

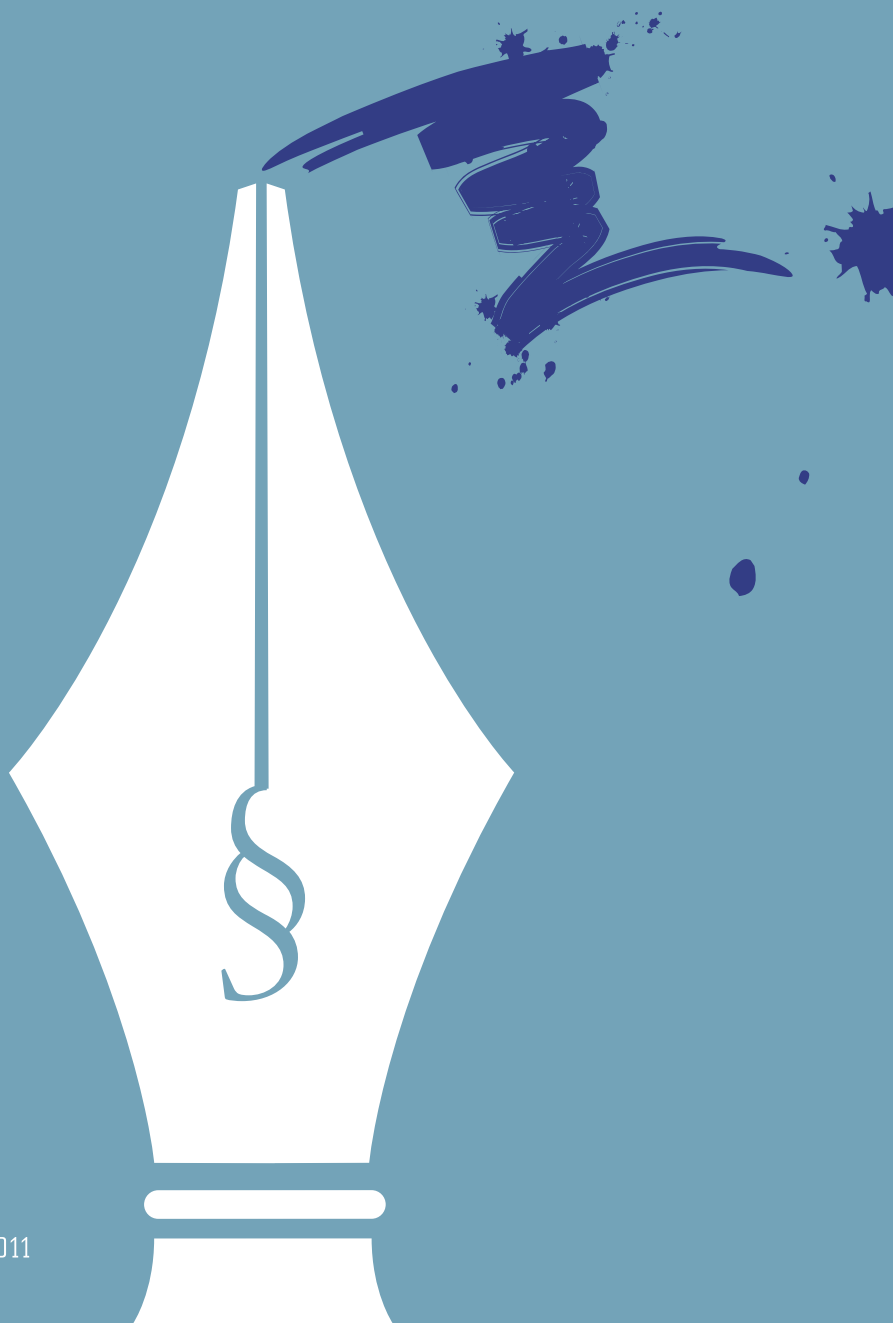
pod redakcją

Michała Balcerzaka

Tadeusza Jasudowicza

Julii Kapelańskiej-Pręgoskiej

EUROPEJSKA KONWENCJA PRAW CZŁOWIEKA I JEJ SYSTEM KONTROLNY – PERSPEKTYWA SYSTEMOWA I ORZECZNICZA



Toruń 2011

EUROPEJSKA KONWENCJA PRAW CZŁOWIEKA
I JEJ SYSTEM KONTROLNY – PERSPEKTYWA
SYSTEMOWA I ORZECZNICZA

**EUROPEJSKA KONWENCJA PRAW CZŁOWIEKA
I JEJ SYSTEM KONTROLNY – PERSPEKTYWA
SYSTEMOWA I ORZECZNICZA**

pod redakcją

Michała Balcerzaka
Tadeusza Jasudowicza
Julii Kapelańskiej-Pręgowskiej

Toruń 2011

Wydawca

Katedra Praw Człowieka
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Mikołaja Kopernika
ul. Bojarskiego 3, 87-100 Toruń

Toruń 2011

© Copyright by the Authors

ISBN 978-83-933493-1-9

**Przygotowanie do druku i wydanie niniejszej publikacji
było możliwe dzięki wsparciu:**



Marcin Stępień

Kancelaria Radcy Prawnego

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO
ANDRZEJ KALIŃSKI

Projekt okładki

dr Nikodem Pręgowski

Skład i łamanie

bakulik kreacje wizualne Łukasz Bakuła
www.bakulik.com.pl; kontakt@bakulik.com.pl

Wszystkie prawa zastrzeżone. Żadna część tej książki nie może być powielana ani rozpowszechniana za pomocą urządzeń elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniego wyrażenia zgody przez wydawcę i autora.

Spis treści

Od redaktorów.....	9
Lista autorów.....	11

I. Europejska konwencja praw człowieka – – problemy prawnomiędzynarodowe

Paweł Czubik

Ochrona dyplomatyczna i konsularna w świetle orzecznictwa strasburskiego.....	15
--	----

Cezary Mik

Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji praw człowieka.....	29
--	----

Adam Wiśniewski

Uwagi o stosowaniu reguł interpretacji przewidzianych w Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów przez Europejski Trybunał Praw Człowieka.....	83
--	----

II. Cases of principle w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Jakub Czepek

Dylematy zobowiązań pozytywnych państwa w sferze homoseksualizmu na tle orzeczenie w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii.....	133
---	-----

Przemysław Domagała

Granice interpretacji prawa do zawarcia małżeństwa w art. 12 EKPC – Schalk i Kopf przeciwko Austrii (wyrok ETPC z 24.06.2010 r.).....	147
--	-----

Tadeusz Jasudowicz

Dyskrecjonalne kompetencje administracji w świetle orzecznictwa strasburskiego.....	163
--	-----

Julia Kapelańska-Pręgowska
Problem dyskryminacji na tle etnicznym w związku z realizacją
praw wyborczych – wyrok ETPC w sprawie
Sejdić i Finci p. Bośni i Hercegowinie.....197

Jacek Kowalewski
Prawo do rzetelnego śledztwa oraz prawo do prawdy w sprawach
o wymuszone zaginięcia przed ETPC.....213

Agnieszka Szpak
Wymuszone zaginięcia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału
Praw Człowieka – „sprawy czeceńskie”231

Katarzyna Wójcik
Mniejszości narodowe i ich ochrona w orzecznictwie Europejskiego
Trybunału Praw Człowieka.....251

III. Funkcjonowanie systemu kontrolnego Europejskiej konwencji praw człowieka

Michał Balcerzak
Prace międzyrządowe nad długookresową reformą Europejskiego
Trybunału Praw Człowieka w latach 2009–2011.....275

Ivanna Ilchenko
The implementation of the 1950 European Convention on Human
Rights and the case-law of the European Court of Human Rights:
Ukraine’s and Poland’s Governments practice.....301

Michał Indan-Pykno
Problem wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw
Człowieka – wybrane zagadnienia.....319

Ireneusz C. Kamiński
Właściwość czasowa (*ratione temporis*) Europejskiego Trybunału
Praw Człowieka w Strasburgu w sprawach dotyczących prawa do
życia – uwagi na kanwie „skarg katyńskich”333

Agata Rogalska-Piechota
Prawny charakter zarządzeń tymczasowych (*interim measures*)
w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.....359

Ilona Topa

Ewolucja podejścia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka
do eksterytorialnego stosowania Konwencji.....373

Agnieszka Wedeł-Domaradzka

Rada Europy a Agencja Praw Podstawowych UE –
– analiza systemowa.....395

**IV. Standardy Europejskiej konwencji praw człowieka
z perspektywy praktyki krajowej**

Marcin Stępień

Nadużycie prawa do sądu – czy sądy są bezsilne
względem pieniaczy sądowych?.....423

**Program III Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Naukowego
Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego.....445**

Od redaktorów

Oddajemy do rąk Czytelnika opracowania przygotowane przez uczestników III Kolokwium naukowego praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, zorganizowanego przez Katedrę Praw Człowieka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu w dniach 9–10 grudnia 2010 r. Kolokwia te są organizowane we współpracy z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego (II Kolokwium odbyło się w Warszawie w dniach 10–11 grudnia 2009 r., a I – w dniach 10–11 grudnia 2008 r. w Toruniu^{*}).

Zamieszczone tu artykuły dotyczą przede wszystkim Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Ma to oczywiście związek z profilem zaproponowanym przez organizatorów III Kolokwium. Redaktorzy niniejszej publikacji dołożyli starań, aby opracowania zgłoszone do druku tworzyły możliwie harmonijną całość, a każdy z Autorów podjął odpowiedzialność za ostateczny kształt swojego tekstu.

Wyrażamy przekonanie, że książka spotka się z zainteresowaniem środowiska zajmującego się naukowo i zawodowo europejskim systemem ochrony praw człowieka. Niewątpliwie ma ona także pewne walory dydaktyczne.

^{*} Zob. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, wyd. TNOiK, Toruń 2009.

Lista autorów*

- **dr Michał Balcerzak**
Katedra Praw Człowieka, Wydział Prawa i Administracji UMK
- **dr Jakub Czepek**
Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji UWM
- **dr Paweł Czubik**
Instytut Europeistyki UJ
- **mgr Przemysław Domagała**
Sędzia Sądu Rejonowego w Łodzi
- **Ivanna Ilchenko**
Lame Kirkland Fellow 2010/2011, PhD researcher, Kyiv-Mohula University, Ukraine
- **mgr Michał Indan-Pykno**
Doktorant, Katedra Praw Człowieka, Wydział Prawa i Administracji UMK
- **prof. dr hab. Tadeusz Jasudowicz**
Kierownik Katedry Praw Człowieka, Wydział Prawa i Administracji UMK
- **dr hab. Ireneusz Kamiński**
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
- **dr Julia Kapelańska-Pręgowska**
Katedra Praw Człowieka, Wydział Prawa i Administracji UMK
- **mgr Jacek Kowalewski**
Inicjatywa na Rzecz Międzynarodowego Prawa Karnego i Praw Człowieka w Europie Środkowej i Wschodniej

* W kolejności alfabetycznej

- **prof. dr hab. Cezary Mik**
Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji UKSW; Katedra Międzynarodowego Prawa Gospodarczego, Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie
- **mgr Agata Rogalska-Piechota**
Departament Postępowania przed Międzynarodowymi Organami Ochrony Praw Człowieka, Ministerstwo Spraw Zagranicznych RP
- **mec. Marcin Stępień**
Kancelaria Radcy Prawnego, Gdynia
- **dr Agnieszka Szpak**
Katedra Prawa Międzynarodowego i Wspólnotowego, Wydział Politologii i Stosunków Międzynarodowych UMK
- **dr Ilona Topa**
Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego i Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji UŚ
- **prof. UG dr hab. Adam Wiśniewski**
Katedra Prawa Międzynarodowego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego
- **dr Agnieszka Wedeł-Domaradzka**
Instytut Historii i Stosunków Międzynarodowych, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy
- **mgr Katarzyna Wójcik**
Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego, Wydział Prawa i Administracji UMCS

**I. EUROPEJSKA KONWENCJA
PRAW CZŁOWIEKA – PROBLEMY
PRAWNOMIĘDZYNARODOWE**

Paweł Czubik

Ochrona dyplomatyczna i konsularna w świetle orzecznictwa strasburskiego

1. Zagadnienia definicyjne

Pojęcia opieki, pomocy czy też ochrony dyplomatycznej lub konsularnej dalekie są od jednolitego zdefiniowania. Zarówno doktryna jak i orzecznictwo sądowe zdają się nie stawiać jednoznacznie czytelnym granic dla poszczególnych wymienionych pojęć. By jednak rozważania niniejsze przyczyniły się do prawidłowego określenia zakresu odnoszenia się orzecznictwa strasburskiego do aktywności dyplomatycznej i konsularnej państw warto pokusić się o skrótową analizę poszczególnych pojęć¹. Choć pojęcie „opieki” dyplomatycznej czy konsularnej jest, wydaje się najbardziej rozpowszechnione w poglądach doktryny i języku potocznym, opieka *sensu stricto* jest w gruncie rzeczy zjawiskiem najbardziej unikatowym – oznacza bowiem taki stan rzeczy, w którym doszło do naruszenia prawa osoby fizycznej lub prawnej z państwa wysyłającego, a nawet interesów tego państwa przez państwo przyjmujące i w efekcie podejmowana jest interwencja służb zewnętrznych (w tym poprzez wykorzystanie międzynarodowych środków rozwiązywania sporów) mająca na celu załatwienie powstałego problemu. Opieka zakłada więc interwencję wobec ewidentnego naruszenia prawa przez państwo przyjmujące. Jeżeli jednakże działania służb zewnętrznych państwa wysyłającego są podejmowane

¹ Szereg też zawartych dalej w niniejszym tekście pochodzi bezpośrednio z monografii autora *Dostęp do konsula w prawie międzynarodowym, europejskim i krajowym*, Kraków 2011 [w przygotowaniu do druku].

w sytuacji normatywnie uregulowanej, kiedy państwu przyjmującemu trudno zarzucić jakiegokolwiek działania naruszające prawo międzynarodowe, pojęcie „opieki” stosowane dla określenia aktywności dyplomatycznej czy konsularnej nie jest ściśle. Tymczasem prawo międzynarodowe wyraźnie upoważnia służby zewnętrzne państwa wysyłającego do wspomagania swojego obywatela w szczególnych sytuacjach, w których się znajdzie na terytorium państwa przyjmującego (często wskutek zdarzeń losowych lub nawet własnego działania polegającego na naruszeniu prawa państwa przyjmującego). W sytuacjach takich mamy do czynienia z „pomocą” służb dyplomatyczno-konsularnych. Pod najbardziej, jak się wydaje chłonnym, pojęciem „ochrony” rozumiemy zarówno działania „pomocowe” jak i „opiekuńcze”. To pojęcie najczęściej pojawia się w języku aktów normatywnych (konwencji konsularnych, przepisach traktatowych dotyczących tzw. europejskiej ochrony konsularnej a także przykładowo polskiej ustawie o funkcjach konsulów)². Tak zinterpretowane pojęcia będą dalej przedmiotem analizy niniejszego artykułu.

Warto również w kontekście niniejszego artykułu odnieść się do ochronnych czynności konsularnych oraz tego typu czynności dyplomatycznych. Podział tych czynności może mieć trojaki charakter. Po pierwsze można założyć, że nazwa „dyplomatyczna” lub „konsularna” przy opiece, pomocy lub ochronie dyktowana jest jedynie rodzajem służby zagranicznej podejmującej się działań (*nota bene* często unifikowanej). Ponadto w przypadku aktywności dyplomatycznej działaniom tym można przypisać bardziej abstrakcyjny charakter, operowanie na wyższym poziomie zgeneralizowania (często *in favorem* określonych grup), aktywności konsularnej zaś charakter zdecydowanie bardziej skonkretyzowany i zindywidualizowany w zakresie zarówno przedmiotowego zakresu działań jak i podmiotu, na rzecz

² Język polski jest, co należy przyznać, zdecydowanie precyzyjny w tym przypadku i pozwala rozgraniczyć zdecydowanie bardziej spójnie pojęcia „ochrony”, „opieki” i „pomocy”. W przypadku choćby języka angielskiego pojęcie „*protection*” może być utożsamiane zarówno z opieką jak i szerszej ochroną, choć bardziej trafne dla tegoż drugiego pojęcia wydaje się określenie *assistance*, które dla odróżnienia może również oznaczać „pomoc”, z rzadka jedynie (i głównie w rozumieniu pomocy prawnej a nie konsularnej) określaną terminem *aid*.

którego są one podejmowane. Po drugie można zakładać, że wzmiankowana aktywność dyplomatyczna odnosi się do działań na rzecz państwa, aktywność konsularna na rzecz jednostek – osób fizycznych lub prawnych. Jest to jednak nietrafiony podział – zauważyć należy, że przeczy mu zarówno stanowisko sądów międzynarodowych jak i przeważającej części doktryny. Po trzecie można spróbować dokonać podziału na bazie ustalenia porządku prawnego, w ramach którego ma się odbywać działanie służby dyplomatycznej lub interwencja w związku z naruszeniem prawa. Jest to więc podział oparty o kryterium prawa właściwego dla ochrony (*lex protectionis*). I tak z opieką dyplomatyczną mielibyśmy do czynienia, gdy w rachubę wchodziłoby ewentualne naruszenie prawa międzynarodowego i wykorzystywanie mechanizmów prawa międzynarodowego w podejmowanych działaniach. Z opieką konsularną, gdy ochrona podejmowana jest w związku z naruszeniami prawa wewnętrznego państwa przyjmującego i z zastosowaniem mechanizmów tego prawa. Wadą tego podziału jest jego nierozłączność (można wyobrazić sobie sytuacje, w których naruszenie dotyka prawa międzynarodowego, środki ochronne zaś są środkami prawa wewnętrznego i na odwrót) oraz fakt, że poszczególne działania podjęte przez służbę zagraniczną podejmowane są równolegle na różnych forach (w szczególności jeżeli chodzi o działania półjawne).

Abstrahując od wątpliwości definicyjnych, które immanentnie związane są z omawianym zagadnieniem, z perspektywy niniejszego tekstu oraz wniosków zeń wynikających, wydaje się istotne przyjęcie sztywnego kryterium dla odseparowania działań stricte pomocowych od innych działań ochronnych (opiekuńczych) niezależnie od ich dyplomatycznego czy też konsularnego charakteru.

2. Ochrona dyplomatyczna i konsularna w świetle orzecznictwa strasburskiego

Na wstępie stwierdzić należy, że sama pomoc i opieka dyplomatyczna lub konsularna w orzecznictwie strasburskim nie zyskała miana prawa chronionego konwencyjnie. Na uwagę zasługuje przytoczenie w tym miejscu kilku spraw rozpatrywanych przed Komisją,

w których podniesiona została kwestia prawa jednostki do opieki dyplomatycznej. I tak w pierwszej, nieco kuriozalnej co do stanu faktycznego sprawie *Bertrand Russel Peace Foundation*³ określono po pierwsze brak jakiegokolwiek obowiązku interwencji państwa w związku z aktami popełnionymi przez inne państwo nie będące stroną konwencji, po drugie w sprawie tej nastąpiło wyraźne odrzucenie domniemania co do istnienia na gruncie Europejskiej Konwencji jakichkolwiek gwarancji co do opieki dyplomatycznej. Właściwie analogiczne wnioski płyną ze zdecydowanie późniejszych spraw: *Kapas*⁴, *Jasinskij*⁵ oraz sprawy *Abraini Leschi*⁶ (podobnie jak w sprawie *Bertrand Russel Peace Foundation* także skarg uznanych za niedopuszczalne). Nie oznacza to

³ Decyzja EKomPC w sprawie *Bertrand Russel Peace Foundation Ltd przeciwko Wielkiej Brytanii*, z 2.05.1978 r., nr skargi 7597/76, *Decisions and Reports* vol. 14, s. 117–132. Sprawa będąca skargą z tytułu naruszenia art. 8 i 10 Europejskiej Konwencji dotyczyła odmowy zajęcia się przez Wielką Brytanię kwestiami nie doręczania przesyłek poleconych (zawierających treści antykomunistyczne) na terytorium Związku Sowieckiego i odmowy wypłaty odszkodowania z tytułu ich konfiskaty przez władze sowieckie. Fundacja starała się *de facto* wykorzystując odmowę wypłaty odszkodowania ze względu na deklarowaną przez stronę sowiecką niezgodność z prawem przeznaczenia przesyłek, wcielić w życie *ab initio* martwy artykuł sowieckiej konstytucji gwarantujący tajemnicę korespondencji. W sprawie tej w gruncie rzeczy Komisja określiła brak obowiązku państwa wobec jednostki odnośnie podjęcia działań zmierzających do zobowiązania państwa do przestrzegania wiążącego ich wzajemnie traktatu – powszechnej konwencji pocztowej (a przez to przestrzegania rzekomo gwarantowanej przez to państwo tajemnicy korespondencji), nawet wówczas gdy nieprzestrzeganie tegoż traktatu przez drugie państwo wiąże się ze stratami jednostek znajdujących się pod jurysdykcją pierwszego państwa.

⁴ Decyzja EKomPC w sprawie *Kapas przeciwko Wielkiej Brytanii* z 9.12.1987 r., nr skargi 12822/87, dec., *Decisions and Reports* vol. 54, s. 203–206. Odmowa opieki dyplomatycznej dotyczyła interwencji celem wsparcia roszczeń majątkowych obywatela brytyjskiego wywłaszczonego w efekcie tureckich działań militarnych na Cyprze w roku 1974.

⁵ Decyzja EKomPC w sprawie *Jasinskij przeciwko Litwie* z 9.09.1998 r., nr skargi 38985/97, *Decisions and Reports* vol. 94-B, s. 147–150. W sprawie tej, w związku z niemożnością spieniężenia obligacji sowieckich posiadanych przez skarżącego, odmowa interwencji dyplomatycznej dotyczyła podjęcia działań przez państwo obywatelstwa (negocjacji z Rosją celem ustalenia podmiotu prawnomiędzynarodowego zobligowanego do spłat i ewentualnej interwencji przeciwko Rosji jako sukcesora ZSRR).

⁶ Decyzja EKomPC w sprawie *Abraini Leschi i inni przeciwko Francji* z 22.04.1998 r., nr skargi 37505/97, s. 1–8 (niepublikowane – dostępne w bazie *hudoc*). Sprawa ta oparta była na dość ciekawym stanie faktycznym – skardze francuskiego stowarzyszenia skupiającego posiadaczy rosyjskich papierów wartościowych wydanych w latach 1860–1914 przez rząd carski na odmowę podjęcia przez Francję działań dla zabezpieczenia interesów skarżących.

jednakże kategorycznej odmowy uznania prawa do opieki dyplomatycznej jako prawa człowieka, a jedynie odrzucenie gwarancji konwencyjnych w tym zakresie. Zastrzeżono również wyraźnie, iż niepoprawne jest przyjęcie jakiegokolwiek domniemania w tym zakresie⁷. Choć przyznać należy że sposób sformułowania odniesień odnoszących do opieki dyplomatycznej (dość szeroki⁸) nie pozostawia raczej złudzeń, że Komisja nie postrzegała tego prawa nie tylko jako prawa gwarantowanego konwencyjnie, lecz raczej w ogóle jako prawa jednostki. Co zresztą nie dziwi – wpływ brytyjskiej myśli prawniczej (rozumiejącej prawo do opieki dyplomatycznej jako wyłącznie prawo państwa) w organach strasburskich był i jest wyraźnie widoczny, a dwie najstarsze z wzmiankowanych powyżej spraw, które określiły standard wypracowany przez Komisję dla tego zagadnienia, dotyczyły zaniechania działań ze strony właśnie Wielkiej Brytanii. Tymczasem brytyjskie spojrzenie na prawo jednostki do opieki czy pomocy służb zewnętrznych jest dalece konserwatywne. Widać to wyraźnie na tle spraw rozstrzyganych przed sądami brytyjskimi dotyczącymi zaniechania udzielania ochrony dyplomatycznej czy konsularnej⁹ jak także zdecydowanie „negacjonistycznej” postawy brytyjskiej względem europejskich pomysłów dotyczących reformy europejskiej ochrony konsularnej¹⁰.

Interpretacja strasburska omawianego zagadnienia nie jest jednak aż tak jednoznaczna. Już w sprawie *Bernard Russel Peace Foundation* Komisja, mimo generalnej odmowy uznania prawa jednostki do opieki dyplomatycznej, dostrzegła, że niedokonanie interwencji będącej istotą opieki dyplomatycznej w sprawie może jednocześnie oddzia-

⁷ „(...) *Aucun droit de ce genre ne peut être déduit de l'article 1 de la Convention*”. (Bernard Rousset s. 131, *Kapas*, s. 205).

⁸ Zob. „(...) *la Commission rappelle la jurisprudence selon laquelle la Convention ne garantit aucun droit à la protection diplomatique ou autre mesure de ce genre que devrait prendre une Haute Partie Contractante en faveur de toute personne relevant de sa juridiction*” (w identycznym brzmieniu w sprawach *Abraimi Leschi* s. 6, *Jasinskij* s. 150 – w miejscach tych odwołanie do sprawy *Benard Rousset* s. 131, bardzo zbliżone ujęcie w sprawie *Kapas* s. 205).

⁹ Zob. np. Wyrok sądu brytyjskiego w sprawie *R (Abbasi & Anr) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Anr*, [2002] EWCA Civ 1598.

¹⁰ Zob. brytyjskie *Explanatory Memorandum of 8 February 2007* [w:] *Select Committee on European Scrutiny – Tenth Report* (<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmeuleg/41-x/41x07.htm>), pkt. 5.9.

ływać na ochronę praw gwarantowanych jednostce konwencyjnie. Być może wpływ na takie stwierdzenie miał dość dobrze opracowany wywód w tym zakresie podniesiony przez skarżącego. Wskazał on, iż w nowoczesnym systemie ochrony praw człowieka ochrona dyplomatyczna nie może być pozostawiona do dyskrekcji wyłącznie państwa. Jego zdaniem ma ono obowiązek prawny do zapewnienia tejże opieki, gdy prawa jednostki są ignorowane lub łamane. Zapewnienie przestrzegania praw człowieka w stosunku do obywateli zagranicą powinno być priorytetowym działaniem służby dyplomatycznej¹¹. Nie zapobiegło to jednak ostatecznie zdecydowanie negatywnemu odniesieniu się Komisji do udzielania ochrony w zakresie czynności, za które państwo-strona Konwencji nie jest odpowiedzialne. Tym samym Konwencja nie może obligować do interwencji w państwach trzecich¹².

Sprawy przytaczane powyżej stanowiły, co naturalne w przypadku opieki dyplomatyczno-konsularnej, konsekwencję wydarzeń ekstraterytorialnych (często osadzonych ponadto w perspektywie historycznej). W sprawach tych roszczenia (szczególnie patrząc na straty poniesione przez państwo i społeczeństwo z perspektywy historii polskiej) były absolutnie znikome czy niepoważne. Możliwe więc, że powstała linia orzecznicza wyewoluowała we wskazanym kierunku nie ze względu na ogólny pogląd Trybunału na miejsce opieki dyplomatycznej i konsularnej w systemie ochrony praw człowieka, co w związku z niewielką wagą przedstawianych spraw. Bardziej praw-

¹¹ Bernard Russell..., s. 121.

¹² Komisja dokonała przy tym swoistego rozgraniczenia jurysdykcji w kontekście art. 1 Konwencji. Cyt. „*The question nevertheless remains whether any right to diplomatic or other intervention vis-à-vis a third state, which by action within its own territory has interfered with the Convention rights of a person “within the jurisdiction” of a Contracting State, can be inferred from the obligation imposed on the Contracting State by the Article 1 of the Convention to “secure” that person’s rights. Having considered the parties’ submission the Commission has come to the conclusion that no such right can be inferred from Article 1 (...). This does not imply any right to intervention in respects of the acts of non-contracting state for which the Contracting State is in no way responsible. It implies merely that the Contracting State must, in exercise of its jurisdiction, itself respect this right.*” (Bernard Russell ..., s. 123–124) Należy zwrócić uwagę, że odniesienie Komisji do państwa trzeciego (nie będącego stroną Konwencji) wynikało z istoty sprawy, oczywiście *mutatis mutandis* argumentacja ta może być stosowana do państwa (w kontekście opieki dyplomatycznej) trzeciego – konwencyjnego, z zastrzeżeniem, że z tytułu naruszenia jej praw jednostce przysługiwać będzie skarga przeciwko temu państwu do ETPCz.

dopodobne jest jednak, że takie stanowisko odzwierciedla rzeczywisty rozwój prawa międzynarodowego, w którym nie mamy do czynienia z ukształtowanym prawem człowieka do opieki dyplomatycznej. Oczywiście, biorąc pod uwagę trudności z ustaleniem potencjalnego zakresu tejże opieki, rozwiązanie to było i jest dość wygodne.

Należy natomiast zastanowić się, czy wskazana linia orzecznicza w zakresie jedynie klasycznej, limitowanej opieki czy pomocy konsularnej (a nie szeroko rozumianej opieki dyplomatycznej) byłaby identyczna? Aktywność konsularna co do istoty rzeczy w znaczącym stopniu jest działaniem skonkretyzowanym, nie podlegającym tak istotnemu marginesowi uznaniowości jak opieka dyplomatyczna. Stąd też, w sytuacjach w których jej wykonywanie wiąże się z konkretnymi, często wyraźnie normatywnie sprecyzowanymi działaniami faktycznymi, ich naruszenie (potencjalnie również poprzez zaniechanie aktywności) przez organy zewnętrzne państwa, można by próbować uznać za naruszenie praw człowieka podlegające ewentualnej ocenie strasburskiego Trybunału. Jeżeli spojrzy się na aktywność konsularną wyłącznie jako na wykonywanie przez konsula konkretnych funkcji w ramach pomocy (nie biorąc pod uwagę aspektu stricte „opiekunczego”, stanowiącego reakcję na złamanie prawa przez państwo przyjmujące) zaryzykować można zmianę perspektywy postrzegania zarysowanego powyżej problemu¹³. Brak ograniczenia terytorialnego w stosowaniu EKPCz, potwierdzony przez orzecznictwo ETPCz choćby w sprawach *Banković* (w przypadku tej sprawy dość niefortunnie¹⁴) czy *Ilascu*¹⁵ sprawia, iż niewykluczone jest postrzeganie niewłaściwego wykonania lub niewykonania funkcji konsularnych przez konsula państwa obywatelstwa będącego stroną EKPC, nawet rezydującego w kraju trzecim jako naruszenia praw człowieka. Sprawy dotyczące naruszenia praw człowieka poprzez działanie konsula lub też

¹³ Zob. M. Jankowska-Gilberg, *Extraterritorialität der Menschenrechte. Der Begriff der Jurisdiktion im Sinne von Art. 1 EMRK*, Baden-Baden 2008, s. 67.

¹⁴ Orzeczenie o niedopuszczalności Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii i 16 państwom NATO* z 12.12.2001, nr skargi 52207/99, Rep. 2001-XII. Kompletnie omówienie sprawy zob. M. Jankowska-Gilberg, *op. cit.*, s. 15–188.

¹⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Ilascu i inni przeciwko Mołdawii i Fedracji Rosyjskiej* z 4.06.2001, nr skargi 48787/99.

niewykonywania funkcji były również przedmiotem refleksji Europejskiej Komisji Praw Człowieka. Warto przytoczyć tu anonimową skargę przeciwko Niemcom¹⁶ związaną z naruszeniem praw obywatela wskutek nieprawidłowego działania lub też zaniechania działania konsula państwa jego obywatelstwa w państwie trzecim (Maroku) wskutek czego obywatel poniósł istotne szkody – został z kraju trzeciego wydalony. Komisja uznała sprawę za niedopuszczalną, jedynie jednak w związku z faktem, że strona nie była w stanie udowodnić swoich zarzutów. Podniosła jednak wyraźnie, iż placówki zagraniczne są zobligowane do wykonywania swoich funkcji zagranicą a niewykonywanie tychże funkcji może prowadzić w przyszłości do odpowiedzialności w świetle EKPC¹⁷.

Jeszcze bardziej interesująca w omawianym kontekście jest późniejsza sprawa oparta na anonimowej skardze przeciwko Wielkiej Brytanii¹⁸. Zarzut strony dotyczył braku wystarczającej pomocy ze strony urzędu konsularnego w państwie trzecim w poszukiwaniach porwanej przez ojca (obywatela państwa trzeciego – Jordanii) córki obywatelki X. Komisja nie tylko podniosła i rozwinęła w świetle spraw Cypru przeciwko Turcji¹⁹ wnioski sformułowane powyżej²⁰ lecz również dokonała oceny wystarczalności działań podjętych przez konsula.

¹⁶ Decyzja EKomPC w sprawie *X. przeciwko Niemcom* z 25.09.1965 r., nr skargi 1611/62, „Yearbook of European Convention of Human Rights” 1965, s. 158–168.

¹⁷ Cyt. str. 168: *„Whereas in certain respects, the nationals of a Contracting State are within its «jurisdiction» even when domiciled or resident abroad; whereas, in particular, the diplomatic and consular representatives of their country of origin perform certain duties with regard to them which may, in certain circumstances, make the country liable in respect of the Convention”.*

¹⁸ Decyzja EKomPC w sprawie *X przeciwko Wielkiej Brytanii* z 15.12.1977 r., nr skargi. 7547/76, „Decisions and Reports”, vol. 12, 1978, s. 73–76.

¹⁹ Decyzja EKomPC w sprawie *Cypr przeciwko Turcji*, z 26.05.1975 r., nr skarg 6780/74, 6950/75, „Decisions and Reports” vol. 2, s. 125–151. Sprawy odnosiły się do odpowiedzialności organów państwa – do których wyraźnie zaliczono również konsulów, nie wykluczając naruszenia konwencji w efekcie tych działań. Cyt: *„(...) diplomatic and consular agents (...) bring any other persons or property «within the jurisdiction» of that State, to the extent that exercise authority over such persons or property. Insofar as, by their acts or omissions, they affect such persons or property, the responsibility of the State is engaged.”*

²⁰ Cyt. *„(...) even though the alleged failure of the consular authorities to do all in their power to help the applicant occurred outside the territory of the United Kingdom, it was still «within the jurisdiction» within the meaning of Article 1 of the Convention.”* (*X przeciwko Wielkiej Brytanii*, s. 74).

W związku z faktem, że w sprawie tej, zdaniem Komisji, konsul brytyjski w Ammanie podjął wszystkie oczekiwane, rozsądne działania²¹ (skontaktował matkę z prawnikiem, udał się do miejsca, gdzie przetrzymywano dziecko, naocznie przekonał się o stanie jego zdrowia, rozmawiał z jego rodziną, wpisał dziecko do paszportu matki) uznano skargę za niedopuszczalną.

Komisja nie ograniczyła się zresztą do oceny działań placówki dyplomatycznej lub urzędu konsularnego państwa zobligowanego do dokonywania czynności na rzecz jednostki ze względu na posiadane przez nią obywatelstwo tegoż państwa. Takim przypadkiem była sprawa W.M. przeciwko Danii²². Skarżący (obywatel Niemiec) skarżył Danię ze względu na fakt odmowy udzielenia mu w 1988 r. azylu dyplomatycznego i wydania go władzom NRD, gdy przedostał się na teren ambasady Danii we Wschodnim Berlinie. Sprawa nie została uznana za dopuszczalną (bez związków jednak z aktywnością personelu dyplomatycznego), nie wykluczono jednak odpowiedzialności państwa, gdyby przedstawiciel dyplomatyczny swoim działaniem naruszył prawa człowieka w tym także nieobywatela państwa przyjmującego²³.

3. Wnioski *de lege ferenda*

Można rozważać zastosowanie do przyszłych, ewentualnych spraw tego typu zawisłych przed ETPC koncepcji pozytywnych obowiązków państwa i tym samym rozstrzygnięcia w przyszłości na korzyść aplikującego spraw konsularnych – w szczególności z tytułu odmowy podjęcia opieki konsularnej. Choć prawo do wykonywania opieki konsularnej w klasycznej doktrynie prawa międzynarodowego uważane jest za uprawnienie państwa, w świetle systemu ochrony praw człowieka zarysowuje się jednak powoli tendencje do uznawania prawa tego, nie tylko *de facto*, ale również *de iure* za jego obowiązek.

²¹ „(...) the consular authorities have done all that could be reasonably expected of them.” (*ibidem*).

²² Decyzja EKomPC w sprawie W.M. przeciwko Danii, z 14.10.1992 r., nr skargi 17392/90, s. 1–11 (niepublikowane – dostępne w bazie *hudoc*).

²³ Cyt. „(...) a State party to the Convention may be held responsible either directly or indirectly for acts committed by its diplomatic agents” (W.M. przeciwko Danii).

Istotnym problemem pozostaje bez wątpienia ocena tego co jest rozsądnym działaniem państwa w tym zakresie, uznanym za wypełnienie opieki konsularnej. Inną kwestią jest czy możemy w ogóle taki zakres niezbiecie ustalić, czy też każdorazowo będzie on się różnił i czy rzeczywiście mamy do czynienia z opieką konsularną, czy jedynie z pomocą konsularną, a więc wykonywaniem czynności na rzecz jednostki w granicach i w ramach schematów ściśle uregulowanych prawem. Należy zauważyć, że w cytowanej powyżej sprawie *X przeciwko Wielkiej Brytanii* kwestia ta była po części podnoszona (ocena Komisji co do wypełnienia zasadnych czynności nie była zresztą zbyt restryktywna). Włączenie w tym zakresie właściwości (co do oceny wystarczalności podjętych środków) prawa państwa wysyłającego przekreśla jednak całkowicie jednolity standard ochrony. Zresztą, co należy podkreślić, pomoc konsularna pozostaje w istotnym zakresie do dyskrekcji państwa wysyłającego²⁴, i ocena jego pozytywnych obowiązków również w tym zakresie może być dalece trudna.

Wydaje się, że analiza orzecznictwa (choć również, bez wątpienia dla oceny nie jest bez znaczenia brak orzeczeń, które zakończyłyby się dla skarżącego pozytywną reakcją organów ochrony praw człowieka) pozwala na, pozornie jedynie, bardziej afirmatywne poglądy na opiekę konsularną jako rzekome prawo człowieka. Należy jednak zauważyć, że to nie sama opieka stanowi prawo człowieka w rozumieniu strasburskiego międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości. Istotą rzeczy nadal pozostaje bowiem kwestia obowiązku zapewniania opieki konsularnej przez państwo, Strasburg nie daje w tym przypadku żadnego wiążącego rozstrzygnięcia, sugeruje ocenę jedynie ewentualnych naruszeń wskutek sposobu jej wykonywania lub niewykonywania przez państwo z wykorzystaniem mechanizmów ochrony praw człowieka o ile doszło do naruszenia konwencyjnie gwarantowa-

²⁴ Jednocześnie zauważyć należy, że odniesienia ETPC odnośnie przyznania istotnego marginesu uznaniowości działań państwa, tam gdzie prawo na taką dyskrejonalność zezwala zasadniczo (choć nie zawsze) są afirmatywne dla tego typu rozwiązań nawet w sprawach dotyczących rzetelnego procesu (art. 6), co *nota bene* nie jest bez znaczenia biorąc pod uwagę próby klasyfikacyjne prawa dostępu do konsula dokonywane na forum MATPCz. Zob. P. Hofmański, A. Wróbel, Art. 6. Prawo do rzetelnego procesu sądowego [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 264–265.

nych praw. Prawo do opieki dyplomatycznej i konsularnej, a także wydaje się pomocy konsularnej²⁵, gwarancjami takimi nie zostało objęte. Dopóki takie gwarancje nie powstaną, trudno rozpatrywać prawo do opieki konsularnej jako prawo człowieka, pozostaje co najwyżej ocena skutków zaniechania tegoż prawa w kontekście naruszeń praw gwarantowanych konwencyjnie wskutek odmowy podjęcia działań mieszczących się w zakresie pozytywnych obowiązków państwa. Takie odmienne zapatrywanie może przynieść traktowanie odmowy podjęcia działania jako niedopełnienia pozytywnych obowiązków państwa. W kontekście powyższej linii orzeczniczej taka interpretacja, wpisująca się w intensywnie rozwijający się nurt doktryny interpretacyjnej „żywego instrumentu” Konwencji wydaje się dość logiczna. Z perspektywy praktycznej, wobec delikatności materii wydaje się jednak mało prawdopodobna²⁶. Zmieniłaby bez wątpienia podejście państw do problematyki prawa dyplomatycznego i konsularnego jako swoistego rodzaju materii ekskluzywnej, rozgrywanej kularowo, pozostającej w dużej mierze poza kontrolą opinii publicznej. Czy taka zmiana w rzeczywistości przyniosłaby wymierną korzyść jednostkom korzystającym z opieki swojego państwa zagranicą jest dalece wątpliwe. Działania jawne, z których państwo jest rozliczane, podlegające kontroli społecznej i sądowej w realiach stosunków międzynarodowych mogą być mało skuteczne. W gruncie rzeczy uznanie prawa do opieki za prawo obywatela czy wręcz normę z kategorii praw człowieka może potencjalnemu korzystającemu w istotnym zakresie zaszkodzić.

²⁵ Choć z cytowanych spraw sprawą ewidentnie „pomocową” jest sprawa *X przeciwko Wielkiej Brytanii*, w której ocena działań w gruncie rzeczy pomocowych była odmienna od oceny zaniechania działań opiekuńczych w pozostałych sprawach.

²⁶ Odnosząc się do delikatności materii warto przytoczyć choćby decyzję Komisji *X, Y and Z przeciwko Niemcom*, z dnia 4.10.1977 r., nr skarg 7655/76, 7656/76, 7657/76 (połączone), „Decisions and Reports”, vol 12, 1978, s. 121–130 (dotyczące majątków niemieckich w Polsce i Rosji – konsekwencji ratyfikacji traktatów z 1970 r.), podobnie w sprawie *Hittel przeciwko Niemcom* (niepublikowanej) przywołanej w: F. Ermacora, *Majątek niemiecki w Polsce*, Zakrzewo 2009, s. 125. W sprawach tych podnoszona była również przez strony kwestia: „the Federal Government’s systematic refusal to intervene with the Polish authorities through diplomatic channels on behalf of the holders of those rights” (zob. *X, Y and Z przeciwko Niemcom*, s. 124). Podejmując decyzję o niedopuszczalności Komisja nie pochyliła się nad tym wątkiem.

Istotnym wnioskiem wynikającym z przytoczonego powyżej orzecznictwa jest istnienie odrębności instytucjonalnej funkcji konsularnych (zasadniczo pomocowych, niekiedy władczych o charakterze *iuris avocandi*) a opieki dyplomatyczno-konsularnej. Opieka pozostaje jednoznacznie poza zakresem jurysdykcji strasburskiej (i raczej prawem człowieka w rozumieniu Komisji nie była), przy wykonywaniu natomiast funkcji konsularnych niewykluczone jest poddanie państwa wysyłającego jurysdykcji, jeżeli w wyniku niepoprawnego ich wykonywania dojdzie do naruszeń norm będących prawami człowieka. Nie kreuje to bynajmniej jakiegoś nowego prawa człowieka (do rzetelnych funkcji konsularnych) lecz wpisuje się w ogólny obowiązek państwa nie naruszania praw człowieka poprzez działania swoich organów (w tym zewnętrznych dyplomatycznych i konsularnych – co odpowiada eksterytorialnemu zakresowi zastosowania konwencji).

W doktrynie coraz częściej pojawiają się głosy wskazujące na konieczność analizowania opieki dyplomatycznej i konsularnej w ramach mechanizmu ochrony praw człowieka. I.C. Kamiński wskazuje nawet na potencjalną możliwość zaskarżenia państwa przed ETPC w przypadku bierności jego służby konsularnej w związku z niewykonaniem pozytywnego obowiązku wynikającego z art. 8 EKPC (artykuł zdecydowanie rozszerzająco interpretowany przez Trybunał ponad zwykłą jego treść czy pierwotne odniesienia), a w sytuacjach skrajnych nawet naruszenie przez państwo art. 3 Konwencji poprzez niepodjęcie działań dyplomatycznych i konsularnych mających na celu powstrzymanie nieludzkiego i poniżającego traktowania stosowanego względem osoby uprawnionej do opieki konsularnej przez państwo, w którym przebywa²⁷. Autor pośrednio nie wykluczył również zastosowania wspomnianych mechanizmów skargowych względem państwa zobowiązanego do opieki nad obywatelem europejskim w ramach europejskiej opieki konsularnej²⁸. Wydaje się, że mamy jedynie do czynienia z mechanizmem pomocy w ochronie praw

²⁷ Zob. I. C. Kamiński, *Reklama turystyczna i krytyka jakości usług turystycznych – kilka uwag o standardach wynikających z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu* [w:] P. Cybula, J. Raciborski (red.), *Turystyka a prawo. Aktualne problemy legislacyjne i konstrukcyjne*, Sucha Beskidzka 2008, s. 318.

²⁸ *Ibidem*, przypis 39.

człowieka, a nie mechanizmem samej ochrony. Biorąc jednakże pod uwagę coraz istotniejsze wnikanie ETPC w swoim orzecznictwie w sferę prawnomiędzynarodową, coraz bardziej oddaloną od zasadniczego nurtu ochrony praw człowieka²⁹ wydaje się, że orzeczenia idące o krok dalej niż opisane powyżej przykłady odnoszące się do opieki i pomocy konsularnej, są tylko kwestią czasu. Jest to szczególnie prawdopodobne wobec faktu istnienia również krajowej linii orzeczniczej negującej istnienie praw jednostki w zakresie ochrony dyplomatycznej i konsularnej (zakładającej dyskrecjonalną politykę państwa odnośnie udzielania ochrony) w tym zakresie w co najmniej kilku państwach europejskich (np. Holandia, Wielka Brytania). Nie będzie zaskakujące pojawienie się spraw tego typu przed strasburskim Trybunałem. Oby Trybunał był świadomy niekoniecznie pozytywnych (w kontekście często niejawnych lub półjawnych działań służby zagranicznej) skutków uznania istnienia rzekomych praw jednostki co do opieki lub pomocy konsularnej.

²⁹ Zob. odniesienia ETPC do materii prawa dyplomatycznego w wyroku w sprawie *Cudak przeciwko Litwie* z 23.03.2010 r., nr skargi 15869/02 – *nota bene* przeprowadzone w sposób co najmniej kuriozalny.

Cezary Mik*

Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji praw człowieka

Wprowadzenie

Dnia 1 grudnia 2009 r. wszedł w życie Traktat z Lizbony rewidujący dotychczasowe podstawy traktatowe działania Unii Europejskiej i Wspólnot Europejskich¹. Zgodnie z jego postanowieniami Unia Europejska została zobowiązana do przystąpienia do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (dalej: EKPC, Konwencja lub Konwencja europejska). Obowiązek ten wyzwała liczne problemy teoretyczne i praktyczne zarówno w odniesieniu do systemu EKPC, jak i w stosunku do prawa unijnego. Wyzwania te trzeba przy tym postrzegać jednocześnie z perspektywy wewnętrznej Unii Europejskiej i z punktu widzenia prawa międzynarodowego.

* Autor jest kierownikiem Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kard. S. Wyszyńskiego w Warszawie oraz kierownikiem Katedry Międzynarodowego Prawa Gospodarczego w Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie.

¹ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie 13.12.2007 r. Dz.Urz. UE z 17.12.2007 r., C 306. Po przeprowadzonych sprostowaniach opublikowano tzw. wersję skonsolidowaną obejmującą traktaty, protokoły, załączniki, deklaracje włączone do Aktu końcowego Konferencji międzyrządowej, tablice ekwiwalencyjne oraz Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE z 30.03.2010 r., C 83. Mając na uwadze dość liczne błędy zawarte w wersji polskojęzycznej wersji skonsolidowanej w opracowaniu tym podstawą analizy będą wersje skonsolidowane w językach angielskim i francuskim.

Obowiązek przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej nie pojawił się znikąd, lecz jest rezultatem dłuższego procesu przekształcania integracji europejskiej w kierunku poszerzenia jej na sferę polityczną. Jednym z elementów tego procesu stało się włączenie problematyki ochrony praw jednostki do prawa integracyjnego. Z kolei jednym z podstawowych źródeł, do których sięgano przy budowie integracyjnej ochrony praw jednostki była Konwencja europejska.

Celem niniejszego opracowania jest analiza rozwiązań prawnych przyjętych w Traktacie z Lizbony w odniesieniu do zagadnienia przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji praw człowieka. Będzie ona przeprowadzona w kontekście stanu prawnego sprzed Traktatu z Lizbony. W efekcie uwagi wstępne będą dotyczyły rysu historycznego stosunku procesu integracyjnego do Konwencji europejskiej, podstawowych koncepcji dowodzących zasadności włączenia Konwencji do prawa integracyjnego przed Lizboną, przedlizbońskich dążeń akcesyjnych do Konwencji, wreszcie stosunku Konwencji europejskiej do Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej. Analiza aktualnego stanu prawnego zostanie rozpoczęta od wskazania unijnych i konwencyjnych podstaw prawnych. Następnie jej przedmiotem będą zasady kształtujące przystąpienie do Konwencji. Zagadnienia szczegółowe będą przedstawione w aspektach formalnym (kwestia formy i zakresu przystąpienia, procedury związania, statusu umowy akcesyjnej w prawie unijnym i prawie państw członkowskich), instytucjonalnym (problematyka reprezentacji Unii w organach Konwencji), materialnym (problem zobowiązań Unii Europejskiej wynikających z Konwencji w kontekście jej funkcjonowania, w tym jurysdykcji UE jako strony Konwencji) i proceduralnym (zasady wnoszenia roszczeń przez strony i jednostki oraz związanego z tym problemu przypisania odpowiedzialności).

1. Wspólnoty Europejskie i Unia Europejska a Konwencja europejska – relacje wzajemne do Traktatu z Lizbony

1.1. Stosunek Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej – rys historyczny²

Relacjonując ewolucję stosunku procesu integracyjnego do systemu konwencyjnego można rozpocząć od stwierdzenia, że chociaż obydwie reżimy prawne ukształtowały się mniej więcej w tym samym czasie i powstały z woli częściowo tożsamej grupy państw, to jednak nie zostały one formalnie z sobą powiązane. W szczególności Wspólnoty Europejskie zostały ukształtowane jako regionalne organizacje integracji gospodarczej, a próba ustanowienia powiązanej z nimi Europejskiej Wspólnoty Politycznej zakończyła się niepowodzeniem. Co więcej, kiedy pod koniec lat 60. i na początku lat 70. Trybunał Sprawiedliwości wprowadził do wspólnotowego porządku prawnego prawa jednostki jako zasady ogólne prawa, to wskazał, że źródłem materialnym tych zasad stały się wspólne tradycje konstytucyjne państw członkowskich, a nie Konwencja europejska³.

Konwencja europejska (ściślej jej pierwszy protokół dodatkowy) została po raz pierwszy powołana w prawie wspólnotowym dopiero w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *J. Nold* z 14 maja 1974 r. Stało się to możliwe dzięki związaniu się Konwencją i protokołem przez ostatnie z państw członkowskich, które nie było jeszcze stroną tych traktatów, tj. Francję. Trybunał luksemburski posłużył się Konwencją w celu rozszerzenia formuły źródłowej praw podstawowo-

² We fragmencie tym korzystałem w szczególności z ustaleń, których dokonałem w opracowaniach: C. Mik, *Rola Europejskiej konwencji praw człowieka w procesie integracji europejskiej* [w:] *Czynić sprawiedliwość w miłości. Księga pamiątkowa od Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego dla Jego Eminencji Józefa Kardynała Glempa w dwudziestą rocznicę posługi Prymasowskiej*, zebrał i opracował ks. W. Chrostowski, Warszawa 2001, s. 280–288, C. Mik w komentarzu do art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej [w:] C. Mik, W. Czaplinski, *Traktat o Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 81–90.

³ Zob. wyrok w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft* z 17.12.1970 r., sprawa 11/70, ECR 1970, s. 1125.

wych – zasad ogólnych prawa. Od tej pory Konwencja stała się źródłem inspiracji przy konstruowaniu treści tych praw⁴.

Innym, doniosłym w omawianej perspektywie wydarzeniem było przyjęcie Wspólnej deklaracji Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji dotyczącej ochrony praw podstawowych oraz Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁵. Instytucje Wspólnot zobowiązały się w niej po raz pierwszy, że w wykonywaniu ich kompetencji i osiąganiu celów Wspólnot będą szanowały i zapewniały ochronę praw podstawowych w takim kształcie, jaki wynika m.in. z Konwencji europejskiej.

Wejście w życie Jednolitego Aktu Europejskiego w 1987 r. spowodowało z kolei, że Konwencja europejska została wprowadzona do języka traktatów prawa pierwotnego (jakkolwiek nie do tekstu traktatów założycielskich). Konwencja została wymieniona w preambule Aktu. Potwierdzono w nim jej znaczenie jako źródła praw podstawowych w procesie integracji europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości dodatkowo uwypuklił znaczenie Konwencji w wyroku w sprawie *Hoechst AG* z 21 września 1989 r. Stwierdził wówczas, że zapewniając ochronę prawom podstawowym będzie kierował się wskazówkami wynikającymi z dokumentów międzynarodowych z dziedziny praw człowieka, wśród których szczególne znaczenie ma Konwencja europejska⁶.

Znaczącym momentem w dziejach stosunku Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej do EKPC było wejście w życie Traktatu z Maastricht (1 listopada 1993 r.). Na jego mocy do nowego Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) włączono postanowienie gwarantujące rolę Konwencji europejskiej jako źródła praw podstawowych – zasad ogólnych prawa (ówczesny art. F ust. 2). Ponadto w art. K.2 ust. 1 Traktatu sformułowano obowiązek zapewnienia, aby współpraca w dziedzinach wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych była wykonywana zgodnie z wymogami konwencyjnymi. W ten sposób Konwencja europejska znalazła się w traktacie założycielskim Unii Europejskiej, a jej ranga została podniesiona. Art. K.2 wskazywał też na bardziej

⁴ Sprawa 4/73, § 13, ECR 1974, s. 491.

⁵ O.J. 1977, C 103, s. 1.

⁶ Sprawy 46/87 i 227/88, ECR 1989, s. 2859.

bezpośrednie znaczenie Konwencji w tzw. trzecim filarze. Nie było jednak jasne, jaki formalnie status ma Konwencja w tej sferze aktywności Unii.

Trybunał luksemburski po raz pierwszy sięgnął do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w wyroku w sprawie *Familiapress* z 26 czerwca 1997 r.⁷ Pewne zmiany nadeszły również z wejściem w życie Traktatu amsterdamskiego, rewidującego traktaty założycielskie (1 maja 1999 r.). Spowodował on m.in. poszerzenie jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości w odniesieniu do kontroli działań instytucji co do przestrzegania praw podstawowych (art. 46 lit. d TUE), a także uchylił art. K.2.

Umocnienie rangi Konwencji europejskiej w procesie integracji europejskiej następuje wraz z przyjęciem 7 grudnia 2000 r. przez Parlament Europejski, Radę i Komisję Karty praw podstawowych Unii Europejskiej jako swoistego porozumienia międzyinstytucjonalnego⁸. W jej preambule szeroko sformułowano regułę kreującą prawa podstawowe, wpisując do niej nie tylko Konwencję europejską (jakkolwiek w tym kontekście nie wskazuje się na szczególną jej rolę), ale także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Ponadto do Karty dołączono wyjaśnienia Prezydium Konwentu, który opracowywał Kartę, w których wyraźnie wskazano liczne przypadki wykorzystania wzorców konwencyjno-orzeczniczych przy konstruowaniu norm Karty. Wreszcie, w ramach postanowień ogólnych Karty znalazła się reguła, zgodnie z którą niektóre prawa i wolności zawarte w Karcie miały być interpretowane tak, jak w przypadku Konwencji europejskiej, a w innych Konwencja wyznacza minimalny standard ochronny (art. 52 ust. 3 wraz z wyjaśnieniami Prezydium precyzującymi obydwie zakresy postanowień)⁹.

⁷ Sprawa C-368/95, i 26, ECR 1997, s. I-3709.

⁸ O.J. 2000, C 364, s. 1. Zob. C. Mik, *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Zagadnienia podstawowe* [w:] A. Podraza (red.), *Traktat nicejski*, Lublin 2001, s. 43 i nast.

⁹ Do pierwszej grupy następujące prawa podstawowe: 1) prawo do życia, 2) zakaz tortur oraz karania lub traktowania poniżającego lub niehumanitarnego, 3) zakaz niewolnictwa i pracy przymusowej, z wyjątkiem handlu ludźmi, 4) prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, 5) prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, 6) wolność myśli, sumienia i religii, z wyjątkiem prawa odmowy służby wojskowej, 7) wolność wypowiedzi i informacji, 8) prawo własności, 9) ochrona przed odesłaniem, 10) ochrona

Ostatnim z wydarzeń mających znaczenie dla stosunku Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej jest wejście w życie Traktatu z Lizbony. Prócz potwierdzenia znaczenia Konwencji jako źródła materialnego praw podstawowych (art. 6 ust. 3), a także zapewnienia mocy traktatowej nowej (a właściwie zaktualizowanej) Karty praw podstawowych z 12 grudnia 2007 r. (wciąż formalnie pozostającej porozumieniem międzyinstytucjonalnym, tyle że państwa członkowskie nadały jemu moc prawną równą traktatom założycielskim; Karta zachowuje wcześniejsze powiązania z Konwencją europejską), a w pewnym sensie także wyjaśnieniom Prezydium (art. 6 ust. 1 TUE), państwa-strony Traktatu z Lizbony decydują się zobowiązać Unię Europejską do przystąpienia do EKPC (art. 6 ust. 2 TUE)¹⁰.

1.2. Dążenia akcesyjne Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej

Stopniowe rozbudowywanie procesu integracji europejskiej w kierunku unii politycznej obejmującej ochronę praw jednostki skłoniło instytucje unijne, a zwłaszcza Komisję, do podjęcia działań na rzecz przystąpienia Wspólnot Europejskich do Konwencji. Na potrzebę akcesji Komisja zwracała uwagę Parlamentowi Europejskiemu i Radzie jeszcze w 1976 r. Trzy lata później zdecydowała się sformułować w tej sprawie komunikat. Wobec braku akceptacji swoich

przed wydaleniem lub ekstradycją, 11) legalizm i proporcjonalność przestępstw i kar, z zastrzeżeniem postanowień o łagodniejszych karach i o proporcjonalności czynów do kar. Prawami, których zakres jest/może być szerszy w Unii Europejskiej są: 1) prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, które – jeśli postanowi tak ustawodawca krajowy – może być poszerzone o inne związki, 2) prawo zgromadzeń i zrzeszania się, które może objąć także poziom Unii Europejskiej, 3) prawo do nauki, które może być poszerzone o szkolenie zawodowe i ustawiczne, 4) uprawnienia rodziców w sferze wychowania i nauczania dzieci w związku z równością obojga, 5) prawo do słusznego procesu, które nie ogranicza się jedynie do spraw cywilnych i karnych, 6) prawo do niekarania w postępowaniu karnym dwa razy za te same przestępstwa, które dotyczy także poziomu Unii Europejskiej, 7) do obywateli Unii Europejskiej może nie mieć zastosowania art. 16 Konwencji pozwalający na ograniczanie praw politycznych cudzoziemców.

¹⁰ Zob. C. Mik, K. Gałka (red.), *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, Toruń 2009; J. Barcz (red.), *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008; w kontekście stosunku do prawa krajowego państw członkowskich zob. A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009.

propozycji ze strony Rady, Komisja powtórzyła Komunikat w 1990, a następnie także w 1993 r.¹¹ Uznała ona, że ochrona praw człowieka we Wspólnotach Europejskich jest niewystarczająca, ponieważ nie dotyczy aktów prawa wspólnotowego, a kontrola Trybunału Sprawiedliwości jest selektywna i jako faktycznie równoznaczna z kontrolą krajową uchybia idei zewnątrz krajowej ochrony praw człowieka. Zdaniem Komisji, przystąpienie Wspólnot do Konwencji nie zwiększałoby obowiązków państw członkowskich w zakresie przestrzegania praw człowieka, gdyż są one już związane prawem materialnym i proceduralnym Konwencji. Nowością byłoby natomiast rozszerzenie kontroli procesowej na akty wspólnotowe. Zarazem nie oznaczałoby to przyznania Wspólnotom jakiegóż ogólnej kompetencji w sferze ochrony praw jednostki.

Przystąpienie Wspólnot powinno zdaniem Komisji powodować następujące skutki:

1. Wspólnoty nabywają prawa i obowiązki na takiej zasadzie, jak państwa – strony;
2. desygnują one do Komisji i Trybunału Praw Człowieka po jednym przedstawicielu dla zintegrowania wiedzy o prawie wspólnotowym i uświadomienia jego wymogów, zgodnie z ówczesnymi art. 21 i 39 Konwencji;
3. wszystkie sprawy dotyczące Wspólnot mogą być kierowane wyłącznie do Trybunału (nigdy do Komitetu Ministrów), co byłoby zgodne z art. 48 Konwencji i uwalniałoby Wspólnoty od delegowania osoby do Komitetu.

Koncepcja przystąpienia Wspólnot do Konwencji nie zyskała jednak aprobaty Rady.

Koncepcja przystąpienia do Konwencji europejskiej powraca po wejściu w życie Traktatu z Maastricht. Wówczas to Rada, dopytywana przez Parlament Europejski i naciskana przez Komisję zdecydowała się wnieść wniosek o wydanie opinii w trybie ówczesnego art. 228 ust.

¹¹ Tekst komunikatu z 1990 r. zob. Conseil de l'Europe, Droits de l'homme, „Feuille d'information” 1991, nr 27, s. 260–269. Zob. też C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, s. 173–174. F.-X. Priollaud, D. Stritzky, *Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, Paris 2008, s. 45.

6 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską w sprawie ewentualnego przystąpienia Wspólnoty do EKPC. Trybunał wydał opinię 28 marca 1996 r.¹² Stwierdził w niej, że w obowiązującym stanie prawnym przystąpienie Wspólnoty Europejskiej do Konwencji jest niemożliwe. Trybunał orzekł zwłaszcza, że Wspólnota nie ma kompetencji w dziedzinie ochrony praw człowieka: nie ma kompetencji wyraźnych, ani dorozumianych; nie ma też kompetencji uzupełniających, gdyż ochrona praw człowieka nie stanowi celu traktatowego; zasada kompetencji przyznanych Wspólnoty nie może prowadzić do wykroczenia poza ogólne ramy wynikające z całokształtu postanowień traktatowych, zwłaszcza definiujących zadania i działania Wspólnoty. Ponadto Trybunał stwierdził, że przystąpienie spowodowałoby zasadniczą zmianę w obecnym systemie ochrony praw człowieka we Wspólnocie wskutek wpisania systemu wspólnotowego w system instytucjonalny Konwencji i włączenia wszystkich jej postanowień do prawa wspólnotowego, co wykraczałoby poza kompetencje uzupełniające i wymagałoby rewizji traktatowej. W ten sposób Trybunał ostatecznie pogrzebał nadzieję na przystąpienie Wspólnoty do EKPC.

W kontekście dążeń akcesyjnych Unii Europejskiej warto jeszcze wspomnieć o Traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy, podpisanym 29 października 2004 r.¹³ i o pracach Konwentu przygotowujących ten traktat. W ramach Konwentu problematyką ochrony praw jednostki zajęła się Grupa Robocza II (włączenie Karty praw podstawowych do traktatów/przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji praw człowieka). Proponując rozwiązania dotyczące przystąpienia, Grupa wskazała w swym sprawozdaniu końcowym na trzy podstawowe argumenty przemawiające na rzecz akcesji:

1. przystąpienie byłoby wyraźnym politycznym sygnałem łączności między Unią a szerszą Europą, odzwierciedloną w Radzie Europy i paneuropejskim systemie praw człowieka;
2. stworzyłyby ono dla obywateli analogiczną, jak w przypadku państw członkowskich, ochronę prawną wobec aktów Unii; tym samym Unia stałaby się bardziej wiarygodna;

¹² Opinia 2/94, ECR 1996, s. I-1763.

¹³ O.J. 2004, C 310, s. 1.

3. przystąpienie byłoby sposobem zapewnienia harmonijnego rozwoju prawa wynikającego z orzecznictwa sądów europejskich w sferze praw człowieka.

Grupa Robocza zwróciła również uwagę na różne zagadnienia prawne związane z przystąpieniem do Konwencji, w tym na procedurę akcesji, zasadę nienaruszalności podziału kompetencji między Unię a państwa członkowskie, zasadę autonomii zobowiązań konwencyjnych państw członkowskich i ewentualną potrzebę zmiany regulacji dotyczącej dostępu jednostek do Trybunału Sprawiedliwości w kontekście zapewnienia skutecznej ochrony prawnej¹⁴. W rezultacie prac Konferencji Międzyrządowej zdecydowano, że nowa Unia Europejska będzie zobowiązana przystąpić do Konwencji (art. I-9 ust. 2 Traktatu konstytucyjnego). Decyzje w tej sprawie podejmie większością kwalifikowaną głosów Rada za zgodą Parlamentu Europejskiego (art. III-325 ust. 6 lit. a/ii). Warunki unijne akcesji doprecyzowywał Protokół nr 32 oraz deklaracja nr 2 włączona do Aktu końcowego Konferencji¹⁵. Fiasco Traktatu uniemożliwiło podjęcie efektywnych prac związanych z przystąpieniem. Rozwiązania zawarte w Traktacie konstytucyjnym stały się jednak w znaczącym zakresie wzorcem dla regulacji ujętej w Traktacie z Lizbony.

1.3. Koncepcje włączania Konwencji europejskiej do prawa integracyjnego

Niepowodzenie dążeń akcesyjnych przyczyniło się do formułowania alternatywnych koncepcji związania się Konwencją europejską. Na uwagę zasługują w szczególności dwie z nich: koncepcja inkorporacji materialnej Konwencji oraz koncepcja substytucji. Według pierwszej z nich, formułowanej głównie w doktrynie prawa

¹⁴ Tekst raportu końcowego: J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie Konstytucyjnym*, Warszawa 2005, s. 106 i n.

¹⁵ Omówienie prawnych uwarunkowań przystąpienia w świetle rozwiązań zawartych w Traktacie konstytucyjnym zob. E. Bribosia, *L'avenir de la protection des droits fondamentaux* [w:] G. Amato, H. Bribosia, B. De Witte (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, Bruxelles 2007, s. 1011–1022.

wspólnotowego¹⁶, normy konwencyjne chroniące prawa i wolności zostały faktycznie włączone do wspólnotowego porządku prawnego wskutek działalności orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości. W jej ramach doszło bowiem do powoływania i analizowania postanowień Konwencji, a z czasem także orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które łącznie stały się głównym źródłem praw podstawowych – zasad ogólnych prawa. Wyparły w tej roli tradycje konstytucyjne państw członkowskich i przy formułowaniu praw podstawowych praktycznie służyły jako bezpośrednia matryca dla tych praw.

Koncepcja inkorporacji nie znalazła jednak potwierdzenia w rzeczywistym stanie prawnym. Po pierwsze, Trybunał wciąż powtarzał formułę, zgodnie z którą przy konstruowaniu praw podstawowych sięga do dokumentów międzynarodowych z dziedziny praw człowieka (wśród których szczególną pozycję zajmuje co prawda Konwencja europejska, ale nie jest źródłem wyłącznym) oraz do wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich. Po drugie, tradycje konstytucyjne nie straciły całkowicie znaczenia w omawianym zakresie. Słabością koncepcji inkorporacji jest też to, że nie pozwalała ona na poddanie kontroli zewnętrznej prawa wspólnotowego, a zatem nie zapewniała efektywnej ochrony jednostkom przed ewentualnymi naruszeniami ze strony instytucji czy implementujących prawo wspólnotowe państw członkowskich.

Drugą z koncepcji zmierzającą do uzasadnienia związania Wspólnot/Unii Konwencją europejską jest koncepcja substytucji. Siega ona korzeniami do kwestii związania Wspólnot Europejskich Układem ogólnym w sprawie ceł i handlu z 1947 r. (GATT47). Układ ten jako powstały przed ukonstytuowaniem się Wspólnot regulował problematykę obrotu towarami w stosunkach międzynarodowych, w tym ustanawiania ceł i innych opłat związanych z przekraczaniem granic, a

¹⁶ Zob. m.in. J. L. Duvigneau, *From Advisory Opinion 2/94 to the Amsterdam Treaty: Human Rights Protection in the European Union*, „Legal Issues of European Integration” 1999, vol. 25, nr 2, s. 80–81; J.-P. Puissechet, *La Cour européenne, La Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l’homme* [w:] P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (éditeurs), *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Köln-Berlin-Bonn-München 2000, s. 1143.

także dopuszczalne odstępstwa od KNU w ramach stref wolnego handlu i unii celnych. Tymczasem Wspólnota stawała się unią celną z dniem 1.07.1968 r. GATT47 nie przewidywał jednak członkostwa Wspólnot w Układzie. W konsekwencji na Trybunale Sprawiedliwości spoczął ciężar znalezienia rozwiązania prawnego. Trybunał wybrnął z kłopotu przez sformułowanie koncepcji substytucji państw członkowskich przez Wspólnotę (sukcesji funkcjonalnej). W wyroku w sprawie *International Fruit Company* z 12.12.1972 r.¹⁷ Trybunał wskazał na następujące racje uzasadniające substytucję:

1. w chwili powstania EWG państwa członkowskie były związane GATT47 i przez zawarcie między sobą Układu nie mogły wycofać się z zobowiązań podjętych wobec państw trzecich;
2. państwa członkowskie EWG wyraziły pragnienie przestrzegania zobowiązań przyjętych w GATT, a gwarancją trwałości wcześniejszych zobowiązań państw należących do EWG stanowił ówczesny art. 234 Traktatu ustanawiającego EWG [obecnie art. 351 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, TfUE];
3. zbieżność celów GATT47 i wspólnej polityki handlowej EWG;
4. przejście przez Wspólnotę kompetencji państw członkowskich w zakresie ceł i handlu z państwami trzecimi nastąpiło po upływie okresu przejściowego, a państwa trzecie uznały kompetencję Wspólnoty w sferze objętej Układem.

Trybunał uprościł i uporządkował warunki sukcesji funkcjonalnej krótko przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony. W wyroku w sprawie *Irène Bogiatzi* z 22 października 2009 r. wydanym na tle ewentualnego związania Unii Konwencją warszawską dotyczącą ujednolicenia niektórych przepisów dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego z 12 października 1929 r.¹⁸ Trybunał orzekł, że substytucja państw członkowskich może dokonać się na następujących warunkach:

1. wszystkie państwa członkowskie UE są stronami konwencji w rozpatrywanym czasie;

¹⁷ Sprawy 21–24/72, § 10–18, ECR 1972, s. 1219.

¹⁸ Sprawa C-310/08, § 25–33, jeszcze niepublikowany.

2. UE stworzyła regulacje prawne wkraczające w materię konwencyjne;
3. UE przejęła wszystkie kompetencje państw członkowskich przewidziane konwencją (dokonał się pełny transfer kompetencji uprzednio wykonywanych przez państwa członkowskie)¹⁹.

W przypadku EKPC nie było i nadal nie jest możliwe spełnienie tych kryteriów. Jedynie pierwsze z nich można uznać za osiągnięte i to jedynie w odniesieniu do Konwencji europejskiej jako takiej i niektórych protokołów dodatkowych. Natomiast Unia Europejska z pewnością nie wydała aktów prawnych w sferze regulowanej Konwencją, gdyż jak wynikało z opinii 2/94 nie ma ona ogólnej kompetencji w tej dziedzinie, a ochrona praw człowieka nie stanowi celu traktatowego. W konsekwencji również trzeci z wymienionych warunków w przypadku Konwencji nie może być wykonany.

Ostatecznie zatem w stanie prawnym sprzed Traktatu z Lizbony Unia Europejska, ani Wspólnoty Europejskie nie były związane Konwencją europejską. Konkluzja ta znalazła wsparcie w praktyce sądów wspólnotowych i opiniach rzeczników generalnych. Z okresu względnie wczesnego orzecznictwa można przypomnieć stanowisko rzecznika generalnego Vilaça w opinii dotyczącej sprawy *C. Dufay* z 5 lutego 1987 r. Podkreślił on mianowicie, iż Konwencja nie stanowi części prawa wspólnotowego, chociaż dostarcza wytycznych, zgodnie z którymi należy postępować w związku z zapewnianiem ochrony praw podstawowych we Wspólnotach Europejskich²⁰. Podobne stanowisko zajął znacznie później Sąd Pierwszej Instancji w sprawie *Mayr-Melnhof*. W wyroku z 14 maja 1998 r. orzekł, że nie ma on żadnej jurysdykcji w stosunku do EKPC, bo Konwencja nie jest częścią prawa wspólnotowego. Jednak jest jednym ze źródeł praw podstawowych (wytyczną o szczególnym znaczeniu) i może być w tym kontekście rozpatrywana²¹.

¹⁹ Podobnie w odniesieniu do Konwencji o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów w wyroku w sprawie *TNT Express Nederland BV przeciwko AXA Versicherung AG* z 4.05.2010 r., C-533/08, § 62, niepublikowany.

²⁰ Zob. § 17 opinii, ECR 1987, s. 1561.

²¹ Sprawa T-347/94, § 311 i 312, ECR 1998, II-1751.

1.4. Stosunek Konwencji europejskiej do Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej

Problematyka relacji Konwencji europejskiej do prawa wspólnotowego/unijnego stała się także przedmiotem zainteresowania organów Konwencji. Zasadniczo pojawiły się tutaj dwa zagadnienia:

1. dopuszczalności rozpatrywania skargi przeciwko Wspólnotom Europejskim/Unii Europejskiej;
2. zasad odpowiedzialności państwa członkowskiego Wspólnot Europejskich/Unii Europejskiej za naruszenia norm konwencyjnych w przypadku, gdy państwa te implementują prawo wspólnotowe/unijne²².

Przyjrzyjmy się teraz w skrócie postawie organów Konwencji w tych sprawach.

1.4.1. Dopuszczalność skarg przeciwko Wspólnotom Europejskim/Unii Europejskiej

Problem dopuszczalności skarg wnoszonych przeciwko Wspólnotom Europejskim pojawił się jeszcze w praktyce Europejskiej Komisji Praw Człowieka. Skargę taką wniosła Francuska Konfederacja Demokratyczna Pracy (CFDT) w 1977 r. Została ona złożona przeciwko Wspólnotom, a subsydiarnie przeciwko państwom członkowskim traktowanym kolektywnie i indywidualnie o naruszenie art. 11, 13 i 14 Konwencji. Konfederacja uznała, że Konwencje naruszyła Rada Wspólnot wydając w 1976 r. decyzję o składzie komitetu konsultacyjnego EWWiS z pominięciem, w odniesieniu do Francji, Konfederacji. W decyzji o dopuszczalności skargi z 10 lipca 1978 r. w sprawie *CFDT v. Wspólnoty Europejskie* Komisja stwierdziła krótko, że Wspólnoty jako takie nie są stroną Konwencji, a w konsekwencji skarga nie może być dopuszczona *ratione personae*. Komisja stwierdziła również, że skarga

²² Zob. też E. Karska, K. Karski, *Some Reflections on the Admissibility of Lodging a Complaint with the European Court of Human Rights against all European Union Member States on Account of their Joint Responsibility for the Actions and Omissions of the EU Institutions* [w:] *Concepts of General Domestic Remedy and Simplified Procedure for Amending the Convention in the Post-Interlaken Process*, Warszawa 2010, s. 190–211.

skierowana wspólnie przeciwko państwom członkowskim jest faktycznie skierowana przeciwko Radzie WE, co prowadzi do takiego samego wniosku, jak poprzednio²³.

Rozumowanie Komisji w pełni zaakceptował w najnowszym orzecznictwie ETPC. W decyzji o dopuszczalności skargi z 9 grudnia 2008 r. w sprawie *Bernard Connolly v. Austria, Belgia, Dania, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Irlandia, Luksemburg, Niemcy, Niderlandy, Portugalia, Szwecja, Włochy i Zjednoczone Królestwo* orzekł on, że skarga pracownika Komisji Europejskiej przeciwko państwom członkowskim Unii Europejskiej, w której podniósł on zarzuty naruszenia gwarancji art. 6, 13 Konwencji, art. 1 pierwszego Protokołu dodatkowego oraz art. 13 w zw. z art. 10 i art. 1 pierwszego protokołu dodatkowego w ramach procedur prowadzonych przeciwko skarżącemu przez Komisję, Sąd Pierwszej Instancji i Trybunał Sprawiedliwości (na tle ukarania go sankcją dyscyplinarną za publikację wydaną bez zgody pracodawcy), jest niedopuszczalna *ratione personae*. Naruszenia te nie mogą być bowiem przypisane państwom członkowskim, a Unia Europejska nie jest stroną Konwencji²⁴.

1.4.2. Odpowiedzialność państwa członkowskiego Wspólnot Europejskich/Unii Europejskiej za naruszenie Konwencji

Zagadnienie odpowiedzialności państwa członkowskiego Wspólnot Europejskich za naruszenie Konwencji w następstwie wykonywania prawa wspólnotowego znalazło wyraz w decyzji o dopuszczalności skargi Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *M and Co. V. RFN* z 9 lutego 1990 r. Skargę wniosła wówczas spółka komandytowa z siedzibą w Bremie, która zajmowała się m.in. eksportem i importem sprzętu hi-fi produkowanego w Japonii. Za naruszenie wspólnotowego zakazu zmywy kartelowej Komisja WE ukarała spółkę

²³ Skarga nr 8083/77.

²⁴ Skarga nr 73274/01. Identyczne stanowisko zajął ETPC w decyzji o dopuszczalności skargi w sprawie *Et. Biret et Cie SA i spółka Biret International v. Austria, Belgia, Dania, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Irlandia, Luksemburg, Niemcy, Niderlandy, Portugalia, Szwecja, Włochy i Zjednoczone Królestwo* z 9.12.2008 r.

skarżącą grzywną. Skarżąca wraz z innymi ukaranymi spółkami wniosła skargę do Trybunału Sprawiedliwości WE, który uchylił decyzje Komisji w pewnym zakresie i zredukował grzywnę. Wówczas Spółka wniosła skargę do Europejskiej Komisji Praw Człowieka na naruszenie przez Trybunał Sprawiedliwości standardów art. 6 Konwencji, a odpowiedzialność RFN – w ujęciu skarżącego – miałaby być następstwem wykonania wadliwego wyroku Trybunału Sprawiedliwości z naruszeniem wymogów Konwencji.

Komisja przypomniała na początku, że zgodnie z jej wcześniejszą decyzją z 1978 r. nie jest ona właściwa do rozpatrywania skarg przeciwko Wspólnotom jako takim. Jednak nie oznacza to, że transfer władzy wykonawczej (egzekucyjnej) na rzecz Trybunału Sprawiedliwości przez RFN sprawia, że organy tego państwa stają się *de facto* organami Wspólnot wyłączonymi spod kontroli organów Konwencji. Na podstawie art. 1 Konwencji bowiem państwa członkowskie są odpowiedzialne za wszelkie działania i zaniechania działania ich organów krajowych, którym zarzuca się naruszenie Konwencji, niezależnie od tego, czy jest to konsekwencja prawa krajowego czy konieczność wypełnienia zobowiązań międzynarodowych.

Komisja orzekła też, że Konwencja nie zabrania państwom członkowskim transferu władzy na rzecz organizacji międzynarodowej. Jeśli jednak stanowi to naruszenie traktatu wcześniej zawartego, to państwo poniesie odpowiedzialność za takie uchybienie. Dotyczy to także ewentualnego naruszenia Konwencji. Przedmiot i cel Konwencji jako instrumentu ochrony indywidualnych jednostek ludzkich wymaga, aby jej postanowienia były interpretowane i stosowane w sposób, który umożliwi nadanie im charakteru praktycznego i efektywnego. W efekcie transfer władzy na rzecz organizacji międzynarodowej jest niezgodny z Konwencją, chyba że w ramach tej organizacji prawa podstawowe uzyskają równoważną ochronę. W tym kontekście Komisja uznała, że Wspólnoty Europejskie nie tylko zapewniają ochronę równoważną, ale także kontrolę ich przestrzegania. Potwierdza to deklaracja wspólna instytucji Wspólnot z 1977 r., odwołująca się w szczególności do Europejskiej konwencji praw człowieka i zawierająca zobowiązanie instytucji do przestrzegania praw podstawowych.

Ponadto, jak zauważa Europejska Komisja Praw Człowieka, Trybunał Sprawiedliwości rozwinął orzecznictwo, zgodnie z którym kontroluje akty wspólnotowe co do ich zgodności z prawami podstawowymi, w tym tymi, które są chronione Konwencją. Jednym z uznanych praw podstawowych jest prawo do słusznego procesu z art. 6 Konwencji. Prawo wspólnotowe zapewnia przy tym poszanowanie wszystkich kryteriów poszanowania i tego prawa i zaradzania jego naruszeniom. W ten sposób Komisja stwierdziła, że skarga jest niedopuszczalna jako bezzasadna.

Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 1990 r. miała charakter fundamentalny. Sformułowała ona w istocie odpowiednik niemieckiej koncepcji konstytucyjnej Solange, tj. wyraziła przekonanie, że dopóki i tak dalece jak powierzenie władzy na rzecz Wspólnot Europejskich łączy się ze stworzeniem w nich równoważnej ochrony praw gwarantowanych Konwencją, dopóty i tak dalece skargi skierowane przeciwko państwom członkowskim wykonującym prawo wspólnotowe będą niedopuszczalne.

Stanowisko Europejskiej Komisji Praw Człowieka zostało zaakceptowane, a ponadto doprecyzowane i rozwinięte w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Pierwszym z orzeczeń Trybunału ważnych w tej materii jest wyrok w sprawie *Matthews v. Zjednoczone Królestwo* z 18 lutego 1999 r. ETPC orzekł o niemożności wykonywania praw wyborczych do Parlamentu Europejskiego w brytyjskim Gibraltarze (art. 3 Protokołu dodatkowego nr 1 do Konwencji). Trybunał stwierdził, że nie jest władny kontrolować aktów Wspólnoty jako takich, ponieważ Wspólnota nie jest stroną Konwencji. Dodał przy tym, że Konwencja europejska nie wyklucza transferu kompetencji na rzecz organizacji międzynarodowej, pod warunkiem, że organizacja taka gwarantuje poszanowanie praw chronionych w Konwencji. Jednak w przekonaniu Trybunału, odpowiedzialność państw-stron Konwencji europejskiej trwa mimo transferu kompetencji. W tym kontekście ETPC podkreślił znaczenie rozróżnienia charakteru wspólnotowego prawa pierwotnego i pochodnego, akcentując, że to pierwsze nie podlega kontroli sądów wspólnotowych. ETPC uznał, że nie ma jurysdykcji w zakresie kontrolowania aktów prawa pochodnego, wobec których istnieje ekwiwalentna ochrona przed naruszeniami

praw podstawowych w Unii Europejskiej, natomiast jest kompetentny w stosunku do prawa pierwotnego, do którego należą takie akty jak Akt o wyborach powszechnych z 1976 r. i Traktat z Maastricht. Są to bowiem umowy międzynarodowe, których stronami są państwa-strony Konwencji europejskiej i za wykonywanie których nadal ponoszą odpowiedzialność na mocy Konwencji. ETPC może więc orzekać o odpowiedzialności Zjednoczonego Królestwa za naruszenie praw wyborczych obywateli przez zawarcie aktu z 1976 r., który wyłączał ludność Gibraltaru z możliwości odbywania wyborów do Parlamentu Europejskiego (§ 32–35)²⁵. Państwo-strona Konwencji europejskiej nie może zatem uwolnić się od odpowiedzialności za naruszenie standardów konwencyjnych przez zawarcie innego traktatu, chyba że gwarancje ochronne w takim traktacie odpowiadają wymogom tej Konwencji. Nawet jednak wówczas ETPC pozostanie uprawniony do oceny, czy taki przypadek ma miejsce.

Z punktu widzenia prowadzonych rozważań szczególnie interesującym orzeczeniem stał się wyrok ETPC w sprawie *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irlandia* z 30 czerwca 2005 r. Chodziło tutaj o zatrzymanie samolotu dzierżawionego przez przewoźnika tureckiego od jugosłowiańskich linii lotniczych na mocy prawa wspólnotowego w ramach wykonywania przez Unię Europejską w trybie rozporządzenia sankcji ONZ wobec Jugosławii, co – zdaniem skarżącego – stanowiło naruszenie jego prawa własności chronionego art. 1 I Protokołu do Konwencji europejskiej. ETPC przyjął tutaj następujące stanowisko. Konwencja europejska musi być interpretowana w świetle norm prawa międzynarodowego mającego zastosowanie do stosunków między państwami-stronami, a zwłaszcza zasady *pacta sunt servanda*. Trybunał uznał, że od dłuższego czasu rośnie znaczenie współpracy międzynarodowej oraz potrzeba zapewnienia należytego funkcjonowania organizacji międzynarodowych, co ma decydujące znaczenie dla organizacji ponadnarodowych, takich jak Wspólnota Europejska. W konsekwencji troska o przestrzeganie prawa wspólnotowego stanowi uzasadnioną rację, zgodną z interesem ogólnym, o którym mowa w Protokole do Konwencji europejskiej. Trzeba

²⁵ Zob. C. Mik, *Rola Europejskiej Konwencji Praw Człowieka...*, s. 303–304.

jednak ważyć, w jakim stopniu takie powody mogą uzasadniać naruszenie prawa własności.

ETPC przypomniał również, że Konwencja europejska nie zakazuje państwom-stronom przekazywania uprawnień suwerennych na organizację międzynarodową, w tym ponadnarodową, do celów współpracy w niektórych dziedzinach działalności. Ponieważ jednak organizacja międzynarodowa nie jest stroną Konwencji, to mimo że dzierży uprawnienia suwerenne, nie może być pociągnięta do odpowiedzialności na mocy EKPC. Państwa-strony są z kolei odpowiedzialne za wszelkie działania i zaniechania swoich organów, które wynikają z prawa krajowego lub potrzeby przestrzegania zobowiązań prawnomiędzynarodowych. Art. 1 EKPC nie czyni żadnej różnicy co do typu norm lub środków i nie wyłącza żadnej części jurysdykcji państw-stron z zakresu Konwencji europejskiej.

W tym kontekście ETPC orzekł, iż byłoby sprzeczne z przedmiotem i celem Konwencji europejskiej, gdyby państwa-strony zostały wyłączone od odpowiedzialności w określonej dziedzinie, gdyż wówczas gwarancje konwencyjne mogłyby być ograniczane lub wykluczane dyskrejonalnie, a w efekcie zostałyby pozbawione charakteru wiążącego, jak również swej konkretnej i efektywnej natury. Państwo pozostaje odpowiedzialne za zobowiązania podjęte na mocy traktatów późniejszych od wejścia w życie Konwencji europejskiej. Środek krajowy przyjęty w wykonaniu zobowiązań międzynarodowych mógłby jednak być usprawiedliwiony, gdyby ustalono, że organizacja zapewnia prawom podstawowym (co ma obejmować zarówno gwarancje materialne, jak i mechanizmy kontroli ich poszanowania) ochronę co najmniej równoważną ochronie konwencyjnej. Przez równoważność ochrony należy rozumieć porównywalność, a nie identyczność ochrony. Trybunał zwrócił też uwagę, że wszelkie wymogi zapewnienia ochrony identycznej mogłyby naruszać interes współpracy międzynarodowej realizowany w ramach organizacji. Podkreślił zarazem, że stwierdzenie równoważności ochrony jeszcze nie wystarcza. Konieczne jest jej weryfikowanie w świetle wszelkich istotnych zmian w ochronie praw podstawowych.

Jeżeli zostanie potwierdzone, że organizacja międzynarodowa zapewnia ochronę równoważną, należy przyjąć domniemanie, iż pań-

stwo szanuje wymogi konwencyjne, jeśli tylko wykonuje zobowiązania prawne wynikające z przystąpienia do organizacji. Domniemanie to jest wszelako wzruszalne, jeżeli wykaże się, że ochrona praw gwarantowanych EKPC jest oczywiście niedostateczna. W takim przypadku, rola Konwencji europejskiej jako dokumentu konstytucyjnego europejskiego porządku prawnego w dziedzinie praw człowieka uzyskałaby przewagę nad interesem współpracy międzynarodowej. Państwa-strony pozostają przy tym w pełni odpowiedzialne za wszelkie czyny niewynikające ściśle z zobowiązań prawnomiędzynarodowych. W rozstrzyganym przypadku ETPC orzekł, że spółka skarżąca nie wykazała, iż domniemanie zgodności należy wzruszyć²⁶.

2. Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej w świetle Traktatu z Lizbony

Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej wymagało wprowadzenia odpowiednich podstaw prawnych zarówno

²⁶ Formuła wyroku w sprawie *Bosphorus* była ostro krytykowana w publikacjach naukowych. Zob. L. F. M. Besselink, *The European Union and the European Convention on Human Rights after the Lisbon Treaty: From Bosphorus sovereign immunity to full scrutiny?*, *Social Science Research Network* 2008. Tekst: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1132788&rec=1&srcabs=1628552 Niezależnie jednak od tej krytyki do formuły *Bosphorus* Europejski Trybunał Praw Człowieka odwoływał się do niej kilka razy później. Zob. decyzje o dopuszczalności ETPC w sprawach: *Coopérative des agriculteurs de la Moyenne et coopérative latière Maine-Anjou v. Francja* z 10.10.2006 r. (na tle zarzutu naruszenia art. 1 pierwszego Protokołu dodatkowego wskutek wykonania rozporządzenia Rady z 1984 r. dotyczącego opłat w sektorze mleka i produktów mlecznych); *Et. Biret et Cie SA i spółka Biret International v. Austria, Belgia, Dania, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Irlandia, Luksemburg, Niemcy, Niderlandy, Portugalia, Szwecja, Włochy i Zjednoczone Królestwo* z 9.12.2008 r. (na tle naruszenia art. 1 pierwszego Protokołu dodatkowego wskutek wykonania przez państwa członkowskie dyrektyw Rady z 1988 r. zakazujących utylizacji niektórych substancji hormonalnych zawartych w importowanym mięsie). Zob. również wyrok Wielkiej Izby ETPC z 21.01.2011 r. w sprawie *M.M.S. v. Belgia i Grecja* (zarzuty naruszenia art. 2 i 3 Konwencji w następstwie wydalenia skarżącego Afgańczyka przez Belgię do Grecji, w której istniały wady w ochronie jednostki w procedurze azylowej pozwalające na dalsze wydalenie go do Afganistanu, co *prima facie* mieściło się w sferze regulowanej tzw. rozporządzeniem dublińskim i dyrektywami UE; Trybunał uznał, że działania Belgii nie wynikały ściśle z zobowiązań międzynarodowych powstałych wskutek transferu władzy na rzecz Unii Europejskiej, co powodowało, że domniemanie równoważnej ochrony nie znalazło zastosowania; § 323–361).

do unijnych traktatów założycielskich, jak i do Konwencji. Obydwie zmiany były z sobą nierozzerwalnie związane. W pierwszym przypadku chodziło nie tylko o stworzenie formalnych podstaw prawnych, ale także o przyznanie kompetencji Unii Europejskiej do zawarcia traktatu w dziedzinie, w której generalnie Unia kompetencji dotąd nie miała. W drugim przypadku sytuacja była *prima facie* o tyle prostsza, że wprowadzenie odpowiedniego postanowienia do EKPC miało jedynie otworzyć Konwencję na Unię Europejską.

2.1. Unijne podstawy prawne przystąpienia

Na mocy Traktatu z Lizbony wprowadzono podstawę prawną przystąpienia Unii Europejskiej do EKPC. Stał się nim art. 6 ust. 2 zrewidowanego TUE. Jego postanowienia rozwija Protokół nr 8, a dodatkowo oświetla deklaracja nr 2 włączona do Aktu końcowego Konferencji Międzyrządowej. Protokół nr 8 i deklaracja nr 2 określają zasady i bardziej konkretne warunki przystąpienia. Zostaną one omówione w paragrafach 3 i 4. Podstawy proceduralnoprawne przystąpienia określa art. 218, zwłaszcza ust. 6 i 8 TfUE. Będą one przedmiotem uwag w kolejnym podparagrafie.

2.1.1. Podstawy materialnoprawne przystąpienia Unii Europejskiej. Kompetencja akcesyjna Unii Europejskiej

Z ogólnej perspektywy przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej podstawowe znaczenie ma art. 6 ust. 2 TUE. Stanowi on, co następuje:

Unia przystępuje do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Przystąpienie do Konwencji nie narusza kompetencji Unii określonych w Traktatach²⁷.

²⁷ W oficjalnej wersji traktatu w j. polskim stwierdza się, że przystąpienie „nie ma wpływu na kompetencje Unii”. Jednak zarówno wersja w j. francuskim (*ne modifie pas*), jak i j. angielskim (*shall not affect*) podważają takie tłumaczenie i skłaniają do przyjęcia tłumaczenia bardziej kategorycznego.

Postanowienie to odgrywa podwójną rolę. Jest to zarówno postanowienie stanowiące podstawę prawną przystąpienia, jak i ogólne rozwiązanie w kwestii kompetencji Unii Europejskiej w tej materii. Art. 6 ust. 2 TUE formułuje zatem obowiązek przystąpienia Unii Europejskiej do EKPC. Obowiązek ten ma jednak miękką postać. Po pierwsze, *prima facie* wyraża ono obowiązek działania (nie przesądza jeszcze formy prawnej), lecz działanie to nie jest tylko uzależnione od aktywnej woli samej Unii, lecz także od akceptacji przystąpienia przez państwa-strony Konwencji niebędących członkami Unii Europejskiej. Po drugie, jakkolwiek obowiązek Unii znowu *prima facie* jest obowiązkiem rezultatu (Unia ma przystąpić do Konwencji), to jednak nie ustala się tutaj czasu, kiedy ma on zostać wypełniony, co jest co prawda zrozumiałe z uwagi na konsensualny charakter akcesji, lecz co zarazem sprawia, że zdarzenie to ma charakter przyszły i niepewny²⁸. Nie różni się ono w perspektywie ewentualnego ustalenia naruszenia zobowiązania od zobowiązania starannego działania.

²⁸ W tym kontekście niepozbawione sensu jest wskazywanie argumentów przemawiających za przystąpieniem Unii do Konwencji. W ten sposób zachował się Parlament Europejski, który w rezolucji z 19.05.2010 r. w sprawie aspektów instytucjonalnych przystąpienia Unii Europejskiej do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: rezolucja Parlamentu Europejskiego z 2010 r.), wymienił sześć argumentów na rzecz akcesji: 1) przystąpienie jest krokiem naprzód w procesie integracji europejskiej i w budowie unii politycznej; 2) akcesja stanowiła będzie wyraz dążenia do zapewnienia spójności między ochroną praw człowieka ustanowioną w Unii i w Radzie Europy, wzmacniając zarazem wiarygodność Unii w oczach państw trzecich; 3) z uwagi na znaczący transfer władzy ze strony państw członkowskich na rzecz Unii Europejskiej, pożądane jest stworzenie ochrony jednostce przed naruszeniami jej praw nie tylko ze strony państw członkowskich, ale także samej Unii; 4) przystąpienie przyczyni się do harmonijnego rozwoju orzecznictwa obu sądów europejskich w sferze praw człowieka, biorąc zwłaszcza pod uwagę rosnącą potrzebę dialogu i współpracy, co stworzy zintegrowany system, w którym działalność obu sądów będzie zsynchronizowana; 5) przystąpienie ma być też formą kompensaty ograniczenia właściwości Trybunału Sprawiedliwości w sferze wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa oraz polityki i polityki bezpieczeństwa (wewnętrznej) przez upoważnienie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do kontroli wszelkiej aktywności Unii Europejskiej; 6) przystąpienie nie zrodzi relacji hierarchii między sądami, które pozostaną wobec siebie autonomiczne; stosunek między nimi będzie raczej stosunkiem specjalizacji, przy czym Trybunał Sprawiedliwości będzie miał wobec Europejskiego Trybunału Praw Człowieka status zbliżony do krajowego sądu konstytucyjnego.

Art. 6 ust. 2 wymaga od Unii przystąpienia do Konwencji. Nie ma tutaj wzmianki, czy przystąpienie będzie możliwe w przypadku Euratomu, ani co do tego, czy obejmuje ono także na protokoły dodatkowe. W perspektywie kompetencyjnej nie jest jasne, czy uprawnienie Unii obejmuje wszystkie protokoły dodatkowe.

Ustalenie obowiązku przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji zakłada milczące istnienie kompetencji w tym zakresie. Postanowienie traktatowe przesądza też, że ta kompetencja nie zmienia istniejących kompetencji Unii. Oznacza to, że, po pierwsze, kompetencja akcesyjna jest kompetencją incydentalną, *ad hoc*. Wyczerpuje się ona w akcie przystąpienia. Ponadto Unia Europejska nie uzyskała kompetencji ogólnej w sferze przystępowania do traktatów z dziedziny praw człowieka²⁹. Po drugie, jest to incydentalna kompetencja o charakterze zewnętrznym. Nic nie upoważnia Unii do tworzenia prawa wewnętrznego w sferze regulowanej Konwencją, chyba że z innych kompetencji szczegółowych taka władza by wynikała. Po trzecie, nie jest jasny charakter kompetencji unijnej. Jednak jedno jest pewne, że jako kompetencja jednostkowa, zindywidualizowana nie mieści się w szczególności w żadnej z kategorii kompetencji określonych w art. 2–6 TfUE. Jednocześnie kompetencja ta nie zastępuje kompetencji państw członkowskich. Państwa członkowskie pozostają stronami Konwencji, a Unia nie zastępuje ich w organach Konwencji. Wynika z tego, że kompetencja Unii ma charakter równoległy, a konsekwencje skorzystania z niej mogą dotyczyć wyłącznie sfery unijnej. Przystąpienie może oddziaływać na państwa członkowskie tylko pośrednio, tj. przez prawo unijne. Po czwarte, jako indywidualna kom-

²⁹ Podobnie twierdzi Parlament Europejski. Zob. rezolucja Parlamentu Europejskiego z 2010 r., pkt 2. Za błędne uważam stanowisko, że możliwe jest przystąpienie do innych traktatów z dziedziny praw człowieka na podstawie postanowień szczegółowych (np. zakazujących dyskryminacji) czy klauzuli elastyczności z art. 352 TfUE. Tymczasem tak F.-X. Priollaud, D. Stritzky, *op. cit.*, s. 46. W moim przekonaniu klauzula art. 6 ust. 2 TUE stanowi wciąż *lex specialis* wobec formuły wyrażonej w opinii Trybunału Sprawiedliwości 2/94. Potwierdza to dodatkowo brak ochrony praw człowieka jako dziedziny kompetencji Unii w art. 3–6 TfUE. Trafnie na ten temat: F. Benoît-Rohmer, *Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne* [w:] E. Brosset, C. Chevallier-Govers, V. Edjaharian, C. Schneider (éditeurs), *Le traité de Lisbonne, reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles 2009, s. 158.

petencja o charakterze wyraźnym wyłącza odwoływanie się do art. 216 ust. 1 TfUE stanowiącego skodyfikowaną postać rozwijanych w orzecznictwie zewnętrznych kompetencji dorozumianych Unii Europejskiej.

2.1.2. Unijne proceduralne podstawy prawne przystąpienia do Konwencji europejskiej

Art. 6 ust. 2 TUE i protokół nr 8 nie regulują trybu przystępowania Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej. Oznacza to, że stosuje się w tej mierze ogólną procedurę przystępowania Unii Europejskiej do umów międzynarodowych, tj. art. 218 TfUE. W ten sposób decyzję o wszczęciu rokowań podejmuje Rada. Ona też jest właściwa do wydania instrukcji negocjacyjnych, a także później jest kompetentna do decydowania o podpisaniu i ostatecznym związaniu Konwencją. Negocjatorem unijnym Konwencji jest Komisja. To na jej wniosek Rada podejmie większością kwalifikowaną głosów decyzję o podpisaniu umowy akcesyjnej, jak również o jej zawarciu. Przy tym, w pierwszym przypadku, decyzja Rady będzie musiała być poprzedzona zgodą Parlamentu Europejskiego (ust. 6 lit. a/ii). Z kolei na zasadzie odstępstwa od art. 216 ust. 2 TfUE, zgodnie z którym umowa międzynarodowa zawarta przez Unię wiąże instytucje i państwa członkowskie, decyzja o zawarciu EKPC, podejmowana przez Radę jednomyślnie³⁰, wymaga dodatkowo zatwierdzenia przez państwa członkowskie, zgodnie z ich wymogami konstytucyjnymi. Dopiero wówczas decyzja taka wejdzie w życie (ust. 8). Wejście w życie decyzji, o której mowa, jednocześnie nie przesądza o wejściu w życie traktatu akcesyjnego. Traktat akcesyjny, mając na uwadze jego instytucjonalno-proceduralne konsekwencje, jako czynność wielostronna wymagał będzie akceptacji przez wszystkie strony Konwencji i Unię Europejską. Dopiero wówczas Konwencja stanie się wiążąca dla instytucji i państw członkowskich.

³⁰ Jak zauważa J.-C. Piris, wymóg jednomyślności wprowadzono dopiero podczas Konferencji Międzyrządowej z 2007 r. Nie istniał on w Traktacie konstytucyjnym (art. III-325). Inne stanowisko zajmował w tej sprawie Konwent, który opowiadał się za jednomyślnością w Radzie. J.-C. Piris, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge 2010, s. 164.

2.2. Konwencyjna podstawa przystąpienia Unii Europejskiej

Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji wymagało otwarcia tej ostatniej na organizacje międzynarodowe, a przynajmniej na Unię Europejską jako taką. Z uwagi na to, że obowiązek przystąpienia do Konwencji przewidziano już w Traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy z 29 października 2004 r. (dalej: Traktat konstytucyjny) odpowiednie prace w Radzie Europy podjęto równoległe z negocjowaniem traktatu konstytucyjnego. W ich następstwie 13 maja 2004 r. w Strasburgu podpisany został Protokół nr 14 do Konwencji europejskiej, zmieniający jej system kontrolny³¹. Protokół wszedł w życie 1.06.2010 r., po ratyfikowaniu go przez wszystkie państwa-strony Konwencji europejskiej.

Protokół z 2004 r. dotyczył zasadniczo modyfikacji niektórych aspektów systemu kontrolnego Konwencji w obliczu jego niewydolności. Przy okazji wprowadził on na mocy art. 17 do ostatniego postanowienia Konwencji, tj. art. 59 dotyczącego podpisania i ratyfikacji, ust. 2. Na mocy tego ustępu „Unia Europejska może przystąpić do niniejszej Konwencji”. Nie ustalono przy tym trybu akcesji, co mogłoby skłaniać do wniosku, że będzie to tryb klasyczny, tj. przystąpienie przez złożenie oświadczenia o wiązaniu się (wniosek z art. 59 ust. 1). Jednak konsekwencje przystąpienia związane z ustaleniem podmiotu odpowiedzialnego oraz konieczne dostosowania proceduralne od razu podawały taką opcję w wątpliwość.

Jednak postanowieniu art. 17 Protokołu z 2004 r. nie towarzyszyły żadne dalsze ustalenia. Nie wprowadzono też rozwiązań dostosowujących Konwencję, a zwłaszcza jej system ochronny, do sytuacji, kiedy kontroli zostanie poddany cały unijny porządek prawny. Było to zrozumiałe, gdyż traktat konstytucyjny stanowiący źródło inspiracji regulacyjnej nie wszedł w życie. Natomiast w sprawozdaniu wyjaśniającym do Protokołu podkreślono, że konieczne będą dalsze modyfikacje Konwencji w celu umożliwienia akcesji Unii Europejskiej w sensie prawnym i technicznym. Odwołując się do prac Komitetu Sterującego

³¹ Council of Europe Treaty Series nr 194. Dnia 12.05.2009 r. podpisano ponadto Umowę o tymczasowym stosowaniu niektórych postanowień Protokołu.

Rady Europy ds. Praw Człowieka zakończonych przed podpisaniem Protokołu nr 14 wskazano też, że odpowiednie zmiany będą mogły być wprowadzone za pośrednictwem protokołu dodatkowego lub umowy akcesyjnej (z preferencją dla tej ostatniej)³².

Modyfikacja art. 59 ust. 2 Konwencji okazała się wysoce ułomna. Potwierdzeniem tego jest to, że dopiero zrewidowany projekt umowy akcesyjnej³³ dokonuje zmiany podstawy przystąpienia (co samo w sobie jest rozwiązaniem prawniczo szokującym, gdyż na mocy umowy, zawieranej na mocy określonej podstawy prawnej, dochodzi jednocześnie do jej zmiany). W rezultacie proponowane postanowienie będzie znacznie odbiegało od istniejącego. Dopiero w nim (art. 59 ust. 2 lit. a i b) wskaże się, jak należy rozumieć klauzule akcesyjne w protokołach dodatkowych, a także to, że status Unii Europejskiej jako Wysokiej Umawiającej się Strony „zostanie dalej określony w Umowie w sprawie przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności” (*sic!!!*).

Znakomita większość państw-stron Protokołu nr 14 stosunkowo szybko ratyfikowała tę umowę (46 z 47 państw związało się nią do końca 2006 r.). Jedyne Rosja ociągała się z ratyfikacją. Ostatecznie dokonała jej 18.02.2010 r., krótko po wejściu w życie Traktatu z Lizbony. W ten sposób droga do przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej została otwarta.

2.3. Zasady kształtujące przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej

Regulacja art. 6 ust. 2 TUE ustanowiła obowiązek przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej. Jednak zasady i sposób jego wykonania zostały określone w postanowieniach protokołu nr 8 dotyczącego art. 6 ust. 2 TUE dołączonego przez Traktat z Lizbony do obu traktatów założycielskich³⁴ oraz w deklaracji nr 2 również doty-

³² Zob. punkty 101 i 102 sprawozdania wyjaśniającego.

³³ CDDH-UE(2011)10 z maja 2011 r. Zob. dalsze rozważania o aspekcie formalnym przystąpienia. Nie dotyczy to oczywiście art. 59 Konwencji.

³⁴ Na marginesie zauważmy, że Protokół nr 8 nie jest umową międzynarodową, lecz jedynie dokumentem składającym się na umowę międzynarodową. Inaczej A. Wyrozumska,

czącej art. 6 ust. 2 TUE. Jakkolwiek są to dokumenty wewnętrzne Unii, to jednak są one wiążące dla strony unijnej. W tym sensie określają one progowe warunki akcesji Unii Europejskiej.

Protokół nr 8 stanowi:

Artykuł 1. Umowa dotycząca przystąpienia Unii do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwanej dalej „Konwencją Europejską”), przewidzianego w artykule 6 ustęp 2 Traktatu o Unii Europejskiej, musi odzwierciedlać konieczność zachowania szczególnych cech Unii i prawa Unii, zwłaszcza w odniesieniu do:

- a) szczególnych warunków ewentualnego udziału Unii w organach kontrolnych Konwencji Europejskiej;
- b) mechanizmów niezbędnych do zapewnienia, aby skargi państw nieczłonkowskich i skargi indywidualne były kierowane prawidłowo przeciwko Państwu Członkowskim lub Unii, w zależności od danego przypadku.

Artykuł 2. Umowa, o której mowa w artykule 1, zagwarantuje, że przystąpienie nie narusza kompetencji Unii ani uprawnień jej instytucji. Zagwarantuje, że żadne jej postanowienia nie mają wpływu na szczególną sytuację Państw Członkowskich w odniesieniu do Konwencji Europejskiej, w szczególności protokołów do niej, środków podjętych przez Państwa Członkowskie w drodze odstępstwa od Konwencji Europejskiej zgodnie z jej artykułem 15 i zastrzeżeń do Konwencji Europejskiej dokonanych przez Państwa Członkowskie zgodnie z jej artykułem 57.

Artykuł 3. Postanowienia umowy, o której mowa w artykule 1, nie narusza artykułu 344 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Z kolei deklaracja nr 2 stwierdza:

Konferencja uzgadnia, że przystąpienie Unii do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności powinno nastąpić w taki sposób, aby można było zachować szczególny charakter porządku prawnego Unii. W związku z tym Konferencja stwierdza istnienie regularnego dialogu między Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej a Europejskim Trybunałem Praw Człowieka; dialog ten może zostać wzmocniony przy przystąpieniu Unii do tej Konwencji.

Z lektury dokumentów unijnych wynikają trzy podstawowe zasady przystąpienia:

Umocnienie ochrony praw podstawowych [w:] Traktat z Lizbony. Główne reformy ustrojowe Unii Europejskiej, Warszawa 2008, s. 179.

1. zasada akcesji traktatowej;
2. zasada poszanowania specyfiki Unii Europejskiej i jej prawa;
3. zasada autonomii akcesji.

Zgodnie z pierwszą z nich przystąpienie ma odbyć się w trybie zawarcia umowy o przystąpieniu Unii Europejskiej. Jest to założenie podstawowe widoczne we wszystkich postanowieniach Protokołu nr 8, chociaż wprost niewyartykułowane (nie pojawia się ono także w art. 6 ust. 2 TUE). W ten sposób przesądza się, że nie chodzi tutaj o „zwykłe” związanie się Konwencją (ratyfikację, jak chciałby tego art. 59 ust. 2 Konwencji), lecz o bardziej złożoną formę działania. Prawo unijne nie przesądza wszystkich elementów przyszłej umowy, lecz ewidentnie ma ona spowodować zmiany w samej Konwencji (co będzie reformą nietypową, biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę wyrażającą się w przyjmowaniu protokołów przez strony Konwencji, a bez udziału podmiotu trzeciego). W ten sposób umowa powinna przesądzić, że w przyszłych (zmodyfikowanych) postanowieniach Konwencji będzie zapewnione zachowanie specyfiki Unii i jej prawa. Umowa taka będzie z jednej strony podlegała zwyczajowym regułom prawa traktatów (Unia nie jest związana Konwencją wiedeńską o prawie traktatów z 1969 r.)³⁵, a z drugiej będzie ona poddana postanowieniom traktatowym i praktyce orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym umów międzynarodowych zawartych przez Unię Europejską.

Zasada poszanowania „szczególnych cech Unii i prawa unijnego” zyskała podstawę w art. 1 Protokołu nr 8, a także w deklaracji nr 2, jakkolwiek ta ostatnia domaga się jedynie zachowania „szczególnego charakteru porządku prawnego Unii”. Nie jest w pełni jasne, o co tutaj chodzi. Niewątpliwie jednak twórcy Traktatu z Lizbony mieli na uwadze to, że Unia jest organizacją, której państwa członkowskie przyznały w szeregu dziedzinach kompetencję do działania zamiast nich, co generalnie znajduje wyraz w ponadnarodowości. Dostrzec w tym miejscu można związek omawianej zasady z zasadą

³⁵ Chociaż Unia Europejska nie jest i nie może być stroną Konwencji z 1969 r., to zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości jest związana zwyczajowym prawem traktatów. Zob. C. Mik, *Zasada przestrzegania prawa międzynarodowego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i Sądu I Instancji* [w:] C. Mik (red.), *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej*, Toruń 2001, s. 261–264.

autonomiczności akcesji, gdyż poszanowanie ponadnarodowego charakteru Unii oznacza poszanowanie autonomii w sferze dystrybucji władzy wewnątrz niej. Z kolei za cechy specyficzne prawa unijnego w orzecznictwie luksemburskim uważa się przede wszystkim pierwszeństwo tego prawa przed prawem krajowym członków oraz skutek bezpośredni licznych przepisów unijnych w prawie krajowym (tak określona specyfika prawa Unii Europejskiej może być jednak dyskusyjna)³⁶. Protokół nr 8 określa też minimalny zakres, w jakim specyfika Unii i jej prawa powinna być uwzględniona. Wskazuje się zatem, że zachowanie specyfiki powinno znaleźć wyraz w:

1. szczególnych warunkach ewentualnego udziału Unii w organach kontrolnych Unii;
2. mechanizmach zapewniających prawidłowe kierowanie skarg państw nieczłonkowskich i skarg indywidualnych.

Trzecia z zasad, zasada autonomii akcesji, wyartykułowana została zwłaszcza w art. 2 i 3 Protokołu nr 8. Trzeba ją postrzegać w kilku płaszczyznach. Po pierwsze, w odniesieniu do wpływu związania się Konwencją przez Unię Europejską na zakres związania państw członkowskich Protokół postanawia, że związanie Unii dotyczy wyłącznie Unii jako takiej i jej prawa. W efekcie nie zastępuje ona swoich członków w prawach i obowiązkach stron Konwencji. W tym kontekście autonomia związania się wyraża się w szczególności w tym, że przystąpienie Unii do protokołu dodatkowego do Konwencji europejskiej nie zobowiązuje państw członkowskich do takiego przystąpienia, ani nie wymusza przestrzegania protokołu na podstawie akcesji samej Unii. Konsekwentnie państwa nie muszą wycofywać lub modyfikować zastrzeżeń złożonych do Konwencji czy poszczególnych protokołów. Zachowują też prawo stosowania derogacji zgodnie z art. 15 Konwencji. Po drugie, stworzony w przyszłej umowie mechanizm procesowy powinien zasadniczo umożliwić kierowanie skarg państw i jednostek odpowiednio (odrębnie) przeciwko Unii Europejskiej lub państwom członkowskim stosownie do tego, kto jest odpowiedzialny

³⁶ Tak jednoznacznie Trybunał Sprawiedliwości w opinii nr 1/91 z 14.12.1991 r. w sprawie projektu porozumienia o europejskim obszarze gospodarczym. ECR 1991, s. I-6079. Zob. też C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2000, s. 293.

za naruszenie, mając na względzie kompetencje posiadane przez Unię (art. 2). W tym przypadku jednak autonomia nie jest zupełna, gdyż nie jest wykluczone, że w konkretnych przypadkach odpowiedzialność Unii i jej państwa członkowskiego będzie jednak wspólna. Po trzecie, umowa akcesyjna ma przesądzić, czy Unia Europejska uzyska samodzielną, niezależną od państw członkowskich pozycję w organach kontrolnych Konwencji (jest wszakże skłonność do zapewnienia jej samodzielności). Po czwarte wreszcie, akcesja nie może naruszać zasady wyłącznej właściwości Trybunału Sprawiedliwości w sporach dotyczących wykładni lub stosowania traktatów (art. 3 protokołu). System unijny pozostaje autonomiczny walidacyjnie, interpretacyjnie i proceduralnie. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zachowa wyłączną władzę w zakresie oceny ważności, wykładni i stosowania prawa unijnego wewnątrz porządku prawnego Unii (zob. art. 19 ust. 1 TUE)³⁷.

2.4. Podstawowe aspekty przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej

Każda z wymienionych zasad wymaga rozwinięcia analitycznego, z którego wynikałyby konkretne warunki przystąpienia. Analizę taką można przeprowadzić w kilku zakresach. W ten sposób można mówić o następujących aspektach akcesji Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej:

1. aspekcie formalnym, który pozwoliłby pokazać dotychczasowy przebieg negocjacji oraz rozważyć charakter i zakres formalny umowy akcesyjnej;
2. aspekcie instytucjonalnym, który wiązałby się z ustaleniem miejsca Unii Europejskiej w systemie kontrolnym Konwencji;
3. aspekcie materialnym, w ramach którego refleksją można objąć charakter zobowiązań powstałych w wyniku przystąpienia Unii Europejskiej, a także problem jej odpowiedzialności w związku z jurysdykcją, jaką wykonuje;

³⁷ Podobnie F.-X. Priollaund, D. Stritzky, *op. cit.*, s. 46–47.

4. aspekcie proceduralnym, łączącym się z wnoszeniem skarg przez Unię Europejską i przeciwko niej (co łączy się z zagadnieniem przypisania odpowiedzialności) oraz biegiem postępowania.

2.4.1. Aspekt formalny przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej

Postępowanie akcesyjne rozpoczęto od ustalenia podmiotów negocjujących i mandatów negocjacyjnych niezbędnych do zawarcia umowy o przystąpieniu. Jeśli chodzi o stronę unijną, Rada Wymiaru Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych podjęła odpowiednią decyzję 4 czerwca 2010 r. Pełnomocnictwa do prowadzenia rokowań otrzymała Komisja Europejska. Z kolei w ramach Rady Europy decyzję w sprawie mandatu negocjacyjnego przyjął Komitet Delegatów Ministrów w decyzji z 26 maja 2010 r. Mandat *ad hoc* otrzymał Komitet Sterujący ds. Praw Człowieka. Oficjalne rokowania otwarto 7 lipca 2010 r. Uczynili to sekretarz generalny RE i komisarz UE. W praktyce negocjacje odbywają się między nieformalną grupą roboczą Komitetu Sterującego (liczącą 14 członków: 7 z państw-stron niebędących członkami UE i 7 spośród jej członków)³⁸ a Komisją Europejską. Nieformalna grupa robocza prowadzi także dialog z przedstawicielami społeczeństwa obywatelskiego, którzy przedkładają jej uwagi na temat dokumentów roboczych. Ponadto 17 stycznia 2011 r., w ramach dialogu między trybunałami europejskimi, odbyło się spotkanie delegacji ETPC i Trybunału Sprawiedliwości na temat przystąpienia Unii do Konwencji.

Na podstawie wstępnych dyskusji Sekretariat przygotował projekt umowy akcesyjnej, obejmującej preambułę i 13 artykułów, wraz z projektem sprawozdania wyjaśniającego i przedłożył je na 6 spotkaniu roboczym (15–18 marca 2011 r.)³⁹. Zrewidowany projekt umowy

³⁸ Do nieformalnej grupy roboczej należą: Armenia, Chorwacja, Czarnogóra, Norwegia, Rosja, Szwajcaria i Turcja jako państwa nieczłonkowskie oraz Finlandia, Francja, Łotwa, Niderlandy, Niemcy, Rumunia i Zjednoczone Królestwo jako państwa członkowskie Unii.

³⁹ Odpowiednio CDDH-UE(2011)04 i CDDH-UE(2011)05.

(dalej: ZPUA, zrewidowany projekt umowy akcesyjnej)⁴⁰ oraz sprawozdania wyjaśniającego (dalej: ZPSW) przedłożono następnie na 7 spotkaniu roboczym (10–13 maja 2011 r.)⁴¹. Wówczas także przedstawiono uwagi delegacji włoskiej do projektu porozumienia⁴². W szczególności wymienione dokumenty zrewidowane będą przedmiotem dalszej analizy.

Pierwszym jej elementem będzie ustalenie charakteru i zakresu formalnego umowy akcesyjnej. Pierwszą kwestią mającą znaczenie dla stosowania umowy jest to, czy umowa ma charakter wielostronny czy dwustronny. *Prima facie* sama natura traktatu o przystąpieniu może sugerować, że są dwie strony umowy: dotychczasowa i zainteresowana przystąpieniem. Jednak w tym przypadku wchodzi w grę raczej przyjęcie Unii do licznego grona stron Konwencji niż tworzenie swobodnego „bloku dotychczasowych stron” Konwencji. Nie jest to zatem umowa między państwami-stronami z jednej strony, a Unią Europejską, z drugiej. Nie ma tutaj zamiaru ustanowienia umowy dwustronnej. Co więcej, wszystkie dotychczasowe strony, łącznie z tymi, które są członkami Unii Europejskiej, staną się stronami umowy akcesyjnej. Także struktura i treść umowy nie odzwierciedlają jej dwustronnego charakteru. Uznanie umowy akcesyjnej za wielostronną pozwoliłoby wnosić do niej zastrzeżenia. Jednak art. 12 ZPUA zakazuje wnoszenia zastrzeżeń. Natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, aby do umowy były dołączane różnego typu deklaracje stron.

Niezależnie od charakteru umowy powstaje wątpliwość, czy stroną umowy będą państwa niebędące członkami Unii Europejskiej i Unia Europejska czy też wszystkie państwa-strony i Unia Europejska. To pierwsze stanowisko, wyrażane niekiedy w doktrynie⁴³, chociaż dostrzegające problem podwójnej akceptacji umowy (jako takiej przez państwa członkowskie i poprzez decyzję Rady) nie wydaje się trafne. W każdym razie nie wynika to ze zrewidowanego projektu umowy akcesyjnej, ani ze sprawozdania wyjaśniającego.

⁴⁰ CDDH-UE(2011)10.

⁴¹ CDDH-UE(2011)08. Tamże informacje na temat postępów negocjacji, punkty 8–14.

⁴² CDDH-UE(2011)09.

⁴³ Zob. A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 180.

Z punktu widzenia zakresu umowy akcesyjnej doniosłą kwestią jest to, jakimi protokołami dodatkowymi powinna związać się Unia Europejska. Parlament Europejski, który wyraził stanowisko polityczne w sprawie przystąpienia do Konwencji w rezolucji z 19 maja 2010 r. uznał, że Unia powinna przystąpić do wszystkich protokołów dodatkowych (pkt 4). Jednak biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę państw członkowskich wydaje się, że możliwe będzie przystąpienie tylko do tych protokołów dodatkowych, których stronami są wszystkie państwa członkowskie. Takie rozwiązanie jako co do zasady pewne wskazuje się także w zrewidowanym sprawozdaniu wyjaśniającym (komentarz do art. 1 – Zakres przystąpienia, zmieniającego art. 59 Konwencji, punkt 16). Stwierdza się tutaj, że wraz z Konwencją (i obowiązującymi protokołami ją modyfikującymi pod względem proceduralnym i instytucjonalnym, stanowiącymi podstawę prawną mechanizmu kontrolnego) Unia Europejska zwiąże się tylko dwoma protokołami materialnymi, tj. protokołami nr 1 i 6. Jednocześnie otwarta pozostać ma możliwość przystąpienia do innych protokołów (punkt 18 ZPSW).

Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej wymaga ustalenia stosunku do innych porozumień związanych z działaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (art. 10 ust. 1 ZPUA). W szczególności w postanowieniu zrewidowanego projektu umowy akcesyjnej przewiduje się, że Unia Europejska zobowiązuje się szanować⁴⁴ art. 1–6 Porozumienia europejskiego dotyczącego osób uczestniczących w postępowaniu przed ETPC z 5 marca 1996 r.⁴⁵ Dla potrzeb tego rozwiązania ustalono także, że państwa-strony mają traktować Unię Europejską tak, jakby była stroną Porozumienia (art. 10 ust. 1 lit. b). Oznacza to, że Unia nie będzie formalnie stroną Porozumienia. Nie będzie nim formalnie związana. Jednak na podstawie umowy akcesyjnej powstanie obowiązek przestrzegania jej art. 1–6 i w tym

⁴⁴ Wersja tego fragmentu postanowienia w j. francuskim zawiera formułę bardziej wyraziście (*L'Union européenne s'engage à respecter*) niż w j. angielskim (*The European Union shall respect*).

⁴⁵ Porozumienie jest nierozzerwalnie związane z systemem kontrolnym Konwencji. Weszło w życie 1.01.1999 r., *Council of Europe Treaty Series* nr 161.

zakresie Unia będzie traktowana jak strona Porozumienia⁴⁶. W praktyce oznacza to konieczność poszanowania wszystkich merytorycznych postanowień Porozumienia i jest, w moim przekonaniu, wyrazem niedostatecznego przygotowania normatywnego akcesji po stronie Rady Europy. Konsekwencją takiego rozwiązania jest też to, że Unia Europejska będzie jedynie konsultowana przed modyfikacją Porozumienia (ust. 1 lit. b). Natomiast Sekretarz Generalny Rady Europy jako depozytariusz Porozumienia ma notyfikować Unii Europejskiej o wydarzeniach związanych z Porozumieniem, tak jakby była ona jego stroną.

Depozytariuszem umowy akcesyjnej będzie Sekretarz Generalny Rady Europy. Jego funkcje są typowe dla takiej roli, tyle że uwzględniają konieczność notyfikacji czynności wiążących się z Konwencją, a dokonywanych przez jej strony, Unii Europejskiej (art. 13 ZPUA).

Umowy zawierane przez Unię Europejską wiążą instytucje Unii i państwa członkowskie (art. 216 ust. 2 TfUE). Stają się zarazem częścią unijnego porządku prawnego. W porządku tym umowy takie mają niewątpliwie rangę wyższą od prawa wtórnego, lecz jako zawierane na podstawie traktatów prawa pierwotnego nie są w stanie ich zmienić czy uchylić⁴⁷. Powstaje pytanie, jaki status będzie miała umowa akcesyjna i sama Konwencja. Jak wspomniano, Unia Europejska przystępuje do Konwencji europejskiej w sposób nietypowy, tj. nie przez oświadczenie woli o przystąpieniu do umowy, lecz na podstawie czynności konsensualnej, czyli odrębnej umowy. Ponadto, zgodnie z art. 218 ust. 8 TfUE, umowa ta musi być zaakceptowana jednomyślną decyzją Rady, a następnie zatwierdzona przez wszystkie państwa członkowskie (nie wspominając o państwach nieczłonkowskich). Stanowi to odstępstwo od reguły wyrażonej w art. 216 ust. 2 TfUE. W związku z tym rodzi się wątpliwość, czy wskutek zastosowania

⁴⁶ Art. 1–6 opisują prawa przedstawicieli i doradców stron postępowania, a także świadków, ekspertów i innych osób zaproszonych przez Prezesa ETPC do udziału w postępowaniu.

⁴⁷ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 482–486.

opisanej procedury umowa i Konwencja uzyskują status prawa pierwotnego⁴⁸.

Na rzecz takiej tezy zdaje się przemawiać to, że decyzja Unii Europejskiej o zawarciu umowy akcesyjnej musi być zatwierdzona przez wszystkie państwa członkowskie. Jednak stanowisko to jest nie-trafne. Po pierwsze, Konwencja europejska jest zawierana w procedurze przewidzianej dla umów międzynarodowych zawieranych przez Unię Europejską, a nie procedurze właściwej dla prawa pierwotnego (art. 48 czy 49 TUE). Oznacza to, że stroną umowy jest Unia Europejska, co prawda razem z państwami członkowskimi, a nie wyłącznie przez te państwa, co z kolei jest cechą charakterystyczną prawa pierwotnego. Po drugie, co jest konsekwencją punktu pierwszego, przystąpienie do Konwencji jest dokonywane na mocy decyzji Rady, a więc aktu prawa wtórnego. Jest wysoce wątpliwe, czy zawarcie umowy mocą aktu prawa wtórnego może sprawić, że umowa (akcesyjna i sama Konwencja) mogą uzyskać rangę prawa pierwotnego. Fakt, że decyzja ta podlega zatwierdzeniu przez wszystkie państwa członkowskie wynika nie z woli nadania jej statusu prawa pierwotnego, lecz z tego, że ogólna kompetencja Unii Europejskiej do zawierania umów międzynarodowych w sferze praw człowieka nie istnieje, lecz jest incydentalna, dotyczy tylko samej Konwencji europejskiej i nie jest dodatkowo oparta na kompetencji wewnętrznej w sferze praw człowieka (por. np. art. 3 ust. 2 TfUE). Po trzecie, Traktat wymaga akceptacji decyzji o zawarciu umowy akcesyjnej w trybie zatwierdzenia. Tryb ten odbiega od sposobu wiązania się umowami międzynarodowymi stanowiącymi prawo pierwotne (art. 48 ust. 4, art. 49 TUE).

Z chwilą wejścia w życie umowy akcesyjnej ona sama i Konwencja europejska staną się częścią unijnego porządku prawnego. Wraz z nim wejdą w skład porządków prawnych państw członkowskich (nawet w porządkach prawnych opartych na zasadzie dualizmu). W ten sposób Konwencja uzyska w tych państwach podwójny status prawny. Z jednej strony bowiem państwa członkowskie związały się

⁴⁸ Tak np. A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 180; Z. Kędzia, *Relacje między Europejską Konwencją Praw Człowieka a Kartą Praw Podstawowych po przystąpieniu Unii Europejskiej do Konwencji* [w:] J. Barcz (red.), *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 236–237.

Konwencją samodzielnie (wszystkie są jej stronami), a z drugiej Konwencja będzie częścią krajowego porządku prawnego jako element unijnego porządku prawnego z tym pierwszym zintegrowanego. W praktyce jednak nie wpłynie to na autonomię związania się Konwencją przez same państwa członkowskie. Konwencja europejska będzie zatem korzystała w ich porządku prawnym z takiego statusu, jaki posiadała przed akcesją Unii Europejskiej. Przy tym trzeba podkreślić, że przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji w żadnym razie nie będzie oznaczało jakiegokolwiek sukcesji państw członkowskich w odniesieniu do Konwencji (przystąpienie dotyczy wyłącznie Unii jako takiej i jej porządku prawnego).

2.4.2. Aspekt instytucjonalny przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej

Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej wymusza w systemie kontrolnym Konwencji w pierwszym rzędzie zmiany instytucjonalne. W toku prac nad projektem umowy akcesyjnej wyrażono przekonanie, że korekty istniejącego mechanizmu kontrolnego będą poddane zasadzie minimalizmu (punkt 7 ZPSW). Niemniej, w pewnym stopniu zgodnie z oczekiwaniami Unii Europejskiej wyrażonymi w Protokole nr 8 wprowadzonym Traktatem Lizbońskim, będą one dotyczyły wyboru sędziów (art. 7 ZPUA) i Komitetu Ministrów (art. 8).

W pierwszej kwestii art. 7 ZPUA przewiduje rozwiązanie istotnie bardzo minimalistyczne. Wskazuje się zatem, że delegacja Parlamentu Europejskiego będzie brała udział z głosem stanowczym w posiedzeniach Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy, gdy dokonuje ono wyboru sędziów ETPC. Przy tym liczba członków delegacji będzie równa najwyższej liczbie przedstawicieli państw członkowskich Rady Europy delegowanych do Zgromadzenia zgodnie z art. 26 Statutu Rady Europy (art. 7 ust. 1). Art. 7 ust. 2 wskazuje ponadto, że sposób udziału przedstawicieli Parlamentu Europejskiego w posiedzeniach Zgromadzenia i jego organów zostanie określony przez Zgromadzenie Parlamentarne w konsultacji z Parlamentem Europejskim. Wynikają z tego następujące wnioski:

1. Parlament Europejski nie będzie miał swoich stałych przedstawicieli w Zgromadzeniu Parlamentarnym, ani nawet nie będzie w nim stale reprezentowany; jego udział w pracach Zgromadzenia i jego organów będzie ograniczony wyłącznie do posiedzeń związanych z wyborem sędziów Trybunału strasburskiego;
2. jakkolwiek liczba delegatów Parlamentu Europejskiego będzie relatywnie wysoka (18 osób), to jednak będzie to znacząca mniejszość w ogóle członków Zgromadzenia; ich interesy niekoniecznie będą zbieżne z interesami poszczególnych państw, ani nawet nie muszą być wewnętrznie zgodne. W efekcie wpływ na wybór sędziów może być ograniczony;
3. Unia Europejska nie będzie miała swojego sędziego z mocy prawa, tak jak mają ich państwa członkowskie⁴⁹.

W odniesieniu do Konwencji europejskiej ważne funkcje wykonuje również Komitet Ministrów Rady Europy (Komitet Delegatów Ministrów). Stąd udział Unii Europejskiej w jego pracach wydaje się pożądany. Z kwestią tą koresponduje art. 8 ZPUA, który jednak nie wypowiada się wyraźnie na temat stałej obecności przedstawiciela Unii Europejskiej w Komitecie. Natomiast w jego myśl, Unia Europejska uczestniczy z głosem stanowczym w podejmowaniu decyzji dotyczących zmniejszenia liczby sędziów zasiadających w izbach Trybunału (art. 26 ust. 2 Konwencji), nadzoru nad wykonywaniem warunków porozumienia polubownego zawartego w toku postępowania przed ETPC (art. 39 ust. 4), nadzoru nad wykonywaniem wyroków ETPC, zwracania się do Trybunału z wnioskami o dokonanie wykładni wyroku, stwierdzenie niewykonania zobowiązania wynikającego z wyroku i podejmowania odpowiednich środków w razie ustalenia naruszenia (art. 46), składania wniosków o wydanie przez ETPC opinii doradczych (art. 47). Ponadto Unia Europejska ma na takich

⁴⁹ Inne rozwiązanie sugerowała Grupa Robocza II podczas przygotowywania Traktatu konstytucyjnego. Według niej, Unia Europejska będzie miała swojego sędziego, który przygotowywałby specjalne ekspertyzy dla Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na temat prawa unijnego. Była to propozycja nie w pełni objaśniona, lecz jej treść wydaje się trudna do zaakceptowania. Za posiadaniem własnego sędziego przez Unię Europejską wypowiedział się też po wejściu w życie Traktatu z Lizbony Parlament Europejski. Zob. rezolucja Parlamentu Europejskiego z 2010 r., pkt. 7.

samych zasadach brać udział w decyzjach Komitetu dotyczących przyjmowania protokołów dodatkowych lub poprawek do Konwencji europejskiej oraz dotyczących przyjmowania lub wykonywania jakiegokolwiek innego dokumentu lub tekstu skierowanego do stron Konwencji lub do ETPC bądź związanego z funkcjami wykonywanymi na mocy Konwencji przez Komitet Ministrów lub Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy (art. 8 ust. 1 ZPUA). W odniesieniu do wykonywania prawa głosu w stosunku do wyroków wydawanych przeciwko Unii Europejskiej (samodzielnie lub wspólnie z państwem członkowskim) mają być przyjęte odpowiednie reguły proceduralne Komitetu Ministrów. Powinny one zapewnić odpowiednie gwarancje pozwalające Unii na wykonywanie jej praw w taki sposób, aby nie naruszyło to efektywnego wykonywania funkcji nadzorczych przez Komitet Ministrów (ust. 2)⁵⁰.

Jako strona Konwencji europejskiej Unia Europejska będzie zobowiązana również wносить wkład finansowy na poczet kosztów związanych z działaniem systemu kontrolnego Konwencji. Do sprawy tej odnosi się art. 9 ZPUA. Postanawia on, że Unia będzie płaciła roczną składkę jako składkę dodatkową do tej, która jest płacona przez poszczególne państwa członkowskie. Składka ma być ustalana corocznie, według zasad opisanych w art. 9 ust. 1 i 2 ZPUA⁵¹. Przez koszty działania Konwencji rozumie się tutaj koszty działania ETPC, kontroli wykonywania wyroków Trybunału, a także koszty głównych organów Rady Europy w zakresie, w jakim Konwencja powierza im wykonywania różnych funkcji, wreszcie koszty administracyjne w wysokości 15% ogólnych kosztów administracyjnych. Praktyczne uzgodnienia w tej dziedzinie mają być przedmiotem odrębnej umowy między Radą Europy a Unią Europejską. Zauważyć w tym miejscu trzeba, że chociaż płatność Unii Europejskiej będzie pochodziła formalnie z jej

⁵⁰ Treść i redakcja tego postanowienia nie są jeszcze ostatecznie przesądzone. Kwestii tej dotyczy alternatywnie sformułowany projekt załącznika do umowy akcesyjnej. Załącznik IV do sprawozdania z posiedzenia majowego nieformalnej grupy roboczej zawiera ponadto projekt reguł, które miałyby być dodane w tej materii. Przewiduje się jednak tu rozwiązania alternatywne, co pokazuje, że zagadnienie to spotyka się z rozbieżnymi ocenami.

⁵¹ Zob. też punkty 67–72 ZPSW.

budżetu, to jednak w rzeczywistości to państwa członkowskie będą zasadniczo nią obciążone. Budżet Unii Europejskiej bowiem w coraz wyższym stopniu stanowią składki państw członkowskich⁵².

W kontekście analizy kwestii instytucjonalnych zawartych w zrewidowanym projekcie umowy akcesyjnej warto jeszcze wspomnieć, że na takiej samej zasadzie, jak w przypadku Porozumienia dotyczącego osób uczestniczących w postępowaniu przed ETPC, zrewidowany projekt umowy akcesyjnej przewiduje, że Unia Europejska zobowiązana będzie przestrzegać Porozumienia ogólnego w sprawie przywilejów i immunitetów Rady Europy z 2 września 1949 r., Protokołu z 6 października 1952 r. oraz Szóstego protokołu do Porozumienia ogólnego z 5 marca 1996 r. (art. 10 ust. 2 i 3 ZPUA)⁵³. Traktaty te przewidują – w pewnym uproszczeniu – przywileje i immunitety samej Rady Europy, przedstawicieli państw w Komitecie Ministrów i Komitecie Delegatów Ministrów, deputowanych zasiadających w Zgromadzeniu Parlamentarnym i ich zastępców, przedstawicieli państw przy Radzie Europy, funkcjonariuszy Rady Europy, a także sędziów i członków ich rodzin oraz funkcjonariuszy ETPC.

2.4.3. Aspekt materialny przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej

Konwencja europejska jest traktatem gwarancji zbiorowej, który co prawda ustanawia stosunki prawne między stronami (co znajduje wyraz m.in. w możliwości składania skarg przez strony na siebie, art.

⁵² W budżecie 2011 r. stanowią one ok. 2/3 wszystkich dochodów własnych (ponad 94 mld euro wobec 125 mld euro całości zasobów). Prawdą jest zarazem, że poszukuje się nowych źródeł zasobów własnych. Jako propozycje rozważa się ustanowienie podatku, opłaty związane z zezwoleniami na emisje gazów ciepłarniach czy transportem lotniczym, odrębną unijną stawkę VAT, unijny podatek energetyczny czy podatek od dochodów spółek, a nawet obligacje unijne. Zob. *General Report on the Activities of the European Union 2010*, Luxembourg 2011, s. 129. Spełnienie postulatów Komisji Europejskiej zwłaszcza o charakterze podatkowym w dobie kryzysu globalnego wydaje się jednak bardzo ryzykowne, gdyż stanowiłoby wzrost obciążeń przedsiębiorstw lub konsumentów, które w uboższych państwach członkowskich i tak są już bardzo wysokie. Rezultatem mogłoby być jedynie wzrost nastrojów antyunijnych.

⁵³ Umowy te weszły w życie odpowiednio: 10.09.1952 r. (*Council of Europe Treaty Series* nr 2), 1.11.1998 r. (*Council of Europe Treaty Series* nr 162).

33 EKPC), ale przeznaczony jest przede wszystkim w celu zapewnienia rzeczywistej i efektywnej ochrony jednostce. W przypadku zobowiązań międzypaństwowych ważne jest to, że Konwencja nie ustanawia sieci zobowiązań dwustronnych, jak w przypadku tradycyjnych traktatów wielostronnych (mimo możliwości składania zastrzeżeń, art. 57 EKPC), lecz zobowiązania *erga omnes partes*. Praktycznym wyrazem takiego układu stosunków prawnych jest to, że strony mogą składać na siebie skargi bez wykazywania interesu prawnego w działaniu (np. nie muszą działać na rzecz swoich obywateli)⁵⁴.

Wskutek przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji zaktualizują się jej zobowiązania wobec państw-stron, będących zarówno państwami członkowskimi, jak i państwami nieczłonkowskimi. Mając na uwadze, że zobowiązania konwencyjne są skuteczne *erga omnes partes*, Unia Europejska będzie mogła występować z roszczeniami przeciwko państwu nieczłonkowskiemu niezależnie od tego, czy ma interes prawny w działaniu. Zarazem jej roszczenia będą skutecznie podnieszone tylko wtedy, gdy będą mieściły się w zakresie jej kompetencji.

Z chwilą przystąpienia do Konwencji Unia Europejska uzyska pozycję Wysokiej Układającej się Strony (zob. art. 1 ust. 2 lit. b, d ZPUA). Założeniem towarzyszącym akcesji jest zachowanie równości wszystkich stron Konwencji, w tym zatem także Unii Europejskiej. Unia jako strona Konwencji ma korzystać z tych samych praw i być zobowiązaną do wykonywania tych samych obowiązków, co państwa-strony. Jednak zasada równości musi być urzeczywistniana z należyty uwzględnieniem charakteru Unii jako podmiotu niepaństwowego (pkt 7 ZPSW). Oznacza to, że równość jest funkcjonalnie zorientowana. Istnieje tylko w takim zakresie, w jakim Unia może – z racji swoich kompetencji – występować jako strona Konwencji i tylko o tyle, o ile jest to do pogodzenia z faktem, że nie jest państwem⁵⁵. Duże zna-

⁵⁴ C. Mik, *Koncepcja normatywna...*, s. 185–193; tenże, *Ochrona praw człowieka w świetle źródeł współczesnego prawa międzynarodowego* [w:] C. Mik (red.) *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, Toruń 2005, s. 63–65.

⁵⁵ W doktrynie niejednokrotnie podnosi się nie bez racji, że przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji nie może prowadzić do stworzenia podwójnych standardów. Zob. L. Garlicki, *Przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – przygotowania i Problemy, Europejski Przegląd Sądowy* 2011, nr 1, s. 16; Z. Kędzia, *op. cit.*, s. 240–241. Jednak ocena tego, czy w konkretnych sytuacjach mamy do czynienia z podwójnymi standardami

czenie w tym kontekście będzie miało też to, że niektóre dziedziny są kompetencyjnie podzielone, a w innych Unia nie ma kompetencji legislacyjnych (zob. art. 2–6 TfUE). W efekcie może zdarzyć się nierzadko tak, że Unia Europejska będzie stroną zobowiązania razem z państwem lub państwami członkowskimi.

Podstawowe znaczenie w systemie konwencyjnym mają zobowiązania wertykalne, tj. zobowiązania istniejące między jednostką podlegającą jurysdykcji strony Konwencji a tą stroną. Unia Europejska będzie mogła być nie tylko odpowiedzialną za naruszenie tych zobowiązań (zob. też akapit 5 preambuły do ZPUA), ale będzie mogła także dopominać się o przestrzeganie zobowiązań wertykalnych przez państwa niebędące jej członkami.

Unia Europejska jako strona Konwencji będzie zobowiązana do zapewnienia każdej osobie podlegającej jej jurysdykcji ochrony praw i wolności zawartych w Konwencji i protokołach, którymi się zwiąże (zob. art. 1 EKPC). Odniesienie pojęcia „jurysdykcja” do Unii Europejskiej nie jest bynajmniej w pełni oczywiste. Z pewnością chodzi o rodzaj władzy, jaką Unia może wykonywać wobec jednostek czy władzy, która może wpływać na położenie prawne jednostek. Władza ta jednak nie jest terytorialna (jurysdykcja państw jest zasadniczo terytorialna, lecz organizacje międzynarodowe nie dysponują terytorium). Ponadto, w granicach posiadanych kompetencji, stanowi ona przedłużenie jurysdykcji państw członkowskich. Na przykład jeśli państwo członkowskie wykonuje jurysdykcję poza terytorium państwowym, jak choćby na szelfie kontynentalnym lub w wyłącznej strefie ekonomicznej, to z racji posiadanych kompetencji morskich Unia Europejska może odpowiadać za naruszenia wynikające z jej prawa. Ponadto Unia Europejska może wykonywać jurysdykcję zarówno w państwach członkowskich, jak i poza nimi, nie zawsze w związku z zachowaniami państw⁵⁶. W ten sposób za wykonywanie jurysdykcji „ekstraterytorialnej” można uznać działalność Europejskiej Służby Działania Zewnętrzznego, delegacji Unii Europejskiej, jej specjalnych przedstawi-

musi właśnie uwzględnić to, że Unia Europejska jest organizacją międzynarodową, a nie państwem.

⁵⁶ Zob. podobne stanowisko zawarte w rezolucji Parlamentu Europejskiego z 2010 r., pkt 14 i 22.

cieli, a także misji podejmowanych w ramach wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa.

Projektowany art. 1 ust. 2 lit. c ZPUA stwierdza, że przystąpienie Unii do Konwencji nakłada na nią zobowiązania w odniesieniu do aktów (czynów), środków lub zaniechań działania jej instytucji, organów, urzędów, agencji lub osób działających w jej imieniu. Postanowienie to należy odczytywać w powiązaniu z art. 1 EKPC. W ten sposób bowiem wyartykułowano i skonkretyzowano jurysdykcję Unii Europejskiej. Oznacza ona zatem odpowiedzialność za działania (akty – czyny, środki) i zaniechania działania, które stanowią naruszenie Konwencji i które można przypisać Unii Europejskiej w rozumieniu jej instytucji, organów, urzędów, agencji i osób działających w imieniu Unii. Źródłem naruszenia może być więc działanie każdej instytucji – tak mającej kompetencje władcze, jak np. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, czy jej nieposiadającej (np. Trybunał Obrachunkowy, Rzecznik Praw Obywatelskich, agencja niemająca charakteru regulacyjnego, chyba że wymagały będą działania krajowego, jak dyrektywy, z zastrzeżeniem, że pozostawią one swobodę regulacyjną państwu członkowskiemu). Unia poniesie odpowiedzialność nie tylko wtedy, gdy będzie postępowała w granicach swoich kompetencji, ale także *ultra vires*. Unia Europejska będzie mogła także powoływać się na różne okoliczności wyłączające lub umniejszające jej odpowiedzialność tak, jak państwa-strony Konwencji (np. art. 15 czy art. 8–11 Konwencji w związku z art. 1 ust. 2 lit. e ZPUA).

Unia Europejska będzie zobowiązana do zapewnienia praw i wolności każdej osobie, która znajdzie się pod jej jurysdykcją. Pojęcie „każda osoba” wymaga pewnego komentarza. Chodzi tutaj oczywiście przede wszystkim o osoby fizyczne. Osoby prawne wchodzi w grę o tyle, o ile jest to wyraźnie dopuszczone (art. 1 Protokołu nr 1) lub daje się to pogodzić z naturą prawa lub wolności gwarantowanego w systemie konwencyjnym (np. art. 6 EKPC). Z uwagi na nieterytorialny charakter władzy Unii pod rozważę mogą być brane tylko takie osoby, które są obiektem zachowania Unii. Wchodziło będzie tutaj zwłaszcza działanie przybierające kształt aktów prawnych, w szczególności aktów indywidualnych, tj. takich, których adresatami są osoby fizyczne lub prawne, a ponadto także osoby niebędące adresa-

tami, ale dotknięte indywidualnie i bezpośrednio. Ponadto w grę mogą wchodzić akty normatywne i to nie tylko o charakterze regulacyjnym w rozumieniu art. 263 TfUE (jednostka może składać na nie skargi do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej), ale także akty normatywne niezaskarżalne przez jednostkę do sądów luksemburskich, które jednak – podobnie jak ustawy państw-stron – mogą być autonomicznym źródłem naruszenia praw lub wolności. Podkreślić też trzeba, że osobami tymi nie muszą być obywatele Unii Europejskiej czy osoby prawne mające przynależność państwa członkowskiego. Wystarczy, że będą podlegały jurysdykcji Unii Europejskiej, także wykonywanej poza terytorium państw członkowskich⁵⁷.

Unia Europejska może modyfikować zakres swoich zobowiązań (i odpowiedzialności) przez złożenie odpowiednich zastrzeżeń w chwili podpisywania lub wyrażania zgody na związanie się umową akcesyjną (art. 3 ust. 1 ZPUA). W tym także uwidacznia się równość stron Konwencji. Przy tym zmieniany art. 57 ust. 1 Konwencji pozwoli Unii na składanie zastrzeżeń w celu ochrony prawa unijnego obowiązującego w chwili wiązania się Konwencją (lub kolejnymi protokołami dodatkowymi). Jest to o tyle prawniczo wadliwe rozwiązanie, że modyfikacja konwencyjnej podstawy prawnej pozwalająca Unii na składanie zastrzeżeń odbywa się w umowie akcesyjnej, która ma być formą związania się Konwencją (zmiany należało dokonać w protokole nr 14 do Konwencji).

2.4.4. Aspekt proceduralny przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej. Problemy przypisania odpowiedzialności za naruszenie Konwencji

Akcesja Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej nieuchronnie wymusza także przyjęcie pewnych rozwiązań o charakterze proceduralnym. Na potrzebę zmian wskazywał lizboński Protokół nr 8, stwierdzając konieczność stworzenia mechanizmów pozwalających właściwie pod względem podmiotowym kierować skargi. Oczekiwanie to zostało spełnione przez wprowadzenie do art. 36 EKPC mocą

⁵⁷ Zob. rezolucja Parlamentu Europejskiego z 2010 r., pkt 25.

umowy akcesyjnej mechanizmu współobrony (art. 4; ang. *co-respondent mechanism*; fr. *mécanisme de codéfendeur*; mechanizm ten nie jest jeszcze w pełni ukształtowany)⁵⁸. Wszakże można podnosić, że nie jest on w pełni zadowalający i nie wyczerpuje wszystkich problemów proceduralnych związanych z przystąpieniem. W każdym razie zagadnienia proceduralne można rozważać w odniesieniu do oceny dopuszczalności skargi, zawierania porozumienia polubownego, wydania wyroku stwierdzającego naruszenie zobowiązań konwencyjnych i przyznającego zadośćuczynienie, wreszcie wykonania wyroku.

Z punktu widzenia podmiotu wnoszącego skargę podstawowe znaczenie ma stwierdzenie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka dopuszczalności skargi. W przypadku skarg wnoszonych przez stronę Konwencji ma to na tyle poważne znaczenie, że zrewidowany projekt umowy akcesyjnej przewiduje korektę art. 29 EKPC polegającą na tym, że w przypadku, gdy skarżącym lub podmiotem zaskarżonym jest państwo-strona bądź Unia Europejska orzekać miałyby zawsze izba. Takiego ograniczenia nie ma w przypadku skarg indywidualnych.

Skarga powinna być zawsze wniesiona przeciwko właściwemu podmiotowi. W rozważanym przypadku może to być państwo członkowskie Unii Europejskiej, Unia Europejska jako taka, bądź wspólnie państwo członkowskie (państwa członkowskie) i Unia Europejska. Problemem jest wszakże dopuszczalność wnoszenia skarg przez państwa członkowskie przeciwko sobie oraz przez i przeciwko Unii Europejską w stosunku do państw członkowskich.

Materii tej dotyczy art. 6 ust. 2 ZPUA. Wynika z niego, że art. 55 Konwencji, zastrzegający wyłączną właściwość Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze orzekania o wykładni i stosowaniu Konwencji europejskiej, nie może być uważany za wykluczający działanie art. 344 TfUE (taki jest też cel art. 3 Protokołu nr 8). Z kolei art. 344 TfUE zastrzega wyłączną właściwość Trybunału Sprawiedliwości w sporach między państwami członkowskimi co do wykładni lub stosowania traktatów. Traktaty rozumiane są przy tym szeroko, jako

⁵⁸ Idea stworzenia takiego mechanizmu pojawiła się w pracach Komitetu Sterującego Praw Człowieka Rady Europy jeszcze w 2002 r. Zob. T. Lock, *EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg*, „European Law Review” 2010, vol. 35, nr 6, s. 785.

całość prawa unijnego, łącznie z umowami ważnie zawartymi przez Unię. Czy oznacza to, że w związku z tym, że Konwencja staje się częścią unijnego porządku prawnego, państwa członkowskie nie mogą występować przeciwko sobie do Trybunału strasburskiego tocząc spory dotyczące praw i wolności zawartych w Konwencji? Według autorów zrewidowanego projektu sprawozdania wyjaśniającego, tak będzie. Co więcej, będzie to dotyczyło skarg, których stroną będzie Unia Europejska (pkt 57)⁵⁹. Bezwzględna niedopuszczalność takich skarg międzypaństwowych oznaczałoby jednak regres w stosunku do obecnego stanu prawnego i kłóciłoby się z zasadą autonomii akcesji. Wydaje się więc, że takie skargi będą wyłączone tylko w zakresie, w jakim spór dotyczyłby traktatów założycielskich Unii i prawa na nich opartego. W sprawach nieobjętych prawem unijnym państwa nadal będą mogły wnosić skargi przeciwko sobie. Konwencja europejska będzie bowiem częścią prawa unijnego tylko funkcjonalnie, tj. w powiązaniu z korespondującymi z nią kompetencjami Unii Europejskiej. Poza tym nic nie wskazuje na to, aby art. 344 TfUE obejmował swoim zakresem także Unię Europejską. Bardziej jednoznaczną propozycję regulacji przedstawiły Włochy, które zaproponowały wyraźne i generalne wyłączenie skarg między państwami członkowskimi i między nimi a Unią Europejską, co jednak wydaje się rozwiązaniem zbyt radykalnym.

Stronę odpowiedzialną wskazuje skarżący. Jednak to Europejski Trybunał Praw Człowieka, badając dopuszczalność skargi, będzie musiał rozstrzygnąć, czy skarga skierowana jest przeciwko właściwemu podmiotowi. Jego decyzja w tej kwestii będzie ostateczna. Oznacza to, że Trybunał strasburski będzie pośrednio decydował o zakresie kompetencji Unii Europejskiej. Aby zminimalizować niepożądane skutki jego nieprawidłowej oceny umowa wymaga jednak od Trybunału ustalenia, kto wykonuje jurysdykcję w odniesieniu do konkretnej sprawy. Trybunał nie będzie w tym kontekście formalnie dysponował prawem modyfikacji układu kompetencji wynikającego z traktatów założycielskich, ani też „przypozwania” państwa człon-

⁵⁹ Tak też, traktując sprawę skarg dotyczących Unii Europejskiej jako oczywistą, T. Lock, *op. cit.*, s. 795–797.

kowskiego lub Unii Europejskiej. Będzie mógł jedynie orzec o niedopuszczalności lub dopuszczalności skargi. Ustalenie takie nie będzie łatwe nie tylko z tego powodu, że kompetencje Unii są zasadniczo niewyłączne, ale także dlatego, że są to tak kompetencje wyraźne, jak i dorozumiane. Wreszcie mogą one mieć charakter uzupełniający (art. 352 TfUE). Ustalenie istnienia kompetencji unijnych, wobec także nie zawsze jasnego i niedającego pełnego obrazu orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, może okazać się zadaniem niezwykle trudnym do wykonania. W każdym razie jeśli Trybunał skargę dopuści, mimo braku kompetencji określonego podmiotu zaskarżonego, to może powstać poważny problem w sferze kompetencyjnej Unii. Z drugiej strony trudno uznać, że zarzut braku jurysdykcji *ratione personae* miałby bezwzględnie wiązać Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Środkiem zmniejszającym ryzyko wydania wadliwego pod względem podmiotowym rozstrzygnięcia ma być mechanizm współobrony przewidziany w art. 4 ZPUA. Zgodnie z nim możliwe będzie przyłączenie się przez państwo członkowskie (państwa członkowskie) lub Unię Europejską do postępowania w charakterze podmiotu współzaskarżonego. Przyłączenie to może nastąpić wyłącznie na wniosek zainteresowanej strony Konwencji, w okolicznościach określonych w art. 4 ZPUA i na podstawie decyzji o dopuszczalności takiego wniosku przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (art. 36 EKPC, art. 4 ust. 5 ZPUA). Wniosek musi być uzasadniony (pkt 40 ZPSW). Europejski Trybunał Praw Człowieka nie będzie zatem mógł orzec w tej sprawie z urzędu. Ponadto możliwość przyłączenia się powstanie wyłącznie wobec skarg wniesionych po wejściu w życie umowy akcesyjnej (art. 4 ust. 8 ZPUA, pkt 50 ZPSW). Chociaż Trybunał strasburski nie będzie mógł działać *ex officio*, będzie wszakże mógł pośrednio oddziaływać na układ kompetencji w Unii Europejskiej. Trybunał, przed wydaniem decyzji, będzie zobowiązany wysłuchać poglądów wszystkich stron postępowania, lecz nie będzie nimi w żaden sposób związany (art. 4 ust. 5 ZPUA). Decyzja pozytywna spowoduje, że wnioskodawca stanie się stroną sporu (zmieniany art. 36 ust. 4 EKPC). Oznacza to, że rozstrzygnięcia co do meritum będą wiążące także dla współzaskarżonego (zob. pkt 31 ZPSW). Uzyskany status odbiegał

będzie zatem istotnie od statusu interwenienta, który nie będąc stroną sporu, nie jest związany rozstrzygnięciem⁶⁰.

Mechanizm współbronny może być aktualny w każdej konfiguracji, tj. zarówno wtedy, gdy zaskarżone zostało jedno lub więcej państw członkowskich, Unia Europejska, niektóre państwa członkowskie i Unia Europejska. Jednak Unia Europejska może przyłączyć się do postępowania skierowanego przeciwko państwom członkowskim tylko wówczas, gdy „wydaje się, że takie twierdzenie [naruszenia] podaje w wątpliwość zgodność z danymi prawami chronionymi Konwencją przepisu prawa Unii Europejskiej” (art. 4 ust. 2, nie w pełni zaakceptowany). Oznacza to, że Unia Europejska będzie mogła przyłączyć się do sprawy tylko wtedy, gdy naruszenie może wynikać z prawa unijnego wydanego na podstawie traktatów (zasadniczo prawo wtórne, ale także umowy międzynarodowe zawarte przez Unię Europejską), a nie z prawa pierwotnego⁶¹. Z kolei państwa członkowskie będą mogły przyłączyć się do skargi wówczas, gdy wątpliwość będzie odnosiła się do traktatów założycielskich lub innych postanowień mających tę samą moc prawną (np. art. 48 ust. 6 TUE, Karta praw podstawowych – art. 6 ust. 1 TUE). Rozwiązanie to wydaje się logiczne, skoro za akty prawa wtórnego odpowiada Unia Europejska, a za tworzenie prawa pierwotnego państwa członkowskie. W przypadku, gdy skarga skierowana jest zarazem przeciwko państwom członkowskim i Unii Europejskiej możliwa jest zmiana statusu ze strony zaskarżonej na współzaskarżoną (art. 4 ust. 4 ZPUA). Różnica statusu w tym wypadku nie jest jednak jasna.

Rozwiązania proponowane w ramach mechanizmu współbronny (art. 4 ust. 2 ZPUA) nie są w tej perspektywie w pełni satysfakcjonujące. Sporo problemów może powstawać zwłaszcza w przypadku skierowania skargi przeciwko państwu członkowskiemu, gdy działa ono w wykonaniu lub zastosowaniu prawa unijnego. Rozróżnić trzeba

⁶⁰ W zrewidowanym projekcie sprawozdania wyjaśniającego zwraca się uwagę, że status interwenienta, o którym mowa w art. 36 EKPC, będzie dla Unii Europejskiej najbardziej właściwym sposobem zaangażowania się w spór (pkt 36).

⁶¹ Zob. też argumentację na rzecz możliwości zaskarżania Unii Europejskiej z uwagi na naruszenie Konwencji przez prawo pierwotne Unii, która jednak jest nieprzekonywająca. T. Lock, *op. cit.*, s. 783.

tutaj kilka przypadków. Z pierwszym z nich mamy do czynienia w przypadku rozporządzeń unijnych. Państwo członkowskie jest w swoim obowiązku związane w takim znaczeniu, że nie stanowi własnych aktów prawnych wykonawczych (poza stworzeniem „obudowy” normatywnej), lecz jedynie wydaje akty stosowania prawa. Uchylenie rozporządzenia pozbawia znaczenia zarówno krajowe akty normatywne wydane w związku z nim, jak i (zwłaszcza) akty stosowania prawa. Ponadto państwo członkowskie nie dysponuje marginesem oceny. Wówczas podmiotem przeciwko któremu skarga powinna być wniesiona jest Unia Europejska. W przypadku dyrektyw dokonujących harmonizacji maksymalnej bądź sztywnej państwo członkowskie musi wydać akty wykonawcze, lecz nie dysponuje marginesem swobody. Niemniej, usunięcie dyrektywy niekoniecznie musi oznaczać usunięcie aktów krajowych wydanych na jej podstawie. Stąd też skarga powinna być kierowana wspólnie przeciwko Unii Europejskiej i państwu członkowskiemu/państwom członkowskim. Z kolei, gdy państwo członkowskie jest zobowiązane podjąć określone działania w wyniku wiążącego aktu Unii, lecz dysponuje marginesem swobody, to odpowiedzialność państwa członkowskiego i Unii Europejskiej powinna być wspólna, pod warunkiem że samo przyznanie marginesu swobody bądź wybór w jego ramach stanowił będzie przesłankę naruszenia Konwencji. Gdy Unia Europejska będzie jedynie zalecała lub upoważniała państwo do działania, to odpowiedzialność państwa członkowskiego i Unii Europejskiej powinna być wspólna, pod warunkiem, że państwo członkowskie zastosuje się do zalecenia lub skorzysta z upoważnienia⁶². Natomiast, gdy państwo członkowskie, niezależnie od tego, jaki będzie obowiązek sformułowany przez Unię Europejską, wykroczy poza ten obowiązek (*ultra vires*) i w ramach tego przekroczenia dokona naruszenia Konwencji powinno odpowiadać samodzielnie. Podobnie powinno być wówczas, gdy państwo członkowskie podjęło działania w sferze pozostawionej przez prawodawcę

⁶² Co do potrzeby skargi skierowanej zarazem przeciwko państwu członkowskiemu, jak i Unii Europejskiej zob. także F. Benoît-Rohmer, *op. cit.*, s. 161. Por. też art. 16 projektu Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego na temat odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej organizacji międzynarodowej. Tekst: http://untreaty.un.org/ilc/sessions/61/2009_RIO_articles_and_commentaries%28e%29.pdf

unijnego (zwłaszcza kazus harmonizacji minimalnej, gdy państwo działa ponad regulacją unijną).

Sporym ułatwieniem w ocenie prawidłowości kierowania skarg (tak dla skarżących, jak i dla Europejskiego Trybunału Praw Człowieka) byłaby niewątpliwie deklaracja dotycząca podziału kompetencji między Unię Europejską a państwa członkowskie. Nawet jeśli uznamy, że zadanie to jest niezwykle złożone, to jednak przynajmniej kierunkowo należałoby doprecyzować i uzupełnić katalog kompetencji z art. 2–6 TfUE, a rozproszonych w traktatach założycielskich.

W rozważanym kontekście zasadne wydaje się pytanie, czy po wejściu w życie umowy akcesyjnej aktualne pozostaną ustalenia z wyroku w sprawie *Bosphorus*. Czy zatem państwo członkowskie może uwolnić się od odpowiedzialności wskazując, że działało ono w wykonaniu prawa pochodnego Unii Europejskiej i że w skarżonym zakresie Unia Europejska zapewnia równoważną ochronę prawną⁶³. Jak się wydaje, Europejski Trybunał Praw Człowieka powinien odmówić jej stosowania. Trzeba bowiem uzmysłwić sobie, że formuła ta była stworzona w sytuacji kierowania skarg przeciwko państwom członkowskim, które odpowiadały już lub mogły odpowiadać za naruszenia praw podstawowych przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej, przy jednoczesnej niedopuszczalności skarg przeciwko Unii Europejskiej jako takiej. W projektowanym stanie prawnym Unia Europejska miałaby status strony Konwencji, a jej organy zbliżony do organów państw członkowskich. W konsekwencji, podobnie jak w przypadku państw-stron, gdzie istnienie konstytucyjnego katalogu praw i wolności i odpowiednich instrumentów ochrony praw na szczeblu krajowym nie uwalnia od kontroli poszanowania praw przed ETPC, tak Unia Europejska nie powinna być wyłączana spod kontroli

⁶³ L. F. M. Besselink, *op. cit.*, wskazywał jeszcze w 2008 r., że istnieją mocne powody przemawiające za odrzuceniem formuły *Bosphorus*. Autor odrzucił w szczególności traktowanie krytykowanego orzeczenia jako wyrazu kurtuazji między sądami europejskimi (jego zdaniem, pewną rolę odgrywa argument z immunitetu suwerennej organizacji międzynarodowej, ale nie powinien być on decydujący), a także uznał, że stanowi on nieudaną próbę przeniesienia koncepcji orzeczniczej wypracowanej przez ZTK RFN. Przeciwko utrzymaniu formuły wypowiada się też T. Lock, *op. cit.*, s. 798.

Trybunału tylko dlatego, że sama zapewnia ochronę równoważną ochronie konwencyjnej.

Z projektowanego mechanizmu współobrony (art. 4 ZPUA) wynika również, że jeżeli współzaskarżonym jest Unia Europejska, a Trybunał Sprawiedliwości nie dokonał jeszcze oceny zgodności praw chronionych Konwencją z przepisami prawa unijnego w rozumieniu ust. 2, Europejski Trybunał Praw Człowieka będzie zobowiązany przyznać Trybunałowi luksemburskiemu dostateczny czas na dokonanie takiej oceny i stronom na przedstawienie swoich uwag. Nie jest jasne, o jakie procedury oceny zgodności tutaj chodzi, a w szczególności, czy obejmuje się tym pojęciem także odesłanie prejudycjalne (zwłaszcza w związku z badaniem tzw. ważności normy unijnej). Biorąc jednak pod uwagę brak bezpośredniego wpływu jednostki na wniesienie odesłania, skłaniać się raczej należy przeciwko takiej opcji, chyba że odesłanie rzeczywiście zawisło już przed Trybunałem luksemburskim. Zgodnie z art. 4 ust. 6 Unia Europejska ma w kontekście zawieszenia postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka zapewnić, aby ocena sądowa Trybunału Sprawiedliwości była przeprowadzona szybko, aby postępowanie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka nie wydłużyło się nadmiernie (ang. *unduly delayed*; fr. *indûment prolongée*). Takie rozwiązanie, aktualne tylko w przypadku współobrony, ma znaczenie zwłaszcza z perspektywy obowiązku jednostki wyczerpania drogi krajowej. W projekcie zrewidowanym sprawozdania wyjaśniającego wskazuje się jednocześnie, że Europejski Trybunał Praw Człowieka nie będzie związany oceną Trybunału Sprawiedliwości, a zatem będzie ostatecznym decydentem w tej materii⁶⁴.

Dopuszczalność skargi w sprawach indywidualnych łączy się również ze spełnieniem kryteriów z art. 35 Konwencji. Niektóre z nich budzą wątpliwości aplikacyjne w przypadku, gdy stroną zaskarżoną jest Unia Europejska bądź jednocześnie państwa członkowskie i Unia Europejska. Przy tym szczególne trudności powstają w kontekście obowiązku wyczerpania środków krajowych (art. 35 ust. 1 EKPC). W odniesieniu do skargi przeciwko samej Unii Europejskiej powstaje problem, jakie środki powinna wyczerpać jednostka. Generalnie

⁶⁴ Zob. punkty 51–55 ZPSW.

wymaga się od niej wyczerpania wszelkich środków, które są w jej gestii (są rozsądnie dostępne) i mogą wpłynąć na jej położenie prawne (są rozsądnie skuteczne)⁶⁵. Powstaje wobec tego pytanie, które z procedur unijnych można zaliczyć do takich postępowań. Wydaje się, że nie są to postępowania typu pozasądowego, jak np. postępowanie umożliwiające złożenie skargi do Komisji Europejskiej na naruszenia Traktatu przez państwo członkowskie (tzw. postępowanie donosowe). Jest także wątpliwe, czy mogłoby być nim postępowanie prejudycjalne, biorąc pod uwagę to, że sąd podejmuje samodzielną decyzję o wniesieniu odesłania prejudycjalnego nawet wówczas, gdy w świetle prawa unijnego jest do tego zobowiązany⁶⁶. Natomiast zasadne jest, aby jednostka musiała wyczerpać istniejące środki w ramach tzw. skarg bezpośrednich (np. skarga dotycząca nieważności aktu, skarga na bezczynność legislacyjną)⁶⁷. W każdym razie na potrzebę regulacji tego problemu w umowie akcesyjnej co do istoty trafnie zwróciła uwagę delegacja włoska w propozycji z maja 2011 r. (art. B i C)⁶⁸.

Problemy związane z wyczerpaniem drogi krajowej ulegają wzmożeniu w przypadku współobrony. W przypadku, gdy skargę wniesiono przeciwko państwu członkowskiemu, którego zachowanie jest związane prawem Unii Europejskiej, jednostka musi wyczerpać drogę odwoławczą przed sądami tego państwa. Procedura odesłania prejudycjalnego nie jest objęta tym wymogiem. Wyczerpanie środków krajowych (wraz ze spełnieniem innych przesłanek) będzie oznaczało,

⁶⁵ Zob. I. Kondak w komentarzu do art. 35 Konwencji [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. II, *Komentarz do artykułów 19–59 oraz protokołów dodatkowych*, Warszawa 2011, s. 159–166.

⁶⁶ Negatywnej odpowiedzi na te wątpliwość udzielili prezesi obu sądów europejskich we wspólnym komunikacie ze spotkania odbytego 17.01.2011 r. Co do autonomii sądu krajowego zob. C. Mik, *Trybunał Sprawiedliwości wobec autonomii sądu krajowego w zakresie wnoszenia pytań prejudycjalnych* [w:] C. Mik (red.), *Pytanie prejudycjalne w orzecznictwie ETS. Funkcjonowanie procedury prejudycjalnej w Polsce*, Toruń 2006, *passim*.

⁶⁷ Zob. też T. Lock, *op. cit.*, s. 787–792.

⁶⁸ Parlament Europejski w rezolucji dotyczącej akcesji z 2010 r. uznał, że byłoby pożądane, aby Komisja Europejska, w konsultacji z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka oraz Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej zapewniła wyjaśnienia (ang. *some guidance*) co do rozumienia właściwego środka krajowego w ramach Unii oraz znaczenia procedury prejudycjalnej. Zob. rezolucja Parlamentu Europejskiego z 2010 r., pkt 23.

że Europejski Trybunał Praw Człowieka będzie musiał wypowiedzieć się co do meritum sporu (pkt 51 ZPSW).

Interesującym przypadkiem jest kwestia wyczerpania środków wewnętrznych w razie skargi skierowanej zarazem przeciwko państwu członkowskiemu (państwom członkowskim) oraz Unii Europejskiej. Można wówczas zastanawiać się, czy jednostka musi wyczerpać drogę odwoławczą tak co do państwa członkowskiego, jak i Unii Europejskiej. *Prima facie* wydaje się, że tak powinno być. W praktyce oznaczałoby to jednak znaczne utrudnienie we wnoszeniu skarg przez jednostki. Powstałby też problem, które z rozstrzygnięć jest ostateczne w rozumieniu wymogu wniesienia skargi w terminie 6 miesięcy od wydania ostatecznej decyzji krajowej. Natomiast z wymogu wyczerpania środków jednostka jest zwolniona w odniesieniu do strony, która uzyskała status strony współzaskarżonej (propozycja dotycząca nowego art. 36 ust. 5 EKPC, pkt 32 ZPSW).

Inną przesłanką, która może rodzić problemy interpretacyjne jest przesłanka zawisłości sprawy przed innym międzynarodowym organem dochodzenia roszczeń lub rozstrzygania sporów (art. 35 ust. 2 lit. b EKPC). W tym względzie wypowiada się art. 6 ZPUA. Przewiduje się zatem, że zawiśnięcie sprawy przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie będzie traktowane jako spełniające tę przesłankę. Innymi słowy postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie będą uważane za postępowanie międzynarodowe w rozumieniu art. 35 ust. 2 Konwencji, lecz za wewnętrzne. Wynika to z podporządkowania kontrolnego unijnego porządku prawnego prawu konwencyjnemu (nie chodzi o hierarchię normatywną, lecz nadzór międzynarodowy).

W toku postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka może dojść do zakończenia sporu przez zawarcie porozumienia polubownego (art. 39 EKPC). W przypadku, gdy doszło do współobrony, porozumienie musi być zaakceptowane także przez stronę współzaskarżoną (pkt 46 ZPSW), co dodatkowo zaciera różnicę statusu z pierwotną stroną sporu.

Postępowanie sporne kończy wydanie rozstrzygnięcia co do meritum i, ewentualnie, o zadośćuczynieniu (art. 41 EKPC). Wyroki izb podlegają zaskarżeniu do wielkiej izby. Wyroki izb, które nie

zostały zaskarżone i wyroki wielkiej izby są ostateczne (art. 42 i 44 EKPC). Odwołanie się do wielkiej izby może wnieść także strona współzaskarżona i to bez zgody strony pierwotnie zaskarżonej (pkt 49 ZPSW).

Występując jako strona zaskarżona czy jako współzaskarżona, Unia Europejska będzie niewątpliwie związana wyrokiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Będzie to miało szczególne znaczenie wówczas, gdy Trybunał stwierdzi naruszenie Konwencji. Wyrok taki przekazywany jest Komitetowi Ministrów, który kontroluje jego wykonanie (art. 46 EKPC). Jednak orzekając o ewentualnym naruszeniu Trybunał strasburski będzie zmuszony uwzględnić zakres kompetencji posiadanych przez Unię Europejską. W ten sposób będzie on musiał w szczególności modyfikować treść chronionych praw w taki sposób, że z takiego prawa nie będzie wywodził wobec Unii Europejskiej zobowiązań, które zmuszałyby ją do dokonania czynu lub przyjęcia środka, który nie byłby objęty kompetencją Unii. W konsekwencji w takim wypadku nie stwierdzi naruszenia przez Unię praw czy wolności (art. 1 ust. 2 lit. c zd. ostatnie ZPUA), mimo że w analogicznej sytuacji uznałby naruszenie Konwencji przez państwo-stronę. W ten sposób wywodzenie z Konwencji niektórych zobowiązań pozytywnych wobec Unii Europejskiej może okazać się niemożliwe⁶⁹. Zarazem oznacza to, że po raz kolejny Trybunał strasburski będzie musiał pochylić się nad kompetencjami Unii Europejskiej i podjąć ocenę co do ich istnienia lub braku. W każdym razie, gdyby orzekał o naruszeniu takich zobowiązań, a Unia Europejska uznała, że nie dysponuje odpo-

⁶⁹ Nie byłoby w tym przypadku rozwiązaniem ustalenie wspólnej odpowiedzialności Unii Europejskiej i państwa członkowskiego/państw członkowskich. Musiałoby to bowiem znaczyć, że postępowanie toczy się od początku przeciwko obu podmiotom lub że doszło do współbronny. Tymczasem stwierdzenie naruszenia i konieczność podjęcia działań pozytywnych może pojawić się w toku postępowania, a nawet dopiero przy wyrokowaniu. Po drugie, wyrok taki – w zakresie, w jakim dotyczyłby Unii – musiałby powodować nowelizację traktatów założycielskich, a więc zobowiązanie nie Unii Europejskiej, lecz państw członkowskich do zmiany traktatów w kierunku wykonania obowiązku pozytywnego. W ten sposób nałożono by obowiązki na państwa członkowskie do powierzania kompetencji w materiałach, które nie były objęte integracją i co do których brak takiej woli. Trudno sobie też wyobrazić, że Komitet Ministrów będzie czuwał nad wykonaniem takiego wyroku.

wiednimi kompetencjami będzie mogła powołać się na umowę akcesyjną podnosząc zarzut swej niekompetencji wykonawczej.

Europejski Trybunał Praw Człowieka może przyznać jednostce słuszne zadośćuczynienie (art. 41). Trzeba przy tym pamiętać, że zasądzenie go od Unii Europejskiej będzie oznaczało konieczność zapłaty określonych sum z budżetu Unii Europejskiej. Unia będzie musiała dysponować rezerwą budżetową na ten cel. Ponadto będzie to pośrednio oznaczało, że w praktyce orzeczenia Trybunału obciążą w odpowiedniej proporcji państwa członkowskie. W razie współobrony problemem zapewne będzie również ustalenie, w jakim zakresie strony zaskarżone mają ponosić ciężar odszkodowawczy⁷⁰.

Zakończenie

Jak pokazują prowadzone tutaj rozważania przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji praw człowieka jest wyzwaniem wielkiej rangi. Mimo różnych prac przygotowawczych, akcesja nie została należycie przygotowana przede wszystkim w ramach Rady Europy. Jest to szczególnie widoczne w kontekście stworzenia na mocy Protokołu nr 14 wadliwej, zbyt powierzchownej podstawy prawnej w Konwencji europejskiej. Niemniej słabości ujawniają się także w związku z regulacją dopuszczalności zastrzeżeń, czy związaniem Porozumieniem w sprawie praw osób uczestniczących w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka.

Jednak największym problemem jest to, że projektowana umowa akcesyjna nie odpowiada jednoznacznie i dostatecznie wnikliwie na pytanie, kto ma ostatecznie decydować o podziale kompetencji między Unię Europejską a państwa członkowskie. Tymczasem odpowiedź taka jest konieczna zarówno w perspektywie analizy dopuszczalności skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, współobrony, jak i ostatecznej odpowiedzialności za naruszenie Konwencji. Według obecnie proponowanych rozwiązań na ostatecznego decydenta wyrasta w praktyce Europejski Trybunał Praw Człowieka. Nie są tutaj wystarczające zabezpieczenia ustanowione w projekcie

⁷⁰ Zob. też T. Lock, *op. cit.*, s. 787.

umowy, jak np. zakaz wykorzystywania Konwencji lub protokołów do tego, aby zobowiązać Unię do podjęcia działania lub wydania środka, co do których nie ma ona kompetencji. Tego typu regulacje zdają się jedynie zaklinać bardziej złożoną rzeczywistość. W związku z tym niezbędna jest jednoznaczna klauzula, według której Europejski Trybunał Praw Człowieka byłby zobowiązany do przestrzegania podziału kompetencji wewnątrz Unii Europejskiej, tak jak wynikają one z traktatów założycielskich, praktyki Unii Europejskiej, a w szczególności orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Klauzula tego typu także nie zapewnia bezpieczeństwa prawnego w pełnym zakresie, ale przynajmniej minimalizuje ryzyko naruszenia podziału kompetencji. Mechanizm przewidziany w razie współobrony, gdy Unia Europejska uzyska status strony współzaskarżonej (art. 2 ust. 6), jest z pewnością niewystarczający. Tak czy inaczej, konflikty jurysdykcyjne wydają się nieuniknione. Być może jest to jednak konieczne następstwo podporządkowania jednego podsystemu prawa międzynarodowego innemu.

Proces negocjowania umowy akcesyjnej trwa. Ustalenie ostatecznego tekstu tej umowy, a także jej umocowanie niekoniecznie zwiastuje jej wejście w życie. Przed umową pojawią się niewątpliwie nowe rafa. Pierwszą z nich może być uruchomienie procedury opinii na temat zgodności umowy z traktatami założycielskimi z art. 218 ust. 11 TfUE. W efekcie niestworzenie odpowiednich mechanizmów chroniących integralność kompetencyjną Unii może doprowadzić do wydania opinii negatywnej, która zablokuje związanie się umową. Drugą, bardziej poważną przeszkodą do pokonania będzie związanie się umową akcesyjną przez państwa-strony. Wiele zależy od tego, jakie procedury krajowe zostaną uruchomione. Jeżeli będzie to procedura ratyfikacji z udziałem parlamentu narodowego, to niewątpliwie będą formułowane bardziej lub mniej merytoryczne argumenty przeciwko wiązaniu się taką umową, które mogą doprowadzić do jej utracenia, a w każdym razie znaczącego wydłużenia procesu ratyfikacyjnego.

Adam Wiśniewski

Uwagi o stosowaniu reguł interpretacji przewidzianych w Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów przez Europejski Trybunał Praw Człowieka

1. Wstęp

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (2) przyjęta w ramach Rady Europy z 4 listopada 1950 r. (Konwencja Europejska, Konwencja lub EKPC), stanowi obecnie niewątpliwie najważniejszy międzynarodowy instrument w dziedzinie ochrony tych praw w Europie. Dla rzeczywistego zakresu praw chronionych tą Konwencją istotne znaczenie ma orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Trybunał lub ETPC), który orzekając na podstawie ogólnie sformułowanych, otwartych i ramowych norm tej Konwencji i jej protokołów, kształtuje europejskie standardy praw człowieka rozwijając tym samym prawo EKPC. Europejski Trybunał posługuje się przy interpretacji i stosowaniu postanowień EKPC oryginalnymi metodami interpretacji. Podobnie jak i inne sądy międzynarodowe, ETPC stosuje również zasady wykładni określone w Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z 23 maja 1969 r. (Konwencja Wiedeńska lub KWPT). Odwołania do tych ostatnich metod interpretacji są w orzecznictwie strasburskim stosunkowo rzadkie. Rodzi to pytanie o przyczyny tego stanu rzeczy, chociaż nie jest to jedyny problem badawczy związany z tym zagadnieniem. Wyjaśnienia wymaga

bowiem rzeczywista rola, jaką odgrywają te dyrektywy interpretacji w procesie „interpretacji i stosowania” Konwencji, o którym mowa w art. 32 EKPC. Nasuwa się również pytanie o relację pomiędzy dyrektywami interpretacji z KWPT a wspomnianymi już oryginalnymi metodami czy też technikami interpretacji wypracowanymi przez strasburski Trybunał. *Last but not least* odpowiedzi wymaga również pytanie dotyczące znaczenia metod interpretacji z KWPT w orzecznictwie strasburskim.

Zagadnienia te są wprawdzie przedmiotem zainteresowania autorów zajmujących się problematyką wykładni EKPC, opracowań poświęconych zastosowaniu reguł interpretacji przewidzianych w KWPT przez Trybunał strasburski nie ma jednak zbyt wiele¹. Tymczasem wydaje się, iż kwestie te mają bardzo ważne znaczenie dla wyjaśnienia podejścia ETPC do wykładni Konwencji Europejskiej i jej protokołów.

Z uwagi na ograniczone ramy tego opracowania konieczne było ograniczenie rozważań do niektórych tylko aspektów omawianego zagadnienia. Po omówieniu ogólnej charakterystyki reguł interpretacji z KWPT przedstawiona zostanie analiza ich zastosowania w konkretnych orzeczeniach ETPC. Następnie na tej podstawie dokonana zostanie charakterystyka zastosowania tych reguł w orzecznictwie strasburskim oraz ich funkcji w tym orzecznictwie. Przedmiotem roz-

¹ Zob. np. M.E. Villiger, *Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties In the Case-Law of the European Court of Human Rights* [w:] J. Bröhmer (red.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Reiss zum 70 Geburtstag am 21. Januar 2005*, Cologne 2005, s. 317–330, H. Golsong, *Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?*, [w:] R.St.J. Macdonald, F. Matscher, F.H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, KAP, Dordrecht-Boston-London 1993, s. 147–162. Problematyka zastosowania reguł wykładni z KWPT przez ETPC jest natomiast częściej podejmowana ramach opracowań poświęconych interpretacji KWPT jako jedno z zagadnień w tym zakresie. Zob. m.in. C. Mik, *Metodologia interpretacji traktatów z dziedziny ochrony praw człowieka*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1992, z. 1, s. 28, C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights*, Oxford 2007. Zob. także obszerny rozdział poświęcony temu zagadnieniu w monografii dotyczącej zastosowania prawa międzynarodowego przez ETPC: M.M. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, New York 2010, s. 26–71.

ważną będzie także relacja reguł wykładni z KWPT do innych metod interpretacji stosowanych przez Trybunał.

2. Charakterystyka reguł interpretacji przewidzianych w KWPT

Reguły wykładni prawa wewnętrznego stosunkowo rzadko podlegają kodyfikacji – są one wytworem tradycji i kultury prawnej². Kodyfikacja tych reguł w prawie międzynarodowym podjęta w KWPT jest z tego punktu widzenia cechą wyróżniającą tę gałąź prawa³.

Konwencja Wiedeńska z 1969 r., stanowiąc kodyfikację dotychczas obowiązujących norm zwyczajowych w dziedzinie prawa traktatów, przyjęła szczególne rozwiązanie – wiążącą dla stron ogólną regułę interpretacji. Zgodnie z postanowieniem art. 31 ust. 1 KWPT traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu.

Uważa się, że ta ogólna reguła stanowi kompromis pomiędzy różnymi podejściami do wykładni. Skłania się bowiem w kierunku podejścia tekstualnego, uwzględnia jednak podejście teleologiczne i dopuszcza pewne elementy podejścia intencjonalnego⁴.

Zgodnie z wyjaśnieniami Komisji Prawa Międzynarodowego (KPM) w art. 31 ust. 1 KWPT zawarte zostały trzy reguły:

Pierwsza – interpretacja w dobrej wierze – wynika bezpośrednio z zasady *pacta sunt servanda*. Druga reguła stanowi sedno podejścia tekstualnego: domniemuje się, że strony miały taką intencję, która wynika ze zwyczajnego znaczenia wyrażen przez nie użytych. Trzecia reguła jest zarówno regułą zdrowego rozsądku, jak i dobrej wiary: zwyczajne znaczenie wyrażenia nie może być ustalane abstrakcyjnie, lecz w kontekście traktatu i w świetle jego przedmiotu i celu⁵.

² Zob. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 77.

³ Zwraca na to uwagę L. Leszczyński, *Konwencja Europejska w argumentacjach interpretacyjnych polskiej praktyki sądowej*, „Biuletyn Informacyjny Rady Europy” 2003, nr 3, s. 66.

⁴ M. Frankowska, *Prawo traktatów*, Warszawa 2007, s. 123.

⁵ Cyt. za A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 335.

W dalszej części art. 31 w ust. 2 wyjaśniono, iż dla celów interpretacji traktatu kontekst obejmuje, oprócz tekstu, łącznie z jego wstępem i załącznikami:

- a) każde porozumienie dotyczące traktatu, osiągnięte między wszystkimi stronami w związku z zawarciem traktatu;
- b) każdy dokument sporządzony przez jedną lub więcej stron przyjęty przez inne strony jako dokument odnoszący się do traktatu.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 KWPT łącznie z kontekstem należy brać pod uwagę: każde późniejsze porozumienie między stronami, dotyczące interpretacji traktatu lub stosowania jego postanowień; każdą późniejszą praktykę stosowania traktatu, ustanawiającą porozumienie stron co do jego interpretacji oraz wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami. Natomiast w myśl art. 31 ust. 4 specjalne znaczenie należy przypisywać wyrazowi wówczas, gdy ustalono, że taki był zamiar stron.

W art. 32 Konwencji Wiedeńskiej dotyczącej uzupełniających środków interpretacji postanowiono, iż można odwoływać się do takich środków łącznie z pracami przygotowawczymi do traktatu oraz okolicznościami jego zawarcia, aby potwierdzić znaczenie wynikające z zastosowania artykułu 31 lub aby ustalić znaczenie, gdy interpretacja oparta na artykule 31 pozostawia znaczenie dwuznacznym lub niejasnym albo prowadzi do rezultatu wyraźnie absurdalnego lub nierozsądnego.

Reguła z art. 31 KWPT nakazuje zatem posługiwać się dla wyjaśnienia treści traktatu metodą gramatyczno-językową i logiczną w związku z ustalaniem „zwykłego znaczenia wyrazów użytych w traktacie”. Konwencja Wiedeńska nie wskazuje jednak co należy rozumieć przez „zwykłe znaczenie wyrazów”. Uznaje się, iż określenie to odnosi się do „bieżącego, normalnego oraz codziennego użycia języka”⁶. Nakazuje ona także stosować metodę systemową, bo tekst postanowienia musi być odczytywany w świetle jego kontekstu oraz metodami celowościową i funkcjonalną, w związku z nakazem interpretacji pojęć traktatowych „w świetle przedmiotu i celu” traktatu.

⁶ Zob. m.in. M.E. Villiger, *op. cit.*, s. 317, 324.

Każda z tych metod może być wspierana metodą historyczną, zgodnie z art. 32 KWPT⁷.

W doktrynie prawa międzynarodowego zwraca się uwagę na cztery cechy rozwiązania przyjętego w KWPT. Po pierwsze, ogólna reguła interpretacji przewidziana w art. 31 posiada status obowiązującego prawa. Po drugie, reguła ta przyjmuje w istocie metodę mieszaną – literalno-systemowo-teleologiczną. Po trzecie, interpretacja subiektywna ma charakter uzupełniający. Po czwarte, wskazuje się, iż interpretacja powinna uwzględniać także późniejsze porozumienie między stronami, późniejszą praktykę stosowania traktatu oraz odpowiednie reguły prawa międzynarodowego mające zastosowanie pomiędzy stronami, co stanowi wyraz dopuszczenia wykładni dynamicznej do interpretacji norm prawa międzynarodowego⁸.

Kwestią sporną jest natomiast kwestia hierarchii poszczególnych metod wykładni oraz zasad rozstrzygania kolizji, gdy różne dyrektywy wykładni prowadzą do odmiennych rezultatów. Zadaniem S. Nahlika Komisja Prawa Międzynarodowego przyznała priorytet wykładni tekstualnej, ten bowiem rodzaj wykładni przeważa we współczesnej praktyce i doktrynie⁹. A. Wyrozumska zauważa jednak, iż w art. 31 nie chodzi o hierarchiczną sekwencję testów, które miałyby być stosowane, ale o jedną całościową zasadę interpretacji obejmując kilka różnych elementów¹⁰. Uznaje się, iż brak hierarchii potwierdza użycie liczby pojedynczej w tytule art. 31 „Ogólna reguła interpretacji”.

Pomimo, iż ogólna reguła interpretacji zawarta w art. 31 KWPT ma charakter zwyczajowy, sądy takie, jak Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, zaczęły się powoływać na reguły interpretacji zawarte w KWPT stosunkowo późno. Ogólna reguła interpretacji zawarta w art. 31 KWPT, a także reguła z art. 32, zostały potwierdzone w orzecznictwie MTS jako normy prawa zwyczajowego (m.in. w orzeczeniu w sprawie platform naftowych, *Iran przeciwko USA* oraz w sprawie *Legrand, Niemcy przeciwko USA*). W orzecznictwie MTS

⁷ C. Mik, *Metodologia interpretacji...*, s. 28.

⁸ Zob. A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 332.

⁹ S. Nahlik, *Kodeks prawa traktatów*, Warszawa 1976, s. 178.

¹⁰ A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 332.

zaznaczyła się przy tym pewna tendencja do przyznawania prymatu wykładni tekstualnej¹¹. Stanowisko MTS, podobnie jak i innych sądów międzynarodowych, nie jest jednak jednoznaczne. Z kolei w orzecznictwie Trybunału Arbitrażowego stwierdzono, iż nie można poprzestać na wykładni literalnej i pomijać inne elementy wykładni¹². Warto w związku z tym przypomnieć stwierdzenie Trybunału Arbitrażowego w sprawie jeziora Lanoux, iż „prawo międzynarodowe nie przyjęło żadnego absolutnego i sztywnego sposobu interpretacji”¹³.

Warto zwrócić uwagę na pewną specyfikę wykładni systemowej w prawie międzynarodowym. Z uwagi bowiem na nie występowanie w nim co do zasady hierarchii norm, a zwłaszcza takiej hierarchii, jaka występuje w prawie wewnętrznym, zasady wykładni systemowej dotyczą tu poziomego aspektu tego systemu prawa¹⁴. Oznacza to m.in., iż przy wykładni norm prawa międzynarodowego obowiązuje zakaz interpretacji tych norm w izolacji i w sposób prowadzący do ich sprzeczności oraz luk. Nadto kładzie się nacisk, podobnie jak w przypadku wykładni prawa wewnętrznego, na obowiązek wykładni norm tego prawa zgodnie z jego z ogólnymi zasadami¹⁵. Przejawem systemowych reguł wykładni jest art. 31 ust. 1 KWPT mówiący o interpretacji norm prawa międzynarodowego w ich kontekście oraz art. 31 ust. 2 określający, co obejmuje kontekst dla potrzeb interpretacji traktatu. Istotne znaczenie ma tu również art. 31 ust. 3 stanowiący, iż łącznie z kontekstem należy brać pod uwagę późniejsze porozumienia pomiędzy stronami dotyczące interpretacji traktatu lub stosowania jego

¹¹ Zob. np. wyrok w sprawie sportu terytorialnego między Libią a Czadem, w którym MTS stwierdził, iż „interpretacja powinna być przede wszystkim oparta na samym tekście umowy”, „International Court of Justice Reports” 1994, par. 41. Z kolei w opinii w sprawie członkostwa państw w ONZ MTS uznał, iż jeśli naturalne i zwykłe znaczenie słów nie budzi wątpliwości, to oznacza to koniec wykładni. Tylko wówczas, jak stwierdził MTS w wyroku z 21.11.1991 r. w sprawie granic morskich między Gwineą-Bissau i Senegalem, wynik wykładni tekstualnej jest niejednoznaczny lub prowadzi do nieracjonalnego rezultatu, należy stosować inne metody wykładni. Zob. też L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 286.

¹² A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 336.

¹³ Wyrok w sprawie *Hiszpania przeciwko Francji* z 16.11.1957 r., „Recueil des sentences arbitrales”, vol. XII, s. 281.

¹⁴ Zwraca na to trafnie uwagę L. Morawski, *op. cit.*, s. 290–291.

¹⁵ *Ibidem*.

postanowień, praktykę stosowania traktatu oraz odpowiednie normy prawa międzynarodowego mające zastosowanie w stosunkach między stronami.

Z kolei przez wykładnię funkcjonalną na gruncie prawa międzynarodowego proponuje się rozumieć nie tylko wykładnię teleologiczną (celowościową), ale także m.in. wykładnię subiektywną, intencjonalną, zasadę efektywności oraz zakaz wykładni, która prowadzi do rezultatów oczywiście niesprawiedliwych lub irracjonalnych¹⁶. W przypadku art. 31 KWPT wyrazem wykładni funkcjonalnej jest nie tylko nakaz interpretacji traktatu w świetle jego przedmiotu i celu, ale także nakaz wykładni traktatów w dobre wierze. Uznaje się przy tym, iż idzie tu o taki nakaz interpretacji, który będzie zgodny z wolą kontraktujących stron biorąc pod uwagę ich uzasadnione interesy oraz prowadzący do wykładni sprawiedliwej dla wszystkich stron¹⁷.

Postanowienie art. 31 KWPT nie określa zasad rozstrzygania kolizji w sytuacji, gdy różne dyrektywy wykładni prowadzi do odmiennych rezultatów interpretacyjnych. Istnieją dwa stanowiska usiłujące wyjaśnić ten stan rzeczy. Według pierwszego, strony KWPT, nie mogąc się porozumieć w kwestii wyboru właściwych dyrektyw preferencji, postanowiły pozostawić rozstrzygnięcie tego problemu praktyce międzynarodowej, a w szczególności orzecznictwu sądów międzynarodowych. W myśl drugiego, w art. 31 ust. 1 KWPT celowo nie ustalono żadnej hierarchii między dyrektywami wykładni, ponieważ uznano, iż wszystkie dyrektywy powinny być stosowane komplementarnie, a interpretator powinien dążyć do takiego wyniku wykładni, który by w największym stopniu harmonizował rezultaty ich zastosowania¹⁸.

Specyficznym uwarunkowaniem wykładni umów międzynarodowych jest to, iż ich teksty są sporządzane w dwóch lub więcej językach. Konwencja Wiedeńska reguluje ten problem w art. 33 stanowiąc, iż „jeżeli tekst traktatu został ustalony jako autentyczny w dwóch lub więcej językach, ma jednakową moc w każdym z nich, chyba że traktat postanawia lub strony uzgodniły, iż w przypadku rozbieżności okre-

¹⁶ *Ibidem*, s. 291.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Zob. *ibidem*, s. 285.

ślony tekst jest rozstrzygający”. Przyjmuje się tu ponadto domniemanie, iż wyrazy użyte w traktacie mają to samo znaczenie w każdym z tekstów autentycznych.

Trzeba też wspomnieć, iż nie wszystkie reguły interpretacji zostały wymienione w KWPT. Przykładowo pominięta została zasada efektywności, zgodnie z którą nie jest dopuszczalna taka wykładnia, która pozbawia normę znaczenia lub efektywności. W czasie prac nad KWPT uznano, iż zasada ta zawiera się w zasadzie dobrej wiary i wynika *implicite* z odwołania się Konwencji do celu i przedmiotu umowy¹⁹. Jak zauważa A. Wyrozumska, Komisja Prawa Międzynarodowego wolała nie wprowadzać tej zasady chcąc uniknąć wykładni nadmiernie rozszerzającej znaczenie traktatu²⁰.

3. Decyzja Trybunału o zastosowaniu art. 31–33 KWPT do wykładni EKPC – sprawa *Golder*

KWPT, co do zasady, ma zastosowanie do wszystkich rodzajów traktatów międzynarodowych bez względu na ich charakter. W dyskusji o zastosowaniu Konwencji Wiedeńskiej do interpretacji EKPC podnoszono jednak, iż ta pierwsza weszła w życie 27 stycznia 1980 r., natomiast EKPC została zawarta dnia 4 listopada 1950 r., a weszła w życie 3 września 1953 r. Na podstawie artykułu 4 KWPT można zatem *contrario* wnioskować, iż nie ma ona formalnie zastosowania do EKPC jako traktatu zawartego przed jej wejściem w życie.

Decyzja o zastosowaniu reguł interpretacji przewidzianych w KWPT do wykładni postanowień EKPC podjęta została przez Trybunał w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 1975 r. W tej sprawie Trybunał po raz pierwszy też odniósł się do art. 31 KWPT. Odnotować jednak należy, iż wcześniej na art. 33 ust. 4 powołał się w swojej opinii odrębny sędzia Verdross w sprawie *Ringelsen przeciwko Austrii*²¹.

¹⁹ A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 347.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Zob. wyrok w sprawie *Ringelsen przeciwko Austrii* z 16.07.1971 r., skarga nr 2614/65.

Sprawa *Golder* dotyczyła prawa dostępu do sądu osoby przebywającej w więzieniu. Pojawiło się tu zatem istotne pytanie – czy art. 6 ust. 1 Konwencji gwarantuje prawo do rzetelnego procesu tylko w odniesieniu do postępowań będących w toku, czy też wynika z niego również prawo dostępu do sądu, tj. w związku z zamiarem wszczęcia postępowania?

Warto zauważyć, iż kwestia zastosowania KWPT do interpretacji Konwencji w tej sprawie została poruszona w wystąpieniu strony rządowej oraz przez Europejską Komisję Praw Człowieka (Komisję). Trybunał stwierdził w związku z tym, iż jest „gotowy rozważyć (...), iż powinien kierować się artykułami 31 do 33 Konwencji Wiedeńskiej z 23 maja 1969 r. o prawie traktatów”²².

Trybunał odnotował fakt, iż KWPT nie weszła jeszcze w życie w czasie orzekania w sprawie *Golder*, a także, iż zgodnie z art. 4 nie działa ona wstecz. Jednakże zauważył, iż Konwencja ta potwierdza „ogólnie przyjęte zasady prawa międzynarodowego, do których Trybunał już się odnosił”. Dalej Trybunał stwierdził, iż weźmie pod uwagę postanowienia KWPT dotyczące interpretacji traktatów z zastrzeżeniem jednak art. 5 KWPT, który stanowi, iż Konwencja ta ma zastosowanie do każdego traktatu, który jest aktem konstytucyjnym organizacji międzynarodowej, oraz do każdego traktatu przyjętego w ramach organizacji międzynarodowej, jednakże bez uszczerbku dla jakichkolwiek odpowiednich reguł organizacji.

W dalszej części uzasadnienia wyroku ETPC przedstawił wykładnię art. 31 KWPT stwierdzając, iż:

W sposobie, w jakim jest to zaprezentowane w generalnej zasadzie interpretacji przedstawionej w art. 31 Konwencji Wiedeńskiej, proces odkrywania i określenia prawdziwego znaczenia pojęć traktatowych stanowi jedność, pojedynczą łączną operację. Ta generalna zasada, ściśle zintegrowana, stawia na tej samej płaszczyźnie różnorodne elementy wyliczone w czterech paragrafach tego artykułu²³.

²² Wyrok w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 21.02.1975 r., skarga nr 4451/70, par. 29.

²³ *Ibidem*, par. 30.

Tym samym ETPC opowiedział się za stanowiskiem, iż art. 31 KWPT nie wprowadza formalnej hierarchii poszczególnych metod interpretacji.

Polemizując z literalną wykładnią art. 6 ust. 1 ETPC przedstawioną przez władze krajowe, argumentujące, iż z tego postanowienia nie wynika prawo dostępu do sądu, Trybunał stwierdził m.in., iż zwrot „przy rozstrzyganiu sporów dotyczących jego praw i obowiązków o charakterze cywilnym” nie odnosi się jedynie do postępowań sądowych będących w toku²⁴. Wychodząc jednak poza samą językową warstwę tekstu Konwencji, ETPC zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 31 ust. 2 KWPT preambuła stanowi integralny element kontekstu. Co więcej, preambuła ta jest co do zasady użyteczna jak chodzi o ustalenie przedmiotu oraz celu instrumentu poddanego interpretacji²⁵.

Sięgając zatem do preambuły EKPC Trybunał wskazał na jedną z wymienionych tam wartości Konwencji jaką są rządy prawa (*the rule of law*). Nie jest to przy tym, jak zauważył ETPC, odwołanie się o charakterze retorycznym, bowiem „jedną z przyczyn, dla których państwa-strony postanowiły podjąć pierwsze kroki w kierunku zbiorowego zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji było ich głęboka wiara w rządy prawa”. Co więcej, Trybunał zauważył też, iż Statut Rady Europy w dwóch miejscach mówi o rządach prawa, tj. w preambule oraz w art. 3²⁶.

Dalej ETPC stwierdził także, iż zgodnie z art. 31 ust. 3 lit c KWPT łącznie z kontekstem należy brać pod uwagę: „wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego mające zastosowanie w stosunkach między stronami”. Do tych norm zaliczyć należy także ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Pośród tych zasad jest także powszechnie uznana fundamentalna zasada prawa, iż należy zapewnić możliwość przedstawienia roszczenia o charakterze cywilnym sędziemu²⁷.

²⁴ *Ibidem*, par. 31.

²⁵ *Ibidem*, par. 34.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, par. 35.

Gdyby art. 6 ust. 1 był rozumiany jako odnoszący się wyłącznie do postępowania, które już zostało wszczęte przed sądem, państwo-strona mogłoby, bez naruszania tego postanowienia, zlikwidować sądy lub przekazać ich jurysdykcję w zakresie pewnych spraw organom cywilnym podlegającym władzy rządowej. Byłoby to nie do pogodzenia z zasadą rządów prawa. Zatem „nie do pomyślenia, w opinii Trybunału jest, aby art. 6 ust. 1 określał szczegółowo proceduralne gwarancje przysługujące stronom procesu cywilnego nie chroniąc tego, co *de facto* umożliwia korzystanie z tych gwarancji, to jest prawa dostępu do sądu”²⁸.

ETPC doszedł następnie do wniosku końcowego „bez potrzeby sięgania do uzupełniających środków interpretacji”, o czym mówi art. 32 KWPT. Stwierdził on mianowicie, iż „biorąc pod uwagę powyższe rozważania, dojść należy do wniosku, iż prawo dostępu do sądu stanowi element tkwiący w prawie przewidzianym w art. 6 ust. 1”. Dodał też od razu, iż nie jest to ekstensywna interpretacja nakładająca nowe obowiązki na państwa, jest ona bowiem oparta na wyrazach zawartych w pierwszym zdaniu art. 6 ust. 1 EKPC odczytywanym w jego kontekście oraz mając na uwadze przedmiot oraz cel Konwencji jako traktatu prawotwórczego, a także generalne zasady prawa”²⁹. Konwencja zatem gwarantuje każdemu w art. 6 ust. 1 „prawo do rozpatrzenia każdego roszczenia dotyczącego jego prawa i obowiązków o charakterze cywilnym” przez sąd lub trybunał³⁰.

W skrócie rozumowanie Trybunału w sprawie *Golder* można przedstawić w następujący sposób:

4. interpretując traktat musimy sięgać do przedmiotu i celu traktatu;
5. przedmiotem i celem EKPC jest ochrona rządów prawa;
6. nie można sobie wyobrazić rządów prawa w sprawach cywilnych bez prawa dostępu do sądu;
7. prawo dostępu do sądu zawarte jest w prawie do rzetelnego procesu przewidzianym w art. 6.;
8. Konwencja chroni prawo dostępu do sądu.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem* par. 36.

³⁰ *Ibidem*.

Wniosek Trybunału wynikający z wykładni dokonanej w oparciu o KWPT miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia całej sprawy. ETPC uznał bowiem, iż poprzez odmowę wydania skarżącemu przepustki z zakładu karnego po to, by mógł skonsultować się z prawnikiem w celu wniesienia pozwu do sądu, władze Zjednoczonego Królestwa naruszyły jego prawo dostępu do sądu gwarantowane przez art. 6 ust. 1 Konwencji³¹.

Uzasadnienie wyroku w sprawie *Golder* zasługuje na uwagę z kilku względów. Przede wszystkim wynika z niego jaką dokładnie rolę odegrały reguły interpretacji przewidziane w artykułach 31–33 Konwencji Wiedeńskiej w procesie wykładni i stosowania Konwencji. Co więcej, Trybunał wyjaśnił także, dlaczego nie zastosował pewnych dyrektyw interpretacji z KWPT, np. dotyczących korzystania z uzupełniających środków interpretacji.

Orzeczenie w sprawie *Golder* uznawane jest także za precedens interpretacyjny, tj. wyrok dotyczący reguł wykorzystywanych przez ETPC w procesie interpretacji – w tym przypadku był to precedens interpretacyjny dotyczący reguł interpretacji zawartych w KWPT³². Jako taki wyrok w sprawie *Golder* powinien zatem stanowić ważny punkt odniesienia przy dokonywaniu interpretacji postanowień Konwencji. Był to zarazem także precedens dotyczący wykładni prawa do rzetelnego procesu – poprzez ustalenie, iż z tego prawa wynika „prawo dostępu do sądu”.

Istotne jest także to, iż jak pokazuje sprawa *Golder*, reguły interpretacji przewidziane w KWPT nie tylko nie stanowią przeszkody dla interpretacji postanowień Konwencji na korzyść praw człowieka, ale też stosunkowo dobrze nadają się do uzasadnienia interpretacji poszerzającej zakres praw chronionych tą Konwencją.

³¹ *Ibidem*, par. 40.

³² Zob. M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008 s. 174.

4. Orzecznictwo ETPC wykorzystujące reguły interpretacji z KWPT po sprawie *Golder*

Od czasu orzeczenia w sprawie *Golder*, ETPC powoływał się stosunkowo rzadko na reguły interpretacyjne z KWPT. W literaturze przedmiotu wskazuje się na 16 takich orzeczeń w latach 1975–1998³³. Natomiast w okresie funkcjonowania jednolitego Trybunału utworzonego na podstawie Protokołu 11 do Konwencji było to kilka wyroków rocznie (średnio od 3 do 7), i to często wydawanych przez Wielką Izbę Trybunału. Wskazuje to z jednej strony na utrzymywanie się pewnej ciągłości w zakresie odwoływania się przez Trybunał do reguł interpretacji przewidzianych w KWPT. Z drugiej strony, biorąc pod uwagę, iż ETPC wydał dotychczas ponad 12 000 orzeczeń, jest to mniej niż 1% tych orzeczeń. Do przyczyn tego stanu rzeczy powrócę w dalszej części tego opracowania. W tym miejscu jednak należy odnotować, iż w niewielu z tych orzeczeń, w których Trybunał odwołuje się do reguł interpretacji z Konwencji Wiedeńskiej, znaczenie tych reguł w osiągnięciu rozstrzygnięcia jest tak wyraźne w uzasadnieniu wyroku, jak w przypadku sprawy *Golder*. W wielu z nich Trybunał jedynie przypomina od konieczności stosowania postanowień artykułów od 31 do 33 KWPT nie rozwijając jednak w uzasadnieniu tego wątku. Nierzadko też do reguł tych odwołują się jedynie sędziowie w zdaniach odrębnych, podczas gdy w uzasadnieniu orzeczenia przyjętego przez większość składu sędziowskiego nie ma żadnej wzmianki o KWPT. Przedstawiona w dalszym ciągu analiza orzecznictwa strasburskiego, w którym pojawiają się odwołania do artykułów od 31 do 33 KWPT, z uwagi na ograniczone ramy edytorskiego tego opracowania, nie pretenduje do miana wyczerpującej. Jej celem jest raczej ukazanie pewnych cech charakterystycznych wiążących się ze stosowaniem przez ETPC reguł wykładni przewidzianych w Konwencji Wiedeńskiej.

Zastosowanie ogólnej reguły interpretacji z art. 31 ust. 1 KWPT do interpretacji wyrazów użytych w tekście Konwencji dotyczyło dotychczas najczęściej terminów pojawiających się w art. 5 i art. 12 EKPC oraz w art. 1 Protokołu 1.

³³ *Ibidem*, s. 175.

W uzasadnieniu wyroku w sprawie *Lithgow przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ETPC w interesujący sposób dokonał interpretacji zakresu znaczeniowego określenia „zasady ogólne prawa międzynarodowego” występującego w zadaniu drugim pierwszego ustępu art. 1 Protokołu I. Polemizując z wykładnią tego określenia proponowaną przez skarżących stwierdził on, iż:

Z literalnego punktu widzenia Trybunał uznaje za bardziej naturalne przyjęcie, iż odniesienie do ogólnych zasad prawa międzynarodowego w Artykule I Protokołu I (...) oznacza, iż zasady te włączone są do tego postanowienia, ale jedynie odnośnie tych aktów, do których mają one normalnie zastosowanie, to znaczy aktów państwa w stosunku do osób nie będących jego obywatelami [zob. artykuł 31 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z 1969 r.] i interpretowanie przedmiotowego określenia jako rozciągającego się na ogólne zasady prawa międzynarodowego poza ich normalną sferę zastosowania jest mniej zgodne ze zwykłym znaczeniem użytych wyrazów, niezależnie od ich kontekstu³⁴.

W dalszej części Trybunał, stwierdzając, iż interpretacja postanowienia art. 1 Protokołu I spowodowała spore rozbieżności, uznał za stosowne sięgnięcie do materiałów z prac przygotowawczych jako uzupełniających środków interpretacji zgodnie z art. 32 KWPT. Z materiałów tych wynika, iż wyraźna wzmianka o prawie do kompensacji zawarta we wcześniejszych wersjach Protokołu nr 1 została usunięta w obliczu sprzeciwu przedstawicieli Zjednoczonego Królestwa i innych państw. Natomiast wzmianka o ogólnych zasadach prawa międzynarodowego została następnie włączona do tego postanowienia i była przedmiotem różnych wypowiedzi, z których wynika, że odnosi się ona tylko do cudzoziemców. Powołując się dodatkowo na Rezolucję nr 52 z 1952 r. Komitetu Ministrów aprobowującą tekst Protokołu I i otwierającą go do podpisu, w której stwierdzono, iż ogólne zasady prawa międzynarodowego oznaczają obowiązek zapłaty odszkodowania cudzoziemcom w przypadku wywłaszczenia, Trybunał stwierdził: „mając na uwadze całą historię negocjacji, Trybunał uznaje, iż odwołanie do ogólnych zasad prawa międzynarodowego stanowi wyraźną wskazówkę, że wzmianka ta nie była zamierzona

³⁴ Wyrok w sprawie *Lithgow i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 08.07.1986 r., skarga nr 9006/80 i in., par. 114.

jako obejmująca obywateli". W rezultacie ETPC uznał, iż *travaux préparatoires* nie potwierdzają interpretacji, na którą powołują się skarżący³⁵.

Z kolei w sprawie *Johnston i inni przeciwko Irlandii* ETPC musiał zdecydować, czy skarżący mogą wywieść prawo do rozwodu z art. 12 Konwencji mówiącego o prawie do zawarcia małżeństwa. Trybunał postanowił, iż będzie dążył do stwierdzenia zwykłego znaczenia tych terminów w ich kontekście oraz w świetle ich przedmiotu i celu³⁶. W uzasadnieniu wyroku ETPC nie poprzestał jednak na stwierdzeniu, iż słowa „prawo do zawarcia małżeństwa” „są jasne w tym sensie, iż obejmują utworzenie związku małżeńskiego, a nie jego rozwiązanie”³⁷. Trybunał stwierdził dalej m.in., iż ta interpretacja jest zgodna z przedmiotem i celem ujawnionym w *travaux préparatoires*. Tekst art. 12 został bowiem oparty na art. 16 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, z którego celowo przejęto tylko część mówiącą o prawie do zawarcia małżeństwa w celu zagwarantowania tego właśnie prawa, a nie dalszy fragment mówiący o równości praw małżonków. W rezultacie ETPC stwierdził, iż „z *travaux préparatoires* nie wynika żaden zamiar włączenia do art. 12 jakiegokolwiek gwarancji prawa do rozwiązania więzi małżeńskich przez rozwód”³⁸.

Pomimo że w tej sprawie skarżący powoływali się na rozwój społeczny, jaki miał miejsce od czasu, gdy przyjmowano tekst Konwencji, wyrażający się w znacznym wzroście przypadków rozpadów małżeństw, ETPC stwierdził, iż „Trybunał nie może, poprzez interpretację ewolucyjną, wyprowadzać z tych instrumentów prawa, którego nie było tam od samego początku. Tak jest szczególnie w tym przypadku, gdy ominięcie tego prawa było celowe”³⁹.

W sprawie *Litwa przeciwko Polsce* reguły interpretacji z KWPT zostały zastosowane przez Komisję Praw Człowieka oraz EPTC w związku z interpretacją pojęcia „alkoholik” występującego w art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji. Zarysował się tu przy tym interesujący spór dotyczący zastosowania reguł interpretacji przewidzianych w KWPT

³⁵ *Ibidem*, par. 117.

³⁶ Wyrok w sprawie *Johnston i inni przeciwko Irlandii* z 18.12.1986 r., skarga nr 9697/82, par. 51

³⁷ *Ibidem*, par. 52.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, par. 53

pomiędzy rządem RP a Trybunałem (i wcześniej Komisją). Rząd polski zdecydowanie sprzeciwił się dokonywaniu interpretacji tego pojęcia zgodnie z postanowieniem art. 31 ust. 1 KWPT, tj. zgodnie z jego zwykłym znaczeniem (takie rozumienie przyjęły Komisja oraz Trybunał), stając na stanowisku, iż terminowi „alkoholicy” z art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji powinno zostać nadane znaczenie specjalne w myśl postanowienia art. 31 ust. 4 KWPT. Państwa zobowiązujące się bowiem, jak wywodził rząd RP, miały zamiar nadać szerokie – a tym samym specjalne – znaczenie słowu „alkoholicy”. Przemawiać za tym miały materiały z prac przygotowawczych KWPT, które wykazały, że *ratio legis* zezwolenia na „zgodne z prawem pozbawienie wolności (...) alkoholików” w art. 5 było „uwzględnienie prawa państw członkowskich do przedsięwzięcia niezbędnych kroków w celu zwalczania (...) pijaństwa”⁴⁰.

Dodatkowo, zdaniem polskiego rządu, nadanie pojęciu „alkoholicy” wąskiego, typowego i zwyczajnego znaczenia miałyby ten skutek, iż taka interpretacja art. 5 ust. 1 (e) prowadziłyby do absurdalnych i nierozsądnych wyników. Pozbawienie bowiem wolności tego rodzaju osób musiałyby być oparte wyłącznie na uprzedniej wiedzy policji, że dana osoba została medycznie zaklasyfikowana jako alkoholik. Wąska interpretacja tego pojęcia mogłaby także prowadzić do absurdalnych lub nierozsądnych wyników w sprawach, gdzie alkoholik miałby być pozbawiony wolności podczas swoich „trzeźwych dni”, na przykład w trakcie terapii⁴¹.

W uzasadnieniu wyroku Trybunał powtórzył formułę znaną w orzecznictwie od czasu sprawy *Golder*, iż generalna zasada interpretacji z art. 31 KWPT oznacza, że proces odkrywania i określania prawdziwego znaczenia pojęć traktatowych stanowi jedność, pojedynczą łączną operację. W konsekwencji „ta generalna zasada, ściśle zintegrowana, stawia na tej samej płaszczyźnie różnorodne elementy wyliczone w czterech paragrafach tego artykułu”⁴². Trybunał dodał także, iż istotna jest też sekwencja, w jakiej elementy te są wyliczone w art. 31 Konwencji Wiedeńskiej. Sekwencja ta bowiem zakłada kolejność,

⁴⁰ Wyrok w sprawie *Litwa przeciwko Polsce* z 4.04.2000 r., skarga nr 26629/95, par. 55.

⁴¹ *Ibidem*, par. 56.

⁴² *Ibidem*, par. 58.

w jakiej proces interpretacji powinien mieć miejsce. Proces ten zatem musi rozpocząć się od określenia zwykłego znaczenia pojęć traktatowych – w ich kontekście i w świetle ich przedmiotu i celu, zgodnie z założeniami określonymi w paragrafie 1 art. 31. Zdaniem Trybunału, „ma to miejsce w szczególności w odniesieniu do postanowień, które podobnie jak art. 5 ust. 1 Konwencji, odnoszą się do wyjątków od generalnej zasady i które z tego powodu nie mogą podlegać ekstenzywnej interpretacji”⁴³.

Zwykłe, typowe znaczenie słowa „alkoholicy” odnosi się, zdaniem ETPC, do osób, które są uzależnione od alkoholu. Nie można jednak abstrahować, od faktu, iż wyraz ten pojawia się w kontekście kilku innych kategorii osób, tzn. osób szerzących chorobę zakaźną, osób chorych umysłowo, narkomanów i włóczęgów. Związek pomiędzy wszystkimi tymi osobami polega na tym, iż – mogą one być pozbawione wolności albo w celu udzielenia im leczenia medycznego lub ze względu na uwarunkowania wynikające z polityki społecznej. Jak zauważa Trybunał „w tym kontekście, zasadniczym powodem, dla którego Konwencja pozwala na pozbawienie wolności osób wymienionych w ust. 1 (e) art. 5 jest nie tylko to, że są one niebezpieczne dla porządku publicznego, ale również to, że ich własny interes może wymagać pozbawienia ich wolności”⁴⁴.

Wprawdzie wg ETPC art. 5 ust. 1 (e) Konwencji nie powinien być interpretowany jako pozwalający na pozbawienie wolności danej osoby wyłącznie ze względu na spożycie alkoholu, jednak według EPTC w tekście art. 5 nie istnieje nic, co by sugerowało, że artykuł ten uniemożliwia zastosowanie tego środka przez państwo w stosunku do obywatela nadużywającego alkoholu w celu zapobieżenia jego niebezpiecznemu zachowaniu po spożyciu alkoholu. Szkodliwe korzystanie z alkoholu stwarza bowiem zagrożenie dla społeczeństwa, a osoba będąca w stanie po spożyciu alkoholu może stwarzać zagrożenie dla siebie i innych, niezależnie od tego, czy jest ona uzależniona od alkoholu, czy też nie⁴⁵. Interpretacja ta znajduje potwierdzenie, według ETPC, w pracach przygotowawczych do EKPC – w komentarzu do

⁴³ *Ibidem*, par. 59.

⁴⁴ *Ibidem*, par. 59.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 62.

wstępnego projektu Konwencji stwierdzono, że tekst właściwego artykułu obejmował prawo państwa do przedsięwzięcia środków mających na celu zwalczanie włóczęgostwa i „pijaństwa” (*l'alcolisme* w języku francuskim). W dalszej części tego komentarza wspomniano, iż Komitet Ekspertów nie ma wątpliwości, „że tego rodzaju ograniczenia były usprawiedliwione przez wymagania moralności publicznej i porządku”. Rozważania te doprowadziły Trybunał do wniosku, iż pozbawienie wolności skarżącego mieściło się w ramach art. 5 ust. 1 (e) Konwencji⁴⁶. Co więcej jednak, jak wynika z dalszej części uzasadnienia wyroku, argumentacja oparta na zwykłym znaczeniu pojęcia „alkoholik”, wsparta materiałami z prac przygotowawczych, pozwala, zdaniem Trybunału, na uznanie tego pojęcia za posiadające znaczenie autonomiczne na gruncie EKPC⁴⁷.

Uzasadnienie wyroku w sprawie *Litwa* jest interesujące z kilku powodów. Po pierwsze, jak to pokazuje spór pomiędzy rządem RP z jednej oraz Komisją i Trybunałem z drugiej strony, zastosowanie reguł interpretacji z KWPT może prowadzić do różnych wniosków interpretacyjnych. Po drugie, w sytuacji, gdy na interpretację opartą na KWPT powołuje się jedna ze stron sprawy, Trybunał nie może, jak się wydaje, w takiej sytuacji pominąć reguł interpretacyjnych z Konwencji Wiedeńskiej w swoim rozumowaniu. Po trzecie, zastosowanie reguł wykładni z art. 31 KWPT do interpretacji pojęcia konwencyjnego może stanowić potwierdzenie jego autonomicznego znaczenia na gruncie EKPC. Po czwarte wreszcie, fragmenty uzasadnienia tego orzeczenia dotyczące metod interpretacji z KWPT są w tym orzeczeniu jedynymi częściami uzasadnienia, w których omawiane są mające zastosowanie dla potrzeb rozstrzygnięcia reguły interpretacji. Poza wspomnianym już nawiązaniem do znaczenia autonomicznego określenia „alkoholik”, Trybunał nie rozwija wątków dotyczących innych, specyficznych metod interpretacji, które pełnią tak istotną rolę w jego orzecznictwie. Warto przy tym zauważyć, iż w zdaniu odrębnym do tego orzeczenia sędziego Baki znalazło się odwołanie do doktryny

⁴⁶ *Ibidem*, par. 64.

⁴⁷ *Ibidem*, par. 76.

marginesu oceny powołane jako argument na rzecz stanowiska, iż nie doszło do naruszenia Konwencji.

Kwestia interpretacji wyrazów użytych w art. 5 EKPC pojawiła się także w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Trybunał stwierdził, iż po raz pierwszy musi dokonać interpretacji wyrazów użytych w pierwszej części art. 5 § 1 lit. f Konwencji, a mianowicie „zgodnego z prawem (...) zatrzymania osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa”. ETPC podkreślił przy tym, iż będzie „jak zawsze kierował się postanowieniami artykułów 31 do 33 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów”⁴⁸.

Warto zauważyć, iż podobnie jak w sprawie *Litwa*, kwestię interpretacji art. 5 § 1 lit. f Konwencji w oparciu o postanowienia art. 31–33 KWPT podniosła jedna ze stron sporu – w tym przypadku skarżący, wywodząc m.in., iż z określenia „wkroczenie” wynika konieczność istnienia bezpośredniego i precyzyjnego związku pomiędzy zatrzymaniem oraz ryzykiem takiego nielegalnego wkroczenia na terytorium państwa⁴⁹.

W uzasadnieniu orzeczenia powtórzony został znany z poprzednich orzeczeń fragment mówiący o tym, co ETPC będzie brał pod uwagę przy interpretacji w oparciu o postanowienia z art. 31–33 KWPT: zwykle znaczenie interpretowanych wyrazów, w ich kontekście oraz w świetle przedmiotu i celu postanowienia, w którym są zawarte, znaczenie Konwencji jako instrumentu przeznaczonego do skutecznej ochrony praw człowieka, konieczność interpretacji Konwencji jako całości, uwzględnianie także wszelkich odpowiednich reguł oraz zasad prawa międzynarodowego mających zastosowanie pomiędzy państwami-stronami oraz biorąc pod uwagę możliwość sięgania do uzupełniających środków interpretacji⁵⁰. W rezultacie ETPC uznał, iż nie można interpretować art. 5 ust. 1 lit. f EKPC jako pozwalającego na zatrzymanie jedynie osoby, której zostanie udowodnione, że usiłuje uniknąć ograniczeń dotyczących wjazdu na terytorium, ponieważ taka interpretacja prowadziłaby do nałożenia zbytniego

⁴⁸ Wyrok w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 29.01.2008 r., skarga nr 13229/03, par. 61.

⁴⁹ *Ibidem*, par. 51.

⁵⁰ *Ibidem*, par. 62.

zawężenia kompetencji państwa do wykonywania „jego bezsprzecznego prawa do kontroli” osób przybywających na jego terytorium⁵¹.

Co ciekawe, ustalając z kolei co to znaczy, iż zatrzymanie nie może być arbitralne, ETPC stwierdził, opierając się nie na zasadach z KWPT, ale na zasadach rozwiniętych w jego własnym orzecznictwie, iż zatrzymanie takie musi być dokonane w dobrej wierze i ściśle związane z celem w postaci zapobieżenia nielegalnemu wkroczeniu na terytorium kraju. Miejsce oraz warunki zatrzymania muszą być właściwe, a czas jego trwania nie może przekraczać czasu rozsądnie potrzebnego do realizacji tego celu⁵².

W części wyroku zawierającej rozstrzygnięcie Trybunał uznał, iż biorąc pod uwagę trudne administracyjne problemy, z którymi borykało się Zjednoczone Królestwo w okresie, którego dotyczyła skarga, z uwagi na rosnącą liczbę osób ubiegających się o azyl, zatrzymanie skarżącego przez siedem dni we właściwych warunkach w celu rychłego rozpoznania jego skargi, nie stanowiło naruszenia art. 5 ust. 1 EKPC⁵³. Stwierdzono natomiast naruszenie art. 5 ust. 2 EKPC z uwagi na trwającą 76 godzin zwłokę w przedstawieniu przyczyn zatrzymania⁵⁴. Poza wspomnianą już przytoczoną z innych orzeczeń formułką o znaczeniu zasad wykładni z KWPT, w uzasadnieniu tego wyroku trudno dostrzec jakie było rzeczywiste znaczenie artykułów 31–33 tej Konwencji w osiągnięciu takiego, a nie innego rozstrzygnięcia.

Trybunał odwoływał się do reguł interpretacji z KWPT także w szeregu spraw, w których pojawiały się kwestie z zakresu ogólnego prawa międzynarodowego korzystając niekiedy również, zgodnie z art. 32 KWPT, z uzupełniających środków interpretacji w postaci materiałów z prac przygotowawczych nad tekstem EKPC.

W sprawie *Bankovic* Wielka Izba ETPC musiała rozstrzygnąć, czy akcja państw NATO polegająca na bombardowaniu terytorium byłej Federalnej Republiki Jugosławii spowodowała, iż państwa te rozciągnęły w czasie tych bombardowań swoją jurysdykcję na terytorium RFJ, która w tym czasie (kwiecień 1999 r.) nie była stroną EKPC. Klu-

⁵¹ *Ibidem*, par. 65.

⁵² *Ibidem*, par. 67–74.

⁵³ *Ibidem*, par. 80.

⁵⁴ *Ibidem*, par. 84–85.

cząwą dla rozstrzygnięcia tej sprawy była interpretacja zawartego w art. 1 Konwencji określenia „podlegającemu ich jurysdykcji”. Sięgając do dyrektyw interpretacji z KWTP, ETPC stwierdził, iż „Konwencja musi być interpretowana zgodnie z regułami określonymi w Konwencji Wiedeńskiej” z 1969 r.⁵⁵ W związku z tym określenie „podlegającemu ich jurysdykcji” poddane powinno zostać wykładni zgodnie z jego zwykłym znaczeniem, w jego kontekście i w świetle przedmiotu oraz celu Konwencji”. Charakterystyczne przy tym jest, iż ETPC odwołał się także do art. 32 KWPT zatytułowanego „Uzupełniające środki interpretacji”, zgodnie z którym można odwoływać się do uzupełniających środków interpretacji, łącznie z pracami przygotowawczymi do traktatu oraz okolicznościami jego zawarcia, aby potwierdzić znaczenie wynikające z zastosowania artykułu 31 lub aby ustalić znaczenie, gdy interpretacja oparta na artykule 31:

- a) pozostawia znaczenie dwuznacznym lub niejasnym albo
- b) prowadzi do rezultatu wyraźnie absurdalnego lub nierozsądnego.

ETPC powołał się przy tym na komentarz do KWPT Komisji Prawa Międzynarodowego, w którym Komisja ta stwierdziła, iż art. 31 i 32 tej Konwencji powinny działać w związku i nie mieć skutku nakreślającego sztywną linię pomiędzy „ogólną regułą” i „uzupełniającymi środkami interpretacji”⁵⁶. W uzasadnieniu swojego orzeczenia w tej sprawie Trybunał stwierdził m.in., iż zarówno praktyka państw w stosowaniu Konwencji od czasu jej ratyfikacji, jak i *travaux preparatoires* EKPC potwierdzają zasadniczo terytorialne pojęcie jurysdykcji, o której mowa w art. 1 tej Konwencji⁵⁷.

Ostatecznie ETPC uznał, iż w sprawie tej nie zachodziły wyjątkowe okoliczności, które mogłyby uzasadnić poza-terytorialne wykonywanie jurysdykcji przez pozwane państwa-strony. Ponieważ nie istniał jakikolwiek związek jurysdykcyjny pomiędzy osobami, które

⁵⁵ Decyzja w kwestii dopuszczalności *Bankovic i in. przeciwko Belgii i in.* z 12.12.2001 r., skarga nr 52207/99, par. 55.

⁵⁶ *Ibidem*, par. 60.

⁵⁷ *Ibidem*, par. 62–63.

były ofiarami zaskarżonego czynu a pozwany państwami, skarga została uznana za niedopuszczalną⁵⁸.

Znamienne w sprawie *Bankovic* jest to, iż na wykładnię dynamiczną Konwencji powoływali się skarżący. Odpowiadając ETPC stwierdził: „prawdą jest, że wyobrażenie o Konwencji jako żyjącym instrumencie, który należy interpretować w świetle warunków dnia dzisiejszego, jest mocno zakorzenione w orzecznictwie Trybunału”⁵⁹. Dlaczego w takim razie podejście oparte na założeniu, iż EKPC to *living instrument* nie było decydujące w tej sprawie? Z uzasadnienia wynika, iż zdecydowało o tym, po pierwsze, znaczenie art. 1 EKPC, który „determinuje zakres pozytywnych obowiązków państw-stron i jako taki decyduje o zakresie i zasięgu całego konwencyjnego systemu ochrony praw człowieka”⁶⁰. Nadto wpływ na to miało także „jasne wskazanie zamierzonego rozumienia art. 1 Konwencji, które nie może być zignorowane” w *travaux preparatoires*. ETPC zastrzega przy tym, iż chociaż *travaux preparatoires* nie miało znaczenia decydującego, to jednak stanowiło istotny argument potwierdzający zasadność oparcia się na „zwykłym” znaczeniu art. 1 Konwencji.

Oceniając decyzję w sprawie *Bankovic* w części dotyczącej zastosowanych metod wykładni można pozytywnie ocenić fakt, iż ETPC wyjaśnił, dlaczego prymat przyznał metodom wykładni przewidzianym w KWTP przed metodą dynamiczną. Z drugiej strony, można zastanawiać się czy podane przez EPTC *ratio* zastosowania w pierwszym rzędzie metody tekstualnej przewidzianej w KWPT wspartej *travaux preparatoires*, z uwagi na zasadnicze znaczenie art. 1 dla stosowania całej EKPC, stanowić może wskazówkę dotyczącą kolejności stosowania poszczególnych metod wykładni w innych sprawach?

Odwołanie do zasad interpretacji z KWPT pojawiło się także w jednym z późniejszych orzeczeń dotyczących zagadnienia zakresu terytorialnego zastosowania Konwencji Europejskiej, a mianowicie w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 2010 r. W stanie faktycznym chodziło o przekazanie przez Brytyjczyków władzom irackim dwóch skarżących, podejrzanych w sprawie

⁵⁸ *Ibidem*, par. 74 i 82.

⁵⁹ *Ibidem*, par. 64.

⁶⁰ *Ibidem*, par. 65.

o zabójstwo dwóch żołnierzy brytyjskich, w celu ich osądzenia za zarzucane zbrodnie. Skarżący zarzucili władzom Zjednoczonego Królestwa, że przetrzymywanie ich przez brytyjskie siły zbrojne w Basrze, a następnie przekazanie władzom irackim nastąpiło w sytuacji, gdy podlegali oni jurysdykcji brytyjskiej. W związku z tym nastąpiło naruszenie ich praw chronionych Artykułami 2, 3, 6, 13 oraz 34 Konwencji, a także artykułem 1 Protokołu 13 do Konwencji. Skarżący powołali się przy tym na art. 30 KWPT argumentując, iż art. 2 EKPC należy interpretować w świetle art. 1 Protokołu 13 EKPC. W związku z tym w przypadku państw, które ratyfikowały ten protokół nie powinien mieć zastosowania wyjątek przewidziany w części drugiej drugiego zdania art. 2 EKPC, w którym mowa o wykonaniu wyroku sądowego orzekającego karę śmierci za przestępstwo, w przypadku którego taka kara była przewidziana przez prawo⁶¹.

ETPC uznał, iż poddanie skarżących cierpieniom psychicznym z uwagi na strach przed wykonaniem kary śmierci przez władze Iraku, wskutek działań oraz zaniechań władz brytyjskich, stanowiło naruszenie art. 3 Konwencji. Odwołanie Trybunału do zasad interpretacji z KWPT nastąpiło w uzasadnieniu tego orzeczenia jedynie w związku z zagadnieniem stopnia, w którym pozostające w konflikcie zobowiązania międzynarodowe mają wpływ na odpowiedzialność państwa-strony na podstawie EKPC. Władze brytyjskie twierdziły bowiem, iż były zobowiązane na podstawie prawa międzynarodowego do wydania skarżących władzom Iraku. ETPC zastosował wykładnię systemową zauważając, iż zgodnie z art. 31 § 3 (c) KWPT, należy brać pod uwagę „wszelkie odpowiednie normy mające zastosowanie między stronami”. ETPC stwierdził ponadto, iż „Konwencja winna być interpretowana, na ile to możliwe, w harmonii z innymi zasadami prawa międzynarodowego, którego stanowi część”⁶². Trybunał stwierdził jednak dalej, iż musi brać pod uwagę specjalny charakter Konwencji jako instrumentu służącego zbiorowemu zagwarantowaniu praw człowieka i podstawowych wolności. Nadto, przedmiot i cel Konwencji wymagają, by była ona interpretowana i stosowana tak, aby uczynić jej gwa-

⁶¹ Wyrok w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 2.03.2010 r., skarga nr 61498/08, par. 102.

⁶² *Ibidem*, par. 126.

rancje praktycznymi i skutecznymi. Trybunał przypomniał, iż państwo-strona nadal pozostaje odpowiedzialne na podstawie EKPC w przypadku zaciągnięcia zobowiązań traktatowych po wejściu w życie EKPC. W rezultacie argument władz brytyjskich, iż istnienie międzynarodowego zobowiązania odnośnie wydania skarżących władzom irańskim przesądziło o braku naruszenia Konwencji, nie przekonał Trybunału.

Z uzasadnienia wyroku w tej sprawie nie wynika, aby zasady interpretacji z KWPT miały wpływ na rozstrzygnięcie merytoryczne. Zostały one raczej przywołane dla potwierdzenia, iż ETPC ma świadomość, że przy interpretacji traktatu nie można abstrahować od innych norm prawa międzynarodowego. ETPC stanął jednak na stanowisku, w ramach wykładni systemowej, zakładającym pierwszeństwo zobowiązań wynikających z EKPC uzasadniając to m.in. zasadą efektywności oraz szczególnym znaczeniem Konwencji jako instrumentu gwarantującego prawa człowieka.

Do omawianej tu grupy spraw można zaliczyć także orzeczenie w sprawie *Bosphorus Arilines przeciwko Irlandii* z 30 czerwca 2005 r. dotyczącej zarzutu naruszenia prawa własności przez Irlandię wskutek zastosowania rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ nakładającej sankcje na Federalną Republikę Jugosławii. Krótka wzmianka deklarująca zastosowanie reguł interpretacji z KWPT pojawiła się w paragrafie 100 uzasadnienia tego wyroku. Natomiast w innym miejscu tego uzasadnienia Trybunał powołał się na postanowienie art. 31 ust. 3 lit. c KWPT, zgodnie z którym łącznie z kontekstem przy interpretacji traktatu należy brać pod uwagę m.in. także wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami, do których EPTC zaliczył także zasadę *pacta sunt servanda*. Posłużyło to Trybunałowi do uzasadnienia stanowiska, iż zastosowany przez Irlandię środek (zajęcie samolotu strony skarżącej) stanowił realizację zobowiązań wynikających dla tego państwa z członkostwa we Wspólnotach Europejskich. Postępowanie państwa-

-strony zgodne z prawem wspólnotowym stanowi zaś uzasadniony interes powszechny w rozumieniu artykułu 1 Protokołu I⁶³.

ETPC powoływał się także na wykładnię systemową opierając się w szczególności na art. 31 ust. 3 lit. c KWPT, w orzeczeniach dotyczących immunitetu państwa. W sprawie *Fogarty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* skarżąca zarzucała, iż nastąpiło naruszenie art. 6 Konwencji ponieważ odmówiono jej dostępu do sądu w oparciu o doktrynę immunitetu państwa. Trybunał uznał jednak, iż ograniczenia ogólnie zaakceptowane przez społeczność międzynarodową jako część doktryny immunitetu państwa stanowią przykład jednego z ograniczeń zawartych w art. 6 par. 1 EKPC⁶⁴. Przypomniawszy on także, iż EKPC winna być interpretowana w świetle reguł przewidzianych w Konwencji Wiedeńskiej z 1969 r., której art. 31 ust. 3 lit. c przewiduje, iż należy brać pod uwagę „wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego mające zastosowanie pomiędzy stronami”. Konwencja nie może być interpretowana w próżni. Trybunał powinien wziąć pod uwagę specjalny charakter Konwencji jako traktatu z dziedziny praw człowieka. Musi on także interpretować Konwencję w harmonii z innymi regułami prawa międzynarodowego, którego stanowi ona część, włączając w to normy dotyczące przyznawania immunitetu państwa⁶⁵.

ETPC odnotował wprawdzie w prawie międzynarodowym i porównawczym trend w kierunku ograniczania immunitetu państwa w sprawach dotyczących zatrudnienia. Jednakże w sferze naboru personelu do misji zagranicznych praktyka dotycząca zastosowania immunitetu państwa jest różna i Trybunał nie stwierdził w tym zakresie trendu w kierunku złagodzenia zasady tego immunitetu. Co więcej, sprawy dotyczące rekrutacji personelu misji zagranicznych (skarżąca zarzucała w tej sprawie dyskryminację w procesie rekrutacji) są z natury sprawami wrażliwymi i poufnymi. Z tego powodu w konkluzywnej części wyroku ETPC uznając, iż przyznanie immunitetu

⁶³ Wyrok w sprawie *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi przeciwko Irlandii* z 30.06.2005 r., skarga nr 45036/98 par. 150.

⁶⁴ Wyrok w sprawie *Fogarty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 21.11.2001 r., skarga nr 37112/97, par. 35.

⁶⁵ *Ibidem*, par. 35.

państwa przez pozwane państwo innemu państwu (w tym przypadku Stanom Zjednoczonym) nie wykraczało poza margines oceny przyznany państwu przy ograniczaniu dostępu jednostki do sądu uznał, iż nie doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji⁶⁶.

Z uzasadnienia wyroku w tej sprawie wynika, iż reguły interpretacji z KWPT zostały przywołane dla uzasadnienia ograniczenia prawa dostępu do sądu w oparciu o doktrynę immunitetu państwa. Decydujące znaczenie dla wyniku rozstrzygnięcia przyznane zostało w tym przypadku jednak doktrynie marginesu państwa, a nie regułom wykładni z KWPT.

W wyroku wydanym dziewięć lat później w sprawie *Cudak przeciwko Litwie* dotyczącym zwolnienia skarżącej z pracy w polskiej ambasadzie w Wilnie, ETPC uznał jednak, iż odmowa dostępu do sądu w oparciu o doktrynę immunitetu państwa stanowiła w tym przypadku naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji. W uzasadnieniu tego orzeczenia, podobnie jak w sprawie *Fogarty*, ETPC powołał się na art. 31 ust. 3 lit. c KWPT jako podstawę uwzględnienia przy rozpatrywaniu tej sprawy zasady immunitetu państwa. KWPT nie odegrała jednak żadnego znaczenia w części uzasadnienia bezpośrednio poprzedzającej rozstrzygnięcie⁶⁷. Inaczej niż w sprawie *Fogarty*, ETPC stwierdził, iż skarżąca wykonywała funkcje techniczne nie związane z wykonywaniem suwerenności przez państwo polskie⁶⁸. Nie znajdując w tej sprawie żadnych kwestii o charakterze wrażliwym ETPC uznał, iż władze litewskie przekroczyły ich margines oceny nie zachowując rozsądnej relacji proporcjonalności oraz osłabiając samą istotę prawa skarżącej dostępu do sądu⁶⁹.

W analogiczny sposób, jak w sprawie *Fogarty*, ETPC nawiązał do wykładni systemowej powołując się na art. 31 ust. 3 lit. c KWPT w sprawie *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, w której pojawiło się zagadnienie dopuszczalności uchylenia immunitetu jurysdykcyjnego państwa trzeciego przed sądami państwa strony Konwencji

⁶⁶ *Ibidem*, par. 37–39.

⁶⁷ Wyrok w sprawie *Cudak przeciwko Litwie* z 23.03.2010 r., skarga nr 15869/02, par. 54.

⁶⁸ *Ibidem*, par. 70.

⁶⁹ *Ibidem*, par. 74.

w odniesieniu do roszczeń dotyczących zakazu tortur⁷⁰. Wydając to orzeczenie Trybunał, uznając wprawdzie rosnące uznanie znaczenia zakazu tortur, nie doszukał się akceptacji w prawie międzynarodowym dla stanowiska, iż państwom nie przysługuje immunitet w zakresie roszczeń cywilnych dotyczących szkód spowodowanych zarzucanym stosowaniem tortur⁷¹.

Interesujące kwestie dotyczące wykładni systemowej pojawiły się także w orzeczeniu w sprawie *Demir i Baykara przeciwko Turcji*, która dotyczyła zarzutu naruszenia art. 11 Konwencji w związku z ograniczeniem prawa do tworzenia związków zawodowych oraz zawierania układów zbiorowych przez urzędników państwowych w Turcji. Władze Turcji powołały się na art. 31 ust. 3 lit. c KWPT twierdząc, iż wprawdzie Trybunał powinien brać pod uwagę „wszelkie istotne normy prawa międzynarodowego mające zastosowanie pomiędzy stronami, jednakże powinien uwzględniać tylko te instrumenty międzynarodowe, którymi dane państwo jest związane”. ETPC powołał się na zasady interpretacji z KWPT w odniesieniu do interpretacji wyrazów użytych w Konwencji, a także w zakresie stosowanej przez siebie wykładni systemowej.

Po pierwsze zatem:

Przy ustaleniu znaczenia terminów i zwrotów użytych w Konwencji Trybunał kieruje się głównie regułami interpretacji przewidzianymi w artykułach od 31 do 33 Konwencji Wiedeńskiej (...). Zgodnie z Konwencją Wiedeńską, Trybunał musi ustalić zwykle znaczenie, które należy przypisać określeniom zawartym w Konwencji w ich kontekście oraz w świetle przedmiotu i celu postanowienia, w którym są zawarte. Można też odwołać się do uzupełniających środków interpretacji, albo po to, by potwierdzić znaczenie określone w myśl tych zasad, lub by ustalić znaczenie w sytuacji, gdy wynik wykładni jest niejednoznaczny, niejasny, w sposób oczywisty absurdalny lub nierozsądny⁷².

⁷⁰ Wyrok w sprawie *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 21.11.2001 r., skarga nr 35763/97.

⁷¹ *Ibidem*, par. 66–65.

⁷² Wyrok Wielkiej Izby Trybunału w sprawie *Demir i Baykara przeciwko Turcji* z 12.11.2008 r., skarga nr 34503/97, par. 65

Po drugie, nawiązując do zasad wykładni systemowej, ETPC stwierdził, iż Konwencja powinna być interpretowana jako całość w celu zapewnienia jej wewnętrznej spójności oraz harmonii pomiędzy poszczególnymi postanowieniami⁷³. Ponadto, Konwencja powinna być poddawana wykładni w kontekście wszelkich odpowiednich reguł i zasad mających zastosowanie pomiędzy stronami⁷⁴. Do tego kredo interpretacyjnego ETPC dodał podejście oparte na założeniu, iż Konwencja jest *the living instrument*, a zatem powinna być interpretowana przy uwzględnieniu polegających ewolucji norm prawa wewnętrznego i międzynarodowego⁷⁵.

Do wykładni systemowej Trybunał odwołał się także w dalszej części uzasadnienia stwierdzając, iż:

Przy rozważaniu przedmiotu i celu Konwencji należy brać pod uwagę tło międzynarodowe prawnej kwestii, którą rozstrzyga. Składające się z reguł i zasad zaakceptowanych przez ogromną większość państw, wspólne międzynarodowe i krajowe standardy prawne odzwierciedlają rzeczywistość, której Trybunał nie może pomijać wówczas, gdy musi wyjaśniać zakres postanowień Konwencji, a bardziej konwencjonalne środki interpretacji nie pozwoliły na osiągnięcie wystarczającego stopnia pewności przy interpretacji⁷⁶.

Ostatecznie Izba Trybunału, uznając iż doszło do naruszenia art. 11 Konwencji z powodu odmowy uznania prawa skarżących jako urzędników miejskich do tworzenia związków zawodowych oraz unieważnienia układu zbiorowego zawartego przez te związki, oparła się na zasadzie konsensusu, o której nie wspomina Konwencja Wiedeńska. Wyjaśniając swoje podejście związane ze stosowaniem zasady konsensusu, Trybunał stwierdził, iż poszukując wspólnego stanowiska w normach prawa międzynarodowego, nigdy nie dokonywał rozróżnienia pomiędzy źródłami prawa według kryterium ich podpisania lub ratyfikację przez pozwane państwo⁷⁷. Nie jest zatem konieczna ratyfikacja przez pozwane państwo wszystkich instrumentów między-

⁷³ *Ibidem*, par. 66.

⁷⁴ *Ibidem*, par. 67.

⁷⁵ *Ibidem*, par. 68.

⁷⁶ *Ibidem*, par. 76.

⁷⁷ *Ibidem*, par. 78.

narodowych mających zastosowanie w danej sprawie. Dla Trybunału wystarczające jest bowiem, iż:

Odpowiednie międzynarodowe instrumenty odzwierciedlają ciągłą ewolucję norm i zasad mających zastosowanie w prawie międzynarodowym lub w prawie krajowym większości państw członkowskich Rady Europy i pokazują, iż w określonym obszarze, istnieje wspólne stanowisko we współczesnych społeczeństwach⁷⁸.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Wielkiej Izby Trybunału w tej sprawie zwrócono jednak uwagę, iż w czasie, gdy doszło o zdarzeń stanowiących podstawę skargi, Turcja ratyfikowała już Konwencję nr 87 MOP, która przewiduje prawo urzędników publicznych do tworzenia związków zawodowych⁷⁹. Wielka Izba Trybunału, również stwierdzając naruszenie art. 11 EKPC, uznała m.in., iż brak prawodawstwa koniecznego do zapewnienia skuteczności postanowieniom międzynarodowych konwencji z zakresu prawa pracy ratyfikowanych już przez Turcję stanowiło ingerencję w prawa skarżących do tworzenia związków zawodowych chronione przez art. 11 Konwencji.

Wyrok sprawie *Louzidou przeciwko Turcji* (wstępne zastrzeżenia) jest o tyle interesujący, iż reguły wykładni z KWPT nie zostały tu zastosowane do postanowień materialnych Konwencji, ale do artykułów 25 oraz 46 Konwencji w jej brzmieniu sprzed wejścia w życie Protokołu 11, dotyczących odpowiednio uznania kompetencji Komisji do przyjmowania skarg indywidualnych oraz uznania obowiązkowej jurysdykcji Trybunału.

ETPC zadeklarował, iż przy stwierdzaniu, czy strony mogą wprowadzać ograniczenia dotyczące ich zgody na uznanie kompetencji Komisji oraz Trybunału na podstawie tych postanowień, będzie starał się ustalić zwykle znaczenie wyrazów użytych w tych postanowieniach w świetle ich przedmiotu oraz celu zgodnie z art. 31 ust. 1 KWPT. Będzie także brał pod uwagę wszelką późniejszą praktykę stosowania traktatu ustanawiającą zgodę stron dotyczącą jego interpretacji, zgodnie z art. 31 ust. 3 lit. b KWPT⁸⁰.

⁷⁸ *Ibidem*, par. 86.

⁷⁹ *Ibidem*, par. 123.

Wprawdzie art. 64 Konwencji przewidywał możliwość składania zastrzeżeń do Konwencji przy jej podpisywaniu lub składaniu dokumentu ratyfikacyjnego, jednak prawo to ograniczone zostało, jak zauważył ETPC, tylko do poszczególnych postanowień Konwencji. Istotną rolę w argumentacji Trybunału odegrało powołanie się na późniejszą praktykę państw-stron, z których wszystkie, poza Turcją, uznały kompetencję Komisji oraz Trybunału bez ograniczeń o charakterze przedmiotowym oraz terytorialnym. W rezultacie ETPC uznał, powołując się na wymienione wyżej postanowienia KWPT, iż ograniczenia o charakterze terytorialnym (*ratione loci*) dołączone do deklaracji Turcji złożone na podstawie artykułów 25 oraz 46 Konwencji są nieważne⁸¹.

W wyroku merytorycznym wydanym w tej sprawie Trybunał musiał rozstrzygnąć, czy brak dostępu skarżącej do jej nieruchomości położonej w północnym Cyprze stanowił naruszenie prawa z art. 1 Protokołu 1. W uzasadnieniu tego wyroku pojawiła się jednak tylko jedna ogólna wzmianka o interpretacji Konwencji zgodnie z regułami określonymi w KWPT oraz o konieczności systemowej interpretacji Konwencji, czyli zgodnie z odpowiednimi normami prawa międzynarodowego mającymi zastosowanie pomiędzy stronami (art. 31 ust. 3 lit. c KWPT)⁸². W dalszej części uzasadnienia brak jest natomiast wyraźnego nawiązania do artykułów 31–33 KWPT.

Wzmianka o konieczności interpretacji na podstawie KWPT, w tym zwłaszcza zgodnie z innymi zasadami prawa międzynarodowego, w myśl art. 31 ust. 3 lit. c KWPT, pojawiła się także w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji* w związku z koniecznością ustalenia mocy wiążącej Reguły 39 Regulaminu Trybunału dotyczącej środków tymczasowych⁸³. W uzasadnieniu tego wyroku ETPC dokonał analizy m.in. orzecznictwa Komitetu Praw

⁸⁰ Wyrok sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* (wstępne zastrzeżenia) z 23.03.1995 r., skarga nr 15318/89, par. 73.

⁸¹ *Ibidem*, par. 76, 79–83 oraz 89.

⁸² Wyrok merytoryczny w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* z 18.12.1996 r., skarga nr 15318/89, par. 43.

⁸³ Wyrok w sprawie *Mamatkulov i Abdurasowicz przeciwko Turcji* z 3.02.2003 r., skarga nr 46827/99 i nr 46951/99, par. 99–100.

Człowieka ONZ, Komitetu przeciwko torturom ONZ, Międzyparyżskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na uwadze, iż jedynie wiążący charakter środków tymczasowych może zapewnić skarżącemu skuteczne korzystanie z prawa do skargi Trybunał, przypominając, iż traktaty powinny być interpretowane w dobrej wierze w świetle przedmiotu i celu traktatu oraz zgodnie z zasadą efektywności, stwierdził, iż zasada ta odnosi się także do postanowień regulaminu, które powinny być interpretowane w świetle postanowień traktatu, z którym są powiązane. W rezultacie ETPC doszedł do wniosku, iż każda ze stron Konwencji, wobec której zostały zastosowane środki tymczasowe, w celu uniknięcia wyrządzenia niepowetowanej szkody ofierze naruszenia, powinna zastosować się do tych środków i powstrzymać się od jakiegokolwiek działania lub zaniechania, które mogłyby podważyć autorytet oraz skuteczność ostatecznego wyroku⁸⁴.

Orzeczenie to zostało utrzymane w wyroku Wielkiej Izby, w którym Trybunał również powołał się na reguły interpretacji z KWPT stwierdzając m.in., iż zgodnie z art. 31 ust. 1 KWPT traktaty winny być interpretowane w dobrej wierze, w świetle ich przedmiotu i celu oraz zgodnie z zasadą efektywności. W konkluzji stwierdził on, iż postępując niezgodnie ze środkami tymczasowymi wydanymi na podstawie Reguły 39 Regulaminu Trybunału, Turcja naruszyła swoje zobowiązanie wynikające z art. 34 Konwencji⁸⁵.

Charakterystyczny dla tej sprawy jest sposób, w jaki Izba, a następnie Wielka Izba Trybunału przytoczyły ogólną regułę z art. 31 ust. 1, tj. pomijając fragment o zwykłym znaczeniu wyrazów użytych w ich kontekście i zamiast tego kładąc nacisk na zasadę dobrej wiary, konieczność interpretacji w świetle przedmiotu i celu traktatu oraz powołując się na zasadę efektywności, której w ogóle nie przewidziano w postanowieniach art. 31–33 KWPT.

Innym poza wcześniej wspomnianymi przykładem orzeczenia, w którym zastosowana została wykładnia systemowa z powołaniem się na KWPT jest sprawa *Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii*. Trybu-

⁸⁴ *Ibidem*, par. 100–110.

⁸⁵ Wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Mamatkulov i Abdurasulovic przeciwko Turcji* z 3.02.2003 r., skarga nr 46827/99 i nr 46951/99, par. 111, 123, 129–129.

nał opierając się, zgodnie z art. 31 ust. 3 lit. c KWPT, na regule systemowej interpretacji Konwencji stwierdzając przy tym, iż zwrot „wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego mające zastosowanie pomiędzy stronami” dotyczy w przypadku EKPC norm odnoszących się do ochrony praw człowieka, uznał, iż w zakresie uprowadzania dzieci, obowiązki, które art. 8 nakłada na państwa-strony, powinny być interpretowane z uwzględnieniem w szczególności Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 25 października 1980 r. oraz Konwencji o Prawach Dziecka z 20 listopada 1989 r. Trybunał zastrzegł jednak jednocześnie, iż musi mieć także na uwadze szczególny charakter Konwencji jako instrumentu europejskiego porządku publicznego na rzecz ochrony praw jednostki oraz własną misję zgodnie z art. 19 Konwencji⁸⁶.

Z kolei przykładem zastosowania reguły z art. 33 KWPT może być wyrok w sprawie *Stoll przeciwko Szwajcarii*⁸⁷. Trybunał dokonując tu interpretacji zwrotu „zapobieganie ujawnianiu informacji poufnych” zawartego w klauzuli imitacyjnej z art. 10 ust. 2 EKPC powołał się na art. 33 KWPT, który jak zauważył, odzwierciedla międzynarodowe prawo zwyczajowe w odniesieniu do tekstów traktatów sporządzonych w dwu lub więcej językach autentycznych. Chociaż w orzecznictwie strasburskim przyjmuje się, iż klauzule przewidujące możliwość ograniczania praw powinny być interpretowane w sposób restrykcyjny, w oparciu o postanowienie art. 33 ust. 3 zgodnie z którym domniemywa się, iż wyrazy użyte w traktacie mają to samo znaczenie w każdym tekście autentycznym, Trybunał przyjął wykładnię wspomnianego wcześniej zwrotu, zgodnie z którą przez poufną informację rozumieć należy zarówno informację ujawnioną przez osobę objętą obowiązkiem poufności, jak i przez osobę trzecią, w tym dziennikarza⁸⁸.

Osobną grupę spraw stanowią orzeczenia, w których na reguły interpretacji z KWPT powołują się jedynie sędziowie w zdaniach odrębnych, natomiast milczy na ich temat większość składu sędziow-

⁸⁶ Wyrok w sprawie *Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii* z 6.07.2010 r., skarga nr 41615/07, par. 131–133.

⁸⁷ Wyrok w sprawie *Stoll przeciwko Szwajcarii* z 10.12.2007 r., skarga nr 69698/01, par. 59–60.

⁸⁸ *Ibidem*, par. 60–61.

skiego. W sprawie *Vo przeciwko Francji* skarżąca zarzucała naruszenie przez Francję art. 2 EKPC z uwagi na brak ochrony nienarodzonego dziecka przez francuskie prawo karne. Większość składu sędziowskiego Wielkiej Izby nie stwierdziła jednak naruszenia Konwencji uznając m.in., iż istotna dla tej sprawy kwestia, od jakiego momentu przysługuje prawo do życia, leży w zakresie marginesu oceny, z którego państwa korzystają w tej sferze⁸⁹.

W uzasadnieniu wyroku większości składu sędziowskiego nie pojawiła się jakakolwiek wzmianka o regułach interpretacji z KWPT. Do reguł tych natomiast odwołał się w zdaniu odrębnym sędzia Ress. Powołując się na zwykłe znaczenie wyrazu „każdy” potwierdzone przez wykładnię dynamiczną, argumentował, iż art. 2 EKPC chroni także życie dziecka nienarodzonego⁹⁰. Stwierdził on, iż:

Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów (artykuł 31 ust. 1) wymaga, aby traktaty były interpretowane zgodnie ze zwykłym znaczeniem nadawanym wyrazom w traktacie w ich kontekście oraz w świetle jego przedmiotu oraz celu. Zwykłe znaczenie może być ustalone jedynie na podstawie tekstu jako całości. Tradycyjnie, prawnicy rozumieją pojęcie „każdy” (*everyone, toute personne*) jako obejmujące istotę ludzką przed narodzeniem i, przede wszystkim, pojęcie „życie” jako obejmujące wszelkie życie ludzkie, to znaczy od momentu, w którym rozpoczyna rozwój niezależna egzystencja, aż do śmierci, przy czym urodziny stanowią jedynie etap w tym rozwoju⁹¹.

W sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, w której skarżący zarzucili, iż doszło do dyskryminacji ze względu na orientację seksualną ponieważ odmówiono im prawa do zawarcia małżeństwa oraz uniemożliwiono im uznanie ich związku przez prawo w inny sposób, większość składu orzekającego izby Trybunału stosunkiem głosów czterech do trzech uznała, iż nie doszło do naruszenia Konwencji, tj. art. 12 w związku z art. 14 EKPC⁹². W uzasadnieniu wprowadzie przyznano, iż art. 12 Konwencji stosuje się do stanu faktycznego objętego skargą, to jednak w obecnym stanie prawnym, biorąc pod uwagę różnice między państwami europejskimi w regulowaniu dostępu do

⁸⁹ Wyrok w sprawie *Vo przeciwko Francji* z 8.07.2004 r., skarga nr 53924/00, par. 82.

⁹⁰ Opinia odrębna sędziego Ress do wyroku w sprawie *Vo.*, par. 4 i 5.

⁹¹ *Ibidem*, par. 4.

⁹² Zob. wyrok w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* z 24.06.2010 r., skarga nr 30141/04.

instytucji małżeństwa dla par osób tej samej płci, nie można uznać, że brak takiego dostępu jest równoznaczny z naruszeniem Konwencji. Z uzasadnienia orzeczenia wynika wyraźnie, iż spośród metod interpretacji przewagę zyskała argumentacja związana z doktryną marginesu oceny. Stwierdzono tam bowiem m.in., iż „Trybunał powtarza, iż nie może zbyt pośpiesznie zastępować swoją oceną oceny władz krajowych, które są w lepszym położeniu, aby dokonać oceny oraz odpowiedzieć na potrzeby społeczeństwa”⁹³. Trybunał jednak, powołując się także na art. 9 Karty Praw Podstawowych, nie wykluczył w przyszłości takiej interpretacji art. 12 Konwencji, która obejmowałaby prawo do małżeństwa dla osób tej samej płci⁹⁴.

W zdaniu odrębnym (zgodnym) sędzieja Malinverini, do którego dołączył sędzia Kovler, powołując się na art. 31 ust. 1 KWPT argumentował, że nie można zgodzić się z wykładnią, iż art. 12 Konwencji rozpatrywany w izolacji mógłby być interpretowany w sposób nie wykluczający małżeństwa między dwoma mężczyznami lub dwiema kobietami. Stwierdził on m.in.:

W mojej opinii zwykłe znaczenie, które należy przypisywać wyrazom użytym w traktacie w przypadku art. 12 nie może być inne, niż to uznające, iż mężczyzna i kobieta, tj. osoby płci przeciwnej, mają prawo do zawarcia małżeństwa. To jest konkluzja, do której dochodzę odczytując artykuł 12 w świetle jego przedmiotu i celu. W istocie artykuł 12 łączy prawo do zawarcia małżeństwa z prawem do założenia rodziny⁹⁵.

5. Próba charakterystyki oraz oceny zastosowania reguł interpretacji przewidzianych w KWPT przez ETPC

Przedstawiona wyżej analiza zastosowania reguł interpretacji z KWPT w orzecznictwie strasburskim pokazuje, iż trudno mówić o jednolitym podejściu Trybunału do tych reguł⁹⁶. Trybunał odwołuje się do zasad z art. 31 ust. 1 KWPT przy ustalaniu znaczenia zwłaszcza

⁹³ *Ibidem*, par. 62.

⁹⁴ Zob. m.in. *ibidem*, par. 61.

⁹⁵ Opinia zbieżna sędziego Malinverini, do którego dołączył sędzia Kovler, do wyroku w sprawie *Schalk i Kopf*.

⁹⁶ Do podobnego wniosku dochodzi M. Borowicz, *op. cit.*, s. 69.

niektórych pojęć zawartych w Konwencji – dotyczy to jednak stosunkowo wąskiej grupy postanowień – najczęściej art. 5 (*Litwa*), art. 12 (*Johnson*) czy art. 1 Protokołu I (*Lithgow*). Nierzadko ETPC powołuje się też na art. 31 KWPT stosując wykładnię systemową. Ważną rolę odgrywa z pewnością w orzecznictwie także wykładnia teleologiczna odwołująca się do przedmiotu i celu Konwencji, zgodnie z art. 31 ust. 1 KWTP.

Istotne jest tu, iż art. 31 KWPT wskazując, iż interpretacja powinna uwzględniać także późniejsze porozumienie między stronami, późniejszą praktykę stosowania traktatu oraz odpowiednie reguły prawa międzynarodowego mające zastosowanie pomiędzy stronami, dopuszcza stosowanie wykładni dynamicznej, która zasadniczo dominuje w orzecznictwie strasburskim.

Orzeczenia w sprawach *Loizidou*, *Mamatkulov* czy *Banković* pokazują, iż zastosowanie przez ETPC reguł interpretacji przewidzianych w KWPT wykracza poza li tylko postanowienia materialne Konwencji, jak i jej protokołów. Reguły te bowiem zostały zastosowane m.in. w takich kwestiach jak terytorialny zakres zastosowania Konwencji w świetle jej art. 1, podstaw prawnych stosowania środków tymczasowych czy możliwości terytorialnego ograniczenia deklaracji składanych na podstawie art. 25 EKPC.

Na uwagę zasługują zwłaszcza te orzeczenia, w których Trybunał odwołuje się do zasad interpretacji przewidzianych w KWPT w związku z rozpatrywaniem kwestii z zakresu ogólnego prawa międzynarodowego, takich, jak zagadnienie zakresu jurysdykcji, immunitetu państwa czy konieczności wykonania zobowiązań przez państwo-stronę wynikających z przynależności do organizacji międzynarodowej.

Można w związku z tym uznać, iż powoływanie się na zasady wykładni sformułowane w artykułach od 31 do 33 KWPT służy określeniu związku systemu EKPC jako reżimu szczególnego z systemem ogólnego prawa międzynarodowego. Ma to szczególne znaczenie w kontekście obaw związanych ze zjawiskiem fragmentacji prawa międzynarodowego, a zwłaszcza dotyczących podważania jedności

powszechnego systemu prawa międzynarodowego⁹⁷. Otwieranie się systemu EKPC na reguły interpretacji z KWPT stanowi zatem argument przemawiający przeciwko uznaniu go za reżim autonomiczny o charakterze zamkniętym (tzw. *self-contained regime*).

Powoływanie się na reguły interpretacji z KWPT pełni też do pewnego stopnia rolę legitymizującą w orzecznictwie Trybunału. Trybunał wykorzystuje te reguły jako argument wzmacniający przyjęte uzasadnienie takiego, a nie innego rozstrzygnięcia. Można także przyjąć, iż stosowanie zasad z KWPT wzmacnia pozycję samego Trybunału oraz przyczyniają się do zapewnienia autorytetu całości jego orzecznictwa.

Wiąże się z tym podejmowana niekiedy w literaturze przedmiotu krytyka niektórych orzeczeń strasburskich. Przykładowo H. Golsong krytycznie ocenił orzeczenia Komisji w sprawie *Cruz Varas i innie przeciwko Szwecji*, w której kompetencja Komisji do zastosowania środków tymczasowych została oparta na interpretacji art. 25 EKPC oraz Reguły 36 Regulaminu Komisji oraz w sprawie *Chrysothomos przeciwko Turcji*, w której Komisja zakwestionowała terytorialne ograniczenie zawarte w deklaracji Turcji o uznaniu kompetencji Komisji do przyjmowania skarg indywidualnych, na podstawie art. 25 EKPC. Pomimo, iż Komisja powołała się w tych sprawach na reguły interpretacji z KWPT, H. Golsong zarzucił, iż w pierwszej z tych spraw, uznając kompetencję do stosowania środków tymczasowych, wyszła ona poza „zwykłe znaczenie wyrazów” użytych w Konwencji. W drugiej natomiast sprawie skrytykowane zostało stanowisko Komisji w kwestii niedopuszczalności deklaracji terytorialnych w deklaracji złożonej przez Turcję na podstawie art. 25 EKPC. Autor ten zarzucił Komisji

⁹⁷ W. Czapliński zauważa, iż nawet jeżeli sądy międzynarodowe wyspecjalizowane rozstrzygają spory z konkretnej wąskiej dziedziny prawa międzynarodowego, to i tak poruszają się na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego. Dla tego autora przejawem tego jest m.in. to, iż wszystkie sądy międzynarodowe przyjmują zasady wykładni sformułowane w KWPT. Zob. W. Czapliński, *Multiplicacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego*, [w:] J. Kolasa, A. Kozłowski, *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja?*, Wrocław 2007, s. 111.

„poważny brak poszanowania Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów”⁹⁸.

Późniejsze orzeczenia Trybunału w sprawach *Loizidou przeciwko Turcji* oraz *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji* pokazały jednak, iż Trybunał kontynuował linię orzeczniczą Komisji w sprawie zarówno ograniczeń terytorialnych w deklaracjach złożonych na podstawie art. 25 EKPC, jak i w sprawie stosowania środków tymczasowych. W obu orzeczeniach powołane zostały reguły interpretacji z KWPT, aczkolwiek, jak już wspomniano, akcent położony został nie na zasadę wykładni w oparciu o zwykłe znaczenie wyrazów użytych w Konwencji, ale np. późniejszą praktykę państw potwierdzającą nie stosowanie ograniczeń terytorialnych w deklaracjach składanych na podstawie art. 25 (*Loizidou*), czy też zasadę dobrej wiary, interpretacji celowościowej oraz zasadę efektywności w przypadku stosowania środków tymczasowych (*Mamatkulov*).

Łączy się to z kolei z zagadnieniem selektywnego sięgania do reguł interpretacji z KWPT. Można bowiem odnieść wrażenie, iż ETPC stosuje wprawdzie postanowienia z KWPT dotyczące interpretacji traktatów, wykorzystuje jednakże z nich te elementy, które najbardziej nadają się do uzasadnienia przyjętego rozstrzygnięcia. Można tu zaryzykować tezę, iż odwoływanie się do metod wykładni z KWPT uzależnione jest w dużym stopniu od dyskrecjonalności Trybunału i potrzeb konkretnego rozstrzygnięcia. W literaturze przedmiotu wskazuje się np., iż Trybunał sięga do materiałów z prac przygotowawczych elastycznie i według swojego uznania, wówczas, gdy uznaje, iż przyczyni się do rozstrzygnięcia sporu⁹⁹.

ETPC opiera się wprawdzie na „zwykłym znaczeniu” wyrazów występujących w obu autentycznych wersjach językowych Konwencji. Ustala on jednak także, czy to zwykłe znaczenie wyrazów nie jest sprzeczne z kontekstem, w którym występuje, oraz czy znajduje potwierdzenie w przedmiocie i celu postanowień Konwencji¹⁰⁰.

⁹⁸ Oba orzeczenia H. Golsong określił mianem „dewiacji”. H. Golsong, *op. cit.*, s. 151–155, 161–162.

⁹⁹ M.M. Forowicz, *op. cit.*, s. 70.

¹⁰⁰ Przykładowo w sprawie *Luedicke, Belkacem i Koç przeciwko Niemcom* Trybunał ustalił, czy zwykłe znaczenie wyrazu „bezpłatnej” (fr. *gratuitement*, ang. *free*) występujące w art. 6

Metoda wykładni literalnej sama w sobie nie jest zatem rozstrzygająca lub wystarczająca w interpretacji EKPC, w szczególności gdy pozostaje w sprzeczności z ogólną zasadą, iż fundamentalne prawa jednostki powinny być chronione¹⁰¹. W takim przypadku decydującą rolę odgrywają inne metody wykładni.

Pewną specyfikę wykazuje też powoływanie się na wykładnię systemową przez EPTC, w szczególności poprzez art. 31 ust. 3 lit. c KWPT. Trybunał zgadza się zatem, iż Konwencja nie może być interpretowana w izolacji, ale w związku z wszelkimi odpowiednimi normami prawa międzynarodowego mającymi zastosowanie pomiędzy stronami, z tym jednak zastrzeżeniem, iż Trybunał przypisuje Konwencji Europejskiej charakter nadrzędny. Znajduje to odzwierciedlenie we wzmiance o szczególnym charakterze Konwencji jako instrumentu europejskiego porządku publicznego na rzecz ochrony praw jednostki oraz własnej misji Trybunału zgodnie z art. 19 Konwencji¹⁰².

Co się tyczy natomiast wykładni teleologicznej, Trybunał określił dwa częściowo ze sobą kolidujące zasadnicze cele, którym podporządkowane jest stosowanie metody teleologicznej, mianowicie „ochrona praw jednostki” oraz utrzymanie i rozwój „ideałów i wartości społeczeństwa demokratycznego”¹⁰³. Trafnie zauważa C. Mik, iż wykładnia teleologiczna w przypadku EKPC wykazuje pewną specyfikę wiążącą się właśnie z uwzględnianiem tych dwóch, pozostających ze sobą częściowo w konflikcie zasad¹⁰⁴. Należy przypomnieć, iż wykładnia teleologiczna generalnie sprzyja szerokiej czy też wzmacniającej interpretacji praw chronionych Konwencją, przy czym jest ona

ust. 3 lit. e nie jest sprzeczne z kontekstem jego ustępu 1, oraz czy znajduje potwierdzenie w przedmiocie i celu artykułu 6. Wyrok w sprawie *Luedicke, Belkacem i Koç przeciwko Niemcom* z 28.11.1978 r., skarga nr 6210/73, pkt. 42 i 46.

¹⁰¹ Zob. F. Ost, *The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights*, [w:] M. Delmas-Marty (ed.), *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht-Boston-London, 1992, s. 288–289.

¹⁰² Wyrok w sprawie *Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii* z 6.07.2010 r., skarga nr 41615/07, par. 131–133.

¹⁰³ Zob. D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention of Human Rights*, London 1995, s. 6.

¹⁰⁴ C. Mik, *Koncepcja normatywna...*, s. 229–230 oraz C. Mik, *Metodologia interpretacji...*, s. 13–14 i 19–24.

także wykorzystywana do wąskiej interpretacji wyjątków od praw przewidzianych w EKPC¹⁰⁵.

Pamiętać jednak należy, iż już w sprawie *Golder*, ETPC stwierdził, iż ogólna zasada interpretacji, o której mowa w art. 31 KWPT „stawia na tej samej płaszczyźnie różnorodne elementy wyliczone w czterech paragrafach tego artykułu”¹⁰⁶. Istotna jest jednakże sekwencja, w jakiej elementy te są wymienione w art. 31 Konwencji Wiedeńskiej. Sekwencja ta bowiem zakłada kolejność, w jakiej powinien odbywać się proces interpretacji. Proces ten zatem musi rozpocząć się od określenia zwykłego znaczenia pojęć traktatowych – w ich kontekście i w świetle ich przedmiotu i celu, zgodnie z założeniami określonymi w paragrafie 1 art. 31¹⁰⁷.

Analiza orzecznictwa ETPC pozwala jednak na wyrażenie wątpliwości co do tego, czy rzeczywiście Trybunał ten stosuje konsekwentnie wspomnianą sekwencję działań w procesie interpretacji postanowień EKPC. Podobna uwaga dotyczy zawartego w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Golder* stwierdzenia o tym, iż „proces odkrywania i określania prawdziwego znaczenia pojęć traktatowych stanowi jedność, pojedynczą łączną operację”¹⁰⁸. O ile zgodzić się można, iż w uzasadnieniu w sprawie *Golder* zostały tak właśnie zastosowane reguły z KWPT, to jednak w późniejszych orzeczeniach ETPC nawiązuje do reguł interpretacji z KWPT jedynie sygnalnie, np. wspominając o KWPT w jednym tylko paragrafie tekstu uzasadnienia, podczas gdy z całości uzasadnienia wyroku, jak już wspomniano, nie wynika, aby te reguły interpretacji odegrały jakąś istotną rolę w osiągnięciu ostatecznego rozstrzygnięcia.

Pojęcie interpretacji jako „jedności” oraz „pojedynczej łącznej operacji”, a także wspomniana już sekwencja działań interpretacyjnych, wiąże się też z zagadnieniem stosowania przez Trybunał metody wyważania. Proces rozstrzygania spraw i stosowania Konwencji przez ETPC bliższy jest bowiem modelowi argumentacyjnemu niż sylogistycznemu. W modelu argumentacyjnym zasadniczą rolę odgrywa nie

¹⁰⁵ F. Ost, *op. cit.*, s. 293.

¹⁰⁶ Wyrok w sprawie *Golder...*, par. 30.

¹⁰⁷ Wyrok w sprawie *Litwa...*, par. 59.

¹⁰⁸ Wyrok w sprawie *Golder...*, par. 30.

przeprowadzenie subsumcji, czyli stwierdzenia, czy ustalony stan faktyczny jest jednym z tych, do których ma zastosowanie norma prawna, ale raczej dokonywanie, jak pisze L. Morawski, argumentacyjnie uzasadnionych wyborów między różnymi wariantami decyzyjnymi ze względu na potrzebę znalezienia takiej decyzji, która np. będzie mogła liczyć na jak najszerszą akceptację¹⁰⁹, a jednocześnie będzie możliwa do pogodzenia z podstawowymi celami EKPC. Wyrazem tego jest sięganie przez Trybunał właśnie do wyważania (ang. *balancing*), w ramach którego dokonywana jest kumulatywna ocena argumentów *pro* oraz *contra*, przy uwzględnieniu ogółu mających znaczenie w sprawie czynników i kontekstu sprawy, a także wchodzących w grę w danej sprawie zasad i metod interpretacji¹¹⁰. Pomijając w tym miejscu krytykę tej metody, można zaryzykować tezę, iż reguły interpretacji z KWPT brane są przez Trybunał pod uwagę jako jeden tylko z czynników uwzględnianych przy kumulatywnej ocenie wszystkich argumentów dokonywanej przez EPTC w ramach procesu wyważania. Być może takie właśnie ujęcie bardziej adekwatnie oddaje rzeczywiste znaczenie reguł interpretacji z KWPT w procesie stosowania i interpretacji Konwencji Europejskiej przez Trybunał.

Dokonując charakterystyki zastosowania reguł interpretacji przewidzianych w KWPT nie sposób pominąć zasygnalizowanego wcześniej problemu braku wzmianek o stosowaniu tych reguł w zdecydowanej większości orzeczeń Trybunału. Poszczególni autorzy odnotowują wprawdzie ten fakt, rzadziej jednak podejmują próbę satysfakcjonującego wyjaśnienia tego stanu rzeczy. Mark Viliger, sędzia ETPC, wskazuje na istniejące już znacznie rozwinięte orzecznictwo dotyczące Konwencji, na którym przede wszystkim Trybunał opiera się wydając kolejne wyroki i pyta przewrotnie „biorąc pod uwagę ogromne dotychczasowe orzecznictwo Trybunału, dlaczego w ogóle ma się on powoływać na Konwencję wiedeńską?”. W istocie jednak Viliger nie przedstawia żadnego przekonującego wyjaśnienia

¹⁰⁹ Zob. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 200–201.

¹¹⁰ Szerzej na temat metody wyważania, zob. A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 98–99.

tego problemu¹¹¹. Interesującą próbę wyjaśnienia tego stanu rzeczy podejmuje natomiast M. Forowicz w swojej monografii pt. *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*. Zauważa ona przede wszystkim, iż reguły interpretacji przewidziane w KWPT pojawiły się w orzecznictwie strasburskim zanim instytucje działające na podstawie Konwencji zdołały wypracować i ugruntować własne zasady interpretacji. Konwencja Wiedeńska stała się w związku z tym istotną podstawą dla rozwinięcia przez Komisję i Trybunał własnej unikalnej, autonomicznej i specyficznej metodologii wykładni. Z chwilą ugruntowania własnych zasad interpretacji, organy strasburskie kontynuowały odwoływanie się do KWPT traktując zasady interpretacji tam zawarte jako narzędzie o charakterze uzupełniającym lub jako punkt wyjścia przy interpretacji postanowień Konwencji¹¹².

Wśród pozostałych przyczyn wymienić można wspomniany już szczególny charakter Konwencji jako traktatu, w którym, poza zobowiązaniami o charakterze międzypaństwowym, pojawiają się dodatkowo zobowiązania na linii jednostka-państwo. Komisję oraz Trybunał zniechęcało dodatkowo także to, jak pisze M. Forowicz, iż reguły interpretacyjne przewidziane w art. 31 i 32 KWPT są ogólne i ich stosowanie wiąże się z wieloma trudnościami. Wreszcie zdaniem tej autorki, „biorąc pod uwagę, iż postanowienia artykułów 31 oraz 32 stanowią międzynarodowe prawo zwyczajowe, organy strasburskie prawdopodobnie uznały, iż nie jest więcej potrzebne wspomnianie o tych postanowieniach w ich rozumowaniu”¹¹³.

M. Forowicz sugeruje, iż organy strasburskie chciały w ten sposób uniknąć osłabienia systemu EKPC poprzez oparcie go na ogólnym prawie międzynarodowym, mając na uwadze specyfikę tego instrumentu¹¹⁴. Wydaje się jednak, iż orzeczenia Trybunału, w których pojawiają się kwestie z zakresu powszechnego prawa międzynarodowego, i w których ETPC odwołuje się do metod interpretacji z KWPT, sprzy-

¹¹¹ M. Viliger, *op. cit.*, s. 329–330.

¹¹² M. Forowicz, *op. cit.*, par. 71.

¹¹³ *Ibidem*, s. 71.

¹¹⁴ *Ibidem*, s. 71.

jają raczej umocnieniu autorytetu Trybunału i systemu EKPC niż jego osłabieniu.

Ograniczone ramy tego opracowania nie pozwoliły na zbadanie np. możliwości ewentualnego dorozumianego stosowania reguł interpretacji z KWPT przez Trybunał strasburski. Tym niemniej, w oparciu o przeprowadzoną wcześniej analizę orzecznictwa w poprzednim punkcie można uznać, iż niektóre czynniki będą sprzyjać powoływaniu tych reguł wykładni przez EPTC. Po pierwsze, jest prawdopodobne, iż ETPC odwoła się do KWPT w przypadku pojawienia się kwestii wiążącej się z powszechnym prawem międzynarodowym lub konieczności dokonania interpretacji zobowiązań państw-stron w świetle innych niż EKPC instrumentów międzynarodowych. Druga sytuacja sprzyjająca sięganiu do art. 31–33 KWPT dotyczy będzie tych spraw, w których na reguły interpretacyjne z Konwencji Wiedeńskiej powołują się strony sporu. Wówczas Trybunał czuje się zobligowany do przeanalizowania w swoim uzasadnieniu wpływu tych reguł na przyjęte rozstrzygnięcie.

Ogólnie jednak można nie bez podstaw bronić tezy, iż, jak już wspomniano, ETPC sięga do reguł interpretacji z KWPT, gdy widzi taką potrzebę. Dla Trybunału ważniejsza wydaje się dbałość o zapewnienie spójności orzeczenia z dotychczasowym, bogatym orzecznictwem, aniżeli formalne cytowanie postanowień Konwencji Wiedeńskiej. Stosowanie reguł interpretacji z KWPT, a także ich rola w uzasadnieniu orzeczenia, uzależnione są zatem bardziej od dyskrejonalnego wyboru Trybunału. Takie jednak wyjaśnienie sugerowałoby, iż ETPC, pomimo deklaracji w sprawie *Golder*, nie czuje się formalnie związany regułami interpretacji z KWPT. Aby zatem uniknąć posądzenia o tego rodzaju sprzeczność, Trybunał powinien przedstawiać w uzasadnieniach swoich orzeczeń jasne stanowisko w kwestii reguł interpretacji z KWPT i ich znaczenia w podjętym rozstrzygnięciu.

6. Zagadnienie relacji reguł wykładni z EKPC oraz reguł specyficznych stosowanych przez ETPC

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na to, iż regulacje zawarte w KWPT nie wystarczają do rozstrzygnięcia wszystkich poja-

wiąjących się w praktyce problemów interpretacyjnych, a poza tym same nie są jednoznaczne¹¹⁵. Ponadto reguły interpretacji zawarte w KWPT mają w założeniu zastosowanie do klasycznych traktatów międzynarodowych, które regulując wzajemne stosunki między państwami, określają ich prawa i obowiązki. Tymczasem w porównaniu z typowymi umowami międzynarodowymi traktaty chroniące prawa człowieka mają, charakter nietypowy. Poza zobowiązaniami wzajemnymi pomiędzy umawiającymi się państwami, z traktatów tych wynikają bowiem, jak już wspomniano, także zobowiązania o charakterze obiektywnym, dotyczące relacji wewnątrzpaństwowych, w układzie wertykalnym, tj. jednostka-państwo. Te właśnie zobowiązania, w przypadku umowy międzynarodowej, takiej jak EKPC, nabierają znaczenia priorytetowego, a ich specyfika implikuje zastosowanie także specyficznych reguł interpretacji, których nie przewidziano w KWPT¹¹⁶. Tym właśnie m.in. wytłumaczyć można fakt, iż Trybunał (a wcześniej także Komisja) rozwinął w swoim orzecznictwie, jak piszą J. Simor i B. Emmerson, wyrafinowany zespół metod i technik interpretacji, służący przede wszystkim określeniu zakresu chronionych praw¹¹⁷.

Do tzw. specyficznych metod wykładni stosowanych przez Trybunał zalicza się w szczególności:

1. zasadę efektywności zakładającą, iż Konwencja ma gwarantować nie prawa teoretyczne czy iluzoryczne, ale praktyczne i skuteczne¹¹⁸;
2. wykładnię ewolucyjną (dynamiczną), zgodnie z którą Konwencja nie jest dokumentem statycznym, ale należy ją poddawać interpretacji uwzględniającej aktualny kontekst jej funkcjonowania, zmieniające się okoliczności. Jak zauważył Trybunał, „Kon-

¹¹⁵ Zob. np. P. van. Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague-Boston-London 1998, s. 72.

¹¹⁶ Zob. R. Bernhardt, *Thoughts on Interpretation of Human Rights Treaties*, [w:] F. Matscher, H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, HVKG, Köln-Berlin-Bonn-München 1990, s. 65–66. W polskiej literaturze na specyfikę wykładni traktatów z dziedziny praw człowieka zwrócił uwagę C. Mik, *Metodologia interpretacji...*, s. 11–35.

¹¹⁷ J. Simor, B. Emmerson, *Human Rights Practice*, London 2000, pkt 1.005.

¹¹⁸ Zob. np. wyroki w sprawach *Artico przeciwko Włochom* z 13.05.1980 r., skarga nr 6694/74, pkt 33 oraz *Airey przeciwko Irlandii* z 9.10.1979 r. skarga nr 6289/73, pkt 26.

- wencja jest żywym instrumentem, który należy interpretować z uwzględnieniem okoliczności dnia dzisiejszego”¹¹⁹;
3. doktrynę marginesu oceny stanowiącą w pewnym uproszczeniu konstrukcję wypracowaną w orzecznictwie strasburskim pozwalającą Trybunałowi na uwzględnienie dyskrecjonalności władz krajowych przy stosowaniu EKPC i jej protokołów¹²⁰;
 4. zasadę proporcjonalności dotyczącą w szczególności wymogu zachowania właściwej proporcji pomiędzy nakładanymi na prawo ograniczeniami oraz realizowanym celem, a także zasadę właściwej równowagi, która, w pewnym uproszczeniu, wskazuje na potrzebę odnalezienia właściwej równowagi pomiędzy różnymi konkurującymi interesami, w tym zwłaszcza interesem jednostki oraz interesami ogółu;
 5. metodę interpretacji autonomicznej, która zakłada, iż pojęciom użytym w Konwencji nadaje się szczególne znaczenie w oderwaniu od znaczenia, które mają one w prawie wewnętrznym poszczególnych państw członkowskich. Metodę tę, podkreślając znaczenie własnego systemu normatywnego Konwencji, którego poszczególne pojęcia nie muszą być identyfikowane z podobnymi pojęciami takiego czy innego porządku prawnego¹²¹, uznaje się za najbardziej oryginalną spośród metod wypracowanych w orzecznictwie strasburskim¹²²;
 6. metodę komparatystyczną, w ramach której Trybunał przy uwzględnianiu znaczenia wyrazów użytych w Konwencji uwzględnia znaczenia, jakie terminy te mają w prawie wewnętrznym poszczególnych państw. Stosując tę metodę ETPC sięga niejednokrotnie także do tekstów innych umów międzynarodowych oraz do dokumentów międzynarodowych zaliczanych do *soft law*.

¹¹⁹ Zob. np. wyrok *Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 25.04.1978 r., skarga nr 5856/72, pkt 93.

¹²⁰ Zob. szerzej A. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 350–399.

¹²¹ W.J. Ganshof van der Meersch, *Le caractere „autonome” de termes et la „marge d’appréciation” des gouvernements dans l’interprétation de la convention de Droits de l’Homme*, [w:] F. Matscher, H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in honour of Gerard J. Wiarda*, Köln-Berlin-Bonn-München 1990, s. 203–204.

¹²² C. Mik, *Koncepcja normatywna...*, s. 235.

Postanowienia Konwencji Wiedeńskiej są niekiedy wykorzystywane przy ocenie legalności wymienionych wyżej specyficznych metod interpretacji. W literaturze przedmiotu, a także w orzecznictwie samego Trybunału, wskazuje się, iż podstawą do stosowania tych zasad czy metod wykładni może być artykuł 5 KWPT, który przewiduje, iż konwencja ta „ma zastosowanie do każdego traktatu, który jest aktem konstytucyjnym organizacji międzynarodowej, oraz do każdego traktatu przyjętego w ramach organizacji międzynarodowej, jednakże bez uszczerbku dla jakichkolwiek odpowiednich reguł organizacji”¹²³. Sformułowanie o respektowaniu „odpowiednich reguł organizacji” interpretuje się właśnie jako przyzwolenie na stosowanie „specyficznych reguł wykładni” przy stosowaniu i interpretacji EKPC. Uznaje się zatem, iż artykuł 5 KWPT może być traktowany jako podstawa do stosowania przez strasburski Trybunał np. interpretacji autonomicznej, zakładającej odejście od reguły przewidzianej w artykule 31 ustęp 1 KWPT, nakazującej przypisywanie zwykłego znaczenia wyrazom użytym w traktacie. EKPC jest bowiem traktatem przyjętym w ramach organizacji międzynarodowej w rozumieniu artykułu 5 KWPT¹²⁴.

Swoje ogólne podejście do wykładni Konwencji Trybunał przedstawił m.in. w sprawie *Soering*, stwierdzając, iż „każda interpretacja chronionych praw i wolności musi być zgodna z ogólnym duchem Konwencji jako instrumentu przeznaczonego do utrzymania i popierania ideałów i wartości społeczeństwa demokratycznego”¹²⁵.

Określenie wzajemnej relacji pomiędzy wspomnianymi zasadami i metodami interpretacji EKPC jest utrudnione, ponieważ sama Konwencja nie wprowadza w tym zakresie żadnej hierarchii. Stosunkowo niewiele wskazówek na ten temat odnaleźć można również w orzecznictwie strasburskim¹²⁶. W doktrynie wskazuje się, iż wzajemne relacje pomiędzy metodami wykładni to najczęściej relacja

¹²³ F. Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention*, [w:] R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, KAP, Dordrecht 1992, s. 70–71.

¹²⁴ Zob. *ibidem*, s. 71.

¹²⁵ Wyrok w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 7.07.1989 r., skarga nr 14038/8, pkt 87.

¹²⁶ C. Mik zauważa, iż „ani Konwencja europejska, ani organy europejskie nie wypowiedziały się w tym przedmiocie”. Zob. C. Mik, *Koncepcja normatywna...*, s. 238.

pierwszeństwa lub wzajemnego wykluczania, chociaż wydaje się, iż ważna jest również relacja wzajemnego wspierania się i uzupełniania¹²⁷. W poniższych uwagach skupię się na niektórych aspektach relacji pomiędzy metodami wykładni z KWPT oraz metodami specyficznymi, pomijając relację wzajemnych relacji pomiędzy metodami specyficznymi¹²⁸.

Jak już wspomniano, za metodą wyjściową w interpretacji traktatów uznaje się metodę gramatyczno-językową, która w świetle regulacji Konwencji Wiedeńskiej związana jest z ustalaniem „zwykłego znaczenia” użytych wyrazów. Ponieważ metoda autonomiczna odchodzi od zwykłego znaczenia wyrazów, w wykładni EKPC metoda ta ogranicza zastosowanie metody gramatyczno-językowej. Analizując tę relację także z drugiej strony, C. Mik zauważa, iż metoda gramatyczno-językowa „stanowi barierę dla metody autonomicznej”¹²⁹. Z drugiej jednak strony, jak pokazuje uzasadnienie wyroku w sprawie *Litwa* zastosowanie reguł wykładni z art. 31 KWPT do interpretacji pojęcia konwencyjnego może stanowić potwierdzenie jego autonomicznego znaczenia na gruncie EKPC.

Można uznać, iż metodami wspierającymi zastosowanie doktryny marginesu oceny są np. metoda literalna oraz historyczna, albowiem stwarzają one ograniczenia do stosowania rozszerzającej interpretacji praw i wolności przewidzianych Konwencją¹³⁰. Orzeczenia w sprawach *Vo* oraz *Schalk i Kopf* sugerują jednak, iż oparcie się przez większość w uzasadnieniu rozstrzygnięcia Trybunału na doktrynie marginesu oceny władz krajowych dla uzasadnienia braku naruszenia Konwencji może oznaczać wykluczenie stosowania metod interpretacji z KWPT. Obserwację tę potwierdza wspomniany już fakt powołania się na te ostatnie metody jedynie w zdaniach odrębnych poszczególnych sędziów przy milczeniu na ten temat w głównym tekście uzasadnienia wyroku.

Jak już wspomniano, z art. 31 KWPT wynika przyzwolenie na stosowanie wykładni dynamicznej (m.in. uwzględnianie późniejszych

¹²⁷ C. Mik, *Metodologia interpretacji...*, s. 30.

¹²⁸ Szerzej na ten temat zob. m.in. C. Mik, *Metodologia interpretacji...*, s. 30–48.

¹²⁹ C. Mik, *Koncepcja normatywna...*, s. 238.

¹³⁰ *Ibidem*, s. 238.

porozumień między stronami oraz późniejszej praktyki). Niekiedy jednak zastosowanie ogólnej reguły interpretacji z art. 31 ust. 1 KWPT wspartej sięgnięciem do uzupełniających środków interpretacji w postaci prac przygotowawczych, posłużyło Trybunałowi do zawężającej, restryktywnej interpretacji pojęć konwencyjnych, pomimo iż na wykładnię dynamiczną powoływali się skarżący (zob. wyrok w sprawie *Johnson, Bankovic*). Generalnie jednak stosowanie metody historycznej w orzecznictwie ETPC jest jednak raczej rzadkie. W interpretacji Konwencji dominuje bowiem jej dynamiczny charakter, który cechuje współczesną wykładnię umów w ogóle¹³¹.

Ogólnie można stwierdzić, iż reguły interpretacji z KWPT, pomimo zapowiedzi ich znaczenia w sprawie *Golder*, nie doprowadziły do uporządkowania procesu interpretacji i stosowania Konwencji w kierunku ujęcia go jako „pojedynczej, łącznej operacji”. Można nawet stwierdzić, iż zasady i metody wykładni stosowane przez Trybunał nie tworzą jednolitego i spójnego systemu, ale wręcz przeciwnie, niejednokrotnie zachodzą pomiędzy nimi relacje konkurencyjności czy też wręcz konflikty¹³². Ustalenie jednoznacznych reguł pierwszeństwa pomiędzy regułami interpretacji czy też sformułowanie swoistych metadyrektyw wykładni jest bardzo trudne, bowiem, jak trafnie zauważył C. Mik, „praktyka organów europejskich wskazuje, iż wybierają one taką metodę interpretacji, jaka im się wydaje najbardziej adekwatna do okoliczności sprawy oraz przedmiotu i celu Konwencji”¹³³.

7. Wnioski

Trybunał strasburski, poczynszy od wyroku w sprawie *Golder* z 1975 r., uznał, iż obowiązują go reguły interpretacji przewidziane w Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z 1969 r. Od tego czasu Trybunał konsekwentnie, chociaż stosunkowo rzadko, biorąc pod uwagę ilość wydawanych orzeczeń, wykorzystuje w swoim orzecz-

¹³¹ W. Czaplński, A. Wyrozumski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 490.

¹³² Zob. szerzej A. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 60–66.

¹³³ C. Mik, *Koncepcja normatywna...*, s. 239.

nictwie zasady interpretacji z KWPT. Stosowanie tych reguł służy niewątpliwie podkreśleniu związków systemu EKPC z ogólnym prawem międzynarodowym oraz legitymizacji orzecznictwa strasburskiego. W wielu jednak przypadkach odwołania do reguł interpretacji z KWPT pojawiają się w uzasadnieniu orzeczeniu jako wzmianka w jednym paragrafie, bez widocznego wpływu na treść rozstrzygnięcia.

W kontekście dyskusji o zjawisku fragmentacji, można oczekiwać, iż EPTC będzie coraz częściej powoływał się na zasady interpretacji przewidziane w KWPT. Istotne znaczenie będzie miało m.in. sięganie przez ETPC do zasad wykładni systemowej, o których mowa w Konwencji Wiedeńskiej, w celu zapewnienia spójności orzeczeń strasburskich z innymi zasadami i normami prawa międzynarodowego. Co więcej, orzeczenie w sprawie *Golder* stanowi potwierdzenie tego, iż reguły interpretacji przewidziane w KWPT nie tylko nie stanowią przeszkody dla interpretacji postanowień Konwencji na korzyść praw człowieka, ale też stosunkowo dobrze nadają się do uzasadnienia interpretacji poszerzającej zakres praw chronionych tą Konwencją.

Z punktu widzenia wydawania przez Trybunał orzeczeń o charakterze konstytucyjnym, kształtujących europejski porządek w dziedzinie praw człowieka, postulować należałoby jednak, aby EPTC szerzej wyjaśniał w uzasadnieniach swoich werdyktów znaczenie reguł interpretacji przewidzianych w KWPT rozstrzygnięciu sprawy albo podawał przyczyny milczenia w tekście orzeczenia na temat tych reguł. Stosowanie bowiem metod z KWPT w mniej niż 1% wszystkich orzeczeń naraża Trybunał na zarzut, iż nie stosuje własnych precedensów interpretacyjnych. Co więcej, ta dysproporcja zdaje się sugerować w rzeczywistości marginalne znaczenie reguł wykładni z KWPT w orzecznictwie strasburskim, pomimo deklaracji samego Trybunału o związaniu tymi regułami. Trybunał musi mieć świadomość, iż pomijając reguły interpretacji z KWPT w zdecydowanej liczbie orzeczeń naraża się na zarzut braku konsekwencji oraz nieprzewidywalności własnego orzecznictwa, a tego zarzutu Trybunał podążający w kierunku konstytucyjnego Trybunału w dziedzinie praw człowieka w Europie powinien unikać.

II. *CASES OF PRINCIPLE*
W ORZECZNICTWIE
EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU
PRAW CZŁOWIEKA

Jakub Czepek

Dylematy zobowiązań pozytywnych państwa w sferze homoseksualizmu na tle orzeczenie w sprawie *Schalk i Kopf* przeciwko Austrii

Już od początku rozwoju orzecznictwa strasburskiego, kwestia homoseksualizmu stanowiła przedmiot wielu kontrowersji i dylematów. Początkowo, dotyczyły one zagadnień związanych z art. 8 EKPC – w sferze prawa do poszanowania życia prywatnego oraz wprowadzającego zakaz dyskryminacji, art. 14 EKPC. Warto wspomnieć, że kontrowersje dotyczące sprawy *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*¹ dotyczyły art. 8 EKPC, ale w sferze prawa do poszanowania życia rodzinnego oraz art. 12 Konwencji (prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny).

Przedmiotem niniejszego artykułu nie jest, bynajmniej, wyczerpujące omówienie problematyki homoseksualizmu w kontekście orzecznictwa strasburskiego, a jedynie wskazanie najważniejszych tendencji orzeczniczych Trybunału w tym zakresie, w kontekście obowiązków pozytywnych państwa. Istotnym założeniem jest też podjęcie próby analizy orzecznictwa ETPC – i jego dalszego rozwoju – w kontekście orzeczenia *Schalk i Kopf*.

Dla uzyskania szerszej perspektywy, warto rozpocząć rozważania od rozwoju i – co za tym idzie – swoistej ewolucji orzecznictwa strasburskiego w sferze homoseksualizmu.

¹ Wyrok ETPC w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* z 24.06.2010 r., nr skargi 30141/04.

1. Zagadnienie legalności praktyk homoseksualnych

Pierwsze kwestie dotyczące sfery homoseksualizmu w kontekście interpretacji Konwencji, dotyczyły ogólnej legalności stosunków homoseksualnych. Początkowo organy strasburskie dopuszczały możliwość penalizowania stosunków homoseksualnych uzasadniając to względami „ochrony zdrowia i moralności”².

Taka linia orzecznicza uległa zmianie w orzeczeniu *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*³. Trybunał zbadał sprawę skarżącego, który podnosił sprzeczność penalizacji stosunków homoseksualnych w Irlandii Północnej z prawem chronionym w art. 8 EKPC.

ETPC w tej sprawie skoncentrował się na dobrowolnych stosunkach homoseksualnych pomiędzy dorosłymi powyżej 21 roku życia. Trybunał stwierdził, że nie można uznać, że istniała nagła potrzeba społeczna aby uznawać takie działania za przestępstwa, ponieważ nie uzasadniono w sposób wystarczający ryzyka zagrożenia dla wrażliwych grup społecznych wymagających ochrony lub wpływu na społeczeństwo. Ponadto, mimo, że przedstawiciele społeczeństwa, którzy uważają homoseksualizm za niemoralny mogą być zszokowani, urażeni lub zaniepokojeni uprawomocnieniem prywatnych aktów homoseksualnych, nie może to stanowić podstawy do stosowania sankcji karnych wobec działających za obopólną zgodą dorosłych, których to dotyczy⁴.

W konsekwencji Trybunał uznał, że utrzymywanie przepisów prawnych uznających dobrowolne akty homoseksualne między dorosłymi mężczyznami (powyżej 21 roku życia) za przestępstwo stanowi ciągłą i nieuzasadnioną ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego⁵.

² Zob. Decyzja EKomPC w sprawie *X. Przeciwko RFN* z 17.12.1955 r., nr skargi 104/55; zob. także L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s.498.

³ Wyrok ETPC w sprawie *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii* z 22.10.1981 r., nr skargi 7525/76.

⁴ *Ibidem*, § 60.

⁵ *Ibidem*, § 60–61.

Ponadto, w tej sprawie ETPC podkreślił, że zakres marginesu oceny zależy nie tylko od celu wprowadzonych ograniczeń, ale także od natury zachowań, których dotyczą. Jako, że sprawa dotyczy najbardziej intymnego aspektu życia prywatnego, muszą więc wystąpić szczególnie poważne powody, zanim dojdzie do uznania, że ograniczenia były uzasadnione⁶.

Wczesne stanowisko Trybunału w sprawie *Dudgeon* podkreśla fakt ukształtowania większej tolerancji dla zachowań homoseksualnych w poszczególnych państwach. ETPC podkreślił, że nie może przeoczyć wyraźnych tendencji, jakie pojawiły się w tym zakresie w państwach członkowskich⁷.

Rozwój tolerancji dla zjawiska homoseksualizmu podkreśla późniejsze orzecznictwo Trybunału. W sprawie *Norris przeciwko Irlandii* ETPC zwrócił uwagę, że przeciwko skarżącemu (w przeciwieństwie sprawy *Dudgeon*) nie toczyło się policyjne śledztwo. Jednak nie stanowiło to kluczowego czynnika w orzeczeniu *Dudgeon*. W sprawie *Norris* ETPC podkreślił, że utrzymywanie w mocy kwestionowanych przepisów prawnych stanowi ciągłą ingerencję w prawo skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego zgodnie z art. 8 ust. 1 Konwencji. Mając na uwadze okoliczności osobiste dotyczące skarżącego, Trybunał uznał, że samo istnienie takich przepisów prawnych stanowi wobec niego naruszenie art. 8. Konwencji⁸.

Potwierdzeniem stanowiska wyrażonego w sprawie *Dudgeon* było też orzeczenie w sprawie *Modinos przeciwko Cyprowi*⁹. W tej sprawie skarżący obawiał się zatrzymania i skazania go, gdyż przepisy cypryjskiego kodeksu karnego penalizowały praktyki homoseksualne. Trybunał, mając na uwadze orzeczenia *Dudgeon* i *Norris* podkreślił, że istnienie takich przepisów prawnych w sposób ciągły i bezpośredni wpływa na prawo skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego¹⁰.

⁶ *Ibidem*, §52.

⁷ *Ibidem*, § 60.

⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Norris przeciwko Irlandii* z 26.10.1988 r., nr skargi 10581/83, § 38.

⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Modinos przeciwko Cyprowi* z 22.04.1993 r., nr skargi 15070/89.

¹⁰ *Ibidem*, § 24.

Z kolei w orzeczeniu *A.D.T. przeciwko Wielkiej Brytanii*¹¹ ETPC zbadał kwestię stosunków homoseksualnych pomiędzy kilkoma dorosłymi uczestnikami i za ich zgodą w kontekście ochrony prawa do poszanowania życia prywatnego z art. 8. W tej sprawie Trybunał przyznał, że aktywność seksualna może niekiedy przybierać takie formy, że ingerencja państwa będzie uzasadniona, jako nie będąca ingerencją w prawo do poszanowania życia prywatnego, albo jako uzasadniona ze względu na ochronę np. zdrowia czy moralności. Okoliczności tej sprawy jednak na to nie wskazywały. Skarżący brał udział w aktywności seksualnej z udziałem ograniczonej liczby przyjaciół, w okolicznościach, które ograniczały prawdopodobieństwo, że inne osoby dowiedziałyby się o tych działaniach. Aktywności zostały sfilmowane, jednak ETPC uznał, że skarżący został skazany za same czynności, nie zaś za fakt ich sfilmowania¹².

Należy jednak podkreślić, że nie każda aktywność homoseksualna podlega ochronie z tytułu art. 8 EKPC. W orzeczeniu *Laskey, Jaggard i Brown przeciwko Wielkiej Brytanii*¹³ Trybunał podkreślił, że pewne praktyki seksualne mogą uzasadniać dopuszczalność ingerencji państwa. W tej sprawie ETPC uznał, że jednym z zadań państwa jest uregulowanie poprzez funkcjonowanie prawa karnego, działań związanych z zadawaniem fizycznej szkody (*physical harm*). Dotyczy to również sytuacji dotyczącej sfery seksualnej. W związku z powyższym Trybunał nie objął ochroną EKPC homoseksualnych praktyk sadomasochistycznych, nawet gdy były one dokonywane za zgodą uczestniczących w nich, dorosłych osób¹⁴.

ETPC podjął też problem penalizacji stosunków homoseksualnych z udziałem osób młodocianych. W sprawie *S.L. przeciwko Austrii* Trybunał stwierdził, że penalizowanie stosunków homoseksualnych z wyrażającymi na to zgodę młodocianymi (w wieku 14–18 roku życia) stanowi naruszenie art. 8 rozpatrywanego połączeniu z art. 14.

¹¹ Wyrok ETPC w sprawie *A.D.T. przeciwko Wielkiej Brytanii* z 31.07.2000 r., nr skargi 35765/97.

¹² *Ibidem*, § 37.

¹³ Wyrok ETPC w sprawie *Laskey, Jaggard i Brown przeciwko Wielkiej Brytanii* z 19.02.1997 r., nr skargi 21627/93, 21826/93, 21974/93.

¹⁴ *Ibidem*, § 43 i nn.

W odniesieniu do stosunków heteroseksualnych z młodocianymi w tym samym wieku i za obopólną zgodą, prawo krajowe nie dostrzegło znamion przestępstwa. W związku z powyższym doszło w opinii Trybunału do łącznego naruszenia art. 8 i 14 EKPC¹⁵.

Problematyka penalizacji homoseksualizmu i jego rozmaitych przejawów stanowi zagadnienie szerokie. Podkreśla to tocząca się przed ETPC sprawa *Adrian Costin Georgescu przeciwko Rumunii*¹⁶, w której Trybunał zbada sprawę skarżącego, który został zatrzymany przez policję, przesłuchany, pobrano od niego odciski palców, a wszystko stało się z powodu jego homoseksualizmu.

Niemniej jednak, w kontekście legalności stosunków homoseksualnych Trybunał zajął jasne stanowisko już w sprawie *Dudgeon*, w której ETPC wskazał dalszy kierunek swej linii orzeczniczej. Obecnie interpretacja orzecznictwa strasburskiego w tym zakresie nie nastęrcza większych trudności. Z zagadnieniem homoseksualizmu wiążą się jednak także inne prawa i wolności jednostki. Wystarczy wspomnieć choćby o kwestii prawa do adopcji, prawa do poszanowania życia rodzinnego, czy kwestii prawa do zawarcia związku małżeńskiego.

2. Dalszy rozwój orzecznictwa strasburskiego w sferze homoseksualizmu

W sferze zagadnień dotyczących homoseksualizmu warto zwrócić uwagę na kwestię adopcji dziecka przez pary homoseksualne. W orzeczeniu *Fretté przeciwko Francji*¹⁷ Trybunał zbadał sprawę rzekomego naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8) odczytywanego łącznie z zakazem dyskryminacji (art. 14) w kontekście odmowy prawa skarżącego do adopcji. Podstawą odmowy prawa do adopcji był homoseksualizm skarżącego.

¹⁵ Wyrok ETPC w sprawie *S.L. przeciwko Austrii* z 9.01.2003 r., nr skargi 45330/99, § 39–47; zob. także wyrok ETPC w sprawie *L. i V. przeciwko Austrii* z 9.01.2003 r., nr skargi 39392/98, 39829/98, § 43 i nn.

¹⁶ Sprawa *Adrian Costin Georgescu przeciwko Rumunii* (toczy się przed Trybunałem), nr skargi 4867/03.

¹⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Fretté przeciwko Francji* z 26.02.2002 r., nr skargi 36515/97.

ETPC uznał, że całkiem naturalnym jest, że władze krajowe, których zadaniem jest branie pod uwagę interesu społeczeństwa jako całości, powinny mieć pewien margines oceny w odniesieniu do podejmowania decyzji w tego rodzaju kwestiach. Poprzez stały kontakt władz krajowych z realiami danego państwa, są one w lepszej pozycji niż Trybunał, aby dokonać ewaluacji lokalnych warunków i potrzeb. W tym zakresie Trybunał przyznał państwu zakres marginesu oceny, podkreślając jednak, że nie należy interpretować tego jako przyznania państwu arbitralnej władzy, bowiem decyzje władz krajowych muszą być zgodne z wymogami art. 14 EKPC¹⁸.

W odniesieniu do adopcji dziecka przez homoseksualistów, Trybunał podkreślił, że społeczeństwo naukowe – przede wszystkim eksperci z zakresu psychologii, psychiatrii – są podzieleni jeśli chodzi o kwestię adopcji przez pary homoseksualne oraz ich potencjalne skutki i wpływ na rozwój dziecka. Mając to na uwadze, ETPC stwierdził, że państwu w tym zakresie należy przyznać szeroki margines oceny. I – co za tym idzie – ETPC nie dopatrył się w tym zakresie naruszenia Konwencji¹⁹.

Z kolei w sprawie *E.B. przeciwko Francji*²⁰ Trybunał zbadał sprawę lesbijki, która w jej opinii była dyskryminowana poprzez odmowę jej prawa do adopcji ze względu na jej homoseksualizm (łącznie podniesiony zarzut naruszenia art. 8 i 14). ETPC stwierdził, że skarżąca, która ubiegała się o adopcję jako samotny rodzic, była odmiennie traktowana ze względu na jej homoseksualizm²¹.

Trybunał uznał, że w sytuacji gdy odmienne traktowanie oparte jest wyłącznie na okolicznościach dotyczących orientacji seksualnej skarżącej, stanowi to dyskryminację w rozumieniu Konwencji²². Jako że skarżąca wykazała „niewątpliwe osobiste cechy oraz zdolności do wychowania dzieci”, a odmowa prawa do adopcji jako samotnego

¹⁸ *Ibidem*, § 41.

¹⁹ *Ibidem*, § 42 – 43.

²⁰ Wyrok ETPC w sprawie *E.B. przeciwko Francji* z dn. 22.01.2008 r., nr skargi 43546/02.

²¹ *Ibidem*, § 89–90.

²² *Ibidem*, § 93, zob. także wyrok ETPC w sprawie *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii* z 21.12.1999 r., nr skargi 33290/96, § 36.

rodzica była oparta wyłącznie na jej homoseksualizmie, Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 8 odczytywanego łącznie z art. 14²³.

W kwestii wychowywania dzieci przez homoseksualistów ETPC zajął stanowisko już w sprawie *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii*. Trybunał uznał, że stanowisko sądów portugalskich, że dziecko powinno żyć „w tradycyjnej portugalskiej rodzinie”, stanowiło odmiennie traktowanie oparte na orientacji seksualnej skarżącego, co stanowiło naruszenie art. 8 odczytywanego łącznie z art. 14 Konwencji²⁴.

Niezmiernie ważne dla dalszego orzecznictwa strasburskiego, w tym dla jego linii orzeczniczej sformułowanej w sprawie *Schalk i Kopf*, okazały się orzeczenia dotyczące prawa homoseksualistów do najmu lokalu po partnerze.

Po raz pierwszy ETPC podjął tą kwestię w sprawie *Karner przeciwko Austrii*²⁵. Trybunał zbadał skargę homoseksualisty, którego partner (najemca lokalu) zmarł. Skarżący, pomimo, że pozostawał z nim w związku, prowadził wraz z nim mieszkanie i dzielił koszty jego utrzymania, nie miał możliwości dziedziczenia prawa do najmu lokalu po zmarłym partnerze.

Trybunał zwrócił uwagę, że każda różnica w traktowaniu stanowi dyskryminację jeśli nie ma obiektywnego i racjonalnego wyjaśnienia, czyli jeśli nie spełnia celu prawowitego albo jeśli nie ma rozsądnego związku proporcjonalności pomiędzy zastosowanymi środkami i celem, który miał być osiągnięty. Poza tym należy przedstawić poważne powody, aby uzasadnić różnicę w traktowaniu spowodowaną wyłącznie względami sfery seksualnej²⁶.

Ponadto ETPC podkreślił, że cel ochrony rodziny w tradycyjnym znaczeniu, jest dość ogólny i wąska liczba konkretnych środków może zostać użyta do jego implementacji. W sprawach, w których margines oceny państwa jest wąski, zasada proporcjonalności nie wymaga wyłącznie aby wybrany środek był dopasowany do realizacji zamierzonego celu. Należy również wykazać, że wykluczenie pewnych kategorii ludzi było niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W tej sprawie

²³ *Ibidem*, § 95–98.

²⁴ *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii*, § 34–36.

²⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Karner przeciwko Austrii* z dn. 24.07.2003 r., nr skargi 40016/98.

²⁶ *Ibidem*, § 37.

ETPC uznał, że rząd nie przedstawił argumentów na poparcie swego stanowiska. W opinii Trybunału doszło w tej sprawie do łącznego naruszenia art. 8 i 14 EKPC²⁷.

Stanowisko Trybunału w sprawie *Karner* zostało znacznie rozszerzone w orzeczeniu w sprawie *Kozak przeciwko Polsce*²⁸. ETPC zbadała sprawę homoseksualisty, który domagał się prawa do dziedziczenia prawa do najmu lokalu po zmarłym partnerze. W tej sprawie okoliczności faktyczne były jednak bardziej złożone, niż w sprawie *Karner*. Otóż skarżący i jego zmarły partner pozostawali w związku i mieszkali wspólnie, po czym na kilka lat rozstali się i nie mieszkali razem. Skarżący podnosił, że w okresie poprzedzającym śmierć T.B. znowu prowadzili wspólne mieszkanie i pozostawali w związku²⁹.

Trybunał przywołał swe wcześniejsze stanowisko w sprawie *Karner* i przypomniał, że państwo posiada pewien margines oceny w zakresie oceniania konieczności zastosowania odmiennego traktowania. Jednak, blankietowe wykluczenie osób pozostających w związku homoseksualnym z prawa do dziedziczenia najmu nie może być zaakceptowane przez Trybunał jako niezbędne dla ochrony rodziny w jej tradycyjnym rozumieniu³⁰.

ETPC uznał też, że mając na uwadze fakt, że Konwencja jest żywym instrumentem, który powinien być interpretowany w świetle warunków dnia dzisiejszego, państwo w wyborze środków, które mają na celu ochronę rodziny i zapewnienie poszanowania życia rodzinnego, musi koniecznie wziąć pod uwagę rozwój w społeczeństwie oraz zmiany w postrzeganiu kwestii społecznych i obywatelskich, łącznie z faktem, że nie istnieje tylko jedna droga albo jeden wybór w sferze prowadzenia czyjegoś życia prywatnego czy rodzinnego³¹.

W związku z powyższym Trybunał zauważył, że prawo do dziedziczenia najmu w prawie polskim mają osoby pozostające w konkubinacie. Uznał też, że skarżący i jego partner pozostawali

²⁷ *Ibidem*, § 38.

²⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Kozak przeciwko Polsce* z 2.03.2010 r., nr skargi 13102/02.

²⁹ *Ibidem*, § 6–13.

³⁰ *Ibidem*, § 99.

³¹ *Ibidem* § 98.

w konkubinacie, czyli związku rodzinnym *de facto*. ETPC zastosował wykładnię ewolucyjną i uznał, że w związku homoseksualnym może wystąpić „życie rodzinne”, podczas gdy dotychczas ETPC odnosił się do tego rodzaju związków w kategoriach „życia prywatnego”³².

Taka znacząca ewolucja orzecznictwa strasburskiego w odniesieniu do związków homoseksualnych została zainicjowana w orzeczeniu *Kozak*, jednak rozszerzona została w orzeczeniu *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*³³.

3. Orzeczenie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*

W sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* ETPC zbadał sprawę pary homoseksualistów, którzy podnosili brak możliwości zawarcia małżeństwa w Austrii przez pary homoseksualne. Skarżący odwołali się nawet do Trybunału Konstytucyjnego, jednak bez powodzenia. Ustawa krajowa o rejestrowanym partnerstwie jeszcze wówczas nie obowiązywała (weszła w życie dopiero w 2010 r. – przyp. J.C.). W związku z czym skarżący nie mieli możliwości zawarcia małżeństwa, ani żadnej innej możliwości prawnego uznania ich związku. Skarżący sformułowali swoje zarzuty na podstawie art. 14, odczytowanego łącznie z art. 8.

Trybunał, odnosząc się do kwestii czy związek pomiędzy parą homoseksualną wchodzi w zakres „życia rodzinnego”, odwołał się do swego wcześniejszego orzecznictwa i przypomniał, że pojęcie „rodzinne” na podstawie tego postanowienia nie ogranicza się do związków opartych na małżeństwie i może obejmować inne więzi „rodzinne” *de facto*, w których strony żyją razem mimo braku małżeństwa. Dziecko zrodzone z takiego związku jest *ipso facto* częścią takiej jednostki „rodzinnej” z chwilą i z mocy samego faktu jego narodzin³⁴.

ETPC przypomniał, że jego wcześniejsze orzecznictwo zaakceptowało, że związek emocjonalny i seksualny osób tej samej płci sta-

³² *Ibidem* § 98–99.

³³ *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, § 94.

³⁴ *Ibidem*, § 91, zob. także wyrok ETPC w sprawie *Elsholz przeciwko Niemcom* z 13.07.2000 r., nr skargi 25735/94, § 43 oraz wyrok ETPC w sprawie *Johnston i inni przeciwko Irlandii* z 18.12.1986 r., nr skargi 9697/82, § 56.

nowi „życie prywatne”, ale nie stwierdziło, iż stanowi „życie rodzinne”, nawet tam, gdzie wchodzi w grę długotrwały związek mieszkających razem partnerów. Trybunał podkreślił istnienie wzrastającej tendencji w niektórych państwach europejskich w kierunku prawnego i sądowego uznawania stabilnych związków *de facto* między homoseksualistami, zważywszy na istnienie nikłej podstawy wspólnej wśród Państw-Stron, był to obszar, w którym nadal korzystały one z szerokiego marginesu oceny³⁵.

Trybunał podkreślił też, że od 2001 r. doszło do raptownej ewolucji stosunku do związków osób tej samej płci. Od tego czasu znacząca ilość państw członkowskich udzieliła prawnego uznania związkom osób tej samej płci. Niektóre przepisy prawa UE także odzwierciedlają wzrastającą tendencję do obejmowania związków osób tej samej płci pojęciem „rodziny”. Mając na uwadze wspomnianą ewolucję Trybunał uznał za sztuczne utrzymywanie poglądu, że – w przeciwieństwie do związku osób płci odmiennej – związek osób tej samej płci nie może korzystać z „życia rodzinnego” z punktu widzenia art. 8. W konsekwencji, związek skarżących, współmieszkający związek osób tej samej płci żyjący w stabilnym partnerstwie *de facto*, wchodzi w zakres pojęcia „życia rodzinnego”, tak jak w takiej samej sytuacji związek osób płci odmiennej³⁶.

Warto podkreślić, że ETPC przyznał Państwom-Stronom EKPC swobodę (na podstawie art. 12 Konwencji, jak też art. 14, wziętego wraz z art. 8) ograniczania dostępu do małżeństwa do związków osób płci odmiennej. Skarżący twierdzili, że na państwie spoczywa obowiązek zapewnienia związkom osób tej samej płci nadania statusu, który – choć mając inną nazwę – odpowiada małżeństwu pod każdym i jakimkolwiek względem. Trybunał, przeciwnie, uznał, że państwa korzystają z pewnego marginesu oceny, jeśli chodzi o ścisły status nadawany poprzez alternatywne środki uznania. W konsekwencji, ETPC nie stwierdził w tym zakresie naruszenia ani art. 12, ani art. 8 odczytywanego łącznie z art. 14 Konwencji³⁷.

³⁵ *Ibidem*, § 92.

³⁶ *Ibidem*, § 93–95.

³⁷ *Ibidem*, § 108 i nn.

Mając na uwadze orzeczenie *Shalk i Kopf* trudno oprzeć się wrażeniu, że stanowi ono kamień milowy w orzecznictwie Trybunału. Pojawia się jednak pytanie, czy orzecznictwo ETPC pójdzie w kierunku coraz szerszego uznawania związków homoseksualnych, odwołując się do coraz większego konsensusu³⁸ w tym zakresie w państwach członkowskich, czy w tym miejscu wyznaczy granicę i pozostawi państwom zakres marginesu oceny w tym zakresie.

Do pierwszej z powyższych możliwości przychylni się w swej łącznej opinii odrębnej sędziowie Rozakis, Spielmann i Jebens. Podnosili, że Trybunał stwierdzając brak naruszenia art. 8 odczytywanego łącznie z art. 14 wyraża zgodę na istnienie próżni prawnej w tym zakresie. W ich opinii Trybunał powinien nałożyć na państwo konkretne obowiązki pozytywne, które zapewniłyby skarżącym, przynajmniej w pewnym zakresie, ochronę, która – w ich opinii – powinna przysługiwać rodzinie³⁹.

Z drugiej strony trudno byłoby pominąć opinię sędziego Malinverni'ego do której przyłączył się sędzia Kovler. Ta podtrzymująca opinia podkreśla konieczność interpretacji Konwencji w zgodzie z Konwencją Wiedeńską o Prawie Traktatów z 1969 r. Sędziowie zwrócili uwagę na sformułowanie art. 12 EKPC, który w omawianym wyroku ma nie wykluczać małżeństwa dwóch mężczyzn lub dwóch kobiet. Art. 31 KWPT stanowi, że Traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście oraz w świetle jego przedmiotu i celu. Zaś art. 12 EKP w sposób wyraźny przyznaje prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny parom odmiennej płci. Sędziowie Malinverni i Kovler podnosili też, że do takich samych wniosków prowadzi zastosowanie wykładni zgodnie z art. 31 ust. 3 i z art. 32 KWPT⁴⁰.

³⁸ *Ibidem*, § 105.

³⁹ *Ibidem*, łączna opinia odrębna sędziów Rozakis'a, Spielmann'a i Jebens'a, § 4.

⁴⁰ *Ibidem*, podtrzymująca opinia sędziego Malinverni'ego do której dołączył się sędzia Kovler.

4. Podsumowanie – dylematy zobowiązań pozytywnych w kontekście orzeczenia *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*

Po analizie orzeczenia *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* pojawia się zdecydowanie więcej pytań, niż odpowiedzi, zwłaszcza w kontekście obowiązków pozytywnych państwa w odniesieniu do homoseksualizmu.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na szczególny charakter zobowiązań pozytywnych państwa w odniesieniu do art. 8 EKPC. Zdecydowanie różni się one w swym zakresie od innych zobowiązań pozytywnych, np. w sferze art. 2 i 3 Konwencji. Jak słusznie stwierdził sędzia Costa, art. 8 jawi się w bardzo szerokiej perspektywie, jeśli chodzi o zobowiązania pozytywne. Ponadto, zakres art. 8, przede wszystkim w odniesieniu do poszanowania życia prywatnego, nie posiada wyczerpującej definicji⁴¹.

W tym kontekście trudno przewidzieć dalszą wykładnię zobowiązań pozytywnych państwa w odniesieniu do homoseksualistów. Tym trudniej, że Trybunał dość ostrożnie konstruuje obowiązki pozytywne w kontrowersyjnych kwestiach. Ponadto, ETPC w zakresie obowiązków pozytywnych dotyczących art. 8 podchodzi indywidualnie do każdej sprawy, badając margines uznania państwa i konieczność zastosowania ograniczeń, przewidzianych w art. 8 ust. 2.

Trybunał wprawdzie nie nakłada na państwa pozytywnego obowiązku polegającego na zapewnieniu parom homoseksualnym prawa do legalnego uznania ich związków w prawie krajowym. W tym zakresie ETPC odrzucił argumenty skarżących⁴². Mając jednak na uwadze podnoszony przez Trybunał argument wzrastającego konsensusu pomiędzy państwami w tym zakresie oraz fakt, że ETPC uznał, że związek homoseksualny korzysta z ochrony z tytułu „życia rodzinnego” można przypuszczać, że linia orzecznicza ETPC pójdzie jeszcze dalej w tym kierunku i w przyszłości taki obowiązek sformułuje. Jed-

⁴¹ J.P. Costa, *The European Court of Human Rights: Consistency of its case-law and positive obligations*, Speech at Leiden University, 30.05.2008 r., [w:] NQHR, Vol. 26/3, 2008, s.453.

⁴² *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, § 108 i nn.

nak, w przypadku dalszego braku konsensusu w zakresie prawnego uznawania związków homoseksualnych, ETPC najprawdopodobniej pozostanie przy pozostawieniu Państwom-Stronom szerokiego marginesu oceny w tym zakresie.

To drugie rozwiązanie wydaje się o wiele rozsądniejsze, gdyż chodzi o kwestię, w której trudno będzie uzyskać pełen konsensus wśród Państw-Stron Konwencji.

Trudno byłoby pominąć słuszne – w odniesieniu do orzeczenia *Schalk i Kopf* – argumenty sędziów Malinverni’ego i Kovlera. Podnieśli oni, że „zwyczajne znaczenie nadawane terminom traktatu” w przypadku art. 12 nie może oznaczać nic innego, jak tylko uznanie, iż mężczyzna i kobieta, a więc osoby przeciwnej płci, mają prawo do zawarcia małżeństwa. Jest to również konkluzja, do której doszli oni, analizując art. 12 „w świetle jego przedmiotu i celu”. Art. 12 kojarzy prawo do zawarcia małżeństwa z prawem do założenia rodziny. Ponadto fakt, że szereg państw, obecnie 5, przewiduje na rzecz związków homoseksualnych możliwość zawarcia małżeństwa, nie może być uważany za „późniejszą praktykę w stosowaniu traktatu” w znaczeniu odnośnego postanowienia. Interpretacja literalna, która – zgodnie z KWPT – stanowi „regułę ogólną interpretacji”, nie pozwala zatem na rozumienie art. 12 jako nadającego prawo do małżeństwa osobom tej samej płci⁴³.

Pojawia się, zatem pytanie dotyczące zgodności tak przyjętego orzeczenia kontekście przedmiotu i celu Konwencji.

Przytoczona powyżej ewolucja stanowiska Trybunału w odniesieniu do zjawiska homoseksualizmu, często podnoszony argument „wzrastającego konsensusu między państwami europejskimi”⁴⁴ oraz przykład Karty Praw Podstawowych UE, która przyznając prawo do zawarcia małżeństwa nie czyni w sposób wyraźny rozróżnienia na pary heteroseksualne i homoseksualne⁴⁵ w tym zakresie pozwala domniemywać, że Trybunał może w przyszłości zmienić swą linię

⁴³ *Ibidem*, podtrzymująca opinia sędziego Malinverni’ego do której dołączył się sędzia Kovler.

⁴⁴ *Ibidem*, § 53.

⁴⁵ *Ibidem*, § 60; zob. także wyrok ETPC w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii* z 11.07.2002 r., nr skargi 28957/95, § 100.

orzeczniczą w kierunku szerszego uznawania związków (i małżeństw) homoseksualnych. Jednak musiałyby mieć to miejsce w następstwie istnienia rzeczywistego i faktycznego konsensusu między Państwami-Stronami w tym zakresie.

Jako, że trudno stwierdzić istnienie takiego konsensusu obecnie, wydaje się, że ETPC będzie raczej ostrożny w formułowaniu obowiązków pozytywnych w tym zakresie. Z tego samego powodu Trybunał najprawdopodobniej pozostawi tę kwestię w zakresie marginesu oceny Państwa-Strony, co należy uznać za słuszne rozwiązanie.

Przemysław Domagała

**Granice interpretacji prawa do
zawarcia małżeństwa w art. 12 EKPC
– Schalk i Kopf przeciwko Austrii
(wyrok ETPC z 24.06.2010 r.)**

I

Z technicznoprawnego punktu widzenia Europejska Konwencja Praw Człowieka to wielostronna umowa międzynarodowa¹, a więc do jej interpretacji mają zastosowanie przepisy Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów². Przede wszystkim należy ją interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w niej wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jej przedmiotu i celu (zob. art. 31–33 Konwencji Wiedeńskiej). Niezależnie od powyższego w orzecznictwie strasburskim wypracowano specyficzne narzędzia interpretacyjne, którymi Trybunał posługuje się przy wykładni przepisów Konwencji (doktryna „żywego instrumentu”, doktryna „praw skutecznych i efektywnych”, doktryna „ochrony istoty prawa”).

¹ L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 5–6.

² *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z 21.02.1975 r., nr skargi 4451/70; J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993, s. 69; F. Ost, *The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights*, [w:] M. Delmas-Marty (red.), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht, s. 288.

Pierwsza z nich oznacza, że treść praw gwarantowanych Konwencją jest zmienna w czasie³. Tym samym stany faktyczne uznawane za zgodne z Konwencją, mogą – z uwagi na stałą ewolucję życia społecznego – okazać się z nią niezgodne⁴. Wymaga tego stałe podnoszenie standardów w dziedzinie ochrony praw człowieka⁵. Stosowanie tej doktryny umożliwiło zniesienie kar cielesnych⁶, ograniczyło rolę czynnik administracyjnego przy warunkowym przedterminowym zwolnieniu więźnia⁷, rozciągnęło prawa wyborcze na wybory do Parlamentu Europejskiego⁸, wydobyło z Konwencji negatywny aspekt prawa do stowarzyszania się⁹, umożliwiło prawne uznanie nowej tożsamości transseksualistów¹⁰. Trybunał bierze pod uwagę przed wszystkim zmianę praktyki państw członkowskich Rady Europy, ale także rozwój regulacji Unii Europejskiej lub organizacji i organów międzynarodowych¹¹. Jeśli w danej kwestii wyłania się wewnętrzny i międzynarodowy konsensus, Trybunał może uznać go za część minimalnego standardu ochronnego gwarantowanego Konwencją i „narzucić” go ostatnim z państw Rady Europy które go nie przestrzegają. Z drugiej strony jeśli takiego konsensusu nie ma, Trybunał nie jest skłonny zastępować państwa w podejmowaniu – zwłaszcza kontrowersyjnych – decyzji, nawet jeśli okoliczności sprawy są dramatyczne¹². Drugą, poza istnieniem konsensusu, granicą owej dynamicznej interpretacji Konwencji jest wola państw-stron, jeśli została jasno wyrażona przez zmianę lub uzupełnienie jej pierwotnego

³ Zob. M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, s. 177–179.

⁴ *Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z 25.04.1978 r., nr skargi 5856/72.

⁵ *Selmouni przeciwko Francji*, wyrok ETPC z 28.07.1999 r., nr skargi 25803/94.

⁶ *Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

⁷ *Stafford przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 28.05.2002 r., nr skargi 46295/99.

⁸ *Matthews przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z 18.02.1999 r., nr skargi 24833/94.

⁹ *Sigurdur A Sigurjonsson przeciwko Islandii*, wyrok ETPC z 30.06.1993 r., nr skargi 16130/90.

¹⁰ *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 11.07.2002 r., nr skargi 28957/95.

¹¹ *Sigurdur A Sigurjonsson przeciwko Islandii*.

¹² *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z 29.07.2002 r., nr skargi 2346/02.

tekstu lub przyjęcie protokołu dodatkowego. Jeśli taka zmiana została dokonana, to co do zasady nie do Trybunału należy „poprawianie” dotychczasowego tekstu, gdyż oznaczałoby to przejście cudzych kompetencji¹³. Trybunał stara się być w swoich interpretacjach raczej powściągliwy¹⁴, nie tworzyć nowych praw nie włączonych *explicite* do tekstu Konwencji i szanować prawa państw do prowadzenia własnej polityki społecznej¹⁵.

Konwencja nie gwarantuje praw „teoretycznych i iluzorycznych”, ale „praktyczne i efektywne”¹⁶. Dlatego będzie naruszeniem

¹³ Chyba że w państwach Rady Europy zarysował się znaczący konsensus, którego nie respektuje jedynie kilka z nich. Instruktywne znaczenia ma ewolucja stanowiska Trybunału na temat dopuszczalności kary śmierci, obecnie uznawanej za sprzeczną z Konwencją, pomimo, że jej tekst *expressis verbis* ją dopuszcza. W sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z 07.07.1989 r., nr skargi 14038/88, Trybunał stwierdził, że chociaż nie może pominąć tego, że w państwach Rady Europy kara śmierci *de facto* już nie istnieje, nie jest dopuszczalne przyjęcie, iż zakaz jej stosowania wynika z art. 3 EKPC statuującego zakaz tortur albo niehumanicznego lub poniżającego traktowania albo karania. Jest tak dlatego, że pierwotny tekst Konwencji dopuszcza karę śmierci (art. 2 ust. 1), a zakaz jej stosowania wynika dopiero z przyjętego w 1983 roku szóstego protokołu dodatkowego. Skoro więc Państwa podjęły decyzję o przyjęciu na siebie tego dodatkowego zobowiązania, za pomocą instrumentu do którego każde z nich może, ale nie musi przystąpić, Trybunał wykraczałby poza swoje kompetencje narzucając Państwom takie zobowiązanie przez twórczą interpretację art. 3. Pomimo tego, że od czasu wyroku w sprawie *Soering*, jeszcze więcej państw europejskich odrzuciło karę śmierci, stanowisko ETPC w myśl którego z art. 3 nie można wywodzić prawnego obowiązku jej zniesienia wydawało się być aktualne (*Öcalan przeciwko Turcji*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 12.05.2005 r., nr skargi 46221/99), aż do dnia 2 marca 2010 roku. Wtedy to Trybunał wydał wyrok w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr skargi 61498/08, gdzie w § 120 stwierdził, że ponieważ wszystkie z wyjątkiem dwóch Państw Rady Europy podpisały protokół trzynasty całkowicie znoszący karę śmierci, a tylko trzy go nie ratyfikowały, art. 2 ust. 1 Konwencji nie może już stanowić przeszkody do uznania kary śmierci za zgodną z Konwencją.

¹⁴ Symptomatyczne jest to, że w kwestii prawnego uznania zmiany płci o ile konieczność „stałego nadzorowania” tego zagadnienia zaczął sygnalizować już w 1986 roku (*Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z 17.10.1986 r., nr skargi 9532/81), dopiero po 16 latach (w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*) stwierdził, że brak takiego uznania jest sprzeczny z Konwencją, kiedy stało się jasne, że władze brytyjskie nie zamierzają dostosować prawa wewnętrznego do standardów zaakceptowanych w reszcie państw Europy.

¹⁵ *Hatton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 08.07.2003 r., nr skargi 36022/97.

¹⁶ T. Jasudowicz, *Zasada rzeczywistości i skuteczności*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona. Podręcznik dla stu-*

Konwencji sytuacja w której skorzystanie z jakiegoś prawa jest teoretycznie możliwe, ale nakłada na jednostkę na tyle nieproporcjonalny ciężar, że – realistycznie rzecz biorąc – nie można oczekiwać od niej, że z tego prawa skorzysta¹⁷. Efektywność prawa oznacza też, od państw-stron wymaga się aby podejmowały niezbędne pozytywne działania („rozsądne i właściwe środki”) w celu zapewnienie rzeczywistej możliwości korzystania z praw¹⁸. Działania takie mogą obejmować obowiązek prawnego uznania przez państwo związków między członkami naturalnej rodziny¹⁹, zapewnienie adekwatnej prawnokarnej ochrony wolności seksualnej osób intelektualnie niepełnosprawnych²⁰, użycie sił porządkowych do ochrony legalnej demonstracji²¹ lub osoby której życie jest w sposób realny i konkretny zagrożone²², zapewnienie dostępu do wymiaru sprawiedliwości dla osób niezamożnych²³, zapewnienie terapii *in vitro* bez dyskryminacji ze względu na rodzaj schorzenia będącego przyczyną niepłodności²⁴.

Trybunał w Strasburgu uważa za oczywistą i zrozumiałą samą przez się zasadę w myśl której ograniczenia prawa nie mogą naruszać jego istoty²⁵. Powołuje się na nią, kiedy przychodzi mu orzekać w przedmiocie ograniczeń nie przewidzianych wprost w tekście Konwencji, a jedynie przez tekst ten „implikowanych” lub „inherentnie” w nim zawartych²⁶, a z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia w art. 12. Przyjęcie tej zasady, opierać się musi na założeniu, że w treści każ-

dentów prawa i administracji, Toruń 2005, s. 180–181.

¹⁷ *Airey przeciwko Irlandii*, wyrok ETPC z 09.10.1979 r., nr skargi 6289/73, P., C. i S. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok ETPC z 16.07.2002 r., nr skargi 56547/00.

¹⁸ *Artico przeciwko Włochom*, wyrok ETPC z 13.05.1980 r., nr skargi 6694/74.

¹⁹ *Marckx przeciwko Belgii*, wyrok ETPC z 13.06.1979 r., r. nr skargi 6833/74.

²⁰ *X. i Y. przeciwko Holandii*, wyrok ETPC z 26.03.1985 r., nr skargi 8978/80.

²¹ *Plattform Ärzte für das Leben przeciwko Austrii*, wyrok ETPC z dnia 17.10.1985 r., nr skargi 10126/ 82.

²² *Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 28.10.1998 r., nr skargi 23452/94.

²³ *Airey przeciwko Irlandii*.

²⁴ *S. H. i in. przeciwko Austrii*, wyrok ETPC z 01.04.2010 r., nr skargi 87813/00.

²⁵ *Belgijska sprawa językowa*, wyrok ETPC z 23.07.1968 r., skargi nr 1474/62; 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64: „It goes without saying that regulation must never injure the substance of the right (...) nor conflict with other rights enshrined in the Convention”.

²⁶ *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*; P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer-Boston 1990, s. 575–578.

dego z praw i wolności gwarantowanych Konwencją zawierają się pewne elementy podstawowe, istnienie których jest konieczną przesłanką zachowania przez to prawo lub wolność swej tożsamości. Innymi słowy, Państwu przysługuje swoboda modyfikowania i ograniczania praw i wolności, ale owe modyfikacje i ograniczenia nie mogą iść tak daleko, by przekreśleniu uległa podstawowa treść (istota) danego prawa lub wolności. Ograniczenia danego prawa naruszają jego istotę, jeżeli nie znosząc go, powodują w praktyce, że nie może być ono realizowane i przestaje pełnić swoją funkcję²⁷. Również uzależnienie realizacji prawa od uznania władzy publicznej godziłoby w jego istotę²⁸. Zakaz naruszania istoty praw człowieka nie jest tożsamy z zasadą proporcjonalności, a stanowi samodzielną przesłankę ograniczenia praw. Oznacza to, że w normalnych warunkach istnieją przypadki kiedy ograniczenie byłoby „konieczne w demokratycznym społeczeństwie”, ale Konwencja go nie dopuszcza jako wkraczającego w istotę wolności lub prawa²⁹.

II

Celem niniejszego opracowania jest próba zastosowania tych narzędzi interpretacyjnych do wytyczenia granic zastosowania art. 12 EKPC [Prawo do zawarcia małżeństwa], na tle orzeczenia ETPC w sprawie *Schalk i Kopf* przeciwko Austrii³⁰. Powołany przepis stanowi,

²⁷ B. Banaszak, *Prawa Człowieka w Nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Przegląd Sejmowy* 1997, nr 5, s. 56.

²⁸ D. Hesselberger, *Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung*, Neuwied 1999, s. 168.

²⁹ Por. W. Berg, *Staatrecht: Grundriss des Staatsorganisationsrecht und der Grundrechte*, Stuttgart 2001, s. 147 i cytowane przez niego orzecznictwo niemieckiego TK w sprawach regulacji antyterrorystycznych.

³⁰ Wyrok ETPC z 24.06.2010 r., nr skargi 30141/04, prawomocny od 22.11.2010 r., kiedy to Trybunał nie uwzględnił wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby. Problematyka ta coraz częściej pojawia się na wokandzie Trybunału. Wystarczy wskazać, że 27.04.2009 r. Trybunał zakomunikował rządowi francuskiemu skargę dwóch mężczyzn, których małżeństwo zawarte przez burmistrza Noël Mamere zostało unieważnione (*Chapin i Charpantier przeciwko Francji*, nr skargi 40183/07). Pojawiać się będzie jeszcze częściej, bo w chwili obecnej jesteśmy świadkami tego, jak radykalnym przemianom ulega tak wydawałoby się stabilna instytucja społeczna jak małżeństwo (zob. F. Swennen, *O Tempora, O Mores! The Evolving Marriage Concept and the Impediments to Marriage*, [w:] M.

że mężczyzna i kobieta w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z prawem krajowym regulującym korzystanie z tego prawa.

Analizowane orzeczenie to zapadło w następującym stanie faktycznym: W 2002 roku Horst Michael Schalk i Johann Franz Kopf zamierzali zawrzeć związek małżeński. Władze administracyjne odmówiły im tego prawa, powołując się treść art. 44 austriackiego Kodeksu cywilnego, w myśl którego małżeństwo mogą zawrzeć tylko osoby odmiennej płci. Tak samo orzekł austriacki Trybunał Konstytucyjny³¹. W związku z tym obydwaj wnieśli skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zarzucili w niej naruszenie art. 12 przez to, że nie mogli zawrzeć małżeństwa oraz art. 14 w zw. z art. 8 przez to, że nie mieli do dyspozycji alternatywnej wobec małżeństwa formy uznania przez prawo ich związku³².

Trybunał rozpoczął analizę od stwierdzenia, że chociaż nie miał do tej pory szansy wypowiedzenia się na temat małżeństw homoseksualnych, to pewne wskazówki interpretacyjne można wysnuć z jego orzecznictwa dotyczącego małżeństw transseksualistów. Przypomniał, że początkowo uznawał, że Konwencja nie nakłada na państwa-strony obowiązku umożliwienia transseksualiście zawarcia małżeństwa z osobą tej samej płci w której się urodził i którą zmienił³³. Stanowisko to zmienił, po tym jak okazało się, że większość państw Rady Europy na takie małżeństwa zezwala.

Trybunał stwierdził, że małżeństwom osób tej samej płci sprzyja treść art. 9 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, a współczesna koncepcja małżeństwa jest inna niż w końcu lat 40-tych, kiedy tworzono Europejską Konwencję Praw Człowieka³⁴. Trybunał wskazał, że analizowany w izolacji o innych przepisów Konwencji art. 12 mógłby

Antokolskaia (red.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Antwerpia 2007, s. 127).

³¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12.12.2003 r., sygn. B 777/03.

³² W skardze podniesiono także zarzut naruszenia art. 1 Pierwszego protokołu dodatkowego do EKPC, przez to, że nie osiągnęli pewnych korzyści finansowych, zwłaszcza w sferze prawa podatkowego. Ponieważ jednak skarżący wątku tego w żaden sposób nie rozwinęli (nie przytoczyli jakichkolwiek faktów na poparcie zarzutu), ta część skargi została uznana za oczywiste bezzasadną (zob. §§ 111–115 wyroku).

³³ *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, §§ 49–50.

być interpretowany w sposób nieimplikujący, że daje on prawo do małżeństwa tylko osobom odrębnej płci. Jednakże jeśli się zważy, że wszystkie inne przepisy Konwencji mówią o „każdym” („każdej osobie”), określeniu płci osób uprawnionych z art. 12 należy przyznać normatywne znaczenie. Trybunał wskazał też, że w chwili tworzenia Konwencji małżeństwo było w sposób oczywisty rozumiane jako związek osób odmiennej płci.

W art. 12 pomieszczono zarówno prawo do zawarcia małżeństwa jak i założenia rodziny. W aktualnym orzecznictwie Trybunału podkreśla się wprawdzie, iż to, że dana para nie może począć dziecka nie wpływa na jej prawo do zawarcia małżeństwa³⁵, ale „nie pozwala to na wyciągnięcie żadnych wniosków” w kwestii małżeństw homoseksualnych.

Ponieważ skarżący odwoływali się raczej do doktryny „żywego instrumentu” niż do dosłownego brzmienia przepisu, Trybunał odniósł się przede wszystkim do tej pierwszej kwestii. Zdaniem Trybunału – bezsporne – zmiany w rozumieniu instytucji małżeństwa jakie zaszły od chwili przyjęcia Konwencji, nadal nie doprowadziły do europejskiego konsensusu w sprawie małżeństw homoseksualnych (jak wskazano niżej, są one dopuszczalne w zdecydowanej mniejszości państw europejskich), co odróżnia niniejszą sprawę od spraw małżeństw transseksualistów. Małżeństwa tych ostatnich były w chwili wydania wyroku w sprawie *Goodwin* dopuszczalne w większości państw Rady Europy i – niezależnie od powyższego – sprawa ta dotyczyła małżeństw między osobami które w chwili zawarcia małżeństwa były już odrębnej płci.

Trybunał odnotował, że art. 9 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej stanowiący odpowiednik art. 12 EKPC nie zawiera wzmianki o „mężczyźnie i kobiecie”, co było zabiegiem celowym, mającym rozszerzyć jego zakres podmiotowy w stosunku do innych

³⁴ *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*; wskazać jednak należy, że nawet po wydaniu tego wyroku Trybunał nadal uznawał małżeństwo w rozumieniu art. 12 za związek mężczyzny i kobiety (decyzje *Wena i Anita Parry przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, z 28.11.2006 r., nr skargi 42971/05, oraz *R. i F. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, z 28.11.2006 r., nr skargi 35748/05).

³⁵ *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 98.

międzynarodowych instrumentów. Odnosząc się do argumentu wywiódł, że przez odwołanie się do zasad określonych prawem krajowym art. 9 pozostawia państwu należącemu do UE swobodę odnośnie tego czy uznawać, że pary homoseksualne mają prawo do zawarcia małżeństwa. Innymi słowy nie stwarza ku temu przeszkód (małżeństwo nie musi być koniecznym związkiem dwóch osób o różnej płci), ale też tego nie nakazuje. Podobnie, zdaniem Trybunału należy obecnie rozumieć art. 12 Konwencji. Koncepcja małżeństwa jako instytucji głęboko zakorzenionej w społecznym kontekście różni się – niekiedy znacznie – w zależności od poglądów konkretnego społeczeństwa i Trybunał nie uznał za stosowane zastępowania władz krajowych w ustalaniu jej treści³⁶.

Z powyższych względów Trybunał stwierdził, że art. 12 EKPC nie daje parom homoseksualnym prawa do zawarcia małżeństwa, a więc nie doszło do jego naruszenia.

Zdaniem Trybunału w sprawie ma zastosowanie art. 8 w zw. z art. 14 EKPC, albowiem wspólne pożycie homoseksualistów może być zaklasyfikowane jako rodzaj „życia rodzinnego” (dotychczas Trybunał rozpatrując skargi na podstawie wskazanych przepisów ograniczał się do stwierdzenia, że takie pożycie powinno być chronione jako forma „życia prywatnego”). Zdaniem Trybunału pojęcie rodziny w rozumieniu art. 8 (*under this provision* – podkreślenie P. D.) nie jest ograniczone do związków opartych na małżeństwie i może rozciągać się na inne więzi *de facto* rodzinne, w których strony żyją razem poza małżeństwem. Dziecko urodzone z takiego związku jest *ipso iure* częścią tej rodziny, od chwili i z racji samego faktu urodzenia³⁷. Trybunał uwzględnił też, że w prawie wspólnotowym pojęcie „rodziny” stosowane bywa także na określenie związku homoseksualnych partne-

³⁶ B. i L. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok ETPC z 13.09.2005 r., nr skargi 36536/02, § 36.

³⁷ Elsholz przeciwko Niemcom, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 17.07.2000 r., nr skargi 25735/94, § 43, Keegan przeciwko Irlandii, wyrok ETPC z 26.05.1994 r., nr skargi 16969/90, § 44, Johnston i in. przeciwko Irlandii, wyrok ETPC z 18.12.1986 r., nr skargi 9697/82.

rów³⁸. Miał też na uwadze to, że w 6³⁹ spośród 47 państw Rady Europy osoby tej samej płci mogą zawierać małżeństwa, a w kolejnych 13⁴⁰ mogą zawierać podobne małżeństwom związki partnerskie. W tym stanie rzeczy, za sztuczną należałoby uznać konstrukcję wedle której tego rodzaju pary nie prowadzą „życia rodzinnego” w rozumieniu art. 8, tym bardziej, że są w stanie tworzyć związki równie stabilne co związki par heteroseksualnych.

Zdaniem Trybunału nie doszło do naruszenia art. 14 w zw. z art. 8, albowiem od 1 stycznia 2010 roku w Austrii życie weszła ustawa o zarejestrowanych związkach partnerskich (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*), która umożliwiała osobom tej samej płci zawarcie zarejestrowanego związku o statusie niemal takim samym jak małżeństwo⁴¹. Wobec tego, że w omawianej kwestii europejski konsensus dopiero się wyłania⁴² (większość powołanych wyżej regulacji rozszerzających prawa osób homoseksualnych powstała w ostatniej dekadzie), ustawodawcy austriackiemu nie można uczynić zarzutu, że ustawy o związkach partnerskich nie wprowadził wcześniej.

³⁸ Dyrektywa Rady 2003/86/WE z dnia 22.09.2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin (Dz.U. L 251 z 3.10.2003 r., s. 12); Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29.04.2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich (Dz.U. L 158 z 30.04.2004 r., s. 77). W literaturze polskiej zob. na ten temat C. Mik, *Ochrona rodziny w europejskim prawie wspólnotowym*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa rodziny, prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, 140–146.

³⁹ Belgia, Holandia, Norwegia, Portugalia, Hiszpania, Szwecja. Ostatnio możliwość taką wprowadziła Islandia.

⁴⁰ Andora, Austria, Czechy, Dania, Finlandia, Francja, Niemcy, Węgry, Islandia, Luksemburg, Słowenia, Szwajcaria, Zjednoczone Królestwo.

⁴¹ Pewne różnice dotyczą jedynie formy zawarcia związku, możliwości wspólnego przysposobienia, które jest dostępne jedynie małżonkom, oraz niemożności ubiegania się homoseksualnej pary o sztuczne zapłodnienie. Trybunał uznał analizowanie tych różnic za zbędne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, bo skarżący nie powoływali się na to, by dotyczyły ich ograniczenia związane ze sztucznym zapłodnieniem lub adopcją.

⁴² M. O'flaherty [w:] D. Moeckli i in. (red.), *International Human Rights Law*, Nowy Jork, 2010, 335–338. W literaturze polskiej zob. na ten temat M. Filar, *Status prawny homoseksualizmu w prawie polskim na tle prawa porównawczego i międzynarodowego*, [w:] J. Białocerkiewicz i in. (red.), *Księga jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 113–122.

III

Przypomnieć należy, że choć art. 12 EKPC nie zawiera klauzuli limitacyjnej podobnej do ust. 2 przepisów art. 8–11, nie można uznać, że gwarantuje prawo o charakterze absolutnym. Wynika to (1) z wybranej przez autorów Konwencji formuły uprawniającej państwa-strony do „regulacji korzystania” z tego prawa, przy czym regulacja ta musi być (2) przewidziana „przepisami prawa”. Z kolei zakres podmiotowy prawa jest ograniczony do (3) „mężczyzny i kobiety w wieku małżeńskim”. Wyrok w sprawie *Schalk i Kopf* analizowany przez pryzmat zaprezentowanych już ogólnych zasad interpretacji EKPC daje dobrą podstawę do wytyczania aktualnych granic prawa do zawarcia małżeństwa.

Punktem wyjścia musi być przyjęcie, iż ewentualne ograniczenia nie mogą naruszać innych postanowień Konwencji (w szczególności art. 8 ust. 2). Przede wszystkim wskazać jednak należy, iż rolą ustawodawcy krajowego jest jedynie „uregulowanie” zasad wykonywania prawa do małżeństwa⁴³, co prowadzi do wniosku, że owa regulacja nie może jednostce prawa do małżeństwa całkowicie odebrać lub w inny sposób naruszyć istoty prawa⁴⁴. Z orzeczenia *Schalk i Kopf* wynika jednoznacznie, że zdaniem Trybunału nie narusza istoty prawa do małżeństwa to, że ze względu na orientację seksualną nie ma partnera z którym dana osoba mogłaby małżeństwo zawrzeć. Trybunał nie dostrzega naruszenia Konwencji w tym, że Państwo pozwala homoseksualiście na zawarcie małżeństwa jedynie z osobami odmiennej płci, którymi nie jest on zainteresowany, przez co małżeństwo staje się dla niego *de facto* (choć nie *de iure*) niedostępne.

Ograniczenie prawa do zawarcia małżeństwa wyłącznie do osób odmiennej płci wywodzi Trybunał także z językowego brzmienia

⁴³ *Hamer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, decyzja z 13.10.1977 r., nr skargi 8186/78.

⁴⁴ *Draper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, orzeczenie z 10.17.1980 r., nr skargi 7114/75. Wskazując na zakres dopuszczalnych regulacji wskazać należy, że Trybunał nie uważa, by istotę prawa do zawarcia małżeństwa naruszał zakaz bigamii lub rozwodów, bo potencjalny bigamista lub rozwodnik już ze swego prawa do zawarcia małżeństwa skorzystali (*Johnston i in. przeciwko Irlandii*, wskazać należy, że z § 18 powołanego wyroku wynika, że jeśli prawo krajowe pozwala na rozwód, nie powinien być on przeszkodą w ponownym małżeństwie).

przepisu – wzmianki o tym, że nie przysługuje ono „każdemu”, ale „mężczyźnie i kobiecie”, co nie mogło być przypadkiem, a musiało być świadomym wyborem twórców Konwencji. Argumentacja ta jest podatna na krytykę. Po pierwsze, wygląda na arbitralną, skoro nie odwołuje się wprost do przebiegu *travaux préparatoires*, a jedynie do subiektywnego wrażenia Trybunału o tym jak jego zdaniem one przebiegały. Po drugie, przydanie wykładni językowej decydującego znaczenia oznaczałoby odejście od doktryny „żywego instrumentu”, z której wynika, że treść praw zagwarantowanych Konwencją może różnić się od ich rozumienia w 1950 roku. Po trzecie w końcu lat 40-tych, koncepcja małżeństwa jako związku osób odmiennej płci była oczywista i jedyna możliwa. Uznanie, że twórcy Konwencji przewidzieli jej ewolucję i świadomie zajęli stanowisko we współczesnej debacie na temat, raziłoby ahistorycznością. Po czwarte, na gruncie językowym stwierdzenie „mężczyzna i kobieta mają prawo do zawarcia małżeństwa” jest równoznaczne stwierdzeniu „mężczyzna ma prawo do zawarcia małżeństwa i kobieta ma prawo do zawarcia małżeństwa”. Takie ujęcie oznaczałoby, że wzmianka o płciach służyła nie tyle wyłączeniu małżeństw homoseksualnych poza granice art.12, ale szczególnie dobitnemu podkreśleniu że prawo o którym w nim mowa służy na jednakowych zasadach zarówno kobiecie jak i mężczyźnie, podkreśleniu ich równości w prawie. Owe słabości wskazują, że w omawianym punkcie wykładnia językowa nie może być uznana za pewną i niewzruszalną granicę prawa do zawarcia małżeństwa jako związku osób odmiennej płci. Nie można wykluczyć, że w przyszłości Trybunał od niej odstąpi.

Dla Trybunału zawsze było oczywiste, że „małżeństwo” o którym mowa w art. 12 ma charakter monogamiczny⁴⁵. Jest to pogląd słuszny. Opiera się bowiem przede wszystkim na językowej wykładni przepisu, który mówi o „mężczyźnie i kobiecie” a nie „mężczyznach

⁴⁵ *Johnston i in. przeciwko Irlandii*, § 18 oraz orzeczenia w sprawach: *X. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 22.07.1970 r., nr skargi 3898/68, *M. i O. M. przeciwko Holandii* z 05.10.1987 r., nr skargi 12139/86, *E. A. i A. A. przeciwko Holandii*, z 06.01.1992 r., nr skargi 14501/89, *Bibi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 29.06.1992 r., nr skargi 19628/92.

i kobietach”⁴⁶. Nadto zakorzeniony jest w europejskiej tradycji prawnej opartej nie na przesądach, ale na obiektywnych, jakościowych różnicach jakie zachodzą w relacjach między dwoma osobami (układ stosunków w diadzie), a układem stosunków między co najmniej trzema osobami (układ stosunków w triadzie lub innej małej grupie społecznej)⁴⁷. W orzeczeniu *Schalk i Kopf* nie ma nic co pozwalałoby podważyć takie rozumienie małżeństwa, jako „prawnego uznania związku dwóch osób”⁴⁸. Istnienie owej obiektywnej różnicy sprawia, że monogamiczność małżeństwa nie wydaje się być elementem który mógłby podlegać zmianie w ramach doktryny „żywego instrumentu”.

Z orzeczenia *Schalk i Kopf* wynika także, iż małżeństwo – tak jak je rozumie Trybunał – oparte być musi na świadomej i swobodnej zgodzie małżonków. Zatem w chwili jego zawarcia muszą być oni w stanie taką zgodę wyrazić⁴⁹, co oznacza, że nie mogą być zbyt młodzi. Tym samym granicą prawa do zawarcia małżeństwa jest pojęcie „wieku małżeńskiego”, którego Konwencja nie precyzuje, ale który nie może być zbyt niski (rozciągać się na dzieci)⁵⁰. Oznacza to, że zawarcie małżeństwa ważnego w określonej tradycji etnicznej, społecznej czy religijnej nie implikuje, by związek ten musiał być uznany za „małżeństwo” przez prawo państwowe⁵¹.

⁴⁶ W tekście francuskim *l'homme et la femme* a nie *les hommes et les femmes*. Polskie oficjalne tłumaczenie Konwencji (Dz. U. z 1993 roku, Nr 61, poz. 284), arbitralnie nie uwzględnia francuskiej wersji tekstu, w myśl art. 66 ust. 4 EKPC również autentycznej co angielska.

⁴⁷ W diadzie istnieje poczucie zagrożenia jej wewnętrznych stosunków przez śmierć, w triadzie pojawia się poczucie stałości; tylko w diadzie możliwe jest pojawienie się intymności jako cechy tej struktury podczas gdy tylko triada stanowi dla członków rodzaj zewnętrznej całości; tylko w triadzie pojawia się delegowanie obowiązków i odpowiedzialności; pojawienie się „kozła ofiarnego” w diadzie ją dezintegruje, podczas gdy w triadzie może doprowadzić do jej przebudowy (G. Simmel, *Socjologia*, Warszawa 1975, s. 111–226 i 395–411).

⁴⁸ P. Pogodzińska, *Status prawny małżeństwa i związków partnerskich w Unii Europejskiej*, [w:] C. Mik (red.), *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, Toruń 2005, s. 162.

⁴⁹ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *op. cit.*, s. 442.

⁵⁰ Już w decyzji *Khan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 07.07.1986 r., nr skargi 11579/85, Komisja orzekła, że nie narusza Konwencji zakazanie skarżącemu małżeństwa z dziewczynką która miała 14 i ½ roku.

⁵¹ *X. przeciwko Niemcom*, decyzja z 18.12.1974 r., nr skargi 6167/73, *Hopic i Hopic-Destanova przeciwko Holandii*, decyzja z 04.07.1991 r., nr skargi 13158/87.

Dodać należy, że choć w sprawie *Marckx* Trybunał wprost odmówił zajęcia stanowiska odnośnie tego czy z art. 12 wynika prawo do nie zawierania małżeństwa, to ogólne zasady wypracowane w jego orzecznictwie⁵² wyraźnie wskazują, że taki negatywny aspekt prawa do małżeństwa istnieje. Także i w tym zakresie orzeczenie *Schalk i Kopf* nie wprowadza żadnej modyfikacji. Zawarcie małżeństwa nie powinno rodzić dla jednostki ujemnych skutków⁵³. Oznacza to, że każda jednostka może podjąć decyzję o niezawieraniu związku małżeńskiego i życiu samodzielnym lub w konkubinacie, co oczywiście nie wyklucza prawa państw do tworzenia zachęt do zawierania małżeństw (ulgi podatkowe, świadczenia socjalne itp.)⁵⁴. Oczywiście jest, że owe zachęty muszą być stosowane bez dyskryminacji, do wszystkich związków uznawanych przez prawo krajowe za małżeństwa.

Prawo do zawarcia małżeństwa ma zarówno aspekt negatywny jak i pozytywny⁵⁵. (Nie sięga on jednak tak daleko, aby nakładać na Państwo obowiązek znalezienia skarżącemu odpowiedniego partnera/partnerki na męża/żonę). Państwo ma obowiązek powstrzymać się od kroków, które uniemożliwiłyby małżeństwo osobom które je – zgodnie z prawem krajowym – planują. Oznacza to zakaz wydalenia lub deportacji poza granice kraju, jeśli ów akt miałby uniemożliwić wstąpienie w związek małżeński (jeśli plany małżeńskie partnerów są skonkretyzowane i nie można oczekiwać, że zostaną one zrealizowane za granicą (np. narzeczeni nie mogą połączyć się w innym kraju)⁵⁶.

⁵² *Young James i Webster przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z 13.08.1981 r., nr skarg 7601/76 i 7806/77.

⁵³ Chyba, że jednostka wcześniej zobowiązała się nie zawierać małżeństwa, co może mieć znaczenie w przypadku osób zatrudnionych przez instytucje religijne.

⁵⁴ *Lindsay przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, decyzja z 11.11.1986 r., nr skargi 11089/84, *G. A. B. przeciwko Hiszpanii*, decyzja z 30.08.1993 r., nr skargi 21173/93, *Saucedo Gomez przeciwko Hiszpanii*, decyzja z 26.01.1999 r., nr skargi 37784/97.

⁵⁵ Zob. C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka (na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka)*, [w:] J. Białocerkiewicz i in. (red.), *Księga jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 257–276; M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka: obowiązek państwa aktywnej ochrony podstawowych praw i wolności*, [w:] H. Machińska (red.), *60 lat Rady Europy. Tworzenie i stosowanie standardów prawnych*, Warszawa 2009, s. 157–184.

⁵⁶ *X. przeciwko Niemcom*, decyzja z 12.07.1976 r., nr skargi 7175/75, *X. przeciwko Niemcom*, decyzja z 16.07.1965 r., nr skargi 2535/65, *X. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 03.10.1972 r., nr skargi 5301/71.

Podobnie sprzeczne z Konwencją byłoby uniemożliwienie zawarcia małżeństwa osobie pozbawionej wolności⁵⁷. Ze stanowiska ETPC w sprawie *Schalk i Kopf* wynika, że choć państwo nie ma obowiązku uznawania małżeństw homoseksualnych, jeśli się na to zdecyduje nie może ich traktować inaczej niż tradycyjne. Zatem musi umożliwić realne korzystanie z tego prawa zgodnie z wyżej wskazanymi zasadami.

Z prawem do zawarcia małżeństwa związane jest prawo do założenia rodziny. Na wzajemny związek tych praw wskazuje chociażby to, że zostały one pomieszczone w tym samym przepisie Konwencji, użycie słów o regulacjach krajowych odnoszących się do wykonywania „tego” (w liczbie pojedynczej) prawa, powiązanie obydwu praw z wiekiem małżeńskim. Jednakże nie oznacza to, że art. 12 chroni małżeństwo tylko i wyłącznie jako podstawę rodziny. W orzecznictwie strasburskim podkreśla się że jest to jego „podstawowa”, a więc nie „jedyna” funkcja, albowiem pojęcie „życia rodzinnego” (art. 8 EKPC) ewoluowało od czasu powstania Konwencji, aby objąć także inne formy niż rodzina oparta na tradycyjnym małżeństwie⁵⁸. W szczególności więzi rodzinne mogą wynikać nie tylko z pokrewieństwa, ale także z adopcji⁵⁹. Zdaniem Trybunału z prawa do założenia rodziny o którym mowa w art. 12 EKPC nie wypływa prawo do adopcji⁶⁰. Nie można uznać tego stanowiska za bezdyskusyjne. Oczywiście władze publiczne mają istotny margines swobody oceny regulując kwestię adopcji, tego kto i w jakich warunkach może adoptować – ale co do zasady trudno przyjąć, że jeśli więzi wynikłe z adopcji to więzi rodzinne i jeśli komuś przysługuje prawo do założenia rodziny, to nie ma on prawa do założenia tejeż przez adopcję. Prawo do założenia rodziny implikuje, że po skorzystaniu z prawa do zawarcia małżeństwa małżonkowie mają prawo do wspólnego pożycia (jako rodzina)⁶¹, a więc także z dziećmi, które mają prawo adoptować. Orzecznictwa

⁵⁷ Postanowienie polskiego SN z 27.05.2003 r., IV KK 63/03, Lex 80281 i w tej samej sprawie (*Frasik przeciwko Polsce*) wyrok ETPC z 05.01.2010 r., nr skargi 22933/02; podobnie ETPC w wyroku *Jaremovicz przeciwko Polsce* z 05.01.2010 r., nr skargi 24023/03.

⁵⁸ *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 19.

⁵⁹ *X. i Y. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, orzeczenie z 15.12.1977 r., nr skargi 7229/75, § 32.

⁶⁰ *van Oosterwijk przeciwko Belgii*, orzeczenie z 01.03.1979 r., nr skargi 7654/76, § 34–35, *Frette przeciwko Francji*, wyrok ETPC z 26.02.2002 r., nr skargi 36515/97.

Trybunału na tle art. 8 EKPC wskazuje, że nie jest dopuszczalne odmówienie homoseksualiści prawa do adopcji, tylko ze względu na jego orientację seksualną⁶². Natomiast w orzeczeniu *Schalk i Kopf* wskazano, że choć Konwencja nie wymaga aby Państwa uznały prawo homoseksualistów do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, absolutnie tego nie zakazuje. Z kolei uznanie jakiegoś prawa przez państwo nie może być niepełne i mieć charakteru dyskryminującego⁶³. Prowadzi to do wniosku, że w razie prawnego uznania małżeństw homoseksualnych, ewentualne ograniczenie ich w dostępie do adopcji (w porównaniu z małżeństwami heteroseksualnymi) byłyby nie do utrzymania.

Prawo do zawarcia małżeństwa nie należy do praw niederogowalnych (art. 15 EKPC), i formalnie rzecz biorąc orzeczenie *Schalk i Kopf* niczego w tym względzie nie zmienia. Rzecz jednak w tym, że przedstawiona wyżej analiza stanowiska Trybunału co do granic interpretacji tego prawa pozwala przyjąć, że trudno byłoby wskazać przypadki w których – w razie wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu – uchylenie się od zobowiązań związanych z poszanowaniem tego prawa ściśle odpowiadałoby wymogom sytuacji i służyłoby odwróceniu owego niebezpieczeństwa⁶⁴. Innymi słowy nie sposób wskazać przypadków, w których derogacja zobowiązań wynikających z art. 12 EKPC byłaby dopuszczalna w trybie art. 15.

⁶¹ *Abdulaziz, Cabales i Balkandali przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z 28.05.1985 r., nr skarg 9214/80, 9473/81 i 9474/81.

⁶² *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii*, wyrok ETPC z 21.12.1999 r., nr skargi 33290/96, *E. B. przeciwko Francji*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 22.01.2008 r., nr skargi 43546/02.

⁶³ Podobnie w wyroku *S. H. i in. przeciwko Austrii*, § 74, gdzie Trybunał stwierdził, że choć Konwencja nie nakłada na Państwa obowiązku uregulowania zapłodnienia *in vitro*, jeśli takie regulacje powstaną, nie mogą być dyskryminujące. Innymi słowy to, że Konwencja nie wymaga włączenia do prawa wewnętrznego jakiejś instytucji, nie oznacza, że w razie jej wprowadzenia może być ona ukształtowana w sposób dowolny i dyskryminujący (zob. też podobnie co do istoty w wyrokach ETPC: *Petrovic przeciwko Austrii*, z 27.07.1998 r., nr skargi 20458/92, § 22 oraz *P. B. i J. S. przeciwko Austrii*, z 22.07.2010 r., nr skargi 18984/02, § 34).

⁶⁴ Zob. O. de Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge 2010, s. 530–547.

Tadeusz Jasudowicz

Dyskrecjonalne kompetencje administracji w świetle orzecznictwa strasburskiego

1. Rozważania wstępne

To, co w nauce europejskiej kojarzy się z pojęciem „dyskrecjonalnych kompetencji”, dalekie jest od jednoznaczności. Trudno się temu dziwić. Zauważmy, że samo pojęcie „dyskrecji” jest dwuznaczne: może się, bowiem kojarzyć z „dyskretnością”, a więc z czymś prywatnym, intymnym, ale równie dobrze – z drugiej strony – może się kojarzyć z „dyskrecjonalnością”, a więc ze swobodą, elastycznością, daleko posuniętym luzem. W połączeniu z drugim członem powyższego tytułu opracowania, a więc z kompetencjami administracji, będzie mi chodzić właśnie o to drugie znaczenie, kojarzące się ze swobodą funkcjonowania i podejmowania decyzji, z luzem w działaniu.

W nauce polskiej w ogóle, a w polskiej nauce prawa administracyjnego w szczególności, nie jest obiegowym pojęcie „kompetencji dyskrecjonalnej”; częściej mówi się o „uznaniu administracyjnym”. E. Ochendowski, rekonstruując „pojęcie uznania administracyjnego”, pisze: „Uznanie administracyjne istnieje wówczas, gdy administracja dla urzeczywistnienia stanu prawnego może wybierać między różnymi rozwiązaniami. Uznanie występuje wtedy, gdy norma prawna nie determinuje w sposób jednoznaczny konsekwencji (skutku) prawnego, lecz pozostawia w sposób wyraźny wybór organowi administracyjnemu. Inaczej mówiąc – ustawa pozwala na wybór następstwa

dokonanie takiego prawnego, przy czym można dokonywać wyboru między dwiema lub więcej możliwościami¹.

R. Mizerski używa, co prawda – za Europejskim Trybunałem Praw Człowieka – pojęcia „kompetencje dyskrecjonalne”², we własnych wypowiedziach jakby jednak wolał mówić o „swobodzie decyzyjnej organów władzy publicznej” albo o „uznaniowości władzy wykonawczej”³.

M.A. Nowicki traktuje jako równoznaczne pojęcia *administrative discretion*, *pouvoir administratif discretionnaire* i „swoboda administracyjna”, wyjaśniając, że „przepisy, które dają władzom takie uprawnienia, nie są sprzeczne z zasadą, że ingerencja musi być przewidziana przez prawo, jeśli zakres swobody i sposób korzystania z niej są określone wystarczająco jasno z uwzględnieniem tego, aby jednostka była w wystarczający sposób chroniona przed arbitralnością”⁴.

P. van Dijk i G.J.H. van Hoof zauważali, że „(...) może się okazać konieczne przyznanie władzom krajowym pewnej dyskrecji, jeśli względy praktyczne, które zazwyczaj mają wysoce faktyczny charakter, wyraźnie dominują nad względami zgodności z prawem”⁵. Odnosi się wrażenie, że obszar kompetencji dyskrecjonalnej znajduje się poza obszarem prawa, co wprawdzie odpowiadałoby prawdom dawnej tradycji, ale czego nie da się pogodzić z podstawowymi założeniami *rule of law*. Nowsze wydanie tego podręcznika na szczęście jest już wolne od tego rodzaju niejasności⁶.

¹ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1994, s. 108.

² R. Mizerski, *Test legalności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2009, s. 199 – dwukrotnie w kontekście sprawy *Leander przeciwko Szwecji* oraz *Hilda Hafsteinsdottir przeciwko Islandii*; por. w „Podsumowaniu” – s. 272.

³ *Ibidem*, s. 242 i 201, odpowiednio.

⁴ M.A. Nowicki, *Słownik Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Angielsko-francusko-polski (...)*, Wyd. II, Zakamycze 2004, s. 15; por. s. 80 – hasła: *discretion*, *competence discretionnaire*, *latitude*, *opportunité*, *pouvoir discretionnaire*, *pouvoir d'appréciation*, *marge discretionnaire*.

⁵ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Wyd. II, Deventer-Boston 1990, s. 605–606.

⁶ Por.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (eds.), Intersentia, Antwerpen-Oxford 2006, s. 518 i n.

Wiele propozycji zdefiniowania „dyskrecjonalnych kompetencji” bądź „dyskrecji administracyjnej” podaje się w źródłach internetowych. Powiada się, np., że:

Kompetencje dyskrecjonalne wykonywane przez władze administracyjne i prawne są dopuszczalne, ale niezobowiązujące. Kompetencje takie przyznawane są urzędnikom ustawą bądź delegacją. Kompetencje dyskrecjonalne nie nakładają obowiązku na podejmującego decyzje, ani co do ich wykonywania, ani co do ich wykonywania w określony sposób⁷.

W „Ograniczeniach dyskrecji administracyjnej” przytacza się kilka różnorodnych definicji z doktryny i z orzecznictwa, a potem jakby się je podsumowuje stwierdzeniem, że „doktryna dyskrecji administracyjnej implikuje kompetencje dokonywania wyboru między alternatywnymi kursami działania bądź nie-działania”⁸. Jak widać z powyższego, propozycje definicyjne są rozbieżne, a zarazem nie grzeszą precyzją. Na ich tle dobrze się prezentuje propozycja zawarta w podręczniku europejskim:

Termin „kompetencja dyskrecjonalna” oznacza kompetencję, która pozostawia władzy administracyjnej pewien stopień elastyczności, jeśli chodzi o podejmowane akty, umożliwiając jej wybór – spośród kilku prawnie dopuszczalnych rozwiązań – jednego, które uznaje ona – po wyważeniu wchodzących w grę interesów prywatnych i publicznych – za najbardziej właściwe⁹.

W istocie, definicja ta jest niemal powtórzeniem definicji normatywnej zawartej w Rekomendacji nr R(80)2 Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącej wykonywania kompetencji dyskrecjonalnych administracji z 11 marca 1980 r.¹⁰

⁷ *Discretionary Powers*, <http://administrativelaw.uslegal.com>., s. 1; por.: *Administrative discretion*, <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>, s. 1.

⁸ *Limitations of Administrative Discretion*, <http://legal0articles.devdot.com/administrative-law>, s. 1–2.

⁹ *Administration and You. Principles of Administrative Law concerning the Relations between Administrative Authorities and Private Persons. A Handbook*, Strasbourg 1996, pkt 13.

¹⁰ Tekst polski [w:] T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, TNOiK, Toruń 1996, s. 85 i n. – por. Załącznik „Zasady rządzące wykonywaniem dyskrecjonalnych kompetencji administracji”, pkt I, ust. 3.

2. Z dziejów administracji i jej kompetencji

Problem zasługuje na odrobinę dynamicznego spojrzenia z dystansu, które pojawia się u E. Ochendowskiego. Zwraca on uwagę na ewolucję od „zasady niezależności administracji od ustawodawcy” i koncepcji „wolnej przestrzeni, w której administracja jest swobodną, twórczą działalnością” do „zasady, że organy administracyjne mogą działać tylko na podstawie przepisów prawa”¹¹. Zatem:

Swobodne uznanie znika w formie, w jakiej istniało dotychczas, ale pojawia się w innej formie, tj. jako swobodne uznanie wprowadzone przez ustawodawstwo. Sytuacja się odwraca; administracja może działać tylko na podstawie ustawy, wyjątkiem zaś jest swobodne uznanie, które przysługuje administracji tylko o tyle, o ile zostanie jej przyznane przez wyraźny przepis ustawy¹².

Tak, np. H. Danelius wskazuje na początki nowoczesnej administracji w Szwecji w postaci rosnących w liczbie collegiów, ponoszących odpowiedzialność tylko przed królem i jego doradcami za pewne obszary administracji, dysponujących pewnym stopniem niezależności; „choć ich funkcje były bardzo odmienne od funkcji sądów – uważane one były za równe sądom, w żadnym razie im niepodporządkowane”¹³.

Ta niezależność od sądów, w połączeniu z dążeniem do pewnej niezależności również od parlamentów, konceptualnie jakby dająca się pogodzić z Monteskiuszowskim modelem trójpodziału równoważnych władz (ustawodawczej, sądowniczej i wykonawczej), zderzała się jednak z narastającym poczuciem legalności i rozwojem zasady *rule of law*, a zarazem ze stopniowymi zdobyczami w sferze ochrony praw człowieka – także i przede wszystkim – przed nadużywającymi i arbitralnymi zakusami władzy administracyjnej.

Jak to się ujmowało w swoistej „instrukcji UE” dla nowych państw kandydackich owego czasu z Europy Środkowej i Wschodniej, sformułowanej via OECD: „(...) zasada «administracji przez prawo»

¹¹ E. Ochendowski, *op. cit.*, s. 106.

¹² *Ibidem*, s. 106–107.

¹³ H. Danelius, *Judicial Control of the Administration. A Swedish Proposal for Legislative Reform*, b.d. i m.w., s. 116.

brała swe początki od francuskiej *principe de legalite*, jak też z niemieckiej koncepcji *Rechststaatlichkeit*, które są mniej lub bardziej bliskie brytyjskiej koncepcji *rule of law*¹⁴.

Niezależność od ustawodawstwa, stopniowo zresztą zawężająca się i zanikająca, znajdowała swoje fortece obronne w postaci „norm (czy reguł) administracyjnych”, różnorodnie w różnych krajach nazywanych i rozumianych. Tak, np. Roozendaal bada na gruncie francuskiego prawa administracyjnego „zjawisko, za pośrednictwem, którego administracja ustala ogólne reguły wykonywania zadań na niej ciążących”, kojarząc to z pojęciem „reguł ogólnych”, wynikających z aktów takich, jak *circulaire*, *note d'instruction*, *instructions de service* i *directive*. Zarazem nawiązuje do *beleidsregels* w holenderskim prawie administracyjnym, jednak tylko, dlatego, że „ten przykład pokazuje, iż reguły ogólne ustalone bez poprzedzającej je ustawy parlamentarnej czy statutu nie są wcale rzadkim zjawiskiem, które można by znaleźć jedynie we Francji”¹⁵.

W szczególności, Roozendaal powiada:

Dyrektywa jest przyjmowana dla regulowania kompetencji dyskrecjonalnej. Dyskrecja może polegać na kompetencji organu administracyjnego dokonywania wyboru sposobu, w jaki będzie on wykonywał swoje obowiązki i kompetencje statutowe, ograniczonego – oczywiście – przez ustawy i zasady ogólne prawa. Sędzia musi tę wolność szanować.

Władza dyskrecjonalna jawi się jako naturalne granice, w jakich może być sprawowana kontrola sądowa¹⁶.

¹⁴ *European Principles for Public Administration. OECD: Support for Improvement in Governance and Management in Central and Eastern European Countries*, „SIGMA Papers” No. 27, 1999, s. 18. Dodawano przy tym: „(...) choćby nawet te trzy pojęcia miały różne korzenie krajowe, prowadzą one dzisiaj do podobnych skutków praktycznych”.

¹⁵ B.J.P.G. Roozendaal, *Self-Restraint of Discretionary Authority in French Administrative Law*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” (MJECL) 1994, nr 1/3, s. 285–286. Dokonując rozróżnienia pomiędzy „regułami ogólnymi”, które stanowią *actes reglementaires*, a „innymi regułami ogólnymi”, autor ten ma na myśli „te reguły ogólne, które nie są *actes reglementaires*” – *ibidem*, s. 286.

¹⁶ *Ibidem*, s. 295. Wyjaśnia się przy tym: „Il s'agit de dispositions par lesquelles une autorite, investie d'un pouvoir discretionnaire dont l'exercice lui impose, en principe, l'examen des situations individuelles auxquelles elle entend subordonner ses decisions, sans pour autant s'interdire d'y derogar si un cas particuliers lui parait 'exiger'” – *ibidem*, s. 294.

Broring zwraca uwagę, że „w przeciwieństwie do prawa francuskiego, niemieckiego, belgijskiego i holenderskiego, prawo brytyjskie zda się wykazywać bardzo niejasne podejście do reguł administracyjnych”, aczkolwiek – co autor stara się udowodnić – „w istocie, legalna funkcja reguł administracyjnych w Zjednoczonym Królestwie jest taka sama jak w krajach kontynentalnych”¹⁷. W „Konkluzjach” wyjaśnia wszystko „głęboko zakorzenionym systemem parlamentarnym”, jako że:

Nadrzędną zasadą jest, że wszystkie działania administracyjne muszą znajdować swoją podstawę w ustawie Parlamentu. Brytyjska doktryna prawna i orzecznictwo nadal walczą więc z kompetencją tworzenia reguł administracyjnych. Do systemu parlamentarnego przynależy to, że takiej kompetencji nie da się znaleźć. Co więcej, *rule of law* nie jest interpretowana ekstensywnie, wobec czego ta fundamentalna norma nie przewiduje kompetencji tworzenia reguł administracyjnych¹⁸.

W opracowaniu dotyczącym odpowiednika w prawie niemieckim w tytule używa się pojęcia „reguły polityczne” (*policy rules*), a w terminologii niemieckiej *Vervaltungsvorschriften*¹⁹. Wyjaśnia się przy tym:

W administracji niemieckiej reguły polityczne w pierwszym rzędzie mają wprowadzać w działania administracji jednolitość i spójność. Jest tak, ponieważ często brak jednolitych i jasnych norm ustawowych. Gdzie istnieje przepis ustawowy, musi on często być interpretowany dla konkretnej sytuacji bądź – alternatywnie – przepis ten jedynie przyznaje administracji kompetencję dyskrecyjną²⁰.

Wiąże się z tym „wyraziste rozróżnienie pomiędzy przepisami ustawowymi, które przyznają kompetencję dyskrecyjną (*freies Ermessen*) a przepisami ustawowymi, które są niejasno określone, a zatem potrzebują interpretacji, w pełni jednak wiążąc administrację (*inbestimmte Rechtsbegriffe*)”²¹. Przeciwnie, „w granicach dyskrejci

¹⁷ H.E. Broring, *Administrative Rules in British Law*, MJECL 1994, nr 1/3, s. 273.

¹⁸ *Ibidem*, s. 283–284.

¹⁹ A.J. Bok, *Policy Rules in German Law*, MJECL 1994, nr 1/3, s. 255.

²⁰ *Ibidem*, s. 256.

²¹ *Ibidem*, s. 257. Podobnie jest w literaturze holenderskiej, gdzie „reguły polityczne często są rozumiane jako reguły, które regulują kompetencję dyskrecyjną administracji (kate-

administracja dysponuje swobodą samodzielnego decydowania, jaka decyzja powinna być podjęta”²².

Powyższe refleksje komparatystyczne pokazują, że problem dyskrecjonalnych kompetencji jest ważki i aktualny dla właściwie każdego krajowego systemu prawnego. Jak powiada się we wspomianej już „instrukcji UE”, „Decyzje dyskrecjonalne są konieczne, ponieważ prawo nie może przewidzieć wszelkich okoliczności, jakie mogą się w przyszłych sytuacjach ukształtować”²³. Nie jest wolne od tej potrzeby także ani, np. z jednej strony, prawo kanoniczne²⁴, ani z drugiej strony prawo Unii Europejskiej²⁵.

Gdy się wczytuje głębiej w wywody dotyczące rozwoju koncepcji kompetencji dyskrecjonalnych administracji w Europie – mimo dostrzegalnych specyfik i odmienności – dostrzega się wyraziste elementy wspólne, a w szczególności wspólny jest szlak dziejowej ewolucji problemu. Bakker i Stroink dostrzegają rozwój, w ramach którego „władze administracyjne są, co do zasady, zobowiązane do działania stosownie do reguł politycznych, które one same ustaliły w implementacji kompetencji dyskrecjonalnej: jedynie w przypadkach wyjątkowych mają one prawo do odstępstwa od reguł, które stworzyły”; zdaniem wielu autorów, „istnieje li tylko marginalna różnica pomiędzy charakterem prawnym takich reguł politycznych i reguł, które ustalane są w trybie delegowania kompetencji legislacyjnej”²⁶. Wspomniany szlak dziejowej ewolucji prowadzi – o czym w kolejnych częst-

goria *ermessenlenkende Verwaltungsvorschriften*”, obok „reguł ustanawianych przez administrację, które dostarczają interpretacji niejasnego przepisu ustawowego” – *ibidem*, s. 256. Szersze uwagi o holenderskim modelu dyskrecjonalnych kompetencji – s. 267–272, z sugestią wzorowania się na niemieckiej koncepcji *Verwaltungsvorschriften* jako *originares Administrativrecht*.

²² *Ibidem*, s. 257–258.

²³ *European Principles...*, s. 10.

²⁴ Ks. W. Wenz, *Zasada dyskrecjonalności w sprawowaniu władzy administracyjnej w Kościele*, referat na Międzynarodowej Konferencji Naukowej Prawa Kanonicznego w Toruniu, 7.09.2010 r.

²⁵ Por. np.: *Sprawa C 141/02 P: Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko T-Mobile Austria GmbH (...)*, wyrok ETS (Wielka Izba) z 22.02.2005 r., pkt 19–21.

²⁶ R.E. Bakker, F.A.M. Stroink, *Quasi-Legislation Compared*, MJECL 1994, nr 1/3, s. 253–254. Charakterystyczne jest również używanie samego pojęcia „quasi-legislacji” obok pojęcia „reguł politycznych (administracyjnych)” i ich zamienne traktowanie.

kach niniejszego opracowania – od nie podlegania administracji ani parlamentowi, ani sądom do zasady związania administracji prawem i nadzoru czy kontroli sądowej nad działalnością administracji.

3. Administracja a prawo

W wykorzystywanym już parokrotnie studium OECD podkreśla się, że: „Dyskrecja i arbitralność to nie jedno i to samo. (...) Dyskrecja nie oznacza bezprawności”²⁷. Wcześniej zaś tam wskazano:

Rule of law (Rechtsstaat, Etat de droit) stanowi wszechstronny mechanizm służący pewności i przewidywalności. Zakłada on „administrację przez prawo”. W istocie, *rule of law* oznacza, że administracja publiczna powinna sprawować swoją odpowiedzialność zgodnie z prawem. (...) Administracja publiczna powinna podejmować decyzje zgodnie z ustalonym prawem oraz z kształtowanymi przez sądy regułami interpretacji, niezależnie od jakichkolwiek innych względów. *Rule of law* przeciwstawia się władzy arbitralnej, układowi i innym dewiacjom. *Rule of law* wymaga ścisłej hierarchii norm prawnych realizowanej przez niezależne sądy, jak też zasady, że władza publiczna w konkretnej decyzji – normalnie rzecz biorąc – nie jest wyposażona w kompetencje przeciwstawiania się normom ogólnym, ustalonym i opublikowanym²⁸.

Patrząc na problem z perspektywy międzynarodowo chronionych praw człowieka, a konkretnie z perspektywy europejskiego systemu ochrony praw człowieka, dostrzega się, że – mimo niedopowiedzeń i niedostatków – system Europejskiej Konwencji Praw Człowieka „oddycha prawem”. Jawi się to w postaci zasady *rule of law*, raz po raz przypominanej w orzecznictwie strasburskim w najprzeróżniejszych kontekstach, także w związku z problemem kompetencji dyskrecjonalnych, a postrzeganej jako „nić Ariadny” prowadząca przez labirynt interpretacji postanowień Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jako jedna z zasad leżących u podglebia Konwencji, wyrastających i ze Statutu Rady Europy, i z preambuły samej Konwencji, bezpośrednio też łączona ze wspólnymi tradycjami konstytucyjnymi państw europejskich i ze standardem „demokratycznego społeczeństwa”.

²⁷ *European Principles...*, s. 10.

²⁸ *Ibidem*, s. 9–10.

Polscy konstytucjonaliści unikają raczej posługiwania się terminologią europejską, m.in. unikając używania terminów *rule of law* (względnie „rządy prawa”; nie mylić m. zd. z „praworządnością”, bo zbyt wiele w niej dziedzictwa postsocjalistycznego) czy „dyskrecjonalne kompetencje”. Tak, np. W. Wojtyczek pisze o „zasadzie państwa prawnego” i „zasadzie określoności regulacji prawnej”, przyznając zarazem, że:

„Luzy decyzyjne” dla organów państwowych mogą wynikać nie tylko z zamierzonego lub niezamierzonego braku precyzji językowej tekstu aktu prawotwórczego, ale również z woli pozostawienia szerokiego zakresu wyboru decyzji. Ustanowienie regulacji niespełniającej wymogu określoności może też mieć na celu umożliwienie dostosowania regulacji prawnej do zmieniającej się rzeczywistości społecznej²⁹.

Co więcej, uważa, że:

Prawodawca nie powinien również upoważniać organów państwowych do podejmowania decyzji według swobodnego uznania, nawet, jeżeli – zgodnie z orzecznictwem polskiego Trybunału Konstytucyjnego – „z instytucji formalnej, ustalającej swobodną, niezwiązaną niczym możliwość rozstrzygnięcia, swobodne uznanie przekształca się jedynie w formę pewnego uelastycznienia administracji, która umożliwia i zobowiązuje odpowiednie organy do zbadania wszystkich okoliczności danego przypadku w celu wyszukania najbardziej właściwego, odpowiadającego prawdzie obiektywnej i swemu celowi rozstrzygnięcia”. Granice wyboru decyzji przez organy państwowe powinny być możliwie wąskie³⁰.

Przypomnijmy, że europejski podręcznik prawa administracyjnego, dopuszczając kompetencję dyskrecjonalną, ma na myśli „wybór spośród kilku prawnie dopuszczalnych rozwiązań jednego”³¹. Przechodząc do zasad substancjalnych, dodaje:

Zasada legalności wymaga nie tylko tego, by władze administracyjne nie naruszały prawa, ale także tego, by wszystkie ich decyzje miały podstawę

²⁹ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Zakamycze 1999, s. 118–119. Por. M. Jaśkowska, *Związanie administracji publicznej prawem*, [w:] *Księga Pamiątkowa profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 1999.

³⁰ *Ibidem*, s. 121.

³¹ *Administration and You...*, pkt 13. Por. identycznie – *Rekomendacja...*, Załącznik, pkt I, ust. 2.

prawną oraz by ich treść była zgodna z prawem. Wymaga ona ponadto, by przestrzegania tych wymogów przez władze można było skutecznie dochodzić. W sposób dorozumiany zasada legalności wymaga również, by prawo dotyczące funkcji i kompetencji władz administracyjnych było w ważny sposób wydane oraz by było ono wystarczająco jasne i konkretne³².

Zatem, w swoim pochodzie ewolucyjnym dyskrejonalna kompetencja przenosiła się z obszaru umiejscowionego jakby poza granicami prawa, a zwłaszcza ustaw, w obszar jak najbardziej objęty działaniem prawa, wobec czego swoboda decyzyjna organu administracyjnego już nie mogła oznaczać nieograniczoności ani arbitralności. Rażąco przeczyłoby to przecież królującej zasadzie *rule of law*.

4. Europejskie *soft-law* w dziedzinie wykonywania kompetencji dyskrejonalnych

Zanim przejdę do analizowania orzecznictwa strasburskiego, warto zwrócić uwagę na podstawowe założenia wspomnianej już Rekomendacji KM RE w sprawie wykonywania dyskrejonalnych kompetencji administracji, której wypracowanie nie było – moim zdaniem – „sztuką dla sztuki”, lecz wyrastało z fundamentalnych założeń systemu prawnego Rady Europy, w tym systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, z obfitym też czerpaniem z zasobów wspólnego krajowego dziedzictwa administracyjnego w Europie. Istotnym jest nawiązanie w preambule Rekomendacji do jej poprzedniczki, a mianowicie do Rezolucji (77) 31 KM RE o ochronie jednostki przed aktami administracyjnymi³³.

Jak to wynika z „Wyjaśnienia motywów”, zalecane zasady wykonywania kompetencji dyskrejonalnych „biegną wzdłuż trzech osi”:

³² *Ibidem*, pkt 16.

³³ Por. ust. 4 Preambuły Rekomendacji nr R(80)2. Tekst polski tej poprzedniczki – [w:] T. Jasudowicz, *Administracja...*, s. 82 nn. Por. tenże, *Kilka uwag o europejskich standardach administracyjnych – ze szczególnym uwzględnieniem służby cywilnej – w świetle europejskich standardów praw człowieka*, [w:] *Księga Pamiątkowa profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 1999, s. 10 i nn.

7. zasad podstawowych regulujących wykonywanie dyskrecjonalnych kompetencji (Załącznik, pkt II);
8. procedury stosującej się do wykonywania dyskrecjonalnych kompetencji (Załącznik, pkt III) oraz
9. kontroli wykonywania dyskrecjonalnych kompetencji (Załącznik, pkt IV).

Zasady podstawowe obejmują:

1. kierowanie się władzy administracyjnej wyłącznie celem, „przez wzgląd na który ta kompetencja została jej przyznana”³⁴;
2. postępowanie obiektywne i bezstronne³⁵;
3. przestrzeganie zasad równości wobec prawa, z wyeliminowaniem „wszelkiej dyskryminacji”³⁶;
4. utrzymywanie słusznej relacji pomiędzy ingerencją w prawa, wolności czy interesy osób a „celem, którego urzeczywistnieniu ona służy”³⁷;
5. podejmowanie decyzji w terminie rozsądnym³⁸;
6. stosowanie ogólnych dyrektyw administracyjnych „w sposób konsekwentny i stały, zawsze biorąc pod uwagę szczególne okoliczności każdego przypadku”³⁹.

Gdy się przygląda tym zasadom, nasuwa się nieodparte wrażenie, że wszystkie one dają się wyłowić z bogatych pokładów orzecznictwa strasburskiego, wobec czego można by powiedzieć, że stanowią zastosowanie do sfery kompetencji dyskrecjonalnych i ich wykonywania *hard law* Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, że – zatem – ten fragment europejskiego *soft-law* w istocie i substancjalnie jest prawnie wymagalny, zwłaszcza, że taki sam wniosek można wysnuć ze wspólnych elementów porządków krajowych państw-członków Rady Europy.

³⁴ Por. Zasada 1: Cel kompetencji dyskrecjonalnej – pkt 17–18 „Komentarzy” dotyczących Załącznika – *ibidem*, s. 91–92.

³⁵ Por. Zasada 2: Obiektywność i bezstronność – pkt 19–21 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 92–93.

³⁶ Por. Zasada 3: Równość wobec prawa – pkt 22–23 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 93.

³⁷ Por. Zasada 4: Proporcjonalność – pkt 24–25 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 93–94.

³⁸ Por. Zasada 5: Rozsądny termin pkt 26–29 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 94–95.

³⁹ Por. Zasada 6: Stosowanie dyrektyw – pkt 30–33 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 95.

Jeśli chodzi o procedurę, w „Komentarzach” silnie zwraca się uwagę na to, że chodzi o „dziedzinę, w której obywatel może się czuć szczególnie bezbronny w obliczu administracji i może napotykać wiele trudności w korzystaniu ze swych praw i interesów” i dlatego kładzie się tak mocny akcent na wymogi proceduralne, specjalnie podkreślając nie tylko pełną aktualność w tym zakresie zasad umocowanych w rezolucji KM RE z 1977 r. o ochronie jednostek przed aktami administracyjnymi, ale też potrzebę ich uzupełnienia „normami proceduralnymi, które w tej dziedzinie [a więc, w dziedzinie wykonywania kompetencji dyskrejonalnych – przyp. T.J.] nabierają specjalnego znaczenia”⁴⁰.

Przypomnijmy, że owa wcześniejsza Rezolucja przewidywała zasady następujące:

1. Prawo do posłuchania;
2. Dostęp do informacji;
3. Pomoc i przedstawicielstwo;
4. Uzasadnienie aktów administracyjnych,
5. Wskazanie środków odwoławczych⁴¹.

W sferze wykonywania kompetencji dyskrejonalnych specjalnie się wymaga, by ogólne dyrektywy administracyjne, które rządzą wykonywaniem kompetencji dyskrejonalnych były albo „podane do wiadomości publicznej”, albo też „komunikowane – we właściwy sposób i w koniecznym stopniu – zainteresowanemu”⁴². Podobnie, w przypadku odstępstwa od dyrektywy ogólnej poprzez „akt mogący ugodzić w prawa, wolności lub interesy zainteresowanego, jest on informowany o powodach takiej decyzji”⁴³.

Wydaje mi się, że także w kontekście tych norm proceduralnych można twierdzić, iż są one solidnie zakotwiczone w porządkach krajowych państw-stron EKPC i wynikają też poniekąd z prawd orzecznictwa strasburskiego, w którym króluje założenie o gwarantowaniu praw nie teoretycznych czy iluzorycznych, lecz praktycznych i skutecznych, z czym wiąże się niezbędność gwarancji proceduralnych, od któ-

⁴⁰ Pkt 34–35 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 95–96.

⁴¹ *Ibidem*, s. 83–84.

⁴² Pkt 7 – por. Zasada 7: Jawność dyrektyw, pkt 36–39 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 96–97.

⁴³ Pkt 8 – por. Zasada 8: Odstępstwo od dyrektywy, pkt 40–41 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 97.

rych urzeczywistnienie tak rozumianych praw człowieka wiele zależy.

Jeśli chodzi z kolei o kontrolę wykonywania dyskrecjonalnych kompetencji, przewiduje się:

1. kontrolę legalności aktów administracyjnych „przed sądem bądź innym niezawisłym organem”, co nie wyklucza „kontroli uprzedniej sprawowanej przez kompetentną władzę administracyjną”⁴⁴;
2. kontrolę beczynności kompetentnej władzy administracyjnej⁴⁵;
3. prawo organu kontrolującego do „otrzymania informacji, jakie są konieczne dla wykonania jego funkcji”⁴⁶.

Odnosi się – także w tym względzie – nieodparte wrażenie, że wymogi powyższe, aczkolwiek umieszczone w dokumencie mającym charakter *soft-law*, w rzeczywistości mają charakter prawny, bo stanowią konkretne refleksy fundamentalnej zasady *rule of law*, a zarazem znajdują potwierdzenie w orzecznictwie strasburskim, będąc zarazem składnikami wspólnego dziedzictwa porządków krajowych państw-stron EKPC.

Warto, np. podkreślić, że autorzy, którzy badali zjawisko „reguł administracyjnych”, dalecy byli od dopuszczenia jakiegokolwiek arbitralności w sferze wykonywania kompetencji dyskrecjonalnych. Co zauważalne, obok akcentowania wagi zasad takich, jak równość, bezstronność oraz unikanie opresji czy zbędnej szkody, raz po raz pobrzmiewa nawiązywanie do testu zdrowego rozsądku, a jeden

⁴⁴ Pkt 9 Załącznika – por. Zasada 9: Charakter kontroli, pkt 43–45 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 98. Por.: M. Elvinger, *Le contentieux de l'annulation des actes administratifs individuels face a l'exigence de controle de pleine jurisdiction au sens de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme*, „Bulletin des Droits de l'Homme” 1996, nr 5, s. 90 i nn.; R. Mizerski, *op. cit.*, s. 198–200; A. Stepkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecjonalnej w nowoczesnej Europie*, Wyd. Liber, Warszawa 2010, *passim*; *Theory and Practice...*, s. 519–520 i 532–533; D. Calligan, M. Matczak, *Strategie orzekania sądowego. O wykonywaniu władzy dyskrecjonalnej przez sędziów sądów administracyjnych w sprawach gospodarczych i podatkowych*, Wyd. Sprawne państwo, Warszawa 2005, *passim*.

⁴⁵ Pkt 10 Załącznika – por. Zasada 10: Wstrzymanie się władzy administracyjnej, pkt 46–47 „Komentarzy” – *ibidem*.

⁴⁶ Pkt 11 Załącznika – por. Zasada 11: Kompetencje informacyjne organu kontrolnego, pkt 48–50 „Komentarzy” – *ibidem*, s. 99.

z autorów kończy swe wywody stwierdzeniem: „Koniec końców – uniwersalnie obowiązuje rozsądek”⁴⁷.

Co warto również podkreślić, jeden z najnowszych dokumentów *soft-law* Rady Europy, a mianowicie Rekomendacja KM RE w sprawie dobrej administracji, w swej preambule wskazuje m.in. na Rekomendację w sprawie wykonywania dyskrecjonalnych kompetencji administracji, zaś w swym dz. I: „Zasady dobrej administracji” wymienia na samym początku: zasadę legalności (art. 2), zasadę równości (art. 3), zasadę bezstronności (art. 4), zasadę proporcjonalności (art. 5), zasadę pewności prawnej (art. 6), a więc zasady, które normowały wykonywanie kompetencji dyskrecjonalnych⁴⁸. Warto zwrócić uwagę, że art. 2 ust. 1 wyraziście stanowi: „Władze publiczne powinny działać zgodnie z prawem. Nie mogą one podejmować środków arbitralnych, nawet podczas wykonywania swoich kompetencji dyskrecjonalnych”.

5. „Prawo” w znaczeniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a dopuszczalność dyskrecjonalnych kompetencji administracji

W tekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka pojęcie „prawa” (*law*) pojawia się wielokrotnie, zarówno przy wskazywaniu założeń zasadniczych, jak też przy formułowaniu wyjątków, że wskażę na: art. 2 ust. 1, zd. I a ust. 2 a, b i c; art. 5 ust. 1, a–f; art. 6 ust. 1 i 2; art. 7 (pojawia się tu – obok prawa krajowego – prawo międzynarodowe); art. 11 ust. 2, zd. II; art. 12; art. 1 ust. 1 zd. II Protokołu I; art. 1 ust. 1,

⁴⁷ H.E. Broring, *op. cit.*, s. 284. Por.: *Discretionary...*, s. 1; *Administrative...*, s. 1; B.J.P.G. Roozendaal, *op. cit.*, s. 299; R.E. Bakker, F.A.M. Stroink, *op. cit.*, s. 253. Jak stwierdził Lord Harsbury: „Dyskrecja wchodzi w grę, gdy powiada się, że coś ma być zrobione w ramach dyskrekcji władz, że coś ma być zrobione wedle norm rozsądku i sprawiedliwości, a nie wedle prywatnej opinii, stosownie do prawa, a nie humoru. Nie może ona być arbitralna, niejasna i kapryśna, lecz prawna i uregulowana. I musi ona być wykonywana w ramach, do jakich powinien ograniczyć się człowiek honoru, kompetentny w sprawowaniu swego urzędu” – *Limitations...*, s. 2.

⁴⁸ Por. Rekomendacja CM/Rec.(2007)7 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie Dobrej Administracji z 20 czerwca 2007 r. W Finlandii prawo do dobrej administracji zostało zagwarantowane ustawowo w 1995 r., a w 2000 r. zostało ono włączone do nowej Konstytucji Finlandii – por. M. Niemivuo, *The Finnish Administrative Procedure Act*, „European Public Law” 2004, nr 10/3, s. 462.

art. 2 ust. 1 zd. II i ust. 2 i art. 4 ust. 2 Protokołu VII. W szczególności – jednoznaczne zresztą – formuły „zgodna z prawem”, „przewidziana przez prawo” lub „prawnie przepisana” wyznaczają test legalności w związku z problemem dopuszczalności ingerencji władzy publicznej w korzystanie z praw unormowanych w ust. 2: art. 8 (Prawo do poszanowania prywatności), 9 (Wolność myśli, sumienia i religii), 10 (Wolność ekspresji), 11 (Wolność pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się) oraz w art. 2 Protokołu IV (Prawo do swobodnego poruszania się).

Nie jest tu moim zadaniem dogłębne analizowanie tzw. testu legalności w wyżej wspomnianych klauzulach limitacyjnych, co gruntownie przebadał R. Mizerski. Chcę podzielić się na tym tle kilkoma li tylko refleksjami.

Po pierwsze, zwracam uwagę na to, że Europejski Trybunał Praw Człowieka substancjalnie i szeroko, nie zaś formalistycznie i wąsko podchodzi do samego pojęcia „prawa”. Moim zdaniem, ma to ważne znaczenie z perspektywy badanego tu problemu. Skoro, bowiem, jak wynika z rozwoju koncepcji „reguł administracyjnych (politycznych)” w europejskich systemach prawa krajowego, kojarzonej z „quasi-legislacją”, organy administracyjne są zobowiązane do stosowania i przestrzegania tych reguł, a obywatelom służy związana z tym słuszną ekspektatywa i możliwość dochodzenia przez nich roszczeń na tle nadużycia dyskrecjonalnej kompetencji i naruszenia należnych im praw człowieka, tedy – w interpretacji Trybunału Strasburskiego – ta „quasi-legislacja” będzie oznaczała „prawo” w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zatem, naruszenie „reguł administracyjnych” godzące w chronione Konwencją prawa człowieka będzie naruszeniem prawa, a związana z tym ingerencja w korzystanie z praw człowieka nie będzie spełniała pierwszego testu limitacji – testu legalności. Z drugiej strony, wypełnianie dyskrecjonalnej kompetencji zgodnie z „regułami administracyjnymi”, skutkujące jednak również naruszeniem praw człowieka, zrodzi identyczny skutek – test legalności nie będzie spełniony w innym sensie, jako że same odnośne „reguły administracyjne” mogą zostać uznane za nie dające się pogodzić z wymogami Konwencji Europejskiej.

„Prawo” w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w tym w kontekście testu legalności w mechanizmie limitacji korzystania

z praw człowieka, jest pojęciem autonomicznym, którego treść podlega rekonstrukcji w orzecznictwie strasburskim. Nie będzie nim prawo „byle jakie” czy „jakikolwiek”, musi bowiem spełniać zrekonstruowane w tym orzecznictwie wysokie wymagania jakościowe. Obejmują one dostępność, pewność i stabilność, jasność i niedwuznaczność, a także przewidywalność – z odniesieniem do percepcji przeciętnego obywatela, wespół z obowiązkiem zapewnienia odpowiedniego poradnictwa prawnego w zakresie, w jakim prawo mogłoby się okazać trudne do zrozumienia albo rodziłoby niejasności czy wątpliwości. Prawo, które tych wymogów nie spełnia, nie zasługuje na miano prawa i najprawdopodobniej zostałoby przez Trybunał Strasburski zdyskwalifikowane.

Co więcej, ETPC uznaje, że – zwłaszcza w dzisiejszych czasach ogromnego rozrostu unormowań prawnych, i to w warunkach wciąż to narastającej dynamiki i zmienności życia, stawiającej wciąż na nowo te unormowania przed wyzwaniem nowych okoliczności i nowych warunków, nie do pomyślenia jest kostyczny, zamrożony, sformalizowany porządek prawny, mający ambicje objęcia wszelkich i jakichkolwiek kontekstów sytuacyjnych. Jest więc miejsce nie tylko na dopuszczalność, ale zgoła na konieczność operowania techniką dyskrecjonalnych kompetencji.

Omawiając na wykładach dla studentów zjawisko kompetencji dyskrecjonalnych, uciekam się do takiej oto symbolicznej sekwencji. Po pierwsze, chodzi o „dzban”, a więc o naczynie, w którym ta kompetencja by się mieściła, wyznaczające jej zakres i jej granice; przeto norma przyznająca kompetencję dyskrecjonalną musi ten zakres i te granice precyzyjnie określać. Po drugie, nie jest obojętne, czy w dzbanie tym zawiera się „cykuta Ksantypy”, czy „nektar żywota”; zatem norma kompetencyjna powinna precyzować sposób realizacji dyskrecjonalnej kompetencji, zasady, środki i kryteria, a więc sposób jej wykonywania. Po trzecie, na wypadek nadużycia kompetencji czy naruszenia należnych człowiekowi praw, osoba zainteresowana nie może stawać bezbronna wobec władzy publicznej; musi ona dysponować możliwością dochodzenia roszczeń stąd wynikających.

6. Wykonywanie kompetencji dyskrecjonalnych w świetle orzecznictwa strasburskiego

W wyroku *Silver i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Europejski Trybunał Praw Człowieka* stanowczo podkreślił, że „prawo, które przyznaje kompetencje dyskrecjonalne, musi wskazywać zakres takiej dyskrecjonalności”⁴⁹.

Z kolei w wyroku *Malone* Trybunał, postawiony wobec problemu granic dopuszczalności stosowania technik podsłuchu, stwierdził: „Ponieważ praktyczne urzeczywistnianie sekretnych środków kontroli komunikacji nie jest otwarte dla potrzeb nadzoru ze strony jednostek i społeczeństwa, jako całości, przeczyłoby *rule of law* wyrażanie dyskrecjonalnej kompetencji przyznawanej władzy wykonawczej w formułach kompetencji nieograniczonej”⁵⁰.

Wykluczenie „kompetencji nieograniczonych” stało się trwałym elementem w linii orzeczniczej Trybunału. Tak, np. w sprawie *Hasan i Chaush* ETPC stwierdził:

By prawo krajowe odpowiadało tym wymaganiom [chodzi o wyżej wspomniane wymagania jakościowe w stosunku do prawa – przyp. T.J.], musi ono zapewniać środek ochrony prawnej przed arbitralnymi ingerencjami władz publicznych w gwarantowane Konwencją prawa. W sprawach godzących w prawa podstawowe byłoby czymś sprzecznym z *rule of law*, jedną z fundamentalnych zasad demokratycznego społeczeństwa, wpisaną w Konwencję, gdyby dyskrekcja prawna przyznana władzy wykonawczej wyrażona była w formułach kompetencji nieskrępowanej. Co za tym idzie, prawo musi wskazywać z wystarczającą jasnością zakres wszelkiej tego rodzaju dyskrekcji przyznawanej kompetentnym władzom oraz sposób jej wykonywania⁵¹.

⁴⁹ *Case of Silver and Others v. the United Kingdom*, ser. A, nr 61m, pkt 88. Por.: *Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, wyrok ETPC z 25.02.1992 r., ser. A, nr 226, pkt 75; *Case of Zander v. Sweden*, wyrok ETPC z 25.11.1993 r., ser. A, nr 279-B, pkt 25; *Case of Herzegfalvy v. Austria*, ser. A, nr 242-B, pkt 89.

⁵⁰ *Case of Malone v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 2.08.1984 r., pkt 68. Wcześniej Trybunał wskazał, że „Prawo musi być jednak wystarczająco jasne w swych sformułowaniach, by dawać obywatelom adekwatne wskazanie okoliczności, w których oraz warunków, na jakich władze publiczne upoważnione są do uciekania się do tej sekretnej i potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji”. – *Ibidem*, pkt 67 *in fine*.

Zdarzało się, że Trybunał akceptował „precyzję, z jaką ustawodawstwo i orzecznictwo ustalały zakres i sposób wykonywania odnośnych kompetencji dyskrecjonalnych, a przez to eliminowały ryzyko arbitralności”⁵².

7. Problem kompetencji dyskrecjonalnych w sprawach polskich przed Trybunałem w Strasburgu

W kierowanych przeciwko Polsce skargach problem kompetencji dyskrecjonalnych pojawiał się wielokrotnie, i to w najrozmaitszych kontekstach. I tak, w kontekście prawa do życia, w sprawie *Wasilewskiej i Kałuckiej* Trybunał przypomniał, że „poza ustaleniem okoliczności, w których pozbawienie życia może podlegać usprawiedliwieniu, art. 1 implikuje pierwszorzędny obowiązek państwa dotyczący zagwarantowania prawa do życia poprzez stworzenie właściwych ram prawnych i administracyjnych określających ograniczone okoliczności, w których funkcjonariusze porządku prawnego mogą uciec się do siły i do broni palnej, zgodnie z odpowiednimi standardami międzynarodowymi”⁵³.

Zwracając uwagę na zasadę ścisłej proporcjonalności, Trybunał dodał, że „krajowe ramy prawne reglamentujące operacje zatrzymania muszą uzależniać uciekanie się do broni palnej od uważnej oceny towarzyszących okoliczności, a w szczególności od oceny charakteru popełnionego przez uciekiniera przestępstwa oraz od ryzyka, jakie on czy ona stwarza”⁵⁴.

⁵¹ Por.: *Case of Hasan and Chaush v. Bulgaria*, wyrok ETPC z 26.10.2000 r., pkt 61. Dodano przy tym: „Wymagany od ustawodawstwa krajowego – które nie zdoła przeciwieć w każdym przypadku uwzględnić wszelkich ewentualności – stopień precyzji zależy w stopniu znaczącym od treści danego dokumentu, dziedziny, do której ma on się stosować oraz liczby i statusu osób, do których jest on adresowany”. Por. też: *Case of Soyato-Mykhailivska Parafija v. Ukraine*, wyrok ETPC z 14.06.2007 r., pkt 28.

⁵² *Case of Miaillhe v. France*, wyrok ETPC z 25.02.1993 r., pkt 31. Por.: *Case of Lambert v. France*, wyrok ETPC z 24.08.1998 r., pkt 28.

⁵³ *Case of Wasilewska and Kałucka v. Poland*, wyrok ETPC z 23.02.2010 r., pkt 45.

⁵⁴ *Ibidem*. Dodano przy tym: „Art. 2 nie przyznaje *carte blanche*. Nieuregulowana i arbitralna akcja funkcjonariuszy państwowych nie da się pogodzić ze skutecznym poszanowaniem praw człowieka. Oznacza to, że – poza samym dozwoleнием na podstawie prawa krajowego – operacje policyjne muszą być wystarczająco przez nie uregulowane w ramach

Trybunał nie miał wątpliwości co do niedostatków prawa i praktyki w tym zakresie i stwierdził naruszenie art. 2 Konwencji.

Z kolei w sprawie Jasińskiej Trybunał stanął wobec oceny samobójczej śmierci syna skarżącej w areszcie w rezultacie zażycia nadmiernej ilości środków psychotropowych. Zauważył przy okazji, że „władze odpowiedzialne za prowadzenie postępowania po śmierci R. Ch. w żadnym momencie nie próbowały wyjaśnić dokładnych okoliczności, w jakich leczenie psychotropami było realizowane ani w jaki sposób ich zażywanie było nadzorowane przez personel medyczny”⁵⁵.

Trybunał dodał, że „obowiązek zapewnienia właściwej opieki medycznej osobie pozbawionej wolności, gwarantowany przez Konwencję i potwierdzony przez orzecznictwo, byłby pozbawiony wszelkiego sensu, gdyby się ograniczał do zalecenia adekwatnego leczenia, bez zagwarantowania prawidłowego i nieprzerwanego podawania leków”⁵⁶.

W sprawie *Baranowskiego* Trybunał miał orzec w przedmiocie bezpodstawnej kontynuacji tymczasowego aresztowania po rozpoczęciu rozpraw przed sądem karnym. Poza podkreśleniem ogólnych wymogów „zgodności z prawem”, a więc przestrzegania substancjalnych i proceduralnych norm odnośnego prawa krajowego, Trybunał podkreślił, iż „musi się dodatkowo upewnić, czy detencja w rozważanym okresie dawała się pogodzić z samym celem art. 5 ust. 1 Konwencji, którym jest zapobieżenie pozbawianiu osób wolności w sposób arbitralny”, czy „przestrzegana była ogólna zasada pewności prawnej”, czy „warunki pozbawienia wolności na podstawie prawa krajowego były jasno określone oraz czy samo to prawo było przewidywalne w jego zastosowaniu, tak by spełniać ustanowiony przez Konwencję standard «zgodności z prawem», standard, który wymaga, by wszelkie prawo było wystarczająco precyzyjne, by umożliwiać oso-

systemu adekwatnych i skutecznych gwarancji przeciwko arbitralności i nadużyciu siły”.

⁵⁵ *Affaire Jasinska c. Pologne*, wyrok ETPC; w efekcie stwierdził, że „okoliczności niniejszej sprawy wykazują jaskrawą wadliwość systemu, który pozwolił osobie aresztowanej (...), kruchej mentalnie, której stan zdrowia się pogarszał, zgromadzić – bez wiedzy personelu medycznego ponoszącego odpowiedzialność za nadzór nad zażywaniem przez nią leków – śmiertelną dawkę środków psychotropowych (...)”.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt 78. W rezultacie, Trybunał stwierdził brak wypełnienia pozytywnego zobowiązania państwa co do ochrony prawa do życia R. Ch. – pkt 79.

bie – w razie potrzeby, za stosownym poradnictwem – przewidywanie, w stopniu, który w danych okolicznościach jest rozsądny, konsekwencji, do jakich dane działanie może prowadzić”⁵⁷.

Dalej Trybunał stwierdził: „Praktyka, jaka się rozwinęła w związku z luką ustawową, w wyniku, której osoba podlega zatrzymaniu na nieograniczony i nie dający się przewidzieć czas i bez oparcia jej detencji na konkretnym przepisie prawnym lub na jakiejś decyzji sądowej, sama w sobie jest sprzeczna z zasadą pewności prawnej, zasadą, która dorozumianie zawarta jest w Konwencji i która stanowi jeden z istotnych składników *rule of law*”⁵⁸.

Inne obszary kompetencji dyskrecjonalnych godzących w prawa osób pozbawionych wolności dotyczyły ograniczania wizyt rodzinnych oraz granic poszanowania ich korespondencji, a więc umiejscawiały się już nie w sferze art. 5 Konwencji, lecz jej art. 8. W sprawie *Wegera przeciwko Polsce* Trybunał zauważył: „prawo, które przyznaje kompetencję oceny, nie spełnia tego wymogu [tj. dostępności, precyzyjności i przewidywalności – przyp. T.J.], chyba że zakres i warunki wykonywania takiej kompetencji są w danej dziedzinie określone; gdy chodzi o prawa gwarantowane przez art. 8 Konwencji, prawo powinno używać terminów jasnych dla wskazania wszystkim, jakie konsekwencje i na jakich warunkach władza publiczna ma zwyczaj wywodzić w związku z korzystaniem z tych praw”⁵⁹.

Trybunał – wskazując zresztą na wyrok polskiego Trybunału Konstytucyjnego z 2 lipca 2009 r. (por. pkt 72) – orzekł, że „art. 217 ust. 1 kodeksu karnego wykonawczego nie wskazuje na poziomie precyzji wymaganej w obszarze art. 8 zakresu i warunków wykonywania dyskrecjonalnej kompetencji przyznanej władzom mającym decydować o prawie do wizyt osoby tymczasowo aresztowanej”⁶⁰.

W kolejnych wyrokach Trybunał podkreślał, że:

⁵⁷ *Case of Baranowski v. Poland*, wyrok ETPC z 28.03.2000 r., pkt 50–52.

⁵⁸ *Ibidem*, pkt 56. W kontekście pozbawienia wolności osób psychicznie chorych – por.: *Affaire Worwa c. Pologne*, wyrok ETPC z 27.11.2003 r., zwł. pkt 82–84; *Case of Pankiewicz v. Poland*, wyrok ETPC z 12.02.2008 r., pkt 41 i 44–45.

⁵⁹ *Affaire Wegera c. Pologne*, wyrok ETPC z 19.01.2010 r., pkt 71.

⁶⁰ *Ibidem*, pkt 74.

Postanowienie art. 217 ust. 1 KKW dawało odnośnej władzy (prokuratorowi lub sądowi) kompetencje wyrażania zgody na wizyty rodzinne w więzieniu. Prawo nie zawierało jednak żadnych szczegółów, jeśli chodzi o warunki udzielania takiej zgody, żadnego ukierunkowania co do tego, w jaki sposób władze mają decydować o tym, czy w konkretnej sprawie zakaz prawa wizyt jest uzasadniony i jakie warunki są dla tego rodzaju decyzji niezbędne. Nie przewidywało również możliwości apelacji przeciwko odmowie wizyt. Decyzja była, więc pozostawiona absolutnej dyskrekcji władz⁶¹.

Zdarzało się, że Trybunał nie stwierdzał naruszenia art. 8 pod tym względem⁶². W innej uznał, że „z biegiem czasu i z uwagi na dotkliwość tych konsekwencji, jak też ogólny obowiązek państwa wspierania skarżącego w utrzymywaniu podczas jego detencji kontaktu z jego rodziną, sytuacja wymagała (...) uważnego zweryfikowania konieczności utrzymywania go w kompletnej izolacji od jego żony”⁶³.

Wreszcie, w najnowszej sprawie z tego zakresu Trybunał, zderzając się z chaotyczną, niekonsekwentną i niespójną polityką wyrażania zgody na wizyty rodzinne, doszedł do wniosku, że „ograniczenia fizycznego kontaktu skarżącego z jego rodziną stosowane były przez władze krajowe w arbitralny i przypadkowy sposób”⁶⁴.

W sferze prawa do poszanowania korespondencji za precedensową można uznać sprawę *Niedbały*. W wyroku Trybunał uznał, że „prawo polskie (...) nie wskazywało z rozsądną jasnością zakresu i sposobu wykonywania kompetencji dyskrecjonalnej przyznanej władzom publicznym w sferze kontroli korespondencji więźniów”, jako że „dopuszczało automatyczne cenzurowanie korespondencji”, „przepisy nie dokonywały żadnego rozróżnienia między różnymi kategoriami osób, z którymi więźniowie korespondują”, „nie ustalały żadnych zasad regulujących dokonywanie tego rodzaju cenzury”,

⁶¹ Por.: *Case of Gradek v. Poland*, wyrok ETPC z 8.06.2010 r., pkt 45; *Case of Mazgaj v. Poland*, wyrok ETPC z 21.09.2010 r., pkt 54. Podobnie: *Nurzynski v. Poland*, wyrok ETPC z 21.12.2010 r., pkt 39–42; *Case of Knyter v. Poland*, wyrok ETPC z 1.02.2011 r., pkt 80–82.

⁶² *Case of Hilgartner v. Poland*, wyrok ETPC z 3.03.2009 r., pkt 40–42; *Case of Lesiak v. Poland*, wyrok ETPC z 1.02.2011 r., pkt 77–79.

⁶³ *Case of Klamecki v. Poland* (No.2), wyrok ETPC z 3.04.2003 r., pkt 150. Por. pkt 151–152.

⁶⁴ *Case of Bogusław Krawczak v. Poland*, wyrok ETPC z 31.05.2011 r., pkt 119–120.

w tym m.in. „nie określały one ani sposobu, ani ram czasowych, w jakich ma to być dokonywane”⁶⁵.

W sprawie *Salapy* Trybunał stanął wobec problemu kontroli treści korespondencji osób tymczasowo aresztowanych z Trybunałem, ustalając ze zdziwieniem, że kontrola taka była przez polskie prawo przewidziana; orzekł, przeto, że:

Wyrażenie „zgodna z prawem” wymaga nie tylko przestrzegania prawa krajowego, ale dotyczy również jakości tego prawa. Prawo krajowe musi z rozsądną jasnością wskazywać zakres i sposób wykonywania odnośnej dyskrekcji przyznanej władzom publicznym, tak by zapewnić jednostkom minimalny stopień ochrony, do jakiego obywatele mają tytuł na podstawie *rule of law* w demokratycznym społeczeństwie⁶⁶.

W szczególności, Trybunał zwrócił uwagę na to, że:

Obowiązujące przepisy prawa polskiego nie przeprowadzały żadnego rozróżnienia pomiędzy różnymi kategoriami osób, z którymi więźniowie mogą korespondować. Władze nie były też zobowiązane do wydawania uzasadnionych decyzji, precyzujących podstawy, na których dany list może być przechwytywany, otwierany i odczytywany. W konsekwencji, korespondencja z międzynarodowymi organami praw człowieka mogła być otwierana i odczytywana. Co więcej, odnośne przepisy nie ustalały żadnych zasad regulujących wykonywanie tego rodzaju kontroli korespondencji. W szczególności, nie precyzowały one sposobu ani ram czasowych, w jakich powinna ona zostać zrealizowana. Podobnie, prawo nie oznaczało, czy osoba pozbawiona wolności ma tytuł do bycia informowaną o wszelkich zmianach treści jej wychodzącej korespondencji. Ponadto, prawo nie przewidywało żadnego środka umożliwiającego osobie pozbawionej wolności zakwestionowanie sposobu czy zakresu stosowania przewidzianych przez prawo środków screeningu⁶⁷.

W sprawie *Matwiejczuka* Trybunał – po zaakcentowaniu wymogów jakościowych, jakim prawo musi odpowiadać – dodał, że „prawo, które przyznaje dyskrejonalną kompetencję, musi wskazywać zakres takiej dyskrekcji”, zarazem uznając „niemożliwość osiągnięcia zupełnej

⁶⁵ *Case of Niedbala v. Poland*, wyrok ETPC z 4.07.2000 r., pkt 82, w zw. z pkt 81. Por.: *Case of Radaj v. Poland*, wyrok ETPC z 28.11.2002 r., pkt 23–24.

⁶⁶ *Case of Salapa v. Poland*, wyrok ETPC z 19.12.2002 r., pkt 96.

⁶⁷ *Ibidem*, pkt 97. Por. też: pkt 98–102. Por.: *Case of Goral v. Poland*, wyrok ETPC z 30.10.2003 r., pkt 83–84.

pewności w formułowaniu ustaw oraz ryzyko, iż dążenie do takiej pewności może prowadzić do nadmiernej sztywności w prawie⁶⁸.

Podobnie ustosunkował się Trybunał do dyskrecjonalnej kompetencji w sferze kontroli korespondencji więźniów w sprawie *Mianowskiego*⁶⁹. Jest ona jednak o tyle charakterystyczna, że Trybunał zajął w niej stanowisko wobec praktyki opatrywania kopert z listami osób pozbawionych wolności w Polsce pieczętą „ocenzurowano”. Stwierdził mianowicie:

Nawet, jeżeli nie ma żadnej oddzielnej pieczęci na listach jako takich, istnieje – w szczególnych okolicznościach sprawy – rozsądne prawdopodobieństwo, iż koperty były otwierane przez władze krajowe. Dochodząc do tego wniosku, Trybunał bierze pod uwagę to, że w języku polskim wyraz «ocenzurowano» oznacza, że kompetentna władza, po zbadaniu treści danej komunikacji, postanawia zezwolić na jej przekazanie czy wysłanie. W konsekwencji, jak długo władze krajowe stosują praktykę oznaczania listów więźniów pieczętą «ocenzurowano», Trybunał nie ma innej alternatywy, jak tylko domniemywać, że listy te były otwierane, a ich treść była odczytywana⁷⁰.

Warto zauważyć, że rozumowanie Trybunału bliskie koncepcji dyskrecjonalnej kompetencji może się pojawić w kontekście rozstrzygnięcia przezeń spraw dotyczących zarzutów braku poszanowania życia

⁶⁸ *Case of Matwiejczuk v. Poland*, wyrok ETPC z 2.12.2003 r., pkt 98. Uznał więc Trybunał, iż przepisy dotyczące kontroli korespondencji skarżącego „były sformułowane z wystarczającą precyzją i wskazywały zakres przyznanej dyskreacji” – pkt 101. Por.: *Case of G.K. v. Poland*, wyrok ETPC z 20.01.2004 r., pkt 110, przy czym Trybunał – na tle art. 103 ust. 1 KKW z 1997 r. – wskazał, że „postanowienie to (...) nie pozostawiało decyzji co do cenzurowania listu skarżącego dyskreacji władz, lecz wyraźnie zakazywało im czynienia tego”. Por. też: *Case of Drozdowski v. Poland*, wyrok ETPC z 6.12.2005 r., pkt 26; *Case of Maksym v. Poland*, wyrok ETPC z 19.12.2006 r., pkt 28–29; *Case of Nowicki v. Poland*, wyrok ETPC z 27.02.2007 r., pkt 15–16 i 28–29. Podobnie w sprawach: *Kwieka, Dzyruka, Ceglowski, Cabaly, Łuczko, Gasiorowski i Oleksego* z 2006 r.; *Andrulewicz, Kozimora, Lewaka, Klizy, Dzitkowski i Jasinski* z 2007 r.; *Kołodzinski, Jakubiaka, Pawlaka, Bobela, Stepniaka, Andrysiaka, Misiaka, Panusza, Zborowski, Cwiertniaka i Ochlika* z 2008 r.; *Krawieckiego, Felinskiego, Kisielewskiego, Pasternaka, Męglosika, Janusa i Miernickiego* z 2009 r.; *Friedensberga, Hinczewskiego, Przyjemskiego i Berez* z 2010 r.; oraz *Lesiaka* z 2011 r. W stosunku zaś do osób aresztowanych prawo dopuszczało kontrolę korespondencji, ale wyłącznie w obecności aresztanta – por. *Case of Wasilewski v. Poland*, wyrok ETPC z 6.12.2005 r., pkt 29–31.

⁶⁹ *Case of Mianowski v. Poland*, wyrok ETPC z 16.12.2003 r., pkt 61.

⁷⁰ *Ibidem*, pkt 63. Por. m.in.: *Case of Pisk-Piskowski v. Poland*, wyrok ETPC z 14.06.2007 r., pkt 26; *Case of Michta v. Poland*, wyrok ETPC z 4.05.2006 r., pkt 57–61.

prywatnego lub rodzinnego. Tak, np. w sprawie *Alicji Tysiąc* Trybunał – przyjrzawszy się środkowi cywilnoprawnemu, stojącemu w prawie polskim do dyspozycji kobiety ciężarnej, a mającemu „charakter jedynie retroaktywny i kompensacyjny” – stwierdził, że „same takie retrospektywne środki nie są wystarczające do zapewnienia właściwej ochrony integralności fizycznej jednostek w tak drażliwej sytuacji jak skarżąca”⁷¹. Zwrócił przy tym uwagę na to, że:

(...) Prawny zakaz aborcji, wzięty wespół z ryzykiem zastosowania wobec nich odpowiedzialności karnej na podstawie art. 156 ust. 1 KK, może mieć również efekt zamrażający dla lekarzy, przy okazji decydowania przez nich, czy wymogi zgodnej z prawem aborcji są w danym przypadku spełnione. Przepisy regulujące dostępność zgodnej z prawem aborcji powinny być sformułowane w taki sposób, by efekt ten łagodzić. Skoro tylko ustawodawca postanawia dopuścić aborcję, nie może budować ram prawnych tego w sposób, który ogranicza rzeczywiste możliwości jej uzyskania⁷².

Trybunał dodał, że „(...) koncepcje zgodności z prawem i *rule of law* w demokratycznym społeczeństwie wymagają, by środki dotyczące fundamentalnych praw człowieka były w pewnych przypadkach poddane pewnej formie postępowania przed niezawisłym organem kompetentnym do nadania powodów przemawiających za tymi środkami oraz istotnych dowodów na to”, przy czym „procedura taka powinna gwarantować kobiecie ciężarnej przynajmniej możliwość osobistego jej wysłuchania i wzięcia pod uwagę jej poglądów”; nadto, odnośny organ „powinien również dać pisemne uzasadnienie swej decyzji”⁷³.

Podobnie, w sprawie *R. R.* Trybunał – w kontekście sporu o warunki uzyskiwania zgodnej z prawem aborcji – wskazał, że – skoro tylko państwo dopuszcza aborcję – „służące temu celowi ramy prawne powinny być określone w sposób spójny, który pozwala na uwzględnianie rozmaitych wchodzących w grę prawowitych interesów w sposób adekwatny i zgodnie z zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji”⁷⁴, dodając, że „wypełnianie wymagań dyktowanych

⁷¹ *Case of Tysiac v. Poland*, wyrok ETPC z 20.03.2007 r., pkt 125–127.

⁷² *Ibidem*, pkt 116 *in fine*.

⁷³ *Ibidem*, pkt 117.

⁷⁴ *Case of R.R. v. Poland*, wyrok ETPC z 26.05.2011 r., pkt 187.

przez *rule of law* zakłada, że normy prawa krajowego muszą zapewniać środek ochrony prawnej przeciwko arbitralnym ingerencjom władz w prawa gwarantowane przez Konwencję”, i podkreślając, że „dla skutecznego korzystania z praw gwarantowanych przez to postanowienie [tj. art. 8 EKPC – przyp. T.J.] istotne jest, by odnośny proces podejmowania decyzji był słuszny i tak, by zapewniać należyte poszanowanie chronionych przez nie interesów”; m.in. „w kontekście dostępu do aborcji odnośna procedura powinna gwarantować kobiecie ciężarnej przynajmniej możliwość osobistego jej wysłuchania i wzięcia pod uwagę jej poglądów”⁷⁵.

Problem dyskrecjonalnych kompetencji jawił się w orzecznictwie strasburskim także w kontekście prawa do poszanowania życia rodzinnego, a konkretnie w związku z ochroną praw rodzicielskich ojców. W sprawie *Zawadki* Trybunał – aczkolwiek *expressis verbis* nie odniósł się do koncepcji dyskrecjonalnych kompetencji – poniekąd miał ją na myśli, gdy orzekł, że „władze nie podjęły praktycznych kroków, które, po pierwsze, mogłyby zachęcić strony do współdziałania w urzeczywistnianiu porozumień dotyczących dostępu, a po drugie, zapewnić konkretną i właściwą pomoc kompetentnych funkcjonariuszy państwowych w specyficznych ramach prawnych dostosowanych do potrzeb rozdzielonych rodziców i ich małoletniego dziecka”⁷⁶.

W szczególności, w sprawie *Róžańskiego* Trybunał dostrzegł w prawie polskim dwie procedury, „w których ojcostwo skarżącego w stosunku do dziecka zrodzonego poza małżeństwem mogło zostać ustalone i prawnie uznane”, tyle, że one „wzajemnie się wykluczały”, a „żadna z procedur nie była dostępna skarżącemu, bo żadnej z nich nie mógł on samodzielnie wszcząć”, jako że „wszczęcie tych procedur zależało od decyzji władz, które korzystały z dyskrecjonalnej kompe-

⁷⁵ *Ibidem*, pkt 190–191. Trybunał wyraźnie powołał się przy tym na swój wyrok w sprawie *Tysiąc*.

⁷⁶ *Case of Zawadka v. Poland*, wyrok ETPC z 23.06.2005 r., pkt 67; oznaczało to, zdaniem Trybunału, „brak wypełnienia przez władze krajowe ich pozytywnego zobowiązania zapewnienia skarżącemu pomocy, która umożliwiłaby mu skuteczne wykonywanie jego praw rodzicielskich i prawa dostępu”. Odmienne w sprawie: *Case of Siemianowski v. Poland*, wyrok ETPC z 6.09.2005 r., pkt 98–109. Jeśli chodzi o wyrok na korzyść matki – *Case of Dąbrowska v. Poland*, wyrok ETPC z 2.02.2010 r., pkt 45–48 i 51–54.

tencji decydowania, czy poprzeć taki wniosek (skarżącego), czy też odrzucić go⁷⁷.

Trybunał nie kwestionował pryncypialnie przepisów o dyskrejonalnej kompetencji, uznając, że „fakt, iż władze korzystały z dyskrejonalnych kompetencji w decydowaniu, czy wszcząć postępowanie dla zakwestionowania ojcostwa prawnie ustanowionego w trybie deklaracji o ojcostwie innego mężczyzny, sam w sobie nie podlega krytyce”, ponieważ „miał zabezpieczać najlepsze interesy dziecka, w stosunku do którego ojcostwo już zostało uznane, a także równoważyć interesy zarówno dziecka, jak i domniemanego ojca biologicznego⁷⁸”.

Jednakże nie mogło to przesądzać sprawy, jako że „rząd ani nie wykazał, ani nie twierdził, jakoby prawo krajowe obowiązujące w materialnym czasie zawierało jakiegokolwiek ukierunkowanie co do sposobu, w jaki dyskrejacja, w jaką władze zostały przez prawo wyposażone, ma być wykonywana⁷⁹”.

W sprawie *Stochlaka* Trybunał przypomniał w kontekście realizacji prawa ojca do wizyt i kontaktów z dzieckiem, że „do każdego Umawiającego się Państwa należy wyposażenie się w arsenał prawny adekwatny i wystarczający do zapewnienia poszanowania zobowiązań pozytywnych, jakie na nim ciążyą z mocy art. 8 Konwencji oraz innych instrumentów prawa międzynarodowego, które ono ratyfikowało⁸⁰”.

W kontekście prawa do poszanowania domu Trybunał w sprawie *Rachwalskiego i Ferenca* przypomniał, że państwa-strony Konwencji „mogą uznać za konieczne ucieknięcie się do środków takich, jak wymuszone wkroczenie do pomieszczeń i przeszukania domu celem pozyskania dowodów oraz – tam, gdzie to właściwe – schwytania i ścigania przestępców”, pod warunkiem jednak, że „odnośne ustawodawstwo i praktyka muszą zapewniać adekwatne i skuteczne gwarancje przeciwko nadużyciom⁸¹”. Dodał ponadto, że „gwarancje takie muszą

⁷⁷ *Case of Różański v. Poland*, wyrok ETPC 18.05.2006 r., pkt 71–73.

⁷⁸ *Ibidem*, pkt 75.

⁷⁹ *Ibidem*, pkt 76. Dokładne rozumowanie Trybunału, skutkujące wnioskiem o naruszeniu art. 8 Konwencji – w pkt 77–80. Odmienne w: *Case of Wojciech Nowak v. Poland*, wyrok ETPC z 8.06.2010 r., pkt 45–47 i 50–52; *Affaire Serghides c. Pologne*, wyrok ETPC z 2.11.2010 r., pkt 68–75; *Case of Plaza v. Poland*, wyrok ETPC z 25.01.2011 r., pkt 70–87.

⁸⁰ *Affaire Stochlak c. Pologne*, wyrok ETPC z 22.09.2010 r., pkt 64.

⁸¹ *Case of Rachwalski and Ferenc v. Poland*, wyrok ETPC z 28.07.2009 r., pkt 70.

obejmować przyjęcie środków regulacyjnych, które ograniczają wkroczenie do pomieszczeń i przewidują istotne gwarancje proceduralne, zapewniające, np. obecność osoby bezstronnej podczas takiej operacji albo uzyskanie wyraźnej zgody właściciela, jako przesłanki wkroczenia do jego czy jej pomieszczeń⁸².

Problem dyskrecjonalnych kompetencji aktualizował się także w sprawach, kierowanych przeciwko Polsce, a dotyczących ograniczeń w korzystaniu z wolności ekspresji. I tak, w sprawie *Gawędy* Trybunał – zauważając, że „na podstawie prawa polskiego odmowa zarejestrowania tytułu czasopisma przez sąd była równoznaczna z odmową jego publikowania”⁸³ – podkreślił, że „choć art. 10 Konwencji nie zakazuje wyraźnie nakładania uprzednich ograniczeń na publikacje, odnośne prawo musi przewidywać jasne wskazanie okoliczności, w których takie ograniczenia są dopuszczalne”, podczas gdy w badanej sprawie sądowa rejestracja tytułu „nie zapobiegła nałożeniu przez sądy na media drukowane uprzednich ograniczeń w sposób, który obejmował zakaz publikacji całych periodyków z powodu ich tytułów”; zatem, „znajdujące w niniejszej sprawie zastosowanie prawo nie było sformułowane z precyzją wystarczającą, tak by umożliwić skarżącemu regulowanie jego postępowania”⁸⁴.

Mogło się zdarzyć, że rozumowanie idące po linii granic dopuszczalności dyskrecjonalnych kompetencji wiązało się z badaniem korzystania przez państwo z przysługującego mu marginesu oceny. Tak, np. w sprawie *Kwietnia* Trybunał – podkreślając, że uznanie takiego marginesu „idzie ręką w rękę z nadzorem europejskim, obejmującym zarówno ustawodawstwo, jak i stosujące je decyzje, w tym nawet decyzje wydawane przez niezawisły sąd” – wskazał zarazem: „Nie oznacza to, iżby nadzór taki ograniczał się do upewnienia się, czy państwo pozwane wykonywało swoją dyskrecję rozsądnie, uważnie i w dobrej wierze; Trybunał ma też postrzegać zarzucaną ingerencję w świetle sprawy jako całości, włączając w to treść komentarzy zarzucanych skarżącemu oraz kontekst, w jakim on je poczynił”⁸⁵.

⁸² *Ibidem*, pkt 71.

⁸³ *Case of Gawęda v. Poland*, wyrok ETPC z 14.03.2002 r., pkt 36.

⁸⁴ *Ibidem*, pkt 47–48.

Podobne podejście Trybunału, wskazujące na korzystanie przez państwo pozwane z „dyskrecji”, zdarzyło się w związku z dochodzeniem roszczeń na tle rzekomego naruszenia wolności zrzeszania się⁸⁶. Orzekając w tejże sprawie, Wielka Izba Trybunału podkreśliła, że „logiczna konsekwencja zasady, iż ustawy muszą być aktami powszechnego stosowania, jest to, że sformułowania ustaw nie zawsze są precyzyjne”, wobec czego „interpretacja i stosowanie takich aktów zależy od praktyki”, przy czym to stosowanie „zawiera w sobie nieunikniony element interpretacji sądowej, ponieważ zawsze może zachodzić potrzeba wyjaśnienia wątpliwych punktów i dostosowania do specjalnych okoliczności”⁸⁷.

Trybunał orzekł w konsekwencji, że „nie uważa pozostawienia władzom dyskrecji w określaniu kryteriów zastosowalnych wobec koncepcji «zarejestrowanych stowarzyszeń mniejszości narodowych», leżącej u podłoża art. 5 Ustawy wyborczej z 1993 r. za równoznaczną – jak to twierdzili skarżący – z przyznaniem im nieograniczonej i arbitralnej kompetencji ocennej”, jako że „było zarówno nieuniknionym, jak i spójnym z orzeczniczą rolą przyznaną sądom krajowym, pozostawienie im zadania interpretacji pojęcia «mniejszość narodowa» jako odmiennego od «mniejszości etnicznej» w znaczeniu Konstytucji oraz dokonywania oceny, czy stowarzyszenie skarżących kwalifikuje się jako «organizacja mniejszości narodowej»”⁸⁸.

Wreszcie, w kontekście dochodzenia roszczeń dotyczących ochrony własności, wchodzi tu w grę – jakże skomplikowana – sprawa

⁸⁵ *Case of Kwiecień v. Poland*, wyrok ETPC z 9.01.2007 r., pkt 44–45. Por.: *Case of Kurlowicz v. Poland*, wyrok ETPC z 22.06.2010 r., pkt 38–39; *Case of Wojtas-Kaleta v. Poland*, wyrok ETPC z 16.07.2009 r., pkt 41. Warto dodać, że w sprawie tej pojęcie „dyskrecji” pojawiło się też w jego zupełnie odmiennym znaczeniu, gdy Trybunał potwierdzał, że „employees owe to their employer a duty of loyalty, reserve and discretion”, a zarazem wskazywał, że „the obligation of discretion and constraint cannot be said to apply with equal force to journalists (...)” – *ibidem*, pkt 43 i 46.

⁸⁶ *Case of Gorzelik and others v. Poland*, wyrok ETPC 20.12.2001 r., pkt 58.

⁸⁷ *Case of Gorzelik and others v. Poland*, wyrok ETPC z 17.02.2004 r., pkt 64–65. Trybunał dodał: „Nor does the mere fact that such a provision is capable of more than one construction mean that it fails to meet the requirement of «foreseeability» for the purposes of the Convention. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain, taking into account the changes in everyday practice” – pkt 65 in fine.

⁸⁸ *Ibidem*, pkt 70.

Broniowski. Wobec wchodzących w grę trudności, Trybunał odrzucił „konieczność ścisłego kategoryzowania badania przezeń sprawy czy to, jako prowadzonego pod kątem pozytywnych zobowiązań państwa, czy też pod kątem negatywnego zobowiązania państwa co do powstrzymania się od bezpodstawnej ingerencji w niezakłócone korzystanie z własności”⁸⁹. Uznał przy tym ekstensywność pojęcia „interesu publicznego”, podkreślając, że „decyzja o wydaniu ustaw dotyczących wywłaszczenia bądź przyznania rekompensaty z funduszy publicznych z tytułu wywłaszczenia zawsze zawiera w sobie zagadnienia polityczne, gospodarcze i społeczne”, a należny państwu „margines oceny dostępny ustawodawstwu w urzeczywistnianiu polityki społecznej i gospodarczej winien być szeroki”, wobec czego „będzie szanował osąd przez ustawodawstwo tego, co jest «w interesie publicznym», chyba, że osąd taki jest oczywiście pozbawiony racjonalnych podstaw”⁹⁰.

Trybunał podkreślił, że „niepewność – legislacyjna, administracyjna, czy też wynikająca ze stosowanych przez władze praktyk – jest czynnikiem wymagającym uwzględnienia w ocenie postępowania państwa”, jako że „tam, gdzie wchodzi w grę zagadnienie interesu powszechnego, obowiązuje władze publiczne działanie na czas, we właściwy i spójny sposób”⁹¹.

Uznał, że „w sytuacjach takich, jak sytuacja w sprawie niniejszej, angażujących wszechstronne, acz kontrowersyjne rozwiązania legislacyjne, o znaczącym oddziaływaniu gospodarczym na kraj, jako całość, władze krajowe muszą dysponować znaczną dyskrecją w doborze nie tylko środków zapewniających poszanowanie praw własnościowych bądź regulowanie stosunków własnościowych w kraju, ale także właściwego czasu na ich urzeczywistnianie”⁹².

⁸⁹ *Case of Broniowski v. Poland*, wyrok ETPC z 22.06.2004 r., pkt 146.

⁹⁰ *Ibidem*, pkt 149. Zauważył zarazem: „Logika ta znajduje zastosowanie do tak fundamentalnych zmian systemu krajowego, jak przejście od reżimu totalitarnego do demokratycznej formy rządów i reformy politycznej, prawnej i gospodarczej struktury państwa, które to zjawiska w nieunikniony sposób obejmują wydawanie ustawodawstwa gospodarczego i społecznego”.

⁹¹ *Ibidem*, pkt 151. Por. pkt 162.

⁹² *Ibidem*, pkt 182. Kojarzył to zarazem z szerokim marginesem oceny władz.

Podobne rozumowanie spotykamy w wyroku w sprawie *Huten-Czapskiej*⁹³. W szczególności Trybunał zauważył, że ponieważ „funkcjonowanie ustawodawstwa dotyczącego wysokości czynszów rodzi daleko idące konsekwencje dla wielu jednostek i ma znaczące konsekwencje gospodarcze i społeczne dla kraju, jako całości” – „władze muszą dysponować znaczącą dyskrecją nie tylko w doborze formy oraz decydowaniu o zakresie i kontroli nad użytkowaniem własności, ale też w decydowaniu o właściwym czasie urzeczywistnienia odnośnych ustaw”; jednakże „dyskreacja taka, aczkolwiek znaczna, nie jest nieograniczona, a jej wykonywanie, nawet w kontekście najbardziej skomplikowanej reformy państwa, nie może prowadzić do konsekwencji przeczących standardom Konwencji”⁹⁴.

O problem dyskrecjonalnych kompetencji zahacza jakby sprawa *Rosenzweiga*, w której Trybunał, z jednej strony, uznał, że „państwa-strony Konwencji mają tytuł do sprawowania kontroli nad przepływem towarów do kraju i z kraju, dla zapewnienia *inter alia* dochodu z odnośnych powinności celnych”; z drugiej strony, nie potrafił zrozumieć, dlaczego prowadziło to – mimo braku jakichkolwiek zarzutów pod jej adresem – do cofnięcia licencji spółce. Orzekł więc Trybunał, stwierdzając naruszenie art. 1 Protokołu I, że „nie wykazano, jakoby władze kierowały się jakimkolwiek autentycznymi i spójnymi względami politycznymi przy odwoływaniu i zmianach ich decyzji dotyczących funkcjonowania biznesu skarżących”⁹⁵.

Nie jest to w pełni wyczerpujące studium orzecznictwa w kierowanych przeciwko Polsce skargach, w których bezpośrednio, choć bardziej lub mniej wyraziście, Trybunał Strasburski musiał ustosunkować się do zjawiska kompetencji dyskrecjonalnych w Polsce. Często miało to miejsce w kontekście zarzutów naruszenia prawa do poszanowania prywatności, zwłaszcza prawa do poszanowania życia rodzinnego, w szczególności w związku z ochroną praw ojców i obowiązków pozytywnych państwa w tym zakresie albo ochroną praw osób pozba-

⁹³ Por. *Case of Hutten-Czapska v. Poland*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 19.06.2006 r., pkt 160–166 i zwł. pkt 168 i 202.

⁹⁴ *Ibidem*, pkt 223, z cytowaniem pkt 185–187 z wcześniejszego wyroku Izby.

⁹⁵ *Case of Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. V. Poland*, wyrok ETPC z 28.07.2005 r., pkt 62–63. Por.: *Case of Skibinscy v. Poland*, wyrok ETPC z 14.11.2006 r., pkt 90, 93–93 i 96.

wionych wolności do wizyt rodzinnych. Najwięcej jednak skarg dotyczyło nadużycia dyskrecjonalnej kompetencji władz w kontekście kontroli korespondencji więźniów i osób tymczasowo aresztowanych.

Trybunał Strasburski dopatrywał się naruszenia danego prawa już w toku badania testu legalności, uznając, że ingerencja nie była zgodna z prawem: czy to, dlatego, że prawnie przewidziane kompetencja dyskrecjonalna sprawiała wrażenie – w literze prawa bądź w praktyce jego stosowania – niczym nieograniczonej, czy też, dlatego, że odnośne prawo nie określało sposobu realizowania takiej kompetencji dyskrecjonalnej, czy wreszcie dlatego, że osoba dotknięta ingerencją nie miała żadnych możliwości przeciwstawienia się środkom ingerencji, przy czym czasem chodziło – bo tylko takie miałyby w danym kontekście sens – o możliwości uprzedniego zapobieżenia ingerencji mogącej mieć nieodwracalne konsekwencje dla praw zagrożonych nią jednostek.

8. Zamiast konkluzji

Można więc powiedzieć, że „winę ponosi prawo”, prawo nieodpowiadające wymaganiom jakościowym zrekonstruowanym w orzecznictwie strasburskim, nieraz nieprecyzyjne czy nieprzewidywalne, uniemożliwiające jednostkom odpowiednie kierowanie ich postępowaniem. Chodzi przy tym zwłaszcza o normy kompetencyjne, zawarte w aktach wyższego rzędu, a więc w Konstytucji i ustawach, które przewidują przyznanie kompetencji dyskrecjonalnych. Sęk w tym, że normy te często nie odpowiadają modelowi wynikającemu z orzecznictwa strasburskiego. Przypomnijmy, że taka wyższa norma, po pierwsze, powinna ściśle wyznaczać zakres i granice dyskrecjonalnej kompetencji. Po drugie, norma tego rodzaju powinna określać sposób wykonywania kompetencji dyskrecjonalnej, przede wszystkim zasady substancjalne i proceduralne, kryteria i metody temu służące. Po trzecie, żadna jednostka (czy inny podmiot uprawniony) nie może okazać się bezbronna wobec zjawiska dyskrecjonalnej kompetencji; musi ona dysponować środkami dochodzenia należnych jej roszczeń. Wtedy stoimy na solidnym gruncie, a nie na ruchomych piaskach czyjegoś

widzimi się, czyichś skłonności, np. do korupcji czy układów. Tak, chciałoby się być wolnym od tego rodzaju zagrożeń.

Niewątpliwie, pozytywnym elementem, za mało w Polsce rozpoznanym i rozpowszechnionym, jest – obchodząca swe 30-lecie – Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie wykonywania dyskrecjonalnych kompetencji administracji. Jej istotnym uzupełnieniem jest Rekomendacja KM RE w sprawie dobrej administracji. Postulat dobrej administracji głośno brzmi w systemie prawnym UE, nie wykluczając Karty Praw Podstawowych UE i Europejskiego Kodeksu Dobrej Administracji. Analogiczny rozwój postępuje przez krajowe systemy prawne państw europejskich, przy czym niektóre z nich prawo do dobrej administracji umocowały konstytucyjnie.

Być może, coś się poprawia w Rzeczypospolitej – nie jestem pewien. Mam jakieś – bez dogłębnych badań, na wyczucie – nieodparte wrażenie, że nasza administracja, a i nasze prawo, jest tym bardziej precyzyjne, tym bardziej wymagające, im bliżej staje wobec obowiązków obywatelskich, co – przy „dobrze” funkcjonującym aparacie administracyjnym – może oznaczać zupełne zaplątanie w pajęczynę biurokracji. I przeciwnie, im bliżej powinności własnych administracji, im bardziej ocieramy się o obszary jej kompetencji dyskrecjonalnych, tym silniej się odczuwa dążenie do wszechwładzy, omnipotencji, kierowania się własnym widzimi się, także sekretności. Może przesadzam.

Na zakończenie wskażę na – subiektywnie przeze mnie odczuwane – ryzyka dyskrecjonalności wynikające jakby z samej Konstytucji RP. Mocą art. 37 ust. 2 Sejmowi przekazana jest omnipotencja w stanowieniu wyjątków odnoszących się do cudzoziemców; Konstytucja żadnych ograniczeń tej kompetencji nie ustala. To samo można stwierdzić na tle art. 48 ust. 2 (ograniczenie lub pozbawienie praw rodzicielskich), art. 51 ust. 1, 3 i 5 (ujawnianie informacji o osobie), art. 52 ust. 3 (ograniczenia wolności poruszania się), art. 57 (ograniczenia wolności pokojowych zgromadzeń), art. 58 ust. 2 (w kontekście formuły końcowej „lub ustawa”), art. 64 ust. 3 (ograniczenia własności) itd. Jakby krok naprzód stanowią przepisy art. 49 (ograniczenia wolności komunikowania się) i art. 50 (przeszukanie mieszkań, pomieszczeń lub pojazdów), w których – w uzupełnieniu formuły „w przypadkach

określonych w ustawie” – pojawia się dodatkowa formuła „i w sposób w niej określony”. Zatem, ustawodawca jest zobowiązany do unormowania także sposobu wykonywania kompetencji ograniczającej.

Jakie jednak wnioski wysnuć z postanowienia art. 53 ust. 5, w którym dodaje się ograniczenie kompetencji ustawodawcy zwykłego do przypadków, „gdy jest to konieczne dla ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób”. Cóż to za indywidualna klauzula limitacyjna?! W jakiej relacji pozostaje w stosunku do klauzuli generalnej z art. 31 ust. 3? Czy stanowi wobec niej *lex specialis*? Czy wchodzi w grę założenie *lex specialis derogat legi generali*? Gdyby tak było, czy to oznacza, że, np. masowa pielgrzymka może zniszczyć jakieś istotne elementy środowiska naturalnego „z błogosławieństwem Konstytucji”?!

Piszę o tym cierpliwie, po raz nie wiem który. Boli mnie polski chaos konstytucyjny. Dyskutuje się na tle Konstytucji o sprawach drobnych, zasadniczych nie dostrzegając. Myślę, że normy kompetencyjne w naszej Konstytucji są właśnie świadectwem bałaganu i bylejakości. Ryba psuje się od głowy – mając taki wzór normatywny (przez siebie samego zresztą ukształtowany), nie musi Sejm specjalnie wymogami konstytucyjnymi się przejmować, a w jego składzie nie brakuje nawiedzonych, którzy czują się władni całą Rzeczpospolitą do góry nogami obrócić. Im bardziej ktoś niedojrzały, tym więcej ma poczucia omnipotencji. Chyba się zestarzałem – zaczynam na koniec marudzić.

Julia Kapelańska-Pręgowska

**Problem dyskryminacji na tle
etnicznym w zw. z realizacją praw
wyborczych – wyrok ETPC w sprawie
*Sejdić i Finci p. Bośni i Hercegowinie***

Wstęp

Zapadły 22 grudnia 2009 r. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał) w sprawie *Sejdić i Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie*¹ jest kolejnym następstwem konfliktu zbrojnego na Bałkanach. Choć wydaje się, że proces rozpadu Jugosławii ostatecznie zakończył się wraz z proklamacją niepodległości przez Kosowo, osiągnięcie całkowitej stabilizacji i pokoju w tym regionie jest nadal odległe.

Wyrok w sprawie *Sejdić i Finci* zasługuje na uwagę z kilku powodów. Jest pierwszym orzeczeniem, w którym stwierdzone zostało naruszenie art. 1 Protokołu nr 12 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC lub Konwencja), a więc tzw. autonomicznej klauzuli niedyskryminacyjnej. Po raz pierwszy również Trybunał bezpośrednio odniósł się do oceny zgodności postanowień konstytucyjnych ze standardami EKPC, dając asumpt do ożywienia dyskusji o kolizji i pierwszeństwie i tych norm. Poza tym, w komentowanym wyroku zderzyły się centralne dla Rady Europy i całej społeczności międzynarodowej wartości – potrzeba utrzymania

¹ Skargi nr 27996/06 i 34836/06.

pokoju i bezpieczeństwa z jednej strony oraz poszanowanie demokracji i praw człowieka (prawa do wolnych wyborów) z drugiej strony.

Ponieważ omówienie wyroku wymaga przypomnienia podstawowych informacji na temat specyfiki ustroju politycznego oraz realiów społecznych Bośni i Hercegowiny, zostaną one omówione w pierwszej kolejności, następnie poruszone zostaną kluczowe dla sprawy zagadnienia zasady równości i niedyskryminacji, prawa do wolnych wyborów, marginesu swobody oceny i testu proporcjonalności.

1. Ustrój, system wyborczy i społeczeństwo Bośni i Hercegowiny

Pierwszym krokiem w kierunku powstania niepodległej Bośni i Hercegowiny (BiH) było proklamowanie przez Parlament niepodległości w maju 1991 r., poparte przez mieszkańców w późniejszym referendum. To wydarzenie doprowadziło do wybuchu trwającej cztery lata krwawej wojny domowej (1992–1995) między walczącymi o podział kraju bośniackimi Serbami, Muzułmanami i Chorwatami². Konflikt formalnie zakończyło podpisanie w grudniu 1995 r. Układu z Dayton³.

Ustrój polityczno-administracyjny nowego państwa określiła stanowiąca Aneks do układu Konstytucja Bośni i Hercegowiny – kraju mającego składać się z dwóch części: Republiki Serbskiej (49% terytorium) i Federacji Bośni i Hercegowiny (federacji bośniacko-chorwackiej – 51% terytorium).

Społeczeństwo BiH jest bardzo zróżnicowane etnicznie i wyznaniowo. Na jej terytorium zamieszkują Bośniacy stanowiący 48% ludności, Serbowie – 37%, Chorwaci – 14% i inni – 1% (około siedemnastu oficjalnie uznanych mniejszości)⁴. Rozkład wyznaniowy jest bardzo zbliżony do etnicznego – 45% mieszkańców to Muzułmanie, 36% Serbscy Ortodoksi, a 15% to Katolicy.

² Zob. W. Walkiewicz, *Jugosławia. Państwa sukcesyjne* wyd. II, Warszawa 2009.

³ Treść Układu w j. angielskim dostępna na http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=380.

⁴ Dane za Encyklopedią PWN – <http://encyklopedia.pwn.pl>.

Władza ustawodawcza należy do dwuizbowego parlamentu – *Skupštiny*, złożonego z Izby Reprezentantów (42 posłów) i Izby Narodów (15 członków). Funkcje głowy państwa pełni trzyosobowe Prezydium Republiki, natomiast władza wykonawcza należy do rządu centralnego. Obok organów centralnych funkcjonują odrębne parlamenty i rządy obydwu członów federacji. Zarówno składy Prezydium oraz Izby Narodów odzwierciedlają układ narodowościowy kraju i w swym pierwotnym zamyśle miały zapewnić poszanowanie interesów trzech najliczniejszych grup – Bośniaków, Serbów i Chorwatów – określonych w preambule Konstytucji jako „narody stanowiące”.

W skład trzyosobowego wybieranego w wyborach bezpośrednich Prezydium wchodzi zatem: jeden Bośniak, jeden Serb i jeden Chorwat. Bierne prawo wyborcze do Prezydium posiadają osoby, które złożą deklarację przynależności (polegającą na samookreśleniu i niepodlegającą weryfikacji przez państwo) do jednej ze wspomnianych trzech grup narodowych.

W skład wyższej izby Parlamentu, czyli Izby Narodów, wchodzi po pięciu przedstawicieli trzech „narodów stanowiących”. Delegaci do Izby pochodzą w wyborów pośrednich – są mianowani przez parlamenty członów federacji.

Zgodnie z Konstytucją, przedstawiciele mniejszości mogą kandydować wyłącznie w wyborach do Izby Reprezentantów i parlamentów obu członów federacji. Skarżący, będący czynnymi politykami deklarującymi narodowość romską i żydowską, mimo posiadania obywatelstwa Bośni i Hercegowiny, pozbawieni zostali tym samym biernego prawa wyborczego do Izby Narodów i Prezydencji.

2. Prawo do wolnych wyborów i jego ograniczenia

Zasada wolnych wyborów nie została umieszczona w samej EKPC, lecz pojawiła się dopiero w Protokole nr 1 z 1952 r⁵. W jego art. 3 znalazło się zobowiązanie Państw-Stron do organizowania w rozsądnych odstępach czasu wolnych wyborów, opartych na tajnym

⁵ Szerzej na ten temat w: A. Gołuch, *Zasada wolnych wyborów w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 2, s. 240–253.

głosowaniu w warunkach zapewniających swobodę wyrażania opinii w wyborze ciała ustawodawczego. Specyficzny sposób sformułowania treści przepisu – wyraźnie kładącego nacisk na obowiązek państwa, a nie prawo czy wolność jednostki – spowodował początkowe wątpliwości co do jego charakteru⁶. Obecnie nie budzi już wątpliwości, iż jest to prawo indywidualne, na które jednostka może się bezpośrednio powołać (tzw. *justiciable right*). Prawo to obejmuje zatem nie tylko pozytywny obowiązek ukształtowania demokratycznej procedury wyborczej i jej realizacji w praktyce, lecz również bierne i czynne prawo wyborcze⁷. Ponieważ celem niniejszego opracowania nie jest szczegółowe omówienie art. 3 Protokołu nr 1 do Konwencji, gwarancje „wolnych wyborów” zostaną pominięte⁸.

Znaczenie praw gwarantowanych w art. 3 Protokołu nr 1 dla „stworzenia i utrzymania podstaw skutecznej i rzeczywistej demokracji opartej na rządach prawa” było wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie Trybunału⁹. Nie jest to bynajmniej stanowisko zaskakujące, wszak swobody polityczne i pluralizm polityczny są uznawane za niezbędne warunki dla istnienia demokracji¹⁰.

W kontekście sprawy *Sejdić i Finci* powstaje pytanie o stopień harmonizacji standardów systemu wyborczego i ustrojowego. Innymi słowy, czy „stworzenie i utrzymanie podstaw skutecznej i rzeczywistej demokracji opartej na rządach prawa” oznacza stworzenie jednej euro-

⁶ Por. M. Balcerzak, *Prawo do wolnych wyborów*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 460; L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Tom II, Komentarz do artykułów 19–59 oraz Protokołów dodatkowych, Warszawa 2011, s. 569; P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition Antwerpen-Oxford 2006, s. 916–917.

⁷ Zob. pierwszy wyrok ETPC na gruncie art. 3 w sprawie *Mathieu-Mohin i Clerfayt przeciwko Belgii* z 02.03.1987 r., skarga nr 9267/81, § 46–51.

⁸ Na ten temat zob. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 574–579.

⁹ Wyrok w sprawie *Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 06.10.2005 r., skarga nr 74025/01, § 58.

¹⁰ W preambule do Statutu Rady Europy, rządy deklarują swoje „głębokie przywiązanie do duchowych i moralnych wartości stanowiących wspólnie dziedzictwo ich narodów i źródło zasad wolności osobistej, swobód politycznych i praworządności, które stanowią podstawę każdej prawdziwej demokracji”. Statut Rady Europy przyjęty 5.05.1949 r., Dz.U.1994.118.565.

pejskiej wizji, czy też możliwe są różnice wypływające z historii, tradycji, kultury i myśli politycznej danego kraju.

Z uwagi na wielowiekowe w wielu przypadkach tradycje wyborcze, Trybunał pozostawia państwom „margines oceny” w konstruowaniu systemu wyborczego¹¹ oraz ujmowaniu praw wyborczych¹². W odniesieniu do czynnego prawa wyborczego w ostatnich latach zauważa się jednak tendencję do zawężania marginesu, czyli ograniczania swobody regulacyjnej państwa na rzecz wspólnych standardów¹³. Ograniczenia praw wyborczych nie mogą bowiem godzić w ich istotę i pozbawiać skuteczności¹⁴. Muszą ponadto być wprowadzane dla osiągnięcia „prawowitego celu” oraz być zgodne z zasadą proporcjonalności. Warto podkreślić, iż w świetle orzecznictwa Trybunału katalog „celów prawowitych” jest szerszy niż ten przyjęty w art. 8–11 Konwencji¹⁵. Otwarta formuła art. 3 oraz koncepcja tzw. *implied limitations* oznacza, iż państwa mogą ograniczać prawa wyborcze opierając się na innych uzasadnieniach, pod warunkiem, iż celów ów pozostanie w zgodzie z zasadą rządów prawa i celami Konwencji¹⁶. Jako przykładowe cele, które zostały uznane za zgodne z Konwencją, można wymienić zapobieganie nadmiernemu rozczłonkowaniu parlamentu czy wzmacnianie stabilności rządu¹⁷.

Bierne prawo wyborcze (które było przedmiotem sporu w sprawie *Sejdić i Finci*), może być obwarowane surowszymi wymaganiami

¹¹ „The Court reaffirms that the margin in this area is wide”. Zob. wyroki ETPC w sprawach *Mathieu-Mohin i Clerfayt*, § 52; *Mattheus przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 18.02.1999 r., skarga nr 24833/94, § 63; *Labita przeciwko Włochom* z 06.04.2000 r., skarga nr 26772/95, § 201; *Podkolzina przeciwko Litwie* z 09.04.2002 r., skarga nr 46726/99, § 33.

¹² Prawa wyborcze nie są absolutne i państwa mogą ustalać warunki korzystania z nich, mimo braku wyraźnej klauzuli imitacyjnej – funkcjonuje w tym kontekście koncepcja tzw. *implied limitations*. Zob. M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 462–464; L. Garlicki, *op. cit.*, s. 580–588.

¹³ Zob. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 570.

¹⁴ *Mathieu-Mohin i Clerfayt*, § 52.

¹⁵ Zob. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 571.

¹⁶ Wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Żdanoka przeciwko Łotwie* z 16.03.2006 r., skarga nr 58278/00, § 115.

¹⁷ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 707.

niż prawo do głosowania¹⁸. Jest to efektem szerszego marginesu oceny przyznawanego państwom oraz pewnych odrębności modelu kontroli dokonywanej przez Trybunał. Przeprowadzając ocenę konkretnego ograniczenia czynnego prawa wyborczego, ETPC dokonuje *a wider assessment of the proportionality*, natomiast w odniesieniu do biernego prawa wyborczego, badanie jest w dużej mierze ograniczone do sprawdzenia braku arbitralności krajowych procedur, które doprowadziły do zdyskwalifikowania jednostki z możliwości kandydowania¹⁹.

Najczęściej stosowanymi ograniczeniami praw wyborczych są cenzusy obywatelstwa²⁰, wieku²¹ i zamieszkania na terytorium danego kraju przez określony czas²². Za zgodne z Konwencją uznane zostały również takie wymogi jak: określona liczba podpisów poparcia dla kandydata, obowiązek złożenia depozytu podlegającego zwrotowi (jeśli na listę zostanie oddanych co najmniej 5% głosów), wymóg przedstawienia informacji o majątku kandydata, jego zarobkach i źródłach dochodu, zakaz bycia członkiem innego ciała ustawodawczego²³, złożenie monarsze przysięgi lojalności²⁴ czy zostanie uznany za „zagrożenie dla stabilności porządku demokratycznego”²⁵.

¹⁸ *Żdanoka przeciwko Lotwie*, § 115: „As regards the right to stand as a candidate for election, that is, the so-called «passive» aspect of the rights guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1, the Court has been even more cautious in its assessment of restrictions in that context than when it has been called upon to examine restrictions on the right to vote, the so-called «active» element of the rights under Article 3 of Protocol No. 1. In *Melnychenko* (cited above, § 57), the Court observed that stricter requirements may be imposed on eligibility to stand for election to Parliament than is the case for eligibility to vote”.

¹⁹ *Ibidem*, § 115.

²⁰ Decyzja EKomPC w sprawie *Luksch przeciwko Włochom* z 21.05.1997 r., skarga nr 27614/95, § 76.

²¹ Decyzja EKomPC w sprawie *W., X., Y. i Z. przeciwko Belgii*, skargi nr 6745 i 6746/74,

²² Decyzja EKomPC w sprawie *Clerfayt i inni przeciwko Belgii* z 08.09.1997 r., skarga nr 27120/95, § 35.

²³ Zob. P. van Dijk et al., *op. cit.*, s. 927–928; M.A. Nowicki, *op. cit.*, s. 706–707.

²⁴ Decyzja ETPC w sprawie *McGuinness przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 06.08.1999 r., skarga nr 39511/98.

²⁵ *Żdanoka przeciwko Lotwie*, § 110: „Article 3 of Protocol No. 1, which enshrines the individual's capacity to influence the composition of the law-making power, does not therefore exclude that restrictions on electoral rights are imposed on an individual who has, for example, seriously abused a public position or whose conduct threatened to undermine the rule of law or democratic foundations”.

O rozpatrzeniu skargi *Sejdić i Finci* – w części dotyczącej wyborów do Prezydencji – na podstawie Protokołu nr 12 zdecydował zakres przedmiotowy art. 3 Protokołu nr 1, który jest ograniczony przedmiotowo poprzez odwołanie do „ciała ustawodawczego”. Pojęcie to ma charakter autonomiczny – zatem o zaklasyfikowaniu danego organu decydują kryteria ustalone w orzecznictwie ETPC²⁶. Owym kryterium są samodzielne kompetencje do stanowienia aktów ustawodawczych oceniane w świetle systemu konstytucyjnego danego państwa i jego tradycji ustrojowych²⁷. Poza jego zakresem znalazła się więc kolegialna Prezydencja. Zastosowanie art. 3 Protokołu nr 1 do wyborów prezydenckich jest możliwe, jeśli głowa państwa posiada kompetencje do inicjowania i przyjmowania aktów ustawodawczych lub, gdy ma szerokie uprawnienia do kontrolowania procesu legislacyjnego²⁸. W świetle postanowień Konstytucji Bośni i Hercegowiny, Prezydencja sprawuje klasyczne funkcje władzy wykonawczej, takie jak prowadzenie polityki zagranicznej czy wykonywanie decyzji Parlamentu. Nie posiada prawa inicjatywy ustawodawczej, nie kontroluje również w żaden sposób procesu legislacyjnego.

3. Zasada równości i niedyskryminacji

Choć zasada równości nie została wprost wyartykułowana ani w art. 14 Konwencji, ani w art. 1 Protokołu nr 12, nie budzi wątpliwości, iż jest ona ściśle powiązana z zasadą niedyskryminacji. Zasada równości wymaga jednakowego traktowania w sytuacjach faktycznie i/lub prawnie identycznych, analogicznych lub znacząco podobnych²⁹. Pamiętać jednak należy, iż nie każde zróżnicowane traktowanie oznaczać będzie dyskryminację.

Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału na gruncie art. 14 Konwencji, dyskryminacja oznacza odmienne (różne) traktowanie bez obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia, osób znajdujących się

²⁶ Szerzej w L. Garlicki, *op. cit.*, s. 572–573.

²⁷ *Sejdić i Finci przeciwko BiH*, § 40.

²⁸ Decyzja ETPC w sprawie *Boskoski przeciwko Macedonii* z 2.09.2004 r., skarga nr 11676/04.

²⁹ Zob. T. Jasudowicz, *Zasady ogólne prawa międzynarodowego praw człowieka*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *op. cit.*, s. 195.

w podobnych sytuacjach. Brak obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia oznacza, iż zróżnicowanie nie służy realizacji uprawnionego celu lub, że nie została zachowana rozsądna relacja proporcjonalności pomiędzy zastosowanymi środkami a celem, który ma zostać osiągnięty³⁰. Przytoczona definicja dyskryminacji jest aktualna również w odniesieniu do art. 1 Protokołu nr 12³¹, choć *a priori*, pewne wątpliwości może budzić różnica między sformułowaniem art. 14 i art. 1 Protokołu występująca w tekście francuskim (odpowiednio: *sans discrimination aucune* i *sans distinction aucune*). Takie ujęcie nie miało jednak doprowadzić do zmiany znaczenia, lecz lepszego odzwierciedlenia istoty dyskryminacji i zbliżenia wersji francuskojęzycznej do tekstu angielskiego³².

Tym, co odróżnia oba przepisy, jest ich zakres przedmiotowy. Zasada równości i niedyskryminacji wyrażona w art. 14 Konwencji ma charakter ograniczony przedmiotowo do materialnych standardów Konwencji, choć pamiętać należy, iż stwierdzenie naruszenia art. 14 niekoniecznie musi się wiązać z jednoczesnym stwierdzeniem naruszenia gwarancji materialnej³³. W art. 1 Protokołu nr 12 mamy natomiast do czynienia z zasadą autonomiczną, odnoszącą się szeroko do korzystania z „każdego uprawnienia ustanowionego przez prawo”³⁴. Wobec braku dookreślenia, o jakie uprawnienia czy prawo chodzi, należy uznać iż w zasadzie nie ma ograniczeń co do rodzaju i charakteru przepisów prawnych ustanawiających uprawnienia jednostki³⁵. Zgodnie ze wskazówkami znajdującymi się w Sprawozdaniu wyjaśniającym do Protokołu, jego zakres odnosi się w szczególności do dyskryminacji pojawiającej się na tle:

³⁰ *Sejdić i Finci przeciwko BiH*, § 42.

³¹ *Ibidem*, § 55.

³² Zob. Sprawozdanie wyjaśniające do Protokołu nr 12.

³³ M. Balcerzak, *Dyskryminacja*, [w:] M. Balcerzak, S. Sykuna (red.), *Leksykon ochrony praw człowieka*, Warszawa 2010, s. 77–78.

³⁴ Znaczenie wypełnienia dzięki temu istotnej luki w systemie ochrony praw człowieka Rady Europy podkreślają słowa Sprawozdania wyjaśniającego do Protokołu nr 12: „*The general principle of equality and non-discrimination is a fundamental element of international human rights law. It has been recognised as such in Article 7 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights and in similar provisions in other international human rights instruments*”.

³⁵ Zob. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 674.

1. każdego uprawnienia wyraźnie przyznanego jednostce przez prawo krajowe;
2. każdego uprawnienia, które można wyprowadzić z wyraźnych zobowiązań nakładanych przez prawo krajowe na władze publiczne, tzn. sytuacji, gdy przepisy prawa zobowiązują władze publiczne do postępowania w określony sposób;
3. sytuacji, gdy władze publiczne korzystają z uprawnień o charakterze uznaniowym (np. przyznawania subsydiów);
4. każdego działania lub zaniechania władz publicznych (jak np. zachowanie władz porządkowych w czasie tłumienia zamieszek).

Jak już wcześniej zostało zasygnalizowane, wyrok w sprawie *Sejdić i Finci* jest pierwszym orzeczeniem, w którym Trybunał stwierdził naruszenie autonomicznej zasady niedyskryminacji. Protokół nr 12 do EKPC został otwarty do podpisu 4 listopada 2000 r., wszedł w życie 1 kwietnia 2005 r. z momentem uzyskania dziesiątej ratyfikacji. Do dnia dzisiejszego zaledwie osiemnaście państw członkowskich Rady Europy związało się Protokołem, kolejnych dziewiętnaście poprzestało na podpisie³⁶. Do tej pory, w sytuacji, gdy skarżący podnosili naruszenie art. 1 Protokołu nr 12 równoległe z naruszeniem art. 14 Konwencji w zw. z innym jej postanowieniem materialnym, Trybunał stwierdzał naruszenie samej Konwencji i uznawał, iż nie ma potrzeby orzekania o naruszeniu art. 1 Protokołu nr 12³⁷. Pozostałe skargi nie były rozpatrywane co do meritum i kończyły bieg na etapie decyzji o niedopuszczalności. Z reguły niespełniona była przesłanka podmiotowa (*ratione personae*) po stronie podmiotu skarżonego albo temporalna (*ratione temporis*) – gdyż państwo pozwane nie było w ogóle stroną Protokołu albo ratyfikowało go po zaistnieniu wydarzeń stanowiących zdaniem skarżącego działanie dyskryminacyjne. Inną częstą przyczyną niedopuszczalności była oczywista bezzasadność skargi.

³⁶ Rząd polski do dnia dzisiejszego nie zdecydował się na żaden z tych kroków.

³⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Savez Crkava „Rijec Zivota” i inni przeciwko Chorwacji* z 9.12.2010 r., skarga nr 7798/08. Trybunał stwierdził naruszenie art. 14 w zw. z art. 9.

4. Dyskryminacja w korzystaniu z praw wyborczych ze względu na pochodzenie etniczne

W świetle postanowień Konstytucji Bośni i Hercegowiny, dla skorzystania z prawa kandydowania do Izby Narodów i Prezydencji konieczna jest deklaracja przynależności do jednego z „narodów stanowiących”. Skarżący, którzy określili siebie jako osoby o pochodzeniu odpowiednio romskim i żydowskim, możliwości kandydowania zostali tym samym pozbawieni. Czy jednak pochodzenie etniczne jest jedną z niedozwolonych podstaw dyskryminacji? Odpowiedź na pytanie jest oczywiście twierdząca. Wspólne dla obu przepisów (tj. art. 14 Konwencji i art. 1 Protokołu nr 12) jest nie tylko rozumienie pojęcia „dyskryminacji”, również katalog niedozwolonych podstaw dyskryminacji jest identyczny i obejmuje: płeć, rasę, kolor skóry, język, religię, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź jakkolwiek inną przyczynę – co czyni go katalogiem otwartym. Dzięki temu, Trybunał niejednokrotnie przyjmował inne podstawy niedopuszczalnej dyskryminacji (m.in. miejsce zamieszkania rodziców czy orientację seksualną)³⁸.

W przypadku skarżących podstawą odmiennego traktowania było ich pochodzenie etniczne, które uznane zostało przez Trybunał za formę dyskryminacji rasowej³⁹. Podczas gdy termin „rasa” jest zakorzeniony w koncepcji biologicznej klasyfikacji istot ludzkich na podstawie cech morfologicznych takich jak kolor skóry czy układ twarzy, pochodzenie etniczne ma swoją genezę w idei grup społecznych, które łączy ta sama narodowość, wiara religijna, język lub kultura i tradycja⁴⁰. Warto przypomnieć, iż szerokie pojęcie „dyskryminacji rasowej”, obejmujące m.in. pochodzenie etniczne, zaproponowane zostało

³⁸ Zob. M. Bossuyt, *Article 14*, [w:] L-E. Petiti, E. Decaux, P-H. Imbert (red.), *La convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris 1995, s. 477.

³⁹ *Sejdić i Finci przeciwko BiH*, § 43.

⁴⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Timishev przeciwko Rosji*, z 13.12.2005 r. skarga nr 55762/00 i 55974/00, § 55. Skarżącemu pochodzenia czeczeńskiego nie zezwolono na przejście przez punkt kontrolny, gdyż strażnicy mieli ogólne wytyczne alby nie przepuszczać Czeczeńców. Por. także *Sejdić i Finci*, § 43.

w Konwencji ONZ w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r.⁴¹, którą BiH, *nota bene*, jest związana od 1993 r.

W słusznej ocenie Trybunału, dyskryminacja rasowa jest szczególnie poważną formą dyskryminacji i – ze względu na jej niebezpieczne skutki – wymaga od władz szczególnej czujności i stanowczej reakcji. Z tego powodu władze muszą wykorzystać wszystkie dostępne środki zwalczania rasizmu, wzmacniając tym samym demokratyczną wizję społeczeństwa, w którym różnorodność nie jest postrzegana jako zagrożenie, ale jako źródło jego ubogacenia⁴². W mocnych słowach Trybunał podkreśla, iż żadna różnica w traktowaniu, której podstawą jest wyłącznie albo w decydującym stopniu pochodzenie etniczne, nie może być obiektywnie usprawiedliwiona we współczesnym społeczeństwie demokratycznym, które opiera się na zasadzie pluralizmu i szacunku dla innych kultur⁴³.

Podsumowując, już *prima facie* nasuwa się konstatacja, iż jedyną przyczyną odmiennego traktowania skarżących było ich pochodzenie etniczne. Do rozważenia pozostaje jednak, czy owo odmierne traktowanie miało charakter dyskryminujący – tzn. czy było obiektywnie i racjonalnie uzasadnione, czy nie? Sam fakt odmiennego traktowania, jak wiadomo, niekoniecznie musi oznaczać dyskryminację. Ani art. 3 Protokołu nr 1 ani żadne inne postanowienie Konwencji, nie pozbawia Państw-Stron możliwości stanowienia prawa, na mocy którego pewna kategoria osób lub grupa jednostek jest traktowana inaczej niż pozostali, pod warunkiem, że ingerencja w ich prawa jest uzasadniona w świetle Konwencji⁴⁴.

Trybunał wydaje się rozróżniać dwa „poziomy” kontroli: generalny i indywidualny. W przypadku pierwszego, z nich ocenie pod kątem proporcjonalności i niedyskryminacji podlega prawo krajowe

⁴¹ Jej art. 1 stanowi, iż „dyskryminacja rasowa oznacza wszelkie zróżnicowanie, wykluczenie, ograniczenie lub uprzywilejowanie z powodu rasy, koloru skóry, urodzenia, pochodzenia narodowego lub etnicznego, które ma na celu lub pociąga za sobą przekreślenie bądź uszczuplenie uznania, wykonywania lub korzystania, na zasadzie równości z praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie politycznej, społecznej, gospodarczej i kulturalnej lub w jakiegokolwiek innej dziedzinie życia publicznego”.

⁴² *Sejdić i Finci przeciwko BiH*, § 43. *Mutatis mutandis*, *Timishev przeciwko Rosji*, § 56.

⁴³ *Timishev przeciwko Rosji*, § 58.

⁴⁴ *Ždanoka przeciwko Łotwie*, § 112.

przewidujące odmienne traktowanie pewnych grup osób. Drugi poziom oznacza, iż nawet jeśli normy krajowe są zgodne z Konwencją, do zadań organów krajowych (sądów) należy ustalanie, czy konkretna osoba przynależy do wspomnianej grupy⁴⁵.

5. Test obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia

Na test obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia składa się test celowości (istnienie prawowitego celu) oraz test proporcjonalności (istnienie relacji proporcjonalności między zastosowanymi środkami a celem). Wobec oczywistego braku jednego modelu postępowania oraz zgodnie z zasadami sytuacyjności i subsydiarności, państwom przyznawany jest margines swobody oceny odnośnie tego, czy i w jakim stopniu *differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law*⁴⁶.

Jakim celem prawowitym może służyć nierówne traktowanie? Przyjmuje się, że zastosowanie znajdują tu cele wymienione w tzw. klauzulach imitacyjnych artykułów 8–11⁴⁷. Ciężar dowodu istnienia obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia odmiennego traktowania ciąży na państwie.

Kwestią wywołującą liczne spory jest pytanie o granice marginesu oraz o to, kto (ETPC czy organy krajowe) jest lepiej predestynowany do oceny zaistniałej sytuacji. Wielokrotnie zarzucano Trybunałowi, że narzuca standardy bez wystarczająco dogłębnej analizy konkretnych okoliczności. W kontekście wyroku w sprawie *Sejdić i Finci*, pytanie o relację marginesu oceny państwa i kontroli „Strasburga” powraca. Należy rozważyć, czy ETPC jest w stanie właściwie ocenić długofalowe skutki konfliktu etnicznego oraz aktualne nastroje społeczne w BiH?

Na tle będącego przedmiotem skargi stanu faktycznego, tzn. w sytuacji, gdy różnicowanie traktowania oparte jest na rasie lub

⁴⁵ *Ibidem*, § 115.

⁴⁶ Szerzej na ten temat: A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 276.

⁴⁷ Zob. T. van Dijk i inni, *op. cit.*, s. 1041 oraz wyrok ETPC w sprawie *Sidabras i Dziautas przeciwko Litwie* z 27.07.2004 r., skargi nr 55480/00 i 59330/00, § 55.

pochodzeniu etnicznym, Trybunał stwierdził, iż pojęcie obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia powinno być interpretowane tak ściśle, jak to tylko możliwe⁴⁸.

W ocenie konieczności utrzymania kwestionowanych przez skarżących przepisów konstytucyjnych wystąpiły zasadnicze różnice. W opinii Trybunału Konstytucyjnego BiH normy prawa wyborczego są nadal aktualne⁴⁹. Do takich wniosków Trybunał doszedł rozpatrując skargę Bośniaka, który na skutek zamieszkiwania na terytorium Republiki Serbskiej, został wykluczony z kandydowania do Prezydencji. Zdaniem sędziów, ograniczenia biernego prawa wyborczego są uzasadnione, gdyż mają na celu utrzymanie pokoju i kontynuację dialogu.

Również ETPC uznał, iż wyłączenie „Innych” z prawa kandydowania przyświecało zgodnemu z Konwencją celowi przywrócenia pokoju⁵⁰. Jednak czy po 15 latach od zakończenia konfliktu, ów cel jest nadal aktualny, a ograniczenie proporcjonalne? Zaproponowane na tym tle przez sędziów rozważania mogą budzić pewne wątpliwości. Przede wszystkim, Trybunał zrezygnował z analizy celowości i skupił się wyłącznie na teście proporcjonalności⁵¹. Czy należy przez to rozumieć, iż dokonał swoistej gradacji (ustalenia hierarchii) testów stosowanych do oceny dopuszczalności ingerencji w prawa i wolności gwarantowane przez Konwencję? Z dotychczasowego orzecznictwa można raczej wyciągnąć wniosek, iż rezygnuje się z analizy kolejnego testu (a tym samym stwierdzenia naruszenia Konwencji), jeśli rezultat wcześniejszego testu wypada negatywnie – tzn., gdy niespełniony jest test legalności, nie ma potrzeby analizować celowości i konieczności. Analogicznie, jeśli spełniony jest test legalności, ale brakuje celowości,

⁴⁸ *Sejdić i Finci przeciwko BiH*, § 44.

⁴⁹ AP-2678/06 of 29 September 2006, 18–22.

⁵⁰ *Sejdić i Finci przeciwko BiH*, § 45: „Kiedy kwestionowane przepisy konstytucyjne były przyjmowane, trwało bardzo kruche zawieszenie broni. Przepisy te zostały stworzone po to, aby zakończyć okrutny konflikt naznaczony ludobójstwem i czystkami etnicznymi. Charakter tego konfliktu był taki, iż zgoda «narodów stanowiących» (a więc Bośniaków, Chorwatów i Serbów) była konieczna do zapewnienia pokoju. To mogło wyjaśniać, choć niekoniecznie uzasadniać, nieobecność przedstawicieli innych wspólnot (takich jak lokalne wspólnoty romskie i żydowskie) przy negocjacjach pokojowych oraz zaabsorbowanie uczestników tych negocjacji problemem zapewnienia efektywnej równości pomiędzy «narodami stanowiącymi» w postkonfliktowym społeczeństwie”.

⁵¹ *Ibidem*, § 46.

test konieczności i proporcjonalności jest zbędny. Lektura wyroku rodzi pytanie, czy przypadkiem ów zabieg nie miał na celu zabezpieczenia Trybunału przed krytyką?

W jaki sposób Trybunał ustalił brak proporcjonalności? Sędziowie zwrócili uwagę na szereg pozytywnych zmian, które można zaobserwować od czasu zawarcia Porozumienia pokojowego z Dayton⁵². W 2005 r. strony dawnego konfliktu oddały swoją kontrolę nad siłami zbrojnymi, przekształcając je w małą, profesjonalną armię, rok później Bośnia i Hercegowina przystąpiła do Partnerstwa dla Pokoju NATO, a w 2008 r. podpisała i ratyfikowała Porozumienie o stabilizacji i stowarzyszeniu z Unią Europejską. W 2009 r. po raz pierwszy skutecznie dokonała zmiany Konstytucji Federalnej oraz została wybrana członkiem Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych na dwuletnią kadencję. Ponadto, przystępując do grona członków Rady Europy, władze BiH zadeklarowały, iż w ciągu roku dokonają rewizji prawa wyborczego pod kątem zgodności ze standardami Rady Europy i, tam gdzie będzie to konieczne, dokonają w nim zmian⁵³.

Trybunał zgodził się z argumentacją państwa pozwanego, iż z Konwencji nie można wywieść konieczności całkowitego porzucenia mechanizmu podziału władzy (pomiędzy „narody stanowiące”) charakterystycznych dla Bośni i Hercegowiny oraz, że czas może być nadal nieodpowiedni dla wprowadzenia systemu politycznego, który w prosty sposób odzwierciedlałby zasadę rządów większości. Trybunał odwołał się w tej mierze do opinii Komisji Weneckiej, które wyraźnie wskazują, iż istnieją mechanizmy dzielenia się władzą, które nie prowadzą automatycznie do wykluczenia przedstawicieli innych wspólnot. Trybunał przypomniał, iż istnienie alternatywnych metod osiągnięcia tego samego celu jest istotnym czynnikiem przy ocenie proporcjonalności. Te same argumenty i wnioski sędziowie odnieśli do drugiej części skargi – dotyczącej wyborów do Prezydencji i naruszenia art. 1 Protokołu nr 12. Jako, że jest to pierwszy wyrok zapadły na tej podstawie, brak bardziej szczegółowych rozważań teoretycznych rozczarowuje. Trybunał ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia,

⁵² *Ibidem*, § 47.

⁵³ *Ibidem*, § 49.

iż przepisy konstytucyjne, które uniemożliwiają skarżącym udział w wyborach do Prezydencji, muszą być uznane za dyskryminujące i naruszające artykuł 1 Protokołu nr 12, gdyż zdaniem Trybunału nie istnieje jakiegokolwiek istotne rozróżnienie, które można by w tym względzie przeprowadzić między Izbą Narodów a Prezydencją Bośni i Hercegowiny⁵⁴.

Podsumowanie

Próba oceny wyroku w sprawie *Sejdić i Finci* nie jest łatwym zadaniem. Z jednej strony, nie ma wątpliwości, iż mamy do czynienia z ograniczeniem praw wyborczych na podstawie pochodzenia etnicznego, co obiektywnie jest sytuacją niedopuszczalną. Czy jednak z całą pewnością można stwierdzić, iż w konkretnych okolicznościach rozstrzyganej sprawy i postkonfliktowych realiach – nieuzasadnioną? Kategorieczne stanowisko Trybunału, iż „żadna różnica w traktowaniu, której podstawą jest wyłącznie lub decydującym stopniu pochodzenie etniczne, nie może być obiektywnie uzasadniona we współczesnym społeczeństwie demokratycznym zbudowanym na zasadach pluralizmu i poszanowania dla różnych kultur”⁵⁵, jednoznacznie wytycza przyszlą linię orzeczniczą w sprawach na tle dyskryminacji etnicznej. Oznacza to, że samo stwierdzenie odmiennego traktowania na tej podstawie oznaczać będzie dyskryminację, bez potrzeby stosowania testu obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia.

Trybunał sam wcześniej zauważył potrzebę oceny regulacji wyborczych w „świecie politycznej ewolucji danego państwa”, w wyniku której może okazać się, że to co zostanie uznane za niedopuszczalne w jednym systemie, może być usprawiedliwione w innym⁵⁶. Można by rzec, iż więcej wymagać się będzie od państw, w których instytucje demokratyczne funkcjonują od dekad czy wieków, mniej od „młodych demokracji”, które nie zdołały jeszcze okrzepnąć i uwolnić się od przeszłości. Łotewskim organom prawo-

⁵⁴ *Ibidem*, § 56.

⁵⁵ *Ibidem*, § 44.

⁵⁶ Do takich wniosków doszedł Trybunał m.in. w wyroku w sprawie *Zdanoka przeciwko Łotwie*, § 115, 133.

dawczym i sądowniczym ETPC przyznał pierwszeństwo w ocenie trudności związanych z ustanowieniem i zabezpieczeniem demokratycznego porządku⁵⁷. Takiego zaufania najwidoczniej nie pokładano we władzach Bośni i Hercegowiny.

Z drugiej strony, zadaniem „Strasburga” nie powinno być wytyczanie standardów idealnie „na miarę”, lecz stawianie poprzeczki (jeśli spełnione są ku temu przesłanki) coraz wyżej. Być może czasem państwu potrzebny jest wyraźny zewnętrzny impuls do działania⁵⁸.

Warto dodać, iż Trybunał nie wskazał na konieczność całkowitej zmiany systemu wyborczego, gdyż na to jeszcze nie nadszedł czas. Oparł się na propozycjach Komisji Weneckiej, pozwalających na jednoczesne utrzymanie równowagi między Bośniakami, Serbami i Chorwatami oraz zmieniających sytuację pozostałych obywateli. Niestety wspomniane propozycje nie zostały uwzględnione w wyborach przeprowadzonych w grudniu 2010 r. Obserwatorzy OBWE w swych raportach donosili o okazjonalnych przypadkach wykorzystywania retoryki nacjonalistycznej, oraz wszechobecności kwestii podziałów etnicznych⁵⁹. Większość partii politycznych została uznana za „etnicznie zorientowane”. Powołanej po wyroku ETPC specjalnej grupie roboczej, której zadaniem było wypracowanie zmian Konstytucji oraz ordynacji wyborczej, nie udało się osiągnąć konsensusu. Kwestia wykonania wyroku Trybunału pozostaje zatem otwarta.

⁵⁷ *Ibidem*, § 134: „Those authorities should therefore be left sufficient latitude to assess the needs of their society in building confidence in the new democratic institutions, including the national parliament, and to answer the question whether the impugned measure is still needed for these purposes, provided that the Court has found nothing arbitrary or disproportionate in such an assessment”.

⁵⁸ Trybunał nie jest jedynym organem, który zwraca uwagę władzom BiH na konieczność zmiany postanowień Konstytucji i ordynacji wyborczej. Zob. Uwagi końcowe Komitetu ONZ ds. Eliminacji Dyskryminacji Rasowej (CERD/C/BIH/CO/6 z 11.04.2006 r., pkt 11) oraz Uwagi końcowe Komitetu Praw Człowieka (CCPR/C/BIH/CO/1 z 22.11.2006 r., pkt 8).

⁵⁹ Na napiętą sytuację między 3 grupami etnicznymi wskazują raporty Amnesty International z 2009, 2010 i 2011 r. Szczególnie przed wyborami 2010 r. zaobserwowano powrót tendencji separatystycznych, głównie ze strony Serbów. W BiH nadal stacjonują międzynarodowe siły stabilizacyjne, a mandat Wysokiego Przedstawiciela został przedłużony. Raporty *in extenso* są dostępne na <http://www.amnesty.org/en/region/bosnia-herzegovina>.

Jacek Kowalewski

Prawo do rzetelnego śledztwa oraz prawo do prawdy w sprawach o wymuszone zaginięcia przed ETPC

Wprowadzenie

„Prawo do prawdy o przeszłych poważnych naruszeniach praw człowieka i prawa humanitarnego” (prawo do prawdy) to nazwa doniosła – ale co właściwie oznacza? Czy rzeczywiście jest to już uniwersalne prawo człowieka? Co miałoby ono w sobie zawierać lub co już zawiera – i czy ochrona wynikająca z innych, nie poddawanych fundamentalnym wątpliwościom praw człowieka nie jest wystarczająca? Są to ważne pytania jeśli wziąć pod uwagę to, czego miałyby dotyczyć owa prawda – poważnych naruszeń praw człowieka, które wywołują głębokie i trwałe poczucie krzywdy u osób bliskich bezpośrednich ofiar tych naruszeń oraz u całych społeczeństw.

Spróbować zbliżyć się do odpowiedzi na te pytania można poprzez zastanowienie się w jakim stopniu wykonany przez Państwo obowiązek przeprowadzenia rzetelnego śledztwa realizuje (rzekome) prawo do prawdy. Kanwą takich rozważań mogą być przypadki wymuszonych zaginięć, i to właśnie jest celem niniejszego artykułu. Wprawdzie to właśnie w kontekście wymuszonych zaginięć prawo do prawdy zostało najbardziej skonkretyzowane i najszerzej uznane, ale w takim razie negatywny efekt rozważań byłby znaczący dla analizy prawa do prawdy w odniesieniu do innych naruszeń praw człowieka.

Po omówieniu pojęć wymienionych w tytule tego artykułu, w jego kluczowej, zamykającej części przedstawione zostaną wybrane punkty styku między prawem do rzetelnego śledztwa a prawem do prawdy. W konkluzjach, autor przychyła się do „wartości dodanej” „prawa do prawdy” w kilku wybranych sferach.

O ile orzecznictwo ETPC jest prymarnym punktem odniesienia dla autora, to niemożliwym było pominięcie dorobku odpowiednich instytucji amerykańskiego systemu ochrony, to jest Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka (MTPC) i partnerującej mu Komisji (MKPC).

Obowiązek przeprowadzenia rzetelnego śledztwa w sprawach o wymuszone zaginięcie

Wymuszone zaginięcie to takie „aresztowanie, zatrzymanie, pojmowanie lub jakakolwiek inna forma pozbawienia wolności przez przedstawicieli Państwa albo osoby lub grupy osób działające za zezwoleniem, przy wsparciu lub za wiedzą Państwa, której towarzyszy odmowa uznania, że do pozbawienia wolności doszło lub ukrycie losu lub miejsca miejsca pobytu osoby pozbawionej wolności, co stawia tę osobę poza ochroną prawa”¹. Jak orzekł ETPC, każdy przypadek zaginięcia osoby w sytuacji zagrożenia życia rodzi obowiązek przeprowadzenia rzetelnego śledztwa². Ogólnymi celami takiego

¹ Robocze tłumaczenie autora artykułu 2. Międzynarodowej Konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem, przyjętej 20.12.2006 r. przez Zgromadzenie Ogólne NZ rezolucją A/RES/61/177, (Doc.A/61/488. C.N.737.2008.TREATIES-12 z 02.10.2008). Konwencja weszła w życie 23.12.2010 r., jej Stronami jest 27 Państw, przy czym Polska nie jest nawet sygnatariuszem (stan na 8.06.2011 r.). Tekst oryginalny całego artykułu: „*For the purposes of this Convention, «enforced disappearance» is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law*”. Wszystkie tłumaczenia źródeł zagranicznych pochodzą od autora, chyba że wskazano inaczej. Przegląd definicji w: A. Szpak, *Wymuszone zaginięcia. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2009, ss. 20–22.

² Wyrok ETPC w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z 10.05.2001 r., nr skargi 25781/94, § 132. *Duty of effective investigation* jest tu tłumaczone zgodnie z ogólnie przyjętą konwencją, bez

śledztwa są: zapewnienie, że prawa i wolności konwencyjne, np. prawo do życia, są respektowane (skuteczna, a nie iluzoryczna, ochrona praw człowieka) oraz, w szczególności gdy w naruszenie czynnie byli zaangażowani przedstawiciele Państwa, zidentyfikowanie tych osób i postawienie ich w stan oskarżenia³.

Innymi słowy, o ile przymusowe zaginięcie trwa nieprzerwanie do momentu wyjaśnienia losów osób zaginionych⁴, to obowiązek Państwa wykracza poza przeprowadzenie rzetelnego śledztwa mającego za przedmiot zaginięcie i, w przypadku potwierdzenia zarzutów, może obejmować też oskarżenie osób odpowiedzialnych przed sądem⁵. ETPC zastrzega jednak, że Konwencja nie gwarantuje absolutnego prawa do oskarżenia czy skazania, zaś obowiązek przeprowadzenia rzetelnego śledztwa jest zobowiązaniem starań, a nie rezultatu⁶. ETPC, w sprawach o podobnym ciężarze do tych dotyczących wymuszonych zaginięć orzekał, że niekoniecznie jest tak, że w razie każdego pojawienia się nowego dowodu lub zarzutu należy prowadzić ponowne śledztwo w sprawie dawno umorzonych⁷. W sprawie *Brecknell* ETPC stwierdził, że przed podjęciem na nowo czynności śledczych władze „mogą” ocenić szanse ścigania sprawców na podstawie nowych dowodów⁸. Wynikiem tej oceny może być decyzja o niewsz-

względę na definicję śledztwa w ustawodawstwie polskim dotyczącym postępowania karnego. Wszystkie decyzje amerykańskie były konsultowane za pośrednictwem: University of Minnesota (Stany Zjednoczone), Human Rights Library, <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/iachr.html>. Orzeczenia ETPC konsultowane za pośrednictwem bazy HUDOC Trybunału, <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>.

³ Wyrok ETPC w sprawie *Kelly i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* z 04.05.2001 r., nr skargi 30054/96, § 94.

⁴ Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć (dalej też: Grupa Robocza), *Generalny komentarz o wymuszonym zaginięciu jako zbrodni trwałej* z 22.07.2010 r., § 1. Zob też: Wyrok ETPC w sprawie *Velásquez Rodríguez* z 29.07.1988 r., nr skargi 7920, § 181.

⁵ *Deklaracja Wiedeńska i Program Działań*, 12 July 1993, A/CONF.157/23, II.B.5. § 62, <http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.en> (29.05.2011 r. – w nawiasach po adresach URL ostatnia data odwiedzin strony).

⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Brecknell przeciwko Wielkiej Brytanii* z 27.11.2007 r., nr skargi 32457/04, § 66. Skarżąca zarzuciła Państwu brak rzetelnego wyjaśnienia okoliczności śmierci męża (do której doszło w toku zamachu zbrojnego na bar) w kontekście zarzutów o uwikłanie w strzelaninę przedstawicieli Państwa.

⁷ *Ibidem*, § 70.

⁸ *Ibidem*, § 71.

czynaniu dalszych czynności, ale ze względu na fundamentalne znaczenie zakazu arbitralnego pozbawienia życia, ETPC wymaga jednak od władz jakiejś reakcji na każdą informację lub materiał, które mogłyby podważyć dotychczasowe wnioski⁹.

Przypadki podejrzenia wymuszonego zaginięcia powinny być traktowane ze wzmożoną troską z uwagi na „szczególny interes publiczny w oskarżaniu i skazaniu osób winnych zbrodni przeciw ludzkości czy zbrodni wojennych”¹⁰. Wymuszone zaginięcia mogą zostać objęte kwalifikacją zbrodni przeciw ludzkości, jeśli będą elementem rozległego lub systematycznego ataku¹¹. Pojęcie „ataku” nie jest tu kategorią militarną, gdyż wkrótce po II wojnie światowej definicje zbrodni przeciw ludzkości przestały wiązać ten typ przestępstwa z działaniami wojennymi¹². Natomiast decyzje międzynarodowych organów ochrony praw człowieka dowodzą, że wymuszone zaginięcia mogą naznaczyć zarówno czas (względny) pokoju jak i wojny¹³, a w związku z tym przestępstwo to jest kategorią reżymu praw człowieka i reżymu prawa humanitarnego¹⁴.

⁹ *Ibidem*, § 70.

¹⁰ *Brecknell przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 69. Por. szerzej w: J. Chevalier-Watts, *Effective investigations under article 2 of the European Convention on Human Rights: securing the rights to life or an onerous burden on a state?*, „The European Journal of International Law”, nr 3, 2010 r., ss. 701–721.

¹¹ Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, *Generalny Komentarz Wymuszone zaginięcia jako zbrodnia przeciw ludzkości (General comment Enforced disappearances as a crime against humanity)*, http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GCas_crime_against_humanity.pdf (29.05.2011 r.). Por. też *Międzynarodowa Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem*, art. 5.

¹² A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2008, s. 108.

¹³ Por. „sprawy czeczeńskie” przed ETPC, np. wyrok w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji* z 27.07.2006 r., nr skargi 69481/01, czy cytowane tu orzeczenie w sprawie *Cypr przeciwko Turcji*.

¹⁴ Choć traktatowe prawo humanitarne (prawo wojny, prawo konfliktów zbrojnych) nie posługuje się terminem „wymuszone zaginięcia”, to zawiera ono szereg gwarancji – głównie obowiązków informacyjnych nałożonych na strony konfliktu – mających zapobiec właśnie temu zjawisku. Zob. przegląd w: A. Szpak, *op. cit.*, ss. 45 i nast., gdzie autorka zauważa, że studium zwyczajowego prawa humanitarnego przedsięwzięte przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK) posługuje się pojęciem „wymuszone zaginięcie” w regule 98. Zob. J-M. Henckaerts dla MKCK, *Studium poświęcone zwyczajowemu prawu humanitarnemu: wkład w rozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego* (tłumaczenie polskie Polskiego Czerwonego Krzyża), Warszawa (brak daty), http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/pol-irrc_857_hencka

Nadanie wymuszonym zaginięciom niechlubnej rangi zbrodni przeciw ludzkości wyostreza tylko problem czasowy, już i tak charakterystyczny z powodu natury przestępstwa, o którym mowa w niniejszym artykule. Międzynarodowa Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem wprost stwierdza, w artykuł 8., że wymuszone zaginięcie jest przestępstwem ciągłym, wobec którego okres przedawnienia może biec dopiero od ustania zaginięcia, a i tak terminy przedawnienia w prawodawstwie Państw-Stron muszą odzwierciedlać szczególną powagę typu czynu. Co więcej, tak prawo międzynarodowe jak i prawo wewnętrzne niektórych państw, na przykład Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, gwarantują, iż ściganie zbrodni przeciwko ludzkości nie ulega przedawnieniu¹⁵.

Rzetelnego śledztwa może się domagać nie tylko ocalona osoba zaginiona, ale też – w szczególności w przypadku stwierdzonej śmierci lub trwającej pustki informacyjnej o losie osoby zaginionej – jej najbliżsi. Międzynarodowe organy ochrony zgodnie bowiem stwierdziły, że bliscy ofiary wymuszonego zaginięcia mogą w pewnych sytuacjach sami być ofiarami naruszeń praw człowieka, w szczególności tego objętego artykułem 3. EKPC¹⁶. Wynika to między innymi z tego, że brak wiedzy o losie zaginionej może wywołać rażąco wysoką krzywdę osób emocjonalnie z nią związanych, która nie mija z czasem¹⁷.

erts.pdf (9.06.2011 r.). Zob. też: Sekretarz Generalny NZ, Biuletyn *Przestrzeganie przez Siły NZ Międzynarodowego Prawa Humanitarnego (Observance by UN Forces of International Humanitarian Law)* ST/SGB/1999/13 z 6.08.1999 r., § 9.8. Współczesne prawo humanitarne, którego rdzeniem są Konwencje Genewskie z 1949 r. i Protokoły Dodatkowe do nich z 1977 r., posługuje się pojęciami „nie- i międzynarodowy konflikt zbrojny” i zawiera ich, jakże płynne w szczególności co do tego pierwszego, definicje.

¹⁵ Por. odnoszące się też częściowo do zbrodni przeciw ludzkości: MKCK, *Reguła 160. Przedawnienie nie może dotyczyć zbrodni wojennych (Rule 160. Statutes of limitation may not apply to war crimes)*, http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule160 (29.05.2011 r.), gdzie też dostępny jest komentarz i przegląd źródeł. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Dz. U. 97 Nr 78 poz. 483 z 16 lipca 1997 r. sprost i ze zm., art. 43.

¹⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Timurtaş przeciwko Turcji* z 13.06.2000 r., nr skargi 23531/94, § 95. Do tego wyroku odwołuje się MTPC w wyroku w sprawie *Bámaca-Velásquez przeciwko Gwatemali* z 25.11.2000 r., nr skargi (do Komisji) 11.129, § 163.

¹⁷ *Cypr przeciwko Turcji*, § 155.

Prawo do prawdy

Zgodnie ze stanowiskiem Grupy Roboczej NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, „prawo do prawdy w odniesieniu do wymuszonych zaginięć to prawo do konkretnych informacji o postępach i efektach śledztw w sprawie wymuszonych zaginięć, o losie lub lokalizacji osób zaginionych, o okolicznościach zniknięcia, a także tożsamości sprawców”¹⁸. Z kolei przedstawiciel doktryny argumentuje, że w celu realizacji prawa do prawdy, bez względu na to, jakiego naruszenia miałyby dotyczyć, „po pierwsze, Państwo musi podjąć próbę ustalenia prawdy o represyjnej strukturze, która doprowadziła do popełnienia zbrodni przeciw ludzkości, włącznie z linią dowodzenia, wydanymi rozkazami, miejscami kaźni oraz z mechanizmami, które były celowo wykorzystane do zapewnienia bezkarności i tajemnicy wokół tych występków”¹⁹.

Beneficjentami prawa do prawdy mogą być nie tylko jednostki, w szczególności bliscy osób zaginionych, ale także społeczeństwa²⁰. Realizacja prawa do prawdy może złagodzić cierpienie bliskich osób zaginionych, a także ułatwić pogodzenie się skonfliktowanym grupom społecznym²¹, umożliwić skuteczną walkę z bezkarnością²²,

¹⁸ Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, *Ogólny komentarz o prawie do prawdy w odniesieniu do wymuszonych zaginięć (General comment on the right to the truth in relation to enforced disappearances)*, 2010, § 1, http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-right_to_the_truth.pdf (8.06.2011 r.).

¹⁹ J.E. Méndez, *The right to truth*, [w:] C. Joyner, C.M. Bassiouni (red.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*, Ramonville St. Agne 1998, s. 265. „In the first place, the state must try to establish truth about the repressive structure that led to the commission of crimes against humanity, including the chain of command, the orders given, the establishments that were used, and the mechanisms knowingly used to insure impunity and secrecy in these operations”.

²⁰ ECOSOC, Komisja Praw człowieka NZ, *Promotion and protection of human rights: Study on the right to truth, Summary*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/91, 08.02.2006 r., § 36.

²¹ Y. Naqvi, *The right to the truth in international law: fact or fiction?*, „International Review of the Red Cross” 2006, nr 862, s. 246–247.

²² D. Orentlicher, dla Komisji Praw Człowieka NZ, *Promotion and protection of human rights, Impunity Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity. Addendum: Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1, zasada 1.

wreszcie przyczynić się do prewencji przed kolejnymi przypadkami przemocy²³.

Natomiast po stronie zobowiązanego – Państwa – można wyróżnić następujące zobowiązania starania będące korelatami prawa do prawdy: obowiązek odkrycia prawdy lub, wężej, przeprowadzenia śledztwa²⁴, obowiązek przekazania informacji ze śledztwa zainteresowanym osobom²⁵, obowiązek zapewnienia ochrony osobom biorącym udział w postępowaniach przed organami Państwa²⁶, obowiązek upamiętniania²⁷, obowiązek zapewnienia dostępu do archiwów²⁸ i obowiązek przeciwstawienia się negacjonizmowi²⁹, a ponadto także obowiązek ochrony traktowania zwłok osób zaginionych zgodnie z życzeniem rodzin, a w każdym razie w poszanowaniu rodzinnych tradycji, religii, kultur.³⁰

To właśnie wymuszone zaginięcia były przyczynkiem do zaobserwowania przez niektórych, że prawo do prawdy należy do katalogu praw człowieka³¹ – bo też nie jest ono jeszcze za takie uniwersalnie uznawane. Jeden z badaczy tematu wstępnie ulokował te „prawo” „gdzieś poniżej poprzeczki, jaką się stawia normie prawnej, a powyżej czysto opisowego chwytu (retorycznego), (a to dlatego, że) nieroz-

²³ *Bámaca-Velásquez przeciwko Gwatemali*, § 77. Por. też np.: Komitet Ministrów Rady Europy, *Rekomendacja do państw członkowskich z 13.07.2000 r. dotycząca polityki europejskiej dostępu do archiwów*, R (2000) 13, preambuła.

²⁴ J. E. Méndez, *op. cit.*, s. 260.

²⁵ Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, *Ogólny komentarz o prawie do prawdy w odniesieniu do wymuszonych zaginięć*, § 3.

²⁶ Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, *Ogólny komentarz o prawie do prawdy w odniesieniu do wymuszonych zaginięć*, § 10.

²⁷ L. Joinet, dla Podkomisji NZ do Przeciwdziałania Dyskryminacji i Ochrony Mniejszości (UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities), *The administration of justice and the human rights of detainees. Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 1997, § 17.

²⁸ Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, *Ogólny komentarz o prawie do prawdy w odniesieniu do wymuszonych zaginięć, op. cit.*, §§ 5 i 9.

²⁹ L. Joinet, *op. cit.*, § 17.

³⁰ Obowiązek ten dotyczy tak badania zwłok celem identyfikacji, w którym to celu Państwa są zobowiązane podjąć wszelkie dostępne im środki, oraz wydania zwłok i ich pochówku. Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, *Ogólny komentarz o prawie do prawdy w odniesieniu do wymuszonych zaginięć, op. cit.* § 6.

³¹ Por. niżej.

wiane wątpliwości co do zawartości normatywnej i konkretnych skutków «prawa do prawdy» czynią z tego konceptu więcej niż dobry argument, ale jeszcze nie jasną zasadę prawną³². Inny autor traktuje prawo do prawdy jako „część szerokiego prawa do sprawiedliwości na rzecz ofiar (zbrodni przeciw ludzkości)”, obok praw: do sprawiedliwości *sensu stricto* (obowiązek oskarżenia i ukarania), do naprawy, i do ustanowienia demokratycznych organów porządku publicznego (*to development of democratic security forces*)³³. Adwokaci prawa do prawdy uznają jego status prawa autonomicznego³⁴. Z drugiej strony, argumentuje się też, że prawo to może być wywodzone z (a nie istnieć obok) szeregu innych praw „konwencyjnych”: do sprawiedliwości, do naprawy, do informacji czy do skutecznego środka odwoławczego³⁵. Zdaniem autora, może to też świadczyć na rzecz tezy, że bez prawa do prawdy można „się obyć”, bo istnieją (inne) prawa człowieka, których wykorzystanie może prowadzić do tego samego rezultatu, a które nie są przedmiotem dyskusji innych jak tylko co do zastosowania w konkretnej sprawie.

Prawo do prawdy czerpie swoje źródła z międzynarodowego prawa humanitarnego, które to wyposaża rodziny w prawo do poznania losu swoich bliskich zaginionych w toku konfliktów zbrojnych³⁶.

³² Yasmin Naqvi, *op. cit.*, s. 273: „Somewhere on the threshold of a legal norm and a narrative device (because) lingering doubts about its normative content and parameters leave it somewhere above a good argument and somewhere below a clear legal rule”. Opinia przyjaciela sądu przedstawiona w imieniu J. S. Mbizana i M. Mxenge w sprawie *The Citizen 1978 (PTY) Limited przeciwko Robert McBride* przed Trybunałem Konstytucyjnym Republiki Południowej Afryki (sygn. CCT23/2010) argumentuje, że prawo do prawdy jest „wyłaniającą się zasadą” (tłum. A. Szpak tego samego zwrotu użytego przez innego autora) międzynarodowego prawa zwyczajowego.

³³ J.E. Méndez, *op. cit.*, s. 263.

³⁴ Biuro Wysokiego Komisarza Praw Człowieka NZ, raport *Prawo do prawdy (Right to truth)*, 7.06.2007 r., A/HRC/5/7, § 2.

³⁵ *Ibidem*, np. § 9, 13 i 19.

³⁶ Konwencja (I) o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych, Artykuł 16; Konwencja (II) o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu, Artykuł 19; Konwencja (III) o traktowaniu jeńców wojennych, Artykuł 122 *et seq.*; Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny, Artykuł 16 § 2; Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, Artykuł 32. Zob. też: Sekretarz Generalny NZ, *op. cit.* § 9.8. Traktatowe prawo humanitarne nie posługuje się nie tylko pojęciem „wymuszone zaginięcie”, co już wcześniej wspomniano, ale też nie odnosi się wprost do godno-

Natomiast w reżymie praw człowieka instytucja ta pojawiła się najwcześniej w amerykańskim systemie ochrony praw człowieka, w pierwotnie w kontekście wymuszonych zaginięć w Ameryce Południowej i Środkowej³⁷, a później także wobec przypadków naruszeń innych praw człowieka³⁸. Prawo do prawdy jest też stopniowo brane pod uwagę przez organy systemu afrykańskiego³⁹. Na poziomie uniwersalnym, prawo do prawdy znalazło się w „miękkich” dokumentach Zgromadzenia Ogólnego oraz Komisji i Rady Praw Człowieka, w szczególności w Zbiorze zasad ochrony i promocji praw człowieka przez akcję przeciwko bezkarności, promowanym przez ówczesną Komisję Praw Człowieka⁴⁰, oraz wśród przyjętych przez Zgromadzenie Ogólne Podstawowych zasadach i instrukcjach dotyczących prawa do środka odwoławczego i naprawy dla ofiar rażących naruszeń praw człowieka i poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego⁴¹.

W prawie traktatowym istnienie prawa do prawdy w zakresie przymusowych zaginięć zostało potwierdzone w ww. Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zniknięciami⁴². Co do zasady powieliła ona częściowe elementy prawa do prawdy zacytowane tu wcześniej za Grupą Roboczą NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, ale – co znaczące – nie wspomina o prawie do informacji o tożsamości sprawców. Wymaga jednak dodania, że i Grupa Robocza w dalszej części swojego Komentarza uwzględniła wyjątkowe

ści ludzkiej, źródła praw człowieka. Jednakże Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii stanął na stanowisku, iż „istota całego korpusu międzynarodowego prawa humanitarnego jak również systemu praw człowieka leży w ochronie ludzkiej godności każdej osoby”. Zob.: Wyrok MTKbJ w sprawie *Prokurator przeciwko Anto Furundzija* z 10.12.1998 r., nr sprawy IT-95-17/1-T, § 183.

³⁷ *Velásquez-Rodríguez przeciwko Hondurasowi*, § 181.

³⁸ Raport MKPC w sprawie *Tibi przeciwko Ekwadorowi* z 5.10.2000 r., nr skargi 12.124, § 257.

³⁹ Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów, *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, DOC/OS(XXX)247, 2001, Zasada C.

⁴⁰ D. Orentlicher, *op. cit.*

⁴¹ Zgromadzenie Ogólne NZ, Rezolucja 60/147 *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, 16.12.2005 r., § 22 pkt (b) i § 24.

⁴² Międzynarodowej Konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem, *op. cit.*, art. 24 § 2.

sytuacje, gdy prawo do prawdy o „okolicznościach” zaginięcia (w odróżnieniu od informacji o losie zaginionego), w tym do poznania nazwisk sprawców, może być ograniczone (gdy umożliwiałoby to bezpośrednio przeciwdziałanie i powstrzymanie zaginięć)⁴³.

ETPC nie posługuje się pojęciem „prawo do prawdy” nawet w formie narracji (a nie jak standardem prawnym), mimo że znany jest mu doskonale dorobek MKPC i MTCP, a przedłożona w 2009 r. Trybunałowi opinia przyjaciela sądu poświęciła prawu do prawdy relatywnie wiele uwagi⁴⁴. Co prawda, jak wspomniano, Trybunał przyznał, że ofiarą naruszenia zakazu tortur i niehumanitarnego traktowania może być nie tylko osoba zaginiona, ale także jej bliscy, a to z powodu braku informacji o losie zaginionych⁴⁵ – co odzwierciedla tok argumentacji, z którego ewoluowało współczesne stanowisko MTPC dotyczące prawa do prawdy. Brakującym aspektem, z którym Trybunał dopiero może się zmierzyć, jest przynależność prawa do prawdy do całego społeczeństwa, a nie tylko do (wąskiego kręgu) jednostek. To, jaką drogę ma Trybunał jeszcze do przejścia, widać także w zakresie orzekania o środkach naprawczych. Wielka Izba EKPC, w orzeczeniu w sprawie, w której złożono wyżej powołaną opinię przyjaciela sądu, nie dała się przekonać do nakazania Państwu przeprowadzenia śledztwa w sprawie o wymuszone zaginięcie albo innego środka naprawczego, decyzję w tym zakresie pozostawiając Komitetowi Ministrów Rady Europy i „winnemu” Państwu⁴⁶.

Związek między prawem do prawdy a obowiązkiem przeprowadzenia rzetelnego śledztwa

Dokonany w tym artykule przegląd standardów miał na celu przybliżyć wybrane elementy prawa do rzetelnego śledztwa i prawa

⁴³ Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, *Ogólny komentarz o prawie do prawdy w odniesieniu do wymuszonych zaginięć*, § 8.

⁴⁴ Redress Trust, opinia przyjaciela sądu w sprawie *Varnava i inni przeciwko Turcji*, otrzymana przez ETPC 2.10.2008 r., <http://www.redress.org/Varnava%20Brief%20final%202%20Oct%2008.pdf> (8.01.2011 r.).

⁴⁵ *Varnava i inni przeciwko Turcji*, §§ 200–202.

⁴⁶ *Ibidem*, §§ 222–225.

do prawdy aby w tej, ostatniej części artykułu, pokusić się o – wstępną – dyskusję punktów stycznych. Analiza taka może być punktem wyjścia do oceny czy z prawa do prawdy i odpowiadających mu zobowiązań Państwa wynika dodatkowa ochrona interesów osób bliskich osób zaginionych oraz dotkniętych zaginięciami społeczeństw. W istocie, chodzi o pytanie o sens powoływania się na (rzekome) prawo do prawdy. Zagadnieniami, którym autor poświęci pokrótce uwagę poniżej, będą, ściśle powiązane: interes osób bliskich i społeczeństw (a prawo do prawdy i prawo do rzetelnego śledztwa), zasadność prowadzenia śledztwa w sytuacji niemożliwości pociągnięcia kogokolwiek do odpowiedzialności karnej, instytucje wyjaśniające te losy osób zaginionych oraz otwartość procesu wyjaśniania losów (a oba prawa).

Jak wcześniej wspomniano, choć prawo do prawdy miałoby mieć charakter autonomiczny, to z drugiej strony łączy się je m.in. z prawem do rzetelnego śledztwa⁴⁷. Granica między prawem do prawdy a prawem do rzetelnego śledztwa nie jest, zdaniem autora, ostra. W jednym z orzeczeń MTPC czytamy:

Państwo Ekwador nie spełniło swego obowiązku zapewnienia (...) prostego, szybkiego i skutecznego środka prawnego tak, aby [skarżący] mogli poznać pełną prawdę o tym, co się stało [z ofiarą zaginięcia], włączając w to okoliczności (...) torturowania i śmierci. Obowiązek ten płynie z (szerszego) obowiązku Państwa określonego w artykule 1.1. [MKPC – obowiązek efektywnej ochrony praw człowieka] „użycia wszystkich dostępnych środków aby poprowadzić poważne śledztwo (...) w celu zidentyfikowania sprawców”. (...) Członkowie rodziny są uprawnieni do informacji na temat tego, co się stało z ich krewnymi. (...) To prawo do prawdy o tym co się stało jest również oparte o potrzebę uzyskania informacji w celu realizacji innego prawa. W przypadku zaginięcia, członkowie rodziny mają prawo poznać dokładny los ofiary, nie tylko celem dowiedzenia się, w jaki dokładnie sposób jej prawa zostały pogwałcone, lecz także celem skorzystania z własnego prawa do odszkodowania ze strony państwa. Zgodnie z prawem Ekwadoru, prawo do odszkodowania cywilnego nie może być dochodzone przy braku sądowego stwierdzenia odpowiedzialności karnej. Co więcej, Komisja stwierdziła, że ofiary i ich krewni mają prawo do sądowego postępowania przed sądem karnym w celu zidentyfikowania sprawców naruszeń i odpowiedniego ich ukarania⁴⁸.

⁴⁷ ECOSOC, *op. cit.*, § 42–43.

⁴⁸ Raport MKPC w sprawie *Manuel Garcia Franco przeciwko Ekwadorowi* z 12.03.1997 r., nr skargi 10.258, §§ 73–75. „*The State of Ecuador failed to honor its obligation to provide simple,*

Zdaniem autora, w świetle tego, reprezentacyjnego dla orzecznictwa w zakresie prawa do prawdy, wyroku, relacja między prawem do prawdy a prawem do rzetelnego postępowania jest do tego stopnia ścisła, że z trudnością może przychodzić obrona stanowiska o autonomności prawa do prawdy⁴⁹. Gros standardów skorelowanych z prawem do prawdy przez Grupę Roboczą, i do pewnego stopnia obecnych także w Międzynarodowej Konwencji, podpada lub może podpaść pod obowiązek rzetelnego postępowania (dotyczy to: wspomnianego w niniejszym artykule prawa dostępu do informacji z postępowania; wysokiej jakości i profesjonalizmu postępowania dowodowego⁵⁰; obowiązku ochrony świadków czy personelu pracującego przy śledztwie⁵¹). W dodatku trudno odmówić racji twierdzeniu, że śledztwo z natury ma na celu odkrycie prawdy⁵². Niemniej, zda-

swift and effective legal recourse to the Garcia family, so that they could know the full truth about what happened (to the victim), including the circumstances of (...) torture and death. This duty flows from the obligation of the state under Article 1.1 to «use all the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction (in order) to identify those responsible» (...) Family members are entitled to information as to what happened to their relative. (...) This right to know the truth about what happened is also based on the need for information to vindicate another right. In the case of a disappearance, family members have the right to know the exact fate of the victim, not only for the purpose of learning exactly how his or her rights were violated, but also in order to enforce their own right to compensation from the State. Under Ecuadorean law, the right to civil compensation cannot be pursued in the absence of a judicial determination of criminal responsibility. Furthermore, the Commission has established that victims and their relatives have a right to a judicial investigation by a criminal court designed to identify the perpetrators of human rights violations and sanction them accordingly”. (Skorzystano w części z tłumaczenia A. Szpaka w: A. Szpak, *op. cit.*, s. 53).

⁴⁹ Cytat ten obrazuje, że prawo do prawdy i obowiązek przeprowadzenia śledztwa są po dwóch stronach tego samego medalu w tym sensie, że drugie pozwala zrealizować to pierwsze. Z tej perspektywy rzeczywiście są nie tyle co odrębne, co należą do różnych kategorii, które nie mogą być stawiane obok siebie, za to mogą być komplementarne. Por. inaczej: A. Szpak, *op. cit.*, s. 53.

⁵⁰ Por. np.: *Kelly i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, §§ 96–98, Wyrok ETPC w sprawie *Gülec przeciwko Turcji* z 27.07.1998 r., nr skargi 54/1997/838/1044, § 79–82.

⁵¹ Por.: Komitet Ministrów Rady Europy, Rekomendacja R (85) 11 do państw członkowskich *On the protection of the victim in the framework of criminal law and procedure*, § 16; Komitet Ministrów Rady Europy, Rekomendacja Rec(2000)19 *The Role of public prosecution in the criminal justice system*, § 5 (g).

⁵² Zgodnie z polskim kodeksem postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm., jego przepisy „mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby: 1) sprawca przestępstwa został wykryty (...) 2) (...) osiągnięte zostały zadania postępowania karnego nie tylko w zwalczaniu przestępstw, lecz również w zapobieganiu im oraz

niem autora, prawo do prawdy nadbudowuje na określonych elementach standardu rzetelnego postępowania do tego stopnia, że rzeczywiście możemy mieć do czynienia z czymś więcej niż tylko zgrabną figurą retoryczną.

Powołane w powyższym cytacie stanowisko MTPC potwierdza to, że śledztwo ma być nakierowane także na spełnienie oczekiwań osób bliskich ofiary wymuszonego zaginięcia. Ten aspekt rzetelnego śledztwa znajduje swoje miejsce także w europejskim systemie ochrony praw człowieka. ETPC przypisuje coraz większą wagę do aktywniejszego udziału w śledztwie osób bliskich bezpośrednich ofiar i wypowiada się już nie tylko o ich dostępie do akt sprawy⁵³ czy o prawie do bycia poinformowanym o decyzjach procesowych, w szczególności o odmowie oskarżenia⁵⁴, ale też o „udziale bliskich ofiar w śledztwie do takiego stopnia, w jakim jest to konieczne do ochrony ich interesów”⁵⁵. ETPC w swoim orzecznictwie zwrócił też uwagę na to, że rzetelne, sprawne i przejrzyste (transparentne) śledztwo jest istotne z punktu widzenia publicznego zaufania do systemu prawnego⁵⁶.

Te koncesje pozwalają stwierdzić, że nawet jeśli wprowadzenie w życie obowiązku umożliwienia pewnej publicznej kontroli nad

w umacnianiu poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego, 3) uwzględnione zostały prawnie chronione interesy pokrzywdzonego”, zaś „podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne”. Por. *Gongadze przeciwko Ukrainie, op. cit.*, § 179: „Trybunał uważa, że fakty tej sprawy świadczą o tym, że podczas postępowania karnego, do grudnia 2004 roku, władze Państwa, bardziej były zainteresowane udowodnieniem braku związku wysokich przedstawicieli Państwa w sprawę niż odkryciem prawdy o okolicznościach zniknięcia i śmierci męża skarżącej”. („*The Court considers that the facts of the present case show that during the investigation, until December 2004, the State authorities were more preoccupied with proving the lack of involvement of high-level State officials in the case than with discovering the truth about the circumstances of the disappearance and death of the applicant's husband*”).

⁵³ Wyrok ETPC w sprawie *Maayevy przeciwko Rosji* z 24.05.2011 r., nr skargi 7964/07, § 95.

⁵⁴ *Kelly i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 118.

⁵⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Hugh Jordan przeciwko Wielkiej Brytanii* z 4.05.2001 r., nr skargi 24746/94, § 109. Por. też: *Gülec przeciwko Turcji*, § 82. Warto wspomnieć w tym miejscu, że w dniu oddania niniejszego artykułu do publikacji, 9.06.2011 r., komisarz Komisji Europejskiej Viviane Reding oficjalnie zaprezentowała pakiet dwóch projektów legislacyjnych mających, między innymi, ustanowić unijne minimum ochrony ofiar przestępstw.

⁵⁶ *Kelly i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 138.

śledztwem jawi się jako mało realne, szczególnie tam, gdzie potrzeba ku temu jest najpilniejsza (Państwa będące w stanie konfliktu czy rządzone niedemokratycznie), to „obowiązek rzetelnego postępowania wyposażył ofiary i ich rodziny w jakiś środek nacisku na Państwo”⁵⁷.

Prawo do prawdy zaprowadza nas jeszcze dalej. Jak wynika z wcześniejszej części artykułu, prawo do prawdy ma u źródeł troskę nie tylko o los osób zaginionych, ale też o osoby bliskie zaginionym. Ma też ono swój wymiar kolektywny, w świetle którego jednostki i całe społeczeństwa są przeciwstawione machinie Państwa. Prawo do prawdy może więc tylko poszerzać możliwości dostępu czynnika prywatnego (w opozycji do publicznego, reprezentowanego przez organy ścigania) do karnych postępowań przedsądowych.

Takie poszerzone możliwości nie muszą wiązać się tylko z interesem jednostek i społeczeństwa w oskarżeniu osób winnych, ale także z dążeniem do poznania okoliczności popełnienia zbrodni. Choć bowiem prawo do prawdy jest istotne z punktu widzenia umożliwienia ścigania sprawców, to jednak nie musi być takiemu punitywnemu celowi podporządkowane. W celu realizacji prawa do prawdy można by się posłużyć tymi samymi środkami, które składają się na śledztwo, tyle że wyłącznie w celu uzupełnienia naszej wiedzy o przeszłości. Pragnienia dostępu do tej wiedzy nie niweluje przecież śmierć osób podejrzanych – która jednak jest typową przesłanką umorzenia postępowania karnego. Prawo do prawdy mogłoby mieć ten efekt, że krajowa regulacja postępowania karnego przewidywałaby w określonych sytuacjach, np. wobec przestępstw politycznych czy przestępstw międzynarodowych, wyjątki pozwalające prowadzić postępowanie („karne”?) niezależnie od szansy na pociągnięcie kogokolwiek do odpowiedzialności, tylko lub głównie w celu wyjaśnienia okoliczności sprawy. Wymagałoby to rewizji ustalonej przez ETPC w sprawie *Brecknell* równowagi interesów, w świetle której przed podjęciem na

⁵⁷ J. Chevalier-Watts, *op. cit.*, s. 715. „*The effective investigation obligation has provided victims and their families with some leverage over state actors. Perhaps therefore it would be pertinent to suggest that the procedural obligations balance the requirements on a state and recognize its position in a liberal democracy whilst recognizing the rights of victims’ families and acknowledging the need to restore public confidence*”. Przypis pominięto.

nowo czynności śledczych władze mogą ocenić szanse „ścigania wców” na podstawie nowych dowodów⁵⁸.

W tym miejscu warto zauważyć, że Ustawa o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu pozwala kontynuować postępowanie mimo śmierci osoby podejrzanej⁵⁹, choć prawo do prawdy nie jest w katalogu praw człowieka znanym z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej czy, ku wiedzy autora, z krajowego orzecznictwa. Świadczyło by to za brakiem potrzeby odwoływania się do tego dodatkowego prawa człowieka. Z drugiej strony, wyżej wymieniona ustawa jest szczególnym aktem prawnym, który dotyczy zamkniętego – choć szerokiego – katalogu czynów. Wobec tego, powołany przykład może stanowić raczej o wyjątku niż regule. Jest tak z pewnością w odniesieniu do polskiego porządku prawnego, gdyż wyżej wspomniane rozwiązanie ustawowe zostało wprowadzone jako wyjątek od przepisu ustawy Kodeks postępowania karnego. Zgodnie z tym ostatnim, „nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy (...) oskarżony zmarł”⁶⁰.

Zdaniem autora, proponowana tu ingerencja w model postępowania karnego jest fundamentalna: postępowanie pozbawione celu oskarżenia jest jakościowo różne: zmienia się, a przynajmniej ogromnie poszerza, przedmiot postępowania, a zasada sprawiedliwego procesu, w braku podmiotu, jest bez znaczenia. Świadczyłoby to, że rzetelne śledztwo nie jest już tym samym śledztwem, choć musi pozostać rzetelne.

Ponadto, takie przemodelowanie postępowania karnego, może pozwolić uniknąć niektórych, notorycznych kontrowersji związanych z powołaniem komisji prawdy (i pojednania) – kontrowersji dotyczących, po pierwsze, (zbyt słabych) kompetencji komisji do pozyskiwa-

⁵⁸ Por. druga część artykułu.

⁵⁹ Ustawa z 18.12.1998 r., Dz. U. z 2007 r. Nr 63, poz. 424 ze zm., art. 45 ust. 3 i 4., Por. Wyrok MTPC w sprawie *Velasquez Rodriguez przeciwko Hondurasowi* z 29.07.1988 r., § 181: „Nawet w hipotetycznej sytuacji, w której osoby indywidualnie winne zbrodni tego rodzaju nie mogłyby być ukarane, Państwo jest zobowiązane użyć środków do jego dyspozycji aby poinformować krewnych o losie ofiary i, jeśli ofiara wymuszonego zaginięcia została zabita, o położeniu ciała.”

⁶⁰ Ustawa z 06.06.1997 r. Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm., art. 17 § 1 pkt 5).

nia informacji⁶¹ oraz, po drugie, stroniczości (na korzyść ofiar naruszeń przeszłych praw człowieka)⁶².

Niezależnie od celów przyświecających śledztwu, prawo do prawdy mogłoby wzmacniać zasadę jawności działania Państwa, w szczególności organów śledczych, „w toku” i „po zakończeniu” procesu badania danej sprawy. Jak ujęto w odniesieniu do Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (MTKbJ), „nie wystarczy po prostu zapisać historię. Istota zadania polega na jej upowszechnieniu”⁶³. MTPC w sprawie *Myrna Mach Chang*, nałożył na rząd Gwatemali nie tylko obowiązek rozpowszechnienia orzeczenia Trybunału wśród społeczeństwa, ale też „ujawnienia wyniku śledztwa tak, aby społeczeństwo Gwatemali poznało prawdę”⁶⁴. Należy domniemywać, że miałyby się to stać bez potrzeby składania wniosku przez zainteresowane osoby (to znaczy przez „każdego”), ale z urzędu. W odniesieniu do ETPC, już wcześniej w niniejszym artykule wspomniano pozytywne podejście Trybunału do zagadnienia dostępu ofiar naruszeń praw człowieka do akt śledztwa czy podstawowych decyzji procesowych.

Posłużenie się argumentacją opartą o prawo do prawdy może pomóc sprawić, aby śledztwo nie było nakierowane na odkrycie prawdy tylko i wyłącznie teoretycznie. Prawo do prawdy może stopniowo zwiększyć otwartość organów krajowych i Trybunału na interes ofiar i ich bliskich. Jest prawdą, że dzieje się to już obecnie, nawet jeśli

⁶¹ Por. J.E. Mendez, *op. cit.*, s. 277. Wymóg kompletnego wyposażenia organu śledczego we władcze kompetencje pozyskiwania informacji, też od innych organów Państwa, zawarła jednoznacznie w swoim Komentarzu Grupa Robocza NZ. Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, *Ogólny komentarz o prawie do prawdy w odniesieniu do wymuszonych zaginięć*, *op. cit.*, § 9.

⁶² J.E. Mendez, *op. cit.*, s. 277.

⁶³ Sekretarz Generalny NZ, *Piąty raport roczny MTKbJ*, załączony do noty Sekretarza Generalnego NZ, 10.08.1998 r., A/53/219 – S/1998/737, § 296. „It is not enough simply to create a record. Its power lies in its dissemination”. Por. też dyskusję nt. przyszłości archiwów Trybunałów dla byłej Jugosławii i Rwandy, np.: Sekretarz Generalny NZ, *Report on the administrative and budgetary aspects of the options for possible locations for the archives of the International Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda and the seat of the residual mechanism(s) for the Tribunals*, 21.05.2009 r., S/2009/258, gdzie w § 201: „Archiwa MTKbJ są instrumentem sprzyjania pojednaniu i pamięci”.

⁶⁴ Wyrok MTPC w sprawie *Myrna Mack Chang przeciwko Gwatemali* z 25.11.2003 r., nr skargi 10.636, § 275.

„prawo do prawdy” nie zajmuje prominentnego miejsca w dyskursie publicznym w Europie (w przeciwieństwie do dyskursu o prawdzie historycznej, który toczy się dość wartkim nurtem). Gdyby tak było, to możliwe, że mielibyśmy do czynienia, znowu, raczej ze zmianą jakościową niż ilościową (w wyniku upublicznienia wyników śledztwa dla każdego, i być może z urzędu niż na wniosek, a także w sposób czy formie, które gwarantują, że społeczeństwa mogą dane informacje ze śledztwa zrozumieć i wykorzystać na przykład dla celów edukacyjnych). Nie zmieniło by tej oceny zachowanie klauzuli pozwalającej opóźnić dostęp do akt postępowania, gdy miało by to zagrozić pewnym ściśle określonym wartościom, na przykład dobru toczącego się równoległe innego postępowania⁶⁵. Takie wyjątki dopuszcza też w pewnym zakresie, z uwagi na dobro toczącego się postępowania, Grupa Robocza⁶⁶.

Zakończenie

Państwa-Strony Konwencji są zobowiązane korzystać z procedur ustalania prawdy w sposób profesjonalny i z nieustającą determinacją⁶⁷, nie mogą czynić tego w zupełnej tajemnicy przed kręgiem osób najbliższych zaginionym. Jaki dodatkowy oręż w konfrontacji z Państwem może dostarczać prawo do prawdy?

Może ono wymagać szerszego zakresu badania okoliczności naruszeń, zarówno co do przedziału czasowego jak i przedmiotu śledztwa (np. mechanizmy społeczne, które umożliwiły dokonanie naruszeń), a także zobowiązywać organy prowadzące śledztwo do większej otwartości. Jest to refleks funkcji prewencyjnej prawa do prawdy, gdyż kontekst zbrodni i okoliczności, które same w sobie nie obciążają nikogo karnie, mogą stanowić lekcję na przyszłość i stanowić podbudowę „systemu wczesnego ostrzegania”, działań edukacyjnych

⁶⁵ *Kelly i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 115.

⁶⁶ Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, *Ogólny komentarz o prawie do prawdy w odniesieniu do wymuszonych zaginięć*, § 3.

⁶⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Yaşa przeciwko Turcji* z 2.09.1998 r., nr skargi 63/1997/847/1054, § 107.

itp. Kolektywny aspekt prawa do prawdy również jest przez takie rozszerzone śledztwo lepiej realizowany.

Agnieszka Szpak

Wymuszone zaginięcia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – „sprawy ceczeńskie”

1. Definicja i regulacje prawne

Przed analizą wspomnianych w tytule „spraw ceczeńskich” chciałabym wspomnieć ogólnie o zjawisku wymuszonych zaginięć, a następnie o uregulowaniach prawnych w tym zakresie. Na tym tle zostaną przedstawione wybrane „sprawy ceczeńskie” rozstrzygnięte przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Celem tego opracowania jest wskazanie, że „sprawy ceczeńskie” spełniają przesłanki dla uznania ich za wymuszone zaginięcia.

W środku nocy grupa silnie uzbrojonych mężczyzn włamuje się do twojego domu, siłą wyciąga twojego męża lub syna z łóżka, wrzuca go do wojskowego jeepa bez numerów rejestracyjnych i zawozi go do nieznanego miejsca. Następnego dnia próbujesz się dowiedzieć na posterunku policji, w najbliższym biurze armii, u burmistrza twojego miasta lub nawet u ministra spraw wewnętrznych, ale zawsze otrzymujesz tę samą odpowiedź: wszystkie władze zaprzeczają faktowi, że twój mąż lub syn został zatrzymany przez funkcjonariuszy państwowych i udają, że nie mają najmniejszego pojęcia o losie kochanej przez ciebie osoby. W rzeczywistości jednak twój mąż lub syn został porwany przez państwowe siły bezpieczeństwa lub grupy paramilitarne blisko z nimi związane i jest przetrzymywany *incommunicado* przez długi okres czasu w tajnym miejscu lub ośrodku przesłuchań, poddawany najbardziej okrutnym torturom. Może on zostać potajemnie zabity.

Tak Manfred Nowak opisuje typowy scenariusz wymuszonego zaginięcia¹. Inne stwierdzenie, które trafnie oddaje sytuację osoby zaginionej jest autorstwa Shari Eppel: „Zaginionym odmawia się miejsca pośród żywych, ale również odmawia się im miejsca pośród martwych”².

Zjawisko wymuszonych zaginięć sięga czasów II wojny światowej, kiedy to A. Hitler w zarządzeniu z dnia 7 grudnia 1941 r. (tzw. Dekret „Noc i mgła”) nakazał deportację z okupowanych terenów do Niemiec osób podejrzanych o opór przeciwko okupacji niemieckiej³. Podobne metody były stosowane w państwach Ameryki Południowej przez reżimy wojskowe rządzące w latach 60-tych i 70-tych ubiegłego wieku (Gwatemala, Chile, Argentyna). Wtedy też po raz pierwszy został użyty termin wymuszone zaginięcie (*enforced disappearance*) będący tłumaczeniem z języka hiszpańskiego *desaparicion forzada*⁴.

Wymuszone zaginięcia osób stanowią jedno z najpoważniejszych naruszeń praw człowieka, określanym jako „naruszenie ludzkiej godności”⁵ i „poważne i godne potępienia przestępstwo przeciwko przyrodzonej godności ludzkiej”⁶. Najbardziej istotnym na dzień dzisiejszy źródłem prawa międzynarodowego dotyczącym wymuszonych zaginięć jest przyjęta w dniu 20 grudnia 2006 r. przez ZO NZ Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami⁷. Warto jednak pamiętać, że również wcześniejsze traktaty międzynaro-

¹ Foreword (Wstęp) by M. Nowak [w:] M.F. Pérez Solla, *Enforced Disappearances in International Human Rights*, Londyn 2006, s. 1.

² Za: M. Blaauw, V. Lähteenmäki, „Denial and silence” or „acknowledgment and disclosure”, IRRC 2002, nr 848, s. 769.

³ Zobacz: *Enforced Disappearances, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights*, Council of Europe (2005 r.); raport dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc05/EDOC10679.htm>; punkt B (2) 11 (27.01.2008 r.).

⁴ *Ibidem*, punkt B (2) 12.

⁵ Art. 1 Deklaracji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami; deklaracja jest dostępna na stronie internetowej: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.En?OpenDocument) (27.01.2008 r.).

⁶ Preambuła Międzamyerykańskiej konwencji dotyczącej wymuszonych zaginięć osób, ustęp 3. Konwencja jest dostępna na stronie internetowej: <http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/a-60.html> (11.02.2008 r.).

⁷ Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami jest dostępna na stronie internetowej: http://untreaty.un.org/English/notpubl/IV_16_english.pdf (11.02.2008 r.).

dowe i instrumenty niewiążące poświęcone zostały problematyce wymuszonych zaginięć, np. statut Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK), który w art. 7 dotyczącym zbrodni przeciwko ludzkości w ust. 1 (i) wymienia wymuszone zaginięcia. Także wcześniejsza Deklaracja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami (rez. ZO 47/133) z dnia 18 grudnia 1992 r. została w całości poświęcona temu problemowi⁸. Pierwszym prawnie wiążącym źródłem w tym zakresie była Międzyamerykańska konwencja o wymuszonych zaginięciach osób z 1994 r.⁹

Zbrodnia wymuszonego zaginięcia została zdefiniowana w ONZ-owskiej Konwencji z 2006 r. jako: areszt, zatrzymanie, porwanie lub pozbawienie wolności osoby przez funkcjonariuszy państwowych lub przez osoby bądź grupy osób działające z upoważnienia, ze wsparciem lub za przyzwoleniem państwa oraz późniejsza odmowa uznania pozbawienia wolności lub zatajenie losu zaginionej osoby, co pozbawia taką osobę ochrony prawa¹⁰. Państwa-Strony powinny również przedsięwziąć odpowiednie kroki celem zbadania aktów wymuszonych zaginięć popełnionych przez osoby lub grupy osób działające bez upoważnienia, wsparcia czy przyzwolenia państwa i ukarania winnych¹¹. Definicję tę warto zacytować jako wskazówkę na potrzeby niniejszego artykułu.

Konwencja ONZ z 2006 r. jest wiążącym kompleksowym traktatem międzynarodowym w całości poświęconym zbrodni wymuszonego zaginięcia osób, definiującym wymuszone zaginięcia i ich zakazującym¹². Konwencja składa się z trzech części podzielonych na artykuły i paragrafy. Ogółem liczy sobie 45 artykułów. W trakcie prac

⁸ Na temat prac na Deklaracją i jej przyjęcia zobacz: R. Brody, *Commentary on the Draft UN „Declaration on the Protection of All Persons from Enforced or Involuntary Disappearances”*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 1990, nr 4.

⁹ Tak: preambuła (*reaffirming that the systematic practice of the forced disappearance of persons constitutes a crime against humanity*).

¹⁰ Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami, art. 2. Zobacz Uwagi ogólne Grupy roboczej ds. Wymuszonych Zaginięć: *Press Release. Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances Adopts General Comment on the Definition of Enforced Disappearances, 20 March 2007*; dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/B9661660AB105C52C12572A400466F2E> (06.01.2011 r.).

¹¹ Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami, art. 3.

nad Konwencją niektóre państwa europejskie błędnie uważały, że wymuszone zaginięcia należą do przeszłości i że były terytorialnie ograniczone do krajów Ameryki Południowej. Na tej podstawie uznawały, że nie istniała pilna potrzeba przyjęcia konwencji regulującej to zagadnienie. Jednak raporty Grupy roboczej NZ ds. wymuszonych zaginięć wyraźnie ukazywały, że takie podejście jest niewłaściwe, gdyż wymuszone zaginięcia ani nie są zjawiskiem przeszłości ani nie są ograniczone tylko do jednego regionu świata.

Novum w Konwencji stanowi wyraźny zakaz wymuszonych zaginięć jako odrębna zbrodnia prawa międzynarodowego¹³; wcześniej wymuszone zaginięcie łączono z innymi prawami i tak stanowiły one naruszenie wspomnianych już w Deklaracji praw, lecz należy podkreślić, że zbrodnia ta nie stanowi tylko sumy naruszeń tych innych wymienionych praw człowieka. To odrębna kategoria zbrodni stanowiąca odmowę istnienia osoby pozbawionej wolności, a dla jej rodziny odmowę dostępu do jakiegokolwiek informacji na temat jej losu. Nowo przyjęta Konwencja wyraźnie uznaje wymuszone zaginięcie za zbrodnię samą w sobie. Na drugim biegunie będzie się w związku z tym znajdowała wolność od wymuszonego zaginięcia jako jedno z fundamentalnych praw człowieka. Żadne wyjątkowe okoliczności takie jak stan wojny, zagrożenie wojną, wewnętrzna niestabilność polityczna lub inny stan zagrożenia publicznego nie mogą zostać powołane jako uzasadnienie dla wymuszonych zaginięć (art. 1 ust. 2).

Konwencja weszła w życie dnia 23 grudnia 2010 r. po ratyfikacji przez 20 państw. W chwili obecnej ratyfikowały ją 23 państwa, natomiast podpisało 88. Wśród państw-sygnatariuszy nie ma, co prawda, Rosji¹⁴, warto jednak wspomnieć o Konwencji, ponieważ jej przyjęcie oznacza po pierwsze postęp w rozwoju prawa międzynarodowego; po

¹² Inne propozycje obejmowały przyjęcie Protokołu fakultatywnego do Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych lub Protokołu fakultatywnego do Konwencji o zakazie stosowania tortur i innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania. Na temat wad i zalet tych innych rozważanych rozwiązań zobacz: M. Nowak, *Civil and Political Rights, Including Questions of: Disappearances and Summary Executions. A Report submitted to Commission on Human Rights*, 2002; ss. 39–41; raport jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3e140ed64e-7c6a83c1256b9700513970> (01.03.2008 r.).

¹³ Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami, art. 4.

drugie wypełnia ona również swego rodzaju lukę w prawie – brak uniwersalnego traktatu regulującego problem naruszania wielu praw człowieka spowodowanych przez wymuszone zaginięcia. To, czy Konwencja rzeczywiście przyczyni się do zapobieżenia czynom wymuszonego zaginięcia i do karania jej sprawców, zależy przede wszystkim od samych państw. Muszą one, po pierwsze, ratyfikować Konwencję (o co należy apelować również do władz rosyjskich), a po drugie wprowadzić do ustawodawstwa wewnętrznego przepisy ją implementujące¹⁵.

2. „Sprawy czeczeńskie” przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka

Na tle powyższych uwag przeanalizowane zostaną orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). W uproszczeniu można stwierdzić, że zgodnie z Europejską konwencją praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (EKPC), państwo (skarga państwowa) lub jednostka, grupa jednostek lub organizacja pozarządowa (skarga indywidualna) może złożyć skargę do ETPC na naruszenie praw człowieka chronionych przez Konwencję. Postępowanie przed Trybunałem ma charakter skargowy i publiczny¹⁶.

Obecnie do ETPC trafia kilkanaście tysięcy skarg indywidualnych rocznie, w tym około jednej trzeciej od osób pozbawionych wolności. Jeśli chodzi o skargi państwowe to rozpatrzono ich dotąd czternaście¹⁷.

¹⁴ Zobacz *UN Treaty Collection*: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en (06.01.2011 r.).

¹⁵ Bardziej szczegółowo na temat regulacji prawnych wymuszonych zaginięć zobacz: A. Szpak, *Amerykańska praktyka renditions jako współczesny przykład wymuszonych zaginięć*, „*Studia Prawnicze*” 2009, nr 1–2, s. 178–192.

¹⁶ Tekst Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności w: M. Balcerzak (oprac.), *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, Toruń 2007, oznaczenie brzegowe, II-A/1; Art. 40 EKPC. W dalszej części autorka powołuje się na tekst Konwencji z tej pozycji.

¹⁷ *Ibidem*, ss. 179–180. Na temat wybranych spraw rozstrzygniętych przez ETPC zobacz: M. Nowak, *Civil and Political Rights, Including Questions of: Disappearances and Summary Executions. A Report submitted to Commission on Human Rights*, 2002; ss. 17–19; raport jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/0/3e140ed64e7c6a83c1256b9700513970> (01.03.2008 r.).

W większości „spraw czeczeńskich” stan faktyczny wyglądał podobnie. Grupa niezidentyfikowanych rosyjskich funkcjonariuszy państwowych, często zamaskowanych, bez żadnego nakazu aresztowała czy zabierała osobę krewną skarżącej/ego – syna, ojca, męża, żonę lub matkę (Czecenów). W wielu przypadkach osoba aresztowana była następnie bezprawnie zabijana. Skarżący twierdzili również, że władze nie przeprowadzały skutecznego i adekwatnego śledztwa co do okoliczności zaginięcia ofiary. Ofiary znikwały i krewni nie byli w stanie uzyskać o nich żadnych informacji. Warto dodać, że rosyjskie siły federalne całkowicie kontrolowały obszary Czeczenii, na których znajdowały się ofiary. Nie jest sensowne przytaczanie całego stanu faktycznego z poszczególnych spraw, pozostaje więc odesłać w sprawie szczegółów do tekstu orzeczeń. Wśród zarzucanych naruszeń Europejskiej konwencji można wymienić art. 2 (prawo do życia), 3 (zakaz tortur i innego nieludzkiego traktowania), 5 (prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego), art. 8 (prawo do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego) i 13 (prawo do skutecznego środka odwoławczego). Trybunał rozstrzygnął kilka „spraw czeczeńskich” w latach 2006–2007, lecz największa ich ilość, wręcz „boom” przypada na lata 2008–2009 i zwłaszcza 2010 r. (ok. 35 spraw).

Odnosnie do art. 2¹⁸, Trybunał stwierdzał, że w świetle znaczenia ochrony przyznawanej przez art. 2, musi on poddawać przypadki pozbawienia życia najściślejszej kontroli biorąc pod uwagę nie tylko działania funkcjonariuszy państwowych, ale także wszystkie towarzyszące temu okoliczności. Osoby zatrzymane znajdują się we wrażliwej sytuacji, a na władzach spoczywa obowiązek ich ochrony. W konsekwencji, kiedy w chwili ujęcia osoba znajdowała się w dobrym stanie zdrowia, a w momencie zwolnienia jest ranna, to na państwie ciąży obowiązek dostarczenia wiarygodnych i przekonujących wyjaśnień co

¹⁸ Art. 2 stanowi: 1. Prawo każdej osoby do życia jest chronione ustawą. Nikt nie będzie umyślnie pozbawiony życia, z wyjątkiem przypadków wykonania sądowego wyroku skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę. 2. Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z niniejszym artykułem, jeżeli wynika ono z użycia siły, które jest absolutnie konieczne: a) w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą; b) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem; c) w działaniu podjętym zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania.

do przyczyn takich zranień. Obowiązek ten jest jeszcze silniejszy, kiedy osoba znika lub umiera bezpośrednio po ujęciu¹⁹.

Jeśli chodzi o sporne fakty, Trybunał przyjął w ocenie dowodów standard dowodu „ponad wszelką wątpliwość” (*beyond reasonable doubt*). Dowód taki może jednak wynikać ze zbiegu wystarczająco silnych, jasnych i spójnych wniosków albo podobnych niezakwestionowanych domniemań faktycznych²⁰. ETPC podkreślał, że w ocenie dowodów należy wziąć pod uwagę postępowanie stron, w tym np. odmowę rządu rosyjskiego przedstawienia materiałów sprawy w oparciu o art. 161 Kodeksu postępowania karnego, który stanowi, że materiał dowodowy pochodzący z wstępnego śledztwa nie może zostać ujawniony, natomiast informacje uzyskane podczas śledztwa mogą zostać ujawnione tylko za zgodą prokuratora lub śledczego, ale tylko w takim zakresie, w jakim nie narusza to prawa i prawnie chronionych interesów uczestników postępowania karnego i nie przeszkadza w śledztwie. Zabronione jest ujawnianie informacji o życiu prywatnym uczestników postępowania karnego bez ich zgody. Trybunał uznawał jednak powoływanie się na ten przepis za niewystarczającą i przemawiającą na niekorzyść strony rządowej²¹.

¹⁹ M. in. wyrok ETPC w sprawach: *Bazorkina przeciwko Rosji* z 27.02.2006 r., nr skargi 69481/01, § 104; *Yusupova i Zaurbekov przeciwko Rosji* z 9.10.2008 r., nr skargi 22057/02, *Musikhanova przeciwko Rosji* z 4.12.2008 r., nr skargi 27243/03, § 57; *Bersunkayeva przeciwko Rosji* z 4.12.2008 r., nr skargi 27233/03, § 92; *Akhmadova i inni przeciwko Rosji* z 4.12.2008 r., nr skargi 3026/03, § 139; *Akhiyadova przeciwko Rosji* z 3.07.2008 r., nr skargi 32059/02, § 69; *Askharova przeciwko Rosji* z 4.12.2008 r., nr skargi 13566/02, § 61; *Ilyasova i inni przeciwko Rosji* z 4.12.2008 r., nr skargi 1895/04, § 57; *Rasayev i Chankayeva przeciwko Rosji* z 2.10.2008 r., nr skargi 38003/03, § 57 i 68; *Zulpa Akhmatova i inni przeciwko Rosji* z 9.10.2008 r., nr skargi 13569/02 i 13573/02, § 97; *Magomadova i Iskhanova przeciwko Rosji* z 18.06.2009 r., nr skargi 2393/05, § 90; *Nasukhanova i inni przeciwko Rosji* z 18.12.2008 r., nr skargi 5285/04, § 106; *Nenkayev i inni przeciwko Rosji* z 28.05.2009 r., nr skargi 13737/03, § 147; *Basayeva i inni przeciwko Rosji* z 28.05.2009 r., nr skargi 15441/05, § 131; *Khalitova i inni przeciwko Rosji* z 11.06.2008 r., nr skargi 33264/04, § 95.

²⁰ M. in. wyrok ETPC w sprawach: *Bazorkina przeciwko Rosji* (2006 r.), § 106; *Isigova i inni przeciwko Rosji* z 26.06.2008 r., nr skargi 6844/02, § 88; *Umarov przeciwko Rosji* z 3.07.2008 r., nr skargi 12712/02, § 83.

²¹ Wyrok ETPC w sprawach: *Nenkayev i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 136–137; *Basayeva i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 115–116; *Khalitova i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 96–97. Wykaz mającego zastosowanie prawa krajowego zobacz: *Akhmadova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 104–113.

Badając zarzuty naruszenia art. 2 ETPC podkreślał również, że czynnik czasu, który upływa od momentu uwięzienia osoby – mimo że nie decydujący – stanowi istotny czynnik, który musi zostać wzięty pod uwagę. Ma on znaczenie w tym sensie, że im więcej czasu upływa bez wieści o losie zaginionej osoby, tym większe prawdopodobieństwo, że taka osoba nie żyje. Np. w sprawie *Imakayeva przeciwko Rosji* (2006 r.) minęło ponad 5,5 roku bez żadnych wieści o losie jej syna oraz 4 lata w przypadku męża. Trybunał odnotował powoływanie się skarżącej na dostępne informacje o zjawisku „zaginięć” w Czeczenii i zgodził się, że – w kontekście konfliktu zbrojnego w Czeczenii – gdy osoba zostaje zatrzymana przez niezidentyfikowanych funkcjonariuszy bez jakiegokolwiek późniejszego uznania faktu detencji, można to opisać jako sytuację zagrażającą życiu. Dlatego to ETPC uznał, że należy domniemywać, że syn skarżącej zaginął w następstwie nieoficjalnego zatrzymania. Odpowiedzialność za to można przypisać rządowi. Doszło więc do naruszenia art. 2 w stosunku do syna skarżącej²². W nowszych orzeczeniach (z 2009 r. i kolejnych) sam Trybunał

²² M.in. wyrok ETPC w sprawie *Imakayeva przeciwko Rosji* z 9.11.2006 r., nr skargi 7615/02, § 140–144. Tak również wyrok ETPC w sprawach: *Yusupova i Zaurbekov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 53–57; *Musikhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 61–66; § 55–57; *Isigova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 97–101; *Bersunkayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 93–103; *Umarov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 93–99; *Khalidova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 82–88; *Musayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 105–107; *Akhmadova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 140; *Aziyevy przeciwko Rosji* (2008 r.), § 83–84; *Akhiyadova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 70; *Tsurova i inni przeciwko Rosji* z 6.11.2008 r., nr skargi 29958/04, § 118–119; *Askharova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 62–75; *Atabayeva i inni przeciwko Rosji* z 12.06.2008 r., nr skargi 26064/02, § 91–92; *Ilyasova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 58–71; *Rasayev i Chankayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 58–70; *Zulpa Akhmatova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 98; *Elmurzayev i inni przeciwko Rosji* z 12.06.2008 r., nr skargi 3019/04, § 101–102; *Magomadova i Iskhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 91; *Nasukhanova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 107; *Nenkayev i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 148–149; *Basayeva i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 124, 132; *Khalitova i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 109–113; *Khasuyeva przeciwko Rosji* z 11.06.2009 r., nr skargi 28159/03, § 114–115; *Magomadova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 127–129, 134–135; *Pukhigova przeciwko Rosji* z 2.07.2009 r., nr skargi 15440/05, § 73–75, 85–91; *Karimov i inni przeciwko Rosji* z 16.07.2009 r., nr skargi 2985/05, § 111; *Mutsayeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 87–95; *Dubayev i Bersnikayeva przeciwko Rosji* z 11.02.2010 r., nr skargi 30613/05 i 30615/05, § 127; *Mutsolgova i inni przeciwko Rosji* z 1.04.2010 r., nr skargi 2952/06, § 108; *Umalatov i inni przeciwko Rosji* z 8.04.2010 r., nr skargi 8345/05, § 68.

uznaje występowania niepokojącego zjawiska „zaginięć” w Czeczenii i uwzględnia to w ocenie materiału dowodowego²³.

Skarżący wielokrotnie utrzymywali, że rząd pozwany nie przeprowadził niezawisłego, skutecznego i dokładnego śledztwa co do okoliczności zatrzymania i zaginięcia ofiary, z naruszeniem proceduralnego obowiązku płynącego z art. 2. Mianowicie z art. 2 wynika proceduralny obowiązek przeprowadzenia efektywnego śledztwa w sytuacji, kiedy w wyniku użycia siły ofiara poniosła śmierć. Celem takiego śledztwa jest skuteczna implementacja prawa krajowego chroniącego prawo do życia, a w sprawach z udziałem funkcjonariuszy państwowych pociągnięcie ich do odpowiedzialności. Śledztwo powinno być niezależne, dostępne dla członków rodziny, przeprowadzone szybko i sprawnie, skuteczne w tym sensie, że jest w stanie doprowadzić do określenia czy użycie siły w danych okolicznościach było uzasadnione czy nie²⁴. Mimo że w wielu przypadkach przeprowadzono śledztwo, to charakteryzowały je liczne zwłoki, opóźnienia, zawieszenia postępowania, które utrudniały dotarcie do prawdy i znacznie zmniejszyły skuteczność śledztwa, a w konsekwencji nie przyniosło ono określonych rezultatów (bardzo często nie zidentyfikowano ani nie przesłuchano żadnych funkcjonariuszy ani oficerów wojskowych), a więc śledztwo nie było efektywne, adekwatne ani szybkie. Nawet jeśli śledztwo zostało wszczęte, sposób, w jaki je prowadzono, nie mógł być uznany za dokładny i skuteczny, ponieważ było ono przerywane i ponownie otwierane. Trybunał stwierdzał więc, że doszło do naruszenia art. 2 w tym – proceduralnym – zakresie²⁵.

²³ M.in. wyroki ETPC w sprawach: *Khasuyeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 107; *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 105; *Mutsayeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 89.

²⁴ M. in. wyroki ETPC w sprawach: *Bazorkina przeciwko Rosji* (2006 r.), § 113; *Yusupova i Zaurbekov przeciwko Rosji* (2008 r.) § 60; *Musikhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 69; *Umarov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 102; i *inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 90; *Bersunkayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 106; *Musayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 110; *Tsurova i inni „przeciwko Rosji* (2008 r.), § 120; *Askharova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 78; *Ilyasova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 72; *Nasukhanova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 108; *Nenkayev i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 152; *Basayeva i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 114; *Pukhigova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 92.

²⁵ M. in. *Bazorkina przeciwko Rosji* (2006 r.), § 117; 120–125; *Imakayeva przeciwko Rosji* (2006 r.), § 149–160; *Luluyev i inni przeciwko Rosji* (2006 r.), § 86–101; *Alikhadzhiyeva przeciwko Rosji* z 5.07.2007 r., nr skargi 68007/01, § 73; *Yusupova i Zaurbekov przeciwko Rosji* (2008 r.),

Kolejnym przepisem, którego naruszenie zarzucano w praktycz-
nie każdej „sprawie czeczeńskiej” był art. 3²⁶. Z jednej strony twier-
dzono, że bezpośrednio ofiary wymuszonych zaginięć zostały
poddane nieludzkiemu i poniżającemu traktowaniu oraz że władze
nie przeprowadzały śledztwa w sprawie tego zarzutu. Z drugiej,
zarzucano naruszenie art. 3 w stosunku do samych skarżących będą-
cych osobami krewnymi zaginionych, jako że cierpienia, jakich
doświadczali w związku z zaginięciem osób bliskich stanowiły naru-
szenie art. 3 (nieludzkie traktowanie)²⁷. Trybunał powtórzył swoje
wcześniejsze wywoady, że zarzuty złego traktowania muszą być
poparte właściwymi dowodami. Dla oceny takich dowodów Trybunał
przyjmuje standard dowodu „ponad wszelką wątpliwość”, ale dodaje,
że dowód taki może wynikać ze zbiegu wystarczająco silnych, jasnych
i spójnych wniosków albo podobnych niekwestionowanych domnie-
mań faktycznych. Trybunał stwierdzał, że mimo że nie ulega wątpli-
wości, że ofiara została zatrzymana przez siły federalne i od tej pory
zaginęła, to nie był jasnym dokładny sposób, w jaki zaginęła oraz czy
podlegała nieludzkiemu i poniżającemu traktowaniu podczas detencji.
Na tej podstawie ETPC uznawał, że nie może stwierdzić „ponad
wszelką wątpliwość”, że ofiara była traktowana w sposób naruszający

§ 60–67; *Musikhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 71–76; *Isigova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 104–115; *Umarov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 103–110; *Khalidova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 91–98; *Bersunkayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 107–113; *Akhmadova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 143–151; *Aziyevy przeciwko Rosji* z 20.03.2008 r., nr skargi 77626/01, § 87–96; *Akhiyadova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 73–80; *Tsurova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 121–130; *Askharova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 79–89; *Atabayeva i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 95–102; *Ilyasova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 73–81; *Rasayev i Chankayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 71–78; *Zulpa Akhmatova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 99–108; *Elmurzayev i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 103–111; *Magomadova i Iskhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 92–100; *Nasukhanova i inni przeciwko Rosji* z 18.12.2008 r., nr skargi 5285/04, § 109–119; *Nenkayev i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 161; *Basayeva i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 133–140; *Khalitova i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 121–126; *Khasuyeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 116–127; *Magomadova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 136–144; *Pukhigova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 95–102; *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 112–119; *Mutsayeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 96–104; *Dubayev i Bersnukayeva przeciwko Rosji* (2010 r.), § 128–130; *Mutsolgova i inni przeciwko Rosji* (2010 r.), § 122; *Umatalov i inni przeciwko Rosji* (2010 r.), § 73.

²⁶ Art. 3 stanowi: Nikt nie będzie poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu bądź karaniu.

²⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji* (2006 r.), § 126.

art. 3²⁸. Dla przykładu w sprawie *Luluyev i inni przeciwko Rosji* (2006 r.) skarżący twierdzili, że Luluyeva podlegała nieludzkiemu i poniżającemu traktowaniu oraz że władze nie przeprowadziły śledztwa co do tego zarzutu. Trybunał przypominał swoje wcześniejsze orzecznictwo, zgodnie z którym zarzuty złego traktowania muszą być wsparte właściwymi dowodami. Dla oceny tych dowodów Trybunał przyjmuje standard dowodu „ponad wszelką wątpliwość”, ale dodaje, że dowód taki może wynikać ze współistnienia wystarczająco silnych, jasnych i spójnych wniosków albo podobnych niezakwestionowanych domniezań faktycznych. Niekwestionowanym było w tej sprawie, że ofiara zmarła w rezultacie użycia siły. Jednakże opis uszkodzeń wykrytych na jej ciele przez ekspertów kryminalistyki nie pozwala Trybunałowi na wniosek „ponad wszelką wątpliwość”, jakoby była ona torturowana bądź w inny sposób źle traktowana przed jej śmiercią. Nie było zatem żadnej podstawy dla stwierdzenia w tym kontekście naruszenia art. 3²⁹. ETPC uznawał, że – zważywszy na wszystkie znane okoliczności – można domniemywać, iż ofiara nie żyje oraz że odpowiedzialność za jej śmierć ciąży na władzach państwowych. Jednakże dokładny sposób, w jaki ona zginęła oraz to, czy podlegała złemu traktowaniu, nie zostały wyjaśnione. Przedłożone przez skarżących dane od świadków nie zawierają wystarczającego dowodu na wsparcie twierdzenia, że ofiara w następstwie jej zatrzymania podlegała nieludzkiemu traktowaniu³⁰.

W sytuacji, kiedy zostały przedstawione dowody niewłaściwego traktowania (*ill-treatment*), np. zeznania naocznych świadków lub relacje członków rodziny obserwujących np. pobicie ofiary, a rząd nie był w stanie ich podważyć Trybunał stwierdzał, że doszło do naruszenia

²⁸ *Ibidem*, § 130–133.

²⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Luluyev i inni przeciwko Rosji* z 9.11.2006 r., nr skargi 69480/01, § 102–106.

³⁰ M.in. wyrok ETPC w sprawach: *Alikhadzhiyeva przeciwko Rosji* (2007 r.), § 74–83; *Yusupova i Zaurbekov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 71–73; *Isigova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 116–119; *Umarov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 114–116; *Bersunkayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 115–119; *Aziyevy przeciwko Rosji* (2008 r.), § 99–101; *Tsurowa i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 134–136; *Askharova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 93–95; *Ilyasova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 85–87; *Rasayev i Chankayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 87–90; *Nenkayev i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 162–166; *Khalitova i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 130–132.

art. 3 wobec ofiary wymuszonego zaginięcia³¹. Począwszy od spraw rozstrzygniętych po sprawie *Basayeva przeciwko Rosji* (2009 r.) skarżący nie występował z zarzutem naruszenia art. 3 wobec ofiary wymuszonego zaginięcia, a tylko wobec siebie, o czym poniżej.

Jeśli chodzi o zastosowanie art. 3 do samych skarżących, to Trybunał przywołał swoje wywody na temat „specjalnych czynników” (*special factors*), jakie muszą zaistnieć, aby uznać krewnych ofiary wymuszonego zaginięcia za ofiarę naruszenia art. 3³². Czynniki te to:

Wymiar i charakter cierpienia różny od emocjonalnego dyskomfortu, który może być uznawany za nieunikniony dla ofiar poważnego naruszenia praw człowieka. Istotne elementy będą obejmować bliskość, w jakiej żyje rodzina – w tym kontekście, pewna waga będzie przykładana do więzi rodzic-dziecko, konkretne okoliczności związku, rozmiar przedstawianych wydarzeń doświadczanych przez członków rodziny, zaangażowanie członków rodziny w próby uzyskania informacji o zaginionych osobach oraz sposób, w jaki władze zareagowały na takie próby. Trybunał podkreślał, że istota takiego naruszenia nie leży w fakcie «zaginięcia» członka rodziny, lecz dotyczy reakcji i nastawienia władz w stosunku do sytuacji im przedstawionej³³.

Dla przykładu w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji* (2006 r.) skarżącą była matką osoby zaginionej. Oglądała ona film video pokazujący przesłuchanie jej syna, który kończył się słowami, że powinien on zostać poddany egzekucji, a syn został zabrany przez żołnierzy. Przez ponad sześć lat nie miała o nim żadnych wieści. W tym okresie zwracała się do różnych oficjalnych organów państwa ze staraniami o swego syna, lecz nigdy nie otrzymała przekonującego wyjaśnienia czy informacji, o tym co się przydarzyło Khadzi-Muratowi Yandiyevowi po jego zatrzymaniu. Władze państwowe negocjowały odpowiedzialność państwa za zatrzymanie syna skarżącej. Z uwagi na to, ETPC stwierdził, że skarżąca cierpiała niepokój i obawy w rezultacie zaginięcia jej syna oraz jej niezdolności ustalenia, co mu się przydarzyło. Sposób, w jaki jej zarzutami zajmowały się władze, należy uznać

³¹ Wyrok ETPC w sprawach: *Musayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 120–129; *Basayeva i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 149–152.

³² Wyrok ETPC w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji* (2006 r.), § 139.

³³ Wyrok ETPC w sprawie *Cakici przeciwko Turcji* z 8.07.1999 r., nr skargi 23657/94, § 98; orzeczenie jest dostępne na stronie internetowej: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

za stanowiący nieludzkie traktowanie sprzeczne z art. 3. Tak więc doszło do naruszenia art. 3 w stosunku do skarżącej³⁴. W swoich orzeczeniach Trybunał podkreślał, że istota tego naruszenia nie leży w samym tylko fakcie „zniknięcia” członka rodziny, lecz w reakcji władz do przedstawionej im sytuacji³⁵. Do podobnych wniosków odnośnie naruszenia art. 3 w stosunku do skarżących doszedł Trybunał w sprawach: *Imakayeva przeciwko Rosji* (2006 r.), *Luluyev i inni przeciwko Rosji* (2006 r.), *Alikhadzhiyeva przeciwko Rosji* (2007 r.), *Yusupova i Zaurbekov przeciwko Rosji* (2008 r.), *Musikhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), *Isigova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), *Umarov przeciwko Rosji* (2008 r.), *Khalidova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), *Bersunkayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), *Akhmadova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), *Aziyevy przeciwko Rosji* (2008 r.), *Ilyasova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), *Tsurova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), *Akhiyadova przeciwko Rosji* (2008 r.), *Askharova przeciwko Rosji* (2008 r.), *Rasayev i Chankayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), *Zulpa Akhmatova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), *Elmurzayev i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), *Magomadova i Iskhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), *Nasukhanova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), *Nenkayev i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), *Basayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), *Musayeva i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), *Khalitova i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), *Khasuyeva przeciwko Rosji* (2009 r.), *Magomadova przeciwko Rosji* (2009 r.), *Pukhigova przeciwko Rosji* (2009 r.), *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), *Mutsayeva przeciwko Rosji* (2009 r.), *Dubayev i Bersnukayeva przeciwko Rosji* (2010 r.), *Mutsolgova i inni przeciwko Rosji* (2010 r.), *Umalatov i inni przeciwko Rosji* (2010 r.), *Gulayeva i inni przeciwko Rosji* (2010 r.)³⁶.

³⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji* (2006 r.), § 140–142.

³⁵ M.in. wyrok ETPC w sprawach: *Akhmadova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 154; *Khasuyeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 130; *Magomadova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 149; *Pukhigova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 109; *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 124; *Mutsayeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 109.

³⁶ Wyrok ETPC w sprawach: *Imakayeva przeciwko Rosji* (2006 r.), § 161; 164–167; *Luluyev i inni przeciwko Rosji* (2006 r.), § 108; 110–118; *Alikhadzhiyeva przeciwko Rosji* (2007 r.), § 80–83; *Yusupova i Zaurbekov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 76–79; *Musikhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 80–84; *Isigova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 122–126; *Umarov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 125–128; *Khalidova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 105–108; *Bersunkayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 122–125; *Musayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 130–133; *Akhmadova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 155–156; *Aziyevy przeciwko Rosji* (2008 r.), § 102–106; *Akhiyadova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 83–86; *Tsurova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 138–

Warto również wskazać, że w swoich nowszych orzeczeniach (z 2009 r.) począwszy od orzeczenia w sprawie *Karimov i inni przeciwko Rosji* ETPC przestał *expressis verbis* wspominać o „specjalnych czynnikach”, które muszą zaistnieć, aby uznać krewnych ofiary wymuszonego zaginięcia za ofiarę naruszenia art. 3. Raczej zaczął podkreślać wspomniany już powyżej sposób, w jaki władze reagują na przedstawiony im przypadek zaginięcia osoby krewniej skarżących. Jednak mimo nie przywoływania wprost „specjalnych czynników” w swoich nowszych orzeczeniach, Trybunał nadal dowodzi ich zaistnienia³⁷.

Inny zarzut dotyczył naruszenia w stosunku do ofiary art. 5 EKPC (prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego)³⁸. Trybunał

141; *Askharova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 96–99; *Ilyasova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 88–91; *Rasayev i Chankayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 83–86; *Zulpa Akhmatova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 114–117; *Elmurzayev i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 118–121; *Magomadova i Iskhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 105–108; *Nasukhanova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 126–129; *Nenkayev i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 167–171; *Basayeva i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 159–162; *Khalitova i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 134–139; *Khasuyeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 128–133; *Magomadova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 149–152; *Pukhigova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 109–112; *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 124–126; *Mutsayeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 105–111; *Dubayev i Bersnukayeva przeciwko Rosji* (2010 r.), § 143; *Mutsoygova i inni przeciwko Rosji* (2010 r.), § 135; *Umalatov i inni przeciwko Rosji* (2010 r.), § 80.

³⁷ Wyrok ETPC w sprawach: *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 124–125; *Mutsayeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 109–110.

³⁸ Art. 5 stanowi: 1. Każda osoba ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie będzie pozbawiony wolności, z wyjątkiem następujących przypadków i w trybie ustalonym przez prawo: a) zgodnego z prawem pozbawienia wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd; b) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania osoby w przypadku niepodporządkowania się wydanemu zgodnie z prawem orzeczeniu sądu lub w celu zapewnienia wykonania określonego przez prawo obowiązku; c) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania osoby w celu postawienia przed właściwym organem, w związku z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia czynu zagrożonego karą lub jeśli jest to w sposób uzasadniony uznane za konieczne dla zapobieżenia popełnieniu takiego czynu albo uniemożliwieniu ucieczki po jego dokonaniu; d) pozbawienia wolności nieletniego na mocy zgodnego z prawem orzeczenia w celu ustanowienia nadzoru wychowawczego lub zgodnego z prawem pozbawienia wolności nieletniego w celu postawienia go przed właściwym organem; e) zgodnego z prawem pozbawienia wolności osób w celu zapobieżenia szerzeniu przez nie chorób zakaźnych, osób umyślowo chorych, alkoholików, narkomanów lub włóczęgów; f) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania osoby w celu zapobieżenia nielegalnemu wejściu na terytorium państwa albo osoby, przeciwko której postępowanie o wydalenie lub ekstradycję jest w toku. 2. Każdy zatrzymany będzie natychmiast poinformowany, w zrozumiałym dla niego

podkreślił fundamentalne znaczenie gwarancji zawartych w art. 5 dla zapewnienia prawa jednostek w demokracji do wolności od arbitralnej detencji w rękach władz. Nieoficjalne zatrzymanie osoby stanowi całkowitą negację tych gwarancji i najcięższe pogwałcenie art. 5. Zgodnie z dotychczasową praktyką ETPC, sam fakt braku rejestracji należy uznać za najbardziej istotny niedostatek, ponieważ umożliwia on osobom odpowiedzialnym za akt pozbawienia wolności ukrycie ich zaangażowania w przestępstwo, zatarcie ich śladów i uniknięcie odpowiedzialności za los osoby przetrzymywanej. Władze powinny były przedsięwziąć skuteczne kroki mające na celu ochronę przed zagrożeniem zaginięcia i przeprowadzić natychmiastowe i efektywne śledztwo w sprawie zgłoszonej skargi, że osoba znalazła się pod kontrolą państwa i od tej pory nikt jej nie widział. Zdaniem Trybunału, brak rejestrowania danych takich jak data, czas i miejsce zatrzymania, nazwisko zatrzymanego oraz przyczyny zatrzymania i nazwisko osoby dokonującej zatrzymania należy uznać za niezgodne z art. 5 Konwencji. W tym kontekście Trybunał często określał naruszenie art. 5 jako wyjątkowo poważne (*particularly grave*)³⁹.

języku, o przyczynach zatrzymania oraz o wszelkich stawianych mu zarzutach. 3. Każdy zatrzymany lub aresztowany zgodnie z postanowieniami paragrafu 1. c. niniejszego artykułu będzie niezwłocznie postawiony przed sędzią lub innym urzędnikiem prawnie upoważnionym do wykonywania władzy sądowej oraz ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie albo zwolniony na czas postępowania. Zwolnienie może być uzależnione od udzielenia gwarancji zapewniających stawiennictwo na rozprawie. 4. Każdy, kto został pozbawiony wolności wskutek zatrzymania lub aresztowania ma prawo odwołania się do sądu celem szybkiego ustalenia przez sąd legalności pozbawienia wolności oraz zarządzenia zwolnienia, jeżeli pozbawienie wolności jest niezgodne z prawem. 5. Każdy osoba, która została pokrzywdzona niezgodnym z treścią niniejszego artykułu zatrzymaniem lub aresztowaniem, ma prawo do odszkodowania.

³⁹ M. in. wyrok ETPC w sprawach: *Bazorkina przeciwko Rosji* (2006 r.), § 146–149; *Imakayeva przeciwko Rosji* (2006 r.), § 168–178; *Luluyev i inni przeciwko Rosji* (2006 r.), § 122–125; *Ali-khadzhiyeva przeciwko Rosji* (2007 r.), § 84–89; *Yusupova i Zaurbekov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 83–84; *Musikhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 88–91; *Isigova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 131–134; *Khalidova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 113–116; *Umarov przeciwko Rosji* (2008 r.), § 132–135; *Bersunkayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 129–132; *Musayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 137–140; *Akhmadova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 159–162; *Aziyevy przeciwko Rosji* (2008 r.), § 109–112; *Akhiyadova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 89–92; *Tsurova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 146–149; *Askharova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 103–106; *Atabayeva i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 106–109; *Ilyasova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 97–100; *Rasayev i Chankayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 95–98; *Zulpa Akhmatova i inni prze-*

Skarżący zarzucali również, że nie mieli skutecznego środka odwoławczego odnośnie pozostałych naruszeń (przede wszystkim na podstawie art. 2, 3 i 5 Konwencji)⁴⁰. W tym kontekście ETPC stwierdził, że „termin „skutecznego środka odwoławczego” z art. 13 (prawo do skutecznego środka odwoławczego – przyp. A. Sz.) obejmuje – poza wypłatą odszkodowania kiedy jest to właściwe – dokładne i efektywne śledztwo mające doprowadzić do zidentyfikowania i ukarania osób odpowiedzialnych. W takim świetle, wymogi z art. 13 są szersze niż obowiązek państw stron z art. 5. Ust. 5 art. 13 EKPC stanowi o prawie do odszkodowania w przypadku niezgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania. Obowiązki z art. 13 obejmują przeprowadzenie efektywnego śledztwa w przedmiocie wymuszonego zaginięcia osoby, która była widziana pod kontrolą władz. ETPC orzekł, że w okolicznościach, w których śledztwo karne co do zaginięcia i śmierci osoby było nieskuteczne, a skuteczność jakiegokolwiek innego środka, jaki mógłby istnieć, włączając w to środki cywilne sugerowane przez rząd rosyjski, była w konsekwencji podkopana, państwo nie wypełniło swojego zobowiązania na podstawie art. 13. Rosja zaniedbała obowiązek przeprowadzenia skutecznego i dokładnego śledztwa, a tym samym naruszyła art. 13⁴¹.

ciwko Rosji (2008 r.), § 120–123; Elmurzayev i inni przeciwko Rosji (2008 r.), § 126–130; Magomadova i Iskhanova przeciwko Rosji (2008 r.), § 113–116; Nasukhanova i inni przeciwko Rosji (2008 r.), § 134–136; Nenkayev i inni przeciwko Rosji (2009 r.), § 172–178; Basayeva i inni przeciwko Rosji (2009 r.), § 167–170; Khalitova i inni przeciwko Rosji (2009 r.), § 144–147; Khasuyeva przeciwko Rosji (2009 r.), § 134–139; Magomadova przeciwko Rosji (2009 r.), § 157–160; Pukhigova przeciwko Rosji (2009 r.), § 117–120; Karimov i inni przeciwko Rosji (2009 r.), § 131–134; Mutsayeva przeciwko Rosji (2009 r.), § 116–119; Dubayev i Bersnukayeva przeciwko Rosji (2010 r.), § 151; Mutsolgova i inni przeciwko Rosji (2010 r.), § 141–143; Umalatov i inni przeciwko Rosji (2010 r.), § 88.

⁴⁰ Art. 13 stanowi: Każda osoba, której prawa i wolności zawarte w niniejszej Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego odwołania się do właściwego organu państwowego niezależnie od tego, czy naruszenie takie zostało dokonane przez osoby działające w związku w wykonywaniem funkcji urzędowych.

⁴¹ M. in. wyrok ETPC w sprawach: *Bazorkina przeciwko Rosji (2006 r.), § 158–164; Imakayeva przeciwko Rosji (2006 r.), § 192–196; Luluyev i inni przeciwko Rosji (2006 r.), § 136–140; Ali-khadzhiyeva przeciwko Rosji (2007 r.), § 90–95; Yusupova i Zaurbekov przeciwko Rosji (2008 r.), § 88–92; Musikhanova przeciwko Rosji (2008 r.), § 95–98; Isigova i inni przeciwko Rosji (2008 r.), § 143–146; Khalidova i inni przeciwko Rosji (2008 r.), § 121–125; Umarov przeciwko Rosji (2008 r.), § 143–145; Bersunkayeva przeciwko Rosji (2008 r.), § 136–139; Musayeva przeciwko Rosji (2008 r.), § 144–146; Akhmadova i inni przeciwko Rosji (2008 r.), § 164–166; Aziyevy*

W sprawie *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), skarżący zarzucili także naruszenie art. 8 Konwencji i art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji⁴². Po pierwsze, zaginięcie ich krewnego oznaczało pogwałcenie ich prawa do poszanowania życia rodzinnego; po drugie wtargnięcie i przeszukanie ich domu stanowiło działanie nielegalne i naruszyło ich prawo do poszanowania miru domowego. Działania te naruszyły również prawo skarżących do ochrony ich prawa własności⁴³. Biorąc pod uwagę fakt, że władze nie przedstawiły skarżącym nakazu przeszukania ani nie podały powodów swojego zachowania Trybunał uznał, że przeszukanie domu zostało przeprowadzone bez jakiegokolwiek upoważnienia. W konsekwencji, doszło do naruszenia prawa skarżących do poszanowania ich miru domowego oraz prawa do ochrony własności, a tym samym miało miejsce naruszenie art. 8 Konwencji oraz art. 1 Protokołu nr 1. Jeśli chodzi o zarzut naruszenia

przeciwko Rosji (2008 r.), § 115–117; *Akhiyadova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 95–97; *Turova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 154–158; *Askharova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 110–113; *Atabayeva i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 116–118; *Ilyasova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 109–113; *Rasayev i Chankayeva przeciwko Rosji* (2008 r.), § 108–112; *Zulpa Akhmatova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 131–133; *Elmurzayev i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 135–139; *Magomadova i Iskhanova przeciwko Rosji* (2008 r.), § 121–125; *Nasukhanova i inni przeciwko Rosji* (2008 r.), § 141–145; *Nenkayev i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 193–201; *Basayeva i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 182–187; *Khalitova i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 158–164; *Khasuyeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 140–145; *Magomadova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 172–177; *Pukhigova przeciwko Rosji* (2009 r.), § 125–131; *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 148–149; *Mutsayeva przeciwko Rosji* (2009 r.), § 124–126; *Dubayev i Bersnukayeva przeciwko Rosji* (2010 r.), § 156–157; *Umalatov i inni przeciwko Rosji* (2010 r.), § 94.

⁴² Art. 8 stanowi: 1. Każda osoba ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego domicylu oraz swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków, które są zgodne z prawem i konieczne w demokratycznym społeczeństwie ze względu na interesy bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, zapobieganie zamieszkom lub przestępczości, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób.

Art. 1 Protokołu nr 1 stanowi: 1. Każda osoba fizyczna ma prawo do niezakłóconego korzystania ze swojego mienia. Nikt nie będzie pozbawiony swojej własności, chyba że wymaga tego interes publiczny i na warunkach przewidzianych przez prawo oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego. 2. Powyższe postanowienia nie będą jednak w żaden sposób naruszać prawa Państwa do wydawania takich ustaw, jakie uzna ono za niezbędne lub w celu zabezpieczenia uiszczania podatków albo innych należności bądź grzywien.

⁴³ Wyrok ETPC w sprawie *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 135.

prawa do poszanowania życia rodzinnego, Trybunał uznał, że skarga ta została rozstrzygnięta w ramach badania art. 2 i 3 Konwencji⁴⁴. Natomiast w orzeczeniu w sprawie *Umarov przeciwko Rosji* (2008 r.) Trybunał nie stwierdził naruszenia art. 8, gdyż skarga dotyczyła tych samych zarzutów, jak te które zostały podniesione na podstawie art. 2 i 3. Stosownie do tego, ETPC orzekł, że nie ma potrzeby orzekać odrębnie naruszenia art. 8. Z porównania tych dwóch orzeczeń wynika, że dla stwierdzenia przez Trybunał naruszenia art. 8 konieczne jest wystąpienie pewnych dodatkowych elementów jak np. wtargnięcie do mieszkania i zabranie z niego przedmiotów będących własnością skarżących.

Z powyższego wybiórczego, lecz reprezentatywnego przeglądu orzecznictwa można wyciągnąć następujące wnioski: ETPC jest dość konserwatywny, gdyż w swoich orzeczeniach stwierdzał, że wymuszone zaginięcie może, co prawda, stanowić naruszenie kilku praw człowieka, lecz nie jest to konieczne⁴⁵. Trybunał rzadko używał terminu wymuszone zaginięcie, na początku częściej wspominał jedynie o „zniknięciu” danej ofiary, lecz nie ma wątpliwości, że przedstawione wyżej naruszenia wypełniają znamiona zbrodni wymuszonego zaginięcia. Termin „wymuszone zaginięcie” został użyty na początku w orzeczeniach z 2009 r. w sprawie *Khumaydov i Khumaydov przeciwko Rosji*, aczkolwiek Trybunał nie stwierdził w tej sprawie zaangażowania rządu w zaginięcie, a jedynie naruszenie proceduralnego obowiązku wynikającego z art. 2 przeprowadzenia śledztwa w przedmiocie zniknięcia osoby, oraz w orzeczeniu w sprawie *Karimov i inni przeciwko Rosji*⁴⁶. Począwszy jednak od 2010 r. Trybunał używa terminu „wymuszone zaginięcie”.

⁴⁴ *Ibidem*, § 139–143.

⁴⁵ Tak również: M.F. Pérez Solla, *Enforced Disappearances in International Human Rights*, Londyn 2006, s. 38.

⁴⁶ Wyrok ETPC w sprawach: *Khumaydov i Khumaydov przeciwko Rosji* z 28.05.2009 r., nr skargi 13862/05, § 110, 109–123; *Karimov i inni przeciwko Rosji* (2009 r.), § 124.

Trybunał jest również konserwatywny przy orzekaniu o naruszeniu zakazu tortur i innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania (art. 3). W każdym przypadku Trybunał strasburski analizuje okoliczności danej sprawy; jego zdaniem dla stwierdzenia naruszenia art. 3 konieczne są dowody niehumanitarnego traktowania lub tortur. W odniesieniu do krewnych bezpośrednich ofiar wymagane jest zaistnienie „specjalnych czynników” określonych w orzeczeniu w sprawie *Cakici przeciwko Turcji* (1999 r.). Jak słusznie stwierdza M.F. Pérez Solla, takie podejście lekceważy ból i cierpienie, jakie przeżywają ofiary wymuszonych zaginięć i członkowie ich rodzin⁴⁷. W istocie – w moim przekonaniu – już długotrwała izolacja *incommunicado* stanowi sama w sobie okrutne, niehumanitarnie lub poniżające traktowanie bądź nawet tortury. Ponadto, przy wymuszonych zaginięciach powstaje zwiększone ryzyko stosowania tortur, gdyż nie istnieje żadna forma kontroli postępowania władz, w rękach których osoba pozbawiona wolności się znajduje. Specjalny sprawozdawca NZ ds. tortur, sir Nigel Rodley stwierdził, że „utrzymywanie tajnych miejsc detencji powinno być prawnie zakazane. Powinno być karalnym przestępstwem dla każdego funkcjonariusza państwowego przetrzymywanie jakiegokolwiek osoby w tajnym i/lub nieoficjalnym miejscu detencji”⁴⁸. Pomiędzy wymuszonymi zaginięciami a torturami istnieje swego rodzaju sprzężenie zwrotne – jest bardzo prawdopodobne, że ofiara tortur stanie się ofiarą wymuszonego zaginięcia w celu zatajenia dowodów torturowania, a ponadto ofiara wymuszonego zaginięcia jest narażona na tortury, gdyż nie ma ona dostępu do środków prawnych, dzięki którym mogłaby poskarżyć się na traktowanie, jakiemu jest poddawana⁴⁹.

Wymuszone zaginięcie stanowi złożone i ciągłe naruszenie wielu praw człowieka, ponieważ powoduje ono nie tylko arbitralne

⁴⁷ M.F. Pérez Solla, op.cit., s. 77.

⁴⁸ Podaję za *Human dignity denied. Torture...*, s. 105. Na temat wymuszonych zaginięć jako forma tortur zobacz: F. Andreu-Guzmán, *Progress Towards a United Nations Treaty Against Enforced Disappearances*, „Yearbook of International Commission of Jurists” 2004, s. 327.

⁴⁹ P. Dijkstra, H. Klann, R. Ruimschotel, M. Wijnkoop, *Enforced Disappearances as Continuing Violations*, „Amsterdam International Law Clinic”, 2002, s. 66; dostępne na stronie internetowej: <http://www1.jur.uva.nl/ailc/Enforced%20disappearances%20as%20continuing%20violations.pdf> (6.01.2011 r.).

pozbawienie wolności, lecz także zagraża integralności osoby ludzkiej, jej bezpieczeństwu, a nawet samemu życiu osoby zatrzymanej. Ponadto ofiara staje się zupełnie bezbronna, co czyni ją podatną na inne zbrodnie. Trybunał strasburski powinien wziąć ten fakt pod uwagę.

Katarzyna Wójcik

Mniejszości narodowe i ich ochrona w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

1. Uwagi wstępne

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, przyjęta w Rzymie 4 listopada 1950 r.¹, nie zawiera postanowień odnoszących się bezpośrednio do ochrony praw mniejszości narodowych. Kryterium pochodzenia narodowego oraz przynależności do mniejszości narodowej występuje w Konwencji jedynie w kontekście zakazu dyskryminacji w art. 14, a także w art. 1 ust. 1 Protokołu nr 12 do Konwencji² jako przykładowe kryterium dyskryminacyjne. Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC), będąc organem powołanym do kontroli wypełniania przez państwa-strony postanowień Konwencji, nie jest zobowiązany do orzekania w sprawach dotyczących przynależności do mniejszości narodowej³.

Od końca lat 90. XX wieku w orzecznictwie ETPC pojawia się tendencja do uwzględniania sytuacji dla mniejszości narodowych⁴. Polega ona na zagwarantowaniu osobom należącym do mniejszości

¹ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284; dalej: Konwencja.

² Protokół Nr 12 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Rzym, 4 listopada 2000 r., „European Treaty Series” Nr 177.

³ Zdaniem niektórych autorów, skarga opierająca się na fakcie przynależności do mniejszości może być uznana za niedopuszczalną jako oczywiście bezzasadna, por.: G. Gilbert, *The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, „Human Rights Quarterly” 2002, vol. 24, s. 780.

narodowych skutecznego wykonywania praw indywidualnych wynikających z Konwencji. Ochrona praw osób należących do tej grupy odbywa się w sposób pośredni – Florence Benoît-Rohmer określa ją jako ochronę udzielaną „rykoszetem”⁵. Dopuszczając w swoim orzecznictwie argument przynależności do mniejszości narodowej, Trybunał odwołuje się do ewolucji poglądów zachodzącej w samej społeczności międzynarodowej.

93. Trybunał zauważa, że można mówić o wyłanianiu się wspólnego międzynarodowego stanowiska wśród państw-członków Rady Europy, uznającego szczególne potrzeby mniejszości oraz obowiązek ochrony ich bezpieczeństwa, tożsamości i stylu życia (...), nie tylko w celu ochrony interesów samych mniejszości, ale również dla zachowania różnorodności kulturowej, która ma wartość dla całej społeczności⁶.

2. Pojęcie mniejszości narodowej w orzecznictwie ETPC

Wielokrotnie podejmowane w społeczności międzynarodowej próby sformułowania definicji mniejszości narodowych nie doprowadziły dotychczas do przyjęcia wspólnego stanowiska. Różnice poglądów na temat koncepcji mniejszości narodowych są udziałem przedstawicieli doktryny, jak również samych państw, stanowiąc złożoną kwestię polityczną. Brak powszechnej aprobaty określenia „mniejszość narodowa” wynika z obaw społeczności międzynarodowej przed tendencjami secesjonistycznymi i niepodległościowymi⁷.

⁴ W doktrynie niekiedy kwestionuje się istnienie takiej tendencji, por.: L.Hannikainen, *Legal Nature of Minority Rights as Part of Human Rights, Limitations, Derogations, Reservations, and Interpretative Statements*, [w:] M. Weller (red.), *Universal Minority Rights. A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Oxford 2007, s. 44.

⁵ F. Benoît-Rohmer, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la défense des droits des minorités nationales*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 2002, nr 51, s. 563.

⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Chapman przeciwko Wielkiej Brytanii* z 18.01.2001 r., nr skargi 27238/95 §93; wyrok w ETPC w sprawie *Munoz Diaz przeciwko Hiszpanii* z 8.12.2009 r., nr skargi 49151/07, § 60.

⁷ F. Tulkens, S. Piedimonte, *The protection of national minorities in the case-law of the European Court of Human Rights*, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/5_intergovwwork/PDF_Tulkens_ProtectionNatMin_JurisprudenceECHR_en.pdf, s. 6 (data wejścia: 22.02.2011 r.). Na temat kwestii terminologicznych związanych z pojęciem mniejszości narodowej zob.: H-J. Heinze, *Article 1*, [w:] M. Weller (red.), *The Rights of Minorities in*

W praktyce orzeczniczej Trybunału unikano jednoznacznego definiowania pojęcia mniejszości narodowej i określania przesłanek jej istnienia. ETPC odwołuje się w tym zakresie do prawa krajowego oraz dokumentów międzynarodowych. Niejednokrotnie zwraca uwagę na lukę terminologiczną, która rysuje się na tle pojęcia mniejszości narodowych w dokumentach tworzących standardy ochrony praw człowieka.

Tendencje te dobrze ilustruje wyrok wydany przez Wielką Izbę w sprawie *Gorzelik i inni p. Polsce* z 2004 r.⁸ Badając skargę na naruszenie art. 11 (prawo do swobodnego zgromadzania się i stowarzyszania) złożoną przez J. Gorzelika, R. Kołodziejczyka i E. Sowę, Trybunał musiał rozważyć pojęcie mniejszości narodowej i przesłanki jej wyodrębnienia. Skarga dotyczyła odmowy zarejestrowania Związku Ludności Narodowości Śląskiej przez polskie sądy. Skarżący powoływali się na brak jednoznacznej definicji mniejszości narodowej w prawie polskim, a także na brak procedury określającej warunki uzyskania statusu mniejszości narodowej⁹. Podnosząc argument luki prawnej, zamierzano udowodnić winę po stronie władz polskich, odmawiających zarejestrowania związku m.in. ze względu na jego nazwę.

ETPC dokonał analizy prawa polskiego pod kątem kryteriów uznania za mniejszość narodową i traktowania osób będących członkami mniejszości narodowych (§ 61–66, 69–70). Uwzględniono m.in. przepisy Konstytucji, Ordynacji wyborczej oraz dokumenty prawa międzynarodowego wiążącego Polskę, w tym dwustronne traktaty dobrosąsiedzkie. Trybunał odwołał się także do międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka (§ 46–47, 67), w tym do Konwen-

Europe. A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities, Cambridge 2004, s. 82–83.

⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Gorzelik i inni przeciwko Polsce* z 17.02.2004 r., nr skargi 44158/98. Sprawa złożona do Europejskiej Komisji Praw Człowieka 18 czerwca 1998 r., przekazana ETPC w listopadzie 1998 r. Wyrok Izby wydany dn. 20 grudnia 2001 r., zgodnie z wnioskiem skarżących złożonym na mocy art. 43 Konwencji, sprawa przekazana do rozpatrzenia przez Wielką Izbę. Wyrok Wielkiej Izby opublikowany dn. 17 lutego 2004 r.

⁹ Definicja legalna mniejszości narodowej została wprowadzona do polskiego porządku prawnego ustawą z 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym, Dz.U. z 2005 r., Nr 17, poz. 141.

cji ramowej o ochronie mniejszości narodowych¹⁰, której Polską była stroną. Wskazano na nieobowiązywanie w prawie międzynarodowym jednoznacznie sformułowanej definicji mniejszości narodowych.

ETPC nie przyjął argumentacji skarżących, że brak w polskim porządku prawnym definicji mniejszości i procedury uznania za mniejszość stanowił uchybienie strony rządowej. W opinii Trybunału, państwa nie mają obowiązku przyjęcia określonej koncepcji ani procedury uznania mniejszości (§ 68). Rozpatrując tę sprawę, ETPC nie podjął się próby sformułowania definicji mniejszości narodowej i przesłanek jej istnienia¹¹.

67. (...)W związku z argumentem podniesionym przez skarżących, że polskie prawo nie określa definicji „mniejszości narodowej”, Trybunał zauważa (...), że taka definicja byłaby bardzo trudna do sformułowania. W szczególności, pojęcie to nie jest zdefiniowane w żadnej umowie międzynarodowej, w tym w Konwencji ramowej Rady Europy. (...)

Tak samo, praktyka dotycząca oficjalnego uznawania przez państwa mniejszości narodowych, etnicznych lub innych różni się w zależności od państwa, a nawet wewnątrz państw. Wybór co do tego, jaką formę uznanie powinno przyjąć i czy powinno być wdrożone poprzez umowy międzynarodowe i traktaty dwustronne albo inkorporowane do konstytucji lub specjalnego statutu musi być, z natury rzeczy, pozostawiony głównie w gestii danego państwa, ponieważ będzie zależał od uwarunkowań istniejących w danym państwie.

68. (...) nie można stwierdzić, że państwa-strony (Konwencji) mają na mocy prawa międzynarodowego obowiązek przyjęcia określonej koncepcji „mniejszości narodowej” w swoim ustawodawstwie albo wprowadzenia procedury oficjalnego uznania grup mniejszościowych.

Niektóre z państw-stron Konwencji przyjęły jednak uregulowania prawne określające pojęcie i status mniejszości narodowych; albo w inny sposób określiły, jakie grupy ludności uznają za mniejszości narodowe (np. składając odpowiednią deklarację do Konwencji ramowej). W przypadku stwierdzenia przynależności składającego skargę

¹⁰ Dz.U. z 2002 r., Nr 22, poz. 209, dalej: Konwencja ramowa.

¹¹ ETPC nie miał „ochoty ani potrzeby” poruszać tej kwestii, F. Benoit-Rohmer, *op. cit.*, s. 585.

do oficjalnie uznanej w państwie mniejszości narodowej, ETPC odwołuje się do prawa wewnętrznego oraz zobowiązań międzynarodowych wiążących państwo w zakresie ochrony mniejszości. Sytuacja taka miała miejsce w sprawie *Chapman p. Wielkiej Brytanii*¹², w której skarżąca pochodziła z mniejszości romskiej. ETPC powołał się na fakt uznania przez Wielką Brytanię mniejszości romskiej za mniejszość narodową w myśl Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych.

3. Pluralizm demokratyczny jako podstawa ochrony prawnej mniejszości

ETPC niejednokrotnie wypowiadał się na temat kwestii ustrojowych i podstawowych zasad społecznych pożądanych z punktu widzenia stosowania Konwencji. Jedynym ustrojem zgodnym z duchem Konwencji jest demokracja¹³. W sprawie *Young, James i Webster p. Wielkiej Brytanii*¹⁴, Trybunał sprecyzował pojęcie demokracji, zwracając uwagę na konieczność ochrony interesów mniejszościowych przed nadużyciami i dominacją większości.

45. (...) demokracja nie oznacza, że poglądy większości muszą zawsze dominować: powinna być zachowana równowaga, która zapewnia sprawiedliwe i właściwe traktowanie mniejszości i zapobiega nadużywaniu pozycji dominującej.

ETPC określił ponadto cechy dobrej demokracji. Są to: pluralizm, tolerancja i otwartość¹⁵. Szczególnie istotne znaczenie zostało przypisane pluralizmowi poprzez podkreślenie, że bez pluralizmu nie ma demokracji¹⁶.

¹² *Chapman przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 55–57.

¹³ Wyrok ETPC w sprawie *Zjednoczona Partia Komunistyczna i inni przeciwko Turcji* z 18.01.1998 r., nr skargi 133/1996/752/951, § 45.; Wyrok ETPC w sprawie *Bączkowski i inni przeciwko Polsce* z 3.05.2007 r., nr skargi 1543/06, § 61.

¹⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Young, James i Webster przeciwko Wielkiej Brytanii* z 13.08.1981 r., nr skargi 7601/76; 7806/77, § 63; *Gorzelik przeciwko Polsce*, § 90.

¹⁵ *Young, James i Webster przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 63; *Gorzelik przeciwko Polsce*, § 90.

¹⁶ *Zjednoczona Partia Komunistyczna Turcji przeciwko Turcji*, § 43; zob.: G. Gilbert, *Expression, Assembly, Association*, [w:] M. Weller (red.), *Universal Minority Rights...*, s. 162.

Idea demokracji pluralistycznej stanowi źródło ochrony wolności zagwarantowanych w art. 9–11 Konwencji (wolność myśli, wyznania i religii; wolność wyrażania opinii; wolność zgromadzania się i stowarzyszania). Jej zastosowanie nie ogranicza się do spraw związanych z ochroną tożsamości mniejszości narodowych, jednak z dotychczasowego orzecznictwa ETPC wynika, że dla mniejszości podstawowe założenia pluralizmu mają szczególnie istotne znaczenie¹⁷.

Za stosowaniem art. 9, 10, 11 Konwencji w omawianych sprawach przemawia kilka czynników. Swoboda wyznania, wyrażania opinii oraz stowarzyszania się umożliwia mniejszościom narodowym rozwijanie swojej kultury i zachowanie zasadniczych elementów tożsamości – języka, tradycji, religii i dziedzictwa kulturowego¹⁸. Pogląd ten znalazł wyraz w Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych, w której zagwarantowano te podstawowe wolności demokratycznego państwa (art. 7). Gwarancje te włączono do Konwencji, mimo że były już objęte zakresem ochrony Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

3.1. Wolność zgromadzania się i stowarzyszania

3.1.1. Znaczenie art. 11 dla ochrony mniejszości narodowych

Spośród swobód gwarantowanych w Konwencji istotne znaczenie dla spraw ochrony mniejszości narodowych ma wolność zgromadzania się i stowarzyszania. ETPC podkreślił to w odniesieniu do osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych¹⁹. Twierdzenie o związku zachodzącym między swobodą zgromadzania się a ochroną praw mniejszości zostało dodatkowo umocnione odwołaniem do Konwencji ramowej.

¹⁷ F. Tulkens, S. Piedimonte, *op. cit.*, s. 7–8.

¹⁸ F. Benoît-Rohmer, *op. cit.*, s. 563.

¹⁹ *Gorzeliak przeciwko Polsce*, § 93.

93. (...) Założenie stowarzyszenia w celu wyrażania i promocji swojej tożsamości, może przyczynić się do zachowania i ochrony praw mniejszości narodowej²⁰.

W orzecznictwie ETPC została poruszona kwestia rodzajów stowarzyszeń, które korzystają z ochrony w kontekście art. 11²¹. W art. 11 ust. 1 *expressis verbis* wymieniono tylko związki zawodowe jako formę korzystania przez jednostki z wolności zrzeszania się. Nie stanowi to podstawy do odmowy ochrony innym formom organizacji, ponieważ sformułowanie art. 11 ust. 1 wskazuje na wyliczenie przykładowe, a nie wyczerpujące. Trybunał stoi na stanowisku, że prawo do założenia stowarzyszenia jest nieodłączną częścią swobód gwarantowanych w art. 11, nawet jeżeli w sposób wyraźny odnosi się on jedynie do zakładania związków zawodowych²². Możliwość stworzenia przez obywateli jednostki prawnej, w celu podjęcia grupowych działań na rzecz realizacji wspólnych interesów, jest jednym z najważniejszych aspektów prawa do wolności stowarzyszania się. Ze względu na swoje doniosłe znaczenie dla demokratycznego ustroju państwa, z zakresu stosowania art. 11 nie mogą być wyłączone również partie polityczne. Sposób, w jaki ustawodawstwo państwowe gwarantuje tę swobodę, i jej praktyczne stosowanie przez władze odzwierciedla stan demokracji w państwie²³.

24. (...) związki zawodowe są tylko jedną z form, w jakich prawo do wolności stowarzyszania się może być wykonywane.

25. (...) partie polityczne są formą stowarzyszenia niezbędną dla właściwego funkcjonowania demokracji. Ze względu na wagę, jaką Konwencja przypisuje demokracji (...), nie może być wątpliwości, że partie polityczne wchodzą w zakres stosowania art. 11²⁴.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Art. 11 ust. 1 stanowi, że każdy ma prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzenia się oraz do swobodnego stowarzyszania się, włącznie z prawem tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich dla ochrony swoich interesów.

²² Wyrok ETPC w sprawie *Sidiropoulos i inni przeciwko Grecji* z 10.07.1998 r., nr skargi 57/1997/841/1047, § 40.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Zjednoczona Partia Komunistyczna Turcji przeciwko Turcji*, § 24–25; por: *Gorzelik przeciwko Polsce*, §92.

Szczególne znaczenie, jakie ma dla mniejszości narodowych wolności zrzeszania się i zgromadzania, wynika również z jej konstrukcji normatywnej. Jest to gwarancja indywidualna, ale wykonywana grupowo. Podobny charakter przyznaje się w doktrynie wszystkim prawom przysługującym mniejszościom narodowym²⁵. Swoboda zgromadzeń jest też ściśle powiązana z wolnością opinii i wyznania. ETPC uznał jej fundamentalne znaczenie dla sprawy korzystania przez mniejszości z innych gwarancji:

100. (...) Wolność myśli i opinii oraz wolność ich wyrażania, zagwarantowane w art. 9 i 10 Konwencji, miałyby bardzo ograniczony zakres działania, jeżeli nie przyznano by jednocześnie gwarancji do współdzielenia przekonań lub idei we wspólnocie z innymi, zwłaszcza w stowarzyszeniach zrzeszających osoby mających te same przekonania, idee lub zainteresowania. (...)²⁶.

85. Trybunał zauważa, że bez względu na swoją autonomiczną rolę i określony zakres stosowania, art. 11 Konwencji musi być rozpatrywany również w świetle art. 10. Ochrona opinii i wolności ich wyrażania jest jednym z celów wolności zgromadzania się i stowarzyszania zagwarantowanej w art. 11. (...)

Ten związek jest szczególnie istotny, tam (...), gdzie interwencja władz przeciwko zgromadzeniu lub związkowi była, przynajmniej w części, reakcją na poglądy lub oświadczenia jego uczestników lub członków²⁷.

3.1.2. Ochrona wolności zrzeszania i zgromadzania się w orzecznictwie ETPC

Początek ewolucji orzecznictwa na rzecz korzystnej dla mniejszości narodowych interpretacji art. 11 wyznaczają cztery skargi kurdyjskich partii politycznych²⁸. We wszystkich tych sprawach władze

²⁵ Por. B. Mikołajczyk, *Mniejszości w prawie międzynarodowym*, Katowice 1996, s. 106.

²⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Chassagnou i inni przeciwko Francji* z 29.04.1999 r., nr skargi 25088/94, 28331/95, 28443/95, § 100.

²⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Stankov i Zjednoczona Organizacja Macedońska Ilinden przeciwko Bułgarii* z 2.10.2001 r., nr skargi 29221/95, 29225/95, § 85.

²⁸ Wyrok ETPC w sprawach: *Zjednoczona Partia Komunistyczna Turcji i inni przeciwko Turcji* z 30.01.1998 r., nr skargi 133/1996/752/951; *Partia socjalistyczna i inni przeciwko Turcji* z 25.05.1998 r., nr skargi 20/1997/804/1007; *Partia Wolności i Demokracji (Özdep) przeciwko Turcji* z 8.12.1999 r., nr skargi 23885/94; *Yazar, Karatas i Aksoy w imieniu Partii Społeczeństwa Demokratycznego przeciwko Turcji* z 9.04.2002 r., nr skargi 22723/93, 22724/93, 22725/93.

tureckie odmówiły prawa do funkcjonowania partiom politycznym, które w programie odnosiły się do kwestii uznania praw mniejszości kurdyjskiej oraz uregulowania stosunków turecko-kurdyjskich. W każdym z czterech przypadków orzeczono naruszenie wolności zrzeszania się.

Pierwszy z czterech wyroków skazujący Turcję za naruszenie art. 11 został wydany w 1998 r. w sprawie *Zjednoczona Turecka Partia Komunistyczna p. Turcji*. Podstawę orzeczenia sądów tureckich o rozwiązaniu partii stanowiły domniemane działania zagrażające integralności terytorialnej państwa i jedności narodu (§ 9). Powołano się także na założenia programowe, które miały zmierzać m.in. do ustanowienia dominacji jednej klasy społecznej nad pozostałymi, a także umieszczenie określenia „komunistyczna” w nazwie partii, niedozwolonego w świetle obowiązujących w Turcji przepisów. Program Zjednoczonej Partii, przedstawiony przez stronę rządową na poparcie stanowiska, nie stanowił w opinii ETPC wystarczającej podstawy do wydania orzeczenia o jej rozwiązaniu. Zdaniem Trybunału, niewłaściwe jest orzekanie, czy w programie partii politycznej ukryte są cele i intencje inne niż oficjalnie proklamowane (§ 58). Instrumentem służącym weryfikacji celów i założeń jest analiza działalności danej partii. W przypadku Zjednoczonej Tureckiej Partii Komunistycznej analiza taka nie była możliwa, ze względu na fakt, że partia została rozwiązana bezpośrednio po jej utworzeniu i nie podjęła działalności politycznej²⁹.

ETPC powołał się na ideę demokracji i pluralizmu w celu uzasadnienia prawa do swobodnego zrzeszania się w partie polityczne, nawet wówczas, gdy partie te głoszą poglądy niepożądane z punktu widzenia władz państwowych. Jedną z najważniejszych cech demokracji jest bowiem możliwość rozwiązywania problemów państwa na drodze dialogu, bez odwoływania się do przemocy. Trybunał podkreślił w tym kontekście znaczenie swobody wyrażania opinii dla realizowania swobody zrzeszania się.

57. (...) Demokracja opiera się na wolności słowa. (...) Nie ma żadnego usprawiedliwienia dla utrudniania działalności partii politycznej tylko dlatego,

²⁹ Została więc rozwiązana bezpośrednio wskutek realizowania swobody wyrażania opinii.

że publicznie podejmuje ona kwestie związane z sytuacją części ludności państwa i uczestniczy w życiu politycznym narodu, aby zgodnie z demokratycznymi zasadami znaleźć rozwiązanie, które zadowoli wszystkie zainteresowane podmioty.

Reakcja władz państwowych została przez Trybunał uznana za nieproporcjonalną również w kolejnych skargach na rozwiązanie partii broniących interesów kurdyjskich (sprawy: *Partia socjalistyczna p. Turcji*, *Partia Wolności i Demokracji Özdep p. Turcji* oraz *Yazar, Karatas i Aksoy p. Turcji*). Przesłanką pozwalającą orzec w tych sprawach na korzyść mniejszości narodowej³⁰ jest korzystanie ze swobody wyrażania opinii z poszanowaniem zasad demokratycznego państwa, tj. bez uciekania się lub nawoływania do przemocy.

W sprawie *Yazar, Karatas i Aksoy p. Turcji*, Trybunał wprost odniósł się do faktu umieszczenia w programie partii żądania prawa mniejszości kurdyjskiej do samostanowienia oraz uznania jej praw językowych. Partia Społeczeństwa Demokratycznego (HEP) została zdelegalizowana przez turecki Trybunał Konstytucyjny ze względu na próby rozbicia jedności narodowej oraz zamach na integralność terytorialną i narodową Turcji (§ 56). ETPC stwierdził, że prawo do samostanowienia oraz domaganie się praw językowych nie są same w sobie niezgodne z fundamentalnymi założeniami demokracji (§ 57).

58. Co więcej, Trybunał uważa, że nawet jeśli propozycje zainspirowane takimi założeniami miałyby nie zgadzać się z głównymi kierunkami polityki rządowej lub przekonaniem większości społeczeństwa, jest konieczne dla właściwego funkcjonowania demokracji, aby grupy polityczne mogły wprowadzić te propozycje do debaty publicznej, by ułatwić znalezienie rozwiązań dla problemów wspólnych politykom wszystkich opcji.

Potwierdzeniem i uzupełnieniem linii orzecznictwa ukształtowanej w sprawach kurdyjskich są dwie sprawy wniesione przez członków mniejszości macedońskiej – *Sidiropoulos p. Grecji*³¹ oraz *Stankov*

³⁰ Mniejszość kurdyjska w Turcji nie ma statusu mniejszości narodowej, choć Kurdowie domagają się ochrony swojej tożsamości narodowej. Turcja nie jest stroną Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych.

³¹ Wyrok ETPC w sprawie *Sidiropoulos i inni przeciwko Grecji* z 10.07.1998 r., nr skargi 57/1997/841/1047.

*p. Bułgarii*³², w związku z odmową zarejestrowania organizacji. W obu przypadkach strona rządowa powoływała się na ochronę integralności terytorialnej państwa przed tendencjami separatystycznymi.

W sprawie *Sidiropoulos p. Grecji* celem statutowym organizacji o nazwie Dom Cywilizacji Macedońskiej była promocja historii i kultury greckiego regionu Florina, zamieszkałego w większości przez mniejszość macedońską³³. Sądy I i II instancji wydały rozstrzygnięcie niekorzystne dla założycieli organizacji, ponieważ publicznie demonstrowali oni swoje macedońskie pochodzenie i macedońską świadomość narodową. Powoływano się także na fakt umieszczenia w nazwie organizacji sformułowania „macedońska”, co miało podważać przynależność do Grecji regionu Macedonia i jego mieszkańców, i tym samym naruszać integralność terytorialną Grecji (§ 11).

ETPC po dokładnym zbadaniu okoliczności, w tym statutu organizacji, uznał odmowę zarejestrowania Domu Cywilizacji Macedońskiej za bezzasadną. Zdaniem Trybunału, przejawianie świadomości przynależności do mniejszości oraz ochrona kultury mniejszości nie mogą być uznane za zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego (§ 41).

41. (...) Integralność terytorialna, bezpieczeństwo narodowe ani porządek publiczny nie były zagrożone działalnością stowarzyszenia, którego celem była promocja kultury danego regionu, nawet przy założeniu, że miała ona częściowo na celu promocję kulturę mniejszości; istnienie mniejszości i różnych kultur w państwie jest historycznym faktem, który demokratyczne społeczeństwo powinno tolerować, a nawet wspierać, zgodnie z podstawowymi zasadami prawa międzynarodowego.

44. (...) Cele stowarzyszenia Dom Cywilizacji Macedońskiej, określone w jego statucie, ograniczały się do zachowania i rozwijania tradycji oraz kultury ludowej regionu Florina. Takie cele są w ocenie Trybunału całkowicie jasne i prawnie dozwolone; mieszkańcy danego regionu w państwie mają

³² Wyrok ETPC w sprawie *Stankov i Zjednoczona Organizacja Macedońska Ilinden przeciwko Bułgarii* z 2.10.2001 r., nr skargi 29221/95, 29225/95.

³³ Miasto Florina znajduje się w obrębie regionu Macedonia wchodzącego w skład terytorium Grecji (północno-zachodnia część). Region ten jest licznie zamieszkały przez społeczność deklarującą pochodzenie macedońskie i związek z sąsiednim państwem Byłą Jugosłowiańską Republiką Macedonii. Region Macedonia i sprawy narodowościowe stały się przyczyną długoletniego konfliktu między Grecją a Byłą Jugosłowiańską Republiką Macedonii ze stolicą w Skopje.

prawo do założenia stowarzyszenia w celu promocji szczególnych cech regionu, zarówno z powodów historycznych, jak i ekonomicznych.

Sprawa *Stankov p. Bułgarii*, w której stroną skarżącą byli członkowie mniejszości macedońskiej zamieszkałej na terytorium Bułgarii, zakończyła się kolejnym korzystnym orzeczeniem z punktu widzenia interesów mniejszości narodowych. Celem statutowym Zjednoczonej Organizacji Macedońskiej Ilinden, założonej przez wnoszących skargę, było doprowadzenie do uznania mniejszości macedońskiej w Bułgarii. Powołując się na ochronę jedności narodowej i integralności terytorialnej, władze odmówiły zarejestrowania organizacji i systematycznie zakazywały jej pokojowych zgromadzeń.

Orzeczenie, jakie wydano w tej sprawie, określane jest jako przełom w orzecznictwie ETPC dotyczącym mniejszości narodowych³⁴. Wyraźnie uznano prawo mniejszości do stowarzyszania się oraz pokojowych manifestacji, których celem jest obrona interesów mniejszościowych i domaganie się prawa do samostanowienia. Trybunał ponownie odwołał się do fundamentalnych założeń demokracji – do wolności opinii i zgromadzeń, które umożliwiają rozwiązywanie problemów wewnętrznych na drodze dialogu bez odwoływania się do przemocy (§ 88).

97. (...) Fakt, że dana grupa osób domaga się autonomii lub nawet oderwania części terytorium państwowego, żądając tym samym fundamentalnych konstytucyjnych i terytorialnych zmian, nie może automatycznie uzasadniać wydania im zakazu zgromadzania się. Domaganie się zmian terytorialnych w przemówieniach i demonstracjach nie oznacza automatycznie zagrożenia dla integralności terytorialnej państwa i bezpieczeństwa narodowego.

Wolność zgromadzania się i prawo do wyrażania swoich poglądów znajdują się wśród najdonioślejszych wartości demokratycznego społeczeństwa. Istotą demokracji jest jej zdolność do rozwiązywania problemów poprzez otwartą debatę (...).

W demokratycznym społeczeństwie funkcjonującym na bazie rządów prawa, idee polityczne, które kontestują istniejący porządek i których realizacja jest głoszona za pomocą pokojowych środków, muszą otrzymać odpowiednią możliwość bycia wyrażanych na drodze wykonywania prawa do zgromadzania się, jak również za pomocą innych legalnych środków.

³⁴ F. Benoît-Rohmer, *op. cit.*, s. 573.

98. Zdaniem Trybunału, prawdopodobieństwo, że na zgromadzeniach organizowanych przez Ilinden będą głoszone deklaracje separatystyczne, nie może uzasadniać zakazu takich zgromadzeń.

Na tle tej linii orzeczniczej można dostrzec dysonans pomiędzy analizowanymi sprawami z udziałem mniejszości kurdyjskiej i macedońskiej a wyrokiem w sprawie *Gorzelik i inni p. Polsce*. W sprawie J. Gorzelika jednomyślnie uznano ingerencję w wolność zrzeszania się (odmowa zarejestrowania Związku Ludności Narodowości Śląskiej) za uzasadnioną.

Za orzeczeniem wydanym na niekorzyść mniejszości przemawiały określone różnice w stanie faktycznym. Proklamowane w statucie Związku cele jego działalności zakładały m.in. rozbudzenie i wzmocnienie świadomości narodowej Ślązaków oraz obronę praw etnicznych osób narodowości śląskiej³⁵. Okolicznością odróżniającą sytuację ludności śląskiej od sytuacji mniejszości macedońskiej i kurdyjskiej w prezentowanych wcześniej sprawach, jest stosunek władz państwowych. ETPC stwierdził, że państwo polskie w żaden sposób nie działało z zamiarem zaprzeczenia istnienia odrębnej etnicznej i kulturalnej tożsamości Ślązaków (§ 105).

105. (...) Przeciwnie, we wszystkich swoich decyzjach władze konsekwentnie uznają istnienie śląskiej mniejszości etnicznej i jej prawa do zrzeszania się w celu realizowania wspólnych celów.

ETPC uznał stanowisko polskich władz państwowych, że ochrona tożsamości ludności śląskiej, proklamowana w statucie, nie była głównym celem Związku Ludności Narodowości Śląskiej. Powołał się na przepisy ordynacji wyborczej do Sejmu RP³⁶, która przyznawała przywileje wyborcze zarejestrowanym organizacjom mniejszości narodowych. W art. 5 ust. 1 ordynacji przewidziano dla komitetów wyborczych takich organizacji zwolnienie z określonych progów wyborczych podczas wyborów parlamentarnych (art. 3.1–4 ordynacji). Podczas rejestracji sugerowano skarżącym modyfikację nazwy oraz

³⁵ Statut Związku Narodowości Śląskiej w części określającej jego cele i sposoby działania został umieszczony w § 19 orzeczenia.

³⁶ W czasie wnoszenia skargi (1998 r.) obowiązywała ust. z dn. 28.05.1993 r. Ordynacja wyborcza do Sejmu RP, Dz. U. z 1993 r., Nr 45, poz. 205.

fragmentu statutu Związku, co pozwoliłoby na wyeliminowanie niejasności dotyczących jego celów i założeń. Odmowa rejestracji przez władze polskie nie była więc bezwarunkowa i skierowana przeciwko kulturowym i praktycznym zadaniom tej organizacji. Mogłyby być one realizowane również po usunięciu kwestionowanego fragmentu statutu (§ 105). ETPC nie dopatrywał się w działaniu władz państwa naruszenia wolności skarżących do stowarzyszenia się. Działanie to miało zapobiec ewentualnemu nadużyciu prawa wyborczego i tym samym służyło polskim instytucjom i procedurom demokratycznym (§ 76).

Podobnie jak we wcześniej analizowanych sprawach, również w tej sprawie ETPC rozpatrywał kwestię ochrony mniejszości narodowych w kontekście demokratycznej konstrukcji państwa. Odwołano się do idei demokracji – tym razem, by podkreślić, że pluralizm i demokracja wymagają kompromisów pomiędzy interesem indywidualnym a interesem grupowym. Poszczególne jednostki powinny niekiedy ograniczyć swoje wolności na rzecz zapewnienia stabilności państwa jako całości.

76. (...) kwestionowane środki zmierzały do zapobieżenia możliwemu nadużyciu prawa wyborczego przez sam związek albo przez inną organizację w podobnej sytuacji, służyły ochronie istniejących w Polsce demokratycznych instytucji i procedur.

106. Trybunał stwierdza zatem, że to nie wolność zrzeszania się sama w sobie została ograniczona przez państwo. Władze nie utrudniały skarżącym założenia stowarzyszenia w celu wyrażania i promowania charakterystycznych cech mniejszości, ale utworzenie jednostki prawnej, która (...) nieuchronnie nabyłaby prawa do specjalnego statusu na mocy ordynacji wyborczej z 1993 r.

Wyrażany jest też niekiedy pogląd, że sprawa *Gorzelik p. Polsce* została rozpatrzona bez należytego uwzględnienia faktu przynależności skarżących do grupy, której odmówiono istnienia jako oficjalnej mniejszości narodowej³⁷. W państwie, w którym nie obowiązuje oficjalna procedura uznania za mniejszość narodową, założenie stowarzyszenia i przyjęcie odpowiedniego statutu jest jedyną drogą uzyskania statusu mniejszości. Odmowa zarejestrowania związku, który

³⁷ F. Benoît-Rohmer, *op. cit.*, s. 585.

określa się jako mniejszość narodowa może być rozpatrywana jako odmowa uznania przez państwo istnienia tej mniejszości³⁸.

3.2. Ograniczenia korzystania z art. 11 Konwencji

Wolności określone art. 9–11 Konwencji nie mają charakteru absolutnego. Poszczególne artykuły zawierają postanowienia przyznające państwu możliwość ograniczenia osobom znajdującym się pod ich jurysdykcją swobody wyznania, wyrażania opinii oraz swobody zgromadzeń i stowarzyszeń (art. 9 ust. 2, art. 10 ust. 2, art. 11 ust. 2). W kontekście interpretacji i stosowania zawartych w Konwencji klauzul limitacyjnych, państwa-strony dysponują pewnym zakresem dyskrecjonalności, co w literaturze określane jest jako doktryna marginesu oceny³⁹. Jej celem jest dostosowanie Konwencji do lokalnych uwarunkowań, w stosunku do których sąd międzynarodowy posiada ograniczone rozpoznanie. Koncepcja marginesu oceny stanowi także wyraz poszanowania przez Trybunał demokratycznych wyborów dokonywanych na poziomie krajowym⁴⁰.

W Konwencji ustalono kryteria, jakie powinna spełniać ewentualna ingerencja państwa w korzystanie ze swobód. Ograniczenia nie mogą być wprowadzone w inny sposób niż na drodze ustawowej, powinny być konieczne w demokratycznym społeczeństwie i uwzględniać zasadę proporcjonalności, a także powinny służyć uprawnionemu celowi. Kryteria te, jako wyjątki od ogólnych zasad, interpretowane są przez ETPC zawężająco⁴¹. Margines swobody państw w ocenie okoliczności dopuszczających ingerencję w wolności z art. 9–11 poddawany jest każdorazowo wnikliwej analizie Trybunału. Określone w poszczególnych klauzulach limitacyjnych okoliczności umożliwiające ingerencję interpretowane są przez ETPC w świetle

³⁸ Por. krytyczny głos w sprawie orzeczenia *Gorzelik przeciwko Polsce*, F. Benoît-Rohmer, *op. cit.*, s. 584–586.

³⁹ Szerzej na temat uwag terminologicznych dot. koncepcji marginesu oceny zob.: A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 23–27.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 420; por.: I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 808–810.

⁴¹ L. Hannikainen, *op. cit.*, s. 34.

postanowień Konwencji, zgodnie z regułą autonomicznego rozumienia dobra uzasadniającego ingerencję. ETPC nie poprzestaje na rozumieniu nadanym im przez prawo krajowe⁴². Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału wskazuje, że w sprawach związanych z ochroną praw mniejszości, ETPC z reguły uznaje podnoszony przez stronę rządową cel ingerencji za uprawniony⁴³. Zdecydowanie rzadziej ocenia ingerencję jako właściwą i proporcjonalną do tego celu, wskazując tym samym na naruszenie wolności.

Z punktu widzenia ochrony mniejszości narodowych, ograniczenia korzystania z wolności gwarantowanych w Konwencji mają konsekwencje nie tylko dla postępowania przed ETPC. Ograniczenia przewidziane w Konwencji wpływają również na interpretację praw i wolności gwarantowanych w Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych⁴⁴.

3.2.1. Zakres swobody państwa w ocenie kryteriów uzasadniających ingerencję państwa na przykładzie rozstrzygnięcia w sprawie *Stankov p. Bułgarii*

Modelowy test stosowany przez ETPC dla oceny słuszności ingerencji w wolność zgromadzeń ilustruje wyrok w sprawie *Stankov p. Bułgarii*. W analizowanej sprawie Trybunał odniósł się do zakresu swobody państwa w ocenie kryteriów dopuszczających ograniczenie wolności z art. 11 ust. 1. Zakres tej swobody wyznacza granice interpretacji art. 11 ust. 2⁴⁵.

⁴² I.C. Kamiński, *op. cit.*, s. 44.

⁴³ F. Tulkens, S. Piedimonte, *op. cit.*, s. 10.

⁴⁴ Art. 19 Konwencji ramowej stanowi, że Strony zobowiązują się do poszanowania i realizacji zasad zawartych w niniejszej konwencji ramowej i wprowadzania, tam gdzie to konieczne, tylko takich ich ograniczeń, restrykcji lub odstępstw, które są przewidziane w międzynarodowych instrumentach prawnych – w szczególności w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – w takim zakresie, w jakim odpowiadają one prawom i wolnościom wynikającym z powyższych zasad.

⁴⁵ Art. 11 ust. 2 Konwencji stanowi, że wykonywanie tych praw [z art. 11 ust. 1] nie może podlegać innym ograniczeniom niż te, które określa ustawa i które są konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwu, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Skarżący podnosili, że zakazy zgromadzeń systematycznie wydawane przez władze Bułgarii wobec Zjednoczonej Macedońskiej Organizacji Ilinden stanowiły zamach na wolność wyrażania opinii i wolność pokojowych zgromadzeń (§ 61). W opinii skarżących ingerencja władz nie była określona ustawą. W świetle obowiązujących przepisów odmowa rejestracji nie stanowiła powodu uzasadniającego wydanie zakazu demonstracji. Powołano się na mające w tym przypadku zastosowanie przepisy ustawy o zgromadzeniach i manifestacjach (§ 62). Skarżący odnieśli się do twierdzeń strony rządowej, uznając za bezpodstawne argumenty o stwarzaniu zagrożenia przez biorących udział w zgromadzeniach organizowanych przez Ilinden. Podkreślano pokojowy charakter spotkań służących upamiętnieniu wydarzeń historycznych o szczególnym znaczeniu dla historii narodu macedońskiego (§ 63).

Skarżący kwestionowali również zasadność i dopuszczalność celu, któremu miało służyć wydanie zakazu zgromadzeń (§ 64).

Argumentacja strony rządowej oparta została na twierdzeniu, że organizacja Ilinden była „grupą separatystyczną”, która dążyła do oderwania regionu Pirin od Bułgarii. Z tego względu stanowiła bezpośrednie zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego i integralności terytorialnej państwa (§ 71). Strona rządowa poddała w wątpliwość pokojowe intencje manifestantów, powołując się na rzekome dowody świadczące o posiadaniu uzbrojenia. Podkreślano, że każdorazowo zgromadzenia organizowane przez skarżących wiązały się z incydentami i aktami agresji pomiędzy zwolennikami Ilinden a pozostałą częścią społeczeństwa. Zdarzenia te łączono z prowokacyjnymi antybułgarskimi wystąpieniami (§ 66).

Władze Bułgarii uznały za legalną swoją ingerencję w wolności skarżących gwarantowane w art. 11 Konwencji. Jako prawną podstawę ingerencji powołano Konstytucję oraz ustawę o zgromadzeniach i manifestacjach (§ 68). Ograniczenie wolności z art. 11 uzasadniono niekonstytucyjnością działań organizacji, która zagrażała integralności terytorialnej państwa oraz porządkowi publicznemu. Podjęte środki, w opinii strony rządowej, służyły uprawnionym celom: ochronie bezpieczeństwa narodowego i integralności terytorialnej, ochronie praw

i wolności innych osób, zapewnieniu porządku publicznego w lokalnej społeczności i zapobieganiu chaosowi i przestępczości (§ 70).

ETPC rozpatrując argumentację obu stron, dokonał analizy ingerencji kolejno pod kątem umocowania prawnego, uprawnionego celu oraz konieczności ingerencji w demokratycznym społeczeństwie (§ 81–109).

W odniesieniu do umocowania, Trybunał przyjął, że ograniczenie wolności zgromadzania się skarżących było określone ustawowo (§ 82). Zakazy pochodziły od kompetentnych organów oraz były wydane według procedury przepisanej ustawą o zgromadzeniach i manifestacjach. Domniemane zagrożenie dla porządku publicznego, powoływane przez stronę rządową stanowiło, zgodnie z obowiązującym prawem wewnętrznym, powód uzasadniający ingerencję państwa w wolność zgromadzania się.

Analizując cele ingerencji przedstawione przez rząd Bułgarii, ETPC przyjął, że ingerencja służyła ochronie wartości wymienionych przez rząd: ochronie bezpieczeństwa narodowego i integralności terytorialnej, ochronie praw i wolności innych osób, zagwarantowaniu porządku publicznego w lokalnej społeczności i zapobieganiu chaosowi i przestępczości. ETPC jednoznacznie stwierdził, że swoboda państwa w ocenie kryteriów dopuszczających ingerencję w wolność słowa i wolność zgromadzania się jest ograniczona.

84. Trybunał podkreśla, że lista wyjątków od wolności wyrażania się i zgromadzania się, zagwarantowanych w art. 10 i 11, jest listą zamkniętą. Definicje tych wyjątków (...) muszą być interpretowane zawężająco.

Najbardziej szczegółowo ETPC odniósł się do kryterium konieczności ingerencji w demokratycznym społeczeństwie. Test konieczności obejmuje analizę okoliczności sprawy zmierzającą do ustalenia, czy ingerencja odpowiada pilnej potrzebie społecznej i, w szczególności, czy jest proporcjonalna do zamierzonego celu (§ 87). Wypowiadając się na temat zakresu swobody państw w ocenie tych kryteriów, Trybunał uznał, że:

87. (...) Państwa-strony [Konwencji] mają pewny margines swobody w ocenie, czy taka potrzeba istnieje, ale ocena ta poddana jest jednoczesnemu nadzorowi na poziomie europejskim, obejmującemu zarówno ustawodawstwo, jak

i decyzje stosowania prawa, nawet te wydane przez niezależny sąd. Trybunał ma zatem prawo do wydania ostatecznego rozstrzygnięcia, czy ograniczenie jest możliwe do pogodzenia z prawami chronionymi przez Konwencję.

Trybunał dokonując swojej analizy, nie ma za zadanie zastąpienia swoją oceną tej, która została dokonana przez odpowiednie władze państwowe, jego zadaniem jest raczej rewizja decyzji, którą władze te podjęły w ramach stosowania art. 11. (...) Należy się przyjrzeć zaskarżonej ingerencji w świetle sprawy jako całości i określić, po ustaleniu, że służyła ona realizacji uprawnionego celu, czy była ona proporcjonalna do tego celu oraz czy przyczyny powoływane przez władze państwowe były odpowiednie i wystarczające.

Trybunał powołał się na dotychczasowe orzecznictwo i ogólne zasady odnoszące się do ingerencji w swobodę zgromadzania się i zrzeszania. Zwrócił uwagę na związek gwarancji z art. 11 z wolnością wyrażania opinii. ETPC sprecyzował także zakres zastosowania art. 11, podkreślając, że swoboda zrzeszania rozciąga się na demonstracje, które mogą drażnić lub stanowić obrazę dla osób przeciwnych manifestowanym ideom lub roszczeniom (§ 86). Nadrzędną i pilną potrzebę społeczną powiązano z ochroną demokracji w państwie. W sytuacji, w której ze strony organizacji lub zgromadzenia ma miejsce nawoływanie do przemocy przeciwko jednostce lub części społeczeństwa, władze państwa korzystają z szerszego marginesu oceny konieczności ingerencji (§ 90).

90. Najważniejszym czynnikiem, który powinien być brany pod uwagę, jest zagadnienie, czy nastąpiło nawoływanie do przemocy, powstania, lub inna forma odrzucenia demokratycznych zasad (...).

Po przypomnieniu ogólnych zasad, ETPC przystąpił do analizy konkretnych okoliczności faktycznych sprawy. Władze Bułgarii podniosły fakt, że organizacji reprezentowanej przez skarżącego odmówiono rejestracji ze względu na orzeczenie sądowe o jej niekonstytucyjności. Trybunał stanął jednak na stanowisku, że oparcie argumentacji na samym fakcie, że organizacja została uznana za niekonstytucyjną, i w związku z tym odmówiono jej rejestracji, nie wystarcza do uzasadnienia wielokrotnych zakazów pokojowych zgromadzeń, wydanych na podstawie art. 11 ust. 2 Konwencji (§ 92). W konsekwencji poddano analizie poszczególne podstawy powoływane przez stronę rządową dla uzasadnienia ingerencji w wolność zgromadzania się. Były to,

m.in: domniemane posiadanie broni, zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego, niebezpieczeństwa płynące z celów i deklaracji organizacji Ilinden, w tym idee separatystyczne oraz nawoływanie do przemocy. Nie przedstawiono jednak, zdaniem Trybunału, wystarczających i wiarygodnych dowodów na poparcie tych zarzutów (§ 93–107).

Po przeprowadzeniu tej analizy uznano, że z okoliczności sprawy nie wynika ryzyko przemocy lub nawoływania do niej, ani żadna inna forma odrzucenia przez organizację Ilinden demokratycznych zasad. W konkluzji ETPC stwierdził przekroczenie przez władze Bułgarii marginesu swobody i naruszenie art. 11 Konwencji (§ 112). Zastosowane środki w postaci zakazu zgromadzeń nie były bowiem zdaniem Trybunału konieczne w demokratycznym społeczeństwie w rozumieniu art. 11 ust. 2.

Fakt, że kwestia zgromadzeń organizacji Ilinden dotyczyła również tożsamości narodowej i wykorzystania symboli narodowych, nie stanowił powodu dla przyznania państwu szerszego marginesu swobody w ocenie potrzeby społecznej. Trybunał zwrócił uwagę na konieczność zachowania szczególnej ostrożności przez władze państwowe, by narodowa opinia publiczna nie była chroniona kosztem opinii mniejszościowych (§ 107).

4. Podsumowanie

ETPC powołuje się na konstrukcję demokratycznego państwa z jego podstawowymi niekwestionowanymi wolnościami w celu zapewnienia mniejszościom miejsca w życiu społecznym i politycznym. Państwo, jako strażnik demokracji ma zagwarantować równowagę pomiędzy dominującą pozycją większości i słabszą od niej pozycją mniejszości.

W orzeczeniu w sprawie *Gorzelik p. Polsce*, Trybunał wskazał na bezpośredni związek demokracji i zagadnienia ochrony praw mniejszości narodowych. Umieścił poszanowanie praw członków mniejszości wśród wartości niezbędnych dla zachowania demokratycznego ustroju państwa.

68. (...) wydaje się być powszechnie podzielanym w Europie poglądem że, jak zapisano w Preambule do Konwencji ramowej, „burzliwe wydarzenia europejskiej historii udowodniły, iż ochrona mniejszości narodowych jest niezbędna dla stabilizacji, bezpieczeństwa demokratycznego i pokoju na tym kontynencie” i poszanowanie ich [mniejszości narodowych] jest warunkiem *sine qua non* demokratycznego społeczeństwa (...).

Ochrona mniejszości narodowych w orzecznictwie ETPC została podjęta w kontekście interpretacji art. 11 z uwzględnieniem narodowościowego kontekstu stowarzyszeń i zgromadzeń. Istnienie partii politycznych broniących interesów etnicznych umożliwia zainicjowanie na arenie politycznej debaty nad sytuacją określonej mniejszości w państwie, w którym opinie i interesy mniejszości narodowych są zaniedbywane. Funkcjonowanie takich partii politycznych jest odpowiedzialnością członków mniejszości na stosowanie wobec nich przez władze państwowe dyskryminacyjnych praktyk, i świadczy jednocześnie o istnieniu tendencji nacjonalistycznych w społeczeństwie⁴⁶.

Ochrona praw mniejszości, gwarantowana w następstwie korzystnej dla mniejszości wykładni art. 11 ust. 1 i 2, nie ma jednak charakteru absolutnego. Granicą korzystania z wolności jest poszanowanie demokratycznej konstrukcji państwa oraz praw osób trzecich⁴⁷. Ograniczenia te powinny być stosowane wyłącznie z przekonujących i oczywistych powodów, a dopuszczalne wyjątki od wolności z art. 9–11 Konwencji powinny być interpretowane wąsko (ograniczony *margines swobody państwa w ocenie*).

ETPC dąży do zapewnienia mniejszościom narodowym ochrony według takich samych zasad, według których chroni wszystkie inne żądania mieszczące się w ramach pluralizmu demokratycznego, dlatego interes mniejszości narodowych jest jedynie pośrednio chroniony w orzecznictwie Trybunału. Niemożliwe jest rozróżnienie zakresu ochrony, jaki przyznaje on mniejszościom narodowym od zakresu ochrony przysługującego innym mniejszościom.

⁴⁶ S. Wheatley, *Deliberative Democracy and Minorities*, „European Journal of International Law” 2003, vol. 14., Nr 3., s. 514, p. 39.

⁴⁷ *Gorzeliak przeciwko Polsce*, § 94.

III. FUNKCJONOWANIE SYSTEMU KONTROLNEGO EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA

Michał Balcerzak

Prace międzyrządowe nad długookresową reformą Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w latach 2009–2011*

1. Wprowadzenie

System kontroli wykonywania zobowiązań ustanowiony w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC, Konwencja) podlega modyfikacjom niemal od początku swojego istnienia. Przed 1990 r. proces reformowania systemu EKPC nie był jednak powodowany gwałtowną zmianą parametrów takich jak liczba państw-stron Konwencji, wzrastająca liczba skarg indywidualnych czy też masowo napływające sprawy dotyczące tożsamego problemu w systemie krajowym (tzw. *repetitive cases*). Zmiany w systemie kontroli sprawowanej przez ówczesną Europejską Komisję Praw Człowieka i sesyjnie działający Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC, Trybunał) polegały głównie na drobnych korektach proceduralnych (por. np. protokoły nr 3, 4, 8). Za najważniejszą modyfikację systemu EKPC przez 1990 r. należy uznać stworzenie jednostce możliwości bezpośredniego dostępu do ETPC (protokół nr 9), za zgodą państwa-strony EKPC. Był to jednak etap

* Opracowanie zawiera fragmenty ekspertyzy sporządzonej przez autora w 2009 r. na zlecenie Ministerstwa Spraw Zagranicznych pt. *Tezy do dyskusji nad stanowiskiem Polski wobec długofalowej reformy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w tym propozycji zawartych w Memorandum Prezesa ETPC z dn. 3.07.2009 r.*

pośredni prowadzący do istotnej zmiany systemowej wprowadzonej przez protokół nr 11 z 1994 r. (w mocy od 1998 r.), którego zasadniczym elementem było nadanie ETPC statusu stałego, regionalnego sądu międzynarodowego o jurysdykcji obligatoryjnej dla wszystkich państw-stron Konwencji.

Wejście w życie protokołu nr 11 w 1998 r. otworzyło nowy rozdział w historii systemu ETPC. Reforma wprowadzona na mocy tego protokołu miała wzmocnić system EKPC, a także przygotować go na wyzwania związane z poszerzeniem kręgu państw-stron Konwencji. Tymczasem w trakcie pierwszej dekady funkcjonowania ETPC jako sądu stałego (1999–2008) wystąpiła akumulacja problemów prowadząca do spadku efektywności systemu kontroli przewidzianego w Konwencji. Przewidywania i aspiracje związane z protokołem nr 11 nie spełniły się. Wprawdzie utworzenie sądu stałego i powszechnego prawa dostępu skarżącego do ETPC to niewątpliwy sukces, jednak szereg innych rozwiązań przyjętych w protokole nr 11 – w tym likwidacja Europejskiej Komisji Praw Człowieka i minimalizacja kompetencji prawotwórczych państw-stron w dziedzinie kształtowania procedur kontrolnych – należy uznać z dzisiejszej perspektywy za porażki.

W pierwszych latach XXI w. przystąpiono w strukturach międzyrządowych Rady Europy do rozległych prac analitycznych i koncepcyjnych, których celem było wskazanie metod poprawy zdolności operacyjnej Trybunału oraz przywrócenia systemowi pewnej równowagi. Motywem przewodnim prac nad reformą ETPC była subsydiarność systemu stworzonego na podstawie Konwencji. Licznym raportom i analizom towarzyszyło przekonanie, że system można naprawić bez głębszych zmian traktatowych. Jednak wraz z upływem czasu i wzrastającą niewydolnością systemu stało się jasne, iż poprawa sytuacji nie jest możliwa bez wprowadzenia zmian proceduralnych i instytucjonalnych w samej Konwencji. Otwarty do podpisu w 2004 r. protokół nr 14¹ stanowił próbę dostosowania systemu EKPC do problemów pierwszych lat XXI wieku. Proces ratyfikacyjny protokołu nr 14 został poddany obstrukcji, a także zinstrumentalizowany przez

¹ Dz.U. z 2010 r., nr 90, poz. 587. Zob. na ten temat P. Lemmens, W. Vandenhole, (red.), *Protocol no. 14 and the reform of the European Court of Human Rights*, Antwerpen-Oxford 2005.

Federację Rosyjską. W 2009 r. – po pięciu latach od podpisania – zniecierpliwione państwa-strony Konwencji podjęły działania w celu wdrożenia niektórych rozwiązań przewidzianych w Protokole nr 14 jeszcze przed jego wejściem w życie. Konferencja państw-stron EKPC przyjęła tzw. porozumienie madryckie, na mocy którego postanowiono w drodze konsensu, że postanowienia dotyczące nowych składowców orzekających mogą być stosowane tymczasowo w odniesieniu do tych państw, które wyrażą na to zgodę (ogółem taką zgodę wyraziło 10 państw). Wkrótce po porozumieniu madryckim otwarto do podpisu protokół nr 14 bis. Zawierał on postanowienia w części powtarzające rozwiązania protokołu nr 14. Podpisanie i ratyfikacja stanowiły alternatywę dla państw, które zamiast zgody na tymczasowe stosowanie protokołu nr 14 preferowały związanie się nowym traktatem – protokołem nr 14 bis.

Ratyfikacja przez Federację Rosyjską protokołu nr 14 na początku 2010 r., skutkująca uzyskaniem kompletu ratyfikacji państw-stron EKPC i wejściem w życie tego protokołu 1 czerwca 2010 r., spowodowała wygaszenie mocy obowiązującej protokołu nr 14 bis. Niezależnie od powyższego „sukcesu” – oraz zakresu ustępstw i granic kompromisu ze strony RE dla uzyskania ratyfikacji Rosji – doświadczenia związane z procesem ratyfikacyjnym stanowią ważną lekcję dla formułowania metodologii i taktyki wprowadzania dalszych zmian w systemie EKPC.

U schyłku pierwszej dekady funkcjonowania ETPC jako sądu stałego, państwa-strony EKPC oraz sam Trybunał wyraziły gotowość do podjęcia dialogu na temat przyszłości systemu kontroli w dalszej perspektywie czasowej, tj. w okresie kolejnych dekad. Należy uznać tego rodzaju debatę za nieodzowną, bowiem poziom negatywnych zjawisk i tendencji w systemie EKPC, w tym zagrożenie zablokowaniem z powodu liczby skarg indywidualnych, zakłócenia w wykonywaniu podstawowych funkcji przewidzianych dla Trybunału, niepokojące tendencje orzecnicze, etc. – nie pozwala na przejście nad ww. zjawiskami do porządku dziennego. Funkcjonowanie ETPC zaczęło stopniowo odbiegać od modelu tej instytucji przyjętego dla potrzeb protokołu nr 11, a każdy rok jedynie pogłębiał rozmiar problemu. Ujmując rzecz najprościej, system nie został zaprojektowany dla roz-

strzygania tak dużej liczby skarg indywidualnych, a jego obecny kształt jest dostosowany do parametrów i czynników z końca lat 90. XX wieku, a nie drugiej dekady XXI wieku.

W tej sytuacji inercja ze strony państw-stron doprowadziłaby nie tylko do zaprzepaszczenia pozytywnych zdobyczy Protokołu nr 11 (statusu ETPC jako stałego sądu międzynarodowego oraz oddzielenie orzekania od procesu politycznego), lecz także osłabienia wartości leżących u podstaw systemu kontroli EKPC. Konsekwencją takiego stanu rzeczy byłoby obniżenie poziomu ochrony praw człowieka w Europie, w szczególności drastyczne zmniejszenie poziomu i efektywności ochrony proceduralnej. Prawdopodobnym następstwem braku reformy systemu byłoby także zakwestionowanie roli Rady Europy jako organizacji wiodącej w przestrzeni ochrony praw człowieka i przeniesienie punktu ciężkości na system Unii Europejskiej, włącznie z przemodelowaniem funkcji Trybunału Sprawiedliwości UE w dziedzinie praw człowieka.

W świetle prac międzyrządowych prowadzonych w ostatnich latach nad zreformowaniem systemu EKPC można jednak wyrazić umiarkowany optymizm co do jego dalszego funkcjonowania, aczkolwiek do połowy 2011 r. wciąż nie zapadły rozstrzygające decyzje polityczne, które pozwalałyby spodziewać się przełomu i dostosowania systemu kontroli do współczesnych wyzwań. Celem niniejszego opracowania jest przegląd prac nad reformą systemu w latach 2009–2011, prowadzonych przez państwa-strony. Przegląd ten będzie z konieczności selektywny, lecz będzie uwzględniał najważniejsze aspekty debaty o przyszłości systemu kontroli. Zarysowana cezura czasowa ma oczywiście charakter umowny – jej początek wyznacza Memorandum Prezesa ETPC z dn. 3 lipca 2009 r. i przygotowania do konferencji międzyrządowej w Interlaken. Kolejnym etapem politycznej debaty nad reformą jest Deklaracja z Interlaken (19 lutego 2010 r.) wraz z programem działania i kolejna Deklaracja – tym razem przyjęta na konferencji zorganizowanej w trakcie tureckiej prezydencji w RE (Izmir, 26–27 kwietnia 2011 r.). W tym samym okresie szczegółowa dyskusja nad reformą ETPC odbywała się w ramach Komitetu Zarządzającego ds. Praw Człowieka RE (CDDH) oraz komitetów eksperckich. Istotnym uzupełnieniem międzyrządowych prac nad reformą były konferencje

organizowane przez niektóre państwa oraz ośrodki akademickie², w tym tzw. seminaria warszawskie³. Niezależnie od ww. kwestii, od 2010 r. państwa członkowskie Rady Europy prowadziły intensywne konsultacje i negocjacje związane z procedurą przystąpienia UE do Konwencji. Zagadnienie to ma niewątpliwy związek z długofalową reformą samego Trybunału, jednak nie będzie tu przedmiotem omówienia⁴.

Poza przeglądem prac międzyrządowych, opracowanie zawiera uwagi autora odnośnie metodologii reformowania systemu EKPC oraz modelu instytucjonalnego ETPC.

2. Metodologia reformowania systemu EKPC

Reforma systemu nie jest możliwa bez zmian traktatowych, natomiast dyskusja o treści tych zmian **powinna być poprzedzona ustaleniem metodologii** i „mapy drogowej” ich wprowadzania. Prace nad reformowaniem systemu Konwencji w perspektywie długofalowej obejmują etap konceptualizacji i decyzji politycznych, następnie negocjacji traktatowych, a następnie proces ratyfikacyjny i etap implementacji. W trakcie pierwszego z ww. etapów należy przyjąć następujące założenia wyjściowe:

1. Reforma systemu EKPC powinna zakładać **nienaruszalność katalogu praw i wolności**, tj. prawa materialnego w rozdziale I EKPC i protokołach dodatkowych. Do rozważenia pozostaje celowość technicznego zunifikowania katalogu praw i wolności

² Zob. m.in. R. Wolfram, U. Deutsch (red.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions. International Workshop, Heidelberg, December 17–18 2007*, Springer Verlag 2009.

³ Zob. publikacje pokonferencyjne: *The right to trial within a reasonable time and short-term reform of the European Court of Human Rights. Round Table organised by the Slovenian Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe. Bled, Slovenia, 21–22 September 2009*, Council of Europe Publishing 2009; *Third Informal Seminar for Government Agents and Other Institutions on Pilot Judgment Procedure in the ECHR and Future Development of Human Rights' Standards and Procedures, Warsaw 14–15 May 2009*, wyd. KSAP, Warszawa 2009; *Concepts of General Domestic Remedy and Simplified Procedure for Amending the Convention in the Post-Interlaken Process. 4th Warsaw Seminar, 9–10 September 2010*, wyd. KSAP, Warszawa 2010. Kolejne seminarium z tego cyklu odbyło się w dn. 29–30.09.2011 r.

⁴ Zob. artykuł prof. C. Mika w niniejszej publikacji na str. 29–82.

poprzez kompilację standardów rozdziału I EKPC i protokołów dodatkowych („Karta praw i wolności”). W związku z niejednorodnym zakresem ratyfikacji protokołów dodatkowych taki zabieg może wywołać chaos.

2. W związku z ryzykiem blokady wynegocjowanych rozwiązań w związku z koniecznością uzyskania ratyfikacji przez wszystkie państwa-strony EKPC, **reforma systemu powinna zakładać dwutorowość**, tj. metodę „dwóch prędkości”: nowe rozwiązania systemowe powinny współistnieć z dotychczasowymi. W założeniu będzie to okres przejściowy i jest rzeczą pożądaną, aby był on jak najkrótszy. Prowadzi to wprawdzie do dwoistości proceduralnych, ale założenie przyjęcia nowych rozwiązań przez wszystkie państwa w krótkim czasie (np. dwa lata) jest nierealistyczne. Sytuacja „dwóch prędkości” nie jest zresztą zupełnie nieznaną systemowi Konwencji – tego typu rozwiązania przewidywał m.in. protokół nr 9, a w ostatnim czasie – protokół 14 bis.
3. Należy doprowadzić do **przebudowy architektury normatywnej** systemu EKPC poprzez wprowadzenie **Statutu Trybunału** w randze rezolucji (uchwały prawotwórczej) Komitetu Ministrów Rady Europy lub w innej formule, zaakceptowanej przez państwa-strony. Koncepcja Statutu była obecna w dyskusjach nad reformą już na etapie projektowania protokołu nr 11. Statut zawierałby część przepisów obecnego rozdziału II EKPC (przepisy o charakterze instytucjonalnym i proceduralnym) oraz część przepisów przejętych z Regulaminu ETPC. Statut stanowiłby akt prawotwórczy państw-stron EKPC, podlegający zmianom w procedurze uproszczonej (zob. niżej).
4. Metodologia prac nad reformą powinna uwzględniać perspektywę **akcesji UE do EKPC**. Należy przyjąć, że akcesja ma charakter priorytetowy i nastąpi przed wdrażaniem nowych rozwiązań proceduralno-instytucjonalnych w systemie EKPC. Dążenie do jak najszybszego przystąpienia UE zasługuje na poparcie z punktu widzenia ochrony praw człowieka w Europie, natomiast powstaje pytanie, czy akcesja UE nie zahamuje prac nad reformą systemu kontrolnego EKPC. Ponadto, istnieje pewne ryzyko politycznej instrumentalizacji przystąpienia UE

do EKPC, tj. opóźnień w procedurze ratyfikacji protokołu akcesyjnego i wykorzystywania akcesji jako okazji do formułowania oczekiwań lub żądań przez niektóre państwa-strony EKPC pod adresem Rady Europy.

3. Model instytucjonalny Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Określenie modelu instytucjonalnego ETPC należy do kluczowych zagadnień długookresowej reformy systemu Konwencji. Jako punkt wyjścia należy potraktować założenie, że Trybunał powinien zachować dotychczasowy charakter stałego, międzynarodowego sądu o jurysdykcji obowiązkowej wobec państw-stron Konwencji. Należy też przejść do porządku dziennego nad faktem, iż przy obecnej jurysdykcji przedmiotowej i podmiotowej, a także perspektywie akcesji UE do EKPC, Trybunał nie jest w stanie zajmować się każdym zidentyfikowanym przypadkiem naruszenia standardów zawartych w EKPC.

Wprowadzenie nowej przesłanki dopuszczalności w protokole nr 14 (kryterium „znaczącego uszczerbku”) miało na celu zawężenie powszechnego dostępu do ETPC w każdej sprawie, niezależnie od sedna sporu. Kwestia modelu skargi indywidualnej z pewnością powinna stać się przedmiotem debaty, m.in. na tle doświadczeń ze skargami masowymi (*repetitive cases*). Należy postawić tezę, iż wydawanie przez ETPC masowych orzeczeń na tle tego samego problemu (np. długość aresztów tymczasowych) jest marnowaniem potencjału instytucji międzynarodowej i prowadzi do deprecjacji mechanizmu kontroli. Sumaryczne, kilkustronicowe wyroki z identyczną argumentacją prawną nie przyczyniają się do rozwoju systemu ochrony praw człowieka i poprawy implementacji standardów w tej dziedzinie. Są raczej wyrazem stagnacji oraz braku skutecznego mechanizmu rozwiązania problemu systemowego. Sprawy z tej dziedziny nie zawsze świadczą o bezczynności państw czy ich bezradności wobec zidentyfikowanego problemu. Należy uznać, że **sprawy o mniejszym ciężarze gatunkowym (tzw. „sprawy klonowe”), w których istnieje ugruntowane orzecznictwo, nie powinny być rozpatrywane przez ETPC, lecz organ niższej rangi.** Koncepcja przekazywania tego typu spraw do

Komitetu Ministrów RE⁵ jest jednak chybiona i oznaczałaby krok wstecz w rozwoju systemu, tj. udział czynnika politycznego w procesie rozstrzygnięcia skarg indywidualnych (taka sytuacja miała miejsce przed protokołem nr 11 i była jedną z przyczyn wprowadzenia stałego Trybunału).

W przypadku „spraw klonowych” kluczowe wydaje się doprowadzenie do współpracy rządu pozwanego z Kancelarią ETPC, departamentem wykonywania wyroków oraz Komisarzem Praw Człowieka RE w celu wypracowania rozwiązań krajowych. Polska ma w tej mierze rozległe doświadczenia. Pozostaje do dyskusji, czy tego rodzaju mechanizm konsultacyjny w przypadku *repetitive cases* może być uwzględniony np. w Statucie Trybunału. Niesporne jest natomiast to, iż ETPC w obecnym kształcie nie został powołany do zajmowania się sprawami „klonowymi” i należy dążyć do potwierdzenia tej tezy w pracach nad nowym kształtem systemu kontroli.

W dyskusji nad modelem instytucjonalnym ETPC warto także sformułować następujące pytania:

- Czy ETPC powinien dążyć w kierunku **modelu sądu konstytucyjnego**, rozstrzygając wyłącznie sprawy o najcięższym ciężarze gatunkowym?
- Czy ETPC powinien mieć **prawo wyboru** spraw do rozpoznania (model Sądu Najwyższego USA)?
- Czy należy wprowadzić **dalsze formalne przesłanki dopuszczalności** skargi indywidualnej? (Obowiązek wnoszenia skargi na urzędowym formularzu, obowiązek wnoszenia niewielkiej opłaty, etc.).
- Czy orzekanie o **dopuszczalności skarg indywidualnych** powinno pozostać domeną ETPC, czy powinno zostać powierzone innemu podmiotowi – np. Trybunałowi Pierwszej Instancji (oznacza to de facto restytucję Europejskiej Komisji Praw Człowieka)?
- Czy należy zmodyfikować **jurysdykcję doradczą ETPC**, obecnie ograniczoną przedmiotowo wyłącznie do aspektów procedural-

⁵ Zob. memorandum Prezesa ETPC oraz wystąpienie Kanclerza ETPC E. Fribergha na konferencji w Bled we wrześniu 2009 r. (pierwsza pozycja w przypisie nr 3 powyżej, s. 122–124).

nych i instytucjonalnych i w praktyce bardzo rzadko wykorzystywaną? (W obecnym systemie wnioski o opinię doradczą może kierować tylko Komitet Ministrów RE). Z jednej strony redefiniowanie jurysdykcji doradczej wzmocniłoby więzi pomiędzy ETPC a krajowymi sądami najwyższych instancji, jednak z drugiej strony należy oczekiwać, że sądy konstytucyjne i najwyższe będą zwracały się do ETPC po wykładnię EKPC z umiarkowanym entuzjazmem. Ostatecznie skoro EKPC jest elementem krajowego porządku prawnego, to sądy krajowe mają prawo i wręcz powinny interpretować EKPC samodzielnie. W przypadku niektórych europejskich sądów konstytucyjnych wnioskowanie o opinię w tym trybie jest wręcz nie do pomyślenia. Należy też unikać zbyt daleko idących analogii z procedurą pytań prejudycjalnych do TSUE w trybie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (ex art. 234 Traktatu ustanawiającego WE). Jeśli zapadnie decyzja o zmodyfikowaniu kompetencji doradczych ETPC, mechanizm wnioskowania o opinię nie powinien opierać się na zasadzie obowiązkowego zwracania się sądu krajowego o wydanie opinii.

- Czy realne jest wprowadzanie **dalej idących zmian instytucjonalnych** w postaci zobligowania państw-stron do ustanawiania krajowych mechanizmów filtrujących skargi do ETPC (np. specjalne izby sądów konstytucyjnych lub sądów najwyższych)?
- Czy realny jest powrót do dyskutowanej w przeszłości **regionalizacji ochrony praw człowieka w Europie**? (Np. stworzenie specjalnych trybunałów dla danego obszaru geograficznego i/lub problemowego – *repetitive cases*). Jest to koncepcja wzbudzająca zastrzeżenia dużej części państw z obawy przed obniżeniem poziomu ochrony i „podwójnych standardów”, a także z uwagi na koszty takich modyfikacji.

4. Polityczna płaszczyzna debaty nad reformą systemu EKPC

Jak już zaznaczono, impulsem do podjęcia – czy też wznowienia – debaty nad długofalową wizją systemu kontroli zobowiązań npdst.

Konwencji było memorandum Prezesa ETPC, J.P. Costa, z dnia 3 lipca 2009 r.⁶ Wprowadzie dokument ten formalnie wyraża jedynie stanowisko jego autora a nie całego Trybunału, jednak nie sposób odmówić mu autorytatywności. Ponadto jest to dokument wykraczający poza dyskurs o bieżących problemach systemu i wzywający państwa do refleksji o perspektywie długoterminowej. W tym sensie memorandum sygnowane przez Prezesa ETPC – inspiratora Konferencji wysokiego szczebla w Interlaken – stanowi głos nawołujący do analiz i decyzji o charakterze politycznym. Jednym z najbardziej znamienitych wydaje się następujący *passus* memorandum:

At the Conference the States will be expected to outline how they see the Convention machinery in 2020, with the amendments to the Convention which that would require. They should also indicate what alterations should be made to the system in the short- to medium term without amending the Convention.

The States should ask themselves the following questions: what sort of Court of Human Rights do they want for the future? What sort of machinery are they prepared to finance? What should it deal with? There can be no question of modifying the substantive rights and freedoms guaranteed by the Convention; the aim is to reaffirm the principle of the right of individual application, while being fully aware that the Court cannot deal with everything in the way that it deals with it today. Yet how can that basic principle be preserved while ensuring that it remains effective, in other words that the Court can process and adjudicate with sufficient speed well-founded and in particular serious allegations of human rights abuses? At the same time it is necessary to ensure that the Court maintains the quality and the coherence of its case-law. (...)⁷

Memorandum zawiera ponadto sugestie co do rozwiązań krótko- i średnioterminowych, podkreślając potrzebę zainicjowania prac i zlecenia właściwym organom i komitetom roboczym Rady Europy zadania polegającego na zaprojektowaniu zmian w systemie kontroli.

Próbując ocenić realizację koncepcji wyrażonej w memorandum Prezesa ETPC w toku konferencji wysokiego szczebla w Interlaken

⁶ Zob. *Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the States with view to preparing the Interlaken Conference*. 3 July 2009. Tekst dostępny na stronie ETPC, zakładka: *The President, Speeches*.

⁷ *Ibidem*, s. 3.

i Izmirze, należy stwierdzić, że deklaracje polityczne i plany działań przyjęte na tych konferencjach skoncentrowały się niemal w zupełności na – skądinąd potrzebnych – działaniach krótkoterminowych, a kwestia politycznych rozstrzygnięć co do nowego modelu systemu kontroli została odłożona jeśli nie *ad calendas graecas*, to przynajmniej o kilka lat. Konferencja w Interlaken zwróciła się do Komitetu Ministrów RE m.in. o „rozpatrzenie możliwości wprowadzenia, za pomocą Protokołu zmieniającego, uproszczonej procedury dokonywania w przyszłości zmiany zapisów Konwencji regulujących kwestie organizacyjne. Taka uproszczona procedura mogłaby zostać wprowadzona, na przykład, poprzez: a) Statut Trybunału; b) nowe postanowienie wprowadzone do Konwencji, podobne do zapisów Artykułu 41(d) Statutu Rady Europy”⁸ oraz „nadanie mandatu właściwym organom w celu przygotowania do czerwca 2012 r. konkretnych propozycji działań wymagających zmian w Konwencji; mandaty takie powinny zawierać propozycje odnoszące się do mechanizmu filtrującego w Trybunale oraz zbadanie środków mających na celu umożliwienie uproszczenia zmian Konwencji”⁹.

Zorganizowana nieco ponad rok po Interlaken podobna konferencja w Izmirze przyjęła deklarację i *follow-up* plan także skupiony na wdrażaniu rozwiązań w perspektywie kilkuletniej. Co do długofalowej wizji systemu, na uwagę zasługuje zwrócenie się do Komitetu Ministrów o „rozważenie celowości wprowadzenia procedury pozwalającej najwyższemu sądom krajowym występowanie o opinie doradcze do Trybunału dotyczące wykładni i stosowania Konwencji, które to opinie pomogłyby w wyjaśnieniu jej postanowień i orzecznictwa Trybunału, dostarczając dalszych wskazań w celu asystowania państwom-stronom w unikaniu przyszłych naruszeń (...)”¹⁰ [tłum. M.B.] oraz „kontynuowanie prac przygotowawczych nad opracowaniem uproszczonej procedury zmiany postanowień (Konwencji) dotyczących spraw organizacyjnych (ang. *organisational matters*), łącznie z refleksją nad

⁸ Por. lit. G Planu Działania, *Simplified Procedure for Amendment of Convention*.

⁹ Por. pkt. 6 Planu Działania, część pt. *Implementation*.

¹⁰ Zob. *Follow-up Plan*, część D, *Advisory opinions*.

sposobami jej wprowadzenia, tj. poprzez Statut Trybunału lub nowe postanowienie w Konwencji”¹¹.

Trudno wprawdzie oczekiwać, aby w krótkim czasie podejmowano daleko idące decyzje polityczne o przebudowie systemu kontroli zobowiązań EKPC tworzonego dość mozolnie przez ostatnie kilka dekad, ale nawet uwzględniając powyższe założenie, trzeba podkreślić umiarkowane – by nie powiedzieć: mało zauważalne – zainteresowanie państw-stron EKPC debatą o głębokich zmianach w mechanizmach kontrolnych oraz modelu instytucjonalnym ETPC. Jak się wydaje, zwyciężyła polityka „małych kroków” i dążenie do wprowadzania nowych rozwiązań i usprawnień organizacyjnych bez rekonstrukcji systemu. Jednocześnie państwa stworzyły furtkę dla bardziej zasadniczych zmian po roku 2012, jednakże nie należy spodziewać się, aby było to „nowe otwarcie” w systemie Konwencji. Można przypuszczać, że decyzje kierunkowe – podejmowane prawdopodobnie w trakcie brytyjskiej prezydencji w Radzie Europy (listopad 2011 – maj 2012 r.) – będą dotyczyć w szczególności kontynuacji (lub zakończenia) prac nad procedurą uproszczonej zmiany Konwencji oraz mniej lub bardziej potrzebnych procedur zacieśniających współpracę sądów krajowych z ETPC (opinie doradcze na wniosek najwyższych sądów krajowych). Brak natomiast obecnie przesłanek do przyjęcia, że państwa-strony Konwencji są w stanie porozumieć się co do wizji Trybunału w roku 2020 i później, o czym mowa w memorandum Prezesa ETPC z 2009 r.

5. Prace Komitetu ekspertów ds. reformy Trybunału (DH-GDR)

Zadanie sformułowania analiz i opinii odnośnie możliwej reformy systemu kontrolnego Konwencji zostało powierzone – tuż po konferencji w Interlaken – Komitetowi ekspertów ds. reformy ETPC (DH-GDR), który *de facto* kontynuował wcześniejsze prace podobnych grup eksperckich funkcjonujących w ramach Komitetu Zarządzającego

¹¹ Zob. *Follow-up Plan*, część G, *Simplified procedure for the amendment of the Convention*.

ds. Praw Człowieka (CDDH)¹². Komitet GDR obradował jak dotąd trzykrotnie¹³, a jego dotychczasowe prace – przedstawione w formie fragmentu raportu częściowego CDDH¹⁴ – koncentrowały się przede wszystkim na kwestii nowego mechanizmu filtrującego skargi do Trybunału, wprowadzeniu opłat dla skarżących za wniesienie skargi oraz ewentualnego rozszerzenia formuły opinii doradczych i umożliwienia wnioskowania o takie opinie także najwyższym sądom krajowym. Punktem wyjścia dla nowych rozwiązań proceduralnych jest konstatacja, iż mimo wejścia w życie Protokołu nr 14, przy utrzymaniu obecnej dynamiki napływu skarg indywidualnych system kontroli przestanie racjonalnie funkcjonować już w perspektywie kilku lat. Ten stan rzeczy nie jest zaskoczeniem, natomiast w obliczu realizacji pesymistycznych scenariuszy państwa-strony znajdują się obecnie pod większą presją opracowania planu ratunkowego dla Trybunału niż na początku I dekady XX wieku, kiedy zdecydowano się na zasadniczo niewielkie korekty proceduralne uzgodnione i przyjęte w Protokole 14 do Konwencji. Potrzeba zatem pilnego sformułowania zarówno propozycji zredukowania obecnego obciążenia ETPC, jak również nakreślenia nowego podziału zadań i kompetencji w ramach systemu kontroli, w tym modelu instytucjonalnego Trybunału.

W rozważaniach nad nowym mechanizmem filtrującym, tj. oddzieleniem skarg spełniających kryteria dopuszczalności skarg indywidualnych określone w art. 34 Konwencji od skarg niedopuszczalnych, podstawowe wydaje się założenie, że należy przekazać kompetencję w tym zakresie na „niższy szczebel orzekania”. Obecnie rozstrzygnięciem kwestii dopuszczalności zajmują się przede wszystkim

¹² Bezpośrednim „poprzednikiem” Komitetu GDR była tzw. Grupa refleksyjna CDDH (DH-S-GDR) działająca w latach 2007–2010. Tematyka bieżących usprawnień w funkcjonowaniu systemu kontroli była także stałym elementem Komitetu ds. usprawniania procedur ochrony praw człowieka (DH-PR). Niezależnie od powyższego, po konferencji w Interlaken.

¹³ W dniach 1–3.12.2010 r., 9–11.02.2011 r. oraz 30.05–1.06.2011 r. Ostatnie posiedzenie Komitetu GDR w ramach obecnego mandatu, upływającego z końcem 2011 r., zaplanowano na 7–9.12.2011 r.

¹⁴ *Draft elements for the CDDH Interim Activity Report*, dok. DH-GDR(2011)R6 Addendum II, 11.02.2011 r.

sędziowie ETPC zasiadający jednoosobowo¹⁵, współpracując ze sprawozdawcami niesądowymi (*non-judicial rapporteurs*), będącymi pracownikami Kancelarii Trybunału. Rozwiązanie funkcjonujące obecnie sprawdzałoby się poprawnie przy mniejszej liczbie skarg podlegających rozpatrzeniu przez składy jednoosobowe, tymczasem jak wskazują statystyki, nawet bez napływu nowych skarg uporanie się z obecnym obciążeniem przez te składy zajmie prawie trzy lata¹⁶. Znaczną część skarg niedopuszczalnych (ponad 60% rozpatrywanych przez składy jednoosobowe) stanowią skargi w sposób oczywisty bezzasadne (*manifestly ill-founded*); tym samym potencjał sędziów Trybunału wykorzystywany jest do wydawania decyzji o niewielkim bądź żadnym wpływie na europejski system ochrony praw człowieka. Dlatego coraz głośniejsze dyskusje się nad wprowadzeniem procedury, w toku której decyzje o dopuszczalności byłyby podejmowane przez wyznaczonych prawników Kancelarii ETPC z dużym doświadczeniem albo sędziów posiadających inny status niż obecni sędziowie Trybunału. Każda z propozycji jest wielowariantowa – przykładowo, w odniesieniu do nowej kategorii sędziów – istnieje propozycja powołania sędziów *ad litem* o kompetencjach podobnych lub zbliżonych do sędziów stałych (zob. art. 21 EKPC), czyli w zasadzie dodatkowych sędziów na czas określony i dla ściśle wyznaczonych zadań związanych z filtrowaniem skarg; drugim wariantem jest natomiast powołanie sędziów o statusie *junior judges* – ich pozycja instytucjonalna (w tym wymogi sprawowania urzędu) byłaby nieco niższa niż sędziów stałych, ponadto możliwe byłoby uproszczenie procedury ich wyboru, przy zachowaniu zasady niezawisłości i niezależności takich sędziów¹⁷.

Jakiegokolwiek przesunięcie kompetencji do rozstrzygania kwestii dopuszczalności skarg indywidualnych wiąże się z szeregiem pytań i wyborów natury organizacyjnej, funkcjonalnej i budżetowej. Wprawdzie Komitet DH-GDR wyraża zgodną opinię, że nie należy dążyć do restytucji dwuszczeblowego systemu działającego przed 1998 r. (Komi-

¹⁵ Zob. art. 27 Konwencji w brzmieniu zmienionym przez Protokół nr 14:

¹⁶ Zob. dok. DH-GDR(2011)R6 Addendum II, s. 16–17.

¹⁷ *Ibidem*, s. 18–20.

sja-Trybunał)¹⁸, ale w praktyce powierzenie orzekania o dopuszczalności i meritum dwóm „szczeblom” orzeczniczym jest niczym innym, jak częściowym powrotem do poprzednich rozwiązań¹⁹. Niezależnie od powyższego, należy uznać, że nowy mechanizm filtrujący jest niezbędny, aby przywrócić równowagę w systemie kontroli zobowiązań konwencyjnych i stworzyć nadzieję na poprawę jego funkcjonowania w perspektywie długofalowej; nie ma co do tego wątpliwości. Trzeba przy tym opowiedzieć się za utrzymaniem „sędziowskiego” charakteru orzekania o dopuszczalności skarg indywidualnych.

Drugą kwestią rozpatrywaną w pracach DH-GDR jest wprowadzenie opłat z tytułu wnoszenia skarg indywidualnych. Temat ten wywołuje nieco większe kontrowersje niż przekształcenie kompetencji do orzekania o dopuszczalności, albowiem istotą zagadnienia jest pewne zawężenie dostępu do Trybunału, a co najmniej doprowadzenie do sytuacji, w której złożenie skargi będzie wymagało przynajmniej minimalnego zaangażowania środków własnych skarżącego. Powyższa kwestia jest skomplikowana w wielu aspektach. Z punktu widzenia aksjologii systemu należy m.in. rozważyć, czy wprowadzenie opłat nie oznacza *de facto* zaprzepaszczenia powszechnego dostępu do Trybunału i końca pewnej epoki? Na poziomie politycznym takie rozwiązanie z pewnością także nie będzie proste do przeprowadzenia. Wreszcie, wprowadzenie systemu opłat za wniesienie skargi do sądu międzynarodowego wymaga odpowiedzi na szereg nietrywialnych pytań, np. czy stawka opłaty ma być jednakowa dla wszystkich państw?, czy stawka powinna być uzależniona od wartości przedmiotu sporu?, kto i na jakich zasadach powinien być zwolniony z takiej opłaty?, kto miałby weryfikować wnioski o zwolnienie?, czy należy żądać dowodu wniesienia opłaty wraz z wniesieniem skargi czy stworzyć mecha-

¹⁸ *Ibidem*, s. 22. *There appears to be general agreement that a reproduction of the former two-tier system (Court/Commission) must by all means be avoided. The new filtering mechanism would be part of the Court. It would – unlike the Commission – not be judicial (sic!, przyp. M.B.) body which decides whether a case is forwarded to a Chamber or not. It would do the work the single judge does in the present system.*

¹⁹ Oczywiście propozycja powrotu do rozwiązań sprzed 1998 r. nie pojawia się w żadnej formie, natomiast decyzja o wchłonięciu kompetencji Europejskiej Komisji Praw Człowieka przez stały Trybunał na mocy Protokołu nr 11 nie była zbyt fortunna, nawet jeśli w latach 90. XX w. wydawała się postępową i „historycznie konieczną”.

nizm?, czy opłata powinna być zwracana po uznaniu skargi za dopuszczalną czy też po wydaniu wyroku stwierdzającego naruszenie?, czy koszty wprowadzenia i obsługi systemu opłat zrównoważą korzyści polegające na zmniejszeniu liczby skarg oczywiście bezzasadnych, etc.²⁰

Kwestia wprowadzenia opłat przypuszczalnie stanie się jedną z propozycji przedstawionych do decyzji na szczeblach politycznych. Z prawnego punktu widzenia to rozwiązanie nie wymagałoby w zasadzie zmian w treści art. 34 EKPC, natomiast dużo poważniejsze problemy prawno-organizacyjne łączą się z takim sformułowaniem zasad funkcjonowania systemu opłat, by zminimalizować ryzyko pogorszenia stanu ochrony praw człowieka gwarantowanych w Konwencji, a jednocześnie uzyskać wartość dodaną w postaci zmniejszenia liczby skarg nie spełniających podstawowych kryteriów dopuszczalności. Jeśli podjęta zostanie decyzja o dalszych pracach nad systemem opłat, wówczas postanowienia szczegółowe w tym zakresie powinny znaleźć się w Statucie Trybunału (por. niżej).

Ostatnim elementem dyskusji o długookresowej reformie systemu EKPC podejmowanej w ramach DH-GDR była kwestia zmodyfikowania celu i funkcji opinii doradczych. Obecnie procedura doradcza ma raczej incydentalne znaczenie, co wynika z wąskiego zakresu przedmiotowego ewentualnych opinii Trybunału oraz ograniczonej do Komitetu Ministrów RE legitymacji do wnioskowania o wydanie takiej opinii²¹. Propozycje zmian w odniesieniu do jurysdykcji doradczej ETPC pojawiały się już w przeszłości; obecnie dyskusja koncentruje się nie tyle na korektach istniejącej procedury, co w wprowadzeniu jej nowej funkcji w postaci pogłębiania współpracy najwyższych sądów krajowych i ETPC poprzez umożliwianie tym pierwszym wnioskowanie o opinię ETPC w sprawach o dużym znaczeniu dla wykładni i stosowania Konwencji, w szczególności gdy sprawa rozpatrywana przed sądem krajowym dotyczy potencjalnego problemu strukturalnego. Rozszerzenie jurysdykcji doradczej Trybunału

²⁰ Zob. dok. DH-GDR(2011)R6 Addendum II, s. 24–28.

²¹ Więcej na ten temat zob. I. Kondak, *Artykuły 47–49*, w: L. Garlicki (red.), *Komentarz EKPC*, t. II, Warszawa 2011, s. 415–423; M. Kowalski, *Pierwsza opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008 nr 7, s. 49–54.

jest obecnie przedmiotem debaty i jak dotąd nie wypracowano ostatecznych propozycji²².

6. Prace nad uproszczoną procedurą zmiany Konwencji/Statutem ETPC

Dyskusja nad Statutem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka trwa – z różnym nasileniem – co najmniej od lat 90. XX wieku²³. Statut rozważany był w kontekście prac nad kolejnymi protokołami modyfikującymi procedurę przed ETPC, w raporcie tzw. Grupy Mędrców²⁴ oraz innych dokumentach i analizach Rady Europy. Deklaracja i plan działań z Interlaken stworzyła podstawę do prowadzenia prac międzyrządowych nad tzw. uproszczoną procedurą zmiany Konwencji. Konferencja w Interlaken nie przesądziła, czy i jak ww. cel zostanie osiągnięty – przy pomocy Statutu, czy też w inny sposób, np. poprzez wprowadzenie do obecnego tekstu Konwencji postanowienia o treści zbliżonej do art. 41(d) Statutu Rady Europy (por. lit. G – *Action Plan*)²⁵.

Realizując ustalenia z Interlaken, Komitet Ministrów RE zlecił Komitetowi Zarządzającemu ds. Praw Człowieka (CDDH) przeprowadzenie prac dotyczących wprowadzenia uproszczonej procedury zmiany Konwencji. W tym celu powołano Komitet ekspertów (DH-S)

²² Nowy kształt jurysdykcji doradczej będzie zapewne elementem raportu końcowego CDDH w 2012 r.

²³ Zob. K. Drzewicki, *Remodelling of the Treaty-Based System for European Human Rights Protection*, [w:] H. Machińska (red.), *The European Court of Human Rights. Agenda for the 21st Century*, wyd. Biuro Informacji Rady Europy, Warszawa 2006, s. 97–106; *idem*, *Confronting Two Models of Simplified Procedures for Amending the European Convention on Human Rights*, w: *Concepts...*, s. 126–134; J. Wołásiewicz, *Some remarks on concepts of the Statute of the European Court of Human Rights and on simplified procedure for amending certain provisions of the European Convention*, [w:] *Concepts...*, s. 117–125.

²⁴ *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, dok. CM(2006)203, 15.11.2006 r. kt 47–49 i 128.

²⁵ Procedura ta przewiduje możliwość przyjmowania poprawek do niektórych postanowień Statutu Rady Europy w drodze zatwierdzenia przez Komitet Ministrów i Zgromadzenie Parlamentarne, bez konieczności wdrażania procedur ratyfikacyjnych w państwach członkowskich RE. Dotyczy to jednak tylko wybranych aspektów funkcjonowania Zgromadzenia Parlamentarnego (artykuły 23–25) oraz finansów organizacji, w tym wysokości składek członkowskich (art. 38 i 39).

i sformułowano jego zadania (*terms of reference*), zatwierdzone przez Komitet Ministrów w dn. 7 lipca 2010 r. Obejmują one:

- zbadanie propozycji wprowadzenia uproszczonej procedury zmian w EKPC poprzez protokół do Konwencji;
- wskazanie możliwych elementów Statutu i ewentualnie nowych postanowień EKPC, w tym niektórych postanowień obecnego rozdziału II Konwencji z ew. poprawkami, niektórych postanowień Regulaminu ETPC, innych postanowień, w tym zawartych w innych traktatach;
- rozważenie, które organy powinny być zaangażowane w procedurę, w tym zwłaszcza jaką rolę powinien odgrywać Komitet Ministrów, EKPC i Zgromadzenie Parlamentarne;
- rozważenie najwłaściwszego sposobu wprowadzenia takiej procedury, tj. (i) wprowadzenia Statutu wraz z nowym postanowieniem w Konwencji na ten temat i/lub (ii) wprowadzenia nowego postanowienia do EKPC pozwalającego na zmianę niektórych postanowień Konwencji w procedurze uproszczonej;
- rozważenie funkcjonowania nowej procedury, w tym:
 - które organy powinny mieć prawo proponowania zmian;
 - który organ/organy powinny mieć prawo decydowania o zmianach;
- czy decyzje o wprowadzeniu zmian w Komitecie Ministrów powinny być przyjmowane większością, a jeżeli tak, to czy zwykłą czy kwalifikowaną, jednogłośnie czy poprzez dorozumianą zgodę/brak sprzeciwu.

Jak dotąd, Komitet DH-PS obradował dwukrotnie. W toku prac wyodrębniono następujące modele wprowadzania procedury uproszczonej zmiany Konwencji (*simplified amendmen procedure*, SAP):

- Model I – włączenie dodatkowego postanowienia do EKPC nt. SAP, wskazanie postanowień rozdziału II podlegających tej procedurze, brak nowych elementów (przeniesionych z Regulaminu ETPC);
- Model II – jw., z uwzględnieniem niektórych postanowień Regulaminu (ograniczonych do postanowienia dot. środków tymczasowych – *interim measures* – i nowych postanowień nt. deklaracji jednostronnych i wyroków pilotażowych);

- Model III – Statut ETPC – wyodrębniony zbiór postanowień stanowiący załącznik do protokołu wprowadzającego, będący aneksem do EKPC (czyli mający rangę traktatu) i zmieniany rezolucją KM RE lub Konferencji Stron, obejmujący część postanowień rozdziału II EKPC i niektóre postanowienia Regulaminu – zgodnie z wolą państw);
 - Model IV – tzw. propozycja szwajcarska, zaprezentowana przez zespół Prof. H. Keller na zlecenie szwajcarskiego MSZ w 2010 r.²⁶
 - jw. z przejściem do Statutu większości postanowień Regulaminu EKPC, brak jasności co do charakteru prawnego Statutu (propozycja nie będzie przedmiotem dalszych prac DH-PS);
 - Model V – tak jak w modelu III, z tym że Statut jest aneksem do protokołu wprowadzającego i ma rangę uchwały KM RE lub Konferencji państw-stron Konwencji
- Dalsze prace DH-PS będą skoncentrowane na dwóch opcjach: model I/II oraz III/V, tj.:
- a) Statutu jako załącznika do EKPC poddanego uproszczonej procedurze zmian zatwierdzanych jednogłosem rezolucją Komitetu Ministrów lub Konferencji Stron EKPC, **stanowiący załącznik do Konwencji**²⁷.
 - b) Statut będący **rezolucją** Komitetu Ministrów RE lub Konferencji Stron EKPC²⁸.

²⁶ Zob. H. Keller, D. Kühne, A. Fischer, *Presentation of a Study on a Draft Statute for the European Court of Human Rights, w: Concepts of General Domestic Remedy and Simplified Procedure for Amending the Convention in the Post-Interlaken Process, 4th Warsaw Seminar, 9–10.09.2010*, Warszawa 2010, s. 143–152. Jednym z założeń ww. propozycji była zasadnicza zmiana w odniesieniu do Regulaminu ETPC (*Rules of Court*), gdyż jego postanowienia zostały włączone do treści Statutu *en bloc*. Przedstawiony projekt zawierał elementy nowości normatywnej w stosunku do obecnych przepisów EKPC, a także przewidywał uproszczoną procedurę przyjmowania zmian do postanowień Konwencji innych niż postanowienia tekstu zasadniczego, tj. postanowień Statutu. Istotą tej propozycji stanowiło nadanie Konferencji Stron EKPC uprawnienia do proponowania zmian, a także udział Komitetu Ministrów i Zgromadzenia Parlamentarnego RE w tej procedurze.

²⁷ *Nota bene* w toku prac 2. posiedzenia DH-PS Armenia i Serbia zasygnalizowały problemy konstytucyjnoprawne odnośnie akceptacji Statutu jako części umowy międzynarodowej zmienianej w ww. sposób.

²⁸ W toku 2. posiedzenia DH-PS wątpliwości do tej koncepcji zgłosiła Austria i Zjednoczone Królestwo.

Preferencja dla jednego z ww. modeli zależy w dużym stopniu od wskazań kierunkowych CDDH oraz ustaleń politycznych. Można przypuszczać, że w raporcie końcowym z prac DH-PS nie znajdzie się tylko jedna opcja, lecz alternatywa. Zagadnienie metody wprowadzania uproszczonej procedury zmiany Konwencji jest ściśle związane z treścią norm podlegającej tej procedurze; innymi słowy – decyzja o przekształceniu architektury normatywnej Konwencji nie może zupełnie odrębnie traktować kwestii formy technicznoprawnej oraz zakresu norm poddanych procedurze uproszczonej zmiany – obie te kwestie wzajemnie się warunkują. Jeśli intencją państw jest umożliwienie jedynie prostszego dokonywania „kosmetycznych” poprawek w procedurze przed ETPC, np. w odniesieniu do składów orzekających, wówczas traci sens debata o wprowadzaniu Statutu jako pośredniego szczebla normatywnego. Jeśli natomiast państwa-strony Konwencji są zainteresowane poważną debatą o kształcie systemu kontroli, przywrócenia państwom roli aktywnego prawodawcy w odniesieniu do systemu proceduralnego i instytucjonalnego Konwencji, wówczas nieodzowne staje się projektowanie dalej idących zmian, takich jak przeniesienie niektórych postanowień Regulaminu ETPC na poziom kompetencji prawotwórczej państw (m.in. dotyczących *interim measures*, procedury rewizji wyroków oraz wyroków pilotażowych)²⁹, a także dodanie niezbędnych elementów nowości normatywnej (m.in. uregulowania kwestii deklaracji jednostronnych państw).

Kwestie materialnoprawne były także poddawane dyskusji przez komitet DH-PS, który sformułował wstępną opinię co do klasyfikacji postanowień rozdziału II na podlegające i niepodlegające procedurze uproszczonej zmiany. Podział ten przedstawia się następująco:

²⁹ Odnośnie ostatniej kwestii – w lutym 2011 r. ETPC włączył do swojego Regulaminu art. 91 dotyczących procedury wyroków pilotażowych. Stworzenie zrębów tej procedury należy ocenić pozytywnie, jednak jej umocowanie na poziomie prawotwórstwa państw-stron, tj. w projektowanym Statusie lub samej Konwencji, niewątpliwie wpłynęłoby na silniejszą legitymizację tej procedury.

Postanowienia rozdziału II EKPC niepodlegające procedu- rze uproszczonej zmiany (core provisions)	Postanowienia rozdziału II EKPC podlegające zmianie w procedurze uproszczonej – treść Statutu
<p>Art. 19 – ustanowienie Trybunału Art. 20 – liczba sędziów Art. 21 – kryteria sprawowania urzędu Art. 22 – wybór sędziów Art. 23 – kadencja i odwołanie Art. 24 (1) – kancelaria i sprawozdawcy Art. 25 – kompetencje Zgromadzenia plenarnego ETPC Art. 26 (1) – w zakresie dot. reguły orzekania przez sędziów Art. 26 (3) – zakaz orzekania w składzie jednoosobowym przez sędziego narodowego sprawy z jego/jej państwa Art. 26 (4) – zasada udziału sędziego narodowego w składach wieloosobowych Art. 32 – jurysdykcja Trybunału Art. 33 – sprawy międzypaństwowe Art. 34 – skargi indywidualne Art. 35 – kryteria dopuszczalności Art. 36 – interwencja trzeciej strony Art. 37 – skreślanie sprawy z listy Art. 38 – rozpoznanie sprawy Art. 39 (1) – zasada dostępności porozumienia ugodowego na każdym etapie postępowania Art. 40 – publiczność rozpraw i dostęp do dokumentów Art. 41 – słuszne zadośćuczynienie</p>	<p>Art. 23 – sprawozdawcy niesądowi Art. 26 (1) – w zakresie dot. składów sądzących innych niż jednoosobowy Art. 26(2) – dot. zmniejszenia obsadzenia Izby Art. 25(5) – dot. składu Wielkiej Izby Art. 27 – kompetencja sędziów zasiadających jednoosobowo Art. 28 – dot. kompetencji Komitetów Art. 29 – dot. decyzji o dopuszczalności podejmowanych przez Izby Art. 30 – dot. zrzeczenia się jurysdykcji na rzecz Wielkiej Izby Art. 31 – dot. jurysdykcji Wielkiej Izby Art. 39 (2–4) – dot. porozumień ugodowych Art. 42 – dot. prawomocności wyroków Izby Art. 43 (2–3) – dot. przekazania sprawy do Wielkiej Izby z wyłączeniem reguł podejmowania decyzji przez panel 5 sędziów Art. 44 (2) – dot. prawomocności wyroków Izby Art. 47 (3) – dot. procedury wnioskowania przez KM RE do ETPC o opinię doradczą Art. 48 – dot. jurysdykcji doradczej</p>

Postanowienia rozdziału II EKPC niepodlegające procedurze uproszczonej zmiany (<i>core provisions</i>)	Postanowienia rozdziału II EKPC podlegające zmianie w procedurze uproszczonej – treść Statutu
Art. 43(1) – przekazanie do Wielkiej Izby Art. 44 (1) i (3) – prawomocność wyroków Art. 45 – uzasadnianie wyroków i decyzji Art. 46 – moc wiążąca, nadzór nad wykonywaniem wyroków, procedury wzmacniające nadzór Art. 47 (1) i (2) – opinie doradcze Art. 49 – uzasadnianie opinii doradczych Art. 50 – wydatki Trybunału Art. 51 – przywileje i immunitety	

Powyższy podział należy uznać za wstępny i wymagający zmian. Sprawa wyodrębnienia norm II rozdziału EKPC podlegających procedurze uproszczonej będzie z pewnością przedmiotem wnikliwej debaty w Komitecie posiadającym mandat do opracowania kompleksowego projektu Statutu. Mandat komitetu DH-PS ogranicza się bowiem do opracowania procedury uproszczonej oraz sygnalizacji postanowień materialnych podlegających zmianie w tym trybie. Jak już wspomniano, ostateczny kształt procedury, w tym ewentualne zielone światło dla projektu Statutu ETPC, a także zakres zwiększenia elastyczności wprowadzania zmian w systemie, zależy przede wszystkim od rozstrzygnięć politycznych.

Wprowadzenie uproszczonej procedury zmiany EKPC poprzez Statut Trybunału stanowi dość złożoną operację legislacyjno-polityczną. Na obecnym etapie rozwoju koncepcji Statutu, zdaniem piszącego te słowa, najbardziej optymalny model tej operacji mógłby wyglądać następująco:

W protokole do EKPC:

- a) państwa-strony tworzą Statut ETPC, tj. konstytuują go i określają jego zawartość;
- b) państwa-strony określają procedurę zmian Statutu ETPC (plus postanowienia intertemporalne i końcowe).

Zawartość Statutu	Założenia procedury zmiany Statutu
<ul style="list-style-type: none"> a) materia traktatowa wydzielona z rozdziału II ETPC w toku negocjacji państw-stron; b) wskazane postanowienia Regulaminu ETPC; c) nowe postanowienia. 	<ul style="list-style-type: none"> a) państwa-strony, KM RE i ETPC otrzymują prawo zgłaszania propozycji poprawek do Statutu; b) państwa-strony i ETPC mają prawo zaopiniowania każdej zgłoszonej propozycji; c) po fazie opiniodawczej o dalszym biegu propozycji pojedynczych państw i ETPC decyduje KM RE większością 2/3 głosów; d) w przypadku pozytywnej decyzji KM RE lub gdy poprawka została zgłoszona bezpośrednio przez KM RE – następuje skierowanie propozycji do komitetu ad hoc; e) wypracowany przez komitet ad hoc konsensus podlega przyjęciu rezolucją KM RE podejmowaną jednogłośnie/większością kwalifikowaną.

Podsumowanie

Powściągliwość i ostrożność państw-stron EKPC przy formułowaniu propozycji reformy systemu EKPC w perspektywie długofalowej można wytłumaczyć wieloma czynnikami. Wśród nich ważne miejsce zajmuje dążenie do zachowania najcenniejszych elementów tego systemu, takich jak możliwie szeroki dostęp jednostki do Trybunału oraz niezależność tego ostatniego od czynników politycznych. Kształt debaty o reformie Trybunału i procedur rozpatrywania skarg indywidualnych oraz pojawiające się propozycje zmian są nie tylko odzwierciedleniem troski o przyszłość systemu, lecz także wypadkową interesów poszczególnych państw, Rady Europy jako organizacji, czy wreszcie samego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i jego Kancelarii. Niebagatelną rolę w tej debacie mają także organizacje pozarządowe, które – jak nietrudno się domyślić – działają przede wszystkim na rzecz interesów obecnych i potencjalnych skarżących.

W powyższym kontekście warto odnotować, że dotychczasowe doświadczenia Polski związane z systemem kontrolnym EKPC, a także ponaddwudziestolenny okres członkostwa w Radzie Europy, upoważniają do wyciągnięcia wniosków i zajmowania aktywnego stanowiska w toczących się debatach co do przyszłości Trybunału i systemu konwencyjnego. Polska wykazywała zresztą taką aktywność od wielu lat, uczestnicząc w negocjacjach nad protokołami 11 i 14, a także w pracach grup roboczych zajmujących się reformą krótko- i średniookresową. Jest zatem zrozumiałe, że głosu Polski nie może zabraknąć przy tworzeniu wizji systemu EKPC w perspektywie długofalowej. Z subiektywnego punktu widzenia, próbując podsumować powyższe rozważania, udział Polski w procesie reformowania ETPC powinien być determinowany interesami ogólnymi (wspólnymi dla państw członkowskich Rady Europy) oraz interesami partykularnymi. Pierwsze z nich zostały wyrażone w deklaracjach konferencji wysokiego szczebla w Interlaken i Izmirze. Interesy partykularne natomiast powinny być przedmiotem bieżącej analizy prawnej i politycznej. Tytułem przykładu, należy do nich zaliczyć:

- dążenie do zmniejszenia liczby skarg przeciwko Polsce, dopuszczalnych w rozumieniu art. 34 EKPC;

- prezentowanie i wykorzystanie doświadczeń płynących z obecności w systemie kontrolnym, w tym dotyczących m.in. procedury pilotażowej oraz wykonywania wyroków ETPC;
- dążenie do upowszechniania wiedzy o systemie kontrolnym w polskim wymiarze sprawiedliwości, w tym m.in. poprzez program czasowego delegowania zainteresowanych sędziów krajowych do wykonywania zadań w ETPC;
- popieranie koncepcji Statutu EPC jako aktu prawnego umożliwiającego dostosowanie procedur systemu i jego rozwiązań instytucjonalnych do aktualnych potrzeb.

Ivanna Ilchenko

**The implementation of the 1950
European Convention on Human
Rights and the case-law of the
European Court of Human Rights:
Ukraine's and Poland's
Governments practice**

The idea that the protection of human rights knows no international boundaries and that the international community has an obligation to ensure that governments guarantee and protect human rights has gradually captured the imagination of mankind.

(Tomas Burgenthal)¹

More than sixty years ago (November 4, 1950) the first group of European countries adopted a fundamental legal act – „Basic Law” – the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter – the Convention). In 1950 many delegates to the Council of Europe (hereafter – CoE) perceived the Convention as

¹ Cronin-Furman, *Kathleen Renee 60 Years of the Universal Declaration of Human Rights: Towards an Individual Responsibility to Protect*, „American University International Law Review”, Vol. 25, Issue 1 (2010), pp. 175–198, 25 Am. U. Int'l L. Rev. 175 (2010).

constitutive document of European Federation, a sort of *Magna Carta* of European political union². As it is noted in the Preamble of the Convention, it was adopted in order to preserve the „common heritage of political traditions, ideals, freedom and rule of law in Europe“³ – core of Aquis of Council of Europe.

Almost fourteen years have passed since Ukraine ratified (July 17, 1997) the Convention but it still remains on the shameful list of four-leaders – States – from the total of forty-seven member States of the Council of Europe in number of the judgments delivered by the European Court of Human Rights (hereinafter – ECtHR).

Approximately 140 000 applications were pending before a judicial formation on January 1, 2011. More than half of these applications had been lodged against four countries: Russia, Turkey, Romania or Ukraine⁴. Of the total number of judgments the European Court of Human Rights delivered in 2010, in over 85% of cases the Court has found at least one violation of the Convention by the respondent State. Ukraine (109 judgments) is holding fourth place after Turkey (278 judgments), Russia (217 judgments) and Romania (143 judgments). Considering, however, that Ukraine’s population (above 46 mln) is as big as Spain’s and the average number of applications allocated was less than one (0.75) per 10 000 inhabitants in 2010⁵ with population of about 816 million in all Council of Europe member States, the situation in Ukraine is not so serious.

However, close to Ukraine is her neighbor Poland. Before Ukraine entered CoE Poland had fourth place in number of the judgments delivered by the ECtHR, due to the fact that time near half of the judgments concerned four member States including Poland (next to Turkey, Italy, Russia).

² R. Beddard *Human rights and Europe*, 3rd ed., Cambridge 1993, p.34.

³ Convention Preamble said: „common heritage of political traditions, ideals, freedoms and the rule of law“.

⁴ The European Court of Human Rights in facts and figures 2010 <http://www.echr.coe.int/ECtHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+information+by+year/>

⁵ Analysis of statistics 2010, January 2011 http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0A35997B-B907-4A38-85F4-A93113A78F10/0/Analysis_of_statistics_2010.pdf

At the same time Poland has more advantageous picture, despite the fact that from 767 cases in 674 Poland has been found to violate the Convention's provisions and in 46 judgments no violation has been found. Quota of compensation paid by Poland in 2010 reached almost 4.5 mln zł (4 429 405,30 zł). On the contrary in 608 cases against Ukraine in 602 judgments at least one violation of Convention's provisions has been declared and – only in 3 cases the Court has found no violation.

The above-mentioned conclusions encourage to analyze what are the differences in the process of implementation of the case-law of the ECtHR on what is their influence on the day-to-day observance of human rights in Poland and Ukraine.

Obviously, no one doubts the necessity of implementation of the Convention and the case-law of the ECtHR in Ukraine in order to prevent further violations of human rights by Ukrainian authorities and its further affiliation into legal framework of the European Union.

To clarify the way of the implementation of the Convention's standards the author would like to underline the following points:

1. States' obligation to execute the judgments of the European Court.

Article 46 of the Convention imposes on states an obligation to execute all final judgments in any case to which they are parties. This provision does not contain any more precise description about the obligations which result from a Court's judgment or any particular way of its implementation.

Implementation (Latin *impleo* – fills, exercises) according to Oxford dictionary in the most general sense means „the process of putting a decision or plan into effect; execution”⁶. Scholars like Denisov and Azud extended definition including the creation on international and domestic level the conditions for such implementation⁷.

⁶ http://oxforddictionaries.com/view/entry/m_en_gb0983590#m_en_gb0983590

⁷ V.N. Denisov, V.I. Evyntov, J.I. Azud, *The implementation of international legal norms in domestic law*, 1992; G.G. Ivanov, *Problems of implementation of international standards and the standards, adopted under frame of IRI*, Odessa, 1999, p. 336–360.

De facto, self-executive international treaties almost do not exist⁸, except abolition of death penalty according to Article 1 of Protocol 6 Convention as well as Protocol 13 to the Convention. Just as in „case of death penalty”, Ukraine needed – „implementing decisions” which became a so-called „hidden” use of case law of the ECtHR. Constitutional Court decision from December 29, 1999 didn’t contain direct link to the Court practice whereas motivating part quoted Soering case almost totally⁹. This case has determinative role owing to its first direct quotation of ECtHR case-law.

The content of obligations resulting from Court’s judgments has been defined in the practice of the European Court of Human Rights (*Swedish union of drivers v. Sweden* and *Ireland v. the United Kingdom*) and the Committee of Ministers which are two main bodies of the Convention supervisory system. Earlier the European Commission on Human Rights in the case of *Austria v. Italy* from May 30, 1963, noted on that matter: „Convention aims to implement the goals and ideals of the Council of Europe and the formation of European public order, common to free democracies to preserve the common heritage of political, ideological traditions of freedom and the rule of law”¹⁰.

Until quite recently there were no general indications about the way of fulfilling the obligations by the states. The important documents concerning the above-mentioned matter are: Declaration *Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels* adopted by the Committee of Ministers at its 114th Session (May 12, 2004), *Recommendation on efficient domestic capacity for rapid execution of judgments of the European Court* adopted in 2008 by the Committee of Ministers and of course

⁸ P.M. Rabinovich, N. Radanovich, *European Convention on Human Rights: Problems of National Implementation (of general aspects)*, Lviv: Astron 2002, p. 192.

⁹ See. Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the constitutional petition of 51 deputies of Ukraine under the Constitution of Ukraine (constitutionality) of provisions of Articles 24, 58, 59, 60, 93, 190–191 of the Criminal Code of Ukraine in the part that involves the death penalty as a type of punishment (the case of death penalty) December 29, 1999, p. 139

¹⁰ *Autriche v. Italy*, Ann. Vol. 4, p.117 & HUDOC <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=AUTRICHE%20|%20ITALIE&sessionid=69314192&skin=hudoc-en>

joint *Declaration and Action Plan reached in Interlaken on Reform of the European Court of Human Rights*. Paragraph B of Action Plan devoted to Implementation of the Convention at the national level calls upon the States Parties to commit themselves to:

- a) continuing to increase, where appropriate in co-operation with national human rights institutions or other relevant bodies, the awareness of national authorities of the Convention standards and to ensure their application;
- b) fully executing the Court's judgments, ensuring that the necessary measures are taken to prevent further similar violations;
- c) taking into account the Court's developing case-law, also with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system;
- d) ensuring, if necessary by introducing new legal remedies, whether they be of a specific nature or a general domestic remedy, that any person with an arguable claim that their rights and freedoms as set forth in the Convention have been violated has available to them an effective remedy before a national authority providing adequate redress where appropriate;
- e) considering the possibility of seconding national judges and, where appropriate, other high-level independent lawyers, to the Registry of the Court;
- f) ensuring review of the implementation of the recommendations adopted by the Committee of Ministers to help States Parties to fulfill their obligations¹¹.

States are not only obliged to pay just satisfaction awarded by the Court in the operative part of the judgment but also to adopt appropriate measures in order to repair the individual situation of the applicant. That could be either „individual measures“ or „general measures“ adopted in order to redress the applicant but also avoid similar violations in the future.

Taking into consideration that Convention is a binding international agreement it is necessary to clarify the Status and place of international treaties in the legal system of Ukraine and Poland.

¹¹ Press release 145(2010) *Reform of the European Court of Human Rights: joint declaration reached in Interlaken* [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref= PR145%282010%29 &Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackCo-
lorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=PR145%282010%29&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE)

2. The place of the Convention and ECtHR precedents in the legal systems of Ukraine and Poland.

According to the Article 8 of the Constitution of Ukraine, „the Constitution of Ukraine has the highest legal force. Laws and other normative legal acts are adopted on the basis of the Constitution of Ukraine and shall conform to it”.

In legal hierarchy of laws international treaty is located after the Constitution of Ukraine but its place in general order of acts remains ambiguous due to the collision within provisions of different Ukrainian Acts on the status of an international agreement in the legal system of Ukraine or competent opinions on the same provisions.

For example, the interpretation of the same provisions of Article 9 of the Constitution enabled the two former judges of the Constitutional Court to reach contradictory conclusions on the issue if Ukraine belongs to the monistic or dualistic tradition of international law.

Article 9. International treaties that are in force, agreed to be binding by the Verkhovna Rada of Ukraine, are part of the national legislation of Ukraine. The conclusion of international treaties that contravene the Constitution of Ukraine is possible only after introducing relevant amendments to the Constitution of Ukraine¹².

One of the judges, A. Martynenko, believes that „the Constitution of Ukraine is based on organic unity (monism) of international and national law in Ukraine. As a result, the constitutional system and legal order in Ukraine for the first time acquired „open” character for direct action of international law, including international treaties ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine, in the domestic relations of Ukraine¹³.

Another judge, M. Savenko, is convinced that „the provisions of Article 9 of the Constitution of Ukraine shows the independence of systems of international and national law, that comes from the theory

¹² Official translation of the Constitution of Ukraine <http://www.rada.gov.ua/const/conengl.htm#r1>

¹³ P. Martynenko, *Misce i rol Konvenciji pro zachyst prav i osnovnych svobod ludyny 1950 roku w konstytucyjno-prawowomu mechanizmi Ukrainy*, „Wisnyk Konstytucyjnoho Sudu Ukrainy” 2002, № 2, p. 64.

of dualism in their ratio. Application of international agreements, norms, principles and other elements of international law shall be possible only after their implementation in domestic law"¹⁴.

Apparently, still happens necessity in advance arguments of the priority of the international norms of the Convention based on the following:

- a) Article 22 of the Constitution of Ukraine underlined: „Human and citizens' rights and freedoms affirmed by this Constitution are not exhaustive. Constitutional rights and freedoms are guaranteed and shall not be abolished. The content and scope of existing rights and freedoms shall not be diminished in the adoption of new laws or in the amendment of laws that are in force". In other words, Convention as basic document on Human Rights has special status in comparison to other international treaties due to its high significance of the object of regulation.
- b) Articles 26 and 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in 1969 (ratified by Ukraine on 14.05.1986), which states that „every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith" (*pacta sunt servanda*) and „a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty";
- c) Article 19 of the Law of Ukraine *On International Treaties of Ukraine* June 29, 2004, which directly provides that: „(...) if the international agreement of Ukraine, which have entered into force in due course, includes other rules than those stipulated in the relevant Act of the legislation of Ukraine, the priority is attributed to the norms of international treaties".

In addition, P.M. Rabinovich, Radanovich K.M¹⁵ justify the priority of provisions of international treaties concerning human rights and freedoms, including the Convention, by the fact that they have been ratified by the Verkhovna Rada and underline part 3 of Article 22 of the Constitution according to which „the content and scope of existing rights and freedoms shall not be diminished in the adoption of new laws or in the amendment of laws that are in force".

European Court of Human Rights serves as institution that make Convention works. It has the exclusive right to interpret provi-

¹⁴ M. Sawenko, *Rol miżnarodno-prawowych aktiw u dijalnosti Konstytucijnoho Sudu Ukrajinny iz zachystu prav i swobod ludyyny*, „Wisnyk Konstytucijnoho Sudu Ukrajinny" 2001, № 2, p. 75.

¹⁵ P.M. Rabinovich, K.M. Radanovich, *European Convention on Human Rights: Problems of National Implementation (of general aspects)*, Lviv: Astron 2002, p. 57.

sions of the Convention, which is executed by rendering judicial decisions (Article 32 of the Convention).

The Court has a decisive role in interpreting the Convention and defining the scope of protection given by the Convention. So on the one hand, legal specificity of the Convention is that it is „a living instrument“, which scope of protection is in fact defined in the judgments the European Court. Without the Court’s activity the efficient protection of human rights guaranteed in the Convention is hardly imaginable. This conclusion reminds the words of the Head of the Supreme Court of the United States – Charles Hughes (1862–1948), who one stated that „The U.S. Constitution – is what says about her Supreme Court of the United States“.

In Poland the implementation of the European Convention’s standards is primarily a task of the government. According to the *Law on Government Administration of 1997* the representation and protection of the interests of the Republic of Poland abroad, including the representation before international courts and tribunals, has been entrusted to the Minister of Foreign Affairs. This also implies the coordination of the implementation of the European Court’s judgment at the national level.

According to Ordinance № 7 of 2003 on the government agent, the government agent is obliged to present to Minister of Foreign Affairs half-yearly reports on the implementation of the obligations resulting from the judgments of the European Court. The government agent may append to the reports:

- proposals of the legislation changes aimed at the proper implementation of the obligations of Poland in the field of human rights;
- conclusions regarding the activities of the public authorities resulting from the case-load of the Court.

The reports of the government agent, after their acceptance by the Minister of Foreign affairs are presented to the members of the government.

In fulfillment of its tasks, the government agent office is supported by a special section in the Department of Human Rights in the Ministry of Justice, which, among other, is in charge of the publication

of the Court's judgments and their dissemination to the members of judiciary.

Since the majority of the violations found by the ECtHR in cases against Poland concern the functioning of the judiciary, the two bodies mentioned above are responsible for the implementation of the ECtHR conclusions in the majority of cases. However, some violations result also from the wrongdoing of other public authorities. Thus in case of ill-treatment usually the police and consequently Ministry of Interior may be involved, in some other cases it could be also Ministry of Infrastructure (e.g. rent regulation, expropriations) or Ministry of Education (e.g. issue of teaching of religion in the school).

Having that in mind, the Prime Minister created, on July 19, 2007, the inter-ministerial Committee for matters concerning the European Court of Human Rights. The Committee is composed of experts from all ministries, Chancellery of the Prime Minister and the General Solicitor of the State Treasury. The Chairman of the Committee may invite other persons to participate in the works of the Committee, in particular the representatives of the public administration, courts, members of the parliament or Ombudsman. The Committee may work either in plenary or in working groups charged with particular issues. Public administration organs are obliged to provide all the necessary assistance to the Committee, in particular to submit all necessary information and documents.

The Committee constitutes a platform for the exchange of information concerning the Court's case-law within the government. It raises the awareness of the European Convention system within the government administration. The Committee is obliged to submit to the Prime Minister quarterly reports about its activities.

It should be noted that the Committee has been created before the adoption of the Recommendation Rec(2008)2. Its particular composition, tasks and scope of prerogatives place it at the best place to coordinate the execution of judgments at the national level.

3. Advantages of Polish and Ukrainian experience in adaptation of the Conventional system.

In 2004, together with the adoption of the Protocol № 14 the Committee of Ministers adopted a Declaration ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on human Rights at national and European levels in which it urged member states to implement speedily and effectively a set of recommendations adopted to help them to fulfil their obligations resulting from Article 46 of the Convention. These recommendations included in particular:

- Recommendation Rec(2000)2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights (recommendation on re-examination or reopening);
- Recommendation Rec(2002)13 on the publication and dissemination in the member states of the text of the European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights (recommendation on the publication and dissemination);
- Recommendation Rec(2004)4 on the European Convention on Human Rights in university education and professional training;
- Recommendation Rec(2004)5 on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights;
- Recommendation Rec (2004)6 on the improvement of domestic remedies.

The practice of the Committee of Ministers in supervising the execution of the Court's judgments shows that the re-examination of a case or a reopening of proceedings has proved the most efficient, not only in achieving *restitutio in integrum*. It has to be noted that the majority of the member states have already introduced a possibility of re-examination or reopening in their legal systems.

3.1. Polish experience in adaptation of Convention's system.

Poland has struggled to adopt Conventional system of procedural protection of human rights since the very beginning of its presence in it. In 1997 Poland introduced constitutional complaint – the possibility to address the Constitutional Court with an individual complaint against the domestic law which infringes the Constitution. In contrary in Ukraine according to Art. 150 Constitution of Ukraine:

Constitutional Court of Ukraine deciding on issues of conformity with the Constitution of Ukraine (constitutionality) on the appeals of: the President of Ukraine; no less than forty-five National Deputies of Ukraine; the Supreme Court of Ukraine; the Authorised Human Rights Representative of the Verkhovna Rada of Ukraine; the Verkhovna Rada of the Autonomous Republic of Crimea.

However, in practice Ukrainian citizens fully execute right to appeal to Constitutional Court of Ukraine for the official interpretation of the Constitution of Ukraine and the laws of Ukraine due to the Article 148 Chapter XII Constitution of Ukraine¹⁶. Of course constitutional complaint doubtlessly is more effective remedy compare with official interpretation but the last in fact lids less or more (depend on the citizen's application on interpretation) into involving the issues of conformity with the Constitution of Ukraine specific provision of domestic law that infringes Constitution.

In Poland through the last decade the substantial reforms of judicial administrative procedures were carried out and significant ones were introduced in the area of criminal proceedings. The law introduced an effective remedy against the length of juridical proceedings which entered into force six years ago and proved to be a successful response to the systemic problem indicated by the ECtHR in 2000 in its judgment *Kudla v. Poland*¹⁷. Then according to Article 540 § 3 of the Code of Criminal Procedure, proceedings shall be reopened in

¹⁶ <http://www.rada.gov.ua/const/conengl.htm#r1>

¹⁷ I. Dzialuk (deputy Minister of Justice), Welcome address: *Concepts of General Domestic Remedy and Simplified procedure for Amending the Convention in the Post-Interlaken process*, 4th Warsaw Seminar, Warsaw 2010, p. 13.

favor of the accused if such a necessity results from a decision of an international body acting on a basis of an international treaty ratified by the Republic of Poland.

The position of Poland with respect to the publication and dissemination of the Court's judgments in last 20 years has evolved. Shortly after the accession to the Council of Europe all the judgments of the European Court against Poland have been published. However, taking into account that the majority of cases are the so called „repetitive cases” or „clone” cases, it has been decided that only the „precedent” or otherwise „leading” cases should be translated, published and disseminated. All the leading cases against Poland are published on the Internet site of the Ministry of Justice so that all the judges have a direct access to them. The Ministry of Justice is also charged with the dissemination of the Court's judgments to all the courts, the Supreme Court and the National School of Magistrates. Other institutions are also involved in the dissemination process. In particular the Police publishes on its Internet site the Court's judgments involving the cases concerning police forces.

In 2009 Poland has centralized its training system for the magistrates and created one single school for judges and prosecutors. The curriculum also contains issues related to human rights, in particular the application of the European Convention and the case-law of the European Court. Special trainings on human rights are also organized for police officers.

The issue of the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights has already been mentioned in the context of the role of the Government Agent the Inter-ministerial Committee. In that context I would only like to add that both chambers of the Polish Parliament have special commissions dealing with the issues of human rights. In case of the lower chamber it is the Commission of Justice and Human Rights and in case of the higher

chamber the Commission on Human Rights, Rule of Law and Petitions¹⁸.

3.2. Ukraine's experience concerning implementation of Convention's system.

In order to implement relevant recommendations the specific Law On the Implementation and application of the practice of the European Court of Human Rights (hereafter – Law on Implementation) was adopted on February 23, 2006. Despite the fact that more than eleven year passed from the date of Convention's ratification and two years from the adoption of Recommendation (May 12, 2004) to enact long-expected Law the main issue of execution Law itself remains on the agenda of Ukraine today.

Adaptation of the above mentioned Act was the most effective step for Ukraine which nevertheless has caused new discussions, especially around the place of ECtHR case-law in Ukrainian legal system and verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the Convention. Namely, the measure of the involving of the case-law of the Court, in other words shall we use during mentioned verification judgments by the Court against another member state? As mentioned on this matter Committee of Ministers of CoE in the Recommendation Rec(2004)5 of the Committee of Ministers to member states on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights (adopted by the Committee of Ministers on 12.05.2004 at its 114th Session):

III. Verification of existing laws and administrative practice.

25. While member states cannot be asked to verify systematically all their existing laws, regulations and administrative practice, it may be necessary to engage in such an exercise, for example as a result of national experience in applying a law or regulation or following a new judgment by the Court against

¹⁸ J. Sobczak, *Experience of another member state in securing the timely and effective implementation of the European Court's judgments*, Erevan July 1, 2010, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Poland.

another member state. In the case of a judgment that concerns it directly, by virtue of Article 46, the state is under obligation to take the measures necessary to abide by it¹⁹.

From above mentioned it follows that in the implementation process not only the judgments in cases against Ukraine should be taken into account, but the general conclusion resulting from judgments in cases against other countries should also be considered. There are three main arguments supporting that conclusion. Firstly, compulsory application of the ECtHR case-law according to Ukraine's international obligations result from ratification of the Convention. According to the first paragraph of the Law of Ukraine „on ratification of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in 1950, the first protocol and protocol number 2, 4, 7 and 11 of the Convention” Ukraine fully recognizes „on its territory force of Article 46 of the Convention and without making a special agreement the jurisdiction of the Court of Human Rights in all matters concerning the interpretation and application of the Convention”.

Secondly, after Law on Implementation entered into force the place and role of ECtHR practice in Ukrainian Law crystallized. Application of the Convention and of the case-law of the ECtHR as a source of Law in Ukraine becomes legally binding. In particular, Art.1 the Law on Implementation defines judgment of ECtHR – as:

- a) the final decision of the ECtHR in the case against Ukraine, finding violation;
- b) the final decision of the ECtHR concern just satisfaction in the case against Ukraine;
- c) the decision of the ECtHR on the friendly settlement of the case against Ukraine.

Article 17 of the Law deserves special attention: „During examination of the case courts apply Convention and ECtHR case-law as a source of law”. It should be stressed that pursuant to Art.1 Law „case-law of the Court – is the practice of the ECtHR and the European Commission of Human Rights”. That's why courts shall apply all ECtHR case-law including judgments against another member states.

¹⁹ <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=743297>

It should be underlined that the courts of Ukraine in addressing particular cases cannot be limited by reference to the ECtHR case-law. As noted, they are in complex with the provisions of the Convention itself. The case-law of the ECtHR in turn can/should be used as an additional source of law. Application of the Convention and decisions of the ECtHR as appropriate is done according to the formula: article of the Convention – ratio decidendi is contained in the operative part of the decision of domestic court and the provisions of the case-law ECtHR (*obiter dictum*), highlighted in the motivation part.

Thirdly, In contrast to Poland, Ukrainian systematic supervision of draft laws is carried out both at the executive and at the parliamentary level by relevant parliamentary committee, namely Committee on Human Rights, Ethnic Minorities and International Relations of Verkhovna Rada. At the executive level, due to p. 2 Art. 13 Law on Implementation, Representative body provides legal examination on verification of the compatibility of draft laws, existing laws as „general measures“ to eliminate systematic problem and her roots. Process of legal examination is regulated by Art. 19 of Chapter 4 of the Law on Implementation Article 19 „Application in sphere of legislation and administrative practice“ defines:

1. Representative body provides legal examination of all draft laws, and also subordinate legislation, which extends the requirement of State Registration (author – State Registration by Ministry of Justice all subordinate legislative acts), as to their compatibility with the Convention (noted by author –the practice of the ECtHR is not included here), such legal examination resulted in special legal conclusion.
2. Failure of such examination or available legal conclusion on incompatibility of specific subordinate Act is a ground for rejection in State Registration of corresponding Act.
3. Representative body provides systematic and reasonably frequent verification the law and subordinate legislation in force with the compatibility of Convention and practice of Court especially in areas of police activities, criminal proceedings, conditions of detention (...)²⁰.

Moreover according to Article 19 para. 4 Law on Implementation the agent is empowered, on results of legal examination, to submit to

²⁰ <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3477-15&p=1302281663598011>

Government proposals for the amendment of existing laws or of any new legislation which is to be adopted. The meaning of Article 19 is crucial cause to legal examination on verification of the compatibility as „general measure” of elimination of systemic problem of national legal system of Ukraine. As far as the vast majority of problems that lead to findings by the European Court violation by Ukraine of the Convention are systemic. For example, one the systematic problems associated with failure or delays in the enforcement of decisions of national courts. The fact that at this time 363 decisions were delivered by the European Court in which the violation of the Convention similar to those that took place in the case of *Yuri Ivanov v. Ukraine*. Furthermore, the European Court is approximately 1400 claims against Ukraine, which is wholly or partly related to the problem and the number of such applications is growing. It should be noted that the European Court first decided to apply the procedure of „pilot” decision for Ukraine. October 15, 2009 was delivered by the European Court decision in the case *Yuriy Ivanov v. Ukraine*. In this decision the European Court stated that in case the applicant had been a violation of Article 6 § 1 and Article 13 of the Convention and also Article 1 of Protocol to the Convention in respect of the failure of enforcement of domestic courts decisions in favor of the applicant. According to the European Court, the procedure of the pilot making „applicable in the existence of structural problems in national law (either in legislation or in judicial or administrative practice), which display a large number of decisions the European Court, which stated the same violation, and also for new applications, caused the same problem”²¹.

Today, we can't find scholars who would categorically deny the effect of precedent in the national legal system of Ukraine. Probably the precedent in Ukraine, in particular ECtHR case-law, will never take the same place among the sources of law as it occupies in the Anglo-Saxon legal family. But we cannot deny certain influence into the national legal system.

²¹ *Szczorczyznyj zvit pro rezultaty dijalnosti Uriadowoho upownowazenooho u sprawach Jewropejskoho sudu z praw (Annual Report on the performance of the Government Agent before the European Court of Human Rights in 2009)*, http://obljust.lviv.ua/index.php?option=com_content&task=view&id=654&Itemid=41

Comprehensive examination of Poland and Ukraine government practice shows that States' obligation to implement the judgments of the European Court is executed in both countries in slightly different way. That enables to make the following conclusions:

Firstly, the Secretary of Government Agent before ECtHR of Ukraine, has more then 30 experts (what is going to change due to President Decree № 395 from April 6, 2011 on administrative reform of MJU) as compared to 17 staff members including Government Agent amb. Jakub Wołásiewicz of Polish Department for the Proceedings before the International Human Rights Protection Bodies.

At the same time, however, the Department for the Proceedings before the International Human Rights Protection Bodies which is a part of Ministry of Foreign Affairs cooperates closely with the Department of Human Rights in the Ministry of Justice. The Department prepares legal reports on bigger part of cases, as criminal as civil, that further became or partly became arguments of the observation in relevant case. In addition, Poland has inter-ministerial Committee for matters concerning the European Court of Human Rights which Ukraine does not have.

Secondly, Ukraine as compared to Poland does not expressly give priority of the international norms, in particular the precedents of international juridical organ as the ECtHR. However, the adoption of Law on Implementation has recognized the Convention and the case-law of ECtHR as a source of law that should be applied in the process of examination of the case by the court (Art 17 Law). It should be underlined again that the above concern all ECtHR case-law including judgments against another member state.

And thirdly, Ukraine is ahead of Poland in her new mechanism of verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the Convention. In contrast to Poland, Ukraine systematic supervision of draft laws is carried out both at the executive and at the parliamentary level. As far as in Representative Body of Ukraine, which belong to Ministry

of Justice of Ukraine separate division devoted to provide such verification was created (Art. 19 Law on Implementation).

The all above-mentioned issues give all grounds to affirm that the Convention may never have priority over the Constitution of Ukraine, but it enshrines the highest values of humankind – fundamental rights and fundamental freedoms interpreted by the European Court, which constitute the core of a supranational and national law, which can not be lower in the hierarchy of the most democratic constitution in the world. Therefore the author defends a position that the common values in question are not pieces of a culture that changes from era to era, or the subjective views of certain individuals. Standards laid down in the Convention represent universal values regardless of nations, ideologies, religions.

Michał Indan-Pykno

Problem wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – wybrane zagadnienia

1. Wprowadzenie

Problematyka wykonywania orzeczeń trybunałów międzynarodowych stała się w przeciągu ostatnich kilku lat jednym z kluczowych zagadnień prawa międzynarodowego publicznego. Także polska doktryna, jak i judykatura, zwłaszcza Trybunał Konstytucyjny i Sąd Najwyższy¹, coraz częściej prezentują poglądy i stanowiska w tej materii. Dlatego ze względu na aktualność i znaczenie tej problematyki warto poświęcić jej kilka uwag.

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: Konwencja) ustanowiła europejski system ochrony praw człowieka, wokół którego skupionych jest obecnie 46 państw. Został on stworzony w 1950 r. i nadal opiera się na dwóch rodzajach skarg: skardze indywidualnej (uregulowanej w art. 34 Konwencji) oraz skardze międzypaństwowej (uregulowanej w art. 33 Konwencji). Co się tyczy pierwszego typu skargi, jest ona wnoszona przez osoby fizyczne lub osoby prawne, które skarżą działanie(a) lub zaniechanie(a) władz publicznych, które w ich ocenie mogą stanowić naruszenie praw

¹ Zwróć szczególną uwagę na następujące orzeczenia: post. SN z dnia 19.10.2005 r., sygn. V CO 16/05 (niepubl.); post. SN z dnia 17.10.2007 r., sygn. I PZ 5/07; wyrok SN z dnia 28.11.2008 r., sygn. V CSK 271/08; wyrok TK z dnia 20.11.2007 r., sygn. SK 57/05; wyrok TK z dnia 12.03.2007 r., sygn. TS 268/06; wyrok TK z 26.05.2008 r., sygn. SK 25/07;

zawartych w Konwencji lub w jej Protokołach dodatkowych. Jeżeli chodzi o drugą kategorię skarg, a więc skargę międzypaństwową, liczba tego typu skarg nie jest znaczna, obecnie rozpoznawane są przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: Trybunał) dwie skargi. Obie zostały wniesione przez Gruzję przeciwko Federacji Rosyjskiej².

Każde państwo, które przystępuje do Konwencji zobowiązuje się „zapewnić każdemu człowiekowi podlegającemu jego jurysdykcji prawa i wolności określone w rozdziale I niniejszej Konwencji”. Przepis art. 1 Konwencji rodzi po stronie państw-sygnatariuszy obowiązek „rzetelnej i efektywnej implementacji orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (...)”³.

Problematyka wykonywania orzeczeń została uregulowana w art. 46 Konwencji. Z dniem 1.06.2010 r. doszło do istotnej zmiany brzmienia tegoż artykułu. To dzięki rewolucyjnemu, bo tak można określić Protokół nr 14⁴ do Konwencji – Komitet Ministrów Rady

² Gruzja wniosła przeciwko Federacji Rosyjskiej do ETPC dwie skargi międzypaństwowe: w 2007 i 2008 roku. Jeżeli chodzi o pierwszą skargę, skarżący zarzucają naruszenie art. 3, 5, 8, 13, 14, 18 Konwencji, art. 1 i 2 Protokołu nr 1 do Konwencji, art. 4 Protokołu nr 4 do Konwencji oraz art. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji. Podstawowym zarzutem państwa gruzińskiego jest praktyka administracyjna władz rosyjskich wobec Gruzynów przebywających na terytorium Federacji Rosyjskiej, wobec których doszło do wielokrotnego i ciągłego naruszenia podstawowych praw człowieka. Obecnie Europejski Trybunał Praw Człowieka, wydał wstępną decyzję o dopuszczalności skargi (skarga nr 13255/07), zaś merytoryczne rozpatrzenie sprawy przez Trybunał nie nastąpiło jeszcze; najbliższą rozprawę wyznaczono na czerwiec 2011 r. Co się tyczy drugiej skargi, wniesionej w 2008 r. związana ona jest z konfliktem wojennym prowadzonym przez Federację Rosyjską na terytorium Gruzji w sierpniu 2008 r., w sprawie tej ETPC nie podjął na razie żadnych decyzji.

³ P. Hofmański, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. II, Warszawa 2011, s. 353. Co więcej, obowiązek wykonywania orzeczeń trybunałów międzynarodowych znajduje uzasadnienie w art. 26 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, który brzmi: „Każdy będący w mocy traktat wiąże jego strony i powinien być przez nie wykonywany w dobrej wierze” (*Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Dz. U. z 1990 r., nr 74, poz. 439).

⁴ Dyskusja o reformie systemu dochodzenia roszczeń przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka trwa już od dobrych kilku lat. Kamieniem milowym dla Protokołu nr 14 była Konferencja Ministrów w Rzymie w 2000 r. Na której wskazano trzy zasadnicze priorytety reform europejskiego systemu ochrony praw człowieka, zaliczono do nich: po pierwsze, wykonywanie wyroków ETPC; po drugie, skuteczność procedur przed ETPC; po trzecie, wewnętrzną implementację Konwencji. Decydującą rolę w kształtowaniu Protokołu nr 14 odegrał Komitet Sterujący ds. Praw Człowieka, który był miejscem debat

Europy uzyskał możliwość efektywniejszego wpływania na Wysokie Układające się Strony w zakresie wykonywania wyroków.

Tajemnicą poliszynela jest fakt, iż sposób wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozostawał w znacznej ilości przypadków wiele do życzenia, był to system nie do końca skuteczny, który charakteryzował się możliwością odraczenia wykonania wyroku przez Państwo-Sygnatariusza Konwencji na długi czas. Pomimo pewnych niedociągnięć, celem Konwencji z 1950 r. jest stworzenie mechanizmu skutecznej ochrony praw człowieka w Europie, w mojej ocenie wprowadzenie ulepszonych standardów w związku z wejściem w życie Protokołu nr 14, np. w zakresie kontroli wykonywania orzeczeń, zmierza do osiągnięcia wyznaczonego sześćdziesiąt lat temu celu.

Od momentu obowiązywania Protokołu nr 14 zasadniczej zmiany uległa treść art. 46 Konwencji, mówiącego o mocy obowiązującej oraz wykonywaniu wyroków⁵. Wyroki Europejskiego Trybunału Praw

nad treścią wyżej wspomnianego Protokołu. Wspomniany wyżej Protokół reformuje wiele sfer działania systemu ochrony praw człowieka, stworzonego przez Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Do głównych kierunków reformy zaliczyć można: a) reformę dotyczącą wyboru oraz długości kadencji sędziego Trybunału; b) wprowadzenie jednoosobowego składu sędziowskiego w ETPC z jednoczesnym zastrzeżeniem zawartym w pkt 3 art. 26 Konwencji, który mówi, że jednoosobowy sędzia nie będzie rozpatrywał skarg przeciwko Wysokiej Układającej się Stronie, z ramienia której został wybrany; istotnym jest również art. 27 Konwencji, mówiący o możliwości uznania za niedopuszczalną skargi lub skreślenia sprawy z listy. Ponadto, rozszerzono kompetencje komitetów 3-osobowych; c) dodano także dodatkowe wymogi dopuszczalności skargi do ETPC w art. 35 KE pkt 3b, który mówi o tym że Trybunał uzna skargę za niedopuszczalną gdy skarżący nie doznał znaczącego uszczerbku, chyba że poszanowanie praw człowieka w rozumieniu niniejszej konwencji i jej protokołów wymaga rozpatrzenia przedmiotu skargi oraz pod warunkiem, że żadna sprawa, która nie została należycie rozpatrzona przez sąd krajowy, nie może być odrzucona na tej podstawie; d) przewidziano również możliwość uczestniczenia przed Izbą lub Wielką Izbą – Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, który ma prawo przekładać pisemne uwagi i uczestniczyć w rozprawach.

⁵ Art. 46 Konwencji brzmi: „1. Wysokie Układające się Strony zobowiązują się do przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami. 2. Ostateczny wyrok Trybunału przekazuje się Komitetowi Ministrów, który czuwa nad jego wykonaniem. 3. Jeśli Komitet Ministrów uważa, że czuwanie nad wykonaniem ostatecznego wyroku jest utrudnione przez problem z wykładnią wyroku, może on przekazać to zagadnienie Trybunałowi w celu rozstrzygnięcia w kwestii wykładni. Decyzja o przekazaniu podejmowana jest większością dwóch trzecich głosów przedsta-

Człowieka mają charakter deklaratoryjny, a więc mogą stwierdzić lub nie, naruszenie przez państwo praw zawartych w Konwencji. Ponadto, wyroki te mają charakter zbliżony do wyroków ustalających⁶. Wyrok Trybunału, który posiada przymioty ostateczności posiada moc wiążącą. W polskiej doktrynie przedstawia się pogląd o dwojakim charakterze mocy wiążącej wyroku ETPC. Zgodnie z poglądem Grzegorzcyka, „pierwszy aspekt mocy wiążącej orzeczenia dotyczy granic wyroku Trybunału, państwo nie może kontestować tego, iż doszło do naruszenia Konwencji, co można przyrównać do występującego w krajowym porządku prawnym przymiotu prawomocności; zaś drugi aspekt, mocy wiążącej dotyczy obowiązku państwa do przedsięwzięcia właściwych kroków w celu zadośćuczynienia wyrokowi, np. może to być obowiązek zapłaty słusznego zadośćuczynienia”⁷.

Zakres podmiotowy i przedmiotowy wyroku ETPC po wejściu w życie Protokołu nr 14 nie uległ zmianie. Tak więc, jeżeli chodzi o podmioty, wyrok wiąże wyłącznie strony postępowania przed Trybunałem, a więc skarżącego i państwo pozwane, jeśli zaś chodzi o zakres przedmiotowy, to wyrok wiąże wyłącznie w sprawie, która była przedmiotem rozstrzygnięcia przed ETPC⁸. Od niedawna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, sygnalizuje się, że orzeczenia ETPC mogą rodzić skutki *erga omnes*, a więc wyrok taki może nakładać obowiązek przestrzegania go

wicieli uprawnionych do zasiadania w Komitecie. 4. Jeśli Komitet Ministrów uważa, że Wysoka Układająca się Strona odmawia przestrzegania ostatecznego wyroku w sprawie, w której jest stroną może on, po doręczeniu tej Stronie formalnego zawiadomienia oraz na podstawie decyzji podjętej większością głosów dwóch trzecich głosów przedstawicieli uprawnionych do zasiadania w Komitecie, przekazać Trybunałowi zapytanie, czy ta Strona nie wykonała swojego zobowiązania na podstawie ustępu 1. 5. Jeśli Trybunał stwierdza, że miało miejsce naruszenie ustępu 1, przekazują sprawę Komitetowi Ministrów w celu rozważenia środków, jakie należy podjąć. Jeżeli Trybunał stwierdza brak naruszenia ustępu 1, przekazują sprawę komitetowi Ministrów, który kończy rozpatrywanie sprawy”. (*Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.)

⁶ P. Grzegorzcyk, *Skutki wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w krajowym porządku prawnym*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 6, s. 3.

⁷ *Ibidem*, s. 8–9.

⁸ P. Hofmański, *op. cit.*, s. 360, P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 11–14.

przez wszystkie państwa-sygnatariuszy Konwencji, które nie występowywały w konkretnej sprawie przed Trybunałem⁹.

2. Wykonywanie wyroków ETPC

Niniejszy rozdział warto rozpocząć od analizy art. 46 Konwencji; z powyższego przepisu nasuwa się podstawowy wniosek. W europejskim systemie ochrony praw człowieka mamy dwa podstawowe organy: po pierwsze, Europejski Trybunał Praw Człowieka – organ orzekający, ustanowiony mocą Konwencji, a po drugie, Komitet Ministrów – organ nadzorujący wykonywanie wyroku, jak i spraw, które zostały polubownie załatwione, działający w strukturze instytucjonalnej Rady Europy (*vide* przepis art. 46 ust. 2 Konwencji)¹⁰.

W myśl ust. 1 art. 46 Konwencji, każde państwo zobowiązane jest do przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są [one – przyp. autora] stronami. Wobec powyższego państwa-strony nakładają na siebie obowiązek respektowania każdego orzeczenia, które zapadło przed Trybunałem w Strasburgu, w którym to państwo jest stroną. Z jednej strony, państwo jest zobowiązane podjąć środki niezbędne na rzecz skarżącego, aby zakończyć przypadek(-ki) naruszenia poszczególnych praw człowieka, czy też po prostu usunąć wszelkie działania państwa niezgodne z Konwencją – *restitutio in integrum*, a z drugiej strony podjąć działania, aby w przyszłości do podobnych naruszeń nie dochodziło.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka może nakładać na pozwane państwo kilka rodzajów obowiązków. Najczęściej spotykamy się z obowiązkiem wypłaty odpowiedniej sumy pieniędzy

⁹ P. Hofmański, *op. cit.*, s. 360. Zarówno Grzegorzcyk jak i Łętowska ten typ orzeczeń określają mianem orzeczeń kierunkowych czy też instrukcyjnych (*vide*: P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 17; E. Łętowska, *Zapewnienie skuteczności orzeczeniom sądów międzynarodowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 10).

¹⁰ Rada Europy została ustanowiona na mocy Statutu przyjętego 5 maja 1949 r. w Londynie, jak wynika z treści art. 10 podstawowymi organami Rady Europy są: Komitet Ministrów oraz Zgromadzenie Konsultatywne. Przepisy art. 13–21 Statutu Rady Europy poświęcone są funkcjom, celom i kwestiom organizacyjnym Komitetu Ministrów (K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, Wrocław-Warszawa 1969, s.137 i nast.).

tytułem *just satisfaction* – słusznego zadośćuczynienia, obowiązek ten jest najpowszechniejszy i jednocześnie najczęściej stosowany; Trybunał może orzekać także o innych obowiązkach wobec państwa jak na przykład: obowiązku ponownego rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd (sprawa np. *Aksac v. Turcja*¹¹, *Caplik v. Turcja*¹²). Oprócz wyżej wymienionego, może być również nałożony obowiązek nowelizacji przepisów prawa krajowego bądź praktyki orzeczniczej (sprawa *Kauczor v. Polska*¹³, sprawa *Scozzari i Giunta v. Włochy*¹⁴). Pierwszą grupę obowiązków określa się mianem *individual measures*, które są orzekane na rzecz konkretnej osoby – skarżącego/skarżącej/skarżących, zaś druga grupa obowiązków to *general measures*, które są skierowane do organów państwa, w celu przeprowadzenia koniecznych zmian np. w prawie.

W tym miejscu odnotować należy daleko idącą zmianę, otóż wcześniej rzadko można było spotkać w wyrokach skonkretyzowane środki indywidualne, a zwłaszcza środki generalne przeciwko państwu. Środki, te w głównej mierze określone były przez same państwa-sygnatariuszy, w myśl zasady subsydiarności¹⁵. Należy pamiętać, iż na państwie spoczywa obowiązek rezultatu, a więc państwo musi podjąć odpowiednie działania, aby zaprzestać naruszania postanowień Konwencji, a ponadto, ma obowiązek dążenia do zatarcia skutków tego naruszenia¹⁶. Począwszy od sprawy *Assandize przeciwko Gruzji*¹⁷, Trybunał po raz pierwszy w wyroku nakazał zwolnić aresztowanych, środek tego typu wynikał wprost z sentencji orzeczenia Trybunału.

Po wydaniu wyroku przez Europejski Trybunał Praw Człowieka inicjatywę w zakresie kontroli nad wykonywaniem wyroków (które są

¹¹ Wyrok w sprawie *Aksac v. Turcja* z dnia 15.07.2004 r., skarga nr 41956/98.

¹² Wyrok w sprawie *Caplik v. Turcja* z dnia 15.07.2005 r., skarga nr 57019/00.

¹³ Wyrok w sprawie *Kauczor v. Polska* z dnia 03.02.2009 r., skarga nr 45219/06.

¹⁴ Wyrok w sprawie *Scozzari i Giunta v. Włochy* z dnia 13.07.2000 r., skarga nr 39221/98, 41963/98.

¹⁵ Council of Europe, *Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights, Annual Report 2009*, s. 15, 21.

¹⁶ A. Szklanna, *Kontrola wykonywania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Komitet Ministrów – ewolucja, procedury oraz stan obecny*, [w:] H. Machińska (red.), *60-lat Rady Europy – tworzenie i stosowanie standardów prawnych*, Warszawa 2009, s. 258.

¹⁷ Wyrok w sprawie *Assandize v. Gruzja* z dnia 8.04.2004 r., skarga nr 71503/01.

ostateczne¹⁸), posiada Komitet Ministrów Rady Europy. Komitet Ministrów zgodnie z art. 46 ust. 3 i 4 Konwencji może podjąć działania w dwóch kierunkach:

1. jeśli Komitet uzna, że czuwanie nad wykonaniem wyroku jest zagrożone, poprzez problem z samą wykładnią orzeczenia, doprowadzi to do przekazania tego problemu do Trybunału, jednakże za takim przekazaniem musi wypowiedzieć się pozytywnie 2/3 przedstawicieli wchodzących w skład tego gremium;
2. jeśli Komitet uzna, że Wysoka Układająca się Strona nie przestrzega wyroku, którego jest stroną, Komitet może po doręczeniu formalnego zawiadomienia oraz na podstawie decyzji podjętej 2/3 głosów przedstawicieli w Komitecie, przekazać Trybunałowi zapytanie, czy dane państwo wykonało obowiązek, który został na nie nałożony na mocy przepisu art. 46 pkt 1. Wobec powyższego Trybunał może stwierdzić, naruszenie ust 1, co spowoduje zwrócenie się do Komitetu Ministrów o podjęcie odpowiednich środków, bądź Trybunał stwierdzi, że nie doszło w działaniach państwa do naruszenia obowiązku wynikającego z ust. 1 art. 46 KE – co prowadzi do zakończenia pracy Komitetu Ministrów.

Konwencja Europejska przewiduje możliwość polubownego załatwienia sporu, w myśl art. 39 Konwencji. Jeżeli dojdzie do polubownego załatwienia sprawy, sprawę wykreśla się z listy spraw w formie decyzji, która jest potem przekazywana Komitetowi Ministrów, który czuwa nad wykonaniem warunków polubownego załatwienia decyzji.

Szereg szczegółowych kwestii proceduralnych w zakresie wykonywania nadzoru nad orzeczeniami zostały ujęte w *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of*

¹⁸ Jak wynika z treści art. 44 Konwencji wyrok wydany przez Wielką Izbę posiada przymiot ostateczności, ponadto, wyrok Izby jest ostateczny, gdy: 1) strony oświadczą że nie będą składać wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby; 2) po upływie trzech miesięcy od daty wydania wyroku, jeżeli nie złożono wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby; 3) jeżeli zespół Wielkiej Izby odrzuci wniosek o przekazanie sprawy Wielkiej Izby w trybie art. 43 Konwencji.

the terms of friendly settlements z 10 maja 2006 r.¹⁹ Już w drugiej zasadzie wyrażonej w tym Regulaminie, czytamy, że Komitet Ministrów w sprawach dotyczących wykonywania wyroków jak i porozumień polubownych będzie dyskutował na specjalnych spotkaniach poświęconych prawom człowieka²⁰, które obecnie odbywają się cztery razy do roku, a każde spotkanie trwa trzy dni²¹.

Powyższy Regulamin nakłada obowiązek wpisania każdego orzeczenia jak i ugody do agendy prowadzonej przez Komitet Ministrów, która jest listą wyroków jak i ugód, których wykonanie przez państwo-stronę podlega nadzorowi. W przypadku spraw, w których zapadły wyroki, które mówią o systemowych problemach, uzyskały takowe orzeczenia możliwość otrzymania priorytetu na liście spraw monitorowanych przez Komitet²². Wspomniany dokument zobowiązuje Komitet Ministrów do przygotowania i upubliczniania corocznych raportów, które traktować będą o zagadnieniach wykonywania wyroków ETPC.

Istotnym aspektem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie instrumentów, które posiada Komitet Ministrów, które mają przyczy-

¹⁹ Regulamin w sprawie nadzoru nad wykonywaniem wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jak ugód polubownych został przyjęty przez Komitet Ministrów na 946. spotkaniu ministrów-delegatów, regulamin jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.coe.int>.

²⁰ Określane są one jako (*ang.*) *special human rights meetings* lub (*fr.*) *reunions DH-Droit's de l'Homme* (A. Szklanna, *op. cit.*, s. 254). Na każde takie spotkanie Sekretariat Komitetu Ministrów sporządza agendę, na której figurują sprawy, których wykonywanie przez państwa pozwane napotyka trudności. Są one dostępne na stronie internetowej Komitetu Ministrów, Departament Wykonywania Orzeczeń ETPC: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_EN.asp

²¹ A. Szklanna, *op. cit.*, s. 258.

²² Zwróć uwagę na zasadę nr 3 i 4 w *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*. Zasada nr 3 mówi, że: „*when a judgment or a decision is transmitted to the Committee of Ministers in accordance with Article 46, paragraph 2, or Article 39, paragraph 4, of the Convention, the case shall be inscribed on the agenda of the Committee without Delay*”, zaś zasada nr 4 mówi o: „*1. The Committee of Ministers shall give priority to supervision of the execution of judgments in which the Court has identified what it considers a systemic problem in accordance with Resolution Res (2004) 3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem. 2. The priority given to cases under the first paragraph of this Rule shall not be to the detriment of the priority to be given to other important cases, notably cases where the violation established has caused grave consequences for the injured party*”.

nić do szybkiego i skutecznego wykonywania wyroku. Na samym początku należy dokonać dychotomicznego podziału tychże działań: po pierwsze, na działania dyplomatyczne, a po drugie, na działania medialne²³. W szczególnie trudnych przypadkach Komitet Ministrów może uchwalić rezolucje tymczasowe, które są podawane do wiadomości społeczeństwa europejskiego²⁴. Niewątpliwie, Komitet Ministrów posiada instrumenty oddziaływania na państwa-sygnatariuszy, które mają charakter słaby, są one w gruncie rzeczy nie zbyt „dokuczliwe” dla państwa, które nie wypełnia swojego zobowiązania międzynarodowego w sferze wykonania wyroku Trybunału. W mojej ocenie nadal widać konieczność przeprowadzenia na tym polu daleko idących zmian, mam na myśli wyposażenie Komitetu Ministrów w środki przeciwko państwom, które opóźniają się w wykonaniu wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

3. Praktyka polska wykonywania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Punktem wyjścia dla rozważań poświęconych wykonywaniu przez Rzeczpospolitą Polską wyroków Trybunału jest po pierwsze udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie miejsce w krajowym porządku prawnym zajmują Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. Zgodnie z treścią art. 91 Konstytucji, „ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy”. Jak słusznie wskazuje Grzegorzcyk, „przyjazną Konwencji interpretację przepisów prawa krajowego należy natomiast ujmować jako element ogólniejszej kategorii, jaką jest wykładnia zgodna z prawem międzynarodowym, którego zgodnie z art. 9 Konstytucji RP, Polska przestrzega”²⁵. Wobec powyższego, sądy krajowe powinny nie tylko pamiętać, że Konwencja

²³ A. Szklanna, *op. cit.*, s. 258.

²⁴ *Ibidem*, s. 258.

²⁵ P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 16.

jest częścią krajowego porządku prawnego, a także, powinny chętnie do niej sięgać w procesie wykładni prawa²⁶.

Bardzo dużą bolączką naszego systemu prawnego jest brak jasnych i przejrzystych przepisów prawnych, które regulowałyby mechanizm wypłaty słusznego zadośćuczynienia. Obecnie, podmiotem mającym uprawnienie do wypłaty określonej sumy pieniężnej tytułem słusznego zadośćuczynienia jest Minister Finansów, który w tym celu korzysta z rezerwy budżetowej²⁷. Słusznie wskazuje E. Łętowska, iż „upłynęło wiele lat od pierwszego wyroku zasądzającego tego typu świadczenie, a właściwe krajowe organy nie podjęły żadnych kroków mających na celu doprowadzenie do stworzenia, choćby ogólnych, przepisów prawnych regulujących problematykę kto, kiedy i jak wypłaca słuszne zadośćuczynienie pokrzywdzonemu, co więcej nie stworzono żadnych procesowych gwarancji dla beneficjenta świadczenia”²⁸. W ocenie autorki artykułu do głównych problemów prawa polskiego w wykonywaniu wyroków Trybunału należy: „brak uprawnionego podmiotu, który zdiagnozowałby kroki konieczne dla przestrzegania art. 46 ust. 1 Konwencji; brak wskazania organu(ów) odpowiedzialnych za naruszenie; nie możliwość ustalenia czy istnieje luka kompetencyjna, proceduralna lub pragmatyczna, wymagająca uzupełnienia; ponadto brak podmiotu(ów), który dopilnowałby, aby wyrok «doprowadzić» do osób, którym można przypisać odpowiedzialność za naruszenie praw człowieka, które stwierdzone zostało w wyroku Trybunału”²⁹.

Wielokrotnie w polskiej doktrynie przedstawiano rozważania na temat możliwości wznowienia postępowania sądowego (czy to cywilnego czy karnego) w oparciu o orzeczenie Trybunału stwierdzającego naruszenie Konwencji³⁰. Co się tyczy wznowienia postępowania kar-

²⁶ Zwróć szczególną uwagę na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010, sygn. III CZP 16/10, w uzasadnieniu, którego czytamy: „sądy są zobligowane do dokonywania wykładni prawa krajowego zgodnie z przepisami tej Konwencji”.

²⁷ P. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 20.

²⁸ E. Łętowska, *op. cit.*, s. 23.

²⁹ *Ibidem*, s. 22.

³⁰ Zwróć szczególną uwagę na Rekomendację nr (2000) 2 Komitetu Ministrów w sprawie ponownego rozpatrywania i wznowiania pewnych spraw na poziomie krajowym na skutek wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (źródło: *The Committee of Mini-*

nego, sytuacja jest klarowna, w świetle obowiązującego kodeksu postępowania karnego – art. 540 § 3³¹, postępowanie wznawia się na korzyść oskarżonego, gdy potrzeba taka wynika z rozstrzygnięcia organu międzynarodowego działającego na mocy umowy międzynarodowej ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską³².

Wznowienie postępowania cywilnego w związku z orzeczeniem Trybunału stwierdzającym naruszenie art. 6 ust.1 Konwencji jest zagadnieniem nadzwyczaj trudnym i skomplikowanym. Punktem odniesienia dla powyższych rozważań jest orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r. o sygn. akt III CZP 16/10 w którym to rozstrzygnięto wątpliwości w tej materii.

Na pytanie skierowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich, które brzmiało „czy wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka stwierdzający naruszenie prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia przez sąd, gwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie

sters, Supervision of execution of the judgments of the European Court of Human Rights—collection of basic texts: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Documents/Exec-Inf\(2010\)4_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Documents/Exec-Inf(2010)4_EN.pdf).

³¹ Słusznie wskazuje się w literaturze, iż przepis §3 art. 540 k.p.k. jest „przepisem blankietowym w tym znaczeniu, że nie precyzuje, jaki charakter powinien mieć organ międzynarodowy. Statuuje jedynie wymóg, by organ taki działał na mocy umowy międzynarodowej ratyfikowanej przez Polskę, a potrzeba wznowienia postępowania wynikała z zapadłego rozstrzygnięcia tego organu” (tak: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, t. II, Warszawa 2010, s. 365). Należy zgodzić się z poglądem B. Nity, która mówi, że wznowienie postępowania karnego jest jednym ze sposobów wykonania orzeczenia ETPC poprzez dostosowanie orzeczenia całkowicie lub częściowo sprzecznego ze zobowiązaniami międzynarodowymi do standardu konwencyjnego (B. Nita, *Orzeczenie ETPCz jako podstawa wznowienia postępowania karnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 9, s. 5). Autorka artykułu prezentuje pogląd S. Zabłockiego, który podkreśla, że „sąd orzekający w przedmiocie wznowienia postępowania oraz sąd orzekający w postępowaniu wznowionym jest *de lege lata* związany orzeczeniem strasburskim ze względu na brzmienie art. 91 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym ratyfikowana umowa międzynarodowa po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy (*ibidem*, s. 6). Do chwili obecnej zapadły dwa wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w wyniku którego doszło do wznowienia postępowania karnego, są to sprawa *Belziuk i Rasmussen*. Zob. też: A. Bojańczyk, *Podważenie prawomocnego wyroku sądu karnego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu*, „Palestra” 2001, nr 5–6, s. 152–161, oraz nr 7–8, s. 124–136.

³² *Ustawa o postępowaniu karnym*, Dz. U. z 1997 r. nr 89, poz. 555.

praw człowieka i podstawowych wolności stanowi podstawę do żądania wznowienia postępowania z powodu jego nieważności (art. 401 pkt. 2 k.p.c.) czy też stanowi on stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 4171 §2 zd. 1 k.c.) uzasadniające żądanie naprawienia szkody". Sąd Najwyższy podjął następującej treści uchwałę: ostateczny wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w którym stwierdzono naruszenie prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez sąd, zagwarantowanego w art. 6 ust.1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w dniu 4 listopada 1950 r. w Rzymie (Dz. U. z 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.), nie stanowi podstawy wznowienia postępowania cywilnego.

Zasadniczym argumentem dla przyjęcia powyższej decyzji przez Sąd Najwyższy było uwzględnienie charakteru wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, skoro orzeczenie ma charakter deklaratoryjny, a więc nie tworzy nowych praw po stronie skarżącego, ciężko mówić o możliwości wznowienia postępowania. Ponadto, Sąd Najwyższy w swoim uzasadnieniu wskazuje, iż Konwencja w żadnym przepisie nie mówi o konieczności wznowienia postępowania sądowego w przypadku wydania przez Trybunał wyroku uwzględniającego skargę³³, co więcej Sąd Najwyższy konstatuje to stanowisko w następujący sposób: „Europejski Trybunał Praw Człowieka nie wykazał skłonności do jednoznacznego i zdecydowanego opowiedzenia się za koncepcją bezwzględnej wprowadzenia przez państwa-sygnatariuszy Konwencji do swoich systemów prawnych instytucji wznowienia sądowego postępowania cywilnego w związku z jego ostatecznym wyrokiem, mimo że niejednokrotnie, przy innych okazjach, wypowiadał się za zapewnieniem efektywności postanowie-

³³ Takie samo stanowisko prezentuje P. Hofmański, który pisze: „Przepis art. 46 ust. 1 nie zobowiązuje państwa-strony postępowania zakończonego prawomocnym wyrokiem ETPC, stwierdzającego naruszenie przez to państwo Konwencji, do wznowienia postępowania w sprawie zakończonej prawomocnym rozstrzygnięciem organu krajowego, w której doszło do stwierdzonego naruszenia prawa ani też nie zobowiązuje tego państwa do zmiany ustawodawstwa krajowego poprzez określenie, jako podstawy wznowienia postępowania, prawomocnego wyroku ETPC” (P. Hofmański, *Komentarz do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. II, Warszawa 2010, s. 390).

niom Konwencji i konkretyzującym te postanowienia orzecznictwu Trybunału³⁴.

4. Podsumowanie

Dynamiczny rozwój międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka na przestrzeni ostatnich 60-lat przyczynił się do wypracowania istotnych zmian, do nich zaliczyć można uznanie osób fizycznych, prawnych jak i stowarzyszeń za podmioty prawa międzynarodowego publicznego, a także intensywny wzrost aktywności sądów międzynarodowych orzekających w sprawach prawno-człowieczych.

Wraz z rozwojem orzecznictwa międzynarodowego coraz widoczniejszy stawał się problem skutecznego i efektywnego wykonania orzeczeń trybunałów międzynarodowych. Początkowe „nieśmiałe” obowiązki nakładane na państwa przez Europejski Trybunał Praw Człowieka przekształciły się w precyzyjnie skonkretyzowane zobowiązania międzynarodowe, wobec których państwo nie może zachować się obojętnie. Należy się zgodzić z poglądem Łętowskiej, która twierdzi, że „przyczyną tego jest zmiana perspektywy postrzegania wyroków sądów międzynarodowych i roli, jaką mają odegrać w systemie wewnętrznym. Nie wystarcza już bowiem skuteczność samego rozstrzygnięcia międzynarodowego sądu (przecież wypłata, tego na co wyrok opiewa, jest pełnym zrealizowaniem jego treści), ale uznaje się

³⁴ Takie stanowisko zostało wypracowane przez Sąd Najwyższy w oparciu o orzecznictwo ETPC, w szczególności: orzeczenia w sprawie: San Leonard Band Club przeciwko Malcie z dnia 29.07.2004 r., skarga nr 77562/01, orzeczenie w sprawie *Lungoci przeciwko Rumunii* z dnia 26.01.2006 r., skarga nr 62710/00, orzeczenie w sprawie *Paykar Yev Haghtanak Ltd przeciwko Armenii* z dnia 20.12.2006 r., skarga nr 21638/03, orzeczenie w sprawie *Albert i Le Compte przeciwko Belgii* z dnia 24.10.1983 r., skarga nr 7299/75 i 7496/76, orzeczenie w sprawie *Belilos przeciwko Szwajcarii* z dnia 29.04.1988 r., skarga nr 10328/83, orzeczenie w sprawie *H.E. przeciwko Federalnej Republice Niemiec* z dnia 9.12.1987 r., skarga nr 12866/87. Zob. także: M. Ziółkowski, *Wyrok ETPCz jako orzeczenie stwierdzające niezgodność prawem prawomocnego orzeczenia sądu cywilnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 8, s. 4 i nast. Bardzo interesujący artykułem o wpływie orzeczenia ETPC na krajowe akty prawne, a zwłaszcza na ewentualny jego wpływ na Konstytucję, jest glosa A. Bodnara do wyroku ETPC z 20.05.2010 r. w sprawie *Alajos Kiss v. Węgry*, opubl. w „Europejskim Przeglądzie Sądowym” 2010, nr 10, s. 38 i nast.

za niezbędne dokonanie w praktyce krajowej zmian, zgodnie z tym, co tak wyrok uważa za standard poszanowania praw człowieka. Aspiracje co do skuteczności dotyczą już nie tylko literalnie wziętego wyroku, w jego części zasądzającej coś na rzecz poszkodowanego, lecz także realizacji zasad, które zadecydowały o jego treści³⁵.

Reforma systemu strasburskiego zainicjowana Protokołem nr 14 zmierza do polepszenia mechanizmu wykonywania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez państwa-sygnatariuszy. Oczywiście, zmiany zainicjowane wspomnianym Protokołem nie rozwiążą wszystkich problemów związanych z wykonywaniem orzeczeń ETPC, gdyż nadal liczba orzeczeń podlegających kontroli przez Komitet Ministrów jest nad wyraz duża. Zaletą Protokołu jest ulepszenie mechanizmu kontroli wykonywania orzeczeń przez Komitet Ministrów Rady Europy. Pamiętać należy, że obok skutecznych mechanizmów kontroli, ważne jest, a może najważniejsze, właściwe wykonywanie przez państwo zobowiązań międzynarodowych, które powinny być wykonywane zawsze w dobrej wierze.

³⁵ E. Łętowska, *op. cit.*, s. 16.

Ireneusz C. Kamiński

**Właściwość czasowa (*ratione temporis*)
Europejskiego Trybunału Praw
Człowieka w Strasburgu w sprawach
dotyczących prawa do życia – uwagi
na kanwie „skarg katyńskich”**

1. Pomysł skargi katyńskiej

Po pierwszych „przeciekach informacyjnych” mówiących o podjęciu przez Główną Prokuraturę Wojskową Federacji Rosyjskiej decyzji o umorzeniu postępowania w sprawie Zbrodni Katyńskiej (tzw. śledztwa nr 159, wszczętego 27 września 1990 r.)¹ postanowiłem napisać popularny artykuł. Zamierzałem wskazać, że braki postępowania mogą posłużyć do postawienia Rosji kilku zarzutów sugerujących złamanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej jako Konwencja)². Mój artykuł ukazał się 18–19 września 2004 r. na żółtych prawniczych stronach dziennika „Rzeczpospolita”, nosząc tytuł *Rozliczenie narodowej tragedii przed europejskim sądem*³. Pisałem, że decyzje rosyjskiej prokuratury mogą uzasadniać postawienie zarzutu złama-

¹ Te „przeciaki” towarzyszyły wizycie w Moskwie w sierpniu 2004 r. ówczesnego prezydenta Aleksandra Kwaśniewskiego.

² Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

³ Taki „mocniejszy” afirmatywny tytuł pochodził od redakcji. W nadesłanym przeze mnie tekście posługiwałem się tytułem określającym pewną hipotetyczną możliwość: *Skargi katyńskie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka?*. Tekst został opublikowany w: „Rzeczpospolita” 2004, nr 220, 18–19.09.2004 r., s. C3.

nia art. 2 Konwencji, a więc przepisu, który chroni najważniejsze z praw człowieka – prawo do życia.

Oficjalnie informację o decyzji zamykającej katyńskie śledztwo nr 159 przekazał kilka miesięcy później generał Aleksander Sawienkow, szef Głównej Prokuratury Wojskowej Federacji Rosyjskiej. Stało się to na konferencji prasowej 11 marca 2005 r., a postanowienie o umorzeniu nosiło datę 21 września 2004 r. Okazała się również, że „właściwe władze rosyjskie” postanowiły objąć tajemnicą państwową 116 ze 183 tomów rosyjskiego postępowania katyńskiego (postanowienie w tej sprawie pochodziło z 22 grudnia 2004 r.). Co więcej, gryf tajemnicy państwowej dotyczył i samego postanowienia o umorzeniu z 21 września 2004 r. Wykluczało to więc możliwość poznania powodów, które uzasadniły zamknięcie postępowania. Dowiedzieliśmy się przy tym, że klauzula tajemnicy państwowej była niezbędna, by zabezpieczyć poufność informacji, których ujawnienie mogło spowodować poważną szkodę dla „kluczowych interesów” rosyjskiego państwa.

Po ukazaniu się artykułu w „Rzeczpospolitej” skontaktowała się mną Pani Witomiła Wołk-Jeziarska, córka zamordowanego w Katyniu porucznika Wincentego Wołka. Pytała o szansę, by „akademicką teorię przełożyć na praktykę”. Moja rozmówczyni deklarowała, że ona i grupa innych osób, których najbliżsi zostali zabici w 1940 r., są gotowi wnieść przeciwko Rosji skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako Trybunał).

2. Obowiązki zasadnicze i proceduralne

Federacja Rosyjska jest stroną Konwencji począwszy od 5 maja 1998 r. Oznacza to, że zgodnie z zasadą niedziałania prawa wstecz, co ma zastosowanie również do prawa traktatów, Trybunał w Strasburgu nie będzie mógł rozpoznać zarzutu związanego z samym dokonaniem Zbrodni Katyńskiej, która miała miejsce w 1940 r. Zadanie (spowodowanie) śmierci należy bowiem traktować jako jednorazowe, zamknięte czasowo zdarzenie (ang.: *instantaneous act*, fr.: *acte instantané*), które nie rodzi tzw. trwałej sytuacji naruszenia (ang.: *continuing situation*, fr.: *une*

situation de violation continue)⁴. Jeśli zatem Trybunał miałby uznać się za właściwy czasowo do zbadania „katyńskiej skargi”, należało kwestionować jedynie te działania bądź zaniechania, do jakich doszło po 5 maja 1998 r.

W kontekście prawa do życia reguły dotyczące czasowej właściwości Trybunału oznaczały, że strasburscy sędziowie nie będą mogli się wypowiedzieć o samej zbrodni (zasadniczy aspekt art. 2). Czym innym jest już jednak aspekt proceduralny, a więc związany z nakazem przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaśniającego okoliczności zabójstwa (śmierci). Hipotetyczna skarga katyńska, jaką szkicowałem w „Rzeczpospolitej”, opierała się właśnie na konstrukcji proceduralnych obowiązków państwa. W przypadku rosyjskiego postępowania katyńskiego takie obowiązki proceduralne polegałyby na wszechstronnym wyjaśnieniu wszystkich okoliczności Zbrodni, ustaleniu sprawców i ewentualnym ich ściganiu oraz ujawnieniu dokonanych ustaleń, przede wszystkim osobom najbardziej zainteresowanym, czyli krewnym ofiar. Gdy krajowe postępowanie nie było efektywne, najbliżsi osoby zamordowanej (lub tej, która poniosła śmierć w innych okolicznościach) mogli – jako tzw. pośrednie ofiary (*indirect victims*) – wnieść skargę do Trybunału.

Konstrukcja proceduralnych obowiązków państwa została wypracowana w strasburskim orzecznictwie zasadniczo w związku z przypadkami zabójstw, śmierci bądź zaginięć kurdyjskich działaczy w Turcji⁵. Krąg krewnych, którzy mieli status pośrednich ofiar został przy tym określony przez Trybunał szeroko, obejmując najbliższe osoby (rodzice, rodzeństwo, dzieci), ale i dalsze (dziadkowie, wnuki, bratankowie, kuzyni).

⁴ Przykładowo decyzja z 18.10.1995 r. w sprawie *Jackiewicz przeciwko Polsce*, skarga nr 23980/94, niepubl.; decyzja z 9.09.1998 r. w sprawie *Walewska przeciwko Polsce*, skarga nr 36424/97, niepubl.

⁵ Np. wyrok ETPC z 19 lutego 1998 r. w sprawie *Kaya przeciwko Turcji*, skarga nr 22729/93, RJD 1998–I. Zob. także I.C. Kamiński, *Skargi kurdyjskie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu*, [w:] S. Kurek (red.), *W obronie praw człowieka*, Kraków 2004; A.W. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004, s. 22 i nast.; C. Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 2003, s. 307 i nast.

W zestawieniu z kurdyjskimi skargami potencjalna skarga katyńska zawierałaby jednak istotne *novum*. Tak „zasadnicze zdarzenie” (zabójstwo bądź śmierć), jak i procedury wyjaśniające miały miejsce po związaniu się Turcji Konwencją. Nie ulegało więc wątpliwości, że Trybunał był właściwy do rozpoznania zarzutów dotyczących obu aspektów art. 2. Jak jednak postąpiliby strasburscy sędziowie, gdyby w skardze kwestionowano brak skutecznego postępowania wyjaśniającego w sprawie śmierci, do której doszło przed datą związania się danego państwa (w przypadku skargi katyńskiej – Rosji) Konwencją?

3. Rozbieżność strasburskiego orzecznictwa

Modelowo możliwe były dwa rozwiązania wskazanego powyżej problemu. Pierwsze polegałoby na związaniu z sobą zasadniczego i procesowego aspektu art. 2. Inaczej mówiąc, gdy przypadek śmierci ma miejsce przed poddaniem się danego państwa Konwencji, nie powstaje również obowiązek proceduralny, bo ten jest konstytutywnie „osadzony” na głównym zdarzeniu, którym jest śmierć. Prowadzi to do niewłaściwości Trybunału *ratione temporis* w odniesieniu do całego art. 2. Druga propozycja rozdzielałaby oba aspekty art. 2. Wówczas, chociaż ze względów czasowych Trybunał byłby niewłaściwy do rozstrzygnięcia o zasadniczych kwestiach dotyczących prawa do życia, mógłby już jednak badać wykonanie przez państwo „autonomicznego” obowiązku proceduralnego.

Gdy w roku 2005 przystępowałem do konstruowania prawnej formuły przyszłej skargi katyńskiej, istniały jedynie trzy strasburskie orzeczenia, które mogły stanowić wskazówkę, jak Trybunał rozstrzygnąłby pytanie o swoją właściwość w przypadku skargi kwestionującej nieefektywność rosyjskiego śledztwa katyńskiego. W pierwszym chronologicznie orzeczeniu dotyczącym związku obu aspektów art. 2 Trybunał wybrał rozwiązanie łączące czasowo obowiązek zasadniczy z proceduralnym. Stało się to w decyzji w połączonych sprawach *Moldovan i inni przeciwko Rumunii* oraz *Rostaș i inni przeciwko Rumunii*⁶.

⁶ Decyzja ETPC (częściowa) z 13.03.2001 r. w sprawach *Moldovan i inni przeciwko Rumunii* oraz *Rostaș i inni przeciwko Rumunii*, skargi nr 41138/98 i 64321/01, niepubl.

Postępowanie dotyczyło pogromu z 20 września 1993 r., podczas którego zamordowano troje Romów, a wiele romskich domów zostało podpalonych.

Tragiczne wydarzenia miały miejsce przed związaniem się Konwencją przez Rumunię (20 czerwca 1994 r.). Wypowiadając się o dopuszczalności zarzutów odwołujących się do art. 2, Trybunał wskazał w krótkim, kilkuzdaniowym uzasadnieniu, że zgodnie z ogólnie uznanymi regułami prawa międzynarodowego Konwencja może znaleźć zastosowanie jedynie do faktów, które wystąpiły po wejściu z życie tego traktatu w odniesieniu do danego państwa. Skoro jednak obowiązek przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaśniającego, prowadzącego do identyfikacji i ukarania sprawców zabójstw, jest połączony z wydarzeniami, które nie mogą być badane przez Trybunał, strasburscy sędziowie nie są także uprawnieni *ratione temporis* do rozpoznania proceduralnego zarzutu dotyczącego art. 2⁷.

Rygoryzm reguły z rumuńskiej sprawy wydawały się łagodzić pewne dicta zawarte w późniejszej decyzji *Voroshilov przeciwko Rosji*⁸. W sprawie tej chodziło o zarzut naruszenia art. 3, który zakazuje tortur oraz niehumanitarnego bądź poniżającego traktowania. Ponownie „zasadniczy akt” był wcześniejszy niż związanie się Federacji Rosyjskiej Konwencją, a skarżący kwestionował brak późniejszego efektywnego postępowania, zmierzającego do ukarania sprawców (mieli to być funkcjonariusze milicji). Uznając się za niewłaściwy *ratione temporis* Trybunał wskazał, że musiał tak postąpić, bo nie mógł zweryfikować, czy autor skargi poczynił „wiarygodne twierdzenia” (*credible assertions*) dotyczące doznanych obrażeń, okoliczności, w jakich do

⁷ Trybunał przyjął natomiast do rozpoznania (decyzja końcowa z 3.03.2003 r., niepubl.) zarzuty związane z późniejszymi zdarzeniami (po związaniu się Konwencją), wskazujące na naruszenie następujących przepisów Konwencji: art. 3 (w części dotyczącej poniżającego traktowania), art. 6 (prawo do rzetelnego procesu), art. 8 (prawo do życia rodzinnego i prywatnego) i 14 (zakaz dyskryminacji). Następnie w wyroku Trybunał potwierdził, że doszło do złamania tych przepisów, przyznając siedmiorgu skarżącym 238 tysięcy euro zadośćuczynienia za szkody materialne (wyrok z 12.07.2005 r., ECHR 2005-VII). Z grupą 18 innych osób władze rumuńskie zawarły natomiast ugodę (wyplacając na jej mocy 262 tysięcy euro zadośćuczynienia), zatwierdzoną wyrokiem Trybunału (z 5.07.2005 r., niepubl.).

⁸ Decyzja ETPC z 8.12.2005 r. w sprawie *Voroshilov przeciwko Rosji*, skarga nr 21501/02, niepubl.

nich doszło oraz ewentualnych sprawców. Choć pierwotnie policjantom postawiono zarzuty karne, to następnie rosyjskie sądy uznały, że obrażenia *Voroshilov* mógł ponieść nie w czasie przesłuchań, lecz w celi aresztu.

Użyte w strasburskiej decyzji sformułowania mogły sugerować, że a *contrario* Trybunał byłby jednak temporalnie właściwy, gdyby okoliczności zdarzeń i tożsamość sprawców nie budziły wątpliwości (istniałyby *credible assertions*), natomiast nie doszłoby do ścigania lub ukarania sprawców. Inaczej mówiąc, właściwe instytucje (sądy) nie zastosowałyby do wyjaśnionych faktów konsekwencji przewidzianych (wymaganych) przez prawo krajowe bądź też doszłoby np. do aktu amnestii w celu zapewniania sprawcom bezkarności⁹.

Przypadek braku ścigania lub karania, przy równoczesnym ustaleniu okoliczności zabójstwa (*resp.* złego traktowania) i jego sprawców, jest w praktyce mało prawdopodobny. Nawet w upolitycznionym i skorumpowanym systemie prawnym dużo bardziej prawdopodobne jest kwestionowanie pewnej wersji zdarzeń niż akceptowanie jej i niewyciąganie wymaganych przez prawo konsekwencji prawnych¹⁰. Ale *casus Voroshilova* (poczynione w decyzji lub możliwe na jej podstawie rozróżnienia) mógł znaleźć zastosowanie do „historycznych przypadków”, gdy mimo ustalenia okoliczności i sprawców czynów stanowiących zbrodnię prawa międzynarodowego władze krajowe nie podjęły ścigania i ukarania tych osób, kwalifikując ich czyn jako „zwykłe” przestępstwo¹¹.

⁹ Analogicznej wykładni decyzji w sprawie *Voroshilov* i użytego w niej pojęcia „wiarygodnych twierdzeń” wydają się dokonywać sędziowie Nicolas Bratza i Rıza Türmen w zdaniu odrębnym (pkt 6) dołączonym do wyroku *Šilih przeciwko Słowenii* (Wielka Izba), o którym piszę w dalszej części artykułu.

¹⁰ Dużo bardziej realne jest natomiast dokonanie przez władze państwowe aktu amnestii bądź abolicji, który jednak w pewnych sytuacjach dawałoby się zakwestionować ze względu na konwencyjny obowiązek adekwatnej, odstraszałającej reakcji państwa na czyny zabronione na mocy art. 2 i 3.

¹¹ Choć zgodnie ze strasburskim orzecznictwem to sądy (instytucje) krajowe są uprawnione do dokonania prawnej kwalifikacji ustalonych przez siebie faktów, to Trybunał mógłby zakwestionować dokonaną kwalifikację, która byłaby w oczywisty sposób błędna lub arbitralna.

Natomiast w trzecim orzeczeniu – decyzji *Bălăşoiu przeciwko Rumunii*¹², wydanej dwa lata po sprawie *Moldovan i Rostaş* – Trybunał dopuścił do rozpoznania skargę zarzucającą brak skutecznego postępowania w związku z czynami, które polegały na traktowaniu sprzecznym z art. 3, lecz miały miejsce przed wejściem w życie Konwencji w stosunku do Rumunii. Co więcej, obie decyzje (z 2001 i 2003 r.) dotyczyły skarg skierowanych przeciwko temu samemu państwu, co oznaczało, że odmienne orzeczenia wydała (zresztą jednogłośnie) ta sama izba Trybunału, choć mająca inny skład personalny¹³. Diamentralna odmienność konkluzji w sprawie *Bălăşoiu*, gdy rumuńskie władze wyraźnie przywoływały rozstrzygnięcie *Moldovan i Rostaş*, wnioskując o odrzucenie nowej skargi jako formalnie niedopuszczalnej z tych samych co wcześniej powodów, musiało wskazywać na świadome dążenie strasburskich sędziów (a co najmniej ich części), by odejść od wcześniej przyjętej wykładni.

4. Wyrok w sprawie Blečić i jego praktyczne konsekwencje

W kreślącym akademicko prawnicze hipotezy i scenariusze artykuły dla „Rzeczpospolitej” odwoływałem się do autonomicznego ujęcia obowiązków proceduralnych. Ale wybór przez strasburskich sędziów takiego wariantu wykładni w przypadku skargi katyńskiej, gdyby ona trafiła już na wokandę Trybunału, wcale nie był przesądzony. Takie wątpliwości potwierdzało późniejsze orzecznictwo. Podejście ze spraw *Moldovan i Rostaş* oraz *Voroshilov*, a skutkujące brakiem właściwości *ratione temporis*, zdawał się ugruntowywać wyrok Wielkiej Izby wydany 8 marca 2006 r. w postępowaniu *Blečić przeciwko Chorwacji*¹⁴. Strasburscy sędziowie oznajmili wtedy, że czasowe ramy

¹² Decyzja ETPC z 2.09.2003 r. w sprawie *Bălăşoiu przeciwko Rumunii*, skarga nr 37424/97, niepubl.

¹³ W składach izby rozstrzygającej o dopuszczalności skarg *Moldovan/Rostaş* i *Bălăşoiu* powtórzyły się nazwiska dwóch tylko sędziów.

¹⁴ Wyrok ETPC z 8.03.2006 r. w sprawie *Blečić przeciwko Chorwacji*, skarga nr 59532/00, ECHR 2006-III. Chociaż skarga dotyczyła szczególnego prawa najmu lokalu, w wyroku znalazły się ogólniejsze tezy rozstrzygające o istnieniu temporalnej właściwości Trybunału.

właściwości Trybunału należy ustalić w związku z „faktami kluczowymi dla zarzucanej ingerencji” (ang.: *facts constitutive of the alleged interference*; fr.: *faits constitutifs de l'ingérence alléguée*). Równocześnie dodano, że późniejszy brak reakcji na dokonaną ingerencję nie może czynić Trybunału właściwym *ratione temporis* (§ 77). Konwencja nie nakłada bowiem „szczególnego obowiązku” prawnego sanowania naruszeń dokonanych w danym państwie przed związaniem się Konwencją (§ 81)¹⁵. Odmienne stanowisko oznaczałoby retroaktywne stosowanie umowy międzynarodowej, sprzeczne z ogólnie uznanymi regułami prawa międzynarodowego, oraz kwestionowanie podstawowego rozróżnienie na naruszenie i reparację, jakie charakteryzuje reguły prawne dotyczące odpowiedzialności państwa.

W odniesieniu do sytuacji powstałych przed związaniem się danego państwa Konwencją jej postanowienia miałyby zastosowanie – rodząc określone uprawnienia – jedynie w przypadku trwałego naruszenia¹⁶. Poza kognicją Trybunału muszą natomiast pozostać „czasowo zamknięte” stany. W wyroku *Blečić* sędziowie zdawali się kwalifikować proceduralny obowiązek wynikający z art. 2 jako jedną z prawnych reakcji na zamknięte temporalnie zdarzenie. Rekonstruując swoje wcześniejsze orzecznictwo w sprawie granic właściwości *ratione temporis* przywołano bowiem pośród kluczowych judykatów, które wykluczają przyjęcie skargi do rozpoznania, także decyzję w sprawach *Moldovan* i *Rostaş* (§ 75). „Faktami konstytutywnymi” dla całego art. 2 – a nie tylko jego aspektu zasadniczego – byłaby śmierć i jej data.

Już po wyroku *Blečić*, argumentację ze spraw *Moldovan* i *Voroshilov* Trybunał powtórzył *expressis verbis* w decyzji *Kholodov i Kholodova przeciwko Rosji*, która dotyczyła głośnego zabójstwa znanego dziennikarza *Moskiewskiego Komsomolca*¹⁷.

¹⁵ Także wyrok Wielkiej Izby ETPC z 28.09.2004 r. w sprawie *Kopecký przeciwko Słowacji*, skarga nr 44912/98, ECHR 2004-IX, § 38.

¹⁶ Tak było w przypadku roszczeń zabużańskich, które choć miały źródło w pochodzących jeszcze z roku 1944 tzw. umów republikańskich, to nie wygasły (roszczenia istniały więc nadal po związaniu się przez Polskę Konwencją). Por. rozstrzygnięcia ETPC w głośnej sprawie *Broniowski przeciwko Polsce*, skarga nr 31443/96; decyzję z 19.12.2002 r. (Wielka Izba), ECHR 2002-X i wyrok z 22.06.2004 r. (Wielka Izba), ECHR 2004-V.

¹⁷ Decyzja ETPC z 14.09.2006 r. w sprawie *Kholodov i Kholodova przeciwko Rosji*, skarga nr 30651/05, niepubl. Dziennikarz, który pisał o korupcji w rosyjskiej armii, zginął w eks-

Prawdopodobieństwo, że Trybunał może się uznać za czasowo niewłaściwy w przypadku skargi katyńskiej podnoszącej niewykonanie proceduralnych obowiązków związanych z art. 2 Konwencji wymuszało zmianę pierwotnie wskazywanego normatywnego kształtu skargi katyńskiej. Teraz skargę należało budować wokół takich przepisów Konwencji, które nie rodziłyby trudności związanych z temporalnym wymiarem kompetencji Trybunału. Najbardziej dogodny wydał się art. 8 Konwencji, który chroni prawo do życia prywatnego i rodzinnego. Na pierwszy rzut oka ten wybór może zaskakiwać. Ale art. 8 poddawany jest przez Trybunał niezwykle szerokiej wykładni. Strasburscy sędziowie są skłonni łączyć z pojęciem prywatności i życia rodzinnego wiele zróżnicowanych interesów¹⁸. Istniejący „interpretacyjny rozmach” można było więc wykorzystać podejmując decyzję, jakie brzmienie powinna uzyskać przyszła skarga katyńska.

W rosyjskim postępowaniu katyńskim kluczowe zastrzeżenia budziło jego umorzenie połączone z utajnieniem większości zgromadzonej dokumentacji procesowej. Taki akt powodował, że krewni ofiar Zbrodni Katyńskiej nie mogli poznać tła i okoliczności śmierci swoich bliskich. W przypadku wielu zamordowanych członkowie ich rodzin nie wiedzą nawet, gdzie zostały pogrzebane ciała tych osób (dotyczy to zwłaszcza zamordowanych z więzień Zachodniej Ukrainy i Białorusi, czyli znajdujących się na liście ukraińskiej i nadal nieujawnionej liście białoruskiej). Posiadanie takich informacji niewątpliwie stanowi aspekt „życia rodzinnego i prywatnego”.

Obok oczywistego wątku tajności atrakcyjny jako źródło strasburskich zarzutów wydał się też wątek rehabilitacji zamordowanych. W rosyjskim porządku prawnym istnieje bowiem ustawa o rehabilitacji ofiar prześladowań politycznych (nr 1761–1), przyjęta 18 paździer-

plozji bomby dostarczonej do redakcji jako przesyłka. O zabójstwo oskarżono pięciu oficerów, którzy zostali jednak uniewinnieni w późniejszym procesie karnym.

¹⁸ Przykładowo wyrok Wielkiej Izby ETPC z 22.01.2008 r. w sprawie *E.B przeciwko Francji*, skarga nr 43546/02, zostanie opubl. w ECHR, § 43. Zob. także L. Garlicki, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, T. I, Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 490 i nast.; M. Kowalski, *Omnipotencja czy efektywność – uwagi dotyczące interpretowania i stosowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie gwarancji art. 8*, [w:] J. Menkes (red.), *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa Profesora Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.

nika 1991 r. Skorzystanie z jej postanowień stanowi akt zadośćuczynienia dla osób najbliższych wobec ofiar (i samych ofiar, jeśli te jeszcze żyją). Ponadto, jeśli do skazania doszło w konsekwencji sądowego procesu, rehabilitacja oznacza „odzyskanie” przez ofiary przesładowań dobrego imienia¹⁹, ważne także dla ich krewnych.

Pod kątem dwóch wskazanych powyżej kwestii prawnych, tzn. tajności dokumentacji rosyjskiego śledztwa katyńskiego oraz rehabilitacji ofiar, zostały podjęte w Rosji dwie procedury prawne, które miały na celu zrealizowanie nakazu wyczerpania drogi krajowej, koniecznego przed skierowaniem skargi do Trybunału w Strasburgu. Aby zapewnić sprawny przebieg postępowań, wnioski prawne wniesiono w imieniu krewnych 10 ofiar Zbrodni Katyńskiej. Postępowania te zakończyły się podtrzymaniem odmownych decyzji Głównej Prokuratury Wojskowej Federacji Rosyjskiej przez rosyjskie sądy. Były to wyroki Sądu dla Miasta Moskwy z 25 listopada 2008 r. (rehabilitacja) oraz Izby Wojskowej Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej z 29 stycznia 2009 r. (brak dostępu do akt postępowania)²⁰. Na początku 2009 r. można więc było przystąpić do pisania skargi do Trybunału.

5. Ofiary Zbrodni Katyńskiej jako „zaginieni”

Uzasadnienie rosyjskich wyroków oraz ewolucja strasburskiego orzecznictwa, jaka dokonała się po pierwotnym określeniu prawnego kształtu przyszej skargi strasburskiej (2006 r.), okazywały się otwierać nowe możliwości związane z brzmieniem zarzutów przedstawianych Trybunałowi. W rosyjskich wyrokach znalazły się bowiem zdumiewające sformułowania mówiące o nieznanym losie polskich jeńców i więźniów. Jak twierdzono, w toku rosyjskiego śledztwa katyńskiego Głównej Prokuraturze Wojskowej udało się jedynie ustalić, że pewna

¹⁹ W nowszym orzecznictwie strasburskim ugruntowany jest już pogląd, że elementem prywatności jest także prawo do dobrego imienia i honoru, np. wyrok ETPC z 29.06.2004 r. w sprawie *Chauvy i inni przeciwko Francji*, skarga nr 64915/01, ECHR 2004-VI, § 70 *in fine*.

²⁰ Więcej informacji o przebiegu tych postępowań w I.C. Kamiński, „Skargi katyńskie” przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu, [w:] S. Kalbarczyk (red.), *Zbrodnia Katyńska. W kręgu prawdy i kłamstwa*, Warszawa 2010, s. 159 i nast.

liczba osób znajdowała się w obozach jenieckich i że wiosną 1940 r. osoby te opuściły miejsca osadzenia, gdy przekazano je „do dyspozycji” okręgowych zarządów NKWD w Kalininie (Twer), Charkowie i Smoleńsku. Późniejszy los tych osób był już określany jako nieznan. Przyjęta teza, ignorująca bogatą i spójną dokumentację oraz dowody miała uzasadnić, dlaczego 10 jeńców wojennym nie można uznać za ofiary prześladowań politycznych, a ich krewnym nie przysługuje status pokrzywdzonych. Ale równocześnie użyta argumentacja zmieniała radykalnie status prawny polskich jeńców, a krewnym umożliwiała postawienie w Strasburgu jakościowo innych i mocniejszych zarzutów.

Jak wskazałem już wcześniej, istniejąca w 2006 r. linia orzecznicza Trybunału (przede wszystkim wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Blečić*) uprawdopodobniała, że w przypadku zabójstwa mającego miejsce przed związaniem się danego państwa Konwencją Trybunał uzna się także za niewłaściwy do zbadania zarzutu proceduralnego (nieskuteczności postępowania w sprawie śmierci), bo ten jest organicznie i strukturalnie związany z faktem śmierci (zasadniczym aspektem art. 2). Nieustalenie losów polskich jeńców i więźniów oznaczało wszakże, że stawali się oni „zaginionymi”. Podczas gdy śmierć stanowi zamknięte czasowo zdarzenie, zaginięcie jest stanem (trwałą sytuacją). W tym drugim przypadku Trybunał staje się już właściwy *ratione temporis*.

Rozróżnieniem prawnego statusu śmierci i zaginięcia Trybunał posłużył się w 2008 r. w postępowaniu *Varnava i inni przeciwko Turcji*, dotyczącym niewyjaśnionego losu dziewięciu cypryjskich Greków „zaginionych” podczas tureckiej inwazji w 1974 r.²¹ Skargi zostały wniesione w imieniu samych zaginionych oraz ich bliskich krewnych (żony, rodzice, dzieci). Zanim Trybunał mógł podjąć się analizy właściwych zarzutów, musiał najpierw rozstrzygnąć, czy jest temporalnie uprawniony do rozpoznania skargi. Choć Turcja jest związana postanowieniami Konwencji już od 18 maja 1954 r., to jednak prawo skargi indywidualnej kierowanej do Europejskiej Komisji Praw Człowieka²²

²¹ Wyrok ETPC z 10.01.2008 r. w sprawie *Varnava i inni przeciwko Turcji*, skargi nr 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 i 16073/90.

²² Do wejścia w życie Protokołu nr 11 (1.11.1998 r.) Komisja podejmowała decyzję o przyjęciu skargi do rozpoznania, a później wydawała raport, w którym odnoszono się do

władze tureckie uznały dopiero 28 stycznia 1987 r., a kierowanej do Trybunału jeszcze później – bo 22 stycznia 1990 r.

Trybunał wskazał, że inaczej niż przypadek „stwierdzonej śmierci”, który jako zamknięty czasowo akt nie może być badany przez Trybunał (jeśli śmierć ma miejsce przed związaniem się Konwencją, *resp.* akceptacją prawa do skargi indywidualnej), zaginięcie rodzi trwałą sytuację podlegającą temporalnej kognicji Trybunału (§ 110). Oczywiście Trybunał będzie uprawniony badać działania i zaniechania władz krajowych jedynie poczynwszy od daty obowiązywania Konwencji (*resp.* istnienia prawa do skargi indywidualnej) w odniesieniu do danego państwa. Może jednak uwzględniać fakty, które miały miejsce przed taką datą²³. Dla zastosowania art. 2 w kontekście zaginięcia wystarczy natomiast, że do zaginięcia doszło w okolicznościach zagrażających życiu.

Uznawszy się za właściwy *ratione temporis*, Trybunał orzekł o złamaniu proceduralnej części art. 2²⁴. Sędziowie nie podjęli zresztą w tej części szczegółowej analizy, lecz przywołali swój wyrok w sprawie Cypr przeciwko Turcji, który m.in. dotyczył wszystkich cypryjskich Greków (1485 osoby), „zaginionych” podczas działań w 1974 r.²⁵ Wyrok *Varnava* stał się następnie przedmiotem ponownego postępowania, tym razem przed Wielką Izbą, po wniesieniu przez Turcję stosownego wniosku. Trybunał raz jeszcze – wyrokując w składzie 17 sędziów, co nadaje rozstrzygnięciu szczególne ważkie i trwałe znacze-

zarzutów postawionych w skardze. Następnie skarga mogła stać się przedmiotem wyroku Trybunału (jeśli dane państwo uznawało jurysdykcję ETPCz). Obecnie skargi rozpoznaje wyłącznie Trybunał.

²³ Tak np. w wyroku ETPC z 23.09.1994 r. w sprawie *Hokkanen przeciwko Finlandii*, skarga nr 19823/92, Series A. 299-A, § 53 i w decyzji *Broniowski przeciwko Polsce*, § 74.

²⁴ Trybunał uznał się za temporalnie właściwy stosunkiem sześciu głosów do jednego. Inaczej niż większość głosował jedynie turecki sędzia. Sędzia ten argumentował, że zaginięcia, gdy są one tak długotrwałe jak w rozpoznawanej sprawie cypryjskiej, należy uważać za będące następstwem śmierci (należy przyjąć domniemanie śmierci). Nic więc, jego zdaniem, nie uprawnia do odróżniania takiego zaginięcia (z domniemaniem śmierci) od przypadku stwierdzonej śmierci. Obydwa przypadki to zamknięte czasowo stany, dla oceny których Trybunał nie jest uprawniony.

²⁵ Wyrok ETPC z 10.05.2001 r. (Wielka Izba) w sprawie *Cypr przeciwko Turcji*, skarga nr 25781/94, ECHR 2001-IV.

nie – stwierdził najpierw, że jest właściwy do rozpoznania skargi, a następnie orzekł o złamaniu proceduralnej części art. 2²⁶.

Jakkolwiek karkołomna byłaby w odniesieniu do Zbrodni Katyńskiej konstrukcja „osób zaginionych”, stanowiłaby adekwatną i symetryczną odpowiedź na karkołomność narracji przedstawionej przez rosyjską prokuraturę i sądy. Zresztą zapewne i w przypadku „cypryjskich zaginięć” ze sprawy *Varnava* Trybunał nie zakładał, że zaginieni żyją i są nadal przetrzymywani przez tureckie władze. Skoro jednak Turcja upierała się, że niczego nie wie o losie krewnych autorów skargi, Trybunał przyjmował takie stanowisko z całym dobrodziejstwem prawnych konsekwencji: Turcja twierdzi, że osoby te zaginęły, więc jest zobowiązana do wyjaśnienia ich losów, a Trybunał posiada kompetencję, by wykonanie tego obowiązku kontrolować.

6. Zmiana wykładni dokonana przez Trybunał

Katyńska skarga nie została jednak ostatecznie napisana z wykorzystaniem wyroku izby w sprawie *Varnava*, lecz nie dlatego, że orzeczenie to nie stało się prawomocne w konsekwencji zaakceptowania przez Trybunał wniosku Turcji o ponowne rozpoznanie sprawy przez Wielką Izbę. Okazało się bowiem, że począwszy od 2007 r. Trybunał, gdy rozstrzygał o istnieniu proceduralnego obowiązku wynikającego z art. 2, nie kierował się większością wykładnią z decyzji *Moldovan/Rostaş, Voroshilov* oraz *Kholodov*, ale zaczynał się odwoływać do – wydawało się już „przegranego” – poglądu ze sprawy *Bălăşoiu*. Tak stało się w postępowaniu *Šilih przeciwko Słowenii*, gdzie strasburscy sędziowie jednogłośnie najpierw przyjęli skargę do rozpoznania, a następnie stwierdzili, że doszło do złamania proceduralnej części art. 2²⁷. Sędziowie konstatawali, że Trybunał wydawał rozbieżne rozstrzygnięcia, lecz takiego stanu nie nazwali wprost sprzecznością orzecz-

²⁶ Wyrok z 18.09.2009 r., zostanie opubl. w ECHR. Orzeczenie zapadło stosunkiem 16 głosów do jednego (sędziego turecki). Później Trybunał posłużył się standardem ze sprawy *Varnava*, by orzec o naruszeniu art. 2 w związku z brakiem skutecznego postępowania w sprawie zaginięcia osoby podczas wojny na Bałkanach w 1991 r.: wyrok ETPC z 20.01.2011 r. w sprawie *Skendžić i Krznarić przeciwko Chorwacji*, skarga nr 16212/08.

²⁷ Wyrok z 28.06.2007 r. w sprawie *Šilih przeciwko Słowenii*, skarga nr 71463/01.

nictwa²⁸. Wskazując natomiast, jakimi kryteriami będą się kierować podczas rozstrzygania o temporalnej dopuszczalności skargi *Šilih*, sędziowie przytoczyli fragment wyroku *Blečić*, gdzie oznajmiono, że należy uwzględnić „fakty, na które powołuje się skarżący i zakres konwencyjnego prawa, które miało zostać naruszone”²⁹. Dalej Trybunał zakłada już w słoweńskiej sprawie, że proceduralny obowiązek polegający na stworzeniu przez państwo skutecznego mechanizmu sądowego w celu ustalenia przyczyny śmierci ma zastosowanie również do badanego przypadku, bo chociaż śmierć nastąpiła przed związaniem się państwa Konwencją, to procedury sądowe toczyły się w Słowenii już po tej dacie (§ 94–97).

Wykładnia ze spraw *Bălăşoiu* i *Šilih* została później powtórzona w wyroku *Teren Aksakal przeciwko Turcji*³⁰. Trybunał uznał się za właściwy do rozpoznania proceduralnych zarzutów dotyczących art. 2 i 3, a związanych ze śmiercią więźnia, która miała miejsce 12 listopada 1980 r., czyli przed zaakceptowaniem przez Turcję prawa do skargi indywidualnej (co rodziło analogiczne zagadnienia temporalne jak w przypadku aktu związania się Konwencją). Następnie stwierdzono złamanie obu przepisów. Ale ten wyrok nie zapadł już jednomyślnie, lecz stosunkiem pięciu głosów do dwóch. Sędziowie-dysydenci napisali we wspólnym zdaniu odrębnym (turecki sędzia Rıza Türmen i Antonella Mularoni reprezentująca Monako), że dochodzi do coraz większej niespójności strasburskiego orzecznictwa, którą winno przeciąć rozstrzygnięcie Wielkiej Izby³¹.

Chociaż postulat sędziów Türmena i Mularoni wiązał się z oczekiwaniem, że właśnie sprawa *Teren Aksakal* stanie się przedmiotem

²⁸ Tak mogłaby postąpić Wielka Izba, dla której stwierdzenie, że izby wydawały wcześniej odmienne orzeczenia stanowiłoby powód, by rozstrzygnąć w drodze zasadniczego wyroku, jaką wykładnią Trybunał winien kierować się w przyszłości.

²⁹ Par. 92 wyroku *Šilih*, przywołujący § 82 wyroku *Blečić*.

³⁰ Wyrok z 11.09.2007 r. w sprawie *Teren Aksakal przeciwko Turcji*, skarga nr 51967/99.

³¹ Obok spraw *Bălăşoiu*, *Šilih* i *Teren Aksakal* Trybunał jeszcze dwukrotnie postanowił do końca 2008 r. o zakomunikowaniu skargi pozwanemu państwu w części związanej z proceduralną częścią art. 2, uznając się za niewłaściwy *ratione materiae* w części zasadniczej. Było to w postępowaniach *Şandru i inni przeciwko Rumunii* (decyzja ETPC z 6.04.2006 r., skarga 22465/03, niepubl.) oraz *Tuna i Tuna przeciwko Turcji* (decyzja ETPC z 2.10.2007 r., skarga 22339/03, niepubl.)

wniosku rządu Turcji o ponowne jej rozpoznanie przez Wielką Izbę (taki wniosek został zresztą złożony), rozstrzygnięcie o wyborze jednej z dwóch sprzecznych wykładni, a tym samym o przyszłym kształcie strasburskiego standardu, zapadło w wyroku Wielkiej Izby w innej sprawie – *Šilih przeciwko Słowenii*³². Stało się to 9 kwietnia 2009 r.

Wielka Izba rozpoczyna swoją analizę od reguł zawartych w wyroku *Blečić*. Przywołuje pochodzący z tego wyroku test „kluczowych faktów” i związany z nimi wymiar czasowy zarzucanej przez skarżącego ingerencji, a także konieczność uwzględnienia zakresu naruszanych konwencyjnych praw. Przypomina, że brak późniejszych reakcji na dokonaną ingerencję (która nastąpiła przed związaniem się Konwencją) nie może czynić Trybunału właściwym *ratione temporis* (§ 146). Ale następnie zostaje wprowadzony nowy element: test i kryteria z wyroku *Blečić* mają „ogólny charakter”; podczas ich stosowania trzeba więc uwzględnić „specyficzną naturę pewnych praw, takich jak zapisane w art. 2 i 3”. Sędziowie dodają, że art. 2 wraz z art. 3 znajdują się pośród „najbardziej podstawowych postanowień Konwencji i ponadto ucieleśniają podstawowe wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy” (§ 147).

Dalsza analiza przebiega już w kontekście „specyficzności” prawa do życia. Trybunał wskazuje na dokonane w strasburskim orzecznictwie oderwanie aspektu proceduralnego od zasadniczego. Równocześnie aspekt proceduralny, związany z przeprowadzeniem skutecznego postępowania wyjaśniającego bądź stworzeniem poszkodowanym prawnej możliwości spowodowania (zależnie od danego przypadku) postępowania karnego lub cywilnego, ma stanowić konieczny (*inherent*) element art. 2. Inaczej mówiąc, Trybunał zakłada, że ochrona prawa do życia nie istnieje bez obowiązków proceduralnych oraz ich należytego wykonania. Zawsze i w konieczny sposób współlistnieją one z obowiązkami zasadniczymi.

Rdzeniem argumentacji Trybunału stają się dwa pojęcia: istotności czy też „naturalności” (nawet gdy jest ona wynikiem ewolucji w rozumieniu prawa do życia) zobowiązań proceduralnych i ich auto-

³² Chronologicznie pierwsza „dysydencka” sprawa *Bălăşoiu* nie zakończyła się wyrokiem Trybunału, lecz ugodą, którą Trybunał zaakceptował, zamykając postępowanie (wyrok z 20.04.2004 r.).

nomiczności (oderwania od zobowiązań zasadniczych). Stąd wniosek: „oderwany” obowiązek przeprowadzenia efektywnego postępowania wyjaśniającego może wiązać państwo nawet jeśli śmierć miała miejsce przed „krytyczną datą” poddania się postanowieniom Konwencji (§ 159).

Powstaje oczywiście praktyczne pytanie o to, jak długo (w jakim „horyzoncie czasowym”) Trybunał jest właściwy badać, czy dane państwo wykonało swoje zobowiązania proceduralne. W tym kontekście strasburscy sędziowie oznajmują, że obowiązek przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaśniającego „wiąże państwo przez okres, w którym od władz można rozsądnie (*reasonably*) oczekiwać, że podejmą kroki w celu wyjaśnienia okoliczności śmierci i ustalenia odpowiedzialności za nią” (§ 157). W innym miejscu wskazano na zasadę pewności prawnej. Wymaga ona, by proceduralne obowiązki miały czasowe granice, wcześniej nazwane rozsądnymi. Określając owe granice Trybunał identyfikuje dwie zasady. Po pierwsze, w zakresie temporalnej właściwości Trybunału wejdą jedynie te proceduralne działania lub zaniechania państwa, które miały miejsce po dacie jego związaniem się Konwencją (§ 162). Po drugie, musi istnieć „rzeczywisty związek (ang. *genuine connection*; fr. *lien véritable*) między daną śmiercią a wejściem Konwencji w życie w odniesieniu do pozwanego państwa”. Tę niejasną formułę Trybunał stara się tłumaczyć w następujący sposób: „znacząca część” (ang. *significant proportion*; fr. *part importante*) proceduralnych kroków, wymaganych na mocy art. 2, została zrealizowana po „krytycznej dacie” (§ 163). Nie tylko zatem „jakieś” czynności proceduralne muszą wystąpić po dacie związania się Konwencją, ale winny być one istotne dla podjętych procedur wyjaśniających. W stosunku do takiej reguły może istnieć następujący wyjątek: Trybunał nie wykluczył, że „w pewnych okolicznościach wymagany związek może zostać także oparty na konieczności zapewnienia, że gwarancje i założycielskie wartości Konwencji są chronione w rzeczywisty i skuteczny sposób”³³.

³³ Par. 163 *in fine*. Ten fragment w urzędowych językach, w jakich sporządzane są wyroki, brzmi następująco: ang. *However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner*; fr. *Cour n'exclut pas,*

Wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Šilih* nie waham się nazwać jednym z najważniejszych w historii Trybunału. Wraz z nim Trybunał staje się czasowo właściwy (po spełnieniu warunków wskazanych w § 162–163) do badania, czy państwa członkowskie Konwencji wykonały swoje proceduralne obowiązki dotyczące zdarzeń, o jakich mówi art. 2 i 3 Konwencji i które lokują się przed „krytyczną datą”. Trybunał dokonał wyboru na rzecz mniejszościowej początkowo wykładni. Stało się tak – co również zwraca uwagę i zasługuje na podkreślenie – zdecydowaną większością głosów. Spośród 17 sędziów za „starym” już dzisiaj spojrzeniem pochodzącym ze spraw *Moldovan*, *Voroshilov* i *Kholodov* głosowały tylko dwie osoby: Turek Rıza Türmen i Brytyjczyk Nicolas Bratza.

Pewne „zasadnicze sformułowania”, którymi posłużył się Trybunał w celu określenia przesłanek swojej temporalnej właściwości mogą oczywiście rodzić problemy interpretacyjne. Dotyczy to zwłaszcza kluczowego w świetle użytej argumentacji kryterium „rzeczywistego związku”. Jest ono bardzo ogólne, co przy braku precyzyjniejszych wskazań w przyszłym orzecznictwie może prowadzić do sprzecznych konkluzji bądź kazuistycznego podejścia. Na brak ściślejszych reguł sędziowie wskazywali w kilku dołączonych do wyroku zdaniach równoległych³⁴.

Powstaje pytanie o to, jak szerokie możliwości zastosowania Konwencji dają reguły ze sprawy *Šilih*? Kryterium „rzeczywistego związku” uniemożliwi „rewitalizację” starych postępowań zakończonych przed związaniem się Konwencją. Na proceduralne obowiązki będzie można powołać się tylko wówczas, gdy nadal toczą się postępowania wyjaśniające dotyczące zdarzeń, do których doszło przed datą związania się Konwencją przez dane państwo.

Ale kryterium „rzeczywistego związku” ma zastosowanie do „zwykłych zdarzeń”. Trybunał oznajmił przecież, że istnienie takiego związku nie będzie konieczne w odniesieniu do sytuacji, które wyma-

toutefois, que dans certaines circonstances ce lien puisse également reposer sur la nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective.

³⁴ Są to trzy zdania odrębne sędziów Peera Lorenzena, Boštjana M. Zupančicia i Vladimiro Zagrebelsky’ego (do którego przyłączyło się czterech innych sędziów).

gają zapewnienia, że „gwarancje i założycielskie wartości Konwencji są chronione w rzeczywisty i skuteczny sposób”. Uważam, że jako sytuacje spełniające wskazaną przez Trybunał cechę należy zakwalifikować przede wszystkim przypadki zbrodni prawa międzynarodowego, które nie stały się przedmiotem skutecznych procedur wyjaśniających. Podobny wątek pojawia się *en passant* w zdaniu równoległym sędziego Vladimiro Zagrebelsky’ego, który pisze, że reguła „rozsądnego okresu czasu”, w jakim istnieje wiążący państwo obowiązek proceduralny, nie dotyczy „zbrodni niepodlegających przedawnieniu”³⁵.

7. Ostateczna redakcja „skargi katyńskiej”

„Skarga katyńska” została wniesiona do Trybunału w Strasburgu jako tzw. skarga wstępna 24 maja 2009 r., a jako skarga właściwa – 5 sierpnia 2009 r. W dniu 9 czerwca 2009 r. Trybunał zarejestrował skargę jako *Wolk-Jezierska i inni przeciwko Rosji*, i nadał numer 29520/09³⁶.

W skardze postawiono zarzuty złamania wielu przepisów Konwencji. Najważniejszy dotyczy prawa do życia w jego aspekcie proceduralnym (brak w Rosji skutecznego postępowania wyjaśniającego). Przedstawiona Trybunałowi argumentacja oparta jest na тезach z wyroku w sprawie *Šilih*. Ten wyrok otwiera wszakże drogę dla dwóch scenariuszy argumentacyjnych. Pierwszy związany jest z faktem, iż „znacząca część” postępowania prawnego, którego skuteczność się kwestionuje, miała miejsce po związaniu się państwa Konwencją (§ 163). Drugi scenariusz odwołuje się do specyficznej sytuacji, gdy przeprowadzenie efektywnego postępowania jest wymagane – niezależnie od proporcji krajowego postępowania po związaniu się Konwencją – by „gwarancje i założycielskie wartości Konwencji (były) chronione w rzeczywisty i skuteczny sposób” (ostatni akapit § 163). W „skardze katyńskiej” jako podstawowy występuje drugi z wariant-

³⁵ Można oczywiście zadać pytanie, dlaczego Trybunał wyraźnie nie wskazał, że identyfikowana przezeń sytuacja dotyczy zbrodni prawa międzynarodowego. Jedną z hipotez jest dążenie sędziów do niezawężania przesłanki jedynie do takich zbrodni. W konsekwencji proceduralny obowiązek istniałby w odniesieniu do większej kategorii zdarzeń.

³⁶ Skarżącymi jest łącznie 13 osób, którzy są krewnymi 10 jeńców wojennych.

tów. Nakaz adekwatnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności Zbrodni Katyńskiej (oraz ich ujawnienia) jest łączony z międzynarodowoprawną kwalifikacją zbrodni popełnionej w roku 1940 r. Skoro była to zbrodnia wojenna i przeciwko ludzkości, a można ją nawet charakteryzować jako ludobójstwo³⁷, zrealizowanie obowiązków proceduralnych wpływających z art. 2 Konwencji jest niezbędne, aby „gwarancje i założycielskie wartości Konwencji (były) chronione w rzeczywisty i skuteczny sposób”. Takiemu uzasadnieniu towarzyszy wariant dodatkowy – istotna część rosyjskiego śledztwa katyńskiego toczyła się po 5 maja 1998 r. (początek obowiązywania Konwencji w odniesieniu do Rosji) i po tym dniu zostały też podjęte kluczowe dla postępowania decyzje. Obok dwuscenariuszowej argumentacji „z *Šiliha*” jako alternatywna propozycja w skardze został też zawarty wątek „osób zaginionych” (argumentacja „z *Varnavy*”).

Drugi co do rangi zarzut dotyczył złamania art. 3 Konwencji w części, która dotyczy zakazu nieludzkiego i poniżającego traktowania. Trybunał wielokrotnie w kurdyjskich sprawach przeciwko Turcji³⁸ i ceczeńskich sprawach przeciwko Rosji³⁹ uznawał, że sposób prowadzenia przez władze postępowań wyjaśniających w przypadku śmierci (lub zaginięcia) oraz traktowania osób najbliższych dla zabitego (zaginionego) miał cechę nieludzkiego i/lub poniżającego traktowania. W „skardze katyńskiej” Trybunałowi zwraca się uwagę na tezy zawarte w rosyjskich wyrokach, iż nie można stwierdzić, że polscy jeńcy-najbliżsi krewni skarżących zostali zamordowani, a nawet poddani jakimkolwiek represjom ze strony sowieckiego państwa. Doszło tym samym do negowania Zbrodni Katyńskiej jako ustalonego faktu historycznego, co jest działaniem analogicznym – przy zachowaniu wszelkich proporcji – do negowania Holokaustu oraz innych zbrodni

³⁷ W skardze Zbrodni Katyńska nie jest prezentowana jako samodzielne zdarzenie, ale jako najtragiczniejszy element systematycznej polityki sowieckiej prowadzonej w latach 1939–1941 i skierowanej przeciwko „podejrzany” częściom społeczeństwa przedwojennej Polski (m.in. masowe wysiedlenia i zsyłki).

³⁸ Np. wyrok ETPC z 8.07.1999 r. (Wielka Izba) w sprawie *Çakıcı przeciwko Turcji*, skarga nr 23657/94, ECHR 1999-IV; wyrok ETPC z 13.06.2000 r. w sprawie *Timurtaş przeciwko Turcji*, skarga nr 23531/94, ECHR 2000-VI.

³⁹ Np. wyrok ETPC z 27.07.2006 r. w sprawie *Bazorkina przeciwko Rosji*, skarga nr 69481/01, niepubl.

nazistowskich. W skardze przywołuje się również wypowiedzi prokuratorów reprezentujący Główną Prokuraturę Wojskową. Podczas posiedzenia sądu w dniu 24 października 2008 r. prokurator Igor Bliżejew powiedział, że nawet jeśli „hipotetycznie przyjąć”, że polscy jeńcy „mogli zostać zabici” na polecenie władz, było to uzasadnione, bo część polskich oficerów stanowili „szpiegzy, terroryści i sabotażyści”, a przedwojenna polska armia „była szkolona do walki ze Związkiem Sowieckim”. Trybunałowi zwraca się ponadto uwagę, że odmowne decyzje, negowanie faktów i obraźliwe stwierdzenia dotknęły starsze, a nawet sędziwe osoby (dzieci i żony zamordowanych), które przez długie powojenne lata nie mogły otwarcie mówić o prawdziwym losie swoich najbliższych.

Dwa zarzuty dotyczyły złamania art. 8 (prawo do życia prywatnego i rodzinnego), odpowiadając pierwotnej konstrukcji skargi, jaką zakładano z roku 2006. Po pierwsze, utajnienie rosyjskiej dokumentacji katyńskiej uniemożliwia krewnym poznanie losów swoich najbliższych, okoliczności ich śmierci, a w pewnych przypadkach nawet miejsc pogrzebania zwłok. Po drugie, brak rehabilitacji oznacza, że zamordowani na mocy decyzji sowieckich sądów nadal formalnie pozostają „przestępcami”.

W skardze podniesiono także złamanie trzech innych przepisów Konwencji:

- a) art. 6 gwarantującego prawo do rzetelnego postępowania sądowego – przepis ten ma także zastosowanie *mutatis mutandis* do przedsądowych postępowań przygotowawczych;
- b) art. 9 chroniącego wolność przekonań, myśli i religii – skarżący nie znając miejsc pogrzebania zwłok swoich najbliższych nie mogą oddać zmarłym czci stanowiącej element wyznawanej przez nich religii;
- c) art. 13 wymagającego istnienia skutecznego środka odwoławczego w celu ochrony praw zapisanych w Konwencji.

Skarżący świadomie zrezygnowali z żądania zadośćuczynienia finansowego możliwego na mocy Konwencji (art. 41). Uważają, że ich skarga powinna podnosić jedynie „zasadnicze kwestie”, stanowiąc równocześnie jednoznaczny komunikat, że przedmiotem zainteresowania krewnych ofiar Zbrodni Katyńskiej nie są roszczenia pieniężne.

8. Obecny stan postępowania

W dniu 24 listopada 2009 r. Trybunał w Strasburgu postanowił zakomunikować „skargę katyńską” Federacji Rosyjskiej. Zgodnie z obecnie częstym *modus operandi* Trybunału, jeśli po wstępnej analizie skargi sędziowie uznają, że „nie jest ona w oczywisty sposób bezzasadna”, skarga jest przesyłana pozwanemu państwu. W innym przypadku skarga jest odrzucana, a postępowanie ulega zakończeniu⁴⁰.

Trybunał zakomunikował skargę w tak krótkim terminie, ponieważ nadał jej priorytet, o co zwracali się prawnicy reprezentujący skarżących (na podstawie art. 41 Regulaminu proceduralnego). Dzięki tej decyzji sprawa nie będzie musiała czekać na swoją kolej pośród niemal 150 tysięcy innych skarg (statystyki z połowy 2011 r.).

Dokonując zakomunikowania skargi, Trybunał zwrócił się do stron z następującymi pytaniami:

1. Zważywszy, że Trybunał uznał się za właściwy *ratione temporis* w sprawie *Varnava (Varnava i inni przeciwko Turcji [WI]*, skargi nr 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 i 16073/90, § 136–150, wyr. z 18 września 2009 r.), czy postępowanie dotyczące śmierci krewnych skarżących, które prowadziły rosyjskie władze, było adekwatne i skuteczne, tak jak tego wymaga art. 2 Konwencji? W szczególności, czy skarżący mieli wystarczający dostęp do materiałów śledztwa, w tym do zgromadzonych dowodów i decyzji procesowych?
2. Rząd jest wzywany od przedłożenia kopii decyzji o umorzeniu katyńskiego postępowania karnego (śledztwo nr 159), noszącej datę 21 września 2004 r.
3. Strony są wzywane do przedłożenia dokumentów dotyczących krewnych skarżących, takich jak właściwe zapisy w listach NKWD i protokoły ekshumacji z 1943 r., w części dotyczącej identyfikacji trojga krewnych skarżących.
4. Zważywszy na próby skarżących, które miały na celu uzyskanie informacji na temat ich zaginionych krewnych, jak i sposób w jaki rosyjskie władze odpowiadały na te próby, czy skarżący zostali poddani traktowaniu okre-

⁴⁰ Gdy Trybunał decyduje się na zakomunikowanie skargi państwu, przeciwko któremu jest ona kierowana, bada następnie równocześnie kwestie dotyczące dopuszczalności skargi i zasadności zarzutów (obecny art. 29 ust. 1 Konwencji i art. 54A Regulaminu proceduralnego). Zob. I.C. Kamiński, *Działalność Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w 2008 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 3; tenże, *Działalność Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w 2009 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 4.

ślönemu w art. 3 Konwencji (zob. np. *Gongadze przeciwko Ukrainie*, skarga nr 34056/02, § 184–186, ECHR 2005-XI)?

5. Czy odmowa przyznania skarżącym statusu pokrzywdzonych w postępowaniu karnym (śledztwo nr 159) i/lub dostępu do dokumentów dotyczących postępowania dotyczącego śmierci ich krewnych była zgodna z art. 6 Konwencji?
6. Wreszcie, czy skarżący mieli do dyspozycji skuteczne środki prawne w celu ochrony swoich uprawnień (*grievances*), tak ja tego wymaga art. 13 Konwencji?

Jak wynika z powyższych pytań, Trybunał postanowił zakomunikować zarzuty w ramach art. 2, 3, 6 i 13 Konwencji.

Zgodnie z Konwencją i Regulaminem proceduralnym Trybunału informacja o wniesieniu przez obywateli polskich „skargi katyńskiej” przeciwko Rosji została przekazana także rządowi Rzeczypospolitej Polskiej. W styczniu 2010 r. polskie władze postanowiły przystąpić do postępowania (art. 36 ust. 1 Konwencji).

Pisemna część postępowania, podczas której swoje stanowiska prawne przedłożyły Trybunałowi strony oraz rząd polski, została zakończona w październiku 2010 r. Obecnie poza pierwszą skargą *Wołk-Jezińska i inni przeciwko Rosji* w Trybunale znajdują się kolejne skargi: *Kraczkiewicz i inni przeciwko Rosji* (15120/10), *Wojciechowska i Mazur przeciwko Rosji* (17883/10), *Dawda przeciwko Rosji* (13626/11). Niebawem do Strasburga trafią kolejne.

Warto dodać, że w maju 2010 r. Rosja przekazała polskiej stronie kopie 67 tomów rosyjskiego postępowania katyńskiego, które nie nosiły klauzul ochronnych (wcześniej takich kopii nie można było otrzymać), a ponadto zapowiedziano odtajnianie pozostałych akt. We wrześniu 2010 r. do Polski trafiło 20 tomów, a grudniu – 50, a w kwietniu 2011 – 11. Wszystkie tomy, z wyjątkiem jednego (przekazanego w kwietniu 2011 r.), noszą wszakże jedynie adnotację „do użytku służbowego”. Ponadto, w lutym 2011 r. Aleksander Aleksiejew, rosyjski ambasador w Warszawie, oznajmił, że władze jego kraju „poszukują formuły prawnej” w sprawie rehabilitacji ofiar Zbrodni Katyńskiej. Nietrudno dostrzec, że oba wątki – dostęp do akt rosyjskiego śledztwa nr 159 i rehabilitacja, łączą się z ściśle dwiema procedurami, jakie skarżący się do Trybunału w Strasburgu podjęli wcześniej w Rosji. Należy też pamiętać, że prezydent Dimitrij Miedwiediew w wywiadzie udzie-

lonym 18 kwietnia 2010 r. powiedział, że obejmuje osobisty nadzór nad sprawą rosyjskiego śledztwa katyńskiego oraz rehabilitacji ofiar Zbrodni Katyńskiej.

9. Zakończenie

W przeciągu kilku ostatnich lat Trybunał odszedł od poglądu o braku właściwości *ratione temporis* do rozpoznania proceduralnych zarzutów mówiących o braku skutecznego postępowania wyjaśniającego, gdy przypadek śmierci (bądź tortur lub nieludzkiego albo poniżającego traktowania) miał miejsce przed związaniem się danego państwa Konwencją, ku stanowisku przeciwnemu i początkowo mniejszościowemu. W następstwie niemal jednomyślnych wyroków Wielkiej Izby w sprawach *Šilih* i *Varnava* powstały niezwykle ważne, ale i nowatorskie standardy. Dopiero po tych wyrokach uprawniony (a tym samym „bezpieczny”) stawał się pewien rodzaj prawniczej argumentacji przedkładanej Trybunałowi. Obecnie nie budzi już wątpliwości, że Trybunał jest właściwy, by rozpoznać proceduralne zarzuty dotyczące art. 2 i 3, gdy do zabronionego przez Konwencję „zasadniczego” zdarzenia doszło przed „krytyczną datą”. Takim standardem posłużono się, odwołując się do rozstrzygnięć ze spraw *Šilih* (przede wszystkim) i *Varnava*, w licznych już wyrokach dotyczących Rumunii⁴¹, Turcji⁴², Chorwacji⁴³, Ukrainy⁴⁴ oraz Bośni i Hercegowiny⁴⁵.

⁴¹ Wyrok ETPC z 20.10.2009 r. w sprawie *Agache i inni przeciwko Rumunii*, skarga nr 2712/02; wyrok ETPC z 20.10.2009 r. w sprawie *Trufin przeciwko Rumunii*, skarga nr 3990/04; wyrok ETPC z 1.12.2009 r. w sprawie *Velcea i Mazăre przeciwko Rumunii*, skarga nr 64301/01; wyrok ETPC z 8.12.2009 r. w sprawie *Şandru i inni przeciwko Rumunii*, skarga nr 22465/03; wyrok ETPC z 6.04.2010 r. w sprawie *Florea Pop przeciwko Rumunii*, skarga nr 63101/00; wyrok ETPC z 8.03.2011 r. w sprawie *Lăpuşan i inni przeciwko Rumunii*, skargi nr 29007/06, 30552/06, 31323/06, 31920/06, 34485/06, 38960/06, 38996/06, 39027/06 i 39067/06; wyrok ETPC z 24.05.2011 r. w sprawie *Stowarzyszenie „21 grudnia 1989” i inni przeciwko Rumunii*, skargi nr 33810/07 i 18817/08.

⁴² Wyrok ETPC z 19.01.2010 r. w sprawie *Tuna przeciwko Turcji*, skarga nr 22339/03.

⁴³ Wyrok ETPC z 20.01.2011 r. w sprawie *Jularić przeciwko Chorwacji*, skarga nr 20106/06.

⁴⁴ Wyrok ETPC z 25.11.2010 r. w sprawie *Lyobov Efimesto przeciwko Ukrainie*, skarga nr 75726/01.

⁴⁵ Wyrok ETPC z 15.02.2011 r. w sprawie *Palić przeciwko Bośni i Hercegowinie*, skarga nr 4704/04.

W kontekście zmieniającego się strasburskiego orzecznictwa „skarga katyńska” byłaby inaczej uzasadniana w roku 2006 (gdy właściwość Trybunału w odniesieniu do proceduralnych obowiązków była wątpliwa), w 2007 r. (gdy zapadł jednomyślny wyrok izby w sprawie *Šilih*, a następnie w sprawie *Teren Aksakal*), w 2008 r. (po wyroku izby w sprawie *Varnava*), wreszcie w 2009 r. (gdy Wielka Izba potwierdziła wcześniejsze rozstrzygnięcie sprawie *Šilih*, a później – *Varnava*).⁴⁶ Można zadać pytanie, czy późniejsze orzecznictwo Trybunału oferowało dalsze, nieistniejące wcześniej argumenty, które modyfikowałyby redakcję „skargi katyńskiej”? Zasadniczo nie, lecz należy zwrócić uwagę na wyrok Wielkiej Izby wydany w postępowaniu *Kononov przeciwko Łotwie*⁴⁷. Trybunał uznał wtedy, że nie doszło do naruszenia art. 7 Konwencji (zabraniającego karania bez podstawy prawnej), gdy łotewskie sądy uznały za winnego zbrodni wojennej dowódcę oddziału sowieckiej partyzantki, który w 1944 r. zabił kilka osób podczas „akcji odwetowej”. Strasburscy sędziowie wskazali, że nawet jeśli na mocy sowieckiego prawa czyn Kononova nie stanowił przestępstwa (a on sam był uważany za władze Związku Sowieckiego za poważanego weterana), prokuratura i sądy odrodzonej Łotwy były uprawnione, by odwołać się do prawa międzynarodowego w celu ustalenia kwalifikacji czynu oraz okresu przedawnienia (§ 230). Trybunał uznał, że już w czasie dokonania czynu stanowił zbrodnię prawa międzynarodowego, która nie podlegała przedawnieniu.

Z wyroku *Kononov* daje się wyprowadzić wniosek, że władze krajowe są nie tylko uprawnione do posłużenia się prawem międzynarodowym, ale także muszą odwołać się do niego, gdy w jego ustawodawstwie brakuje odpowiednich przepisów. Skuteczne postępowanie wyjaśniające, którego przeprowadzenie jest nakazane na mocy art. 2 Konwencji, wymaga zidentyfikowania sprawców oraz pociągnięcia ich do odpowiedzialności⁴⁸. W kontekście Zbrodni Katyńskiej oznacza to,

⁴⁶ „Skarga katyńska” była pisana po wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Šilih*, ale jeszcze przed wyrokiem *Varnava*.

⁴⁷ Wyrok ETPC z 17.05.2010 w sprawie *Kononov przeciwko Łotwie* (Wielka Izba), skarga nr 36376/04, zostanie opubl. w ECHR.

⁴⁸ Np. wyrok ETPC z 20.05.1999 r. w sprawie *Oğur przeciwko Turcji* (Wielka Izba), skarga nr 21594/93, ECHR 1999 III, § 88; analogicznie w odniesieniu do zakazu z art. 3: wyrok

że właściwe organy rosyjskie powinny nadać mordowi kwalifikację wynikającą z odpowiednich reguł prawa międzynarodowego⁴⁹, a następnie ustalić, czy żyją jeszcze sprawcy (odgrywający organizującą bądź kluczową rolę w dokonaniu zbrodni), których odpowiedzialność prawna nie ulegała przedawnieniu. Aczkolwiek jest mało prawdopodobne, by takie osoby obecnie żyły, to należy pamiętać, że jeszcze na początku lat 90. ubiegłego wieku pozostawał przy życiu Łazar Kaganowicz, jeden z członków Biura Politycznego WKP(b), które 5 marca 1940 r. podjęło decyzję o wymordowaniu polskich obywateli, oraz Piotr Soprunienko, naczelnik Zarządu ds. Jeńców Wojennych NKWD.

ETPC z 28.10.1998 r. w sprawie *Assenov i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 24760/94, RJD 1998-VII, § 102.

⁴⁹ Taką kwalifikację, odwołującą się do prawa międzynarodowego (w tym Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, zwanego popularnie norymberskim), chciał w 1993 r. nadać Zbrodni Katyńskiej Anatolij Jabłokow, prokurator kierujący rosyjskim śledztwem nr 159. Został on następnie odsunięty od postępowania, a później odszedł z prokuratury; obecnie pracuje jako adwokat.

Agata Rogalska-Piechota

Prawny charakter zarządzeń tymczasowych (*interim measures*) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

W dniu 4 lutego 2005 r. Wielka Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w wyroku w sprawie *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji* po raz pierwszy przyjęła, że niezastosowanie się przez państwo-stronę Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności do zarządzenia tymczasowego (ang. *interim measure*) Izby lub Przewodniczącego, wydanego na podstawie reguły 39 Regulaminu Trybunału stanowi naruszenie art. 34 Konwencji¹. Orzeczenie, w momencie wydania uznane za przełomowe² i radykalne³, zredefiniowało prawny charakter zarządzeń tymczasowych jednolitego Trybunału. Ponieważ w ostatnim czasie przybyło spraw przeciwko Polsce, w których ETPC zdecydował się wydać zarządzenie tymczasowe⁴, warto poświęcić kilka słów temu zagadnieniu.

¹ Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawach *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji* z 4.02.2005 r., nr skargi 46827/99 oraz 46951/99 wydany w następstwie złożenia przez pozwane państwo wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby Trybunału w następstwie wyroku Izby ETPC w tych samych sprawach z 6.02.2003 r.

² Tak, przykładowo, O. De Schutter, *The Binding Character of the Provisional Measures adopted by the European Court of Human Rights*, „International Law FORUM du droit international” 2005, nr 7, s. 16–23.

³ Tak, przykładowo, A. Mowbray, *A New Strasbourg Approach to the Legal Consequences of Interim Measures*, „Human Rights Law Review” 2005, nr 5, s. 377–386.

⁴ Zgodnie z danymi statystycznymi za lata 2008–2010 zamieszczonymi na stronie ETPC

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że skargi kierowane do ETPC nie mają skutku zawieszającego⁵. Wniesienie skargi nie powoduje zatem automatycznej zmiany sytuacji faktycznej lub prawnej skarżącego na gruncie krajowego porządku prawnego. Ponadto, ani w trakcie rozpoznawania sprawy ani w okresie poprzedzającym ETPC nie może w wiążący sposób zakazać państwu wprowadzenia w życie wyroku czy decyzji krajowej, będących przedmiotem skargi. Jednakże, przez lata rozwinęła się praktyka pozwalająca organom strasburskim zwrócić się do władz krajowych z zaleceniem wstrzymania się od działania do czasu rozpatrzenia sprawy, jeżeli uznały to za konieczne. Kwestia podporządkowania się takim zaleceniom od zawsze leżała w gestii państw. Zarówno EKomPC jak i ETPC korzystały z możliwości wydawania zarządzeń tymczasowych sporadycznie, „gdy zachodziło bezpośrednie niebezpieczeństwo nieodwracalnej szkody”⁶. Współcześnie ok. 20–40% wniosków o wydanie zarządzenia tymczasowego zostaje uwzględnionych (747 na 3185 w 2008 r., 655 na 2402 w 2009 r. i 1440 na 3680 w 2010 r.). Środki te mają zatem charakter nagły, doraźny i wyjątkowy, przy czym w ostatnim okresie zauważyć można tendencję wzrostową w zakresie ich stosowania.

W przeważającej części sprawy, w których wydane zostało zarządzenie tymczasowe, dotyczyły zarzutów naruszeń praw człowieka na tle art. 2 lub art. 3 Konwencji, zgłaszanych zazwyczaj w kontekście wydalenia, ekstradycji lub deportacji (tak zdefiniował Trybunał zarządzenia tymczasowe na gruncie spraw *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji*, § 104). Jednakże, środki te bywały także stosowane w sprawach dotyczących innych stanów faktycznych, takich jak nie-

w 2008 r. Trybunał nie uwzględnił żadnego z 5 wniosków o wydanie zarządzenia tymczasowego (4 wnioski poza zakresem kognicji Trybunału, 1 oddalony). W 2009 r. podobny los spotkał 11 wniosków (9 wniosków poza zakresem, 2 oddalone). Natomiast w 2010 r. spośród 14 wniosków 3 uwzględniono, 2 oddalono, 9 uznano za pozostające poza zakresem kognicji ETPC. Pasuje to skuteczność wniosków o wydanie zarządzenia tymczasowego wobec władz polskich na poziomie 10%. Źródło: <http://www.echr.coe.int>, ostatnie wejście 15.06.2011 r.

⁵ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej, Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. III, Kraków 2006 r., s. 57.

⁶ Zob. *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji* [WI], § 104, a także wyrok ETPC w sprawie *Paladi przeciwko Republice Mołdawii* [WI] z 10.03.2009 r., nr skargi 39806/05, §§ 86–90.

zwykle trudne warunki pozbawienia wolności lub głódówka⁷. W sprawie *Öcalan przeciwko Turcji*⁸ ETPC aż dwukrotnie zastosował środki z reguły 39 Regulaminu Trybunału. Najpierw zwrócił się do władz o zapewnienie przestrzegania wymogów art. 6 Konwencji w postępowaniu toczącym się przed Sądem Bezpieczeństwa Państwa i o zagwarantowanie efektywnego korzystania przez skarżącego z prawa do skargi indywidualnej do Trybunału za pośrednictwem pełnomocników z wyboru, następnie zaś o wstrzymanie egzekucji kary śmierci⁹. Innym nietypowym przykładem jest sprawa *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, w której przedmiotem zarządzenia tymczasowego było wstrzymanie zniszczenia ludzkich embrionów¹⁰.

Jak wskazują powyższe przykłady, zarządzenia tymczasowe są co do zasady kierowane do państw stron Konwencji. Jednakże ich adresatem stać się może każda ze stron, w tym sam skarżący. Przykładem może być tu sprawa *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Federacji Rosyjskiej*, gdzie Trybunał zwrócił się do skarżącego o zakończenie strajku głodowego¹¹.

Kwestia zarządzeń tymczasowych nie została uregulowana bezpośrednio w treści EKPC. Państwa nie zdecydowały się zawrzeć przepisu, który wprost wskazywałby na możliwość wydania takich zarządzeń przez Trybunał ani w pierwotnym tekście Konwencji¹² ani w jej późniejszych, zmodyfikowanych wersjach. W szczególności, podczas prac nad Protokołem nr 11 zarówno EKomPC jak i ETPC opowiedziały się za przyjęciem w treści Konwencji rozwiązania, które pozwalałoby na wydawanie wiążących zarządzeń tymczasowych. Jed-

⁷ Zob. wyrok ETPC w sprawie *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Federacji Rosyjskiej* [WI] z 8.07.2004 r., nr 48787/99, § 11, dotyczącej głódówki, a także w wyroki ETPC w sprawie *Soldatenko przeciwko Ukrainie* z 23.10.2008 r., nr 2440/07, § 66, oraz w sprawie *Kaboulov przeciwko Ukrainie* z 19.11.2009 r., nr 41015/04, § 7, dotyczących groźących skarżącym bardzo złych warunków pozbawienia wolności oraz niebezpieczeństwa tortur.

⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Öcalan przeciwko Turcji*, [WI] z 12.05.2005 r., nr skargi 46221/99.

⁹ Zob. *Öcalan przeciwko Turcji* [WI], § 5.

¹⁰ Zob. wyrok ETPC w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, [WI] z 10.04.2007 r., nr 6339/05, § 5.

¹¹ Zob. *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Federacji Rosyjskiej*, § 11.

¹² Zob. wyrok ETPC w sprawie *Cruz Varas przeciwko Szwecji* z 20.03.1991 r., nr skargi 15576/89, § 95.

nakże postulat ów nie został uwzględniony w tekście Protokołu nr 11. Rozwiązanie takie nie zostało także przyjęte w Protokole nr 14¹³.

W związku z powyższym podstawą prawną stosowania zarządzeń tymczasowych pozostaje przepis Regulaminu Trybunału, wydanego na podstawie art. 25 EKPC. Zgodnie z regułą 39 ust. 1 Regulaminu Trybunału Izba Trybunału lub, tam gdzie to właściwe, jej Przewodniczący może, na wniosek strony lub innej osoby zainteresowanej, albo z urzędu, zalecić stronom środek tymczasowy, jaki należy według niej/niego zastosować w interesie stron lub właściwego przebiegu postępowania przed Izba. Zgodnie z ust. 2, zarządzenia tymczasowe notyfikowane są Komitetowi Ministrów. Natomiast zgodnie z ust. 3, Izba może żądać od stron informacji o jakiegokolwiek kwestii związanej z zastosowaniem środka, który zaleciła.

Podobnie jak nie istnieje przepis Konwencji, który regulowałby problematykę zarządzeń tymczasowych, nie istnieje także przepis traktatowy, który wyraźnie i wprost obligowałby państwa strony do podporządkowania się takim zarządzeniom. Niemniej jednak, jak zasygnalizowano na wstępie, ich nierespektowanie, w ocenie ETPC, pociąga za sobą odpowiedzialność prawnomiędzynarodową.

Zwolennicy wiążącego charakteru zarządzeń tymczasowych mają do swojej dyspozycji szeroki wachlarz argumentów. Po pierwsze, konieczność ich respektowania wywodzić można z art. 1 Konwencji, nakładającego na państwa ogólny obowiązek „zapewnienia” praw i wolności chronionych na podstawie EKPC. Na marginesie zaznaczyć należy, iż sposób sformułowania art. 1 wyraża zobowiązanie rezultatu, pozostawiając w niemalym stopniu sposób, drogi i metody osiągnięcia owego celu w gestii władz krajowych¹⁴. Jest to zatem ten sam język, w którym Trybunał formułuje zarządzenia tymczasowe (np. zaleca, że skarżący nie powinien zostać wydany do czasu rozstrzygnięcia sprawy, nie wskazując precyzyjnie jakich środków krajowych państwo powinno użyć, aby ów efekt osiągnąć).

¹³ Zob. Mowbray A., *Protocol 14 to the European Convention on Human Rights and Recent Strasbourg Cases*, „Human Rights Review” 2004, nr 4, s. 331.

¹⁴ Tę kwestię akcentuje w literaturze m. in. L. Garlicki. Zob. L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i podstawowych Wolności, Komentarz do artykułów 1–18*, Tom I, Warszawa 2010 r., s. 32.

Po wtóre, podzielić można argumentację samego Trybunału, zgodnie z którą konieczność respektowania przez państwa zarządzeń tymczasowych wiązać należy z obowiązkiem efektywnego zapewnienia skarżącym prawa do skargi indywidualnej, zagwarantowanego w art. 34 Konwencji. Zgodnie z linią orzeczniczą dotyczącą zarządzeń tymczasowych stosowanych przez ETPC zreformowany na mocy Protokołu nr 11¹⁵, zapoczątkowaną wyrokiem w sprawie *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji*, niewykonanie przez państwo jego zaleceń sformułowanych na podstawie reguły 39 Regulaminu Trybunału skutkować może stwierdzeniem naruszenia prawa do skargi indywidualnej¹⁶.

Ponadto powołać się można na dotychczasową, dość jednolitą praktykę państw w tym zakresie¹⁷. Warto także wskazać, iż możliwość wydawania zarządzeń tymczasowych przez zreformowany ETPC nie jest niczym unikalnym. Podobne środki stosować mogą i inne międzynarodowe organy ochrony praw człowieka. Niektóre z nich działają na podstawie przepisów swoich regulaminów¹⁸, inne mają do swej dyspozycji podstawę prawną wynikającą wprost z normy traktatowej¹⁹. Przy

¹⁵ Tytułem komentarza zaznaczyć należy, iż przed reformą Trybunału trudno było o podstawę normatywną, która pozwoliłaby przyjąć, jakoby zarządzenia tymczasowe ETPC wydawane na podstawie odpowiedniego przepisu Regulaminu miały charakter wiążący. Na taką ocenę wpływał m.in. charakter postępowania przed Komisją oraz fakultatywność poddania się przez państwa procedurze skargi indywidualnej. Niezastosowanie się przez państwo do zarządzenia tymczasowego mogło zostać uznane, z uwzględnieniem okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, co najwyżej za okoliczność obciążającą (zob. *Cruz Varas i inni p. Szwecji*, nr 15576/89, § 103, z 20.03.1981 r.).

¹⁶ Za taką interpretacją art. 34 ETPC opowiedział się m.in. w swoich wyrokach wydanych w sprawie *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji*, §§ 128 i 129; oraz w sprawie *Essid Sami Ben Khemais przeciwko Włochom* z 24.02.2009 r., nr skargi 246/07, §§ 84–88.

¹⁷ Tak w *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji*, § 120, gdzie ETPC zaakcentował istnienie dość jednolitej praktyki państw-stron konwencji podporządkowywania się do zarządzeń tymczasowych Trybunału.

¹⁸ Przykładami międzynarodowych organów ochrony praw człowieka, które stosują środki tymczasowe na podstawie normy regulaminowej są Komitet Praw Człowieka (na podstawie reguły 92 swojego Regulaminu), Komitet Przeciwko Torturom (na podstawie reguły 114 swojego Regulaminu), Między-Amerykańska Komisja Praw Człowieka (na podstawie reguły 25 swojego zrewidowanego Regulaminu) czy Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów (na podstawie reguły swojego 111 Regulaminu).

¹⁹ Przykładami międzynarodowych organów ochrony praw człowieka, które stosują środki tymczasowe na podstawie normy traktatowej są Międzyamerykański Trybunał Praw

czym w ostatnim okresie zarysował się pogląd, zgodnie z którym, bez względu na system ochrony praw człowieka, każdorazowo interes wymiaru sprawiedliwości wymaga, aby nie miały miejsca żadne nieodwracalne działania, w rezultacie których naruszone zostałyby prawa człowieka. Zatem wyrok w sprawie *Mamatokulov i Askarov przeciwko Turcji* wpisuje się w pewien nurt prawodawstwa i orzecznictwa międzynarodowych organów ochrony praw człowieka²⁰.

Przeciwnicy poglądu o wiążącym charakterze zarządzeń tymczasowych ETPC wskazywali, że nowe podejście Trybunału do kwestii ich prawnego charakteru stanowi odejście od literalnego brzmienia tekstu Konwencji i jest równoznaczne z działaniem wbrew oczywistej woli państw. Powoływano się na dotychczasowe orzecznictwo ETPC, w szczególności wyrok w sprawie *Cruz Vargas i inni przeciwko Szwecji* z 1991 r., w którym Trybunał opowiedział się za niewiążącym charakterem zarządzeń tymczasowych²¹ wskazując, iż ocenę taką Trybunał przyjmował także w kolejnych judykatach, w tym w decyzji w sprawie *Čonka i inni przeciwko Belgii*²², wydanej już na gruncie reguły 39 ust. 2 Regulaminu Trybunału obowiązującego po wejściu w życie Protokołu nr 11. Podkreślano także, iż reguła 39 Regulaminu Trybunału, uchwalonego przez Zgromadzenie Plenarne Trybunału na podstawie art. 25 lit. d EKPC, posiada odmienny status prawny od art. 41 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości²³ czy od art. 63 ust. 2

Człowieka (na podstawie art. 63 ust. 2 Amerykańskiej konwencji praw człowieka) czy Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów (na podstawie art. 27 ust. 2 Protokołu do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów, ustanawiającego Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów). Koncepcja zakładająca konieczność sformułowania stosownej normy traktatowej dotyczącej środków tymczasowych znalazła swoje odzwierciedlenie także w treści art. 4 ust. 1 Protokołu Dodatkowego do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych.

²⁰ Zob. *Mamatokulov i Askarov przeciwko Turcji*, § 124.

²¹ Zob. *Cruz Vargas i inni przeciwko Szwecji*, § 109.

²² Zob. decyzja ETPC w sprawie *Čonka i inni przeciwko Belgii* z 13.03.2001 r., nr skargi 51564/99. W sprawie tej władze belgijskie w październiku 1999 r. postanowiły zignorować prośbę Trybunału o niewydalanie rodziny Romów, którym odmówiono azylu w Belgii, do Słowacji. W odpowiedzi ETPC wyraził ubolewanie w związku z takim obrotem sprawy. Niemniej wyraził pogląd, zgodnie z którym respektowanie zarządzeń tymczasowych Trybunału pozostawało kwestią wzajemnego poszanowania praw (ang. *judicial somity*) a nie prawnego obowiązku, wynikającego z EKPC.

Amerykańskiej konwencji praw człowieka²⁴. W szczególności akcentowano, że Statut MTS jak i AKPC są umowami międzynarodowymi, na których treść państwa-strony wyraziły zgodę, podczas gdy Regulaminowi Trybunału brak jest takiego przymiotu. Wskazywano także na konieczność dokonania oceny, czy orzeczenie Wielkiej Izby w sprawie *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji* wywodzące wiążący charakter zarządzeń tymczasowych z prawa do skargi indywidualnej, zagwarantowanego w art. 34 Konwencji, nie stanowi nadużycia doktryny „żywego instrumentu”, która winna być wykorzystywana dla potrzeb wykładni materialnoprawnych postanowień Konwencji, a nie jej części proceduralnej²⁵.

Początkowa fala komentarzy dotyczących orzeczenia w sprawie *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji*, w tym tych krytycznych, nie wpłynęła zasadniczo na linię orzecniczą ETPC w tym przedmiocie. ETPC nie podążył także w późniejszym swoim orzecznictwie za tokiem rozumowania sędziego Cabrala Barreto, wysłowionym w odrębnej opinii do wyroku *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji*, zgodnie z którym można mówić o naruszeniu art. 34 Konwencji tylko wówczas, gdy niezastosowanie się do zarządzenia tymczasowego przeszkodziło Trybunałowi w efektywnym rozpoznaniu sprawy.

W efekcie, zgodnie z obowiązującą od przeszło pięciu lat linią orzecniczą ETPC nierespektowanie zarządzenia tymczasowego Trybunału jest równoznaczne z niezapewnieniem skarżącemu efektywnego prawa do skargi indywidualnej, zagwarantowanego w art. 34 Konwencji. Ponadto, ustalenie, iż w sprawie doszło do naruszenia art. 34 jest niezależne od stwierdzenia jakiegokolwiek innego naruszenia Konwencji. Przykładowo, w sprawie *Mamatkulov i Askarov przeciwko*

²³ MTS dokonał wykładni art. 41 Statutu w wyroku w sprawie *LaGrand (Niemcy p. USA)* z 27.06.2001 r. Wskazał w nim, iż art. 41 Statutu nakłada na strony postępowania przed MTS obowiązek respektowania środków tymczasowych (ang. *provisional measures*) wskazanych na jego podstawie, mimo dość nieprecyzyjnego sformułowania samego przepisu. Zob. O. De Schutter, *op. cit.*, s. 19 i n.

²⁴ Art. 63 ust. 2 AKPC normuje wprost uprawnienie Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka do przyjmowania środków tymczasowych. Zob. także O. De Schutter, *op. cit.*, s. 20.

²⁵ Zob. A. Mowbray, *A New Strasbourg Approach...*, s. 385–386 oraz A. Mowbray, *The Creativity of the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2005, t 5, s. 57.

Turcji (§§ 77–78, 91 oraz §§ 128–129) Trybunał uznał, iż miało miejsce naruszenie art. 34 EKPC. Jednocześnie nie stwierdził naruszenia art. 3 i 6 ust. 1 EKPC oraz uznał, że w świetle art. 2 Konwencji nie powstała żadna inna kwestia wymagająca odrębnego badania. Natomiast w 2009 r. na kanwie sprawy *Essid Sami Ben Khemais przeciwko Włochom*²⁶ Trybunał uznał, że stan faktyczny sprawy uzasadniał stwierdzenie naruszenia prawa do skargi indywidualnej oraz naruszenia praw i wolności zagwarantowanych w Konwencji, których zagrożenie stało się podstawą wydania zarządzenia tymczasowego. W sprawie tej ETPC stwierdził naruszenie art. 3 Konwencji z uwagi na deportację skarżącego do Tunezji, oraz przyjął, że w świetle artykułu 2 Konwencji nie powstała żadna inna kwestia wymagająca odrębnego badania.

W niedawnym orzecznictwie ETPC odzwierciedlenie znalazł także pogląd, iż to na pozwanym rządzie spoczywa ciężar dowodu, że dostosował się on do zaleceń Trybunału lub, w wyjątkowych wypadkach, iż istniała obiektywna przeszkoda, która uniemożliwiła realizację zarządzenia, a pozwany rząd podjął wszystkie racjonalne kroki mające na celu uchylenie takiej przeszkody oraz poinformowanie Trybunału o zaistniałej sytuacji²⁷. Orzecznictwo ETPC wskazuje także, że w sprawach, w których wydano zarządzenia tymczasowe na podstawie reguły 39 Trybunał nie waha się, za pomocą swojej praktyki orzeczniczej i autorytetu, wywoływać sytuacji uniemożliwiającej pozwanemu państwu podjęcie działań niezgodnych z Konwencją, bez ryzyka narażenia się na odpowiedzialność prawnomiędzynarodową. Przykładowo, na gruncie sprawy *Kaboulov przeciwko Ukrainie*, w której wydano zarządzenie tymczasowe na podstawie reguły 39, ETPC, w pkt. 4 sentencji wyroku, ETPC stwierdził, że „ekstradycja skarżącego do Kazachstanu stanowiłaby naruszenie art. 3 Konwencji”. W związku z powyższym wydanie skarżącego przed uprawomocnieniem się orzeczenia byłoby równoznaczne z naruszeniem art. 34 Konwencji, natomiast po nabraniu przez wyrok waloru ostateczności, stanowiłoby naruszenie jej art. 3.

²⁶ *Essid Sami Ben Khemais przeciwko Włochom*, §§ 65–66.

²⁷ *Zob. Paladi przeciwko Republice Mołdawii*, § 92.

Państwa, co do zasady, podporządkowały się i podporządkowują nadal zaleceniom organów strasburskich. Czyniły to nawet w okresie poprzedzającym reformę ustanawiającą jednolity Trybunał (tj. w okresie, w którym, zdaniem ETPC, wiążącego charakteru zarządzeń tymczasowych nie można było wywieść ani z art. 25 ust. 1 Konwencji, ani z innych źródeł, takich jak dotychczasowa praktyka rządów, które podporządkowały się zaleceniom Trybunału, lub ogólnie z zasad prawa międzynarodowego²⁸). Taki stan rzeczy wynika głównie z faktu, iż praktyka wydawania zarządzeń tymczasowych była przez lata bardzo restrykcyjna. Wydanie zarządzenia tymczasowego wywołuje zatem przekonanie o słuszności i doniosłości zastosowanego środka. Na poparcie owej tezy wystarczy podać, że w 2005 r. spośród 453 wniosków ETPC uwzględnił jedynie 49²⁹.

Historycznie kwestia ta rysuje się następująco³⁰. Zgodnie z regułą 36 Regulaminu Europejskiej Komisji Praw Człowieka, która weszła w życie 13 grudnia 1974 r., EKomPC, a w przerwach między sesjami jej Przewodniczący, mógł wydać zarządzenie tymczasowe i zalecić stronom przyjęcie środka, jaki należy według niej/niego zastosować w interesie stron lub właściwego przebiegu postępowania przed nią.

Nawet w okresie poprzedzającym wejście w życie owej regulacji EKomPC nie wahała się zwracać do właściwych państw z prośbą o powstrzymanie się od działań, które mogłyby uczynić sprawę bezprzedmiotową. EKomPC wypracowała ową praktykę bardzo wcześnie, na kanwie spraw dotyczących deportacji i ekstradycji, natomiast same państwa przejawiały wolę współpracy³¹. Warto także wskazać, że

²⁸ M.A. Nowicki, *op. cit.*, s. 58.

²⁹ Za M.A. Nowicki, *op. cit.*, s. 59.

³⁰ Na podstawie *Mamatkulov i Askarov p. Turcji*, cyt. wyżej, § 106.

³¹ Zob. sprawy z lat 50-tych, 60-tych XX w., np. raport EKomPC w sprawie *Grecja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 26.09.1958 r., nr skargi 176/56, niepublikowany; raport EKomPC w sprawie *X. przeciwko Niemcom* z 19.12.1969 r., nr skargi 2396/65, raport EKomPC w sprawach *Dania, Norwegia, Szwecja i Królestwo Niderlandów przeciwko Grecji* z 5.11.1969 r., nr skargi 3321/67, 3322/67, 3323/67 oraz 3344/67, raport EKomPC w sprawie *Dania, Norwegia, Szwecja i Królestwo Niderlandów przeciwko Grecji* z 4.10.1974 r., nr skargi 4448/70, oraz decyzja EKPC w sprawie *E.R. przeciwko Niemcom* z 13.12.1971 r., nr skargi 5207/71).

w sprawie *Brückmann przeciwko Niemcom* (nr skargi 6242/73), pozwane państwo zdecydowało się wręcz na zawieszenie postępowania krajowego z urzędu na czas postępowania przed Komisją z własnej inicjatywy, a nie w reakcji na wydanie zarządzenia tymczasowego.

Zgodnie z regułą 36 ust. 1 Regulaminu dawnego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³², która weszła w życie 1 stycznia 1983 r., przed ukonstytuowaniem się Izby Prezes Trybunału mógł, na wniosek Strony, Komisji albo skarżącego lub jakiegokolwiek innej osoby zainteresowanej, a także z urzędu, mógł wydać zarządzenie tymczasowe wskazując Stronie, a tam gdzie to stosowne, skarżącemu, jakikolwiek środek, który należałoby zastosować. Te same uprawnienia służyły Izbie, jeżeli była ukonstytuowana, a jej Przewodniczącemu, gdy Izba nie obradowała.

Najbardziej dobitnym przykładem sprawy, w której wydano zarządzenie tymczasowe, pochodzącej z okresu poprzedzającego reformę ETPC jest sprawa *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (wyrok ETPC z 7.7.1989 r., nr skargi 14038/88), w której Trybunał wskazał rządowi brytyjskiemu na podstawie reguły 36 Regulaminu, że ekstradycja skarżącego do Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej w trakcie trwania postępowania w Strasburgu byłaby niepożądana. W celu przestrzegania Konwencji i zaleceń Trybunału, rząd brytyjski został zmuszony do niewywiązania się ze zobowiązania w stosunku do Stanów Zjednoczonych (str. 17, § 31 oraz s. 44–45, § 111). W związku z powyższym, wyrok rozwiązał zaistniały w tym przypadku konflikt między obowiązkami państwa wynikającymi z Konwencji i zobowiązaniami wynikającymi z umowy ekstradycyjnej z państwem trzecim, przyznając pierwszeństwo tym pierwszym.

Jednocześnie zwrócić należy uwagę na przypadki niezastosowania się państw do zarządzeń tymczasowych ETPC³³. Dobitnym przy-

³² Państwa co do zasady stosują się do środków tymczasowych zalecanych przez międzynarodowe organy ochrony praw człowieka takie jak Trybunał, Komitet Praw Człowieka ONZ oraz Komitet ONZ przeciwko Torturom. W szczególności, państwa zastosowały się do ponad 100 wniosków o zastosowanie środków tymczasowych sformułowanych przez Komitet Praw Człowieka ONZ zanim Trynidad i Tobago, jako pierwsze państwo, zignorowało taki wniosek i dokonało egzekucji skarżącego. Zob. Zob. Streszczenie Protokołu

kładem mogą być tu niedawne sprawy przeciwko Włochom. Przykładowo, w sprawie *Trabelsi przeciwko Włochom* (wyrok ETPC z 13.4.2010 r., nr skargi 50163/08.), w której Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 i 24 Konwencji, rząd włoski zdecydował się deportować skarżącego do Tunezji, mimo iż w mocy pozostawało zarządzenie tymczasowe Trybunału (zastosowane z uwagi na ryzyko poddania skarżącego w Tunezji traktowaniu sprzecznemu z art. 3 Konwencji), i to bez uzyskania jakichkolwiek gwarancji dyplomatycznych, o których mowa była w obserwacjach rządu. Jest to tylko jedna z szeregu spraw, w której Włochy postanowiły nie respektować zarządzeń tymczasowych lub dokonać deportacji, mimo iż okoliczności sprawy były tożsame z tymi, które wcześniej były przedmiotem orzecznictwa Trybunału.

Nierespektowanie zarządzeń tymczasowych jest zawsze dostrzegalne i szeroko dyskutowane na arenie międzynarodowej. Warto w tym względzie przypomnieć sprawę *Essid Sami Ben Khemais przeciwko Włochom* (cyt. wyżej), w której Trybunał również stwierdził naruszenie art. 3 i 24 EKPC. Wyrok w tej sprawie zapadł w lutym 2009 r. Od tego czasu sprawa ta wywołała falę krytyki społeczności międzynarodowej pod adresem Włoch, o której warto wspomnieć parę słów. Przede wszystkim wskazać należy, że wyrok Trybunału jest obecnie przedmiotem postępowania wykonawczego, toczącego się przez Komitetem Ministrów Rady Europy³⁴. W swej rezolucji w przedmiocie zalecenia tymczasowego CM/ResDH(2010)83³⁵ Komitet Ministrów wyraził polityczną dezaprobatę dla sposobu postępowania Włoch. W szczególności „zdecydowanie przypominał o obowiązku władz włoskich do respektowania zarządzeń tymczasowych wskazanych

z 1352 posiedzenia Komitetu Praw Człowieka ONZ z 26.07.1996 r. dotyczącego Trindadu i Tobago, dok. ONZ, CCPR/C/SR.1352 (1996).

³⁴ Zgodnie z art. 46 ust. 2 EKPC, ostateczny wyrok Trybunału przekazuje się Komitetowi Ministrów, który czuwa nad jego wykonaniem. Na podstawie tego przepisu przed Komitetem Ministrów, organem Rady Europy złożonym z ministrów spraw zagranicznych poszczególnych państw członkowskich, toczy się procedura egzekucji wyroków, podczas której państwa obowiązane są przyjąć środki indywidualne (mające na celu zaradzenie naruszeniom praw człowieka w stosunku do skarżącego) i generalne (mające na celu zapobieżenie podobnym naruszeniom praw człowieka w przyszłości).

³⁵ Rezolucja przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 3.06.2010 r. podczas 1086 posiedzenia Zastępców Ministrów.

przez Trybunał”, „wezwał władze włoskie do podjęcia wszelkich niezbędnych kroków w celu przyjęcia wystarczających i skutecznych środków zmierzających do uniknięcia podobnych naruszeń w przyszłości” oraz „podjął decyzję o badaniu wykonania niniejszego wyroku podczas każdego posiedzenia dotyczącego praw człowieka, do czasu przyjęcia pilnych i niezbędnych środków”. Jest to forma politycznego „napiętnowania” Włoch na forum Rady Europy przez pozostałe 46 państw członkowskich za nierespektowanie zarządzeń tymczasowych ETPC. Postępowanie włoskiego rządu dobitnie skrytykował także Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, Thomas Hammarberg w swym raporcie z 2009 r. na temat przestrzegania praw człowieka we Włoszech³⁶.

W tym kontekście z zadowoleniem należy zauważyć, iż władze polskie wydają się podzielać pogląd wyrażony w orzecznictwie ETPC, dotyczący wiążącego charakteru zarządzeń tymczasowych. W szczególności, w orzecznictwie Trybunału nie odnotowano bowiem ani jednego przypadku niepodporządkowania się zaleceniom Trybunału przez Polskę. Co więcej, zdarzało się, że władze polskie podejmowały rozstrzygnięcia na poziomie krajowym, które uzasadniały skreślenie skargi z listy skarg Trybunału oraz uchylenie zarządzenia tymczasowego³⁷.

Reasumując, wskazać należy iż od lutego 2005 r. wiążący charakter zarządzeń tymczasowych ETPC nie powinien budzić wątpliwości. Niemniej, odnotowuje się przypadki niezastosowania się państw stron Konwencji do zaleceń Trybunału w tym zakresie. Zważywszy na wieloletnią i dość jednolitą praktykę państw podporządkowujących się zaleceniom Trybunału można pokusić się o wysunięcie tezy, iż respektowanie zarządzeń tymczasowych przez poszczególne państwa nie jest zależne od charakteru prawnego, jaki swym orzecznictwem przydał im Trybunał. W największej mierze chęć współdziałania z Trybunałem zależy bowiem od społeczno-politycznego kontekstu samej sprawy oraz poziomu przestrzegania praw człowieka przez

³⁶ Raport Thomasa Hammarberga, Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, po wizycie we Włoszech w dniach 13–15.01.2009 r. z 16.04.2009 r.

³⁷ Zob. decyzja ETPC w sprawie *Mamilov przeciwko Polsce* z 20.10.2010 r., nr skargi 18358/07, s. 8.

dane państwo. W tym kontekście należy z aprobatą przyjąć dotychczasową praktykę władz polskich w tym zakresie.

Ilona Topa

Ewolucja podejścia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do eksterytorialnego stosowania Konwencji

1. Wstęp

W ostatnim czasie Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: Trybunał, ETPC) wydał kilka ważnych orzeczeń, w których rozważał zagadnienie odpowiedzialności państwa-strony Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹ (dalej: Konwencja, EKPC) za działania prowadzące do naruszenia praw i wolności konwencyjnych, a podejmowane poza jego terytorium państwowym. Aby przedstawić zmianę podejścia Trybunału do tej kwestii warto przeanalizować rozstrzygnięcia w sprawach wiążących się z wydarzeniami w strefie buforowej ONZ w 1996 r. oraz sprawy *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii*, w której Trybunał odnosił się do postępowania brytyjskich sił zbrojnych wobec obywateli irackich, przetrzymywanych w areszcie armii brytyjskiej w Iraku², a także sprawę *Medvedyev i inni przeciwko Francji*, dotyczącą zatrzymania

¹ *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* przyjęta w Rzymie w dniu 4.11.1950 r., Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.

² Wyrok ETPC w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2.03.2010 r., skarga nr 61498/08.

i aresztowania na morzu otwartym załogi statku pływającego pod kambodżańską banderą, podejrzanej o przemyt narkotyków³.

Przedmiotem tego artykułu jest zagadnienie dopuszczalności postępowania przed Trybunałem i ustalania jurysdykcji państwa-strony w sytuacji działań podejmowanych poza terytorium państwa. Tym niemniej podkreślić należy, że Trybunał odniósł we wskazanych wyżej orzeczeniach również do innych fundamentalnych dla systemu ochrony praw człowieka w Europie kwestii: relacji zobowiązań wynikających z innych umów międzynarodowych do zobowiązań konwencyjnych państw-stron oraz charakteru zakazu orzekania kary śmierci w kontekście ekstradycji⁴.

Kwestia eksterytorialnego stosowania Konwencji jest przedmiotem szerokiego orzecznictwa ETPC. Jest ono jednakże dalekie od spójności i tym samym rodzi wiele wątpliwości – zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie sądów krajowych państw-stron⁵. Wybrane orzeczenia, zaprezentowane na tle wcześniejszych rozstrzygnięć Trybunału w tym przedmiocie służą zbadaniu, jak ewoluuje podejście do oraz jaki jest współcześnie zakres eksterytorialnego stosowania Konwencji. Mając na względzie zaangażowanie państw-stron Konwencji w różnorakie działania poza ich granicami nie budzi wątpliwości potrzeba wskazania czy, a jeśli tak, w jakim zakresie są one w takich sytuacjach zobowiązane do gwarantowania przestrzegania praw i wolności określonych w Konwencji i protokołach dodatkowych.

³ Wyrok ETPC w sprawie *Medvedev i inni przeciwko Francji* z 29.03.2010 r., skarga nr 3394/03.

⁴ Zob. C. Janik, T. Kleinlein, *When Soering Went to Iraq...: Problems of Jurisdiction, Extraterritorial Effect and Norm Conflicts in Light of the European Court of Human Rights' Al-Saadoon Case*, „Goettingen Journal of International Law” 2009, Vol. 3, No. 1, s. 459 i nast.

⁵ I.C. Kamiński, *Eksterytorialne stosowanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [w:] J. Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, Warszawa 2007, s. 224; K. Wierczyńska, *Od odpowiedzialności państwa za eksterytorialne naruszenia prawa międzynarodowego w świetle decyzji i orzeczeń ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 6, s. 34.

2. Pojęcie „jurysdykcji” w Konwencji

Art. 1 Konwencji stanowi, że państwa-strony „zapewniają każdemu człowiekowi *podlegającemu ich jurysdykcji*, prawa i wolności określone w rozdziale I Konwencji”. Regulacja ta wyznacza zarówno zakres, jak i granice stosowania Konwencji w wymiarze przestrzennym. Najnowsze komentarze do EKPC, nawiązując do tzw. *post-Bankovićowego* orzecznictwa podkreślają, że przestrzenny zakres stosowalności Konwencji wyznacza zasada terytorialności. Zwraca się zwłaszcza uwagę, że „takie jest (...) «zwyczajne znaczenie» (w rozumieniu art. 31 Konwencji o prawie traktatów) pojęcia «jurysdykcji» w prawie międzynarodowym i w oparciu o to znaczenie dokonywana jest interpretacja art. 1 EKPC”⁶. Konsekwentnie, Konwencja znajdzie zastosowanie do wszystkich osób przebywających na terytorium danego państwa, przy czym terytorium państwa rozumiane jest tradycyjnie, jako przestrzeń lądowa, morska i powietrzna, wyznaczona granicami państwowymi⁷. A zatem termin „podlegający jurysdykcji” bezsprzecznie oznacza, że państwo-strona jest zobowiązane zapewnić przestrzeganie wolności i praw konwencyjnych osobom, które znajdują się na jego terytorium. W tym też sensie w sprawie *Banković*, nawiązując do „odpowiednich zasad prawa międzynarodowego” ETPC podkreślił, że „kompetencja jurysdykcyjna państwa jest przede wszystkim terytorialna”⁸. Następstwem takiego sformułowania nie powinno być jednakże wykluczenie możliwości stwierdzenia jurysdykcji państwa-strony w sytuacji naruszeń praw człowieka mających miejsce poza jego terytorium; z zasady terytorialności wynika po prostu domniemanie, że państwo jest odpowiedzialne za zdarzenia mające miejsce na

⁶ Zob. L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18, Tom I*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 37.

⁷ W tym miejscu należy wspomnieć, że pojęcie „terytorium” dotyczy geograficznej całości państwa, natomiast nie odnosi się wprost do terytoriów zależnych i departamentów zamorskich, jako że art. 56 EKPC, zawierający tzw. klauzulę kolonialną wymaga odpowiedniej deklaracji państwa-strony w tym zakresie. Zob. szerzej: *Konwencja...*, s. 38.

⁸ Decyzja ETPC w przedmiocie dopuszczalności skargi w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii i innym* z dnia 12.12.2001 r., skarga nr 52207/99, § 59.

jego terytorium, a aby je obalić, konieczne jest wykazanie istnienia przesłanek wyłączających odpowiedzialność⁹.

Z przywołanego wyżej fragmentu decyzji w sprawie *Banković* wynika tyle, że jurysdykcja państwa jest głównie terytorialna, a więc „terytorialność” to zasadnicza, ale nie jedyna jej podstawa. W dalszej części rozstrzygnięcia, Trybunał wskazał, że tak jak generalnie w prawie międzynarodowym, tak i specyficznie w odniesieniu do ochrony praw człowieka istnieją pewne wyjątki, pozwalające na ustalenie jurysdykcji państwa poza jego terytorium państwowym. ETPC wymienił podstawy wykonywania jurysdykcji poza terytorium państwa istniejące w prawie międzynarodowym wskazując, że są one, co do zasady, „określone i ograniczone suwerennymi terytorialnymi prawami innych państw”, oraz podkreślając, że wszelkie pozostałe podstawy jurysdykcji państwa-strony w systemie konwencyjnym mają wyjątkowy charakter i wymagają „szczególnego uzasadnienia w konkretnych okolicznościach każdej sprawy”¹⁰. Zgodzić należy się zatem z poglądem, że Trybunał odniósł się do zasad prawa międzynarodowego po to, by potwierdzić ogólne, podstawowe znaczenie tego pojęcia i wyjątkowość innych podstaw jurysdykcji, niezależnie od ich szczególnej treści¹¹.

Nie wydaje się natomiast prawdziwym twierdzenie, że zasada jurysdykcji terytorialnej rodzi negatywne domniemanie, że państwo-strona nie ponosi odpowiedzialności za wydarzenia mające miejsce poza jego terytorium państwowym¹². Wyjątkowość eksterytorialnego stosowania Konwencji oznacza dokładnie tyle, że ustalenie w konkretnym stanie faktycznym ogniwa łączącego sytuację osoby znajdującej się poza terytorium państwa-strony z jurysdykcją danego państwa (*jurisdictional link*), przy braku innych okoliczności wyłączających tę jurysdykcję, prowadzi będzie do stwierdzenia, że powstaje sytuacja „pozostawania pod jurysdykcją” państwa-strony i, konsekwentnie,

⁹ *Konwencja...*, s. 38.

¹⁰ *Banković i inni przeciwko Belgii*, § 59–61.

¹¹ S. Miller, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: a Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, „European Journal of International Law” 2009, Vol. 20, s. 1232–1233.

¹² *Konwencja...*, s. 39.

możliwość przypisania odpowiedzialności państwu-stronie za naruszenie praw i wolności konwencyjnych.

3. Kryteria dopuszczalności skarg „eksterytorialnych” we wcześniejszym orzecznictwie

Odwołując się do „zwyczajnego znaczenia” słów użytych w art. 1, przedmiotu tej regulacji oraz celu Konwencji, Europejska Komisja Praw Człowieka (dalej: Komisja) stwierdziła, że termin „podlegający jurysdykcji” nie jest „równoznaczny czy ograniczony do terytorium państwa-strony” tym samym podkreślając, że państwa-strony są zobowiązane do zapewnienia praw i wolności określonych w Konwencji „wszystkim osobom znajdującym się pod ich rzeczywistą władzą i odpowiedzialnością, niezależnie od tego, czy wykonują władzę na własnym terytorium czy też poza nim”¹³. Wyraźnie widać, że w tej sprawie Komisja odwołała się do kryterium „władzy nad osobą” wskazując, że „(...) uprawnieni (umocowani) przedstawiciele państwa, włączając przedstawicieli dyplomatycznych lub konsularnych oraz siły zbrojne, nie tylko same pozostają pod jurysdykcją państwa, kiedy znajdują się poza jego granicami, ale poddają też inne osoby lub własność «jurysdykcji» tego państwa, do granic wykonywania władzy nad takimi osobami lub własnością”¹⁴.

Natomiast dominującym kryterium w innych sprawach odnoszących się do obecności tureckiej na terytorium północnego Cypru, wiążących się z interwencją militarną w 1974 roku i późniejszą okupacją wojenną, było kryterium efektywnej całościowej kontroli (*effective overall control*). W sprawie *Loizidou przeciwko Turcji*, gdzie skarżąca podniosła zarzut naruszenia art. 8 Konwencji i art. 1 Protokołu I¹⁵ Trybunał powtórzył, że koncepcja jurysdykcji w art. 1 Konwencji nie jest ograni-

¹³ Decyzja EKPC o dopuszczalności skargi w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z 26.05.1975 r., skargi nr 6780/74 i 6950/75, s. 136.

¹⁴ *Cypr przeciwko Turcji* (1975), s. 136.

¹⁵ Skarżąca – obywatelka cypryjska – twierdziła m.in., że była właścicielką licznych nieruchomości w Kyrenii, a na jednej z nich rozpoczęła budowę domu rodzinnego. Zarzucała, że turecka inwazja w 1974 r. uniemożliwiła jej powrót do Kyrenii, a tym samym korzystanie z jej własności. Zob. Wyrok ETPC w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* z 18.12.1996 r., skarga nr 15318/89, § 11–14.

czona do terytorium państwa-strony. Wskazał także, że odpowiedzialność państwa-strona może zaistnieć, gdy w konsekwencji akcji wojskowej sprawuje ono efektywną kontrolę nad obszarem poza jego terytorium państwowym. Warto przytoczyć *in extenso* właściwy fragment decyzji stanowiący, że „choć art. 1 ustanawia granice zasięgu Konwencji, koncepcja «jurysdykcji» w tym artykule nie jest ograniczona do terytorium państw-stron. Mając na uwadze przedmiot i cel Konwencji, odpowiedzialność państwa-strony może mieć miejsce również wtedy, gdy w następstwie akcji wojskowej – legalnej lub nielegalnej – wykonuje ono efektywną kontrolę nad obszarem poza jego terytorium państwowym”¹⁶. Podstawą dla stwierdzenia jurysdykcji i odpowiedzialności Turcji w tej sprawie było ustalenie, że rząd turecki sprawował efektywną, całościową kontrolę *de facto* nad północną częścią Cypru, przy czym wniosek taki Trybunał wywiódł z faktu obecności znacznej ilości tureckich żołnierzy zaangażowanych w aktywne działania w północnym Cyprze, tureckich patroli i punktów kontrolnych na głównych liniach komunikacyjnych, obecności tureckiego dowództwa marynarki wojennej i sił powietrznych oraz podlegania mieszkańców północnego Cypru tureckim sądom wojskowym. ETPC podkreślił, że obowiązek zapewnienia na takich obszarach praw i wolności określonych w Konwencji wynika z samego faktu kontroli, bez względu na to, czy wykonywana jest ona bezpośrednio, za pośrednictwem sił zbrojnych, czy też przez podległą, lokalną administrację¹⁷.

Ta argumentacja została potwierdzona i rozszerzona przez Wielką Izbę w sprawie *Cypr przeciwko Turcji*¹⁸ w 2001 r., gdzie Trybunał dodatkowo powołał się na specjalny charakter Konwencji jako instrumentu europejskiego porządku publicznego (*ordre public*) mającego na celu ochronę indywidualnych jednostek ludzkich. Trybunał podkreślił, że skoro Cypr jest stroną Konwencji, ale nie może zapewnić przestrzegania praw i wolności konwencyjnych na północnej części swojego terytorium, to „jakiegokolwiek inne rozwiązanie prowadziłoby do godnej pożałowania próżni (*regrettable vacuum*) w systemie ochrony praw

¹⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* (zastrzeżenia wstępne) z 23.02.1995 r., skarga nr 15318/89, § 62.

¹⁷ *Loizidou przeciwko Turcji* (1995), § 56.

¹⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z 10.05.2001 r., skarga nr 2578/94.

człowieka na danym terytorium". W konsekwencji, w rozumieniu art. 1 Konwencji, „jurysdykcja” Turcji obejmuje obowiązek zapewnienia wszystkich praw ustanowionych w Konwencji i ratyfikowanych przez Turcję protokołach dodatkowych, a pogwałcenia tych praw są przypisane Turcji¹⁹. Trybunał potwierdził także, że „(...) uwzględniając efektywną całościową kontrolę nad północnym Cyprzem, jej [Turcji – przyp. autora] odpowiedzialność nie może być ograniczona do działań żołnierzy i urzędników w północnym Cyprze, ale istnieje także w odniesieniu do działań lokalnej administracji, która przetrwała dzięki tureckiemu wojskowemu i innemu wsparciu”.

Nieco odmienny aspekt omawianego zagadnienia był przedmiotem orzeczeń Trybunału w sprawach *Ilasçu i inni przeciwko Rosji i Mołdawii*²⁰ oraz *Assanidze przeciwko Gruzji*²¹.

Pierwsza z nich dotyczyła zdarzenia mającego miejsce w Mołdawskiej Republice Transdniestrii, która w 1990 r. ogłosiła niepodległość od Mołdawii. Skarżący, aresztowani przez lokalne władze pod zarzutem działalności antysowieckiej i próby obalenia rządu podnosili, że tak Rosja, jak Mołdawia ponoszą odpowiedzialność za pogwałcenie ich praw konwencyjnych²². Taka też była konkluzja ETPC. Trybunał stwierdził, że „wobec ciągłego, wojskowego, politycznego i ekonomicznego wsparcia dla władz transdniestriańskich, Rosja wykonywała «efektywną władzę» (*effective authority*) bądź [posiadała na nią – przyp. autora] co najmniej decydujący wpływ”, ułatwiając przetrwanie separatystycznego reżimu przez jego wzmocnienie i umożliwienie uzyskania pewnego poziomu autonomii w stosunku do Mołdawii. Taka konstatacja stanowiła podstawę do przyjęcia odpowiedzialności Federacji Rosyjskiej za nielegalne działania transdniestriańskich separatystów²³. Równocześnie, ETPC ustalił, że także Mołdawia miała pozytywne obowiązki wobec osób przebywających na tym terytorium, mimo braku „efektywnej całościowej kontroli”

¹⁹ *Cypr przeciwko Turcji* (2001), § 77–78.

²⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Ilasçu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji* z 8.06.2004 r., skarga nr 48787.

²¹ Wyrok ETPC w sprawie *Assanidze przeciwko Gruzji* z 8.04.2004 r., skarga nr 71503/01.

²² *Ilasçu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, § 188–218.

²³ *Ibidem*, § 382–392.

i powinna za pomocą wszelkich prawnych i dyplomatycznych środków kontynuować ochronę ich praw i wolności określonych w Konwencji²⁴. W rezultacie, ustalono istnienie jurysdykcji dwóch państw-stron Konwencji wobec tego samego terytorium, różnicując zakres ich zobowiązań w zależności od rzeczywistych możliwości działania²⁵.

W kolejnej sprawie Trybunał również analizował kryterium efektywnej kontroli w kontekście separatystycznych grup kontrolujących część terytorium państwa-strony. Sprawdzając czy Gruzja posiada jurysdykcję nad terytorium Adżarskiej Republiki Autonomicznej, ETPC zwrócił uwagę na bezpośredni łącznik pomiędzy kontrolą i jurysdykcją. Trybunał wyszedł od założenia, że Adżarska Republika Autonomiczna stanowiła integralną część Gruzji i tym samym podlega jej odpowiedzialności i kontroli, a następnie badał, czy to założenie ma dostateczne oparcie w dowodach. Efektem było ustalenie, że niezależnie od lokalnych niepokojów i zamieszek, Gruzja zachowała efektywną kontrolę nad całym terytorium i dlatego też posiadała jurysdykcję w rozumieniu art. 1 Konwencji²⁶.

Odmienne wnioski, przy wykorzystaniu kryterium efektywnej kontroli państwa-strony nad określonym obszarem, Trybunał wysnuł we wspomnianej wyżej sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii*, uważanej za punkt zwrotny w orzecznictwie Trybunału odnośnie do art. 1 Konwencji²⁷. Sprawa ta była pierwszą, która dotyczyła sytuacji wykonywania przez państwa europejskie działań zbrojnych poza terytorium państw-stron Konwencji²⁸, a u jej podstaw legły zarzuty

²⁴ *Ibidem*, § 331.

²⁵ S. Kavalidjewa posługuje się terminem *dual jurisdiction*. Zob. też: *Jurisdiction of the European Court of Human Rights: Exorbitance in Reverse?*, „Georgetown Journal of International Law” 2006, No. 37, s. 518.

²⁶ *Assanidze przeciwko Gruzji*, § 139–150. Warto zwrócić uwagę, że w tym przypadku ETPC odróżnił zarzucalność (*imputability*) naruszeń od odpowiedzialności za nie. O ile bowiem w ramach wewnętrznego porządku prawnego Gruzji, sprawy będące przedmiotem skargi należy przypisać bezpośrednio władzom lokalnym Adżarskiej Republiki Autonomicznej, to już za naruszenie Konwencji odpowiedzialność ponosi wyłącznie Gruzja.

²⁷ C. Janik, T. Kleinlein, *op. cit.*, s. 471. Zob. także: M. Gondek, *Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, „Netherlands International Law Review”, 2004, No. 52, s. 357.

²⁸ Na marginesie wspomnieć należy o innych sprawach dotyczących naruszeń praw człowieka w trakcie operacji wojskowych realizowanych pod auspicjami ONZ. W ich przy-

naruszenia praw konwencyjnych w trakcie operacji wojskowej państw NATO w Kosowie w 1999 roku.

W tym przypadku ETPC podjął decyzję o niedopuszczalności skargi, posługując się argumentem europejskiej przestrzeni prawnej. Wskazał bowiem, że Federacyjna Republika Jugosławii nie była w okresie objętym skargą stroną Konwencji, toteż jej obywatele nie zostali pozbawieni żadnych praw, które wcześniej by posiadali, a „Konwencja jest umową wielostronną, funkcjonującą w kontekście zasadniczo regionalnym, tzn. w przestrzeni prawnej państw członkowskich (...). Konwencja nie była pomyślana jako stosowalna w skali globalnej, nawet w odniesieniu do postępowania jej państw-stron”²⁹. Jednocześnie, podkreślając zasadniczo terytorialny zakres stosowania Konwencji uznał, że mogą istnieć inne podstawy jurysdykcji – „wyjątkowe i wymagające szczególnego uzasadnienia w partykularnych okolicznościach każdej sprawy”³⁰.

Tym, co szczególnie cenne w tej decyzji, zwłaszcza w wymiarze praktycznym, to usystematyzowanie wcześniejszego orzecznictwa i wskazanie na zaakceptowane przez Trybunał wyjątki, rozszerzające jurysdykcję poza terytorium państw-stron Konwencji. Trybunał wskazał cztery ich grupy:

- sytuacje, gdy ekstradycja lub wydalenie osoby przez państwo-stronę może prowadzić do naruszenia art. 2 lub 3 Konwencji i tym samym prowadzić do odpowiedzialności państwa-strony. Trybunał podkreślił jednakże, że w takich sytuacjach jednostki przebywają fizycznie na terytorium państwa-strony, toteż sprawy te nie dotyczą rzeczywistego wykonywania przez pań-

padku kwestia jurysdykcji *ratione loci* w ogólnie nie była przedmiotem rozważań, a Trybunał badając jurysdykcję *ratione personae* doszedł do wniosku, że nie jest właściwy do kontroli działań i zaniechań państw-stron Konwencji podejmowanych na podstawie autoryzacji Rady Bezpieczeństwa ONZ. Zob. Decyzja ETPC w przedmiocie dopuszczalności skargi w sprawie *Agim Behrami i Bekir Behrami przeciwko Francji* oraz *Ruzhdi Saramati przeciwko Francji, Niemcom i Norwegii* z 2.05.2007 r., skargi nr 71412/01 i 78166/01. Por. także: A. Sari, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, „Human Rights Law Review”, 2008, Vol. 8.

²⁹ *Banković i inni przeciwko Belgii*, § 80.

³⁰ *Ibidem*, § 69.

- stwa-strony ich kompetencji poza granicami terytorium państwowego;
- działania organów państwowych, których efekt następuje poza terytorium państwa-strony bądź też wykonywanych poza ich własnym terytorium;
 - sprawowanie przez państwo-stronę „efektywnej kontroli” w wyniku akcji zbrojnej – legalnej czy nielegalnej – nad obszarem poza jego terytorium państwowym, przy dodaniu, nieobecnego we wcześniejszym orzecznictwie, warunku „wykonywania wszystkich lub niektórych kompetencji władzy publicznej, w normalnych sytuacjach realizowanych przez rząd”³¹;
 - działania przedstawicieli dyplomatycznych i konsularnych oraz zdarzenia mające miejsce na statkach pływających pod banderą lub też zarejestrowanych w poszczególnych państwach³².

Z decyzji nie wynika, aby wyliczenie to miało charakter zamknięty, toteż podkreśla się w doktrynie, że w ten sposób ETPC zostawił sobie „uchylone drzwi”³³.

Należy także przywołać te rozstrzygnięcia organów konwencyjnych, w których posłużono się kryterium władzy i/lub kontroli nad osobą.

O to kryterium opierała się decyzja w sprawie dopuszczalności sprawy *Öcalan przeciwko Turcji*³⁴. Skarżący, Abdullah Öcalan, był byłym liderem Partii Pracujących Kurdystanu, aresztowanym na lotnisku w Nairobi przez tureckie służby bezpieczeństwa i przewiezionym do Turcji. O ile waga tej sprawy dla zidentyfikowania sytuacji eksterytorialnego stosowania Konwencji jest duża, to ETPC tylko ogólnikowo odniósł się do zagadnienia dopuszczalności skargi stwierdzając, że „bezpośrednio po przekazaniu przez urzędników kenijskich Turkom, skarżący znalazł się pod efektywną turecką władzą i dlatego znalazł

³¹ *Banković i inni przeciwko Belgii*, § 71. Takie podejście do zagadnienia eksterytorialnego stosowania Konwencji zostało potwierdzone w kolejnym orzeczeniu dotyczącym interwencji NATO w Kosowie – w wyroku ETPC w sprawie *Marković i inni przeciwko Włochom* z 14.12.2006 r., skarga nr 1398/03.

³² *Banković i inni przeciwko Belgii*, § 73.

³³ C. Janik, T. Kleinlein, *op. cit.*, s. 473. Podobnie: M. Gondek, *op. cit.*, s. 371.

³⁴ Decyzja ETPC o dopuszczalności skargi w sprawie *Öcalan przeciwko Turcji* z 14.12.2003 r., skarga nr 46221/99.

się pod jurysdykcją Turcji w rozumieniu art. 1 Konwencji, mimo że Turcja wykonywała swoją władzę poza jej terytorium”³⁵. Orzeczenie to jest w literaturze przedstawiane jako potwierdzające przejście Trybunału z kryteriów normatywnych na faktyczne³⁶. Jednocześnie, Trybunał kategorycznie odróżnił sprawę *Öcalan przeciwko Turcji* od sprawy *Banković i inni przeciwko Belgii* podkreślając, że „skarżący został fizycznie zmuszony do powrotu do Turcji przez tureckich funkcjonariuszy oraz był poddany ich władzy i kontroli, która była następstwem jego zatrzymania i powrotu do Turcji”³⁷. Rozstrzygnięcie to potwierdza zatem zasadę przyjętą we wcześniejszym orzecznictwie organów konwencyjnych, a mianowicie, że Konwencja znajduje zastosowanie *ratione loci* w sytuacjach, gdy organy państwa-strony dokonują zatrzymania jednostki na terytorium innego państwa³⁸.

W kolejnej istotnej z punktu widzenia analizowanego zagadnienia sprawie, *Issa przeciwko Turcji* (dotyczącej zatrzymania, a następnie zabicia sześciu irackich pasterzy w trakcie operacji wojskowej przeciwko Kurdom w północnym Iraku), Trybunał analizował obydwa pojawiające się w dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym eksterytorialnego stosowania Konwencji kryteria, a mianowicie efektywnej całościowej kontroli nad terytorium oraz władzy i kontroli nad jednostką.

³⁵ *Öcalan przeciwko Turcji*, § 93.

³⁶ A. Clapham, *Symbiosis in International Human Rights Law: The Öcalan Case and the Evolving Law on the Death Sentence*, „Journal of International Criminal Justice” 2003, No. 1, s. 480.

³⁷ *Öcalan przeciwko Turcji*, § 93.

³⁸ Decyzja EKPC w przedmiocie dopuszczalności skargi w sprawie *Freda przeciwko Włochom* z 7.10.1980 r., skarga nr 8916/80. Skarżący podniósł zarzut naruszenia art. 5 Konwencji w związku z pozbawieniem go wolności. Został oskarżony o morderstwo popełnione we Włoszech i aresztowany przez lokalną policję na Kostaryce, a następnie przekazany włoskiej policji i przewieziony samolotem włoskich sił powietrznych do Włoszech, zob. § 3 decyzji: „(...) le requérant, à partir du moment de la remise, relevait effectivement de l'autorité de l'Italie, et donc de la «juridiction» de ce pays, même si cette autorité s'est exercée en l'occurrence à l'étranger”. Identyczne sformułowanie pojawiło się w sprawie *Ramirez Sánchez przeciwko Francji*. Skarżącym był słynny terrorysta zwany Szakalem, oskarżony o detonację bomby, która spowodowała śmierć jednej osoby i zranienie wielu innych. Podniósł zarzut naruszenia art. 3 i art. 5 Konwencji w związku z jego aresztowaniem w Sudanie i przetransportowaniem, w warunkach stanowiących naruszenie art. 3 Konwencji, do Francji. Zob. Decyzja EKPC w przedmiocie dopuszczalności skargi w sprawie *Ramirez Sánchez przeciwko Francji* z 24.06.1996 r., skarga nr 28780/95.

W tym konkretnym przypadku Trybunał nie znalazł wystarczających podstaw dla ustalenia jurysdykcji Turcji, ale jednocześnie uznał, że państwo-strona Konwencji może być pociągnięte do odpowiedzialności za pogwałcenie praw i wolności osób na terytorium innego państwa, jeżeli znajdują się one pod władzą tego państwa i kontrolą jego funkcjonariuszy – niezależnie od tego, czy funkcjonariusze ci przebywają legalnie czy nielegalnie na obszarze państwa niebędącego stroną Konwencji. Odpowiedzialność w takiej sytuacji ma źródło w tym, że „art. 1 Konwencji nie może być interpretowany w taki sposób, by pozwolić państwu-stronie na pogwałcenia Konwencji na terytorium innego państwa, jakich nie popełniłby na swoim własnym terytorium”³⁹. Trybunał w pierwszej kolejności zastosował kryterium efektywnej kontroli, jednakże stwierdził, że nie można ustalić, by Turcja takową wykonywała⁴⁰. Wobec tego, badał czy istnieje możliwość ustalenia bezpośredniego zaangażowania wojsk tureckich w śmierć ofiar: czy przeprowadzały one operacje wojskowe w miejscu i czasie, gdy doszło do zabójstw, a więc czy istniała ich władza i kontrola nad ofiarami. Trybunał nie znalazł wystarczających dowodów, aby przyjąć, że taka sytuacja miała miejsce⁴¹. Z lektury orzeczenia można jednakże wysnuć wniosek, że Konwencja mogłaby znaleźć zastosowanie do działań tureckich w Iraku, gdyby ustalono bądź wykonywanie odpowiednio wysokiego poziomu kontroli nad całym lub częścią terytorium Iraku (który niezaprzeczalnie leży poza *espace juridique* Konwencji⁴²), bądź władzę i/lub kontrolę tureckich żołnierzy nad zabitymi pasterzami.

Orzeczenie to pozostaje w wyraźniej opozycji do założenia przyjętego w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii* przewidującego konieczność zagwarantowania przez państwa-strony wszystkich praw

³⁹ Wyrok EKPC w sprawie *Issa i inni przeciwko Turcji* z 16.11.2004 r., skarga nr 31821/96, § 71.

⁴⁰ *Issa i inni przeciwko Turcji*, § 74–75.

⁴¹ *Ibidem*, § 76–81.

⁴² W opinii przedstawicieli doktryny, orzeczenie w ten sposób wspiera argument o Konwencji jako żywym instrumencie, który znajdzie zastosowanie do działań państw-stron poza terytorium państw członkowskich Rady Europy. Zob. R. Wilde, *The „Legal Space” or „Espace Juridique” of the European Convention on Human Rights: Is It Relevant to Extraterritorial State Action*, „European Human Rights Law Review” 2005, Vol. 2, s. 115–124.

chronionych przez Konwencję. R. Lawson wysnuł wniosek, że stopień gwarantowania przez państwo-stronę przestrzegania praw i wolności konwencyjnych poza jego granicami państwowymi jest proporcjonalny do stopnia wykonywanej kontroli. Inaczej mówiąc, odpowiedzialność państwa-strony za działania eksterytorialne będzie zależna od istnienia relacji kontroli (ustalenie relacji kontroli oznacza ustalenie odpowiedzialności), natomiast jej zakres zależny będzie w każdym przypadku od oceny całkowitego stopnia tej kontroli⁴³.

4. Analiza wybranych rozstrzygnięć Trybunału

4.1. Sprawy dotyczące wydarzeń w strefie buforowej ONZ

W tej grupie spraw, wiążących się bezpośrednio ze zorganizowaną 11 sierpnia 1996 r. demonstracją Cypryjskiej Federacji Motocyklistów w proteście przeciwko tureckiej okupacji północnego Cypru, Trybunał analizował zakres pojęcia jurysdykcji w relacji do działań sił północncypryjskich i tureckich w pobliżu oraz w samej strefie buforowej ONZ we wschodniej Nikozji.

Chronologicznie pierwszą jest sprawa *Isaak przeciwko Turcji*. Skarżącymi była rodzina Anastasiosa Isaaka, który zginął w dniu demonstracji. Jak ustalił Trybunał, powołując się na raporty UNFI-CYP⁴⁴ i Sekretarza Generalnego ONZ, demonstranci wtargnęli na obszar strefy buforowej, mimo podjętych środków mających im to uniemożliwić. Demonstranci ze strony północncypryjskiej, jak również północncypryjska policja, uzbrojeni w metalowe pręty i pałki

⁴³ R. Lawson, *Life after Banković: on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights* [w:] F. Coomans, M. Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia Uitgevers N V, 2004, s. 105.

⁴⁴ *United Nations Peacekeeping Force in Cyprus* (Siły Pokojowe ONZ na Cyprze) – jedna z najdłużej trwających operacji pokojowych Organizacji, prowadzona nieprzerwanie od 1964 r. Została utworzona na mocy rez. RB ONZ 186 z 4.03.1964 r., S/RES/186 (1964). Początkowo, jej zadaniem było zapobieganie walkom pomiędzy Cypryjczykami z greckiej i tureckiej części wyspy, natomiast od początków tureckiej okupacji północnej części Cypru w 1974 r. zasadniczym celem UNFICYP jest utrzymywanie neutralnej strefy buforowej ONZ, dostarczanie pomocy humanitarnej oraz wspieranie rozwoju normalnych warunków życia w obszarze strefy.

również wkroczyli w strefę buforową. Grecy Cypryjczycy byli bici, odnotowano także strzały w kierunku demonstrantów ze strony północnocypryjskiej. Jednym z pokrzywdzonych był Anastasios Isaak, który poniósł śmierć w następstwie kopania i bicia przez Cypryjczyków z północnej części wyspy, w tym członków północnocypryjskich sił policyjnych⁴⁵. W decyzji dotyczącej dopuszczalności skargi Izba stwierdziła, iż, niezależnie od tego, że do wydarzeń będących przedmiotem skargi doszło na obszarze neutralnej strefy buforowej ONZ, zmarły znajdował się pod władzą i/lub efektywną kontrolą Turcji sprawowaną za pośrednictwem jej funkcjonariuszy⁴⁶.

Kolejna sprawa, *Solomou przeciwko Turcji*, dotyczyła skargi rodziny Solomosa Solomou, który został zabity 14 sierpnia 1996 r. w czasie demonstracji po pogrzebie Anastasiosa Isaaka. W decyzji w sprawie dopuszczalności z 18 maja 1999 r., Izba ustaliła, że wydarzenia prowadzące do śmierci Solomosa Solomou miały miejsce częściowo w neutralnej strefie buforowej ONZ. Pokrzywdzony przekroczył linię demarkacyjną i znalazł się na obszarze strefy buforowej (a zatem ponosi częściowo odpowiedzialność za tragiczny kierunek demonstracji), wspiał się na maszt flagowy znajdujący się już na terytorium Tureckiej Republiki Północnego Cypru, gdzie został zastrzelony⁴⁷. Trybunał nie miał wątpliwości rozstrzygając, że Solomou znalazł się pod władzą i/lub efektywną kontrolą i tym samym pod jurysdykcją Turcji w konsekwencji działań tureckich i północnocypryjskich funkcjonariuszy. Ustalenie, że kule, które trafiły Solomosa Solomou zostały wystrzelone przez członków sił turecko-cypryjskich było wystarczające do przyjęcia, że znajdował się on pod władzą/efektywną kontrolą tego państwa⁴⁸.

Dalszy ciąg wydarzeń związanych z demonstracjami w strefie buforowej ONZ stał się przedmiotem sprawy *Andreou przeciwko Tur-*

⁴⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Isaak i inni przeciwko Turcji* z 24.06.2008 r., skarga nr 44587/98, § 11–17.

⁴⁶ Decyzja ETPC o dopuszczalności skargi w sprawie *Isaak i inni przeciwko Turcji* z 28.09.2006 r.

⁴⁷ Decyzja ETPC o dopuszczalności skargi w sprawie *Solomou przeciwko Turcji* z 18.05.1999 r., skarga nr 36832/97.

⁴⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Solomou przeciwko Turcji* z 24.06.2008 r., § 51.

*cji*⁴⁹. Po zabiciu Solomosa Solomou żołnierze tureccy i cypryjscy wystrzeli 25–50 serii w tłum znajdujący się w strefie buforowej. Jedną z ciężko rannych osób była skarżąca Georia Andreou, znajdująca się już poza strefą buforową, blisko punktu kontrolnego cypryjskiej straży narodowej. W orzeczeniu Trybunał wskazał, że: „(...) nawet jeśli skarżąca odniosła obrażenia na terytorium, nad którym Turcja nie miała żadnej kontroli, to otwarcie ognia do tłumu z niewielkiej odległości, co była bezpośrednią i natychmiastową przyczyną jej obrażeń, miało taki charakter, że skarżąca powinna być uznana za pozostającą pod jurysdykcją Turcji w rozumieniu art. 1 Konwencji”⁵⁰.

W tych sprawach, ETPC nie miał wątpliwości uznając, że samo postępowanie funkcjonariuszy tureckich wystarczyło, aby skarżąca znalazła się w obszarze oddziaływania ich władzy/kontroli. Jednocześnie jednak, Trybunał przywołał argument „europejskiej przestrzeni prawnej”, m.in. w sprawie *Andreou przeciwko Turcji*, gdzie podkreślił, że pokrzywdzona z pewnością znajdowała się na „obszarze konwencyjnym” i tym samym wyraźnie odróżnił tę sprawę od sprawy *Banković i inni przeciwko Belgii*⁵¹.

4.2. Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii

Sprawa *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii* dotyczyła skargi dwóch obywateli irackich aresztowanych przez brytyjskie siły zbrojne w południowym Iraku tuż po rozpoczęciu operacji wojskowej w marcu 2003 r.

Faisal Al-Saadoon i Khalef Mufdhi byli przetrzymywani w brytyjskim centrum zatrzymań w Basrze. W grudniu 2005 r. Brytyjczycy wszczęli przeciwko nim przed sądami irackimi postępowanie karne o zabójstwo. W 2006 r. wydano postanowienie o dalszym ich przetrzymywaniu przez armię brytyjską. Następnie, ich sprawy przekazano sądowi karnemu w Basrze, który postanowił, że zarzuty im postawione stanowią zbrodnie wojenne, toteż właściwy do prowadzenia sprawy jest Iracki Trybunał Specjalny, mogący orzekać karę śmierci. 31

⁴⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Andreou przeciwko Turcji* z 27.10.2009 r., skarga nr 45653/99.

⁵⁰ *Ibidem*, § 25.

⁵¹ Decyzja ETPC o dopuszczalności skargi w sprawie *Andreou przeciwko Turcji* z 3.06.2008 r.

grudnia 2008 r. obaj skarżący zostali przekazani władzom irackim, i to wbrew środkom tymczasowym zarządzonym przez ETPC tego samego dnia. Zdaniem skarżących przekazanie władzom irackim naraziło ich na ryzyko nierzetelnego procesu i egzekucji przez powieszenie⁵².

Należy zauważyć, że w pierwszych miesiącach obecności w Iraku Wielka Brytania miała status mocarstwa okupacyjnego⁵³, a zatem wykonywała kontrolę i władzę nad przetrzymywanymi osobami wyłącznie w następstwie użycia siły zbrojnej. W późniejszym okresie, kontrola *de facto* została potwierdzona przepisami prawa: decyzja Koalicyjnej Władzy Tymczasowej z 27 czerwca 2004 r. stanowiła, że wszystkie pomieszczenia i tereny wykorzystywane przez siły koalicyjne w Iraku są nietykalne oraz podlegają wyłącznej kontroli i władzy (*exclusive control and authority*) sił koalicyjnych⁵⁴.

Odnosząc się do zagadnienia eksterytorialnego stosowania Konwencji, Trybunał podkreślił, że art. 1 Konwencji ustanawia granicę, w szczególności terytorialną, jej zasięgu. A zatem, Konwencja nie rządzi działaniami państw niebędących jej stronami ni też nie rości sobie pretensji do bycia środkiem wymagającym od państw-stron narzucania standardów konwencyjnych innym państwom. Wskazał również, odwołując się do wyjątków wskazanych w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii*, że tylko w wymienionych tam okolicznościach, działania państwa-strony mające miejsce poza jego terytorium stanowią „wykonywanie jurysdykcji”⁵⁵.

Najważniejszy dla określenia, w jakim zakresie ETPC dopuszcza eksterytorialne stosowanie Konwencji w sytuacji działań prowadzonych przez państwa-strony na terytorium leżącym poza jej „przestrzenią prawną” jest § 88 decyzji w sprawie dopuszczalności. Trybunał stwierdził, że „biorąc pod uwagę całkowitą i wyłączną *de facto*, oraz następnie także *de iure*, kontrolę wykonywaną przez władze Wielkiej

⁵² Wyrok ETPC w sprawie *Al-Saadoon i Mufidhi przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2.03.2010 r., skarga nr 61498/08.

⁵³ Zob. Rez. RB 1483 z 22 maja 2003 r., S/RES/1483 (2003).

⁵⁴ *Coalition Provisional Authority Order No. 17 (revised): Status of the Coalition Provisional Authority, MNF – Iraq, Certain Missions and Personnel in Iraq*, dostępny pod adresem : <http://www.iraqcoalition.org/regulations/#Regulations> (15.06.2011 r.)

⁵⁵ Decyzja ETPC o dopuszczalności skargi w sprawie *Al-Saadoon i Mufidhi przeciwko Wielkiej Brytanii* z 20.06.2009 r., § 84–85.

Brytanii nad budynkami, osoby przetrzymywane tam, włączając skarżących, pozostawali pod jurysdykcją Wielkiej Brytanii”⁵⁶. Trybunał wsparł swoje rozstrzygnięcie odwołaniem do orzeczenia Izby Lordów w sprawie *Al-Skeini przeciwko Departamentowi Stanu* i stanowiskiem rządu brytyjskiego w tej sprawie, gdzie Izba Lordów uznała eksterytorialne stosowanie Konwencji, w przypadku kontrolowanych przez Wielką Brytanię miejsc zatrzymania⁵⁷.

4.3. Medvedyev i inni przeciwko Francji

Przedmiotem sprawy *Medvedyev i inni przeciwko Francji* było zatrzymanie i aresztowanie na morzu otwartym w czerwcu 2002 r. podejrzanej o przemyt narkotyków załogi statku Winner, płynącego pod kambodżańską banderą. Jednostka francuskiej Marynarki Wojennej otrzymała polecenie zatrzymania statku. Następnie, członkowie załogi byli przetrzymywani w swoich kabinach przez trwającą kilkanaście dni drogę do Francji⁵⁸.

Trybunał, analizując czy ta sytuacja, poczynwszy od zatrzymania statku Winner na pełnym morze przez trzynastodniowe pozbawienie wolności do momentu przybycia do Francji spowodowała, że skarżący znaleźli się pod jurysdykcją Francji w rozumieniu art. 1 Konwencji w pierwszej kolejności odwołał się do argumentów przedstawionych w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii*. Podkreślił, że zasadą jest wyjątkowość eksterytorialnego stosowania Konwencji, powtarzając przykłady wynikające z wcześniejszego orzecznictwa, wskazując również, że takie rozumienie jurysdykcji wyłącza spod tego pojęcia sytuacje, które określił jako chwilowe działania eksterytorialne, jako że art. 1 Konwencji nie dopuszcza „przyczynowo-skutkowego” pojęcia jurysdykcji. Wskazał także na inne, rozpoznane i zdefiniowane w zwyczajowym prawie międzynarodowym i umo-

⁵⁶ *Ibidem*, § 88.

⁵⁷ Szerzej, zob. R. Wilde, *Complementing Occupation Law? Selective Judicial Treatment of the Suitability of Human Rights Norms*, „Israel Law Review” 2008, Vol. 42; G. Simpson, *The Death of Baha Mousa*, „Melbourne Journal of International Law” 2007, Vol. 8.

⁵⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Medvedyev i inni przeciwko Francji* z 29.03.2010 r., skarga nr 3394/03.

wach międzynarodowych podstawy eksterytorialnego wykonywania jurysdykcji przez państwo⁵⁹.

Trybunał przeanalizował przebieg działań władz francuskich: okręt wojenny został celowo skierowany przez francuskie władze morskie do przejęcia statku Winner, na jego pokładzie znajdowało się jednostka francuskiej marynarki wojennej wyspecjalizowana w przejmowaniu statków na morzu, działająca pod rozkazami francuskiego prefekta morskiego dla Atlantyku. Również dalsze działania fregaty Lieutenant de vaisseau Le Hénaff odbywały się pod rozkazami władz francuskich i pod eskortą innego francuskiego okrętu wojennego⁶⁰. Mając to na uwadze, Trybunał doszedł do wniosku, że w tym przypadku Francja sprawowała „pełną i wyłączną kontrolę nad statkiem Winner i jego załogą, przynajmniej *de facto*, od momentu jego przechwycenia, w ciągły i nieprzerwany sposób, aż do momentu ich procesu we Francji”, toteż skarżący znaleźli się efektywnie pod jurysdykcją francuską w rozumieniu art. 1 Konwencji⁶¹.

5. Podsumowanie

Przeprowadzona analiza rozstrzygnięć Trybunału pozwala na wyróżnienie dwóch zasadniczych grup sytuacji, kiedy jurysdykcja państw-stron może i powinna być ustalana odnośnie do zdarzeń mających miejsce poza ich terytorium państwowym: sprawowanie efektywnej całościowej kontroli nad obszarem innego państwa oraz sprawowanie przez przedstawicieli państwa władztwa/kontroli wobec określonych osób na terytorium innego państwa. W literaturze mówi się, odpowiednio, o przestrzennym i personalnym modelu eksterytorialnego stosowania Konwencji⁶².

⁵⁹ Medvedev i inni przeciwko Francji, § 64–65.

⁶⁰ *Ibidem*, § 66.

⁶¹ *Ibidem*, § 67.

⁶² R. Wilde, *Legal „Black Hole”? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights*, „Michigan Journal of International Law” 2005, Vol. 26, s. 797 i nast., tenże, *Triggering State Obligations Extraterritorially: the Spatial Test in Certain Human Rights Treaties*, „Israel Law Review” 2007, Vol. 40., s. 508.

Należy zauważyć, że w ostatnich sprawach, gdzie organy konwencyjne posługiwały się kryterium kontroli nad terytorium, badany był faktyczny zakres kontrolowania przez państwo-stronę określonego obszaru. Sprawy tureckie pozwalają na przyjęcie, że w sytuacji istnienia niebudzących wątpliwości dowodów potwierdzających wykonywanie przez państwo-stronę efektywnej całkowitej kontroli nad terytorium leżącym poza jego granicami państwowymi, państwo-strona ponosi odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka na nim zaistniałe. Trzeba jednak podkreślić, że w orzecznictwie strasburskim odmiennie ustalono wymagania prowadzące do ustalenia wystarczającego poziomu kontroli nad terytorium, w zależności od tego czy dany obszar pozostaje w „przestrzeni prawnej” Konwencji, czy też poza nią. W sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* wystarczyło, że na terytorium Cypru Północnego – terytorium pozostającym w obszarze działania Konwencji – obecna była znaczna liczba tureckich sił zbrojnych. Natomiast ze sprawy *Issa i inni przeciwko Turcji* wynika, że brak możliwości stwierdzenia odpowiednio wysokiego poziomu efektywnej kontroli nad obszarem znajdującym się poza „europejską przestrzenią prawną” skutkować będzie nieustaleniem jurysdykcji państwa-strony. Warto przy tym zwrócić uwagę na przyjęcie w tej sprawie wysokiego standardu dowodzenia, jako że Trybunał wymagał „dowodu wynikającego ze współlistnienia wystarczająco silnych, jasnych i niesprzecznych wywodów albo podobnych (o podobnej mocy) nieobalonych domniemań faktycznych, pozostających poza uzasadnionymi wątpliwościami”⁶³.

Stanowisko ETPC kształtuje się jeszcze inaczej w odniesieniu do sytuacji, gdy państwo traci kontrolę nad częścią swojego terytorium państwowego na rzecz grup niepaństwowych. W orzecznictwie strasburskim przyjmuje się bowiem, że jurysdykcja państwa-strony istnieje, aczkolwiek jego obowiązki ograniczone są do gwarantowania praw i wolności konwencyjnych w takich zakresie, w jakim ma ono ku temu rzeczywiste możliwości.

Odnosząc się do kryterium władzy i/lub kontroli nad jednostką należy pokreślić, że we wczesnych sprawach tureckich EKPC kiero-

⁶³ *Issa i inni przeciwko Turcji*, § 76.

wała się kryterium rzeczywistej władzy nad jednostkami i badała bezpośrednio zaangażowanie władz państwa w naruszenie praw skarżących. Natomiast w nowszym orzecznictwie (sprawa *Issa i inni przeciwko Turcji*, *Öcalan przeciwko Turcji* oraz sprawy związane z wydarzeniami w strefie buforowej ONZ w sierpniu 1996 r.) coraz wyraźniej można zaobserwować, że obowiązek gwarantowania praw i wolności konwencyjnych przez państwa-strony niekoniecznie dotyczy wszystkich, ale tych praw, które są zagrożone w wyniku działania ich funkcjonariuszy.

Omówione orzeczenia ETPC pozwalają na konstatację, że następuje odejście od tego ostrożnego, zawężającego podejścia do eksterytorialnego stosowania Konwencji, jakie dominowało od podjęcia decyzji w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii*. Można nawet wysnuć wniosek, że stosowanie Konwencji zdaje się nie mieć geograficznych granic. Decydujące znaczenie ma bowiem możliwość ustalenia, w konkretnym stanie faktycznym, istnienia odpowiedniego poziomu kontroli – bądź w postaci efektywnej kontroli nad określonym terytorium, bądź też kontroli i/lub władzy nad jednostką.

Sformułowania użyte zarówno w orzeczeniu *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii* („całkowita i wyłączna *de facto*, oraz następnie także *de iure*, kontrola”), jak i w sprawie *Medvedyev i inni przeciwko Francji* („kontrola pełna i wyłączna, przynajmniej *de facto*”) pozwalają na wyciągnięcie wniosku, że w sytuacji pełnej i wyłącznej kontroli istnieje będzie jurysdykcja państwa-strony, niezależnie od miejsca, gdzie do zdarzenia doszło. Co więcej, dotyczy to także wykonywania przez państwo-stronę władztwa/kontroli nad obcym statkiem i jego załogą na morzu otwartym, a więc na obszarze niepodlegającym jurysdykcji żadnego państwa. Tym niemniej, w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii*, Trybunał nie badał, czy Wielka Brytania sprawowała kontrolę nad całym obszarem, który Brytyjczycy okupowali, a ustalił jedynie, że posiadała ona efektywną i wyłączną kontrolę nad konkretnym miejscem, z czego konsekwentnie wynikała także kontrola i władztwo nad osobami się tam znajdującymi.

Ponadto, omówione orzeczenia nie dają wsparcia dla argumentu „europejskiej przestrzeni prawnej”, ograniczającego stosowalność Kon-

wencji do terytorium jej państw-stron. I słusznie, warunkiem koniecznym, i jednocześnie wystarczającym dla ustalenie jurysdykcji państwa-strony powinno być ustalenie, że istnieje odpowiednia relacja pomiędzy państwem-stroną a ofiarą naruszenia Konwencji. Tym samym należy zgodzić się z propozycją tych autorów, którzy twierdzą, że argument przestrzeni prawnej jest relewantny w sytuacji ustalania jurysdykcji państwa-strony w oparciu o kryterium kontroli nad terytorium, kiedy generalnie niemożliwe jest wykonywanie przez inne państwo-stronę jej obowiązków konwencyjnych, natomiast nie ma on znaczenia w kontekście kryterium wykonywania władzy i/lub kontroli nad osobą. W drugim z wymienionych przypadku jurysdykcja powstaje w konsekwencji rzeczywistego pozostawania danej jednostki pod władzą i/lub kontrolą państwa-strony, niejako nakładając się na istniejącą jurysdykcję wynikającą ze zwierzchnictwa terytorialnego innego państwa⁶⁴.

W 2007 r. I. Kamiński zwrócił uwagę, że przyjęty przez ETPC restrykcyjny zakres eksterytorialnego stosowania Konwencji rodzi zasadnicze kontrowersje w związku z tzw. *targeted killings*⁶⁵. Wskazane kierunki zmian w podejściu Trybunału do kryterium władzy i/lub kontroli nad jednostką sugerują jednak, że tylko od istnienia wystarczających dowodów zależeć będzie ustalenie lub nie jurysdykcji państwa-strony w takich sytuacjach. Czym bowiem, jak nie wyrazem „pełnej i wyłącznej kontroli” jest decydowanie o życiu albo śmierci?

Wreszcie, należy pamiętać, że EKPC jest instrumentem ochrony praw człowieka – każdego człowieka – i określa zobowiązania państw-stron wobec wszystkich osób, które znajdują się pod ich władzą i/lub kontrolą. Wydaje się zatem, że najtrafniejszym podsumowaniem niniejszych rozważań będzie przypomnienie słów T. Merona, który już w 1995 r. podkreślił, że „wąska, terytorialna interpretacja umów z zakresu praw człowieka stanowi zaprzeczenie podstawowej idei praw człowieka, jaką jest zapewnienie, że państwo gwarantuje przestrzeganie praw osób, nad którymi sprawuje jurysdykcję”⁶⁶.

⁶⁴ Zob. C. Janik, T. Kleinlein, *op. cit.*, s. 478.

⁶⁵ I.C. Kamiński, *op. cit.*, s. 225–226.

⁶⁶ T. Meron, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, „American Journal of International Law” 1995, Vol. 89, s. 82.

Agnieszka Wedeł-Domaradzka

Rada Europy a Agencja Praw Podstawowych UE – – analiza systemowa

1. Wprowadzenie

Unia Europejska od dłuższego już czasu przygotowuje się do wejścia w nowy etap integracji związanej z ochroną praw człowieka. Faktycznym wyrazem tego etapu ma być przystąpienie do jednej z ważniejszych regionalnych konwencji (Europejskiej Konwencji o ochronie prawa człowieka i podstawowych wolności) stojących na straży prawnoczłowieczego porządku prawnego. Wraz z planowanym przystąpieniem UE do konwencji zacznie funkcjonować całkiem nowy, wymagający mechanizmów zwiększających efektywność/spójność system ochrony praw człowieka. Należałoby zadać sobie pytanie, czy w tym nowym – i poniekąd jeszcze niewypróbowanym systemie – będzie miejsce dla więcej niż jednego podmiotu stojącego na straży przestrzegania praw człowieka. Czy będzie możliwe koegzystowanie tych podmiotów, a wreszcie czy ich kompetencje pozostawać będą w sposób klarowny rozdzielone?

Z racji tego, iż tak Rada Europy, jak i Unia Europejska, a właściwie poprzedzające ją Wspólnoty, funkcjonują na obszarze Europy od mniej więcej tego samego okresu, należy się spodziewać, iż perspektywy ich współpracy pojawiały się już o wiele wcześniej, niż dopiero po uzyskaniu przez UE pełnoprawnego statusu organizacji międzynarodowej.

Odpowiedź na pytanie, w którym momencie historycznym ta współpraca się rozpoczęła, nie jest jednak prosta. Przede wszystkim trzeba by zwrócić uwagę na samą instytucję Rady Europy i kontekst historyczny, w jakim ona powstawała. To samo odnosi się do Wspólnot Europejskich, które przez bardzo długi okres czasu pozostawiały kwestie zasadnicze dotyczące praw człowieka niejako na bocznym torze, uznając, iż system działający w ramach Rady Europy jest wystarczająco efektywny. Pewne zmiany przyniosła jednak koncepcja zmiany statusu Wspólnot na UE jako organizację międzynarodową, a właściwie czas, a częściowo jeszcze wcześniej, gdy krystalizować się zaczęły pierwsze swobody ze swoboda przepływu osób na czele.

2. Podstawy prawne funkcjonowania Rady Europy

Patrząc z perspektywy czasu na te dwa systemy należy zauważyć, że pomimo faktu, iż współpraca na linii Rady Europy i dzisiejszej Agencji Praw Podstawowych planowana była od dawna lat, moment powołania obu instytucji dzieli prawie sześćdziesiąt lat.

Genezy Rady Europy upatruje się w spotkaniu delegatów Kongresu Europejskiego w dniach 8–10 maja 1948 r. w Hadze. Wówczas to przedstawiciele państw europejskich zaczęli ze sobą rozmawiać o potrzebie utworzenia systemu ochrony praw człowieka oraz podjęciu działań integracyjnych. Efektem tych prac było uchwalenie „Odezwy do Europejczyków”, w której wyrażono gotowość utworzenia Zgromadzenia Europejskiego i opracowania Karty Praw Człowieka¹. Mimo rozbudowanych i godnych poparcia celów, ostatecznie zamiaru nie udało się osiągnąć z uwagi na sprzeciw Wielkiej Brytanii oraz krajów skandynawskich. Tym samym spotkanie zostało uznane jedynie za forum wymiany poglądów, sugestii i zaleceń. Instytucjonalizacja nastąpiła rok później podczas spotkania przywódców dziesięciu państw 5 maja 1949 r. w Londynie, gdy podpisano statut Rady Europy² tworząc z niej organizację samodzielną, niezależną i międzyrządową.

¹ J. Kaczmarek, *Rada Europy*, Wrocław 2002, s. 13.

² Na temat Rady Europy m.in.: J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J.A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Kraków 2008, s. 59 i nast., R. Kicker (ed.), *The Council of Europe: pioneer and guarantor for human rights and democracy*, Council of Europe 2010, s. 9 i nast.

Podstawy aksjologiczne dla działalności Rady możemy znaleźć w preambule do jej statutu z 5 maja 1949 r. Przeczytać w nim można między innymi o tym, że „przekonane o utrwaleniu pokoju opartego na sprawiedliwości i współpracy międzynarodowej ma podstawowe znaczenie dla przetrwania społeczności ludzkiej i cywilizacji”³. Zwraca się także uwagę na „przywiązanie do duchowych i moralnych wartości stanowiących wspólne dziedzictwo ich narodów i źródło zasad wolności osobistej, swobód politycznych i praworządności, które stanowią podstawę każdej prawdziwej demokracji”. Twórcy zdawali sobie również sprawę, iż „dla utrzymania i dalszego urzeczywistnienia tych ideałów w interesie postępu społecznego i ekonomicznego zachodzi potrzeba ściślejszej jedności wszystkich wyznających zbliżone poglądy krajów europejskich”⁴.

Zbiór celów Rady Europy rozpoczyna odwołanie się do konieczności zwiększenia jedności między jej członkami, głównie poprzez ochronę oraz wcielanie w życie ideałów i zasad stanowiących jej wspólne dziedzictwo⁵. Sposób urzeczywistniania tegoż celu spoczywa głównie na organach Rady, które poprzez prowadzenie na temat wspólnych problemów rozmów, zawierania porozumień i podejmowania wspólnych inicjatyw z zakresu spraw tak gospodarczych, społecznych, kulturalnych, naukowych, jak i prawnych oraz administracyjnych. Jednocześnie dość wyraźnie wskazano na samoistność tejże organizacji podkreślając, iż prace w ramach jej podejmowane nie będą miały jakiegokolwiek wpływu na udział Państw w dziele Narodów Zjednoczonych lub w innych organizacjach czy związkach międzynarodowych, których są stronami⁶. Niemniej jednak nie wykluczono, by mogło to mieć wpływ na przyszłe członkostwo.

Członkami Rady Europy są państwa, które podpisały i ratyfikowały zgodnie z wymogami krajowych porządków prawnych jej Statut⁷. Każdy członek Rady Europy ma wraz z przystąpieniem obowiązek uznania zasady praworządności oraz wyraźnego zobowiązania się do

³ Statut RE, przyjęty w Londynie dnia 5.05.1949 r. (Dz. U. z dnia 9.11.1994 r.).

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, Art. 1.

⁶ *Ibidem*, Art. 1, pkt. 3.

⁷ *Ibidem*, Art. 2.

tego, że wszystkie osoby pozostające pod jego jurysdykcją będą miały możliwość nieskrępowanego korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności. Dodatkowo Państwa zobowiązane są do dbałości o to, aby chronić i wcielać w życie ideały i zasady, stanowiące ich wspólne dziedzictwo, jak również aby ułatwić ich postęp ekonomiczny i społeczny oraz przestrzegać i rozwijać prawa człowieka i podstawowe wolności. Państwa, zgodnie ze statutem, mogą zostać członkami dwojakiego rodzaju. Po pierwsze może być to członkostwo zwyczajne, które zarezerwowane jest dla Państw spełniających wskazane powyżej warunki oraz wyraźnie deklarujących wolę dalszego ich przestrzegania. Do tych to państw Komitet Ministrów kieruje zaproszenie do członkostwa w Radzie Europy⁸. Druga grupa członków to członkowie stowarzyszeni, którzy w szczególnych wypadkach mogą zostać zaproszeni do członkostwa w Radzie, aczkolwiek zastrzeżeniem, iż będą reprezentowani tylko w Zgromadzeniu Doradczym.

Najważniejszymi organami Rady Europy są Komitet Ministrów oraz Zgromadzenie Parlamentarne⁹. Pierwszy z organów stanowi podmiot decyzyjny, w którego skład wchodzi ministrowie spraw zagranicznych państw członkowskich lub ich przedstawiciele (tzw. zastępcy ministrów). Zbiera się on dwa razy do roku na sesjach zwyczajnych, które odbywają się w kwietniu lub maju oraz w listopadzie. Oprócz sesji zwyczajnych możliwe jest prowadzenie obrad na szczepku delegatów oraz na konferencjach wyspecjalizowanych, które później przekazują swe wnioski Komitetowi Ministrów¹⁰. Komitet Ministrów jest najważniejszym organem międzyrządowym Rady Europy, który jako jedyny ma prawo podejmowania decyzji oraz działania w jej imieniu. Jego skład reprezentowany jest przez przedstawicieli wszystkich państw członkowskich. Organ działa w imieniu całej organizacji, nadzoruje jej działalność oraz dba o dalszy rozwój.

Komitet Ministrów jest zarówno ciałem rządowym, na którego forum wyrażane są stanowiska rządów wobec wszystkich problemów nurtujących europejskie społeczeństwo, jak i organem kolegialnym

⁸ *Ibidem*, Art. 4.

⁹ *Ibidem*, Art. 10.

¹⁰ F. Benoit-Rohmer, H. Klebes, *Prawo Rady Europy: W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej*, Warszawa 2005, s. 52–62.

wydającym obowiązujące decyzje we wszystkich sprawach dotyczących wewnętrznej organizacji Rady Europy.

Zgromadzenie Parlamentarne – organ doradczy składający się z parlamentarzystów delegowanych przez parlamenty narodowe. W ramach struktury wyodrębnia się również Kongres Władz Lokalnych i Regionalnych Europy jako organ doradczy w zakresie samorządności lokalnej i regionalnej i sekretarz Generalny Rady Europy – wybierany przez Zgromadzenie Parlamentarne. Osobną funkcję pełni Komisarz Praw Człowieka Rady Europy – niesądowa instytucja, która ma wspierać promocję praw człowieka w edukacji, wspomagać ombudsmanów, ustalać braki w prawodawstwie, dostarczać informacji w zakresie praw człowieka. Rada Europy, przedstawiciele członków i Sekretariat korzystają na terytorium członków z przywilejów i immunitetów niezbędnych do wykonywania ich funkcji. Na mocy tych immunitetów przedstawiciele do Zgromadzenia Doradczego nie mogą być, w szczególności, aresztowani ani ścigani na terytorium członków z powodu poglądów wyrażonych lub sposobu głosowania w Zgromadzeniu, jego komitetach lub komisjach¹¹.

3. Podstawy prawne funkcjonowania Agencji Praw Podstawowych

Agencja Praw Podstawowych powołana została na posiedzeniu Rady Europejskiej w dniu 13 grudnia 2003 r. Sama idea instytucjonalnego uregulowania podstaw prawnych pojawiła się już o wiele wcześniej, w czerwcu 1999 r., kiedy w ramach podsumowującego spotkania zaproponowane zostało, by rozważyć możliwość utworzenia agencji, która zajęłaby się prawami człowieka oraz demokracją¹². Idea ta jednak, już na szczeblu samej, nie spotkała się z zbyt dużym entuzjazmem – szczególnie sceptycznie do samego pomysłu odniosła się Komisja¹³.

¹¹ Przywileje Art.40, Statut RE.

¹² Punkt 46 Konkluzji z spotkania w ramach Rady Europejskiej w dniach 3–4.06.1999 r.: *The European Council takes note of the Presidency's interim report on human rights. It suggests that the question of the advisability of setting up a Union agency for human rights and democracy should be considered.*

Podczas spotkania przedstawiciele państw członkowskich UE uzgodnili jednak, że należy wykorzystać doświadczenia Europejskiego Centrum Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii¹⁴ ustanowionego na mocy rozporządzenia (WE) nr 1035/97 (3), oraz rozszerzyć jego mandat, aby przekształcić centrum w agencję praw człowieka. Do dzisiaj nie została jednoznacznie wytłumaczona przyczyna, dla jakiej pierwotnie planowana agencja praw człowieka zmieniła swoją nazwę na Agencję Praw Podstawowych. Zdaniem K. Kinzelbach i J. Kozma¹⁵ wynikało to z chęci rozróżnienia pojęcia „prawa człowieka” używanego w systemie międzynarodowym oraz „praw podstawowych”, jakie miały charakteryzować samą Unię. Za inne uzasadnienie dla takiego działania, można by przyjąć chęć przypisania praw gwarantowanych przez Unię do sposobu postrzegania praw obywatelskich. Konstytucja, do której powstania i przyjęcia wówczas się intensywnie przygotowywano, miała przecież podkreślić aspekt obywatelskości europejskiej i tym samym twórcom unijnych rozwiązań potrzeba było kolejnego elementu „upaństwowiającego” Unię i czyniącego z jej aktów prawnych akty podobne do tych, jakie funkcjonują na szczeblach krajowych mechanizmów chroniących prawa obywatela.

Powołana Agencja zyskała osobowość prawną¹⁶ oraz zdolność do czynności prawnych w każdym z państw w najszerszym zakresie przyznawanym osobom prawnym przez prawo krajowe. W szczegól-

¹³ K. Kinzelbach, J. Kozma, *Portraying Normative Legitimacy: The EU in Need of Institutional Safeguards for Human Rights*, „Perspectives on European Politics and Society” 2009, nr 10, s. 606.

¹⁴ Centrum funkcjonowało od 1997 r. do lutego 2007 r. i dostarczało Wspólnocie i jej państwom członkowskim obiektywnych, rzetelnych i porównywalnych informacji oraz danych na temat rasizmu, ksenofobii i antysemityzmu w UE. Jego zadaniem było wspomaganie UE i państw członkowskich w podejmowaniu przez nie środków lub określaniu kierunków działań mających na celu zwalczanie rasizmu i ksenofobii. Dzięki Europejskiej Sieci Informacji o Rasizmie i Ksenofobii (RAXEN), która gromadziła odpowiednie informacje na szczeblu krajowym, centrum badało zakres i rozwój rasizmu i ksenofobii oraz analizowało ich przyczyny i konsekwencje. Opracowywało również strategie w zakresie zwalczania rasizmu i ksenofobii oraz promowało i rozpowszechniało przykłady wzorcowych rozwiązań w tym zakresie. Podano za: http://europa.eu/agencies/community_agencies/fra/index_pl.htm, dostęp z 20.06.2011 r.

¹⁵ K. Kinzelbach, J. Kozma, *op. cit.*, s. 607.

¹⁶ Artykuł 23, Rozporządzenie Rady (WE) NR 168/2007 z dnia 15.02.2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

ności agencja może nabywać i zbywać mienie ruchome i nieruchomości oraz być stroną w postępowaniach sądowych. Z punktu widzenia formalnoprawnego jest ona następcą prawnym Europejskiego Centrum Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii. Przejęła ona wszystkie prawa i obowiązki, zobowiązania lub należności finansowe centrum. Uznała nawet umowy o pracę zawarte przez centrum przed przyjęciem ustanawiającego Agencję rozporządzenia. Tym samym można uznać, że współpraca z Radą Europy została niejako wpisana w zakres jej działań, dlatego, iż poprzednik Agencji – Centrum – współpracował z RE na podstawie umowy między Wspólnotą Europejską a Radą Europy w celu ustanowienia (zgodnie z artykułem 7 ustęp 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 1035/97 z dnia 2 czerwca 1997 r. ustanawiającym Europejskie Centrum Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii¹⁷) ścisłej współpracy między Centrum a Radą Europy.

Nie sposób odmówić prawdziwości tezie, że u podstaw aksjologicznych obu instytucji możemy znaleźć podobne założenia, aczkolwiek sposób ich realizacji został przedstawiony nieco odrębnie. Poza tym należy również zwrócić uwagę na fakt, iż obydwie formy organizacyjne powstawały w różnych okresach historycznych i o ich kształcenie decydowały zdecydowanie również potrzeby ochronne.

Przyczyny, dla których zdecydowano się na powołanie Agencji Praw Podstawowych, były bardziej związane z organizacją jako taką, aniżeli z jej członkami. Już od samego początku swojego istnienia Agencja miała być podmiotem pracującym dla innych instytucji, a nie dla jednostek. Oczywiście nie można odmówić prawdziwości twierdzeniu, że pośrednio skutki działań obejmują jednostki, jednak głównym powodem powołania Agencji była konieczność zadbania o lepszą znajomość problematyki praw podstawowych oraz powszechniejszej ich świadomości w Europie. Agencja, zgodnie z treścią artykułów wstępnych¹⁸, ma za zadanie dostarczać informacje i dane dotyczące kwestii praw podstawowych. Na Agencję nałożono również zadanie bardziej zbliżone do przyczyn powołania Rady, a mianowicie konieczność tworzenia skutecznych instytucji chroniących i upowszechniają-

¹⁷ Decyzja Rady 1999/132/WE z dnia 21.12.1998 r. (Dz. U. L 44 z 18.2.1998, str. 44).

¹⁸ *Ibidem*.

cych prawa człowieka. To ostatnie zadanie wykonywane mają być w duchu zaleceń Rekomendacji nr 14 Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 30 września 1997 r. dotyczącej utworzenia krajowych instytucji stojących na straży przestrzegania praw człowieka. Wśród tych instytucji wymieniono przede wszystkim komisje praw człowieka, oraz rzeczników praw obywatelskich. Nie wykluczono równocześnie możliwości powołania innych, porównywalnych instytucji, które realizować mogłyby wskazane cele¹⁹. W zakres działań tych instytucji wpisywać może się właśnie Agencja Praw Podstawowych jako podmiot zbliżony w niektórych działaniach do płaszczyzny narodowych mechanizmów ochronnych.

Zgodnie z rozporządzeniem ustanawiającym Agencję²⁰ powinna ona w swoich pracach odwoływać się do praw podstawowych w rozumieniu artykułu 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej, w tym praw określonych w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a w szczególności do praw podstawowych wymienionych w Karcie Praw Podstawowych (KPP), przy uwzględnieniu statusu tej Karty oraz towarzyszących jej objaśnień. Nazwa agencji powinna odzwierciedlać jej bliskie powiązanie z Kartą.

Przyjmując poprzednie brzmienie artykułu 6²¹ należy uznać, iż Agencja powinna działać w poszanowaniu dla tożsamości narodowej Państw Członkowskich, oraz praw podstawowych, jakich gwarancje przewidziane są w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i które jak wskazano, charakteryzują się posiadaniem źródeł w „tradycji konstytucyjnych wspólnych dla Państw Członkowskich, jako zasady ogólne prawa wspólnotowego”²². Obecnie (od czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony) redakcja tegoż artykułu uległa zmianie i stanowi on, iż „Unia uznaje prawa, wolności i zasady określone w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 r., w brzmieniu dostosowanym 12 grudnia 2007 r.

¹⁹ Rekomendacja (97) nr 14 Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 30.09.1997 r., (Przyjęta przez Komitet Ministrów 30.08.1997 r.).

²⁰ Rozporządzenie Rady (WE) NR 168/2007 z dnia 15.02.2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

²¹ Art. F (art. 6 ust. 2) TUE.

²² *Ibidem*.

w Strasburgu, która ma taką samą moc prawną jak Traktaty (...). Jednocześnie wskazano, że „Unia przystępuje do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Przystąpienie do Konwencji nie ma wpływu na kompetencje Unii określone w Traktatach”²³. Zmiana w redakcji artykułu 6 nie pozostaje bez wpływu na sposób postrzegania przez UE zasad i zakresu współpracy między Radą Europy a Unią Europejską. Kontrowersyjne mogą być tutaj szczególnie te elementy, które wskazują na dominującą rolę KPP, wszak to ona wymieniona jest jako pierwszy akt prawny i to ona odpowiada polityce i wartościom jakie przyjęła dla siebie UE. Nie zawsze wartości te zgodne są z wartościami, do jakich przez ponad pięćdziesięcioletni okres swoich działań dochodziła Rada Europy, a w szczególności stworzone w ramach jej systemu orzeczenia Komisji i Trybunału Praw Człowieka. Ten wydzźwięk osłabiony zostaje jednak dalszej części, zgodnie z którą „prawa podstawowe, zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych Państwom Członkowskim, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa”. Wykładnia tegoż artykułu pozwala domniemywać, iż prawo UE ma pełnić rolę służebną wobec praw i zasad sformułowanych w Konwencji, a także wobec jej przebogatego orzecznictwa.

Cele Agencji dotyczyć będą głównie dostarczania pomocy i wiedzy fachowej w zakresie praw podstawowych z jednej strony odpowiednim instytucjom, organom, biurom i agencjom Wspólnoty (obecnie UE), a z drugiej jej państw członkowskich przy wdrażaniu przez nie prawa wspólnotowego (unijnego). Wsparcie, jakiego dostarczać ma Agencja, służyć powinno pełnemu poszanowaniu praw podstawowych przez te instytucje UE i organy przy podejmowaniu przez nie środków lub określaniu kierunków działań w dziedzinach należących do ich kompetencji²⁴.

Z racji wyraźnego nałożenia na Agencję obowiązku odwoływania się do wyprawowanych przez Centrum doświadczeń, jednym z centralnych pól działania Agencji pozostaną nadal kwestie związane

²³ Art. 6 (dawny art. 6 TUE) TFUE.

²⁴ Art. 2, Rozporządzenie Rady (WE) NR 168/2007 z dnia 15.02.2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

z rasizmem, ksenofobią, a także ochroną praw mniejszości i sprawy równouprawnienia płci, stanowiące podstawowe elementy ochrony praw podstawowych. W tych zakresach Agencja ma za zadanie gromadzić oraz opracowywać informacje wskazujące na to, w jakim zakresie i na jakich zasadach rozwijają się ustalone przez państwa członkowskie UE prawa podstawowe, a także analizować stopień naruszeń tychże praw, przy jednoczesnym wskazaniu na sposoby rozwiązania sytuacji związanych z naruszeniem. Merytoryczny zakres opracowań obejmować powinien zagadnienia dotyczące przede wszystkim dyskryminacji. Agencja w swoich działaniach bardzo dokładnie odzwierciedla daleko posuniętą politykę antydyskryminacyjną UE²⁵. Poza samą diagnozą stanu dyskryminacji Agencja zajmuje się ona również sprawami odszkodowań dla jej ofiar. Do pozostałych pól działalności zaliczyć należy sprawy praw dzieci, problemy dotyczące azylu, imigracji oraz integracji imigrantów, a także blisko związane z tym tematem zagadnienia przyznawania wiz i kontroli głównie na granicach zewnętrznych UE. Agencja obejmuje swoim zakresem także nowsze zagadnienia z dziedziny przestrzegania praw fundamentalnych, takie jak udział w procedurach demokratycznych, ochronę i poszanowanie życia prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem danych osobowych, jak też kwestie dotyczące dostępu do skutecznie działającego i niezawisłego sądownictwa. Nie można również pominąć innej ważnej kompetencji Agencji, a mianowicie kompetencji polegającej na możliwości przekazywania przez nią opinii instytucjom oraz państwu UE²⁶. Opinia ta może być wynikiem wniosku którejs z najważniejszych instytucji wspólnotowych, czyli Komisji, Rady, czy też Parlamentu bądź też może stanowić samodzielną inicjatywę Agencji.

Uznano, że Agencja, wykonując swoje zadania powinna odwoływać się do praw podstawowych w takim rozumieniu, o jakim wspomina Traktat o Unii Europejskiej, przy jednoczesnym uwzględnieniu

²⁵ Zgodnie z założeniami należy monitorować dyskryminację ze względu na płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne, religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, na przynależność do mniejszości oraz ze względu na wszelkie połączenie powyżej przedstawionych cech.

²⁶ Artykuł 13, Rozporządzenie Rady (WE) NR 168/2007 z dnia 15.02.2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

praw i wolności, jakie przewidziano w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności²⁷. Wśród zadań, jakie nałożono na Agencję, wymienia się również współpracę z organizacjami w państwach członkowskich oraz z organizacjami międzynarodowymi²⁸. Tym samym należy uznać, iż relacje z RE niejako naturalnie wpisują się w byt Agencji, zwłaszcza, że wyraźnie podkreśla się jej współdziałania z Organizacją Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE) oraz z Biurem Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka (ODIHR) i oczywiście z Organizacją Narodów Zjednoczonych. Warunkami współdziałania są zgodność tematyczna oraz zgodność z przepisami prawa unijnego, o której decyduje zarząd na podstawie projektu przedstawionego przez dyrektora po wydaniu opinii przez Komisję.

Celem uniknięcia powielania działań oraz celem zwiększenia ich komplementarności na Agencję nałożono obowiązek koordynowania swojej działalności z pracami Rady Europy, głównie w zakresie opracowywania i wdrażania rocznego programu prac, a także współpracy ze społeczeństwem obywatelskim. Usystematyzowanie tejże współpracy znajduje odzwierciedlenie w umowie jaką Wspólnota zawarła z Radą Europy.

W przypadku Agencji trudno byłoby mówić o członkostwie *sensu stricto*. Agencja jest organem działającym na rzecz Unii, a tym samym jej członków, nie jest jednak wymagane, by istniały osobne mechanizmy związane z przyjmowaniem w poczet członków Agencji.

Na organy Agencji składają się: zarząd, rada wykonawcza, komitet naukowy oraz dyrektor²⁹. Z punktu widzenia powiązań z Radą Europy najistotniejsze wydają się dwa pierwsze organy. Zarząd Agencji rekrutuje się z osób mianowanych przez każde z państw członkowskich oraz dodatkowo przez niezależną osobę mianowaną przez Radę Europy. Kompetencje zarządu są bardzo szerokie i obejmują między

²⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:186:0007:0011:PL:PDF>, dostęp z 20.06.2011 r.

²⁸ Strona Internetowa Agencji Praw Podstawowych, http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/reg_168-2007_pl.pdf, dostęp z dnia 20.06.2011 r.

²⁹ Art. 12, Rozporządzenie Rady (WE) NR 168/2007 z dnia 15.02.2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

innymi budżetowe oraz te związane z wewnętrznymi sprawami agencji, takimi jak mianowanie osób odpowiedzialnych za prace naukowe, czy opracowywanie regulaminu wewnętrznego³⁰.

Drugim z organów jest rada wykonawcza, której zadaniem jest głównie wsparcie prac zarządu. Radę zwołuje przewodniczący w przypadkach, gdy konieczne jest przygotowanie decyzji zarządu oraz zapewnienie pomocy i doradztwa dyrektorowi. W jej skład wchodzi: przewodniczący i wiceprzewodniczący zarządu, dwaj inni członkowie zarządu wybrani przez zarząd oraz jedna z osób reprezentujących w zarządzie Komisję. Członek zarządu mianowany przez Radę Europy może uczestniczyć w posiedzeniach rady wykonawczej. W zakresie przywilejów i immunitetów stosuje się protokół w sprawie przywilejów i immunitetów Wspólnot Europejskich.

4. Prawne podstawy współpracy

Jak już wspomniano, od samego początku ustanowienie Agencji Praw Podstawowych budziło liczne kontrowersje, tak instytucji UE, jak i wśród podmiotów zaangażowanych w prace. Jedną z pierwszych reakcji na pomysł utworzenia Agencji przedstawiło Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w 2005 roku³¹. Z przyjętej wówczas rezolucji można było wywnioskować, iż pomysł ten spotyka się z umiarkowanym entuzjazmem. W szczególności podkreślono, iż, mimo że idea powołania Agencji na bazie centrum jest decyzją Rady Europejskiej oraz reprezentantów państw członkowskich³², to jednak Zgromadzenie Parlamentarne czuje się w obowiązku – z uwagi na swoje statutowe cele związane z promocją i przestrzeganiem praw człowieka – włączyć się w debatę na temat definicji zadań, kompetencji i struktury Agencji. W dokumencie wiele miejsca poświęcono podkreśleniu

³⁰ *Ibidem*, Art. 12 ust. 6.

³¹ *Resolution 1427 (2005). Plans to set up a fundamental rights agency of the European Union*, podano za: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta05/ERES1427.htm>, dostęp, z dnia 22.06.2011 r.

³² *Conclusions of the Representatives of the Member States, meeting at Head of State or Government level in Brussels on 13 December 2003*, podano za: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/78364.pdf, dostęp, z dnia 22.06.2011 r.

dotychczasowych działań Rady Europy. Przypomniano liczne dokumenty, jakie powstały pod jej auspicjami, takie jak konwencje, zalecenia, wytyczne, dane monitorujące, czy inicjatywy regionalne. Ze zrozumieniem odniesiono się do samej inicjatywy zajęcia się prawami człowieka w ramach istniejących Wspólnot, z jednej strony w związku z coraz dalej postępującą integracją, z drugiej z tworzeniem własnych dokumentów obejmujących prawa człowieka, takich jak Karta Praw Podstawowych. W odniesieniu jednak do samego funkcjonowania przyszłej Agencji wyraźnie zaznaczono, iż jej rola i miejsce mają mieć charakter wyłącznie uzupełniający. Zaznaczono też, że tworzenie nowego systemu będzie nie tylko niecelowe z punktu widzenia skuteczności praw, ale i nieuzasadnione ekonomicznie. Ponadto, tworzenie instytucji, których zakresy zadań i kompetencji będą się na siebie nakładały, może nie tylko spowodować rozmycie tychże kompetencji i zadań, ale również osłabi cały system ochronny jak i poszczególne instytucje, a w konsekwencji doprowadzi do zaniżenia standardu ochrony praw człowieka. Nie bez znaczenia był dla zgromadzenia również fakt, iż istnienie dwóch mechanizmów równoległych, których członkowie w części się pokrywają, będzie dużym wyzwaniem dla przyjętej w Europie zasady jedności. Zdaniem Zgromadzenia „Agencja powinna gromadzić i dostarczać instytucjom UE informacji o prawach podstawowych, a tym samym przyczynić się do uwzględnienia do problematyki praw człowieka w procesach decyzyjnych UE”³³. Celem lepszego zrozumienia i ułożenia wzajemnych relacji między Radą Europy a Agencją sformułowanych zostało także kilka postulatów. Przede wszystkim zanim UE i jej państwa członkowskie powołają Agencję powinny szczegółowo rozważyć politykę praw człowieka w ramach UE, a także cele i zakres działania Agencji, nie zapominając jednocześnie o znaczącej roli Rady Europy i jej składu w przestrzeganiu tychże praw. Ponadto powinny w sposób ciągły pamiętać o konieczności uniknięcia powielania kompetencji między Radą Europy a Agencją. Ta wytyczna powinna zostać zrealizowana poprzez ustalenie wyraźnego zakresu kompetencji Agencji odpowiadającego zakresowi prawa Unii Europejskiej, określenia tematycznych ram prac

³³ Resolution 1427 (2005). *Plans to set up a fundamental...*, pkt, 13.

Agencji oddzielonych od ram o charakterze krajowym, a także wyraźnego podkreślenia niezależności Agencji w zakresie analizy przyszłego prawodawstwa UE.

Rezolucja zwraca również uwagę na to, aby opracowania monitorujące, jakie powstaną w ramach prac Agencji nie były – jak opracowania w ramach Rady Europy – kierowane do państw, a jedynie by przekazywane były instytucjom UE, głównie Parlamentowi Europejskiemu, Komisji oraz Radzie UE. Celem przekazania tych informacji ma być przede wszystkim zbadanie zgodności projektu z prawodawstwem Unii Europejskiej z akceptowanymi powszechnie przez członków Rady standardami praw człowieka. Taka sugestia wydaje się być słuszna z punktu widzenia nadzorczej pozycji Rady Europy i charakteru jej działań, które mają stanowić podstawę aktywności Agencji.

Zasugerowano również, aby opracować skuteczne mechanizmy pozwalające na to, by w przyszłości działania Agencji nie powieleły się z aktywnościami Rady Europy, ale przyczyniały się do zwiększenia współpracy. Cel ten miał zostać osiągnięty poprzez stworzenie przepisów zapobiegających niepowielaniu roli oraz funkcji i mechanizmów wdrożonych w Radzie Europy, a także zagwarantowanie reprezentantom Rady uczestnictwa w organach zarządzających Agencji – co docelowo zostało odzwierciedlone w umowie o współpracy.

Po raz kolejny w kwestii inicjatywy powołania Agencji wypowiedziało się Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w roku 2006. W przyjętej rekomendacji³⁴ Zgromadzenie ponownie pokreśliło, iż widzi sens w powołaniu Agencji tylko i wyłącznie wówczas, gdy jej zadaniem będzie wypełnienie luki w istniejącym już od kilkudziesięciu lat systemie zdominowanym przez mechanizmy Rady Europy. Zwrócono również uwagę na zagrożenie, jakim jest sfera braku kompetencji kontrolnych Rady Europy nad mechanizmami stanowienia i wdrażania prawa Unii Europejskiej. Szczególnie problematyczne zagadnienie to wydaje się twórcom rekomendacji w kontekście tego, iż wszystkie państwa członkowskie UE są jednocześnie członkami Rady Europy, tym samym ona to sprawuje nadzór nad wewnętrznymi syste-

³⁴ *Recommendation 1744 (2006). Follow-up to the 3rd Summit: the Council of Europe and the proposed fundamental rights agency of the European Union*, podano za: http://www.assembly-coe.int/CommitteeDocs/2010/20100420_ajinfdoc02%202010.pdf, dostęp, z 22.06.2011 r.

mami prawnymi. Przypomniano również, iż podczas spotkania w Warszawie w 2005 wszystkie państwa członkowskie Rady Europy (tym samym wszystkie państwa członkowskie UE) potwierdziły wiodącą rolę Rady Europy jako organizacji stojącej na straży praw wolności człowieka w tym regionie. Działania instytucji unijnych w tej sferze mają skupić się głównie na wykorzystaniu dostępnych w ramach Rady Europy instrumentów³⁵. Wydaje się też, że w tym dokumencie surowiej oceniono samą ideę powołania Agencji, wskazując że: „tworzenie nowego, odrębnego organu praw człowieka, którego działalność duplikuje aktywności Rady Europy ,byłoby całkowicie sprzeczne z decyzjami podjętymi na szczycie w Warszawie oraz z wnioskami raportu Junckera^{36/37}. Zgodnie z rekomendacją konieczne było również, aby w dalszych pracach nad umową, która docelowo miała uregulować relacje między obiema instytucjami, nie zostały zapomniane naczelnne wytyczne, takie jak monitorowanie tematyczne prawodawstwa unijnego, powstrzymanie się od powielania kompetencji i sprzeczności między pracami, a także wyraźną polityczną wolę przestrzegania prawa fundamentalnych przez instytucje UE.

Pierwszy obustronny dokument dotyczący relacji systemów ochrony Rady Europy i Unii Europejskiej pojawił się na spotkaniu reprezentantów obu instytucji, podczas którego przyjęty został protokół ustaleń³⁸, w ramach którego postanowiono, iż Rada Europy i Unia Europejska będą działać na rzecz rozwijania swoich wzajemnych sto-

³⁵ *Ibidem*, pkt. 6.

³⁶ Opracowany przez Jean-Claude Junckera raport w większości zawierał wyrażone w późniejszej rekomendacji zalecenia. Bardzo wyraźnie zaznaczono w nim, że działanie Agencji ma być jedynie uzupełniające w stosunku do działań Rady Europy oraz konieczność powiązania obu instytucji poprzez delegowanie do składu organów zarządczych Agencji przedstawicieli rady Europy. *Council of Europe – European Union: „A sole ambition for the European continent” Report by Jean-Claude Juncker, Prime Minister of the Grand Duchy of Luxembourg for the attention of the Heads of State or Government of the Member States of the Council of Europe, 11 April 2006*, podano za: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc06/EDOC10897.pdf>, dostęp z dnia 22.06.2011 r.

³⁷ *Recommendation 1744 (2006). Follow-up to the 3rd Summit: the Council...*, pkt 6.

³⁸ *Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union 117th Session of the Committee of Ministers (Strasbourg, 10–11 maja 2007)*, podano za: http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100420_ajinfdoc02%202010.pdf, dostęp, z dnia 22 czerwca 2011 r.

sunków „we wszystkich obszarach wspólnego zainteresowania, w szczególności promocji i ochrony demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności, praworządności, politycznej i prawnej współpracy oraz spójności społecznej i kulturalnej”³⁹. Osobną, niezwykle istotną część dokumentu ze spotkania, poświęcono zagadnieniu zasady praworządności. Ustalono, że Rada Europy oraz Unia Europejska będą dążyły do ustanowienia wspólnych standardów w promowaniu idei istnienia Europy bez podziałów oraz granic, a także poszanowania przez UE standardów, jakie wynikają z konwencji Rady Europy⁴⁰. Zapewnienie zakładanego standardu miało wynikać głównie z obowiązku wzajemnych konsultacji – o to już na bardzo wczesnym etapie stanowienia norm – zarówno w jednym jak i w drugim systemie. Podkreślono równocześnie konieczność opracowania wspólnych form współpracy związanych z nowymi wyzwaniami, jakie dotyczą Europy, a mianowicie bezpieczeństwem, zwalczaniem terroryzmu, przestępczości zorganizowanej oraz korupcji i prania brudnych pieniędzy, a także tych przestępstw, jakie wynikają z coraz szybszego rozwoju technologii⁴¹.

Regulacje te jednak nie mogły być wystarczające, dlatego aby nie dopuścić do kolizji kompetencyjnych, czy też tak podkreślanego dublowania zadań obu podmiotów, zdecydowano się w 2008 r. na zawarcie umowy w sprawie współpracy między Agencją Praw Podstawowych Unii Europejskiej a Radą Europy⁴².

W treści umowy strony przewidziały jako cel istnienia Agencji dostarczenie pomocy i fachowej wiedzy instytucjom europejskim oraz organom, biurom i innym agencjom. Na Agencję nałożono także obowiązek, by udzielając pomocy czy też porady kierowała się wytycznymi wynikającymi z systemu ochrony praw i wolności zagwarantowanych w EKPCz. Jednocześnie podkreślono fakt posiadania przez Radę Europy ogromnego doświadczenia w zakresie praw

³⁹ *Ibidem*, pkt. 9.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt. 24.

⁴¹ *Ibidem*, pkt. 26.

⁴² Umowa między Wspólnotą Europejską a Radą Europy w sprawie współpracy między Agencją Praw Podstawowych Unii Europejskiej a Radą Europy, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 15.07.2008 seria L numer 186/7.

człowieka oraz ochraniającego je systemu. W omawianej umowie nalażły się także zapisy zwracające uwagę na to, iż Rada Europy utworzyła mechanizmy kontrolujące przestrzeganie prawa człowieka. Tym samym można by uznać, iż już w swoich założeniach współpraca między Radą a Agencją ma być współpracą zdecydowaną nastawioną na dominację rozwiązań w ramach Rady niż na tworzenie przez Agencję nowych mechanizmów, co więcej, sama Agencja podejmując aktywność ma istnienie tych mechanizmów weryfikować pod kątem uniknięcia duplikacji. Możliwość zadbania o zsynchronizowane mechanizmy ochronne ma zgodnie z porozumieniem wynikać z konieczności koordynowania przez Agencję swoich działań z pracami Rady Europy – głównie dotyczy to „rocznego programu prac oraz współpracy ze społeczeństwem obywatelskim”⁴³. Nie można również zapomnieć, że Agencję w pewien sposób ograniczono w działaniach wskazując jej konieczność zadbania o jednolitość, ważność i skuteczność instrumentów prawnych i politycznych, jakimi posługuje się Rada Europy. W tym kontekście dziwi fakt, iż jako zabezpieczenie realizacji tak licznych postulatów przewidziano w ramach preambuły do aktu tylko jeden z mechanizmów ochronnych, a mianowicie prawo Rady Europy do mianowania jednej osoby, która będzie zasiadać zarządzie i radzie wykonawczej Agencji. Osoba ta, jak wynika z regulacji przyjętych w umowie, powinna charakteryzować się niezależnością oraz posiadać odpowiednie doświadczenie w zakresie zarządzania organizacjami sektora publicznego i prywatnego, jak i wiedzę w zakresie praw podstawowych⁴⁴. Osobie takiej przysługiwać będzie prawa do uczestnictwa w posiedzeniach zarządu oraz rady wykonawczej. Jednak w tym drugim przypadku prawo do głosowania będzie jej przysługiwało tylko w ściśle określonych sprawach⁴⁵, które obejmują kwestie związane z przygotowaniem decyzji zarządu, przyjęciem rocznego programu prac agencji zgodnego z wieloletnimi ramami prac, przyjęciem rocznego sprawozdania z zakresu praw podstawowych, które objęte są zakresem działania Agencji oraz rocznych

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, pkt. 17.

⁴⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 168/2007 z dnia 15.11.2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

sprawozdań tematycznych, jak też mianowanie i odwoływanie niezależnych członków komitetu naukowego.

Ponieważ w dalszej części dokumentu brakuje precyzyjnych informacji co do zadań i charakteru uczestnictwa, a także pozycji prawnej członków Rady Europy w strukturach Agencji, należy domniemywać, iż jego zadaniem będzie dbałość o zgodność działań Agencji z przyjętymi przez Radę Europy priorytetami i zadaniami. Należy też uznać, iż zasiadać będą oni jako pełnoprawni członkowie.

Dodatkowo umowa o współpracy między Agencją a Radą przewiduje możliwość oddelegowania pracownika sekretariatu Rady do uczestnictwa w obradach zarządu Agencji. Charakter uczestnictwa jest jednak w tym wypadku doprecyzowany i ograniczony do uczestnictwa w posiedzeniach przedstawicieli sekretariatu, bez możliwości jednak brania udziału w głosowniach, a jedynie z statusem obserwatora. Dodatkowo przedstawiciele Rady mogą nie zostać zaproszeni na te spotkania, których zakres obejmuje sprawy wewnętrzne Agencji – przy czym, co warto podkreślić, nie ustanowiono tutaj jakichkolwiek mechanizmów pozwalających na kontrolę, czy uznanie spotkania za wewnętrzne jest faktycznie uzasadnione jego charakterem. Takie rozwiązanie z punktu widzenia uczestnictwa faworyzuje Agencję nie pozostawiając Radzie możliwości wnioskowania o dopuszczenie przedstawicieli jej sekretariatu do udziału w spotkaniach. W sposób niemal odwrotny uregulowane zostały zasady, na jakich przedstawiciele Agencji zapraszani są na posiedzenia komitetów międzyrządowych Rady Europy, ponieważ Agencja może wziąć udział w tych posiedzeniach, jakie sama uzna za stosowne („jakimi jest zainteresowana”). Oczywiście należy wziąć pod uwagę innych charakter obu spotkań, wewnętrznych i międzyrządowych, ale w ramach współpracy wydaje się, iż swoboda uczestnictwa w spotkaniach wewnętrznych powinna być szersza. Tym czasem jest odwrotnie. Za bardziej zasadną regulację należy uznać tę związaną z uczestnictwem w komitetach Rady Europy. W tym przypadku to Rada – a konkretniej jej właściwy komitet (włącznie z Komitetem Ministrów) – samodzielnie decyduje o tym, czy zaprosić przedstawicieli Agencji do udziału w posiedzeniach lub też do wymiany opinii. Oczywiście w takich przypadkach przedstawiciele Agencji mają status obserwatorów.

Poza zagadnieniem dotyczącymi wzajemnego uczestnictwa w pracach organów umowa między Radą a Agencją obejmuje również zagadnienia z zakresu wymiany informacji i danych. Te procedury unormowane zostały dwutorowo: w omawianej umowie dotyczącej współpracy oraz w rozporządzeniu ustanawiającym Agencję⁴⁶. Jeśli chodzi o umowę, przewiduje ona wzajemny obowiązek dostarczania przez obydwie podmioty zarówno informacji, jak i danych związanych ze sferą praw człowieka. Dane te będą mogły zostać również przez obydwie podmioty wykorzystywane pod warunkiem, iż podane zostanie źródło ich pochodzenia oraz że nie będą miały charakteru poufnego. Umowa o współpracy nie wskazuje jednak, na jakich zasadach będzie miało miejsce stwierdzanie poufności, tym samym uznać należy, iż każdy z podmiotów będzie decydował o tym samodzielnie. Zapisy o współpracy w zakresie wymiany informacji uzupełnia także samo rozporządzenie powołujące Agencję Praw Podstawowych. Zgodnie z jego treścią zapewnienie komplementarności i zagwarantowanie jak najlepsze wykorzystania zasobów możliwe jest tylko wówczas, gdy agencja korzystać będzie w swojej działalności, ale i w „odpowiednich przypadkach”, z informacji, jakie zgromadzone zostały oraz z działań, jakie podjęto w ramach Rady Europy. Jednocześnie podniesiono, iż konieczne jest, by podczas tejże kooperacji odwoływać się do „działań podejmowanych przez tę instytucję w ramach monitorowania i kontroli oraz do jej ustaleń, a także do działań i ustaleń Komisarza praw człowieka Rady Europy”⁴⁷.

Celem realizacji przyjętych założeń Agencja ściśle współpracuje z sekretariatem Rady, szczególnie w zakresie, współpraca ta koncentruje się głównie na prowadzeniu badań, ankietyzacji oraz innych działaniach koordynacyjno-informacyjnych. Zakresem tym zostały objęte trzy zagadnienia:

- roczny programu prac Agencji;
- roczne sprawozdanie Agencji na temat praw podstawowych (tych jakie znajdują się w zakresie jej działania)
- oraz współpraca ze społeczeństwem obywatelskim.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, art 6.

Do ważniejszych zapisów umowy należy zaliczyć te dotyczące bezpośredniego ujmowania przez Agencję w swoich działaniach „wyroków i decyzji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”, które związane są z przedmiotem działania Agencji⁴⁸. Zasadność tego zapisu wynika z licznych kontrowersji, jakie pojawiały się zarówno w doktrynie, jak i praktyce, i które dotyczyły zakresu wzajemnej uznawalności orzeczeń w sprawach, które dotyczyły problemów praw człowieka. Zagadnieniem tym zajął się ETPCz w decyzji w sprawie *Bosphorus*⁴⁹, kiedy to sformułowana została zasada, zgodnie z którą ETPCz stwierdził, iż „ochrona praw fundamentalnych przez prawo wspólnotowe może być uznana za równoważną z systemem Konwencji (EKPC)”⁵⁰.

Ponadto w wyroku tym nastąpiło ograniczenie odpowiedzialności państw członkowskich za działania organizacji międzynarodowej, pod warunkiem, że organizacja ta chroni – w sposób wystarczający – prawa podstawowe, tak w sferze materialnej, jak i formalnej⁵¹. Orzeczenie to należałoby uznać za pozytywną oceną dla tak dla praw respektowanych w ramach UE jak i samego orzecznictwa ETS (obecnie TSUE). Nie należy jednak zapomnieć, iż liczba stron Konwencji Rady Europy jest o wiele większa, niż liczba państw członkowskich UE.

⁴⁸ Art. 8, Umowa między Wspólnotą Europejską a Radą Europy w sprawie współpracy między Agencją Praw Podstawowych Unii Europejskiej a Radą Europy, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 15 lipca 2008 seria L numer 186/7.

⁴⁹ F. Schorkopf, *The European Court of Human Rights' Judgment in the Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, „German Journal of Law”, tom 6, nr 9, s. 9; na ten temat również: C. Costello, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, „Human Rights Law Review” nr 6, s. 87–130; E. Drewniak, *Bosphorus Case: The Balancing of Property Rights in the European Community and the Public Interest in Ending the War in Bosnia*, „Fordham International Law Journal”, t. 20, wyd. 3, 1996.

⁵⁰ „In such circumstances, the Court finds that the protection of fundamental rights by Community law can be considered to be, and to have been at the relevant time, «equivalent» (within the meaning of paragraph 155 above) to that of the Convention system. Consequently, the presumption arises that Ireland did not depart from the requirements of the Convention when it implemented legal obligations flowing from its membership of the European Community”, sprawa *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi p. Irlandii*, wyrok z dnia 30.06.2005 r., nr 45036/98, § 165, podano za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bosphorus&sessionId=73345179&skin=hudoc-en>, dostęp z dnia 22.06.2011.

⁵¹ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi p. Irlandii*, § 155 i 156.

W związku z tym, o ile na obecnym etapie problemy praktycznej stosowalności się nie pojawiają, to nie wyklucza się takiego niebezpieczeństwa w przyszłości, gdyż Europejski Trybunał Praw Człowieka nie przyznaje takich regulacji odniesieniu do żadnego z systemów prawnych podmiotów będących członami RE. Jak wskazuje Wolfgang Weiß⁵², obecna linia postępowania uznana jest za dopuszczalną z uwagi na brak akcesji Unii Europejskiej do EKPCz, jednakże po akcesji linia postępowania zgodnego z orzeczeniem *Bosphorus* w odniesieniu do innych stron może okazać się zawodna, a tym samym zaistnieje konieczność zmiany linii orzeczniczej zwłaszcza, że istnieją podmioty, których systemy chroniące prawa człowieka są porównywalnie skuteczne z europejskim.

W te trudne problemy będzie się musiała wpisać Agencja. W tym miejscu kluczowe może okazać się nieposiadanie przez nią jakichkolwiek kompetencji do rozpatrywania indywidualnych naruszeń.

W zakresie zapobieganie potencjalnym konfliktom związanym z uznawalnością i wykonalnością orzeczeń istotne mogą okazać się zadania nałożone na Agencję i Radę Europy w zakresie organizacji różnorodnych spotkań, konferencji czy warsztatów, podczas których zaprezentowane zostaną analizy i opracowania służące popularyzacji i zwiększeniu świadomości wśród państw członkowskich.

Za pewien rodzaj niebezpieczeństwa można uznać mechanizm przewidziany w punkcie 15 umowy⁵³, a mianowicie możliwość przyznania przez Agencję dotacji dla Rady Europy. Ramy finansowania określone zostały w ramach administracyjnej umowy ramowej z między Komisją Europejską a Radą Europy, która została podpisana w 2004 r. i dotyczy stosowania klauzuli weryfikacyjnej w odniesieniu do operacji administrowanych przez Radę Europy i finansowanych lub współfinansowanych przez Wspólnotę Europejską, w którym to ustalono szczegółowe zasady przekazywania środków oraz regulacje odnoszące się do mechanizmów kontrolnych⁵⁴. Takie finansowe powiązanie skutkować może próbami nacisku ze strony Agencji na działania

⁵² W. Weiß, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, „European Constitutional Law Review” 2011, nr 7, s. 94–95.

⁵³ Pod pojęciem „umowa” należy tutaj rozumieć umowę dotyczącą współpracy między Radą Europy a Agencją Praw Podstawowych.

Rady Europy poprzez uzależnienie przyznania dotacji od podjęcia lub zaniechania przez Radę określonych działań. Rada, jako organizacja międzynarodowa, powinna być całkowicie samodzielna w pozyskiwaniu środków na realizację swoich celów.

Ostatecznie należy jednak wskazać, iż instytucje te funkcjonują jako podmioty niezależne, sama umowa również podkreśla ten aspekt zastrzegając, iż żadne postanowienia umowy regulujące współpracę nie mogą uniemożliwiać stronom prowadzenia działań w zakresie ich własnych określonych odrębnymi podstawami prawnymi kompetencji.

5. Ocena rozwiązania systemowego

Analizując zakres przedmiotowy obu instytucji oraz ich rodów należy stwierdzić, iż obydwie podmioty mają szansę na koegzystencję, jednak pod pewnymi ściśle określonymi warunkami. Przed wszystkim jeszcze raz należy podkreślić, że Rada Europy jest instytucją o wiele bardziej doświadczoną i prestiżową, niż sama Agencja. Z drugiej strony jednak pominąć faktu, że UE jako organizacja ma dość skuteczne formy wpływania na systemy prawne państw członkowskich. Bardzo rozbudowane zasady pierwszeństwa, bezpośredniości będące efektem działalności orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości spowodowały, że podejmowane rozstrzygnięcia mogą nie tylko chronić interesy, ale i być skutecznie egzekwowane. Tym niemniej nie zastąpią one z pewnością tego, co udało się wypracować Radzie Europy, której status od wielu lat jest już utrwalony, sukcesy potwierdzone (co często potwierdzali w omawianych dokumentach przedstawiciele jej organów) i która dba o przestrzeganie jednego z ważniejszych aktów prawnych w sferze praw człowieka, jakim jest EKPCz.

Analizując dotychczasowe działania obu struktur⁵⁵ należy zauważyć, iż w większości przypadków są to aktywności związane

⁵⁴ Postanowienia porozumienia podane za http://ec.europa.eu/europeaid/work/procedures/implementation/international_organisations/other_international_organisations/documents/faa_en.pdf, dostęp z dnia 22.06.2011 r.

⁵⁵ Szczegóły działalności zostały przedstawione przez I. Brands-Kehris w: *Rapporteur Group on External Relations of the Committee of Ministers of the Council of Europe*, 02 November 2010,

z prawami człowieka i spójnością społeczną. Szczególna współpraca dotyczy Biura Wysokiego Komisarza Praw Człowieka, Europejskiej Komisji przeciw Rasizmowi i Nietolerancji, sekretariatu Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych. Agencja uczestniczy również w spotkaniach Europejskiego Forum Społeczności Romy i Trawelerów pod auspicjami Rady Europy. Ponadto współpraca obejmuje spotkania strategiczne z Wysokim Komisarzem Praw Człowieka Rady Europy dotyczące zagadnień związanych z prawami człowieka w kontekście dyskryminacji i zapewnieniem dalszej skuteczności i trafności prac, szczególnie w zakresie rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu i islamofobii. Oba podmioty kooperują również w ramach Komisji przeciw Rasizmowi i Nietolerancji Rady Europy. W latach 2009 i 2010 pojawia się – poza wskazanymi powyżej – coraz większa ilość wspólnych inicjatyw z zakresu ochrony osób migrujących oraz praw dzieci⁵⁶.

Należy też zwrócić uwagę, na fakt, iż część komentatorów podkreśla bardzo ścisły związek pomiędzy przestrzeganiem i standardem praw człowieka a obywatelstwem europejskim, co więcej, uznają, iż szersze uregulowanie obywatelstwa może zwiększyć przestrzeganie praw człowieka. Z twierdzeniem tym można w części, ale niekoniecznie w całości, się zgodzić. O ile sama idea promocji praw człowieka, monitoringu w ramach instytucji europejskiej może być uznana za słuszną, to jednak niekoniecznie pożądany jest model praw człowieka proponowany przez Unię Europejską. Przykładem może być tutaj rozbieżność między pomiędzy sposobem pojmowania instytucji małżeństwa w ramach dwóch podstawowych aktów prawnych czyli EKPCz oraz KPP. W tym pierwszym dokumencie wyraźnie zostało wskazane, iż prawo do zawarcia małżeństwa jest prawem mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim, z którego to prawa mogą oni zgodnie z ustawami krajowymi korzystać⁵⁷. Natomiast z drugi z nich wskazuje, iż prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwa-

Strasbourg Ensuring Full Respect to Fundamental Rights – Our Common Goal, podano za: <http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Speech-Morten-Kjaerum-CoE-2nov.pdf>, dostęp z dnia 22.06.2011 r.

⁵⁶ Raport Agencji Praw Podstawowych: *Fundamental rights: challenges and achievements in 2010*, European Union Agency for Fundamental Rights, Austria 2011.

rantowane zgodnie z ustawami krajowymi⁵⁸. Tym samym Karta Praw Podstawowych nie tylko nie odwołuje się do tradycyjnego pojmowania małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, ale co więcej otwiera niebezpieczną furtkę dla wydawania rozstrzygnięć, czy propagowania wzorców, które nie będą zgodne z przyjętymi przez Radę Europy.

Zadawane jest równocześnie pytanie, czy monitoring państw członkowskich w obu przypadkach jest konieczny, skoro zakres jest bardzo zbliżony⁵⁹ i czy nie byłoby zasadniej, aby UE mógł on przebiegać bardziej jednolicie? W przededniu przystąpienia do EKPCz Unia i jej państwa członkowskie stoją przed trudnym wyborem. Mandat niedawno założony Europejskiej Agencji Praw Podstawowych jest ograniczony do obszarów tematycznych w ramach prawa unijnego⁶⁰ i najpewniej taki pozostanie. Tym samym – jak już w swoim raporcie wskazał J.-C. Juncker – działania, jakie podejmie Agencja „muszą być ściśle uzupełniające do działań monitorujących Rady Europy. Istotne jest, również to, iż jej mandat ogranicza się wyłącznie do kwestii praw człowieka, które powstają w związku z wdrażaniem prawa wspólnotowego, tj. ściśle w wewnętrznych UE systemu prawnego. Nigdy nie może być przedłużony do ogólnej obserwacji, przy użyciu własnych procedur i środków, o sytuacji praw człowieka w Radzie Europy państw członkowskich”⁶¹.

Być może samo istnienie zarówno Rady, jak i Agencji nie jest zbędne, na pewno jednak zmieni się rola tej drugiej. Im bardziej system ewoluować będzie ku jednolitości w ramach EKPCz, tym Agencja pełnić będzie rolę bardziej wykonawczą. W kontekście przytaczanych

⁵⁷ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 12, Rzym, 4.11.1950 r., podano za: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7B5C268E-CEB3-49A5-865F-06286BDB0941/0/POL_CONV.pdf, dostęp z dnia 22.06.2011 r.

⁵⁸ Karta Praw Podstawowych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 303/1, podano za: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:PL:PDF>, dostęp z dnia 22.06.2011 r.

⁵⁹ F. Benoit-Rohmer, H. Klebes, *Council of Europe law: towards a pan-European legal area*, Council of Europe, 2005, s. 128 i nast.

⁶⁰ A. von Bogdandy, *The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship*, Jean Monnet Working Paper 13/07, podano za: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/07/071301.pdf>, dostęp z dnia 20.06.2011 r.

⁶¹ Raport J.-C. Junckera, pkt d.

opinii, doświadczeń Rady Europy, samoistności tej organizacji⁶², jak i dotychczasowych zasług w promowaniu praw człowieka, wydaje się to być słuszna droga.

⁶² A. Royer, *The Council of Europe*, Strasbourg: Council of Europe Pub., 2010, s. 6.

**IV. STANDARDY EUROPEJSKIEJ
KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA
Z PERSPEKTYWY PRAKTYKI
KRAJOWEJ**

Marcin Stępień

Nadużycie prawa do sądu – czy sądy są bezsilne względem peniaczy sądowych?

Cel niniejszego artykułu jest dwojaki. Po pierwsze, zwrócenie uwagi na działalność peniaczy sądowych działających z za krat zakładów karnych i aresztów śledczych oraz na – niedoceniane bardzo często – konsekwencje ich działań. Po drugie, poszukiwanie zgodnego z prawem krajowym i nienaruszającego konwencyjnych i konstytucyjnych praw człowieka remedium. z tego względu konieczne będzie sięgnięcie do standardów międzynarodowych, przede wszystkim strasburskich. Szkic niniejszy oparty zostanie w dużej mierze na dość symptomatycznym przykładzie jednej osoby, odbywającej akurat karę pozbawienia wolności. Pozwoli to na analizę *modus operandi*, ocenę następstw oraz wskaże możliwe sposoby zapobiegania wnoszeniu już *prima facie* bezzasadnych skarg i powództw w sprawach cywilnych¹.

Opis problemu

Nie trzeba żadnego naukowego dowodu, by zgodzić się z tezą, że skazani na długoletnie wyroki pozbawienia wolności i osadzeni w zakładach karnych borykają się z nudą – i to nawet, gdy uzyskali możliwość pracy. Jednym ze sposobów na jej zabicie jest doszukiwanie się dziury w całym, tj. naruszenia przez zakład karny przepisów i norm dotyczących odbywania kary. Rzecz jasna nie jest celem niniej-

¹ Do tego typu spraw ograniczony zostanie niniejszy szkic.

szego szkicu deprecjonowanie starań osadzonych, aby zapewniona im była minimalna przewidziana prawem powierzchnia celi czy aby niepalący nie byli skazywani na dodatkową karę przebywania „pod celą” z palącymi. Natomiast zdarzają się sprawy dotyczące brudnych parapetów, kawy zbożowej, gdzie nie są odławiane fusy czy nawet muchy biegającej po celi, czego konsekwencją jest jeszcze większe ograniczenie przestrzeni życiowej². Spraw tego typu w skali całego kraju są tysiące³.

Oczywiście nawet pobieżna analiza z punktu widzenia psychologii może prowadzić do konstatacji, że osadzeni podejmują w ten sposób wszelkie próby, aby chociażby żyć w przeświadczeniu, iż zrobili wszystko, aby swój los poprawić. Niniejszy artykuł ograniczony jednak zostanie do kwestii *stricte* prawnych.

Jednym z najbardziej znanych w Apelacji Gdańskiej osadzonych, który tego typu powództwa wystosowuje, jest pan J. Wedle informacji z czerwca 2011 roku, w okręgu Sądu Okręgowego w Gdańsku prowadzono 685 (sześćset osiemdziesiąt pięć) spraw z jego powództwa⁴. Pan J. odbywa wyrok 13 lat i 10 miesięcy pozbawienia wolności za zabicie nożem kolegi i jednocześnie pracodawcy. Jak ustaliła r. Socha, dziennie J. wysyła średnio 30–40 pism, a jednego dnia może dostać nawet ponad 300 (trzysta) urzędowych odpowiedzi (jego rekord to ponoć 420). Zazwyczaj J. żąda odszkodowań od państwa i różnych osób fizycznych. w pewnym uproszczeniu jego *modus operandi* można określić mianem „pączkowania” spraw: występuje z powództwem np. z powodu przeludnienia w celi, wnosząc o ustanowienia dla niego pełnomocnika z urzędu. Wniosek ten uzasadnia zazwyczaj ubóstwem i niemożnością zajęcia się swoją sprawą z za krat. Ustanowiony dla niego pełnomocnik z urzędu nie jest w stanie oczywiście wygrać dla J. sprawy z uwagi na jej bezzasadność. Zatem kolejnym zazwyczaj krokiem jest pozwanie przez J. tegoż pełnomocnika, dla których to celów

² Szereg przykładów tego typu powództw oraz bardzo trafne statystyki przedstawiła red. r. Socha w artykule *Bo mucha biega po celi*, „Polityka” 2011, nr 23 (2810) z 1.06.2011 r., s. 30–31.

³ R. Socha, *op. cit.*,

⁴ Informacja uzyskana w trybie ustawy z dnia 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej, Dz.U. 2001.112.1198.

wnosi o... ustanowienie dla niego kolejnego pełnomocnika z urzędu. Gdy sprawa zahacza już o skargę kasacyjną lub stwierdzenie nieważności prawomocnego orzeczenia sądowego, zazwyczaj mając na uwadze całokształt okoliczności sprawy, przepisy korporacyjne i zasady etyki zawodowej, pełnomocnik sporządza opinię prawną, w której stwierdza brak podstaw do wniesienia ww. skarg. Zazwyczaj rzetelność i zasadność tego typu opinii (przesyłanej J. i dziekanowi ORA lub OIRP, sąd prowadzący sprawę jest tylko informowany o sporządzeniu i przesłaniu takiej opinii⁵) nie budzi wątpliwości obiektywnego odbiorcy. Nie przeszkadza to jednak J. w wystosowaniu przeciwko temuż pełnomocnikowi powództwa o zapłatę zadośćuczynienia z powodu naruszenia dóbr osobistych. Przykładowo np. w sprawie o sygn. akt I C 1124/09 rozpoznanej przez Sąd Okręgowy w Gdańsku J. pozwał adwokata ustanowionego z urzędu, który w opinii prawnej stwierdził bezzasadność wnoszenia skargi kasacyjnej i skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w jednej z jego spraw. J. domagał się zapłaty na swoją rzecz 77 000 zł. Podnosił, iż wskutek stwierdzenia braku podstaw do złożenia ww. skarg doznał m.in. uszczerbku na zdrowiu w postaci „zwiększonego nadciśnienia, stresu, migreny, problemów metabolicznych i gastrycznych”⁶. Powództwo zostało oddalone, a wyrok w tej sprawie podtrzymał Sąd Apelacyjny w Gdańsku⁷.

Trafnej konstatacji działań pana J. dokonał Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt I C 1124/09:

⁵ Por. Uchwała nr 61/2007 Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 15.09.2007 r. w sprawie trybu postępowania adwokatów wyznaczonych z urzędu do oceny zasadności sporządzenia i wniesienia kasacji, skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia i skargi konstytucyjnej; Kodeks Etyki Radcy Prawnego – załącznik do uchwały nr 8/VIII/2010, Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 28.12.2010 r. – art. 28 ust. 7, załącznik do uchwały nr 36/VII/2008 Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 27.09.2008 r. – Dobre praktyki radcy prawnego wyznaczonego z urzędu w postępowaniu dotyczących skargi kasacyjnej, skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia i skargi konstytucyjnej.

⁶ Pozew w aktach sprawy I C 1124/09 Sądu Okręgowego w Gdańsku.

⁷ Sygn. akt postępowania odwoławczego: I ACa 25/11.

(...) Powód [pan J. – uwaga M. S.] wniósł dotychczas do Sądu Okręgowego w Gdańsku I Wydziału Cywilnego kilkaset spraw i ciągle wnosi kolejne, a jego celem nie jest merytoryczne rozpoznania wnoszonych spraw, lecz bycie stroną procesu. Jedne sprawy stają się podstawą do wytaczania kolejnych. (...) Powód wciąż podnosi te same okoliczności, które mają uzasadniać jego roszczenia⁸.

W sporządzaniu setek pism, które wychodzą spod ręki pana J. pomagają mu współwięźniowie. Powstają w ten sposób specyficzne „spółdzielnie pisarskie”. Stąd też towarem deficytowym są dla pana J. materiały piśmiennicze i znaczki pocztowe, których dostarczenia domaga się od ustanowionych z urzędu pełnomocników.

Konsekwencje

Konsekwencje wnoszenia setek podobnych i nie mających *prima facie* uzasadnienia spraw są rozliczne, a pogrupować je można w pewnym uproszczeniu następująco: konsekwencje dla organizacji wymiaru sprawiedliwości, konsekwencje dla sędziów i pełnomocników, konsekwencje finansowe oraz dla zakładów ubezpieczeń.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż pan J. zazwyczaj zwalniany jest z obowiązku ponoszenia kosztów sądowych. *De lege lata* oznacza to brak obowiązku uiszczania zarówno opłat od pozwów (i innych pism wszczynających postępowanie lub jego etap), jak i opłat kancelaryjnych (np. 1 zł za jedną niepoświadczoną kserokopię dokumentu z akt sprawy)⁹. Zwolnienie to ma charakter tymczasowy, co oznacza, iż koszty te, za zwolnioną stronę, wykląda Skarb Państwa, a w orzeczeniu kończącym postępowanie, sąd orzeknie o ostatecznym obowiązku poniesienia kosztów sądowych¹⁰. Jednakże możliwość odzyskania kosztów od nieposiadającego majątku i niepracującego osadzonego pana J. jest wyłącznie hipotetyczna. Z drugiej strony, trudno sobie wyobrazić, aby zgodnie z prawem można by odmówić

⁸ Uzasadnienie wyroku w sprawie I C 1124/09, str. 3 (archiwum Autora).

⁹ Art. 100 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, t.j. Dz.U. 2010.90.594.

¹⁰ Por. art. 113 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, t.j. Dz. U. z 2010 roku, nr 90, poz. 594 ze zm.

zwolnienia z kosztów osobie, która rzeczywiście nie jest w stanie ich ponieść.

Podstawową konsekwencją działań pana J. dla organizacji wymiaru sprawiedliwości jest duże obłożenie jego sprawami. Każdą sprawą należy zająć się w zgodny z przepisami sposób: dokonać dekretacji, wyznaczyć posiedzenie, rozpatrzeć wnioski J. o pełnomocnika z urzędu, przekazywać sądom wyższym instancji zażalenia itp. – może minąć sporo czasu zanim z przyczyn formalnych sprawa trafi do merytorycznego rozpoznania. Skutkuje to przesunięciem w czasie rozpoznawania spraw, także jego, co skutkować może przewlekłością postępowania. W tym miejscu dodać należy, iż w latach 2009–2010 J. był autorem ponad 40 proc. wszystkich skarg na przewlekłość postępowania, jakie wpłynęły do SO w Gdańsku¹¹. Jest to świadoma taktyka J. – kilkakrotnie udało mu się nawet uzyskać nieduże kwoty odszkodowania. Jak ustaliła r. Socha¹², w 163 sprawach z powództwa J. zaangażowana jest Prokuratoria Generalna (czyli w każdej z nich w grę wchodzi roszczenie przeciwko Skarbowi Państwa przekraczające kwotę 75 tys. zł)¹³. Od 2001 r. do czerwca 2011 r. Sąd Najwyższy zarejestrował 128 pism od pana J, w tym ok. 100 to pisma wniesione w ramach tzw. środków zaskarżenia (skargi kasacyjne, skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnych orzeczeń, skargi na przewlekłość w postępowaniu cywilnym)¹⁴. Skądinąd J. zdążył już pozwać Sąd Najwyższy¹⁵.

Trudna do przecenienia jest olbrzymia praca, którą w związku ze sprawami pana J. muszą wykonać sekretariaty sądowe: począwszy na organizacji przepływu setek sztuk korespondencji, skończywszy na kserowaniu (wolnym od kosztów) setek stron dokumentów z akt sprawy.

Działalność pana J. ma również potencjalne negatywne konsekwencje dla samych sędziów i pełnomocników – abstrahując już nawet

¹¹ R. Socha, *op. cit.*

¹² R. Socha, *op. cit.*

¹³ Por. art. 8 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 8.07.2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, Dz.U. z 2005 roku, nr 169, poz. 1417 ze zm.

¹⁴ Dane dzięki uprzejmości pani Ryszardy Sochy.

¹⁵ W zasadzie Skarb Państwa, którego *statio fisci* jest Sąd Najwyższy (art. 67 § 2 kpc).

od nakładu pracy. Zarówno sędzia, jak i pełnomocnik ma bowiem duże szanse, aby zostać pozwanym przez pana J. Ma to duże znaczenie zwłaszcza dla młodych adwokatów i radców prawnych, dla których pierwszą „urzędówką” jest często właśnie sprawa pana J. Następnym krokiem jest nierzadko bycie przez niego pozwanym (jak to wyżej wskazano). Kwoty bywają znaczne (kilkadziesiąt tysięcy złotych) i choć szanse na wygraną pan J. ma niewielkie, to sama sprawa może być problematyczna. Mianowicie młodzi adwokaci i radcowie prawni informację o toczącej się przeciwko nim sprawie muszą podawać przy ubieganiu się chociażby o kredyt hipoteczny – w takich przypadkach nierzadko szanse na korzystny kredyt mogą znacząco zmaleć¹⁶. w przypadku pozywania kolejnych sędziów, są oni zmuszani do wyłączenia się od prowadzenia sprawy, co skutkować może brakiem obsady personalnej do rozpoznania sprawy w danym sądzie i w następstwie do konieczności przekazania sprawy do innego sądu.

Konsekwencje finansowe są oczywiste i widoczne na pierwszy rzut oka. Zgodnie z treścią par. 72 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych¹⁷, doręczenie zawiadomień, wezwań i innych pism sądowych osobom pozbawionym wolności powinno zostać potwierdzone przesłaniem sądowi dowodu doręczenia, co w praktyce oznacza często przesyłkę poleconą ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Koszt takiej przesyłki to co najmniej 5,65 zł (za najlżejszą). Doręczenie 300 przesyłek jednego dnia, co wyżej zasygnalizowano, kosztowało zatem Skarb Państwa co najmniej 1695 zł, zapewne więcej, jeśli przesyłki zawierały kilka stron. Dodać do tego należy oczywiście pracę pracowników sądu, koszty druku, papieru, prądu, koszty wynikające z braku załatwiania spraw innych osób... Istnieje zatem cały katalog kosztów niewymiernych. Dodać do tego należy również koszty zastępstwa procesowego przyznawane ustanowionym pełnomocnikom z urzędu tytułem wynagrodzenia za prowadzenie sprawy. Stawki te określone są na sztywno (tzw. normy przepisane) i widełkowo, tj.

¹⁶ Nie prowadzono w tym zakresie co prawda badań empirycznych, natomiast jest to informacja potwierdzona zarówno przez kilku osobiście znanych autorowi adwokatów/radców prawnych, jak i doradców/pośredników kredytowych.

¹⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23.02.2007 r., Dz.U. z 2007 roku, nr 38, poz. 249 ze zm.

np. w sprawie o zapłatę kwot powyżej 10 000 zł a poniżej 50 000 zł wynagrodzenie pełnomocnika z urzędu wynosi minimum 2400 zł, powyżej tej 50 000 zł do 100 000 zł – 3600 zł. Do tego dochodzą koszty w instancji odwoławczej (50% lub 75% tej kwoty w zależności czy sprawę rozpatruje Sąd Okręgowy czy Apelacyjny, ew. 100% stawki jeśli pojawił się nowy pełnomocnik)¹⁸. Koszty te w ostatecznym rozrachunku ponosi Skarb Państwa, a zatem podatnicy.

Finansowe konsekwencje działalności pana J. ponoszą także ubezpieczalnie. W związku z obowiązkiem posiadania przez adwokatów i radców prawnych polisy OC, towarzystwo ubezpieczeń może być zobowiązane do zapłaty za wynagrodzenie ustanowionego przez pozwanego mecenasa pełnomocnika z wyboru. Jest faktem notoryjnym, że w ostatecznym rozrachunku koszty te w postaci wyższych składek ponosi adwokatura i radcostwo.

Standard prawa do sądu w sprawach cywilnych

Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym. Taki standard wprowadza zarówno Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁹ (dalej jako Konwencja), jak i Międzynarodowy Pakt Praw Politycznych i Obywatelskich²⁰ (dalej jako Pakt).

Standardy te znalazły swoje substancjalne rozwinięcie w rozlicznym orzecznictwie, jak i w doktrynie. Mogą się one okazać przydatne

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2002.163.1349 ze zm.), Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. 2002.163.1348 ze zm.)

¹⁹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 roku, nr 61, poz. 284) w art. 6 ust. 1, oraz art. 2 i 3 Protokołu nr 7 do tejże Konwencji.

²⁰ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 roku, nr 38, poz. 167) w art. 14 ust. 1.

dla oceny zarówno możliwości przeciwdziałania pieniactwu sądowemu, jak i zagwarantowaniu, że metody te nie będą sprzeczne czy niezgodne z Konwencją i Paktem. Szczegółowe ich omawianie w ramach niniejszego opracowania jest całkowicie zbędne, chociażby z uwagi na znakomitą literaturę w tym przedmiocie²¹. Konieczne jednak będzie zasygnalizowanie treści tych standardów, zwłaszcza w oparciu o orzecznictwo Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, mimo iż raczej wskazywało ono te standardy w kontekście konkretnych spraw, a nie *in abstracto*. Jest to tym bardziej uzasadnione, że zarówno tekst Konwencji, jak i Paktów pozostaje dość lakoniczny przy określaniu katalogu minimalnych gwarancji procesowych w sprawach cywilnych (w przeciwieństwie do spraw karnych). Nie jest oczywiście wykluczone posiłkowanie się gwarancjami przyznanymi *expressis verbis* w odniesieniu do spraw karnych, czy też posiłkowanie się doktryną *fair trial*²².

Przy nakreślaniu wyżej wskazanych standardów zasadne wydaje się przyjęcie trzech założeń. Po pierwsze, standardy prawa do sądu w sprawach cywilnych „chronią” postępowanie sądowe, a nie jego wynik. Z tego też względu, jak trafnie zauważa M. Sykulska-Przybysz, art. 6 Konwencji nie może stanowić podstawy skutecznej skargi, jeśli jej przedmiotem jest zarzut błędnego zastosowania prawa, czy też błędu w ustaleniach faktycznych, prowadzący np. do bezzasadnego oddalenia powództwa²³. Po drugie, z uwagi na treść art. 6 ust. 2 i 3 Konwencji, art. 2 Protokołu nr 7 do tej Konwencji oraz art. 14 ust. 2–6 Paktu, Państwa mają szerszy zakres marginesu uznania i swobody w implementacji i wykładni prawa do rzetelnego procesu w sprawach

²¹ Przykładowo w języku polskim: Komentarz do art. 6 Konwencji autorstwa P. Hofmańskiego, A. Wróbla [w:] L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, Rozdział XVI autorstwa B. Gronowskiej i M. Balcerzaka [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010; w języku angielskim: van P. Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague 1998.

²² Por. M. Sykulska-Przybysz, hasło *Rzetelny proces sądowy* [w:] M. Balcerzak, S. Sykuna (red), *Leksykon ochrony praw człowieka*, str. 431.

²³ Por. M. Sykulska-Przybysz, hasło *Rzetelny proces sądowy* [w:] M. Balcerzak, S. Sykuna (red), *Leksykon ochrony praw człowieka*, str. 435.

cywilnych²⁴. Po trzecie, zapewnienie urzeczywistnienia minimalnych standardów rzetelności postępowania cywilnego wiązać się będzie w dużej mierze z obowiązkami pozytywnymi Państwa²⁵.

Istotnym elementem gwarancji w sprawach cywilnych jest „rozpatrzenie sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd”, który winien wydać swoje rozstrzygnięcie w „rozsądnym terminie”. Podstawą²⁶ jest tu zawsze konieczność zapewnienia prawa do sądu²⁷, które to prawo nie powinno być gwarantowane nie tylko formalnie, ale i faktycznie. Sprzyjać temu mają nie za wysokie koszty sądowe i możliwość uzyskania zwolnienia z obowiązku ich ponoszenia oraz możliwość uzyskania pomocy prawnej, o czym niżej.

W sprawach cywilnych zastosowanie znajdują także takie standardy wywiedzione z obowiązków pozytywnych państwa na gruncie spraw karnych, jak: kontradiktoryjność postępowania i związana z nią zasada „równości broni” stron procesu, prawo do osobistego uczestnictwa w procesie, obowiązek starannego badania materiału dowodowego oraz wniosków dowodowych, a także obowiązek uzasadniania orzeczeń oraz zapewnienia prawa do skutecznego środka odwoławczego w razie naruszenia w trakcie procesu standardów przewidzianych art. 6 Konwencji.

Wymaganie uiszczenia kosztów sądowych może ograniczać prawo dostępu do sądu. Wprawdzie przepis art. 6 nie gwarantuje prawa do pomocy w uiszczaniu kosztów sądowych to jednak państwo musi zapewnić, aby dostęp do sądu nie był dla jednostki niemożliwy

²⁴ Por. np. wyrok EPTC z dnia 27.10.1993 r. w sprawie *Dombo Beheer p. Holandii*, nr skargi 14448/88.

²⁵ Więcej na temat obowiązków pozytywnych Państwa w kontekście prawa do rzetelnego procesu sądowego w pracy doktorskiej autorstwa J. Czepka, napisanej pod kierownictwem prof. dr. hab. T. Jasudowicza: *Zobowiązania pozytywne państwa w sferze praw człowieka pierwszej generacji*, rozdział: *Syntetyczny przegląd zobowiązań pozytywnych Państw-Ston w sferze innych praw chronionych*, podrozdział *Na ile gwarancji prawa do słusznego procesu*; niepubl., (dzięki uprzejmości autora; praca obroniona na WpIA UMK w sierpniu 2011 r.).

²⁶ Orzecznictwo ETPC uznaje dostęp do sądu jako zarówno przesłankę, jak i element prawa do rzetelnego sądu, por. np. wyrok ETPC z dnia 21.02.1975 r. w sprawie *Golder p. Zjednoczonemu Królestwu*, nr skargi 4451/70. par. 34 in.

²⁷ Pojęcie „sądu” wykladane jest w sposób autonomiczny, tj. w drodze ustalenia, czy organ ten spełnia kryteria m.in. niezawisłości i bezstronności.

ze względów ekonomicznych i określić sposoby tego zapewnienia²⁸. z tego powodu, przykładowo, za zbyt wysokie uznano koszty sądowe odpowiadające w swej wysokości przeciętnemu rocznemu wynagrodzeniu w danym państwie²⁹, choć oczywiście ocena będzie tu dokonywana w uzależnieniu od okoliczności konkretnej sprawy.

Prawo krajowe powinno przewidywać możliwość całkowitego lub częściowego zwolnienia od kosztów³⁰ lub rozłożenia ich na raty³¹. Polskie ustawodawstwo przewiduje nawet możliwość odroczenia płatności lub umorzenia tych kosztów³². Brak stosownych regulacji może stanowić o naruszeniu art. 6 Konwencji³³. Trafnie w tym kontekście zauważył Sąd Najwyższy:

Prawo do sądu nie może być prawem „papierowym”. Oznacza to, że w każdym uzasadnionym przypadku, jeżeli koszty sądowe miałyby stanowić tamę do sądowego rozpatrzenia sprawy czy też środka zaskarżenia, sąd jest obowiązany do takiego rozstrzygnięcia o kosztach, które umożliwi stronie (realnie) ich wniesienie³⁴.

²⁸ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 9.10.1979 r. w sprawie *Airey przeciwko Irlandii*, skarga nr 6289/73, par. 22 i nast.

²⁹ Wyrok ETPC z dnia 19.06.2001 r. w sprawie *Kreuz p. Polsce*, skarga nr 28249/95, par. 61 i n.; wyrok z dnia 26.07.2005 r. w sprawie *Podbielski i PPU Polpure p. Polsce*, skarga nr 39199/98, par. 70.

³⁰ Art. 100 i 101 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, t.j. Dz.U. 2010.90.594.

³¹ Polskie ustawodawstwo nie przewiduje możliwości wnoszenia w ratach opłaty od pozwu/wniosku. Niemniej jednak kwestie związane z rozłożeniem na raty należności sądowych, o który orzeczono w wyroku lub postanowieniu kończącymi sprawę por. art. 119 i n. ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, t.j. Dz.U. z 2010 r., nr 90, poz. 594. Po myśli art. 119 ww. ustawy: „Zapłata należności Skarbu Państwa z tytułu nieuiszczonych kosztów sądowych oraz grzywien orzeczonych w postępowaniu cywilnym, zwanych dalej «należnościami sądowymi», może być umorzona, odroczone albo rozłożona na raty, jeżeli natychmiastowe ich ściągnięcie byłoby połączone z niewspółmiernymi trudnościami lub groziłoby dłużnikowi zbyt ciężkimi skutkami”.

³² Art. 121–124 ww. ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

³³ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 6.09.2007 r. w sprawie *Kijewska p. Polsce*, skarga nr 73002/01 par. 44; z dnia 4.03.2008 r. w sprawie *Polejowski p. Polsce*, skarga nr 38399/03 par. 33; zob. też wyrok ETPC z dnia 7.07.2009 r. w sprawie *Kata p. Polsce*, skarga nr 9590/06.

³⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12.04.2006 r., III Cz 20/06, niepubl., cyt. za *Legalis*.

ETPC uznał, że obowiązek uiszczenia kosztów może stanowić ograniczenie dla wnoszenia spraw *prima facie* pozbawionych szans powodzenia czy też zgłaszania nadmiernie wysokich roszczeń finansowych³⁵.

Bardziej złożona wydaje się być kwestia związana z obowiązkiem przyznania prawa do pomocy prawnej w sprawach cywilnych, przy czym chodzi tu o pomoc prawną zarówno w postaci ustanowienia pełnomocnika z urzędu, tj. na koszt Państwa, jak i pokrycie kosztów ustanowionego/wybranego samodzielnie przez stronę pełnomocnika. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że w wyroku w sprawie *Andronicou i Constantinou przeciwko Cyprowi* ETPC uznał, że interpretacja nakazująca stworzenie ogólnego systemu pomocy prawnej w sprawach cywilnych byłaby zbyt szeroka i nakładałaby zbyt uciążliwy obowiązek na Państwa-Strony³⁶. Państwo-Strona ma swobodny wybór środków mających na celu zapewnienie skutecznego prawa dostępu do sądu, gdyż nie jest funkcją Trybunału wskazywanie, jakie środki powinny zostać podjęte. Konwencja wymaga jedynie zapewnienia jednostce skutecznego prawa dostępu do sądu. Można zatem uznać, że w tym sensie Konwencja wiąże jedynie co do celu, przy czym oczywiście nie można zapominać o zasadzie rzeczywistości i skuteczności jako zasadzie ogólnej prawa międzynarodowego praw człowieka³⁷.

Z tych względów art. 6 ust. 1 Konwencji (i odpowiednio art. 14 Paktu) odczytać można nakaz zapewnienia pomocy prawnika, gdy taka pomoc jest niezbędna dla zapewnienia skutecznego dostępu do sądu, w sytuacji, gdy profesjonalna reprezentacja przed sądem jest

³⁵ Zob. wyrok ETPC z dnia 3.02.2009 r. w sprawie *Kupiec p. Polsce*, skarga nr 16828/02 par. 47; z 17.02.2009 r. w sprawie *Gospodarczyk p. Polsce*, skarga nr 6134/03 par. 34; a *contrario* – wyrok ETPC z dnia 2.02.2010 r. w sprawie *Nieruchomości Sp. z o.o. p. Polsce*, skarga nr 32740/06 par. 29.

³⁶ Wyrok ETPC wyrok z dnia 9.10.1997 r. w sprawie *Andronicou i Constantinou p. Cyprowi*, skarga nr 25052/94, par. 25 i 26.

³⁷ T. Jasudowicz, *Zasady ogólne prawa międzynarodowego praw człowieka*, str. 209–210 [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010; M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010.

obowiązkowa lub z powodu znacznego stopnia zawichości sprawy³⁸ bądź też osobistych i emocjonalnych implikacji sprawy³⁹. W pewnych zaś sytuacjach nieuwzględnienie wniosku o przyznanie pełnomocnika z urzędu ETPC uznawał za naruszenie istoty prawa skarżącego do sądu⁴⁰.

Z drugiej strony, ETPC nie stwierdził naruszenia art. 6 Konwencji w sprawie, w której władze brytyjskie w sprawie o zniesławienie odmówiły przyznania skarżącemu (pозwanemu przed sądem krajowym) pomocy prawnej – przepisy krajowe wyłączały bowiem taką możliwość w odniesieniu do tej kategorii spraw. ETPC potwierdził stanowisko rządu, że skarżący był w stanie reprezentować się samodzielnie, nawet mając na uwadze okoliczność, że jego przeciwnik (powód) był wpływową i znaną powszechnie postacią⁴¹.

Reasumując, państwo może wprowadzać pewne ograniczenia przy przyznawaniu prawa pomocy. Ograniczenia te nie mogą jednak naruszać istoty prawa do sądu, tj. muszą uwzględniać założenie, aby prawo to nie stało się iluzoryczne i wyłącznie teoretyczne. Rzecz jasna, ograniczenia te nie mogą mieć charakteru dyskryminacyjnego i nieproporcjonalnego do zakładanego *ratio legis*.

Ograniczenie prawa do sądu

Ograniczenie prawa do słusznego procesu może dotyczyć zarówno samej jego podstawy, tj. dostępu do sądu, jak i poszczególnych jego elementów, np. wyłączenia prawa do wniesienia środka odwoławczego w odniesieniu do drobnych przestępstw, czy też przyrzeczenia adwokacki w odniesieniu do spraw przez sądami najwyższymi.

Prawo dostępu do sądu nie jest prawem absolutnym. Nie można tu nie zauważyć, iż zarówno w przypadku art. 6 Konwencji, jak i art.

³⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Airey przeciwko Irlandii*, par. 26

³⁹ Wyrok ETPC z dnia 16.07.2002 r. w sprawie *P., C. i S. przeciwko Z.K.*, skarga nr 56547/00, par.95.

⁴⁰ Np. Wyrok ETPC z dnia 30.07.1998 r. w sprawie *Aerts przeciwko Belgii*, skarga nr 25357/94, par.60

⁴¹ Wyrok ETPC z dnia 7.05.2002 r. w sprawie *McVicar przeciwko Z.K.*, skarga nr 46311/99, *passim*.

14 Paktu *expressis verbis* sformułowano ograniczenie – klauzulę limitacyjną – wyłącznie w odniesieniu do jawności rozprawy. Innymi słowy, przepisy te nie zawierają klauzul limitacyjnych podobnych chociażby do tych z art. 8, art. 9 czy art. 10 Konwencji czy też art. 18 i art. 19 Paktów; nie zawierają też tzw. wyjątków *ex definitione*⁴². Prawo to może jednak podlegać derogacji (art. 15 Konwencji, art. 4 Paktu), co jednak będzie mogło mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach nadzwyczajnych. Ustalenie możliwości i zasad wprowadzania ograniczeń ze strony państwa w zasadzie pozostaje dziełem praktyki orzeczniczej przede wszystkim ETPC. W orzecznictwie podkreślono, że państwom-stromom w tym zakresie przysługuje pewien zakres marginesu uznania, co jednak nie może skutkować ograniczeniem istoty prawa do sądu⁴³. Ograniczenia w prawie dostępu do sądu, jeśli służą realizacji legitymowanego celu, są zgodne z zasadą proporcjonalności i pewności prawa oraz nie są stosowane arbitralnie, nie naruszają art. 6 ust. 1 Konwencji i art. 14 Paktu⁴⁴.

Za cele legitymowane usprawiedliwiające ograniczenia w prawie dostępu do sądu w swej praktyce orzeczniczej ETPC uznał m.in.:

- dobro wymiaru sprawiedliwości⁴⁵;
- zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu sądów sprawami⁴⁶;
- właściwe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości⁴⁷.

⁴² Choć należy mieć tu na uwadze art. 2 ust. 2 Protokołu 7 do Konwencji, który przewiduje możliwość złożenia odwołania od skazującego wyroku w sprawach karnych, dając państwom możliwość wprowadzenia wyjątków w przypadku drobnych przestępstw, określonych w ustawie, lub w przypadkach, gdy dana osoba była sądzona w pierwszej instancji przez Sąd Najwyższy lub została uznana za winną i skazana w wyniku zaskarżenia wyroku uniewinniającego sądu pierwszej instancji.

⁴³ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 28.05.1985 r. w sprawie *Ashingdane p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 8225/78 par. 57; wyrok z dnia 8.07.1986 r. w sprawie *Lithgow i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 9006/80, par. 194.

⁴⁴ Zob. np. wyrok ETPC w sprawie *Ashingdane p. Zjednoczonemu Królestwu*, par. 57; z dnia 22.10.1996 r. w sprawie *Stubbings i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 22083/93 par. 48; z dnia 23.10.1996 r. w sprawie *Levages Prestations Services p. Francji*, skarga nr 21920/93 par. 40–50.

⁴⁵ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 13.07.1995 r. w sprawie *Tolstoy Miloslavsky p. Zjednoczonemu Królestwu*, sprawa nr 18139/91 par. 61

⁴⁶ Wyrok ETPC z dnia 19.12.1997 r. w sprawie *Brualla Gómez de la Torre p. Hiszpanii*, skarga nr 26737/95 par. 36.

W zasadzie za dopuszczalne uznaje się pewne proceduralne wymogi związane z dopuszczalnością złożenia pozwu lub środków zaskarżenia, szczególności takie jak: terminy, przymus adwokacki, wymagania formalne pozwu, zezwolenie sądu na prowadzenie procesu.

Ograniczenie prawa dostępu do sądu osób chorych psychicznie, małoletnich, więźniów i bankrutów może być legitymowane⁴⁸. Niezgodne jednak z art. 6 będzie całkowite pozbawienie takich osób tego prawa⁴⁹. Możliwe jest stosowanie ograniczeń w dostępie do sądu mające na celu zapobieżenie nadużywaniu prawa do sądu i wielokrotnego wnoszenia pozwów, gdy są rzetelnie stosowane i przewidują środki zapewniające, że prawidłowe pozwy będą rozpoznane w odpowiednim postępowaniu⁵⁰.

Nadużycie prawa

Nie jest obca zarówno Konwencji (art. 17), jak i Paktowi (art. 5) instytucja nadużycia prawa. Choć omówienie tej instytucji przekracza ramy niniejszego szkicu, to godzi się tu przypomnieć jej istotę. Wedle tzw. teorii wewnętrznej, nadużycie prawa zachodzi wówczas, gdy uprawniony, wykonując swe prawo, działa sprzecznie z zasadami dobrej wiary lub używa prawa niezgodnie z celem, ze względu na który prawo to służy. Teoria ta stoi na stanowisku, że nadużycie prawa jest działaniem bezprawnym, mającym tylko pozory wykonywania prawa. Wedle tzw. teorii zewnętrznej, osoba, która nadużywa prawa, działa w granicach swego prawa, a jedynie ze względu na to, że pobudki jej działania były niedozwolone, nadużycie prawa staje się czynem niedozwolonym, pociągającym za sobą obowiązek naprawie-

⁴⁷ Wyrok ETPC z dnia 15.07.2003 r. w sprawie *Ernst i inni p. Belgii*, skarga nr 33400/96 par. 50

⁴⁸ Zob. np. wyrok ETPC w sprawie *Golder p. Zjednoczonemu Królestwu*, par. 37–40 i wyrok z dnia 10.05.2001 r. w sprawie *Z. i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 29392/95 par. 93.

⁴⁹ Por. np. wyrok ETPC z dnia 24.10.1979 r. w sprawie *Winterwerp p. Niderlandom*, skarga nr 6301/73 par. 75.

⁵⁰ P. Hofmański, A. Wróbel [w:] L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, str. 296.

nia szkody. Polska doktryna prawa przyjęła co do zasady teorię wewnętrzną⁵¹.

Na gruncie Konwencji i Paktu, nie czyniąc tu rozważań, która z ww. koncepcji ma tu zastosowanie, wskazać należy, że niedopuszczalna jest taka interpretacja ich postanowień, która przyznawałaby jakimkolwiek Państwu, grupie lub osobie prawa do podjęcia działań lub dokonywania czynu zmierzającego do zniweczenia jakichkolwiek praw i wolności w nich zawartych lub ich ograniczania w stopniu większym niż przewidują to te akty. Innymi słowy, wykluczone jest posługiwanie się Konwencją (i odpowiednio Paktem) dla niweczenia gwarantowanych w niej praw i wolności⁵². Zalewanie sądów setkami spraw pniackich wpływając na obciążenie sądów, skutkować będzie zazwyczaj wydłużeniem terminu do rozpatrzenia spraw innych podmiotów.

Podkreślenia wymaga, iż nadużycie prawa w znaczeniu Konwencji, jak i Paktu, może być rozważane zarówno w aspekcie wertykalnym (relacja jednostka-państwo), jak i horyzontalnym (jednostka-jednostka).

Jak wskazuje L. Garlicki:

Treścią art. 17 [Konwencji – M.S.] jest, w pierwszym rzędzie, ustanowienie substancjalnej klauzuli ograniczającej, która wyznacza granice (ramy) stosowania gwarancji praw i wolności przewidzianych w Konwencji. Artykuł 17 ma znaczenie wykluczające, bo akty i działania, które – w zasadzie – należą do zakresu treściowego danego prawa czy wolności, usuwa – ze względu na szczególne intencje towarzyszące ich podejmowaniu – poza ten zakres. Tym samym, akt lub działanie wskazane w art. 17 zostaje postawione poza przedmiotowym zakresem Konwencji i pozbawione jej ochrony⁵³.

Z istoty art. 17 Konwencji i art. 5 Paktu wynika, iż nie mają one znaczenia samodzielnego i zawsze muszą być stosowane w zestawie-

⁵¹ Por. np. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, str. 149–150, gdzie Autorzy odwołują się przede wszystkim do monografii A. Szpunara *Nadużycie prawa podmiotowego*, Kraków 1947.

⁵² L. Garlicki [w:] L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, str. 813.

⁵³ L. Garlicki, *op. cit.*, str. 814.

niu z konkretnymi prawami i wolnościami przewidzianymi w tych aktach.

W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że ETPC do nadużycia prawa podchodził trojako⁵⁴:

1. uznając art. 17 Konwencji za podstawę dla odmowy ochrony, w przypadku uznania, że dany akt lub działanie nie mieściło się w zakresie objętym ochroną konkretnego postanowienia Konwencji⁵⁵;
2. przywołując aksjologiczny aspekt art. 17 dla dokonania wykładni klauzul limitacyjnych, niezgodny z Konwencją cel aktów lub działań przesądzał o legitymizmie nakładanych przez państwo ograniczeń;
3. uznając art. 17 Konwencji za samoistną podstawę rozstrzygnięcia, co miało miejsce w sprawach, gdzie wykorzystywano wolność ekspresji lub zgromadzeń dla szerzenia rasizmu i nienawiści⁵⁶.

Zasadą jest jednak, że stosowanie art. 17 Konwencji (i analogicznie art. 5 Paktu) zawsze będzie miało charakter wyjątkowy i ograniczony.

Remedium dla piniaczy

Remedium dla opisanych wyżej przypadków piniactwa sądowego można zatem *prima facie* próbować poszukiwać zarówno w samym zakresie prawa do sądu, jak i w instytucji nadużycia prawa do niego. Istotne dla strony-piniacza jest bowiem zazwyczaj uzyskanie zwolnienia z kosztów oraz ustanowienie pełnomocnika z urzędu, tj. uzyskanie pomocy prawnej. Zgodne z literą i duchem Konwencji i Paktu ograniczenie tych praw ograniczyć może napływ ich spraw. W pierwszej jednak kolejności należy odpowiedzieć sobie na pytanie, do czego ma służyć sąd i prawo do dostępu do niego.

⁵⁴ L. Garlicki, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁵ Por. postanowienie Komisji z dnia 20.07.1957 r. w sprawie *KPD p. Niemcom*.

⁵⁶ Por. np. postanowienia ETPC: z dnia 24.06.2003 r. w sprawie *Garaudy p. Francji* skarga nr 65831/01, z dnia 16.11.2004 r. w sprawie *Norwood p. Zjednoczonemu Królestwu* skarga nr 23131/03; z dnia 20.02.2007 r. w sprawie *Ivanov p. Rosji* skarga nr 35222/04.

W pewnym uproszczeniu można wskazać, że jednym z celów prawa do sądu w sprawach cywilnych jest rozpoznanie i uzyskanie orzeczenia w przedmiocie zasądzenia określonego świadczenia (np. o zapłatę z tytułu naruszenia dóbr osobistych) lub kształtującego, potwierdzającego, względnie ustalającego określony stan rzeczy prawnie relewantny dla stron (np. rozwiązanie małżeństwa, kolejność dziedziczenia)⁵⁷. Ten drugi rodzaj spraw w zarysowanych powyżej sprawach pieniackich w zasadzie nie występuje (choć za tego typu sprawy można uznać te związane z przewlekłością postępowania).

Z tego względu uznać można, że jeśli nie ma sporu co spełnienia świadczenia, to nie ma potrzeby korzystania z prawa do sądu.

Taki jest też pogląd wyrażony w orzecznictwie ETPC, gdzie stwierdza się, że warunkiem prawa do sądu jest zaistnienie sporu, który musi być rzeczywisty i takie państwa powinny przyjąć domniemanie, chyba że istnieją przesłanki wyraźnie wskazujące, że jest inaczej⁵⁸. W sprawie *Gustafson przeciwko Szwecji*⁵⁹ ETPC dopiero po stwierdzeniu, że roszczenie skarżącego w postępowaniu krajowym nie było „frywolne bądź dokuczliwe bądź też w inny sposób pozbawione podstaw” uznał, że postępowanie krajowe mogło podlegać ocenie pod kątem spełnienia wymogów z art. 6 Konwencji (i odpowiednio art. 14 Paktu).

Można z tego wyciągnąć wniosek, że jeśli brak jest sporu, a powództwo wnoszone jest jedynie czy to dla dokuczenia, czy to dla samego wniesienia sprawy do sądu, to państwo-strona nie musi zapewniać prawa do sądu i rzetelnego procesu. W konsekwencji sprawą taką organy sądowe nie musiałyby się zajmować więcej niż to jest konieczne.

⁵⁷ Opieram się tu na tradycyjnie przyjmowanym w polskiej doktrynie procesu cywilnego trójpodziale powództw: o zasądzenie świadczenia, o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa i o ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa. Por. H. Pietrkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009, str. 276.

⁵⁸ Por. np. wyroki ETPC z dnia 25.11.1993 r. w sprawie *Zander p. Szwecji* skarga nr 14282/88, z dnia 19.07.1995 r. w sprawie *Kerojarvi p. Finlandii* skarga nr 17506/90, z dnia 28.08.1995 r. w sprawie *Masson and Van Zon p. Holandii* skarga nr 15346/89, z dnia 1.07.1997 r. w sprawie *Gustafson p. Szwecji* skarga nr 23196/94.

⁵⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Gustafson p. Szwecji*, par. 39.

Rozwiązanie takie jednak musi przybrać odpowiednie szaty procesowe. Po pierwsze, każda sprawa i tak musi zostać zarejestrowana i zadekretowana, tj. w praktyce przydzielona do referatu konkretnego sędziego. Po drugie, konieczne byłoby wydane stosownego orzeczenia (postanowienia), w którym powództwo takie zostałoby odrzucone (bez konieczności merytorycznego rozpoznawania) z uwagi na brak sporu. Z przyczyn gwarancyjnych (wyeliminowanie możliwości nadużyć) wymagałoby to uzasadnienia, jak i środka odwoławczego. Po trzecie, rozwiązanie takie można sobie wyobrazić wyłącznie do spraw typowo pieniackich, gdzie z urzędu byłoby wiadome, że autor powództwa (skargi) walczy nie tyle o uzyskanie rozstrzygnięcia, co inicjuje postępowanie dla samego postępowania. O ile zatem np. w sprawach pana J. stosowna ocena nie budziłaby większych wątpliwości, to mogły by się one pojawić w przypadkach nowych czy też incydentalnych przypadkach. Pewne wątpliwości mogłyby się pojawiać w przypadku występujących w praktyce pozwów fikcyjnych czy instrumentalnych⁶⁰. Po czwarte, nie zawsze pismo inicjujące postępowanie pozwalałoby na wstępną i trafną ocenę. Z tego też względu także po tzw. słuchaniu informacyjnym stron istniałaby możliwość odrzucenia pozwu bez dalszego przeprowadzania postępowania dowodowego. Byłby to z całą pewnością środek o charakterze wyjątkowym.

De lege lata, w polskiej procedurze cywilnej brak jest jednak podstaw prawnych do takiego rozstrzygnięcia. Natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, aby argumentację dotyczącą frywolności powództwa i braku rzeczywistego, poważnego sporu wykorzystać w uzasadnieniu orzeczenia kończącego sprawę jako usprawiedliwienie dla ograniczenia postępowania dowodowego. I choć nie rozwiąże to całkowicie pro-

⁶⁰ Np. rozwód czy też zniesienie współwłasności, których faktycznym celem jest tak naprawdę uniknięcie odpowiedzialności za zobowiązania, czy też wszczynanie spraw tylko po to, by uzyskać zawieszenie postępowania w innych sprawach z uwagi na potencjalną prejudycjalność rozstrzygnięcia. Stosownej oceny, jak się zdaje, dokonać tu może wyłącznie doświadczony sędzia w oparciu o swoją intuicję i doświadczenie życiowe. w ocenie autora, chociażby z tych względów, nie jest tu możliwe zastosowanie sugerowanego rozwiązania.

blemu, które wywołują sprawy piniackie, to ograniczy czas poświęcany na ich rozstrzygnięcie.

Jak się zdaje, tok postępowania sądu byłby zbliżony, gdyby piniackie sprawy rozpatrywać w kontekście nadużycia prawa do sądu.

Innym dopuszczalnym remedium dla piniaczy sądowych mogłaby być grzywna lub inna forma kary pieniężnej. Już w 1987 roku Komisja Praw Człowieka wskazała, że nałożenie kary pieniężnej za nadużywanie prawa do procesu nie jest niezgodne z art. 6 ust. 1 Konwencji⁶¹. W sprawie, która była kanwą postanowienia Komisji, francuski Sąd Kasacyjny ukarał grzywną skarżącego, którego skargę oddalił uznając ją za nadużycie prawa do sądu. *De lege ferenda* można sobie wyobrazić analogiczne rozwiązanie w prawie polskim – i to zarówno na etapie skarg do wyższych, jak i pozwów do niższych instancji. Rzecz jasna instytucja ta nie rozwiązałaby wszystkich problemów związanych z tego typu sprawami – sąd tak czy siak musiałby sprawą się zająć. Mogłoby natomiast to mieć – by użyć określenia często używanego przez ETPC przy okazji spraw związanych z wolnością ekspresji – „schładzający efekt”, tj. zniechęcający do pochopnego zakładania kolejnych spraw.

Jak wskazano powyżej, nierzadko prawo do sądu czy też powodzenie sprawy uzależnione być mogą od przyznania pomocy prawnej. W sprawach piniackich dopuszczalna byłaby odmowa przyznania takiej pomocy bez narażenia się na zarzut naruszenia art. 6 Konwencji czy też art. 14 Paktu. Odmowa przyznania pomocy prawnej na tej podstawie, że potencjalna skarga nie ma rozsądnej perspektywy na powodzenie, nie stanowi naruszenia prawa do sądu, chyba, że zostanie wykazane, że decyzja władzy administracyjnej była arbitralna⁶². Stosowanie tego remedium jest jak najbardziej dopuszczalne *de lege lata*. Mogłoby stanowić uzasadnienie dla odmowy przyznania pomocy prawnej do składania przede wszystkim pism objętych przymusem adwokacko-radcowskim.

Rozwiązanie to jest o tyle trafne, że po pierwsze, jak wskazano powyżej, Konwencja (i Pakt) nie gwarantują prawa pomocy prawnej

⁶¹ Postanowienie EKPC z dnia 14.07.1987 r. w sprawie *P. p. Francji*, skarga nr 10412/83.

⁶² Postanowienie EKPC z dnia 10.07.1986 r. w sprawie *Winer p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 10871/84.

we wszystkich sprawach, zwłaszcza cywilnych; po drugie, rozwiązanie takie, poza sprawami objętymi przymusem adwokacko-radcowskim, nie pozbawia prawa do sądu. Warto tu także zwrócić uwagę, że w stosunku do osób – także pieniaczy sądowych – występujących bez profesjonalnego pełnomocnika procesowego, sąd jest zobowiązany do daleko idących pouczeń co do czynności procesowych, środków odwoławczych itp. (por. np. art. 5 kpc).

Za dopuszczalną uznano również odmowę przyznania pomocy prawnej z uwagi na nadużycie prawa do sądu⁶³. Nie miało to co prawda miejsca w sprawie dotyczącej pieniacstwa sądowego, ale jak się zdaje nie ma przeszkód, aby i w tego rodzaju sprawach takie rozwiązanie zastosować. Konieczne by tu było wykazanie, na czym to nadużycie polega. Rzecz jasna można by posiłkować się tutaj również argumentacją dotyczącą braku rzeczywistego sporu.

Nie ma również przeszkód ku temu, aby odmówić przyznania pomocy prawnej w sytuacji, gdy potencjalne koszty postępowania pozostają w dysproporcji do szkody rozumianej jako żądana kwota⁶⁴.

Z kolei ryzykowne w kontekście spełnienia wymogów Konwencji i Paktu mogą okazać się odmowa zwolnienia z kosztów czy też przyznania pomocy prawnej z uwagi na brak widoków na powodzenie sprawy⁶⁵. Prowadzi to w istocie do swoistego przedsądu, oceny merytorycznej sprawy przed jej rozpoznaniem. W tym kontekście trudno uznać, aby przesłanka „rzetelności procesu” została spełniona. Przesłanka „braku widoków na powodzenie sprawy” zakłada bowiem już, że spór w rozumieniu wyżej wskazanym istnieje, a skoro tak jest, to należy go rozpoznać.

Pewnym remedium może być od niedawna również jedna z przesłanek negatywnych dopuszczalności skargi w systemie strasburskim, tj. brak minimalnego uszczerbku. Środek ten jednakże znaj-

⁶³ Por. np. postanowienie EKPC z dnia 4.12.1985 r. w sprawie *W. p. Niemcom*, skarga nr 11564/85.

⁶⁴ Por. np. postanowienie EKPC z dnia 2.07.1997 r. w sprawie *Stewart-Brady p. Zjednoczonymu Królestwu*, skarga nr 27436/95; skarżący domagał się zasądzenia 71,50 funtów angielskich).

⁶⁵ Ocena pod kątem braku widoków na powodzenie sprawy pojawiła się np. w sprawie *Stewart-Brady*.

dzie swoje zastosowanie dopiero na etapie wnoszenia skargi i przez jego pryzmat oceniane będą konkretne działania państwa-strony, tj. przykładowo w omawianym kontekście – odmowa przyznania pomocy prawnej czy też zwolnienia z kosztów nie będzie mogła zostać uznana za naruszającą art. 6 Konwencji. Jak się zdaje, o braku minimalnego uszczerbku będzie można mówić w odniesieniu do spraw, w których brak było sporu czy realnych widoków na powodzenie i które mogły być rozpatrywane jako nadużycie prawa do sądu. O wykładni tej przesłanki dopiero jednak przesądzi orzecznictwo ETPC.

Podsumowanie

Problem piniactwa sądowego istnieje od czasów pierwszych procesów i do tej pory nie udało się go rozwiązać. Trudno sobie wyobrazić, aby problem ten mógł zostać z dnia na dzień wyeliminowany. Trudno co prawda sobie wyobrazić wprowadzenie do polskiego porządku prawnego instytucji „ubezwłasnowolnienia sądowego”. Jeszcze trudniej wyobrazić sobie sukces tej instytucji w odniesieniu do takich ludzi, jak pan J., który doskonale zdaje sobie sprawę z tego co robi i po co to robi. Sądy już jednak teraz nie pozostają bezsilne wobec tego problemu. Remedium jednak można tu poszukiwać w standardach strasburskich, które określają nie tylko substancjalną treść prawa do sądu, ale i wyjątki oraz ograniczenia tegoż prawa. W przypadku spraw piniackich pewne ograniczenia będą mieścić się w legitymowanych celach limitacji, które wyżej wskazano. Prawo piniaczy do sądu nie może bowiem odbierać czy ograniczać praw innym osobom ani skutkować paraliżem czy też znacznymi utrudnieniami organizacyjnymi.

Program
III Warszawsko-Toruńskiego
Kollokwium Naukowego
Praw Człowieka
i Międzynarodowego Prawa
Humanitarnego

Wydział Prawa i Administracji UMK w Toruniu
9-10 grudnia 2010 r.

9 grudnia 2010 r. (czwartek)

- 10.00–11.00, rejestracja uczestników
- 11.00, rozpoczęcie kollokwium, wystąpienie powitalne –
– Dziekan WPiA UMK, **prof. dr hab. Andrzej Sokala**

Sesja I (sala Rady Wydziału)
Europejska konwencja praw człowieka
a problemy prawa międzynarodowego publicznego

Przewodniczący: Prof. dr hab. Tadeusz Jasudowicz

- 11.20–11.40, **prof. dr hab. Cezary Mik** (WPiA UKSW), *Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji praw człowieka – aspekty prawnomiędzynarodowe*
- 11.40–12.00, **prof. UG dr hab. Adam Wiśniewski** (WPiA UG), *Zastosowanie reguł interpretacji traktatów przewidzianych w Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z 1969 r. w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*

- 12.00–12.20, **prof. dr Krzysztof Swinarski** (Genewa), *Zasada efektywności w prawie międzynarodowym i prawach człowieka – traktaty europejskie*
 - 12.20–12.40, **prof. dr hab. Jan Sandorski** (WPiA UAM), *Polska mniejszość narodowa w Niemczech w świetle prawa międzynarodowego*
- 12.40–13.00, dyskusja
- 13.00–14.00, obiad

Sesja II

Panel I (sala RW) **Problemy prawa międzynarodowego publicznego w orzecznictwie ETPC**

Przewodniczący:
prof. dr Krzysztof Swinarski

- 14.00–14.20, **dr Paweł Czubik** (IE UJ), *Pomoc konsularna i opieka dyplomatyczna w świetle orzecznictwa strasburskiego*
- 14.20–14.40, **dr Joanna Rezmer** (WPiSM UMK), *Problemy związane z nietykalnością pomieszczeń i mienia misji dyplomatycznych w orzecznictwie ETPC*
- 14.40–15.00, **dr Marcin Kałduński** (WPiA UMK), *Metodologia ustalania treści normy międzynarodowego prawa zwyczajowego w orzecznictwie Euro-*

Panel II (czytelnia WPiA) **Władza publiczna a system kontroli zobowiązań na podstawie EKPCz**

Przewodnicząca:
dr Elżbieta Morawska

- 14.00 – 14.20, **prof. dr hab. Tadeusz Jasudowicz** (WPiA UMK), *Kompetencje dyskrecjonalne władzy publicznej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*
- 14.20–14.40, **dr Maciej Lubiszewski** (WPiA UWM), *Obowiązki władzy publicznej w związku z derogacją zobowiązań w dziedzinie praw człowieka*
- 14.40–15.00, **dr Rafał Mizerski** (WPiA UWM), *Podstawy obowiązku ustanowienia i stosowania krajowych gwarancji procedural-*

pejskiego Trybunału Praw Człowieka

nych w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka

KOMUNIKATY (10-15 min.):

KOMUNIKATY (10-15 min.):

- **mgr Katarzyna Wójcik** (WPiA UMCS), *Mniejszości narodowe i ich ochrona w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*
 - **mgr Anna Trocka** (WPiA UKSW), *Problemy immunitetu państwa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*
 - **mgr Agata Rogalska-Piechota** (MSZ), *Prawny charakter zarządzeń tymczasowych (interim measures) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*
 - **mgr Katarzyna Gałka** (WPiA UKSW), *De minimis non curat preator – kryterium „znaczącego uszczerbku” w świetle decyzji ETPC w sprawach Adrian Mihai Ionesco przeciwko Rumunii oraz Korolev przeciwko Rosji*
- 15.30–16.00, dyskusja
- 15.30–16.00, dyskusja

16.00–16.30, przerwa na kawę

Sesja III

Panel I (sala RW)

**Europejski system ochrony praw człowieka –
– problemy systemowe**

Przewodniczący:
prof. UG dr hab.
Adam Wiśniewski

- 16.30–16.50, **dr Ireneusz Kamiński** (INP PAN), *Ewolucja strasburskiego standardu związanego z właściwością cza-*

Panel II (czytelnia WPiA)

Prawo do życia a standardy prawa humanitarnego i praw człowieka

Przewodniczący:
prof. dr hab. Jerzy Zajadło

- 16.30–16.50, **dr Elżbieta Morawska** (WPiA UKSW), *Rekonstrukcja obowiązków państwa w sytuacjach bezpośredniego zagrożenia życia przed Trybuna-*

ową ETPCz na tle tzw. skarg
katyńskich

- 16.50–17.10, **dr Magdalena Kun-Buczko** (WSAP Białystok), *Przystąpienie Unii Europejskiej do EKPC a wzmocnienie ochrony praw podstawowych*
 - 17.10–17.30, **dr Agnieszka Wedeł-Domaradzka** (WAIiNS UKW), *Rada Europy i Agencja Praw Podstawowych UE – perspektywa systemowa*
- KOMUNIKATY (10-15 min.):
- **mgr Ilona Topa** (WPiA UŚ), *Zagadnienie eksterytorialnego stosowania EKPC*
 - **mgr Maria Myszk**a (WPiA UMK), *Europejska Konwencja Praw Człowieka a Europejska Karta Społeczna – system symbiozy? Uwagi na temat współistnienia w oparciu o zasadę równości płci*

18.00–18.30, dyskusja

19.00, kolacja – **Pałac Dąbskich** (ul. Żeglarska)

lem w Strasburgu

- 16.50–17.10, **dr Rafał Citowicz, mgr Martyna Pieszczyk** (WPAiE UW.r.), *Zasada lex retro non agit w kontekście zbrodni wojennych w świetle orzecznictwa strasburskiego*
- 17.10–17.30, **dr Agnieszka Szpak** (WPiSM UMK), *Wymuszone zaginięcia w orzecznictwie ETPCz – „sprawy czeczeńskie”*
- 17.30–17.50, **mgr Jacek Kowalewski** (ODHIR), *„Efektywne śledztwo” oraz „prawo do prawdy” w sprawach o wymuszone zaginięcia*

17.50–18.30, dyskusja

10 grudnia 2010 r. (piątek)

Sesja IV

**Panel I (sala RW)
Cases of principle
w orzecznictwie
Europejskiego Trybunału
Praw Człowieka**

Przewodniczący:
prof. dr hab. Jan Sandorski

- 9.30–9.50, **prof. dr hab. Jerzy Zajadło** (WPiA UG), **dr Sebastian Sykuna** (WPiA UG), *Tortury jako problem filozoficzno-prawny – sprawa Wolfganga Daschnera*
- 9.50–10.10, **dr Jelena Kondratiewa-Bryzik** (INP PAN), *Wyrok Rantsev p. Cyprowi i Rosji z 7.01.2010 r. – EKPCz jako instrument walki ze współczesnymi formami niewolnictwa i innymi naruszeniami praw kobiet*
- 10.10–10.30, **dr Jacek Skrzydło** (WPiA UŁ), *Prawo do prywatności a wolność słowa: w oczekiwaniu na wyrok Wielkiej Izby w sprawie Von Hannover v. RFN*
- 10.30–10.50, **SSR Przemysław Domagała** (Łódź), *Granice*

**Panel II (czytelnia WPiA)
Orzecznictwo strasburskie
z perspektywy teorii
i praktyki**

Przewodnicząca:
prof. UKSW dr hab.
Elżbieta Karska

- 9.30–9.50, **dr Wojciech Jasiński** (WPAiE UWr), *Kilka uwag o dopuszczalności nielegalnie uzyskanych dowodów w postępowaniu karnym na tle spraw Jalloh p. Niemcom i Gäfgen p. Niemcom*
- 9.50–10.10, **mgr Piotr Siurnicki** (WPiA UW), *Zborowski p. Polsce – błędna interpretacja zasady subsydiarności w praktyce Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*
- 10.10–10.30, **mgr Marcin Stępień** (Gdynia), *Nadużycie prawa do sądu na przykładzie spraw z powództwa Jarosława J. – bezsilność wymiaru sprawiedliwości?*
- 10.30–10.50, **dr Julia Kapelańska-Pręgowska** (WPiA UMK),

interpretacji prawa do zawarcia małżeństwa w art. 12 EKPC – Schalk and Kopf p. Austrii (wyrok ETPC z 24.06.2010 r.)

10.50–11.20, dyskusja

Dyskryminacja w zw. z korzystaniem z prawa do wolnych wyborów – Sejdić and Finci p. Bośni i Hercegowinie (art. 1 Protokołu nr 12 do EKPC)

10.50–11.20, dyskusja

11.20–11.50, przerwa na kawę

Sesja V

Przyszłość systemu EKPC – proces post-Interlaken

Przewodniczący: prof. dr hab. Cezary Mik

- 12.00–12.20, **amb. Jakub Wołosiewicz** (MSZ), *Koncepcja Statutu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – prace międzyrządowe i stanowisko Polski*
- 12.20–12.40, **dr Paweł Filipek** (IE UJ), *Standardy rekrutacji kandydatów na sędziów ETPC*
- 12.40–13.00, **dr Michał Balcerzak** (WPiA UMK), *Czy istnieje zasada autonomii instytucjonalnej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka? Uwagi na temat statusu ETPC de lege lata i de lege ferenda*

13.00–13.40, dyskusja

13.40, zakończenie kolokwium

14.00, obiad

**Materiały III Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw
Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego
(Toruń, 9–10 grudnia 2010 r.)**

Prezentowane opracowanie jest owocem III Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego, zorganizowanego przez Katedrę Praw Człowieka Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w dniach 9-10 grudnia 2010 r. Artykuły zawarte w opracowaniu dotyczą m.in. prawnomiędzynarodowych problemów związanych z Europejską konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, *cases of principle* w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, funkcjonowania systemu kontrolnego EKPC oraz standardów ochrony praw człowieka z perspektywy praktyki krajowej. W ręce Czytelników oddajemy książkę poruszającą aktualne problemy z dziedziny prawa międzynarodowego praw człowieka, adresowaną zarówno do środowiska zajmującego się tą problematyką naukowo i zawodowo, jak również studentów i osób zainteresowanych systemem Europejskiej konwencji praw człowieka.