insufficiently.

Second important task according to recommendations of Council of Europe is media literacy. It takes important place in polish law system too. The aim of media literacy is helping children and youth in right using means of social communication.

JOANNA REZMER

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Prawo osoby z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa w świetle uwag końcowych oraz komentarzy ogólnych Komitetu Praw Człowieka i Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych

Słowa kluczowe: prawo do zawarcia małżeństwa, prawa osób z niepełnosprawnością, Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych, Komitet Praw Człowieka

1. Wprowadzenie

Prawo do zawarcia małżeństwa to jedno z powszechnie uznanych praw człowieka, gwarantowanych przez liczne międzynarodowe instrumenty, w których co do zasady ujmowane jest łącznie z prawem do założenia rodziny. W doktrynie bywa zatem traktowane i rozpatrywane jako element składowy prawa o szerszym zakresie przedmiotowym – prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny¹, jednak wskazuje się także, że w pewnych kontekstach uzasadnione jest dokonanie rozróżnienia pomiędzy korzystaniem z obu tych praw². Należy zaznaczyć, iż dalsze rozważania skoncentrowane zostaną wyłącznie na prawie osoby z niepełnosprawnością³ do zawar-

¹ Por. *A Guide to Human Rights. Institutions, Standards, Procedures*, red. J. Symonides, V. Volodin, Paris 2003, s. 409–410.

² T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak et al., *Prawa człowieka i ich ochrona. Podręcznik dla studentów prawa i administracji*, Toruń 2005, s. 365.

³ W literaturze dla oznaczenia omawianej grupy osób stosowane jest zarówno określenie „osoby niepełnosprawne”, jak i „osoby z niepełnosprawnością” bądź „osoby z niepełnosprawnościami”. Uznając słuszność postulatu, by rezygnować z posługiwania się sformułowaniem „osoba niepełnosprawna”, ponieważ jest ono stygmatyzujące i depersonalizujące (por np. D. Galasiński, *Osoby niepełnosprawne czy z niepełnosprawnością?*, „Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania” 2013, nr 4, s. 3–6; M. Zima-Parjaszewska, *Artykuł 12 Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce*, [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów praw człowieka*, red. D. Pudzianowska, Warszawa 2014, s. 142–143), w niniejszej pracy co do zasady używany będzie termin „osoba z niepełno-

cia małżeństwa, analizowanym w perspektywie powszechnych norm prawa międzynarodowego praw człowieka⁴ ustanowionych w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. (dalej: MPPOP lub Pakt)⁵, a przede wszystkim w przyjętej w 2006 r. Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych (dalej: KPON lub Konwencja)⁶, z uwzględnieniem ich interpretacji dokonywanej przez organy traktatowe, zwłaszcza Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych⁷.

Takie zakreszenie omawianej problematyki wiąże się z faktem, iż obecnie na stosunkowo zaawansowanym już etapie prac legislacyjnych znajduje się

sprawnością”. Wyjątek stanowią nazwy dokumentów i organów oraz cytowane fragmenty aktów prawnych, w których w oficjalnym tłumaczeniu na język polski występuje określenie „osoba niepełnosprawna”.

⁴ Na poziomie regionalnym prawo do zawarcia małżeństwa wyraźnie zapewnia europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. (por. art. 12, w świetle którego mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa), Karta Praw Podstawowych UE z 2000 r. (por. art. 9, stanowiący, iż prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw) oraz Amerykańska Konwencja Praw Człowieka z 1969 r. (por. art. 17, który w ust. 2 uznaje prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, jeśli spełniają warunki wymagane przez prawo krajowe, o ile takie warunki nie naruszają ustanowionej w Konwencji zasady niedyskryminacji). O prawie do zawarcia małżeństwa mówi także wprost art. 33 ust. 1 zrewidowanej Arabskiej Karty Praw Człowieka z 1994 r. (mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z zasadami i warunkami dotyczącymi instytucji małżeństwa) oraz par. 19 Deklaracji Praw Człowieka przyjętej w 2012 r. ramach ASEAN (mężczyźni i kobiety po osiągnięciu pełnoletności mają prawo do zawarcia małżeństwa na podstawie swojej swobodnie wyrażonej i pełnej zgody, do założenia rodziny oraz rozwiązania małżeństwa, zgodnie z przepisami prawa). Szerzej na temat międzynarodowo chronionego prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny por. T. Jasudowicz, op. cit., s. 363–372; K. Sękowska-Kozłowska, *Art. 23. Ochrona małżeństwa i rodziny*, [w:] *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 567–595; A. Zielonacki, *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław 1991, s. 295–315.

⁵ MPPOP został przyjęty 16.12.1966 r. rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 2200 A (XXI), wszedł w życie 23.03.1976 r., a dla Polski 18.06.1977 r. Tekst opublikowany w: Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁶ KPON (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*) została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucją nr 61/106 z 13.12.2006 r., weszła w życie 3.05.2008 r. i obecnie wiąże 157 stron, w tym UE (stan na 31.08.2015 r.). Konwencję uzupełnia proceduralny Protokół fakultatywny. Polska podpisała KPON już w 2007 r., natomiast dokumenty ratyfikacyjne złożyła 25.09.2012 r. Do chwili obecnej nasz kraj nie ratyfikował Protokołu fakultatywnego do Konwencji. Tekst KPON publikowany w: Dz.U. z 2012 r., poz. 1169.

⁷ Komitet (*Committee on the Rights of Persons with Disabilities*) jest organem eksperckim złożonym z 18 członków wybieranych na czteroletnią kadencję. Powierzoną mu w odniesieniu do KPON funkcję kontrolną realizuje rozpatrując sprawozdania składane przez strony Konwencji, a także (na mocy Protokołu fakultatywnego) badając skargi indywidualne oraz prowadząc postępowania wyjaśniające (*inquiry*). Szerzej na temat Komitetu i środków kontroli, z których organ ten korzysta, por. K. Sękowska-Kozłowska, *Międzynarodowy mechanizm kontrolny Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, „Studia Prawnicze” 2013, z. 2, s. 7–22.

projekt nowelizacji przepisów polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej: KRO)⁸ regulujących przeszkody małżeńskie dotyczące osób z niepełnosprawnością. Co istotne, projektowane zmiany uzasadniane są w szczególności potrzebą dostosowania krajowego ustawodawstwa do spoczywających na Polsce zobowiązań międzynarodowych, w tym zwłaszcza obowiązków wynikających z KPON⁹. Konieczność zmian dostrzeżono zresztą wyraźnie już na etapie podejmowania decyzji politycznej o ratyfikacji omawianego instrumentu, o czym świadczy treść zastrzeżenia zgłoszonego przez Polskę do art. 23 ust. 1 lit. a KPON (przepis ten mówi o prawie osoby z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny)¹⁰ oraz deklaracja interpretacyjna odnosząca się do art. 12 KPON (dotyczącego równości osób z niepełnosprawnością wobec prawa)¹¹.

W tym miejscu należy przypomnieć, że polskie prawo cywilne przewiduje instytucję ubezwłasnowolnienia (wyróżniając ubezwłasnowolnienie całkowite i częściowe), która w praktyce stosowana jest głównie w odniesieniu do osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną, a także do osób starszych dotkniętych demencją bądź cierpiących na chorobę Alzheimera¹². Jak stanowi art. 13 Kodeksu cywilnego¹³, ubezwłasnowolniona całkowicie może zostać osoba, która ukończyła trzynaście lat, jeżeli „wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem”. Konsekwencją ubezwłasnowolnienia całkowitego jest brak zdolności do czynności prawnych, a w sferze prawa rodzinnego w szczególności brak możliwości zawarcia małżeństwa, co zostało dodatkowo

⁸ Ustawa z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 583.

⁹ *Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz niektórych innych ustaw*, 16.02.2015 r., s. 2 i 20–21. Projekt ten, wskazując potrzebę i cel zmian regulacji, oprócz KPON wyraźnie nawiązuje także do dwóch dokumentów Rady Europy, które stanowią jednak źródło norm o charakterze *soft law* – Rekomendacji Komitetu Ministrów nr (99)4 z 23.02.1999 r. w sprawie zasad dotyczących ochrony prawnej dorosłych osób z niepełnosprawnością (*on principles concerning the legal protection of incapable adults*) oraz Rekomendacji Komitetu Ministrów nr (2006)5 z 5.04.2006 r. w sprawie Planu działania Rady Europy w celu popierania praw i pełnego uczestnictwa osób z niepełnosprawnością w społeczeństwie: poprawa jakości życia osób z niepełnosprawnością w Europie 2006–2015 (*on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006–2015*).

¹⁰ Warto dodać, że jedynym poza Polską państwem–stroną KPON, które uczyniło zastrzeżenie dotyczące art. 23 ust. 1 lit. a Konwencji, jest Izrael.

¹¹ Zastrzeżenie dokonane zostało przez Polskę także w odniesieniu do art. 25 ust. 1 lit. b oraz art. 25 lit. a KPON. Teksty wszystkich zastrzeżeń i oświadczeń interpretacyjnych zgłoszonych przy podpisaniu bądź ratyfikacji Konwencji dostępne są na: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en.

¹² M. Zima-Parjaszewska, *Artykuł 12 Konwencji...*, s. 128.

¹³ Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny, tekst jedn.: Dz.U. z 2014, poz. 121.

potwierdzone przez ustawodawcę w art. 11 § 1 KRO, zgodnie z którym „Nie może zawrzeć małżeństwa osoba ubezwłasnowolniona całkowicie”¹⁴. Prawną barierę ograniczającą swobodę zawarcia związku małżeńskiego z uwagi na niektóre postacie niepełnosprawności tworzy ponadto art. 12 § 1 KRO, formułując względny zakaz małżeński dotyczący osób dotkniętych „chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym”. Co do zasady nie mogą one zawierać małżeństw, jednak jeśli „stan zdrowia lub umysłu takiej osoby nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa” i osoba ta nie została ubezwłasnowolniona całkowicie, na zawarcie małżeństwa może jej zezwolić sąd¹⁵.

Mając na uwadze obowiązywanie w krajowym porządku prawnym wskazanych wyżej unormowań, Rzeczpospolita Polska zastrzegła sobie prawo do niestosowania art. 23 ust. 1 lit. a KPON do czasu zmiany przepisów prawa polskiego. W myśl zastrzeżenia, do momentu jego wycofania, osoba z niepełnosprawnością znajdująca się w wieku odpowiednim do zawarcia małżeństwa, której niepełnosprawność „wynika z choroby psychicznej albo niedorozwoju umysłowego”, nie będzie mogła zawrzeć związku małżeńskiego, chyba że uzyska zezwolenie sądu oparte na stwierdzeniu, iż stan zdrowia lub umysłu takiej osoby nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa oraz pod warunkiem, że osoba taka nie została ubezwłasnowolniona całkowicie. Zastrzeżenie odwołuje się tu wprost do art. 12 § 1 KRO.

Polska deklaracja interpretacyjna dotycząca art. 12 Konwencji obejmuje natomiast oświadczenie, zgodnie z którym nasz kraj będzie interpretować to postanowienie w sposób zezwalający na stosowanie ubezwłasnowolnienia,

¹⁴ Szerzej na temat ubezwłasnowolnienia jako przeszkody małżeńskiej por. m.in. W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, s. 116–121; J. Gajda, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 11: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2014, s. 159–161; K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011, s. 106–108; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2012, s. 208–2010; a w kontekście realizacji praw osób z niepełnosprawnością i postanowień KPON – J. Kamiński, *Instytucja ubezwłasnowolnienia*, [w:] *Polska droga do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych ONZ*, red. A.M. Waszkielewicz, Kraków 2008, s. 101–104; M. Zima-Parjaszewska, *Równość osób z niepełnosprawnościami wobec prawa – sytuacja prawna osób ubezwłasnowolnionych*, [w:] *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, red. A. Błaszczak, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich. Źródła 2012, nr 10, s. 16–25.

¹⁵ Szerzej na temat tego zakazu małżeńskiego por. m.in. W. Borysiak, op. cit., s. 122–135; M. Domański, *Względne zakazy małżeńskie*, Warszawa 2013, s. 210–328; J. Gajda, op. cit., s. 161–168; K. Piasecki, op. cit., s. 108–113; K. Pietrzykowski, op. cit., s. 210–220; a w kontekście realizacji praw osób z niepełnosprawnością i postanowień KPON – M. Domański, *Zawieranie małżeństw przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną i psychiczną w prawie polskim a Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, „*Studia Prawnicze*” 2013 nr 2, s. 47–62; A. Sylwestrzak, *Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych a unormowania Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, *Acta Iuris Stetinensis* 6. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2014, nr 821, s. 611–618; M. Zima, *Przestanki zawarcia małżeństwa przez osoby niepełnosprawne*, [w:] *Polska droga do Konwencji...*, s. 117–119.

w okolicznościach oraz w sposób określony w prawie wewnętrznym, jako środka wskazanego w art. 12 ust. 4 KPON¹⁶, w przypadku, gdy „wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego lub innego rodzaju zaburzeń psychicznych osoba nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem”¹⁷. W doktrynie słusznie zauważa się jednak, że przywołana deklaracja może być traktowana jako oświadczenie mające *de facto* charakter zastrzeżenia, ponieważ zmierza nie tyle do doprecyzowania znaczenia art. 12 KPON, co do zmiany skutku prawnego tego postanowienia, uznając ubezwłasnowolnienie – instytucję zastępczego modelu podejmowania decyzji, która pozbawia osobę z niepełnosprawnością zdolności do czynności prawnych gwarantowanej przez Konwencję – za środek dopuszczalny¹⁸. Co więcej, w doktrynie prezentowane jest także stanowisko, iż zastrzeżenie takie jest niedopuszczalne z uwagi na jego sprzeczność z przedmiotem i celem KPON¹⁹.

Założenia projektu zmiany KRO, przyjęte przez Radę Ministrów w marcu 2015 r.²⁰, przewidują skreślenie art. 11 i 12 KRO oraz wprowadzenie w ich miejsce nowego przepisu – art. 12¹, służącego ochronie każdej osoby (także osoby z niepełnosprawnością) przed zawarciem małżeństwa w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli, a zatem opierającego przeszkodę małżeńską na konstrukcji woli, a nie przesłance niepełnosprawności jako takiej²¹. Zamierzona rezygnacja z art. 11 KRO łączy się ściśle z projektowanym odejściem od instytucji ubezwłasnowolnienia. Szersze omówienie tego

¹⁶ Przepis ten mówi o środkach związanych z korzystaniem ze zdolności prawnej oraz konieczności zapewnienia skutecznych zabezpieczeń przed ich nadużyciami.

¹⁷ Zastrzeżenia lub deklaracje interpretacyjne odnoszące się do art. 12 KPON zostały uczynione również przez stosunkowo liczną grupę innych państw–stron Konwencji – Australię, Egipt, Estonię, Kanadę, Kuwejt, Norwegię, Singapur i Wenezuelę. Większość z nich zmierza do uznania za dopuszczalne (choć wyjątkowo i jako środek ostateczny) pewnych form zastępczego podejmowania decyzji stosowanych wobec osób z niepełnosprawnością. Por. A. Błaszczak, *Zastrzeżenia i oświadczenia interpretacyjne Polski do Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami*, [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną...*, s. 34–35; R. Rybski, *Zdolność w sferze prawa osób z niepełnosprawnościami intelektualnymi oraz problemami zdrowia psychicznego. Raport Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 2013 r.*, [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną...*, s. 93.

¹⁸ A. Błaszczak, op. cit., s. 37.

¹⁹ Por. A. Błaszczak, op. cit., s. 38; S. Gurbai, *Ograniczanie czy respektowanie zdolności do czynności prawnych osób dorosłych z niepełnosprawnościami?*, [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną...*, s. 71, przyp. 11; M. Zima-Parjaszewska, *Artykuł 12 Konwencji...*, s. 148.

²⁰ Por. Protokół ustaleń nr 10/2015 posiedzenia Rady Ministrów w dniu 10 marca 2015 r., RM-000-10-15, pkt 3.

²¹ Proponowane jest następujące sformułowanie art. 12¹ KRO: „§ 1. Nie może zawrzeć małżeństwa osoba, która z jakichkolwiek powodów znajduje się w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli. § 2. Unieważnienia małżeństwa z powodu wady określonej w § 1 może żądać małżonek, który złożył oświadczenie dotknięte tą wadą. § 3. Nie można żądać unieważnienia małżeństwa po upływie sześciu miesięcy od ustania stanu wyłączającego świadome wyrażenie woli, a w każdym wypadku po upływie trzech lat od zawarcia małżeństwa”. Por. *Projekt założeń...*, s. 19–22.

zagadnienia przekracza ramy niniejszego opracowania²², warto jednak wspomnieć, że zgodnie z założeniami nowelizacja polskiego prawa cywilnego opierać się ma na zasadzie pełnej zdolności do czynności prawnych osoby dorosłej. Ograniczenia korzystania ze zdolności do czynności prawnych, jako wyjątki od zasady, byłyby dopuszczalne tylko wtedy, gdy to konieczne ze względu na stan konkretnej osoby, a ich zakres byłby ustalany w sposób indywidualny, z uwzględnieniem jej sytuacji²³. Proponuje się zastąpienie ubezwłasnowolnienia nowym modelem opieki, w ramach którego, zależnie od potrzeb osoby objętej opieką, mają być stosowane zróżnicowane jej formy: opieka asystencyjna (osoba pozostająca pod opieką korzysta z pełnej zdolności do czynności prawnych, opiekun wspiera ją w podejmowaniu decyzji), opieka z reprezentacją „równoległą” (osoba pozostająca pod opieką korzysta ze zdolności do czynności prawnych, ale opiekun jest jednocześnie upoważniony do reprezentowania jej w określonym zakresie), opieka z kompetencją do współdecydowania (do ważności określonych czynności prawnych osoby pozostającej pod opieką konieczna jest zgoda bądź potwierdzenie opiekuna) oraz opieka z umocowaniem do wyłącznego zastępstwa (jedynie opiekun, w zakresie wskazanym w orzeczeniu sądowym, jest upoważniony do dokonywania pewnych czynności prawnych)²⁴. Projektowane zmiany stanowią istotny postęp w realizacji praw osób z niepełnosprawnością, jednak w dalszym ciągu dopuszczają ograniczenie zdolności do czynności prawnych takich osób i utrzymują (choć w bardzo wąskim zakresie) funkcjonowanie w Polsce instrumentów charakterystycznych dla modelu zastępczego podejmowania decyzji²⁵. Z drugiej strony w założeniach wyraźnie zaznaczono, że kompetencja opiekuna od zastępstwa w dokonywaniu czynności prawnych nie ma nigdy obejmować spraw o doniosłości osobistej, a w szczególności zawierania małżeństwa²⁶.

Podkreślenia wymaga, iż wprawdzie dyskusja poświęcona sytuacji osób z niepełnosprawnością w sferze polskiego prawa prywatnego, której efektem są m.in. przedstawione założenia nowelizacyjne, toczy się (w dużej mierze dzięki zaangażowaniu organizacji pozarządowych) od końca lat dziewięćdziesiątych, jednak ratyfikacja KPON i proces przygotowań do tego aktu nadały debacie nową dynamikę oraz wpłynęły na pewną modyfikację kierunku zainicjowanych wcześniej wysiłków legislacyjnych²⁷. Trzeba ponadto zauważyć, że problematyka relacji pomiędzy standardami ustanowionymi przez Konwencję, a rozwiązaniami funkcjonującymi obecnie w polskim porządku prawnym (m.in. w kontekście instytucji ubezwłasnowolnienia oraz przeszkód

²² Więcej na ten temat por. M. Szeroczyńska, *Mozolna droga ku likwidacji instytucji ubezwłasnowolnienia*, [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną...*, s. 180–186.

²³ *Projekt założeń...*, s. 8.

²⁴ *Ibidem*, s. 11.

²⁵ M. Szeroczyńska, *op. cit.*, s. 186.

²⁶ *Projekt założeń...*, s. 12.

²⁷ Szerzej na ten temat por. M. Szeroczyńska, *op. cit.*, s. 164–180.

małżeńskich) była już przedmiotem zainteresowania doktryny²⁸. Wydaje się jednak, że zagadnienia te warto ponownie poddać analizie opartej na przeglądzie dokumentów stanowiących rezultat dotychczasowej działalności kontrolnej Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych, celem stwierdzenia, na ile prezentowane w nich stanowisko organu traktatowego wzmacnia argumentację przemawiającą za jak najszybszym dokonaniem nowelizacji polskiego ustawodawstwa w obszarze prawa prywatnego. Analiza praktyki Komitetu uwzględniać będzie jego uwagi końcowe (*concluding observations*) wydane w ramach procedury badania sprawozdań państw–stron KPON oraz Komentarz ogólny nr 1 z 2014 r.²⁹, w którym organ traktatowy przedstawił swoją interpretację art. 12 Konwencji. Należy wyjaśnić, że choć Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych posiada również kompetencje do przyjmowania i rozpatrywania skarg indywidualnych oraz prowadzenia postępowania wyjaśniającego (*inquiry*), prawo do zawarcia małżeństwa nie było jeszcze przedmiotem tych procedur.

KPON to stosunkowo nowe źródło powszechnych norm prawa międzynarodowego praw człowieka zawierające wyraźne gwarancje prawa do zawarcia małżeństwa. Prawo to potwierdziła wcześniej już Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r.³⁰ w postanowieniu sformułowanym w sposób, który akcentuje zakaz dyskryminacji w zakresie zawierania małżeństw – art. 16 ust. 1 Deklaracji stanowi mianowicie, iż: „Mężczyźni i kobiety, bez względu na różnice rasy, narodowości lub religii, mają prawo po osiągnięciu pełnoletności do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Przysługują im równe prawa w odniesieniu do zawierania małżeństwa, podczas jego trwania i po jego rozwiązaniu”³¹. O prawie do zawarcia małżeństwa mówi ponadto *expressis verbis* art. 23 ust. 2–3 MPPOP. Warto zatem zbadać praktykę Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych poprzedzić przeglądem dokumentów

²⁸ Por np.: M. Domański, *Zawieranie małżeństw...*, s. 47–62; J. Kamiński, op. cit., s. 101–104; K. Kurowski, *Wolności i prawa człowieka i obywatela z perspektywy osób z niepełnosprawnościami*, Warszawa 2014; s. 40–50, 103–129, 144–150; I. Ramus, M. Pietkiewicz, *Propozycja dostosowania przepisów regulujących zawieranie małżeństw do standardów Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, [w:] *Obywatel – państwo – społeczność międzynarodowa*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, K. Flaga-Gieruszyńska, D. Wacinkiewicz, Warszawa 2014, s. 454–474; A. Sylwestrzak, op. cit., s. 611–623; M. Szeroczyńska, op. cit., s. 164–189; M. Zima, *Przesłanki zawarcia małżeństwa...*, s. 117–119; M. Zima-Parjaszewska, *Artykuł 12 Konwencji...*, s. 127–163; M. Zima-Parjaszewska, *Równość osób z niepełnosprawnościami...*, s. 16–25.

²⁹ *General comment No. 1 (2014)*, CRPD/C/GC/1. Dokument dostępny na: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1.

³⁰ Deklaracja została przyjęta 10.12.1948 r. rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III). Tekst w języku polskim publikowany m.in. w: *Prawa człowieka. Wybór dokumentów międzynarodowych*, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1999, s. 11–20; *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, oprac. A. Przyborowska-Klimczak, Lublin 2003, s. 166–171.

³¹ *Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.*

Komitetu Praw Człowieka, aby ustalić, czy i w jakim stopniu organ traktatowy sprawujący pieczę nad implementacją Paktu również podejmował problematykę prawa do zawarcia małżeństwa w kontekście sytuacji osób z niepełnosprawnością.

2. Postanowienia MPPOP i KPON zabezpieczające prawo do zawarcia małżeństwa

Państwa–strony MPPOP w art. 23 ust. 2 Paktu wyraźnie uznały „prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny”. Zgodnie z ust. 2 przywołanego artykułu związek małżeński nie może być zawarty bez swobodnie wyrażonej i pełnej zgody nupturientów. W odróżnieniu od art. 16 ust. 1 Deklaracji z 1948 r., w sformułowaniu przyjętym w Pakcie brak zatem bezpośredniego nawiązania do zasady niedyskryminacji w zakresie swobody zawierania małżeństwa, choć w trakcie prac przygotowawczych rozważano jego wprowadzenie³². Trzeba jednak mieć na uwadze, że zakaz dyskryminacji dotyczący praw gwarantowanych przez Pakt został sformułowany w art. 2 ust. 1 MPPOP, obligującym państwa–strony Paktu do przestrzegania i zapewnienia wszystkim osobom, które znajdują się na ich terytorium i podlegają ich jurysdykcji, praw uznanych w Pakcie, bez względu na jakiejkolwiek różnice. Choć art. 2 ust. 1 MPPOP nie wymienia *expressis verbis* niepełnosprawności określając katalog cech objętych klauzulą antydyskryminacyjną, katalog ten ma charakter otwarty³³. Szeroką ochronę przed dyskryminacją gwarantuje ponadto art. 26 Paktu³⁴, formułujący zasady równości wobec prawa, równej ochrony prawnej oraz zakaz dyskryminacji ze względu na jakiejkolwiek okoliczności³⁵. Prawo osoby z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa powinno być rozpatrywane z uwzględnieniem tych zasad.

Konwencja z 2006 r. bezpośrednio odnosi się do przysługującego osobom z niepełnosprawnością prawa do zawarcia małżeństwa w art. 23, dotyczącym poszanowania domu i rodziny. Ust. 1 lit. a tego artykułu obliguje państwa–strony do podjęcia efektywnych i odpowiednich środków „w celu likwidacji dyskryminacji osób niepełnosprawnych we wszystkich sprawach dotyczących małżeństwa, rodziny, rodzicielstwa i związków, na zasadzie równości z innymi osobami, w taki sposób, aby zapewnić uznanie prawa wszystkich osób niepełnosprawnych, które są w odpowiednim do małżeństwa wieku, do za-

³² K. Sękowska-Kozłowska, *Art. 23...*, s. 581.

³³ K. Sękowska-Kozłowska, R. Wieruszewski, *Art. 2. Implementacja do krajowego porządku prawnego. Zakaz dyskryminacji*, [w:] *Międzynarodowy Pakt...*, s. 50.

³⁴ *Ibidem*, s. 47.

³⁵ K. Sękowska-Kozłowska, *Art. 26. Równość wobec prawa i równość ochrony prawnej*, [w:] *Międzynarodowy Pakt...*, s. 636–642.

warcia małżeństwa i założenia rodziny, na podstawie swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków”. Obowiązek ten koresponduje z zaakcentowaną w preambule Konwencji potrzebą zagwarantowania osobom z niepełnosprawnością pełnego korzystania z wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności, bez dyskryminacji, a także z dyspozycją art. 5 KPON, w którym strony Konwencji potwierdziły, że wszyscy ludzie są równi wobec prawa i uprawnieni, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, do jednakowej ochrony prawnej i jednakowych korzyści wynikających z prawa³⁶, a także zobowiązały się do zakazania jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność oraz zagwarantowania osobom z niepełnosprawnością jednakowej dla wszystkich i skutecznej ochrony przed dyskryminacją z jakiegokolwiek względów³⁷.

Na ustanowione w Konwencji gwarancje prawa osób z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa trzeba ponadto spojrzeć przez pryzmat art. 12 KPON. Jak pisze R. Rybski, artykuł ten stanowi punkt wyjścia dla realizacji innych materialnoprawnych postanowień Konwencji³⁸, a zatem również dla realizacji art. 23 KPON. W art. 12 ust. 1 KPON państwa–strony Konwencji stwierdziły bowiem, że osoby z niepełnosprawnością mają prawo do uznania ich za podmioty prawa, a w ust. 2 – że korzystają ze zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych (*enjoy legal capacity*)³⁹ na zasadzie równości z innymi osobami, we wszystkich aspektach życia. Jednocześnie państwa–strony przyjęły na siebie zobowiązanie do podjęcia odpowiednich środków celem zapewnienia osobom z niepełnosprawnością dostępu do wsparcia, którego mogą potrzebować przy korzystaniu z tej zdolności⁴⁰.

³⁶ Art. 5 ust. 1 KPON.

³⁷ Art. 5 ust. 2 KPON.

³⁸ R. Rybski, op. cit., s. 95.

³⁹ W tekście KPON opublikowanym w Dzienniku Ustaw termin *legal capacity* został przetłumaczony jako „zdolność prawna”. Komentatorzy słusznie wskazują, że jest to tłumaczenie niewłaściwe, w sposób nieuzasadniony zawężające znaczenie tego terminu poprzez wyłączenie z jego zakresu zdolności do czynności prawnych (por. np. M. Zima-Parjaszewska, *Artykuł 12 Konwencji...*, s. 146–147). Stanowisko doktryny zostało jednoznacznie potwierdzone przez Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych w Komentarzu nr 1 (par. 12–14).

⁴⁰ Art. 12 ust. 3 KPON. W ust. 4 Konwencja określa szereg wymogów, jakie powinny spełniać powyższe środki wsparcia – przede wszystkim muszą one respektować wolę i preferencje danej osoby, być wolne od konfliktu interesów i bezprawnych nacisków, być proporcjonalne i dostosowane do sytuacji osoby z niepełnosprawnością. Należy je stosować przez możliwie najkrótszy czas i poddawać regularnie przeglądowi przez niezależny i bezstronny sąd.

3. Problematyka prawa osoby z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa w uwagach końcowych Komitetu Praw Człowieka i Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych

W ramach wszystkich systemów kontroli implementacji instrumentów należących tzw. traktatowego systemu ochrony praw człowieka ONZ, w tym MPPOP oraz KPON, obligatoryjnym środkiem kontroli są sprawozdania składane przez strony tych traktatów i rozpatrywane przez właściwe międzynarodowe ciało eksperckie⁴¹ – Komitet Praw Człowieka w przypadku MPPOP oraz Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych w odniesieniu do KPON. W wyniku badania sprawozdań Komitety formułują uwagi końcowe, w których dokonują oceny stanu realizacji danego instrumentu, identyfikując zarówno osiągnięcia, jak i braki w tym zakresie, a także formułują konkretne zalecenia dla strony przedstawiającej raport⁴².

Omawiane konwencje nie określają w sposób precyzyjny wymogów dotyczących formy i treści sprawozdań⁴³. Raporty przygotowywane są w oparciu o wytyczne ustalane przez organy traktatowe⁴⁴. Warto odnotować, że w Komentarzu ogólnym nr 19 z 1990 r. (dalej jako: Komentarz nr 19), poświęconym art. 23 MPPOP, Komitet Praw Człowieka stwierdził, iż: „Sprawozdania Państw–stron powinny wskazywać, czy istnieją ograniczenia lub przeszkody

⁴¹ Sprawozdania przedstawiane są w określonym terminie po wejściu w życie traktatu dla danego państwa–strony (sprawozdania wstępne), a także okresowo (w odstępach czasu wskazanych bezpośrednio w traktacie albo ustalonych przez właściwy organ traktatowy) bądź na żądanie organu traktatowego (sprawozdania uzupełniające). Organ traktatowy może prosić państwo przedstawiające raport o dodatkowe wyjaśnienia, a ponadto weryfikują treść sprawozdania korzystając z informacji pochodzących od innych interesariuszy (zwłaszcza organizacji pozarządowych). Rozpatrzeniu raportu towarzyszy zwykle debata, w której uczestniczą przedstawiciele państwa–strony i członkowie Komitetu. Por. R. Wieruszewski, *ONZ-owski system ochrony praw człowieka*, [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga et al., *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2003, s. 94–97.

⁴² K. Sękowska-Kozłowska, *Komitet ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet – ustroj, kompetencje, funkcjonowanie*, Toruń 2011, s. 181–184; R. Wieruszewski, op. cit., s. 97.

⁴³ Art. 40 ust. 1 MPPOP zobowiązuje państwa–strony Paktu do przedkładania sprawozdań na temat „środków przedsięwziętych przez nie w celu realizacji praw uznanych w Pakcie oraz postępu dokonanego w dziedzinie korzystania z tych praw”. W świetle art. 35 ust. 1-2 KPON każde państwo–strona w ciągu dwóch lat od wejścia w życie Konwencji dla tego państwa przedstawia szczegółowe sprawozdanie „dotyczące środków podjętych w celu realizacji zobowiązań wynikających z Konwencji oraz na temat postępu dokonanego w tym zakresie”, a następnie składa kolejne sprawozdania okresowo, przynajmniej co cztery lata, jak również na żądanie Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych. Zgodnie z art. 35 ust. 5 KPON sprawozdanie może także wskazywać czynniki i trudności wpływające na stopień realizacji zobowiązań wynikających z Konwencji. Szerzej na temat mechanizmu sprawozdań jako środka kontroli implementacji KPON por. K. Sękowska-Kozłowska, *Międzynarodowy mechanizm...*, s. 12–13.

⁴⁴ R. Wieruszewski, op. cit., s. 95. Por. także art. 35 ust. 3 KPON, który wyraźnie przyznaje Komitetowi kompetencję do ustalania wytycznych dotyczących treści sprawozdań.

w korzystaniu z prawa do zawarcia małżeństwa ze względu na szczególne okoliczności, takie jak stopień pokrewieństwa lub niepełnosprawność intelektualna⁴⁵. W przyjętych przez Komitet w 2010 r. szczegółowych wytycznych dotyczących sprawozdań składanych na podstawie Paktu⁴⁶ brak jednak wyraźnie sformułowanego wymogu, aby w części raportu poświęconej sprawie implementacji art. 23 MPPOP podawane były informacje o ograniczeniach w zakresie możliwości zawierania małżeństw przez osoby z niepełnosprawnością⁴⁷. Wymogu takiego nie przewidywały również wcześniejsze wytyczne Komitetu⁴⁸. W praktyce państwa–strony MPPOP składające raporty oraz Komitet Praw Człowieka przy okazji badania sprawozdań nie poświęcali dotychczas specjalnej uwagi kwestii realizacji art. 23 Paktu w kontekście przeszkód, z jakimi spotykają się osoby z niepełnosprawnością pragnące zawrzeć małżeństwo⁴⁹. Z drugiej strony trzeba zauważyć, że wielo-

⁴⁵ Komentarz nr 19, par. 4: *States parties' reports should indicate whether there are restrictions or impediments to the exercise of the right to marry based on special factors such as degree of kinship or mental incapacity*. Tekst Komentarza dostępny na: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11.

⁴⁶ *Guidelines for the treaty-specific document to be submitted by States parties under article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR/C/2009/1.

⁴⁷ W ramach obowiązku sprawozdawczego dotyczącego art. 23 MPPOP szczególny nacisk położony został na zagadnienia związane z kwestią równouprawnienia mężczyzn i kobiet w stosunkach małżeńskich i rodzinnych oraz ochroną praw i interesów dziecka. Zgodnie z par. 25 wytycznych (który odwołuje się do Komentarza nr 19) państwa–strony MPPOP powinny w sprawozdaniu przedstawiać informacje na temat: traktowania mężczyzn i kobiet w sferze małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego oraz wszystkich skutków wynikających z zawarcia związku małżeńskiego, takich jak obywatelstwo małżonków, a także praw i obowiązków małżonków wobec siebie oraz w stosunku do dzieci; praw i obowiązków małżeńskich, w tym dotyczących wyboru miejsca zamieszkania, prowadzenia gospodarstwa domowego, edukacji dzieci i zarządzania majątkiem; postępowania z wnioskami rozwodowymi, udzielania rozwodów, przyznawania opieki nad dzieckiem i prawa widywania dziecka (w szczególności z uwzględnieniem niedyskryminacyjnego traktowania mężczyzn i kobiet); sposobu zapewnienia niezbędnej opieki dzieciom małżeńskim i pozamałżeńskim w przypadku rozwiązania małżeństwa, z uwzględnieniem nadrzędnego interesu dziecka; norm dotyczących nabycia lub utraty obywatelstwa w rezultacie zawarcia małżeństwa; środków podjętych celem zagwarantowania skutecznej ochrony rodziny, łącznie z rodziną tworzoną poprzez stałą kohabitację partnerów, którzy nie są związani formalnym związkiem małżeńskim; norm regulujących łączenie rodzin; poligamii i wymuszonych małżeństw.

⁴⁸ *Consolidated guidelines for State reports under the International Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR/C/66/GUI/Rev. 2.

⁴⁹ W żadnym raporcie okresowym złożonym przez Polskę z realizacji MPPOP nie zostały przedstawione regulacje dotyczące przeszkód małżeńskich związanych z niepełnosprawnością (por. teksty sprawozdań okresowych II-VII dostępne na: <http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/onz-i-prawa-czlowieka/konwencje/miedzynarodowy-pakt-praw-obywatelskich-i-politycznych>). Przegląd uwag końcowych Komitetu Praw Człowieka z lat 2009–2015 pokazuje z kolei, że kwestia korzystania przez osoby z niepełnosprawnością z prawa do zawarcia małżeństwa ani razu nie została podniesiona przez ten Komitet w uwagach wydanych w badanym okresie. Komitet w kontekście art. 2 i 26 MPPOP zwracał natomiast uwagę ogólnie na zjawisko dyskryminacji osób z niepełnosprawnością oraz brak odpowiedniego ustawodawstwa antydyskryminacyjnego (por. uwagi końcowe dotyczące Albanii,

krotnie w swoich uwagach końcowych Komitet Praw Człowieka identyfikował pewne problemy dotyczące realizacji praw gwarantowanych przez Pakt w obszarze stosunków małżeńskich i rodzinnych, które w znacznym stopniu dotyczą osób z niepełnosprawnością. Problemem takim są np. wymuszone małżeństwa lub wczesne małżeństwa (*forced/early marriages*). Jak wynika z doniesień organizacji pozarządowych, w pewnych kulturach częstą praktyką jest aranżowanie małżeństw osób (w tym dzieci) z niepełnosprawnością, bez względu na wolę tych osób, przez ich rodziców lub innych członków rodziny, którzy postrzegają związek małżeński jako pewną formę zabezpieczenia osoby z niepełnosprawnością na przyszłość bądź kierują się innymi motywami wynikającymi np. z przekonania, że małżeństwo może „wyleczyć” dysfunkcję lub poprawić sytuację młodszego rodzeństwa takiej osoby⁵⁰. Komitet Praw Człowieka wielokrotnie uznawał wymuszone lub wczesne małżeństwa za sprzeczne z Paktem i zalecał państwom–stronom podjęcie działań zmierzających do ich wyeliminowania⁵¹. Co godne podkreślenia, organ traktatowy wskazywał ponadto jako kwestie budzące jego zaniepokojenie nieuzasadnione ograniczanie zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością⁵², brak dostępnych dla osób z niepełnosprawnością intelektualną odpowiednich gwarancji proceduralnych i materialnych, chroniących je przed nieproporcjonalnymi ograniczeniami w korzystaniu z praw uzna-

CCPR/C/ALB/CO/2, par. 22; Belgii, CCPR/C/BEL/CO/5, par. 11; Kirgistanu, CCPR/C/KGZ/CO/2, par. 8; Paragwaju, CCPR/C/PRY/CO/3, par. 9; Polski, CCPR/C/POL/CO/6, par. 5) lub konkretne problemy związane z realizacją ich praw, takie jak np. pozbawianie wolności lub przymusowe poddawanie osób z niepełnosprawnością (zwłaszcza umysłową) terapiom medycznym (por. uwagi końcowe dotyczące Bułgarii, CCPR/C/BGR/CO/3, par. 10; Irlandii, CCPR/C/IRL/CO/4, par. 12; Japonii, CCPR/C/JPN/CO/6, par. 17; Łotwy, CCPR/C/LVA/CO/3, par. 16); przemoc domowa wobec kobiet i dziewcząt z niepełnosprawnością (por. uwagi końcowe dotyczące Hong Kongu, CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, par. 18); brak należytego informowania w procesie karnym (por. uwagi końcowe dotyczące Estonii, CCPR/C/EST/CO/3, par. 12) ograniczenia dostępu do edukacji, usług zdrowotnych i socjalnych (por. uwagi końcowe dotyczące Mongolii, CCPR/C/MNG/CO/5, par. 10); ograniczenie praw wyborczych (por. uwagi końcowe dotyczące Angoli, CCPR/C/AGO/CO/1, par. 8; Belize, CCPR/C/BLZ/CO/1, par. 24; Hong Kongu, CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, par. 24; Malty, CCPR/C/MLT/CO/2, par. 21; Paragwaju, CCPR/C/PRY/CO/3, par. 11).

⁵⁰ Por. IDA (*International Disability Alliance*) *submission for the joint General Comment/Recommendation of the Committee on the Rights of the Child and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on harmful practices*, s. 4 oraz cytowana tam literatura. Dokument dostępny na: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CE-DAW/HarmfulPractices/InternationalDisabilityAlliance.pdf>.

⁵¹ Por. np. uwagi końcowe dotyczące Iranu (CCPR/C/IRN/CO/3, par. 28); Malawi (CCPR/C/MWI/CO/1, par. 19 i CCPR/C/MWI/CO/1/Add.1, par. 25); Mozambiku (CCPR/C/MOZ/CO/1, par. 9); Uzbekistanu (CCPR/C/UZB/CO/3, par. 13).

⁵² Por. uwagi końcowe dotyczące Czech, CCPR/C/CZE/CO/3, par. 12: „Komitet jest zaniepokojony doniesieniami wskazującymi na tendencję sądów do nadmiernego ograniczania osób z niepełnosprawnością, w szczególności niepełnosprawnością umysłową, intelektualną lub psychospołeczną, w zdolności do czynności prawnych, pomimo posiadanej przez te osoby *de facto* zdolności do podejmowania pewnych działań, takich jak udział w głosowaniu (art. 2, 25, 26)”.

nych w Pakcie⁵³, brak właściwej reprezentacji prawnej osoby w postępowaniu dotyczącym jej zdolności prawnej i pozbawienie osoby ubezwłasnowolnionej prawa do samodzielnego zainicjowania postępowania w celu ponownej oceny jej zdolności⁵⁴.

W ramach mechanizmu sprawozdań z implementacji KPON zagadnienia związane z realizacją prawa do zawarcia małżeństwa są znacznie bardziej akcentowane. Zgodnie z wytycznymi dotyczącymi treści raportów, wydanymi przez Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych w 2009 r., w sprawozdaniu powinny znaleźć się informacje m.in. o środkach podjętych przez państwo–stronę w celu zapewnienia osobom z niepełnosprawnością możliwości korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny na podstawie pełnej i swobodnie wyrażonej zgody⁵⁵. Ponieważ kwestia występowania przeszkód małżeńskich dotyczących osób z niepełnosprawnością łączy się ściśle z problematyką zdolności takich osób do działania w obszarze prawa prywatnego, istotny jest ponadto wymóg, by sprawozdanie zawierało informacje na temat środków zastosowanych przez państwo–stronę dla zapewnienia, by osoby z niepełnosprawnością korzystały ze zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych na zasadzie równości z innymi osobami we wszystkich aspektach życia, a w szczególności takich środków, które mają gwarantować osobom z niepełnosprawnością równe prawa m.in. do zachowania integralności fizycznej i psychicznej, pełnego uczestnictwa w życiu obywatelskim, posiadania lub dziedziczenia własności. Państwo–strona wykonując obowiązek sprawozdawczy powinno w raporcie wskazać ponadto, czy istnieją regulacje prawne ograniczające zdolność do czynności prawnych z uwagi na niepełnosprawność oraz przedstawić działania przedsięwzięte celem doprowadzenia tego stanu do zgodności z art. 12 KPON. Należy także przekazać informacje o wsparciu udzielanym osobom z niepełnosprawnością w korzystaniu ze zdolności do czynności prawnych oraz o istniejących zabezpieczeniach przed nadużyciami, jakie mogą występować w modelach wspieranego podejmowania decyzji (*supported decision-making models*)⁵⁶.

⁵³ Por. uwagi końcowe dotyczące Bułgarii (CCPR/C/BGR/CO/3, par. 17) i Rosji (CCPR/C/RUS/CO/6, par. 19).

⁵⁴ Por. uwagi końcowe dotyczące Litwy, CCPR/C/LTU/CO/3, par. 14.

⁵⁵ *Guidelines for the treaty-specific document to be submitted by states parties under article 35, paragraph 1, of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, CRPD/C/2/3, s. 13.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 9: *State Parties should report on: Measures taken by the State Party to ensure that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life, in particular such measures as to ensure the equal right of persons with disabilities to maintain their physical and mental integrity, full participation as citizens, own or inherit property [...]; Whether legislation does or does not exist which restricts the full legal capacity on the basis of disability, as well as actions being taken towards conformity with article 12 of the Convention; The support available to persons with disabilities to exercise their legal capacity [...]; The existence of safeguards against abuse of supported decision-making model....*

Do chwili obecnej (stan na 31.08.2015 r.) opublikowane zostały uwagi końcowe Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych dotyczące 26 państw–stron Konwencji⁵⁷. Większość z nich zawiera ustalenia i rekomendacje odnoszące się wprost do implementacji art. 23 KPON, choć nie zawsze w aspekcie prawa osoby z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa, bowiem dokonując oceny realizacji standardów formułowanych w przywołanym artykule Komitet zwraca także uwagę na problemy takie jak np.: poddawanie osób z niepełnosprawnością przymusowym sterylizacjom lub aborcjom⁵⁸, pozbawianie albo ograniczanie władzy rodzicielskiej z powodu niepełnosprawności bądź brak właściwego wsparcia dla osób z niepełnosprawnością w wychowywaniu dzieci i wykonywaniu praw rodzicielskich⁵⁹, brak odpowiedniego wsparcia rodzin wychowujących dzieci z niepełnosprawnością, nadużywanie instytucjonalnych form pieczy zastępczej nad takimi dziećmi lub ich słabsza w porównaniu do dzieci pełnosprawnych ochrona w przypadku stosowania opieki zastępczej⁶⁰, dyskryminacja osób z niepełnosprawnością w procedurze adopcyjnej⁶¹.

Istnienie barier ograniczających lub wykluczających możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością (w tym zwłaszcza osoby z niepełnosprawnością intelektualną, psychospołeczną lub pewnymi postaciami niepełnosprawności sensorycznej) zostało wyraźnie uznane przez organ traktatowy za problem budzący jego szczególne zaniepokojenie w uwagach końcowych wydanych po rozpatrzeniu sprawozdań złożonych przez Czechy⁶², Meksyk⁶³, Salwador⁶⁴, Turkmenistan⁶⁵ i Węgry⁶⁶. Warto podkreślić,

⁵⁷ Do państw tych należą: Argentyna, Australia, Austria, Azerbejdżan, Belgia, Chiny, Chorwacja, Czechy, Dania, Dominikana, Ekwador, Hiszpania, Kostaryka, Meksyk, Mongolia, Niemcy, Nowa Zelandia, Paragwaj, Peru, Republika Korei, Salwador, Szwecja, Tunezja, Turkmenistan, Węgry i Wyspy Cooka. Wszystkie uwagi końcowe dostępne są na: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5.

⁵⁸ Por. uwagi końcowe dotyczące sprawozdania Chin (CRPD/C/CHN/CO/1, par. 33); Peru (CRPD/C/PER/CO/1, par. 34); Węgier (CRPD/C/HUN/CO/1, par. 38).

⁵⁹ Por. uwagi końcowe dotyczące sprawozdania Czech (CRPD/C/CZE/CO/1, par. 45-46); Dominikany (CRPD/C/DOM/CO/1, par. 42-43); Kostaryki (CRPD/C/CRI/CO/1, par. 43-44); Meksyku (CRPD/C/MEX/CO/1, par. 45 i 46 a-b); Mongolii (CRPD/C/MNG/CO/1, par. 34-35); Niemiec (CRPD/C/DEU/CO/1, par. 43-44); Turkmenistanu (CRPD/C/TKM/CO/1, par. 37-38).

⁶⁰ Por. uwagi końcowe dotyczące sprawozdania Azerbejdżanu (CRPD/C/AZE/CO/1, par. 38-39); Belgii (CRPD/C/BEL/CO/1, par. 34-35); Meksyku (CRPD/C/MEX/CO/1, par. 46 c-d); Nowej Zelandii (CRPD/C/NZL/CO/1, par. 45-46); Paragwaju (CRPD/C/PRY/CO/1, par. 55-56); Republiki Korei (CRPD/C/KOR/CO/1, par. 43-44).

⁶¹ Por. uwagi końcowe dotyczące sprawozdania Azerbejdżanu (CRPD/C/AZE/CO/1, par. 36-37); Chorwacji (CRPD/C/HRV/CO/1, par. 34); Czech (CRPD/C/CZE/CO/1, par. 45-46); Nowej Zelandii (CRPD/C/NZL/CO/1, par. 47-48); Szwecji (CRPD/C/SWE/CO/1, par. 45-46); Turkmenistanu (CRPD/C/TKM/CO/1, par. 38).

⁶² CRPD/C/CZE/CO/1, par. 45.

⁶³ CRPD/C/MEX/CO/1, par. 45.

⁶⁴ CRPD/C/SLV/CO/1, par. 47.

⁶⁵ CRPD/C/TKM/CO/1, par. 37.

⁶⁶ CRPD/C/HUN/CO/1, par. 36.

że Komitet zwraca uwagę nie tylko na bariery prawne, ale także faktyczne (finansowe, fizyczne, mentalnościowe)⁶⁷. Ustaleniom tym towarzyszą ogólne zalecenia podjęcia przez państwo–stronę odpowiednich środków celem umożliwienia lub ułatwienia zawierania małżeństw przez osoby z niepełnosprawnością, które są w wieku małżeńskim⁶⁸, bądź konkretne rekomendacje dokonania takiej zmiany ustawodawstwa krajowego (w tym nawet nowelizacji lub uchylecia oznaczonych aktów prawnych), aby doprowadzić je do zgodności z art. 23 KPON⁶⁹.

We wszystkich dotychczas wydanych uwagach końcowych Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych poświęca wiele miejsca kwestii implementacji art. 12 KPON, mówiącego o równości osób z niepełnosprawnością wobec prawa. Jak już zostało wspomniane, materia tego przepisu ściśle wiąże się z korzystaniem przez osoby z niepełnosprawnością z innych praw zapewnionych w Konwencji, w tym prawa do zawarcia małżeństwa, ponieważ jest ono warunkowane posiadaniem zdolności do czynności prawnych. Komitet wielokrotnie wskazuje na to powiązanie w uwagach końcowych, rekomendując państwom–stronom przejście od modelu zastępczego podejmowania decyzji (*substitute decision-making*) do modelu wspieranego podejmowania decyzji, który – jak podkreśla organ traktatowy – respektuje autonomię osoby z niepełnosprawnością, jej wolę i preferencje, w pełnej zgodności z dyspozycją art. 12 KPON, co odnosi się w szczególności do prawa jednostki do zawarcia małżeństwa⁷⁰. Co więcej, w uwagach końcowych dotyczących Peru właśnie w kontekście art. 12, a nie 23 KPON, Komitet wprost zidentyfikował uchybienia w zakresie realizacji prawa osób z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa i sformułował odpowiednie zalecenia. We fragmencie wspomnianych uwag, który poświęcony został ocenie implementacji art. 12 KPON, organ wyraził swoje zaniepokojenie faktem, że peruwiański kodeks cywilny uniemożliwia korzystanie z prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną, zaburzeniami psychicznymi, a także przez osoby głuchonieme, głuchoniewidome lub nieme i niewidome. Komitet wezwał Peru do nowelizacji kodeksu, aby „w sposób właściwy zagwarantować korzystanie z praw osobistych, w szczególności z prawa do zawarcia małżeństwa, wszystkim osobom z niepełnosprawnością”⁷¹.

⁶⁷ Por. uwagi końcowe dotyczące sprawozdania Węgier (CRPD/C/HUN/CO/1, par. 36).

⁶⁸ Por. uwagi końcowe dotyczące sprawozdania Węgier (CRPD/C/HUN/CO/1, par. 37) i Salwadoru (CRPD/C/SLV/CO/1, par. 48).

⁶⁹ Por. uwagi końcowe dotyczące sprawozdania Czech (CRPD/C/CZE/CO/1, par. 46); Meksyku (CRPD/C/MEX/CO/1, par. 46 a); Turkmenistanu (CRPD/C/TKM/CO/1, par. 38).

⁷⁰ Por. uwagi końcowe dotyczące sprawozdania Australii (CRPD/C/AUS/CO/1, par. 25); Austrii (CRPD/C/AUT/CO/1, par. 28); Chorwacji (CRPD/CO/HRV/C/1, par. 18); Danii (CRPD/C/DNK/CO/1, par. 33); Kostaryki (CRPD/C/CRI/CO/1, par. 22); Mongolii (CRPD/C/MNG/CO/1, par. 22); Nowej Zelandii (CRPD/C/NZL/CO/1, par. 22); Paragwaju (CRPD/C/PRY/CO/1, par. 30); Republiki Korei (CRPD/C/KOR/CO/1, par. 22); Szwecji (CRPD/C/SWE/CO/1, par. 34); Węgier (CRPD/C/HUN/CO/1, par. 26).

⁷¹ CRPD/C/PER/CO/1, par. 26-27.

Na bazie doświadczenia uzyskanego m.in. w związku z rozpatrywaniem sprawozdań Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych sformułował i przedstawił swoje stanowisko dotyczące wykładni art. 12 KPON w przywołanym już Komentarzu ogólnym nr 1 z 2014 r. Nie zachodzi zatem potrzeba omawiania w tym zakresie treści poszczególnych uwag końcowych – zawarte w nich ustalenia zostały bowiem uporządkowane i podsumowane w Komentarzu⁷². Podkreślenia wymaga jednak, iż we wszystkich do tej pory opublikowanych uwagach końcowych Komitet uznał implementację art. 12 KPON za jeden z głównych obszarów zaniepokojenia, a stan realizacji wyrażonych w tym artykule standardów przez żadne z badanych państw–stron nie był w ocenie organu w pełni zadowalający. Dotyczy to również krajów takich jak np. Szwecja, Niemcy czy Czechy, w których nastąpiła już istotna zmiana w podejściu do osób z niepełnosprawnością jako podmiotów prawa prywatnego oraz ich zdolności do czynności prawnych, a proces przejścia od modelu zastępczego podejmowania decyzji do modelu wspierającego jest zaawansowany (zwłaszcza w porównaniu do Polski)⁷³. Nawet w przypadku tych państw Komitet dostrzegł jednak mankamenty – utrzymanie (choć w wąskim zakresie) pewnych instytucji, które postrzega jako formy *substitute decision-making*⁷⁴. Nie ulega więc wątpliwości, że organ traktatowy ocenia wywiązywanie się przez państwa–strony KPON z obowiązków wynikających z art. 12 Konwencji w sposób bardzo surowy i rygorystyczny oraz stawia przed nimi trudne do spełnienia wymagania.

4. Problematyka prawa osoby z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa w komentarzach ogólnych Komitetu Praw Człowieka i Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych

Komentarze ogólne (*general comments*)⁷⁵ są dokumentami opracowywanymi i uchwalanymi przez komitety eksperckie powołane do wykonywania zadań kontrolnych w ramach traktatowego systemu ochrony praw człowieka, w celu wyjaśnienia zakresu i treści poszczególnych postanowień instrumentu,

⁷² W niemal wszystkich uwagach końcowych wydanych po przyjęciu Komentarza nr 1 Komitet wprost odwołuje się do tego dokumentu.

⁷³ Szerzej na temat przyjętych w Niemczech, Szwecji i Czechach rozwiązań prawnych dotyczących zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością por. S. Gurbai, op. cit., s. 74-82.

⁷⁴ CRPD/C/SWE/CO/1, par. 33; CRPD/C/DEU/CO/1, par. 25; CRPD/C/CZE/CO/1, par. 22.

⁷⁵ W niektórych instrumentach systemu traktatowego, w tym KPON, używana jest nazwa „zalecenia ogólne” (*general recommendations*). Ta odmienność terminologiczna nie wiąże się jednak z różnicami co do charakteru „komentarzy ogólnych” i „zaleceń ogólnych”, o czym świadczy fakt, że sam Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych posługuje się określeniem „komentarz ogólny”. Por. także K. Sękowska-Kozłowska, *Komitet ONZ...*, s. 307–308.

nad którego implementacją dany organ sprawuje pieczę⁷⁶. Komentarz ogólny zawiera zatem interpretację norm (proceduralnych lub materialnych) ustanowionych przez traktat i w odróżnieniu od uwag końcowych kierowany jest nie do określonego państwa, lecz do wszystkich państw-stron traktatu, służąc im pomocą we właściwej realizacji przyjętych zobowiązań⁷⁷. W doktrynie wskazuje się, że choć komentarze ogólne nie mają mocy wiążącej, jednak jako źródło wykładni umów międzynarodowych z dziedziny praw człowieka odgrywają doniosłą rolę⁷⁸.

Komitet Praw Człowieka wydał dotychczas 25 komentarzy ogólnych. Jeden z nich, przywoływany wcześniej Komentarz nr 19, został specjalnie poświęcony art. 23 MPPOP i w kontekście obowiązku sprawozdawczego państw-stron Paktu wspomina o problemie ograniczeń lub przeszkód w korzystaniu z prawa do zawarcia małżeństwa ze względu na szczególne okoliczności, takie jak m.in. niepełnosprawność intelektualna. Co istotne, organ traktatowy stwierdza w nim także, że „Pakt nie określa wieku małżeńskiego ani dla mężczyzn ani dla kobiet, jednak wiek ten powinien zapewnić każdemu z nupturientów zdolność wyrażenia pełnej i swobodnej zgody w formie oraz zgodnie z warunkami ustalonymi przez prawo”, wskazując jednocześnie, iż „takie przepisy prawa muszą pozostawać w zgodzie z pełną realizacją innych praw zagwarantowanych w Pakcie”⁷⁹. Uzasadnione wydaje się twierdzenie, że regulacje krajowe ustanawiające przeszkody małżeńskie, które opierają się na przesłance samego tylko istnienia niepełnosprawności lub pewnych jej typów, nie spełniają kryterium wskazanego w Komentarzu, gdyż stoją w sprzeczności z art. 2 ust. 1 oraz art. 26 Paktu.

Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych do chwili obecnej opracował i przyjął tylko jeden komentarz ogólny, dotyczący równości osób z niepełnosprawnością wobec prawa (art. 12 KPON). Wyjaśnia w nim charakter i znaczenie tego postanowienia Konwencji stwierdzając, iż „art. 12 nie tworzy dodatkowych praw dla osób z niepełnosprawnością; opisuje po prostu konkretne elementy, które muszą być brane pod uwagę przez państwa-strony, aby osobom z niepełnosprawnością zapewnić prawo do równości wobec prawa”. Równość tę postrzega jako „podstawową zasadę ogólną ochrony praw człowieka”, nieodzowną dla korzystania z innych praw⁸⁰. Wyczerpujące i szczegółowe omówienie Komentarza przekraczałoby ramy niniejszego opra-

⁷⁶ *A Guide to Human Rights...*, s. 207.

⁷⁷ K. Sękowska-Kozłowska, *Komitet ONZ...*, s. 308–308.

⁷⁸ *A Guide to Human Rights...*, s. 207; K. Sękowska-Kozłowska, *Komitet ONZ...*, s. 327.

⁷⁹ Komentarz nr 19, par. 4: *The Covenant does not establish a specific marriageable age either for men or for women, but that age should be such as to enable each of the intending spouses to give his or her free and full personal consent in a form and under conditions prescribed by law. In this connection, the Committee wishes to note that such legal provisions must be compatible with the full exercise of the other rights guaranteed by the Covenant.*

⁸⁰ Komentarz nr 1, par. 1.

cowania, warto jednak przedstawić kilka jego istotnych tez oraz wskazać nawiązania do gwarantowanego przez Konwencję prawa do zawarcia małżeństwa.

W ocenie Komitetu sprawozdania wstępne państw-stron KPON pokazują, iż dokładny zakres obowiązków spoczywających na państwach z mocy art. 12 KPON jest generalnie źle pojmowany, panuje także ogólne niezrozumienie faktu, że postrzeganie niepełnosprawności przez pryzmat praw człowieka implikuje przejście od paradygmatu bazującego na zastępczym podejmowaniu decyzji do opartego na wspierającym podejmowaniu decyzji⁸¹. Osoby z niepełnosprawnością w dalszym ciągu pozostają grupą osób, które w systemach prawnych na całym świecie najczęściej pozbawiane są zdolności do czynności prawnych. Brak tej zdolności w wielu wypadkach prowadzi do niemożliwości korzystania z licznych fundamentalnych praw, w tym m.in. prawa do zawarcia małżeństwa⁸². Państwa-strony Konwencji nie powinny odmawiać osobom z niepełnosprawnością zdolności do czynności prawnych, lecz zapewnić im niezbędne wsparcie, pozwalające na podejmowanie prawnie skutecznych decyzji⁸³. Obowiązek udzielania wsparcia ma charakter bezwzględny⁸⁴. Jednocześnie musi ono respektować prawa, wolę oraz preferencje osoby z niepełnosprawnością i nigdy nie może przybierać formy zastępczego podejmowania decyzji⁸⁵. Organ traktatowy bardzo dobitnie akcentuje konieczność poszanowania autonomii i swobody decyzyjnej osób z niepełnosprawnością, stawiając ją w opozycji do zasady najlepszego interesu takich osób. Zdaniem Komitetu „Zasada »najlepszego interesu« nie stanowi w odniesieniu do osób dorosłych zabezpieczenia zgodnego z art. 12. Paradygmat »najlepszego interesu« powinien zostać zastąpiony paradygmatem »woli i preferencji«, aby zapewnić osobom z niepełnosprawnością korzystanie z prawa do zdolności do czynności prawnych na zasadzie równości z innymi”⁸⁶. Komitet powtarza dalej, że ochrona udzielana takim osobom „musi respektować prawa, wolę i preferencje osoby, łącznie z prawem do podejmowania ryzyka i popełniania błędów”⁸⁷. Instrumentów wspierającego podejmowania decyzji nie wolno przy tym wykorzystywać jako usprawiedliwienia dla wprowadzania ograniczeń w korzystaniu przez osobę z niepełnosprawnością z podstawowych praw człowieka, zwłaszcza prawa do zawarcia małżeństwa⁸⁸.

⁸¹ Ibidem, par. 3.

⁸² Ibidem, par. 12.

⁸³ Ibidem, par. 16.

⁸⁴ Ibidem, par. 34

⁸⁵ Ibidem, par. 17.

⁸⁶ Ibidem, par. 21.

⁸⁷ Ibidem, par. 22.

⁸⁸ Ibidem, par. 29 lit. f.

5. Zakończenie

Pomimo rozwiniętych gwarancji wynikających z norm prawa międzynarodowego praw człowieka, realizacja przysługującego osobom z niepełnosprawnością prawa do zawarcia małżeństwa nadal nie jest zadowalająca⁸⁹. Z jednej strony osoby takie są szczególnie narażone na przymus przy zawieraniu związków małżeńskich, z drugiej strony borykają się z faktycznymi i prawnymi barierami, które pozbawiają je możliwości zawarcia małżeństwa lub istotnie tę możliwość ograniczają.

Wspomniane bariery istnieją także w prawie polskim, ponieważ zgodnie z przepisami obowiązującego obecnie KRO pewne typy niepełnosprawności („choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy”) stanowią przesłankę względnego zakazu małżeńskiego, a co więcej, w przypadku osoby, która została ubezwłasnowolniona całkowicie, zakaz małżeński ma charakter bezwzględny. W doktrynie wyjaśnia się, że u podstaw wprowadzenia tych przeszkód małżeńskich do krajowego porządku prawnego leżało głównie dążenie do ochrony małżeństwa i rodziny oraz zdrowia przyszłego potomstwa (argument eugeniczny)⁹⁰. Od pewnego już czasu pojawiają się jednak głosy kwestionujące *ratio legis* art. 11 i 12 KRO oraz wskazujące na potrzebę nowelizacji. Dla poparcia tego stanowiska prezentowane są różnorodne argumenty, m.in. sygnalizuje się archaiczność i nieprecyzyjność używanych w art. 12 KRO terminów („choroba psychiczna”, „niedorozwój umysłowy”)⁹¹, brak naukowego potwierdzenia dla argumentu eugenicznego oraz fakt, że zawarcie małżeństwa nie musi łączyć się z posiadaniem potomstwa, a z drugiej strony dzieci rodzą się w związkach pozamałżeńskich⁹², wreszcie – dyskryminujący charakter przywoływanych przepisów KRO, które różnicują sytuację prawną osoby ze względu na pewien typ niepełnosprawności⁹³.

Komitet Praw Człowieka dostrzegł wprawdzie problem występowania ograniczeń w zakresie korzystania przez osoby niepełnosprawne z prawa do zawarcia małżeństwa, ale nie poświęcał mu szczególnej uwagi ani w uwagach końcowych ani w komentarzach ogólnych. Kwestia ta zajmuje natomiast istotne miejsce w dotychczasowej praktyce Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych, zwłaszcza gdy rozpatruje się ją nie tylko w perspektywie art. 23 KPON, ale też art. 12 Konwencji. Stanowisko prezentowane przez ten Komitet w uwagach końcowych i Komentarzu ogólnym nr 1 po-

⁸⁹ R. Mykitiuk, E. Chadha, *Sites of Exclusion: Disabled Women's Sexual, Reproductive and Parenting Rights*, [w:] *Critical Perspectives on Human Rights and Disability Law*, ed. M.H. Rioux, L.A. Bassler, M. Jones, Leiden-Boston 2011, s. 177.

⁹⁰ M. Domański, *Zawieranie małżeństw...*, s. 49–50; A. Sylwestrzak, op. cit., s. 613–614.

⁹¹ M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 216.

⁹² K. Kurowski, op. cit., s. 147; A. Sylwestrzak, op. cit., s. 615; M. Zima, *Przesłanki zawarcia małżeństwa...*, s. 118.

⁹³ M. Domański, *Zawieranie małżeństw...*, s. 56; A. Sylwestrzak, op. cit., s. 614 i 616; M. Zima, *Przesłanki zawarcia małżeństwa...*, s. 117–118.

twierdza słuszność przekonania o konieczności jak najszybszej zmiany polskiego prawa w zakresie przeszkód małżeńskich dotyczących w praktyce głównie osób z niepełnosprawnością (a także w zakresie instytucji ubezwłasnowolnienia) i może służyć wzmocnieniu argumentacji zwolenników nowelizacji. Analiza dokumentów Komitetu uzasadnia twierdzenie, że niedopuszczalne są wszelkie ograniczenia prawa do zawarcia związku małżeńskiego, które opierają się na przesłance występowania określonego typu niepełnosprawności (w tym niepełnosprawności intelektualnej lub psychospołecznej) u osoby znajdującej się w wieku odpowiednim do zawarcia małżeństwa, a nie na przesłance braku świadomej lub pełnej zgody nupturienta. Wprowadzenie przewidzianych w projekcie zmian Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, polegających na skreśleniu art. 11 i 12 KRO, doprowadzi do zgodności krajowych unormowań z art. 23 ust. 1 lit a KPON, umożliwi wycofanie zgłoszonego przez Polskę zastrzeżenia i, jak można przypuszczać, zostanie pozytywnie ocenione przez Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych.

Z drugiej strony warto zasygnalizować, iż z uwagi na rygorystyczny sposób interpretowania przez organ traktatowy art. 12 KPON, nawet po wprowadzeniu proponowanych w projekcie zmian dotyczących ogólnie zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością oraz nowego modelu opieki nad takimi osobami nie można spodziewać się w pełni pozytywnej oceny stanu realizacji przez Polskę zobowiązań wynikających z przywołanego postanowienia. Podobnie jak w przypadku Szwecji czy Niemiec, kwestia implementacji art. 12 KPON prawdopodobnie nadal będzie identyfikowana przez Komitet jako jeden z obszarów zaniepokojenia. Za nietrafną należy przy tym uznać wyrażoną w doktrynie opinię, że złożona przez Polskę deklaracja interpretacyjna powoduje, iż „w oparciu o Konwencję nie można kwestionować przeszkody małżeńskiej w postaci ubezwłasnowolnienia całkowitego, ani jej bezwzględności charakteru”⁹⁴. Równość osób z niepełnosprawnością wobec prawa, o której mówi art. 12 KPON, to w opinii Komitetu standard o kluczowym znaczeniu dla pełnej realizacji praw osób z niepełnosprawnością, o czym świadczy treść uwag ogólnych i Komentarza nr 1, a nawet sam fakt, że właśnie tej kwestii organ traktatowy poświęcił swój pierwszy komentarz ogólny. Uzasadniony wydaje się zatem pogląd, iż dotyczące art. 12 KPON zastrzeżenia (bądź deklaracje interpretacyjne posiadające *de facto* charakter zastrzeżeń), które przewidują możliwość ograniczania zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością i stosowanie (nawet szczątkowe) zastępczego podejmowania decyzji, są niedopuszczalne jako niezgodne z przedmiotem i celem Konwencji. Warto przypomnieć, iż choć deklaracja tego typu została złożona przez Australię, w uwagach końcowych wydanych po rozpatrzeniu sprawozdania tego państwa organ traktatowy wyraził zaniepokojenie „możliwością utrzymania reżimu zastępczego podejmowania decyzji”⁹⁵.

⁹⁴ A. Sylwestrzak, op.cit, s. 616 i 620.

⁹⁵ CRPD/C/AUS/CO/1, par. 24.

Przyjęta przez Komitet rygorystyczna wykładnia art. 12 KPON, w świetle której niepełnosprawność nigdy nie może stanowić przesłanki ograniczenia zdolności do czynności prawnych, budzi zrozumiałe kontrowersje i obawy. Jak słusznie pisze M. Domański: „Znalezienie optymalnych rozwiązań, które byłyby dopuszczalne z punktu widzenia praw i wolności osób z niepełnosprawnościami, ale jednocześnie uwzględniały szerszy kontekst społeczny, konstytucyjny oraz specyfikę, tradycje i cele rozwiązań krajowych, jest niezwykle trudne”. Wysilek taki, z uwagi na ciężące na Polsce zobowiązania wynikające z powszechnych norm prawa międzynarodowego praw człowieka, musi jednak zostać podjęty.

**THE RIGHT OF A PERSON WITH DISABILITIES TO MARRY
IN THE LIGHT OF CONCLUDING OBSERVATIONS AND GENERAL
COMMENTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE
AND THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS
WITH DISABILITIES**

Key words: right to marry, rights of people with disabilities, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Human Rights Committee

Summary

Concluding observations and general comments adopted by the Human Rights Committee (HRC) and the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) may provide a valuable guidance as to how the provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which recognize the right to marry, should be interpreted. The review of these documents shows that the HRC has not so far demonstrated much interest in the issue of the enjoyment of the right in question by persons with disabilities (although it has dealt with some other problems concerning their rights). On the other hand the CRPD pays close attention to the implementation of the article 23.1 (a) of the Convention, which guarantees the right to marry, and to the article 12, which is inextricably linked to the realization of this right, since it confirms that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all areas of life. In a number of the concluding observations adopted up till now the CRPD has recognized the implementation of the right to marry to be one of the main areas of concern. Moreover, in all of its observations the Committee has formulated the same conclusion in relation to the implementation of the article 12 of the Convention. The interpretation of the Convention by CRPD may be thus regarded as very strict and demanding. The Committee accepts no limitations of the right to marry based solely on the existence of disability, nor limitations concerning the legal capacity of persons with disabilities.

ANNA NATALIA SCHULZ

Poznańskie Centrum Prawa Rodzinnego i Praw Dziecka, Instytut Nauk
Prawnych PAN

Urodzenie dziecka przez zastępczą matkę i jego prywatnoprawne konsekwencje w świetle pierwszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Słowa kluczowe: zastępcze macierzyństwo, akt urodzenia dziecka, prawo do ochrony życia rodzinnego, prawo do ochrony życia prywatnego, Europejski Trybunał Praw Człowieka

I. Wprowadzenie

Rozwój technik wspomaganie prokreacji ma wielorakie konsekwencje w sferze medycyny, bioetyki, ekonomii, jak i prawa. Pośród wielu związanych z nim problemów, z jakimi przyszło mierzyć się nie tylko prawnikom, są także i te, dotyczące stosowania tak zwanego zastępczego macierzyństwa.¹

Termin „zastępcza matka” w języku polskim jest mylący, albowiem pierwotnie odnosił się wyłącznie do matek tworzących środowisko zastępcze dla dzieci już urodzonych i pozbawionych rodziny. Tymczasem, za tłumaczeniami angielskich określeń *surrogate mothers* i *surrogate motherhood* terminem tym zaczęto w Polsce określać także kobiety, które zgadzają się przyjąć embrion i donosić ciążę w zastępstwie lub na zlecenie innej kobiety, pary heteroseksualnej (małżonków, konkubentów), pary innych kobiet, mężczyzny, bądź pary mężczyzn. W skali Europy nie ma zgodności co do terminologii. Np. w języku francuskim używa się terminu *la mère porteuse* (matka nosząca/nosicielka), oraz *la gestation pour autrui* (ciąża dla innych).

Trudności terminologiczne i to nie tylko w języku polskim, występują także w przypadku określenia prawnej relacji pomiędzy osobami, na których życzenie dochodzi do poczęcia i urodzenia dziecka przez zastępczą matkę.

¹ Por. R. Smoczyński, *Macierzyństwo*, [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, t. 12, *Redaktor Systemu Prawa Prywatnego Z. Radwański*, Warszawa 2011, wyd. 2, s. 8–9; A. N. Hatzis, „Just the Owen”: *A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts*, [w:] K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerp–Oxford, New York, 2003, p. 412 i n.

W dalszej części tekstu używany będzie wobec nich termin „rodzice intencyjni” (niezależnie od tego, czy są oni uznani za rodziców w świetle prawa danego państwa) oraz „skarżący” (w kontekście dochodzenia praw takich osób przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (dalej: ETPC) w Strasburgu).

W skali świata, ale i w skali samej Europy obserwować można mobilność osób chcących doprowadzić w ten sposób do urodzenia dziecka, swoistego rodzaju turystykę związaną z zastępczym macierzyństwem. Poszczególne państwa przyjmują wobec tego zjawiska różną politykę, a w ślad za tym, w różny sposób ją regulują.

W ostatnich latach coraz częściej publikuje się wyniki międzynarodowych studiów i badań na temat kwestii prawnych związanych ze zjawiskiem zastępczego macierzyństwa. Jednym z najobszerniejszych jest, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*² Haskiej Konferencji Międzynarodowego Prawa Prywatnego³ z 2014 r., w którym szczególną wagę przywiązano do prywatno-międzynarodowej problematyki tego zjawiska. Potwierdza ono, że wraz z rozwojem technik wspomaganego prokreacji reguły ustalania rodzicielstwa w poszczególnych państwach mocno się zróżnicowały, a kwestia ustalenia pochodzenia dzieci urodzonych przez „zastępcze matki” jest na tym tle zazwyczaj jeszcze bardziej złożona. Podobnie jest z pierwotnym zazwyczaj wobec ustalenia pochodzenia dziecka zarejestrowaniem narodzin małoletniego urodzonego przez zastępczą matkę.

Poza zagadnieniami rejestracji urodzenia dziecka, jak i ustalenia jego pochodzenia, wymienić należy związane z nimi dylematy dotyczące problematyki sporządzenia aktu urodzenia dziecka i jego ewentualnej transkrypcji do ksiąg stanu cywilnego państwa, w którym dziecko urodzone przez zastępczą matkę ma docelowo zamieszkać z rodzicami „intencyjnymi”, kwestii przyśługiwania władzy rodzicielskiej (zwłaszcza prawa do sprawowania pieczy nad dzieckiem), prawa do kontaktów z małoletnim, jego alimentacji, problemu nabycia obywatelstwa przez dziecko, a także prawa wjazdu i pobytu na terytorium danego państwa, żeby nie wymienić problemów związanych bardziej z prawem karnym.

Jak podkreśla się w *Studium*, spektrum zagadnień prawnych, związanych ze stosowaniem zastępczego macierzyństwa z elementem transgranicznym, obejmuje także między innymi pytania o zakres wolności prokreacji jednostki, o równouprawnienie, o wykorzystywanie osób znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, czy o kwestie polityki ochrony

² Haska Konferencja Międzynarodowego Prawa Prywatnego, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, marzec 2014 r., http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c_en.pdf (dostęp: 28.08.2015 r.), dalej przywoływane jako *Studium*.

³ Dalej: Konferencji Haskiej lub KMPP.

zdrowia w poszczególnych państwach. Powstaje w takich sytuacjach szereg wątpliwości w zakresie poszanowania praw człowieka zarówno kobiet, które decydują się na donoszenie dziecka na zlecenie, praw dziecka, które przychodzi w ten sposób na świat, jak i praw rodziców genetycznych oraz osób niespokrewnionych, które pretendują do miana rodziców „zamówionego” dziecka.

Skala zjawiska pozostaje trudna do oszacowania, albowiem większość państw, w których dopuszcza się zastępcze macierzyństwo, nie prowadzi oficjalnych statystyk na ten temat. Badania Konferencji Haskiej pokazały jednak, że w ostatnich latach odnotowano znaczący wzrost spraw prawnych związanych z omawianym zjawiskiem.⁴ Szacuje się np., że tylko do Wielkiej Brytanii rocznie przywozi się ok. 1000 dzieci urodzonych przez zastępcze matki⁵. Prawna analiza zagadnienia jest konieczna, ponieważ zdarzają się przypadki, w których problemy prawne dotyczą więcej niż dwu porządków wewnętrznych. Pojawiają się one np., gdy zarówno każde z rodziców intencyjnych, jak i matka zastępcza oraz dawca nasienia mają różne obywatelstwa. W takim stanie sprawy potencjalny konflikt norm prawnych dotyczy co najmniej czterech porządków prawnych, a może i pięciu, jeśli do urodzenia dziecka dochodzi na terenie jeszcze innego państwa.⁶

Wśród skutków prywatnoprawnych dominuje problem jednoznacznego określenia prawnej relacji pomiędzy małoletnim a jego rodzicami intencyjnymi, którzy często nie są rodzicami genetycznymi dziecka. Zazwyczaj problem polega na tym, że według poszczególnych ustawodawstw może dojść do różnych rozstrzygnięć w zakresie ustalenia pochodzenia dziecka. Najczęściej okazuje się, że dziecko przebywa pod pieczę rodziców intencyjnych, którzy nie są uznani za rodziców w świetle prawa państwa ich stałego pobytu, co implikuje dalsze zagadnienia prawne.

Problemy te zostały częściowo uwidocznione w trzech pierwszych orzeczeniach ETPC⁷ związanych ze skutkami stosowania zastępczego macierzyństwa, zapadłych w latach 2014 i 2015, w sprawach przeciwko Francji i przeciw Włochom.

II. Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

1. Pierwsze ze wspomnianych orzeczeń ETPC dotyczyły postępowań przeciwko Francji. Trybunał połączył dwie sprawy do wspólnego rozpatrzenia, dlatego pomimo nieco odrębnych stanów faktycznych, obie mają jednako brzmiące tezy wyroków i argumentację ich uzasadnień. Chodzi o sprawy

⁴ Por. *Studium...*, pkt 125-129.

⁵ *Studium...*, pkt 126.

⁶ Por. *Studium...*, pkt 134.

⁷ Zamiennie Trybunał.

Labasse przeciwko Francji, nr 65 491/11, orzeczenie z 26 czerwca 2014 r.⁸ i *Menesson przeciwko Francji*, nr 65 192/11, orzeczenie z 26 czerwca 2014 r.⁹

a. Stany faktyczne

• Sprawa Labasse:

Obywatele francuscy, pan Labasse urodzony w roku 1950 i jego urodzona w 1951 r. żona wyjechali do Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej. Powodem była nieplodność małżonki. W Minnesocie zawarli kontrakt z Międzynarodowym Centrum Macierzyństwa Zastępczego. Następnie instytucja ta w roku 2000 podpisała umowę z małżonkami L., obywatelkami amerykańskimi o to, że pani L. przyjmie embrion powstały z połączenia gamet pochodzących od anonimowej dawczyni oraz pana Labasse.

Dziewczynka urodziła się 27 października 2001 r. w Minnesocie. W dniu 31 października 2001 r. Trybunał w Minnesocie, w oparciu o oświadczenie zastępczej matki, odebrał jej prawa rodzicielskie. W drugim orzeczeniu wydanym przez ten sam Trybunał tego samego dnia ustalono ojcostwo pana Labasse wobec dziecka, nadano dziewczynce imię i nazwisko – Juliette Monika Labasse. Trybunał przyznał panu Labasse prawo do opieki prawnej i fizycznej nad dziewczynką i zezwolono mu na opuszczenie wraz z nią terytorium Minnesoty i wyjazd do Francji. Jednocześnie odebrano małżonkom L. prawo do kontaktu z dzieckiem. W oparciu o to orzeczenie Trybunału, w dniu 1 listopada 2001 sporządzony został w Minnesocie amerykański akt urodzenia Juliette Monique Labasse, w którym wskazano jako rodziców państwa Labasse. W dniu 28 lipca 2003 r. Trybunał w Nantes odmówił państwu Labasse transkrypcji amerykańskiego aktu urodzenia dziecka. Sąd francuski powołał się na sprzeczność takiej transkrypcji z francuską zasadą porządku publicznego. Rozpoczęła się wieloletnia batalia prawna.

Ustalenie stanu cywilnego możliwe jest we Francji na podstawie decyzji sędziego, który wysłuchuje oświadczeń zainteresowanych stron oraz świadków i może wydać tak zwany *acte de notoriété*.¹⁰ Państwo Labasse postanowili skorzystać z takiej możliwości i 3 grudnia 2003 r. uzyskali *acte de notoriété*, w którym sędzia rodzinny stwierdził, że opiekują się oni dzieckiem od momentu jego urodzenia jako własnym i na tej podstawie ustalił stan cywilny Juliette Monique Labasse. Jednak sąd wyższej instancji unieważnił w roku 2007 *acte de notoriété* i stwierdził, że nie może on stanowić podstawy ustalenia pochodzenia dziecka.

⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Labasse przeciwko Francji* z 26.06.2014, nr skargi 65 491/11.

⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Menesson przeciwko Francji* z 26.06.2014, nr skargi 65 192/11.

¹⁰ Art. 317 fr. k.c.

Ponieważ rozstrzygnięcie to zostało podtrzymane także przez sąd apelacyjny w roku 2009, sprawa dotarła do Cour de cassation. W dniu 6 kwietnia 2011 r. sąd ten odrzucił skargę państwa Labasse na działania władz i sądów francuskich jako potencjalnie sprzecznych z zasadą dobra dziecka wyrażoną w oenzetowskiej Konwencji o prawach dziecka¹¹ i art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹². Cour de cassation orzekł, że kontrakt między państwem Labasse a parą amerykańską, zawarty za pośrednictwem Międzynarodowego Centrum Płodności dla Macierzyństwa Zastępczego, jest sprzeczny z francuską koncepcją klauzuli międzynarodowego publicznego porządku prawnego, a w związku z tym nieważny i nie rodzi skutków prawnych na terenie Francji. Narusza on jedną z podstawowych zasad prawa francuskiego, mianowicie zasadę niedysponowania stanem cywilnym. Zasada ta stoi na przeszkodzie uznaniu skutków umowy zawartej nielegalnie za granicą, co w efekcie uniemożliwia ustalenie pochodzenia dziecka na podstawie umowy państwa Labasse z państwem L.W ocenie Cour de cassation w zaistniałej sytuacji Juliette Monique Labasse nie została pozbawiona możliwości ustalenia pochodzenia, albowiem ma ona ustalone pochodzenie zgodnie z prawem stanu Minnesota. Nie uniemożliwia to jej życia z państwem Labasse, a w związku z tym nie można mówić o naruszeniu ochrony życia rodzinnego i prywatnego w rozumieniu art. 8 ETPC i najwyższego interesu dziecka w rozumieniu art. 3 Konwencji o prawach dziecka.

• **Sprawa Mennesson:**

Państwo Mennesson (on urodzony w 1965 r., ona urodzona w 1955 r.), podjęli kilka prób wspomaganie prokreacji metodą *in vitro*. Żadna z prób nie doprowadziła do urodzenia dziecka przez panią Mennesson. Wyjechali więc do Kalifornii, gdzie doszło do powołania do życia embrionów z materiału genetycznego pana Mennesson i anonimowej dawczyni. Zastępczą matką została zamężna kobieta, która otrzymała zwrot kosztów. W dniu 1 marca 2000 r. okazało się, że ciąża jest bliźniacza. Jeszcze przed narodzeniem dzieci, w dniu 14 lipca 2000 r., Sąd Najwyższy Stanu Kalifornia, do którego zwrócił się pan Mennesson i małżonkowie amerykańscy związani z nim kontraktem orzekł, że to pan Mennesson jest ojcem genetycznym i prawnym, a jego żona prawną matką dzieci, które mają się narodzić w ciągu następnych czterech miesięcy. W orzeczeniu stwierdzono, że małżonkowie Mennesson mają być wpisani w akcie urodzenia dziecka jako rodzice.

Valentina i Fiorella Mennesson urodziły się w dniu 25 października 2000 r. i w akcie urodzenia dzieci wpisano jako rodziców małżeństwo francuskie.

¹¹ Dalej: KPD.

¹² Dalej: EKPC lub Konwencja.

Konsulat w Los Angeles odmówił jednak transkrypcji ich amerykańskich aktów urodzenia i wpisania dzieci do paszportu pana Mennesson. Zażądano od niego potwierdzenia, że dzieci zostały urodzone przez jego małżonkę, a następnie przesłano dokumentację sprawy prokuratorowi w Nantes. Dzieci wjechały do Francji w listopadzie 2000 r. jako obywatelki amerykańskie. Władze kalifornijskie wydały im paszporty, w których jako rodziców wpisano pana i panią Mennesson. Jak podkreślali później skarżący, zanim skorzystali z usług zastępczej matki w Kalifornii, według ich wiedzy były wcześniej przypadki, w których władze francuskie nie robiły problemów z transkrypcją amerykańskich aktów urodzenia dzieci w podobnych przypadkach. Od grudnia 2000 do 30 września 2004 r. toczyło się przeciwko panu Mennesson postępowanie w sprawie o próbę sfalszowania akt stanu cywilnego dzieci. Zakończyło się ono jednak umorzeniem. Sąd stwierdził, że czyny zostały popełnione na terytorium amerykańskim, gdzie nie stanowią przestępstwa i w związku z tym nie stanowią także deliktu na terenie Francji.¹³

Jednocześnie toczyło się postępowanie w sprawie transkrypcji aktów stanu cywilnego pańien Mennesson. W dniu 25 listopada 2002 r. dokumenty te zostały wpisane do centralnych francuskich ksiąg stanu cywilnego przez Konsulat w Los Angeles. Jednakże 16 maja 2003 r. prokurator poinformował pana Mennesson o zamiarze anulowania transkrypcji, albowiem umowy mające na celu urodzenie dziecka z zamiarem jego porzucenia zaraz po urodzeniu są sprzeczne z zasadami francuskiego porządku prawnego niedysponowania ciałem ludzkim i niedysponowania stanem cywilnym. Stwierdzono, że orzeczenie Sądu Najwyższego Kalifornii z roku 2000 jest sprzeczne z francuską klauzulą międzynarodowego porządku publicznego i z klauzulą wewnętrznego porządku publicznego i jako takie nie może być wykonane na terenie Francji.

Sędzia wyższej instancji uznał jednak w dniu 13 grudnia 2003 r., że sprawa jest niedopuszczalna. Stwierdzono, że prokurator sam jest winien zaistniałej sytuacji, albowiem działa na rzecz anulowania transkrypcji, do której sam dopuścił. Na mocy przepisów kodeksu cywilnego przysługuje mu prawo kontroli i możliwość zablokowania transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego, jeśli jest ona niedopuszczalna w świetle prawa francuskiego. Orzeczenie sądu wyższej instancji zaskarżył do sądu apelacyjnego w Paryżu minister spraw publicznych. Sąd apelacyjny w Paryżu w dniu 25 października 2007 r. podtrzymał jednak orzeczenie sądu wyższej instancji, niemniej w kolejnej instancji Cour de cassation w dniu 17 grudnia 2008 r. anulował oba rozstrzygnięcia i nakazał ponowne rozpoznanie sprawy.

W dniu 18 marca 2010 r. sąd apelacyjny w Paryżu anulował transkrypcje obu aktów urodzenia dziewczynek. W uzasadnieniu stwierdzono, że akt urodzenia dzieci został wystawiony ze względu na orzeczenie Sądu Najwyższego Kalifornii z 14 lipca 2000 r., w którym stwierdzono ojcostwo genetycz-

¹³ *Mennesson przeciwko Francji*, § 16.

ne pana Mennesson i ustanowiono jego żonę prawną matką dzieci. Akty stanu cywilnego dzieci są więc nierozłącznie z tym orzeczeniem związane i efektywność takiej integralnej części orzeczenia sądu kalifornijskiego podlega ocenie co do zgodności z przepisami międzynarodowymi.¹⁴ Uznanie na terytorium Francji rozstrzygnięcia sądowego wydanego w państwie, z którym nie łączy Francji żadna umowa międzynarodowa poddane jest zaś – według sądu apelacyjnego w Paryżu – trzem warunkom: stwierdzeniu pośredniej właściwości sędziego zagranicznego ze względu na wcześniejszą zawisłość sprawy przed sądem zagranicznym, zgodności meritum z klauzulą międzynarodowego porządku publicznego i braku nadużycia prawa.

Sąd apelacyjny w Paryżu ocenił, że orzeczenie Najwyższego Sądu Kalifornii w sposób pośredni sankcjonuje niedozwoloną w prawie francuskim umowę o macierzyństwo zastępcze, jest więc sprzeczne z francuskim rozumieniem klauzuli międzynarodowego porządku publicznego. W efekcie, sąd apelacyjny uznał, że nie jest konieczne badanie, czy doszło do nadużycia prawa, zaś transkrypcję amerykańskich aktów urodzenia dzieci, które wskazują panią Mennesson jako matkę dzieci, należy unieważnić w centralnym rejestrze aktów stanu cywilnego Francji, wpisując wzmiankę o orzeczeniu sądu apelacyjnego na marginesie anulowanych dokumentów.

W ocenie sądu paryskiego, państwo Mennesson wraz z dziećmi nie mogą zarzucić, że nie mieli uczciwego procesu, nie mogą także zarzucać naruszenia prawa międzynarodowego i wewnętrznego. Skarżący powołują się na pojęcia, zwłaszcza na pojęcie najwyższego interesu dziecka, które same w sobie nie uzasadniają w zaistniałej sytuacji walidacji wcześniejszego postępowania, uznanego za nielegalne przez ustawodawcę francuskiego. Ponadto, brak transkrypcji do francuskiego rejestru aktów stanu cywilnego nie pozbawia dzieci stanu cywilnego ustalonego w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej i ojcostwa ustalonego na podstawie prawa kalifornijskiego.

Sprawa została zaskarżona do Cour de cassation, który rozpatrywał jednocześnie skargę państwa Labasse. W orzeczeniu dotyczącym obu spraw, w dniu 6 kwietnia 2011 r. sąd ten odrzucił skargę państwa Mennesson na działania władz i sądów francuskich jako potencjalnie sprzecznych z zasadą dobra dziecka wyrażoną w oenzetowskiej KPD i art. 8 EKPC. Na tych samych podstawach Cour de cassation odrzucił skargę państwa Labasse.

Jednocześnie Cour de cassation potwierdził opinię wyrażoną wcześniej przez sąd apelacyjny w Paryżu, że w zaistniałej sytuacji dziewczynki nie zostały całkowicie pozbawione możliwości ustalenia pochodzenia, albowiem mają one ustalone pochodzenie od obojga państwa Mennesson zgodnie z prawem stanu Kalifornia. Nie uniemożliwia im to życia i zamieszkiwania

¹⁴ Por. M. Farge, *Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui quand la promotion internationale de l'ordre public français abouti à une situation boiteuse inadmissible*, Droit de la famille – Revue Mensuelle Lexis Nexis, Juris Classeur, wrzesień 2010, s. 23 i n.

z państwem Mennesson, a w związku z tym nie można mówić o naruszeniu ochrony życia rodzinnego i prywatnego w rozumieniu art. 8 ETPC i najwyższego interesu dziecka w rozumieniu art. 3 KPD. Cour de cassation ocenił, że z powodu braku stosownego orzecznictwa ETPC dotyczącego zastępczego macierzyństwa państwa mają pewną swobodę w rozstrzyganiu kwestii prawnych z nim związanych. W opinii sądu francuskiego usankcjonowanie w imię ochrony życia rodzinnego sytuacji stworzonych w sposób uznany w danym państwie za niezgodne z prawem jest także sprzeczne z porządkiem publicznym.¹⁵

Dodać należy, że Cour de cassation od początku lat 90. XX w. miał ustaloną linię orzeczniczą w sprawach związanych z zastępczym macierzyństwem i orzeczenia w omawianych sprawach nie były ani pierwsze, ani ostatnie, a wpisywały się argumentacją w dotychczasowe orzecznictwo tego sądu.¹⁶ Zarówno państwo Labasse oraz Juliette Monique Labasse, jak i małżeństwo Mennesson wraz z Valentiną i Fiorellą Mennesson wnieśli skargi do ETPC.

b. Jakie są skutki braku transkrypcji aktów urodzenia dzieci

Brak transkrypcji aktów urodzenia dzieci narażał skarżących na każdorazową konieczność okazywania amerykańskich dokumentów stanu cywilnego wraz z tłumaczeniem przysięgłym przy załatwianiu wszelkich czynności związanych z dziećmi, w których konieczne było udowodnienie pokrewieństwa stron. Przykładowo, dotyczyło to zapisania do szkolnej stołówki, ubezpieczenia dzieci czy zgłaszania wniosków o zasiłki rodzinne. Z braku francuskich aktów urodzenia dzieci, ich rodzice intencyjni nie mogli posługiwać się, tak jak inni rodzice Francuzi, tak zwaną książeczką rodzinną, co z reguły budziło zainteresowanie, a nawet podejrliwość.¹⁷

Zarówno dzieci w rodzinie Labasse, jak i w rodzinie Mennesson w chwili składania skargi do ETPC miały wyłącznie obywatelstwo amerykańskie i nie mogły nabyć obywatelstwa francuskiego, albowiem ich pochodzenie nie zostało określone zgodnie z prawem francuskim. Skarżący podnosili, że istnieje ryzyko wydalenia dzieci z kraju po osiągnięciu przez nie pełnoletności. Ze względu na niemożność zgodnego z prawem francuskim ustalenia pochodzenia macierzyństwa zainteresowanych kobiet, skarżący podnosili także obawy o skutki tej sytuacji w prawie spadkowym i niebezpieczeństwo traktowania poszczególnych członków jako osób sobie obcych.

¹⁵ Por. C. Neirinck, *La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né*, Droit de la famille – Revue Mensuelle Lexis Nexis, Juris Classeur, maj 2011, s. 19 i n.

¹⁶ Por. *Mennesson przeciwko Francji*, §§ 33-34 i *Labasse przeciwko Francji*, §§ 24-25.

¹⁷ Por. *ibidem*, § 88 i *ibidem*, § 67.

c. Rozstrzygnięcie ETPC

ETPC uznał obie skargi za dopuszczalne.¹⁸ Stwierdził, że głównym zagadnieniem prawnym, które implikuje pozostałe problemy, jest odmowa władz francuskich uznania orzeczeń sądów amerykańskich ustalających pochodzenie dzieci. Podkreślił, że konieczne jest odrębne badanie sytuacji prawnych rodziców i sytuacji dzieci¹⁹, a także kwestii ingerencji w prawa chronione art. 8 EKPC.²⁰

Trybunał potwierdził, że środki przyjęte przez sądy francuskie były przewidziane przez prawo. Co więcej, władze francuskie, odmawiając stwierdzenia istnienia relacji prawnej pomiędzy rodzicami i dziećmi urodzonymi za granicą z zastępczych matek, działały mając na względzie uprawniony, uzasadniony cel. Przyjęte we Francji środki prawne miały bowiem zniechęcać obywateli do sięgania za granicą po metody wspomagania prokreacji zabronione w kraju. Zakaz ten był ponadto podyktowany ochroną zdrowia i ochroną praw i wolności innych osób, to jest ochroną dzieci i zastępczych matek.²¹

Analizując, czy podjęte środki były potrzebne, Trybunał orzekł, że państwa mają duży margines swobody w ocenie, co jest konieczne w demokratycznym społeczeństwie. Przyznał, że badanie prawno-porównawcze pokazało olbrzymie zróżnicowanie w państwach Rady Europy w zakresie zastępczego macierzyństwa. W świetle badań przeprowadzonych przez Trybunał, zastępcze macierzyństwo jest zakazane w czternastu państwach Rady Europy, ale wprost dozwolone w siedmiu. W trzynastu państwach europejskich możliwe jest potwierdzenie pochodzenia dziecka od rodziców intencyjnych. Trybunał uznał, że w tej sytuacji brak jest konsensusu pomiędzy państwami Rady Europy, jak traktować złożoną problematykę zastępczego macierzyństwa. Elementem ograniczającym margines swobody przysługujący państwom w takiej sytuacji jest jednak dobro dziecka, albowiem w grę wchodzi ustalenie jego pochodzenia.²² W ocenie Trybunału, w zakresie poszanowania życia rodzinnego władze i sądy francuskie zachowały równowagę i nie naruszyły praw do ochrony życia rodzinnego skarżących.²³ W tym zakresie skargę uznano za nieuzasadnioną, ETPC częściowo podzielił tym samym argumentację Cour de cassation.

Trybunał stwierdził natomiast naruszenie praw do życia prywatnego, ale tylko wobec dzieci. To one bowiem nie mogły ustalić swojego pochodzenia, a w efekcie nabyć obywatelstwa francuskiego.²⁴ Tymczasem możliwość ustalenia szczegółów dotyczących własnej tożsamości, w tym pochodzenia, stano-

¹⁸ Por. *ibidem*, §§ 46-47 i *ibidem*, §§ 38-39.

¹⁹ Por. *ibidem*, § 86 i *ibidem*, § 65.

²⁰ Por. *ibidem*, §§ 48-49 i *ibidem*, §§ 49-50.

²¹ Por. *ibidem*, § 62 i *ibidem*, § 54.

²² Por. *ibidem*, §§ 75-77 i *ibidem*, §§ 59-60.

²³ Por. *ibidem*, § 94 i *ibidem*, § 73.

²⁴ Por. *ibidem*, § 101 i *ibidem*, § 80.

wi jeden z elementów prawa do ochrony życia prywatnego. Odmowa uznania przez Francję efektów orzeczeń sądów amerykańskich, w których dzieci mają ustalone pochodzenie od rodziców intencyjnych, uderza – według Trybunału – w tożsamość dzieci we Francji.²⁵ Podobne argumenty Trybunał wysunął w zakresie braku możliwości uzyskania obywatelstwa francuskiego przez dzieci w sytuacji, gdy ich ojcowie byli obywatelami Francji.²⁶ Zdaniem Trybunału, niemożność ustalenia pochodzenia od rodziców intencyjnych narusza zakres poszanowania prawa do życia prywatnego dzieci.²⁷

Podkreślając, że jakkolwiek Francja może podejmować różne środki dla zniechęcenia własnych obywateli do obejścia prawa francuskiego, Trybunał uznał, że skutki tych działań nie mogą dotyczyć dzieci urodzonych w wyniku zastosowania zastępczego macierzyństwa. Każde działanie władz musi podlegać prymatowi dobra dziecka, tymczasem w zaistniałych sytuacjach dzieci nie mogły ustalić swego pochodzenia także od tego z rodziców intencyjnych, który był ich ojcem genetycznym. W tym właśnie zakresie Trybunał szczególnie podkreślił przekroczenie granic marginesu swobody przez Francję.²⁸

Skarżący podnosili, że niemożność prawnego uznania więzi pokrewieństwa pomiędzy dziećmi a ich ojcami genetycznymi stanowi naruszenie przez Francję art. 8 w połączeniu z art. 14 Konwencji. W ocenie skarżących, można mówić o ich dyskryminacji w porównaniu z sytuacją innych dzieci, które powołano do życia dzięki technikom wspomagania prokreacji z użyciem komórki jajowej anonimowej dawczyni, a także z sytuacją tych dzieci, które urodziły się dzięki zastępczemu macierzyństwu za granicą, a których akty urodzenia zostały bezproblemowo transkrybowane do centralnego rejestru aktów stanu cywilnego Francji. ETPC uznał obie skargi w tym zakresie za dopuszczalne, ostatecznie jednak stwierdził, że orzeczenie o naruszeniu ochrony życia prywatnego dzieci powoduje, że rozpatrywanie obu spraw w świetle art. 8 i art. 14 Konwencji łącznie nie jest konieczne. Trybunał orzekł także za niedopuszczalne rozpatrywanie obu spraw w świetle art. 6 § 1 i art. 12 EKPC z powodu odpowiednio braku naruszeń proceduralnych rozpatrywania spraw skarżących we Francji i braku wyczerpania procedury krajowej w zakresie zarzutów z art. 12 EKPC.

Dzieciom z obu rodzin Trybunał przyznał po 5000 euro tytułem zadośćuczynienia za straty moralne oraz 15 000 euro skarżącym na pokrycie wydatków, odmawiając jednocześnie przyznania większego zadośćuczynienia.

²⁵ Por. *ibidem*, § 96 i *ibidem*, § 75.

²⁶ Por. *ibidem*, § 97 i *ibidem*, § 76.

²⁷ Por. *ibidem*, § 98 i *ibidem*, § 77.

²⁸ Por. *ibidem*, § 100 i *ibidem*, § 79.

2. Kolejna sprawa, w której Trybunał w Strasburgu zajmował się prywatnoprawną problematyką zastępczego macierzyństwa, to skarga małżeństwa Paradiso i Campanelli.²⁹ ETPC w składzie Izby wydał orzeczenie w dniu 27 stycznia 2015 r. Na wniosek rządu włoskiego, sprawa została przekazana do rozpatrzenia Wielkiej Izbie Trybunału strasburskiego i do momentu oddania tego tekstu do druku nie została ona ostatecznie rozstrzygnięta.

a. Stan faktyczny

Po kilku nieudanych próbach zapłodnienia *in vitro* małżonkowie Donatina Paradiso (urodzona w roku 1967) i Giovanni Campanelli (urodzony w roku 1955), obywatele włoscy, zdecydowali się na kontrakt o zastępcze macierzyństwo w Rosji. W dniu 19 czerwca 2010 r. wszczepiono rosyjskiej zastępczej matce dwa embriony. W lutym 2011 urodziło się jedno dziecko – chłopiec. Zgodnie z prawem rosyjskim, 10 marca 2011 r. zastępcza matka w formie pisemnej wyraziła swoją zgodę na zarejestrowanie dziecka jako syna skarżących. Włosi zostali wpisani w akcie urodzenia Teodoro Campanelli jako jego rodzice.

Miesiąc później, w dniu 29 kwietnia 2011 r., pani Paradiso pojawiła się w konsulacie włoskim w Moskwie, by uzyskać dokumenty podróży dla dziecka. Po złożeniu przez nią dokumentacji i odpowiedzi na zadane pytania, konsulat wydał dokumenty zezwalające na wywóz dziecka do Włoch. Zgodnie z Konwencją Haską z 1961 r., akt urodzenia dziecka, w którym nie było wzmianki o zastępczym macierzyństwie, został w Moskwie zaopatrzony w *apostile*, czym potwierdzono autentyczność dokumentu.

W dniu 30 kwietnia 2011 r. dziecko i pani Paradiso przybyli do Włoch. Dwa dni później konsulat w Moskwie powiadomił władze włoskie, w tym i prokuraturę, że przedstawione mu dossier dziecka zawiera fałszywe dane. Niemal niezwłocznie, albowiem już 5 maja tego samego roku, skarżący zostali wezwani na przesłuchanie. Postawiono im zarzuty sfałszowania aktu stanu cywilnego oraz naruszenia przepisów dotyczących adopcji. W trakcie postępowania okazało się bowiem, że w roku 2006 małżonkowie ci uzyskali zezwolenie na adopcję, zgoda ta wykluczała jednak przysposobienie tak małego dziecka. Procedura karna nie zakończyła się do wydania przez ETPC wyroku w sprawie.

Dla skarżących o wiele ważniejsze było to, że w toku procedury krajowej, w dniu 20 października 2011 r., odebrano im dziecko i oddano je pod opiekę prawną. Dodać należy, że już 5 maja 2011 r., na żądanie ministra spraw publicznych, dziecko zostało uznane przez sąd rodzinny za opuszczone

²⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Paradiso i Campanelli przeciwko Włochom* z 27.01.2015 r., nr skargi 25 358/12.

w świetle prawa i przeznaczone do procedury adopcyjnej. Tego samego dnia, dla ochrony interesów małego Teodoro został wyznaczony kurator i formalnie otwarto procedurę przysposobienia. Małżonkowie Paradiso i Campanelli sprzeciwiali się środkom podejmowanym wobec dziecka i zgłosili się w sprawie jako kandydaci na przysposabiających. Po przeprowadzeniu testów DNA okazało się, że wbrew twierdzeniom zainteresowanych, chłopca nie łączą z nimi żadne więzi genetyczne. Wcześniej pani Paradiso twierdziła, że już we wrześniu 2008 r. przewiozła do Rosji nasienie jej małżonka i podpisała stosowny kontrakt, zgodnie z którym planowane wówczas dziecko miało zostać poczęte z materiału genetycznego jej i jej małżonka. Wiadomo było jednak w sprawie, że do poczęcia zostały użyte komórki rozrodcze anonimowej dawczyni. Odbierając dziecko skarżącym w październiku 2011 r., sąd włoski stwierdził, między innymi, że matka w toku przesłuchań przyznała, że nie jest matką genetyczną, nie ma więzi genetycznej dziecka z panem Campanelli, że nie ma dowodów na to, że skarżąca w ogóle transportowała materiał genetyczny pana Campanelli z Włoch do Rosji i pewna jest jedyne tożsamość zastępczej matki, która zrzekła się wszelkich praw do dziecka oraz to, że skarżący zapłacili jej sumę 49 tysięcy euro.

Sąd włoski podkreślił, że skarżący postawili dziecko w sytuacji niezgodnej z prawem, albowiem wwieźli je do Włoch podając za własne, czym naruszyli przepisy adopcyjne. Ponadto, umowa o zastępcze macierzyństwo zawarta w Rosji naruszała włoskie prawo o wspomaganiu prokreacji, które zabrania zapłodnienia heterologicznego. Decydując o odebraniu dziecka skarżącym, sąd włoski uznał, że sześciomiesięczny okres przebywania dziecka z małżonkami był na tyle krótki, że nie powinien wpłynąć na rozwój i dobro małego. Dziecko umieszczono w domu dziecka, w miejscu nieznanym małżonkom i zakazano im kontaktu z chłopcem.

W tym samym czasie toczyło się postępowanie dotyczące transkrypcji aktu urodzenia dziecka. Na polecenie ministra spraw wewnętrznych z dnia 11 lipca 2011 r., włoski urząd stanu cywilnego odmówił wpisania rosyjskiego aktu urodzenia dziecka do włoskich ksiąg stanu cywilnego. Sprawa utknęła w sądzie apelacyjnym, po stwierdzeniu przez sąd niższej instancji, że nie jest właściwy w sprawie. Minister spraw wewnętrznych domagał się zmiany imienia i nazwiska dziecka i sporządzenia nowego aktu urodzenia chłopca. Prokurator zatrzymał dokumenty rosyjskie na wiele miesięcy jako dowód w sprawie.

Z powodu przeciągania się procesu o transkrypcję danych nastąpiła zwłoka w zgłoszeniu dziecka do adopcji, w wyniku czego dziecko przebywało w domu dziecka od dnia 20 października 2011 do 26 stycznia 2013 roku, kiedy to zostało umieszczone w rodzinie pre-adopcyjnej i jego opiekun prawny wystąpił o nadanie mu nazwiska i imienia.

Ze względu na ich postawę w toku wszystkich postępowań, małżonkom odmówiono zdolności do przysposobienia Teodoro. Z przyczyn formalnych nie

mogli więc już występować w sprawie jako kandydaci na przysposabiających. Co więcej, 5 czerwca 2013 r. sąd włoski uznał, że skarżący nie mogą także występować w postępowaniu adopcyjnym jako rodzice biologiczni, nie są bowiem w świetle prawa ani jego rodzicami, ani krewnymi.

Natomiast 3 kwietnia 2013 r. włoski sąd apelacyjny przyznał, że skarżący mają prawo występować jedynie w sprawie o transkrypcję aktu urodzenia jako rodzice dziecka w nim wskazani pomimo że jest jasne, że nie są biologicznymi rodzicami dziecka. Odmówił jednak transkrypcji, ponieważ akt ten był fałszywy, dziecko nie miało obywatelstwa rosyjskiego, zgodnie z którym można by stwierdzić jego pochodzenie zgodnie z prawem rosyjskim, a ponadto ustalenie pochodzenia zgodnie z prawem rosyjskim było sprzeczne z włoskim porządkiem prawnym i nie można było dokonać transkrypcji aktu prawnego stwierdzającego fałszywe dane. Ostatecznie sąd włoski zarządził sporządzenie nowego aktu urodzenia dziecka, jako dziecka nieznanych rodziców.

b. Rozstrzygnięcie ETPC

• dopuszczalność

Skarżący wnieśli skargę w imieniu dziecka, zarzucając naruszenie art. 6,8 i 14 EKPC poprzez niemożność potwierdzenia ustalonego za granicą pochodzenia dziecka, a także odebranie dziecka skarżącym i przekazanie go do adopcji. Trybunał przyznał jednak rację rządowi, który zakwestionował możliwość reprezentowania interesów dziecka przez skarżących, skoro od 20 października 2011 r. chłopiec reprezentowany w toku wszystkich postępowań przed sądami krajowymi początkowo przez kuratora, a potem przez opiekuna prawnego, a skarżącym nie przysługiwało prawo uczestniczenia w aktualnie toczących się postępowaniach dotyczących dziecka. Chodziło także o ochronę dziecka, które ma obecnie nową tożsamość i akt urodzenia, znajduje się w rodzinie adopcyjnej, a postępowanie w sprawie o przysposobienie jest w toku.

Skarżący zarzucali władzom włoskim naruszenie ich własnego życia rodzinnego i prywatnego. ETPC uznał, że skoro skarżący mogli brać udział w postępowaniu o transkrypcję aktu urodzenia i przynajmniej przez 6 miesięcy przysługiwała im władza rodzicielska, to mogą domagać się ochrony swoich praw przed Trybunałem, *de facto* istniało bowiem w tym okresie życie rodzinne pomiędzy nimi a dzieckiem.

Skarżący nie wykorzystali jednak środków krajowych w postępowaniu o transkrypcję aktu urodzenia. Możliwa jest bowiem kasacja, z której nie skorzystali i dlatego ich skarga w tym zakresie została uznana za niedopuszczalną. Ostatecznie Trybunał badał więc sprawę wyłącznie w aspekcie naruszenia życia rodzinnego skarżących poprzez zastosowanie środka prawnego jakim było objęcie dziecka opieką prawną i oddanie małoletniego do adopcji.

- **meritum**

Analizując sprawę, Trybunał potwierdził, że *de facto* istniało pomiędzy skarżącymi i dzieckiem życie rodzinne, dlatego możliwe było badanie okoliczności objętych skargą w świetle art. 8 EKPC. Pomimo że Trybunał odrzucił dopuszczalność skargi odnoszącej się do odmowy transkrypcji rosyjskiego aktu urodzenia dziecka, przeanalizował postępowanie pana Campanelli w zakresie, w jakim dążył on do ustalenia, że jest ojcem dziecka. Trybunał badał je w kontekście ochrony życia prywatnego, chronionego przez art. 8 EKPC.

Badając kolejne przesłanki dopuszczalności ingerencji w prawa chronione Konwencją, Trybunał przyznał, że środki podjęte przez władze włoskie są przewidziane przez system wewnętrzny. W świetle prawa włoskiego dopuszczalne było zastosowanie środków w nim przewidzianych wobec dziecka nieznanego rodziców, które nie miało obywatelstwa rosyjskiego. Trybunał stwierdził, że działano w obronie porządku prawnego i istniały podstawy do odebrania dziecka. W ocenie Trybunału, sędziowie krajowi nie podjęli decyzji nierozsądnej, ale pojawiła się wątpliwość, czy w należyтым stopniu wzięli pod uwagę interes dziecka.

Trybunał podkreślił, że odebranie dziecka jest środkiem tak daleko idącym, że może on być zastosowany jedynie w ostateczności. W świetle dotychczasowego orzecznictwa EKPC dotyczącego umieszczania dziecka poza rodziną, dla usprawiedliwienia odebrania dziecka trzeba wykazać, że celem takiego działania jest ochrona małoletniego przed bezpośrednim niebezpieczeństwem. Takiego zagrożenia nie było w badanej sprawie. Trybunał stwierdził, że sądy włoskie kierowały się oceną naruszenia przez skarżących prawa adopcyjnego, ale nie zapadł w tej sprawie wyrok sądu karnego. Dopiero bowiem orzeczenie tego typu w sprawie o naruszenie przepisów prawa adopcyjnego ostatecznie pozbawiłoby skarżących możliwości przyjęcia dziecka oraz jego przysposobienia.³⁰ ETPC podkreślił, że w aktach nie było ekspertyzy prawnej, w świetle której skarżący utraciliby zdolność do kochania dziecka i jego wychowania.³¹

Ponadto, dziecko uzyskało nową tożsamość dopiero w kwietniu 2013. W świetle prawa niemal nie istniało przez dwa lata, co w ocenie ETPC narusza Konwencję o prawach dziecka. Trybunał stwierdził, że w tej sprawie nie jest przekonany, by przesłanki przyjęte przez władze włoskie przy odebraniu dziecka skarżącym przez służby socjalne były odpowiednie. Władze włoskie nie zachowały odpowiedniej równowagi pomiędzy interesami stron, interesem dziecka i interesem publicznym, co stanowi naruszenie art. 8 EKPC. Należy jednak podkreślić, że Trybunał wziął pod uwagę fakt, że „dziecko zapewne nawiązało więzi emocjonalne z rodziną, w której zostało

³⁰ Ibidem, § 83.

³¹ Ibidem, § 84.

umieszczone na początku roku 2013. Zalecił, by stwierdzenie naruszenia EKPC nie zostało zrozumiane jako zobowiązanie państwa do zwrócenia małoletniego skarżącym”.³²

c. zdanie odrębne

O ile w sprawach Labasse i Mennesson przeciwko Francji rozstrzygnięcia zapadły jednogłośnie, w sprawie włoskiej dwóch sędziów Izby sprzeciwiło się opinii większości.

W swoim zdaniu odrębnym sędziowie Guido Raimondi i Robert Spano podkreślali, że art. 8 EKPC nie można interpretować jako gwarantującego czy wręcz kreującego „życie rodzinne” pomiędzy małoletnim a osobami z nim niespokrewnionymi, jeśli piecza sprawowana nad dzieckiem wynika z czynów sprzecznych z prawem i porządkiem publicznym.³³ Zwrócili uwagę, że za pośrednictwem firmy rosyjskiej, z którą skarżący podpisali kontrakt, doszło do *de facto* kupna gamet, jak i potem samego dziecka.³⁴ Współczucie dla skarżących, którzy latami zabiegali o dziecko nie zmienia faktu, że ich dobra wiara nie tworzy pokrewieństwa z dzieckiem, nawet jeśli tylko poprzez pomysłkę w procesie prokreacji nie użyto nasienia pana Campanelli.³⁵

W swej opinii, sprzeciwili się zdaniu większości, jakoby ocena zdolności do sprawowania pieczy nad dzieckiem skarżących, którzy co najmniej godzili się na przekroczenie prawa włoskiego i międzynarodowego dotyczącego adopcji dokonana przez sędziów krajowych, naruszała zasadę proporcjonalności. W ocenie sędziów Raimondiego i Spano, nie można godzić się na sankcjonowanie bezprawnych działań skarżących, które doprowadziły do tego, że sprawowali oni pieczę nad dzieckiem.

Orzeczenie, ich zdaniem, narusza zasadę subsydiarności. Ocenili, że „Trybunał zadziałał w nim jako czwarta instancja”, tymczasem „powinien był zachować powściągliwość i ograniczyć się do sprawdzenia, czy ocena sędziów krajowych nie była arbitralna”.³⁶ Podkreślali także, że w ich ocenie „kwestia ustalenia tożsamości dziecka nie miała wpływu na decyzję z jesieni 2011 r. o odebraniu skarżącym dziecka”. Kwestia ta nie powinna być podnoszona przez skarżących, ale „mogłaby stanowić przedmiot skargi samego małoletniego”.

Bardzo mocno podkreślali także, że decyzja większości w efekcie pozbawia państwa, które nie zgadzają się na stosowanie zastępczego macierzyństwa, uprawnionej możliwości nieuznawania jego transgranicznych efektów.

³² Ibidem, §§ 86 i 87.

³³ G. Raimondi, R. Spano, *Paradiso i Campanelli przeciwko Włochom*, zdanie odrębne, § 3.

³⁴ Ibidem, § 8.

³⁵ Ibidem, § 10.

³⁶ Ibidem, § 14.

Ich zdaniem: „Jeśli wystarczy stworzenie więzi z dzieckiem w innym państwie, po to, by władze państwa, w którym podobna sytuacja uznana jest za sprzeczną z prawem, musiały uznać istnienie życia rodzinnego, okaże się, że wolność państw nieuznawania efektów zastępczego macierzyństwa, potwierdzona w orzeczeniach ETPC w sprawach Labasse i Mennesson została unieczystwiona”.³⁷

III. Ocena rozstrzygnięć ETPC

Dotychczasowe skargi do ETPC potwierdzają diagnozę Haskiej Konferencji Międzynarodowego Prawa Prywatnego, w świetle której kluczowymi problemami związanymi z transgranicznym zastępczym macierzyństwem są: ustalenie pochodzenia, sporządzenie aktu urodzenia dziecka oraz transkrypcja tego dokumentu do ksiąg stanu cywilnego państwa stałego pobytu rodziców intencyjnych.

Analiza rozstrzygnięć Trybunału pokazuje, że niewątpliwie uznał on prawo dziecka urodzonego przez zastępczą matkę do ustalenia własnego pochodzenia za element życia prywatnego małoletniego podlegający ochronie w świetle Konwencji. Chodzi przy tym przede wszystkim o ustalenie pochodzenia od tego z rodziców intencyjnych, który jest rodzicem genetycznym dziecka.

Trybunał nie wyartykułował natomiast *expressis verbis* analogicznego prawa po stronie genetycznego ojca. Problem w tym, że stosunek pokrewieństwa jest stosunkiem wzajemnym, ustalając więc pochodzenie dziecka od ojca ustala się prawną relację dwustronną. Mamy więc do czynienia z pewnym niedopowiedzeniem, które ma praktyczny skutek w sytuacji, gdy rodzicielstwo powstało z naruszeniem prawa państwa, w którym dochodzi się ustalenia pochodzenia dziecka. Trybunał nie rozstrzygnął tego dylematu. Można się nawet zastanawiać, czy samo stwierdzenie konieczności stworzenia jakiejś możliwości prawnej ustalenia przez dziecko swojego pochodzenia od rodzica genetycznego nie otwiera drzwi do *de facto* legalizacji zastępczego macierzyństwa, a przynajmniej, czy nie czyni ochrony systemu prawnego niespójną. Na krótko po omawianym orzeczeniu w sprawie włoskiej, w doktrynie pojawiły się głosy, że taka sytuacja otwiera drogę liberalizacji prawa w sposób spreczny z prawem międzynarodowym.³⁸

³⁷ Ibidem, § 15.

³⁸ Por. Np. G. Puppink, C. de la Hougue, *ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy Regarding the Mennesson v France and Labassee v France cases* (n°65192/11 & n°65941/11), ww.academia.edu/8433481/ECHR_Towards_the_Liberalisation_of_Surrogacy_Regarding_the_Mennesson_v_France_and_Labassee_v_France_cases_n_65192_11_and_n_65941_11 (dostęp: 1.09.2015) – angielska wersja tekstu z „Revue Lamy de Droit Civil”, n°118, September 2014. s. 78 inast.

Intencyjni rodzice dzieci we Francji nie tylko nie mieli możliwości transkrypcji aktu urodzenia dzieci urodzonych przez zastępcze matki za granicą, ale i uniemożliwiono im przysposobienie tych dzieci. Ojcowie genetyczni nie mogli uznać swojego ojcostwa. W efekcie, ze względu na ochronę wewnętrznego systemu prawnego, dzieci te borykały się z sytuacją prawną o charakterze dyskryminacyjnym w stosunku do innych dzieci pozamażeńskich.

Na marginesie należy wskazać, że w obu omawianych przypadkach francuskich dzieci rodziły zastępcze matki, które były zamężne, a dzieci były „zamawiane” przez inne małżeństwa. Nic nie wiadomo jedynie o statusie małżeńskim dawczyń komórek jajowych. Można się więc zastanawiać, jak nazwać tak skomplikowany układ okoliczności i czy można wobec takich dzieci wprost stosować określenie *dzieci pozamażeńskie*. Przyszły one bowiem na świat w małżeństwach, a fakt „zamówienia” ich przez inne małżeństwa prowadził każdorazowo do utraty przez nie tego statusu.

W zakresie ochrony praw rodziców intencyjnych, szczególnie matek intencyjnych, ETPC nie posunął się do uznania ich wszelkich praw, szczególnie do ustalenia wzajemnego pochodzenia w stopniu, w jakim chronione są one np. w prawie Kalifornii, Minnesoty czy w Rosji. W sytuacji, gdy rodzice intencyjni nie są w żaden sposób spokrewnieni z dzieckiem kwestia ta jest szczególnie delikatna. Stwierdzenie naruszenia ochrony istniejącego *de facto* życia rodzinnego w orzeczeniu *Paradiso i Campanelli przeciw Włochom* jest kontrowersyjne i nie wiadomo, czy zostanie podtrzymane w rozstrzygnięciu Wielkiej Izby.

We wszystkich zaskarżonych sprawach chodziło o próby ochrony wewnętrznego porządku prawnego państw członkowskich przed obejściem zakazu zastępczego macierzyństwa. Zakazu podyktowanego nie tyle złośliwością wobec osób, które borykają się z problemami z płodnością (albo wręcz nie mogą z natury rzeczy mieć potomstwa – jak pary osób jednej płci), ale głęboką troską o dobro i jak najpełniejszą ochronę praw wszystkich osób uwikłanych w proces prokreacji w drodze zastępczego macierzyństwa.

Zgodzić się trzeba z opinią, wyrażoną w zdaniu odrębnym do sprawy włoskiej, że o ile w sprawach *Labasse* i *Menesson* Trybunał przyznawał, że państwa mogą chronić swój porządek wewnętrzny przed próbami obejścia zakazu zastępczego macierzyństwa, to rozstrzygnięcie przyjęte w sprawie *Paradiso* i *Campanelli* czyni taką możliwość iluzoryczną. Czas pokaże, czy Wielka Izba zmieni ten stan rzeczy.

IV Zamiast zakończenia

Orzeczenia ETPC w sprawach *Labasse* i *Menesson* odbiły się na terenie Francji szerokim echem i wzbudziły żywą debatę publiczną. Emocji było tak wiele, że prezydent Francois Hollande oraz premier Manuel Valls zapewniali

publicznie, że orzeczenie Trybunału nie wpłynie na zapoczątkowanie prac legislacyjnych nad uchyleniem zakazu zastępczego macierzyństwa.³⁹ Bardziej realne jest raczej poszukiwanie rozwiązań prawnych na drodze traktatów bilateralnych ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki Północnej i innymi państwami, w których dopuszcza się rodzenie dzieci przez matki zastępcze.⁴⁰

Kilka miesięcy później, w grudniu 2014 r. we Francji ostatecznie zezwolono dzieciom, które zostały urodzone przez zastępcze matki za granicą na nabycie obywatelstwa francuskiego⁴¹, zaś Cour de cassation w lipcu 2015 r. zmienił dotychczasową, wieloletnią, linię orzeczniczą i zezwolił na transkrypcję zagranicznych aktów urodzenia dzieci w zakresie, w jakim wskazują rodzica genetycznego.

Problem w tym, że idąc tropem orzeczenia ETPC, sąd francuski nie wypowiedział się w kwestii transkrypcji danych rodzica intencyjnego niespokrewnionego z dzieckiem.⁴² Powoduje to po raz kolejny sytuację o charakterze dyskryminującym, w której dziecko urodzone przez zastępczą matkę za granicą będzie miało ustalone pochodzenie wyłącznie od ojca intencyjnego, który jest jednocześnie ojcem genetycznym. Ustalone zostanie więc wyłącznie ojcostwo, do tej pory ustalane jako wtórne wobec macierzyństwa.

Przed Francją stoi zadanie wprowadzenia zmian legislacyjnych, które uporządkują sytuację prawną, ale mogą mimo wszystko ułatwić obalenie zakazu zastępczego macierzyństwa. Takiemu obrotowi sprawy nadal sprzeciwia się spora część społeczeństwa, przywołując m.in. argumenty o godności dziecka i niewolnictwie matek zastępczych.⁴³ Za zmianami opowiadają się, między innymi, stowarzyszenia osób pozostających w związkach tej samej płci, które chciałyby znaczących ułatwień w tej sferze.⁴⁴

³⁹ G. Duppont, *GPA, PMA: quel sera l'impact de la décision de la CEDH sur le droit français?*, „Le Monde.fr”, 27.06.2014 r., http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/06/27/gpa-pma-quel-sera-l-impact-de-la-decision-de-la-cedh-sur-le-droit-francais_4446718_3224.html (dostęp: 31.08.2015 r.).

⁴⁰ M. Boeton, D. Quinio, F. Thomasset, *Manuel Valls: La France entend promouvoir une initiative internationale sur la GPA*, „La Croix”, 2.10.2014., <http://www.la-croix.com/Actualite/France/Manuel-Valls-La-France-entend-promouvoir-une-initiative-internationale-sur-la-GPA-2014-10-02-1215549>.

⁴¹ S. Kovacs, *Les enfants nés à l'étranger de mère porteuse pourront avoir la nationalité française*, „Le Figaro.fr”, 12.12.2014., <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/12/12/01016-20141212ARTFIG00207-les-enfants-nes-a-l-etranger-de-mere-porteuse-pourront-avoir-la-nationalite-francaise.php>

⁴² A. Leclair, *Les enfants nés de GPA seront inscrits à l'état civil*, „LeFigaro.fr”, 3.07.2014., <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/07/03/01016-20150703ARTFIG00337-les-enfants-nes-de-gpa-inscrits-a-l-etat-civil.php> (dostęp: 1.09.2015 r.);

Cour de cassation, Communiqué, 3.07.2015 r. <https://www.courdecassation.fr/IMG/Communiqu%C3%A9%20C3%A9tat%20civil%20et%20GPA%20.pdf> (1.09.2015.), wyrok Zgromadzenia Ogólnego Cour de cassation z 3.07.2015 r., w sprawie nr 619, (14-21.323), https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/619_3_32230.html (dostęp: 1.09.2015 r.).

⁴³ A. Leclair, op. cit.

⁴⁴ Por. G. Duppont, op. cit.

W kontekście ograniczenia lub zakazu zastępczego macierzyństwa, o które chciał walczyć np. prezydent Francois Hollande, zbytnim optymizmem nie napawa opublikowane w 2015 r. przez MKPP uzupełnienie *Studdium*.⁴⁵ Wskazano w nim przykłady wpływu orzeczeń *Labasse* i *Menesson* na orzecznictwo w innych państwach Europy. Podobnie jak we Francji, w większości wypadków teza w nich zawarta posłużyła do liberalizacji dotychczasowych praktyk i przepisów związanych z transkrypcją aktów stanu cywilnego dzieci urodzonych z zastępczych matek za granicą.⁴⁶

THE BIRTH OF A CHILD BY A SURROGATE MOTHER AND ITS PRIVATE-LAW CONSEQUENCES OF IN THE LIGHT OF THE FIRSTS JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Key words: Surrogate motherhood, the birth certificate of the child, the right of protection of the family life, the right of protection of the private life, the European Court of Human Rights

Summary

The controversial and growing up phenomena of surrogate motherhood is regulated in the different states in very different ways, what creates a lot of legal trans-border problems.

Until now, the European Court of Human Rights has examined three cases concerning its private-law results. Two first cases the Court examined together, as they concerned the French law system and had been based on similar facts. For many serious reasons France forbidden the surrogate motherhood and tried to protect its own legal system by for ex. avoiding transcription of the birth acts of children born by surrogate mother abroad. The Court decided that such transcription is not necessary in the context of family life protection but lack of possibility to designate the genetic decent in such child's birth certificate is contrary to the protection of her/his private life.

In the third case, the Court estimated that the 6 month period when the Italian "intention parents" without any legal basis took care about a baby-boy born for them by a surrogate mother in Russia is enough to be protected as *de facto family life*.

⁴⁵ Haska Konferencja Międzynarodowego Prawa Prywatnego, *The Parentage/Surrogacy project: an Updating note, drawn up by the Permanent Bureau*, luty 2015, http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a_en.pdf; (dostęp: 1.09.2015 r.).

⁴⁶ Haska Konferencja Międzynarodowego Prawa Prywatnego, *The Parentage/Surrogacy project: an Updating note...*, ANNEX I, *Important developments in relation to the recognition / establishment of legal parentage following ISAs in some Council of Europe Member States post Menesson / Labasse*.

TOMASZ SROGOSZ

Akademia im. Jana Długosza w Częstochowie

Prawo osoby z niepełnosprawnością do życia rodzinnego w świetle standardów międzynarodowych (z uwzględnieniem prawa polskiego)

Słowa kluczowe: niepełnosprawność, osoba z niepełnosprawnością, prawa człowieka, rodzina, społeczeństwo

Prawnomiędzynarodowa ochrona rodziny z punktu widzenia beneficjentów praw człowieka może być postrzegana jako ochrona członków rodzin oraz jako ochrona osób zamierzających założyć rodzinę. Można zatem mówić o prawie do poszanowania życia rodzinnego (zob. np. art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r.¹) oraz prawie do życia rodzinnego (w węższym znaczeniu obejmującym prawo do założenia rodziny – zob. np. art. 23 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych², art. 12 EKPC).

Na powyżej zasygnalizowane różnice terminologiczne można spojrzeć z innego punktu widzenia. Konwencja o prawach osób z niepełnosprawnością³ reguluje chociażby *explicite* kwestie życia rodzinnego w art. 22 i 23. W art. 22 mowa jest o „poszanowaniu prywatności” obejmującym w szczególności ochronę przed „[...] arbitralnym i bezprawnym naruszeniem prywatności własnej, swojej rodziny, domu i korespondencji lub innej formy komunikacji międzyludzkiej [...]”. W art. 23 („poszanowanie życia rodzinnego i domowego”) znajdujemy już regulacje, które stanowią o „prawie do czegoś” (np. prawie do założenia rodziny, prawie do rodzicielstwa), a nie, jak w przypadku art. 22, „wolności od czegoś”. Można przyjąć, że zakaz arbitralnej ingerencji państwa w sferę życia rodzinnego wyraża się w prawie do poszanowania życia rodzinnego (art. 22 KPON) jako „wolności od czegoś”, natomiast prawo do życia rodzinnego obejmuje szereg „praw do czegoś”,

¹ *European Treaty Series (ETS)*, nr 5, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 (dalej: EKPC).

² *United Nations Treaty Series (UNTS)*, vol. 999, I – 14668, s. 171; Dz. U. z 1977 roku, Nr 38, poz. 167 (dalej: MPPOiP).

³ *UNTS*, vol. 2512, s. 3; Dz.U. z 2012 r., poz. 1169 (dalej: KOPN).

wypełniających treść i istotę życia w rodzinie. W demokratycznym państwie prawa, szanującym prawa i wolności obywatelskie, osoba pełnosprawna nie powinna napotkać na poważne przeszkody w realizacji prawa do życia rodzinnego. Z jej punktu widzenia istotna jest ochrona przed arbitralnym i bezprawnym naruszeniem prywatności i swojej rodziny. Realizacja prawa do życia rodzinnego może natomiast przysporzyć trudności osobom z niepełnosprawnościami, czy to fizycznymi, czy też intelektualnymi. Osoby te, należące do grupy *vulnerable persons*, są, ze względu na swoją niepełnosprawność, szczególnie narażone na naruszenia i zaniedbania w sferze życia rodzinnego. Prawo osób z niepełnosprawnością do życia rodzinnego napotyka w pierwszej kolejności na mur w postaci mentalności społecznej, w której zakorzeniona została tendencja do marginalizacji tych osób jako „innych”, „nienormalnych”, „niezdrowych”⁴. Dlatego też istotną funkcję w ochronie ich rodzin pełnią specyficzne „prawa do czegoś”, zapewniające realizację prawa do życia rodzinnego.

Celem niniejszego artykułu jest wypełnienie prawa osób z niepełnosprawnością do życia rodzinnego treścią normatywną w oparciu o regulacje prawnomiędzynarodowe, które to mają jednocześnie istotny wpływ na polskie rozwiązania legislacyjne. Osiągnięcie tego celu możliwe będzie po przedstawieniu ewolucji podejścia do osób z niepełnosprawnością – z modelu medycznego na interaktywny – która to wpływa na unormowania prawnomiędzynarodowe w zakresie prawa tych osób do życia rodzinnego.

Ewolucja podejścia (do osób niepełnosprawnych czy z niepełnosprawnością?)

W tytule artykułu użyto sformułowania „osoby z niepełnosprawnością”, aby podkreślić zmianę, jaka zaszła w ostatnich latach w podejściu do niepełnosprawności. Wyrazem tej zmiany jest KOPN, której tytuł nie został w sposób poprawny przetłumaczony w oficjalnym dokumencie polskim (mówi się w nim o „konwencji o prawach osób niepełnosprawnych”). Można powiedzieć, że polski tekst pozostaje w sprzeczności z najnowszymi tendencjami, jakie widoczne były w podejściu do osób z niepełnosprawnością. Pojęcie „osoby niepełnosprawnej”, odpowiada modelowi medycznemu, natomiast pojęcie „osoby z niepełnosprawnością”, reprezentowanemu przez twórców KOPN modelowi interaktywnemu.

⁴ M. Struck-Peregończyk wskazuje, że niepełnosprawność otoczona jest w dalszym ciągu aurą tajemniczości; osoby z niepełnosprawnością postrzegane są nadal jako „inne”; lęk przed tym co inne i nieznanne skutkuje dystansowaniem się społeczeństwa od osób z niepełnosprawnością i unikaniem kontaktów z nimi (M. Struck-Peregończyk, *Wizerunek osób niepełnosprawnych w środkach masowego przekazu – zarys zjawiska*, „Komunikacja Społeczna”, 2013, nr 4(8), s. 23); taka postawa powoduje natomiast marginalizację i izolowanie osób z niepełnosprawnością w ramach społeczeństwa.

Zgodnie z art. 1 akapit 2 KOPN, do osób z niepełnosprawnością zalicza się te, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami. KOPN odchodzi od traktowania problemu niepełnosprawności przez pryzmat działań charytatywnych czy też ochrony i opieki socjalnej, w kierunku pełnego udziału osób niepełnosprawnych w życiu społeczeństwa. KOPN pozostaje zatem w zgodzie z rozwiązaniami wyrównującymi szansę na aktywność i awans społeczno-zawodowy, opartymi na prawnych i systemowych mechanizmach antydyskryminacyjnych. To właśnie wyrównanie szans stanowi zasadniczy kierunek regulacji konwencyjnych⁵. Definicja konwencyjna prezentuje tzw. model interaktywny, postrzegający niepełnosprawność jako cechę neutralną. Osoba z niepełnosprawnością nie jest beneficjentem świadczeń socjalnych i inicjatyw charytatywnych. Jest pełnoprawnym uczestnikiem życia społecznego, w szczególności dzięki likwidacji ewentualnych barier⁶. Model interaktywny z powodzeniem wypiera tzw. model medyczny, który nadal pokutuje w polskim ustawodawstwie, chociażby przez definiowanie „osób niepełnosprawnych” jako trwale lub okresowo niezdolnych do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującego niezdolność do pracy (art. 2 ust. 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych⁷). W modelu medycznym niepełnosprawność stanowi cechę negatywną, niedobór, anormalność, która powoduje konieczność leczenia lub dostosowania do normy przy pomocy specjalisty. Społeczeństwo nie skupia się tu na likwidacji barier i pełnym udziale „osób niepełnosprawnych” w życiu społecznym. „Osoby niepełnosprawne” (np. „niepełnosprawny małżonek”, „niepełnosprawny rodzic”, „niepełnosprawne rodzeństwo”⁸) zamykane są w swojej niepełnosprawności i zdane są na pomoc specjalistyczną i socjalną. Nie chodzi o likwidację barier, ale kompensację cech niepełnosprawnych w ramach świadczeń socjalnych, medycznych i charytatywnych. W modelu interaktywnym osoba z niepełnosprawnością (np. małżonek z niepełnosprawnością, rodzic z niepełnosprawnością, rodzeństwo z nie-

⁵ Por. M. Jankowska, *Prawa osób niepełnosprawnych w międzynarodowych aktach prawnych*, „Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania”, nr 1/2012(2), s. 35–36.

⁶ Zob. A. Bieleń, W. Dobrowolski, *Raport na temat interaktywnych modeli modeli niepełnosprawności i możliwości ich adaptacji w warunkach polskich*, Projekt współfinansowany przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, nr WND-POKL.06.02.00-02-109/11, s. 6.

⁷ Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.

⁸ Takie sformułowania z góry stygmatyzują osoby z niepełnosprawnością, pełniące określone role społeczne; niepełnosprawność nie może z góry oznaczać, że dana osoba jest „niepełnosprawnym” małżonkiem, rodzicem, bratem lub siostrą.

pełnosprawnością) traktowana jest jak każdy obywatel, czemu służyć ma likwidacja barier w różnych sferach życia, w tym także w życiu rodzinnym⁹.

Prawo międzynarodowe

Prawo osób z niepełnosprawnością do życia rodzinnego potwierdzone zostało w wielu dokumentach międzynarodowych. Ogólne postanowienia w tym zakresie wywieść można z Paktów Praw Człowieka czy też Europejskiej Karty Społecznej (zrewidowanej)¹⁰. W MPPOiP rodzina jako naturalna i podstawowa komórka społeczeństwa uprawniona została do ochrony ze strony społeczeństwa i państwa. Uznano jednocześnie prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, z tym że żaden związek małżeński nie może być zawarty bez swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków. Analogiczne postanowienia znalazły się w art. 10 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych¹¹. Zgodnie z nim państwa powinny dążyć do jak najszerzej ochrony i pomocy rodzinie, w szczególności przy jej zakładaniu i w okresie trwania odpowiedzialności rodziny za opiekę i wychowanie dzieci. Z tą ochroną związane jest między innymi zobowiązanie państw do zapewnienia realizacji prawa do odpowiedniego poziomu życia rodziny (art. 11 MPPGSiK). Społeczna, prawna i ekonomiczna ochrona rodziny celem zapewnienia jej pełnego rozwoju zagwarantowana została także w art. 16 ZEKS. Co istotne, w art. 15 ZEKS uznano prawo osób z niepełnosprawnością do samodzielności, integracji społecznej i udziału w życiu wspólnoty. W konwencji z 1979 roku w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji wobec kobiet¹² zagwarantowano natomiast prawa wszystkich kobiet związane z zawarciem małżeństwa, założeniem rodziny i prokreacją (art. 16). Standardy ochrony prawnomiędzynarodowej rodziny, wynikające z Paktów Praw Człowieka, ZEKS, czy też konwencji z 1979 r. pojmować należy w kontekście równości wobec prawa, która obejmuje między innymi zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność (art. 26 MPPOiP, art. 2 ust. 2 MPPGSiK).

Z powyższych regulacji wyłania się prawo osób z niepełnosprawnością do pełnego udziału w życiu rodzinnym. Przywołane przepisy nie odnoszą się jednak bezpośrednio do tegoż prawa, które to można wykoncytować z zasady niedyskryminacji. Nie dają narzędzi, które mogłyby być pomocne w urzeczywistnieniu pełnego udziału osób z niepełnosprawnością w życiu rodzinnym. Pamiętać jednocześnie należy, że Pakty Praw Człowieka opracowywane były

⁹ T. Srogosz, *Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych a polskie ustawodawstwo (wybrane zagadnienia)*, (w:) *Społeczne i prawne aspekty funkcjonowania osób z niepełnosprawnością*, red. E. Widawska, K. Skotnicki, Częstochowa 2014, s. 134–136.

¹⁰ ETS, nr 163 (dalej: ZEKS).

¹¹ UNTS, vol. 993, s. 3; Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169 (dalej: MPPGSiK).

¹² UNTS, vol. 1249, s. 13; Dz. U. z 1982 r., nr 10, poz. 71.

na długo przed dominacją modelu interaktywnego w podejściu do niepełnosprawności. Poza tym, beneficjentem zagwarantowanych w nich praw są wszyscy, w tym także osoby z niepełnosprawnością, co sprawia, że w odniesieniu do tzw. *vulnerable peoples* pomijają szczegółowe aspekty realizacji praw, uwzględniając ową „słabość”. Model interaktywny widoczny jest już w treści art. 15 z EKS, jednakże i ten dokument nie określa w sposób kompleksowy środków (praw) prowadzących „do samodzielności, integracji społecznej i udziału w życiu wspólnoty”.

Koncepcja stworzenia wiążącego instrumentu międzynarodowego regulującego prawa osób z niepełnosprawnością, uwzględniającego model interaktywny, sięga zainicjowanej przez ONZ Dekady Osób Niepełnosprawnych (1981–1992). W 1982 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło Program Działań na Rzecz Osób Niepełnosprawnych¹³. Na zwołanym w 1987 r. w Sztokholmie Ogólnym Spotkaniu Ekspertów Oceniających Wdrażanie Światowego Programu Działań na rzecz Osób Niepełnosprawnych zalecono, aby Zgromadzenie Ogólne ONZ podjęło prace nad projektem stosownej konwencji. Wstępny projekt przygotowany został przez Włochy i przedstawiony na 42 sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ. W pracach udział brała Szwecja, która z kolei przedstawiła założenia przyszłego dokumentu na 44 sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ. Przygotowanie projektu skończyło się jednak fiaskiem. Zwyciężyło stanowisko, że wystarczającym środkiem ochrony praw osób z niepełnosprawnością są istniejące instrumenty międzynarodowe, a w tym Pakty Praw Człowieka ONZ. Wynikiem prac był przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ niewiążący dokument pt. „Standardowe zasady wyrównywania szans osób niepełnosprawnych”¹⁴, który był pierwszym powszechnym dokumentem, określającym w sposób kompleksowy i szczególny prawa osób z niepełnosprawnością.

W wyniku inicjatyw pozarządowych kwestia opracowania kompleksowej konwencji o prawach osób z niepełnosprawnością powróciła na forum ONZ w 2001 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ na wniosek Meksyku powołało w tym celu komitet *ad hoc*, w którym istotną rolę odegrały pozarządowe organizacje osób z niepełnosprawnością. Konwencja przyjęta została przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 13 grudnia 2006 r., a otwarta do podpisu 30 marca 2007 r. Spotkała się z szerokim poparciem społeczności międzynarodowej. Weszła w życie już 3 maja 2008 roku, a w stosunku do Polski – w dniu 25 października 2012 r.¹⁵

¹³ Rezolucja nr 37/82 z dnia 3 grudnia 1982 r.

¹⁴ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z dnia 20 grudnia 1993 r. nr 48/96, tekst zob. *Osoby niepełnosprawne na wagę konwencji ONZ*, red. M. Piasecki, Lublin 2012, s. 51–84.

¹⁵ Oświadczenie rządowe z dnia 25 września 2012 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzonej w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r., Dz. U. z 2012 r., poz. 1170.

KOPN opiera się na zasadach: poszanowania dla godności osobistej i indywidualnej autonomii, niedyskryminacji, pełnego i efektywnego uczestnictwa w życiu społecznym, poszanowania dla odmienności i akceptacji osób niepełnosprawnych, równości szans, dostępności, równości między kobietami i mężczyznami oraz poszanowania rozwijającego się potencjału dzieci z niepełnosprawnością i praw tych dzieci. Prawa zagwarantowane w KOPN skonstruowane zostały w oparciu o powyższe zasady, a tym samym dostosowane do potrzeb osób z niepełnosprawnością. Owo dostosowanie sprawia, że wyłaniają się prawa obywatelskie, polityczne, społeczne, kulturalne i gospodarcze, których realizacja możliwa jest po zniesieniu barier wynikających z niepełnosprawności¹⁶. KOPN wyznacza jednocześnie standardy działania władz publicznych wobec osób niepełnosprawnych. W tym celu państwa-strony zobowiązują się do przyjęcia odpowiednich środków o charakterze ustawodawczym, administracyjnym lub innych działań w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym możliwości korzystania z wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadzie równości z innymi osobami. Zmiany i dostosowania w zakresie dostępności muszą być z jednej strony konieczne i odpowiednie, zaś z drugiej strony – nie mogą być źródłem nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia. Przepisem Konwencji, który determinuje kształt i intensywność obowiązków państw-stron, jest art. 4 ust. 2 KOPN, zgodnie z którym w odniesieniu do praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych każde z państw-stron zobowiązuje się podjąć kroki, wykorzystując maksymalnie dostępne mu środki i, gdy to potrzebne – w ramach współpracy międzynarodowej – w celu stopniowego osiągnięcia pełnej realizacji praw, bez uszczerbku dla tych zobowiązań zawartych w KOPN, które zgodnie z prawem międzynarodowym mają skutek natychmiastowy.

Jednym z praw określonych w KOPN jest prawo do życia rodzinnego, które należy rozumieć jako prawo osób z niepełnosprawnością do pełnego uczestnictwa w życiu rodzinnym w ramach życia społecznego. Dlatego kształt tego prawa nie zależy tylko od treści art. 23 KOPN, regulującego trzy sfery życia rodzinnego: małżeństwo, seksualność i rodzicielstwo. Należy brać pod uwagę także inne postanowienia KOPN, ułatwiające osobom z niepełnosprawnością pokonywanie barier, które utrudniają pełne uczestnictwo w życiu rodzinnym (np. artykuły 9, 16, 19, 25, 27, 28). Prawo do życia rodzinnego ujęte zostało w kontekście zakazu dyskryminacji i uznania zdolności prawnej (*legal capacity*¹⁷) osób z niepełnosprawnością, na zasadzie równości z innymi

¹⁶ F. Mégret mówi o tzw. pluralizacji praw człowieka, w której dochodzi do wykształcania praw dostosowanych do poszczególnych kategorii osób (F. Mégret, *The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?*, „Human Rights Quarterly”, 2008, vol. 30, s. 515).

¹⁷ Tekst angielski KOPN stanowi o *legal capacity*, które jest rozumiane nie tylko jako zdolność prawna, ale też jako prawna autonomia (*legal autonomy*), czyli pełne prawo do podejmowania samodzielnych decyzji (zob. M. Schulze, *Understanding the UN Convention*

osobami, we wszystkich aspektach życia społecznego. Jego spełnienie zależy od realizacji zagwarantowanych w KOPN praw, które: chronią osobę, zachowują jej autonomię, wybór i niezależność, zapewniają udział w życiu społecznym oraz dostęp do praw wolnościowych, społecznych, ekonomicznych i kulturalnych¹⁸. Powstaje pytanie, czy tak szeroko rozumiane prawo do życia rodzinnego ma w świetle KOPN skutek natychmiastowy, czy też jest rodzajem normy programowej?

Małżeństwo

KOPN gwarantuje prawo do zawarcia małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością w aspekcie pozytywnym, traktując je na równi z innymi osobami. Wynika to z podejścia interaktywnego wyrażonego w KOPN. Zauważyć można różnicę w ujęciu tegoż prawa w MPPOiP i KOPN. Zgodnie z MPPOiP żaden związek małżeński nie może być zawarty bez swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków (art. 23 ust. 3 – *non marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses*). Jest to sformułowanie dające w pierwszej kolejności asumpt do wprowadzenia w ustawodawstwie krajowym zakazu w postaci przeszkód małżeńskich. W KOPN uznano natomiast prawo wszystkich osób z niepełnosprawnością, które są w odpowiednim do zawarcia małżeństwa wieku, do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, na podstawie swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków (art. 23 ust. 1 lit. a – *the right of all persons with disabilities who are of marriageable age to marry and to found a family on the basis of free and full consent of intending spouses is recognized*). Zgodnie z KOPN, prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny przysługuje wszystkim osobom z niepełnosprawnościami (w tym intelektualnymi), chyba że taka osoba nie jest w stanie w sposób swobodny i pełny wyrazić zgody. Owa swoboda oświadczenia woli nie wiąże się z cechami wewnętrznymi, ale odnosi się do wolności od czegoś z zewnątrz. Takie znaczenie należy przypisać angielskiemu słowu *free*. KOPN nie daje podstaw do wprowadzenia do ustawodawstwa krajowego przeszkód małżeńskich związanych z niepełnosprawnością. W tym zakresie w sprzeczności z KOPN pozostaje

on the Rights of Persons with Disabilities. A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities, New York 2010, s. 90); w raporcie komitetu *ad hoc* zwrócono natomiast uwagę na to, że w innych językach autentycznych KOPN (chińskim, rosyjskim, arabskim) pojęcie *legal capacity* rozumiane jest jako *legal capacity for rights*, a nie *legal capacity to act* (*Interim Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on Its Eight Session*, dostępne na stronie <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8intreporte.htm>).

¹⁸ Por. G. Quinn, *A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „European Yearbook of Disability Law”, 2009, vol. 1, s. 104–111.

stają art. 11 i 12 polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹⁹, wprowadzając bezwzględny zakaz zawierania małżeństwa przez osoby całkowicie ubezwłasnowolnione oraz względny zakaz w stosunku do osób chorych psychicznie albo z niedorozwojem umysłowym. W związku z tym Polska złożyła zastrzeżenie do KOPN, dopuszczające możliwość niestosowania postanowienia art. 23 ust. 1 lit. a do czasu zmiany przepisów prawa polskiego. Zgodnie z tym zastrzeżeniem do momentu jego wycofania osoba z niepełnosprawnością, której niepełnosprawność wynika z choroby psychicznej albo niedorozwoju umysłowego, a która jest w odpowiednim do zawarcia małżeństwa wieku, nie będzie mogła zawrzeć związku małżeńskiego, chyba że sąd zezwoli na zawarcie małżeństwa, stwierdzając, że stan zdrowia lub umysłu takiej osoby nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa i jeżeli osoba ta nie została ubezwłasnowolniona całkowicie²⁰.

W założeniach do nowelizacji kodeksu cywilnego²¹ i k.r.o. w zakresie zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością psychiczną przewidziano rezygnację z kilku instytucji obecnie funkcjonujących w dziedzinie pomocy osobom z niepełnosprawnością psychiczną (opieki nad osobami ubezwłasnowolnionymi całkowicie, kurateli nad osobami ubezwłasnowolnionymi częściowo, a także kurateli dla osoby niepełnosprawnej) i zastąpienie ich jednolitą instytucją opieki. Przewidywane jest jednolite postępowanie, w wyniku którego ustalony zostanie zakres niezbędnej pomocy dla osoby z zaburzeniami psychicznymi, w tym ewentualnie zakres koniecznej ingerencji zewnętrznej w dokonywanie przez tę osobę czynności prawnych. Orzekając o potrzebie ustanowienia opieki i o niepełnej zdolności do czynności prawnych sąd w szczególności będzie musiał rozważyć, czy inne, mniej inwazyjne formy pomocy (pomoc społeczna w postaci asystenta, pełnomocnictwo opiekuńcze lub przepisy przewidujące reprezentację z mocy ustawy) nie zapewniają dostatecznego wsparcia osobom z zaburzeniami psychicznymi. Jeżeli wsparcie w postaci interwencji sądowej okaże się niezbędne, sąd powinien je określić przy maksymalnym zachowaniu autonomii osoby z zaburzeniami psychicznymi. Sąd powinien też dążyć do dostosowania kształtu opieki i zakresu udziału opiekuna w dokonywaniu czynności prawnych do rzeczywistych potrzeb podopiecznego. Opieka i ewentualne ograniczenie zdolności do czynności prawnych z zasady będą orzekane na czas oznaczony, chyba że niepełnosprawność ma charakter nieodwracalny. Ponadto rozmiar interwencji sądu w sytuację osoby z niepełnosprawnością powinien być uzależniony od jej stanu psychicznego, majątkowego, rodzinnego i całokształtu jej sytuacji społecznej. Możliwe rozstrzygnięcia powinny rozciągać się na skali od zapewnienia współudziału opiekuna w podejmowaniu decyzji przez osobę

¹⁹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. z 1964 r., nr 9, poz. 59 ze zm. (dalej: k.r.o.).

²⁰ Dz. U. z 2012 r., poz. 1170.

²¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.

z zaburzeniami psychicznymi, polegającego na doradztwie, aż do zastąpienia osoby podlegającej opiece w dokonywaniu czynności prawnych przez jej opiekuna (ewentualnie z incydentalnym udziałem sądu) i pozbawieniu tej osoby możliwości samodzielnego działania w tej sferze. Ta najdalej idąca interwencja dopuszczalna byłoby tylko wyjątkowo, gdyby zaburzenia psychiczne osiągnęły taki stopień, że kompletnie wyeliminowana byłaby możliwość zrozumienia znaczenia oświadczenia woli lub jego konsekwencji. Przewidziane byłoby zachowanie reguły, że wynikająca z powołania opiekuna dla osoby z zaburzeniami psychicznymi kompetencja do zastępowania tej osoby w dokonywaniu czynności prawnych nie obejmowałaby spraw o doniosłości osobistej, a w szczególności zawierania małżeństwa. Ponownego określenia wymagać będzie wpływ zaburzeń psychicznych na możliwość zawarcia małżeństwa, przysposobienia i uznania ojcostwa. Rozstrzygające znaczenie powinna mieć ocena, czy osoba dokonująca tych czynności działa swobodnie i z rozeznaniem ich sensu i skutków prawnych, a w razie wątpliwości w tym względzie konieczne byłoby przeprowadzenie postępowania sądowego w celu ustalenia tych faktów²².

Zmiany w polskim prawie mają zatem sprostać standardom międzynarodowym w zakresie zdolności do zawierania małżeństwa i zakładania rodziny przez osoby niepełnosprawne intelektualnie. Zasadą byłaby taka zdolność, a wyjątkiem zakaz zawierania małżeństwa, orzekany przez sąd po przeprowadzeniu postępowania dowodowego. W obecnym stanie prawnym przewidziano odwrotną sytuację, w której osoba z niepełnosprawnością intelektualną nie może niejako *a priori* zawrzeć małżeństwa z uwagi na chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe.

Do ewentualnych zmian w zakresie zdolności do zawierania małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną nie można podchodzić całkowicie bezkrytycznie. Pojawiają się głosy przeciwne, mające, co ciekawe, na celu ochronę osób z niepełnosprawnością. Podnosi się, że osoby z niepełnosprawnością intelektualną narażone są na tzw. małżeństwa wymuszone, które, – z różnych powodów (np. majątkowych i obyczajowych) – aranżowane są przede wszystkim przez rodziców nupturientów²³. Z drugiej strony zauważalna

²² Założenia nowelizacji Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania cywilnego, Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i innych ustaw w zakresie zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością psychiczną, s. 4–8, dostępne na stronie <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego/>; zob. także *Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz niektórych innych ustaw*, s. 7–12, dostępny na stronie <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/208000/208041/208042/dokument152071.pdf>.

²³ Zob. np. N. Groce, D. Gazizova, A. Hassiotis, *Forced Marriage among Persons with Intellectual Disabilities: Discussion Paper*, „Working Paper Series”, nr 27, s. 2 i n., dostępne na stronie https://www.ucl.ac.uk/lc-ccr/centrepublishations/workingpapers/WP27_Forced_Marriage_Persons_with_Intellectual_Disabilities.pdf; A. Zamkowska, *Instytucja małżeństwa wymuszonego wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną*, „Niepełnosprawność i Rehabilitacja”, 2013, nr 3, s. 146 i in.

jest zdolność wielu osób z niepełnosprawnością intelektualną do urzeczywistnienia miłości małżeńskiej, zbudowanej na świadomej i dobrowolnej decyzji. Na zdolność do zawarcia małżeństwa składają się: rozumienie instytucji, posiadanie ogólnej wiedzy w sferze działań seksualnych, ogólna znajomość obowiązków małżeńskich, deklaracja pomocy ze strony rodziny lub opiekuna oraz zdolność do odpowiedzialności materialnej za przyszłą rodzinę. Natomiast uważa się, że osoby z niepełnosprawnością intelektualną nie są zdolne do zawarcia małżeństwa, gdy nie mają wiedzy na temat instytucji i związanych z nią obowiązków, nie mają wiedzy na temat skutków działań seksualnych oraz chcą zawrzeć małżeństwo za namową osób trzecich (np. rodziców)²⁴.

Omawiany standard międzynarodowy w zakresie małżeństwa osób z niepełnosprawnością intelektualną wprowadza domniemanie zdolności takich osób do zawarcia małżeństwa. Rozwiązanie obowiązujące aktualnie w Polsce zakłada natomiast domniemanie braku zdolności do zawarcia małżeństwa. W obu przypadkach sąd może to domniemanie znieść, odpowiednio zakazując oraz zezwalając (poza przypadkiem ubezwłasnowolnienia całkowitego) na zawarcie małżeństwa. Ratyfikowana przez Polskę KOPN zobowiązuje do przyjęcia standardu międzynarodowego. W tym celu Polska zgłosiła odpowiednie zastrzeżenie, zobowiązując się do zmiany prawa małżeńskiego pod kątem dostosowania do art. 23 ust. 1 lit. a KOPN. Prace kodyfikacyjne trwają, chociaż należy sobie również zdać sprawę z tego, że brak odpowiednich zmian legislacyjnych nie mógłby wiązać się z ewentualnymi sankcjami w stosunku do Polski. Zastrzeżenie zostało zgłoszone prawidłowo (art. 46 KOPN). Nie pozostaje w sprzeczności z celem i przedmiotem konwencji. Dotychczas żadne państwo nie zgłosiło sprzeciwu w stosunku do zastrzeżenia Polski. Ma ono charakter tymczasowy, jednakże Polska nie wskazała w nim żadnego terminu realizacji art. 23 ust. 1 lit. a KOPN. Nowelizacja polegająca na zniesieniu instytucji ubezwłasnowolnienia całkowitego mogłaby okazać się wystarczającym i kompromisowym zabiegiem. W przypadku niepełnosprawności intelektualnej sąd miałby prawo rozważyć zdolność do zawarcia małżeństwa, mając przede wszystkim na celu dobro nupturienta. Sąd nie powinien być postrzegany jako strażnik zakazu, ale jako gwarant bezpieczeństwa osoby z niepełnosprawnością, skrupulatnie badający, czy np. przyszłe małżeństwo nie ma charakteru wymuszonego. Takie kompromisowe rozwiązanie przewiduje projekt założeń nowelizacji k.c. i k.r.o, zakładający skreślenie art. 11 i art. 12 k.r.o. oraz wprowadzenie w ich miejsce art. 12a par. 1, zgodnie z którym „nie będzie mogła zawrzeć małżeństwa osoba, która z jakichkolwiek powodów znajduje się w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli”. Zgodnie z projektem unieważnienia małżeństwa z powodu wady określonej w par. 1 mógłby żądać małżonek, który złożył oświadczenie

²⁴ A. Bartoszek, *Seksualność osób niepełnosprawnych: studium teologicznomoralne*, Katowice 2009, s. 99, 173-174.

dotknięte wadą. Unieważnienie byłoby niedopuszczalne po upływie sześciu miesięcy od ustania stanu wyłączającego świadome wyrażenie woli, a w każdym przypadku po upływie lat trzech od zawarcia małżeństwa. W związku z powyższym proponuje się także zmianę art. 5 k.r.o, po której kierownik Urzędu Stanu Cywilnego z chwilą powzięcia informacji o istnieniu przeszkody małżeńskiej lub powzięcia wątpliwości co do ich istnienia odmówi przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński i zwróci się do sądu o rozstrzygnięcie zdolności do zawarcia małżeństwa. Proponowane zmiany legislacyjne mieszczą się w zakresie standardu wyznaczonego przez art. 23 ust. 1 lit. a KOPN²⁵.

Seksualność

Seksualność osób z niepełnosprawnością należała i nadal należy w Polsce do tematów tabu. Przeważa przeświadczenie, że osoby z niepełnosprawnością fizyczną lub psychiczną są osobami aseksualnymi, nie mają potrzeb seksualnych. Jednocześnie, szczególnie w odniesieniu do osób niepełnosprawnych intelektualnie, twierdzi się często, że osoby niepełnosprawne nie powinny mieć biologicznych dzieci (według badań 73% Polaków zgadza się na posiadanie dzieci przez osoby niepełnosprawne ruchowo, a 50% przez osoby niepełnosprawne intelektualnie). Pokutuje stanowisko, że osoby z niepełnosprawnością przekazują potomstwu obciążenia genetyczne i nie są w stanie zaopiekować się dziećmi. Na seksualność osób z niepełnosprawnością znaczący wpływ ma akceptowane społecznie podejście do tych osób, wiążące się z ograniczaniem ich aktywności w granicach domu rodzinnego lub domów pomocy społecznej, mimo dążenia tych osób do usamodzielnienia się poprzez założenie rodziny²⁶. Kontakty z osobami z niepełnosprawnością napiętnowane są ciągle uczuciami wstydu, lęku, czy też zakłopotania, których źródłem są stereotypy²⁷. Takie też odczucia sprawiają, że rodziny decydują się na traktowanie osób z niepełnosprawnością (przede wszystkim intelektualną) jak dzieci. Mimo rozwoju fizycznego spychają sferę seksualności na dalszy plan. Wynika to z niedostatecznej edukacji seksualnej społeczeń-

²⁵ *Projekt założeń...*, s. 19–22; zob. projekt *Sprawozdania Rzecznika Praw Obywatelskich z wykonania przez Polskę Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/PROJEKT%20sprawozdania%20RPO%20z%20realizacji%20KPON_0.pdf, s. 71–72 (dostęp: 15.01.2016 r.).

²⁶ Ż. Stelter, *Młodzi dorośli z niepełnosprawnością intelektualną: kontekst społeczny*, (w:) *Diagnoza potrzeb i modele pomocy dla osób z ograniczeniami sprawności*, red. A.I. Brzezińska, R. Kaczan, K. Smoczyńska, Warszawa 2010, s. 135–136; zob. także A. Zawisłak, *Jakość życia osób dorosłych z niepełnosprawnością intelektualną*, Warszawa 2011, s. 102.

²⁷ Na temat etiologii stereotypów związanych z niepełnosprawnością zob. szerzej J. Miluska, *Obrazy społeczne grup narażonych na dyskryminację. Uwarunkowania społeczno-demograficzne i psychologiczne*, Poznań 2008, s. 29–32.

stwa, której głównym zadaniem powinno być przełamanie stereotypu dotyczącego seksualności i rodzicielstwa osób z niepełnosprawnością. Niedostatki tej edukacji (mimo że zainteresowanie sferą seksualności ze strony osób z niepełnosprawnością, wbrew stereotypom, jest bardzo duże) są jednocześnie przyczyną ryzykownych zachowań seksualnych osób z niepełnosprawnością intelektualną, narażających je na wykorzystywanie²⁸.

Zmiana podejścia do niepełnosprawności (z medycznego na interaktywny), wyraźnie widoczna w treści KOPN, powinna pozytywnie wpłynąć na ewolucję społecznego spojrzenia na seksualność osób z niepełnosprawnością. Ostatecznym celem tej ewolucji powinna być realizacja jednej z zasad KOPN – pełnego i efektywnego uczestnictwa w życiu społecznym, na które składa się życie rodzinne i seksualne. Uważa się, że prawa seksualne (*sexual rights*) zajmują centralne miejsce w walce o zapewnienie równości i niedyskryminację²⁹. W sferze życia seksualnego najistotniejszą rolę odgrywa edukacja seksualna, skierowana zarówno do osób z niepełnosprawnością, jak i osób pełnosprawnych. Jej celem jest z jednej strony przygotowanie osób z niepełnosprawnością do pełnego i efektywnego udziału w życiu seksualnym, a z drugiej likwidacja pokutujących stereotypów, które powodują izolację osób z niepełnosprawnością.

KOPN zobowiązuje państwa do równego traktowania osób pełnosprawnych i niepełnosprawnych w zakresie edukacji seksualnej. Oznacza to konieczność uwzględniania problematyki niepełnosprawności w działaniach władz publicznych, obejmujących edukację seksualną. Zadaniem takiej edukacji powinno być eliminowanie negatywnych postaw wobec życia seksualnego osób z niepełnosprawnością, a w tym wizerunku osób z niepełnosprawnością jako aseksualnych. Jednocześnie prawo do edukacji seksualnej obejmuje działania władz publicznych w zakresie informowania tych osób o zagrożeniach związanych z niebezpieczeństwem nadużyć. Prawo osób z niepełnosprawnością do życia rodzinnego wiąże się zatem z prawem do życia seksualnego.

Przechodząc na grunt polski, zauważyć należy niedostatki w edukacji seksualnej dotyczącej osób z niepełnosprawnością. W dyskusji na temat edukacji seksualnej niepełnosprawność traktowana jest marginalnie. W programach szkolnych brakuje treści dotyczących seksualności osób z niepełnosprawnością. Taki stan rzeczy wynikać może z postanowień rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 12 sierpnia 1999 r.³⁰, w których nie przewidziano problematyki niepełnosprawności.

²⁸ R.J. Kijak, *Tożsamość dotycząca roli seksualnej – seksualność*, [w:] *Niepełnosprawność – w zwierciadle dorosłości*, red. R.J. Kijak, Kraków 2012, s. 180–181.

²⁹ M. Schaaf, *Negotiating Sexuality in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, SUR – International Journal on Human Rights, 2011, vol. 14, s. 116.

³⁰ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 12 sierpnia 1999 r. w sprawie sposobu nauczania szkolnego oraz zakresu treści dotyczących wiedzy o życiu seksualnym człowieka, o zasadach świadomego i odpowiedzialnego rodzicielstwa, o wartości rodziny, życia w fazie prenatalnej oraz metodach i środkach świadomej prokreacji zawartych w podstawie programowej kształcenia ogólnego, tekst jednolity Dz. U. z 2014 r., poz. 995.

Rodzicielstwo i życie w rodzinie

Prawo osób z niepełnosprawnością do życia rodzinnego obejmuje z jednej strony prawo do rodzicielstwa (dotyczy ono prawa do posiadania dzieci i ich wychowywania w naturalnej rodzinie), a z drugiej prawo dzieci do życia w rodzinie naturalnej. Można wyróżnić następujące sytuacje związane z niepełnosprawnością w rodzinie: 1) rodzice (lub rodzic) z niepełnosprawnością, 2) dzieci (lub dziecko) z niepełnosprawnością; 3) rodzice (lub rodzic) i dziecko (lub dzieci) z niepełnosprawnością. Prawo osób niepełnosprawnych do rodzicielstwa zawiera w sobie prawo do prokreacji (posiadania dzieci), prawo do wychowywania dzieci oraz prawo do odpowiedniej pomocy w wychowywaniu dzieci ze strony państwa (art. 23 ust. 1 lit. b i c oraz 23 ust. 2 KOPN). Natomiast prawo dzieci z niepełnosprawnością do życia w rodzinie wiąże się z: prawem do pomocy ze strony państwa (art. 23 ust. 3 KOPN), zakazem odłączania dziecka od rodziców z powodu jego niepełnosprawności lub niepełnosprawności jednego lub obojga rodziców (art. 23 ust. 4 KOPN) oraz prawem do opieki alternatywnej w warunkach rodzinnych (art. 23 ust. 5 KOPN).

Rodzicielstwo, tak jak i seksualność osób z niepełnosprawnością, jest również tematem tabu. Pokutuje pogląd, że osoby z niepełnosprawnością nie są zdolne do wychowywania dzieci, w związku z czym dzieci dorastają w niewłaściwym środowisku. Można się zgodzić, że dzieci osób z niepełnosprawnością narażone są na niedostosowanie społeczne, a rodzice z niepełnosprawnością cechują się większym stopniem nieporadności w pełnieniu roli wychowawczej. Pamiętać jednak należy, że rodzina jest naturalnym środowiskiem człowieka, a w przypadku niepełnosprawności wymaga ona szczególnego wsparcia ze strony otoczenia³¹. Stereotypy odnoszą się przede wszystkim do niepełnosprawności intelektualnej. Ich wyrazem jest chociażby treść art. 12 par. 1 zd. 2 k.r.o., zgodnie z którym sąd może zezwolić osobie niepełnosprawnej intelektualnie na zawarcie małżeństwa, jeżeli „jej stan zdrowia lub umysłu nie zagraża [...] zdrowiu przyszłego potomstwa”. W projektowanych zmianach legislacyjnych pominięto przesłankę eugeniczną, argumentując, że uprzednie zawarcie małżeństwa nie jest warunkiem koniecznym posiadania potomstwa. Zakaz zawierania związków małżeńskich nie powoduje, że osobom nim dotkniętym nie rodzą się dzieci³². Powyższa argumentacja może być uzupełniona o stwierdzenie, że obecnie obowiązujący art. 12 par. 1 zd. 2 kro pozostaje w sprzeczności ze standardami międzynarodowymi zaka-

³¹ K. Baranowicz, *Dzieci rodziców niepełnosprawnych*, [w:] *W stronę podmiotowości osób niepełnosprawnych*, red. A. Klinik, „Problemy Edukacji, Rehabilitacji i Socjalizacji Osób Niepełnosprawnych”, t. 4, Kraków 2008, s. 51; D. Lizoń-Szłapowska, *Macierzyństwo kobiet z niepełnosprawnością intelektualną w świetle badań własnych*, [w:] *Człowiek z niepełnosprawnością w przestrzeni społecznej*, red. Z. Gajdzica, „Problemy Edukacji, Rehabilitacji i Socjalizacji Osób Niepełnosprawnych”, t. 11, s. 56–57.

³² *Projekt założeń...*, s. 21.

zującymi praktyk eugenicznych, a w tym standardem wyznaczonym w art. 23 ust. 1 lit. b KOPN. Jak słusznie wskazuje Rzecznik Praw Obywatelskich, postanowienia art. 23 ust. 2 lit. b KOPN w istocie delegitymizują zawartą w art. 12 par. 1 k.r.o. przesłankę eugeniczną³³.

Zakaz stosowania praktyk eugenicznych, a w konsekwencji prawo swobodnego decydowania osób z niepełnosprawnością o liczbie i czasie urodzenia dziecka, wiąże się z prawem do samodzielnego wychowywania własnych dzieci. Oczywiście nie można zapominać, że ważniejsze od dobra osoby z niepełnosprawnością jest dobro dziecka. Nie oznacza to jednak automatycznego czy też arbitralnego pozbawiania lub ograniczania władzy rodzicielskiej, sprawowanej przez osoby z niepełnosprawnością. Model interaktywny nakłada na państwo obowiązek wsparcia w wykonywaniu obowiązków związanych z wychowywaniem dzieci. W ramach tej pomocy powinno dążyć się do zapewnienia realizacji celu nadrzędnego, jakim jest dobro dziecka. Jednakże niepełnosprawność rodziców nie powinna być jako taka jedyną przesłanką w orzekaniu o pozbawieniu lub ograniczeniu władzy rodzicielskiej. Takie decyzje powinny być podejmowane jedynie w ostateczności, gdy państwo nie jest w stanie wesprzeć rodziców z niepełnosprawnością w wychowaniu dziecka i realizacji celu w postaci dobra dziecka. Działania instytucji publicznych, realizujące prawo do odpowiedniej pomocy w wychowywaniu dzieci ze strony państwa (art. 23 ust. 2 KOPN), powinny wyrównywać szansę osób pełnosprawnych i niepełnosprawnych w prawie do rodzicielstwa, a nie arbitralnie wiązać niepełnosprawność, w tym przede wszystkim intelektualną, z pozbawieniem władzy rodzicielskiej.

W prawie polskim na uwagę zasługuje art. 95 par. 3 k.r.o., w którym wskazano, że władza rodzicielska powinna być wykonywana, tak jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny. Ów „interes społeczny” może być przede wszystkim brany pod uwagę przy pozbawianiu lub ograniczaniu władzy rodzicielskiej przysługującej osobom z niepełnosprawnością. Istotną rolę powinny zatem odgrywać szkolenia sędziów w zakresie praw osób z niepełnosprawnością, a w tym prawa do rodzicielstwa, w których akcent powinien być położony na przełamywanie stereotypów, wiążących niepełnosprawność z brakiem zdolności do wychowania dzieci. W podejściu władz publicznych do rodzicielstwa osób z niepełnosprawnością istotne jest prawo tych osób do życia w rodzinie z uwzględnieniem pomocy ze strony państwa i zakazu odłączania dzieci od rodziny ze względu na niepełnosprawność dziecka lub rodziców. Rozdzielenie rodziny wyłącznie ze względu na niepełnosprawność rodziców lub dzieci jest zakazane i ma charakter dyskryminujący. Może mieć

³³ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 12 maja 2015 r. o stwierdzenie niezgodności art. 12 par. 1 i 2 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r., poz. 583) z art. 30 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, s. 14, dostępny na stronie https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_ws._pozbawienia_osob_z_dysfunkcjami_zdrowotnymi_prawa_do_zawarcia_malzenstwa_i_zalozenia_rodziny.pdf.

miejsce w wyjątkowych przypadkach, które konwencja wiąże z „najlepszym interesem dziecka”. Prawo do życia w rodzinie obejmuje w takich sytuacjach obowiązek poszukiwania opieki alternatywnej w ramach dalszej rodziny, a jeśli to jest niemożliwe – „w ramach społeczności w warunkach rodzinnych”.

Życie społeczne

Prawo do życia rodzinnego gwarantowane jest w kontekście szeroko pojętego życia społecznego. Po pierwsze, życie rodzinne stanowi podstawowy element życia społecznego. Po drugie, pełny udział w życiu rodzinnym może być zrealizowany tylko poprzez niczym nieograniczony udział w życiu społecznym. Rodzina może prawidłowo funkcjonować w ramach społeczeństwa zapewniającego jej rozwój. W przypadku rodzin dotkniętych problemem niepełnosprawności należy zwrócić uwagę na specyficzne prawa, których celem jest likwidacja wynikających z niepełnosprawności barier, utrudniających pełny i skuteczny udział w życiu społecznym na zasadzie równości z innymi osobami. Ich podstawą jest zasada niedyskryminacji. Zaliczają się do nich przede wszystkim: prawo dostępu do środowiska fizycznego, transportu, informacji i komunikacji oraz innych urządzeń i usług powszechnie dostępnych lub zapewnianych (art. 9 KOPN), wolność od wyzysku, przemocy i wykorzystywania w środowisku domowym, jak i poza nim (art. 16 KOPN), prawo do samodzielnego życia i integracji społecznej, w tym usług wspierających funkcjonowanie w środowisku domowym, lokalnym i innym zapobiegających izolacji (art. 19 KOPN), prawo do mobilności (art. 20 KOPN), prawo do możliwie najwyższego standardu zdrowia (art. 25 KOPN), prawo do rewalidacji i rehabilitacji (art. 26 KOPN), prawo do pracy (art. 28 KOPN), prawo do adekwatnych warunków życia i ochrony socjalnej (art. 29 KOPN) oraz prawo do udziału w życiu kulturalnym, rekreacji, zajęciach sportowych i innych formach wypoczynku (art. 30 KOPN).

* * *

Rodzina jest naturalnym i najważniejszym środowiskiem człowieka. W związku z tym państwo powinno ją wspierać w możliwie największym stopniu. Brak tego wsparcia na pewno utrudnia, ale nie uniemożliwia funkcjonowania rodziny nie dotkniętej niepełnosprawnością. Taka rodzina nawet w trudnych warunkach da sobie radę. Nie jest to oczywiście zachęta do lekceważenia polityki prorodzinnej. W innej sytuacji są natomiast rodziny, których członkami są osoby z niepełnosprawnością. Nawet w normalnych warunkach, bez specjalnego wsparcia ze strony otoczenia, w tym państwa, nie są one w stanie funkcjonować. Dotyczy to rodzin, w których niepełnosprawni są małżonkowie, rodzice, czy też dzieci. Niepełnosprawność nie może być traktowana jako dysfunkcja prowadząca do izolacji, a w konsekwencji

degradacji i rozpadu rodziny. Wymaga szczególnego spojrzenia, uwzględniającego specyficzne prawa, pozwalające na trwanie rodziny, które to można spiąć klamrą w postaci prawa do życia rodzinnego. Gwarantem tych praw jest państwo. Ich źródłem są akty prawa międzynarodowego, poczynając od MPPOiP, przez MPPGSiK, ZEKS, aż po KOPN. Ten ostatni dokument stanowi swoistą kodyfikację praw osób z niepełnosprawnością. Jego postanowienia zobowiązują państwa—strony, w tym Polskę, do włączenia osób z niepełnosprawnością do pełnego i efektywnego uczestnictwa w życiu społecznym, a w pierwszej kolejności w życiu rodzinnym. Prawo międzynarodowe, wywierając wpływ na prawo krajowe, wzmacnia rodziny dotknięte niepełnosprawnością, dając im możliwość funkcjonowania w ramach, a nie poza, społeczeństwem. Służą temu nie tylko prawa *stricte* prorodzinne, związane z zawarciem małżeństwa, założeniem rodziny, seksualnością, rodzicielstwem, czy też życiem w rodzinie, ale również prawa pozwalające na integrację rodzin dotkniętych niepełnosprawnością ze społeczeństwem, których głównym zadaniem jest zapewnienie funkcjonowania takich rodzin na równi z innymi rodzinami. Prawa te wynikają z norm programowych, zakładających realizację celu w postaci pełnego udziału osób z niepełnosprawnością w życiu społecznym, a w tym rodzinnym. Zdać sobie należy sprawę z tego, że rola państwa nie sprowadza się tutaj tylko do zmiany prawa, ale również zmiany mentalności społecznej w kierunku niwelowania stereotypów, w których rodziny dotknięte niepełnosprawnością traktowane są jako „nienormalne”, „inne”, czy też „chore”. W końcu każdy, niezależnie od sprawności, czy też jej braku, ma prawo do szczęścia rodzinnego, a społeczeństwo nie ma prawa nikogo takiego szczęścia pozbawiać.

RIGHT OF PERSONS WITH DISABILITIES TO FAMILY LIFE IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL STANDARDS (INCLUDING WITH REGARD TO POLISH LAW)

Key words: disability, person with disabilities, human rights, family, society

Summary

This article aims to analyse a normative content of the right of persons with disabilities to family life, which have an impact on the Polish legislative solutions. The right of persons with disabilities to family life has been confirmed in a number of international instruments. General provisions in this regard can be inferred from the Covenants on Human Rights or the European Social Charter (revised). The rights guaranteed in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities have been adapted to the needs of these people. The shape of this rights do not depend only on the content of Art. 23 of the Convention, which regulates three spheres of family life: marriage, sexuality and parenthood. It should also take account of other provisions that help persons with disabilities overcome barriers that hinder the full participation in family life. International law, affecting the national law, strengthens families with disabilities, giving them the opportunity to operate within, not outside, the society. It does so not only by establishing strictly pro-family regulations related to family life, but also by establishing regulations allowing for the integration of the families with disabilities into society. The main task is to ensure the functioning of such families on an equal footing with other families.

AGNIESZKA WEDEŁ-DOMARADZKA

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

Prawo do kontaktów z rodziną osób aresztowanych oraz odbywających karę pozbawienia wolności – rozważania na tle standardów *soft law* oraz art. 8 EKPC

Słowa kluczowe: prawo do poszanowania życia rodzinnego, więzień, oskarżony, korespondencja, widzenie, zakład karny, Europejski Trybunał Praw Człowieka

Wprowadzenie

Osoba, która zostaje pozbawiona wolności – poza samym faktem przebywania w zamknięciu musi – liczyć się również z utrudnieniem w realizacji innych przysługujących jej praw. Jednakże to, że ich realizacja może zostać ograniczona nie oznacza, że pozbawienie wolności jest równoznaczne z całkowitym pozbawieniem możliwości korzystania z tych praw. W konsekwencji sytuacja pozbawienia wolności powoduje dość dużą komplikację relacji organów państwa w stosunku do więźniów. Z jednej strony istnieje niekwestionowany obowiązek dbałości (często o szczególnym wymiarze) o przestrzeganie praw człowieka osób będących więźniami czy aresztowanymi, z drugiej natomiast pojawia się wyraźny obowiązek zadbania o to, by wspomniane utrudnienie w realizacji odrębnych od wolności praw człowieka było jak najmniej dotkliwe. Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której władze publiczne zobowiązane są do dwojakiego rodzaju zachowania. Z jednej strony jest to negatywne zobowiązanie (przykładowo powstrzymanie od tortur), wymagające od władz publicznych dbałości o prawidłowe traktowanie więźnia na każdym etapie odbywania przez niego kary pozbawienia wolności. Z drugiej pojawia się pozytywny obowiązek efektywnej realizacji praw takich, jak prawa wyborcze¹ czy zapewnienie możliwości praktykowania religii. W tym wypadku konieczne jest zorganizowanie odpowiednich mechanizmów, które

¹ P. H. Van Kempen, *Positive Obligations to Ensure the Human Rights of Prisoners: Safety, Healthcare, Conjugal Visits and the Possibility of Founding a Family Under the ICCPR, the ECHR, the ACHR and the AfChHPR*, ed. P. J.P. Tak and M. Jendly, *Prison policy and prisoners' rights. The protection of prisoners' fundamental rights in international and domestic law*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 21.

pozwolą na uczestnictwo w głosowaniach wyborczych², uczestnictwo w nabożeństwach czy dostarczenie zgodnych z wyznawaną religią posiłków.

Kwestia ochrony życia rodzinnego i prywatnego jest kwestią mającą bardzo szeroki zakres i bogatą praktykę orzeczniczą Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). Odnosząc się do życia prywatnego Trybunał uznał, że pojęcie „życie prywatne” jest pojęciem szerokim i nie posiada wyczerpującej definicji. Obejmuje ono tak integralność fizyczną i psychiczną danej osoby³ oraz społeczną tożsamości jednostki, jak i jej prawo do tworzenia relacji z innymi ludźmi⁴. Natomiast w kwestii ustalenia czy mamy do czynienia z życiem rodzinnym, Trybunał bardziej opiera się o rzeczywiste, bliskie relacje osób tworzących rodzinę. Należy mieć świadomość, że traktuje się to prawo nie jako prawo do życia rodzinnego *de iure*, ale również *de facto*. Pozwala to na objęcie pojęciem „życie rodzinne” szerokiego katalogu sytuacji. Jak wynika z ustalonej praktyki ETPC, nie jest ono tylko i wyłącznie domeną osób żyjących w związkach małżeńskich, ale obejmuje osoby żyjące w trwałej wspólności bez zawarcia związku małżeńskiego⁵ czy też żyjące w związkach jedнопłciowych⁶.

Prawo do poszanowania życia rodzinnego obejmuje także relacje między rodzicami a dziećmi. Jednak nie zawsze będzie to prawo w tym samym zakresie obejmowało oboje rodziców. Przyjęto, że w przypadku dzieci urodzonych w małżeństwie prawo do życia rodzinnego chronione jest od momentu ich urodzenia⁷, podobnie jak i powstanie relacji rodzinnej między dzieckiem a jego matką bez względu na to czy jest ona mężatką, czy też nie⁸. W sytuacji urodzenia się dziecka pozamałżeńskiego również mamy do czynienia z przyjęciem, iż między rodzicami a dziećmi występuje życie rodzinne⁹. Stanowisko orzecznicze ETPC nie wymaga też kohabitacji między członkami rodziny, ale muszą istnieć przynajmniej bliskie więzi osobiste¹⁰.

² Zob. S. Briant, *The Requirement of Prisoner Voting Rights: Mixed Messages from Strasbourg*, „Cambridge Law Journal”, 2011, Vol. 70 Issue 2, s. 279–282.

³ Wyrok ETPC w sprawie *X i Y przeciwko Holandii* z dnia 26.03.1985 r., nr skargi 8978/80, § 22.

⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Mikulić przeciwko Chorwacji* z dnia 7.02.2002 r., nr skargi 53176/99, §53, Wyrok ETPC w sprawie *Burghartz przeciwko Szwajcarii* z dnia 22.02.1994 r., nr skargi 16213/90, §24.

⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Johnson i inni przeciwko Irlandii* z dnia 18.12.1986 r., nr skargi 9697/82, §56.

⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* z dnia 22.07.2010 r., nr skargi 30141/04, §94; w tym wypadku Trybunał również podkreślił wagę istnienia „stabilnej” relacji między osobami, które twierdzą, że ich związek może być uznany za chroniony w świetle prawa do życia rodzinnego.

⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Berrehab przeciwko Holandii* z dnia 21.06.1988 r., nr skargi 10730/84, §21.

⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Marckx przeciwko Belgii* z dnia 13.06.1979 r., nr skargi 6833/74, §62.

⁹ *Johnson i inni*, §74 i nast.

¹⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Odievre przeciwko Francji* z dnia 13.02.2003 r., nr skargi 42326/98, §26.

Z uwagi na coraz bardziej liberalne podejście Trybunału do kwestii definiowania rodziny i relacji rodzinnych, za życie rodzinne została uznana również sytuacja dwóch żyjących w związku cywilnym kobiet oraz dziecka urodzonego przez jedną z nich¹¹ w ramach procedury wspomaganego rozrodu, z zastrzeżeniem, że obydwie dziecko to wychowywały¹².

Tym samym nie ulega wątpliwości, że również osoby pozbawione wolności mają prawo do tego, by ich prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, rozpatrywane było jako prawo do relacji z „innymi osobami”, było respektowane. W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że prawo chronione przez art. 8 będzie miało zastosowanie do więźniów raczej w aspekcie rodzinnym niż prywatnym.

Trybunał podkreśla również wyraźnie istnienie rodzinnych więzów powstałych między rodzicami a dziećmi pozamałżeńskimi. Odnosząc się natomiast do pojęcia rodziny przypomina, że pojęcie to nie ogranicza się wyłącznie do stosunków opartych o małżeństwo, a może obejmować inne sytuacje zaistnienia „rodzinnych” więzi, przykładowo, wspólnego zamieszkiwania osób niebędących małżeństwem¹³. Dziecko, które rodzi się z takiego związku jest *ipso iure* częścią tejże „rodziny” od chwili i przez sam fakt urodzenia. Wiąż między rodzicami oraz między rodzicami a dzieckiem będzie więc istniała nawet wówczas, gdy w momencie urodzenia się dziecka ich związek został zakończony¹⁴.

Odbywający karę pozbawienia wolności ma więc w sposób oczywisty ograniczone możliwości korzystania z prawa przyznanego przez art. 8 EKPC. Jednakże fakt, iż zostało ono ograniczone nie stanowi sam w sobie naruszenia tegoż artykułu. Potwierdzenie tej tezy znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. W sprawie *D. G. przeciwko Irlandii*¹⁵ ETPC ustalił dopuszczalny standard ingerencji. Zgodnie z tym standardem, aby można było mówić o uzasadnionej ingerencji w prawo jednostki do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego muszą być spełnione dwa warunki. Po pierwsze, ingerencja taka musi być zgodna z prawem i posiadać uzasadniony cel, a po drugie wymagane jest, aby była „konieczna w społeczeństwie demokratycznym”¹⁶, co przekłada się na proporcjonalność jej zastosowania wobec osiągnięcia zamierzonego celu. Tym samym, nie każda sytuacja, w której kontakt osobisty czy też korespondencyjny osoby z najbliższymi zostanie ograniczony, powo-

¹¹ Wyrok ETPC w sprawie *Gas i Dubois przeciwko Francji* z dnia 31.08.2010 r., nr skargi 951/07, §67.

¹² Wyrok ETPC w sprawie *X i inni przeciwko Austrii* z dnia 19.02.2013 r., nr skargi 19010/07, §93.

¹³ *Johnson i inni*, §55.

¹⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Keegan przeciwko Irlandii* z dnia 16.05.2002 r., nr skargi 16969/90, §44.

¹⁵ Wyrok ETPC w sprawie *D.G. przeciwko Irlandii* z dnia 4.02.2003 r., nr skargi 39474/98, z, §104 i nast., wyrok ETPC w sprawie *Van der Ven przeciwko Irlandii*, nr skargi 50901/99, §68 i 72.

¹⁶ *Ibidem*, §69.

duje naruszenie art. 8, każda wymaga jednak szczegółowego i zindywidualizowanego podejścia oraz oceny, tak w oparciu o standardy Konwencji, postulaty zawarte w dokumentach *soft law*, stanowiących dorobek organizacji działających na rzecz praw człowieka, jak i o regulacje prawa krajowego danego państwa.

Rekonstrukcja standardów w zakresie kontaktów z rodziną osób odbywających karę pozbawienia wolności

Podstawowe akty prawne o charakterze wiążącym, dotyczące uniwersalnego i regionalnego systemu ochrony praw człowieka raczej nie zawierają regulacji prawnych w odniesieniu do więźniów. Ochrona ich praw odbywa się więc na zasadach ogólnych odnoszących się do poszanowania poszczególnych wolności i praw takich jak wolność od tortur i niehumanitarnego traktowania i karania, prawo do życia rodzinnego i prywatnego czy wolność myśli sumienia i wyznania.

Problem kontaktów z najbliższymi osób pozbawionych wolności dość szybko – patrząc z perspektywy rozwoju współczesnego prawa praw człowieka – stał się przedmiotem zainteresowania organów międzynarodowych i doprowadził do powstania bogatego dorobku *soft law*. W 1957 r. Organizacja Narodów Zjednoczonych przyjęła Wzorcowe reguły ONZ minimum postępowania z więźniami¹⁷. Reguły te zawierały 94¹⁸ wskazania i dotyczyły tego, w jaki sposób działania wobec i z udziałem więźniów powinny przebiegać. W odniesieniu do kontaktów ze światem zewnętrznym sformułowany został postulat umożliwienia więźniom kontaktu ze światem zewnętrznym¹⁹, który obejmował komunikację z rodziną i znajomymi. Kontakt ten miał odbywać się w regularnych odstępach czasu poprzez korespondencję i wizyty przyjmujące. W 1985 r. zwrócono również uwagę na problem więźniów zagranicznych. Również oni – choć w tym przypadku może to być utrudnione – zgodnie z przyjętą rekomendacją²⁰ mieli mieć ułatwione kontakty z członkami swoich rodzin. Kontakty te mogłyby przybierać formę korespondencji oraz przyjmowania wizyt.

¹⁷ Rezolucje Organizacji Narodów Zjednoczonych: 663 C (XXIV) z dnia 31.7.1957 r. oraz 2076 (LXII) z dnia 13.05.1977 r.; pierwowzorem tych reguł były Reguły minimalne postępowania z więźniami, przyjęte oficjalnie przez Ligę Narodów w 1934 r., więcej na ten temat E. Dawidziuk, *Traktowanie osób pozbawionych wolności we współczesnej Polsce na tle standardów międzynarodowych*, Kraków 2013, s.22 i nast. oraz J. Migdał, *Perspektywy kary pozbawienia wolności w polskim systemie penitencjarnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, rok XII: 2008, z. 1, s. 267.

¹⁸ Zostały uzupełnione w dniu 13.05.1977 r. o regułę określającą sytuację więźniów, którym nie przedstawiono zarzutów; Rezolucja Organizacji Narodów 2076 (LXII) z dnia 13.05.1977 r.

¹⁹ *Ibidem*, reguła 37.

²⁰ Model Agreement on the Transfer of Foreign Prisoners and Recommendations on the Treatment of Foreign Prisoners Adopted by the Seventh Crime Congress, Milan, 26.08–6.09.1985 r., and endorsed by the General Assembly in resolution 40/32.

Regulacje uniwersalne stały się źródłem inspiracji dla bardziej rozbudowanych standardów na poziomie regionalnym. Szczególnie intensywnie w kwestie poszanowania praw więźniów zaangażowała się Rada Europy, formułując szereg zaleceń oraz wytycznych. Miały one zarówno charakter ogólnych zasad traktowania i przestrzegania praw więźniów, jak i dotyczyły problemów więźnia w kontekście jego szczególnej sytuacji. Już w 1973 r. Komitet Ministrów przyjął rezolucję ustanawiającą Standardowe Reguły Minimum Traktowania Więźniów²¹. Reguły te w swojej konstrukcji bardzo zbliżone były do reguł przyjętych w ramach ONZ i podobnie jak one wskazywały na prawo więźnia do kontaktów z rodziną i regularnych odwiedzin jej członków²². Ponowne opracowanie reguł w 1987 r. nie wniosło zmian do regulacji, dotyczącej treści prawa do kontaktów z rodziną i wizyt jej członków²³. Istotna zmiana i szersza regulacja sytuacji więźniów Rada Europy dokonała się w 2006 r., kiedy to jej Komitet Ministrów przyjął Europejskie Reguły Więzienne (ERW)²⁴. W tym dokumencie kwestii kontaktów z bliskimi poświęcono wiele uwagi, ale też wykazano się większą precyzją. W zakresie kontaktów ze światem zewnętrznym dało się odczuć zmianę podejścia do wykonywania kary pozbawienia wolności. Przede wszystkim wskazano, że więźniowie mają prawo do tego, by porozumiewać się z rodzinami i innymi osobami tak często jak to tylko możliwe. W regulacjach uwzględniono również różne formy tego kontaktu, takie jak poczta czy telefon, ale również zwrócono uwagę na inne formy komunikacji²⁵. Tak otwarte podejście do możliwości komunikowania się nie oznacza jednak, że jest ona nieograniczona. Ograniczenia są dopuszczalne z uwagi na „utrzymanie porządku i bezpieczeństwa, zapobiegania przestępstwom karnym oraz ochrony ofiar przestępstwa”. Ponadto ograniczenia te muszą jednak spełniać warunek utrzymania minimalnego kontaktu²⁶. Co więcej, w komentarzu do ERW wskazano, że jeśli już jakieś ograniczenia w stosunku do korespondencji mają być nakładane, to powinny one być określone w sposób jasny i jednoznaczny, a ewentualny nadzór polegający na jej czytaniu może mieć miejsce jedynie, gdyby zachodziło uzasadnione podejrzenie, że zawartość korespondencji może być niezgodna z prawem²⁷.

²¹ Rezolucja (73) 5 Komitetu Ministrów Rady Europy: Minimalne Standardy Traktowania Więźniów, przyjęte w dniu 19.01.1973 r. na 217 spotkaniu delegatów ministrów.

²² Ibidem, reguła 37.

²³ Zalecenie nr R(87) 3 Komitetu Ministrów do państw członkowskich w sprawie Europejskich reguł więziennych, przyjęte przez Komitet Ministrów Rady Europy w dniu 12.02.1987 r. na 404. posiedzeniu wiceministrów/zastępców ministrów, reg. 43.

²⁴ Zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich Rec(2006) 2 z dnia 11.01.2006 r. w sprawie Europejskich reguł więziennych, przyjęte na 952 posiedzeniu wiceministrów.

²⁵ Ibidem, reguła 24.1.

²⁶ Ibidem, reguła 24.2.

²⁷ Commentary to Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers of the Member States on the European Prison Rules, commentary to rule 24.

Za preferowaną formę kontaktu, wedle ERW, należy uznać wizyty, których organizacja powinna utrzymać i rozwijać w normalny sposób więzi rodzinne, jakie ma osadzony²⁸. Utrzymywaniu ich służyć ma również niezwłoczne informowanie o wszelkich istotnych – z punktu widzenia kontaktów – zdarzeniach, takich jak zmiana miejsca odbywania kar czy poważna choroba lub inna przyczyna hospitalizacji²⁹. Znaczenie kontaktu jest tak ważne, że reguły postulują, aby powstrzymać się od karania więźnia karą całkowitego zakazu kontaktów z rodziną³⁰. Podkreślono, że powyższe reguły mają mieć również zastosowanie, w zakresie dopuszczonym przez władzę sądową, do więźniów śledczych³¹.

W ramach systemu regionalnego Rady Europy powstały również regulacje, dotyczące poszczególnych grup więźniów lub szczegółowym problemom, jakie tych więźniów dotyczą. W 1981 r. Zgromadzenie zwróciło uwagę na sytuację społeczną więźniów w trzech aspektach: kontaktów ze światem zewnętrznym, więźniarek z dziećmi i cudzoziemców³². Regulacja dotycząca kontaktów sugeruje, iż za ich preferowaną formę należy uznać widzenia, a to dlatego, że pozytywnie wpływają one na stabilność emocjonalną więźnia oraz jego poczucie obowiązku. Postulowane jest również jak najmniej restrykcyjne podejście do odwiedzin, w tym również tych o charakterze intymnym. W kwestii relacji między więźniarkami a ich dziećmi pojawiła się ogólna wytyczna wskazująca, że dzieci nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji pozbawienia wolności przez ich matki. Wprawdzie dalsza część regulacji wskazuje na określenie limitu wiekowego dla przebywania dzieci wraz z matkami w zakładach karnych, należy jednak uznać, iż wspomniany brak negatywnych konsekwencji rozciąga się również na możliwość odwiedzania matek przez dzieci³³.

W odniesieniu do więźniów cudzoziemców rekomendacja wskazuje na konieczność podejmowania działań mających na celu zmniejszenie liczby więźniów odbywających kary zagranicą. Jeśli jednak już taka sytuacja będzie miała miejsce, więźniowie ci powinni przebywać w jednej wybranej placówce z uwzględnieniem miejsca zamieszkania rodziny więźnia. Z uwagi na ważność problemu do kwestii więźniów cudzoziemców powrócono jeszcze dwukrotnie. Pierwszy raz w 1984 r.³⁴, kiedy to w przyjętym wówczas doku-

²⁸ Ibidem, reguła 24.4.

²⁹ Ibidem, reguła 24.8 i 24.9.

³⁰ Ibidem, reguła 60.4.

³¹ Ibidem, reguła 99.

³² Rekomendacja 914 (1981) w sprawie społecznej sytuacji więźniów.

³³ Do tematu powrócono w 1995 r., gdy to w rekomendacji 1257 (1995) o warunkach pozbawienia wolności w państwach członkowskich Rady Europy podkreślono konieczność prowadzenia badań dotyczących wpływu, jaki ma odbywanie kary pozbawienia wolności przez rodziców na dzieci.

³⁴ Rekomendacja Nr R (84) 12 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotycząca więźniów cudzoziemców przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 21.06.1984 r.

mencie podkreślono rolę konsulów i przedstawicieli konsulatów w relacjach więźniów i najbliższych. Ci pierwsi powinni zaangażować się w podtrzymywanie więzów rodzinnych poprzez ułatwianie odwiedzin i kontaktów z członkami rodziny więźnia cudzoziemca, natomiast przedstawiciele konsulatów powinni wspierać rodzinę, która zdecyduje się na widzenie ze skazanym. Pomoc ta powinna mieć szeroki zakres – od pomocy w uzyskaniu wizy po znalezienie odpowiedniego zakwaterowania. Po raz kolejny problematyka więźniów cudzoziemców stała się przedmiotem rekomendacji w 2012 r.³⁵ W rekomendacji tej wskazano na potrzebę umieszczania więźniów zagranicznych w więzieniach znajdujących się blisko obiektów transportowych, które umożliwiłyby rodzinom odwiedziny. Same odwiedziny powinny być natomiast zorganizowane w sposób elastyczny, nawet tak, by podczas pobytu najbliżsi mogli je łączyć. Najbliżsi mają również mieć możliwość uzyskania niezbędnej dla realizacji wizyty, pomocy i informacji.

W 1982 r. przyjęto rekomendację dotyczącą czasowego opuszczania więzienia³⁶. Pojawiły się w niej sugestie dotyczące czasowego zezwolenia cudzoziemcom, których rodziny nie mieszkają w kraju w którym odbywają karę, na opuszczenie więzienia w celu spotkania z rodziną. W tym samym roku została również wydana rekomendacja, dotycząca jeszcze jednej grupy, a mianowicie więźniów niebezpiecznych³⁷. Nie uwzględniała ona jednak kwestii odnoszących się do kontaktów – należy więc uznać, że na tym etapie wystarczające były istniejące już wówczas reguły ogólne. W rok później natomiast Komitet Ministrów przyjął rekomendację³⁸, której celem było zwiększenie udziału społeczeństwa w polityce karnej i w której znalazła się wytyczna, wskazująca na konieczność zadbania o zachowanie więzów łączących więźniów z ich rodzinami. O istotnym, nie tylko dla kontaktów ale i dla zdrowia najbliższych aspekcie wynikającym z zagrożenia AIDS, wspomina rekomendacja z 1993 r.³⁹ Nakazuje ona, aby w przypadku dopuszczania do wizyt intymnych więźniów, ich rodziny, małżonkowie i partnerzy, mieli możliwość otrzymania informacji, porad oraz pomocy w zakresie profilaktyki i zachowań osób zarażonych HIV lub chorych na AIDS.

Rekomendacja odnosząca się bezpośrednio do kwestii skutków, jakie w czasie pozbawienia wolności ponosi rodzina, została przyjęta przez Zgro-

³⁵ Recommendation CM/Rec(2012)12 of the Committee of Ministers to member States concerning foreign prisoners, adopted by the Committee of Ministers on 10.10.2012.

³⁶ Rada Europy Komitet Ministrów Rekomendacja Nr R (82) 16 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich o czasowym opuszczaniu więzienia przyjęta przez Komitet Ministrów dnia 24.09.1982 r.

³⁷ Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy z 1982 r. w sprawie pozbawienia wolności oraz traktowania więźniów niebezpiecznych Rec(82)17E 24.

³⁸ Komitet Ministrów Rekomendacja Nr R (83) 7 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich o udziale społeczeństwa w polityce karnej przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 23.06.1983 r.

³⁹ Rec(93)6E 18.10.1993 concerning prison and criminological aspects of the control of transmissible diseases including AIDS and related health problems in prison.

madzenie Parlamentarne w 1997 r.⁴⁰ We wprowadzeniu do tegoż aktu podkreślono, że kwestia skutków, jakie pozbawienie wolności niesie dla rodziny, była dotychczas kwestią traktowaną marginalnie. Podkreślono tym samym, że kara pozbawienia wolności pociąga za sobą skutki nie tylko dla samego więźnia, ale dla jego najbliższej rodziny. Szczególną uwagę zwrócono na negatywne konsekwencje, które wobec odbywających karę pozbawienia wolności mają miejsce wówczas, gdy osoby te są pozbawiane praw rodzicielskich i w związku z tym tracą kontakt ze swoimi dziećmi. Tym samym w rekomendacji uznano, że Komitet Ministrów powinien zachęcić państwa członkowskie do poprawy warunków, w jakich odbywają się odwiedziny członków rodzin, w szczególności do stworzenia miejsc, w którym odbywający karę pozbawienia wolności i ich najbliżsi mogliby przebywać sami. Nie zostało jednak wyraźnie stwierdzone, czy chodzi o prywatność, która ma pozwolić na większą swobodę podczas wizyty, czy też wskazanie to należy interpretować jako inicjujące kampanię na rzecz wizyt intymnych. To drugie podejście wydaje się jednak bardziej prawdopodobne, gdyż już rok później w rekomendacji dotyczącej etycznych i organizacyjnych aspektów zdrowotnych w więzieniu⁴¹, Komitet Ministrów zaapelował o umożliwienie więźniom spotkań z partnerem seksualnym bez nadzoru wizualnego w trakcie wizyty.

Kwestie kontaktów z rodziną są szczególnie istotne dla osób, które przebywają w więzieniu dożywotnio lub długoterminowo. Tej problematyce Komitet Ministrów poświęcił rekomendację z 2003 r.⁴², w której to wskazał na konieczność podjęcia szczegółach działań w celu zapobieżenia rozpadowi więzi rodzinnych tych kategorii osób. Co więcej, przeciwdziałać temu rozpadowi mają służyć konkretne działania, do których zaliczono konieczność umieszczenia więźnia w jak najmniej odległym od miejsca zamieszkania najbliższych czy członków rodziny zakładzie karnym oraz w miarę możliwości najczęstsze i najbardziej prywatne kontakty poprzez listy, telefony czy wizyty. Komitet Ministrów zwraca również uwagę na konieczność objęcia szczególną uwagą kontaktów między dziećmi a osadzonymi matkami. Rozwinięcie tego problemu znalazło się w 2009 r. w rezolucji dotyczącej kobiet w więzieniach⁴³, która to podkreśliła, iż sytuacja kobiet w kontekście kontaktów z członkami rodziny jest szczególnie złożona. Z jednej strony istnieje wysoka potrzeba relacji między matką a dzieckiem, z drugiej odsetek osadzonych

⁴⁰ Rekomendacja 1340 (1997) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy o społecznych skutkach pozbawienia wolności i jego skutkach dla rodziny przyjęta w dniach 1–2.09.1999 r.

⁴¹ Recommendation Rec(98)7E concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison, adopted on 8.04.1998.

⁴² Rekomendacja Rec (2003) 23 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich o wykonywaniu przez administrację więzienne kary dożywotniego pozbawienia wolności oraz innych długoterminowych kar pozbawienia wolności przyjęta w dniu 9.10.2003 r.

⁴³ Rezolucja 1663 (2009) Kobiety w więzieniu przyjęta przez Zgromadzenie Parlamentarne w dniu 28.04.2009.

kobiet jest o wiele mniejszy niż mężczyzn. Tym samym kobiety osadzone są często z placówkach znajdujących się w znacznej odległości od miejsc zamieszkania ich bliskich. Wymaga to szczególnej uwagi jeśli chodzi o udzielanie pozwoleń na widzenia czy też inne formy kontaktu. Podkreślono również dużą wrażliwość, jaką powinny wykazywać się służby więzienne w sytuacji, gdy z uwagi na wiek dziecka istnieje konieczność rozdzielenia go z osadzoną matką; postulat odnosi się do tego, by proces oddzielenia uczynić jak najmniej bolesnym i dotkliwym. Osłabieniu tej dotkliwości ma służyć możliwość spotkania z dziećmi poza więzieniem w wyjątkowych okazjach, takich jak urodziny czy święta.

Osobom, które zostały tymczasowo aresztowane, również przysługuje prawo do kontaktów z najbliższymi. Standardy tych kontaktów zarekomendował Komitet Ministrów w 2006 r.⁴⁴ wskazując, że utrzymanie relacji rodzinnych stanowi realizację prawa człowieka i podstawowych wolności, w szczególności prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Rekomendowano również odstąpienie od tymczasowego aresztowania w sytuacji, gdyby pociągało to wyjątkowo ciężkie skutki dla najbliższej rodziny oskarżonego. W omawianej rekomendacji znalazło się jeszcze jedno ograniczenie, którego nie przewiduje polskie prawo, a mianowicie, należy unikać stosowania tymczasowego aresztowania w stosunku do osób, które sprawują opiekę nad niemowlętami.

Kontakty z najbliższymi są również szczegółowo uregulowane w odniesieniu do problematyki młodocianych osadzonych. W przyjętej w 2008 r. rekomendacji⁴⁵ kontakt z najbliższymi został dopuszczony zarówno poprzez wizyty, korespondencję listowną, telefoniczną, jak i we wszelkich innych formach kontaktu, co stanowi otwarcie na nowe, elektroniczne formy komunikacji. Co więcej, kontakty te powinny pozwalać na utrzymanie i rozwój relacji rodzinnych w normalny sposób i z uwzględnieniem szans na reintegrację społeczną. Jedynymi ograniczeniami, jakie mogą się pojawić, pod warunkiem zagwarantowania jednak minimalnych kontaktów, są te dotyczące osób, w stosunku do których toczą się jeszcze postępowania. Mają one służyć utrzymaniu porządku i bezpieczeństwa, zapobieganiu przestępstwom oraz ochronie ofiar tych przestępstw.

⁴⁴ Rekomendacja Rec (2006) 13 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich o stosowaniu tymczasowego aresztowania, warunkach jego odbywania i zabezpieczeniu przed jego nadużywaniem przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 27.09.2006 r.

⁴⁵ Recommendation CM/Rec(2008)11 of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measure adopted by the Committee of Ministers on 5.11.2008.

Formy kontaktu osoby pozbawionej wolności z najbliższymi (na wybranych przykładach orzeczniczych ETPC)

Za najbardziej podstawową i najwcześniej wspomnianą w standardach dotyczących kontaktów więźniów z najbliższymi uznawana jest korespondencja. Ze starszych standardów *soft law* wynika, że korespondencja rozumiana jest przede wszystkim jako korespondencja listowna. Z pewnością ma to swoje źródło w tym, że zapewnienie tej formy korespondencji jest stosunkowo łatwe i wiąże się z niskimi kosztami. W analizowanych wcześniej standardach ten rodzaj komunikacji wskazywany był jako podstawowy, choć w uregulowaniach pojawiających się w latach 90. zaczyna się również uwzględniać inne jej formy.

Kwestią dostępności i korzystania z prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego poprzez korespondencyjne utrzymywanie kontaktów ETPC zajmował się wielokrotnie. W sprawie *Messina przeciwko Włochom*⁴⁶ skarżący zarzucił naruszenie art. 8 poprzez dokonywanie przez władzę publiczną kontroli jego korespondencji z rodziną. Efektem zbadania okoliczności tej kontroli był wniosek dotyczący uznania, że wprowadzenie zasady ingerencji można uznać za dopuszczalne, to jednak niejasności dotyczące zasad dokonywania kontroli spełniają przesłankę naruszenia. Krajowe przepisy, dopuszczające kontrolowanie korespondencji, nie zawierały jasnych reguł dotyczących zakresu oraz sposobu dokonywania tej kontroli. Do podobnych wniosków doszedł ETPC w sprawie *Labita*⁴⁷ z tym, że w tym przypadku problem dotyczył braku określenia jakichkolwiek reguł, które miałyby zastosowanie do ustalenia – jak długo korespondencja ma być cenzurowana oraz na jakich podstawach oraz w jaki sposób cenzura ta miałyby być dokonywana.

Tym samym można uznać, że Trybunał bardzo restrykcyjnie podchodzi do kwestii ingerencji w sytuacji, w której ma miejsce kontrola korespondencji. W szczególności piętnowana jest wszelka arbitralność oraz brak uzasadnienia dla takiej ingerencji. Co więcej, również sytuacje, w których doszło do otwarcia korespondencji nieintencjonalnie⁴⁸ lub też otwarto korespondencję lecz nie czytano jej treści⁴⁹, traktowane są jako naruszenie art. 8.

Inną – poza korespondencją – popularną formą kontaktu więźniów z rodziną są rozmowy telefoniczne. Jest to jedna z częściej praktykowanych form, aczkolwiek nie jest to forma gwarantowana. Wedle oceny Trybunału

⁴⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Messina przeciwko Włochom* (nr 2), nr skargi 25498/94, §81, także N. Paterson, G. Vermeulen, *Differences In Material Detention Conditions & Sentence Execution – A Threat To The Area Of Freedom, Security & Justice?*, „Actualia Strafrecht en Criminology”, 2010, p.53.

⁴⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Labita przeciwko Włochom*, nr skargi 26772/95, §176.

⁴⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Demirtepe przeciwko Francji* z dnia 21.12.1999 r., nr skargi 34821/97, §25 i 26.

⁴⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Campbell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 25.3.1992 r., nr skargi 13590/88, §57.

w przypadku, gdy dostęp do korespondencji jest niezakłócony i wystarczający, niezapewnienie kontaktu telefonicznego nie może być postrzegane jako naruszenie prawa do prywatności⁵⁰. Współcześnie takie podeście wydaje się być niezasadne. Kontakt telefoniczny stanowiący bezpośrednią rozmowę z najbliższymi, gdy osoby te kontaktują się w czasie rzeczywistym, nie może być uznany za zbyt duże udogodnienie. Szczególne znaczenie dostęp do telefonu może mieć w przypadku kontaktów z osadzonymi dziećmi, które jeszcze nie potrafią pisać, a także osób niepełnosprawnych lub starszych, u których te umiejętności są mniejsze. Kontakt telefoniczny powinien też być przyznany na równych zasadach zarówno małżonkom, jak i osobom żyjącym w związkach nieformalnych. Analizując sprawę *Petrov przeciwko Bułgarii* Trybunał doszedł do wniosku, że wprawdzie sfera polityki prorodzinnej stanowi domenę państwa i to właśnie państwo ma szerokie możliwości jej kształtowania, to jednak z punktu widzenia relacji międzyludzkich nie znajduje uzasadnienia rozróżnianie bliskich na małżonków i partnerów niesformalizowanych⁵¹. Tym samym uznał naruszenie art. 14 Konwencji, ale w związku z jej art. 8.

Za najbardziej cenioną przez więźniów formę kontaktu z najbliższymi uznaje się widzenia⁵². W tym miejscu nie można również zapomnieć o znaczeniu warunków, w jakich odbywa się widzenie. Ma to niebagatelne znaczenie dla poszanowania godności jednostki i właściwego wykorzystania przez nią tego środka kontaktu.

Przyznanie prawa do wizyt nie oznacza jednak, że prawo to może być uznawane za nieograniczone. Jak wskazała Komisja w decyzji dotyczącej dopuszczalności skargi w sprawie *A przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁵³, przyznanie więźniom prawa do nielimitowanych wizyt wszelkich osób byłoby zbyt dużym obciążeniem dla administracji więziennej. Tym samym należy uznać, że generalna zasada, ograniczająca wizyty do krewnych i bliskich znajomych, wydaje się być zasadnym rozwiązaniem w ramach realizacji prawa życia prywatnego i rodzinnego. Nie można jednak wykluczyć powstania więzów podczas odbywania kary pozbawienia wolności, a także tego, że więzy te zaczną wchodzić w zakres chronionego prawa.

Element ograniczenia może odnosić się również do konieczności zakłócenia życia rodzinnego przez osadzenie jednak zakłócenie to będzie konieczne w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na ochronę porządku i zapobieganie przestępczości oraz dla ochrony praw i wolności innych osób⁵⁴.

⁵⁰ Wyrok ETPC w sprawie *A.B. przeciwko Holandii* z dnia 29.01.2002 r., nr skargi 37328/97, §91.

⁵¹ Wyrok ETPC w sprawie *Perov przeciwko Bułgarii* z dnia 22.05.2008 r., nr skargi 15197/02, §51

⁵² E. Dawidziuk, op. cit. s 227 i n.

⁵³ Decyzja Komisji w sprawie *A przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 8.10.1982 r., nr skargi 9054/80.

⁵⁴ Decyzja Komisji w sprawie *X przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 18.7.1974 r., nr skargi 5712/72.

Jednakże warto podkreślić, że ograniczenia nie mogą być zbyt restrykcyjne. Jak wynika z praktyki orzeczniczej Trybunału, przyjęcie rozwiązań, które charakteryzowałby jakikolwiek automatyzm, jest niedopuszczane. W sprawie *Trosin przeciwko Ukrainie*⁵⁵, w której rozstrzygano skargę mężczyzny skazanego na dożywotnie więzienie, któremu mocno ograniczono możliwości kontaktów z rodziną, Trybunał musiał rozpatrzyć trzy aspekty: częstotliwość i długość wizyt, liczbę osób dopuszczonych do udziału w jednej wizycie oraz sposób przeprowadzania wizyt. Jeśli chodzi o pierwszy z aspektów, to w ocenie Trybunału zasada, zgodnie z którą prawo do wizyty przysługiwało raz na 6 miesięcy, a potrzeby wszystkich więźniów były oceniane w ten sam sposób, bez jakichkolwiek elementów indywidualnej oceny szczególnych okoliczności życiowych każdego z więźniów⁵⁶, nie może być uznana za spełniającą standard prawa do poszanowania życia rodzinnego. Trybunał nie znalazł również uzasadnienia dla ograniczenia liczba pełnoletnich osób, które jednocześnie mogły odwiedzać skarżącego. Zgodnie z regułami zakładu karnego mogły być to trzy osoby: matka, żona i brat skarżącego. Po 2010 r., gdy pełnoletność osiągnął jego syn, jedna z osób musiałaby zostać wyłączona z grupy osób, którym zezwalano na wizyty⁵⁷. Jeśli chodzi o trzeci z aspektów, czyli sposób przeprowadzania wizyty, to zawsze odbywały się one w obecności funkcjonariusza więziennego, który przysłuchiwał się rozmowie. Sam skarżący był oddzielony od odwiedzających szklaną przegrodą, uniemożliwiająca mu jakikolwiek kontakt fizyczny i ograniczająca poczucie prywatności. O sposobie przeprowadzenia wizyty również zdecydowano arbitralnie, nie biorąc pod uwagę indywidualnej sytuacji osadzonych ani też ich potrzeb⁵⁸.

Jak najszerze wykorzystanie widzeń jako formy kontaktu znajduje również wsparcie w treści aktów o charakterze *soft law*, które były już wcześniej wspomniane. Zarówno Wzorcowe Reguły ONZ, jak i Europejskie Reguły Więzienne zalecają, aby wizyty pozwalały więźniom jak najlepiej i jak najszerzej rozwijać relacje rodzinne. W ERW znajdziemy również katalog dopuszczalnych ograniczeń. Zaliczono do nich monitoring wizyt, wynikający z potrzeb prowadzonego postępowania karnego, dbałość o porządek i bezpieczeństwa osób oraz instytucji, zapobieganie przestępstwom karnym i wreszcie ochronę ofiar tychże przestępstw. Jednakże wprowadzone ograniczenia powinny zagwarantować choćby minimalny zakres widzeń⁵⁹. Za bardzo istotne uznaje się również zapewnienie braku jakiegokolwiek arbitralności w zakresie kontaktów z rodziną. Zasady wizyt powinny być jasno określone, a prawo do ich

⁵⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Trosin przeciwko Ukrainie* z dnia 23.02.2012 r., nr skargi 39758/05, §39.

⁵⁶ *Trosin przeciwko Ukrainie*, §43.

⁵⁷ *Trosin przeciwko Ukrainie*, §45.

⁵⁸ *Trosin przeciwko Ukrainie*, §46, także choć w wobec pozbawionego wolności skarżącego wyrok ETPC w sprawie *Ferla przeciwko Polsce* z dnia 20.05.2008 r., skarga nr 55470/00, §47 i 48.

⁵⁹ ERW, 24.2.

otrzymania nie może tylko i wyłącznie podlegać uznaniu władz więzienia. Za niedopuszczalny uznaje się również brak uregulowania czasu ograniczeń oraz brak jasnych przyczyn uzasadniających ich zastosowanie⁶⁰.

Problemem w zakresie wizyt mogą być sytuacje tymczasowego aresztowania⁶¹. W sprawie *Bagiński przeciwko Polsce*⁶² zarzucono Polsce fakt pozbawienia skarżącego przez okres 17 miesięcy prawa do utrzymywania kontaktów z rodziną i to nawet wówczas, gdy został już sporządzony akt oskarżenia. Rozstrzygając sprawę Trybunał szczególnie przyjrzał się proporcjonalności zastosowanego środka. Zwrócił przede wszystkim uwagę na to, że o ile w początkowym okresie izolacji, gdy prowadzone było jeszcze postępowania dowodowe, takie działania można uznać za proporcjonalne i uzasadnione, to w sytuacji, gdy są one przedłużane, zaczynają tracić swój walor dopuszczalności. Za zastosowaniem odmowy widzeń jako sankcji karnej świadczył fakt, iż wizyty z matką zaczęły być utrudnione po tym, jak skorzystała ona z prawa do składania odmowy zeznań⁶³. Paradoksalnie na etapie postępowania przygotowawczego wizyty matki u skarżącego były dopuszczalne. Co więcej, skarżącemu odmówiono również prawa do kontaktu telefonicznego, nie zastanowiono się też nad możliwością zorganizowania wizyt w ten sposób (np. nadzór strażnika), by nie szkodziły one toczącemu się postępowaniu.

Szczególnym rodzajem widzeń są tak zwane „widzenia pozbawione nadzoru”. Można je rozpatrywać w dwóch kategoriach. Po pierwsze, jako widzenia intymne, czyli z osobami, z którymi osadzonego łączą relacje intymne, najczęściej więc dotyczą współmałżonka czy też osoby, z którą osadzony jest z związku. Po drugie, jako wizyty najbliższych członków rodziny, w szczególności dzieci. Odnosząc się do wizyt intymnych Trybunał stwierdził, że ponad połowa państw sygnatariuszy Konwencji umożliwia „widzenia pozbawione nadzoru”, jednak nie wskazał, aby ich zapewnienie było wymagane przez Konwencję. W tym zakresie pozostawił on państwu szeroki margines oceny⁶⁴ i jednocześnie wskazał, że decyzje co do dopuszczalności tego rodzaju wizyt powinny być podejmowane z uwzględnieniem potrzeb i zasobów społeczności i jednostek. Istnienie tychże wizyt nie gwarantuje równocześnie prawa do jakichkolwiek dalszych kroków, w szczególności nie stanowi gwarancji prokreacyjnej ani też nie rozszerza się na możliwość stosowania

⁶⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Onoufriou przeciwko Cyprowi* z dnia 7.01.2010 r., skarga nr 24407/04, §93 i nast., także Ch. Boudin, *Children of Incarcerated Parents: The Child's Constitutional Right to the Family Relationship*, „Journal of Criminal Law and Criminology”, 2011, Vol. 101, Issue 1, p. 88.

⁶¹ Zob. A. Coyle, *The treatment of prisoners: International standards and case law*, „Legal and Criminological Psychology”, 2008, vol. 13, s. 228.

⁶² Wyrok ETPC w sprawie *Bagiński przeciwko Polsce* z dnia 11.10.2005 r., skarga nr 37444/97.

⁶³ Ibidem, §36.

⁶⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 4.12.2007 r., sprawa nr 44362/04, §41.

sztucznego zapłodnienia⁶⁵. W analizowanych dokumentach *soft law* nie ma regulacji, która w sposób bezpośredni dotyczyłaby przyznania prawa do wizyt intymnych. Za bądź przeciwko tego typu wizytom nie wypowiada się też jednoznacznie ETPC. Jednak nie uznaje również samego ich braku za naruszenie art. 8. Doceniając ruchy reformatorskie, mające na celu popularyzację tego rodzaju wizyt, Trybunał wskazuje, że ich odmowa może być kwalifikowana jako uzasadniona ochrona porządku i zapobieganie przestępczości w rozumieniu art. 8 ust. 2⁶⁶. Tym samym należy uznać, że kwestia ta została pozostawiona do regulacji na poziomie krajowym i jedynie w tym zakresie organ EKPC będzie prowadził ocenę poszanowania prawa do życia prywatnego i rodzinnego.

Coraz częściej jednak wskazuje się na ten rodzaj wizyt jako wizyty pożądan⁶⁷, o dużym znaczeniu tak dla skazanych, jak i dla członków ich rodzin. W dokumentach *soft law* oraz raportach z wizyt przedstawicieli Europejskiego Komitetu do spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu można jednak zauważyć kształtowanie się pewnego standardu odnośnie do tego rodzaju wizyt. W komentarzu do Europejskich Reguł Więziennych postuluje się, aby – o ile takie wizyty są dopuszczalne i o ile odpowiada to warunkom osadzenia – czas ich trwania wynosił 72 godziny⁶⁸. Uzasadnieniem dla takiego podejścia jest próba zagwarantowania członkom rodziny, a szczególnie partnerom osadzonych, swobody zachowania i uniknięcia poczucia poniżenia. Zwraca się również uwagę na zapewnienie równego dostępu do tego rodzaju wizyt, w szczególności zrównania praw kobiet i mężczyzn do korzystania z tego typu wizyt⁶⁹, jak również zadbania o to, by wizyty te były również dostępne dla par homoseksualnych⁷⁰. Wreszcie kobiety korzystające z tego rodzaju wizyt powinny mieć również zapewniony dostęp do antykoncepcji. Zwrócono również uwagę na fakt, że jeśli system prawny dopuszcza możliwość tego typu wizyt powinny

⁶⁵ *Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, §44.

⁶⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Aliev przeciwko Ukrainie*, z dnia 23.04.2003 r., sprawa nr 41220/98 §183 i 187 oraz wskazane tam orzecznictwo.

⁶⁷ Prawo do takich wizyt uzyskali w 2008 r. również oskarżeni przed trybunałami międzynarodowymi.

⁶⁸ Commentary to the Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules, dostępne: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/E%20commentary%20to%20the%20EPR.pdf>, 15.08.2015 r.

⁶⁹ Report to the Slovenian Government on the visit to Slovenia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 31.1 to 8.2.2006, CPT/Inf (2008) 7, Section: 25/38, 27.7. 2006, dostępne: <http://hudoc.cpt.coe.int/eng?i=p-svn-20060201-en-25>; Report to the Slovenian Government on the visit to Slovenia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 31.1 to 8.2. 2006, CPT/Inf (2008) 7, Section: 37/38, 27.07.2006, dostępne: <http://hudoc.cpt.coe.int/eng?i=p-svn-20060201-en-37>, 15.08.2015 r.

⁷⁰ Doc. 11619 revised (English only) 23 June 2008 Women in prison Report Social, Health and Family Affairs Committee, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=12087&Lang=EN>, p. 10.4., 15.08.2015 r.

one opierać się bardziej o regulacje prawne, a mniej o uznaniowe decyzje władz więziennych⁷¹.

Odrębnej analizy w zakresie problemu „widzenia pozbawionego nadzoru” – poza wizytami intymnymi – wymagają również widzenia z dziećmi. Dzieci z racji swojej niedojrzałości oraz braku zrozumienia dla sytuacji pozbawienia wolności mogą czuć się niekomfortowo w warunkach więziennych. Co więcej, brakuje regulacji pozwalających dzieciom osadzonych rodziców na posiadanie jakichś szczególnych praw, co prowadzić może do sytuacji, w której będą one czuły się ukarane pomimo tego, że nie popełniły żadnego przestępstwa⁷². Może to doprowadzić do sytuacji, że kontakt między rodzicem a dzieckiem zostanie osłabiony i nawet po wyjściu na wolność osadzonego nie uda się tej relacji odbudować. Duże problemy z realizacją widzeń występująca w przypadku osób aresztowanych. Władze więzienne uzasadniają to często dobrem prowadzonego postępowania, nie zawsze jest to jednak uzasadnione. Nieodpuszczalny standard widzeń z dziećmi wystąpił w sprawie *Horych przeciwko Polsce*. Przebywający w areszcie śledczym skarżył się, że areszt ten nie zapewniał odpowiednich warunków dla odbywania widzeń z dziećmi i osobami nieletnimi. Opisywane przez niego widzenia miały miejsce w pomieszczeniu z szybą wykonaną z tworzywa Perspex oraz kratami, które oddzielały go od osób odwiedzających. Problemem było również dotarcie na miejsce widzenia, gdyż odwiedzający, aby dotrzeć na miejsce widzeń, które znajdowało się na oddziale dla osadzonych niebezpiecznych, musieli minąć cele mieszkalne więźniów po obu stronach korytarza. W przypadku córek oskarżonego było to traumatyczne przeżycie, które spowodowało niepokój i cierpienie u małoletnich, a w konsekwencji skutkowało zaprzestaniem ich wizyt. Stwierdzając naruszenie art. 3 Trybunał dostrzegł również niewypełnienie standardu z art. 8. Do podobnych wniosków ETPC doszedł w sprawie *Piechowicz przeciwko Polsce*⁷³, w której to skarżący sklasyfikowany jako „osadzony niebezpieczny” zarzucał pozbawienie go prawa do kontaktów z synem i to przez okres dziewięciu miesięcy. Zdaniem skarżącego odmowy widzeń były podyktowane jedynie umyślnym zamiarem wywołania u niego niepotrzebnego cierpienia. Trybunał podzielił argumenty skarżącego i stwierdził, że odmowa widzeń nie była uzasadniona, a fakt, że dziecko nie mogło przychodzić z matką (której odmawiano widzeń z uwagi na dobro śledztwa) nie wyklucza możliwości, by dziecku w odwiedzinach towarzyszyła inna

⁷¹ Report to the Government of Montenegro on the visit to Montenegro carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 15 to 22 September 2008 CPT/Inf (2010) 3, Section: 18/38, Date: 2.04.2009, dostępne: <http://hudoc.cpt.coe.int/eng?i=p-mne-20080915-en-18,15.08.2015> r.

⁷² R. Wolleswinkel, *Children of Imprisoned Parents*, [w:] J C.M. Willems (ed.), *Developmental and Autonomy Rights of Children: Empowering Children, Caregivers and Communities*, Antwerp–Oxford–New York, 2002, s. 191.

⁷³ Wyrok ETPC w sprawie *Piechowicz przeciwko Polsce* z dnia 17.07.2012 r., sprawa nr 20071/07.

dorośla osoba. Warto podkreślić, że analizując tę sprawę Trybunał odniósł się do poszanowania zasady „dobra dziecka”⁷⁴, zgodnie z którą w kontekście kontaktów z rodzicem w jednostce penitencjarnej należy wziąć pod uwagę wiek, możliwy wpływ na stan emocjonalny dziecka lub samopoczucie oraz sytuację osoby odwiedzającej. Tym samym Trybunał nie wykluczył, że w przypadku więźniów niebezpiecznych mogłaby pojawić się przesłanka uzasadniająca ingerencję w prawo gwarantowane art. 8.

Wnioski i wyzwania w zakresie respektowania prawa do poszanowania życia rodzinnego

Należy uznać, że praktyka kontaktów z rodziną przeszła jednak znaczącą ewolucję od czasów pierwszych spraw kierowanych do Trybunału. Zdecydowanie większy nacisk kładziony jest na taką interpretację przepisów, która pozwala na jak najszersze (biorąc oczywiście pod uwagę przewidziane prawem ograniczenia) respektowanie prawa do poszanowania życia rodzinnego. Nie można jednak uznać, że wszelkie problematyczne sytuacje doczekały się już rozwiązania.

Po pierwsze, należy postulować, aby więzienia otwierały się na nowe możliwości kontaktu między skazanymi a najbliższymi. Elementem, który może temu sprzyjać, jest rozwój nowych technologii, w tym nowych form komunikowania się, takich jak poczta elektroniczna czy też komunikatory internetowe. To drugie rozwiązanie jest szczególnie istotne w przypadku, gdy osadzony odbywa karę pozbawienia wolności w dużej odległości od miejsca zamieszkania⁷⁵ jego bliskich bądź też w sytuacjach, gdy bliscy z uwagi na wiek, niepełnosprawność czy sytuację finansową⁷⁶ nie mogą w ogóle lub mogą jedynie rzadko odwiedzać go w więzieniu. Nie można znaleźć uzasadnienia dla zaprzestania rozwoju tego typu udogodnień, nawet w przypadkach więźniów niebezpiecznych czy też osób aresztowanych, szczególnie że nowe formy komunikowania pozwalają na zdecydowanie większą kontrolę niż tradycyjne.

Po drugie, ważnym elementem jest dalsze otwieranie się zakładów penitencjarnych i prawodawstw państwowych na widzenia pozbawione nadzoru i to zarówno w odniesieniu do dzieci, jak i partnerów. Warto również poru-

⁷⁴ Piechowicz przeciwko Polsce, §219.

⁷⁵ Na pierwsze widzenie za pomocą komunikatora internetowego w Polsce zezwolono osadzonemu, którego rodzina przebywała w Ameryce Południowej i przez dotychczasowe 6 lat pozbawienia wolności nie miała możliwości przyjechać by go odwiedzić. Na ten temat także Dijk P. van, Hoof G.J. van, *Theory and Practice of The European Convention on Human Rights*, Antwerp–Oxford 2006 s. 717, oraz ETPC w wyroku Csüllög przeciwko Węgrom z dnia 7.06.2011 r., sprawa nr 30042/08, §32 i n., w którym stwierdzono, że odległość miejsca osadzenia od miejsca zamieszkania rodziny wypłynęła na zmniejszenie widzeń.

⁷⁶ D. Abels, *Prisoners of the International Community: The Legal Position of Persons Detained at International Criminal Tribunals*, The Hague 2012, p. 640.

szyc kwestię standardu tychże widzeń. W przypadku widzeń z dziećmi ważne jest, aby nie czuły się one w więzieniach niekomfortowo i aby można było zapewnić im warunki zbliżone do domowych poprzez – podobne jak w przypadku widzeń intymnych – wydzielenie specjalnego pokoju do widzeń z dziećmi. Pokój ten powinien być w miarę możliwości wyposażony tak, by nie powodować – szczególnie u małych dzieci – strachu, który skutkowałby tym, że dzieci odmawiałyby przyścia na odwiedziny, co w konsekwencji doprowadziłoby do osłabienia ich relacji z osadzonym rodzicem. Za uzasadnione należałoby również uznać działania mające na celu zwiększenie wrażliwości personelu więziennego na odczucia i zachowanie się dzieci, które odwiedzają najbliższych w więzieniu⁷⁷.

Standard widzeń ma również znacznie w przypadku widzeń intymnych, poza wydłużonym okresem trwania takiego widzenia, o którym już wspomniano, pokój intymny nie powinien powodować u odwiedzających więźnia poczucia dyskomfortu. Powinien być również wyposażony zgodnie z potrzebami samego więźnia. Na ten ostatni aspekt zwrócił uwagę ETPC rozpatrując sprawę przeciwko Łotwie. Skarżący zarzucał wówczas, że jako osoba niepełnosprawna podczas widzeń intymnych z żoną miał utrudniony dostęp do urządzeń sanitarnych. Zdaniem Trybunału więźniowie muszą korzystać z warunków, które są zgodne z zasadą poszanowania godności człowieka, a takimi warunkami na pewno nie były warunki uniemożliwiające skarżącemu, poruszającemu się na wózku, prawidłowe korzystanie z łazienki i toalety podczas wizyt intymnych⁷⁸.

Po trzecie, należałoby zastanowić się nad udogodnieniami dla cudzoziemców odbywających karę pozbawienia wolności. Z uwagi na liczne migracje coraz częściej zdarza się, że skazani odsiadują wyroki pozbawienia wolności z dala od swoich bliskich. Rozwiązaniem tego problemu mogą być wspomniane już wcześniej nowe technologie w komunikacji; wykorzystując je należałoby pamiętać o niestosowaniu ograniczeń językowych w kontaktach. W sprawie *Nusret Kaya i inni przeciwko Turcji*⁷⁹ skarżący podnieśli zarzut ingerencji w prawo do kontaktów poprzez ograniczenie ich rozmów w języku kurdyjskim, który to język był jedynym, w jakim porozumiewać się mogli bliscy skarżących.

Należy przyznać, że sytuacja pozbawienia wolności z jednej strony uzasadnienia ograniczenia pewnych praw, z drugiej jednak wymusza na organach państwowych szczególną dbałość o sytuację więźnia. Kierunek zmian, polegający na tym, że coraz częściej dostrzega się, że kara pozbawienia

⁷⁷ Review of the Conditions in Member States of the Council of Europe, The Quaker Council for European Affairs, dostępne: <http://www.qcea.org/wp-content/uploads/2011/04/rprt-wip1-main-en-feb-2007.pdf>, pkt 38, 15.8.2015 r.

⁷⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Grimailovs przeciwko Łotwie* z dnia 25.06.2013 r., sprawa nr 6087/03, §135.

⁷⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Nusret Kaya i inni przeciwko Turcji* z dnia 22.04.2014 r., sprawy nr 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 and 60915/08, §59 i n.

wolności nigdy nie jest sytuacją dotyczącą tylko jednej osoby, czyli więźnia, ale obejmuje też osoby z jego otoczenia, należy uznać za pożądany. Kontakty, które utrzymują najbliżsi z więźniem czy aresztowanym, mają istotny wpływ na ich życie i funkcjonowanie i to zarówno w czasie odbywania kary, jak i wówczas, gdy więzień już ją odbędzie i będzie chciał powrócić na swoje miejsce w rodzinie.

THE RIGHT TO CONTACTS WITH THE FAMILY OF ARRESTED AND IMPRISONED PERSONS – CONSIDERATIONS BASED ON SOFT LAW STANDARDS AND ART. 8 OF THE ECHR

Key words: the right to respect for family life, prisoner, accused, correspondence, prison, prison visits, European Court of Human Rights

Summary

The right to respect for family life is one of those laws that apply to every human being. It is also a law that requires respect for the existence of specific guarantees especially when it comes to persons deprived of their liberty. This paper includes analysis concerns the situation of a person whose detention significantly affect its relationships with his or her close relatives. Standard of these relationships is presented in two aspects – as postulated in this context, reconstructed on the basis of soft law documents, and as analysis of the judicial decisions of the European Court of Human Rights. Analyzed issues concerning mainly the rights to correspondence, the right to telephone calls, the right to contact visits with particular emphasis visits without supervision and openness to new ways of communicating. The work also contains the challenges for legislative powers and prison organ involved in ensuring the respect for the rights to respect for family and suggestions of certain problem's solutions.

VITA ZAGÓROWSKA

Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego Uniwersytetu Warszawskiego

Wymuszone zaginięcia a prawa rodziny na tle konfliktu rosyjsko-ukraińskiego¹

Słowa kluczowe: wymuszone zaginięcia, jurysdykcja ekstraterytorialna, prawa rodziny, konflikt rosyjsko-ukraiński, efektywna kontrola

Protesty Ukraińców na Majdanie w Kijowie przeciwko panującym władzom i ich późniejsze konsekwencje wpłynęły nie tylko na sytuację polityczną w państwie ukraińskim, ale także na poziom ochrony praw człowieka. Podczas protestów w Kijowie, aneksji Krymu oraz konfliktu na wschodzie Ukrainy zginęło łącznie ponad 8 tys. osób², a nieokreśloną liczbą – uważa się za zaginione. W związku z zaistniałymi zmianami mieszkańcy Ukrainy nie mogą obarczać odpowiedzialnością za osłabienie ochrony ich praw, a w niektórych wypadkach jej brak, wyłącznie władz ukraińskich. Zmiana ukraińskiego rządu, okupacja Krymu oraz nielegalna proklamacja Donieckiej i Ługańskiej Republik Ludowych (dalej: DNR i ŁNR) wpłynęły na dotychczasowy porządek prawny oraz przyczyniły się do zwiększenia liczby podmiotów, które mogą ponosić odpowiedzialność za naruszenie praw osób podlegających ich jurysdykcji. Celem artykułu jest analiza możliwych środków ochrony ofiar wymuszonych zaginięć na Ukrainie w 2014 r. w świetle prawa międzynarodowego. Rozważania będą skupiały się na określeniu czynników wypełniających znamiona przestępstwa wymuszonych zaginięć, praw najbliższych osoby zaginionej w świetle prawa międzynarodowego oraz podmiotów odpowiedzialnych za popełnienie przestępstwa wymuszonego zaginięcia.

¹ Dla celów niniejszego artykułu pojęciem konfliktu rosyjsko-ukraińskiego obejmuje aneksję Krymu oraz zbrojne działania na wschodzie Ukrainy.

² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Report on the human rights situation in Ukraine 16 May to 15 August 2015*, s. 3, <http://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/11thOHCHRreportUkraine.pdf> (dostęp: 5.09.2015 r.). Podane liczby obejmują żołnierzy ukraińskich sił zbrojnych, osoby cywilne i członków grup zbrojnych.

1. Pojęcie wymuszonych zaginięć w prawie międzynarodowym

W świetle przyjętej przez ONZ Międzynarodowej Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami (dalej: Konwencja) „za wymuszone zaginięcie” uważa się zatrzymanie, aresztowanie, uprowadzenie lub jakąkolwiek inną formę pozbawienia osoby wolności, dokonane przez przedstawicieli państwa albo przez osoby lub grupy osób działające z upoważnieniem, pomocą lub milczącą zgodą Państwa, po którym następuje odmowa przyznania faktu pozbawienia wolności lub ukrywanie losów bądź miejsca pobytu takiej osoby, co powoduje, że znajduje się ona poza ochroną prawa”³. Zgodnie z Konwencją państwa–strony są zobowiązane do osądzenia i ukarania nie tylko sprawców wymuszonych zaginięć, ale także osób, które dały rozkaz ich popełnienia, namawiały, zachęcały, usiłowały je popełnić lub w nich współdziałały. Zachowanie sprawcy wymuszonych zaginięć nie może być także usprawiedliwione żadnym rozkazem władzy cywilnej lub wojskowej jako okolicznością wyłączającą odpowiedzialność. Przy ustalaniu zakresu przestępstw popełnionych w trakcie zamieszek na Majdanie w Kijowie, uwzględnienie przez nowe władze ukraińskie tej ostatniej przesłanki było żywo omawiane w społeczeństwie. Nie budzi jednak żadnej wątpliwości fakt, że policjanci i pracownicy ukraińskiej wyspecjalizowanej jednostki „Berkut” powinni ponosić odpowiedzialność karną za dokonane przestępstwa niezależnie od tego czy popełnili je z własnej woli, czy na rozkaz przełożonych.

Szczególnie istotne postanowienia zawarto w art. 1 Konwencji, zgodnie z którym „żadne okoliczności wyjątkowe, takie jak stan wojny, zagrożenie wojną, wewnętrzna niestabilność polityczna lub inne zagrożenie publiczne nie mogą być powoływane dla usprawiedliwiania wymuszonego zaginięcia”. Oznacza to, że teoretycznie sprawcy wymuszonych zaginięć, które miały miejsce podczas protestów w Kijowie, w trakcie i po dokonaniu aneksji Krymu przez Rosję czy też na wchodzie Ukrainy nie mogliby się powoływać na to, że czynów tych dokonano ze względu na wyjątkowe okoliczności, takie jak niestabilność polityczna w Kijowie czy konflikt na Krymie czy w Donbasie.

W art. 24 Konwencji także zaznaczono, że „ofiara” przestępstwa wymuszonych zaginięć jest zarówno osoba zaginiona, jak i każdy, kto ucierpiał bezpośrednio w wyniku omawianego przestępstwa. W ust. 2 tegoż artykułu doprecyzowano, że każda ofiara ma prawo znać prawdę o okolicznościach wymuszonego zaginięcia, o postępie i wynikach dochodzenia oraz o losie osoby zaginionej. W celu realizacji wymienionego wyżej prawa Konwencja nakłada na państwo pozytywny obowiązek podejmowania stosownych środków w tym zakresie.

³ Międzynarodowa Konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami z dnia 20.12.2006 r. Ukraina ratyfikowała Konwencję 14.08.2015 r., Rosja – nie ratyfikowała i nie podpisała Konwencji.

Najbardziej drastyczne przypadki wymuszonych zaginięć do tej pory występowały na terytorium Federacji Rosyjskiej, Meksyku, Algierii, Pakistanu czy Syrii. Zatrzymywanie, aresztowanie lub uprowadzenie w tych krajach nadal pozostaje codziennością. W przypadku Rosji można zauważyć, że liczba wymuszonych zaginięć znacznie wzrasta podczas konfliktów międzynarodowych czy wewnętrznych. Jaskrawym przykładem może tu być konflikt czecheński, po zakończeniu którego ze skargą do ETPC zwróciły się dziesiątki osób⁴. W 2014 r. podobne praktyki porwań władze rosyjskie stosowały na Krymie oraz na wschodzie Ukrainy.

2. Czyny wypełniające znamiona przestępstwa wymuszonego zaginięcia

Aby móc wskazać czyny, które przybierają postać wymuszonych zaginięć w konflikcie rosyjsko-ukraińskim, należy określić podstawowe elementy tego przestępstwa. Z zawartych w Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami oraz Statucie MTK definicji wymuszonych zaginięć wynika, że składają się na nie trzy elementy. Po pierwsze, osoba jest nielegalnie (od początku lub w późniejszym czasie) pozbawiona wolności wbrew swojej woli. Po drugie, zaangażowani są funkcjonariusze państwowi co najmniej pośrednio lub poprzez milczące przyzwolenie. Po trzecie, istnieje odmowa ujawnienia informacji na temat losu osób zaginionych⁵.

a. Pokojowe protesty w Kijowie rozpoczęły się po tym, jak były prezydent Ukrainy W. Janukowycz zrezygnował z podpisania Umowy stowarzyszeniowej z Unią Europejską. Po użyciu przez policję siły wobec protestujących, demonstracje przybrały na sile i od tej pory towarzyszyły im tortury, wymuszone zaginięcia i zabójstwa. Amnesty International w swoim rocznym raporcie odnotowała, że do końca 2014 r. los 20 ofiar Euromajdanu wciąż nie był znany. Przykładowo, w raporcie opisano sposób porwania ze szpitala Jurija Werbickiego i Igora Łucenki. Jak wynika z zeznań tego ostatniego, „porywacze zawiązali mu oczy przepaską i pobili, a następnie wyrzucili go w lesie i zostawili tam na mrozie. Jurij Werbicki został znaleziony martwy w lesie. Miał połamane żebra, a na jego głowie znaleziono ślady taśmy klejącej.”⁶

b. Najbardziej drastyczne przypadki naruszeń praw człowieka odnotowano na Krymie. Zarówno Ukraińcy, jak i Tatarzy krymscy nie popierali

⁴ J. Czepek, *Czy wymuszone zaginięcia mogą stanowić problem systemowy w kontekście orzecznictwa ETPC? Rozważania na temat wyroku ETPC w sprawie Aslakhanova i inni przeciwko Rosji*, Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego, nr 4 2013, s. 15.

⁵ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, § 55, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_en.pdf (dostęp: 2.09.2015 r.).

⁶ Raport roczny Amnesty International 2014/15, *Sytuacja praw człowieka na świecie*, s. 134.

aneksji Półwyspu przez Rosję, a po jej dokonaniu w marcu 2014 r. znaczna część mieszkańców Krymu, wykazująca proukraińskie nastroje pozostała, i wciąż pozostaje, bez sprawiedliwej ochrony prawnej. Szczególnie w krymskotatarskiej grupie narodowej Rosja widzi największe zagrożenie swojej obecności na Krymie, gdyż Tatarzy krymscy uważają go za swoją ojczystą ziemię. Szef departamentu prawnego Medżlisu potwierdza, że tylko w okresie od marca do maja 2014 r. porwano, torturowano i zamordowano kilkunastu przedstawicieli narodu krymskotatarskiego⁷.

Podobnie sytuacja wygląda w przypadku Ukraińców; aktywistki Euro-majdanu O. Riazancewa i K. Butko zostały uprowadzone 9 marca podczas ich zatrzymania w punkcie odprawy. Zatrzymania dokonali funkcjonariusze z oddziału policji do zwalczania zamieszek wraz z oddziałem krymskiej „samoobronny”, która była uzbrojona w broń palną i noże. Zostały one zwolnione 12 marca. Również, Oleg Seńcow, znany proukraiński aktywista oraz reżyser filmowy, 9 maja został potajemnie aresztowany na Krymie przez władze rosyjskie i bezprawnie wraz z innymi osobami wywieziony do Moskwy. Przedstawiono mu bezpodstawne zarzuty o terroryzm, a cały proces był utrzymywany w tajemnicy. Z kolei oskarżenia Seńcowa o stosowanie wobec niego tortur zostały odrzucone przez władze⁸.

c. W raporcie Wysokiego Komisarza ds. praw człowieka odnotowano również przypadki uprowadzeń i złego traktowania osób przez separatystów na wschodzie Ukrainy. Na przykład, w dniu 10 sierpnia 2014 r., ośmiu uzbrojonych mężczyzn, bez jakichkolwiek oznak, wtargnęła do domu lokalnych wolonariuszy, którzy dostarczali posiłki ukraińskim żołnierzom. Separatyści zabrali mężczyznę i kobietę, a w ciągu następnego dziesięciu dni wracali jeszcze trzy razy do domu; przeszukiwali i plądrowali mieszkanie, trzymając pod lufą karabinu 75-letniego ojca jednego z porwanych. Rodzina nie miała informacji o miejscu pobytu uprowadzonych do stycznia, kiedy ich ciała znaleziono w pobliżu miejscowości Piatyhoriwka. Badania kryminalistyczne w celu identyfikacji zwłok przeprowadzono dopiero w czerwcu 2015 r.⁹

d. Wśród przypadków wymuszonych zaginięć na wschodzie Ukrainy należy wyróżnić także te sytuacje, w których dochodziło do porwań osób przez dobrowolców z batalionu Ajdar w okresie między czerwcem a sierpniem 2014 r. w rejonie Ługańskim. Czyny te zostały opisane w raporcie Amnesty International pt. *Nadużycia i zbrodnie wojenne popełnione w północnej części regionu ługańskiego przez ochotniczy batalion Ajdar*¹⁰. Na podstawie rozmów z ofiarami i świadkami tych przestępstw, a także przedstawicielami władz

⁷ Zob.: V. Zagórowska, *Status prawny Tatarów krymskich*, Warszawa 2015, s. 170.

⁸ Raport roczny Amnesty International 2014/15, pt. *Sytuacja praw człowieka na świecie*, s. 136, .

⁹ *Report on the human rights situation in Ukraine 16 May to 15 August 2015*, s. 13.

¹⁰ Amnesty International, *Ukraine: Abuses and war crimes by the Aidar Volunteer Battalion in the north Luhansk region*, 8 September 2014, <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR50/040/2014/en/> (dostęp: 5.09.2015 r.).

lokalnych, dowódcami i walczącymi w szeregach batalionu ochotniczego, w dokumencie zawarto opis przypadków porwań, kradzieży i wymuszeń, których dokonali Ajdarowcy. Porwań dokonywano w miejscach publicznych według tradycyjnego scenariusza: mężczyźni w maskach zatrzymywali każdego „podejrzanego” o separatyzm, wciągali do auta i wywozili w nieznanym kierunku. Mimo że przystąpienie do jednostki miało charakter dobrowolny, to formalnie Ajdar podlegał dowództwu ukraińskich sił zbrojnych, a mianowicie Ministerstwu Obrony Ukrainy¹¹. W rzeczywistości jednak ochotnicy działali poza kontrolą Ministerstwa, co uniemożliwiało najbliższym osoby zaginionej uzyskanie jakichkolwiek informacji od władz państwowych.

e. W ramach konfliktu na wschodzie Ukrainy doszło także do wymuszonych zaginięć żołnierzy rosyjskich dokonanych przez władze Federacji Rosyjskiej. Od rozpoczęcia walk w Donieckim i Ługańskim obwodach Ukrainy Rosja zaprzeczała obecności swoich żołnierzy na tym terytorium. Sprawa szczególnie się skomplikowała w przypadku tzw. Ładunku 200 (*Груз 200*), którym określono rosyjskich żołnierzy zabitych podczas konfliktu na wschodniej Ukrainie. Bliscy osób zabitych nigdy nie dowiedzieli się, gdzie i kiedy oni zginęli. Rodzinom dostarczano ciała żołnierzy jedynie z informacją o dacie śmierci. Żadnych dodatkowych wyjaśnień nie było, a na pytania rodzin, które chciały wiedzieć coś więcej, rząd rosyjski odpowiadał groźbami aresztowania za naruszenie państwowych zasad bezpieczeństwa¹².

3. Prawa krewnych osób zaginionych

Brak informacji co do losu bliskiej osoby uniemożliwia prowadzenie normalnego życia. Członkowie rodziny osoby zaginionej nie mają możliwości przeprowadzenia właściwego pochówku oraz ich opłakiwania, co dość często rodzi problemy natury psychologicznej¹³.

Przed przyjęciem Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami (dalej: Konwencja) minimum ochrony prawa ofiar konfliktów międzynarodowych do wiedzy o losie członków ich rodzin stanowił art. 32 I Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 1949 r.¹⁴ Według Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża prawo to zyskało status prawa zwyczajowego, obowiązującego zarówno w konfliktach między-

¹¹ Указ Президента України від 2 вересня 2013 року № 471/2013 «Про затвердження Положення про територіальну оборону України».

¹² Paul Richard Huard, War in Ukraine Is Killing Lots of Russians, <https://medium.com/war-is-boring/the-war-in-ukraine-is-killing-lots-of-russians-cdf321c369> (dostęp: 7.09.2015 r.).

¹³ A. Szpak, *Wymuszone zaginięcia, wybrane zagadnienia*, Toruń 2009, s. 36.

¹⁴ I Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, Genewa, 8 czerwca 1977 r. (Dz. U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175, zał.).

narodowych, jak i niemiędzynarodowych¹⁵. Mimo że międzynarodowe prawo humanitarne nie zawiera terminu „wymuszonych zaginięć”, to jednak nakłada na państwa obowiązek odnalezienia czy identyfikacji rannych, chorych i zabitych.

Rozciągnięcie zakresu podmiotowego pojęcia „ofiary” nie tylko na osoby poddane przymusowemu zaginięciu, ale i te, które w rezultacie wymuszonego zaginięcia doznały bezpośredniej szkody, zwiększyło zakres uprawnień najbliższych osoby zaginionej, co zostało potwierdzone w Konwencji. Przede wszystkim państwo–strona powinno zagwarantować w swoim porządku krajowym aby każda osoba pozbawiona wolności, a w przypadku podejrzenia, że doszło do wymuszonego zaginięcia i w związku z tym osoba pozbawiona wolności nie jest w stanie skorzystać z tego prawa, osoby mające uzasadniony interes, jak np. krewni osoby pozbawionej wolności, ich przedstawiciele lub pełnomocnik, mogły w każdej sytuacji zainicjować postępowanie przed sądem tak, aby ten niezwłocznie orzekł w kwestii legalności pozbawienia wolności oraz nakazał zwolnienie osoby pozbawionej wolności w przypadku, gdy to pozbawienie wolności jest bezprawne¹⁶.

Ponadto, każde państwo–strona zagwarantuje każdej osobie mającej uzasadniony interes, takiej jak krewni osoby pozbawionej wolności, ich przedstawiciel lub pełnomocnik, dostęp, co najmniej, do informacji dotyczących: a) organu, który zarządził pozbawieniu wolności; b) daty, godziny i miejsca pozbawienia wolności oraz przyjęcia do miejsca pozbawienia wolności; c) organu odpowiedzialnego za nadzorowanie pozbawienia wolności; d) miejsca pobytu osoby pozbawionej wolności, a w przypadku transportu do innego miejsca pozbawienia wolności – także określenia tego miejsca oraz organu odpowiedzialnego za transport; e) daty, godziny i miejsca zwolnienia; f) danych o stanie zdrowia osoby pozbawionej wolności; g) w przypadku zgonu w trakcie pozbawienia wolności – okoliczności i przyczyny śmierci oraz miejsca przekazania szczątków¹⁷.

Państwo powinno także zapewnić, aby w jego systemie prawnym ofiarom wymuszonego zaginięcia przysługiwało prawo do zadośćuczynienia oraz niezwłocznego, sprawiedliwego i adekwatnego odszkodowania. Prawo do uzyskania zadośćuczynienia obejmuje szkody materialne i moralne oraz – stosownie do okoliczności – inne formy zadośćuczynienia, takie jak: a) restytucja; b) rehabilitacja; c) satysfakcja, w tym przywrócenie godności i dobrego imienia; d) gwarancje niepowtórzenia¹⁸. Bez uszczerbku dla obo-

¹⁵ Zbiór zasad zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarne, Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, zasada 117, http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule117 (dostęp: 3.09.2015 r.).

¹⁶ Art. 17 ust. 2 Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami.

¹⁷ Ibidem, art. 18.

¹⁸ Ibidem, art. 24 ust.5.

wiązku prowadzenia dochodzenia aż do momentu wyjaśnienia losu osoby zaginionej, państwo powinno podjąć stosowne działania w odniesieniu do sytuacji prawnej osób zaginionych, których losy nie zostały wyjaśnione, a także sytuacji ich bliskich, w dziedzinach takich jak: opieka społeczna, sprawy finansowe, prawo rodzinne oraz prawa majątkowe¹⁹.

Na uwagę również zasługuje postanowienie zawarte w ust. 2 art. 18 Konwencji, zgodnie z którym w razie konieczności państwo jest zobowiązane podjąć odpowiednie środki w celu ochrony krewnych osoby pozbawionej wolności, ich przedstawicieli lub pełnomocników oraz osób uczestniczących w dochodzeniu przed złym traktowaniem, zastraszaniem lub karaniem w związku z poszukiwaniem przez nie informacji dotyczących osoby pozbawionej wolności.

Zagwarantowanie takich praw krewnym osoby zaginionej zwiększa szanse na dotarcie do prawdy oraz ukaranie winnych. Powołać się na postanowienia omawianej Konwencji mogą jednak jedynie jednostki, które podlegają jurysdykcji państwa będącego stroną danej umowy międzynarodowej. Oznacza to, że najbliżsi osoby zaginionej mogą podważać skuteczność wywiązania się państwa ukraińskiego z zobowiązań wynikających z Konwencji dopiero po 14 sierpnia 2015 r. Ochrony przed naruszeniem praw najbliższych osoby zaginionej na podstawie Konwencji państwo rosyjskie nie jest zobowiązane zagwarantować ponieważ do tej pory nie wyraziło zgody na przystąpienie do umowy.

4. Podstawa prawna określenia podmiotu odpowiedzialnego za popełnienie przestępstwa wymuszonego zaginięcia

W prawie międzynarodowym istnieje kilka instrumentów prawnych, wykorzystywanych w celu ochrony osób przed wymuszonymi zaginięciami. Podstawowym i kompleksowym dokumentem jest wspomniana już wcześniej Międzynarodowa Konwencja ONZ w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami.

a) Ukraina ratyfikowała Konwencję 14 sierpnia 2015 r. i tym samym zobowiązała się podejmować odpowiednie środki w celu ścigania czynów, kwalifikowanych jako wymuszone zaginięcia, popełnianych przez osoby lub grupy osób działające bez upoważnienia, pomocy lub milczącej zgody państwa a także w celu wymierzenia sprawiedliwości osobom odpowiedzialnym za te czyny. Ponieważ Ukraina przystąpiła do Konwencji po jej wejściu w życie (23.12.2010 r.), przedmiotem przewidzianych przez Konwencję zawiadomień międzypaństwowych czy indywidualnych mogą być tylko te wymuszone zaginięcia, które zaistniały po 14 sierpnia 2015 r. (art. 35 Konwencji). Inaczej wygląda sytuacja w przypadku Rosji, która nie jest stroną danej

¹⁹ Ibidem, art. 24 ust. 6.

umowy. Zatem żadna z ofiar wymuszonych zaginięć mających miejsce na Krymie lub na wschodzie Ukrainy, w ramach zawiadomień indywidualnych, a także państwo ukraińskie, w ramach zawiadomień międzypaństwowych, nie mogą wnioskować do Komitetu ds. Wymuszonych Zaginięć.

b) Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego w ust. 1 art. 7 określa wymuszone zaginięcia jako zbrodnie przeciwko ludzkości. W świetle Statutu przez „wymuszone zaginięcia osób” rozumie się „zatrzymanie, aresztowanie lub porwanie osób przez Państwo lub organizację polityczną lub z ich upoważnienia, przy ich poparciu lub milczącej zgodzie, a następnie odmowę przyznania faktu tego pozbawienia wolności lub odmowę przekazania informacji dotyczących losu i miejsca pobytu tych ludzi, z zamiarem pozbawienia ich ochrony prawnej przez dłuższy okres czasu”²⁰. Aby móc oskarżyć sprawcę danego przestępstwa należy jednak udowodnić, że zostało ono popełnione w kontekście sytuacyjnym rozległego i systematycznego ataku na ludność²¹. Ukraina podpisała Statut MTK w 2000 r., ale jeszcze go nie ratyfikowała, Rosja natomiast żadnych czynności w tym kierunku nie podjęła. W stosunku do państw, które nie są stroną Statutu, pozostaje możliwość rozciągnięcia na nie jurysdykcji MTK na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa. Ze względu na swoją postawę wobec sytuacji na Ukrainie, Rosja prawdopodobnie nie zaakceptuje rozwiązania problemu w taki sposób i z pewnością przy głosowaniu na forum Rady Bezpieczeństwa skorzysta z prawa weta²².

Twórcy Statutu MTK w jego art. 12 przewidzieli dodatkową możliwość wymierzenia sprawiedliwości za popełnione przestępstwa. W oparciu o jego postanowienia Ukraina uznała jurysdykcję MTK wobec wydarzeń z okresu od 21 listopada 2013 r. do 22 lutego 2014 r., złożąwszy w tym celu deklarację Sekretarzowi Trybunału 9 kwietnia 2014 r.²³ W teorii, w razie podjęcia przez Prokuratora MTK decyzji o wszczęciu postępowania, krewni osób zaginionych mogliby spodziewać się ukarania sprawców tych drastycznych przestępstw. W rzeczywistości jednak trudno będzie to zrealizować, ponieważ znaczna część podejrzanych (w tym były prezydent Ukrainy W. Janukowycz, Prokurator Generalny Ukrainy W. Pшонka oraz szef MSW W. Zacharczenko) uciekła do Rosji i otrzymała obywatelstwo rosyjskie, co chroni te osoby przed ich przekazaniem do Trybunału w Hadze.

²⁰ Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza, Warszawa 2003, s. 538 i n.

²¹ M. Matyasik, P. Domagała, *Międzynarodowe trybunały karne oraz inne instrumenty sprawiedliwości tranzytywnej*, Warszawa 2012, s. 42–43.

²² Zob. T. Łachowski, *Sprawa Janukowycz vs ludzkość*, „Nowa Europa Wschodnia”, nr I (XXXVIII) 2015, s. 47 in., M. Radziejowska, *Janukowycz przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym? Ukraina na rozstaju dróg*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, nr 24 (1136) 4 marca 2014, https://www.pism.pl/files/?id_plik=16693 (dostęp: 11.08.2015 r.).

²³ Declaration by Ukraine lodged under Article 12(3) of the Rome Statute from 9 April 2014, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf (dostęp: 11.08.2015 r.).

Idąc tym tropem, 8 września 2015 r. Ukraina złożyła kolejną deklarację Sekretarzowi MTK, w której uznała jego jurysdykcję co do ewentualnych zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych popełnionych przez „wysokich rangą przedstawicieli władz Federacji Rosyjskiej” oraz przywódców terrorystycznych organizacji DNR i LNR na jej terytorium od 20 lutego 2014 r. do chwili obecnej²⁴. Mimo że przyjęcie jurysdykcji nie oznacza automatycznego wszczęcia postępowania przed Trybunałem, to jednak świadczy o woli państwa ukraińskiego zakończenia przemocy i zbrojnego konfliktu na wschodzie kraju. Pozostaje wierzyć, że MTK, który – niestety – nie jest wolny od wpływów politycznych, podejmie podobną decyzję o przeprowadzeniu śledztwa i ukaraniu m.in. sprawców wymuszonych zaginięć w danym wypadku kwalifikujących się jako zbrodnie przeciwko ludzkości.

c) Na podstawie analizy powyższych dwóch dokumentów wydaje się, że w świetle wydarzeń na Ukrainie w 2014 r. najbardziej skutecznym instrumentem ochrony praw ofiar wymuszonych zaginięć jest Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC, Konwencja). Stroną Konwencji jest zarówno Ukraina (od 11.09.1997 r.), jak i Rosja (od 5.05.1998 r.), co oznacza, że – w zależności od okoliczności sprawy – ofiary porwań mogą zaskarżyć przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (dalej: ETPC) obydwie państwa. W orzecznictwie Trybunału zjawisko wymuszonych zaginięć występuje jako poważne zagrożenie dla szeregu praw człowieka, a w szczególności: prawa do życia (art. 2) w jego aspekcie materialnym i proceduralnym, zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania (art. 3), prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5) oraz prawa do skutecznego środka ochrony prawnej (art. 13).

Z punktu widzenia ochrony praw najbliższych osoby zaginionej istotne znaczenie ma zakaz tortur zawarty w art. 3 EKPC, którego zakres podmiotowy może obejmować nie tylko osobę zaginioną ale także jej najbliższych. Nie oznacza to jednak, że każdy krewny osoby porwanej będzie pokrzywdzony traktowaniem sprzecznym z art. 3. Przy ustaleniu, czy doszło do naruszenia art. 3 EKPC w stosunku do krewnych ofiar, ETPC odwołuje się do specjalnych czynników (*special factors*), zaistnienie których jest konieczne dla stwierdzenia naruszenia zakazu tortur²⁵. W jego opinii, cierpienia skarżących powinny mieć „wymiar i charakter różny od emocjonalnego dyskomfortu, który może być uznawany za nieunikniony dla ofiar poważnego naruszenia praw człowieka. Istotne elementy będą obejmowały bliskość, w jakiej żyje rodzina – w tym kontekście, pewna waga będzie przykładana do więzi rodzic-dziecko, konkretne okoliczności związku, rozmiar przedstawianych

²⁴ Declaration by Ukraine lodged under Article 12(3) of the Rome Statute from 8 September 2015, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf, (dostęp: 8.09.2015 r.).

²⁵ Wyrok w sprawie *Gongadze przeciwko Ukrainie* z 8 listopada 2005 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 34056/02, par. 184; wyrok w sprawie *Orhan przeciwko Turcji* z 18 czerwca 2002 r., skarga nr 25656/94, par. 358.

wydarzeń doświadczanych przez członków rodziny, zaangażowanie członków rodziny w próby uzyskania informacji o zagubionych osobach oraz sposób, w jaki władze zareagowały na takie próby. Trybunał podkreśla, że istota takiego naruszenia nie leży w fakcie »zaginięcia« członka rodziny, lecz dotyczy reakcji i nastawienia władz w stosunku do sytuacji im przedstawionej²⁶.

Trybunał zauważa, że obowiązek władz, wynikający z art. 3, różni się od obowiązku wynikającego z art. 2 Konwencji zarówno w swojej istocie, jak i w wymiarze czasowym. Istnieje pewien stopień podobieństwa między tymi dwoma zobowiązaniami, polegający na tym, że żadne z nich nie jest zobowiązaniem rezultatu, lecz działania. Gdy jednak proceduralny obowiązek wynikający z art. 2 wymaga, by władze podjęły określone działania prawne mogące doprowadzić do identyfikacji i ukarania sprawców, obowiązek z art. 3 ma bardziej ogólną, humanitarną naturę, nakazując władzom zareagowanie w sposób ludzki i współczujący na bolesną sytuację, w jakiej znaleźli się krewni osób zmarłych lub zaginionych. Obowiązek z art. 3 ma zastosowanie niezależnie od tego, czy władze danego państwa były odpowiedzialne za daną śmierć lub zaginięcie, czy też nie²⁷.

Oprócz specjalnych czynników Trybunał także zwraca uwagę na aspekt czasowy i podkreśla, że w sytuacji, w których zaginiony po umieszczeniu go w areszcie został szybko znaleziony nieżywy, członkowie rodziny nie mogą domagać się ich uznania za pokrzywdzonych traktowaniem sprzecznym z art. 3²⁸.

O ile z ustaleniem katalogu praw, które mogłyby być naruszone przez popełnienie przestępstw wymuszonych zaginięć na terytorium Ukrainy w 2014 r., nie ma większego problemu, o tyle przy określeniu podmiotu odpowiedzialnego sprawa zaczyna się komplikować. Niewątpliwie, w przypadku zamieszek na Majdanie obowiązek ochrony wszystkich uczestniczących leżał po stronie władz ukraińskich. Nielegalne użycie broni, torturowanie oraz porwania dokonane przez policjantów oraz pracowników „Berkutu” stanowią podstawę do oskarżenia państwa ukraińskiego przed ETPC (po spełnieniu wymogów zawartych w Konwencji).

Nieco inaczej wygląda sytuacja w przypadku Krymu. W świetle prawa międzynarodowego on nadal pozostaje on częścią Ukrainy, a działania Rosji należy kwalifikować jako okupację Półwyspu. Należy jednak zaznaczyć, że ewentualne skargi mieszkańców Krymu, złożone w związku z naruszeniem ich praw przez władze okupacyjne, nie będą pierwsze w historii Trybunału. Podobnie Grecy cypryjscy skarżyli państwo tureckie po dokonaniu inwazji na północną część Cypru. W sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* Trybunał uznał

²⁶ Wyrok w sprawie *Caciki przeciwko Turcji* z 8 lipca 1999 r., Wielka Izba, skarga nr 23657/94, par. 98.

²⁷ Wyrok w sprawie *Janowiec i inni przeciwko Rosji* z 16 kwietnia 2012, Izba (Sekcja V), skargi nr 55508/07 i 29520/09, par. 152.

²⁸ Wyrok w sprawie *Tanli przeciwko Turcji* z 10 kwietnia 2001 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 26129/95, par. 159.

tę ostatnią za winną naruszenia Konwencji, ponieważ w pełni kontrolowała terytorium północnego Cypru na skutek przeprowadzonej tam w latach 70. XX w. militarnej interwencji. Taka kontrola nakłada na państwo tureckie odpowiedzialność za działania policji i akcje władz TRPC i w konsekwencji zobowiązuje do zapewnienia przestrzegania praw i obowiązków wynikających z Konwencji na terytorium północnego Cypru²⁹. Idąc podobnym tropem rozumowania, w razie złożenia skarg przez mieszkańców Krymu do ETPC, Trybunał powinien uznać rozszerzenie odpowiedzialności Rosji w świetle Konwencji poza jej terytorium państwowe.

Z kolei w przypadku ustalenia odpowiedzialności za naruszenie EKPC na wschodzie Ukrainy dobrym przykładem może być wyrok w sprawie *Ilascu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*. Obywatele mołdawscy złożyli skargę na to, że zostali aresztowani przez osoby noszące odznaki wojsk rosyjskich w imieniu Republiki Naddniestrza, separatystycznego reżimu na terytorium Mołdawii, m.in. za działania antysowieckie i przeciwko legalnej władzy Naddniestrza. Badając w tej sprawie zakres odpowiedzialności Mołdawii i Rosji Trybunał podkreślił, że odpowiedzialność państwa ma przede wszystkim charakter terytorialny, ale może być ograniczona, jeśli państwo nie może wykonywać władzy na swoim terytorium wskutek militarnej okupacji, aktów rebelii czy działań innego państwa, wspierającego ruchy separatystyczne na danym terytorium³⁰. Ponadto, zazaczył, że niezależnie od braku pełnej kontroli w regionie, Mołdawia – w świetle Konwencji – ma pozytywne obowiązki, które polegają na podjęciu wszelkich dostępnych środków dyplomatycznych, ekonomicznych, prawnych i innych w celu zabezpieczenia praw i wolności określonych w Konwencji w rejonie Naddniestrza, co oznacza, że w tym właśnie zakresie skarżący mogą domagać się od Mołdawii ochrony ich praw przed naruszeniami ze strony separatystów.

W dalszej kolejności ETPC rozważył odpowiedzialność Rosji w omawianej sprawie. Zdaniem Trybunału, współpraca z nielegalnym reżimem niesie za sobą odpowiedzialność za akty tego reżimu. Biorąc pod uwagę, że Rosja militarnie, finansowo i politycznie wspierała utworzenie reżimu w Naddniestrzu, Trybunał uznał jej odpowiedzialność za bezprawne działania separatystów z tego regionu³¹.

Przykłady Naddniestrza w Mołdawii oraz samozwańczych republik DNR i LNR w Ukrainie są identyczne. Wydaje się zatem, że Trybunał orzekając w przyszłych sprawach wymuszonych zaginięć na wschodzie Ukrainie powoła się na przedstawiony wyżej wyrok i ustali odpowiedzialność za naruszenie postanowień Konwencji nie tylko po stronie Ukrainy, ale i po stronie Rosji.

²⁹ Wyrok w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* z 23 marca 1995 r., Wielka Izba, skarga nr 15318/89, par. 56.

³⁰ Wyrok w sprawie *Ilascu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji* z 8 lipca 2004 r., Wielka Izba, skarga nr 48787/99, par. 314 i n.

³¹ *Ibidem*, par. 382.

Do tej pory Ukraina złożyła do ETPC cztery skargi międzypaństwowe przeciwko Rosji³², w tym jedną, w dniu 13 czerwca 2014 r., dotyczącą uprowadzenia na terytorium Rosji trzech grup ukraińskich dzieci i ich opiekunów. W skardze zarzucano państwu rosyjskiemu naruszenie art. 2, 3, 5 oraz 8 Konwencji, a także art. 2 Protokołu nr 4 do Konwencji. Dodatkowo setki osób złożyło skargi indywidualne przeciwko Ukrainie i Rosji, w tym Nadia Savchenko, która zarzuca państwu rosyjskiemu naruszenie art. 5 i 6 Konwencji³³. W żadnej z tych spraw Trybunał jeszcze nie wydał wyroku. Skorzystanie przez pokrzywdzonych z procedury zagwarantowanej w Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wydaje się być najbardziej skutecznym z przewidzianych w prawie międzynarodowym środków ochrony najbliższych osoby zaginionej. Przysługuje im bowiem prawo zwrócenia się do Trybunału nie tylko z prośbą o stwierdzenie naruszenia praw wymienionych w Konwencji, ale także o orzeczenie – gdy zachodzi taka potrzeba – słusznego zadośćuczynienia pokrzywdzonej stronie.

Podsumowanie

W świetle prawa międzynarodowego wymuszone zaginięcia są przestępstwem o szczególnie poważnym charakterze, a w pewnych okolicznościach – zbrodnią przeciwko ludzkości. Po przeanalizowaniu wydarzeń, które miały miejsce na terytorium Ukrainy w latach 2014–2015 można stwierdzić, że praktyki porwań dostrzeżone w tym okresie kwalifikują się jako przestępstwo wymuszonych zaginięć, a w przypadku sytuacji na Krymie i wschodzie Ukrainy – jako przestępstwo przeciwko ludzkości.

Ustalając zakres praw najbliższych osoby zaginionej, określono środki ich ochrony w prawie międzynarodowym, do których m.in. należy zaliczyć Międzynarodową Konwencję w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami, I Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 1949 r., Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego. W analizowanym kontekście najbardziej skutecznym instrumentem byłyby jednak Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Konwencja nie zawiera wprawdzie przepisów, które w sposób bezpośredni odnoszą się do wymuszonych zaginięć, jednak daje możliwość pokrzywdzonym wystąpienia ze skargą do ETPC w razie naruszenia przez państwo ich prawa do życia, zakazu tortur, prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego czy prawa do skutecznego środka ochrony prawnej.

³² Trzecia skarga *Ukrainy p. Rosji* z dnia 9 lipca 2014 r. została skreślona z listy skarg Trybunału w dniu 1 września 2015 r. Przyczyną skreślenia była informacja strony ukraińskiej o niepopieraniu skargi ze względu na złożenie przez Mustafę Dżemilewa skargi indywidualnej dotyczącej tych samych zarzutów.

³³ *Savchenko przeciwko Rosji* z 14 lipca 2014 r., skarga nr 50171/14.

Komparatystyczna analiza stanu faktycznego w sprawach *Loizidou przeciwko Turcji* i *Ilascu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, a także okoliczności popełnienia przestępstw wymuszonych zaginięć na Ukrainie pozwala wysnuć wniosek, że są to sprawy bardzo podobne. Zatem w ewentualnych przyszłych „sprawach ukraińskich”, Trybunał, powołując się na przedstawione wyżej wyroki, powinien uznać odpowiedzialność za naruszenie postanowień Konwencji odpowiednio przez Ukrainę i Rosję.

ENFORCED DISAPPEARANCES AND THE RIGHTS OF THE FAMILY IN THE LIGHT OF THE RUSSIAN-UKRAINIAN CONFLICT

Key words: enforced disappearances, extraterritorial jurisdiction, rights of the family, the russian-ukrainian conflict, effective control

Summary

International law represents enforced disappearances as a crime of a particularly serious nature and, in certain circumstances, as a crime against humanity. Change the Ukrainian government, occupation of the Crimea and proclamation of Donetsk and Luhansk People's Republic contributed to the existing law and created several entities that may be responsible for a violation of the rights of persons under their jurisdiction. The aim of the article is to analyze possible means of protection of victims of enforced disappearances in Ukraine in 2014. Under international law. Considerations will be focused on determining 1) the events that can fill the hallmarks of enforced disappearances, 2) the entity responsible for enforced disappearances and 3) the rights of relatives of missing persons under international law.

MISCELLANEA

JERZY AKIŃCZA

Katedra Stanów Nadzwyczajnych i Ratownictwa w Olsztynie WPiA UWM

Artykuł 261¹ k.p.c. w związku z art. 12 Konwencji o prawach dziecka. Praktyka orzecznicza**Słowa kluczowe:** Konwencja, małoletni, postępowanie przed sądem cywilnym, ochrona

Uznając, że istotnym elementem dla zachowania porządku prawnego jest prawidłowy rozwój rodziny, ze szczególnym uwzględnieniem dbałości o dziecko, wymagane jest zagwarantowanie dziecku pełnej ochrony prawnej i jednoczesna właściwa realizacja tej ochrony.

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, ponieważ dziecko – dla pełnego i harmonijnego rozwoju swojej osobowości – powinno wychowywać się w środowisku rodzinnym, w atmosferze szczęścia, miłości i zrozumienia. Mając na uwadze, że „dziecko z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu”, uznając wagę międzynarodowej współpracy dla poprawy warunków życia dzieci w każdym kraju, opracowano konwencję z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka.¹

Realizacja założeń konwencji odpowiada ochronie dziecka na każdej z płaszczyzn jego życia² i dotyczy, co oczywiste, także sfery stosunków prawnych, w tym gwarancji wynikających z prawidłowo realizowanego postępowania sądowego.

¹ Zgodnie z preambułą Konwencji o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka, Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526.

² Na istotne znaczenia konwencji wskazuje T. Kaime, *The Convention on the Rights of the Child*, Europa Law Publishing 2011.

Wobec obszaru regulacji konwencji, w szczególności w związku z treścią jej art. 12 ust. 2,³ celowe jest przeprowadzanie rozważań nad pozycją procesową dziecka w toku postępowania sądowego, co w szczególności dotyczyć powinno określania dziecka jako podmiotu, którego udział w postępowaniu winien odpowiadać jego samostanowieniu. Dotyczy to w szczególności dziecka małoletniego, w związku z jego udziałem w postępowaniu przed sądem cywilnym.

Bez rozróżniania na przedmiot postępowania, każde z postępowań realizowanych przed sądem cywilnym winno zmierzać do rozpoznania stanu faktycznego, co winno być dokonywane w oparciu o realizację zasady prawdy.

Prawidłowo rozumiany cel postępowania każdorazowo odpowiada przeprowadzeniu szeregu czynności procesowych, w szczególności realizacji środków dowodowych, to jest okoliczności o istotnym znaczeniu dla sprawy.⁴ Realizowane czynności procesowe odpowiadać winny nie tylko interesowi samych stron postępowania, ale również zapewnić poczucie bezpieczeństwa każdemu z podmiotów, wobec których postępowanie wywiera skutki prawne.

Oczywisty w swojej treści obowiązek sądu prowadzącego postępowanie winien być ze szczególną starannością odnoszony do procesowych gwarancji właściwego poziomu ochrony podmiotu, jakim jest osoba małoletnia.

Szczególnie wymagana potrzeba ochrony osoby małoletniej odpowiada możliwości wystąpienia negatywnych skutków czynności procesowych, które mogłyby dotyczyć małoletniego, będącego nieprzygotowanym wobec rozstrzygnięcia problemów pozostających poza obszarem jego rozumienia czy rozwoju emocjonalnego.

Wyróżnianie elementu rozwoju emocjonalnego małoletniego, w związku z jego udziałem w postępowaniu przed sądem cywilnym, odpowiada okoliczności, że w przeważającej części przypadki postępowania z udziałem małoletniego należą do spraw osobowych, oddziałując w ten sposób na jego sferę emocjonalną i jego poczucia bezpieczeństwa, mogąc wpływać na jego rozwój.

Niezależnie od realizowanego postępowania, każda czynność sądu dotycząca rozstrzygnięcia co do kontaktów dziećmi z ich rodzicami, jest działaniem szczególnie drażliwym, zawsze wpływającym na psychikę małoletniego.

Jakiegokolwiek rozstrzygnięcie co do losów rodziny, niezależnie od staranności prowadzonego postępowania i słuszności wydawanego orzeczenia, każdorazowo oznacza decydowanie o losie małoletniego. Orzeczenie takie wpływa nie tylko na rozpoznanie stanu faktycznego, ale także determinować może dalsze życie małoletniego, kształtując jego wzorce postępowania.⁵

³ W tym celu dziecko będzie miało w szczególności zapewnioną możliwość wypowiedzenia się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym, dotyczącym dziecka, bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, zgodnie z zasadami proceduralnymi prawa wewnętrznego.

⁴ Definicja dowodu zgodna z art. 227 k. p. c.

⁵ W zakresie właściwej oceny kontaktów każdego rodzica z dzieckiem zob. T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz lex*, Warszawa 2013, s. 797.

Przeżycia, będące udziałem małoletniego, biorącego udział w procesie, ich element moralny, ale też wychowawczy decydować będą o przyszłych postawach życiowych małoletniego, w szczególności kształtując jego postawę wobec życia w rodzinie, wzajemnego szacunku, zaufania.

Chcąc dokonywać analizy prawnej przedstawionego problemu, odnosząc się w szczególności do obszaru procedury cywilnej, w sposób szczególny odnosić się należy do dyspozycji art. 261¹ k.p.c.⁶

Treścią art. 261¹ k.p.c.⁷ ustawodawca krajowy wprowadził do regulacji kodeksu postępowania cywilnego gwarancje dotyczące uprawnień małoletniego w postępowaniu cywilnym, wynikające z Konwencji z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka, w szczególności jej art. 12 ust. 2.

Odpowiednio, zgodnie z treścią art. 261¹ k.p.c., sąd w sprawach dotyczących osoby małoletniego wysłucha dziecka, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala. Wysłuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych. Ponadto zgodnie z § 2 tegoż art. 261¹ k.p.c. sąd stosownie do okoliczności, rozwoju umysłowego, stanu zdrowia i stopnia dojrzałości dziecka uwzględni jego zdanie i rozsądne życzenia.

Wskazując zgodnie z założeniami do projektu nowelizacji⁸ wprowadzającej art. 261¹ k.p.c., ustawodawca krajowy powołał się na obowiązek realizacji konstytucyjnej zasady wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka w toku ustalania praw dziecka przez organy władzy publicznej oraz osoby odpowiedzialne za dziecko, co odpowiada art. 72 ust. 3 Konstytucji RP⁹.

W sposób oczywisty wprowadzenie do k.p.c. art. 261¹ zrodziło obowiązek stosowania tego przepisu łącznie z pozostałymi normami procedury cywilnej, w szczególności związanymi w rozstrzygnięciu w zakresie małoletnich. Realizację art. 261¹ k.p.c. w sposób nierozzerwalny łączyć należy z treścią art. 430 k.p.c., zgodnie z którą małoletni, którzy nie ukończyli lat trzynastu, a zstępni stron, którzy nie ukończyli lat siedemnastu, nie mogą być przesłuchiwanymi w charakterze świadków.

Zgodnie z art. 425 k.p.c. wskazywany art. 430 k.p.c. pozostaje w zastosowaniu wobec spraw o unieważnienie małżeństwa, o ustalenie istnienia lub nieistnienia małżeństwa i o rozwód oraz o separację na żądanie jednego z małżonków.

Pośród *ratio legis* art. 430 k.p.c. dostrzegać należy przede wszystkim element ochrony małoletniego, którego osoby w sposób bezpośredni dotyczyć może toczące się postępowanie, a w konsekwencji również skutki tego postę-

⁶ Artykuł 261¹ dodany ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw., Dz. U. z 2008 r., Nr 220, poz. 1431

⁷ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

⁸ Druk sejmowy nr 629 oraz 888 Sejmu VI kadencji.

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polski z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483.

powania. Rozumieć przez to należy ochronę małoletniego przed nabywaniem przez niego wiedzy i przeżywaniem emocji niewłaściwych dla jego etapu rozwoju, a także zapobieżenie możliwym manipulacjom małoletnim, z uniknięciem negatywnych skutków dla jego dalszego rozwoju emocjonalnego.¹⁰

Wskazując na zakres podmiotowy osób małoletnich objętych regulacją art. 430 k.p.c., do kręgu tego poza dziećmi i wnukami oraz ewentualnie dalszymi zstępnymi biologicznymi, zaliczać należy także małoletnich przysposobionych. W sposób oczywisty zakres podmiotowy regulacji dotyczy nie tylko wspólnych zstępnych, ale także zstępnych jednej ze stron postępowania.

Można by posłużyć się wskazaniem, że realizacja normy z art. 430 k.p.c. nie pozostawia jakichkolwiek możliwości dla realizacji postępowań wyznaczanych art. 425 k.p.c. przy udziale małoletnich, wyróżnianych treścią art. 430 k.p.c.

Poprawność dokonanego wskazania wydaje się także odpowiadać praktyce orzeczniczej właściwej stosowaniu art. 510 k.p.c., w szczególności jego § 1, zgodnie z którym zainteresowanym w sprawie jest każdy, czyich praw dotyczy wynik postępowania, skutkiem czego może wziąć udział w każdym stanie sprawy, aż do zakończenia postępowania w drugiej instancji.

W wyróżnionym zakresie, dotyczącym postępowania nieprocesowego z zakresu prawa rodzinnego, linia orzecznicza Sądu Najwyższego utrzymała – zbieżne z regulacją procesowego art. 430 k.p.c. – wyłączenie małoletniego z udziału w sprawach o ograniczenie władzy rodzicielskiej.

W szczególności omawianych kwestii dotyczyła uchwała Sądu Najwyższego z dnia 3 maja 1979 r.¹¹, a także uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 1973 r.¹²

Odnosząc się do treści art. 430 k.p.c. łącznie z art. 425 k.p.c. można by dokonywać kategorię wskazaniami, że sąd cywilny nie może w zakresie spraw o unieważnienie małżeństwa, o ustalenie istnienia lub nieistnienia małżeństwa i rozvodu, orzekać przy udziale w postępowaniu osób małoletnich, to jest w szczególności małoletnich, którzy nie ukończyli lat trzynastu, a zstępnych stron, którzy nie ukończyli lat siedemnastu.

Powyższe może się wydawać zasadne także w związku z realizacją art. 510 k.p.c. i powołanym orzecznictwem Sądu Najwyższego, dotycząc także postępowania nieprocesowego o ustalenie kontaktów z dzieckiem.

Przedstawiane stanowisko, wynikając wprost z materii ustawowej, a także dorobku orzeczniczego, nie rodziło wątpliwości do czasu przyjęcia nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego, wprowadzającej do ustawy art. 261¹.

¹⁰ Zob. *Duże Komentarze Becka. Kodeks Postępowania Cywilnego*, t. II, Komentarz, art. 506-1088, red. M. Michalska-Marciniak, M. Sychowicz, T. Żyznowicki, 6. wydanie, Warszawa 2014, s. 214–215.

¹¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 3 maja 1979 r., III CZP 14/79, OSNC 1979/12/230.

¹² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 1973 r., III CZP 101/71, OSNC 1973/7-8/118.

Zgodnie z zamierzeniem ustawodawcy, regulacja art. 261¹ k k.p.c. dotyczyć miała realizacji postępowań z zakresu praw niemajątkowych, w szczególności praw związanych z kształtowaniem władzy rodzicielskiej w sprawach o rozwód, unieważnienie małżeństwa, separację.¹³

W sposób bezpośredni, w swoim zamierzeniu, przepis ten związany został z zakresem postępowań wyznaczanych dyspozycją art. 425 k.p.c.

Wobec zauważalnego braku literalnej spójności art. 261¹ k k.p.c., wobec art. 425 k.p.c. z wz. z 430 k.p.c., czy też art. 510 k.p.c., łącznie z *ratio legis* przepisu art. 216¹ k.p.c., , powstała konieczność odniesienia praktyki orzeczniczej co do prawidłowego stosowania art. 216¹ k.p.c. i jego zastosowania wobec postępowań wyróżnianych treścią art. 425 k.p.c.

W odniesieniu do tego problemu, odmawiając podjęcia uchwały, Sąd Najwyższy wydał postanowienie 16 grudnia 1997 r.¹⁴

Wskazując na uprzednio powoływany już art. 12 ust. 2 Konwencji o prawach dziecka i wynikający z tego przepisu obowiązek zapewnienia dziecku możliwości wypowiedzenia się w każdym postępowaniu, które dziecko dotyczy, Sąd uznał, że norma ta nie oznacza przyznania dziecku w sprawie o pozbawienie nad nim władzy rodzicielskiej statusu uczestnika postępowania.¹⁵

Sąd Najwyższy w postępowaniu o zmianę wyroku rozwodowego w zakresie dotyczącym władzy rodzicielskiej poprzez jej pozbawienie, po rozpoznaniu zagadnienia prawnego przedstawionego przez sąd wojewódzki, to jest odpowiedzi na pytanie: „Czy w sprawie o zmianę wyroku rozwodowego w części dotyczącej orzeczenia o władzy rodzicielskiej poprzez jej pozbawienie dziecko jest uczestnikiem postępowania, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy i w jakich sytuacjach musi być reprezentowane przez kuratora?”, postanowił odmówić podjęcia uchwały.

Odnosząc się do uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji, Sąd Najwyższy uznał, iż wątpliwości w zakresie rozpoznanego stanu faktycznego sprowadzają się w istocie do problemu, czy wobec wejścia w życie ratyfikowanej przez Polskę Konwencji o prawach dziecka,¹⁶ w szczególności dyspozycji jej art. 12, zachowuje aktualność wykładnia Sądu Najwyższego zawarta, we wskazywanej już wyżej, uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 26 stycznia 1973 r., zgodnie z treścią której w sprawach o pozbawienie

¹³ Druk sejmowy nr 629.

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., III CZP 63/97, OSNC 1998/6/108.

¹⁵ Odnosząc się do zagadnienia prawnego przedstawionego przez sąd II instancji, Sąd Najwyższy w sposób faktyczny orzekał przed implementacją regulacji Konwencji do porządku prawa krajowego, w szczególności do k.p.c., czego ustawodawca dokonał powołującą już ustawą z dnia 06.11.2008 r.

¹⁶ Konwencja z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka, Dz. U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

władzy rodzicielskiej oraz w sprawach o odebranie dziecka – dziecko nie jest uczestnikiem postępowania w rozumieniu art. 510 k.p.c.¹⁷

Wobec zapytania kierowanego przez sąd wojewódzki Sąd Najwyższy uznał, że zapytanie jest sugestią co do potrzeby ewentualnej zmiany zajętego w uchwale z dnia 26 stycznia 1973 r. stanowiska prawnego z treści negatywnej na pozytywną.

Uwaga Sądu była właściwa i odpowiadała uzasadnionej konieczności ustalenia prawidłowej praktyki w obszarze postępowań obejmujących ustalenie opieki nad małoletnim dzieckiem.

Analizując wątpliwości sądu wojewódzkiego, w związku z realizacją wyżej powoływanych norm prawa, w szczególności regulacji Konwencji względem przepisów k.p.c. i dotychczasowej linii orzeczniczej, Sąd odniósł się do treści art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym.¹⁸

Opierając się na art. 22 ust. 2 ustawy Sąd zauważył, iż odstąpienie od zasady prawnej, uchwalonej przez skład całej Izby, wymaga ponownego rozstrzygnięcia sprawy w drodze uchwały pełnego składu tej samej Izby Sądu Najwyższego. Jednocześnie, zdaniem składu orzekającego, w rozpatrywanej sprawie nie było podstaw, ażeby w trybie art. 22 ust. 1 powoływanej ustawy przekazywać przedstawione przez sąd wojewódzki zagadnienie prawne do rozpoznania pełnemu składowi Izby Cywilnej Sądu Najwyższego, gdyż objęte pytaniem wątpliwości są nieuzasadnione.¹⁹

Dla ustalenia poprawności stanowiska przyjętego przez Sąd Najwyższy celowe pozostaje bezpośrednie odniesienie się do treści art. 12 Konwencji, na którą to normę prawną powoływał się także sąd wojewódzki.

Zgodnie z ust. 1 art. 12 Konwencji państwa–strony zapewniają dziecku, które jest zdolne do wyrażania własnych poglądów, prawo do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich sprawach dotyczących dziecka, przyjmując je z należytą uwagą, stosownie do wieku oraz dojrzałości dziecka.

Zgodnie z ust. 2 tegoż art. 12 ust. 1 dziecko będzie miało w szczególności zapewnioną możliwość wypowiedzania się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym, dotyczącym dziecka, bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, zgodnie z zasadami proceduralnymi prawa wewnętrznego.

¹⁷ Mimo iż przedmiotem postępowania w zakresie przedstawionego stanu prawnego była sprawa rozwodowa, w szczególności sprawowanie opieki nad dzieckiem, odpowiednie w tej sprawie pozostają rozważania i dorobek orzecznicy dotyczący postępowania nieprocesowego i ustalenie kontaktów z dzieckiem, ze szczególnym uwzględnieniem art. 510 k.p.c.

¹⁸ Ustawa z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym, Dz. U. z 1994 r., nr 13 poz. 48 z późn. zm.

¹⁹ Dalsze rozważania i krytyczna ocena poddawanego analizie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r. pozostawać będą w zw. z uznaniem przez Sąd braku zasadności kierowanego doń przez sąd wojewódzki zapytania prawnego i objętego nim problemu prawnego.

Zgodnie z brzmieniem literalnym przepisu, w szczególności jego ustępu drugiego, Sąd zwrócił uwagę, że przepis ten gwarantuje możliwość wypowiedzania się przez dziecko w każdym dotyczącym go postępowaniu sądowym.

Jednocześnie, nie poprzestając na wykładni literalnej przepisu Sąd wskazał, że takie brzmienie przepisu nie oznacza jednak, jak to zdaje się uważać sąd wojewódzki, że spełnienie tego wymogu procesowego może odbyć się tylko i wyłącznie poprzez przyznanie dziecku statusu uczestnika postępowania.²⁰

Nie budzi wątpliwości spostrzeżenie Sądu, który zauważył, że Konwencja pozostawia określenie sposobu realizacji tego obowiązku uregulowaniom prawa wewnętrznego właściwego państwa.

Wobec takiej możliwości Sąd wskazał na występującą z przepisach krajowej procedury cywilnej możliwość wypowiedzania poglądu przez dziecko, co jest zapewnione przez instytucję jego wysłuchania, która jest przewidziana w art. 576 § 2 w zw. z art. 573 § 2 k.p.c.²¹

Jednocześnie Sąd wskazał na powinność wysłuchania dziecka, odwołując się do wskazywanej już wyżej uchwały pełnego składu Izby Cywilnej z roku 1973.

Sąd zwrócił też uwagę, iż ta sama potrzeba była wyrażona przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 3 maja 1979 r. podjętej w składzie zwykłym, a dotyczącej uprawnień procesowych osoby małoletniej w sprawie o ograniczenie nad nią władzy rodzicielskiej.

Sąd dokonał spostrzeżenia, że wejście w życie Konwencji spowodowało – w rozpatrywanym zakresie – jedynie taką zmianę, że formułowane dotychczas w drodze wykładni sądowej zalecenie wysłuchania dziecka stało się odtąd obowiązkiem procesowym sądu, co dotyczy każdej sprawy z udziałem dziecka, o ile tylko stan jego rozwoju psychofizycznego na to pozwala, a więc także spraw o pozbawienie nad nim władzy rodzicielskiej.

Rozważając kwestię poprawności wyводу Sądu, odnieść się należy do argumentacji Sądu, w ramach której Sąd, jak można przypuszczać w sposób nazbyt swobodny łączy postępowanie nieprocesowe, odpowiadające obu powoływanym przezeń uchwałom Sądu Najwyższego z roku 1973 i roku 1979, z postępowaniem procesowym, będącym przedmiotem rozpoznania z zapytania sądu wojewódzkiego.

Zauważać należy, że Sąd w związku z osobą małoletniego w ogólnie nie dokonuje różnienia pomiędzy osobą uczestnika postępowania nieprocesowego a ewentualnym udziałem małoletniego w postępowaniu procesowym, gdzie w szczególności wskazywać należy na zakres spraw określanych art. 425 k.p.c.

²⁰ W sposób oczywisty, nawiązując do powoływanego przez siebie dorobku orzeczniczego, Sąd, co jest istotne dla naszej analizy, odnosi przepisy Konwencji do postępowania nieprocesowego, pomijając możliwy element procesowy i możliwość udziału małoletniego w procesie w charakterze świadka (art. 430 k.p.c. w zw. z 425 k.p.c.).

²¹ W tym też zakresie Sąd w dalszym ciągu odnosi się do postępowania nieprocesowego.

Dalsze rozważania Sądu można uznać za poprawne, Sąd konkludował bowiem, że ewentualne naruszenie przez sąd orzekający obowiązku wysłuchania małoletniego powinno być oceniane w kategoriach istotnych uchybień mających wpływ na wynik sprawy.

W sposób szczególnie Sąd podkreślił, że obowiązek wysłuchania małoletniego nie musi być realizowany wyłącznie w formie bezpośredniego wysłuchania dziecka przed sądem, a zwłaszcza na sali sądowej. Ze względu na potwierdzony w praktyce fakt szkodliwego wpływu na psychikę dziecka, jaki ma jego bezpośredni kontakt z sądem, sąd orzekający ma możliwość zapoznania się ze stanowiskiem dziecka za pomocą swoich organów pomocniczych, takich jak kurator lub opinia ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego czy wreszcie opinia biegłego psychologa.²²

W uwagach końcowych Sąd zauważył, że wysłuchanie małoletniego jest wystarczającą gwarancją procesową zachowania interesu dziecka, co dotyczy ustalenia i realizacji praw małoletniego, zgodnie z art. 72 ust. 3 Konstytucji RP.

Wobec przeprowadzonej argumentacji Sąd doszedł do wniosku, że Konwencja o prawach dziecka nie wprowadziła do systemu prawnego takich zmian, które czyniłyby zasadnymi podniesione przez sąd wojewódzki wątpliwości co do dalszego obowiązywania zasady, iż dziecko nie jest uczestnikiem postępowania w sprawie o pozbawienie nad nim władzy rodzicielskiej. Dlatego też Sąd Najwyższy na mocy art. 20 cytowanej ustawy z dnia 20 września 1984 r. postanowił odmówić podjęcia uchwały w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do wywodów Sądu, nie sposób w całości akceptować tego rozumowania. W szczególności rozważać należy, w związku z dokonaną już uprzednio uwagą, dotyczącą wspólnego traktowania przez Sąd spraw rozpoznanych w trybie nieprocesowym, w szczególności w zakresie powoływanych przez Sąd uchwał z roku 1973 i roku 1979 i zapytania kierowanego do Sądu przez sąd wojewódzki, gdzie postępowanie dotyczyło trybu procesowego, z podstawą właściwą art. 425 k.p.c.

Wydaje się, że o ile powoływane przez Sąd podstawy prawne są właściwe w ich zastosowaniu, o tyle ich realizacja jest błędna.

Zastrzeżeń nie budzi oczywiście wskazanie przez Sąd, że art. 22 ust. 2 ustawy o Sądzie Najwyższym umożliwia odstępianie od zasady prawnej uchwalonej przez skład całej Izby, przy czym wymaga to ponownego rozstrzygnięcia sprawy w drodze uchwały pełnego składu tej samej Izby Sądu Najwyższego.

Wobec poprawnego posłużenia się przez Sąd art. 22 ust. 2 ustawy o Sądzie Najwyższym, nie sposób akceptować stanowiska Sądu co do uznania, iż w zakresie rozpatrywanego zapytania nie było podstaw, aby w trybie art. 22 ust. 1 powoływanej ustawy przekazywać przedstawione przez sąd

²² Na temat konieczności ochrony małoletniego przed negatywnym wpływem postępowania sądowego zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15.12.1998 r., I CNK 1122/98, OSNC 1999, nr 6, poz. 119.

wojewódzki zagadnienie prawne do rozpoznania pełnemu składowi Izby Cywilnej Sądu Najwyższego.

Przeciwnie, wydaje się, że przekazanie zagadnienia do rozpatrzenia przez Sąd Najwyższy było uzasadnione.

Zgodnie z rozpoznawanym stanem faktycznym do Sądu skierowane zostało zapytanie co do rozstrzygnięcia w postępowaniu procesowym, Sąd zaś, powołując się na regulacje ustawy o Sądzie Najwyższym, uznał zapytanie za bezprzedmiotowe z uwagi na orzeczenia Sądu Najwyższego, które dotyczyły rozstrzygnięcia o sprawach małoletniego dziecka, przy czym, co istotne, błędem jest łączenie i utożsamianie spraw z zakresu procesu, jak i nieprocesu.

Ustawowe rozdzielnie spraw procesowych od postępowań nieprocesowych, istota tych postępowań zostały przez Sąd niezauważone czy wręcz zlekceważone. Wydaje się, iż nie mając ku temu podstaw, nazbyt dowolne łączenie przez Sąd różnych względem siebie postępowań, szczególnie przy całkowitym braku odniesienia się przez Sąd do treści art. 425 k.p.c. w zw. z art. 430 k.p.c., przesądza o pochoptności odmowy podjęcia uchwały.²³

Nie sposób akceptować stanowiska Sądu, bez podnoszenia krytyki wobec wydanego postanowienia, w przypadku gdy Sąd poniechał odniesienia się do postępowania procesowego o rozwód czy separację, w ramach których potrzeba zapewnienia dbałości o interes małoletniego jest równie ważna, jak w przypadku nieprocesowego orzekania co do opieki nad małoletnimi.

Wydaje się, iż podany analizie problem, w szczególności zaś jego realizacja przez Sąd Najwyższy w ramach postanowienie z dnia 16 grudnia 1997 r., byłyby łatwiejsze do zaakceptowania, gdyby sam Sąd, zamiast odmawiać wydania uchwały w przedstawionym mu zapytaniu, podjął się ponownego, przede wszystkim pełnego określenia udziału i ochrony małoletniego w postępowaniu cywilnym.²⁴

Zgodnie z – co prawda następczym wobec postanowienia Sądu – uzasadnieniem projektu ustawy włączającej do k.p.c. art. 216¹, przepis ten w jego zamierzeniu dotyczy ustalania w procesie praw niemajątkowych małoletniego, a więc w szczególności spraw dotyczących rozwodu czy separacji, określanych art. 425 k.p.c.²⁵

²³ Zgodnie z systematyką k.p.c., przede wszystkim rozdziałem i odrębnościami wobec siebie postępowań procesowych i nieprocesowych.

²⁴ W przypadku ewentualnego braku odmowy przez Sąd zajęcia stanowiska, ze skutkiem rozpatrzenia zapytania i przeprowadzenia pełnej analizy, także z rozróżnieniem spraw z postępowania procesowego i nieprocesowego i przyjęcia stanowiska zbieżnego z uzasadnieniem odmowy stanowiska, wciąż dyskusyjna byłaby słuszność ewentualnego rozstrzygnięcia.

²⁵ W tym zakresie J. Górowski, *Duże Komentarze Becka. Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz. art. 367-729*, t. II, 6 wydanie, red. A. Marciniak, K. Piasecki, Warszawa 2014, s. 907. Zob. także Druk sejmowy nr 629, ibidem.

Jednie dla porządku wskazać należy, że art. 216¹ nie obejmuje jakichkolwiek spraw majątkowych małoletniego.²⁶

Zgodnie z art. 216¹ k.p.c., będącym kodeksową realizacją art. 12 Konwencji, wskazać należy, iż istniejące regulacje, dotychczasowy dorobek orzecznicy, prawidłowo rozwinięty przez doktrynę²⁷, wydają się w dostateczny sposób chronić małoletniego jako osobę, która powinna być wyłączona od czynności procesowych, mogących mieć dla niej negatywne skutki prawne. Otwarte jednak pozostaje pytanie, czy praktyka faktycznie realizuje zamierzenia, które miały zostać osiągnięte poprzez implementację i cel, który przyświeca art. 12 Konwencji.

Ochronę małoletniego należy przy tym rozumieć nie tylko jako chronienie go przed treściami dlań niewłaściwymi, ale też jako ochronę przed nadmiernym stresem, przy możliwie maksymalnym izolowaniu małoletniego od samego zdarzenia jakim jest postępowanie sądowe, co może skutkować przyjmowaniem przez niego w późniejszym czasie nieprawidłowych postaw społecznych czy rodzinnych.²⁸

ARTICLE 261 K.P.C. IN RESPECT OF ARTICLE 12 OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD. JUDICIAL PRACTICE

Key words: Convention, minor, proceedings before a civil court, protection

Summary

The above analysis considers the protection of the legal interest of the minor in civil proceedings, in particular the art. 12 of the Convention from 20th November 1989 on the Rights of the Child, read with art. 216¹ k.p.c. This analysis, specifically relate to the examination of the case law of the Supreme Court and the interpretation of provisions of Article 216¹ k.p.c in relation to Article 12 of the Convention. A paper focuses on the question if the admitted case law executes the objectives of Article 12 of the Convention from 20th November 1989 on the Rights of the Child.

²⁶ Zob. m.in. W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011 r., s. 346.

²⁷ E. Stefańska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. M. Manowska, Warszawa 2013, s. 418; W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, ibidem.

²⁸ Wspomniane już postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15.12.1998 r., I CNK 1122/98, OSNC 1999, nr 6, poz. 119. W sposób bezpośredni w zw. z art. 216¹ k.p.c. i istotą przeprowadzonej analizy H. Ciepła, *Nowelizacje kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem*, Warszawa 2010, s. 21.

PAULINA KONARSKA

Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Cywilnego i Rodzinnego
Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

Prawa pacjenta ze szczególnym uwzględnieniem prawa pacjenta do dokumentacji medycznej

Słowa kluczowe: prawa pacjenta, Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, prawo do dokumentacji medycznej, dokumentacja medyczna, naruszenie praw pacjenta

1. Prawa pacjenta dawniej i dziś

Pojęcie praw pacjenta wywodzi się z działu prawa medycznego. Dotychczas żaden międzynarodowy ani krajowy akt prawny nie wprowadził definicji legalnej omawianego pojęcia. W doktrynie prawa pacjenta najczęściej definiuje się jako „zespół uprawnień przysługujących człowiekowi z tytułu korzystania ze świadczeń zdrowotnych”¹. W kategorii omawianych praw możemy wyróżnić dwa zasadnicze aspekty: pozytywny, który daje pacjentom gwarancje domagania się, aby ich prawa były przestrzegane oraz aspekt negatywny chroniący pacjentów przed bezprawną ingerencją w ich autonomię, samostanowienie, prawa i wolności². Ponadto, prawa pacjenta można podzielić na prawa zbiorowe, dotyczące relacji pomiędzy pacjentami i władzą publiczną oraz na prawa indywidualne, odnoszone do relacji pomiędzy pacjentem i lekarzem³.

Prawa pacjenta powszechnie uznawane są za szczególną kategorię praw człowieka. Gwałtowny rozwój omawianych praw nastąpił w okresie powojennym, kiedy to przyjęto takie dokumenty międzynarodowe, jak Powszechna Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 1948 r., Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r. Współcześnie nie sposób wyobrazić sobie pełnego urzeczywistnienia praw człowieka bez gwarancji

¹ M. Paszkowska, *Pojęcie i rodzaje praw pacjenta*, http://www.wspl.rzeszow.pl/pliki/dokumenty/pojecie_i_rodzaje_praw_pacjenta.pdf (dostęp: 04.12.2015 r.).

² D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 32.

³ Ministerstwo Zdrowia, *Źródła praw pacjenta*, <http://www2.mz.gov.pl/wwwmz/index?mr=b12441&ms=244&ml=pl&mi=249&mx=0&ma=348> (dostęp: 12.01.2016 r.).

przestrzegania praw pacjenta. Obecnie każde państwo posiada mniej lub bardziej rozwinięty system zabezpieczenia praw przysługujących osobom korzystającym ze świadczeń zdrowotnych. Niemniej jednak warto zauważyć, że katalogi praw pacjentów w poszczególnych państwach nierzadko różnią się od siebie⁴. Przyjęte w tej kwestii uregulowania w dużej mierze zależą od obowiązujących w danym państwie norm prawnych, kulturowych i społecznych, a także przyjętych przez poszczególne państwa modeli relacji lekarz – pacjent⁵.

Korelatem zespołu uprawnień przysługujących pacjentom jest zespół powinności podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych. Źródłem zobowiązań członków personelu medycznego wobec chorych są nie tylko akty normatywne, takie jak Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁶ (dalej: Ustawa o prawach pacjenta) czy Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁷, lecz również akty pozaprawne, takie jak Europejska Karta Praw Pacjentów⁸ czy Karta Pracowników Służby Zdrowia⁹. Istotnym źródłami obowiązków są również kodeksy deontologiczne, stanowiące zbiory powinności moralnych pracowników służby zdrowia względem pacjentów. Kodeksy deontologiczne lekarzy „zaczęły się kształtować w XIX wieku jako rozwinięcie zasad etycznych »Przysięgi Hipokratesa« czy też innych, podobnych przyrzeczeń składanych przez lekarzy”¹⁰. Podobnie jak na przestrzeni lat zmieniała się treść kodeksów deontologicznych, ewolucji uległ również obowiązujący model etyki lekarskiej.

Już w czasach starożytnych starano się stworzyć i uporządkować zbiór zasad rządzących relacjami zachodzącą pomiędzy członkami personelu medycznego i pacjentami. Wtedy to stosunki lekarz – pacjent przesiąknięte były paternalizmem [łac. *pater* – ojciec], definiowanym jako metoda „opieki nad dziećmi i innymi podmiotami nieautonomicznymi, [wzorowana – P.K.] na zasadzie surowego i opiekuńczego ojca”¹¹. W tradycji hipokratejskiej „pacjent ma się oddać w ręce lekarza. Musi współpracować z lekarzem w zwalczaniu choroby. Owa współpraca to [jednak – P.K.] nie tyle relacja partnerska, lecz zależność dziecka czy służącego od swego pana”¹². Dawniej „autorytet leka-

⁴ World Health Organization, *Patients' rights*, <http://www.who.int/genomics/public/patientrights/en/> (dostęp: 04.12.2015 r.).

⁵ Ibidem.

⁶ Ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz.U. z 2009 r., Nr 52 poz. 417.

⁷ Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, Dz.U. z 2015 r., poz. 464.

⁸ Europejska Karta Praw Pacjentów sporządzona przy udziale Active Citizenship Network w 2002 r.

⁹ Papieska Rada ds. Duszpasterstwa Służby Zdrowia, *Karta Pracowników Służby Zdrowia*. Watykan 1995.

¹⁰ T. Biesaga, *Kodeks Etyki Lekarskiej*, „Medycyna Praktyczna” 2006, nr 9, s. 20.

¹¹ Encyklopedia PWN, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/paternalizm;4009464.html>, 12.01.2016.

¹² T. Biesaga, *Przysięga Hipokratesa a etyka medyczna*, „Medycyna Praktyczna” 2006, nr 7–8, s. 24.

rza uznawano dość powszechnie za niepodważalny, a od chorego wymagano bezgranicznego zaufania i posłuszeństwa¹³. Ze względu na bezgraniczne zaufanie do wiedzy medycznej lekarzy, podejmowane przez nich decyzje uznawane były za niepodważalne.

W modelu paternalistycznym pacjenci traktowani byli w kategoriach biernych podmiotów leczenia, podporządkowanych lekarzom, nieposiadających prawa do wyrażania własnych opinii. W przekonaniu większości chorych, w przeciwieństwie do lekarzy, nie posiadali odpowiedniej wiedzy medycznej, a co za tym idzie, nie wiedzieli, co jest dla nich najlepsze. Z tego względu lekarze kierujący się w życiu zasadą, *salus aegroti suprema lex est*¹⁴ byli uprawnieni do podejmowania decyzji dotyczących leczenia za pacjentów¹⁴. Członkowie personelu medycznego uprawnieni byli również do ograniczania autonomii pacjenta w imię jego szeroko pojętego dobra, a przede wszystkim ochrony jego zdrowia. Pacjent traktowany był raczej w kategoriach przypadku klinicznego, zaś głównym zadaniem lekarzy było „naprawienie zepsutej części organizmu”¹⁵. Przyznanie lekarzom nadrzędnej pozycji w stosunku do pacjentów sprzyjało poczuciu uzależnienia chorych od podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych.

Wraz z rozwojem medycyny, z biegiem lat charakter relacji lekarz – pacjent uległ diametralnej zmianie. W II połowie XX w., wraz z rosnącą falą krytyki podejścia paternalistycznego, „tradycyjny model stosunków lekarz – pacjent został wyparty przez koncepcję partnerskich stosunków lekarza z pacjentem, co sprawiło, że paternalistyczny model uprawiania medycyny stał się anachronizmem. Do powstania nowego typu stosunków pomiędzy osobą chorą, a lekarzem przyczynił się postęp medycyny, a wraz z nim rosnąca świadomość społeczeństwa na temat zdrowia i choroby”¹⁶. Od tej pory, zgodnie z paremią *voluntas aegroti suprema lex est* prymat zaczęto przyznawać autonomii pacjenta, który po otrzymaniu odpowiednich informacji ma prawo samodzielnie podjąć decyzję, który sposób leczenia będzie dla niego najlepszy. Co za tym idzie, zgodnie z art. 13 ust. 1 Kodeksu etyki lekarskiej (dalej: KEL)¹⁷ obowiązkiem lekarza jest respektowanie prawa pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu decyzji dotyczących jego zdrowia.

Współcześnie relacja lekarz – pacjent oparta jest na współpracy i poszanowaniu autonomii pacjenta, który jest aktywnym uczestnikiem leczenia, a nie tylko biernym podmiotem. Przed przeprowadzeniem jakiegokolwiek

¹³ W.T. Gajewski, *Z problematyki bioetycznej. Paternalizm czy partnerstwo?*, <http://www.oil.org.pl/xml/oil/oil56/gazeta/numery/n2005/n200511/n20051108> (dostęp: 12.01.2016 r.).

¹⁴ M. Gałuszka, *Nowe zjawiska w relacji lekarz-pacjent w kontekście rozwoju Internetu*, „Przegląd Socjologiczny” 2012, nr 2, s. 128.

¹⁵ Ibidem, s. 121.

¹⁶ A. Klich, *Paternalizm czy współodpowiedzialność? Stosunek lekarz-pacjent a zgoda pacjenta na zabieg medyczny w polskim porządku prawnym*, <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=1031> (dostęp: 12.01.2016 r.).

¹⁷ Kodeks Etyki Lekarskiej, Uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 r. w sprawie Kodeksu Etyki Lekarskiej (Korp. Lek. 2004.1.1).

interwencji medycznej chory ma prawo do uzyskania od lekarza przystępnej informacji o stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu (art. 9 ust. 2 Ustawy o prawach pacjenta). Dodatkowo, w następstwie uzyskania powyższych informacji, pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy wyrażenia takiej zgody (art. 16 Ustawy o prawach pacjenta). Lekarz obowiązany jest uszanować podjętą przez pacjenta decyzję i nie może narzucić mu wybranego przez siebie sposobu leczenia. W razie naruszenia określonych reguł postępowania (w tym zasady samostanowienia i obowiązku informowania), lekarz może być pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej, cywilnej lub karnej.

2. Ustawa o prawach pacjenta, Europejska Karta Praw Pacjenta i Kodeks Etyki Lekarskiej

Do czasu uchwalenia Ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta w Polsce obowiązywało wiele aktów normatywnych, regulujących jedynie fragmentarycznie problematykę praw pacjentów. Wskazywano, że „przez wiele lat źródłem normatywnym praw pacjenta były różne akty prawne, a brak całościowego, jednolitego ujęcia tego problemu stał się powodem znacznych utrudnień przy ustaleniu rzeczywistych uprawnień pacjenta. Pacjenci mieli problemy z poznaniem swoich praw, nie mogli zatem ich artykułować i skutecznie dochodzić”¹⁸. Dostrzegając lukę prawną, do łaski marszałkowskiej wniesiono zbiór poselskich projektów ustaw składających się na pakiet zmian w systemie ochrony zdrowia, których pierwsze czytanie odbyło się w dniach 26–27 marca 2008 r.¹⁹ Jednym z projektów był poselski projekt ustawy o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta²⁰. Ostatecznie, w dniu 6 listopada 2008 r. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej uchwalił Ustawę o prawach pacjenta, która to weszła w życie z dniem 21 maja 2009 r.

Przywołana ustawa określa przede wszystkim prawa pacjenta; zasady udostępniania dokumentacji medycznej; obowiązki podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych związane z prawami pacjenta; tryb powoływania, odwoływania i kompetencje Rzecznika Praw Pacjenta oraz postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów (art. 1 Ustawy o prawach pacjenta). W omawianym akcie prawnym wskazano enumera-

¹⁸ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta: Komentarz*, Warszawa 2012, wyd. 2, s. 20.

¹⁹ Kancelaria Sejmu – Biuro Analiz Sejmowych, *Zmiany w systemie ochrony zdrowia w procesie legislacyjnym. Druki sejmowe nr 283, 284, 286*, wrzesień 2008, nr 4, s. 1.

²⁰ Ibidem.

tywnie najważniejsze prawa przysługujące osobom korzystającym ze świadczeń zdrowotnych, w tym prawo do: świadczeń zdrowotnych, informacji, tajemnicy informacji związanych z pacjentem, zgłaszania oddziaływań niepożądanych produktów leczniczych, wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych, poszanowania intymności i godności, poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, opieki duszpasterskiej, dostępu do dokumentacji medycznej, zgłoszenia sprzeciwu wobec opinii lekarza i inne.

W treści omawianej ustawy wskazano również na konsekwencje naruszenia wyżej wymienionych praw przez osoby zobowiązane do ich przestrzegania. Ponadto, przywołana ustawa wprowadza i reguluje instytucje Rzecznika Praw Pacjenta jako podmiotu odpowiedzialnego za ochronę wymienionych w niej uprawnień oraz nakłada na wszystkie instytucje wchodzące w skład systemu ochrony zdrowia, tj. na organy władzy publicznej właściwe w zakresie ochrony zdrowia, Narodowy Fundusz Zdrowia, podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych, osoby wykonujące zawód medyczny oraz inne osoby uczestniczące w udzielaniu świadczeń zdrowotnych obowiązki przestrzegania praw pacjenta (art. 2 Ustawy o prawach pacjenta). Obecnie, syntetyczne uregulowanie poruszanej kwestii daje podstawę do konstruowania w Polsce spójnego systemu praw pacjenta. Pacjenci korzystający ze świadczeń opieki zdrowotnej mogą wysuwać roszczenia oparte na przepisach prawa powszechnie obowiązującego, mają również możliwość zwrócenia się do organu, którego zadaniem jest pomoc w realizacji powyższych zadań. Wprowadzenie jednego aktu regulującego problematykę praw pacjentów z całą pewnością wpłynęło pozytywnie na jakość usług świadczonych przez system opieki zdrowotnej oraz poczucie bezpieczeństwa osób chorych.

Ze względu na poruszaną w niniejszej pracy tematykę, na uwagę zasługują również dwa inne akty. Pierwszym z nich jest nieformalny akt dotyczący praw pacjentów, jakim jest Europejska Karta Praw Pacjenta (dalej: Karta)²¹. Karta powstała w wyniku współpracy kilkunastu organizacji międzynarodowych z państw członkowskich Unii Europejskiej oraz Active Citizenship Network w 2002 r.²² Celem wprowadzenia powyższej regulacji było doprowadzenie do ujednoczenia standardów dotyczących opieki medycznej w Europie oraz poprawienie jakości usług świadczonych przez pracowników służby zdrowia. W Kartie zawarto kilkanaście podstawowych praw przysługującym pacjentom. Trafnie wskazuje się, że prawa te są „ucieleśnieniem praw podstawowych, i jako takie, muszą być uznawane i przestrzegane w każdym kraju. Są one powiązane z obowiązkami i odpowiedzialnością, jakie spoczywają zarówno na obywatelach państwa, jak na wszystkich uczestnikach systemu ochrony zdrowia”²³.

²¹ Europejska Karta Praw Pacjenta, <http://www.nfz-krakow.pl/UserFiles/Europejska%20Karta%20Praw%20Pacjenta.pdf> (dostęp: 04.12.2015 r.).

²² Instytut Praw Pacjenta i Edukacji Zdrowotnej, *Europejska Karta Praw Pacjentów*, <http://www.prawapacjenta.eu/?pId=443> (dostęp: 04.12.2015 r.).

²³ Ibidem.

W Europejskiej Karcie Praw Pacjenta wymieniono przede wszystkim takie uprawnienia pacjentów, jak prawo do: należytej opieki w celu zapobiegania chorobom; wolnego wyboru procedury leczenia oraz świadczeniodawców; prywatności i poufności; poszanowania czasu pacjenta; korzystania ze świadczeń zdrowotnych wysokiej jakości; korzystania z prawidłowo świadczonych usług zdrowotnych, niewyrządzających żadnej krzywdy, wolnych od błędów, zgodnie z dobrą praktyką lekarską; unikania niepotrzebnego cierpienia i bólu oraz do uczestnictwa w kształtowaniu polityki zdrowotnej. Co istotne, omawiany dokument przyznaje również wszystkim pacjentom prawo do programów diagnostycznych lub terapeutycznych dostosowanych do ich osobistych potrzeb w takim zakresie, w jakim to tylko możliwe (art. 12 Karty). Uprawnienie to jest ściśle związane z prawem do innowacji, które stanowi, iż każda osoba ma prawo dostępu do innowacji, w tym do procedur diagnostycznych, zgodnie z normami międzynarodowymi (art. 10 Karty).

Kolejnym dokumentem, niezwykle istotnym z punktu widzenia poruszanej problematyki, jest kodeks deontologiczny lekarzy przyjęty w dniu 14 grudnia 1991 r. przez Nadzwyczajny II Krajowy Zjazd Lekarzy²⁴. KEL składa się z przysięgi, części ogólnej oraz szczególnej. Postanowienia powyższego dokumentu regulują między innymi zasady postępowania lekarza wobec pacjenta; kwestie tajemnicy lekarskiej; zagadnienia takie jak: transplantacja, prokreacja, ludzki genom; zasady przeprowadzania eksperymentów medycznych oraz relacje lekarz – lekarz. Zgodnie z brzmieniem samego KEL, osoby wykonujące zawód lekarza, tak jak pozostały personel medyczny, zobligowane są do przestrzegania praw pacjentów. Postępowanie lekarzy powinno mieć na celu budowanie i pogłębianie zaufania pacjentów. W związku z powyższym, przyznano pacjentowi prawo do wyboru lekarza (art. 6 KEL). Dzięki wyżej wskazanemu uprawnieniu istnieje możliwość zbudowania prawidłowej relacji między pacjentem, a lekarzem, która będzie oparta na ich wzajemnym zaufaniu. W praktyce wskazuje się bowiem, że brak zaufania i skrupowanie pacjenta może doprowadzić wręcz do niepowodzenia całego leczenia (nawet prawidłowo zaproponowanego).

Zgodnie z łacińską sentencją *salus aegroti suprema lex esto*, w trakcie leczenia najwyższą wartością dla lekarza powinno być dobro chorego. Art. 6 KEL stanowi, iż lekarzowi przysługuje swobodny wybór w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Powinien jednak respektować prawo pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu decyzji dotyczących jego zdrowia (art. 15 KEL). Każde działanie lekarza powinno być poprzedzone uzyskaniem świadomej zgody samego pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna – wyjątkiem od powyższej zasady jest między innymi przymus bezpośredni (art. 16 KEL). Jak zatem widać, w obecnie obowiązującym kodeksie deontologicznym lekarzy zrezygnowano

²⁴ Uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z 14 grudnia 1991 r. w sprawie Kodeksu Etyki Lekarskiej.

z modelu paternalistycznego i przyznano prymat modelowi partnerskiemu relacji lekarz – pacjent.

Wejście w życie wyżej wskazanych dokumentów przyczyniło się do rozbudowy i ujednolicenia katalogu praw pacjenta. Uregulowanie omawianej problematyki nie tylko na poziomie krajowym, ale i międzynarodowym stanowi niewątpliwie o jej wadze. Powoływanie organów kontrolnych o zasięgu międzynarodowym daje możliwość konstruowania obiektywnych i bezstronnych ocen, dotyczących wypełniania postanowień aktów międzynarodowych w odniesieniu do szeroko rozumianej kwestii praw pacjentów. Tym samym możliwe staje się formułowanie dalszych celów i podejmowanie inicjatyw, mających za zadanie rozwijanie omawianej dziedziny. Obecnie coraz większy nacisk kładzie się również na zaznajomienie pacjentów z przysługującymi im prawami, bowiem jedynie świadomość istnienia i treści owych uprawnień umożliwia ich pełną realizację.

Niestety, pomimo iż w ostatnich latach sytuacja pacjentów zdaje się znacząco poprawiać, w dalszym ciągu przeważająca część społeczeństwa nie jest dostatecznie zapoznana z tematyką praw pacjentów. Raport z badania Swiss Contribution „Prawa pacjenta – Twoje prawa” przeprowadzony w 2013 r. w celu zbadania świadomości praw pacjenta w Polsce wykazał, że jedynie 53% ankietowanych ma świadomość istnienia praw pacjenta, a zaledwie 11% było w stanie je wymienić²⁵. Co gorsza, większość respondentów uważa, że prawa pacjenta są w Polsce przestrzegane rzadko, a 31% wskazuje, że przestrzegane są w mniej niż połowie przypadków²⁶. Taki stan rzeczy z pewnością sprzyja łamaniu praw pacjenta, o czym świadczy chociażby duża liczba skarg wnoszonych rokrocznie do Rzecznika Praw Pacjenta²⁷.

Na aprobataę zasługują wszelkiego rodzaju akcje informacyjno-edukacyjne, konsultacje oraz warsztaty (organizowane między innymi przez takie podmioty, jak Instytut Praw Pacjenta i Edukacji Zdrowotnej) mające na celu zapoznanie świadczeniobiorców z prawami, które im przysługują. Brak wiedzy w kwestii przyznanych uprawnień powoduje, że pacjenci nie są w stanie sprecyzować swoich oczekiwań w stosunku do personelu medycznego oraz wymagać od pracowników służby zdrowia prawidłowych postaw. Inicjatywy obejmujące akcje informacyjno – edukacyjne kierowane są również do personelu medycznego, bowiem powszechnie wskazuje się, że większość problemów, z którymi boryka się przeciętny pacjent, spowodowana jest niedoinformowaniem personelu medycznego.

²⁵ Fundacja Ius Medicinæ, *Projekt „Prawa pacjenta – Twoje prawa”*, <http://www.twoje-prawapacjenta.pl/download.php?id=18.>, s. 5.

²⁶ *Ibidem*, s. 21.

²⁷ W okresie od 21 maja 2009 r. do 31 grudnia 2009 r. do Biura Rzecznika wpłynęło łącznie 8980 spraw – M. Kulpa, *Relacja z konferencji Pacjent i jego prawa – w Polsce i UE zorganizowanej w Warszawie z okazji V Europejskiego Dnia Praw Pacjenta*, „Zdrowie Publiczne i Zarządzanie” 2010, nr 2, Kraków 2011, s. 118.

Pracownicy aparatu służby zdrowia wskazują jednak na zbyt małą liczbę szkoleń i warsztatów, które umożliwiłyby im podnoszenie swoich kwalifikacji, a co za tym idzie również jakość świadczonych usług medycznych. Brak zaufania oraz szacunku do lekarzy i pielęgniarek powoduje, że personel traktuje pacjentów przedmiotowo i nie angażuje się w proces leczenia. Organizowane akcje zmierzają przede wszystkim do uświadomienia, jak ważne jest odpowiednie podejście do pacjenta i zbudowanie poprawnej relacji opartej na zaufaniu, życzliwości, wzajemnym szacunku i poczuciu bezpieczeństwa. Powyższe inicjatywy oceniane są pozytywnie, bowiem aż 90% badanych uważa, że informowanie społeczeństwa oraz pracowników zakładów opieki zdrowotnej o prawach pacjentów to bardzo dobry pomysł²⁸.

3. Prawo pacjenta do dokumentacji medycznej

3.1. Źródła omawianego uprawnienia

Prawo dostępu do dokumentów i zbiorów dotyczących danej osoby przyznane zostało przez ustawodawcę na najwyższym, bowiem konstytucyjnym poziomie. Art. 51 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: Konstytucja RP)²⁹ szczegółowo reguluje powyższą kwestię stanowiąc, że nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby (art. 51 ust. 1 Konstytucji RP). Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym (art. 51 ust. 2 Konstytucji RP). Każdy ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Ograniczenie tego prawa może określić ustawa (art. 51 ust. 3 Konstytucji RP). Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (art. 51 ust. 4 Konstytucji RP). Zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa (art. 51 ust. 5 Konstytucji RP). Polska ustawa zasadnicza przyznaje również każdemu prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji RP). Gdy chodzi o prawo jednostki do dokumentacji jej dotyczącej zastosowanie powinny mieć oba wyżej wskazane postanowienia Konstytucji RP, rozpatrywane łącznie.

Różnego rodzaju dokumenty powstają i są gromadzone w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Ze względu na to ustawodawca przyznał każdemu pacjentowi prawo do dostępu do dokumentacji medycznej dotyczącej jego stanu zdrowia oraz udzielonych mu świadczeń zdrowotnych (art. 23 ust. 1 Ustawy o prawach pacjenta). Zgodnie z wolą ustawodawcy, pacjent ma prawo zapoznać się ze wszystkimi informacjami, które powstały

²⁸ Fundacja Ius Medicinæ, *Projekt...*, s. 5.

lub zostały zgromadzone w związku z procesem leczenia. Należy przy tym pamiętać, że „informacja, do jakiej pacjent ma prawo dostępu, ma co do zasady charakter osobisty i prywatny, albowiem dotyczy ona konkretnej osoby i określonego świadczenia medycznego. Chodzi tu zatem tylko o taką informację, której treść odnosi się do sfery medycznej i pozwala zidentyfikować i ustalić tożsamość człowieka”³⁰. Ze względu na powyższe, ustawodawca przewidział, że dane zawarte w dokumentacji medycznej podlegać będą ochronie określonej w Ustawie o prawach pacjenta oraz w przepisach odrębnych (art. 23 ust. 2 Ustawy o prawach pacjenta). Co za tym idzie, z jednej strony mamy do czynienia z przyznaniem pacjentowi prawa do dostępu do dokumentacji (które można uznać za aspekt pozytywny omawianego uprawnienia), z drugiej zaś nakaz ochrony jej treści przed osobami niepowołanymi (aspekt negatywny).

3.2. Dokumentacja medyczna

Nim przejdziemy do dalszych rozważań, konieczne jest wskazanie, czym jest dokumentacja medyczna. W piśmiennictwie wskazuje się, że „dokumentacja medyczna to zbiór materiałów zawierających dane i informacje medyczne dotyczące stanu zdrowia pacjentów oraz udzielanych im świadczeń zdrowotnych w czasie pobytu w szpitalu lub wizyt lekarskich w przychodniach”³¹. Autorem dokumentacji medycznej jest zazwyczaj podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych (czyli np. szpital, klinika, lekarz prowadzący prywatną praktykę), sam pacjent zaś jest podmiotem procesu dokumentowania przebiegu udzielania świadczeń, któremu przyznano określone uprawnienia³². Ustawodawca przewidział również, że zakłady opieki zdrowotnej obowiązane są nie tylko prowadzić dokumentację medyczną pacjentów, lecz również przechowywać i udostępniać ją w sposób określony w ustawie oraz zapewnić ochronę zawartych w niej danych (art. 24 Ustawy o prawach pacjenta).

Aktualnie w większości placówek dokumentacja medyczna prowadzona jest zarówno w formie elektronicznej, jak i w formie papierowej [§1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 21.12.2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (dalej: rozporządzenie)³³].

²⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

³⁰ D. Karkowska, *Komentarz do art. 23 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, LEX nr 120592.

³¹ D. Sikora, *Dokumentacja medyczna*, http://www.gazetaprawna.pl/encyklopedia/medycyna/hasla/336624,dokumentacja_medyczna.html (dostęp: 04.12.2015 r.).

³² D. Karkowska, *Komentarz do art. 24, art. 25 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, LEX nr 120593.

³³ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 21.12.2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania, Dz. U. z 2010 r., Nr 252, poz. 1697.

Dokumentację dotyczącą konkretnego pacjenta (tak zwaną indywidualną) można podzielić na wewnętrzną – przeznaczoną dla podmiotu udzielającego świadczeń oraz zewnętrzną – przeznaczoną dla pacjenta (§2 ust. 2 pkt 1-2 rozporządzenia). W skład dokumentacji medycznej wewnętrznej wchodzi: historia choroby, karta noworodka, karta indywidualnej opieki pielęgniarskiej, karta indywidualnej opieki prowadzonej przez położną, karta wywiadu środowiskowo – rodzinnego oraz karta wizyty patronażowej (§2 ust. 3 rozporządzenia). Z kolei, w skład dokumentacji indywidualnej zewnętrznej mogą wchodzić: skierowanie do lekarza lub do szpitala, skierowanie na badania lub konsultacje, zaświadczenia, opinie lekarskie czy też karta informacyjna dotycząca, przebiegu leczenia szpitalnego (art. 2 ust. 4 rozporządzenia).

Co istotne, pacjent uprawniony jest nie tylko do zapoznania się z dokumentacją indywidualną (taką, która dotyczy go wprost), lecz w niektórych przypadkach może wnioskować o udostępnienie dokumentacji zbiorowej. W jednym ze swych orzeczeń Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, iż: „pacjent publicznego zakładu opieki zdrowotnej ma uprawnienie do udostępnienia mu dokumentacji medycznej zbiorczej prowadzonej przez zakład, w zakresie dotyczącym jego osoby, wynikające z art. 18 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. 1991 r. Nr 91 poz. 408 ze zm.), a w razie odmowy uznania tego uprawnienia przez zakład może zaskarżyć czynność zakładu do sądu administracyjnego na podstawie art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz. U. 1995 r. Nr 74 poz. 368 ze zm.)”³⁴.

Zgodnie z brzmieniem art. 25 Ustawy o prawach pacjenta, prawidłowo prowadzona dokumentacja powinna zawierać przynajmniej: nazwisko i imię pacjenta; jego datę urodzenia; adres miejsca zamieszkania; numer PESEL (w przypadku osób, które nie mają nadanego numeru PESEL – rodzaj i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość); gdy pacjentem jest osoba małoletnia, całkowicie ubezwłasnowolniona lub niezdolna do świadomego wyrażenia zgody – nazwisko i imię (imiona) przedstawiciela ustawowego oraz adres jego miejsca zamieszkania; oznaczenie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych ze wskazaniem komórki organizacyjnej, w której udzielono świadczeń zdrowotnych; opis stanu zdrowia pacjenta lub udzielonych mu świadczeń zdrowotnych oraz datę sporządzenia dokumentacji medycznej. Wpisu w dokumentacji medycznej dokonuje się niezwłocznie po udzieleniu świadczenia zdrowotnego, w sposób czytelny i w porządku chronologicznym (§4 ust. 1 rozporządzenia). Każdy wpis w dokumentacji opatruje się oznaczeniem osoby dokonującej wpisu (§4 ust. 2 rozporządzenia). Wpis w dokumentacji nie może być z niej usunięty, a jeżeli został dokonany błędnie, zamieszcza się przy nim adnotację o przyczynie błędu oraz datę i oznaczenie osoby dokonującej adnotacji (§4 ust. 3 rozporządzenia). W związku z tym,

³⁴ Wyrok NSA z 19.05.2003 r., OSA 1/2003, OSP 2003/11 poz. 136.

że dokumentacja medyczna zawiera szeroko rozumiane dane osobowe pacjenta, podlega ona surowym warunkom jej dalszego udostępniania i przechowywania.

3.3. Udostępnianie dokumentacji medycznej pacjenta

Przepisy aktów prawnych, których celem jest ochrona praw pacjenta, przyznają każdej osobie korzystającej ze świadczeń zdrowotnych uprawnienie do uzyskania dostępu do dokumentacji medycznej dotyczącej stanu zdrowia oraz udzielonych świadczeń (art. 23 Ustawy o prawach pacjenta). Oczywiście jest, że z dokumentacją medyczną może zapoznać się osoba, której owa dokumentacja dotyczy. Dla pacjenta dostęp do dokumentacji medycznej stanowić będzie realizację szerszego uprawnienia, jakim jest jego prawo do informacji. Podstawą do udzielenia informacji choremu jest Ustawa o prawach pacjenta, która uprawnia każdą osobę do uzyskania pełnej, wyczerpującej informacji o jej stanie zdrowia (art. 9 Ustawy o prawach pacjenta). Lekarz zobowiązany jest przekazać pacjentowi w sposób przystępny i zrozumiały informację o jego aktualnym stanie zdrowia, zaproponować określone metody leczenia oraz uprzedzić o ewentualnych powikłaniach lub następstwach czy też rokowaniu. Chory ma również prawo otrzymać wyniki badań oraz pozostałą dokumentację medyczną związaną z jego leczeniem³⁵.

Prawo pacjenta do dostępu do dokumentacji medycznej jest uprawnieniem fundamentalnym, umożliwia bowiem choremu zgromadzenie wszystkich niezbędnych informacji dotyczących jego stanu zdrowia, stawianej diagnozy, proponowanych metod leczenia i wyników badań. Gdyby pacjent nie był w stanie zrozumieć treści zawartych w dokumentacji, pracownik zakładu opieki zdrowotnej obowiązany jest wyjaśnić treść wpisów w niej dokonanych³⁶. Analiza dokumentacji medycznej w wielu sytuacjach pozwala ustalić, czy podjęte przez świadczeniodawców działania były zgodne z prawem i aktualną wiedzą medyczną. W praktyce „dokumentacja medyczna jest formą kontroli procesu udzielania świadczenia zdrowotnego oraz poszczególnych czynności medycznych (świadczeń medycznych) wchodzących w skład tego procesu”³⁷. Dokumentacja ta może stanowić dowód w postępowaniu dotyczącym błędu w sztuce medycznej, stąd tak ważne jest, by była prawidłowo i skrupulatnie prowadzona.

W niektórych przypadkach do zapoznania się z dokumentacją pacjenta uprawnione mogą być inne podmioty. Wśród osób tych ustawa wymienia

³⁵ J. Woś, *Prawa pacjenta w Polsce. Geneza praw pacjenta. Podstawowe informacje*. Materiały z warsztatu „Akademia Pacjenta”, Warszawa, dn. 11–12.04.2008 r., s.8.

³⁶ A. Jacek, K. Ożóg, *Przestrzeganie praw pacjenta przez personel medyczny*, „Hygeia Public Health” 2012, nr 47, s. 269.

³⁷ D. Karkowska, *Komentarz do art. 24, art. 25 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, LEX nr 120593.

przedstawiciela ustawowego chorego lub osobę przez pacjenta upoważnioną (art. 26 ust. 1 Ustawy o prawach pacjenta). Przez osobę upoważnioną należy rozumieć jednak nie tylko członka rodziny lub osobę bliską, lecz każdą osobę wyraźnie przez pacjenta upoważnioną. Część przedstawicieli doktryny twierdzi, że skoro ustawodawca nie przewidział żadnej szczególnej formy dla tego rodzaju upoważnienia, może być ono dokonane zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej³⁸. Co za tym idzie, pacjent może sporządzić upoważnienie „zarówno w ramach, jak i poza dokumentacją medyczną i tylko od jego woli zależało będzie, jaką treść i jaki zakres upoważnienia obejmie to oświadczenie”³⁹. Inni z kolei uważają, że „każdy, kto występuje do zakładu opieki zdrowotnej o dokumentację bądź informacje o stanie zdrowia pacjenta, musi legitymować się jego imiennym upoważnieniem w formie pisemnej”⁴⁰. Należy przyznać, że przedstawienie upoważnienia w formie pisemnej stwarzać będzie w praktyce mniej wątpliwości (głównie co do zakresu oraz treści upoważnienia). Udzielenie upoważnienia w formie pisemnej znacznie ułatwi zatem uzyskanie informacji, bądź ewentualnej dokumentacji przez osobę upoważnioną.

Dokumentację medyczną można udostępnić również innym podmiotom wskazanym przez ustawodawcę. Tymi podmiotami są między innymi: podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych; organy władzy publicznej; Narodowy Fundusz Zdrowia, organy samorządu zawodów medycznych oraz konsultanci krajowi i wojewódzcy; minister właściwy do spraw zdrowia; sądy, w tym sądy dyscyplinarne; prokuratorzy; lekarze sądowi i rzecznicy odpowiedzialności zawodowej; organy rentowe oraz zespoły do spraw orzekania o niepełnosprawności; zakłady ubezpieczeń, za zgodą pacjenta; wojewódzkie komisje do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych (art. 26 ust. 3 pkt 1-11 Ustawy o prawach pacjenta) i inne.

3.4. Udostępnienie dokumentacji po śmierci pacjenta

Po śmierci pacjenta, prawo wglądu w dokumentację medyczną ma osoba upoważniona za jego życia (art. 26 ust. 2 Ustawy o prawach pacjenta). Upoważnienie konstruowane na podstawie przepisów ustawy należy traktować jako instytucję odrębną od pełnomocnictwa w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, ponieważ w przeciwieństwie do pełnomocnictwa upoważnienie nie wygasa wraz ze śmiercią pacjenta⁴¹. Nie ma zatem możliwości, by zastosować przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące „pełnomocnictwa w przypadku

³⁸ M. Nesterowicz, *Problem dostępu pacjenta i osób bliskich do dokumentacji medycznej ponownie przywołany*, <http://www.prawoimedycyna.pl/sklep/1054/problem-dostepu-pacjenta-i-osob-bliskich-do-dokumentacji-medycznej-ponownie-przywolany-pim-nr-46> (04.12.2015 r.).

³⁹ Wyrok NSA z 17.09.2013 r., II OSK 1539/13, LexisNexis nr 8120038.

⁴⁰ M. Kędzierski, *Dokumentacja medyczna a bezpieczeństwo danych*, LEX nr 129704.

⁴¹ Wyrok WSA w Rzeszowie z 13.07.2010 r., II SAB/Rz 29/10, LEX nr 602398.

udzielania upoważnienia do wglądu w dokumentację medyczną zmarłego pacjenta [...]. Podstawowa zasada działania pełnomocnictwa, według k.c., tylko za życia mocodawcy nie znajdzie [...] zastosowania w przypadku działania osoby upoważnionej przez pacjenta do wglądu w dokumentację medyczną po jego śmierci⁴². W orzecznictwie trafnie wskazuje się także, że upoważniony nie musi legitymować się jakimś szczególnym upoważnieniem na wypadek śmierci, ponieważ zgodnie z przepisami ustawy osoba, którą upoważniono do wglądu w dokumentację medyczną za życia pacjenta, ma również takie uprawnienie po jego śmierci⁴³. Słusznie stwierdził również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, że „rodzina pacjenta może mieć wgląd w jego dokumentację medyczną, nawet jeśli zostawił on dla niej upoważnienie w innym szpitalu, niż zmarł⁴⁴. Nielogiczne bowiem byłoby zmuszanie pacjenta, by upoważnienie takie konstruował w każdej placówce, w której przebywa lub mógłby przebywać.

Również w razie śmierci pokrzywdzonego jego prawa w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy, w tym prawo dostępu do informacji medycznej oraz dokumentacji medycznej, może wykonywać małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu (art. 57 ust. 3 Ustawy o izbach lekarskich⁴⁵). W piśmiennictwie wskazuje się też, że „osobie upoważnionej do dostępu do dokumentacji medycznej przysługują wszystkie formy korzystania z tego prawa, o których mowa w art. 27 [Ustawy z 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Pacjenta]. Przyjęcie odmiennego zastrzeżenia prowadzić mogłoby przeciw do sytuacji, w których zebranie materiału dowodowego na okoliczność uzasadniająca podejrzenie popełnienia błędu medycznego czy innych zaniedbań w leczeniu byłoby w sposób poważny utrudnione⁴⁶.

3.4. Sposoby udostępniania dokumentacji medycznej

Pacjent zawsze może zapoznać się z dotyczącą go dokumentacją medyczną w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń (art. 27 pkt 1 Ustawy o prawach pacjenta). Możliwe jest również przekazanie osobie chorej wyciągów, odpisów i kopii dokumentów lub wydanie oryginału za pokwitowaniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu, jeżeli uprawniony organ lub podmiot żąda udostępnienia oryginałów tej dokumentacji (art. 27 pkt 2-3

⁴² T. Zimna, Głosa do wyroku WSA z 13.07.2010 r., II SAB/Rz 29/10, LEX nr 154059.

⁴³ Wyrok NSA w Warszawie z 17.09.2013 r., II OSK 1539/13, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁴⁴ Wyrok WSA w Warszawie z 13.02.2013 r., VII SAB/Wa 217/12, LEX nr 1267066.

⁴⁵ Ustawa z 2.12.2009 r. o izbach lekarskich, Dz.U.2009.219.1708.

⁴⁶ G. Ladrowska, *Prawo dostępu pacjenta i osób przez niego upoważnionych do dokumentacji medycznej*, LEX nr 149781.

Ustawy o prawach pacjenta). Jeśli pacjent przegląda dokumentację w placówce, nie musi uiszczać żadnej opłaty, jednakże – w przypadku zażądania wyciągu, odpisu lub kopii – konieczne może być uiszczenie odpowiedniej opłaty⁴⁷. Ustawodawca przewidział, że: „dopuszczalna wysokość opłaty za jedną stronę wyciągu odpisu dokumentacji medycznej – nie może przekraczać 0,002 przeciętnego wynagrodzenia w poprzednim kwartale (dotyczy to również udostępnienia dokumentacji na elektronicznym nośniku); jedna strona kopii dokumentacji medycznej nie może przekraczać 0,0002 przeciętnego wynagrodzenia”⁴⁸.

Jak długo dokumentacja powinna być przechowywana? Naczelny Sąd Administracyjny orzekł, że zakład opieki zdrowotnej zobowiązany jest do przechowywania prowadzonej dokumentacji medycznej nawet po zakończeniu leczenia oraz po zakończeniu korzystania przez pacjenta z usług medycznych świadczonych przez dany zakład⁴⁹. Ustawa stanowi, że co do zasady dokumentacja medyczna powinna być przechowywana przez okres 20 lat – istnieją jednak liczne wyjątki od powyższej zasady. Istotne, że pacjent po zakończeniu leczenia nie jest uprawniony do odebrania dotyczącej go dokumentacji medycznej w oryginale, powinna ona pozostać w placówce, z której usług pacjent korzystał.

4. Konkluzja

W Polsce nadal ma miejsce wiele naruszeń związanych z prowadzeniem i udostępnianiem dokumentacji medycznej. W jednym ze swych wystąpień Rzecznik Praw Pacjenta wskazał, iż prawo dostępu do dokumentacji medycznej to drugie w kolejności najczęściej nieprzestrzegane prawo pacjenta⁵⁰. W 2013 r. aż 29% skierowanych do Rzecznika zgłoszeń dotyczyło naruszenia prawa pacjenta do dokumentacji medycznej⁵¹. Zgłaszane przez pacjentów „naruszenia dotyczyły przede wszystkim: odmowy udostępnienia dokumentacji medycznej, w tym osobom upoważnionym przez pacjenta za życia; pobierania zawyżonych opłat za wykonanie kopii dokumentacji medycznej, w tym poświadczonej za zgodność z oryginałem; odmowy wydania oryginału dokumentacji medycznej za potwierdzeniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po jej wykorzystaniu oraz odmowy udostępnienia dokumentacji medycznej przedstawicielowi ustawowemu, na podstawie oświadczenia drugiego

⁴⁷ D. Karkowska, *Poradnik o prawach pacjenta*, Warszawa 2013, s. 16.

⁴⁸ *Udostępnianie dokumentacji medycznej*, http://www.med.torun.pl/aktualnosci/prawa_pacjenta/udostepnianie_doku_med.pdf (dostęp: 04.12.2015 r.).

⁴⁹ Wyrok NSA z 29.06.2007 r., I OSK 1098/2006, LexisNexis nr 2278141.

⁵⁰ Biuro Rzecznika Praw Pacjenta, *Najczęstsze skargi pacjentów*, III Forum marketingu i PR w ochronie zdrowia, Warszawa 2012, s. 10.

⁵¹ Rzecznik Praw Pacjenta, *Sprawozdanie dotyczące przestrzegania praw pacjenta na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej za okres od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r.*, s. 19.

z rodziców”⁵². Taki stan rzeczy jest wysoce niepokojący, bowiem „brak dokumentacji medycznej silnie ogranicza zdolność pacjenta do obrony swoich praw, albowiem utrudnione jest np. dochodzenie odszkodowania za szkody na osobie wyrządzone błędami w sztuce”⁵³.

Przyczyną obecnego stanu rzeczy może być wyjątkowo niski poziom wiedzy pacjentów o prawach, które zostały im przyznane. Większość chorych nie jest świadoma możliwości uzyskania wglądu w dokumentację medyczną – dostęp do niej jest nadal traktowany jako „przywilej” przyznany zakładom opieki zdrowotnej i innym podmiotom leczniczym. Przykładowo, zdaniem pacjentów szpitali psychiatrycznych dotycząca ich dokumentacja przeznaczona jest dla lekarzy i psychologów, a nie dla nich samych. Ponadto, faktem jest, że nawet gdy pacjenci decydują się na zapoznanie się ze swoją dokumentacją, często spotykają się z odmową jej udostępnienia⁵⁴. Chorzy nagminnie skarżą się, że placówka odmówiła im dostępu do dokumentacji lub zażądała niezgodnej z prawem (rażąco wysokiej) opłaty za jej wydanie, której nie byli w stanie ponieść⁵⁵.

Wyniki postępowań kontrolnych wskazują, że niezwykle często dochodzi do rozbieżności pomiędzy dokumentacją papierową i elektroniczną. Zdarzają się również sytuacje, w których pracownicy nie chcą udostępnić dokumentacji pacjenta prowadzonej w formie elektronicznej, gdyż twierdzą, że nie ma takiej możliwości, by dokumenty przechowywane w systemie wydrukować. Kontrola przeprowadzona przez Najwyższą Izbę Kontroli wykazała, że w 83,3% badanych placówkach dostrzeżono odstępstwa od rzetelnego dokumentowania działań podejmowanych wobec pacjentów⁵⁶. Nie wszystkie podejmowane wobec chorych interwencje były odnotowywane w dokumentacji, niektóre z kolei były dokumentowane w niepełnym zakresie. Pacjenci skarżą się również, że zakłady opieki zdrowotnej nie chcą wydawać im oryginałów dokumentacji twierdząc, że podmiotem uprawnionym do ich uzyskania są jedynie organy państwowe i inne instytucje⁵⁷.

Przyczyną istniejącej sytuacji może być nie tylko nieprzychylna pacjentom postawa pracowników, lecz również fakt, że rzadko kiedy chorzy są zainteresowani dotycząca ich dokumentacją. Z jednej strony wskazuje się, że lekarze nie chcą udostępniać świadczeniobiorcom dokumentacji, z drugiej jednak przeprowadzane badania pokazują, że ze strony pacjentów brak jest w tej kwestii inicjatyw. Osoby korzystające ze świadczeń zdrowotnych często

⁵² Ibidem.

⁵³ Kancelaria Sejmu – Biuro Analiz Sejmowych, *Zmiany w systemie ochrony zdrowia...*, s. 23.

⁵⁴ D. Laskowska, H. Lipińska, M. Nowicka (Kier. Zespołu), T. Szafranski, H. Szostak, J. Żuchowska, *Prawa człowieka w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1996, s. 15.

⁵⁵ A. Jacek, K. Ożóg, op. cit., s. 269.

⁵⁶ Najwyższa Izba Kontroli, *Przestrzeganie praw pacjenta w lecznictwie psychiatrycznym, Informacja o wynikach kontroli*, nr ewid. 19/2012/P/11/093/KZD, s. 5.

⁵⁷ Biuro Rzecznika Praw Pacjenta, *Najczęstsze skargi pacjentów...*

nie rozumieją zwrotów użytych w dokumentach, a ich treść jest dla nich zupełnie niejasna. Wychodzą zatem z założenia, że bezcelowe jest domaganie się wydania dokumentacji, skoro i tak nie będą w stanie zrozumieć jej treści. Takie podejście jest niepoprawne, gdyż powoduje utrzymywanie się nieprawidłowych tendencji w omawianej kwestii. Pacjenci powinni szczegółowo interesować się dotyczącymi ich dokumentami, zaś kadra medyczna zobowiązana jest w miarę możliwości udostępniać leczonym wszystkie informacje, które dotyczą postępowania leczniczego. Kluczowe znaczenie ma również prawidłowe prowadzenie dokumentacji medycznej, bowiem: „ważnym elementem w ocenie prawidłowości leczenia jest ustalenie, czy i jakie czynności lekarz wykonał we właściwym czasie, czy zlecił wykonanie niezbędnych badań dodatkowych, czy lekarz o określonym poziomie przygotowania zawodowego wezwał na niezbędną konsultację lekarza o odpowiedniej specjalności”⁵⁸.

Zgodnie z ustawą o prawach pacjenta podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych mają obowiązek nie tylko prowadzić i udostępniać dokumentację medyczną, lecz również chronić jej zawartość tak, aby nie była ona dostępna dla osób nieupoważnionych. Większość przeprowadzonych kontroli wskazała na prawidłową ochronę danych zawartych w dokumentacji medycznej. Zakłady opieki zdrowotnej zazwyczaj przechowują dokumenty w pomieszczeniach zamkniętych, zaś personel jest należycie poinformowany o obowiązkach w zakresie ochrony informacji i dokumentów⁵⁹. Zdarzało się jednak, że dokumentacja była udostępniana podmiotom nieupoważnionym – najczęściej ubezpieczycielom, w związku z prowadzonymi przez nich postępowaniami⁶⁰.

PATIENTS' RIGHTS WITH PARTICULAR EMPHASIS ON PATIENT'S RIGHT TO MEDICAL RECORDS

Key words: patients' rights, Act of 6 November 2008 on Patient Rights and the Patient Rights Ombudsman, legal right to access medical records, medical records, infringement of patients' rights

Summary

Patients' rights are a special category of human rights. They can be defined as a basic rules of conduct between patient and medical caregivers. Patients' rights are inextricably linked with the responsibilities of health care workers. In Poland, the most important act

⁵⁸ J. T. Marcinkowski, T. Kaczmarek, A. Herfort, R. Szozda, Cz. Żaba, *Rola i znaczenie dokumentacji medycznej w orzecznictwie ubezpieczeniowym oraz w postępowaniu sądowym*, „Orzecznictwo Lekarskie” 2011, nr 8, s. 74.

⁵⁹ J. Ciechanowski, B. Chmielewska, E. Czyż, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Monitoring przestrzegania praw pacjentów i dostępu do stacjonarnego leczenia uzależnień od narkotyków*, Warszawa 2010, s. 159.

⁶⁰ M. Koenner, *Aktualne problemy dotyczące udostępniania dokumentacji medycznej*, dostępne on-line: <http://www.prawodlalekarza.pl/dokumentacja-medyczna-problemy/>.

concerning the discussed topics is an Act of 6 November 2008 on Patient Rights and the Patient Rights Ombudsman. The fundamental right granted patients is the legal right to access to medical records. In most hospitals medical records are conducted both electronically and in writing. Medical records contain personal data of patient, so the Act of 6 November 2008 on Patient Rights and the Patient Rights Ombudsman contains provisions which protect privacy and provide access to medical records. Every patient or its representative has the right to access medical records and the right to copy it. Unfortunately, in Poland, there is still a lot of violations related to conducting and sharing of medical records. Discussed right is the second in order of most frequently disobeyed patients' right. The reason can be extremely low level of patients' knowledge of the rights granted to them. Due to the above, it is necessary to organize a number of actions that would allow patients to supplement knowledge about the rights given to them.

ALEKSANDRA NOWAK

Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie

Problem uzależnienia od narkotyków – leczenie osób uzależnionych i pomoc świadczona rodzinie

Słowa kluczowe: uzależnienie, narkotyki, administracja, rodzina, społeczeństwo

Istota uzależnienia

Współcześnie narkomania jest uznawana za jedną z najgroźniejszych patologii społecznych. Narkomania powoduje powstanie różnorodnych zagrożeń, m.in. problemów zdrowotnych (chorób, zaburzeń, osłabienia odporności organizmu, wiele problemów medycznych dotyczy również dzieci uzależnionych matek), prawnych (postępującej demoralizacji oraz popełniania czynów zabronionych), społecznych (prowadzących do rozbicia rodziny, jej dysfunkcjonalności, utraty szans rozwoju zawodowego, wykluczenia społecznego, marginalizacji i stygmatyzacji), oraz etyczno-moralnych¹.

Szczególnie niepokojącym następstwem narkomanii jest wykluczenie społeczne osób uzależnionych od narkotyków² i to zarówno osób ze środowisk obciążonych patologiami, jak i osób uczących się, pracujących, a więc prowadzących akceptowany społecznie tryb życia, które np. popełniły przestępstwo związane z narkotykami. Oznacza to, że powstały niekorzystne przeobrażenia w modelu funkcjonowania społecznego osób zażywających narkotyki. Niepokojącym problemem tych przeobrażeń jest coraz częstsze okazjonalne zażywanie narkotyków przez uczących się bądź już wykształconych i pracujących młodych ludzi, dla których pewne substancje psychoaktywne, przede wszystkim marihuana, stają się tak powszechne, jak w przeszłości alkohol³.

¹ M. Jędrzejko, W. Bożejewicz, D. Sarzała, *Narkomania jako zagrożenie widziane z perspektywy antropologiczno-etycznej*, Pułtusk – Warszawa 2006, s. 6.

² Warto zwrócić uwagę, że w literaturze używane są różne określenia narkotyków, np. substancje psychotropowe, środki odurzające, substancje psychoaktywne, substancje zniewalające, używki niebezpieczne itp. Zob. B. Hołyst, *Zagrożenia ładu społecznego* [2], Warszawa 2014, s. 116, B. Szukalski, *Narkotyki. Kompendium wiedzy o środkach uzależniających*, Warszawa 2005, s. 3–4.

³ B. Hoffmann, *Narkotyki w kulturze młodzieżowej*, Impuls, Kraków 2014, s. 135, M. Jędrzejko, A. Kowalewska, *Narkomania – wybrane pojęcia i definicje*, [w:] *Narkomania spojrzenie wielowymiarowe*, red. M. Jędrzejko, Pułtusk – Warszawa 2009, s. 26–27

Zażywanie substancji psychoaktywnych uruchamia proces degradacji fizycznej i psychicznej osoby biorącej narkotyki. Oddziaływanie substancji psychoaktywnych na organizm ludzki zależy przede wszystkim od jej właściwości chemicznych oraz cech psychicznych danej osoby (tj. jej osobowości, stanu emocjonalnego, oczekiwań itd.). Badania jednoznacznie wskazują, że zarówno tzw. klasyczne narkotyki, jak i ich współczesna alternatywa (środki zastępcze, tzn. dopalacze) prowadzą do wyniszczenia biologicznego oraz zmian w psychice⁴.

Niezwyczajnie groźnym następstwem zażywania substancji psychoaktywnych jest uzależnienie⁵, które jest przewlekłą chorobą z okresami remisji (abstynencji) i nawrotami. Jest to kompleks zjawisk fizjologicznych, behawioralnych i poznawczych, w których zachowania związane z przyjmowaniem substancji psychotropowych uzyskują trwałą przewagę nad zachowaniami, które były charakterystyczne dla danej osoby. Podstawowym objawem uzależnienia jest pragnienie (głód psychiczny) czy wręcz potrzeba przyjmowania tych substancji⁶.

Najważniejsze cechy i objawy stanu (zespołu) uzależnienia to: stała, silna potrzeba bądź wręcz przymus zażywania substancji psychoaktywnych; częsta utrata samokontroli w zażywaniu substancji psychoaktywnych (odnosząca się do ilości i jakości zażywanych dawek); narastanie zjawiska tolerancji na przyjmowaną substancję; nasilające się zaniedbanie innych zainteresowań lub obowiązków (np. nauki, pracy); zażywanie substancji psychoaktywnej mimo wyraźnych niekorzystnych następstw (fizycznych, psychicznych, społecznych), o których wiadomo, że mają związek z jej przyjmowaniem⁷.

W literaturze przedmiotu wyróżnia się trzy rodzaje uzależnienia, tj. uzależnienia psychiczne, fizyczne i społeczne.

Uzależnienie psychiczne polega na przymusowym, okresowym lub stałym używaniu substancji psychotropowych. Zażywane substancje uzależnia-

⁴ A. Muszyńska, *Sprawcy czynów karalnych*, Zakamycze 2004, s. 100

⁵ Wyjaśnienie pojęcia uzależnienia jest zawarte w art. 4 pkt 29, natomiast używania szkodliwego w art. 4 pkt 30 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r., poz. 174). W art. 4 pkt 29 określono, że uzależnienie od środków odurzających lub substancji psychotropowych – [stanowi] zespół zjawisk psychicznych lub somatycznych wynikających z działania środków odurzających lub substancji psychotropowych na organizm ludzki, charakteryzujący się zmianą zachowania lub innymi reakcjami psychofizycznymi i koniecznością używania stale lub okresowo tych środków lub substancji w celu doznania ich wpływu na psychikę lub dla uniknięcia następstw wywołanych ich brakiem, natomiast w przepisie pkt 30, określono, że używanie szkodliwe – [to] używanie substancji psychoaktywnej powodujące szkody somatyczne lub psychiczne, włączając upośledzenie sądenia lub dysfunkcyjne zachowanie, które może prowadzić do niesprawności lub mieć niepożądane następstwa dla związków z innymi ludźmi.

⁶ B. Hołyst, *Zagrożenia ładu społecznego...*, s. 116; M. Jędrzejko, A. Kowalewska, *Narkomania – wybrane pojęcia...*, s. 27.

⁷ B. Hołyst, *Zagrożenia ładu społecznego...*, s. 116, M. Jędrzejko, A. Kowalewska, *Narkomania – wybrane pojęcia...*, s. 25. J. Uziąłło, *Biologiczne podstawy uzależnień. Narkomania*, Serwis Informacyjny 2009, nr 2/46/, s. 20–21.

jące powodują silne gratyfikacje emocjonalne⁸. Przymus zażywania substancji psychoaktywnych jest tak silny, że bez zażycia tej substancji uzależniony nie jest w stanie podjąć innego działania. Zażywanie substancji psychoaktywnych bardzo silnie wpływa na sferę emocjonalną człowieka. Zaburzenia emocji objawiają się w postaci lęków, nadpobudliwości, depresji, częstych nagłych zmian nastrojów. Długotrwałe zażywanie substancji psychoaktywnych powoduje zmiany osobowościowe przejawiające się w zawężeniu pola zainteresowań (sprowadzeniu ich tylko do sposobu zdobycia substancji), osłabieniu sprawności intelektualnej, osłabieniu woli, egoizmie, instrumentalnej i manipulacyjnej postawie wobec innych ludzi, w szczególności wobec członków rodziny, a także zaniku uczuciowości wyższej⁹.

Uzależnienie fizyczne jest fizjologiczną zależnością organizmu narkomana od konkretnej substancji psychoaktywnej. Stan ten powstaje w wyniku włączenia danej substancji do metabolizmu komórkowego. Następstwem tej zależności jest powstanie w organizmie osoby uzależnionej stałej biologicznej potrzeby, polegającej na przymusowym zażywaniu danej substancji. Jej brak w organizmie powoduje powstanie tzw. zespołu (głodu) narkotycznego, który powoduje wystąpienie wielu objawów somatycznych, zwłaszcza zaburzeń układu oddechowego, krążenia i trawiennego.

Uzależnienie społeczne związane jest z przynależnością uzależnionego do grupy, w której przyjęte jest zażywanie substancji psychoaktywnych. Ludzie młodzi mają dużą potrzebę dostosowania się do zachowań swojej grupy rówieśniczej oraz bycia akceptowanym przez nią. Jeżeli w grupie rówieśniczej przyjęte jest zażywanie substancji psychoaktywnych, to jej członkowie mogą łatwo zostać wciągnięci w nałóg. Rodzicom lub terapeutom bardzo trudno wówczas wpłynąć na zachowanie takiego „zbuntowanego” nastolatka. Dopasowanie się do grupy jest dla młodych ludzi bardzo często ważniejsze niż dobre relacje z rodzicami. Ponadto badania zjawiska narkomanii wskazują również, że znaczny procent osób uzależnionych pochodzi z rodzin niepełnych, rozbitych, często dysfunkcyjnych, w których często relacje pomiędzy rodzicami i dziećmi są nieprawidłowe¹⁰.

⁸ H. Sęk. *Wprowadzenie do psychologii klinicznej*, Warszawa 2003, s. 273; K. Dąbrowska, E. Miturska, J. Moskalewicz, Ł. Wieczorek, *Konsekwencje używania i nadużywania marihuany w świetle współczesnej wiedzy. Alkoholizm i narkomania*, 2012, t. 25, nr 2, s. 173–175.

⁹ M. Jędrzejko, W. Bożejewicz, D. Sarzała, *Narkomania jako zagrożenie...*, s. 16–17; A. Kruczek. *Stosowanie środków psychoaktywnych przez nieletnie przestępczynie*, Alkoholizm i Narkomania, Warszawa 2013, t. 26, nr 4. s. 333; F. Bruno, G. Mannino, *Ogólne problemy uzależnienia od substancji uzależniających*, [w.] *Kompendium wiedzy o profilaktyce*, Warszawa 1997, t. II, s. 15–17; K. Dąbrowska, E. Miturska, J. Moskalewicz, Ł. Wieczorek. *Konsekwencje używania...*, s. 173–176; I. Niewiadomska, P. Stanisławczyk, *Narkotyki*, Lublin 2004, s. 132–140.

¹⁰ F. Bruno, G. Mannino, *Ogólne problemy uzależnienia...*, s. 14–15; B. Hołyst. *Zagrożenia ładu społecznego...*, s. 117; M. Jędrzejko, A. Kowalewska. *Narkomania – wybrane pojęcia...*, s. 43–44; I. Niewiadomska, P. Stanisławczyk, *Narkotyki...*, s. 140–145.

Z badań zjawiska narkomanii wiadomo, że nie każdy eksperyment z zażyciem substancji psychoaktywnych prowadzi do uzależnienia, ma ono bowiem bardzo osobisty charakter. Należy jednak zwrócić uwagę, że osoba eksperymentująca nie jest w stanie przewidzieć, jakie mogą być następstwa zażycia (nawet jednorazowego) takiej substancji.

Dla głęboko uzależnionych narkotyków staje się najważniejszą rzeczą w ich życiu, zastępuje relacje rodzinne, nie liczą się już osoby bliskie, zainteresowania, pasje i ambicje. Uczuciowość wyższa jest mocno ograniczona¹¹. Następstwem takiego zachowania osoby uzależnionej jest wyniszczenie organizmu, często także różne choroby, spowodowane zwiększeniem podatności na infekcje i zakażenia, degradacja psychofizyczna i społeczna, zerwanie więzi rodzinnych. Życie osoby uzależnionej, zwłaszcza osoby w zaawansowanej fazie nałogu, jest skoncentrowane przede wszystkim na zdobywaniu substancji psychoaktywnych co sprzyja poszerzaniu się różnych przejawów patologii społecznej, np. przez związek narkomanii z przestępczością, prostytutką itd., w efekcie czego następuje marginalizacja i wykluczenie społeczne tej osoby¹².

Zjawisko współuzależnienia członków rodziny

Konsekwencje nałogu narkomana dostrzegają, a także odczuwają jego bliscy. Narkoman niszcząc siebie, niszczy również psychicznie swoją rodzinę¹³. W badaniach zjawiska narkomanii wskazuje się na problem współuzależnienia osób bliskich narkomana; dotyczy on głównie rodziców, a przede wszystkim matek uzależnionych. Rodziny narkomana cechuje poczucie zagubienia, szoku, lęku, wypierania problemu z psychiki, poczucie bycia manipulowanym, brak konsekwencji w postępowaniu z uzależnionym. Życie rodzinne toczy się wokół problemu uzależnienia, często też rodzice obwiniają się o przyczynienie się do rozwoju nałogu u dziecka, stan ten często jest jedynym tematem, o którym rozmawiają. Rodziny narkomana często dotyka izolacja w ich otoczeniu. Wszystko to wymaga stworzenia systemu pomocy dla rodzin, który powinien polegać przede wszystkim na edukacji zapobiegającej używaniu substancji psychoaktywnych, pomocy w trudnych momentach, współuczestnictwie w terapii odwykowej narkomanów, a także na doraźnym wsparciu materialnym¹⁴.

¹¹ W. Wanat, *Narkotyki i narkomania*, Warszawa 2006, s. 14–16.

¹² M. Jędrzejko, P. Jabłoński, *Narkotyki i środki zastępcze (zjawisko, zagrożenia, profilaktyka)*, Warszawa – Dąbrowa Górnicza 2012, s. 49–50; D. Chojecki, *Korelaty społeczne i readaptacja*, [w:] Raport Krajowy 2009; *Sytuacja narkotykowa w Polsce*, Krajowe Biuro ds. Przeciwdziałania Narkomanii, Warszawa 2009, s. 90–91; A. Malczewski, M. Struzik, *Nielegalny rynek oraz przestępczość związana z narkotykami w świetle najnowszych badań*, Problemy Narkomanii, Warszawa 2009, nr 1/09, s. 36–39.

¹³ M. Jędrzejko, A. Kowalewska, *Narkomania – wybrane pojęcia...*, s. 51

¹⁴ E. Trębińska-Szumigraj, *Współuzależnienie matek narkomanów*, Gdańsk 2010, s. 51–55.

Współuzależnienie należy traktować jak chorobę. Do podstawowych cech osób współuzależnionych należą m.in. nadopiekuńczość, poczucie niskiej wartości, tłumienie emocji, obsesje, kontrolowanie, zaprzeczenie, uzależnienie od innych, trudność w porozumiewaniu, niejasne granice tolerancji, brak zaufania do siebie. Współuzależnioną jest osoba, która pozwala, by zachowanie innej osoby oddziaływało na nią ujemnie. Osoba współuzależniona jest w pewnym stopniu ubezwłasnowolniona. W codziennym życiu rodziny, zwłaszcza matek, występuje bardzo często silna zależność od własnych, uzależnionych dzieci¹⁵. Rodzice często po odkryciu, że ich dziecko zażywa substancje psychoaktywne przeżywają kryzys emocjonalny, ukrywają ten fakt przed rodziną i otoczeniem. Często też mają nadzieję, że było to tylko okazjonalne zażycie narkotyku, i że więcej się to nie powtórzy, chcą podtrzymać przekonanie iż są dobrą, a nie patologiczną rodziną.

Rodzina jako podstawowa instytucja ma ogromny wpływ na rozwój i postępowanie człowieka, może się przyczynić zarówno do powstania zagrożenia, jak i ochronić przed nim dzieci i młodzież. Współczesne przemiany społeczne, które wpływają na rodzinę, powodują jej zmiany strukturalne i funkcjonalne. Zanik modelu rodziny wielopokoleniowej powoduje zmniejszenie się liczby dorosłych uczestniczących w wychowaniu dzieci i młodzieży. Dziecko w takiej sytuacji nie ma możliwości obserwowania i wzorowania się na osobach pełniących różne role rodzinne. Jest także mniej osób, u których może ono szukać wsparcia. Stan ten powoduje, iż w wielu rodzinach działania związane z zapewnieniem dziecku rozwoju duchowego, edukacji, wychowania i rozrywki odbywają się poza domem rodzinnym, a miejsce dorosłego, którego zadaniem jest nauczyć dziecko, jak żyć i postępować, przejmują rówieśnicy, Internet lub telewizja¹⁶.

Ale paradoksalnie wzrasta również liczba dzieci i młodzieży uzależnionych od narkotyków, które wychowywane są w rodzinach z pozoru funkcjonujących doskonale, a także zasobnych materialnie. Badanie funkcjonowania tych rodzin wskazuje, że są one jednak wewnątrznie rozbite, występują w nich silne sprzeczności na linii matka – ojciec (mąż – żona), rodziny te często więcej uwagi poświęcają, by osiągnąć sukces zawodowy, materialny, poważnie zaniedbując wychowanie dzieci i młodzieży¹⁷.

Wiele trudności wychowawczych występuje również w rodzinach, w których jedno bądź oboje rodzice podejmują pracę zarobkową zagranicą, a opiekę nad ich dziećmi sprawuje rodzic, który pozostał na miejscu bądź inne osoby, np. dziadkowie.

¹⁵ Ibidem, s. 56–57.

¹⁶ A. Wilczyńska-Kwiatek, K. Bargiel-Matusiewicz. *Młodzież w obliczu zagrożeń społecznych*, [w:] *Przestępczość nieletnich*, red. B. Gulla, M. Wysocka-Pleczyk, Kraków 2009, s. 29.

¹⁷ P. Jabłoński, M. Jędrzejko. *Przyczyny sięgania...*, s. 46; K. Wojcieszek, *Profilaktyka używania substancji psychoaktywnych – wybrane problemy*, [w:] *Narkomania spojrzenie wielowymiarowe*, red. M. Jędrzejko, Pułtusk – Warszawa 2009, s. 377–379.

Leczenie z uzależnienia i profilaktyka

Ponieważ współcześnie narkomania stwarza poważne zagrożenie dla życia i zdrowia osoby uzależnionej, a także dla jego rodziny i społeczeństwa, niezbędna jest stosowna interwencja władz i społeczeństwa. Celem podejmowanych działań jest ochrona osób uzależnionych, ich rodzin przed marginalizacją i w konsekwencji przed wykluczeniem społecznym¹⁸. W przeciwdziałaniu narkomanii niezwykle ważne są uregulowania prawne systemu pomocy medycznej w leczeniu uzależnień oraz systemu pomocy społecznej dla uzależnionych i ich rodzin, które znajdują się w trudnych sytuacjach życiowych. Urzędem odpowiedzialnym za koordynację działań profilaktycznych i leczenia osób uzależnionych od substancji psychoaktywnych jest Ministerstwo Zdrowia. Zadania administracji w zakresie zwalczania narkomanii realizowane są na podstawie ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej upn)¹⁹. W ustawie określono zasady i tryby postępowania w zakresie zwalczania i przeciwdziałania narkomanii oraz podmioty realizujące zadania w zakresie przeciwdziałania narkomanii (art. 2 upn)²⁰.

Podmiotami zobowiązanymi do przeciwdziałania narkomanii, pomocy osobom uzależnionym i ich rodzinom są: organy administracji rządowej oraz jednostki samorządu terytorialnego (województwa, gminy) – art. 5 ust. 1 upn; jednostki organizacyjne określone w ustawie o systemie oświaty, szkoły wyższe, zakłady opieki zdrowotnej i inne podmioty działające w ochronie zdrowia, ośrodki pomocy społecznej, powiatowe centra pomocy rodzinie, regionalne ośrodki polityki społecznej oraz środki masowego przekazu – art. 5 ust. 2 upn; organizacje pozarządowe i inne podmioty, których działalność statutowa obejmuje zadania należące do sfery zadań publicznych w zakresie ochrony i promocji zdrowia, pomocy społecznej, działalności charytatywnej oraz przeciwdziałania patologiom społecznym – art. 5 ust. 3 upn.

Podstawę koordynacji działań w zakresie profilaktyki i leczenia osób uzależnionych stanowi Krajowy Program Przeciwdziałania Narkomanii określony w art. 7 upn, który wytycza kierunki i rodzaje inicjatyw podejmowanych w zakresie przeciwdziałania narkomanii, harmonogram podejmowanych działań, cele i sposoby ich osiągnięcia oraz podmioty właściwe do podejmowania i wykonywania działań. Krajowy Program Przeciwdziałania Narkomanii stanowi podstawę dla jednostek samorządu terytorialnego do

¹⁸ I. Niewiadomska, P. Stanisławczyk. *Narkotyki*, s. 191–192.

¹⁹ Ustawa z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, teks jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 124.

²⁰ W myśl art. 2 ust. 1 upn przeciwdziałanie narkomanii polega m.in. na: działalności wychowawczej, edukacyjnej, informacyjnej i zapobiegawczej, kształtowaniu polityki zdrowotnej, a w szczególności na leczeniu, rehabilitacji osób uzależnionych oraz na ograniczaniu szkód zdrowotnych i społecznych.

opracowania wojewódzkich oraz gminnych programów przeciwdziałania narkomanii (art. 7 ust. 4 oraz art. 9 i 10 upn)²¹.

Działalność w zakresie przeciwdziałania narkomanii organizuje i prowadzi Krajowe Biuro do spraw Przeciwdziałania Narkomanii (art. 6 upn). Biuro koordynuje również tworzenie i realizację programów wojewódzkich i gminnych przeciwdziałania narkomanii, a także w drodze konkursów zleca lokalnym instytucjom pozarządowym prowadzenie działań w zakresie profilaktyki i terapii narkomanii²². Ważną rolę w rozpoznawaniu zagrożenia środowiska lokalnego, a zwłaszcza osób uzależnionych i ich rodzin, spełnia monitoring lokalny, który dostarcza informacji do tworzenia i modyfikacji gminnych programów przeciwdziałania narkomanii²³.

W programach gminnych – zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 upn – powinny być określone zadania własne gminy w zakresie przeciwdziałania narkomanii. Do zadań tych należy: zwiększenie dostępności pomocy terapeutycznej i rehabilitacyjnej dla osób uzależnionych i osób zagrożonych uzależnieniem; udzielanie rodzinom, w których występują problemy narkomanii pomocy psychospołecznej i prawnej; prowadzenie profilaktycznej działalności informacyjnej, edukacyjnej oraz szkoleniowej w zakresie rozwiązywania problemów narkomanii, w szczególności dzieci i młodzieży, w tym prowadzenie zajęć sportowo-rekreacyjnych dla uczniów, a także działań w zakresie dożywiania dzieci uczestniczących w pozalekcyjnych programach opiekuńczo-wychowawczych i socjoterapeutycznych; wspomaganie działań instytucji, organizacji pozarządowych i osób fizycznych, służących rozwiązywaniu problemów narkomanii; pomoc społeczna osobom uzależnionym i rodzinom osób uzależnionych dotkniętych ubóstwem i wykluczeniem społecznym i integrowanie ze środowiskiem lokalnym tych osób z wykorzystaniem pracy socjalnej i kontraktu społecznego. Uchwalając Gminny Program Przeciwdziałania Narkomanii, Rada powinna zawrzeć w nim wszystkie wyżej wymienione zadania. Wskazane uregulowanie prawne, aby było skuteczne, wymaga w warunkach gminnych utworzenia modeli systemowej pomocy narkomanom i ich rodzinom, które tworzyć powinny działające instytucje, organizacje, stowarzyszenia, kościoły i związki wyznaniowe, a także osoby godne zaufania, np. wolontariusze, itd.

Ważną formą pomocy społecznej dla osób uzależnionych i ich rodzin jest leczenie polegające na różnych formach terapii krótko- bądź długotermino-

²¹ Warto wskazać, że w art. 24 ust. 1 upn określono, że ministrowie właściwi do spraw zdrowia, oświaty i wychowania, spraw wewnętrznych, administracji publicznej, finansów publicznych, transportu, pracy oraz minister obrony narodowej i minister sprawiedliwości zapewniają przygotowanie niezbędnej liczby osób do realizacji zadań, o których mowa w art. 2 ust. 1 upn.

²² E. Trębińska-Szumigraj, *Współuzależnienie...*, s. 46–47

²³ J. Sierosławski. *Zakres i obszar monitorowania*, [w:] *Podręcznik do monitorowania problemu narkotyków i narkomanii na poziomie lokalnym*, red. B. Bukowski. P. Jabłoński, J. Sierosławski, Warszawa 2008, s. 25 i n.

wej oraz na specyficznej resocjalizacji. Niezbędna jest pomoc państwa w zakresie tworzenia warunków do leczenia odwykowego²⁴.

Z treści art. 25 upn wynika, że podjęcie leczenia, rehabilitacji oraz reintegracji osób uzależnionych jest dobrowolne, jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.²⁵ Obowiązki zasady dobrowolności leczenia, rehabilitacji oraz reintegracji osób uzależnionych wynika z konieczności ochrony prawa i wolności człowieka. Przyjęcie zasady dobrowolności jest właściwe, ponieważ wbrew woli osoby uzależnionej trudno byłoby oczekiwać dobrych efektów leczenia. Zasada dobrowolności leczenia jest ograniczona tylko w przypadkach:

- niepełnoletnich uzależnionych od narkotyków (art. 30 upn)²⁶;
- uzależnionych sprawców przestępstw, które pozostają w związku z używaniem środków odurzających lub substancji psychotropowych (art. 71 upn)²⁷.

Należy podkreślić, że każda osoba uzależniona posiada prawo do leczenia zgodnie z zasadami humanitaryzmu i szacunku dla jej godności jako osoby, do pełnego przestrzegania jej praw ludzkich i praw pacjenta. Należy również podkreślić, że osoby uzależnione są przykładem pacjentów, którzy wymagają długoterminowego zaangażowania różnych placówek pomocowo-leczniczych, a poprawa stanu ich zdrowia jest korzystna zarówno dla nich, ich rodzin, jak i społeczeństwa²⁸.

System leczenia, udzielania wszelkich świadczeń zdrowotnych osobom uzależnionym, a w miarę potrzeby również ich rodzinom, zorganizowany jest w postaci sieci placówek stacjonarnych i ambulatoryjnych. Są to: poradnie leczenia uzależnień, oddziały detoksykacyjne, oddziały dzienne, oddziały leczenia uzależnień w strukturze szpitali, ośrodki rehabilitacji, a także oddziały dla osób uzależnionych w zakładach karnych. Nadto osoby uzależnione od

²⁴ A. Nowak. *Administracja publiczna w ochronie praw człowieka II generacji. Prawo osób uzależnionych*, [w:] *Nauki społeczne na rzecz bezpieczeństwa wewnętrznego*, red. P. Bogdalski, M. Nepelski, Szczytno 2014, s. 239 i n.

²⁵ A. Nowak. *Zadania służby zdrowia w zapobieganiu narkomanii. Szkolenie w dziedzinie uzależnień*, [w:] *Grupy dyspozycyjne społeczeństwa w świetle potrzeb bezpieczeństwa państwa*, red. P. Bogdalski, D. Bukowiecka, R. Częścik, D. Zdrodowski, Szczytno 2014, t. 3, s. 214 i n.; K. Syroka-Marczewska. *Zgoda pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego, Wybrane zagadnienia*, Narkomania Serwis Informacyjny 2014, nr 1(65), s. 10–14.

²⁶ Z treści art. 30 upn wynika, że niepełnoletnią osobą uzależnioną sąd rodzinny, działając z urzędu lub na wniosek przedstawiciela ustawowego, może skierować na przymusowe leczenie lub rehabilitację.

²⁷ Z treści art. 71 upn wynika, że w razie skazania osoby uzależnionej za przestępstwo pozostające w związku z używaniem środka odurzającego lub substancji psychotropowej na karę pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono, sąd zobowiązuje skazanego do poddania się leczeniu lub rehabilitacji. W przepisie tym unormowano zasady postępowania wobec osób uzależnionych skazanych za przestępstwo pozostające w związku z używaniem tych środków lub substancji.

²⁸ P. Jabłoński, *Przeciwdziałanie narkomanii w strategii ochrony zdrowia publicznego*, [w:] *Zapobieganie narkomanii – doświadczenia współpracy bliźniaczej Polski i Niemiec*, Warszawa 2006, s. 17.

opiatów mogą korzystać z leczenia substytucyjnego²⁹. Oddziały prowadzące detoksykację tworzone są przede wszystkim w szpitalach, natomiast poradnie ambulatoryjne, punkty konsultacyjne, ośrodki terapii długoterminowej mogą być również prowadzone przez różne organizacje i instytucje (np. przez stowarzyszenia, fundacje, ośrodki zdrowia, przychodnie specjalistyczne). Organizacje te i instytucje działają zgodnie z zadaniami określonymi w ich statutach³⁰.

Leczenie uzależnienia od narkotyków, rehabilitacja i readaptacja świadczone są nieodpłatnie bez względu na miejsce zamieszkania (pobytu) pacjenta. Zgodnie z unormowaniem art. 26 ust. 1 upn leczenie osób uzależnionych prowadzić mogą zakłady opieki zdrowotnej (publiczne, niepubliczne) oraz lekarze wykonujący praktykę lekarską, w tym w ramach grupowej praktyki lekarskiej. W Polsce najbardziej powszechnym modelem leczenia uzależnień jest terapia stacjonarna oparta na całkowitej abstynencji. Realizatorami wskazanych działań są podmioty prowadzone przede wszystkim przez organizacje pozarządowe, tj. stowarzyszenia, fundacje, np. Monar, Karan, „Powrót z U”³¹.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 28 upn, ważną formą pomocy osobom uzależnionym jest leczenie substytucyjne, polegające na kontrolowanym stosowaniu w ramach leczenia uzależnienia odpowiedniego środka psychoaktywnego. W praktyce, w Polsce, w leczeniu tym najczęściej stosowany jest metadon. Stosowanie w leczeniu metadonu wpływa na ograniczenie np. zgonów spowodowanych przedawkowaniem zażywanych narkotyków, zakażeń wirusem HIV, a także na ograniczenie przestępczości narkotykowej, ponieważ osoba uzależniona nie jest zmuszona do zdobywania środków pieniężnych na narkotyki³². Osoby korzystające z leczenia substytucyjnego mogą

²⁹ D. Chojecki, E. Sokołowska. *System leczenia uzależnień: zapobieganie i dostępność*, [w:] *Raport krajowy 2009, Sytuacja narkotykowa w Polsce*, red. P. Jabłoński, B. Bukowska, Warszawa 2009, s. 57.

³⁰ Warto podkreślić, że niektóre stowarzyszenia, np. Stowarzyszenie Monar, Karan, są zorganizowane sieciowo. Prowadzą one wiele stacjonarnych placówek leczniczo-rehabilitacyjnych na terenie całego kraju, ale są również stowarzyszenia działające tylko lokalnie, np. Stowarzyszenie „Powrót z U” działające tylko na terenie Łodzi. E. Trębińska-Szumigraj, *Współuzależnienie...*, s. 47.

³¹ Problem form leczenia narkomanii omawiany jest w wielu publikacjach, m.in.: E. Trębińska-Szumigraj, *Współuzależnienie...*, s. 48 i n.; M. Straburzyńska. *Terapia ambulatoryjna w systemie pomocy dla osób uzależnionych*, *Narkomania Serwis Informacyjny* 2009, nr 1/45/, s. 24 i n.; M. Straburzyńska. *Specyfika terapii ambulatoryjnej w systemie pomocy dla osób uzależnionych i ich rodzin*, *Problemy narkomanii* 2009, nr 4, s. 41 i n.; J. Łazuga-Kaczurowska. *Reorganizacja systemu Monar – kierunki zmian*. *Narkomania, Serwis Informacyjny* 2014, nr 3/67/ s. 42 i n.; F. Nawara. *Przestrzeganie praw pacjentów w ośrodkach stacjonarnych*, „*Narkomania – Serwis Informacyjny*” 2011, nr 3/55/ s. 43–44; A. Malczewski. *Raport krajowy 2013 – najnowsze dane o skali zjawiska narkomanii*, „*Narkomania – Serwis Informacyjny*” 2014, nr 1/65/ s. 27.

³² P. Jabłoński. *Programy substytucyjne jako element systemu terapii uzależnień w Polsce*, *Problemy narkomanii* 2009, nr 1, s. 5 i n.; A. Nowak. *Zadania służby zdrowia...*, s. 217 i n.

powrócić do normalnego życia, lepiej funkcjonować w rodzinie i innych relacjach społecznych.

Następną, ważną formą pomocy osobom uzależnionym są programy redukcji szkód. Istota tego działania polega na dawaniu osobom zażywającym narkotyki drogą iniekcji (dożylnie, domięśniowo) sterylnych, jednorazowych igieł ze strzykawkami; są one rozdawane bezpłatnie, a osoba korzystająca z igieł ze strzykawkami jest zobowiązana do zwrócenia ich po użyciu. Celem programu redukcji szkód jest dążenie do ograniczenia zakażeń wirusem HIV, wirusowego zapalenia wątroby oraz innych chorób zakaźnych³³.

W ograniczaniu zjawiska narkomanii ważną rolę spełniają działania profilaktyczne. Są one istotnym elementem ochrony zdrowia publicznego. Podstawowym celem działań profilaktycznych jest promowanie zdrowia psychicznego, zdrowego stylu życia, informowanie o szkodliwości środków i substancji, których używanie może prowadzić do narkomanii, oraz o narkomanii i jej skutkach. Dlatego w działaniach profilaktycznych zgodnie z treścią art. 19 i 21 upn. szczególną rolę wyznaczono działalności wychowawczej, edukacyjnej, informacyjnej i zapobiegawczej. Działania profilaktyczne są podejmowane przede wszystkim wobec dzieci, młodzieży oraz wobec innych osób, które znajdują się w sytuacjach stwarzających zagrożenie uzależnienia się od substancji psychoaktywnych, np. nadużywających leków. W art. 22 upn określono podmioty zobowiązane do podejmowania działań prewencyjno-edukacyjnych³⁴.

W praktyce stosowane są różne formy działań profilaktycznych, których celem jest ograniczenie zjawiska narkomanii. Przykładem tych przedsięwzięć jest np. program FRED GOES NET. Istotą tego programu jest wczesna interwencja w profilaktyce selektywnej wobec młodzieży³⁵. Podstawową drogą dostępu do grupy celowej, tj. do młodzieży, jest szkoła. Prawo oświatowe nakłada na szkoły obowiązek podejmowania działań profilaktycznych w zakresie zachowań problemowych dzieci i młodzieży, a także do podejmowania działań interwencyjnych w sytuacjach kryzysowych. Szkoła jest prawnie zobowiązana do reagowania w przypadku ustalenia ucznia zagrożonego demoralizacją lub używającego substancji psychoaktywnych. W realizacji tych zadań szkoła powinna współpracować z rodzicami dziecka oraz z różnymi

³³ A. Malczewski, A. Misiurek. *Polityka narkotykowa w dużych miastach*, cz. II, „Narkomania – Serwis Informacyjny” 2013, nr 2/62/ s. 27–28; A. Malczewski, *Raport krajowy 2013...*, s. 27–28.

³⁴ W art. 22 ust. 1 określono, że ministrowie właściwi do spraw oświaty i wychowania, zdrowia, spraw wewnętrznych, administracji publicznej, transportu, minister obrony narodowej oraz minister sprawiedliwości, każdy w zakresie swego działania, są obowiązani rozwijać i popierać działalność edukacyjną oraz zapobiegawczą, podejmowaną w celu informowania społeczeństwa o szkodliwości narkomanii.

³⁵ R. Rajniak. *Podstawy teoretyczne programu FRED GOES NET*, „Narkomania – Serwis Informacyjny” 2009, nr 1/45/, s/ 16 i n.

instytucjami, np. poradnią, policją, sądem rodzinnym³⁶. Celem zajęć prowadzonych w szkołach jest przekazanie dzieciom i młodzieży wiedzy na temat szkodliwości używania substancji psychotropowych, wskazanie na ryzyko dla zdrowia i życia w przypadku używania tych substancji oraz do zmiany nastawienia i zachowania związanego z ich użyciem, a przede wszystkim do niepodjmowania prób ich zażywania, unikania eksperymentowania z tymi substancjami itp.³⁷

Przykładem przedsięwzięć profilaktycznych są również kampanie, których głównym celem jest podniesienie uświadomienia społeczeństwu, zwłaszcza dzieci i młodzieży, że większość ludzi nie używa narkotyków oraz promowanie wśród młodych ludzi przekonania, że radość, spełnienie w życiu mogą osiągnąć bez wspomagania się substancjami psychoaktywnymi. Jedną z takich kampanii jest zakończona w 2012 r., trwająca dwa lata ogólnopolska kampania „Narkotyki? Na co mi to” zorganizowana przez Krajowe Biuro do spraw Przeciwdziałania Narkomanii. W ramach prowadzonych kampanii w całej Polsce ukazało się wiele publikacji prasowych, publikacji w Internecie, spotów radiowych i telewizyjnych³⁸.

W opracowaniu form pomocy społecznej w zakresie strategii przeciwdziałania narkomanii, zwłaszcza na szczeblu lokalnym (gminnym) ważną rolę spełniają działania monitorujące³⁹. Monitorowanie powinno zapewnić zebranie informacji niezbędnych do tworzenia i modyfikacji programu przeciwdziałania narkomanii w danej społeczności, zwłaszcza gminnych programów przeciwdziałania narkomanii, ze wskazaniem sił i środków, które społeczność lokalna może wykorzystać w podejmowanych działaniach prewencyjno-edukacyjnych oraz świadczonej pomocy społecznej. Monitoring powinien zapewnić możliwie pełne rozpoznanie kształtu i rozmiarów oraz dynamiki zjawiska narkomanii w skali lokalnej, potrzeb w zakresie pomocy społecznej, a także potencjału społeczności lokalnej, aby skutecznie przeciwdziałać zjawisku narkomanii oraz udzielać niezbędnej pomocy społecznej⁴⁰.

³⁶ Zadania szkoły w zakresie przeciwdziałania uzależnieniom reguluje Rozporządzenie Ministra Edukacji i Sportu z 31 stycznia 2003 r. w sprawie szczegółowych form działalności wychowawczej i zapobiegawczej wśród dzieci i młodzieży zagrożonych uzależnieniem (Dz.U. z 2003 r., Nr 25, poz. 266.); R. Rojniak, *Realizacja zajęć z młodzieżą w ramach programu FRED GOES NET*, „Narkomania – Serwis Informacyjny” 2009, nr 2/46/, s. 14 i n.; A. Borkowska, D. Macander, *Specyfika profilaktyki uzależnień w szkole*, „Narkomania – Serwis Informacyjny” 2014, nr 3/67/, s. 9 i n.

³⁷ E. Stawecka, D. Chojecki, *Raport z ewaluacji programu wczesnej interwencji wobec młodych użytkowników substancji psychotropowych FRED GOES NET*. „Narkomania – Serwis Informacyjny” 2012, nr 4/60/, s. 8 i n.

³⁸ E.S. Kampania, *Narkotyki? Na co mi to*, „Narkomania – Serwis Informacyjny” 2013, nr 1/61/, s. 45–46.

³⁹ B. Bukowska, *Rola i zadania lokalnego monitoringu*, [w:] *Podręcznik do monitorowania...*, Warszawa 2008, s. 17 i n.

⁴⁰ J. Sierosławski, *Zakres i obszary problemu...*, s. 25 i n.

Pomoc społeczna

Osoby uzależnione od substancji psychoaktywnych – poza przedstawionymi formami pomocy, zwłaszcza w zakresie leczenia, rehabilitacji oraz reintegracji – mogą korzystać również z innych form pomocy społecznej. Cele pomocy społecznej wynikają z unormowań prawnych zawartych w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. (DZ. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) oraz z wielu ustaw regulujących zasady przyznawania osobom potrzebującym takiej pomocy.⁴¹

Podstawowym celem pomocy społecznej jest umożliwienie życia w warunkach odpowiadających godności człowieka. Pomoc skierowana jest do rodzin, które nie są w stanie samodzielnie przezwyciężyć trudnych sytuacji życiowych. Cel ten wynika z art. 30 Konstytucji RP, który stanowi, że godność człowieka uznaje się za wartość przyrodzoną, niezbywalną i nienaruszalną, a poszanowanie i ochrona wolności i praw człowieka i obywatela stanowi obowiązek władz publicznych⁴².

Pomoc społeczna, zgodnie z treścią art. 2 ustawy z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (dalej ups), jest instytucją polityki społecznej państwa, mającą na celu umożliwienie osobom i rodzinom przezwycięzenie trudnych sytuacji życiowych, których same nie są w stanie pokonać. Pomoc społeczną organizują organy administracji rządowej i samorządowej, współpracując w tym zakresie, na zasadzie partnerstwa, z organizacjami społecznymi i pozarządowymi, kościołami i związkami wyznaniowymi oraz osobami fizycznymi i prawnymi.

Należy zwrócić uwagę, że w ustawie o pomocy społecznej termin „rodzina” jest zdefiniowany szerzej niż w prawie cywilnym (w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym). W art. 6 pkt 14 ups określono, że rodzinę stanowią osoby spokrewnione lub niespokrewnione pozostające w faktycznym związku, wspólnie zamieszkujące i gospodarujące. Oznacza to poszerzenie kręgu uprawnionych oraz przesunięcie akcentu z jednostki na rodzinę jako podstawową grupę społeczną, powołaną do przezwyciężenia trudnych sytuacji życiowych⁴³.

⁴¹ Pomoc społeczna regulowana jest w Konstytucji RP oraz w wielu ustawach, a m.in. w: ustawie z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (DZ. U. z 2015 r., poz. 163, tekst jedn.); ustawie z 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (Dz. U. Nr 228, poz. 2255 z późn. zm.); ustawie z 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz. U. z 2003 r., Nr 122, poz. 1143 z późn. zm.); ustawie z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (DZ. U. z 1997 r., Nr 123, poz. 776 z późn. zm.); ustawie z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. z 2011 r., Nr 149, poz. 887). Jest to przykładowe wskazanie różnych aktów prawnych, na podstawie których regulowana jest szeroko rozumiana pomoc społeczna. Por. S. Nitecki, *Prawo pomocy społecznej w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2008, s. 17–18 oraz 31–34.

⁴² B. Kołaczkowski, M. Ratajczak, *Pomoc społeczna, Wybrane instytucje pomocy rodzinie i dziecku*. Warszawa 2013, s. 39.

⁴³ J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Zakamycze 2003, s. 397.

Realizacja podstawowych zadań z zakresu pomocy społecznej spoczywa przede wszystkim na gminie, tj. tej jednostce samorządu, która jest najbliższej osoby oczekującej na wsparcie ze strony władz publicznych. Podstawową jednostką organizacyjną gminy jest ośrodek pomocy społecznej, który wykonuje zadania własne gminy i zadania zlecone gminie w zakresie pomocy społecznej. Ośrodki pomocy społecznej na terenie gminy wchodzi również w skład lokalnej administracji samorządowej (art. 110 ups)⁴⁴.

Gmina jako podmiot administracyjny w zakresie pomocy społecznej spełnia funkcje: adresata ustawowych (własnych i zleconych) zadań pomocy społecznej (art. 17 i 18 ups); autora „gminnego prawa” pomocy społecznej; strony stosunków współdziałania z niepaństwowymi podmiotami (organizacjami społecznymi, kościołami, pracodawcami, osobami fizycznymi i prawnymi), nawiązanymi z inicjatywy gminy, z odpowiednim finansowaniem, w celu realizacji zadań gminy⁴⁵.

Do zadań własnych gminy o charakterze obowiązkowym należy m.in. opracowanie i realizacja gminnej strategii rozwiązywania problemów społecznych ze szczególnym uwzględnieniem programów pomocy społecznej, profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych i innych, tj. także uzależnień od substancji psychoaktywnych, których celem jest integracja osób i ich rodzin z grup szczególnego ryzyka (art. 17 ust. 1 pkt 1 ups). Gmina zadania te wykonuje przez prowadzone ośrodki pomocy społecznej, ośrodki wsparcia, domy pomocy społecznej, poradnie i punkty konsultacyjne, centra profilaktyki uzależnień i punkty interwencji kryzysowych. Wymienione podmioty zapewniają wszechstronną, bezpłatną pomoc społeczną m.in. w zakresie: pomocy prawnej dla osób uzależnionych; szkoleń dla nauczycieli w zakresie profilaktyki uzależnień; szkoleń dla pracowników pomocy społecznej w zakresie profilaktyki i promocji zdrowia; dyżurów specjalistów do spraw uzależnień oraz prowadzenia grup terapeutycznych. Centra profilaktyki uzależnień i punkty interwencji kryzysowych udzielają wsparcia psychologicznego oraz poradnictwa specjalistycznego osobom i rodzinom znajdującym się w sytuacji kryzysowej, np. ofiarom przemocy domowej, a także osobom uzależnionym od alkoholu i narkotyków⁴⁶.

Zadania z zakresu pomocy społecznej, które przekraczają możliwości finansowe i organizacyjne gminy, zostały ustawowo zlecone powiatom. Zadania pomocy społecznej w powiatach wykonują powiatowe centra pomocy rodzinie (art. 112 ust. 1 ups), natomiast zadania powiatowych centrów pomocy rodzinie w miastach na prawach powiatów realizują miejskie ośrodki pomocy społecznej, które mogą być nazwane „miejskimi ośrodkami pomocy rodzinie” (art. 112 ust. 2 ups).

⁴⁴ I. Sierpowska. *Pomoc społeczna*, Warszawa 2006, s. 10.

⁴⁵ J. Jonczyk. *Prawo zabezpieczenia...*, s. 419.

⁴⁶ A. Nowak. *Administracja publiczna...*, s. 241–242.

Administracja pomocy społecznej w powiecie z ustawowo określonymi zadaniami i kompetencjami składa się z: powiatowego centrum pomocy rodzinie; kierownika centrum (powoływanego i odwoływanego przez starostę) oraz starosty jako organu pomocy społecznej, który może upoważnić kierownika centrum do działania w imieniu starosty⁴⁷. Zadania powiatu w zakresie pomocy społecznej są określone w art. 19 ups. Z reguły są to wyspecjalizowane obowiązki, a ich wykonanie wymaga fachowej wiedzy, ponadto okoliczności uzasadniające ich wypełnienie nie są tak powszechne, jak w gminach. Powiaty organizują różne formy pomocy związane z opieką nad rodziną i ich dziećmi, prowadzą specjalistyczne poradnictwo i terapię rodzinną wobec osób i rodzin, które mają trudności lub stwierdzono u nich potrzebę pomocy w rozwiązywaniu problemów życiowych. Świadczenia te dotyczą m.in. poradnictwa prawnego i psychologicznego⁴⁸.

Do zadań samorządu województwa należy tworzenie i rozwój infrastruktury pomocy społecznej, promowanie nowych rozwiązań w zakresie polityki społecznej oraz prowadzenie jednostek organizacji pomocy społecznej o zasięgu ponadpowiatowym. Zadania pomocy społecznej w województwach samorządowych wykonują jednostki organizacyjne – regionalne ośrodki polityki społecznej (art. 113 ust. 1 upn), które koordynują realizację strategii określonej w art. 21 pkt 1 upn dotyczącej opracowywania, aktualizowania i realizacji strategii wojewódzkiej w zakresie polityki społecznej, obejmującej m.in. programy pomocy społecznej, profilaktyki, rozwiązywania problemów osób uzależnionych, współpracy z organizacjami pozarządowymi – po konsultacji z powiatami.

Ważną rolę w zakresie pomocy społecznej spełniają również podmioty niepubliczne, które mogą wiele uczynić dla osób potrzebujących pomocy. Na podstawie art. 25 ups organy administracji są uprawnione do zlecenia zadań z zakresu pomocy społecznej podmiotom niepublicznym, udzielając im niezbędnych dotacji finansowych na realizację zleconego zadania⁴⁹.

Kolejną ustawą, w której unormowano zadania organów administracji rządowej oraz samorządów w zakresie pomocy społecznej, jest ustawa z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. z 2011, Nr 149, poz 887 – dalej uwr). W ustawie, m.in. w art. 1. określono zasady i formy wspierania rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych oraz zadania administracji publicznej w zakresie wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej. Obowiązek wspierania rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych spoczywa na jednostkach samorządu terytorialnego oraz na organach administracji rządowej (art. 3 ust. 1 uwr). Pracę z rodziną organizuje gmina lub podmiot, któremu gmina zleciła realizację tego zadania

⁴⁷ I. Sierpowska. *Pomoc społeczna...*, s. 11; J. Jonczyk. *Prawo zabezpieczenia...*, s. 420.

⁴⁸ I. Sierpowska. *Pomoc społeczna...*, s. 11.

⁴⁹ S. Nitecki. *Prawo pomocy...*, s. 299 i n.

na podstawie art. 190 uwr⁵⁰. W przypadku, gdy wyznaczonym przez gminę podmiotem jest ośrodek pomocy społecznej, w ośrodkach można utworzyć zespół do spraw asysty rodzinnej (art. 10 ust. 1 i 2 uwr).

Pracę z rodziną co do zasady organizuje gmina, jednak możliwość zlecenia realizacji tego zadania uprawnionemu podmiotowi niepublicznemu, np. organizacji pozarządowej, wskazuje na decentralizację systemu pomocy społecznej.

W ustawie (art. 10 ust. 3 uwr) określono następujące formy pracy z rodziną, przeżywającą trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo wychowawczych. Są to:

- konsultacje i poradnictwo specjalistyczne;
- terapie i mediacje;
- usługi dla rodzin z dziećmi, w tym usługi opiekuńcze i specjalistyczne;
- pomoc prawna, szczególnie w zakresie prawa rodzinnego;
- organizowanie dla rodzin spotkań (tzw. grup wsparcia), mających na celu wymianę doświadczeń oraz zapobieganie izolacji.

Jest to katalog przykładowy, możliwe są zatem są także inne formy pracy z rodziną.

Należy podkreślić, że praca z rodziną przeżywającą trudności w opiece i wychowywaniu dzieci jest prowadzona za zgodą takiej rodziny i przy jej aktywnym udziale. Ważnym podmiotem udzielającym wsparcia rodzinie są placówki wsparcia dziennego oraz tzw. rodziny wspierające (art. 9 uwr). Placówki wsparcia dziennego to jednostki pomocy społecznej, które wspierają rodziny w pełnieniu ich podstawowych funkcji, a także pomagają rodzinie i dzieciom sprawiającym problemy wychowawcze, zagrożonym demoralizacją, przestępczością lub uzależnieniami. Nową instytucją powołaną przez ustawę o wspieraniu rodziny jest asystent rodziny (art. 12 uwr). Do zadań asystenta rodziny m.in. należy udzielanie pomocy rodzinom w rozwiązywaniu problemów wychowawczych, psychologicznych itd. (art. 15 uwr)⁵¹.

Warto również zwrócić uwagę, że dla osób uzależnionych ważne znaczenie – poza ochroną praw socjalnych – mają uregulowania prawne dotyczące ochrony zdrowia psychicznego.

Prawa te regulowane są w ustawie z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 1994 r., Nr 111, poz. 535 z późn. zm) oraz w ustawie z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.). W udzielaniu pomocy społecznej, a zwłaszcza w leczeniu uzależnień

⁵⁰ Art. 190 uwr reguluje uprawnienie jednostek samorządu terytorialnego do zlecenia zadań, o których mowa w art. 10 ust. 1 uwr organizacjom pozarządowym, prowadzącym działalność w zakresie wspierania rodziny oraz osobom prawnym i jednostkom organizacyjnym działającym na podstawie przepisów o stosunku państwa do kościoła i związków wyznaniowych oraz gwarancji wolności sumienia i wyznania, jeżeli ich cele statutowe obejmują prowadzenie działalności w zakresie wspierania rodziny lub pomocy społecznej.

⁵¹ B. Kołaczkowski, M. Ratajczak. *Pomoc społeczna...*, s. 210–211.

szczególnie ważna jest ochrona zdrowia psychicznego osoby uzależnionej. Jego ochronę powinny zapewnić organy administracji rządowej i samorządowej oraz instytucje do tego powołane. Osoba korzystająca ze świadczeń lekarskich, udzielanych przez szpital psychiatryczny, ma prawo do pomocy ochrony swoich praw (art. 10 a ustawy z 19 sierpnia 1994 r.), a ochrona praw tych osób należy m.in. do zadań Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego. W ustawie z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych określono m.in. warunki udzielania i zakres świadczeń zdrowotnych oraz zadania władz publicznych w zakresie zapewnienia dostępu do świadczeń.⁵²

Udzielanie pomocy społecznej jest problemem złożonym, wymagającym współdziałania wielu instytucji państwa, a także społeczeństwa. W tym procesie bardzo ważne jest, aby nie zapomnieć o człowieczeństwie osoby uzależnionej. Należy również podkreślić, że osoby uzależnione od substancji psychoaktywnych są szczególnie narażone na naruszanie praw człowieka. Osoby uzależnione w świetle polskiego prawa uznane są za osoby chore, a uzależnienie od narkotyków, podobnie jak od alkoholu, jest jednostką chorobową.

DRUG ADDICTION PROBLEM – THE TREATMENT OF ADDICTS AND HELP PROVIDED TO THE FAMILY

Key words: addiction, drugs, administration, family, society

Summary

The family as a basic social institution has enormity influence on a development and human behavior. Therefore it can be argued that the spread of drug addiction, which is considered as one of the most dangerous social pathologies, is a proof of the crisis of the model of modern family. Drug addiction is a disease that causes a variety of problems, but codependency also should be treated as an illness. An attempt to limit the drug phenomenon is to create a system of assistance based on the state authority and social organizations.