

ODPOWIEDZIALNOŚĆ MIĘDZYNARODOWA W ZWIĄZKU Z NARUSZENIAMI PRAW CZŁOWIEKA I MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO

pod redakcją MICHAŁA BALCERZAKA i JULII KAPELAŃSKIEJ-PRĘGOWSKIEJ



Toruń 2016

ODPOWIEDZIALNOŚĆ MIĘDZYNARODOWA
W ZWIĄZKU Z NARUSZENIAMI PRAW CZŁOWIEKA
I MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO

Materiały VII Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw Człowieka
i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego
(Toruń, 4–5 grudnia 2014 r.)

ODPOWIEDZIALNOŚĆ MIĘDZYNARODOWA W ZWIĄZKU Z NARUSZENIAMI PRAW CZŁOWIEKA I MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO

pod redakcją
MICHAŁA BALCERZAKA
i JULII KAPELAŃSKIEJ-PRĘGOWSKIEJ

Recenzent naukowy
dr hab. Karol Karski

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

ISBN 978-83-933493-2-6
ISBN 978-83-933493-3-3 (e-book)

Wydanie na licencji CC BY-NC-ND 3.0 PL
Uznanie autorstwa-Użycie niekomercyjne-Bez utworów zależnych

Toruń 2016

Przygotowanie do druku niniejszej publikacji było możliwe dzięki wsparciu
Naczelnej Rady Adwokackiej



Projekt okładki
dr hab. Nikodem Pręgowski

Skład i łamanie
Studio KROPKA dtp – Piotr Kabaciński

SPIS TREŚCI

Od redaktorów.....	9
 I. Odpowiedzialność państw w europejskim systemie ochrony praw człowieka	
Michał Balcerzak	
■ Standardy dowodowe w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka.....	13
Grażyna Baranowska	
■ ETPC i słuszne zadośćuczynienie w skargach międzypaństwowych – wyrok w sprawie <i>Cypr przeciwko Turcji</i> z 12.05.2014 r.....	31
Tadeusz Jasudowicz	
■ Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej Karty Socjalnej w świetle dorobku Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych	49
Michał Kowalski	
■ Pośrednie naruszenie zobowiązania z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – uwagi na tle wyroków w sprawach <i>Al Nashiri przeciwko Polsce</i> i <i>Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce</i>	71
Jacek Skrzydło	
■ Odpowiedzialność Polski za więzienia CIA w Polsce w świetle prawa międzynarodowego.....	93

II. Odpowiedzialność państw za naruszenia praw człowieka w systemie ONZ

Przemysław Domagała

- Zobowiązania państw wobec ofiar naruszeń Międzynarodowej konwencji o ochronie wszelkich osób przed wymuszonym zaginięciem – perspektywa polska 111

Dorota Ferenc-Kopeć

- Odpowiedzialność międzynarodowa ChRL za łamanie praw człowieka w Tybecie 123

Elżbieta Hanna Morawska

- Odpowiedzialność państw za naruszenia praw człowieka przez osoby i podmioty prywatne. Stanowisko komitetów traktatowych ONZ 137

Anna Szarek-Zwijacz

- Protokół fakultatywny do Konwencji o Prawach Dziecka dotyczący procedury zawiadomień – rzeczywiste wzmocnienie ochrony praw dzieci? 159

Agnieszka Szpak

- (Nie)odpowiedzialność „państwa upadłego” w świetle Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne 189

Vita Zagórska

- Odpowiedzialność państwa za naruszenie praw mniejszości narodowych – słabości międzynarodowego systemu ich ochrony 207

III. Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych z tytułu naruszeń praw człowieka

Bartłomiej Krzan

- Równoległe przypisanie czynu wielu podmiotom – o relacji pomiędzy organizacjami międzynarodowymi a państwami członkowskimi raz jeszcze 223

Łukasz Kułaga

- Immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowych, w szczególności Organizacji Narodów Zjednoczonych, a prawo do sądu w kontekście odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka 247

Przemysław Tacik

- Współodpowiedzialność łączna Unii Europejskiej i jej państw członkowskich po akcesji UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w kontekście

Artykułów KPM o odpowiedzialności państw i o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych.....	271

IV. Odpowiedzialność w związku z konfliktem zbrojnym oraz operacjami pokojowymi

Małgorzata Andrzejczak-Świątek

■ Problem odpowiedzialności za zbrodnie wojenne oraz zbrodnie ludobójstwa popełnione przez dzieci-żołnierzy	301

Marta Pietras-Eichberger

■ Odpowiedzialność za zbrodnie agresji – fikcja czy szansa na zmianę praktyki państw?.....	319

Kinga Stasiak

■ Prace Komisji Prawa Międzynarodowego nad zbrodniami przeciwko ludzkości a możliwe implikacje dla odpowiedzialności karnej jednostek.....	341

Marta Szuniewicz

■ Operacje wojskowe autoryzowane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ a problem odpowiedzialności międzynarodowej	365

V. Odpowiedzialność Unii Europejskiej

Michał Pindel

■ Ograniczenie swobodnego uznania przyznanego unijnym instytucjom a odpowiedzialność odszkodowawcza UE.....	395

Łukasz Stępkowski

■ Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu naruszenia KPP UE po wyrokach Trybunału Sprawiedliwości w sprawach <i>Åklagaren</i> oraz <i>Association de Médiation Sociale</i>	413

Program VII Kolokwium naukowego praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego	445

VII Kolokwium Naukowe Praw Człowieka
i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego
Toruń, 4–5 grudnia 2014 r.

OD REDAKTORÓW

Opracowania zawarte w niniejszym zbiorze zostały przygotowane przez uczestników *VII Kolokwium naukowego praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, które odbyło się w dniach 4–5 grudnia 2014 r. i zostało zorganizowane przez Katedrę Praw Człowieka na Wydziale Prawa i Administracji UMK, we współpracy z Katedrą Ochrony Praw Człowieka Wydziału Prawa i Administracji UKSW oraz Komisją Praw Człowieka przy Naczelnej Radzie Adwokackiej.

Tematyka VII Kolokwium nawiązywała do odpowiedzialności międzynarodowej z tytułu naruszeń praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego. Intencją organizatorów było zachęcenie uczestników do naukowej refleksji nie tylko nad odpowiedzialnością międzynarodowoprawną państw, lecz także organizacji międzynarodowych i innych podmiotów. Zamiar ten w dużej mierze się powiódł.

Redaktorzy niniejszej publikacji czynili starania, aby zgłoszone do druku opracowania tworzyły w miarę spójną całość, niemniej warto przypomnieć, że każde z opracowań jest dziełem innego Autora, a Redaktorzy ingerowali w treść zgłoszonych artykułów jedynie w przypadkach koniecznych.

ROZDZIAŁ I

ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTW W EUROPEJSKIM SYSTEMIE OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA



Michał Balcerzak*

STANDARDY DOWODOWE W POSTĘPOWANIU PRZED EUROPEJSKIM TRYBUNAŁEM PRAW CZŁOWIEKA

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Zagadnienie standardów dowodowych oraz ciężaru dowodu w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (dalej: Trybunał, ETPC) ma ogromne znaczenie dla praktyki ustalania odpowiedzialności państwa-strony Europejskiej konwencji praw człowieka (dalej: EKPC, Konwencja)¹, mimo że kwestie dowodowe nie zawsze znajdują się w centrum zainteresowania Trybunału. Z perspektywy dowodowej ustalenie stanu faktycznego sprawy zawisłej przed ETPC może być zadaniem stosunkowo prostym, zwłaszcza gdy strony przedstawiają dokumenty i relacje świadczące o braku sporu co do faktów. W razie sprzeczności stanowisk stron postępowania i niedostatków dowodowych Trybunał jest umocowany do daleko idącej aktywności w pozyskiwaniu dowodów, włącznie odbieraniem zeznań od świadków i biegłych, a także przeprowadzaniem tzw. *fact-finding missions*. Tego

* dr hab. Michał Balcerzak, prof. UMK, Katedra Praw Człowieka, Wydział Prawa i Administracji UMK

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, otwarta do podpisu 4 listopada 1950 r., tekst polski: Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

typu dochodzenia były domeną Europejskiej Komisji Praw Człowieka do czasu wejścia w życie reformy systemu kontrolnego na mocy Protokołu nr 11, który zniósł ten organ kontrolny i scedował jej zadania (w tym ustalanie faktów) na „nowy” Trybunał. Kompetencja ETPC do przeprowadzania *fact-finding missions* pozostaje jednak martwą literą m.in. z przyczyn organizacyjnych i finansowych². Z podobnych powodów umiarkowane znaczenie dla pozyskiwania dowodów i ustalania stanu faktycznego w postępowaniu przed ETPC mają rozprawy, które są organizowane jedynie w przypadku spraw o największym znaczeniu dla systemu strasburskiego.

Tymczasem zarówno w odniesieniu do ustalenia stanu faktycznego, jak i do wnioskowań prawniczych służących przypisaniu faktom określonego znaczenia w kontekście kontroli strasburskiej, pojawia się zagadnienie zasad stosowanych w postępowaniu przed ETPC w zakresie oceny dowodów. Nie jest to materia uregulowana wprost w samej Konwencji, co w zasadzie wymusiło wyznaczenie podstawowych zasad dowodowych w orzecznictwie Trybunału. Niewątpliwie ETPC ma kompetencję, aby kształtować stosowane przez siebie standardy dowodowe i nie jest związany regułami dowodowymi wywodzącymi się z krajowych porządków prawnych lub innych jurysdykcji międzynarodowych. Jednak wywodzący się z anglosaskiej tradycji prawnej i przyjęty przez ETPC standard dowodu „ponad rozsądną wątpliwość” (ang. *beyond reasonable doubt*)³ zdaje się być w niektórych sprawach dużo niższy niż sugeruje to użyte określenie. W doktrynie dość krytycznie podchodzi się do standardów dowodowych stosowanych przez ETPC, zwłaszcza w zakresie przyjęcia standardu „ponad rozsądną wątpliwość”⁴. Postulaty obniżenia – a przynajmniej doprecyzowania – obecnego standardu wyrażano także w opiniach odrębnych sędziów Trybunału⁵.

² Zob. M. Krzyżanowska-Mierzevska, Art. 38, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka Podstawowych Wolności. Komentarz do Artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych. Tom II*, Warszawa 2011, s. 221.

³ Można przyjąć, że poprawne będzie także tłumaczenie wyrażenia „proof beyond reasonable doubt” jako „dowód ponad uzasadnioną wątpliwość”, aczkolwiek trudno uznać, że „rozsądnosc” jest synonimem „zasadności”. Nie do przyjęcia jest natomiast propozycja, aby wyrażenie to tłumaczyć jako „dowód nie budzący najmniejszych wątpliwości” – tak E. Ożga, *Słownik terminologii prawniczej. Część 1 polsko-angielska*, Bydgoszcz 2001, s. 72.

⁴ T. Thienel, *The Burden and Standard of Proof in the European Court of Human Rights*, German Yearbook of International Law 2007, Vol. 50, s. 586 i n.; M. Ambrus, *The European Court of Human Rights and the Standards of Proof. An Evidentiary Approach towards the Margin of Appreciation*, w: Ł. Gruszczyński, W. Werner, *The Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford University Press 2014, s. 247 i n.

⁵ Por. np. opinię odrębną sędziego Bonello do wyroku ETPC ws. *Angelova p. Bułgarii* z 13 czerwca 2002 r.

O ile pojęcie ciężaru dowodu (*onus probandi*) należy do podstawowego kanonu pojęć w prawoznawstwie i oznacza wskazanie podmiotu, od którego oczekuje się przedstawienia dowodów oraz który ponosi ryzyko nieudowodnienia określonych twierdzeń⁶, o tyle pojęcie „standardu dowodowego” wydaje się mniej klarowne, aczkolwiek ściśle związane z tym pierwszym. Standard dowodu wyznacza poziom wiedzy i/lub przekonania podmiotu oceniającego, po osiągnięciu którego uznaje się, że wykazano prawdziwość określonego twierdzenia o faktach. A zatem to od standardu dowodowego zależy, czy ciężar dowodowy został skutecznie „zrzucony”, umożliwiając sądowi dokonanie określonych ustaleń⁷.

Reguły dowodowe stosuje się do twierdzeń o faktach a nie twierdzeń o prawie. Te ostatnie nie podlegają prawu dowodowemu, przynajmniej w zakresie zastosowania zasady „sąd zna prawo” (*iura novit curia*). Może się bowiem zdarzyć, że dla rozstrzygnięcia sprawy sąd musi sięgnąć po prawo obce, a w takim przypadku uzyskać wiedzę o jego treści i interpretacji „z zewnątrz”. T. Thienel słusznie zwraca uwagę, że w przypadku ETPC zasada *iura novit curia* może obejmować nie tylko samą Konwencję oraz prawo międzynarodowe jako takie, lecz niekiedy także prawo wewnętrzne państw-stron, gdy jest to niezbędne do zinterpretowania i zastosowania EKPC⁸. Może się także zdarzyć, że to prawo wewnętrzne *per se* podlega kontroli z perspektywy konwencyjnej (zarówno co do faktu istnienia normy jak i jej wykładni i stosowania) – wówczas to na państwie pozwanym spoczywa ciężar wykazania, że określona norma prawa wewnętrznego istnieje i/lub jest stosowana w określony sposób⁹.

Rozróżnienie twierdzeń o faktach (do których stosuje się reguły dowodowe) od twierdzeń o prawie (do których nie stosuje się prawa dowodowego, lecz reguły interpretacyjne) może czasem nastręczać pewnych trudności¹⁰. T. Thienel posłużył się przykładem rozstrzygania spraw na podstawie art. 3 Konwencji: zagadnieniem z zakresu twierdzeń o faktach – a więc podlegającym standardowi dowodu ponad rozsądną wątpliwość – jest w takim przypadku kwestia wystąpienia określonego zdarzenia oraz kwestia jego faktycznych skutków, tj. wywołania przez to zdarzenie konkretnych następstw w sferze fizjologicznej i psychologicznej człowieka (ból, cierpienie fizyczne lub psychiczne, itd.)¹¹. Natomiast kwalifika-

⁶ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1998, s. 205.

⁷ T. Thienel, *op. cit.*, s. 555.

⁸ *Ibidem*, s. 558–559.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Tak zasadnie T. Thienel, *op. cit.*, s. 556–557.

¹¹ *Ibidem*.

cja prawna tych zdarzeń jako traktowania o charakterze poniżającym, nieludzkim lub tortur nie jest już twierdzeniem o faktach (przypisywaniem im wartości logicznej), lecz kolejnym etapem rozumowania prawniczego – subsumpcją. Dlatego stwierdzenie przez Trybunał, że traktowanie skarżącego w danym przypadku przekroczyło tzw. minimalny próg dolegliwości (ang. *minimum level of severity*) nie podlega regułom dowodowym; fakty leżące u podstaw oceny prawnej zostały już bowiem ustalone, tj. udowodniono twierdzenia na ich temat, przypisując im wartość logiczną prawdy.

Odróżnianie twierdzeń o faktach podlegających standardom dowodowym od twierdzeń ocennych i kwalifikacyjnych, dokonywanych już po ustaleniu faktów i opartych na regułach wykładni oraz konstrukcjach prawnych danego systemu prawnego, wydaje się istotne dla prawidłowego rozumienia problematyki dowodowej. Dlatego można wyrazić wątpliwość, czy właściwe jest zacieranie różnic pomiędzy twierdzeniami o faktach a ocenach prawnych – z tego typu propozycją występuje M. Ambrus, sugerując iż standard dowodu definiowany jest „dla strony, która ponosi ciężar przekonania (ang. *burden of persuasion*) w odniesieniu do pewnych kwestii faktycznych lub faktyczno-prawnych”¹². Autorka dokonuje – skądinąd bardzo ciekawej – analizy wybranych spraw dotyczących tzw. marginesu oceny państwa (ang. *margin of appreciation*) w orzecznictwie ETPC, badając „do jakiego stopnia Trybunał powinien być przekonany, że państwo było uprawnione do ingerowania w dane prawo”¹³? Zdaniem autorki w sprawach, w których państwa mają szeroki margines oceny (np. w sprawach ściśle związanych z etyką i moralnością), standard dowodu jest niski, a w przypadku wąskiego marginesu oceny – wysoki. Tymczasem rzecz nie dotyczy raczej tego, że orzekając o marginesie oceny Trybunał zmienia kryteria ustalania faktów – dowodzenia twierdzeń o faktach, w zależności od tego, czy ów margines jest szeroki czy też wąski. Chodzi natomiast o odmiennosć kryteriów oceny prawnej, determinowanej zakresem marginesu oceny, a więc o kwestię niezwiązaną ze standardami dowodowymi.

Poniższe rozważania mają na celu zidentyfikowanie reguł dotyczących standardów dowodowych w postępowaniu przed ETPC, a także wskazanie sposobu ich zastosowania w wyroku *Al-Nashiri i inni p Polsce*¹⁴. Specyfika tej sprawy, w tym brak dysponowania przez ETPC dowodami bezpośrednimi oraz wątpliwości co

¹² M. Ambrus, *op. cit.*, s. 236.

¹³ *Ibidem*, s. 240 i n.

¹⁴ Wyrok ETPC z 24 lipca 2014 r.

do posiadania takich dowodów przez państwo pozwane, czynią z wyroku *Al-Nashiri* intersujący materiał analityczny oraz przyczynek do rozważań o spójności i klarowności reguł dowodowych obowiązujących w postępowaniu strasburskim.

TEST „PONAD ROZSĄDNĄ WĄTPLIWOŚĆ” I JEGO GENEZA

Zastosowanie standardu dowodowego „ponad rozsądną wątpliwość” (ang. *beyond reasonable doubt*) przy ocenie zarzutów na podstawie art. 3 Konwencji (zakaz tortur i innych form złego traktowania) miało miejsce po raz pierwszy pod koniec lat 60. XX wieku w tzw. *sprawie greckiej*¹⁵. Europejska Komisja Praw Człowieka, do której zadań należało ustalanie faktów w strasburskim systemie kontrolnym przed reformą wprowadzoną na podstawie Protokołu nr 11, uznała za stosowne posłużyć się tym testem, wyjaśniając jednocześnie, że „rozsądna wątpliwość nie oznacza wątpliwości opartej jedynie o teoretyczną możliwość lub podniesioną w celu uniknięcia niepożądanego konkluzji, lecz wątpliwość, którą można uzasadnić wnioskując na podstawie przedstawionych faktów”¹⁶. Na ile wyjaśnienie to pomaga w odróżnieniu wątpliwości „rozsądnych” i „pozostałych”, pozostaje kwestią do dyskusji, natomiast istotne jest to, że stanowisko Europejskiej Komisji Praw Człowieka co do stosowanego standardu dowodowego zaakceptował dziesięć lat później ETPC w sprawie *Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu*¹⁷.

Powody posłużenia się przez Europejską Komisję, a następnie Trybunał Praw Człowieka standardem dowodu „ponad rozsądną wątpliwość” nie są jasne, ponieważ żaden z organów kontroli strasburskiej nie wyjaśnił, dlaczego przyjął taki a nie inny standard dowodowy. Orzeczenia ETPC, w których zachodziła potrzeba dokonania ustaleń dowodowych (zwłaszcza po zniesieniu Europejskiej Komisji Praw Człowieka w 1998 r.), odwoływały się do standardu „ponad rozsądną wątpliwość” i wyroku w sprawie *Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu* bez głębszej refleksji co do powodów obowiązywania takiego standardu. Można byłoby

¹⁵ Raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 5 listopada 1969 r. w sprawie skargi Danii, Norwegii, Szwecji i Holandii przeciwko Grecji. Por. M. Krzyżanowska-Mierzevska, *op. cit.*, s. 216–217; T. Thienel, *op. cit.*, s. 563.

¹⁶ W oryginale: *A reasonable doubt means not a doubt based on a merely theoretical possibility or raised in order to avoid a disagreeable conclusion, but a doubt for which reasons can be drawn from the facts presented* – raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie greckiej z 5 listopada 1969 r., rozdz. IV, § 30.

¹⁷ Wyrok ETPC z 18 stycznia 1978 r., § 161.

przypuszczać, że zastosowanie testu „ponad rozsądną wątpliwość” przy ocenie dowodów pochodzi z tradycji prawnych anglosaskiego kręgu kulturowego, co i tak w żaden sposób nie wyjaśnia, dlaczego wybrano test o najwyższych wymaganiach typowy dla procesu karnego, a nie na przykład znany z procesu cywilnego test przewagi dowodowej (ang. *preponderance of evidence*), inaczej: równoważenia prawdopodobieństw (ang. *balance of probabilities*).

Interesującą tezę co do genezy posługiwania się przez ETPC testem „ponad rozsądną wątpliwość” postawił T. Thienel¹⁸, zdaniem którego sędziowie strasburscy mogli zainspirować się fragmentem uzasadnienia wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *cieśniny Korfu*, zawierającym następujący *passus*:

Trybunał [MTS] musi zbadać, czy poprzez dowody pośrednie ustalono, że Albania wiedziała o zaminowaniu jej wód terytorialnych niezależnie od cichego przyzwolenia na tę operację po jej stronie. Dowód taki może być przeprowadzony z wnioskowań faktycznych, pod warunkiem że nie podlegają one rozsądnym wątpliwościom¹⁹.

Jednak trafne jest spostrzeżenie, że MTS nie tyle poparł test dowodowy „ponad rozsądną wątpliwość”, ile doprecyzował swoje stanowisko odnośnie do dopuszczalności wnioskowań faktycznych z dowodów pośrednich; zresztą MTS nigdy nie odwołał się wprost do testu *beyond reasonable doubt* (także w późniejszym orzecznictwie). Jeżeli zatem organy kontroli strasburskiej przyjęły ten standard wzorując się na wyroku MTS w sprawie *cieśniny Korfu*, to zaszło nieporozumienie co do rzeczywistego znaczenia wypowiedzi MTS na temat zagadnień dowodowych²⁰.

Komentując powyższą kwestię, należałoby wyrazić pogląd, że taka (nieścista) inspiracja wyrokiem MTS w sprawie *cieśniny Korfu* nie jest wykluczona, jednak równie prawdopodobne wydaje się, że organy kontroli strasburskiej przyjęły najbardziej wymagający test dowodowy kierując się powściągliwością sędziowską i swoistym konserwatyzmem orzeczniczym, charakterystycznym dla początków działalności systemu EKPC. Z dzisiejszej perspektywy rygoryzm przyjętego przez ETPC standardu dowodowego wydaje się przesadny, natomiast z perspektywy początków systemu kontrolnego Konwencji bardzo wysoka poprzeczka dla uza-

¹⁸ T. Thienel, *op. cit.*, s. 571 i n.

¹⁹ Wyrok MTS z 9 kwietnia 1949 r. w sprawie *cieśniny Korfu* (Zjednoczone Królestwo v. Albania), § 18 *in fine*. Ostatnie zdanie w oryginale brzmi: *The proof may be drawn from inferences of fact, provided that they leave no room for reasonable doubt* (wyróżnienie w oryginale – M.B.).

²⁰ Tak T. Thienel, *op. cit.*, s. 578.

sadniania twierdzeń faktycznych mogła uchronić ten system przed ostrzem krytyki w związku z rozstrzyganiem spraw o dużym ciężarze gatunkowym (a do takich należy niewątpliwie zaliczyć sprawy dotyczące art. 3 EKPC).

Wypowiadając się na temat proveniencji standardu „ponad rozsądną wątpliwość” sam ETPC odnotowuje, że:

(...) nigdy nie było jego celem zapożyczanie metody krajowych systemów prawnych, które używają tego standardu. Rolą [Trybunału] nie jest orzekać o winie w sensie karnoprawnym czy o odpowiedzialności cywilnej, lecz o odpowiedzialności państw-stron na podstawie Konwencji. Specyfika zadania Trybunału na podstawie art. 19 Konwencji – zapewnienie przestrzegania przez Umawiające się Strony zobowiązań do poszanowania podstawowych praw zawartych w Konwencji – warunkuje podejście Trybunału do kwestii dowodowych. W postępowaniu przed Trybunałem nie ma proceduralnych zakazów dopuszczalności dowodów czy uprzednio przyjętych formuł ich oceny. Trybunał przyjmuje konkluzje, które są w jego ocenie poparte zasadą swobodnej oceny wszystkich dowodów, włącznie z wnioskami, jakie mogą wynikać z faktów oraz stanowisk stron (...).²¹

Wypada zatem zgodzić się z tezą M. Krzyżanowskiej-Mierzewskiej, że test „ponad rozsądną wątpliwość” stanowi koncepcję prawniczą *sui generis* i z tego powodu nie należy go utożsamiać ze standardem dowodowym obowiązującym w procesie karnym państw anglosaskiej tradycji prawnej (*common law*)²². Godne odnotowania jest to, że Trybunał bardzo jasno przypomina o swoim podstawowym zadaniu, tj. orzekaniu o odpowiedzialności międzynarodowej państw-stron EKPC, i nalega na odróżnienie tego zadania od innych, niepodlegających jurysdykcji ETPC obszarów odpowiedzialności: karnej (np. bezpośrednich sprawców naruszenia) oraz cywilnej (np. w zakresie odpowiedzialności cywilnoprawnej sprawców oraz władzy publicznej). Według Trybunału kwestie standardów dowodowych są warunkowane specyfiką jego zadań (art. 19 EKPC), realizowanych poprzez orzekanie o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw-stron. Wynika z tego – jak się wydaje – że zagadnienie reguł dowodowych jest niejako wtórne i musi być podporządkowane realizacji kompetencji Trybunału przewidzianych w Konwencji. Nie sposób spierać się z tezą, że Trybunał nie miał na celu zapożyczania krajowych reguł dowodowych – ale jednocześnie mało wiarygodne byłoby

²¹ Por. wyrok ws. *Nachova i inni p. Bułgarii* z 6 maja 2005 r., § 147, a także *Al-Nashiri i inni p. Polsce*, §394.

²² M. Krzyżanowska-Mierzevska, *op. cit.*, s. 217.

przyjęcie, że organy kontroli strasburskiej (tj. Komisja w sprawie greckiej, a Trybunał w sprawie *Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu*) użyły określenia standardu „ponad rozsądną wątpliwość” w pełnym oderwaniu od terminologii stosowanej w części państw-stron Konwencji. Zatem nawet jeśli celem nie było „zapożyczenie metody”, to jednak doszło do „zapożyczenia terminu”, który do dziś funkcjonuje w orzecznictwie strasburskim, wywołując wątpliwości co do jego znaczenia.

Na marginesie można dodać, że podobnie autonomicznych, „zapożyczonych” konstrukcji prawnych jest w systemie EKPC więcej, by wspomnieć tylko o pojęciu „słusznego zadośćuczynienia” z art. 41 EKPC. Również w tym przypadku znaczenie tego terminu ma charakter *sui generis* i nie może być poprawnie zinterpretowane bez nawiązania do dorobku orzeczniczego ETPC. W odróżnieniu jednak od koncepcji standardu „ponad wszelką wątpliwość”, geneza pojęcia „słusznego zadośćuczynienia” jest nieco lepiej znana, bowiem to ostatnie wywodzi się z traktatów arbitrażowych i rozjemczych z lat 20. XX wieku²³.

USZCZEGÓLOWIENIE STANDARDU DOWODOWEGO STOSOWANEGO PRZEZ ETPC

Opowiadając się za standardem dowodu „ponad wszelką wątpliwość” zaproponowanym przez Europejską Komisję Praw Człowieka, Trybunał dodał – w sprawie *Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu* – że „(...) taki dowód [tj. „ponad wszelką wątpliwość – M.B.] może wynikać ze współistnienia wystarczająco silnych, jasnych i zbieżnych wnioskowań lub podobnych domniemań faktycznych, które nie zostały obalone. W tym kontekście należy wziąć pod uwagę zachowanie się stron w czasie pozyskiwania dowodów”²⁴. W sprawie *Nachova p. Bułgarii* (i późniejszych) Trybunał uzupełnił ten fragment o wskazanie czynników, które mają wpływ na standard dowodowy i rozłożenie jego ciężaru. Do czynników tych należą: specyfika faktów (ang. *specificity of facts*), charakter zarzutów (ang. *nature*

²³ Zob. szerzej M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, s. 248.

²⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 161 *in fine*. W oryginale: *To assess this evidence, the Court adopts the standard of proof “beyond reasonable doubt” but adds that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact. In this context, the conduct of the Parties when evidence is being obtained has to be taken into account.*

of the allegation) oraz podnoszone prawo konwencyjne (ang. *the Convention right at stake*). Ponadto Trybunał zważa także na powagę przywiązywaną do orzeczenia o naruszeniu praw podstawowych przez Układającą się Stronę²⁵.

Autonomia Trybunału w określaniu standardów dowodowych – tak jak przy dokonywaniu oceny dowodów *per se* – jest niewątpliwa, natomiast trzeba odnotować, że w ramach tej autonomii mieści się także decyzja o skorzystaniu z ustaleń dowodowych poczynionych przez sądy krajowe. Przykładowo, w sprawie dotyczącej naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego w związku z poważnym zanieczyszczeniem środowiska przez hutę żelaza²⁶, Trybunał stwierdził:

(...) Nie ma wątpliwości, że poważne zanieczyszczenie pochodzenia przemysłowego generalnie negatywnie oddziałuje na zdrowie publiczne. Jednakże często niemożliwe jest sprecyzowanie jego efektów w każdej indywidualnej sprawie i odróżnienie ich od innych właściwych czynników, takich jak wiek, zawód, etc. To samo dotyczy możliwego pogorszenia jakości życia spowodowanego przez zanieczyszczenia przemysłowe. „Jakość życia” jest bardzo subiektywną przesłanką, której nie da się precyzyjnie zdefiniować. Dlatego, biorąc pod uwagę występujące [w tej sprawie] trudności dowodowe, Trybunał nie ma innego wyjścia niż oprzeć się przede wszystkim, choć nie wyłącznie, na ustaleniach sądów krajowych i innych właściwych władz w ustalaniu faktycznych okoliczności sprawy (...). Jednakże Trybunał nie może opierać się ślepo na decyzjach władz krajowych, zwłaszcza gdy są one w sposób oczywisty niespójne lub ze sobą sprzeczne. W takiej sytuacji [Trybunał] musi ocenić materiał dowodowy w całości²⁷.

CIĘŻAR DOWODU I MOŻLIWOŚĆ JEGO ODWRÓCENIA W PRZYPADKU BRAKU WSPÓŁPRACY PAŃSTWA-STRONY Z TRYBUNAŁEM

W orzecznictwie Trybunału utrwaliło się stanowisko przeciwko ścisłemu zastosowaniu zasady *affirmanti incumbit probatio* (ciężar dowodu spoczywa na twierdzącym). Według Trybunału, jeśli wiedza o zdarzeniach stanowiących podstawę zarzutów z art. 2 i 3 Konwencji znajduje się wyłącznie lub przede wszyst-

²⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Nachova p. Bułgarii*, § 147.

²⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Ledyayeva, Dobrokhotoва, Zolotareva i Romashina p. Rosji* z 26 października 2006 r.

²⁷ *Ibidem*, § 90.

kim w gestii państwa pozwanego, wówczas wystąpią *silne domniemania faktyczne w odniesieniu do obrażeń lub śmierci mających miejsce w czasie pozbawienia wolności*. W tego typu sprawach ciężar udowodnienia twierdzeń co do braku naruszenia art. 2 lub 3 Konwencji spoczywa na państwie pozwanym – Trybunał wymaga w takim przypadku „satysfakcjonujących i przekonujących wyjaśnień” – w przeciwnym razie Trybunał może wyprowadzić wnioski niekorzystne dla rządu pozwanego²⁸.

W przypadku spraw dotyczących warunków przebywania w warunkach pozbawienia wolności, dochodzi do swoistego rozłożenia ciężaru dowodu – z jednej strony Trybunał nie oczekuje od skarżącego dokumentacji fotograficznej lub też podania dokładnych wymiarów celi czy panującej w niej temperatury i natężenia oświetlenia, ale z drugiej strony skarżący powinien przedstawić dokładny i spójny opis warunków pozbawienia wolności (w tym m.in. dokładne daty przebywania w danym ośrodku)²⁹. Przesunięcie ciężaru dowodu w stronę rządu pozwanego nastąpi zatem dopiero wówczas, gdy skarżący w sposób wiarygodny i odpowiednio szczegółowy przedstawił zarzut poniżających warunków pozbawienia wolności³⁰.

Szczególnym przypadkiem odejścia od zasady *affirmanti incumbit probatio* i zastosowania domniemań faktycznych na niekorzyść pozwanego jest sytuacja, w której państwo to odmawia lub niewystarczająco współpracuje z Trybunałem na podstawie art. 38 Konwencji³¹. W artykule tym zawarte jest zobowiązanie państwa-strony do udzielenia „wszelkich niezbędnych ułatwień” dla skutecznego przeprowadzenia „dochodzenia”, co w praktyce oznacza obowiązek współpracy państwa z ETPC w toku całego postępowania³². Odwrócenie ciężaru dowodu i zastosowanie domniemań faktycznych niekorzystnych dla państwa pozwanego występuje zwłaszcza w sytuacji, gdy państwo odmawia przedstawienia dokumentów żądanych przez Trybunał. Sytuacja tego typu miała miejsce w szeregu

²⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Al-Nashiri*, § 396.

²⁹ Zob. m.in. wyrok ETPC w sprawie *Ananyev p. Rosji* z 10 stycznia 2012 r., § 121.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Por. M. Krzyżanowska-Mierzevska, *op. cit.*, s. 218.

³² Nt. zakresu zobowiązania państwa do udzielania „wszelkich niezbędnych ułatwień” zob. m.in. T. Jasudowicz, *Obowiązek państwa-strony współdziałania z Trybunałem Strasburskim na rzecz skuteczności postępowania skargowego na przykładzie spraw czeczeńskich przeciwko Rosji*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2010, nr 1, s. 70–77, I.C. Kamiński, *Obowiązek współpracy państwa z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, s. 11 i n., M. Balcerzak, *Odpowiedzialność...*, s. 80–84.

spraw przeciwko Turcji (na tle konfliktu turecko-kurdyjskiego) oraz Rosji (na tle wojny w Czeczenii)³³.

Odwrócenie ciężaru dowodu w przypadku braku współpracy państwa z Trybunałem nie zawsze jednak skutkuje niekorzystnym dla państwa pozwanego rezultatem procesowym, o czym świadczy wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Janowiec p. Rosji* (tzw. sprawa katyńska)³⁴. Odmowa przedstawienia Trybunałowi kopii uzasadnienia postanowienia o umorzeniu śledztwa przez rosyjską prokuraturę wojskową stanowiła podstawę do uznania, że naruszony został art. 38 Konwencji³⁵, jednak z uwagi na stwierdzenie przez Trybunał braku swojej właściwości do rozpoznania sprawy na podstawie art. 2 Konwencji (prawo do życia) – dodajmy, że krytykowane przez wielu komentatorów³⁶ – odwrócenie ciężaru dowodu w związku z naruszeniem art. 38 Konwencji w praktyce nie nastąpiło. Natomiast z perspektywy standardów dowodowych warto odnotować, że orzeczenie w sprawie *Janowiec* stanowiło dla Trybunału okazję do przypomnienia, a wręcz wzmocnienia swojego stanowiska dotyczącego swobodnej oceny dowodów. Rozstrzygając kwestię naruszenia przez Rosję art. 38 EKPC, Trybunał wskazał bowiem:

Będąc gospodarzem własnego postępowania i zasad, na jakich się ono opiera, Trybunał ma całkowitą swobodę (podkr. M.B.) oceny nie tylko dopuszczalności i przydatności, ale także wartości dowodowej każdego przedstawionego mu dowodu. Tylko Trybunał może zdecydować, czy i w jakim stopniu udział określonego świadka miałby znaczenie dla oceny faktów, a także jakiego rodzaju dowody strony są zobowiązane przedłożyć w celu należytego rozpoznania sprawy. Strony są zobowiązane zastosować się do wniosków i instrukcji dowodowych, przedłożyć terminową informację w sprawie ewentualnych przeszkód w zastosowaniu się do nich oraz przedłożyć wszelkie zasadne i przekonujące wyjaśnienia w przypadku braku zastosowania się. (...) ³⁷.

³³ Zob. M. Krzyżanowska-Mierzevska, *op. cit.*, s. 219.

³⁴ Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 21 października 2013 r.

³⁵ Zob. § 216 wyroku.

³⁶ Zob. m.in. S. Sanz-Caballero, *How Could it Go So Wrong? Reformatio in Peius before the Grand Chamber of the ECtHR in the Case Janowiec and Others v. Russia (or Polish Collective Memory Deceived in Strasbourg)*, „Polish Yearbook of International Law” 2013, t. 33, s. 259–278; I.C. Kamiński, *Ciemne kulisy katyńskiego wyroku Wielkiej Izby ETPCz*, „Prawo Europejskie w praktyce” 2014 nr 4, s. 11–15; M. Balcerzak, *Glosa do wyroku Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21 października 2013 r., w sprawie Janowiec i inni przeciwko Rosji* (sygn. 55508/07 i 29520/09), „Przegląd Sejmowy” 2014, nr 2, s. 151–160.

³⁷ Zob. § 208 wyroku w sprawie *Janowiec p. Rosji*.

Zasada swobodnej oceny dowodów – podobnie jak zasady dotyczące standardu i ciężaru dowodu – znajdują zastosowanie przy wszystkich postępowaniach przed ETPC, zarówno w sprawach ze skarg indywidualnych, jak i międzypaństwowych. W odniesieniu do tych ostatnich można odnotować, że Trybunał w zasadzie odstępuje od koncepcji ciężaru dowodu przy ustalaniu istnienia tzw. praktyki administracyjnej. W wyroku w sprawie *Gruzja p. Rosji* (II) ETPC wyraził stanowisko, że ustalając występowanie praktyki administracyjnej *będzie raczej badał cały przedłożony mu materiał [dowodowy], bez względu na jego źródło, a ponadto może uwzględnić także zachowanie się stron postępowania w odniesieniu do starań Trybunału mających na celu pozyskanie dowodów*³⁸.

UWAGI O ZASTOSOWANIU STANDARDÓW DOWODOWYCH W SPRAWIE *AL-NASHIRI P. POLSCE*

Warto poczynić kilka uwag odnośnie do standardów dowodowych na tle sprawy o dużej doniosłości zarówno z perspektywy obecności Polski w europejskim systemie ochrony praw człowieka, jak i granic legalności ścigania terroryzmu międzynarodowego. Wyrok w sprawie *Al-Nashiri p. Polsce*³⁹, w którym ETPC stwierdził naruszenie szeregu postanowień Konwencji (w tym art. 2 i 3 EKPC) m.in. w związku ze współpracą Polski ze służbami specjalnymi USA i związane z tym nieujawnione przetrzymywanie skarżącego na terytorium Polski przez Centralną Agencję Wywiadowczą, ma niewątpliwie znaczenie dla dyskusji o efektywności ochrony przed torturami i innymi formami złego traktowania, o niebezpieczeństwach wynikających z nieuwzględnienia konsekwencji współpracy wywiadowczej dla odpowiedzialności prawnej państwa-strony EKPC, lecz także dylematach związanych ze standardami dowodowymi stosowanymi w postępowaniu przed ETPC. Należy dodać, że z uwagi na niezastosowanie się do wszystkich wniosków dowodowych Trybunału, w orzeczeniu stwierdzono naruszenie zobowiązania do współpracy państwa-strony z ETPC w toku postępowania (art. 38 Konwencji)⁴⁰.

Rekapitulowanie stanu faktycznego i prawnego w sprawie *Al-Nashiri* przekraczałoby znacznie ramy niniejszego opracowania, dlatego dla potrzeb krótkiego

³⁸ Wyrok w sprawie *Gruzja p. Rosji* (II) (merits) z 3 lipca 2014 r., § 95.

³⁹ Wyrok ETPC z 24 lipca 2014 r. Tego samego dnia Trybunał wydał wyrok w sprawie *Husayn (Abu Zubaydah) p. Polsce*, którego treść jest w zasadzie tożsama z wyrokiem *Al-Nashiri*.

⁴⁰ Zob. zwł. §§ 360–376 wyroku w sprawie *Al-Nashiri*.

komentarza można poprzestać na przytoczeniu wybranych ustaleń faktycznych, dokonanych przez Trybunał przy zastosowaniu reguł dowodowych przyjętych w jego orzecznictwie. Trybunał stwierdził m.in., że Polska:

- wiedziała o charakterze i celach działalności CIA na terytorium RP;
- współpracowała w przygotowaniu i przeprowadzeniu transferów pozasądowych, tajnych form pozbawienia wolności i przesłuchań;
- powinna była wiedzieć o narażeniu osób pozostających do dyspozycji władz USA na poważne ryzyko traktowania sprzecznego z Konwencją, zważywszy na szeroko rozpowszechnione, publiczne informacje o nadużyciach wobec osób podejrzanych o działalność terrorystyczną;
- ułatwiła traktowanie sprzeczne z Konwencją, stworzyła ku temu warunki i nie podjęła próby zapobieżenia takiemu traktowaniu;
- była świadoma, że transfer skarżącego z terytorium RP został dokonany poprzez „transport w trybie nadzwyczajnym” (ang. *extraordinary rendition*)⁴¹.

Stwierdzenie przez ETPC naruszenia art. 3 Konwencji (zakaz tortur) w aspekcie materialnym zostało poprzedzone bardzo obszernymi rozważaniami dowodowymi. W szczególności ETPC uznał, że:

- brak wyjaśnienia przez rząd pozwany przebiegu wydarzeń i odmowa ujawnienia dokumentów niezbędnych Trybunałowi do zbadania sprawy spowoduje wyciągnięcie wniosków na podstawie dostępnych dowodów oraz ww. zachowania rządu pozwanego;
- twierdzenia skarżącego co do jego pozbawienia wolności na terytorium Polski są „wystarczająco przekonujące” (ang. *sufficiently convincing*), biorąc pod uwagę niekwestionowane fakty i dokumenty, w tym „zbieżne, jasne i kategoryczne” opinie ekspertów powołanych *ex officio* przez Trybunał (§ 415 wyroku);
- zebrany materiał dowodowy pozwala na ustalenie obecności skarżącego w Polsce, poddania go traktowaniu sprzecznemu z art. 3 EKPC oraz transfer z terytorium RP „ponad rozsądną wątpliwość” (§ 417 wyroku).

Nietypowość sprawy *Al-Nashiri* pod kątem dowodowym – a w szczególności brak dowodów bezpośrednich i konieczność rekonstruowania stanu faktycznego z bardzo wielu źródeł, w tym dostępnych w domenie publicznej – została podkreślona przez sam Trybunał⁴². Nie oznacza to jednak, że ETPC przyjął w tej sprawie

⁴¹ Por. §§ 517–518 wyroku w sprawie *Al-Nashiri*.

⁴² Zob. § 397 wyroku *Al-Nashiri*.

odmienne standardy dowodowe – wyrok w sprawie *Al-Nashiri* zawiera powtórzenie ugruntowanych w orzecznictwie reguł w tym zakresie, w tym odnośnie do stosowania testu „ponad rozsądną wątpliwość” oraz jego uszczegółowieniem, tj. przywołaniem tezy, iż dowód spełniający ten standard może wynikać ze współistnienia silnych, jasnych i zbieżnych wnioskowań lub domniemań faktycznych⁴³.

Trybunał wskazał, że trudności związane z gromadzeniem i przedstawieniem materiału dowodowego w sprawie *Al-Nashiri* zostały spowodowane przez ograniczenia w komunikacji skarżącego ze światem zewnętrznym oraz wyjątkową poufnością, jaką nadano operacjom wywiadu amerykańskiego w zakresie transferów pozasądowych osób podejrzanych o terroryzm. Trudności te zostały zwielokrotnione – zdaniem ETPC – poprzez brak współpracy rządu polskiego z Trybunałem. Dlatego ustalanie faktów w sprawie *Al-Nashiri* miało charakter poszlakowy i oparte było zwłaszcza na zeznaniach składanych w toku międzynarodowych śledztw (prowadzonych m.in. przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy i Parlament Europejski), dokumentach opublikowanych przez sam wywiad amerykański oraz innych źródłach dostępnych publicznie, a także zeznaniach biegłych i świadków⁴⁴.

Charakterystyczną cechą postępowania w sprawie *Al-Nashiri* był brak przedłożenia przez rząd pozwany stanowiska kwestionującego twierdzenia co do faktów przedstawiane przez stronę skarżącą oraz innych uczestników postępowania. Dlatego można postawić tezę, że w omawianej sprawie nie doszło do zawiązania sporu co do faktów – problem polegał raczej na tym, czy zgromadzone w aktach sprawy dowody pośrednie wystarczają do udowodnienia poszczególnych twierdzeń co do obecności skarżącego w tajnym ośrodku detencji na terytorium Polski oraz traktowaniu sprzecznym z art. 3 Konwencji. Jeśli chodzi o kwestię obecności skarżącego w tajnym ośrodku detencji, Trybunał przeanalizował m.in. dokumentację ruchu lotniczego dotyczącą lądowań samolotu należącego do wywiadu amerykańskiego na polskim lotnisku w Szymanach oraz szczegóły dotyczące transportu i traktowania osób podejrzanych o działalność terrorystyczną opisane w dokumentach ujawnionych przez CIA, ze szczególnym uwzględnieniem transferu takich osób, który odbył się w dniach 4–5 grudnia 2002 r.⁴⁵ Na podstawie ustalonych i nie zakwestionowanych faktów oraz pozostałego materiału dowodowego (w tym „zbieżnych, jasnych i kategorycznych zeznań biegłych” w zakresie

⁴³ *Ibidem*, § 393.

⁴⁴ Zob. § 400 wyroku *Al-Nashiri*.

⁴⁵ Zob. §§ 406–414 wyroku *Al-Nashiri*.

chronologii wydarzeń w tej sprawie) Trybunał uznał, że twierdzenia skarżącego odnośnie do przetrzymywania go w Polsce pomiędzy 4–5 grudnia 2002 r. a 6 czerwca 2003 r. są „dostatecznie przekonujące” (ang. *sufficiently convincing*)⁴⁶. Jeśli chodzi o stosowane wobec skarżącego techniki przesłuchań, podstawowe znaczenie dowodowe miały dokumenty ujawnione przez wywiad amerykański (raport CIA z 2004 r.) oraz Departament Sprawiedliwości USA (raport z 2009 r.). W podsumowaniu oceny dowodów dotyczących okoliczności faktycznych sprawy, Trybunał stwierdził, że zarówno przetrzymywanie skarżącego w tajnym ośrodku detencji, jak i poddawanie go w tym czasie tzw. rozszerzonym technikom śledczym, zostało ustalone „ponad rozsądną wątpliwość”⁴⁷.

Komentując problematykę dowodową w kontekście sprawy *Al-Nashiri*, należy zauważyć, że Trybunał przeprowadził bardzo rozległe postępowanie zmierzające do ustalenia faktów w tej sprawie, posługując się zarówno dowodami z dokumentów, jak i zeznaniami świadków oraz biegłych. Nie wydaje się, aby decydujące znaczenie dla ustaleń faktycznych miało odwrócenie ciężaru dowodu w związku z niewykonaniem przez rząd pozwany wszystkich żądań ETPC w zakresie dostarczenia dokumentów z akt śledztwa prowadzonego w prokuraturze. Znamienne jest to, że Trybunał doskonale zdawał sobie sprawę, że nawet gdyby miał dostęp do wszystkich żądanych dokumentów, wysoce nieprawdopodobne byłoby znalezienie wśród nich bezpośredniego dowodu na obecność skarżącego na terytorium Polski⁴⁸. Tak czy inaczej, nie wydaje się, aby naruszenie art. 38 EKPC i związane z tym domniemania faktyczne stanowiły podstawowy powód dokonania przez Trybunał takich a nie innych ustaleń w zakresie faktów, mimo iż brak pełnej współpracy oraz przyjęta przez rząd pozwany taktyka procesowa na pewno nie były bez znaczenia. Wspomniana taktyka rządu pozwanego w odniesieniu do komentowania ustaleń faktycznych polegała na okazywaniu daleko idącej powściągliwości, co w okolicznościach sprawy *Al-Nashiri* nie budzi większego zdziwienia – trudno bowiem oczekiwać, że strona pozwana potwierdzi lub zakwestionuje twierdzenie o faktach (np. co do obecności skarżącego na terytorium RP), nie mając dokumentów świadczących za lub przeciw takiej tezie.

Natomiast w odniesieniu do standardu dowodowego zastosowanego przez Trybunał w sprawie *Al-Nashiri* należy uznać, że został on osiągnięty w związku z szeregiem dowodów pośrednich i towarzyszących im domniemań, które prowa-

⁴⁶ *Ibidem*, § 415.

⁴⁷ Zob. § 417 wyroku *Al-Nashiri*.

⁴⁸ *Ibidem*, § 411.

dziły do tego o przetrzymywaniu skarżącego w tajnym ośrodku detencji w Polsce oraz poddaniu go traktowaniu sprzecznym z art. 3 EKPC. Standard dowodu „ponad rozsądną wątpliwość” być może nie zostałby osiągnięty, gdyby zastosowano standard funkcjonujący pod tą nazwą w państwach *common law*. Z drugiej strony można wyrazić przekonanie, że dowody zgromadzone w sprawie *Al-Nashiri* pozwoliłyby na dokonywanie ustaleń faktycznych z większym stopniem pewności, gdyby obowiązywał test „równoważenia prawdopodobieństw” (ang. *balance of probabilities*). W świetle dowodów pośrednich przetrzymywanie skarżącego w tajnym ośrodku i torturowanie go było rzeczywiście wysoce prawdopodobne, w stopniu nie budzącym wątpliwości dla stwierdzenia w tej sprawie poważnych naruszeń Konwencji.

PODSUMOWANIE

Europejski Trybunał Praw Człowieka dokonuje ustaleń faktycznych przy zastosowaniu standardu „ponad rozsądną wątpliwość” rozumianego jako autonomiczna konstrukcja prawna, której nie należy interpretować w ścisłym związku z analogicznym standardem stosowanym w państwach anglosaskiej kultury prawnej. Przyczyny posługiwania się przez ETPC nie są do końca wyjaśnione. Z jednej strony prawdopodobne jest, że pierwsze odniesienia do tego standardu autorstwa Europejskiej Komisji Praw Człowieka (jeszcze z końca lat 60. XX wieku) mogły być zainspirowane – jak sugeruje T. Thienel – niewłaściwym zrozumieniem wypowiedzi Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości na temat standardu dowodowego w sprawie *cieśniny Korfu*. Z drugiej strony jednak wydaje się bardziej prawdopodobne, że odnosząc się do standardu dowodowego w sprawach na tle zakazu tortur (art. 3 EKPC) Europejska Komisja, a potem Trybunał Praw Człowieka (w sprawie *Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu*) mimowolnie pozostawała pod wpływem karnoprosesowego modelu ustalania faktów i wnioskowań prawniczych. Jest również możliwe, że wpływ na reguły dowodowe stosowane w pierwszych dekadach istnienia systemu kontrolnego EKPC miało przekonanie, że zbyt obniżenie poprzeczki dowodowej odbije się negatywnie na wiarygodności instytucji kontrolnych. Przypomnijmy, że sprawa *Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu* była pierwszą sprawą międzypaństwową, która trafiła na wokandę Trybunału (wcześniejsze – tj. sprawa grecko-brytyjska, austriacko-włoska oraz dwie sprawy przeciwko Grecji – nie zostały do niego skierowane i były rozpatrywane przez Komisję).

Niezależnie jednak od genezy standardu „ponad rozsądną wątpliwość”, Trybunał dość konsekwentnie podkreślał autonomiczne rozumienie tej konstrukcji oraz akcentował swoją rolę jako sądu rozstrzygającego o odpowiedzialności międzynarodowej państw-stron, a nie odpowiedzialności karnej lub cywilnej sprawców. Koncepcja standardu „ponad rozsądną wątpliwość” pozostaje więc raczej symbolicznym nawiązaniem do wypowiedzi Trybunału w sprawie irlandzko-brytyjskiej niż rzeczywistym standardem nakazującym oddalenie skargi, gdy tylko fakty przedstawiane przez strony postępowania mogą być poddane w jakąkolwiek wątpliwość. W swoich orzeczeniach Trybunał wyraźnie starał się zatrzeć wrażenie, że stosowany przez niego standard dowodowy oznacza najwyższą możliwą poprzeczkę stawianą skarżącym. Stąd też podkreślana w orzecznictwie dopuszczalność uznania faktów za udowodnione, gdy wynikają one z „wystarczająco mocnych, jasnych i spójnych” domniemań faktycznych. Stąd także możliwość odwrócenia ciężaru dowodu i daleko idące żądania dowodowe pod adresem państw pozwanych, umocowane na podstawie art. 38 Konwencji.

Podsumowując, mimo iż Trybunał nie uznał za konieczne modyfikowanie terminologii związanej ze standardem dowodowym i wciąż deklaruje przywiązanie do testu *beyond reasonable doubt*, można przyjąć, że obowiązujące reguły nakazują oceniać dowody w postępowaniu strasburskim według autonomicznie rozumianego testu rozsądku, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów i wyraźnymi odstępstwami od zasady *affirmanti incumbit probatio*.

Grażyna Baranowska*

**ETPC I SŁUSZNE ZADOŚĆUCZYNIENIE
W SKARGACH MIĘDZYPAŃSTWOWYCH
– WYROK W SPRAWIE CYPR PRZECIWKO TURCJI
Z 12.05.2014 R.****

WSTĘP**

Na podstawie art. 33 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹ (dalej EKPC lub Konwencja) każde z jej państw-stron może wnieść skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał), jeśli uważa, że inne państwo-strona EKPC naruszyło postanowienia Konwencji lub jej protokołów. Decyzję w sprawie dopuszczalności i przedmiotu skarg międzypaństwowych podejmuje Izba (art. 29.2 EKPC). Warunki dopuszczalność skarg międzypaństwo-

* mgr Grażyna Baranowska, Poznańskie Centrum Praw Człowieka, Instytut Nauk Prawnych, PAN

** Artykuł powstał w ramach projektu badawczego pt. *Wymuszone zaginięcia w Europie. Kształtowanie się standardów prawnych*. Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum nauki, przyznanych na podstawie decyzji DEC-2013/11/N/HS5/04044.

*** Chciałabym podziękować za uwagi do tekstu i pomoc dr Aleksandrze Gliszczyńskiej-Grabias.

¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz.U. 1993 r., Nr 61 poz. 284.

wych zostały w Konwencji ujęte mniej rygorystycznie niż w przypadku skarg indywidulanych, mają do nich bowiem zastosowanie tylko wymogi wykorzystania krajowych środków odwoławczych oraz termin sześciu miesięcy².

Jeśli Trybunał stwierdzi, że nastąpiło naruszenie Konwencji lub jej protokołów, oraz jeśli prawo wewnętrzne określonego państwa pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tego naruszenia, ETPC może przyznać pokrzywdzonej stronie słuszne zadośćuczynienie (art. 41 EKPC). W skardze międzypaństwowej Trybunał zasądził je po raz pierwszy w 2014 r.³ Wyrok dotyczył skargi *Cypr przeciwko Turcji*⁴ złożonej w 1994 r., która z kolei odnosiła się do inwazji tureckiej z 1974 r. i wciąż istniejącego podziału wyspy⁵. Była to czwarta skarga międzypaństwowa złożona przez Cypr przeciwko Turcji w związku z tamtymi wydarzeniami. Pierwsze dwie (9780/74 oraz 6950/75) zostały rozpatrzone łącznie jeszcze przez Europejską Komisję Praw Człowieka, w formie raportu z lipca 1976 r.⁶, w którym stwierdzono naruszenie art. 2, 3, 5, 8, 13 i 14 EKPC oraz art. 1 Protokołu Dodatkowego nr 1 do EKPC. Trzecia skarga (8007/77) doprowadziła w październiku 1983 r.⁷ do kolejnego raportu, zgodnie z którym Turcja naruszyła

² Por. warunki dopuszczalności skarg indywidualnych w art. 35.2 i 35.3 EKPC. Jak wskazuje się w literaturze, wynika to z tego, że twórcy Konwencji traktowali procedurę międzypaństwową jako podstawowy mechanizm gwarantujący przestrzeganie EKPC, zob. np. K. Łasak, *Normatywna konstrukcja skarg międzypaństwowych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Biuletyn Rady Europy 1998”, nr 3/4, s. 147–158; I. Kondak Art. 33 *Sprawy międzypaństwowe*, [w:] L. Gardocki (red.) *Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, t. II, Warszawa 2011, s. 111–122.

³ Wyrok ETPC dotyczący słusznego zadośćuczynienia w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z 12.05.2014 r., nr skargi 25781/94 (dalej: *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014)). Tłumacząc wyrok korzystano z opracowania przygotowanego przez Marka Antoniego Nowickiego: *Łamanie podstawowych praw Greków cypryjskich i niektórych innych grup etnicznych na północnym Cyprze – kwestia słusznego zadośćuczynienia*, które jest dostępne na http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/05/Omowienie_orzeczenia_Cypri_przeciwko_Turcji.pdf, (19.03.2015).

⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z 10.05.2001 r., nr skargi 25781/94 (dalej: *Cypr przeciwko Turcji* (10 maja 2001 r.)).

⁵ Do inwazji tureckiej doszło po tym, kiedy 15 lipca 1974 r., z inicjatywy tzw. czarnych pułkowników rządzących w Grecji (popierających przyłączenie Cypru do Grecji) doszło do przewrotu przeciwko prezydentowi Cypru, zob. P. Osiewicz, *Pokojowa regulacja kwestii cypryjskiej. Aspekty prawne i polityczne*, Toruń 2008, s. 55–132; por. również: W. Mallinson, *Cyprus. A modern history*, New York 2005.

⁶ Raport EKomPCz w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z 10.07.1976 r., nr skarg 9780/74 i 6950/75; dokument dostępny na stronie: <http://www.cyprus-dispute.org/materials/echr/index.html>, (19.03.2015).

⁷ Raport EKomPCz w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z 4.10.1983 r., nr skargi 8007/77; dokument jest dostępny na stronie: http://www.kypros.org/Occupied_Cyprus/Cyprus_v_Turkey_1993_15_EHRR_509_Eur_Comm_HR.htm, (19.03.2015).

swoje zobowiązania wynikające z art. 5 i 8 EKPC oraz art. 1 Protokołu Dodatkowego nr 1 do EKPC.

Niniejsze opracowanie rozpocznie się od przedstawienia pokrótce rozstrzygnięcia w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z 10 maja 2001 r. Następnie zostanie omówiona złożona w 2010 r. skarga Cypru w zakresie słusznego zadośćuczynienia i argumentacja ETPC dotycząca dopuszczalności, stosowania art. 41 EKPC w skargach międzypaństwowych i zasądzonej kwoty. Kolejna część poświęcona jest uwagom do wyroku w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z 12 maja 2014. Całość zakończono krótkimi wnioskami dotyczącymi słusznego zadośćuczynienia w skargach międzypaństwowych.

WYROK CYPR PRZECIWKO TURCJI Z 10 MAJA 2001 R.

Na skargę Cypru z 1994 r. składało się kilka szeroko ujętych zarzutów. Pierwszy dotyczył praw zaginionych greckich Cypryjczyków i ich rodzin. Trybunał w związku z brakiem efektywnego śledztwa w sprawie tych osób stwierdził naruszenie art. 2 (prawo do życia), art. 5 (prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego) oraz art. 3 (zakaz tortur i niehumanitarnego traktowania) EKPC wobec członków ich rodzin⁸. Druga kategoria zarzutów odnosiła się do naruszenia praw osób wysiedlonych (ang. *displaced persons*) do poszanowania ich domu i własności. W tym kontekście ETPC uznał, że doszło do naruszenia art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego), art. 13 (prawo do skutecznego środka odwoławczego) EKPC oraz art. 1 Protokołu Dodatkowego nr 1 do Konwencji (ochrona własności)⁹. Trzecia grupa zarzutów dotyczyła warunków życia greckich Cypryjczyków na północnym Cyprze. Podnoszono w tym zakresie wiele różnych artykułów Konwencji i ETPC stwierdził ich liczne naruszenia, tj. art. 3 (zakaz tortur i niehumanitarnego traktowania), art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego), art. 9 (wolność myśli, sumienia i wyznania), art. 10 (wolność wyrażania opinii), art. 13 (prawo do skutecznego środka odwoławczego) oraz art. 1 i 2 Protokołu Dodatkowego nr 1 do EKPC (ochrona własności oraz prawo do nauki)¹⁰. Czwarta kategoria zarzutów dotyczyła praw tureckich Cypryjczyków, w tym społeczności romskiej, żyjących na północnym

⁸ *Cypr przeciwko Turcji* (10 maja 2001 r.), odpowiednio: § 134–136, 147–150, 156–158.

⁹ *Ibidem*, odpowiednio § 171–175, 192–194, 185–189.

¹⁰ *Ibidem*, odpowiednio § 309–311, 299–301, 245–247, 252–254, 324, 269–270, 277–280.

Cyprze, w przypadku których ETPC stwierdził naruszenie art. 6 (prawo do rzetelnego procesu sądowego) EKPC¹¹.

Trybunał w wyroku z 2001 r. jednomyślnie uznał, że nie może jeszcze rozstrzygnąć o możliwości zastosowania art. 41 Konwencji dotyczącego słusznego zadośćuczynienia i zawiesił (ang. *adjourned*) jego rozpatrzenie. Było to zgodne z wcześniejszymi ustaleniami: w październiku 1999 r. doszło do spotkania prezesa ETPC z przedstawicielami państw, na którym zaakceptowali oni, że jeśli Trybunał stwierdzi naruszenie Konwencji, konieczna będzie odrębna procedura do rozpatrzenia roszczeń dotyczących słusznego zadośćuczynienia¹².

Wyrok z 2001 r. nie został jeszcze wykonany przez Turcję i nadal podlega mechanizmowi monitorowania przez Komitet Ministrów¹³. Dotyczy to również naruszeń, w odniesieniu do których władze Cypru złożyły roszczenia słusznego zadośćuczynienia, tj. praw rodzin osób zaginionych oraz greckich Cypryjczyków mieszkających na półwyspie Karpas. Jeśli chodzi o pierwszą kwestię, to podczas ostatniego posiedzenia Komitetu Ministrów na którym ją podjęto, z zainteresowaniem odnotowano postęp dokonany przez Komitet ds. Zaginionych Osób na Cyprze, który zajmuje się ekshumacją i identyfikacją osób zaginionych m.in. w związku z interwencją Turcji¹⁴. Zwrócono uwagę na konieczność dalszej współpracy rządu Turcji z wymienionym komitetem i umożliwienie mu dostępu do terenów wojskowych, a także na prowadzone śledztwa, które są wszczynane po odnalezieniu szczątków ludzkich. Wykonania wyroku w zakresie dyskryminowania greckich Cypryjczyków mieszkających na półwyspie Karpas nie zostało jeszcze zbadane przez Komitet Ministrów¹⁵.

¹¹ *Ibidem*, par. 357–359. Cypr przed Europejską Komisją Praw Człowieka podniósł również zarzuty dotyczące naruszenia prawa wysiedlonych Greków cypryjskich do udziału w wyborach, niemniej nie zostało to podtrzymane w skardze przed ETPC, który w związku z tym nie uznał za konieczne rozpatrywanie czy w tym zakresie przedstawione fakty stanowią naruszenia Konwencji (§ 325–327).

¹² *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), § 2.

¹³ Na podstawie art. 46 EKPC Komitetowi Ministrów zostało powierzone zadanie czuwania nad wykonywaniem wyroków ETPC.

¹⁴ Komitet ds. Zaginionych Osób na Cyprze zajmuje się również greckimi i tureckimi Cypryjczykami, którzy zaginęli w wyniku walk międzyetnicznych między 1964 a 1974 rokiem, zob.: <http://www.cmp-cyprus.org/>, (19.03.2015).

¹⁵ Przebieg procedury monitorowania wyroku przez Komitet Ministrów jest dostępny na stronie internetowej: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp?CaseTitleOrNumber=25781%2F94&StateCode=&SectionCode=, (19.03.2015).

WYROK CYPR PRZECIWKO TURCJI Z 12 MAJA 2014 R.

PRZEDMIOT SKARGI

Rząd Republiki Cypru 31 sierpnia 2007 r. poinformował ETPC o zamiarze złożenia skargi w sprawie możliwego zastosowania art. 41 Konwencji, a 11 marca 2010 r. formalnie wystąpił z roszczeniem o słuszne zadośćuczynienie w sprawie naruszenia praw zaginionych greckich Cypryjczyków i ich rodzin. Jednocześnie zadeklarowano, że możliwy jest powrót do tej kwestii w odniesieniu do pozostałych naruszeń, w szczególności dotyczących domów i własności. W 2012 r. ETPC wystosował listę pytań do Republiki Cypru i poprosił o ostateczną wersję roszczeń. W odpowiedzi Cypr wprowadził do roszczeń również naruszenia praw mieszkańców enklawy na półwyspie Karpas. Rząd Cypru zwrócił się zatem o zadośćuczynienie w dwóch z czterech kategorii zarzutów wymienionych w wyroku z 2001 r. W odniesieniu do mieszkańców Karpas nie podniesiono naruszenia art. 1 Protokołu Dodatkowego nr 1 do EKCPz, dotyczącego ochrony własności¹⁶. Jednocześnie rząd Cypru zwrócił się do Trybunału o wydanie „wyroku deklaratorywnego” (ang. *declaratory judgment*), z którego wynikałoby, że Turcja jest zobowiązana do powstrzymania się od umożliwiania, uczestniczenia bądź przyzwolenia lub innego współdziałania w bezprawnej sprzedaży i eksploatacji domów i mienia Greckich Cypryjczyków na północnym Cyprze¹⁷.

Trybunał w tym kontekście przypomniał o obowiązku państwa podporządkowania się jego wyrokowi. W opinii ETPC jakikolwiek udział władz Turcji w bezprawnej sprzedaży i eksploatacji domów i mienia jest w związku z tym nie do pogodzenia z wykonaniem wyroku z maja 2001 r. Dlatego też nie było potrzeby badania, czy Trybunał jest właściwy do wydania „wyroku deklaratoryjnego”, o który zwracały się władze Cypru. Ponadto ETPC stwierdził, że odrzucenie w 2010 r. ze względu na niewyczerpanie drogi krajowej skarg greckich Cypryjczyków dotyczących ich własności znajdujących się na północnej części wyspy¹⁸, nie rozstrzyga czy

¹⁶ *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), § 6, 8, 51.

¹⁷ *Ibidem*, § 61.

¹⁸ Decyzja ETPC dotycząca dopuszczalności w sprawach *Demopoulos i inni przeciwko Turcji* z 1.03.2010 r., nr skarg 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04.

wyrok *Cypr przeciwko Turcji* został wykonany w odniesieniu do prawa do własności¹⁹. Ostatnia kwestia stała się powodem do wydania przez pięciu sędziów Trybunału częściowo zbieżnego zdania, w którym argumentowali, iż takie oświadczenie jest przekroczeniem kompetencji Trybunału i ingerencją w uprawnienia Komitetu Ministrów²⁰.

DOPUSZCZALNOŚĆ SKARGI

Pierwszym aspektem, który musiał rozpatrzyć Trybunał było pytanie, czy skarga została złożona zbyt późno – co podnosił rząd Turcji²¹. ETPC rozstrzygając to, przypomniał najpierw, iż postanowienia Konwencji nie mogą być stosowane w próżni i powinny być interpretowane zgodnie z normami i zasadami prawa międzynarodowego publicznego, w szczególności w świetle Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów²². Państwo skarżące w sporze międzypaństwowym ma obowiązek działania bez nieuzasadnionej zwłoki. ETPC przywołał decyzje Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (dalej MTS) dotyczącą zastrzeżeń wstępnych w sprawie *Nauru przeciwko Australii*²³, gdzie MTS orzekł, że zwłoka państwa skarżącego może doprowadzić do uznania skargi za niedopuszczalną. Niemniej prawo międzynarodowe nie przewiduje żadnego konkretnego terminu, a więc ustalenie czy dana sprawa jest dopuszczalna ze względu na upływ czasu w świetle okoliczności sprawy należy do MTS.

Następnie ETPC przypomniał, że skarga Cypru została złożona w 1994 r., a zatem przed wejściem w życie Protokołu nr 11 do EKPC i w związku z obowiązującymi wtedy zasadami, nie wymagano wskazania w skardze roszczeń dotyczących słusznego zadośćuczynienia. Ponadto strony zaakceptowały w październiku 1999 r., iż konieczna będzie odrębna procedura do rozpatrzenia roszczeń na podstawie art. 41 EKPC, co zostało potwierdzone w liście Trybunału do stron

¹⁹ *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), § 62–63: „(...) Furthermore the Court’s decision in the case of ‘Demopoulos and Others’, cited above, to the effect that cases presented by individuals concerning violation of property complaints were to be rejected for non-exhaustion of domestic remedies, cannot be considered, on its own, to dispose of the question of Turkey’s compliance with section III of the operative provisions of the principal judgment in the inter-State case.”

²⁰ *Ibidem*, Częściowo Zbieżne Zdanie sędziów Tulkens, Vajić, Raimondi i Bianku, do których dołączyła sędzia Karakaş.

²¹ *Ibidem*, § 18–22.

²² Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439.

²³ MTS, *Nauru przeciwko Australii*, Zastrzeżenia Wstępne, 1992, ICJ Rep. 240.

z 29 listopada 1999. Również w wyroku z 10 maja 2001 r. ETPC odroczył rozpatrzenie sprawy o słuszne zadośćuczynienie i nie wyznaczył stronom żadnych terminów w tej kwestii²⁴.

Zadaniem Trybunału było więc ustalenie, czy przedstawienie przez rząd cypryjski roszczeń dziewięć lat po wyroku spowodowało, iż stały się one niedopuszczalne zgodnie z kryteriami zdefiniowanymi w sprawie *Nauru przeciwko Australii*. ETPC uznał, iż tak się nie stało, przywołując trzy główne argumenty. Po pierwsze, zwłoka nastąpiła po wydaniu merytorycznego wyroku przez Trybunał i w tym czasie obie strony miały prawo uważać, że kwestia możliwego słusznego zadośćuczynienia zależała od dalszego rozwoju sprawy. Po drugie, wielokrotnie wspomniano o nim w merytorycznej fazie postępowania. W wyroku temat ten został wyraźnie odroczony, w związku z tym żadna strona nie mogła rozsądnie oczekiwać, że sprawa pozostanie nierozwiązana, bądź że wygaśnie lub stanie się nieważna z upływem czasu. Po trzecie, rząd Cypru nigdy nie wypowiedział się w sposób wskazujący na to, iż zrzeka się bądź rezygnuje z prawa do roszczeń o słuszne zadośćuczynienie. Wprost przeciwnie, w piśmie z 2007 r. władze Cypru w jasny i niepozostawiający wątpliwości sposób potwierdziły zamiar skorzystania z tego prawa.

Wobec tych okoliczności ETPC nie uznał za uzasadnione twierdzenia rządu Turcji, iż wznowienie badania roszczeń byłoby szkodliwe dla jej uprawnionych interesów. Argumentował, że władze powinny były się spodziewać, iż sprawa słusznego zadośćuczynienia powróci przed Trybunał. W świetle wyroku *Nauru przeciwko Australii* uznano, że element „szkody” jest głównie związany z proceduralnymi interesami pozwanego państwa, które musiałoby przekonująco udowodnić nieuchronność lub prawdopodobieństwo wyrządzenia mu szkody. W omawianej sprawie Trybunał nie znalazł takiego dowodu²⁵.

Rząd Turcji kwestionując dopuszczalność skargi w związku ze zbyt późnym jej złożeniem przez Cypr, powołał się także na trwającą procedurę nadzoru sprawowanego przez Komitet Ministrów²⁶, niemniej Trybunał podkreślił, że z wyroku mogą wynikać dwie odrębne formy naprawy naruszenia: obowiązek zapłaty zasądzonych kwot jako słuszne zadośćuczynienie oraz obowiązek podjęcia środków indywidualnych (i w razie potrzeby ogólnych), aby zakończyć naruszenie stwier-

²⁴ *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), § 25.

²⁵ *Ibidem*, § 26.

²⁶ *Ibidem*, § 17.

dzione przez Trybunał. Obowiązki te są oczywiście ze sobą powiązane, niemniej nie wykluczają się wzajemnie²⁷.

Odnosząc się do wydarzeń, do których doszło między 2001 a 2010 r. – m.in. Komitet ds. Zaginionych Osób na Cyprze wznowił działania i rozpoczęto ekshumacje oraz zwracanie rodzinom ciał osób zaginionych – Trybunał stwierdził, że były one z pewnością istotne dla oceny roszczeń, ale nie wyłączały możliwości zbadania tej sprawy przez ETPC. Dlatego Trybunał odrzucił argumentację Turcji i nie znalazł powodu do uznania cypryjskich roszczeń za spóźnione i niedopuszczalne.

STOSOWANIE ART. 41 KONWENCJI W SKARGACH MIĘDZYPAŃSTWOWYCH

Kolejną kwestią podniesioną przez rząd Turcji była zasadność stosowania art. 41 EKPC w skargach międzypaństwowych, który – ich zdaniem – co do zasady nie ma zastosowania w przypadku skarg międzypaństwowych. W związku z tym Trybunał przywołał jedyny dotychczasowy wyrok, w którym odniósł się do słusznego zadośćuczynienia w tego rodzaju skargach. W sprawie *Irlandia przeciwko Wielkiej Brytanii*²⁸ ETPC nie zajął się tym zagadnieniem w związku z wyraźną deklaracją Irlandii, że nie wysuwa roszczeń o słuszne zadośćuczynienie²⁹. Dalej Trybunał przypominał, że ogólna logika zasady słusznego zadośćuczynienia wynika bezpośrednio z zasad prawa międzynarodowego publicznego, odnoszących się do odpowiedzialności państwa³⁰. Jako najważniejszą z nich w zakresie naruszenia przez państwo obowiązku traktatowego ETPC przytoczył „*naruszenie zobowiązania tworzy obowiązek zadośćuczynienia w odpowiedniej formie*”³¹. Przywołał także regułę, zgodnie z którą międzynarodowy sąd bądź trybunał, posiadający jurysdykcję w odniesieniu do roszczenia o odpowiedzialność państwa, może w jej ramach przyznać odszkodowanie za doznane szkody. ETPC uznał, iż nie może zatem

²⁷ W kontekście tego, jakie państwo powinno podjąć kroki, jeśli jego przedstawiciele byli zaangażowani w zaginięcia, zob. np. S. Fulton, *Redress for Enforced Disappearances: Why Financial Compensation is not Enough*, „Journal of International Criminal Justice” 2014, nr 12 (4), s. 50–69.

²⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Irlandia przeciwko Wielkiej Brytanii* z 18.01.1978 r., nr skargi 5310/71.

²⁹ *Ibidem*, § 245–246.

³⁰ Odwołał się tym w szczególności do *travaux préparatoires* Konwencji, *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), § 40.

³¹ Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej, *Fabryka w Chorzowie*, 1927, *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), § 41.

w tych okolicznościach interpretować art. 41 w sposób tak wąski i restrykcyjny, iż wykluczałby spod jego stosowania skargi międzypaństwowe.

Tym samym Trybunał uznał, że artykuł 41 ma zastosowanie do skarg międzypaństwowych. Niemniej zasadność roszczenia o słuszne zadośćuczynienie musi być badana i decydowana przez Trybunał na tle konkretnej sprawy. Podejmując taką decyzję ETPC bada między innymi: rodzaj skargi złożonej przez państwo, czy jest możliwe zidentyfikowanie ofiar naruszeń oraz w jakim głównym celu wszczęto postępowanie, o ile może to zostać ustalone na podstawie pierwszej skargi do Trybunału³². Państwo może przykładowo zarzucać w skardze innemu państwu-stronie EKPC kwestie ogólne (np. problemy systemowe) i w takich sprawach przyznanie słusznego zadośćuczynienia może nie być właściwe. Z kolei w skargach międzypaństwowych, w których zarzuca się naruszenie przez inne państwo-stronę EKPC praw konkretnych pokrzywdzonych, przyznanie słusznego zadośćuczynienia może okazać się uzasadnione³³.

Jeśli nawet w skardze międzypaństwowej zostanie przyznane słuszne odszkodowanie, musi ono nastąpić na korzyść indywidualnych pokrzywdzonych. Wynika to z samej natury Konwencji, zgodnie z którą to nie państwo, a jednostka jest w pierwszej kolejności dotknięta naruszeniem EKPC³⁴. Trybunał uznał, że w skardze władze Cypru domagały się słusznego zadośćuczynienia w związku z naruszenie praw dwóch wystarczająco konkretnych i obiektywnie możliwych do zidentyfikowania grup osób: 1.456 zaginionych osób i ich rodzin oraz greckich Cypryjczyków mieszkających w enklawie na półwyspie Karpas.

KWOTA SŁUSZNEGO ZADOŚĆUCZYNIENIA

Władze Cypru zwracały się z roszczeniem o słuszne zadośćuczynienia w związku z naruszenie zagwarantowanych w EKPC praw (art. 2, 3 i 5 EKPC) 1.456 zaginionych osób i ich rodzin. Liczba ta w pierwotnej skardze wynosiła 1.485, niemniej ostatecznie władze Cypru nie wystąpiły z roszczeniami w imieniu rodzin 9 osób, które otrzymały już zadośćuczynienie na mocy wyroku w sprawie *Varnava i inni przeciwko Turcji*³⁵, i kolejnych 28 osób, których szczątki zidenty-

³² *Ibidem*, § 43.

³³ *Ibidem*, § 44–45.

³⁴ *Ibidem*, § 46.

³⁵ Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Varnava i inni przeciwko Turcji* z 18.09.2009 r., nr skarg 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90.

fikowano na terenie znajdującym się pod efektywną kontrolą Republiki Cypru. Władze Cypru nie zwracały się o wypłacenie konkretnej sumy – ustalenia wysokości zadośćuczynienia dokonał ETPC³⁶.

W związku z naruszeniem praw (art. 3, 8, 9, 10, 13 EKPC oraz art. 2 Protokołu Dodatkowego nr 1 do Konwencji) mieszkańców enklawy na półwyspie Karpas, rząd Cypru zwrócił się o przyznanie słusznego zadośćuczynienia w wysokości co najmniej 50.000 funtów brytyjskich dla każdego greckiego Cypryjczyka, który mieszkał w enklawie między lipcem 1974 – kiedy doszło do inwazji tureckiej – a wyrokiem ETPC z 2001 r. Rząd Cypru w skardze do Trybunału podawał, że na półwyspie Karpas mieszkało w 1974 r. około 20.000 osób³⁷ i zobowiązał się do przekazania ewentualnie zasądzonego zadośćuczynienia osobom poszkodowanym lub ich spadkobiercom. Ponieważ liczba tych osób nie została ustalona, władze Cypru zaproponowały stworzenie uzgodnionego między obiema stronami wykazu mieszkańców w ciągu sześciu miesięcy od wyroku, a w wypadku gdyby strony nie doszły do porozumienia co do listy, prezes ETPC miałby podjąć ostateczną decyzję.

Przystępując do badania skargi Trybunał przypominał najpierw ogólne zasady dotyczące przyznawania słusznego zadośćuczynienia zawarte w wyroku *Varnava i inni przeciwko Turcji*, podnosząc m.in. iż „Zadośćuczynienie za krzywdę moralną jest wyrazem uznania faktu, że krzywda nastąpiła w wyniku naruszenia fundamentalnego prawa człowieka i odzwierciedla dolegliwość szkód w najszerszym wymiarze; nie służą one – ani nie powinny – komfortowi finansowemu i dawaniu możliwości do wzbogacenia się na koszt państwa-strony Konwencji”³⁸. W świetle wszystkich istotnych okoliczności i po dokonaniu oceny zasady słuszności Trybunał przyznał rządowi Cypru łączną kwotę 30.000.000 EUR za krzywdę moralną doznaną przez krewnych osób zaginionych oraz 60.000.000 EUR za krzywdę moralną doznaną przez mieszkańców enklawy na półwyspie Karpas. Decyzją ETPC władze Cypru mają przekazać pokrzywdzonym zasądzone kwoty. Zobowiązano je do stworzenia – pod nadzorem Komitetu Ministrów – skutecznego mechanizmu dystrybucji tych kwot, co powinno zostać uczynnione w ciągu osiemnastu miesięcy od wypłacenia sumy zasądzonego zadośćuczynienia przez Turcję, albo w innym terminie uznanym za odpowiedni przez Komitet Ministrów.

³⁶ *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), § 48–49.

³⁷ *Ibidem*, § 207.

³⁸ *Ibidem*, § 56.

UWAGI

Cypr przeciwko Turcji jest pierwszą skargą, w której ETPC przyznał słuszne zadośćuczynienie na podstawie art. 41 EKPC w skardze międzypaństwowej, tym samym wyznaczając jego zakres i granicę. Przede wszystkim Trybunał przypominał, że ogólna logika słusznego zadośćuczynienia wynika bezpośrednio z zasad prawa międzynarodowego publicznego odnoszących się do odpowiedzialności państwa. W tym kontekście powołał się na wyroki Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej oraz MTS, a także na *Projekt artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego (dalej KPM) dotyczących ochrony dyplomatycznej*³⁹. Dziwić może nieprzywołanie w orzeczeniu *Projektu artykułów KPM dot. odpowiedzialności państw za czyny niezgodne z prawem międzynarodowym*⁴⁰, który reguluje również kwestię słusznego zadośćuczynienia. Projekt ten między innymi przewiduje, iż obowiązek zadośćuczynienia obejmuje odszkodowanie za krzywdy materialne lub moralne spowodowane działaniem niezgodnym z prawem międzynarodowym⁴¹, a także, że państwo może wystąpić o odszkodowanie dla osoby poszkodowanej⁴². Znajdują się w nim zatem takie postanowienia, które byłyby niezwykle pomocne w omawianej sprawie. Co ciekawie, ETPC odnosił się do *Projektu artykułów KPM dot. odpowiedzialności państw za czyny niezgodne z prawem międzynarodowym* w innych wyrokach⁴³, trudno zatem wyjaśnić brak odwołania się do nich w tym wyroku.

ETPC wyraźnie zaznaczył, iż słuszne zadośćuczynienie przyznane w skardze międzypaństwowej musi nastąpić na korzyść indywidualnych pokrzywdzonych. Państwo powinno wobec tego wskazać wystarczająco konkretną i obiektywnie możliwą do zidentyfikowania grupę osób. W wyroku *Cypr przeciwko Turcji* ETPC za takie grupy uznał 1.456 zaginionych osób i ich rodzin oraz Greków cypryjskich

³⁹ *Draft articles on Diplomatic Protection, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).*

⁴⁰ *Draft articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts with commentaries 2001, „Yearbook of the International Law Commission” 2001, t. 2, cz. 2 (Projekt artykułów KPM dotyczących odpowiedzialności państwa za czyny niezgodne z prawem międzynarodowym z komentarzem z 2001 r.).*

⁴¹ *Ibidem*, § 31.

⁴² *Ibidem*, § 39.

⁴³ Np. Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Belčić przeciwko Chorwacji*, z 8.03.2006 r., nr skargi 59532/00, § 48.

mieszkających w enklawie na półwyspie Karpas. Uznanie ich za „wystarczająco konkretną i obiektywnie możliwą do zidentyfikowania grupę osób” może budzić pewne wątpliwości.

Jeśli chodzi o zaginione osoby, to ostateczna liczba podana przez rząd Cypru i zaakceptowana przez ETPC (1.456) nie obejmuje między innymi 28 zidentyfikowanych osób, które zostały ekshumowane na terenie kontrolowanym przez Republikę Cypru⁴⁴. W mojej ocenie wykluczenie tych osób z roszczenia nie jest uzasadnione. ETPC stwierdził bowiem w wyroku z 2001 r. naruszenie Konwencji przez Turcję, ponieważ nie podjęła żadnych prób dochodzeń czy wyjaśnień w związku z zarzutami⁴⁵, a nie ze względu na to, że odpowiada ona za zaginięcia, bądź że osoby zostały pochowane na terytorium przez nią kontrolowanym. Dotyczy to zatem wszystkich rodzin zaginionych greckich Cypryjczyków, niezależnie od tego, gdzie znajdują się ich szczątki. Ponadto wobec odnalezienia na terenie znajdującym się pod kontrolą Republiki Cypru szczątków 28 osób, nie można wykluczyć, że znajduje się tam więcej osób z pierwotnej listy. Zatem, jeśli rzeczywiście uzasadnione jest wykluczenie z roszczeń rodzin tych 28 osób, to koniecznie byłoby podjęcie najpierw próby ustalenia losu wszystkich zaginionych osób. Oczywiście Trybunał nie mógłby tego uzależnić od skuteczności tych ustaleń⁴⁶, niemniej jeśli podjęto decyzje o wykluczeniu części osób ze względu na to, że szczątki ich bliskich zostały odnalezione na terenie kontrolowanym przez Republikę Cypru, podjęcie działań w celu ustalenia losu lub chociaż ekshumacji wszystkich osób znajdujących się na tym terenie, wydaje się wskazane.

Ponadto, Komitet ds. Zaginionych Osób na Cyprze rozpoczął w 2007 r. – a więc już po wydaniu wyroku z 2001 r., ale przed złożeniem skargi o słuszne zadośćuczynienie – przekazywanie szczątków rodzinom. Do lutego 2015 r. zostało zidentyfikowanych 573 osób z listy⁴⁷. Wydaje się, że Trybunał powinien

⁴⁴ *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014). Zdanie odrębne sędziego Pinto de Albuquerque, do którego dołączył sędzia Vučinić, § 22.

⁴⁵ Trybunał stwierdził proceduralne naruszenie art. 2 EKPC spowodowane tym, że Turcja nie podjęła żadnych prób dochodzeń czy wyjaśnień w związku z zarzutami, jednocześnie nie stwierdzając materialnego naruszenia. *Cypr przeciwko Turcji* (10 maja 2001 r.), § 130, 134.

⁴⁶ Zgodnie z informacją uzyskaną od tureckiej członkini Komitetu ds. Zaginionych Osób na Cyprze, nie jest możliwe odnalezienie wszystkich osób i już 65% byłoby wielkim sukcesem; rozmowa z Gülden Plümer Küçük z dnia 19 października 2012 r.

⁴⁷ Ponadto Komitet ds. Zaginionych Osób zidentyfikował 94 osoby, które nie znajdowały się na przyjętej liście zaginionych osób, por: http://www.cmp-cyprus.org/media/attachments/Quick%20Statistics/CMP_Facts_and_Figures_February_2015_17march15.pdf (19.03.2015).

był uzasadnić, dlaczego nie bierze tego pod uwagę wydając wyrok o słuszne zadośćuczynienie, co zostało podniesione zarówno w argumentacji Turcji⁴⁸, jak i w zdaniu odrębnym tureckiego sędziego⁴⁹. ETPC odniósł się do tego z kolei jedynie rozpatrując dopuszczalność skargi argumentując, że rozwój spraw jest niewątpliwie istotny dla oceny roszczeń, niemniej nie uniemożliwia ich zbadania⁵⁰. Zdaniem autorki identyfikacja ciał i ich zwrot nie wpływa zasadniczo na wyrok ETPC z 2001 w zakresie zaginionych osób i ich rodzin, konieczne byłoby również przeprowadzenie efektywnego śledztwa w sprawie zaginięcia⁵¹. Niemniej z pewnością przytoczenie argumentacji Trybunału byłoby w tym względzie uzasadnione, szczególnie że ETPC sam podniósł, że rozwój spraw jest istotny dla oceny roszczeń.

Pewnym rozwiązaniem byłoby zasądzenie przez ETPC sumy dla rodzin osób zaginionych bez powoływania się na konkretną liczbę i listę. Wydaje się, że wtedy nie byłoby też konieczne wykluczanie konkretnych osób, ani odnoszenie się do postępującej ekshumacji ciał.

Jeszcze bardziej dyskusyjne jest uznanie Greckich Cypryjczyków mieszkających na półwyspie Karpas za „wystarczająco konkretną i obiektywnie możliwą do zidentyfikowania grupę osób”. Rząd Cypryjski zaproponował stworzenie uzgodnionej między obiema stronami listy tych osób, niemniej Trybunał nie uznał tego za konieczne i przyznał ogólną kwotę zadośćuczynienia do rozdysponowania przez władze Cypru wśród ofiar. Turcja w swojej argumentacji podnosiła, że strona skarżąca nie starała się nawet zidentyfikować osób, w imieniu których występowały z roszczeniami⁵². Rząd Cypru w skardze do Trybunału podawał, że na półwyspie Karpas mieszkało w 1974 r. około 20.000 osób⁵³, dokładne ustalenie listy osób po ponad 40 latach było zatem dużym wyzwaniem i przedsięwzięciem⁵⁴. Dwóch sędziów Trybunału argumentowało w swoich zdaniach odrębnych, że ETPC nie powinien przyznać słusznego odszkodowania, jeśli ofiary nie zostały ziden-

⁴⁸ *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), § 21.

⁴⁹ *Ibidem*. Zdanie odrębne sędzi Karakaş, część D.

⁵⁰ *Ibidem*, § 28.

⁵¹ Obowiązki proceduralne państwa wynikające z art. 2 EKPC nie kończą się wraz z odkryciem ciała, pozostaje obowiązek identyfikacji i wytoczenia procesu sprawców bezprawnych działań, a także wyjaśnienia sprawy; por. np. *Varnava przeciwko Turcji*, § 145.

⁵² *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), § 53.

⁵³ *Ibidem*, § 207.

⁵⁴ Więcej na temat enklaw greckich na północnym Cyprze i ich mieszkańców, zobacz np. <http://www.cyprusembassy.net/home/index.php?module=page&pid=21> (19.03.2015).

tyfikowane⁵⁵. Większość sędziów uznała jednak, że w skardze międzypaństwowej nie jest konieczne dokładne przedstawienie listy osób, które powinny otrzymać słuszne zadośćuczynienie.

W omawianym wyroku zostało przyznane najwyższe w dotychczasowej historii Trybunału zadośćuczynienie. Niemniej jest to kwota, która ma zostać przekazana bardzo licznym ofiarom naruszenia: przy 1.456 osobach jest to nieco ponad 20.000 EUR na rodzinę osoby zaginionej⁵⁶, a w wypadku mieszkańców półwyspu Karpas, około 3.000 EUR na osobę, przy założeniu, że dotyczy to 20.000 osób. Z pewnością ofiarom naruszeń nie została zatem przyznana kwota nadmierna. Nie zgadzam się również ze zdaniem zbieżnym sędziów ETPC Pinto de Albuquerque i Vučinić, którzy wskazują na to, iż przyznana kwota ma charakter karzący (ang. *punitive nature*⁵⁷). Ta opinia może mieć moim zdaniem wręcz efekt odwrotny do zamierzonego i z pewnością nie wpłynie pozytywnie na decyzje rządu tureckiego w sprawie wykonania wyroku dotyczącego słusznego zadośćuczynienia⁵⁸.

W kontekście osób zaginionych w czasie tureckiej inwazji na Cypr, kolejnym problemem jest fakt, że decyzją ETPC ich rodziny ofiar nie mogą już składać skarg indywidualnych na w tym zakresie. W wyroku *Varnava i inni przeciwko Turcji* Trybunał stwierdził, że jeśli rodziny ofiar nie zgłosiły się w ciągu dziesięciu lat po zaginięciu to muszą w przekonujący sposób wykazać, że podejmowali działania w celu wyjaśnienia losu zaginionej osoby⁵⁹. Wyznaczono rok jako cezurę do zgłaszania skarg dotyczących zaginięć do których doszło na wyspie przed i w 1974 r.⁶⁰ Osoby które na mocy wyroku ETPC z czerwca 2014 r.

⁵⁵ *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), Zdanie odrębne sędzi Karakaş, część C, oraz Zdanie częściowo zbieżne i częściowo odrębne sędziego Casadevall.

⁵⁶ Jest to zbliżone do kwot przyznanych w innych skargach dotyczących zaginięć, w których stwierdzono jedynie proceduralne naruszenie art. 2 EKPC, por. Wyrok ETPC w sprawie *Bozkir i inni przeciwko Turcji* z 26.02.2013 r., nr skargi 24589/04 (20.000 EUR na rodzinę). ETPC przyznaje wyższe kwoty jeśli doszło do merytorycznego naruszenia art. 2, por. np. Wyrok ETPC w sprawach *Cülaz i inni przeciwko Turcji* z 15.04.2014 r., nr skarg 7524/06 i 39046/10 (65.000 EUR).

⁵⁷ *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), Zdanie odrębne sędziego Pinto de Albuquerque, do którego dołączył sędzia Vučinić, § 12–13.

⁵⁸ Podobnego zdania są liczne osoby analizujące ten wyrok, por. np. Isabella Risini, *Can't get no just satisfaction? The Cyprus v. Turkey judgment of the European Court of Human Rights*, <http://cjlcl.org.uk/2014/05/23/cant-get-just-satisfaction-cyprus-v-turkey-judgment-european-court-human-rights/> (19.03.2015).

⁵⁹ *Varnava i inni przeciwko Turcji*, § 166.

⁶⁰ *Ibidem*, § 171.

otrzymały prawo do zadośćuczynienia, nie mogłyby go otrzymać w drodze skargi indywidualnej⁶¹. Co więcej, wiele z nich rzeczywiście złożyło skargi na naruszenia podniesione w skardze międzypaństwowej rozstrzygniętej w 2001 r., które zostały uznane za niedopuszczalne *ratione temporis* przez ETPC⁶². Wyrok ten doprowadził zatem do tego, że w znacznie lepszej sytuacji od składających skargi indywidualne są osoby, w imieniu których – w tej samej sprawie – skargę złożyło państwo. Może to w przyszłości doprowadzać do naciskania na państwa-strony EKPC przez osoby będące ofiarami naruszeń praw człowieka, w celu składania skarg międzypaństwowych.

Ponieważ do zaginięć doszło w kontekście walk etnicznych, a więc greccy i tureccy Cypryjczycy byli zarówno ofiarami jak i sprawcami zaginięć, dodatkowo pojawia się jeszcze sprawa tureckich Cypryjczyków. Wszystkie rodziny zaginionych greckich Cypryjczyków otrzymały w wyroku ETPC prawo do zadośćuczynienia, podczas gdy żadna rodzina tureckiego Cypryjczyka go nie otrzymała⁶³. Jak wskazano powyżej nie mają oni już ponadto możliwości uzyskania go w drodze skargi indywidualnej. Oczywiście nie jest to zagadnienie, które w wyroku o słuszne zadośćuczynienie powinien był rozważać Trybunał, niemniej warto o tym pamiętać w kontekście całego konfliktu, w szczególności wobec tego, że władze Turcji w pierwszej reakcji na wyrok ETPC ogłosiły, że nie mają zamiaru wypłacać zasądzonej sumy⁶⁴. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na to, że niewykonanie przez Turcję wyroku z 2001 r. wskazuje na ograniczoną skuteczność procedur spraw międzypaństwowych, zwłaszcza wtedy, gdy tłem sprawy jest konflikt zbrojny. Nakłania to do refleksji nad przystawalnością procedury przewidzianej jako instrument zagwarantowania praw jednostki do rozwiązania poważnego konfliktu między państwami⁶⁵.

⁶¹ Nie mogą tego również robić krewni osób, których ciała zostały zidentyfikowane, por. np. Decyzja ETPC w sprawie *Charalambous inni przeciwko Turcji* z 3.04.2012 r., nr skargi 46744/07.

⁶² Por. np.: N. Kiriakos, *Enforced disappearances in Cyprus: problems and prospects of the case law of the European Court of Human Rights*, „European Human Rights Law Review” 2011, nr 2, s. 190–199.

⁶³ Złożyły one liczne skargi, które jednak zostały uznane za niedopuszczalne *ratione temporis*, np. Decyzja ETPC w sprawie *Lütfi Celul Karabardak i inni przeciwko Cyprowi* z 22.10.2002 r., nr skargi 76575/01.

⁶⁴ Por. np. <http://www.hurriyetdailynews.com/turkey-will-ignore-echr-ruling-to-pay-compensation-to-greek-cyprus-.aspx?pageID=238&mid=66395&NewsCatID=510>, (19.03.2015).

⁶⁵ I. Kondak, *op. cit.*, s. 117; zob. również: E. Myjer, *Human Rights without Peace? The European Court of Human Rights and Conflicts Between High Contracting Parties*, [w:] A. Buyse (red.), *Margins of conflict: the ECHR and transitions to and from armed conflict*, Antwerpia 2010, s. 1–33.

Ostatni aspekt, który chciałabym poruszyć, to znaczenie tego wyroku dla skarg międzypaństwowych złożonych przez Ukrainę przeciwko Rosji⁶⁶. Omawiany wyrok został wydany krótko po aneksji Krymu przez Rosję i był on szeroko komentowany w tym kontekście. Przykładem stanowiska sędziów w tej kwestii może być zdanie zbieżne sędziego Pinto de Albuquerque, w którym pisze „Przesłanie dla państw Rady Europy jest jasne: te państwa członkowskie, które prowadzą wojny, inwazję lub wspierają interwencje zbrojne w innych krajach członkowskich, muszą płacić za skutki swoich bezprawnych działań”⁶⁷. Niemniej warto pamiętać o tym, że słuszne zadośćuczynienie zostało przyznane rodzinom osób, których los jest nieznanym od kilkudziesięciu lat oraz osobom, które były przez wiele lat niezwykle dotkliwie dyskryminowane i naruszano ich liczne prawa gwarantowane w EKPC. O ile wszystko wskazuje na to, że na Krymie dochodziło do zaginięć, za które były odpowiedzialne osoby powiązane z władzą⁶⁸, to doszło do nich niedawno, a zatem Rosja ma jeszcze możliwość przeprowadzenia skutecznych śledztw. Na tym etapie okupacji półwyspu trudno byłoby też wskazać na podobne naruszenia, do jakich doszło na Karpas. Władze Cypru były w stanie wyliczyć wiele konkretnych praktyk władz tureckich, a Trybunał rozstrzygając szczegółowo analizował konkretne sytuacje i np. nie stwierdził naruszeń EKPC wobec Ma-

⁶⁶ Dotychczas złożono trzy takie skargi: 20958/14 *Ukraina przeciwko Rosji* złożona w marcu 2014 r. (dotycząca wydarzeń na Krymie oraz na wschodzie Ukrainy); 43800/14 *Ukraina przeciwko Rosji* złożona w czerwcu 2014 r. (dotycząca trzech grup dzieci wraz z nauczycielami przetransportowanych w niewyjaśnionych okolicznościach do Rosji); 49537/14 *Ukraina przeciwko Rosji* złożona w lipcu 2014 r. (dotycząca zatrzymania w Symferopolu – będącego od marca 2014 pod kontrolą władz rosyjskich – Haysera Dzhemilova. W sprawie swojego zatrzymania złożył on również indywidualną skargę przeciwko Rosji i Ukrainie, skarga 49522/14).

⁶⁷ *Cypr przeciwko Turcji* (12 maja 2014), Zdanie odrębne sędziego Pinto de Albuquerque, do którego dołączył sędzia Vučinić, par. 1, “(...) *The message to member States of the Council of Europe is clear: those member States that wage war, invade or support foreign armed intervention in other member States must pay for their unlawful actions and the consequences of their actions, and the victims, their families and the States of their nationality have a vested and enforceable right to be duly and fully compensated by the responsible warring State. War and its tragic consequences are no longer tolerable in Europe and those member States that do not comply with this principle must be made judicially accountable for their actions, without prejudice to additional political consequences. (...)*”

⁶⁸ Są one wymienione również przez organizacje międzynarodowe, np. Raport Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka na temat sytuacji praw człowieka na Ukrainie, z 19 września 2014 r., A/HRC/27/75, oraz Specjalna misja obserwacyjna OBWE na Ukrainę, która m.in. opisuje przypadki zgłaszanych do misji wymuszonych zaginięć, zob. np. w raporcie z 25 października 2014 r. oraz *Daily updates from the Special Monitoring Mission to Ukraine*, <http://www.osce.org/ukraine-smm/daily-updates> (19.03.2015).

ronitów⁶⁹. Może się okazać, że na Krymie dojdzie do tego typu naruszeń Konwencji, np. wobec Tatarów Krymskich i wtedy Ukraina mogłaby wystąpić z podobną skargą do Trybunału, niemniej dotychczas, w kontekście wyroku o słuszne zadośćuczynienie, w sytuacji faktycznej w obu skargach występują istotne różnice.

WNIOSKI

Trybunał rozpatrzył skargę o słuszne zadośćuczynienie, mimo że w momencie jej złożenia upłynęło dziewięć lat od wydania wyroku o *meritum*. Uznał on, że w tej sprawie oba państwa powinny były spodziewać się podniesienia kwestii słusznego zadośćuczynienia. Trybunał przypomniał także, że z wyroku mogą wynikać dwie odrębne formy naprawy naruszenia: obowiązek zapłaty zasądzonych kwot jako słuszne zadośćuczynienie oraz obowiązek podjęcia środków indywidualnych (i w razie potrzeby ogólnych), aby zakończyć stan naruszenia stwierdzony przez Trybunał.

Artykuł 41 EKPC ma zastosowanie do skarg międzypaństwowych, niemniej zasadność roszczenia o słuszne zadośćuczynienie musi być badana i decydowana przez Trybunał na tle konkretnej sprawy. Jeśli nawet w skardze międzypaństwowej zostanie przyznane słuszne odszkodowanie, musi to nastąpić na korzyść wystarczająco konkretnych i obiektywnie możliwych do zidentyfikowania indywidualnych pokrzywdzonych. Jak wynika z omawianego wyroku, mogą to być grupy osób, które w momencie wydania wyroku nie zostały jeszcze zidentyfikowane, konieczna jest jedynie możliwość uczynienia tego przez państwo, które otrzyma zadośćuczynienie.

Wyrok wskazuje więc jasno, w jaki sposób ETPC podchodzi do kwestii słusznego zadośćuczynienia w sprawach międzypaństwowych. Choć są to skargi niezwykle rzadkie, to dla kolejnych państw – i konkretnych osób, których prawa zostały naruszone – może to być ważny aspekt uzyskania sprawiedliwości. Zważając jednak na negatywne podejście Turcji do tego wyroku, wypłacenie zasądzonej sumy wydaje się obecnie mało prawdopodobne. W tym kontekście warto przytoczyć słowa dziewięciu sędziów Trybunału, którzy swoje krótkie zdanie zbieżne do wyroku zakończyli słowami „Trybunał przemówił, pozostaje aby został usłyszany”⁷⁰.

⁶⁹ Cypr przeciwko Turcji (10 maja 2001 r.), par. 207–324.

⁷⁰ Cypr przeciwko Turcji (12 maja 2014), Zdanie Zbieżne sędziów: Zupančič, Gyulumyan, David Thór Björgvinsson, Nicolaou, Sajó, Lazarova Trajkovska, Power-Forde, Vučinić, Pinto de Albuquerque. Oryg.: „The Court has spoken: it remains for it to be heard”.

Tadeusz Jasudowicz*

ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTWA-STRONY
EUROPEJSKIEJ KARTY SOCJALNEJ
W ŚWIELE DOROBKU
EUROPEJSKIEGO KOMITETU PRAW SOCJALNYCH

SPOSTRZEŻENIA WSTĘPNE

Nie ukrywam, że do wybrania powyższego problemu badawczego bezpośrednio skłoniło mnie hasło VII Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium „*Odpowiedzialność międzynarodowa (...)*”, między innymi i w pierwszym rzędzie „*w związku z naruszeniami praw człowieka*”. Po drugie, pozostawałem pod wpływem lektury monografii Michała Balcerzaka poświęconej odpowiedzialności państwa-strony Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹. Po trzecie, przetłumaczywszy roboczo w zasadzie całość orzecznictwa Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych w trybie skarg zbiorowych, a wcześniej znając jego orzecznictwo narastające stopniowo

* prof. dr hab. Tadeusz Jasudowicz, Katedra Praw Człowieka, Wydział Prawa i Administracji UMK

¹ M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013 „Dom Organizatora” TNOiK.

w trybie sprawozdawczym w postaci kolejnych „Conclusions”², z uwzględnieniem też jego „Oświadczeń interpretacyjnych”³ dotyczących kolejnych praw z katalogu Europejskiej Karty Socjalnej, i wiedząc, że Komitet w ten sposób „dochodzi odpowiedzialności” państw-stron Karty, a i samej koncepcji odpowiedzialności międzynarodowej nie małą uwagę poświęca, mogłem zakrzyknąć „eureka”, bo w sposób zupełnie naturalny nasunął mi się wyżej sformułowany temat mojego niniejszego wystąpienia. Wybór takiego problemu badawczego narzucał mi się tym bardziej, że odpowiedzialność państwa-strony w systemie EKS jest nader specyficzna, tak jak specyficzne też są zobowiązania z Karty wynikające dla państw-stron.

Na wstępie kilka wyjaśnień związanych z samym tytułem. Używając pojęcia „dorobek Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych”, nadaję mu zakres szeroki, uwzględniając pod takim nagłówkiem również orzecznictwo jego poprzednika, a więc Komitetu Niezależnych Ekspertów Europejskiej Karty Socjalnej⁴, którego harmonijnym sukcesorem i kontynuatorem EKPS pozostaje i na którego dorobku w naturalny sposób się opiera, kontynuuje go i wzbogaca.

Mówiąc o „Europejskiej Karcie Socjalnej”, mam na myśli cały system EKS, a więc Kartę z 1961 r., wraz z jej Załącznikiem, Protokół dodatkowy z 1988 r., Protokół w sprawie skarg zbiorowych z 1995 r. oraz Zrewidowaną EKS z 1996 r. Jest to zasadne, zważywszy, że część państw-stron związała się Kartą Zrewidowaną, podobnie jak tylko część państw-stron związała się Protokołem w sprawie skarg zbiorowych⁵. Tym samym, gdy mówię „państwo-strona”, mam na myśli państwa-

² Por. kolejne tomy, poczynając od: *Conclusions I*, Conseil de l'Europe. Comité d'Experts Indépendants de la Charte Sociale Européenne, Strasbourg 1969–1970, bądź w wersji angielskojęzycznej – np. *Conclusions V*, Council of Europe. Committee of Independent Experts on the European Social Charter, Strasbourg 1977. Wielce przydatnym dla studiów nad dorobkiem EKPS (KNE EKS) do połowy lat 90. ubiegłego wieku jest zbiór L. Samuel, *Fundamental Social Rights. Case Law of the European Social Charter*, Strasbourg 1997.

³ Por. np. Oświadczenie interpretacyjne dotyczące art. 8 ust. 1, [w:] *European Social Charter. European Committee of Social Rights. Conclusions XIX-4 (2011). General Introduction, January 2012*.

⁴ W tekście Karty z 1961 r. używa się nazwy „Komitet Ekspertów” – por. art. 24–29, natomiast w tekście Protokołu dodatkowego ustanawiającego system skarg zbiorowych nazwy „Komitet Niezależnych Ekspertów” – por. art. 5–9 Protokołu. Teksty polskie ww. traktatów [w:] *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, oprac. M. Balcerzak, Toruń 2007, s. II-A/9 i 11.

⁵ Niestety, Polska ani nie ratyfikowała Zrewidowanej Karty z 1996 r., ani nie związała się Protokołem w sprawie skarg zbiorowych. Należymy do maruderów pod względem wiązania się nowymi standardami systemu EKS, a i w zakresie realizacji ratyfikowanych praw z pierwotnej Karty nie mamy się czym pochwalić, zwłaszcza, że sfery naszego związania się Kartą z 1961 r. – mimo upływu tylu już lat od 1997 r. – nie potrafimy poszerzyć. Zamarliśmy w punkcie wyjścia...

-strony Zrewidowanej EKS, jak również państwa-strony Karty z 1961 r., a także państwa-strony Protokołu dodatkowego z 1988 r.

Wreszcie, gdy mówię „odpowiedzialność”, mam na myśli złożoną relację, z jej oboma stronami: pozytywną i negatywną, przy czym pod tą pierwszą rozumiem „bycie odpowiedzialnym za coś”, w tym sensie, że to „coś” znajduje się w przestrzeni odpowiedzialności państwa-strony, to znaczy, że do tego „czegoś” jest ono po prostu zobowiązane, zaś pod tą drugą rozumiem rozliczenie z tej odpowiedzialności, bo tej pierwszej państwo-strona nie dotrzymało, nie wykonało ciężącego na nim zobowiązania, naruszyło je i sankcje za to powinno ponieść. Ta pierwsza strona jest – według mnie – nader istotna, bo to ona wyznacza zakres odpowiedzialności państwa-strony, ta druga, z kolei – co za paradoks! – istotnie pomaga w wyznaczaniu tej pierwszej, bo Europejski Komitet Praw Socjalnych, doszukując się naruszenia i określając odpowiedzialność państwa za nie, w istocie dookreśla charakter i zakres standardów ochronnych w sferze europejskich praw socjalnych.

To moje wstępne założenie we właściwy sposób otwiera nas na „sekwencję odpowiedzialności”, tak wyraziście zarysowaną w strukturze monografii M. Balcerzaka: 1) „naruszenie zobowiązania jako element aktu międzynarodowo bezprawnego”, 2) przypisanie naruszenia jako element aktu międzynarodowo bezprawnego”, 3) „okoliczności wyłączające (znoszące) bezprawność”, 4) „dochodzenie odpowiedzialności państwa” oraz 5) „skutki ustalenia odpowiedzialności z perspektywy prawnomiędzynarodowej”⁶. Sekwencja ta przesądza o strukturze mojego wystąpienia, zostając poprzedzona rozważaniami na temat otwarcia się EKPS na zewnętrzne środowisko normatywne: nie tylko na system Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i porządek prawny Unii Europejskiej, ale też na standardy uniwersalne dotyczące nie tylko praw człowieka, ale także odpowiedzialności międzynarodowej państw, jak również – choć w znacznie węższej mierze – na inne regionalne standardy ochrony praw człowieka.

OTWARCIE SIĘ EKPS NA ZEWNĘTRZE ŚRODOWISKO NORMATYWNE

Stopień „zewnętrzności” owego środowiska jest bardzo nierówny, ponieważ – w ujęciu EKPS – z Europejską Konwencją Praw Człowieka czuje się Europejska

⁶ Por. odpowiednio: rozdz. III (s. 61 i n.), rozdz. IV (s. 139 i n.), rozdz. V (s. 187 i n.), rozdz. VI (s. 208 i n.), oraz rozdz. VII (s. 223 i n.).

Karta Socjalna we wspólnym europejskim domu, jako owoc tejże organizacji – Rady Europy. W ust. 4 preambuły Zrewidowanej EKS z 1996 r. *expressis verbis* przypomina się podkreśloną przez Ministerialną Konferencję Praw Człowieka z 1990 r. „konieczność [...] ochrony niepodzielnego charakteru wszystkich praw człowieka: obywatelskich, politycznych, gospodarczych, socjalnych i kulturalnych”.

W decyzji merytorycznej FIDH p. Francji Europejski Komitet Praw Socjalnych (dalej: Komitet) wyraził: „Karta była zamierzona jako instrument praw człowieka uzupełniający Europejską Konwencję Praw Człowieka. To żywy dokument mający na względzie pewne wartości, które go inspirują: godność, autonomię, równość i solidarność. Gwarantowane prawa nie stanowią celów samych w sobie, lecz dopełniają prawa wpisane w Europejską Konwencję Praw Człowieka”⁷. Przy innej okazji Komitet stwierdził: „Jeśli chodzi o przedmiot cel Karty, Komitet powtarza, że jest to traktat praw człowieka, którego celem jest urzeczywistnianie na poziomie europejskim – w ramach uzupełniania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – praw gwarantowanych wszystkim ludziom przez Powszechną Deklarację Praw Człowieka z 1948 r.”⁸ Komitet wielokrotnie wskazywał na związki EKS z EKPC, na interakcje pomiędzy konkretnymi prawami w nich umocowanymi, obficie też korzystał z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Sygnalizuję to tylko. Jak sądzę, wzajemne relacje między Europejską Kartą Socjalną a Europejską Konwencją Praw Człowieka zasługują na odrębne – poszerzone i pogłębione – opracowanie.

Jeśli chodzi o stanowisko EKPS wobec porządku prawnego Unii Europejskiej, przedstawia się ono trójdzielnie: Komitet wielokrotnie pozytywnie wskazuje czy przyjmuje do przychylniej wiadomości konkretne unormowania UE⁹, potrafi jednak wytknąć samej UE lub jej państwom członkowskim prawa lub praktyki nie odpowiadające standardom Karty¹⁰, wyrazić też rysuje uzasadnienie dla swego

⁷ *Federation Internationale des Droits de l'Homme (FIDH) v. France*, sk. 14/2003, dec. z 8 września 2004, pkt 27.

⁸ *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*, sk. 69/2011, dec. z 23 października 2012, pkt 30.

⁹ Por. np.: uwzględnianie Dyrektywy 96/29/Euratom co do ochrony przed promieniowaniem – *STTK ry and Tehy ry v. Finland*, sk. 10/2000, pkt 25; oraz Dyrektywy 91/533/EEC w sprawie obowiązku informowania pracowników przez pracodawcę o warunkach umowy o pracę – *Syndicat de defense des fonctionnaires (SDF) v. France*, sk. 73/2011, dec. z 12 września 2012, pkt 18.

¹⁰ Tak. np. w sprawie *Confederation Française de l'Encadrement (CFE-CGC) v. France*, sk. 56/2009, dec. z 29 czerwca 2010, pkt 30, Komitet zdecydowanie stwierdził, że „Fakt, iż wchodzące w grę przepisy oparte są na Dyrektywie Unii Europejskiej, nie usuwa ich z obszaru Karty”; „Dyrektywa

stanowiska co do odmowy przyjęcia – za wzorem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – domniemania zgodności porządku prawnego UE z porządkiem prawnym Karty¹¹. To również zagadnienia istotne i frapujące zasługujące na specjalne opracowanie.

Jeśli chodzi o pozaeuropejskie środowisko normatywne, Komitet wielokrotnie odwoływał się do uniwersalnego systemu międzynarodowej ochrony praw człowieka, w szczególności do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych bądź do konkretnych praw w nim umocowanych¹², do Konwencji Praw Dziecka¹³, do Konwencji o ochronie praw osób niepełnosprawnych¹⁴, jak również do Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy¹⁵. Jak się wydaje, także to zagadnienie zasługuje na kolejne odrębne opracowanie.

przewiduje wiele wyjątków i wyłączeń, które mogą szkodliwie godzić w poszanowanie w praktyce Karty przez państwa” – *ibidem*, pkt 40. Jeszcze ostrzej sformułował swoje stanowisko wobec dyrektywy UE w sprawie – *Confederation generale du Travail (CGT) v. France*, sk. 55/2009, dec. z 23 czerwca 2010 r., pkt 33.

¹¹ Przy tychże okazjach Komitet uzasadniał swoją niechęć wobec przypisania porządkowi prawnemu UE domniemania zgodności z Kartą – por.: *CFE-CGC*, pkt 29–42; *CGT*, pkt 31–42. Por. też: *STUC (LO) and SCPE (TCO) v. Sweden*, sk. 85/2012, dec. z 3 lipca 2013 r., pkt 72–76; wyjaśnił przy tym Komitet, że „jego zadaniem nie jest osądzanie zgodności z Kartą orzeczenia prejudycjalnego ETS w sprawie *Laval*, lecz raczej ocena, czy zmiany ustawowe przyjęte przez parlament szwedzki w kwietniu 2010 r. stanowią naruszenie Karty” – *ibidem*, pkt 107. Por.: *Federation of Employed Pensioners of Greece (IKA-ETA) v. Greece*, sk. 76/2012, dec. z 7 grudnia 2012, pkt 50.

¹² Do art. 8 Paktu w kwestii rokowań zbiorowych i akcji zbiorowej – por. *STUC (LO) and SCPE (TCO)*, pkt 110; do art. 11 Paktu w kontekście prawa do mieszkania – por. *International Movement ATD Fourth World (ATD) v. France*, sk. 33/21006, dec. z 5 grudnia 2007, pkt 69 *in fine*; *Federation Européenne des Associations Nationales Travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) v. France*, sk. 39/2006, dec. z 5 grudnia 2007, pkt 66; *FEANTSA v. Slovenia*, sk. 53/2008, dec. z 8 września 2009, pkt 36.

¹³ Dotyczy to zwłaszcza zasady kierowania się najlepszymi interesami dziecka – por. *Medecins du Monde International (MMI) v. France*, sk. 67/2011, dec. z 11 września 2012, pkt 141; *DCI v. Belgium*, sk. 69/2011, dec. z 23 października 2012, pkt 31–32; *DCI v. the Netherlands*, sk. 47/2008, dec. z 20 października 2009, pkt 29; zainspirowania Konwencją Praw Dziecka art. 17 Karty Zrewidowanej – por. *FIDH v. France*, sk. 14/2003, dec. z 8 września 2004, pkt 36; wskazania na znaczenie art. 19 Konwencji – por. *World Organization against Torture (OMCT) v. Greece*, sk. 17/2003, dec. z 7 grudnia 2004, pkt 31; identycznie – *OMCT v. Ireland*, sk. 18/2003, dec. z 7 grudnia 2004, pkt 63; *OMCT v. Italy*, sk. 19/2003, dec. z 7 grudnia 2004, pkt 41.

¹⁴ Por. *FIDH v. Belgium*, sk. 75/2011, dec. z 18 marca 2013, pkt 112–113, z ufnym wykorzystaniem art. 19 Konwencji, który – zdaniem Komitetu – „odzwierciedla trendy istniejące w europejskim prawie porównawczym w sferze polityki niepełnosprawności” – *ibidem*, pkt 112 *in fine*.

¹⁵ Co do Konwencji nr 115 MOP o ochronie przed promieniowaniem – *STTK ry and Tehy ry v. Finland*, pkt 25; co do Konwencji nr 87, 98 i 154 w związku z prawem do rokowań zbior-

Z perspektywy tematu niniejszego wystąpienia najbardziej interesujące jest stanowisko EKPS wobec problemu odpowiedzialności międzynarodowej państwa w ogóle, a wobec Projektu Artykułów KPM ONZ w szczególności. Komitet wskazywał na znaczenie w polu jego działania konkretnych artykułów Projektu KPM ONZ, co uwzględnię w dalszych kolejnych częściach mojego wystąpienia. Generalnie natomiast stwierdził: *„The Committee refers to the general principles of public international law governing states’ responsibility, as clearly enunciated both in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (...) and in the draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts”*¹⁶. Dodał przy tym spostrzeżenie w tej mierze fundamentalne: *„as in the case of public international law, the principle of exclusive responsibility of States Parties to the Charter derives firstly from an imperative concern for neutrality with regard to the internal structure of those States, irrespective of the respective constitutional approaches to the separation of powers or the extent to which their internal structure is based on the principles of autonomy or decentralisation”*¹⁷. Wróć do tego zagadnienia, badając problem przypisania odpowiedzialności państwu-stronie. Ograniczę się tu do wskazania, że Komitet najwyraźniej kieruje się zasadami odpowiedzialności państwa w świetle prawa międzynarodowego publicznego, w tym z pełnym uznaniem i powagą odnosi się do – kodyfikacyjnych, jak by nie było – unormowań Projektu Artykułów KPM ONZ.

KONCEPCJA ZOBOWIĄZANIA, JEGO CHARAKTER I ZAKRES JAKO PRZESTRZEŃ ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWA-STRONY

Pod tym względem Europejska Karta Socjalna jest nader specyficzna. Stosownie do jej art. 20 „Zobowiązania”, pojęciem tym obejmuje się zarówno 19 praw punktowo wymienionych w cz. I Karty, jak też tychże 19 praw, ujętych

rowych i akcji zbiorowej – *STUC (LO) and SCPE (TCO) v. Sweden*, pkt 110. Warto przypomnieć, że – zgodnie z art.12 ust. 4 EKS 1961 – to standardy Konwencji nr 102 MOP mają wyznaczać minimum wymagane w systemie Karty. Z kolei – stosownie do art. 26 – MOP miała wyznaczyć przedstawiciela do udziału w pracach Komitetu Ekspertów w charakterze doradcy.

¹⁶ Por. *FIDH v. Belgium*, sk. 75/2011, dec. z 18 marca 2013 r., pkt 52. Komitet wyraźnie zacytował również art. 4 Projektu i ust. 6 komentarza do jego art. 3.

¹⁷ *Ibidem*, pkt 53.

w odrębne artykuły, czasem z wielce rozbudowanymi paragrafami, sformułowanych w cz. II Karty.

Każde państwo-strona zobowiązuje się uznać prawa z cz. I za „deklarację celów, do osiągnięcia których dążyć będzie za pomocą wszelkich stosownych środków, zgodnie z postanowieniami paragrafu wprowadzającego tę część”¹⁸. Można by więc stwierdzić, że model zobowiązania przewidziany w cz. I EKS odpowiada typowemu dla II generacji modelowi zobowiązań, umocowanemu także w art. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych, a zawierającemu w sobie: 1) zobowiązanie rezultatu, tyle, że rezultat ów jest odsunięty w przyszłość, a także 2) zobowiązanie należytej staranności, zakładające podejmowanie w dobrej wierze z wykorzystaniem wszelkich dostępnych zasobów stopniowych kroków na rzecz pełnego urzeczywistnienia odnośnych praw. O poważnym traktowaniu zobowiązań w rozumieniu cz. I Karty świadczy fakt, że w cz. IV Karty przewiduje się obowiązek przedkładania sprawozdań państw-stron nie tylko co do wykonywania zobowiązań w rozumieniu cz. II Karty (art. 12), lecz także co do „postanowień, które nie zostały przyjęte w chwili jej ratyfikowania lub zatwierdzenia albo w drodze późniejszej notyfikacji” (art. 22)¹⁹.

Z faktu, że każdy artykuł cz. II rozpoczyna się formułą „W celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa (...)”, można by wysnuć pochopny wniosek, jakoby zobowiązania wynikające z cz. II Karty były zobowiązaniami rezultatu, podlegającymi natychmiastowemu i pełnemu wykonaniu. Tak jednak nie jest. Sformułowania treści wielu praw jasno wskazują na stopniowy i dynamiczny charakter ich realizacji, jak to jest w przypadku art. 1 ust. 1 i 4 (prawo do pracy), art. 5 i 6 (prawo do organizowania się i do rokowań zbiorowych), art. 9 i 10 (prawo do poradnictwa i do szkolenia zawodowego) itd., itd. Do wyjątkowych raczej należą przypadki praw mających rzeczywiście gwarantować pełne i natychmiastowe ich urzeczywistnienie. Aczkolwiek dokonuje się w art. 20 Karty rozróżnienia między prawami fundamentalnymi z cz. II Karty (art. 1, 5, 6, 12,

¹⁸ Tam punkty cz. I poprzedzone są deklaracją: „Umawiające się Strony przyjmują za cel swej polityki, która będzie urzeczywistniana za pomocą wszelkich odpowiednich środków, zarówno krajowych, jak i międzynarodowych, stworzenie warunków, w którym następujące prawa i zasady będą mogły być skutecznie urzeczywistniane: (...)”.

¹⁹ Por. art. 20 ust. 1 (b, c), w zw. z ust. 2 co do wyboru artykułów i paragrafów podlegających ratyfikacji, oraz art. 20 ust. 3 co do późniejszej notyfikacji państwa-strony, że „uważa się za związaną każdym innym artykułem lub numerowanym paragrafem części II Karty, którego jeszcze nie przyjęła zgodnie z postanowieniami paragrafu 1 niniejszego artykułu”.

13, 16 i 19) a pozostałymi prawami, nie da się stąd wywieść wniosku, jakoby to właśnie owe „prawa fundamentalne” miały podlegać pełnej i natychmiastowej realizacji. Wszystko zależy *ad casum* od tego, czy dane państwo-strona wprowadziło stosowne ustawodawstwo oraz zabezpieczyło je stosownymi gwarancjami jego skuteczności w praktyce, m.in. właściwymi rozwiązaniami instytucjonalnymi i gwarancjami proceduralnymi.

W jednej ze spraw Komitet, „w związku ze środkami zapewnienia szybkiego postępu ku osiągnięciu celów ustalonych przez Kartę”, podkreślił, że „urzeczywistnienie Karty wymaga od państw-stron podejmowania nie tylko działania prawnego, lecz także udostępnienia zasobów i wprowadzenia procedur operacyjnych koniecznych dla nadania pełnego skutku oznaczonym tam prawom”²⁰. Bardziej generalnie zaś wskazał, że „such realisation of the fundamental social rights recognised by the Revised Charter is guided by the principle of progressiveness, which is explicitly established in the Preamble and more specifically in the aims to facilitate the »economic and social progress« of State Parties and to secure to their populations the social rights specified therein in order to improve their standard of living and their social well-being”²¹.

W sferze interpretacji zobowiązań – podobnie jak w sferze odpowiedzialności międzynarodowej – EKPS nie odcinał się od prawa międzynarodowego, przeciwnie – bazował na unormowaniu art. 31 Wiedeńskiej Konwencji Prawa Traktatów²². Wskazując – co już wyżej odnotowałem – na ścisłe związki między EKS a EKPC, zarazem przypominał ustalenie Deklaracji Wiedeńskiej z 1993 r., że wszystkie prawa człowieka są uniwersalne, niepodzielne, współzależne i pozostają we wzajemnym związku”, co owocuje „the complex interaction between both sets of rights”²³. Tym bardziej dotyczy to katalogu praw w samej Karcie. Zdaniem Komitetu, „the Charter was conceived as a whole and all its provisions complement each other and overlap in part. It is impossible to draw watertight divisions between the material scope of each article or paragraph. It therefore falls to the Committee to ensure at the same time that obligations are not imposed on States stemming from

²⁰ *Centre of Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, sk.75/2011, dec. z 18 marca 2013, pkt 26.

²¹ *Ibidem*, pkt 27.

²² Por. *FIDH v. France*, sk. 14/2003, dec. z 8 września 2004, pkt 26: *the Committee makes it clear that, when it has to interpret the Charter, it does so on the basis of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*”.

²³ *Ibidem*, pkt 27.

provisions they did not intend to accept and that the essential core of accepted provisions is not amputated as a result of the fact it may contain obligations which may also result from unaccepted provisions"²⁴.

Nie ma więc Komitet wątpliwości co do tego, że Karta musi być interpretowana „tak, by nadać życie i znaczenie fundamentalnym prawom socjalnym”; z tego zaś wynika, że „ograniczenia praw mają być pojmowane restryktywnie”, a więc „w taki sposób, by zachować nietkniętą esencję prawa i osiągnąć cel ogólny Karty”²⁵. W jednej z kolejnych spraw Komitet – przypominając powyższe ustalenie – wyjaśnił: *„It is precisely in the light of that finding that the Committee considers (...) that a teleological approach should be adopted when interpreting the Charter, i.e. it is necessary to seek the interpretation of the treaty that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of this treaty, not that which would restrict the Parties' obligations to the greatest possible degree*”²⁶.

Stwierdził też Komitet: *„When the achievement of one of the rights in question is exceptionally complex and particularly expensive to resolve, a State Party must take measures that allows to achieve the objectives of the Charter within a reasonable time, with measurable progress and to an extent consistent with the maximum use of available resources*”²⁷. W istocie Komitet operował tym standardem szerzej, wcale nie ograniczając się do praw wyjątkowo skomplikowanych i kosztownych; złożoność i kosztowność jest w pewnym sensie immanentną cechą praw socjalnych, wobec czego te kryteria „rozsądnego czasu”, „mierzalnego postępu” i „maksymalnego wykorzystania dostępnych zasobów” wyznaczają typową dla państw-stron Karty miarę należytej staranności w dążeniu do pełnego urzeczywistnienia tych praw.

Kreśląc obraz zobowiązań z Karty wynikających, nie można nie odnieść się do ich zakresu podmiotowego. W zasadzie wyznacza go postanowienie pkt 1 Załącznika do EKS z 1961 r., rozciągające zobowiązania – poza kręgiem obywateli – na cudzoziemców „tylko, o ile są obywatelami innych Umawiających się Stron

²⁴ Por. *FIDH v. Belgium*, sk. 62/2010, dec. z 21 marca 2012, pkt 45. Dodawał Komitet: *„the domestic legal system cannot exempt a State Party from the international obligations it entered into on ratifying the Charter”*.

²⁵ *FIDH v. France*, sk. 14.2003, pkt 28.

²⁶ Por.: *DCI v. Belgium*, sk. 69/2011, dec. z 23 października 2012, pkt 30.

²⁷ *Autism-Europe v. France*, sk. 13/2002, dec. z 4 listopada 2003, pkt 53. Dodał przy tym: *„States Parties must be particularly mindful of the impact that their choices will have for groups with heightened vulnerabilities as well as for other persons affected including, especially, their families on whom falls the heaviest burden in the event of institutional shortcomings”* – *ibidem*, in fine.

legalnie mieszkającymi lub pracującymi na terytorium zainteresowanej Strony”²⁸. Wynikałoby z dalszych sformułowań pkt 1 Załącznika, że to państwo-strona, jeśli chce, może ten krąg poszerzyć. To jego dobra wola, jego łaska. Czy na pewno?

I tu dotykamy bardzo humanitarnego oblicza Karty, a bezpośrednio orzecznictwa EKPS. Zajmując się sytuacją małoletnich dzieci cudzoziemców bezprawnie w danym państwie przebywających, Komitet przyznał, że nie mieszczą się one w definicji kręgu uprawnionych, stosownie do Załącznika; dodał jednak: „ograniczenie zakresu podmiotowego zawarte w Załączniku nie powinno być odczytywane w taki sposób, by pozbawiać cudzoziemców wchodzących do kategorii bezprawnie obecnych migrantów ochrony najbardziej podstawowych praw wpisanych w Kartę bądź godzić w ich prawa podstawowe, takie jak prawo do życia lub integralności fizycznej albo prawo do ludzkiej godności”²⁹.

Powiąztał Komitet takie swoje rozumowanie z „przedmiotem i celem” Karty oraz „z innymi relewantnymi i zastosowalnymi normami prawa międzynarodowego, w tym – po pierwsze i nade wszystko – peremptoryjnymi normami powszechnego prawa międzynarodowego (*jus cogens*)”³⁰. Uznał więc tytuł „bezprawnych dzieci” do korzystania z praw ujętych w art. 17 ZEKS; rozpatrując zaś problem z perspektywy art. 11 Karty, stwierdził: „Uznanie, że państwa-strony nie są związane wymogiem ochrony zdrowia małoletnich cudzoziemców nielegalnie obecnych na ich terytorium, a w szczególności wymogiem zapewnienia dostępu do opieki zdrowotnej, oznaczałoby brak zapewnienia ich prawa do zachowania godności ludzkiej oraz wystawienie tych dzieci i młodzieży na poważne zagrożenia dla ich życia i integralności fizycznej”³¹.

Poza takim podmiotowym poszerzeniem zobowiązań z Karty wynikających, możemy doszukać się w orzecznictwie Komitetu poszerzenia substancjalnego, i to w paru wymiarach, Po pierwsze, czego tu nie sposób wyczerpująco przedstawić,

²⁸ Dotyczy to korzystania z praw ujętych w art. 1–17 Karty, z zastrzeżeniem art. 12 ust. 4 i 13 ust. 4 i z dodaniem, że państwo-strona może to rozszerzyć „na inne osoby”.

²⁹ Por. *DCI v. Belgium*, sk. 69/2011, pkt 28. Por. *COHRE v. Italy*, sk. 58/2009, pkt 33.

³⁰ *Ibidem*, pkt 29. Komitet dodał: „Ten wybór przy stosowaniu Karty wynika z pewnej potrzeby przestrzegania peremptoryjnych norm powszechnego prawa międzynarodowego (*jus cogens*), takich jak normy wymagające od każdego państwa poszanowania i zabezpieczenia prawa każdej jednostki do życia i integralności fizycznej”. Jego zdaniem, interpretacja, która by owocowała „brakiem uznania zobowiązania państw-stron co do zagwarantowania małoletnim cudzoziemcom bezprawnie przebywającym na ich terytorium korzystania z tych praw podstawowych, nie dawałaby się pogodzić z międzynarodowym *jus cogens*” – *ibidem*, pkt 33.

³¹ *Ibidem*, pkt 102.

chodzi o twórcze rozumienie przez Komitet substancji chronionej poszczególnych praw w Karcie umocowanych. Komitet dopatruje się nowych wymiarów czy aspektów praw chronionych, m.in. w związku z ich interakcją, czy to wzajemnie między prawami Karty³², czy też z prawami z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³³.

Na charakter i zakres zobowiązań ogromny wpływ ma zagadnienie dyskryminacji, z uwzględnieniem jej formy bezpośredniej i pośredniej, w związku z antydyskryminacyjną formułą Preambuły Karty z 1961 r. oraz art. E Karty Zrewidowanej. Bardzo wysoki procent stwierdzonych przez Komitet naruszeń praw z Karty wynika z potępienia prawa czy praktyk dyskryminacyjnych, w ścisłym zresztą powiązaniu z interpretacją art. 14 EKPC przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Można generalnie stwierdzić, że zarzut dyskryminacji ogromnie wzmacnia roszczenie, wzbogaca sferę zobowiązań i potęguje szanse stwierdzenia ich naruszenia. Problem ten również zasługuje na odrębne opracowanie.

System Karty otwiera się także na problem limitacji korzystania z chronionych w niej praw. Chociaż mamy tu do czynienia z generalną klauzulą limitacyjną, umocowaną w art. 31 EKS z 1961 r. i w art. G Karty Zrewidowanej, nie jest ona tylko ozdobnikiem, ale faktycznie działa w ocenie zobowiązań z Karty i w stwierdzaniu ich naruszeń, przy czym Komitet – niejednokrotnie odwołując się do ust. 2 art. 8–11 EKPC i co nieco wzorując się na orzecznictwie ETPC – wywodzi z limitacji realne wnioski, umiejętnie posługując się wchodzącymi tam w grę testami: legalności, celowości i konieczności, przy czym ten ostatni test często jest nazywany po prostu testem proporcjonalności. Z punktu widzenia badanego tematu ma to wielkie znaczenie, albowiem jeśli państwo w prawidłowy sposób korzysta z mechanizmu limitacji, a jego ingerencje spełniają wszystkie wspomniane wyżej testy, służy to do ekskulpacji państwa-strony: Komitet nie stwierdza naruszenia; państwo nie ponosi odpowiedzialności.

W tym kontekście również Komitet wielokrotnie dostrzega znaczenie marginesu oceny, pozostawionego w danym zakresie państwu-stronie, nad którego to marginesu prawidłowym wykorzystaniem przez państwa-strony Komitet czuje

³² Najczęściej uwzględniane przez Komitet w ich interakcji, czasem na tyle silnej, że stwierdzenie naruszenia jednego prawa przesądza automatycznie, w opinii Komitetu, o naruszeniu także drugiego prawa, są: art. 16 i art. 31 (zwłaszcza w kontekście prawa do adekwatnego mieszkania i warunków eksmisji); art. 30 i 31 (zwłaszcza w kontekście znaczenia mieszkania czy schronienia w kontekście ubóstwa lub wykluczenia społecznego); art. 11 i 17 (w związku z ochroną życia, zdrowia i integralności dzieci i młodzieży) itd., itd.

³³ Komitet odnotowywał zwłaszcza znaczenie art. 2, 3, 8 i 11 EKPC dla interpretacji praw chronionych w Karcie.

się powołany czuwać i ewentualnym nadużyciom zapobiegać. Na tym tle nasuwa się refleksja bardziej ogólna: Komitet w kontekście uwzględniania problemu dyskryminacji, limitacji i marginesu oceny w znacznym stopniu bierze przykład z ETPC i wzoruje się na nim. Odnosi się czasem wrażenie, że jego orzecznictwo „technicznie orzecznictwem strasburskim”.

Problem zobowiązań wynikających z EKS, w jej obu wersjach, jest na tyle bogaty i frapujący, że zasługuje już nie tylko na opracowanie artykułowe, ale na poważną monografię. O jeszcze jednej kwestii chcę tu napomknąć. Otóż, wspomnianemu już wyżej poszerzaniu warstwy zobowiązaniowej EKS służy – ochoczo przez Komitet wykorzystywana – koncepcja zobowiązań pozytywnych państwa. Obejmują one wiele elementów, a w kontekście poszczególnych praw rozciągają się na szereg obowiązków prewencyjnych państwa (obejmujących zbieranie i gromadzenie danych, rozpoznawanie zjawisk, badania statystyczne itp), jak również obowiązków warunkujących skuteczne urzeczywistnianie praw w Karcie chronionych (w tym gwarancje administracyjne, instytucjonalne, monitoringowe i kontrolne, aż po skuteczne gwarancje sądowe). Powstaje więc cała infrastruktura organizacyjna wypełniania zobowiązań, szczególnie istotna np. w kontekście urzeczywistniania zobowiązań z art. 30 i 31 Karty Zrewidowanej, m.in. na tle dopuszczalności, warunków realizacji i gwarancji, które muszą towarzyszyć ewentualnym eksmisjom.

NARUSZENIE ZOBOWIĄZANIA JAKO PODSTAWA ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWA-STRONY

Pojęcie naruszenia zobowiązania jest tak pojemne jak samo pojęcie zobowiązania; wszędzie bowiem – niezależnie od jego charakteru i zakresu – gdzie wchodzi w grę zobowiązanie, może zaistnieć naruszenie, czy to w postaci niedopuszczalnej – bo nie dotrzymującej warunków limitacji – ingerencji władz publicznych, czy też w postaci braku podjęcia przez państwo właściwych środków dla wypełnienia zobowiązań pozytywnych (pasywność państwa), z czym równoważne może się okazać podjęcie środków niewłaściwych (wadliwa aktywność państwa).

Dokonałem przeglądu 104 skarg wniesionych do EKPS, poczynając od skargi nr 1, a kończąc na skardze nr 104³⁴. Z tej ogólnej liczby w 84 sprawach zapadły

³⁴ *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal*, sk. 1/1998, dec. z 9 września 1999; *European Roma and Travellers Forum (ERTF) v. Czech Republic*, skarga zarejestrowana 3 marca 2014 r.

decyzje merytoryczne Komitetu, w 2 skargę uznano za niedopuszczalną³⁵, w 18 jest decyzja o dopuszczalności, ale nie ma jeszcze decyzji merytorycznej Komitetu. W 21 przypadkach członkowie Komitetu zgłosili opinie odrębne i – rzadziej – zbieżne³⁶. W sprawach zakończonych decyzjami merytorycznymi rozpatrywano w sumie 162 zarzuty naruszenia praw z EKS 1961 lub ze Zrewidowanej Karty 1996, z czego w 120 przypadkach stwierdzono naruszenie zobowiązania państwa-strony, zaś w 42 przypadkach naruszenia się nie dopatrzone.

W jednej ze spraw organizacja skarżąca domagała się zmiany art. 5 i 6 Karty w zakresie dotyczącym członków sił zbrojnych; Komitet słusznie stwierdził, że jest to „sprawa spoza zakresu jego kompetencji”, jako że rolą Komitetu w procedurze skarg zbiorowych „jest wyłącznie ocena, czy dana Umawiająca się Strona »zapewniła wystarczające wykonywanie postanowienia Karty, o które chodzi w skardze« (art. 8 Protokołu)”³⁷.

W innej sprawie Komitet zastosował koncepcję naruszenia ciągłego. Zajmując się określeniem granic swojej kompetencji *ratione temporis*, Komitet – co do części zarzutów – odwołał się do stanowiska ETPC w dwóch sprawach chorwackich (Ble i Silih) i stwierdził: „Zgodnie z podejściem przyjętym przez Wielką Izbę ETPC w sprawach Ble i Silih³⁸, Komitet uważa, że zarzucane tu specyficzne naruszenia znajdują się poza jego jurysdykcją temporalną”³⁹. Wskazał jednak, że w decyzji o dopuszczalności tej skargi stwierdził, iż „kluczowe wchodzące w tej sprawie w grę zagadnienia dotyczą zarzutów trwającej sytuacji faktycznej (...), które mogły mieć swoje źródło w wydarzeniach, które miały miejsce w połowie lat 90., ale które trwają w swym skutku do czasu wniesienia potem skargi, czyli w okresie po ratyfikacji Karty”; wobec tego, „Komitet uważa, że jest *ratione temporis* kompetentny do badania szczególnego charakteru prawa do ochrony

³⁵ *Syndicat national des Dermato-Venerologues (SNDV) v. France*, sk. 28/2004, dec. o dopuszcz. z 13 czerwca 2005 r.

³⁶ *FIDH v. France*, sk. 14/2003, dec. z 8 września 2004 r. Stwierdzenie naruszenia art. 15 Karty Zrewidowanej nastąpiło stosunkiem głosów 9 : 4, zaś jej art. 17 stosunkiem głosów 7 : 6 (*Appendix: opinie S. Evju, R. Birka, T. Akillio Lu oraz J.-M. Belorgey’a*). Por. *World Organisation against Torture (OMCT) v. Ireland*, sk. 18/2003, dec. z 7 grudnia 2004 *Appendices: op. zbieżna J.-M. Belorgey’a i opinia odrębna L. Francois*).

³⁷ *European Federation of Employees in Public Services (EFEPS) v. France*, sk. 2/1999, dec. z 4 grudnia 2000 r., pkt 33. Zarzut więc odrzucono.

³⁸ *COHRE v. Croatia*, sk. 52/2008, dec. z 22 czerwca 2009 r.

³⁹ *Ibidem*, pkt 26.

socjalnej, prawnej i gospodarczej umocowanego w art.16, ze skupieniem się na zapewnieniu konkretnej i efektywnej ochrony dla rodzin⁴⁰”.

Innym problemem specjalnym jest stwierdzenie przez Komitet „cięższego naruszenia” („*aggravated violation*”) i „cięższej odpowiedzialności” („*aggravated responsibility*”) państwa-strony z tytułu tego rodzaju naruszenia. W sprawie włoskiej dotyczącej niedopuszczalnych środków i praktyk specjalnych wobec Romów i Sinti, w związku z czym Komitet już wcześniej stwierdzał naruszenie art. 31 ust. 1–3⁴¹, Komitet uznał, że „sytuacja oznacza stygmatyzację, która stanowi traktowanie dyskryminacyjne” i z tej właśnie perspektywy uznał, że „*the lack of protection and investigation measures in cases of generalized violence against Roma and Sinti sites, in which the alleged perpetrators are officials, implies for authorities an aggravated responsibility*”⁴². Zdaniem Komitetu, takie cięższe naruszenie zostaje stwierdzone, gdy spełnione są następujące kryteria: z jednej strony, podejmowane są środki naruszające prawa człowieka konkretnie wycelowane i godzące w grupy drażliwe; z drugiej strony, władze publiczne nie tylko że pozostają bierne i nie podejmują właściwego działania przeciwko sprawcom naruszeń, ale również przyczyniają się do takiej przemocy”⁴³.

Generalnie trzeba stwierdzić, że doszukując się naruszenia przez państwo-stronę jego zobowiązań wynikających z Karty 1961 lub Karty Zrewidowanej 1996, Komitet brał pod uwagę całą „infrastrukturę” wykonywania zobowiązań, nieraz wytykając państwu brak gromadzenia danych i prowadzenia badań dla właściwego rozpoznania sytuacji, jak również brak stosownego monitoringu i kontroli podejmowanych przez państwo działań i wynikających z nich skutków, a także gwarancji materialnych i proceduralnych na rzecz ofiar naruszeń praw człowieka.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 27. Komitet wskazał, że „sytuacja rzekomego naruszenia trwa i może nawet postępowo się wzmagać, jeśli nie zostaną podjęte środki wystarczające dla położenia jej kresu” – *ibidem*.

⁴¹ *European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy*, sk.27/2004, dec. z 7 grudnia 2005, pkt 42 i 46, gdzie Komitet m.in. wskazywał, że Romowie doznawali podczas tych eksmisji „bezpodstawnej przemocy”.

⁴² *COHRE v. Italy*, sk. 58/2009, dec. z 25 czerwca 2010 r., pkt 74–75. Rzecz charakterystyczna, Komitet powołał się na wyroki Międzypaństwowego Trybunału Praw Człowieka przeciwko Gwatemali, Kolumbii, Paragwajowi i Peru – *ibidem*, pkt 75 *in fine*.

⁴³ *Ibidem*, pkt 76.

PRZYPISANIE ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWU-STRONIE

Jak już wcześniej wykazałem, Komitet – zajmując się problematyką odpowiedzialności państwa-strony – ochoczo sięgał po wnioski wynikające z Wiedeńskiej Konwencji Prawa Traktatów⁴⁴, z zasad ogólnych prawa międzynarodowego publicznego i konkretnie z Projektu Artykułów KPM ONZ. Cytował m.in. *in extenso* tekst art. 4 Projektu⁴⁵, by przypomnieć „zasadę ogólną prawa międzynarodowego, zgodnie z którą w dziedzinie międzynarodowej odpowiedzialności państw postępowanie jakiegokolwiek organu państwowego, w tym organów jednostek terytorialnych, powinno być postrzegane jako działanie państwa”⁴⁶.

Uznał Komitet, że „Państwa mogą się zdecydować na wykonywanie pewnych kompetencji, bądź też delegować je władzom lokalnym czy też partnerom społecznym”; „taka delegacja jednak nie zwalnia ich z zobowiązań zaciągniętych na podstawie porozumień międzynarodowych”⁴⁷. W sprawie belgijskiej szerzej wyjaśnił: *„Therefore the primary responsibility for implementing European Social Charter naturally rests with national authorities. Having regard to their constitutional arrangements and their welfare and industrial relations system, these authorities may in turn delegate certain powers to local authorities or the social partners. However, if they are not accompanied by appropriate safeguards, such implementation arrangements may threaten compliance with undertakings under the Charter”*⁴⁸.

⁴⁴ Zwłaszcza z jej art. 27: „Państwo-strona nie może się powoływać na przepisy swego prawa krajowego jako usprawiedliwienie braku wykonania traktatu” – por. *FIDH v. Belgium*, sk. 75/2011, pkt 52.

⁴⁵ „1. *The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State.* 2. *An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State*”. Por. *COHRE v. Italy*, sk. 58/2009, pkt 89.

⁴⁶ Patrz: *FIDH v. Belgium*, sk. 62/2010, dec. z 21 marca 2012, pkt 54. Por. też: *CACF v. Finland*, s. 70/2011, dec. z 4 grudnia 2012, pkt 55.

⁴⁷ *CAC in Finland v. Finland*, sk. 70/2011, dec. z 4 grudnia 2012 r., pkt 56. Podkreślił też Komitet, że „państwo federalne nadal ponosi odpowiedzialność wobec innych państw i organizacji międzynarodowych, których jest członkiem, i musi wykonywać swoje zobowiązania międzynarodowe” *FIDH v. Belgium*, sk. 62.2010, pkt 57.

⁴⁸ *FIDH v. Belgium*, sk. 62/2010, pkt 55.

Wykorzystywał Komitet takie założenie wobec niejednego państwa-strony. I tak, wobec Grecji stwierdził: „Nawet, jeśli na podstawie prawa krajowego władze lokalne czy regionalne, związki zawodowe albo organizacje zawodowe ponoszą odpowiedzialność za sprawowanie konkretnej funkcji, państwa-strony Karty nadal pozostają odpowiedzialne na podstawie ich zobowiązań międzynarodowych za zapewnienie, by taka odpowiedzialność była sprawowana właściwie”⁴⁹. Powtarzał to Komitet w stosunku do Włoch⁵⁰, dodając, że „ostateczna odpowiedzialność za urzeczywistnianie polityki, obejmująca co najmniej nadzór i regulowanie działań lokalnych, należy do Państwa Włoskiego”⁵¹.

Wobec Portugalii Komitet uznał, że „niezdolność i niechęć władz centralnych do prawidłowego nadzoru/koordynacji urzeczywistniania programów mieszkaniowych na poziomie lokalnym, z uwzględnieniem specyficznej sytuacji Romów, np. poprzez działania przeciwko tym gminom, których projekty mieszkaniowe prowadziły do izolacji albo segregacji Romów, wykazuje w tym obszarze brak »wszechstronnego i skoordynowanego podejścia«, oznaczając naruszenie art. E, wziętego wraz z art. 30”⁵².

Szczególne problemy miał Komitet z Belgią, z uwagi na jej strukturę federalną i obfitą praktykę przeniesienia wielu funkcji państwa na regiony i wspólnoty. Według Komitetu, „krajowy system prawny nie może zwolnić Państwa-Strony z zobowiązań międzynarodowych zaciągniętych przy ratyfikacji Karty”; „jako Państwo-Strona Państwo Belgijskie musi zapewniać, by zobowiązania wynikające z Karty były wypełniane przez regiony i wspólnoty”⁵³. Komitet przyjął do wiadomości twierdzenie rządu belgijskiego, że wszystko „zależy od chęci pełnego poświęcenia się władz lokalnych na rzecz ustanowienia takich obozowisk w granicach ich jurysdykcji”; przypomniał jednak, że „to do Państwa Belgijskiego, jako Państwa-Strony Karty, należy zapewnienie, by zobowiązania wynikające z Karty były przestrzegane przez regiony i wspólnoty”⁵⁴.

Grecja zarzucała, że nie można jej imputować odpowiedzialności za działania DEH, spółki prawa prywatnego. Komitet przypomniał, że spółka ta do

⁴⁹ *ERRC v. Greece*, sk. 15/2003, pkt 29.

⁵⁰ Por.: *ERRC v. Italy*, sk. 27/2004, dec. z 7 grudnia 2005, pkt 26; *COHRE v. Italy*, sk. 58/2009, pkt 87.

⁵¹ *COHRE v. Italy*, sk. 58/2009, pkt 90.

⁵² *ERRC v. Portugal*, sk. 61/2010, dec. z 3 czerwca 2011, pkt 71.

⁵³ *FIDH v. Belgium*, sk. 62/2010, pkt 56.

⁵⁴ *Ibidem*, pkt 119. Por. *FIDH v. Greece*, sk. 72/2011. dec. z 23 stycznia 2013, pkt 52.

czasu jej częściowej prywatyzacji była spółką państwową, że państwo nadal ma w niej większość udziałów (51/12%), że podlega ona w pełni greckiemu ustawodawstwu środowiskowemu. Dodał przy tym wyraziście, że – jako od strony Karty – „wymaga się od Państwa Greckiego zapewnienia przestrzegania jego zobowiązań, niezależnie od statusu prawnego jednostek gospodarczych, których postępowanie wchodzi w grę”⁵⁵.

Staął też Komitet wobec problemu rozbieżności między unormowaniami układów zbiorowych a wymaganiami ustaw krajowych i samej Karty. We wspomnianej sprawie greckiej rząd twierdził, że nie może być uznany odpowiedzialnym za brak odpowiednich przepisów w układzie zbiorowym. Komitet wskazał jednak, że „choć Państwo-strona może się zdecydować na pozostawienie układom zbiorowym zapewnienia urzeczywistnienia Karty, „państwo” – ciało ustawodawcze, administracyjne lub sądowe – musi zagwarantować efektywność praw”⁵⁶. Podobnie, w sprawie szwedzkiej Komitet uznał, że – gdy w celu urzeczywistnienia zobowiązań zaakceptowanych na podstawie art. 5 wykorzystuje się układy zawierane między organizacjami pracodawców a organizacjami pracowników, stosownie do art. 1 (b) – Państwa muszą zapewnić, by układy takie nie przeczyły zaciągniętym zobowiązaniom, czy to przez wymóg, by układy to zawierały, czy też poprzez procedury ich urzeczywistniania”⁵⁷.

DOCHODZENIE ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWA-STRONY

Pierwszym warunkiem dochodzenia odpowiedzialności państwa-strony jest związanie się tego państwa Protokołem dodatkowym do EKS ustanawiającym system skarg zbiorowych, czy to przez jego formalną ratyfikację, czy też – w przypadku państwa wiążącego się Kartą Zrewidowaną 1996 – oświadczeniem „w drodze notyfikacji skierowanej do Sekretarza Generalnego Rady Europy, że

⁵⁵ *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece*, sk. 40/2005, dec. z 6 grudnia 2006, pkt 192.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt 238.

⁵⁷ *Confederation of Swedish Enterprise (CSE) v. Sweden*, sk. 12/2002, dec. z 15 maja 2003, pkt 27. Dodał przy tym, że „odpowiednia władza krajowa, ustawodawcza, administracyjna czy sądowa, musi interweniować, powodując czy to uchylenie odnośnych przepisów, czy też wyeliminowanie ich urzeczywistniania” – *ibidem*, pkt 28.

przyjmuje kontrolę zobowiązań podjętych na mocy niniejszej Karty zgodną z procedurą przewidzianą w tym Protokole”⁵⁸.

Stosownie do art. 1 Protokołu, następującym organizacjom przyznano prawo do wnoszenia skarg dotyczących niezadowalającego wykonywania zobowiązań z Karty: „a) międzynarodowe organizacje pracodawców i pracowników, o których mowa w ust.2 artykułu 27 Karty; b) inne międzynarodowe organizacje pozarządowe, mające status konsultacyjny przy Radzie Europy, które zostały umieszczone na liście sporządzonej w tym celu przez Komitet Rządowy; c) reprezentatywne krajowe organizacje pracodawców i pracowników podlegające jurysdykcji Umawiającej się Strony, przeciwko której wnoszą skargę”.

Komitet, podkreślając, że „celem procedury skarg zbiorowych jest poprawa efektywnego urzeczywistniania praw socjalnych gwarantowanych przez Kartę”, zwrócił uwagę na to, że „Protokół pozwala *inter alia* międzynarodowym organizacjom pozarządowym, które spełniają pewne kryteria, na wnoszenie skarg do Komitetu zarzucających niezadowalające wykonywanie Zrewidowanej Karty”⁵⁹. W stosunku do Federacji Stowarzyszeń Rodzin Katolickich w Europie (FAFCE) Komitet zauważył, że jest to „międzynarodowa organizacja pozarządowa ze statusem partycypacyjnym w Radzie Europy”, „włączona na sporządzoną przez Komitet Rządowy listę międzynarodowych organizacji pozarządowych, które mają tytuł do wnoszenia skarg przed Komitetem”⁶⁰. Uznał też, że z punktu widzenia rozpatrywanej skargi FAFCE „ma szczególną kompetencję w znaczeniu art. 3 Protokołu”⁶¹.

Powstawały czasem wątpliwości na tle – wprowadzonego do tekstu Protokołu – kryterium reprezentatywności krajowych organizacji pracodawców i pracowników. Na przykład Francja kwestionowała reprezentatywność Krajowego Związku Dermatologów i Wenerologów (SNDV), w związku z czym Komitet zwrócił uwagę że „z punktu widzenia procedury skarg zbiorowych reprezentatywność jest koncepcją autonomiczną, która nie musi być identyczna z krajowym pojęciem reprezentatywności”, a „fakt, że skarżący związek zawodowy nie jest w prawie

⁵⁸ Por. art. D ust. 3 *in fine* cz. IV Karty Zrewidowanej.

⁵⁹ *World Organization against Torture (OMCT) v. Ireland*, sk. 18/2003, dec. z 7 grudnia 2004, pkt 58.

⁶⁰ *FAFCE v. Ireland*, sk. 89/2013, dec. o dopuszcz. z 2 lipca 2013 r., pkt 9.

⁶¹ *Ibidem*, pkt 11 *in fine*.

francuskim uznany za reprezentatywny z punktu widzenia rokowań zbiorowych, sam w sobie nie jest rozstrzygający z punktu widzenia art. 1 (c) Protokołu”⁶².

W innej sprawie Grecja zakwestionowała skargę INTERIGHTS dlatego, że ta międzynarodowa organizacja pozarządowa opierała się na materiałach zebranych przez Grecki Monitor Helsiński, a więc „krajową organizację pozarządową, podczas gdy Grecja nie uznała prawa krajowych organizacji pozarządowych do wnoszenia skargi”⁶³. Komitet wskazał jednak, że INTERIGHTS ma niewątpliwie tytuł do wnoszenia skargi oraz że „organizacja uprawniona zgodnie z Protokołem do wnoszenia skargi może się opierać na wszelkich dokumentach, które uważa za istotne, niezależnie od tego, kto je przygotował” i to „do Komitetu należy decyzja, jaką wagę nadać takiemu materiałowi, niezależnie od jego źródła, póki jest on wspierany przez organizację skarżącą”⁶⁴.

Zdarzyło się, że osoba występująca w imieniu grupy związków zawodowych i przedstawiająca wiele pretensji prawnych nie potrafiła wykazać się żadnym upoważnieniem do działania w ich imieniu. Wobec tego, Komitet uznał skargę za niedopuszczalną⁶⁵. Innym razem skargę IHF uznano za dopuszczalną. Potem jednak okazało się, że IHF objęta została w Wiedniu procedurą niewypłacalności, wobec czego Komitet stwierdził, że „utraciła ona swój status jako NGO ze statusem partycypacyjnym w Radzie Europy” i „nie ma zdolności uczestnictwa w dalszym postępowaniu”; „nie ma więc organizacji skarżącej z wymaganym statusem i zdolnością wysuwania argumentów co do meritum skargi”⁶⁶. Nie można więc – mimo takiego życzenia IHF – kontynuować postępowania z udziałem Bułgarskiego Komitetu Helsińskiego, ponieważ Bułgaria nie uznała kompetencji krajowych organizacji pozarządowych do wnoszenia skarg, jak jest to przewidziane w art.2 ust.1 Protokołu”⁶⁷.

⁶² *Syndicat national des Dermato-Venerologues (SNDV) v. France*, sk. 28/2004, dec. o dopuszcz. z 13 czerwca 2005, pkt 4. Komitet nie widział jednak konieczności rozstrzygania kwestii reprezentatywności, jako że skarga i tak „ze względów merytorycznych nie była dopuszczalna” – por. *ibidem*, pkt 8. Por. też: *SAIGI-Syndicat des Hauts Fonctionnaires (SAIGI-SHF) v. France*, sk. 29.2005, dec. o dopuszcz. z 14 czerwca 2005, pkt 3, w zw. z pkt 7–8.

⁶³ *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Greece*, sk. 49/2008, dec. z 11 grudnia 2009, pkt 12.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt 13.

⁶⁵ *Frente Comun de Sindicatos da Administracao Publica (FCSAP) v. Portugal*, sk. 36/2006, dec. o dopuszcz. z 5 grudnia 2006, pkt 4–5.

⁶⁶ *International Helsinki Federation for Human Rights (IHF) v. Bulgaria*, sk.44/2007, dec. o skreśleniu z 5 marca 2008, pkt 1.

⁶⁷ *Ibidem*, pkt 2–3.

PODSUMOWANIE

Z poczuciem ogromnego niedosytu zmierzam do uwag końcowych; tyle razy, zamiast już w niniejszym tekście postarać się o stosowną analizę i wnioski, zapowiadałem potrzebę przeznaczenia na to specjalnego opracowania artykułowego czy zgoła monografii. Dziedzina praw socjalnych nie należy do obszarów chętnie badanych przez specjalistów międzynarodowej ochrony praw człowieka, dlatego badacz natrafia raz po raz na luki, które dopiero trzeba by wypełniać, a na których wypełnienie w danym opracowaniu miejsca nie starcza. Postaram się w przyszłości wnieść w tym zakresie jakiś tam wkład osobisty; innych zachęcam do zainteresowania tym obszarem.

Jak wynika z powyższych badań, Europejski Komitet Praw Socjalnych życzliwie otwiera się na zewnętrzne standardy międzynarodowe, łączywie – gdzie tylko można – wyciągając z nich pożytki dla swego własnego orzecznictwa. Dotyczy to zarówno generalnych kwestii interpretacji traktatów i odpowiedzialności międzynarodowej państw, jak i konkretnych problemów doprecyzowywania standardów ochrony praw człowieka, nie tylko praw socjalnych, ale ogółu praw składających się na katalog praw międzynarodowo chronionych, w ich naturalnej niepodzielności i współzależności, w ich integralności wymaganej przez integralność samego człowieka, ludzkiego „Być” i ludzkiego „Mieć”.

Uderzające jest zdeterminowane nastawienie Komitetu na efektywność ochrony praw gwarantowanych w systemie Europejskiej Karty Socjalnej, nie ograniczające się do podkreślania zasady skuteczności ochrony, lecz wymagające od państw-stron tworzenia całej infrastruktury ochrony praw socjalnych: ze sprawnym ustawodawstwem, uzupełnianym przepisami wykonawczymi; z koniecznymi środkami prewencyjnymi (m.in. dotyczącymi zbierania danych, rozpoznawania zjawisk, badania przyczyn); z równie niezbędnymi środkami zabezpieczania realizacji praw (w postaci np. monitoringu, nadzoru i kontroli); ze stworzeniem sieci sprawnych gwarancji instytucjonalnych; wreszcie – *last but not least* – skutecznych gwarancji proceduralnych, w tym dla zapobiegania bezprawiu i nadużyciom prawa. A wszystko to w otocze fundamentalnych wartości, w tym przyrodzonej godności osoby ludzkiej, nie tylko stanowiącej fundament ogólny, ale też przenikającej bezpośrednio do treści chronionych praw fundamentalnych, gdzie człowieczeństwo i jego poszanowanie tego wymaga.

Komitet odpowiedzialnie podchodzi do zagadnienia odpowiedzialności międzynarodowej państw-stron Karty. Dbą o swoje orzecznictwo i z uporem go broni. Tak np., gdy w jednej ze spraw rząd Holandii wskazał na to, że decyzja Komitetu w sprawie FIDH przeciwko Francji nie została podtrzymana przez Komitet Ministrów⁶⁸, który nie skierował do rządu pozwanego żadnego zalecenia, EKPS przypomniał, że „jasno wynika ze sformułowania Protokołu ustanawiającego system skarg zbiorowych, że tylko Europejski Komitet Praw Socjalnych władny jest rozstrzygać, czy sytuacja jest zgodna z Kartą, czy też nie; tak jest z każdym traktatem ustanawiającym sądowy bądź *quasi*-sądowy organ dla oceny przestrzegania tego traktatu przez strony”⁶⁹.

⁶⁸ *Defence for Children International (DCI) v. the Netherlands*, sk. 47/20208, dec. z 20 października 2009, pkt 20.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt 21. Dodał przy tym: „Być może, korzystając ze swej kompetencji do rozstrzygania, jakie *follow-up* zapewnić stwierdzeniu przez Komitet naruszenia Karty, Komitet Ministrów mógłby brać pod uwagę wszelkie względy polityki społecznej i gospodarczej, ale nie mógłby kwestionować prawnej oceny Komitetu”.

Michał Kowalski*

**POŚREDNIE NARUSZENIE ZOBOWIĄZANIA
Z EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA
– UWAGI NA TLE WYROKÓW W SPRAWACH
AL NASHIRI PRZECIWKO POLSCE
I HUSAYN (ABU ZUBAYDAH) PRZECIWKO POLSCE**

WSTĘP

Zapadłe w dniu 24 lipca 2014 r. dwa wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETiPC lub Trybunał) w sprawach *Al Nashiri przeciwko Polsce*¹ i *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*², czyli wyroki w tzw. sprawach tajnych więzień CIA w Polsce, zasługują na uwagę i pogłębioną analizę nie tylko dlatego, że należą do tej grupy wyroków, która budzi szerokie zainteresowanie polskiej

* dr hab. Michał Kowalski, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego, Wydział Prawa i Administracji UJ

¹ Wyrok izby ETiPC w sprawie *Al Nashiri przeciwko Polsce* z dnia 24 lipca 2014 r., skarga nr 28761/11; pełny tekst wyroku, jak również teksty innych niżej powoływanych orzeczeń Trybunału, dostępne są w zbiorze HUDOC pod adresem: www.cmiskp.echr.coe.int (stan z 1 maja 2015 r.).

² Wyrok izby ETiPC w sprawie *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce* z dnia 24 lipca 2014 r., skarga nr 7511/13. Oba powoływane wyroki są niemal literalnie zbieżne. Dla większej klarowności wyводу w dalszej części opracowania powoływany będzie jedynie wyrok w sprawie *Al Nashiri*.

i międzynarodowej opinii publicznej, ale przede wszystkim ze względu na ich doniosłość o charakterze prawnym. Stanowią one bowiem ważny głos w dyskusji o granicach wyznaczanych przez regulacje gwarantujące prawa człowieka w podejmowanych przez państwa działaniach mających na celu zwalczanie terroryzmu międzynarodowego. Równocześnie wyroki te, których uzasadnienia są – nawet jak na standardy strasburskie – bardzo obszerne, dotyczą wielu ważnych zagadnień z zakresu stosowania i interpretacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC)³. Jako takie stanowić mogą – i ze wszech miar powinny – cenny punkt odniesienia dla szerszej dyskusji o prawie EKPC.

Zarzuty, na których oparto skargi, były bardzo szerokie i w konsekwencji Trybunał dopatrywał się naruszeń przez Polskę szeregu zobowiązań wynikających z EKPC. Najcięższy wymiar ma niewątpliwie stwierdzenie odpowiedzialności Polski za naruszenia w aspekcie materialnym art. 3 EKPC, czyli zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Odpowiedzialność tę Trybunał wywodził ze współpracy władz polskich z władzami amerykańskimi w prowadzonym przez te ostatnie poza terytorium USA programie zatrzymań i przesłuchań osób podejrzanych o terroryzm (program ten najczęściej, choć nie wyłącznie⁴, określany był jako program dotyczący zatrzymanych osób o wysokiej wartości; ang. *High-Value Detainees Program*; dalej: program HVD) w zakresie w jakim program ten miał miejsce na terytorium Polski. Trybunał uznał ponadto, że Polska naruszyła art. 3 EKPC w aspekcie proceduralnym przez brak przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaśniającego dotyczącego zarzucanego przez skarżących narażenia ich na zabronione w art. 3 EKPC traktowanie. Trybunał uznał również, że Polska przez wyżej wymienioną współpracę z władzami amerykańskimi ponosi także odpowiedzialność za naruszenia gwarancji wynikających z art. 5 EKPC przez umożliwienie pozbawienia wolności (w autonomicznym znaczeniu konwencyjnym) skarżących na terytorium Polski bez odpowiednich gwarancji prawnych. Polska naruszyła też w ocenie Trybunału gwarantowane w art. 8 EKPC prawo skarżących do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego. Trybunał uznał ponadto, że w całym powyższym zakresie skarżący nie mieli zagwarantowanego skutecznego krajowego środka odwoławczego i uznał odpowiedzialność Polski za naruszenie art. 13 EKPC z związku z art. 3, 5 i 8 EKPC. Trybunał dopatrywał się też szeregu naruszeń wynikających z umożliwienia przez Polskę przekazania skarżących poza

³ Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

⁴ Zob. np. *Al Nashiri*..., par. 48.

swoje terytorium, co skutkowało możliwością narażenia ich tam na naruszenia praw wynikających z EKPC, tj. pozbawienie ich prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 ust. 1 EKPC), jak również przez narażenie jednego ze skarżących (*Al Nashiri*) na karę śmierci (art. 2 i 3 EPKC w związku z art. 1 Protokołu dodatkowego nr 6 do EKPC). Ponadto Trybunał stwierdził naruszenie przez Polskę art. 38 EKPC przez niewywiązanie się z obowiązku współpracy z Trybunałem.

Powyższe wyliczenie wyraźnie wskazuje na jak szeroką materię prawną mamy do czynienia i w pełni tłumaczy wręcz książkowy format uzasadnień Trybunału. Wiele powyższych zagadnień ma bez wątpienia niezwykle doniosłość, ale też pozostaje – przynajmniej w pewnym zakresie – kontrowersyjna. Taki charakter ma niewątpliwie kwestia stwierdzenia naruszenia przez Polskę obowiązku współpracy z Trybunałem przy całkowitym pominięciu przez Trybunał poważnych zarzutów dotyczących braku procedury regulującej udostępnianie Trybunałowi i wykorzystywanie przez niego informacji o charakterze niejawnym na gruncie prawa krajowego, oraz przy nieuwzględnieniu propozycji ze strony władz polskich, co do form zapoznania się przez Trybunał ze szczegółami prowadzonego w Polsce postępowania przygotowawczego w zakresie w jakim obejmowało ono informacje niejawne. Nie sposób jednak nie zauważyć, że o ile brak takiej procedury, jak również nieuwzględnienie propozycji strony rządowej w tym zakresie, należy oceniać krytycznie, to kwestia ta nie dawała szans powodzenia na uwzględnienie opartego na niej przez stronę rządową wniosku o przekazanie spraw do ponownego rozpatrzenia przez wielką izbę Trybunału na podstawie art. 43 EKPC. Nieuwzględnienie wniosku przez panel pięciu sędziów Trybunału, które doprowadziło do tego, że wyroki izby z 24 lipca 2014 r. stały się z dniem 16 lutego 2015 r. ostateczne, nie może więc dziwić.

Inną kontrowersyjną kwestią jest też na przykład zasądzenie przez Trybunał wysokich kwot zadośćuczynienia opiewających na kwotę stu tysięcy euro dla każdego ze skarżących. O ile obiektywnie wysoka kwota zadośćuczynienia wpisuje się w średnią zasądzaną w sprawach o podobnym ciężarze gatunkowym, o tyle wykształcona linia orzecnicza, zgodnie z którą Trybunał abstrahuje od charakterystyki działalności skarżących, która ewidentnie zaprzecza wartościom leżącym u podstaw EKPC i jako taka zasługuje na potępienie, musi budzić poważne wątpliwości. W rozważanych sprawach jest to tym bardziej uderzające, że jeden ze skarżących był i jest w dalszym ciągu objęty sankcjami międzynarodowymi za wspieranie terroryzmu międzynarodowego, co uniemożliwiało bezpośrednie wypłacenie mu kwoty zadośćuczynienia i zmusiło polskie władze do wystąpienia o wskazania specjalnego rachunku depozytowego stworzonego w tym celu.

Nie podejmując szerszej tego zagadnienia warto jednak przypomnieć wcześniejszą linię orzecniczą, zgodnie z którą skarżącym zaangażowanym w działalność terrorystyczną lub inną zasługującą na potępienie zadośćuczynienia właśnie z tego powodu nie zasądzano⁵.

Powyższe przykłady dobitnie wskazują na szeroki i zróżnicowany charakter kwestii prawnych podejmowanych w wyrokach z 24 lipca 2014 r. W niniejszym opracowaniu, ze względu na jego charakter, uwagi zostaną ograniczone tylko do jednej kwestii szczegółowej. Analizie poddana zostanie kwestia stwierdzenia przez Trybunał odpowiedzialności Polski za naruszenie art. 3 EKPC w jego materialnym aspekcie. Ma to kilkuaaspektowe uzasadnienie.

Przed wszystkim stwierdzenie materialnego naruszenia przez państwo-stronę EKPC zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania – uwzględniając zwłaszcza peremptoryjny charakter tego zakazu – stanowi bez wątpienia jedno z najpoważniejszych możliwych naruszeń standardów EKPC⁶. W kontekście wyroku dotyczącego zwalczania terroryzmu międzynarodowego, który to wyrok budzi szerokie zainteresowanie międzynarodowej opinii publicznej, ma to dodatkowo szczególny wymiar pozaprawny.

Po drugie, stwierdzenie odpowiedzialności Polski w tym zakresie i w związku z faktem, że bezpośrednich działań spełniających znamiona tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w rozumieniu art. 3 EKPC dopuszczali się na terytorium Polski przedstawiciele państwa trzeciego, wiąże się z wnioskowaniem Trybunału dotyczącym styku problematyki odpowiedzialności państwa-strony EKPC i ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw za czyny bezprawne. W tym kontekście wyroki w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* wpisują się w orzeczenia Trybunału, w których odnosi się on do reżimu odpowiedzialności międzynarodowej państw w sposób, który – w pewnych sytuacjach – budzi wątpliwości co do jego spójności.

Po trzecie wreszcie, stwierdzenie odpowiedzialności Polski za naruszenia art. 3 EKPC w jego materialnym aspekcie wpisuje się w zróżnicowane w swym

⁵ Tak na przykład w głośnej sprawie dotyczącej zamachu przygotowywanego przez członków Irlandzkiej Armii Republikańskiej, w której Trybunał uznał odpowiedzialność władz brytyjskich z art. 2 EKPC: wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 27 września 1995 r., skarga nr 18984/91.

⁶ O koncepcji tzw. „poważnych naruszeń praw człowieka” w kontekście kwalifikacji naruszeń zobowiązań z EKPC zob. szeroko: M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, s. 101–113.

charakterze założenia interpretacyjne Trybunału, które prowadzą do uznawania odpowiedzialności konwencyjnej państwa-strony w sytuacji, którą można określić jako pośrednie naruszenia zobowiązania konwencyjnego, czyli takiej, w której Trybunał uznaje odpowiedzialność danego państwa-strony EKPC, pomimo tego, że bezpośredniego naruszenia wartości gwarantowanej EKPC dopuszcza się inny podmiot. O szczegółowym rozumieniu pośredniego naruszenia zobowiązania konwencyjnego będzie mowa poniżej. W tym miejscu warto jednak podkreślić, że wyroki w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* wyraźnie pokazują, że taka tendencja interpretacyjna wyraźnie zwiększa zakres zobowiązań państw-stron EKPC. W rozważanym kontekście dotyczy to nie tylko stwierdzenia materialnego naruszenia art. 3 EKPC, ale także jego naruszenia proceduralnego, jak również innych naruszeń zobowiązań konwencyjnych stwierdzonych przez Trybunał w omawianych wyrokach. Ten szerszy kontekst będzie uwzględniony w poniższej analizie.

1. POŚREDNIE NARUSZENIE ZOBOWIĄZANIA Z EKPC

EKPC jako wielostronna umowa międzynarodowa gwarantująca zawarte w niej prawa człowieka jest źródłem zróżnicowanych zobowiązań dla jej państw-stron, które to zobowiązania skutkują odpowiedzialnością międzynarodowoprawną państwa-strony w sytuacji ich naruszeń. Szerokiej analizy odpowiedzialności państwa-strony EKPC dokonał niedawno w polskiej literaturze przedmiotu Michał Balcerzak. Należy podzielić jego pogląd, że „dla rozważań na temat odpowiedzialności decydujące jest nie tylko istnienie zobowiązania prawnomiędzynarodowego (odpowiedź na pytanie »za co« odpowiada państwo-strona), ale także ustalenie »czy i jak« doszło do naruszenia tego zobowiązania oraz jakie należy z tym wiązać skutki prawne. Zatem z punktu widzenia odpowiedzialności międzynarodowej adekwatne wydaje się spojrzenie nie tylko na typologię zobowiązań międzynarodowych per se, lecz także na typologię kategorii ich naruszeń”⁷. W konsekwencji w powoływanej pracy proponowane są – z gruntownym osadzeniem ich w dorobku orzeczniczym Trybunału i w doktrynie przedmiotu – klasyfikacje naruszeń EKPC ze względu na treść oraz ze względu na rodzaj zobowiązania, oraz z uwzględnieniem aspektów temporalnych a także problematyki jurysdykcji państwa-strony, jak również kwestii przypisywania naruszenia państwu-stronie EKPC. Propozycje te nie uwzględniają

⁷ *Ibidem*, s. 62 (podkreślenia w oryginale).

koncepcji pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC. Uprawnia to do stwierdzenia, że ani sam Trybunał, ani też doktryna nie posługują się zasadniczo pojęciem pośredniego naruszenia EKPC⁸. Pomimo tego warto zastosowanie takiego pojęcia rozważyć.

Jak wspomniano wyżej, pośrednie naruszenie zobowiązania konwencyjnego rozumiem jako pojęcie oznaczające sytuację, w której Trybunał uznaje odpowiedzialność danego państwa-strony EKPC, pomimo tego, że bezpośredniego naruszenia wartości chronionej na mocy EKPC dopuszcza się inny podmiot. Nie ma przy tym znaczenia, czy odpowiedzialność państwa-strony EKPC wynika z niewypełnienia jego pozytywnego zobowiązania do powstrzymania innego podmiotu działającego pod jego jurysdykcją przed naruszeniem wartości konwencyjnej, czy też na przykład wynika z przypisania państwu-stronie EKPC działań innego podmiotu, które mają miejsce poza jego jurysdykcją terytorialną. W proponowanym rozumieniu kluczowe dla odróżnienia bezpośredniego i pośredniego naruszenia zobowiązania państwa-strony EKPC jest to, że w tej drugiej sytuacji, to nie jego działanie jest źródłem naruszenia wartości chronionej. To bardzo proste w swej istocie rozróżnienie pozwala dostrzec pewien wspólny mianownik we wspomnianych wyżej typologiach zobowiązań i wydaje się pomocne w analizie wyroków Trybunału, czego sprawy *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* wydają się dobrym potwierdzeniem. Poniżej przedstawiono cztery kategorie naruszenia zobowiązania z EKPC, które mogą być określone jako pośrednie i których ujęcie jako takie będzie pomocne w analizie omawianych wyroków we wskazanym zakresie.

1.1. Po pierwsze, przez pryzmat pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC można postrzegać koncepcję zobowiązań pozytywnych. Tradycyjnie zobowiązania negatywne i pozytywne wyróżnia się ze względu na odmienny rodzaj zobowiąza-

⁸ Nie zidentyfikowano uzasadnienia wyroku, w którym Trybunał posługiwałby się wprost tym pojęciem. W doktrynie pojęcie to jest używane incydentalnie – tak np. w N. Burri, *Bravery or Bravado? The Protection of News Providers in Armed Conflict*, Leiden 2015, s. 213 (odnośnie do pośredniego naruszenia art. 10 EKPC stwierdzonego w wyroku izby ETiPC w sprawie *Dink przeciwko Turcji* z 11 września 2010 r. skarga nr 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 i 7124/09). Natomiast o bezpośrednim naruszeniu zobowiązania z EKPC (w kontekście art. 4) i o tym, że na podstawie EKPC „państwa nie ponoszą bezpośredniej odpowiedzialności za działania (zaniechania) podmiotów prywatnych” pisze Leszek Garlicki: L. Garlicki, Art. 4, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, Warszawa 2010, s. 140.

nia⁹. W tradycyjnym ujęciu koncepcji praw człowieka, zwłaszcza tych określanych jako prawa człowieka pierwszej generacji, a więc praw osobistych (obywatelskich) i politycznych, dominuje po stronie państwa jako podmiotu zobowiązanego negatywny obowiązek nieingerencji w wartości, które muszą być pozostawione woli jednostki i stanowią właśnie sferę praw człowieka wolną od ingerencji władzy publicznej – mamy więc do czynienia przede wszystkim z negatywnym obowiązkiem państwa nakierowanym na relację pomiędzy władzą a jednostką. Oczywiście jest jednak, że ochrona gwarantowanych jednostce praw może – a nawet w pewnych okolicznościach musi – powodować po stronie władzy publicznej konieczność podjęcia określonych działań. W takiej sytuacji mamy do czynienia ze zobowiązaniem pozytywnym po stronie władzy publicznej¹⁰.

Można wyróżnić dwa główne rodzaje takiego zobowiązania pozytywnego¹¹. Po pierwsze, do realizacji danego prawa przez uprawnioną jednostkę konieczne może być podjęcie odpowiedniego działania przez państwo. Mamy wtedy do czynienia z relacją pomiędzy jednostką jako podmiotem uprawnionym z jednej strony a państwem jako podmiotem zobowiązanym do ochrony z drugiej strony. To jednak, co interesuje nas w kontekście pojęcia pośredniego naruszenia, to drugi rodzaj, w którym po stronie państwa istnieje pozytywny obowiązek podjęcia działania, które uniemożliwi naruszenie gwarantowanej wartości przez inny podmiot prywatny (aktora niepaństwowego). W tej sytuacji mamy do czynienia z relacją pomiędzy uprawnioną jednostką a innymi podmiotami prywatnymi, w którą państwo może być zobowiązane ingerować. Stąd tę drugą sytuację tradycyjnie określa się mianem horyzontalnego działania praw człowieka. To co pozwala w tej sytuacji mówić o pośrednim naruszeniu zobowiązania, to okoliczność, że bezpośrednie naruszenie wartości konwencyjnej nie wynika z działania zobowiązanego państwa, lecz innego podmiotu. Przy czym aktem międzynarodowo bezprawnym generującym odpowiedzialność międzynarodowoprawną państwa jest oczywiście zachowanie państwa polegające na zaniechaniu. W tym kontekście koncepcja zobowiązań pozytywnych państwa-strony EKPC wpisuje się w zasady odpowiedzialności międzynarodowoprawnej państw.

To jednak co może jawić się kontrowersyjne, to fakt, że niezwykle szeroko interpretowana przez Trybunał koncepcja zobowiązań pozytywnych skutkuje

⁹ M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 92 i n. i tam cytowana literatura.

¹⁰ M. Kowalski, *Zobowiązania pozytywne*, [w:] M. Balcerzak, S. Sykuna, *Leksykon praw człowieka – 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, s. 556–561.

¹¹ *Ibidem* i tam cytowana literatura.

bardzo znaczącym rozszerzeniem zakresu odpowiedzialności państwa-strony. Jest to tym bardziej problematyczne, że Trybunał nie wypracował do tej pory spójnej koncepcji normatywnej zobowiązań pozytywnych, co czyni jego orzecznictwo w tym zakresie stosunkowo nieprzewidywalnym. Co więcej, uprawnionym wydaje się twierdzenie – czego przykłady znajdują się poniżej – że do pewnego stopnia koncepcja zobowiązań pozytywnych staje się dla Trybunału swoistym wytrychem i nakłada się na ustalenia (czy wręcz je zastępuje) dotyczące przypisania państwu działań innych podmiotów – tak aktorów niepaństwowych, jak i innych państw.

1.2. Druga sytuacja, w której uzasadnionym jest mówienie o pośrednim naruszeniu EKPC dotyczy jednego z aspektu tzw. eksterytorialnego stosowania EKPC¹² rozszerzającego w określonych sytuacjach zakres zobowiązania państwa-strony do zapewnienia praw i wolności konwencyjnych jednostce znajdującej się poza jego jurysdykcją w znaczeniu terytorialnym. Nie chodzi tu o sytuację, w której mamy do czynienia z aktami państwa-strony poza jego terytorium, lecz z sytuacją, w której eksterytorialna odpowiedzialność państwa-strony rozciąga się na działania i zaniechania innych podmiotów – przede wszystkim aktów przedstawicieli władz terytorialnych reżimów *de facto*, nad którymi państwo-strona EKPC rozciąga swoją faktyczną jurysdykcję. Linia orzecznicza Trybunału w tym zakresie zaczęła kształtować się w kontekście Cypru Północnego (tzw. Turecka Republika Cypru Północnego)¹³ i rozwinęła następnie, między innymi, w sprawach dotyczących Naddniestrza (tzw. Naddniestrzańska Republika Mołdawska)¹⁴, a ostatnio także Górskiego Karabachu¹⁵. I w takiej więc sytuacji bezpośrednie naruszenie wartości konwencyjnej nie wynika z bezpośredniego działania zobowiązanego państwa, co pozwala mówić o pośrednim naruszeniu.

¹² Świadomie używam pojęcia „eksterytorialnego” stosowania EKPC jako, w moim przekonaniu, najlepiej odpowiadającego przyjętej tradycji językowej w języku polskim.

¹³ Zob. zwłaszcza wyrok izby ETiPC w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* (zarzuty wstępne) z dnia 23 marca 1995 r., skarga nr 15318/89 i wyrok wielkiej izby w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z dnia 10 maja 2001 r., skarga nr 25781/94.

¹⁴ Zob. wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdowie i Rosji* z dnia 8 lipca 2004 r., skarga nr 48787/99; wyrok izby ETiPC w sprawie *Ivantoc i inni przeciwko Mołdowie i Rosji* z dnia 15 listopada 2011 r., skarga nr 23687/05; wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *Catan i inni przeciwko Mołdowie i Rosji* z dnia 19 października 2012 r., skargi nr 43370/04, 8252/05 i 18454/06.

¹⁵ Wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *Chiragov i inni przeciwko Armenii* z dnia 16 czerwca 2015 r., skarga nr 13216/05.

Sprawy tego typu dotyczą zarówno kwestii jurysdykcji państwa-strony, jak i zasad przypisania jako elementu odpowiedzialności międzynarodowej państwa. Są to kwestie odrębne, ale trudne do jednoznacznego rozdzielenia. Na problemy Trybunału w tym względzie najdobitniej wskazuje uzasadnienie powoływanego wyżej wyroku w sprawie *Catan*. W sprawie tej chodziło przede wszystkim o zarzut naruszenia gwarantowanego w art. 2 pierwszego protokołu dodatkowego do EKPC prawa do nauki przez zamykanie przez władze Naddniestrza szkół z wykładowym językiem mołdawskim. Trybunał rozpatrując skargę wyraźnie podkreślił konieczność rozgraniczenia pomiędzy ustaleniem jurysdykcji państwa-strony a ustaleniem jego odpowiedzialności międzynarodowej przez przypisanie działań lub zaniechań skutkujących naruszeniem zobowiązań konwencyjnych. Stwierdził w tym kontekście, że *„Jurisdiction» under Article 1 is a threshold criterion. The exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention”*¹⁶ i dalej – odnosząc się do swojego wcześniejszego dorobku orzeczniczego – że *„the test for establishing the existence of »jurisdiction« under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State’s responsibility for an internationally wrongful act under international law”*¹⁷.

Równocześnie jednak kiedy Trybunał po ustaleniu jurysdykcji rosyjskiej w rozumieniu art. 1 EKPC ze względu na stopień wojskowego, gospodarczego i politycznego wsparcia Rosji dla Naddniestrza (ale także ze względu na, jak się wyraził Trybunał, efektywną kontrolę sprawowaną przez Rosję nad władzami Naddniestrza – co może zaskakiwać, bo mamy tu nawiązanie, aczkolwiek jedynie hasłowe, do kryterium efektywnej kontroli wypracowanego przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w kontekście przypisywania państwu aktów aktorów niepaństwowych), przeszedł do kwestii przypisania Rosji działań władz Naddniestrza w zakresie zarzucanego naruszenia, to – pomimo tego, że stwierdził brak dowodu na jakiegokolwiek bezpośrednie zaangażowanie przedstawicieli Rosji w działania podejmowane przeciwko skarżącym (a nawet stwierdził pewne zaangażowanie po ich stronie o charakterze mediacyjnym) – uznał, ponownie powołując wykonywanie efektywnej kontroli przez Rosję nad Naddniestrzem, że *„by virtue of its continued military, economic and political support for the »MRT«, which could not*

¹⁶ *Catan...*, par. 103.

¹⁷ *Ibidem*, par. 115.

otherwise survive, Russia incurs responsibility under the Convention for the violation of the applicants' rights to education"¹⁸. Trudno doprawdy nie dostrzec w tym – wbrew deklarowanemu przez Trybunał założeniu – bezzasadnego przemieszania kwestii ustalania jurysdykcji i odpowiedzialności międzynarodowej państwa-strony.

Trafne wątpliwości podniósł w tym zakresie Marko Milanović¹⁹, który zauważył, że interpretacja prowadząca do uznania, że Rosja miałaby być odpowiedzialna za wszelkie działania władz Naddniestrza jest nie do pogodzenia z zasadami przypisywania państwu działań aktora niepaństwowego na gruncie obowiązujących zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw, które oddają Artykuły Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne z 2001 roku (dalej: AOP)²⁰. Trudno też uznać, że mamy tu do czynienia ze szczególnym standardem przypisania, gdyż Trybunał milczy w tej kwestii. Marko Milanović trafnie wskazuje też na inną możliwą i narzucającą się interpretację – choć również nie wyartykułowaną wprost przez Trybunał – zgodnie z którą Rosja ponosiłaby odpowiedzialność za niewypełnienie pozytywnego obowiązku powstrzymania władz Naddniestrza od naruszenia standardów EKPC²¹. Taka interpretacja – która faktycznie w sposób dorozumiany wynika z uzasadnienia Trybunału w sprawie *Catan* – sugerowałaby, że powoływanie się na zobowiązania pozytywne może zastępować ustalenia w zakresie przypisania państwu-stronie EKPC aktów aktora niepaństwowego znajdującego się pod jego (eksterytorialną) jurysdykcją.

1.3. Kolejny przykład, na który można patrzeć przez pryzmat pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC dotyczy specyficznej sytuacji, gdy pod jurysdykcją danego państwa-strony bezpośredniego aktu skutkującego naruszeniem wartości konwencyjnej dopuszcza się inne państwo. Chodzi więc tu o szczególną sytuację, w której do aktu międzynarodowo bezprawnego dochodzi na skutek wspólnego (na różne sposoby) działania (zaniechania) co najmniej dwóch państw. W AOP sytuacja taka regulowana jest w artykułach od 16 do 18. W omawianym kontekście nie chodzi więc o przypisanie działań państwu, lecz o analogiczny problem,

¹⁸ *Ibidem*, par. 150.

¹⁹ M. Milanović, *Grand Chamber Judgment in Catan and Others*, *EJIL:Talk!*, 21 October 2012, tekst dostępny pod adresem: <http://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/> (stan z dnia 1 maja 2015 r.).

²⁰ Polskie tłumaczenie AOP zob. M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 289 i n.

²¹ M. Milanović, *loc. cit.*

który – jak wyraziła się Komisja Prawa Międzynarodowego w swoim komentarzu do AOP – polega na „*implication of one State in the conduct of another*”²².

Kluczowe znaczenie w kontekście analizowanych wyroków ma art. 16 AOP, który – w tłumaczeniu Michała Balcerzaka na język polski²³ – stanowi:

Artykuł 16

Pomoc i współudział w dokonaniu aktu międzynarodowo bezprawnego

Państwo, które pomaga lub współdziała z innym państwem w dokonaniu aktu międzynarodowo bezprawnego ponosi z tego tytułu odpowiedzialność międzynarodową, jeżeli:

- (a) działa mając wiedzę o okolicznościach aktu międzynarodowo bezprawnego oraz
- (b) akt miałby charakter międzynarodowo bezprawny, gdyby został dokonany przez to państwo.

W języku angielskim mowa jest o państwie, które „*aids or assists another State*”, co można byłoby także przetłumaczyć jako „pomaga i wspiera”, ale niezależnie od tego bez wątpienia można to uznać za najbliższe pomocnictwu. Dane państwo ponosi więc w takiej sytuacji odpowiedzialność międzynarodową nie za sam akt międzynarodowo bezprawny, lecz właśnie za pomocnictwo w popełnieniu takiego aktu.

Z sytuacją tego typu mieliśmy do czynienia właśnie w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* i będą one poniżej przedmiotem szczegółowej analizy w tym zakresie. Antycypując te rozważania wskazać można, że również w rozważanym kontekście kontrowersyjne przeniesienie akcentu ze stosowania zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw na koncepcję zobowiązań pozytywnych jest możliwe. W takiej sytuacji spełnienie przez dane państwo przesłanek o których mowa w literach (a) i (b) art. 16 AOP zastąpić może ustalenie, że państwo to nie wywiązało się z pozytywnego obowiązku powstrzymania przedstawicieli innego państw przed naruszeniem standardów EKPC.

²² Yearbook of the International Law Commission 2001, Vol. II, Part II, s. 65. Por. też szeroko: H.Ph. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge 2011, s. 192–268.

²³ M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 295.

1.4. Mówiąc o pośrednim naruszeniu zobowiązania z EKPC nie sposób nie odnieść się do jeszcze jednej sytuacji, w której niedopuszczalne na podstawie EKPC jest przekazanie, bez względu na formę prawną²⁴, jednostki (najczęściej cudzoziemca) z terytorium państwa-strony EKPC na terytorium innego państwa, na którym narażony byłby on na traktowanie sprzeczne z daną gwarancją EKPC. I w tym więc przypadku bezpośredniego naruszenia wartości chronionej w EKPC nie dopuszcza się – w zdecydowanej większości tego typu sytuacji – dane państwo-strona EKPC, lecz państwo, do którego jednostka została przekazana (niezależnie czy jest ono, czy też nie jest stroną EKPC). Linia orzecznicza Trybunału w tym zakresie została zapoczątkowana powszechnie znanym wyrokiem w sprawie *Soering*²⁵ z 1989 r. i uległa od tego czasu bardzo intensywnemu rozwojowi. O ile początkowo dotyczyła głównie spraw ekstradycyjnych i wydaleniwych w kontekście narażenia jednostki na pozbawienie życia (art. 2 EKPC) lub – najczęściej – na zróżnicowane formy tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karanie (art. 3 EKPC), to w przeciągu lat rozciągnęła się na gwarancje związane z prawem do poszanowania życia prywatnego lub – a w zasadzie przede wszystkim w tym kontekście – rodzinnego (art. 8 EKPC), a nawet innych gwarancji, jak na przykład prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 EKPC) i prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPC). W tych dwóch ostatnich przypadkach linia orzecznicza Trybunału dopiero się kształtuje i może być postrzegana jako kontrowersyjna. Po raz pierwszy Trybunał uznał, że wydalenie jest niedopuszczalne ze względu na możliwość naruszenia art. 6 EKPC w wyroku w sprawie *Othman (Abu Qatada)* z 2012 roku²⁶. Uznał też, że w takiej sytuacji musi występować ryzyko naruszenia tej gwarancji w stopniu, który kwalifikuje się jako rażące pozbawienie sprawiedliwości (ang. „*flagrant denial of justice*”). W sprawie tej Trybunał nie dopatrył się natomiast naruszenia art. 5 EKPC ze względu na

²⁴ Najczęściej będzie chodzić o wydalenie i o przekazanie ekstradycyjne, ale także o inne formy prawne, jak na przykład tzw. przekazanie dublińskie odnoszące się do przekazywania do państwa członkowskiego Unii Europejskiej właściwego do rozpatrzenia wniosku cudzoziemca ubiegającego się o nadanie statusu uchodźcy, albo wydanie dziecka w ramach mechanizmu przewidzianego w konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 1980 r. (Dz.U. 1995 Nr 108, poz. 528).

²⁵ Wyrok ETiPC w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 7 lipca 1989 r., skarga nr 14038/88.

²⁶ Wyrok izby ETiPC w sprawie *Othman (Abu Qatada) przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 17 stycznia 2012 r., skarga nr 8139/09.

brak ryzyka rażącego naruszenia tej gwarancji w razie wydalenia. Zmienił jednak w tym zakresie swoją linię orzeczniczą przez uznanie, że „*a Contracting State would be in violation of Article 5 if it removed an applicant to a State where he or she was at real risk of a flagrant breach of that Article*”²⁷, czego wcześniej nie dopuszczał. Naruszenia art. 5 EKPC w omawianym zakresie Trybunał dopatrył się natomiast w wyroku w sprawie *El Masri*²⁸, która to sprawa również dotyczyła aspektów współpracy państwa-strony EKPC (Macedonii) z władzami amerykańskimi w zakresie programu HVD.

Warto też zwrócić uwagę, że w kontekście narażenia na przekazanie jednostki do państwa, w którym będzie ona narażona na pozbawienie gwarancji prawa do rzetelnego procesu sądowego w grę wchodzi ustalenie ryzyka naruszenia pozytywnego zobowiązania państwa do którego jednostka ma być przekazana, co niewątpliwie sprawę wysoce komplikuje. Z drugiej strony w sprawach, w których naruszenie pociąga za sobą ryzyko naruszenia art. 2 lub 3 EKPC też może chodzić o pozytywne obowiązki państwa, do którego ma nastąpić przekazanie (na przykład w sytuacji narażenia na ryzyko braku dostępu do podstawowej opieki medycznej²⁹, albo zagrożenia ze strony aktorów niepaństwowych³⁰).

Dla ścisłości trzeba też zauważyć, że w sytuacji narażenia jednostki na naruszenie prawa do życia prywatnego lub rodzinnego przez jej przekazanie do innego państwa nie będziemy mieli do czynienia z pośrednim naruszeniem zobowiązania z EKPC, gdyż naruszenie prawa do życia prywatnego lub rodzinnego polegać będzie na samym rozstrzygnięciu przez odpowiednie władze publiczne danego państwa-strony EKPC o przekazaniu jednostki do innego państwa (lub na wykonaniu takiego rozstrzygnięcia) i tym samym na unicestwieniu możliwości korzystania przez jednostkę z życia prywatnego lub rodzinnego, a nie na narażeniu jednostki na traktowanie niedopuszczalne na podstawie EKPC ze strony władz innego państwa (lub podmiotów niepaństwowych).

²⁷ *Ibidem*, par. 233.

²⁸ Wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *El Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii* z dnia 13 grudnia 2012 r., skarga nr 39630/09, zob. zwłaszcza par. 238–239.

²⁹ Zob. np. wyrok izby ETiPC w sprawie *D. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 2 maja 1997 r., skarga nr 30240/96 i wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 27 maja 2008 r., skarga nr 26565/05.

³⁰ Zob. np. wyrok izby ETiPC w sprawie *Sufi i Elmi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 28 czerwca 2011 r., skargi nr 8319/07 i 11449/07.

ANALIZA WYROKÓW AL-NASHIRI I ABU-ZUBAYDAH PRZECIWKO POLSCE W ZAKRESIE ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA MATERIALNE NARUSZENIE ART. 3 EKPC

Ustalenia Trybunału w zakresie odnoszącym się do odpowiedzialności Polski za materialne naruszenie art. 3 EKPC w bardzo istotnym zakresie bazują na dokonanej ocenie faktów i dowodów. W tym kontekście Trybunał rozważał domniemaną wiedzę polskich władz o programie HVD i wprost posługiwał się pojęciem współudziału (współsprawstwa; ang. *complicity*) Polski w tym programie³¹. Doprowadziło go to następnie do rozważań w zakresie konwencyjnej odpowiedzialności Polski za ten współudział (śródtytuł obejmujący paragrafy 444–459 uzasadnienia wyroku w sprawie *Al-Nashiri* jest *expressis verbis* zatytułowany „Odpowiedzialność konwencyjna za współudział w programie HVD”) i w konsekwencji do stwierdzenia w tym zakresie w punkcie 5 sentencji wyroku odpowiedzialności Polski za naruszenie art. 3 EKPC w aspekcie materialnym. Wnioskowanie Trybunału w tym zakresie wymaga analizy.

Ocena faktów i dowodów dokonana przez Trybunał oparta została na materiale dowodowym przedstawionym przez skarżących, gdyż strona rządowa konsekwentnie opierała swoją strategię procesową na uznaniu skarg za przedwczesne i w konsekwencji za niedopuszczalne. Dlatego też polskie władze nie odniosły się do faktów powoływanych przez skarżących i do wniesionych przez nich dowodów. Strategia taka okazała się jednak nieskuteczna i Trybunał – po odrzuceniu zarzutu wstępnego strony rządowej – uznał, że wobec bierności strony rządowej między stronami nie ma co do zasady sporu w zakresie oceny materiału dowodowego³². W konsekwencji Trybunał uznał, że tajne więzienie na terytorium Polski istniało i że istnieją wystarczająco przekonujące dowody, aby przyjąć, że skarżący byli w nim przetrzymywani³³. Trybunał uznał także, że skarżący byli tam poddawani tzw. wzmocnionym („nieautoryzowanym”) technikom przesłuchań, które naruszały ich integralność psychofizyczną³⁴.

³¹ *Al-Nashiri...*, par. par. 429, 440, 442, 490, 492 (gdzie mowa o „*Poland’s denial of any complicity*”), 517, 589.

³² *Ibidem*, par. 391.

³³ *Ibidem*, par. 415.

³⁴ *Ibidem*, par. 416.

Nie wchodząc w szczegółową analizę ustaleń Trybunału w powyższym zakresie³⁵, nie sposób nie zauważyć, że oceniany materiał dowodowy był – także w kontekście informacji dotyczących programu więzień CIA, które, niezależnie od postępowania strasburskiego, zostały ujawnione do tego czasu przez władze amerykańskie – na tyle jednoznaczny, że nawet zakładając aktywny udział władz polskich w postępowaniu przed Trybunałem, trudno założyć, aby możliwe było przyjęcie innych ustaleń dowodowych przez Trybunał, niż te które zostały ustalone. Jedynym co mogło być ewentualnie skutecznie kwestionowane, to ustalenie, że sami skarżący przebywali w tajnym więzieniu na terytorium Polski. Aspekt ten wymagałby jednak odrębnej analizy, która przekraczałaby ramy niniejszego opracowania.

W dalszej kolejności Trybunał uznał także, że zebrany materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że zaangażowanie władz polskich we współpracę ze stroną amerykańską (przede wszystkim ułatwienia w organizacji lotów do i z lotniska w Szymanach, czy też udostępnienie pomieszczeń w bazie polskiego wywiadu w Starych Kiejkutach) pozwala mówić o współudziale Polski w programie HVD na swoim terytorium. Natomiast – co bardzo istotne – Trybunał ustalił także, że polskie władze nie znały szczegółów dotyczących traktowania przez stronę amerykańską osób zatrzymanych i nie były świadkiem takich działań. Jest to niezwykle istotna okoliczność, która zasadniczo odróżnia sprawy *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* od wcześniejszej sprawy *El Masri*, która była pierwszą rozstrzygniętą sprawą dotyczącą współpracy władz państwa-strony EKPC z władzami amerykańskimi w zakresie dotyczącym programu HVD. W sprawie *El Masri* przedstawiciele władz państwa przeciwko któremu została złożona skarga, tj. Macedonii, bądź to brali bezpośredni udział w działaniach przeciwko skarżącym, które Trybunał zakwalifikował jako samoistnie sprzeczne z art. 3 EKPC, bądź też zabronione działania podejmowane przez przedstawicieli władz amerykańskich miały miejsce w ich obecności³⁶.

Tymczasem w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* po stronie władz polskich mieliśmy do czynienia z brakiem bezpośredniej wiedzy (ang. „*the lack of direct knowledge*”)³⁷ odnoszącej się do szczegółów dotyczących traktowania przez stronę amerykańską skarżących i nie były one świadkiem takich działań. Trybunał podkreślił jednak, że już na przełomie 2002 i 2003 r. „*numerous public sources were consistently reporting ill-treatment and abuse to which captured terrorist sus-*

³⁵ Szerzej na temat standardów dowodowych przed ETiPC zob. np.: M. Balcerzak, *Standardy dowodowe w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*, w niniejszym tomie.

³⁶ *El Masri*..., par. 200–211.

³⁷ *Al-Nashiri*..., par. 441.

pects were subjected in US custody in different places” i w konsekwencji istniały już wtedy odpowiednie powody (ang. „good reasons”), aby przyjąć, że osoby objęte przez władze amerykańskie programem HVD mogły być narażone na traktowanie sprzeczne ze standardami EKPC³⁸.

Trybunał konkludował więc w powyższym zakresie, że po pierwsze, władze polskie współdziałały³⁹ z władzami amerykańskimi w realizacji programu HVD na swoim terytorium i, po drugie, że władze polskie powinny były wiedzieć (ang. „ought to have known”), że umożliwiając CIA przetrzymywanie zatrzymanych osób na swoim terytorium narażały je na poważne ryzyko traktowania sprzecznego ze standardami EKPC⁴⁰.

Powyższe ustalenie doprowadziły Trybunał do rozważenia odpowiedzialności konwencyjnej Polski za współudział w programie HVD. Zaskakiwać może, że odnosząc się do ogólnych zasad wynikających z ugruntowanego orzecznictwa Trybunału i mających zastosowanie do odpowiedzialności państwa-strony EKPC za traktowanie skarżącego na terytorium tego państwa przez funkcjonariuszy innego państwa, Trybunał ograniczył się do jednego zdania, w którym stwierdził, że w takiej sytuacji państwo-strona EKPC ponosi odpowiedzialność konwencyjną, gdy jego władze wyrażają zgodę lub tolerują (ang. „acquiescence or connivance”) akty dokonane przez funkcjonariuszy innego państwa⁴¹. Uderza, że Trybunał w żaden sposób nie odniósł się w tym zakresie do zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw w ogólności, a do art. 16 AOP w szczególności i do relacji pomiędzy regulacją wynikającą z EKPC a reżimem ogólnym. To zaskakujące tym bardziej, że w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Al-Nashiri* powołano argumentację w tym zakresie, która została przedstawiona we wspólnym stanowisku przez działające jako *amicus curiae* dwie organizacje pozarządowe, tj. *Amnesty International* (dalej: AI) i *International Commission of Jurists* (dalej: ICJ)⁴². Co jeszcze ważniejsze, stanowisko to zostało wprost podzielone przez skarżącego⁴³.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Obok terminu współdziałanie (ang. „complicity”), Trybunał mówi też w tym zakresie o współpracy władz polskich („Poland cooperated in the preparation and execution of the CIA rendition, secret detention and interrogation operations on its territory”, par. 442) i ich zaangażowaniu w program HVD („the Polish State being informed of and involved in the preparation and execution of the HVD Programme on its territory”, par. 441).

⁴⁰ *Al-Nashiri*..., par. 442.

⁴¹ *Ibidem*, par. 452.

⁴² *Ibidem*, par. 447–450.

⁴³ *Ibidem*, par. 446.

W konsekwencji, ustalenia Trybunału w zakresie odpowiedzialności Polski za naruszenie art. 3 EKPC w aspekcie materialnym są zaskakująco lakoniczne. Nie budzi zastrzeżeń ustalenie Trybunału, że – biorąc pod uwagę poczynione przez Trybunał ustalenia faktyczne – traktowanie, któremu poddawani byli skarżący przez funkcjonariuszy amerykańskich spełnia przesłanki tortur w rozumieniu art. 3 EKPC. Pozostawała więc do rozstrzygnięcia kluczowa sprawa, czy Polska ponosi odpowiedzialność za akty dokonane na jej terytorium przez funkcjonariuszy amerykańskich, które – jak wyraził się sam Trybunał – były „*the exclusive responsibility of the CIA and that it is unlikely that the Polish officials witnessed or knew exactly what happened inside the facility*”⁴⁴. Trybunał podkreślił jednak, że Polska na podstawie art. 1 EKPC w związku z art. 3 EKPC była zobowiązana do podjęcia działań zapewniających, że jednostki podległe jej jurysdykcji nie były poddawane torturom, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu, także ze strony podmiotów niepaństwowych. Pomimo tego zobowiązania polskie władze ułatwiały władzom amerykańskim podejmowanie działań na swoim terytorium w ramach programu HVD i chociaż władze polskie nie były świadkami i nie uczestniczyły w zabronionych działaniach, to musiały być świadome działań naruszających art. 3 EKPC popełnionych na terytorium Polski. W konsekwencji Trybunał konkluduje, że „*the Polish State, on account of its »acquiescence and connivance« in the HVD Programme must be regarded as responsible for the violation of the applicant's rights under Article 3 of the Convention committed on its territory*”⁴⁵.

Trudno powyższego wniosku nie oceniać krytycznie. Wynika bowiem z niego, że Trybunał uznał, że Polska jest odpowiedzialna za naruszenia art. 3 EKPC ze względu na wyrażenie zgody i tolerowanie programu HVD na swoim terytorium. Tym samym – odnosząc to ustalenie do ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw – Trybunał zrównał wyrażenie zgody i tolerowanie programu HVD na swoim terytorium przez Polskę z ułatwieniem lub wspieraniem popełnienia aktu międzynarodowo bezprawnego, o którym mówi art. 16 AOP. Tymczasem to nie program HVD jako taki stanowił akt międzynarodowo bezprawny, lecz podejmowane w jego ramach, wyłącznie przez funkcjonariuszy amerykańskich i poza wiedzą władz polskich, działania, które naruszały standard art. 3 EKPC. Jak już była mowa powyżej, zgodnie z art. 16 AOP państwo ułatwiające lub wspierające inne państwo w dokonaniu deliktu międzynarodowego

⁴⁴ *Ibidem*, par. 517.

⁴⁵ *Ibidem*.

musi działać mając wiedzę o okolicznościach danego aktu. W okolicznościach analizowanych spraw dla ustalenia odpowiedzialności międzynarodowoprawnej Polski za naruszenie art. 3 w aspekcie materialnym konieczne było więc wykazanie, że władze polskie miały wiedzę o torturach, których dopuszczały się na polskim terytorium władze amerykańskie. Tymczasem jak wyraźnie wynika z ustaleń samego Trybunału, władze polskie takiej wiedzy nie posiadały.

W świetle powyższego tym bardziej zaskakuje, że Trybunał w ogóle nie odniósł się do wspomnianego wyżej wspólnego stanowiska AI i ICJ w rozważanym zakresie. Zgodnie z tym stanowiskiem odpowiedzialność Polski powinna być wykazana w oparciu o zasady odpowiedzialności międzynarodowej państw, a w szczególności o zasadę wyrażoną w art. 16 AOP. W konsekwencji wykazania wymaga, że państwa, które współpracowały z władzami amerykańskimi w zakresie programu HVD, czyli – w sprawach skarżących – Polska, miały rzeczywistą (ang. „*actual*”) lub dającą się wywieść (ang. „*constructive*”) wiedzę o naruszeniach praw człowieka, które były właściwe (ang. „*inherent*”) temu programowi⁴⁶. Przy założeniu, że taką wiedzę można wykazać, odpowiedzialność po stronie państwa, które pomaga lub wspiera inne państwo w dokonaniu aktu międzynarodowo bezprawnego może wynikać tak z działania, jak i zaniechania. W kontekście odpowiedzialności na gruncie EKPC stanowisko AI i ICJ wpisuje te zasady w koncepcję zobowiązań pozytywnych państw-stron EKPC, które ponoszą odpowiedzialność za zaniechanie podjęcia działań nakierowanych na zapobieżenie podejmowania przez inne podmioty działań skutkujących naruszeniami EKPC. Państwo-strona EKPC narusza więc swój pozytywny obowiązek, gdy „*knew or ought to have known*» *that the individual in question was at real and immediate risk of violation of his or her Convention rights, and failed to take reasonable measures of protection*”⁴⁷.

Wnioskowaniu przedstawionemu w stanowisku AI i ICJ trudno odmówić zasadności. W spójny sposób wpisuje ono koncepcję zobowiązań pozytywnych wynikających dla państw-stron z EKPC w ogólny międzynarodowoprawny reżim odpowiedzialności państw. Jednakże zastosowanie powyższego wnioskovania w analizowanych sprawach prowadziłoby, w mojej ocenie, to stwierdzenia braku odpowiedzialności Polski za naruszenie art. 3 EKPC w jego aspekcie materialnym. Trybunał – jak była mowa powyżej – jednoznacznie ustalił bowiem, że władze polskie na żadnym etapie nie miały wiedzy o tym, że władze amerykańskie po-

⁴⁶ *Ibidem*, par. 447.

⁴⁷ *Ibidem*, par. 448.

dejmują na polskim terytorium działania wobec zatrzymanych jednostek (w tym skarżących), które to działania spełniają znamiona tortur w rozumieniu art. 3 EKPC i konkludował, że odpowiedzialność Polski wynika z wyrażenia zgody i tolerowania na swoim terytorium programu HVD. Nawet jeśli przyjąć, że Trybunał zrównał program HVD z naruszeniami praw człowieka zabronionymi w art. 3 EKPC (o co do prawdy trudno, bo zgoda danego państwa na współpracę z władzami innego państwa w zakresie transportu osób podejrzanych o terroryzm, które to państwo jest demokratycznym państwem prawa zapewniającym szerokie gwarancje ochrony praw człowieka, nie pozostaje w żadnym wymiarze tożsama ze zgodą lub tolerancją na dokonywanie przez władze tego państwa naruszeń praw człowieka zabronionych w art. 3 EKPC), to sprowadzenie kluczowego w tym kontekście ustalenia, że władze polskie powinny były wiedzieć o naruszeniach praw człowieka, w tym tych zabronionych w art. 3 EKPC, dokonywanych przez władze amerykańskie w ramach programu HVD, niemalże do jednego zdania, które wskazuje, że na takie ustalenie pozwalały dostępne już w latach 2002 i 2003 liczne źródła publiczne donoszące o naruszeniach praw osób zatrzymanych przez władze amerykańskie i podejrzewanych o terroryzm, jest rażąco niewystarczające i arbitralne *par excellence*.

Istotnie, w części uzasadnienia obejmującego kwestie faktyczne, w tym powoływany materiał źródłowy, znajduje się wyciąg ze zróżnicowanych materiałów dotyczących naruszania praw człowieka przez władze amerykańskie w procesie intensywnego zwalczania terroryzmu międzynarodowego po wydarzeniach z 11 września 2001 r.⁴⁸ Są to jednak źródła, głównie oświadczenia organizacji pozarządowych zajmujących się ochroną praw człowieka, tylko w części pochodzące z lat 2002 i 2003 i w swym charakterze pozostają one niezwykle ogólne. Część z nich formułuje zastrzeżenia odnośnie do traktowania przez władze amerykańskie osób zatrzymanych w bazie Guantánamo Bay. Pozostaje wysoce dyskusyjne, czy są to materiały wystarczające do tego, aby uznać, że można było z nich wywieść wiedzę o działaniach władz amerykańskich, które spełniały znamiona tortur w rozumieniu art. 3 EKPC. Ocena Trybunału jest wyraźnie dokonana w oparciu o wiedzę dostępną w momencie wydawania wyroków, tj. w 2014 r., kiedy zakres informacji dotyczących wydarzeń z lat 2002 i 2003, jak również późniejszych, jest niewspółmiernie szerszy. Należy też zwrócić uwagę, że powoływane materiały źródłowe powinny były być poddane odrębnej analizie w kontekście podnoszonych przez skarżących poszczególnych praw gwarantowanych w EKPC.

⁴⁸ *Ibidem*, par. 213–240.

WNIOSKI

Przeprowadzona wyżej analiza sugeruje, że stosowanie przez Trybunał ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej za akty bezprawne, w tym z odniesieniem do AOP z 2001 r., pozostaje wysoce niejasne i niekonsekwentne. Widać to wyraźnie na przykładzie orzeczeń, w których dochodzi do styku problematyki dotyczącej jurysdykcji państwa-strony EKPC i tej dotyczącej zasad przypisania jako elementu odpowiedzialności międzynarodowej państwa. W niniejszym opracowaniu starano się to wykazać na przykładzie orzeczenia w sprawie *Catan*. Innym aktualnym przykładem orzeczenia, gdzie zawarte w uzasadnieniu wnioskowanie Trybunału w zakresie odnoszącym się do przypisywania państwu odpowiedzialności może budzić poważne wątpliwości jest wyrok w sprawie *Jaloud*⁴⁹ z 2014 r. Ten brak precyzji widoczny jest wyraźnie także w analizowanych wyrokach w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* w zakresie w jakim Trybunał pomija w ich uzasadnieniach odniesienia do art. 16 AOP i to pomimo tego, że powołuje tę regulację w części uzasadnienia, w którym wskazano mające mieć zastosowanie normy prawne.

Przeprowadzona analiza wskazuje także na to, że uprawnionym jest mówienie o tym, że szeroko stosowana koncepcja zobowiązań pozytywnych państwa-strony EKPC nakłada się, czy wręcz w pewnych okolicznościach może zastępować ustalenia, które powinny być dokonane na podstawie ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw. Stwarza to realne niebezpieczeństwo pójścia przez Trybunał na skróty i dopasowywania swoich ustaleń do z góry założonych celów. Taką tendencję należałoby oceniać bardzo krytycznie. Koncepcja zobowiązań pozytywnych państwa-strony EKPC jest niewątpliwie nieodzownym czynnikiem uczynienia z EKPC efektywnego i żyjącego instrumentu ochrony praw człowieka. Ma i powinna ona mieć jednak swoje ograniczenia. W omawianym zakresie wynikają one z wiążących ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw, które jako *leges generales* Trybunał – jako sąd prawa międzynarodowego – zobowiązany jest stosować. Natomiast ewentualne odstępstwa od nich z powołaniem na *leges speciales* odpowiednio i szeroko uzasadnić.

⁴⁹ Wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *Jaloud przeciwko Holandii* z dnia 20 listopada 2014 r., skarga nr 47708/08. Zob. zwłaszcza par. 140–155 i *Concurring opinion of Judge Spielmann joined by Judge Raimondi*.

W niniejszym opracowaniu posłużono się pojęciem pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC, które ułatwić miało dostrzeżenie, że Trybunał stosuje i interpretuje EKPC na różne sposoby prowadzące do rozszerzenia zakresu odpowiedzialności konwencyjnej państwa-strony na działania innych podmiotów. I w tym kontekście koncepcja zobowiązań pozytywnych państwa-strony EKPC (w omówionym powyżej zakresie) jawi się jako pierwszoplanowa. W wyrokach w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* znalazła ona zastosowanie odnośnie do stwierdzenia naruszenia przez Polskę nie tylko art. 3 w aspekcie materialnym, ale także art. 3 w aspekcie proceduralnym i art. 5 i 8 EKPC. Jeśli uwzględnimy ponadto uznanie odpowiedzialności Polski za szereg naruszeń wynikających z umożliwienia przez Polskę przekazania skarżących poza swoje terytorium, co skutkowało możliwością narażenia ich tam na naruszenia praw gwarantowanych w EKPC, tj. pozbawienie ich prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 ust. 1 EKPC), jak również przez narażenie jednego ze skarżących (*Al Nashiri*) na karę śmierci (art. 2 i 3 EKPC w związku z art. 1 Protokołu dodatkowego nr 6 do EKPC), to dopełni to obrazu ogromnej „siły rażenia” jaka wynika z pojęcia pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC.

Nie sposób też nie zauważyć, że również odnośnie do intensywnego rozwoju orzecznictwa Trybunału w zakresie obowiązku nieprzekazywania jednostki z terytorium danego państwa-strony EKPC na terytorium innego państwa, na którym narażona byłaby ona na traktowanie sprzeczne z EKPC, można zgłaszać pewne zastrzeżenia dotyczące jego konsekwentnie rozszerzającego się zakresu. W kontekście wyroków w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* widać to na przykładzie ustaleń dotyczących naruszenia art. 5 EKPC w zakresie odnoszącym się do umożliwienia przedstawicielom władz amerykańskich transferu skarżących poza terytorium Polski do miejsc, w których istniało zagrożenie naruszenia art. 5 EKPC. Jak wspomniano powyżej, taka interpretacja art. 5 EKPC w orzecznictwie Trybunału dopiero się kształtuje a w cytowanych uzasadnieniach potraktowana została niezwykle lakonicznie⁵⁰ i z pełnym pominięciem okoliczności, że odpowiednie ustalenie w zakresie naruszenia art. 3 EKPC czyniły ustalenia w zakresie art. 5 EKPC zasadniczo zbędnymi.

W nieodległej przyszłości Trybunał będzie miał ponownie okazję wypowiedzieć się w rozważanym kontekście ze względu na dwa kolejne postępowania ze

⁵⁰ *Al Nashiri*..., par. 531 z odniesieniem do wyroku w sprawie *El Masri*... (par. 238–239), gdzie jednak kwestia ta została rozważona znacząco szerzej.

skarg tych samych skarżących, które są w toku i zostały już zakomunikowane stronom rządowym⁵¹. Pozostaje mieć nadzieję, że uzasadnienia tych wyroków będą odznaczały się satysfakcjonującą precyzją.

⁵¹ Sprawa *Al Nashiri przeciwko Rumunii*, skarga nr 33234/12 i sprawa *Abu Zubaydah przeciwko Litwie*, skarga nr 46454/11. Por. też sprawę *Nasr i Ghali przeciwko Włochom*, skarga nr 44883/09, która również dotyczy współpracy władz państwa-strony EKPC z władzami amerykańskimi w zakresie zwalczania terroryzmu międzynarodowego.

Jacek Skrzydło*

**ODPOWIEDZIALNOŚĆ POLSKI
ZA WIĘZIENIA CIA W POLSCE
W ŚWIELE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO**

UWAGI WSTĘPNE

Skandal związany ze zorganizowaniem i utrzymywaniem tajnych więzień CIA na terytorium Polski jest wielowymiarowy. Poza aspektem etycznym i politycznym, nie mniej istotna jest prawna ocena zdarzeń, w tym odpowiedzialność karna lub co najmniej konstytucyjna osób odpowiedzialnych po stronie polskiej za naruszenia prawa krajowego i międzynarodowego, do których doszło przy tej okazji. Nic nie wskazuje jednak, aby toczące się od wielu lat śledztwo w tej sprawie prowadzone przez Prokuraturę Okręgową w Krakowie zmierzało do końca, w tym do wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. O ile zatem kwestia odpowiedzialności personalnej osób ze sfer ówczesznie rządzących wciąż pozostaje w sferze domysłów, o tyle międzynarodową odpowiedzialność Polski na podstawie Europejskiej konwencji o ochronie podstawowych praw i wolno-

* dr hab. Jacek Skrzydło, Katedra Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych, Wydział Prawa i Administracji UŁ.

ści (dalej: „Konwencja”) przesądził Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: „Trybunał”) w dwóch sprawach zakończonych wyrokami Izby z 24 lipca 2014 roku: *Abu Zubaydah v. Polska*¹ i *Al Nashiri v. Polska*². Trybunał stwierdził naruszenie przez Polskę art. 3 (tak w aspekcie materialnym jak i proceduralnym), art. 5, art. 6 ust. 1, art. 8, art. 13 oraz art. 38 Konwencji, zasądając jednocześnie tytułem zadośćuczynienia kwoty odpowiednio po 100.000 EURO dla każdego ze skarżących. Rząd polski podjął próbę spowodowania ponownego rozpoznania sprawy przez Wielką Izbę Trybunału; 16 lutego 2015 roku panel pięciu sędziów Wielkiej Izby odmówił jednak przyjęcia spraw do rozpoznania, co oznacza, że wyroki Izby z 24 lipca 2014 roku stały się prawomocne. Uzasadnia to bliższe zajęcie się zagadnieniami prawnymi poruszonymi w uzasadnieniach obu wyroków. W szczególności interesujące są rozważania Trybunału w przedmiocie charakteru i zakresu obowiązku współpracy państw z Trybunałem w toku rozpoznawania skargi oraz przypisanie Polsce odpowiedzialności za pomoc funkcjonariuszom Stanów Zjednoczonych w sprzecznym z Konwencją traktowaniu osób przetrzymywanych w ośrodku w Starych Kijutach³.

TORTURY W ŚWIETLE PRAWA I PRAKTYKI STANÓW ZJEDNOCZONYCH

Bezpośrednią odpowiedzialność za funkcjonowanie ośrodka w Starych Kijutach ponoszą oczywiście Stany Zjednoczone. To personel amerykański decydował o przywiezieniu do Polski osób zatrzymanych w Afganistanie i Iraku, o czasie ich pobytu w Polsce, a przede wszystkim – o wyborze oraz zastosowaniu konkretnych metod wydobywania zeznań. Rola państwa polskiego ograniczyła się jedynie do użyczenia własnego terytorium dla realizacji zasadniczych założeń polityki USA po zamachach z 11 września 2001 roku. Dlatego analizę należy rozpocząć od wskazania parametrów określających kontekst prawny problemu

¹ Wyrok z 24 lipca 2014 roku w sprawie *Abu Zubaydah v. Polska*, skarga nr 7511/13. Źródłem cytowanych orzeczeń strasburskich jest baza orzecznictwa HUDOC na stronie internetowej Trybunału.

² Wyrok z 24 lipca 2014 roku w sprawie *Al Nashiri v. Polska*, skarga nr 28761/11.

³ W literaturze polskiej – z okresu poprzedzającego wyroki strasburskie – zob. w szczególności K. Wierczyńska, *Some Remarks on Poland's Potential Responsibility for the Treatment of Detainees in a CIA Prison in Poland*, „Polish Yearbook of International Law” 2011, XXXI, s. 259–283.

z punktu widzenia wewnętrznego prawa Stanów Zjednoczonych. Zasadnicze znaczenie mają tu: przepisy Konstytucji USA, regulacje federalne oraz orzecznictwo federalnego Sądu Najwyższego.

Ósma Poprawka do Konstytucji USA zabrania stosowania jedynie „kar” okrutnych i niezwykłych, co oznacza, że dolegliwości wyrządzane ofierze poza systemem wykonania kar orzeczonych wyrokiem sądowym zasadniczo pozostają poza jej zakresem działania⁴. Zakaz stosowania tortur można pośrednio wywodzić z postanowień Piątej i Czternastej Poprawki, jednakże – co do zasady – obowiązki *ratione loci* regulacji konstytucyjnych dotyczących podstawowych praw obywatelskich ogranicza się do terytorium Stanów Zjednoczonych⁵.

Stosowanie tortur poza terytorium Stanów Zjednoczonych jest zakazane przez regulacje federalne rangi ustawowej. Chodzi o obowiązujące od 1994 roku przepisy US Code⁶, jednak zamieszczona w nich definicja tortur odbiega od rozumienia tego pojęcia w prawie międzynarodowym. § 2340 US Code stanowi, że tortury to „czyn popełniony przez osobę działającą w charakterze urzędowym, mający na celu wyrządzenie dotkliwego bólu fizycznego lub psychicznego (innego niż ból lub cierpienie psychiczne będące naturalnym następstwem zastosowania zgodnych z prawem sankcji) ofierze pozostającej pod kontrolą”. Praktyka dowodzi, że niektóre techniki śledcze stosowane przez funkcjonariuszy CIA względem zatrzymanych osób podejrzanych o związki z terroryzmem nie są (lub nie były) uważane za tortury w myśl prawa federalnego; ocena tych technik z punktu widzenia (na przykład) art. 3 Konwencji prowadzi do innych wniosków. Po drugie, zgodnie z zasadami amerykańskiego systemu prawnego, nie tylko Konstytucja, ale także ustawy federalne nie mają skutku pozaterytorialnego (nie obowiązują poza terytorium USA), chyba że z postanowień ustawy wyraźnie wynika co innego⁷. Brzmienie § 2340 US Code uzasadnione jest właśnie zamiarem Kongresu nadania postanowieniom tej ustawy takiego właśnie pozaterytorialnego skutku.

Po atakach 11 września 2001 roku i interwencji w Afganistanie, władze USA wdrożyły tzw. High-Value Detainees Program (dalej: „Program HVD”), określający metody postępowania z osobami uznanymi za zagrażające interesom USA

⁴ Por. *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890): „punishments are cruel when they involve torture or a lingering death; but the punishment of death is not cruel within the meaning of that word as used in the Constitution. It implies there something inhuman and barbarous – something more than the mere extinguishment of life”.

⁵ *Johnson v. Eisentrager*, 339 US 763 (1950), *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

⁶ 18 U.S. Code § 2340, 2340A, 2340B.

⁷ *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244 (1991).

(taliban, Al Kaida)⁸. W sierpniu 2002 roku prawnicy Departamentu Sprawiedliwości przygotowali opinię prawną, z której wynikało, że stosowanie dziesięciu tzw. „wzmocnionych technik śledczych” (*Enhanced Interrogation Techniques*), nie narusza zakazu tortur, jeżeli użyje się tych technik wobec osób, co do których istnieją uzasadnione podejrzenia o współpracę z międzynarodowymi organizacjami terrorystycznymi. Interesujące jest w tym aspekcie stanowisko Centralnej Agencji Wywiadowczej: zdaniem prawników CIA, Konwencja ONZ z 1984 roku w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania (Stany Zjednoczone są jej stroną) zezwala na okrutne, niehumanitarne lub poniżające traktowanie (ale nie na tortury) w przypadku sytuacji nadzwyczajnych (wojna, stan zagrożenia państwa). Po drugie, sposób przesłuchiwanie osób podejrzanych o udział w Al-Kaidzie nie narusza ani Piątej ani Czternastej Poprawki do Konstytucji USA (jak wskazano wyżej – regulacji tych nie stosuje się pozaterytorialnie). Po trzecie, Ósma Poprawka (zakazująca „kar okrutnych i niezwykłych”) dotyczy jedynie osób skazanych, a nie tylko aresztowanych lub pozbawionych wolności bez wyroku sądowego.

Ratyfikując Konwencję o zakazie tortur, USA dołączyły do dokumentu ratyfikacyjnego szereg oświadczeń, deklaracji i zastrzeżeń. Najważniejsze z nich to deklaracje interpretacyjne dotyczące:

- a) art. 16, zgodnie z którą USA przez „niehumanitarne lub poniżające traktowanie lub karanie” rozumieć będą takie tylko zachowania, które są jednocześnie zakazane przez Ósmą Poprawkę do Konstytucji USA;
- b) art. 1, zgodnie z którą przez „tortury” należy rozumieć takie tylko zachowanie, któremu towarzyszy szczególny zamiar wyrządzenia dotkliwego bólu lub cierpienia, przy czym w przypadku bólu lub cierpienia psychicznego konieczny jest dodatkowo skutek w postaci poważnej szkody w zdrowiu psychicznym ofiary (na przykład przez podanie jej substancji zmieniających umysł lub prowadzących do zaburzeń osobowościowych) oraz
- c) art. 14, zgodnie z którą USA są zobowiązane do wprowadzenia do porządku prawnego roszczenia opartego na zarzucie stosowania tortur tylko w takich przypadkach, gdy akt stanowiący tortury miał miejsce na obszarze podległym jurysdykcji Stanów Zjednoczonych⁹.

⁸ Informacje dotyczące polityki rządu USA w sprawie traktowania osób podejrzanych o wspieranie terroryzmu międzynarodowego pochodzą z raportu Komitetu Senatu USA d/s wywiadu z 2014 roku (<http://www.intelligence.senate.gov/study2014/sscistudy1.pdf>) oraz raportu D. Marty z 2005 roku (http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/EMarty_20070608_NoEmbargo.pdf)

⁹ <http://indicators.ohchr.org/>

W dniu 18 grudnia 2014 roku Komitet ONZ monitorujący przestrzeganie przez strony Konwencji o zakazie tortur, opublikował uwagi dotyczące sprawozdania Stanów Zjednoczonych z wykonania Konwencji¹⁰. Jedno z głównych pytań postawionych USA przez Komitet ds. Tortur zmierzało do wyjaśnienia, czy Stany Zjednoczone akceptują, że Konwencja znajduje zastosowanie także w przypadku gdy przypisywane USA zachowanie miało miejsce poza granicami Stanów Zjednoczonych? Stanowisko amerykańskie ocenić należy jako enigmatyczne. USA początkowo twierdziły, że „*sprawozdanie nie porusza kwestii ekstraterytorialnego stosowania Konwencji. Zgodnie z prawem federalnym, osoby działające w imieniu rządu USA powinny powstrzymać się od zachowań kwalifikowanych jako tortury we wszystkich miejscach świata, nie tylko na terytorium pod jurysdykcją amerykańską*”¹¹, następnie zmodyfikowały swoje stanowisko, potwierdzając, że Konwencja ma zastosowanie także do pewnych obszarów poza suwerennym terytorium USA, tj. do miejsc, które USA kontrolują w charakterze władzy publicznej¹², takich jak baza Marynarki Wojennej Guantanamo na Kubie oraz pokłady amerykańskich statków i samolotów. Godne podkreślenia jest, że cytowane wyżej stanowiska prawne sformułowane zostały w 2014 roku, podczas gdy wydarzenia badane przez strasburski Trybunał w sprawach *Abu Zubaydah* i *Al Nashiri* miały miejsce dekadę wcześniej. Aprobując co do zasady ewolucję stanowiska amerykańskiego, Komitet ds. Tortur zaznaczył jednak, że z oficjalnych pism i dokumentów urzędowych sygnowanych przez Biuro Doradców Prawnych Departamentu Sprawiedliwości, sporządzanych w latach 2001–2008, wynikały jednoznacznie inne wnioski, tj. niestosowanie Konwencji o zakazie tortur poza suwerennym terytorium USA.

Zamykając wątek amerykański, odnotować wypada, że zakaz stosowania tortur poza terytorium USA ma proveniencję przede wszystkim krajową, a nie umocowaną w prawie międzynarodowym. Po drugie, swoiste rozumienie pojęć takich jak „tortury” lub „niehumanne lub poniżające traktowanie lub karanie” obniża standard zobowiązania amerykańskiego na podstawie Konwencji o zakazie tortur. Wyjaśnia to wybór dokonany przez administrację prezydenta George’a W. Busha, aby podejrzanych o wspieranie terroryzmu międzynarodowego umieścić

¹⁰ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIndex.aspx>

¹¹ Zgodnie z amerykańską ustawą Detainee Treatment Act of 2005 (DTA), “no individual in the custody or under the physical control of the U.S. Government, regardless of nationality or physical location, shall be subject to cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment”.

¹² „all places that the State party controls as a governmental authority”.

w bezpiecznej odległości od amerykańskiego porządku prawnego, z dala od sądów federalnych, których orzeczenia niejednemu raz pokrzyżowały szyki władzy wykonawczej¹³, a przede wszystkim w miejscu, w którym opinia publiczna zostaje skutecznie odcięta od informacji o praktykach i metodach działania CIA. Jednym z państw, które spełniały amerykańskie kryteria była Rzeczpospolita Polska – członek NATO i Unii Europejskiej, państwo chlubiące się piękną kartą w zakresie przestrzegania praw człowieka.

ZASADA PACTA SUNT SERVANDA W KONTEKŚCIE ART. 38 EKPCZ

Po wpłynięciu skargi to Trybunału w Strasburgu i po zakomunikowaniu jej rządowi, po stronie pozwanego państwa materializują się liczne obowiązki proceduralne, w tym obowiązek współpracy z Trybunałem. Zgodnie z art. 38 Konwencji, Trybunał rozpatruje sprawę z udziałem przedstawicieli stron i, jeśli zachodzi potrzeba, podejmuje dochodzenie, a zainteresowane Wysokie Układające się Strony udzielą dla jego skutecznego przeprowadzenia wszelkich niezbędnych ułatwień. Przepis rozumiany jest jako nakładający na państwa zobowiązanie do przedstawiania na żądanie Trybunału wszelkich dokumentów i informacji związanych ze sprawą oraz wyjaśniania wątpliwości sędziów Trybunału na etapie badania dopuszczalności lub zasadności skargi. Ważne jest przy tym, że to Trybunał, a nie pozwane państwo ocenia, jakie dokumenty i informacje mają znaczenie w sprawie, a jakie nie i które z nich należy udostępnić w terminie, miejscu i w sposób wskazany przez sam Trybunał. M. Krzyżanowska-Mierzewska trafnie przyjmuje, że art. 38 Konwencji jest częścią tych rozwiązań konwencyjnych, które mają zapewnić jej postanowieniom skuteczność i efektywność systemu, a przypadki odmowy współpracy przez państwa z Trybunałem lub jej pozorowania najczęściej zdarzają się w sprawach o szczególnej wadze dla pozwanego państwa, dotyczących naruszeń Konwencji o największym ciężarze gatunkowym (art. 2, art. 3) lub niezwykle niewygodnych ze względów politycznych¹⁴. Dodatkowym narzędziem służącym korygowaniu naruszeń przez państwo obowiązku współpracy z Trybunałem są postanowienia Regulaminu Trybunału: zgodnie

¹³ Np. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

¹⁴ *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Tom II, Komentarz do art. 19–59 oraz Protokołów dodatkowych* (pod red. L. Garlickiego), Warszawa 2011, s. 210–211.

z Regułą 44C, w przypadku naruszenia przez stronę obowiązku przedstawienia dowodu lub udzielenia informacji żądanych przez Trybunał, ukrywania istotnych informacji lub innego naruszenia obowiązku aktywnego brania udziału w postępowaniu, Trybunał władny jest wyciągnąć z tego zachowania państwa stosowne wnioski¹⁵. W praktyce Trybunał stosuje dwojakiego rodzaju rozwiązania prawne jako sankcje za naruszenie obowiązku współpracy: odwraca rozkład ciężaru dowodu, przesuwając go ze skarżącego na państwo, lub posługuje się domnieniami faktycznymi przy rozpatrywaniu zarzutów materialnych. Jeżeli pozwany rząd nie przedstawi koniecznych dowodów lub dokumentów, Trybunał ustali stan faktyczny opierając się na wersji przedstawionej przez skarżącego, jeżeli nie jest ona oczywiście niewiarygodna¹⁶. W takiej sytuacji dochodzi do modyfikacji standardu *beyond reasonable doubt* (ponad rozsądną wątpliwość), stosowanego przez Trybunał w „zwyczajnych” sprawach, tj. w takich, w toku których pozwany rząd współpracował z Trybunałem¹⁷. Nie ulega przy tym wątpliwości, że dla oceny wywiązania się przez państwo z obowiązku współpracy z Trybunałem takie okoliczności jak przeszkody wynikające z przepisów prawa wewnętrznego nie mają znaczenia: zgodnie z art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (dalej: „KPT”), państwo nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nie traktatu. Reguła wynikająca z przywołanego przepisu jest prostą konsekwencją zasady *pacta sunt servanda*, czyli fundamentu, na którym opiera się prawo międzynarodowe. Jak słusznie zauważa M. Balcerzak, naruszenie art. 38 Konwencji stanowi poważny sygnał o niewywiązywaniu się państwa-strony z obowiązku proceduralnej współpracy z Trybunałem przy ustalaniu stanu faktycznego¹⁸.

¹⁵ Podobną treść ma art. 233 § 2 polskiego kodeksu postępowania cywilnego: „sąd oceni (...), jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu”.

¹⁶ M. Krzyżanowska-Mierzevska, *op. cit.*, s. 218–219.

¹⁷ Analiza orzecznictwa ETPCz pod kątem stosowania standardu dowodowego „ponad rozsądną wątpliwość” wykracza poza ramy niniejszej pracy. Zaznaczyć jedynie należy, że po pierwsze mylące mogą tu być skojarzenia z anglosaską koncepcją *beyond reasonable doubt* właściwą prawu karnemu, gdyż konwencyjny standard *beyond reasonable doubt* jest wypracowaną przez ETPCz koncepcją prawną o charakterze *sui generis* (M. Krzyżanowska-Mierzevska, *op. cit.*, s. 217). Po drugie, dowodowy standard strasburski nasuwa raczej skojarzenia z inną z anglosaskich reguł, tj. *preponderance of evidence* (przewaga dowodów), właściwego dla spraw cywilnych w *common law*.

¹⁸ M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, s. 83.

Strona polska w sprawach *Abu Zubayda i Al Nashiri v. Polska* dopuściła się oczywistego, rażącego i niczym niewytłumaczalnego naruszenia art. 38 Konwencji, odmawiając przedłożenia żądanych dowodów w sposób oczekiwany przez Trybunał. Złą wiarę strony polskiej w toku rozpoznawania tych spraw uwypukla strategia procesowa oraz treść stanowiska rządu polskiego w rozpoznawanej równolegle ze sprawą więzień CIA tzw. sprawą katyńską¹⁹. Strona rosyjska, odmawiając przedstawienia Trybunałowi niektórych dowodów, w szczególności uzasadnienia postanowienia z 21 września 2004 roku o umorzeniu rosyjskiego śledztwa dotyczącego zbrodni katyńskiej, argumentowała, że decyzja o przekazaniu organowi międzynarodowemu informacji objętych tajemnicą państwową może być podjęta przez rząd Rosji na podstawie sprawozdania przygotowanego przez Międzyresortową Komisję ds. Ochrony Tajemnicy Państwowej. Strona otrzymująca informację (np. Trybunał strasburski) musi zobowiązać się do ochrony informacji niejawnych, zawierając umowę międzynarodową, określającą między innymi procedurę przekazywania informacji, klauzulę poufności i sposób rozstrzygania sporów. W sprawie *Janowiec v. Rosja* rząd polski zgłosił interwencję po stronie skarżących, zasadniczo wspierając ich argumentację prawną. Interesujące jest w kontekście sprawy więzień CIA poznanie stanowiska rządu w przedmiocie art. 38 Konwencji i naruszenia obowiązku współpracy z Trybunałem. Rząd polski, zapewne świadomy tego, że znajdzie się (lub już jest) w sytuacji rządu rosyjskiego i także będzie musiał tłumaczyć się w Strasburgu z odmowy udostępnienia dowodów, zajął zaskakująco „miękkie” – zważywszy na charakter sprawy – stanowisko: jego zdaniem **obowiązki dostarczenia materiałów na podstawie artykułu 38 Konwencji nie byłyby naruszone, gdyby odmowa dostarczenia została przekonująco wyjaśniona**²⁰. Innymi słowy, strona polska dążyła już w sprawie „katyńskiej” (w perspektywie sprawy więzień CIA) do osłabienia rygoryzmów wynikających z art. 38 Konwencji. Rząd polski skłonny byłby usprawiedliwić pozwane państwo z naruszenia obowiązku współpracy, jeżeli tylko byłyby ku temu uzasadnione powody. Rozpoznając sprawę „katyńską” Trybunał w składzie Izby nie podzielił ani stanowiska rządu rosyjskiego ani polskiego, zauważając, że Konwencja jest umową międzynarodową, która zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda* skodyfikowaną w artykule 26 KPT jest wiążąca dla Umawiających się Stron i musi być wykonywana w dobrej wierze. Zgodnie z artykułem 27 KPT

¹⁹ *Janowiec i inni v. Rosja*, skargi nr 55508/07 29520/09, wyrok Izby z 16 kwietnia 2012 roku, wyrok Wielkiej Izby z 21 października 2013 roku

²⁰ § 97 wyroku Izby w sprawie *Janowiec v. Rosja*.

przepisy prawa wewnętrznego nie mogą być powoływane jako usprawiedliwienie niewykonywania traktatu przez Umawiającą się Stronę. W kontekście obowiązku wypływającego z treści artykułu 38 Konwencji oznacza to, że pozwany rząd nie może powoływać się na przeszkody w swoim prawie krajowym w celu usprawiedliwienia braku udzielenia niezbędnych ułatwień dla skutecznego rozpoznania sprawy przez Trybunał²¹. Stanowisko Izby zasadniczo podzieliła Wielka Izba, zauważając, że w sprawach, w których pozwany rząd podnosił kwestie klauzuli poufności i bezpieczeństwa jako przyczynę niewywiązania się z obowiązku przedłożenia żadanego materiału, Trybunał dokonywał niezależnej weryfikacji istnienia uzasadnionych i solidnych podstaw do uznania przedmiotowych dokumentów za tajne lub poufne, a w przypadku zaistnienia uzasadnionych obaw dotyczących bezpieczeństwa narodowego, rząd był uprawniony usunąć wrażliwe fragmenty albo przedstawić podsumowanie istotnych okoliczności faktycznych. W przypadkach, w których zachodzą kwestie związane z bezpieczeństwem narodowym, zasady praworządności i rządów prawa w społeczeństwie demokratycznym wymagają, aby działania mające wpływ na podstawowe prawa człowieka były przedmiotem kontradyktoryjnego postępowania przed niezależnym organem, właściwym do oceny przyczyn wydania takiej decyzji i do oceny odpowiedniego materiału dowodowego. Jeżeli nie istniałaby możliwość skutecznego zakwestionowania twierdzeń władzy wykonawczej, iż w grę wchodzi kwestie związane z bezpieczeństwem narodowym, to władze krajowe mogłyby w sposób arbitralny naruszać prawa chronione przez Konwencję. Uzasadnione obawy związane z bezpieczeństwem narodowym mogą być uwzględnione w postępowaniu przed Trybunałem poprzez odpowiednie rozwiązania proceduralne, w tym poprzez ograniczony dostęp do przedmiotowych dokumentów na podstawie Reguły 33 Regulaminu Trybunału oraz, w ostateczności, przeprowadzenie rozprawy za zamkniętymi drzwiami²². Komentując ten fragment wyroku Wielkiej Izby należy zauważyć, że Trybunał nie nadaje rygorom wynikającym z art. 38 charakteru bezwzględnego, dopuszczając (przynajmniej teoretycznie) sytuację, w której odmawiając udzielenia niektórych wyjaśnień lub przedstawienia pewnych dowodów pozwany rząd nie naruszy standardu konwencyjnego. Równolegle jednak przesłanki skutecznego powołania się przez pozwane państwo na nadzwyczajne okoliczności zwalniające z obowiązku współpracy z Trybunałem zostały określone na tyle rygorystycznie, że pozwanemu państwu trudno będzie je spełnić.

²¹ § 106 wyroku Izby w sprawie *Janowiec v. Rosja*.

²² § 205 wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Janowiec v. Rosja*.

W sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* kluczowe znaczenie miał dokument (umowa polsko-amerykańska) dotyczący ustanowienia i prowadzenia tajnych więzień CIA w Polsce. Trybunał kilkakrotnie zażądał od władz polskich przedstawienia tego dokumentu, zapewniając poufność na podstawie Reguły 33 § 2²³. Strona polska uzależniała zapoznanie się przez Trybunał z dokumentami śledztwa prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w Krakowie m. in. od zawarcia stosownej umowy między Trybunałem a rządem polskim. Stawiane przez stronę polską warunki – rzecz oczywista nie do przyjęcia przez Trybunał – obejmowały ponadto ograniczenia w dostępie do dowodów dla niektórych tylko polskich pełnomocników skarżących oraz wyznaczały miejsce do zapoznania się z dowodami (terytorium Polski lub siedziba stałego przedstawicielstwa Polski przy Radzie Europy)²⁴. Argumentacja strony polskiej nie mogła zostać zaakceptowana przez Trybunał. Gdyby tak się stało, stworzyłoby to niebezpieczny precedens, skutkujący powstaniem odrębnych dla każdego z 47 państw członkowskich Rady Europy zasad i warunków współpracy z Trybunałem. Sędziowie strasburscy podkreślili, że przepisy wewnętrzne Trybunału gwarantują zachowanie poufności materiałów niejawnych, a co za tym idzie – obawy rządu polskiego w tym względzie były nieuzasadnione²⁵. Nie znajdując żadnego usprawiedliwienia dla odmowy udostępnienia materiałów śledztwa prowadzonego przez władze polskie, Trybunał stwierdził naruszenie przez Polskę art. 38 Konwencji²⁶. Rozstrzygnięcie w tym zakresie nie budzi żadnych wątpliwości.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ POLSKI ZA POMOC W DELIKCIE POPEŁNIONYM PRZEZ PAŃSTWO TRZECIE

Stwierdzenie naruszenia przez Polskę art. 38 Konwencji pociągnęło za sobą dalej idące skutki: odmowę współpracy ze strony władz polskich Trybunał

²³ O umowie tej mowa jest w Raporcie senatora D. Marty – z uwagi na niechęć USA do współpracy z polskimi służbami podlegającymi kontroli cywilnej, partnerami CIA były Wojskowe Służby Informacyjne i Biuro Bezpieczeństwa Narodowego w Kancelarii Prezydenta

²⁴ §§ 17–40 wyroku w sprawie *Al Nashiri v. Polska*.

²⁵ §§ 367–376 wyroku w sprawie *Al Nashiri v. Polska*.

²⁶ Polska mogła np. uchwalić ustawę nowelizującą k.p.k. w taki sposób aby zapewnić prawidłową współpracę z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w sprawie więzień CIA – jedyne czego w tym przypadku zabrakło, to elementarna dobra wiara i rzeczywistość, a nie pozorowana chęć wyjaśnienia sprawy na forum strasburskim.

wykorzystał jako podstawę do ustaleń faktycznych (zastosowano konstrukcję domniemania co do faktów), zwłaszcza że rząd polski nie odniósł się w żaden sposób do faktów i dowodów ujawnionych w toku postępowania, wskazujących jednoznacznie na istnienie tajnych więzień CIA w Polsce. Ustalenia Trybunału w sprawie *Al-Nashiri* (okoliczności sprawy *Abu Zubaydah* były podobne) co do faktów były następujące:

- (1) w dniu 5 grudnia 2002 roku skarżący *Al Nashiri* przybył do Polski na pokładzie należącego do CIA samolotu N63MU, który wylądował na lotnisku w Szymanach;
- (2) od 5 grudnia 2002 roku do 6 czerwca 2003 roku skarżący był przetrzymywany w tajnym więzieniu CIA w Starych Kiejkutach (ośrodek otrzymał kryptonim *Quartz*);
- (3) skarżący w czasie pobytu w Polsce został poddany procedurom określonym w Programie HVD, w tym „wzmocnionym technikom śledczym”, z których część była oficjalnie zatwierdzona przez władze amerykańskie, a część nie;
- (4) w dniu 6 czerwca 2003 roku skarżącego wywieziono z Polski samolotem CIA N379P.

Przesądając, że władze polskie wiedziały o pobycie więźniów w jednostce JW 2669 w Starych Kiejkutach oraz że współdziałały z władzami USA w traktowaniu więźniów w sposób zakazany Konwencją, Trybunał miał na uwadze następujące okoliczności:

- 1) polskie władze odpowiedzialne za kontrolę polskiej przestrzeni powietrznej stosowały specjalne procedury obowiązujące przy lądowaniu samolotów CIA na lotnisku w Szymanach, odbiegające od standardowych (udział wysokich oficerów Straży Granicznej, wysokie opłaty lotniskowe, dopuszczenie do wylądowania samolotu Boeing, który w zasadzie nie powinien lądować ze względów technicznych na takim lotnisku jak Szymany);
- 2) samoloty CIA przemieszczały się w polskiej przestrzeni powietrznej bez zatwierdzonych planów lotów; doszło do walidacji fałszywych planów lotów dla CIA (np. jako miejsce przeznaczenia wskazywano Warszawę, samolot faktycznie lądował na lotnisku w Szymanach, natomiast w dokumentach Eurocontrol odnotowany zostawał lot do Warszawy);
- 3) zdaniem Trybunału, nie sposób wyobrazić sobie współpracy między Polską a USA bez umowy zawartej pomiędzy WSI a CIA: „*jest niewyobrażalnym aby samoloty CIA wlatywały do polskiej przestrzeni powietrznej, lądowały i startowały z tego samego lotniska (Szymany) oraz aby CIA zajmowała obiekt w Starych*

*Kiejkutach bez uprzednich uzgodnień umożliwiających CIA przygotowanie i wykonanie tego rodzaju zadań*²⁷.

- 4) strona polska odmówiła współpracy z Radą Europy w sprawie więzień CIA;
- 5) polscy funkcjonariusze, którzy przyjmowali personel CIA w Szymanach, pod nadzorem CIA ładowali więźniów do samochodów i wieźli do Kiejkut „nie mogli być nieświadomi, że osoby, które wiozą to więźniowie CIA”; w szczególności „jest niewiarygodne, aby nie widzieli wyprowadzania związanych kajdanami osób z samolotu”²⁸;
- 6) agenci CIA zamówili u władz polskich metalową klatkę wielkości dorosłego człowieka, z możliwym dołączeniem do niej toalety chemicznej;
- 7) pomiędzy styczniem 2002 i sierpniem 2003 roku opinia publiczna w Europie i w Polsce wiedziała już, w jaki sposób Amerykanie traktują osoby podejrzane o terroryzm.

Reasumując, Trybunał stwierdził, że władze polskie ogólnie wiedziały, co robi CIA w ośrodku Quartz w Starych Kiejkutach i że świadomie współpracowały z CIA z programie HVD co najmniej od grudnia 2002 do września 2003 roku. Całość dowodów wzięta pod uwagę razem wskazuje, że władze polskie wiedziały, że CIA używa lotniska w Szymanach i bazy w Kiejkutach do przetrzymywania tam więźniów. Władze polskie musiały zostać nie tylko informowane, ale także czynnie zaangażowane w przygotowanie i realizację programu HVD. Tego rodzaju aktywności na polskim terytorium, z uwagi na ich skalę, charakter i skutki, nie mogły być przedsięwzięte bez wiedzy władz polskich. Jednocześnie Trybunał przyznał jednak, że władze polskie nie były wprowadzone przez Amerykanów w szczegóły funkcjonowania programu HVD; zabrakło zwłaszcza dowodów, że polscy funkcjonariusze uczestniczyli w przesłuchaniach lub nawet że tylko byli świadkami aktów tortur. Polska wiedziała również naturze i o celu aktywności CIA na swoim terytorium. Przez udzielenie zezwolenie CIA na użycie polskiej przestrzeni powietrznej i lotnisk, a zatem przez współudział w ukrywaniu ruchów samolotów, przez zawieranie szczególnych porozumień o bezpieczeństwie, przez świadczenie usług logistycznych i serwisowych (specjalna procedura lądowania, transport pasażerów i agentów CIA, zabezpieczenie bazy w Kiejkutach) – Polska kooperowała w przygotowaniu i wykonaniu programu HVD, zwłaszcza tej jego części, która dotyczyła tajnych więzień i metod przesłuchań. Z uwagi na

²⁷ § 428 wyroku w sprawie *Al Nashiri v. Polska*.

²⁸ § 437 wyroku w sprawie *Al Nashiri v. Polska*.

stopniowo rosnącą wiedzę opinii publicznej na świecie, że uwięzieni przez CIA są traktowani w sposób daleko odbiegający od standardów międzynarodowych – Trybunał przyjął kluczowy dla wyniku sprawy wniosek, że Polska **powinna była wiedzieć**, że ułatwiając CIA więzienie ich na terytorium Polski, naraża te osoby na poważne ryzyko traktowania niezgodnego z Konwencją. Pociąga to za sobą odpowiedzialność Polski w świetle art. 1 Konwencji²⁹.

Ustalenie przez Trybunał naruszenia art. 3 Konwencji przez Polskę w aspekcie proceduralnym wydaje się być oczywiste. Do naruszenia przepisu doszło w tym względzie przede wszystkim przez zaniechanie przez władze polskie przeprowadzenia efektywnego śledztwa w sprawie domniemyanych aktów tortur w ośrodku Quartz oraz przez zaniechanie wdrożenia stosownych zabezpieczeń prawnych w systemie prawa krajowego przeciwko nadużyciom podstawowych praw człowieka przez służby w toku działań wywiadowczych i kontrwywiadowczych³⁰. Znacznie bardziej interesujące i zasługujące na pogłębioną analizę w świetle ogólnych zasad prawa międzynarodowego jest przypisanie Polsce odpowiedzialności za naruszenie art. 3 Konwencji także w aspekcie materialnym. Powtórzyć należy kluczową dla tego wątku sprawy tezę Trybunału: Polska powinna była wiedzieć, że umożliwiając CIA przetrzymywanie osób w ramach programu HVD, naraża je na traktowanie niezgodne z art. 3 Konwencji, pomimo braku wiedzy ze strony władz polskich o tym, co faktycznie dzieje się w Starych Kiejkutach. Trybunał przyjął zatem konstrukcję przyzwolenia przez Polskę („*acquiescence and connivance*”) na funkcjonowanie Programu HVD, co uzasadniło zarzut naruszenia art. 3 Konwencji w aspekcie materialnym³¹.

Naruszenie przez państwo-stronę Europejskiej Konwencji Praw Człowieka pociąga za sobą odpowiedzialność międzynarodową państwa. Zgodzić należy się z M. Balcerzakiem, że odpowiedzialność państw za naruszenie Konwencji, mimo wielu istotnych modyfikacji względem zasad ogólnych, nie stanowi reżimu

²⁹ § 517 wyroku w sprawie *Al Nashiri v. Polska*.

³⁰ § 498 wyroku w sprawie *Al Nashiri v. Polska*.

³¹ „The Court has already found that Poland knew of the nature and purposes of the CIA's activities on its territory at the material time and cooperated in the preparation and execution of the CIA rendition, secret detention and interrogation operations on its territory. It has also found that, given that knowledge and the emerging widespread public information about ill-treatment and abuse of detained terrorist suspects in the custody of the US authorities, **it ought to have known** that, by enabling the CIA to detain such persons on its territory, it exposed them to a serious risk of treatment contrary to the Convention” (§ 517 wyroku w sprawie *Al Nashiri v. Polska*).

zamkniętego, lecz opiera się na tych zasadach³². Dotyczy to zwłaszcza dwóch podstawowych elementów odpowiedzialności, czyli ustalenia naruszenia zobowiązania międzynarodowego i przypisania tego naruszenia państwu, a w ramach przypisania – problematyki związanej z działaniami i zaniechaniami organów państwa, sił zbrojnych państwa, a także osób lub podmiotów wykonujących funkcje publiczne lub działających pod nadzorem lub kontrolą organów państwowych³³. Również odpowiedzialność państwa za pomoc w delikcie międzynarodowym podlega ocenie w świetle standardu ogólnego, którego parametry wyznacza (ujmując rzecz w pewnym koniecznym uproszczeniu) zwyczajowe prawo międzynarodowe, opisane w projekcie Artykułów o odpowiedzialności państwa za delikty międzynarodowe³⁴, opracowanym przez Komisję Prawa Międzynarodowego (dalej: Projekt KPM). W tym stanie rzeczy należy zbadać, czy pogląd Trybunału, zakładający odpowiedzialność państwa za pomoc w delikcie także wówczas, gdy państwo „powinno było wiedzieć” o zdarzeniach mających miejsce na jego terytorium, znajduje dostateczne uzasadnienie w świetle Projektu KPM i komentarzu do Projektu.

Zgodnie z art. 16 Projektu KPM, państwo które pomaga innemu państwu w popełnieniu deliktu, ponosi odpowiedzialność międzynarodową, jeżeli:

- a) udzielając pomocy ma wiedzę o okolicznościach deliktu popełnionego przez inne państwo;
- b) działanie innego państwa byłoby bezprawne, gdyby zostało popełnione przez państwo udzielające pomocy³⁵.

Zdaniem wieloletniego sprawozdawcy Komisji Prawa Międzynarodowego, J. Crawforda, treść normatywna zawarta w art. 16 Projektu KPM ma status międzynarodowego prawa zwyczajowego³⁶. Potwierdził to wyraźnie MTS w sprawie Zastosowania konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (*Bośnia*

³² M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony...*, op. cit., s. 60.

³³ *Ibidem*, s. 139–186.

³⁴ *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

³⁵ Article 16 (Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act). A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.

³⁶ J. Crawford, *State Responsibility*, Cambridge 2013, s. 401

i *Hercegowina v. Serbia*)³⁷. Z komentarza do Projektu KPM wynika, że odpowiedzialność za pomoc w delikcie zależy od tego, czy państwo dobrowolnie i ze świadomością wszelkich istotnych okoliczności zapewniło finansowanie lub inne środki państwu, które dopuściło się deliktu. Mogą tu wchodzić w grę takie sytuacje jak zamknięcie międzynarodowej drogi żeglugowej, ułatwienie porwania osoby w obcym państwie lub asystowanie w zniszczeniu mienia należącego do obywateli państwa trzeciego³⁸. Inaczej rzecz ujmując, istotne jest, aby państwo ze świadomością ważnych elementów stanu faktycznego dobrowolnie pomogło innemu państwu w delikcie, na przykład przez dostarczenie środków niezbędnych do jego popełnienia lub finansowało działania innego państwa. Warunek świadomości okoliczności czyniących zachowanie innego państwa deliktem wynika z zamieszczonej w art. 16 Projektu KPM formuły „*wiedza o okolicznościach deliktu*”. Dlatego tak ważny jest warunek rzeczywistej wiedzy państwa o udzielaniu pomocy innemu państwu w delikcie międzynarodowym (*actual knowledge*), a nie „wiedzy, którą państwo powinno było mieć” (*constructive knowledge*). Okoliczność tę wyraźnie eksponuje J. Crawford, wskazując, że mimo zabiegów niektórych państw uczestniczących w pracach nad Projektem KPM, świadomie przyjęto węższą formułę, ograniczającą odpowiedzialność państw wyłącznie do przypadków rzeczywistej, a nie potencjalnej wiedzy³⁹. Po drugie, dla poniesienia odpowiedzialności za pomoc w delikcie konieczne jest wykazanie nie tylko wiedzy o wszystkich okolicznościach deliktu popełnionego przez inne państwo ale także zamiaru („*intent*”) ułatwienia popełnienia tego deliktu⁴⁰. Chodzi tu o nieobecny w innych konstrukcjach odpowiedzialności państwa w prawie międzynarodowym element o charakterze subiektywnym, z wykazaniem którego mogą być zresztą w praktyce znaczne trudności. Trzecim warunkiem poniesienia przez państwo odpowiedzialności

³⁷ ICJ Rep., 2007, s. 217.

³⁸ Teza 1 komentarza do art. 16 projektu KPM.

³⁹ „*The wording of the provision is confined to knowledge actually in the possession of the complicit state*”, J. Crawford, *State Responsibility*, op. cit., s. 406.

⁴⁰ „*A State is not responsible for aid or assistance under article 16 unless the relevant State organ intended, by the aid or assistance given, to facilitate the occurrence of the wrongful conduct and the internationally wrongful conduct is actually committed by the aided or assisted State*” – teza 5 Komentarza do art. 16 Projektu KPM. J. Crawford uważa, że warunek zamiaru pomocy w delikcie wynika raczej z Komentarza niż z samego Projektu, a ponadto zwraca uwagę, że ten akurat element odpowiedzialności za pomoc w delikcie niekoniecznie musi odzwierciedlać istniejące prawo zwyczajowe, stanowiąc raczej element postępowego rozwoju prawa międzynarodowego. Art. 16 Projektu KPM, aby mógł zostać zaakceptowany przez państwa, nie mógł przyjąć zbyt szerokiej formuły, potencjalnie szkodliwej dla suwerenności państw (*State Responsibility*, op. cit., s. 408).

za pomoc w delikcie jest aby naruszone zobowiązanie międzynarodowe ciążyło na obu państwach, tj. zarówno bezpośrednim sprawcy jak i na państwie udzielającym pomocy⁴¹.

Reasumując, zgodnie z art. 16 Projektu KPM, pomagające w delikcie państwo odpowiada za własne działanie polegające na intencjonalnym udzieleniu wsparcia w złamaniu zobowiązania międzynarodowego, które wiąże oba państwa, jeżeli faktycznie wiedziało o wszystkich okolicznościach deliktu.

Przenosząc zasady wynikające z Projektu KPM na grunt spraw *Al Nashiri i Abu Zubaydah v. Polska* nie sposób nie zauważyć, że z posiadanych przez Trybunał dowodów nie wynikała podstawa do stwierdzenia, że władze polskie dysponowały rzeczywistą wiedzą w przedmiocie tego, co działo się w ośrodku Quartz ani – tym bardziej – że udzielając pomocy USA zamierzały tym samym ułatwić popełnienie deliktu międzynarodowego. W tym stanie rzeczy, przyjęta przez ETPCz konstrukcja przyzwolenia (*acquiescence and connivance*), uzasadniająca odpowiedzialność państwa za naruszenie art. 3 Konwencji w aspekcie materialnym przy istnieniu samej tylko powinności wiedzy (*ought to know*; *constructive knowledge*), nie ma dostatecznego oparcia w prawie międzynarodowym regulującym odpowiedzialność państw⁴². Nie uzasadnia to automatycznie wadliwości strasburskiego rozstrzygnięcia, gdyż Konwencja jako reżim do pewnego stopnia autonomiczny, może odmiennie od standardu ogólnego regulować pewne kwestie, jeżeli zostanie to uzasadnione (na przykład) wykładnią celowościową traktatu. Należałoby jednak oczekiwać, że w przypadku, gdy Trybunał zdecyduje się na dokonanie takiego odstępstwa, rozumowanie przebiegać powinno według następującego schematu: identyfikacja standardu ogólnego – wskazanie standardu zastosowanego w miejsce ogólnego – wyjaśnienie przyczyn odejścia od standardu ogólnego, przez odwołanie się (na przykład) do charakteru Konwencji. Schematu takiego próżno szukać w uzasadnieniu wyroków w sprawach *Abu Zubayda i Al Nashiri v. Polska*, co nakazuje poddać w wątpliwość jurydyczną trafność rozstrzygnięcia w przedmiocie przypisania Polsce odpowiedzialności za naruszenie art. 3 Konwencji w aspekcie materialnym.

⁴¹ "It is a necessary requirement for the responsibility of an assisting State that the conduct in question, if attributable to the assisting State, would have constituted a breach of its own international obligations (...) In accordance with article 16, the assisting State is responsible for its own act in deliberately assisting another State to breach an international obligation by which they are both bound" – teza 6 Komentarza do art. 16 Projektu KPM.

⁴² Odmiennie K. Wierczyńska, *op. cit.*, s. 272, która uważa, że odpowiedzialność Polski za naruszenie art. 3 Konwencji uzasadnia posłużenie się konstrukcją „*should have known*”.

ROZDZIAŁ II

ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTW ZA NARUSZENIA PRAW CZŁOWIEKA W SYSTEMIE ONZ



Przemysław Domagała*

ZOBOWIĄZANIA PAŃSTW WOBEC OFIAR
NARUSZEŃ MIĘDZYNARODOWEJ KONWENCJI
O OCHRONIE WSZELKICH OSÓB
PRZED WYMUSZONYM ZAGINIĘCIEM
– PERSPEKTYWA POLSKA

KONWENCJA WS. WYMUSZONYCH ZAGINIĘĆ

„Wymuszone zaginięcie” to każda forma pozbawienia wolności przez funkcjonariuszy państwa albo osoby lub grupy osób działające z upoważnienia, z pomocą lub za wiedzą państwa, kiedy towarzyszy temu odmowa uznania faktu pozbawienia wolności, ukrywanie losu lub miejsca pobytu osoby zaginionej, co sytuuje tę osobę poza ochroną prawa¹. Ten ostatni aspekt sprawia, że przy wymuszonych zaginięciach istnieje szczególnie duże ryzyko stosowania tortur². Pojęcie

* mgr Przemysław Domagała, Sędzia Sądu Rejonowego dla Łodzi – Śródmieścia w Łodzi. Artykuł przedstawia wyłącznie osobiste poglądy autora.

¹ Zob. art. 2 Międzynarodowej Konwencji ONZ o ochronie wszelkich osób przed wymuszonym zaginięciem (dalej cyt. jako „Konwencja”).

² M. Wróblewski, *Zjawisko wymuszonych zaginięć jako współczesne wyzwanie dla ochrony praw człowieka*, [w:] B. Janusz-Pawletta (red.), *Walczyć po ludzku czyli ochrona praw człowieka w działaniach zbrojnych. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, s. 61.

„pozbawienie wolności” należy rozumieć szerzej niż tylko jako zatrzymanie, tymczasowe aresztowanie, odbywanie kary pozbawienia wolności. Obejmuje ono także umieszczenie w każdym miejscu, którego nie można dobrowolnie opuścić³.

Dnia 20 grudnia 2006 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło Międzynarodową konwencję w sprawie ochrony wszelkich osób przed wymuszonym zaginięciem⁴. Konwencja jest pierwszym powszechnym traktatem międzynarodowym kompleksowo poświęconym zagadnieniu wymuszonych zaginięć. Ten najnowszy instrument w uniwersalnym systemie ochrony praw człowieka zawiera najdalej idące i najsilniej rozbudowane gwarancje praw ofiar⁵. Może być wzorem dla aktów prawnych podobnego rodzaju. Na straży jej przestrzegania stoi specjalne ciało traktatowe ONZ – Komitet do Spraw Wymuszonych Zaginięć. Bada on skargi indywidualne i międzypaństwowe na naruszenia Konwencji, rozpoznaje sprawozdania

³ W polskich realiach np. policyjna izba dziecka, młodzieżowy ośrodek wychowawczy, młodzieżowy ośrodek socjoterapii, strzeżony ośrodek lub pomieszczenie dla cudzoziemców oczekujących na lotniskach na wydalenie, izba wytrzeźwień, dom pomocy społecznej, szpital lub inna placówka przymusowego leczenia. Podobnie szeroko pozbawienie wolności rozumie Europejski Trybunał Praw Człowieka (zob. np. wyroki w sprawach *Guzzardi przeciwko Włochom* z 6.11.1980 r., nr skargi 7367/76, § 92; *H. L. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 5.10.2004 r., nr skargi 45508/99, § 89; *Medvedev i in. przeciwko Francji* z 23.3.2010 r., nr skargi 3394/03, § 73; *Stanev przeciwko Bułgarii* z 17.2.2012 r., nr skargi 36760/06, § 117; *Creangă przeciwko Rumunii*, z 23.2.2012 r., nr skargi 29226/03, § 91; *Kędzior przeciwko Polsce* z 16.10.2012 r., nr skargi 45026/07, § 54).

⁴ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ A/RES/61/177.

⁵ „Art. 24 (2) Każda ofiara ma prawo znać prawdę o okolicznościach wymuszonego zaginięcia, o postępie i wynikach dochodzenia oraz o losie osoby zaginionej. Każde Państwo Strona podejmie w tym zakresie stosowne środki (3) Każde Państwo Strona podejmie wszelkie stosowne środki w zakresie poszukiwania, ustalenia miejsca pobytu oraz uwolnienia osób zaginionych, a w przypadku ich śmierci – ustalenia, gdzie znajdują się ich szczątki oraz zapewnienia ich poszanowania i zwrotu. (4) Każde Państwo Strona zapewni, aby w jego systemie prawnym ofiarom wymuszonego zaginięcia przysługiwało prawo do zadośćuczynienia oraz niezwłocznego, sprawiedliwego i adekwatnego odszkodowania. (5) Prawo do uzyskania zadośćuczynienia, o którym mowa w ustępie 4 niniejszego artykułu, obejmuje szkody materialne i moralne oraz, stosownie do okoliczności, inne formy zadośćuczynienia jak: a) restytucja; b) rehabilitacja; c) satysfakcja, w tym przywrócenie godności i dobrego imienia; d) gwarancje niepowtórzenia. (6) Bez uszczerbku dla obowiązku prowadzenia dochodzenia aż do momentu wyjaśnienia losu osoby zaginionej, każde Państwo Strona podejmie stosowne działania w odniesieniu do sytuacji prawnej osób zaginionych, których losy nie zostały wyjaśnione, a także sytuacji ich bliskich, w dziedzinach takich jak: opieka społeczna, sprawy finansowe, prawo rodzinne oraz prawa majątkowe. (7) Każde Państwo Strona zagwarantuje prawo do swobodnego tworzenia i uczestnictwa w organizacjach i stowarzyszeniach zajmujących się ustalaniem okoliczności wymuszonych zaginięć oraz losu osób zaginionych, a także do pomocy ofiarom wymuszonego zaginięcia”.

państw z jej wykonania, w razie potrzeby może podjąć akcję mającą na celu pilne odnalezienie osoby zaginionej⁶.

W rozumieniu Konwencji ofiarą jej naruszenia może być tylko osoba fizyczna, z tym że nie tylko sam zaginiony ale także inna osoba, która bezpośrednio ucierpiała w wyniku wymuszonego zaginięcia⁷. To rozwiązanie bierze pod uwagę to, że osoby najbliższe zaginionemu cierpią z powodu niepewności co do jego losów⁸. Osoby najbliższe mogą dochodzić roszczeń nie tylko w imieniu samego zaginionego ale także w imieniu własnym, gdyż ich własne prawa zostają naruszone przez sam fakt wymuszonego zaginięcia członka rodziny⁹.

Konwencja weszła w życie dnia 23 grudnia 2010 r. Polska podpisała ją dnia 25 czerwca 2013 r.¹⁰ i obecnie trwają prace ratyfikacyjne. Celowe jest więc przeanalizowanie zakresu zobowiązań państw wobec ofiar jej naruszenia i czy obecnie obowiązujące polskie prawo czyni im zadość.

USTALENIE I UJAWNIENIE PRAWDY

Stosownie do art. 20 ust. 2 Konwencji, ofiary wymuszonych zaginięć mają prawo do prawdy o okolicznościach wymuszonego zaginięcia, o postępie i wynikach dochodzenia oraz o losie osoby zaginionej¹¹.

Podmiotem zobowiązanym jest Państwo Strona Konwencji, a uprawnionym konkretna osoba fizyczna (zaginiony lub osoba mu najbliższa¹²). Prawo to ma także aspekt zbiorowy i może rodzić zobowiązania do przeprowadzenia stosownych działań organizacyjnych, legislacyjnych i innych w celu ustalenia prawdy

⁶ A. Szpak, *Wymuszone zaginięcia. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2009, s. 38–39.

⁷ Zob. art. 24. ust. 1 Konwencji.

⁸ Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ w sprawie *Maria Quinteros i in. przeciwko Urugwajowi*, nr skargi 107/1981, § 14.

⁹ Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ w sprawie *Nikolić przeciwko Serbii i Czarnogórze*, nr skargi 174/2000, § 3.5.

¹⁰ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=POL&Lang=E.

¹¹ Zob. też ustęp 8 preambuły do Konwencji, potwierdzający „prawo każdej ofiary do poznania prawdy o okolicznościach wymuszonego zaginięcia oraz o losie zaginionej osoby, a także prawo do swobody w poszukiwaniu, uzyskiwaniu i przekazywaniu informacji w tym celu”.

¹² Zatajenie prawdy o losach zaginionego oznacza traktowanie osób mu najbliższych w sposób okrutny i poniżający (zob. wyrok ETPC w sprawie *Kurt przeciwko Turcji* z 25.5.1998 r., nr skargi 15/1997/799/1002, § 175).

o mechanizmach, które doprowadziły do poważnych naruszeń praw człowieka, o ich przebiegu (np. utworzenie komisji prawdy i pojednania) oraz do wdrożenia reform instytucjonalnych¹³.

Konwencja, kodyfikując dorobek orzecznictwa¹⁴ i rozwijając postanowienia międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁵, jest pierwszym wiążącym instrumentem gwarantującym prawo do prawdy w tak szerokim zakresie¹⁶. Zgodnie z Konwencją państwo jest zobowiązane do ustalenia i ujawnienia faktów dotyczących: (1) samego wymuszonego zaginięcia¹⁷, (2) prowadzonego w sprawie dochodzenia¹⁸, (3) losów osoby zaginionej¹⁹. W polskich warunkach okoliczności te zostaną ustalone w toku postępowania karnego, do celów którego należy m.in. wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody²⁰, przy czym status ofiary jako strony postępowania przygotowawczego²¹ gwarantuje

¹³ T. Lachowski, *Prawo do prawdy podstawowym prawem człowieka? Refleksje na temat sprawiedliwości okresu przejściowego (transitional justice)*, „Zeszyty Analityczne IBnSM” 2013, nr 1 (październik), s. 16–19. Powołany autor słusznie zauważa, że zbiorowy wymiar prawa do prawdy zakłada, iż jego beneficjentem jest szersza społeczność (najczęściej naród jako taki). Tym samym państwo jest zobowiązane do „zapamiętania oraz wyjaśnienia” naruszeń praw człowieka, czemu odpowiada prawo społeczeństwa do zachowania pamięci o represjach i naruszeniach praw człowieka stanowiących składnik jego historii i dziedzictwa.

¹⁴ Wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Bámaca-Velásquez przeciwko Gwatemali* z 22.2.2002 r. [naprawienie szkody i koszty], § 76 i cyt. tam orzecznictwo. Orzeczenia Trybunału publikowane są w formie elektronicznej na stronie internetowej: <http://www.corteidh.or.cr>.

¹⁵ Art. 26. IV Konwencji Genewskiej z 1949 r. („Każda ze Stron w konflikcie ułatwi poszukiwania podjęte przez członków rodzin rozproszonych przez wojnę, w celu wzajemnego odszukiwania się i ewentualnego połączenia. Poprze ona mianowicie działalność organizacji poświęcających się temu zadaniu, pod warunkiem że je uznała i że stosują się one do wydanych przez nią przepisów bezpieczeństwa.”) i I Protokołu dodatkowego do Konwencji Genewskich z 1977 r. („Artykuł 32 [Zasada ogólna] Przy stosowaniu Działu III Protokołu – Osoby zaginione Wysokie Umawiające się Strony, strony konfliktu oraz międzynarodowe organizacje humanitarne wymienione w Konwencjach i niniejszym protokole kierują się w swej działalności przede wszystkim prawem rodzin do wiedzy o losie ich członków.”).

¹⁶ L. Ott, *Enforced Disappearance in International Law*, Exeter 2011, s. 269–270.

¹⁷ Jego przebiegu, kręgu osób odpowiedzialnych, w tym sprawców bezpośrednich, pomocników, kierowników, inspiratorów, rodzaju, charakteru i rozmiaru spowodowanej zaginięciem szkody.

¹⁸ Czy dochodzenie się toczy, jaki organ je prowadzi, jakie czynności podejmuje, jakie są jego dotychczasowe wyniki, czy można określić termin jego zakończenia.

¹⁹ Czy żyje, gdzie była (jest) przetrzymywana, jak była traktowana w czasie pozbawienia wolności, jeśli zmarła to jak i kiedy oraz gdzie znajduje się jej ciało.

²⁰ Art. 297 pkt 4 k.p.k.

²¹ Art. 299 § 1 k.p.k.

jej wiedzę o jego przebiegu i postęпах. Powołane przepisy przesądzają o tym, że prawo polskie jest w omawianym zakresie zgodne z Konwencją.

POSZUKIWANIE I UWALNIANIE OFIAR

Stosownie do art. 24 ust. 3 Konwencji Państwa Strony są zobowiązane do poszukiwania, ustalenia miejsca pobytu oraz uwolnienia osób zaginionych, a w przypadku ich śmierci ustalenia, gdzie znajdują się ciała lub szczątki oraz zapewnienia ich poszanowania i zwrotu.

Kwestie poszukiwania i uwalniania zaginionych są w prawie polskim uregulowane dwutorowo. Przede wszystkim prowadzi się postępowanie karne (śledztwo) w przedmiocie zaginięcia. Niezależnie od śledztwa Policja prowadzi czynności poszukiwawcze na podstawie ustawy o Policji²².

Jak wynika z powołanych przepisów policyjnych, szczególnie intensywnie prowadzi się poszukiwania osób, które opuściły nagle ostatnie miejsce swojego pobytu w okolicznościach uzasadniających podejrzenie zagrożenia dla ich życia, zdrowia lub wolności. Zasada ta będzie mieć oczywiste zastosowanie odnośnie do ofiar wymuszonych zaginięć. W toku poszukiwań Policja może oznaczyć kod genetyczny osoby zaginionej i utrwalac ślady takie jak linie papilarne czy materiał biologiczny. Czynności te mogą być dokonywane tylko za zgodą osób uprawnionych (w praktyce – osób najbliższych zaginionemu). W celu odnalezienia osoby zaginionej prowadzi się też czynności operacyjno-rozpoznawcze. Omawiane regulacje tworzą spójny system pozwalający na efektywne realizowanie zobowiązań wynikających z Konwencji.

Obowiązek odnalezienia oraz poszanowania i zwrotu ciał zaginionych obejmuje w szczególności wydanie ciała zaginionego, w terminie i z dokumentacją pozwalającą na zorganizowanie właściwego pogrzebu każdemu kto z uwagi na więź ze zmarłym ma uprawniony interes w zorganizowaniu pochówku²³.

²² Szczegółowe zasady i tryb prowadzenia poszukiwań reguluje zarządzenie nr 124 Komendanta Głównego Policji z 4.6.2012 r. w sprawie prowadzenia przez Policję poszukiwania osoby zaginionej oraz postępowania w przypadku ujawnienia osoby o nieustalonej tożsamości lub znalezienia nieznanego zwłok oraz szczątków ludzkich (Dz. Urz. KGP z 2012 r., poz. 29).

²³ Mogą to być bliscy krewni lub powinowaci, a nawet osoby formalnie obce, które jednak z uwagi na szczególny stosunek osobisty łączący ich ze zmarłym dobrowolnie zobowiązują się do urządzenia mu pogrzebu (por. art. 10 ust. 1 ustawy z 31.1.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Dz.U. z 2011 r., nr 118, poz. 687).

Zobowiązanie to jest zakorzenione w ogólnej zasadzie ochrony życia prywatnego i rodzinnego, gdyż bliscy zmarłego cierpią z tego powodu, że nie mogą sprawić mu godnego pogrzebu²⁴.

Jak większość omawianych przepisów Konwencji i ten jest zakorzeniony w doświadczeniach Ameryki Łacińskiej, gdzie ciała ofiar wymuszonych zaginięć niejednokrotnie znieważano okaleczając lub porzucając w celu zatarcia śladów i utrudnienia wykrycia sprawców zabójstwa oraz – przez epatowanie okrucieństwem – w celu zastraszenia osób pozostałych przy życiu.

Choć po latach odnalezienie ciał jest mało prawdopodobne, upływ czasu nie uchyla obowiązku ich poszukiwania i identyfikacji, gdyż bliscy zaginionego muszą mieć pewność, że państwo zrobiło wszystko co tylko możliwe by uszanować jego pamięć. Podmiotem uprawnionym jest tu osoba bliska zmarłemu, szczególnie związana z nim emocjonalnie²⁵. Zobowiązaniu państwa dotychczas traktowanemu w orzecznictwie instrumentalnie (jako jeden ze sposobów naprawienia wyrządzonej wymuszonym zaginięciem szkody)²⁶, nadano w Konwencji charakter samoistny i autonomiczny. Prawo polskie (ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych oraz Kodeks cywilny chroniący kult pamięci zmarłego jako jedno z dóbr osobistych²⁷) dostatecznie czynią zadość omawianemu zobowiązaniu międzynarodowemu.

NAPRAWIENIE SZKODY

Stosownie do art. 24 ust. 5 Konwencji każde Państwo Strona zobowiązane jest do zapewnienia, aby w jego systemie prawnym ofiarom wymuszonego zaginięcia przysługiwało prawo do zadośćuczynienia oraz niezwłocznego, sprawiedli-

²⁴ Wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Alvaro Lobo Pacheco i in. przeciwko Kolumbii (sprawa 19 kuców)* z 5.7.2004 r., § 264.

²⁵ Zob. wyroki Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach: *Juan Humberto Sánchez przeciwko Hondurasowi* z 7.6.2003 r., § 147; *El Caracazo przeciwko Wenezueli* z 29.8.2002 r. [naprawienie szkody], §§ 122 i 125; *Trujillo-Oroza przeciwko Boliwii* z 7.2.2002 r. [naprawienie szkody i koszty], § 109–113–115; *Blake przeciwko Gwatemali* z 24.1.1998 r., § 115.

²⁶ Zob. w szczególności wyroki Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach: *Castillo Páez przeciwko Peru* z 3.11.1997 r., § 90; *Caballero Delgado i Santana przeciwko Kolumbii* z 29.1.1997 r. [naprawienie szkody i koszty], § 58; *Neira-Alegría i in. przeciwko Peru* z 19.9.1996 r. [naprawienie szkody i koszty], § 69.

²⁷ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z 23.9.2009 r., I CSK, 346/08 „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” 2010, nr 3, poz. 48.

wego i adekwatnego odszkodowania²⁸. Naprawieniu podlegają szkody majątkowe i niemajątkowe. Stosownie do okoliczności w grę wchodzić mogą takie formy zadośćuczynienia jak: wypłata odszkodowania, restytucja, rehabilitacja, satysfakcja (w tym przywrócenie godności i dobrego imienia), gwarancje niepowtórzenia²⁹. Struktura i treść wynikających z Konwencji zobowiązań Państw do naprawienia szkody odwołuje się do rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ z dnia 16 grudnia 2005 r. „Podstawowe wytyczne i zasady w sprawie prawa do zadośćuczynienia dla ofiar poważnych naruszeń międzynarodowego prawa praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego”³⁰.

Naprawienie szkody może nastąpić w naturze (restytucja, ang. *restitution*) przez przywrócenie stanu poprzedniego (uwolnienie zaginionego, umożliwienie powrotu do działalności, która stała się przyczyną zaginięcia, przywrócenie tożsamości, zwrot utraconego mienia, przywrócenie do pracy itp.) lub pieniądzu (odszkodowanie, ang. *compensation*) przez wypłatę sumy pieniężnej w pełni (a więc także w zakresie utraconych korzyści) kompensującej szkodę (zarówno na mieniu jak i na osobie, zarówno majątkową jak i niemajątkową). Aby prawo do naprawienia szkody miało charakter realny i praktyczny a nie teoretyczny czy iluzoryczny, państwa są zobowiązane do ustanowienia przepisów materialnoprawnych o odpowiedzialności odszkodowawczej oraz procesowych umożliwiających ich realizację w praktyce. Niezbędne jest też ustanowienie efektywnie działającego systemu sądownictwa.

Polski Kodeks cywilny stanowi, że za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa³¹. Odpowiedzialność Skarbu Państwa opiera się

²⁸ Należy zaznaczyć, że używana w Konwencji siatka pojęciowa ma charakter autonomiczny w stosunku do polskiego Kodeksu cywilnego.

²⁹ Zob. T. van Boven, *The Right to a Remedy as Contained in International Instruments: Access to Justice and Reparation in Treaties and the New United Nations Principles*, [w:] J-F. Flauss (red.), *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes [International protection of human rights and victims' rights]*, Bruksela 2009, s. 22. Podobnie: Komentarz Ogólny nr 31 Komitetu Praw Człowieka ONZ, § 16.

³⁰ 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 (A/RES/60/147).

³¹ Art. 417 § 1 k.c. Zob. też art. 77 ust. 1 Konstytucji RP „Każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej”.

na zasadzie ryzyka a poszkodowany nie musi wykazywać ani winy ani nawet sprawstwa konkretnego funkcjonariusza publicznego. Wystarczy wykazanie, że szkoda została wyrządzona przy wykonywaniu funkcji władczych państwa (*impe-rium*), a więc w szczególności działalności Policji, wojska czy służb specjalnych.

Kolejnym elementem treści konwencyjnego zobowiązania do naprawienia szkody jest rehabilitacja (ang. *rehabilitation*). Obejmuje ona zobowiązanie do ustanowienia systemów bezpłatnej³² pomocy medyczno-psychologicznej, społecznej i prawnej. O ile pierwsze dwa w Polsce już funkcjonują w sposób zapewniający spełnienie minimalnego standardu międzynarodowego³³, trzeci (pomoc prawna) jest dopiero tworzony³⁴. Obecnie funkcjonujące regulacje procesowe dotyczące ustanowienia dla strony pełnomocnika z urzędu, choć nie do końca satysfakcjonujące, pozwalają przyjąć, że prawo polskie nie jest w omawianym zakresie sprzeczne z Konwencją.

Państwa są także zobowiązane do dania ofiarom satysfakcji (*satisfaction*), czyli podjęcia działań zmierzających do dania publicznego wyrazu temu, że wymuszone zaginięcia są nieakceptowane³⁵. Chodzi o podejmowanie energicznych kroków w celu uwalniania ofiar i wyciągnięcia konsekwencji wobec sprawców³⁶, pełnego

³² Wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie 19 kupców, § 278.

³³ Ustawa z 27.8.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, ustawa z 12.3.2004 r. o pomocy społecznej.

³⁴ W Ministerstwie Sprawiedliwości opracowano projekt ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej i informacji prawnej (DPK-II-454-57/13).

³⁵ T. Feldman, *Indirect Victims, Direct Injury: Recognizing Relatives as Victims under the European Human Rights System*, „European Human Rights Law Review” 2009, nr 1, s. 56.

³⁶ Zob. opinie Komitetu Praw Człowieka ONZ w sprawach: *Boucherf przeciwko Algierii*, nr skargi 1196/2003, § 11; *Medjnoune przeciwko Algerii*, nr skargi 1297/2004, § 10; opinia Komitetu ONZ Przeciwko Torturom w sprawie *Guridi przeciwko Hiszpanii*, nr skargi 212/2002, § 6.8. Odnosnie do sprawców wymuszonych zaginięć państwa mają obowiązek wdrożenia postępowania karnego – sankcje dyscyplinarne i administracyjne nie wystarczą (zob. opinie Komitetu Praw Człowieka ONZ w sprawach: *Bautista de Arellana przeciwko Kolumbii*, nr skargi 563/1993, §§ 8.2, 10 i *Arhuaco przeciwko Kolumbii*, nr skargi 612/1995, §§ 5.2, 8.8, 10). Do głównych celów sankcji karnych zaliczyć należy odpłatę jako formę sprawiedliwości dla ofiar oraz prewencję generalną mającą zapobiegać powtórzeniu się naruszeń praw człowieka i wspierać rządy prawa. Pociągnięci do odpowiedzialności powinni być nie tylko sprawcy kierowniczy, polecający, przełożeni ale także bezpośredni wykonawcy zbrodni. Oczywiście jest też to, że ściganie i karanie sprawców musi odbywać się z poszanowaniem zasady rzetelnego procesu sądowego i domniemania niewinności (wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Jelić przeciwko Chorwacji* z 12.6.2014 r., nr skargi 57856/11).

i publicznego ujawnienia prawdy, przeproszenia pokrzywdzonych³⁷, przyznania przez państwo swojej odpowiedzialności, upamiętnienie ofiar³⁸.

Równie ważne jest niedopuszczenie do powtórzenia się zaginięć w przyszłości³⁹ (ang. *guarantees of non-repetition*). Z praktycznego punktu widzenia treścią tego zobowiązania jest dokonywanie systematycznego przeglądu i analizy ustawodawstwa pod kątem zgodności z Konwencją i zapobiegania konfliktom, które mogą leżeć u podstaw wymuszonych zaginięć. W Polsce wstępny przegląd ustawodawstwa z punktu widzenia zgodności został przeprowadzony przed jej podpisaniem, kolejne nastąpią odpowiednio przed ratyfikacją, składaniem sprawozdania z jej wykonania i jego obroną, a ewentualne następne w miarę potrzeby, na żądanie Komitetu ds. Wymuszonych Zaginięć oraz przy sporządzaniu i obronie kolejnych sprawozdań. Na omawianej podstawie państwo jest też zobowiązane do takiego zorganizowania systemu organów ochrony państwa, wojska, organów ścigania i sądownictwa, aby z jednej strony zminimalizować ryzyko nadużyć (w szczególności cywilna kontrola nad armią i służbami specjalnymi musi być efektywna) a z drugiej, jeśli do nadużyć dojdzie, aby ich sprawcy zostali wykryci i ukarani (niezbędna jest tu sprawnie działająca policja, niezależna prokuratura i niezależne sądy). Polska standard ten spełnia.

IMMUNITET

Z zagadnieniami odszkodowawczymi wiąże się kwestia immunitetu w sprawach cywilnych. Wymuszone zaginięcie jako szczególnie poważna zbrodnia międzynarodowa może uzasadniać pociągnięcie państwa lub jego wysokiego funkcjonariusza do odpowiedzialności cywilnej. Dotychczas w praktyce międzynarodowej za odstąpieniem od stosowania immunitetu w przypadku naruszenia norm prawa międzynarodowego o charakterze *ius cogens* opowiadają się sądy włoskie⁴⁰. Jest

³⁷ Zob. wyroki Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach: *19 kupców*, § 274; *Myrna Mack Chang przeciwko Gwatemali* z 25.11.2003 r., § 278; *Villagrán Morales i in. przeciwko Gwatemali* (sprawa „dzieci ulicy”) z 26.5.2001 r. [naprawienie szkody], § 103.

³⁸ Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka nakazywał np. upamiętnienie ofiar przez nadanie ich imienia ulicom lub budynkom publicznym i umieszczenie tam stosownych tablic pamiątkowych, tak aby pamięć o ofiarach nie zaginęła (*Myrna Mack Chang przeciwko Gwatemali*, § 286 i cyt. tam orzecznictwo).

³⁹ Zob. opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ w sprawie *Sharma przeciwko Nepalowi*, nr skargi 1469/2006, § 9.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Ferrini przeciwko Niemcom* z 11.3.2004 r., sygn. 5044/2004.

to jednak stanowisko odosobnione, nie podzielane ani przez sądy krajowe innych państw, w tym Polski⁴¹ ani przez sądy międzynarodowe⁴².

Komitet ds. Wymuszonych Zaginięć nie zajął dotychczas stanowiska w tej kwestii i nie można wykluczyć, że dążąc do postawienia kolejnego kroku w postępowym rozwoju prawa międzynarodowego i zwiększenia ochrony ofiar wymuszonych zaginięć, że państwa strony są zobowiązane do ustanowienia przepisów pozwalających na pociągnięcie do odpowiedzialności cywilnej państw lub ich wysokich funkcjonariuszy winnych wymuszonemu zaginięciu. Jest to realne, gdyż Komitetowi ONZ Przeciwno Torturom zdarzało się już zwracać do państw o przedstawienie informacji, czy w ich systemach prawnych istnieje możliwość pozwania innego państwa o odszkodowanie za stosowane tam tortury⁴³, a nawet wytknąć lukę w tym zakresie⁴⁴.

Pomimo to, w obecnym stanie rozwoju prawa międzynarodowego, uwzględniając stanowisko Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nie sposób jednak przyjąć, iż tego rodzaju zobowiązanie rzeczywiście można wywieść z Konwencji. W praktyce oznacza to więc, że – niezależnie od stanowiska Komitetu – Polska nie jest zobowiązana do umożliwienia prowadzenia postępowania cywilnego przeciwko obcemu państwu lub jego funkcjonariuszowi o odszkodowanie za wymuszone zaginięcie.

STATUS PRAWNY ZAGINIONYCH

Stosownie do art. 24 ust. 6 Konwencji, Państwa Strony są zobowiązane do podejmowania stosownych działań w odniesieniu do sytuacji prawnej osób

⁴¹ Postanowienie SN z 29.10.2010 r., IV CSK 465/09, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” 2011, nr 2, poz. 22 omówione przez M. Kalduńskiego w artykule, *State Immunity and War Crimes: The Polish Supreme Court on the Natoniewski Case*, „Polish Yearbook of International Law” 2010, tom 30, s. 236–262.

⁴² Zob. Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Jurisdictional Immunities of the State (Germany przeciwko Italy: Greece intervening)* z 3.2.2012 r., I.C.J. Reports 2012, s. 99 oraz wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Jones i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 14.1.2014 r., nr skarg 34356/06 i 40528/06.

⁴³ Protokół posiedzenia Komitetu ONZ Przeciwno Torturom z obrony sprawozdania Kanady z 6.5.2005 r., CAT/C/SR.646/Add. 1, §§ 73–76; protokół posiedzenia Komitetu ONZ Przeciwno Torturom z obrony sprawozdania Szwajcarii z 9.5.2005 r., CAT/C/SR.648, § 17.

⁴⁴ Odosobniony jak dotąd przypadek Kanady. Zob. zalecenia końcowe Komitetu ONZ Przeciwno Torturom dotyczące Kanady z 7.7.2005 r., CAT/C/CR/34/CAN, § 4 lit. g.

zaginionych, których losy nie zostały wyjaśnione, a także sytuacji ich bliskich, w dziedzinach takich jak: opieka społeczna, sprawy finansowe, prawo rodzinne oraz prawa majątkowe. Treścią tego zobowiązana jest ograniczenie trudności związanych z sytuacją, w której nie wiadomo, czy dana osoba jest żywa czy martwa. Twórcy Konwencji dążyli do wyeliminowania sytuacji, w której osoby zaginione pozbawione są ochrony i nie są traktowane przez prawo jak osoby. Środki odnoszące się do statusu zaginionego nie muszą być ujęte w odrębnej ustawie⁴⁵. Może to być zbiór uprawnień regulujących wycinkowo sytuację zaginionych w poszczególnych dziedzinach prawa. To drugie rozwiązanie jest bardziej dostosowane do polskich realiów, w których wymuszone zaginięcia praktycznie nie występują.

Prawo polskie przewiduje, że dla zaginionego który z powodu nieobecności nie może prowadzić swoich spraw, a nie ma pełnomocnika, można ustanowić kuratora. Kuratorem takim powinna być w miarę możliwości osoba bliska zaginionemu i obeznana z jego sprawami. Kurator powinien postarać się o ustalenie miejsca pobytu zaginionego i zawiadomić go o stanie jego spraw⁴⁶. Zadaniem kuratora jest też ochrona praw majątkowych i niemajątkowych zaginionego⁴⁷. Kurator nie ma pełnej swobody działania, gdyż musi uzyskać zezwolenie sądu na ważniejsze czynności dokonywane w imieniu zaginionego⁴⁸. Jeśli upłynęło dziesięć lat od końca roku kalendarzowego, w którym według istniejących wiadomości zaginiony jeszcze żył, może być on uznany za zmarłego⁴⁹. Wywołuje to skutki prawne równoważne śmierci, może być jednak uchylone w każdym czasie. W szczególności jeżeli osoba, którą uznano za zmarłą zjawi się w sądzie i wykaże swoją tożsamość, sąd niezwłocznie i bez dalszego postępowania uchyli postano-

⁴⁵ Takie rozwiązanie przyjęto w tych państwach w których wymuszone zaginięcia były szczególnie rozpowszechnione, np. w Argentynie, Brazylii, Peru, Urugwaju, Chile (zob. S. McCrory, *The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, „Human Rights Law Review” 2007, tom 7, nr 3, s. 559).

⁴⁶ Zob. art. 184. k.r.o.

⁴⁷ Nie może jednak dochodzić roszczeń niemajątkowych o charakterze osobistym np. wytoczyć powództwa o rozwód (zob. S. Kalus, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1117).

⁴⁸ Art. 156. k.r.o. SN wyraził pogląd, że planowana przez kuratora czynność prawna powinna mieć na celu ochronę praw podopiecznego, co obejmuje m.in. ochronę jego, szeroko rozumianych, praw majątkowych. Należy więc ustalić w szczególności, czy planowana czynność prawna jest korzystna dla podopiecznego, czy odpowiada względom gospodarczym i czy jest celowa w momencie udzielania zezwolenia (postanowienie SN z 24.2.1995 r., II CRN 155/94, LEX nr 497751).

⁴⁹ Art. 29–32 k.c., art. 526–534 k.p.c.

wienie orzekające uznanie za zmarłego⁵⁰. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że prawo polskie dotyczące statusu osób nieobecnych i zaginionych, choć nie odnosi się wprost do problematyki wymuszonych zaginięć, chroni ich ofiary w sposób należyty, w pełni zgodny ze zobowiązaniami jakie zrodzi dla Polski ratyfikowanie Konwencji.

SWOBODA STOWARZYSZEŃ

Stosownie do art. 24. ust. 7 Konwencji Państwa Strony są zobowiązane do zagwarantowania prawa ofiar do swobodnego tworzenia i uczestnictwa w organizacjach działających na ich rzecz⁵¹. Jest to uzasadnione historycznymi doświadczeniami, zwłaszcza krajów Ameryki Łacińskiej, gdzie w związku z masową i systematyczną w latach 70. i 80. XX w. praktyką wymuszonych zaginięć, rodziny zaginionych intensywnie dążyły do wyjaśnienia ich losów. Działania na rzecz ofiar spotykały się niejednokrotnie z przeciwdziałaniem władz publicznych. W związku z tym twórcy Konwencji dążyli do zagwarantowania tego, by aktywność obywatelska na rzecz ofiar mogła odbywać się bez przeszkód.

W Polsce działania na rzecz ofiar wymuszonych zaginięć mogą prowadzić stowarzyszenia lub fundacje, działające na podstawie prawa o stowarzyszeniach⁵² i ustawy o fundacjach⁵³. Z praw tych w praktyce korzystają takie organizacje jak Helsińska Fundacja Praw Człowieka i Stowarzyszenie Amnesty International koncentrujące swą aktywność wokół sprawy „tajnych więzień CIA”. I w tym zakresie Polska już w chwili obecnej wypełnia zobowiązania wynikłe z Konwencji, albowiem ich standard nie jest wyższy niż wynikający z wiążących Polskę art. 11 EKPC i art. 22 MPPOP.

⁵⁰ Art. 541–543 k.p.c.

⁵¹ Art. 24 ust. 7.

⁵² Dz.U. z 1989 r., Nr 20, poz. 104 z późn. zm.

⁵³ Dz.U. z 1984 r., Nr 21, poz. 97 z późn. zm.

Dorota Ferenc-Kopeć*

ODPOWIEDZIALNOŚĆ MIĘDZYNARODOWA CHRL ZA ŁAMANIE PRAW CZŁOWIEKA W TYBECIE

WSTĘP

Przez Chińczyków Tybet zwany jest Xizang, co oznacza „Zachodni Skarbiec”. Jego mieszkańcy od stuleci pielęgnują własne tradycje i religię. Złoża surowców naturalnych i potencjał hydroenergetyczny teoretycznie czynią ten kraj jednym z najbogatszych regionów współczesnych Chin. Czynniki te – obok ziemi, pozycji strategicznej i władzy – są wskazywane jako podstawowe przyczyny aneksji Tybetu przez ChRL¹. Rząd chiński jednak nieugięcie powołuje się na historyczną przynależność Tybetu do Chin, na wyzwolenie Tybetańczyków spod panowania „zachodnich imperialistów”², na wyzwolenie samych „niewolników”³ tybetańskich

* dr Dorota Ferenc-Kopeć, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji Przemyśl–Rzeszów

¹ Por. M. Craig, *Kundun dusza Tybetu*, Warszawa 1999, s. 189.

² *White Paper on Tibet. Information Office of the State Council Of the People's Republic of China*, Beijing 1991.

³ *Ibidem*. W 1961 roku powstał chiński film propagandowy pt. *Niewolnik*, przedstawiający Dalajlamę jako wyzyskującego i trzymającego rodaków w niewoli, zaś chińskich komunistów jako wyzwolicieli zgwałconego ludu tybetańskiego. Film ten był obowiązkowym elementem szkoleń w latach 60. i 70. Po rozruchach w 2008 roku władze chińskie wznowiły projekcje filmu w kinach.

z dawnego ustroju feudalnego. Czy w przypadku przedstawicieli Kraju na Dachu Świata i obywateli Kraju Środka chodzi tak naprawdę o konflikt kulturowy?

Tybetańczycy, mimo iż zwrócili się ku organizacjom międzynarodowym i społeczeństwom Zachodu, coraz bardziej odczuwają bezsilność wobec polityki władz chińskich. Od 2009 roku świat obserwuje bezprecedensową falę samospaleń, najczęściej mnichów, protestujących przeciwko naruszeniom praw człowieka⁴. Tybetański rząd na uchodźstwie zanotował łącznie 130 przypadków potwierdzonych (z czego ponad 80 ze skutkiem śmiertelnym)⁵. Ponad pięćdziesięciu spośród Tybetańczyków, którzy dokonali samospaleń, pozostawiło wiadomość o przyczynie podjętego czynu. Wśród celów jedynie w trzech przypadkach odnotowano apel o wsparcie społeczności międzynarodowej. Znacznie więcej ofiar zaznacza konieczność ochrony rodzimego języka, kwestię powrotu do ojczyzny Jego Świątobliwości Dalajlamy, odzyskanie niepodległości Tybetu, wyznanie wiary i sprzeciw wobec działań partii komunistycznej. Kluczem do zrozumienia samospaleń nie jest natomiast element desperacji⁶.

Jak pisze A. Koziół „Świat – i to nie tylko rządy, nauczone już przez Pekin milczenia w oczekiwaniu na gospodarcze profity, których wirtualną atrakcyjność potęgują globalny kryzys, ale także media – zareagował natomiast ogłuszającym milczeniem, a tybetańska diaspora – jałowymi apelami o interwencję społeczności międzynarodowej i przerwanie samospaleń”⁷. W tym stanie rzeczy z zaskoczeniem przyjęto decyzję sędziego hiszpańskiego Sądu Najwyższego Ismaela Moreno, który w listopadzie 2013 roku zażądał od Interpolu wystawienia nakazów aresztowania byłego przewodniczącego ChRL Jiang Zemina, byłego premiera ChRL Li Penga, byłego szefa chińskich służb bezpieczeństwa Qiao Shi, sekretarza partii TRA w latach 1992–2000 Chen Kuiyuan, oraz byłego ministra planowania rodziny Peng Peiyun, oskarżonych o zbrodnie ludobójstwa wobec Tybetańczyków⁸.

⁴ Szerzej na ten temat: A. Dubyesh, *Heroism or desperation?*, „New Internationalist” 2012, nr 5, s. 48–51; T. Woese, A. Weiwei, *Immolations in Tibet: The Shame of the World*, Wyd. Indigène, Paryż 2013.

⁵ Zob. <http://tibet.net/2013/10/29/immolations-in-tibet-the-shame-of-the-world/> (dostęp: 19.11.2014).

⁶ Na ten temat zob.: Oser, *Dlaczego Tybetańczycy dokonują samospaleń*, czerwiec 2014, HFPC, tekst dostępny na stronie: http://www.hfhrpol.waw.pl/Tybet/raport.php?raport_id=2411 (dostęp: 20.11.2014); D. Ferenc-Kopeć, *Uchodźcy tybetańscy w Polsce i na świecie*, [w:] S. Pelc (red.), *Prawa człowieka w kontekście sytuacji uchodźców w Europie*, Rzeszów 2014, s. 181–190.

⁷ A. Koziół, *Samospalenia Tybetańczyków: kryzys przywództwa diaspory i abdykacja społeczności międzynarodowej*, „Kwartalnik o Prawach Człowieka”, nr 4, 2012, s. 6.

⁸ M. Stasiński, *Hiszpania ściga Chińczyków za zbrodnie w Tybecie*, „Wyborcza.pl. Świat”, 21.11.2013, http://wyborcza.pl/1,75477,14987722,Hiszpania_sliga_Chinczykow_za_zbrodnie_w_Ty

Skarga do sądu została wniesiona 9 lipca 2008 roku przez hiszpańską organizację pozarządową *Comite de Apoyo al Tibet (CAT)* i obywatela Hiszpanii narodowości tybetańskiej – mnicha *Thubten Wangchen*, zgodnie z obowiązującą w sądownictwie hiszpańskim zasadą represji wszechświatowej. Przyjęcie zasady jurysdykcji uniwersalnej związane jest z przekonaniem, że ściganie pewnych kategorii przestępstw mieści się w zasięgu zainteresowania całej społeczności międzynarodowej. Stanowi też przedmiot regulacji większości ustawodawstw karnych na świecie i – jak zaznacza *Z. Kukułka* – łączy się ściśle z wykonywaniem suwerenności państwowej⁹. Państwo może zatem karać cudzoziemców za zbrodnie przeciwko ludzkości popełnione poza granicami kraju, chyba że w państwie, w którym doszło do ich popełnienia, wszczęto w tej sprawie dochodzenie.

Sędzia *Ismael Moreno* wysłał także, za pośrednictwem ambasady chińskiej, listę 48 pytań do prezydenta *ChRL Hu Jintao* w związku z zarzutami wobec oskarżonych dotyczącymi dopuszczenia się aktów ludobójstwa. W liście tej ujęto kwestie dotyczące działań władz chińskich (w tym stosowania tortur, zabójstw, uprowadzeń, przymusowej sterylizacji) w Tybecie od 1988 roku¹⁰. Zebrane przez sąd dowody wskazują, że skoordynowane działania władz chińskich miały na celu wyeliminowanie rdzennej ludności Tybetu poprzez wprowadzenie stanu wojennego, masowe przenoszenie ludności chińskiej do regionów tybetańskich, kampanie sterylizacyjne, torturowanie dysydentów¹¹.

Po wpływie oburzenia i nacisków władz chińskich Hiszpański Kongres Deputowanych 11 lutego 2014 roku uchwalił rządowy projekt ustawy dotyczący możliwości ograniczenia powszechnej jurysdykcji, w sprawach o zbrodnie ludobójstwa i zbrodnie przeciwko ludzkości, wyłącznie do spraw dotyczących Hiszpanów lub osób przebywających na terytorium Hiszpanii¹². Wskutek zmian

becie.html (dostęp: 19.11.2014), zob. również: „Reuters”, 10.02.2014 roku, <http://www.reuters.com/article/2014/02/10/us-china-spain-idUSBREA191J520140210> (dostęp: 19.11.2014).

⁹ *Z. Kukułka*, *Kilka uwag na temat zasady represji wszechświatowej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011, nr 1, s. 3.

¹⁰ *El juez Moreno envía a China 48 preguntas para Hu Jintao*, „Heraldo”, Madrit, 24.02.2014, http://www.heraldo.es/noticias/internacional/2014/02/24/el_juez_ismael_moreno_envia_china_preguntas_para_jintao_272830_306.html (dostęp: 20.11.2014).

¹¹ International Campaign for Tibet, 11 October 2013, China’s former leader *Hu Jintao* indicted for policies in Tibet by Spanish court, <http://www.savetibet.org/chinas-former-leader-hu-jintao-indicted-for-policies-in-tibet-by-spanish-court/> (dostęp: 20.11.2014).

¹² *M. Moffett*, *Spain’s Lower House Approves Law to Limit Judges’ Reach. Madrid Seeks to Ease Tensions With China over Human Rights*, „The Wall Street Journal”, 11 Feb. 2014.

ustawodawczych dochodzenie wobec byłych przedstawicieli władz chińskich zostało definitywnie zamknięte w lipcu 2014 roku.

CHIŃSKI GŁOS W OBRONIE TYBETAŃCZYKÓW I TYBETU

W sprawie Tybetu głos zabierają dzisiaj również Chińczycy. Jednym z nich jest pisarz Wang Lixiong. On i jego żona Tybetanka Tsering Woesser (Oser) uznawani są obecnie za największych rzeczników praw Tybetańczyków w Chinach. 8 marca 2012 roku wystosował on petycję do Ogólnochińskiego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych o zmianę polityki i powrót do dialogu z Tybetańczykami¹³. W pięciu punktach podnosi kwestię samospaleń, incydentu w Lhasie z 2008 roku, błędów rządu wobec problemów narodowościowych i uciekania od odpowiedzialności przez sprawujących władzę, zmiany niewłaściwej polityki promowania urzędników oraz rozwiązywania problemów narodowości i niedopuszczenia do przeradzania się ich w konflikt rasowy¹⁴. Dokument, mimo dużego zagrożenia represjami, podpisało znacznie więcej obywateli Chin niż spodziewał się twórca petycji. Uczynił to również laureat Pokojowej Nagrody Nobla Liu Xiaobo.

Oficjalna wersja polityki władz wobec Tybetu została zakwestionowana przez historyczkę Li Jianglin. Zaliczana jest ona do najwybitniejszych znawców współczesnej historii Tybetu. W swoich pracach udziela odpowiedzi na pytanie o prawdziwą przyczynę aneksji Tybetu do ChRL¹⁵. Dowód obalający chińską propagandę znalazła między innymi w telegrafie z 2 stycznia 1950 roku wysłanym przez Mao Zedonga z Moskwy do Pekinu, adresowanym do chińskich generałów. Jak zaznacza Li Jianglin mowa jest w nim wyraźnie o inwazji i okupacji Tybetu, a nie o jego pokojowym wyzwaniu¹⁶.

¹³ W. Lixiong, *Petycja o samokrytykę i zmianę polityki wobec narodowości*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, 2012.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Autorka książki o tajnych wojnach na Wyżynie Tybetańskiej: *When the Iron Bird Flies: the Secret War on Tibet Plateau in 1956–1962*, Linking Publishing Company, 2012. Głównym motywem jej badań jest odnalezienie prawdy historycznej, a nie wyrażenie poparcia dla Tybetu. Publikacje Autorki, mimo iż są zabronione w Chinach, cieszą się dużą popularnością wśród Chińczyków korzystających z Internetu.

¹⁶ Informacje na ten temat pochodzą z filmu dokumentalnego pt. *Walka o Tybet*, reż. S. Ming, T. Weidenbach, Niemcy 2012. Zob. również Telegram, Mao Zedong to CCP CC and CCP Northwest, Bureau, 10 January 1950.

Podczas tajnej wojskowej konferencji w Chengdu w 1957 roku generał Su Yu zaznaczył ekonomiczny aspekt wszystkich kalkulacji politycznych wobec Tybetu. Region ten zaopatrzony jest w surowce mineralne niezbędne do budowy silnego, socjalistycznego państwa i obrony Chin. Barierą ochronną miały być niedostępne góry. W nich, nad jeziorem Qinghai w północnym Tybecie, 16 października 1957 roku powstało pierwsze chińskie laboratorium jądrowe. Uran pochodzi głównie z terenów zamieszkiwanych przez Tybetańczyków. Wniosek Li Jianglin jest jeden – Chiny chcą Tybetu, ale nie Tybetańczyków¹⁷.

Do totalnej kontroli nad Tybetem Mao potrzebował również okupacji ideologicznej. W tym celu zniszczono dziewięćdziesiąt procent klasztorów, znacznie ograniczono wolność wyznania, a po ucieczce Dalajlamy – zabroniono posiadania jego wizerunku. Co ciekawe, do 1959 roku pełnił on funkcję wiceprzewodniczącego chińskiego Ogólnokrajowego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych¹⁸.

Po latach indoktrynacji Tybetańczycy w oczach Chińczyków uchodzą za brudnych barbarzyńców, co niejednokrotnie wyraża się w pogardliwym stosunku tych drugich wobec pierwszych. Nie wszyscy Chińczycy zgadzają się jednak z chińską propagandą, co więcej, oficjalnie występują dziś przeciwko polityce swojego kraju.

W opinii Li Jianglin to, co faktycznie wydarzyło się w Tybecie, było częścią wysiłków Komunistycznej Partii Chin (KPCh) do narzucenia władzy politycznej na tym obszarze, a konflikt pomiędzy Hanami i Tybetańczykami jest w rzeczywistości konfliktem pomiędzy KPCh a Tybetańczykami¹⁹.

Chiński geograf i ekspert od tam na rzekach Wang Weilno wskazuje na niebezpieczeństwa w przypadku zrealizowania przez rząd chiński planów związanych z rzekami Tybetu²⁰. W Tybecie ma być produkowana 1/3 energii wod-

¹⁷ *Ibidem*. Na kuszącym bogactwami naturalnymi obszarze zamieszkiwało ponad 6 milionów rdzennej ludności, stanowiącej znikomy procent całej ludności Chin. Tyle tylko, że obszar ten obejmuje ponad 1/3 terytorium CHRL.

¹⁸ Władze chińskie usunęły wszelkie informacje na ten temat z oficjalnych dokumentów. Zabroniono również projekcji filmu „Droga do Tybetu” z 1954 roku, w którym pokazywano Dalajlamę żyjącego pod rządami Mao Zedonga.

¹⁹ T. Woesser, *There is a Problem With „Problems Between The CCP and Tibetans”*, Lhasa 2012.

²⁰ Z obliczeń W. Weilno wynika, że tylko w górnym biegu Jangcy, Mekongu i Saluinu może powstać w przyszłości około 100 tam. Na położonej najwyżej na naszej planecie rzece Jarlung Cangpo wznosi się aż 5 hydroelektrowni. W jej zakolu planowane jest powstanie największego takiego zakładu na świecie o mocy porównywalnej do mocy 30 elektrowni atomowych. Zob. *Walka o Tybet*, reż. S. Ming, T. Weidenbach, Niemcy 2012.

nej całych Chin. Jak zaznacza W. Weilno wdrożenie tego planu może spowodować znaczny wzrost katastrof ekologicznych²¹, zwłaszcza, że tybetańskie wyżyny są rejonem objętym szczególnym zagrożeniem trzęsieniami ziemi²². Chiński projekt zakłada budowę tzw. Niebiańskiego Kanału. Realizacja projektu byłaby największą próbą zmiany biegu rzek w dziejach ludzkości²³. Wody byłyby odprowadzane z potężnych rzek, mających źródła w Tybecie, do metropolii w Północnych Chinach. Zdaniem badacza władze nie zajmują się nadal przyczyną problemu braku wody, czyli jej marnowaniem²⁴. Ponadto konsekwencje tego planu sięgają znacznie dalej. Kilka wielkich rzek Azji ma źródła na Płaskowyżu Tybetańskim i panowanie nad nimi staje się sprawą wagi międzynarodowej. Ma nie tylko wymiar gospodarczy, ale również wiąże się z bezpieczeństwem dostępu państw do wody pitnej.

W świetle powyższych spostrzeżeń można jedynie potwierdzić tezę, że dla władz chińskich istotny jest Tybet, ale nie Tybetańczycy. Kierunek działania został obrany i nie jest on optymistyczny dla rdzennych mieszkańców Zachodniego Skarbca.

ZOBOWIĄZANIA KRAJOWE I MIĘDZYNARODOWE CHIN WOBEĆ LUDNOŚCI TYBETAŃSKIEJ

Obecnie Tybet jest „tybetańskim regionem Chin”, w skład którego wchodzi: Tybetański Region Autonomiczny (TRA), dziesięć tybetańskich prefektur autonomicznych oraz dwa tybetańskie okręgi autonomiczne²⁵. W sumie daje to ob-

²¹ Dzieje się tak na przykład w okolicy Zapory Trzech Przełomów na rzece Jangcy. Budowa tamy wpłynęła na tektonikę płyt, powodując generowanie znacznych naprężeń, które zwiększają ryzyko powstania trzęsień ziemi. Zob. również: M. Wines, *China Admits 'Urgent Problems' With Massive Dam on Yangtze*, New York Times, 20 maj 2011.

²² 14 kwietnia 2010 roku w Jusz w prowincji Qinghai miało miejsce trzęsienie ziemi o sile 7,1 stopnia w skali Richtera. Zniszczeniu uległo ponad 90 procent budynków.

²³ Plan został zawarty w dokumencie *Ratujmy Chiny woda z Tybetu*, opracowanym przez grupę chińskich generałów. Zob. wypowiedź W. Weilno w dokumencie *Walka o Tybet, op. cit.*

²⁴ W. Weilno, *ibidem*.

²⁵ Obok Tybetańskiego Regionu Autonomicznego zostały utworzone inne tybetańskie regiony administracyjne, takie jak tybetańskie dystrykty autonomiczne Haibei, Hainan, Huangnan, Yushu i Golok, a także Mongolsko-Tybetańsko-Kazachska Prefektura Autonomiczna Haixi w Qinghai, które zajmują niemal całą prowincję, Tybetańska Prefektura Autonomiczna Aba i Tybetańska Prefektura Autonomiczna Ganze w Sichuanie obejmująca połowę prowincji; istnieje jeszcze Tybetańska Prefektura Autonomiczna Deqen w Yunnanie oraz Tybetańska Prefektura Autonomiczna Gannan i Tybetań-

szar o powierzchni 2 250 000 kilometrów kwadratowych, czyli czwartą część terytorium Chin²⁶. TRA korzysta na mocy konstytucji ChRL i ustaw z autonomii. Zgodnie z art. 4. Konstytucji Chińskiej Republiki Ludowej²⁷ wszystkie narodowości wchodzące w skład ChRL są równouprawnione: „Państwo gwarantuje prawa i interesy wszystkich mniejszości narodowych, ochrania i rozwija stosunek równouprawnienia, zgody i wzajemnej pomocy wszystkich narodowości. Zabrania się dyskryminacji i ucisku w stosunku do każdej narodowości, a także działań ukierunkowanych na podważanie zgody między narodowościami i ich rozłam. [...] W regionach, gdzie mniejszości narodowe zamieszkują w sposób zwarty, realizowana jest autonomia regionalna, ustanawia się organy samorządu, realizowane jest prawo do autonomii. Rejony autonomii narodowościowej są nieodłączną częścią Chińskiej Republiki Ludowej”²⁸.

Zdaniem Międzynarodowej Komisji Prawników gwarantowana przez Konstytucję autonomia jest jednak dalece ograniczona. Władze lokalne muszą uzyskać aprobatę władz centralnych. Dominująca rola przypada, złożonej wyłącznie z Chińczyków, Komunistycznej Partii Chin Autonomicznego Regionu Tybetu, sami zaś Tybetańczycy nie mają realnego wpływu na regionalną i lokalną administrację. Choć nominalnie zajmują oni odpowiedzialne stanowiska, pozostają z boku bardziej wpływowych urzędników chińskich. Każdy organ lokalny podlega komitetowi KPCh. Armia i policja zdominowane są również przez Chińczyków²⁹. Samorządność Tybetu wciąż jest ograniczana przez nowe podziały przypisujące Tybetańczyków do nowych prowincji chińskich.

Niemal siedemdziesiąt lat od powstania ChRL i prawie tyle samo od szczycenia się przez władze chińskie pokojowym „wyzwoleniem” Tybetu, konflikt

ski Okręg Autonomiczny Tianzhu w Gansu. Vide: W. Xiaoqiang, *Konflikt między Tybetańczykami i Hanami*, [w:] R. Barnett, S. Akiner (red.), *Resistance and Reform in Tibet*, London 1994.

²⁶ Chiny dzielą się na ponad 30 jednostek administracyjnych: 23 prowincje, pięć regionów autonomicznych i cztery miasta wydzielone (Chongqing, Szanghaj, Tianjin i Pekin). Status specjalnych regionów administracyjnych mają Hongkong i Makau. Formalnie do Chin należy też Wyspa Tajwan. Szerzej na temat podziału administracyjnego ChRL: K. Gawlikowski, *Proces transformacji w Chińskiej Republice Ludowej*, [w:] K. Gawlikowski, M. Ławacz (red.), *Azja Wschodnia na przełomie XX i XXI wieku*, Warszawa 2004, s. 81–83.

²⁷ Konstytucja Chińskiej Republiki Ludowej z 4 grudnia 1982 r., uchwalona na piątej sesji piątej kadencji Ogólnochińskiego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych Chińskiej Republiki Ludowej. Tekst opublikowany między innymi w „Beijing Review” 1982, nr 52.

²⁸ Art. 4 Konstytucji ChRL.

²⁹ Międzynarodowa Komisja Prawników, *Tibet: Human Rights and the Rule of Law*, grudzień 1997.

ten stanowi jeden z najtrwalszych problemów praw człowieka w dzisiejszym świecie. Dla reżimu chińskiego zachowanie kontroli nad Tybetem związane jest z ważnym interesem narodowym. Władze nie spełniają jednak zobowiązań wobec Tybetańczyków – ani tych, które wynikają z systemu krajowego, ani tych, które gwarantuje prawo międzynarodowe.

Obok kwestii suwerenności Tybetu pojawia się problem uznania prawa narodu tybetańskiego do samostanowienia. O ile bowiem Chiny nadal zajmują stanowisko o przynależności Tybetu do swego terytorium, o tyle nie wspominają nic o prawie Tybetańczyków do samostanowienia. W świetle prawa międzynarodowego Tybetańczycy z całą pewnością są narodem³⁰. Tybetańczycy są wspólnotą historyczną, językową, kulturową i etniczną, grupą o wspólnej tożsamości i przeszłości. Stanowią grupę wystarczająco liczną, by zyskać uznanie jako naród, posiadać prawo do wyrażania swojej tożsamości i prawo do samostanowienia. Gwarantują to akty międzynarodowe³¹, uznając, że prawo do samostanowienia to prawo ludu do swobodnego określenia swego statusu politycznego i swobodnego zapewnienia swego rozwoju gospodarczego, społecznego i kulturalnego. W przypadku realizacji tego prawa może dojść do zjednoczenia lub stowarzyszenia się z Chinami lub do uzyskania niepodległości przez Tybet.

Samostanowienie narodów uznawane jest za podstawową zasadę prawa międzynarodowego. Oznacza ona prawo każdego narodu do swobodnego decydowania o swoim losie. Ma wymiar zewnętrzny, wyrażający się w niezależnym określeniu statusu międzynarodowego narodu, oraz wymiar wewnętrzny – dotyczący niezależnego określenia statusu politycznego, gospodarczego i społecznego oraz korzystania z bogactw naturalnych³². W ujęciu Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka prawo do samostanowienia przysługuje wszystkim narodom, nie jest jednak tożsame z zasadą suwerenności państw. Jak pisze L. Antonowicz, celem zasady samostanowienia narodów nie jest petryfikacja mapy politycznej świata zarówno w sensie układu sił ustrojowych, jak i w znaczeniu układu terytorialnego. Narody mogą dokonać zjednoczenia dwu lub więcej państw, rezygnując

³⁰ Wynika to z ustaleń Międzynarodowej Konferencji Ekspertów UNESCO na temat dalszych studiów nad Koncepcją Praw Narodów.

³¹ Zob. art. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16.12.1966 r. (Dz.U. z 1977, Nr 38, poz. 167) oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych z 16.12.1966 r. (Dz.U. z 1977, Nr 38, poz. 169).

³² Źródłem tej zasady w prawie międzynarodowym jest Karta Narodów Zjednoczonych (art. 1 pkt. 2 i art. 55), umocowana dodatkowo w Deklaracji ONZ o przyznaniu niepodległości krajom i narodom kolonialnym z 1960 roku i Międzynarodowych Paktach Praw Człowieka.

z odrębnego istnienia państwowego. Akt taki – jak zaznacza Autor – jest zgodny z zasadą samostanowienia narodów, jeśli jest w pełni dobrowolny³³.

W kwestii Tybetu stanowisko rządu na uchodźstwie sprecyzował w latach 90. Dalajlama XIV, który domagał się jedynie szerokiej autonomii w ramach ChRL, nie zaś oddzielenia i ogłoszenia niepodległości³⁴. Postulat ten potwierdził 29 maja 2011 roku, zrzekając się politycznej i administracyjnej władzy na rzecz wybranych w demokratycznych wyborach reprezentantów tybetańskiego rządu na uchodźstwie³⁵.

Po sześciu dekadach chińskiej okupacji sami rdzenni mieszkańcy Tybetu uznają chińskie rządy za fakt dokonany. Dla rządu ChRL to wręcz sprawa interesu narodowego. W zaistniałych okolicznościach dla Tybetańczyków istotne jest teraz zabezpieczenie autonomii wewnętrznej zgodnie z prawem międzynarodowym. Gwarancje normatywne wynikają między innymi z zapisów Deklaracji Praw Ludności Rdzennej ONZ³⁶, której sygnatariuszem jest także ChRL. Dokument ten podkreśla zasadę autonomii wewnętrznej i akcentuje prawo do samookreślenia ludności rdzennej. Z mocy tego prawa może ona swobodnie określać swój status polityczny i swobodnie dążyć do własnego rozwoju gospodarczego, społecznego i kulturalnego³⁷. Zarówno poszczególne jednostki, jak i całość ludności rdzennej jest wolna i równa każdemu innemu ludowi i każdej innej osobie oraz ma prawo być wolna od jakiejkolwiek dyskryminacji w korzystaniu ze swoich praw³⁸.

³³ Zob. L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 2011, s. 47.

³⁴ Zob. *Orędzie Jego Świątobliwości Dalajlamy z okazji 40. rocznicy narodowego powstania w Tybecie, 10 marca 1999*, [w:] T. Gjaco Dalajlama, *Wolność na wygnaniu – Autobiografia*, Warszawa 1999, s. 273–274.

³⁵ Deputowani zaproponowali również zastąpienie nazwy „Tybetański Rząd na Uchodźstwie” w Karcie Tybetańczyków nazwą „Organizacja/Administracja narodu Tybetańskiego”. Decyzja Dalajlamy spotkała się ze zdecydowanym sprzeciwem Tybetańskiego Kongresu Młodzieży, który postuluje odzyskanie całkowitej niepodległości przez Tybet. Kongres zobowiązał się do przechowania kopii hymnu tybetańskiego, flagi tybetańskiej, godła rządu tybetańskiego oraz starszej wersji Karty Tybetańskiej (sprzed obrad XIV Tybetańskiego Parlamentu na Uchodźstwie) wraz z Konstytucją Tybetu. Tekst oświadczenia dostępny na stronie: http://ratujtybet.blogspot.com/2011_06_01_archive.html (dostęp: 26.11.2013).

³⁶ Deklaracja Praw Ludności Rdzennej przyjęta 13 września 2007 r. uchwałą Zgromadzenia Ogólnego NZ. Dokument A/61/L.67 (2007). Problematyka praw ludności tubylczej i plemiennej regulowana jest także w Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy nr 169 z 27 czerwca 1989 r., nie podpisanej przez ChRL.

³⁷ Deklaracja Praw Ludności Rdzennej, art. 3.

³⁸ *Ibidem*, art. 2.

Ludność ta ma prawo do autonomii³⁹ oraz do zachowania i umacniania swoich własnych instytucji politycznych, prawnych, gospodarczych, społecznych i kulturalnych⁴⁰. Prawo do brania udziału w życiu społecznym, gospodarczym, politycznych i kulturalnym państwa Deklaracja uzależnia od woli samej ludności rdzennej⁴¹.

Oczywiste jest, że obecne władze chińskie nie wypełniają norm Deklaracji. Akcentowane w dokumencie prawa, w tym zakaz zmuszania do asymilacji ludności rdzennej⁴², zwłaszcza zakaz przesiedlania osób bez ich dobrowolnej zgody⁴³, zagwarantowanie prawa do praktykowania tradycji i zwyczajów⁴⁴, zwłaszcza duchowych i religijnych⁴⁵, oraz rozwijania i przekazywania przyszłym pokoleniom swojej historii, języka, filozofii, pisma i literatury⁴⁶, są permanentnie łamane przez organy CHRL. Tym samym Tybet uznawany jest za jedno z najgorszych miejsc globu z punktu widzenia przestrzegania swobód politycznych i fundamentalnych praw człowieka⁴⁷.

PRAKTYKA MIĘDZYNARODOWA

W ostatnich latach sprawa Tybetu znalazła się przed Komitetami ONZ. Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet poddały ocenie ogólną sytuację w Chinach w zakresie przestrzegania Międzynarodowego Paktu Praw Społecznych, Gospodarczych i Kulturalnych⁴⁸ oraz Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet⁴⁹.

³⁹ *Ibidem*, art. 4.

⁴⁰ *Ibidem*, art. 5.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, art. 8 ust. 1.

⁴³ *Ibidem*, art. 10.

⁴⁴ *Ibidem*, art. 11 ust. 1.

⁴⁵ *Ibidem*, art. 12 ust.1.

⁴⁶ *Ibidem*, art. 13 ust. 1.

⁴⁷ Zob. raporty o sytuacji w Tybecie w 2014 r.: Human Rights Watch <http://www.hrw.org/asia/china> [25.03.2015]; International Campaign for Tibet <http://www.savetibet.org/> (dostęp: 25.03.2015); Amnesty International http://amnesty.org.pl/uploads/media/Raport_roczny_2015_PL_wyb%C3%B3r_ost.pdf (dostęp: 25.03.2015); Tibet Watch <http://www.tibetwatch.org/reports--publications.html> (dostęp: 25.03.2015); Tibetan Center for Human Rights and Democracy <http://www.tchrd.org/wp-content/uploads/2015/02/Annual-Report-English-Cover.jpg> (dostęp: 25.03.2015).

⁴⁸ Chiny podpisały Pakt 27 października 1997 roku, ratyfikowały 27 marca 2001 roku.

⁴⁹ Chiny podpisały Konwencję 17 lipca 1980 roku, ratyfikowały 4 listopada 1980 roku.

W grudniu 2013 roku Chiny poddały się drugiej procedurze Powszechnego Okresowego Przeglądu (*Universal Periodic Review* – UPR) dokonywanego przez Radę Praw Człowieka⁵⁰. W gronie państw wystawiających zalecenia ChRL znalazła się także Polska⁵¹.

Polskie MSZ wyraziło niezadowolenie z powodu braku wdrożenia szeregu rekomendacji w ramach pierwszego cyklu UPR (między innymi wolności słowa i zgromadzeń oraz praw mniejszości etnicznych i religijnych). Stanowisko RP wyrażone zostało w dokumencie MSZ do Marszałka Sejmu⁵². Szczególnie krytycznie oceniono brak ratyfikacji Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (ICCPR). Zaapelowano również o „szczególną troskę wobec tybetańskiego dziedzictwa kulturowego i wartości przy jednoczesnym poszanowaniu dla zasad suwerenności oraz integralności terytorialnej ChRL”. Podzielono również zaniepokojenie w kwestii braku dialogu pomiędzy władzami ChRL a przedstawicielami mniejszości tybetańskiej⁵³. W piśmie zwrócono również uwagę na fakt, iż „zaangażowanie Polski w podnoszenie kwestii praw człowieka w Tybecie prowadzone jest dwutorowo, tzn. podczas rozmów dwustronnych i na forach wielostronnych”. Podkreślono również zaangażowanie Polski w dialog UE – ChRL dotyczący praw człowieka, podczas którego poruszana jest problematyka tybetańska. Polska wyraziła poparcie dla działań Wysokiego Przedstawiciela UE do spraw Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa oraz Przedstawiciela UE ds. Praw Człowieka wzywające władze chińskie do „poszanowania odrębności języka i religii, zachowania tożsamości tybetańskiej oraz podjęcia dialogu między stronami”⁵⁴.

Pisemne rekomendacje na sesję UPR przedłożyła także organizacja pozarządowa International Tibet Network. Wśród najważniejszych postulatów, które znalazły się w raporcie ITN znajduje się ratyfikacja przez Chiny ICCPR⁵⁵, wpuszczenie na tereny tybetańskie przedstawicieli Narodów Zjednoczonych, natychmiastowe i bez-

⁵⁰ Pełny tekst raportu: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/CNSession17.aspx> (dostęp: 25.03.2015). Po raz pierwszy Chiny poddały się procedurze UPR w 2009 r. Zob. *Universal Periodic Review – China* <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/CNSession4.aspx> (dostęp: 25.03.2015).

⁵¹ Pozostałe państwa to Sierra Leone i Zjednoczone Emiraty Arabskie.

⁵² Pismo Podsekretarz Stanu Henryki Mościckiej-Dendys z dnia 15 października 2013 roku do Marszałka Sejmu RP Ewy Kopacz, sygn. SM 2113.305.2013/4.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ ChRL podpisała Pakt w dniu 5 października 1998 roku. Do ratyfikowania tego dokumentu bez zastrzeżeń wezwała Chiny także Human Rights Watch w liście z 7 października 2013 roku. List został skierowany do Xi Jinpinga Przewodniczącego Chińskiej Republiki Ludowej i Zhang Dejianga, Przewodniczącego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych Zhongnanhai.

warunkowe uwolnienie osób uwięzionych za korzystanie z podstawowych praw obywatelskich i politycznych, zaprzestanie prześladowań, arbitralnych aresztowań i więzienia osób, które w pokojowy sposób prowadzą działalność polityczną lub religijną, zakończenie prowadzenia „reedukacji patriotycznej”, zakończenie polityki przymusowych przesiedleń tybetańskich nomadów⁵⁶.

ChRL, mimo licznych protestów organizacji pozarządowych, są członkiem Rady Praw Człowieka (kadencja do końca 2016 roku).

O odpowiedzialne postępowanie przejawiające się w istotnym angażowaniu Tybetańczyków i Ujgurów w zagadnienia dotyczące sprawowania rządów wystąpiła również z apelem Unia Europejska⁵⁷. Zwrócono uwagę na konieczność poszanowania przez władze chińskie elementów kulturowych mniejszości, takich jak język i religia. Zdecydowanie stwierdzono, że rząd Chin nie osiągnie trwałej stabilności w Tybecie lub harmonii społecznej pomiędzy Chińczykami i Tybetańczykami poprzez przymusową asymilację, niszczenie kultury lub represyjne metody polityczne i sił bezpieczeństwa, a jedynie dzięki poważnemu potraktowaniu wszystkich lokalnych problemów. Wezwano również rząd chiński do zakończenia praktyki zakazywania wjazdu niezależnym obserwatorom do TRA⁵⁸.

Parlament Europejski wyraził zaniepokojenie faktem, że władze Chin wciąż z niechęcią odnoszą się do ratyfikacji ICCPR⁵⁹. W dialogu UE – Chiny na temat praw człowieka nie odnotowano zatem widocznych rezultatów.

PODSUMOWANIE

Demokratyzacja w Chinach niesłaby za sobą respektowanie praw człowieka i stanowiłaby wyzwanie dla kultury konfucjanizmu. Jedną z cech demokratycznego państwa prawa, wyróżniającą go od państwa totalitarnego, jest brak ingerencji

⁵⁶ Zob. Joint Submission by Member Groups of the International Tibet Network to Session 17 of Universal Periodic Review, People's Republic of China, march 2013. Pełny tekst dokumentu: http://issuu.com/internationaltibetnetwork/docs/upr_submission_2013/11?e=4358577/4260719 (dostęp: 25.03.2015). Petycję do rządu wzywającą Kongres Przedstawicieli Ludowych do ratyfikacji ICCPR podpisali też prawnicy, dziennikarze i ludzie nauki w Chinach. Zob. <http://www.scmp.com/news/china/article/1160622/petition-urges-npc-ratify-human-rights-treaty> (dostęp: 25.03.2015).

⁵⁷ Zob. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie stosunków UE – Chiny (2012/2137(INI)).

⁵⁸ *Ibidem*, pkt. 30.

⁵⁹ *Ibidem*, pkt. 22.

w sferę przeświadczeń światopoglądowo-aksjologicznych obywateli. W obecnym stanie rzeczy polityka władz chińskich stanowi całkowite zaprzeczenie tej idei. Bezradność wykazują również instytucje międzynarodowe, których działanie przeczy przyjętej zasadzie nieprzyjmowania jako członków organów monitorujących przestrzeganie praw człowieka państw, które same permanentnie łamią fundamentalne prawa jednostki. Dla większości obserwatorów nie ma wątpliwości, że poczynania władz chińskich wobec ludności tybetańskiej są naruszeniem zobowiązań prawa międzynarodowego. Odpowiedzialność państwa z tytułu naruszenia tych zobowiązań jest jedną z podstawowych zasad prawa międzynarodowego. Jest ona rezultatem wynikającym z natury tego prawa.

Głęboki etnocentryzm kultury chińskiej i występujący na przestrzeni dziejów ksenofobiczny stosunek do „obcych” umacniają władze chińskie w samodzielnym decydowaniu o tym, w jaki sposób prawo międzynarodowe powinno być postrzegane. Takie postępowanie może podważyć funkcjonowanie całego systemu prawa międzynarodowego. Obsesyjne podkreślanie suwerenności i wartości kultury azjatyckiej jest jednym z uzasadnień dla odmiennej interpretacji i implementacji praw człowieka. Wzrost ekonomiczny nie stał się, jak spodziewały się państwa zachodnie, siłą napędową zmian demokratycznych i nie osłabił autorytarnych rządów w ChRL.

Elżbieta Hanna Morawska*

**ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTW
ZA NARUSZENIA PRAW CZŁOWIEKA
PRZEZ OSOBY I PODMIOTY PRYWATNE.
STANOWISKO KOMITETÓW TRAKTATOWYCH ONZ**

W literaturze przedmiotu coraz wyraźniej dostrzegane jest zagrożenie dla praw człowieka, jego autonomii, istotnych w jego życiu wartości i interesów, które wiąże się z „istnieniem pozapaństwowych ośrodków”¹. Skutkiem tego, wskazuje się, że ochrona praw człowieka nie może zostać ograniczona do tradycyjnego układu wertykalnego: władza publiczna – jednostka, ponieważ do naruszeń praw człowieka dochodzi również, i to coraz częściej, w relacjach prywatnych, a więc w układzie horyzontalnym jednostka – jednostka². Powyższe stanowisko doktry-

* dr Elżbieta Morawska, Katedra Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego, Instytut Prawa Międzynarodowego, Unii Europejskiej i Stosunków Międzynarodowych, Wydział Prawa i Administracji UKSW w Warszawie

¹ Z. Kędzia, *Horyzontalne działanie praw obywatelskich*, [w:] *Państwo – Prawo – Obywatel*, J. Łętowski, W. Sokolewicz (red.), Wrocław 1989, s. 522.

² Zwraca na to uwagę B. Skwara, *Poziome obowiązywanie praw człowieka w świetle Konstytucji RP*, *Homines Hominibus* nr 1(5) 2009, s. 49. Zob. też w szczególności A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Universty Oxford Press, 1996; *Non-state actors and human rights. Collected Courses of the Academy of European Law*, Philip Alston (red.), Oxford University Press, 2005.

ny zostało w istotny sposób poparte przez organy międzynarodowe, sprawujące nadzór nad wykonywaniem przez państwa międzynarodowych zobowiązań w sferze ochrony praw człowieka.

Proces ten jest widoczny w uniwersalnym systemie ochrony praw człowieka, a jego aktywnymi aktorami są komitety, tworzące tzw. traktatowy system ochrony praw człowieka. Jak wiadomo, mają one status niezależnych ciał eksperckich, a zostały bądź powołane przez organy Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ)³ bądź zostały utworzone na podstawie traktatów praw człowieka ONZ⁴. Z przeglądu zajmowanych przez te komitety stanowisk wynika jasno, że dążą one do wzmocnienia zobowiązań państw w odniesieniu do zachowania osób i podmiotów prywatnych w szczególności w kontekście zakazu niedyskryminacji, ochrony ludności autochtonicznej, praw pracowniczych oraz praw związanych z ochroną zdrowia. Przy czym, termin „osoby i podmioty prywatne” odnoszony jest do prywatnych osób fizycznych, grup takich osób oraz podmiotów prawnych niebędących organami państwa⁵.

Należy jednakże podkreślić, że z procesem tym nie jest wiązana zmiana podmiotu zobowiązanego w sferze ochrony praw człowieka, gdyż tym podmiotem jest nadal państwo i to ono ponosi bezpośrednią odpowiedzialność na gruncie prawa międzynarodowego w sytuacji naruszenia praw człowieka przez osoby i podmioty prywatne.

Ponieważ ograniczone ramy artykułu nie pozwalają na szczegółową prezentację stanowiska wszystkich komitetów działających w ramach głównych traktatów praw człowieka ONZ (ang. *core international human rights treaties*)⁶, do szczegóło-

³ W tym wypadku chodzi o Komitet Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych (Komitet PGSiK), który został powołany przez Radę Gospodarczą i Społeczną ONZ. Komitet rozpoczął działalność w 1987 r.

⁴ Wśród nich jest: Komitet Praw Człowieka (Komitet PCz); Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Rasowej (Komitet LDR) oraz Komitet do spraw Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet (Komitet LDK).

⁵ Niemniej, ich działania lub zaniechania mogą skutkować powstaniem po stronie państwa odpowiedzialności międzynarodowej wówczas gdy działały z upoważnienia lub sprawowały funkcję publiczną w pewnych szczególnych okolicznościach. Por. art. 5 Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne, cyt. z M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, Aneks.

⁶ Do tych dokumentów zaliczane są: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych, Międzynarodowy Pakt Praw Osobistych i Politycznych, Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych,

wej analizy wybrane zostały stanowiska czterech komitetów, mianowicie Komitetu Praw Człowieka (Komitet PCz), następnie Komitetu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych (Komitet PGSiK) oraz dwóch komitetów działających w sferze zakazu dyskryminacji, a więc Komitetu do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Rasowej (Komitet LDR) i Komitetu do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (Komitet LDK).

KOMITET PRAW CZŁOWIEKA ONZ

Rozpoczęcie prezentacji stanowiska komitetów praw człowieka ONZ w kwestii odpowiedzialności państw za naruszenia praw człowieka przez osoby i podmioty prywatne od stanowiska Komitetu PCz wydaje się być uzasadnione, zważywszy na niekwestionowaną rolę jaką pełni ten komitet w dziedzinie ochrony praw człowieka w systemie ONZ⁷. Kluczowe wydają się być w tym kontekście ustalenia tego komitetu odnośnie odpowiedzialności za naruszenie konkretnych praw lub wolności człowieka, gwarantowanych przez Międzynarodowy Pakt Praw Osobistych i Politycznych (MPPOiP)⁸, w tym zakazu tortur (art. 7 MPPOiP),

Drugi Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych w sprawie zniesienia kary śmierci, Międzynarodowa Konwencja w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej, Konwencja w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet, Protokół Fakultatywny do Konwencji w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet, Konwencja Praw Dziecka, Protokół Fakultatywny do Konwencji Praw Dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii, Protokół Fakultatywny do Konwencji Praw Dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne, Konwencja przeciwko Torturom oraz Innemu Okrutnemu, Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu, Protokół Fakultatywny do Konwencji przeciwko Torturom oraz Innemu Okrutnemu, Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu, Międzynarodowa Konwencja w sprawie ochrony praw wszystkich pracowników migrujących oraz członków ich rodzin. Zob. Office Of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Core International Human Rights Treaties*, United Nations, New York and Geneva, 2006, dostępne on line: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiesen.pdf> [dostęp: luty 2016].

⁷ Por. np. M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2008, s. 212.

⁸ Zgodnie z oficjalnym tłumaczeniem MPPOiP (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167) tytuł przedmiotowego paktu brzmi: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych. Zważywszy jednak na charakter praw, które nazwane zostały prawami obywatelskimi za bardziej właściwy uznany został termin prawa osobiste. Postanowienia MPPOiP i pozostałych traktatów praw człowieka cytowane są w niniejszym artykule za: *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, przekład i opracowanie B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993.

następnie zakazu dyskryminacji (art. 26 MPPOiP) i oraz prawa do ochrony osób należących do mniejszości etnicznych, religijnych lub językowych (art. 27 MPPOiP).

Zapoznając się z tymi sprawami należy mieć nadto na uwadze postanowienia art. 2 ust. 3 pkt. a MPPOiP, z którego wynika dla państw-stron zobowiązanie zapewnienia skutecznego środka ochrony prawnej (ang. *effective remedy*) każdej osobie, której prawa i wolności zagwarantowane w tym Pakcie zostały naruszone, niezależnie od tego czy dokonały tego naruszenia osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe (ang. *official capacity*)⁹.

ZAKAZ TORTUR (ART. 7 MPPOiP)

Z racji bezwarunkowości i bezwzględności¹⁰ postanowień art. 7 MPPOiP kwestia odpowiedzialności państwa-strony MPPOiP za naruszenie zakazu tortur przez osoby i podmioty prywatne jest szczególnie istotna¹¹. Tym bardziej, że zakres jego stosowania nie jest jednostkowy, gdyż ściśle wiąże się z art. 10 MPPOiP oraz z art. 1 Konwencji przeciwko torturom oraz innemu, okrutnemu, niehumanicznemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 1984 r.¹²

W tym kontekście zwrócić uwagę należy na dwa dokumenty Komitetu PCz, mianowicie na uwagi ogólne (ang. *General Comment*) do art. 7 MPPOiP z 1992 r.¹³ oraz wnioski końcowe (ang. *Concluding Observations*) do sprawoz-

⁹ W kontekście aspektu horyzontalnego zwraca na to uwagę m.in. L. Harees, *The Mirage of Dignity on the Highways of Human 'progress': the Bystanders perspective*, USA 2012, s. 153 i n.; zob. też Komitet PCz, *General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, pkt 15–17. Generalnie, zob. O. De Schutter, *International Human rights law*, Cambridge 2010, ss. 731–739.

¹⁰ Por. w tym kontekście art. 4 ust. 2 MPPOiP.

¹¹ Zgodnie z art. 7 MPPOiP nikt nie będzie poddawany torturom lub okrutnemu, niehumanicznemu albo poniżającemu traktowaniu lub karaniu. W szczególności nikt nie będzie poddawany, bez swej swobodnie wyrażonej zgody, doświadczeniom lekarskim lub naukowym.

¹² Zob. S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The international covenant on civil and political rights. Cases, materials and commentary*, Oxford 2004, ss. 195–198.

¹³ Zgodnie z art. 40 ust. 4 MPPOiP Komitet PCz; jak pisze A. Michalska „(...) poczynając od 1979 r. Komitet dyskutował nad procedurą rozpatrywania sprawozdań pod kątem widzenia obowiązków i uprawnień, jakie wynikają z art. 40 ust. 4 Paktu. Jest to jeden z najbardziej ogólnikowych i niejednoznacznych przepisów i w konsekwencji dyskusje wokół jego interpretacji toczyły się latami”. Niemniej w wyniku tych debat Komitet podjął m.in. decyzję, że jest uprawniony do formułowania w świetle postanowień art. 40 ust. 4 MPPOiP „komentarzy ogólnych (ang. *General Comments*), jakie uzna za stosowne”. Zob. A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka: kompetencje, funkcjonowanie, orzecznictwo*, Warszawa 1994, s. 30.

dania Stanów Zjednoczonych z 2006 r. odnośnie „środków podjętych w celu urzeczywistnienia praw uznanych w Pakcie oraz postępu dokonanego w dziedzinie korzystania z tych praw”¹⁴. I tak zgodnie z ustaleniami Komitetu w uwagach ogólnych z 1992 r.¹⁵ państwa-strony Paktu są zobowiązane „(...) „do zapewnienia każdej osobie ochrony poprzez środki ustawodawcze lub inne, jakie mogą okazać się konieczne wobec czynów zakazanych przez artykuł 7, nawet gdy są one dokonywane w ramach czynności służbowych, poza nimi, lub działań prywatnych”¹⁶. Z kolei wnioski końcowe (ang. *Concluding Observations*) do sprawozdania Stanów Zjednoczonych z 2006 r. można potraktować jako swego rodzaju rozwinięcie i uszczegółowienie tego generalnego stanowiska. Albowiem Komitet PCz, odnosząc się do kwestii aktywności pozarządowych firm wojskowych, którym powierzono zadania operacyjne i śledcze, ustalił że:

Państwo-Strona powinno zapewnić aby były dopuszczalne (...) jedynie [takie] metody przesłuchiwania, [które są] zgodne z międzynarodowym rozumieniem zakresu zakazu, o którym mowa w art. 7 Paktu; Państwo-Strona winno także zapewnić, by aktualne metody śledcze lub wszelkie zmienione metody były wiążące dla wszystkich agencji Rządu Stanów Zjednoczonych i innych działających w jego imieniu; Państwo-Strona powinno zagwarantować środki skutecznie zapobiegające

¹⁴ Por. art. 40 MPPOiP. Sprawozdania państw-strony MPPOiP są podstawowym instrumentem kontroli wykonania wiążących je zobowiązań. Na przestrzeni lat mechanizm ich rozpatrywania uległ zmianie, istotnie wzmacniając pozycję Komitetu PCz (zob. m.in. szczegółowo M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe, op. cit.*, s. 212–216 wraz z podaną tam literaturą przedmiotu i wykazem dokumentów); do tego stopnia, że w 1992 r. Komitet PCz zdecydował, że ostatecznym wynikiem rozpatrzenia sprawozdania państwa – strony będzie indywidualny komentarz dotyczący danego kraju, odzwierciedlający zarówno zadowolenie, jak i obawy Komitetu (zob. I. Boerefijan, *Towards a strong system of supervision*, Human Rights Quarterly, Vol. 17 (1995)); komentarze mają taką samą formę i zawierają informacje dotyczące „pozytywnych aspektów” sprawozdania oraz „głównych kwestii budzących obawy”, jak również „sugestie i zalecenia” (zob. np. A/56/40, t. I, s. 25).

¹⁵ Komitet PCz, *General Comment No. 20 – Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Article 7 (Replaces general comment No. 7), 30 Sep 1992.

¹⁶ Komitet PCz, *General Comment No. 20*, pkt. 2 “(...) The aim of the provisions of article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights is to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual. It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity. The prohibition in article 7 is complemented by the positive requirements of article 10, paragraph 1, of the Covenant, which stipulates that »All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person«”.

nadużyciom ze strony agencji działających poza strukturą wojskową oraz nałożenie odpowiednich sankcji na jej personel, który stosował lub zatwierdził stosowanie metod, które są aktualnie zabronione; Państwo-Strona powinno zapewnić, że respektowane jest prawo do odszkodowania dla ofiar takich praktyk; oraz powinno poinformować Komitet o wszelkich zmianach dotyczących metod przesłuchiwania¹⁷.

W świetle powyższych ustaleń wydaje się bezsporne, że Komitet PCz oczekuje od państw-stron MPPOiP podjęcia konkretnych działań pozytywnych (środków/kroków), nawet wówczas gdy zakaz tortur, o którym stanowi art. 7 MPPOiP, jest naruszany przez osoby i podmioty prywatnych¹⁸.

PRAWO DO WOLNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA OSOBISTEGO (ART. 9 MPPOiP)

Prawo do wolności i bezpieczeństwa (art. 9 MPPOiP) to kolejne prawo osobiste gwarantowane przez MPPOiP¹⁹, odnośnie którego Komitet zwrócił *explicite* uwagę na odpowiedzialność państw-stron za jego naruszenia dokonywane przez osoby i podmioty prywatne, choć co do zasady jest on adresowany do państwa²⁰. Potwierdza to sprawa *Delgado Paéz v. Colombia* z 1990 r.²¹ Zawiadomienie w tej sprawie dotyczyło nauczyciela religii i etyki, a zarazem aktywisty związkowego i zwolennika teologii wyzwolenia, który został zwolniony z pracy w związku ze swoją działalnością społeczną i polityczną. Nie akceptując tej decyzji władz, podjął on szereg działań prawnych. Okazały się one jednak nieskuteczne, a nawet w pewnym momencie, zaczął on otrzymywać groźby śmierci i został napadnięty przez nieznanych sprawców. Po tym zaś jak nieznani zabójcy zastrzelili jego współpracownika²², w obawie o własne życie uciekł z Kolumbii²³.

¹⁷ Komitet PCz, *Concluding Observations on the United States of America*, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1. 18 December 2006, pkt 13.

¹⁸ Zob. uwagi poniżej.

¹⁹ Zob. w szczególności ust. 1 art. 9 MPPOiP zgodnie z którym każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie może być arbitralnie zatrzymany lub aresztowany. Nikt nie może być pozbawiony wolności inaczej, jak tylko na zasadach i w trybie ustalonym przez ustawy.

²⁰ Tak chociażby J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J.A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 110.

²¹ Komitet PCz, *Communication No. 195/1985*, U.N.Doc.CCPR/39/D/1985 (1990).

²² Była to również nauczycielka, Rubiela Valencia, zastrzelona przez nieznanych sprawców 1.05.1986 r.

²³ Osiadł we Francji, gdzie uzyskał status uchodźcy.

Przystępując do rozpatrzenia tej sprawy, Komitet PCz zaczął od stwierdzenia, że z MPPOiP wynikają dla państwa-strony zobowiązania zapewnienia każdemu, kto podlega jego jurysdykcji, prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego²⁴. Co więcej, wyraził opinię, że wbrew wyraźnym ustaleniom w art. 9 ust. 1 zd. 2 MPPOiP osobami uprawnionymi do korzystania z tego prawa nie są wyłącznie osoby zatrzymane lub aresztowane²⁵. Komitet PCz stwierdził bowiem, że

Nie może być tak, że w świetle prawa, państwa mogą ignorować groźby śmierci pod adresem osób pozostających pod ich jurysdykcją, tylko dlatego, że osoba nie jest aresztowana lub w inny sposób pozbawiona wolności. Państwa-Strony mają obowiązek podjąć rozsądne i właściwe (ang. *reasonable and appropriate*) działania w celu ich ochrony. Wykładnia art. 9, która zezwalałaby Państwu-Stronie na ignorowanie zagrożenia związanego z bezpieczeństwem osobistym osób, które nie są osadzone w więzieniu, a które podlegają jego jurysdykcji, czyniłaby gwarancje Paktu całkowicie nieskutecznymi²⁶.

Konsekwentnie, biorąc pod uwagę ówczesną sytuację w Kolumbii, Komitet PCz zawyrokował, że jako państwo-strona MPPOiP nie podjęła właściwych środków (ang. *appropriate measures*) dla zapewnienia skarżącemu prawa do bezpieczeństwa, w rozumieniu art. 9 ust. 1 MPPOiP²⁷.

ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 26 MPPOiP)

Przechodząc do analizy stanowiska Komitetu PCz odnośnie odpowiedzialności państw-stron MPPOiP za naruszenia zakazu dyskryminacji przez osoby i podmioty prywatne, należy na wstępie zwrócić uwagę na kompleksowe ujęcie zakazu dyskryminacji w artykułach 2 (1) i 26 MPPOiP. Co więcej, zawarte w tych artykułach gwarancje wzmacnia art. 3 MPPOiP (zakazujący dyskryminacji ze względu na płeć), art. 4 ust. 1 MPPOiP (zakazujący dyskryminacji w odniesieniu do derogacji wykonywania zobowiązań wynikających z MPPOiP) oraz art. 23,

²⁴ Por. art. 9 ust. 1 zd. 1 MPPOiP stanowi, że „Każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego”.

²⁵ Art. 9 ust. 1 zd. 2 MPPOiP stanowi, że „Nikt nie może być arbitralnie zatrzymany lub aresztowany”.

²⁶ Komitet PCz, *Communication No. 195/1985*, pkt 5.5.

²⁷ *Ibidem*.

24 i 25 (gwarantujący niedyskryminację w odniesieniu do poszczególnych materialnych praw człowieka gwarantowanych przez MPPIOP) Istotny jest w końcu art. 20 MPPOiP wymagający od państw-stron wprowadzenia zakazu różnych form podżegania do dyskryminacji.

W związku z powyższym w literaturze przedmiotu wskazuje się, że „równość i niedyskryminacja stanowi samodzielny i dominujący motyw Paktu”²⁸. Dlatego też ocenia się, że „ten niebagatelny nacisk na niedyskryminację w MPPOiP wydaje się być właściwy: dyskryminacja jest u podstaw niemal wszystkich naruszeń praw człowieka”²⁹. Stanowisko to podziela Komitet PCz, czemu dał wyraz m.in. w uwagach ogólnych (ang. *General Comment*) nr 28 do art. 3 MPPOiP, w sprawie obowiązku zapewnienia mężczyznom i kobietom prawa do korzystania ze wszystkich praw Paktu³⁰.

Jeśli zaś chodzi o kwestię odpowiedzialności państwa za naruszenie zakazu dyskryminacji przez osoby lub podmioty prywatne to kluczowe znaczenie ma w tym zakresie sprawa *Franz Nahlik v. Austria* z 1995 r.³¹ W tej sprawie, autor zawiadomienia (ang. *Communication*) twierdził, że Austria naruszyła prawa emerytów do równości wobec prawa i bez jakiegokolwiek dyskryminacji do jednakowej ochrony prawnej, o której stanowi art. 26 MPPOiP³². W swoich oświadczeniach pozwane państwo uznało wszelako to zawiadomienie (ang. *Communication*) za niedopuszczalne z uwagi na fakt, że „[jego] autor kwestionuje przepis układu zbiorowego, na który państwo-strona nie ma wpływu”³³. Austria argumentowała nadto, że przedmiotowe układy zbiorowe „są umowami opartymi na prawie prywatnym i o ich zastosowaniu decydują wyłącznie umawiające się strony”³⁴. Komitet PCz zaś uznał, że

²⁸ Tak B. Ramcharan, *Equality and non-discrimination*, [w:] *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, L. Henkin (red.), New York 1981, s. 246.

²⁹ S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The international covenant...*, op. cit., s. 680.

³⁰ Komitet PCz, *General Comment No. 28 – Article 3 (The equality of rights between men and women)* (Replaces general comment No. 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 Mar 2000.

³¹ Komitet PCz, *Communication No. 608/1995*, U.N. Doc. CCPR/C/57/D/608/1995 (1996).

³² Zgodnie z art. 26 MPPOiP jakakolwiek dyskryminacja w tym zakresie powinna być prawnie zakazana oraz powinna być zagwarantowana przez prawo równe dla wszystkich i skuteczna ochrona przed dyskryminacją z takich względów jak: rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności.

³³ Komitet PCz, *Communication No. 608/1995*, pkt 4.

³⁴ *Ibidem*.

zgodnie z art. 2 i 26 Paktu każde z Państw-Stron jest zobowiązane zapewnić wszystkim osobom, które znajdują się na jego terytorium i podlegają jego jurysdykcji, że będą wolne od dyskryminacji, a co za tym idzie, sądy państw-stron są zobowiązane do ochrony jednostek przed dyskryminacją niezależnie od tego, czy do takiej dyskryminacji dochodzi w sferze publicznej czy między podmiotami prywatnymi w sektorze quasi-publicznym, np. zatrudnienia³⁵.

Podobne co do istoty ustalenia odnaleźć można we *wnioskach końcowych* (ang. *Concluding Observations*) załączonych do sprawozdań takich państw jak Brazylia, Benin i Uganda. Komitet PCz konsekwentnie podkreśla, że państwa-strony MPPOiP powinny podjąć kroki w celu uregulowania i rozstrzygnięcia działań pracodawców zarówno prywatnych, jak i publicznych. Skutkiem tego Komitet wzywa do nałożenia na pracodawców sankcji za praktyki dyskryminacyjne oraz sankcji karnych za praktyki takie jak praca niewolnicza, praca nieletnich czy handel ludźmi³⁶. Za dyskryminujące i szkodliwe uznaje również praktykę żądania zaświadczeń o sterylizacji. Co istotne, w ocenie Komitetu państwa powinny nie tylko stanowić prawo zakazujące takich praktyk, ale również powinny nakładać na pracodawców kary³⁷.

PRAWO OSÓB NALEŻĄCYCH DO MNIEJSZOŚCI ETNICZNE, RELIGIJNE LUB JĘZYKOWE (ART. 27 MPPOiP)

Tak jak to zostało wskazane powyżej, ostatnim z praw gwarantowanych przez MPPOiP w kontekście którego Komitet PCz zajął wyraźne stanowisko co do odpowiedzialności państwa za ich naruszenie przez osoby lub podmioty prywatne jest prawo osób należących do mniejszości do zachowania własnej tożsamości religijnej i kulturowej (art. 27 MPPOiP). W przeciwieństwie do postanowień art. 26 MPPOiP, postanowienia art. 27 MPPOiP są, jak to ujął M.N. Shaw „skromne i raczej negatywne [koncentrujące się] na »osobach należących« do mniejszości, a nie mniejszościach jako takich i nie definiują pojęcia mniejszości”³⁸.

³⁵ Komitet PCz, *Communication No. 608/1995*, pkt 8.2.

³⁶ Komitet PCz, *Concluding Observations on Brazil*, UN Doc. CCPR/BRA/CO/2, 1 December 2005, §11; *Concluding Observations on Benin*, UN Doc. CCPR/CO/82/BEN, 1 December 2004, § 24; *Concluding Observations on Uganda*, UN Doc. CCPR/CO/80/UGA, 4 May 2004, pkt 20.

³⁷ Komitet PCz, *Concluding Observations on Brazil* (2005), pkt 11.

³⁸ M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe...*, s. 201.

Z przeglądu zarówno indywidualnych zawiadomień³⁹ (ang. *Communications*), jak i sprawozdań państw oraz uwagach ogólnych (ang. *General Comment*) do art. 27 MPPOiP z 1994 r.⁴⁰ wynika wszelako, że Komitet PCz w sposób wyjątkowo dynamiczny podchodzi do art. 27 MPPOiP. W kontekście prowadzonych rozważań kluczowe znaczenie ma sprawa *Hopu i Bessert v. France* z 1997 r.⁴¹, w której Komitet uznał, że prywatna budowa kompleksu hotelowego na gruncie będącym własnością państwa stanowi naruszenie praw człowieka skarżących, rodowitych Polinezyjczyków, jako że hotel miał zostać wybudowany na terenie, który stanowił starożytne cmentarzysko polinezyjskich mieszkańców Tahiti. Ze względu na zastrzeżenia Francji co do właściwości zastosowania art. 27 MPPOiP, Komitet PCz sięgnął po art. 17 MPPOiP i konsekwentnie stwierdził, że Francja nie chroniła skutecznie życia rodzinnego i prywatnego skarżących, tak jak wymagają tego postanowienia art. 17 MPPOiP⁴² oraz art. 23 MPPOiP⁴³ Komitet PCz ustalił dokładnie, że

Państwo Strona nie wykazało, że ingerencja była rozsądna w danych okolicznościach i nic w informacji przedłożonej Komitetowi nie pokazuje, aby należycie uwzględniło znaczenie cmentarzyska dla skarżących, podejmując decyzję o wydzierżawieniu terenu [na którym było ono usytuowane] pod budowę kompleksu hotelowego. Komitet stwierdza, że doszło do arbitralnej ingerencji

³⁹ Por. chociażby sprawę *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. 24/1977: Canada 30/07/81, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977. Lovelace; następnie *Ivan Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985 (1988) czy *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984 (26 March 1990), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/45/40) at 1 (1990).

⁴⁰ Komitet PCz, *General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 26 Apr 1994. Zgodnie z art. 27 MPPOiP W Państwach, w których istnieją mniejszości etniczne, religijne lub językowe, osoby należące do takich mniejszości nie będą pozbawiane prawa do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem wspólnie z innymi członkami danej grupy.

⁴¹ Komitet PCz, *Francis Hopu and Tepoaitu Bessert v. France*, Communication No. 549/1993, U.N. Doc. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1. (1997).

⁴² Art. 17 MPPOiP stanowi, że „1. Nikt nie będzie poddany arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w jego życie prywatne, rodzinne, mir domowy, czy korespondencję, ani też na bezprawnym zamachom na jego cześć i dobre imię. 2. Każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami.

⁴³ Należy w szczególności zwrócić uwagę na art. 23 ust. 1 MPPOiP, zgodnie z którym rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i Państwa.

w prawo skarżących do rodziny i prywatności, co stanowiło naruszenie artykułu 17, ustęp 1 i art. 23 ustęp 1⁴⁴.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że powyższe stanowisko Komitetu w sposób istotny zaważyło na uznaniu i rozwoju praw ludności autochtonicznej⁴⁵.

Za swego rodzaju podsumowanie podejścia Komitetu PCz do problematyki odpowiedzialności państw za naruszenia praw gwarantowanych w MPPOiP przez osoby i podmioty prywatne uznane mogą być ustalenia z uwag ogólnych (ang. *General Comment*) nr 31 z 2004 r. Stanowią one, że:

Ogólnie rzecz biorąc, obowiązki określone w Pakcie, a w szczególności art. 2, są wiążące dla każdego Państwa-Strony jako całość. ... Zgodnie z art. 2 państwa-strony są zobowiązane do przyjęcia odpowiednich środków legislacyjnych, sądowych, administracyjnych, edukacyjnych i innych w celu wypełnienia swoich zobowiązań prawnych. ... Artykuł 2, ustęp 1, obowiązki są wiążące dla państw i jako takie nie mają bezpośredniego skutku horyzontalnego z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Pakt nie może być postrzegany jako zamiennik krajowego prawa karnego lub cywilnego. Jednakże, zobowiązania pozytywne państw-stron Paktu zapewnienia praw zostaną w pełni wykonane tylko wówczas gdy jednostki będą chronione nie tylko (...) przed naruszeniami praw Paktu przez funkcjonariuszy [państwa-strony], ale również przed czynami (...) osób lub podmiotów prywatnych.

Komitet zauważył również, że

Mogą zaistnieć okoliczności, w których niezapewnienie praw zawartych w Pakcie zgodnie z art. 2 doprowadziłoby do naruszenia przez państwa-strony tych praw na skutek dopuszczenia lub nie podjęcia przez państwa-strony odpowiednich środków lub braku zachowania należytej staranności w celu zapobieżenia szkodzie, ukarania, przeprowadzenia dochodzenia lub naprawienia szkody spowodowanej przez takie działania osób lub podmiotów prywatnych. Państwa muszą pamiętać o współzależności pomiędzy obowiązkami pozytywnymi nałożonymi na mocy art. 2 a potrzebą zapewnienia skutecznych środków w przypadku ich naruszenia w myśl artykułu 2, paragraf 3. Sam Pakt w niektórych artykułach wskazuje na obszary, w których istnieją zobowiązania pozytywne państw-stron jeśli

⁴⁴ *Francis Hopu and Tepoaitu Bessert v. France*, pkt 10.3.

⁴⁵ F. Lenzerin, *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford 2008, s. 179.

chodzi o działalność osób i podmiotów prywatnych. Tytułem przykładu, gwarancje dotyczące życia prywatnego zawarte w art. 17 muszą być chronione prawem. Także z art. 7 wynika, że państwa-strony muszą, działając w ramach swoich uprawnień, podejmować działania pozytywne mające zagwarantować aby osoby lub podmioty prywatne nie stosowały wobec nikogo tortur ani okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania. W dziedzinach mających wpływ na podstawowe aspekty życia codziennego takie jak praca lub dach nad głową, jednostki muszą podlegać ochronie przed dyskryminacją w rozumieniu art. 26⁴⁶.

Ustalenia te jednoznacznie potwierdzają uznanie przez Komitet PC zobowiązań pozytywnych i ich powiązanie z prawami osobistymi i politycznymi, a więc dotychczas łączonymi z negatywnymi zobowiązaniami państw. To związanie państw-stron MPPOiP zobowiązaniami pozytywnymi, choć w dobie dnia dzisiejszego nie budzi zasadniczego sprzeciwu, to w chwili jego formułowania nie było tak oczywiste.

Nie ulega więc wątpliwości, że w podejściu Komitetu PCz do odpowiedzialności państw-stron MPPOiP za naruszenia praw gwarantowanych w Pakcie kluczową pozycję zajmuje doktryna zobowiązań pozytywnych, poprzez które następuje „rozszerzenie” typów i zakresu występowania zobowiązań w zakresie szeroko rozumianej ochrony praw człowieka na sfery, które do niedawna uznawane były za sfery wyłączone spod działań państwa, nawet tych ochronnych, przynajmniej jeśli chodzi o ich odpowiedzialność za te czyny na gruncie prawa międzynarodowego.

STANOWISKO INNYCH KOMITETÓW TRAKTATOWYCH ONZ

Zgodnie z ramami artykułu, do dalszej prezentacji wybrane zostały stanowiska trzech komitetów traktatowych ONZ: stanowisko Komitetu PGSiK, następnie Komitetu LDR oraz Komitetu LDK. Tak jak w przypadku Komitetu PCz wybór tych właśnie komitetów nie jest przypadkowy, ale znajduje uzasadnienie w ich pozycji w systemie ochrony praw człowieka ONZ⁴⁷. Z przeglądu szeroko rozumiane-

⁴⁶ Komitet PCz, *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States parties to the Covenant*, 26 May 2004, UN Doc. CCPR/C/21/rev.1/Add.13, pkt 8.

⁴⁷ O. De Schutter, *International human rights law: cases, materials, commentary*, Cambridge 2014, s. 19 i n.

go orzecznictwa tych komitetów wynika, że wobec problemu odpowiedzialności państw za naruszenia praw człowieka dokonane przez osoby lub podmioty prywatne zajęły one stanowiska podobne do tych prezentowanych przez Komitet PCz.

KOMITET PRAW GOSPODARCZYCH, SOCJALNYCH I KULTURALNYCH ONZ

W uwagach ogólnych (ang. *General Comment*) Komitetu PGSiK dotyczących prawa do pracy, o którym stanowi art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych (MPGSiK)⁴⁸ w części zatytułowanej „Obowiązki innych podmiotów niż państwa-strony” (ang. *Obligations of actors other than states parties*, co już samo w sobie wydaje się być znamienne, zauważył na przykład, że różne podmioty prywatne „mają obowiązki dotyczące realizacji prawa do pracy” oraz że prywatne przedsiębiorstwa – krajowe i wielonarodowe – „mają do odegrania szczególną rolę jeśli chodzi o tworzenie miejsc pracy, politykę zatrudniania i dostęp do zatrudnienia bez jakiegokolwiek dyskryminacji”, niemniej co do zasady nie są „związane” MPPGSiK⁴⁹.

Takie podejście Komitetu PGSiK zajął również w uwagach ogólnych (ang. *General Comment*) do art. 2 ust. 2 MPPGSiK⁵⁰, stwierdzając, że

Dyskryminacja często ma miejsce w rodzinach, miejscach pracy i innych sferach życia społecznego. Na przykład, podmioty aktywne w sferze mieszkań prywatnych (np. prywatni właściciele, osoby udzielające kredytów i osoby przydzielające mieszkania socjalne) mogą bezpośrednio lub pośrednio odmówić dostępu do [tych] mieszkań i kredytów hipotecznych ze

⁴⁸ Niniejszy tytuł przedmiotowego paktu różni się od tytułu w oficjalnym tłumaczeniu (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169). Został zmieniony, tak aby oddać w pełni naturę gwarantowanych w nim praw i wolności człowieka.

⁴⁹ Komitet PGSiK, *General Comment No. 18: Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* E/C.12/GC/18, 06 Feb 2006, pkt. 52; podobne podejście KPGSiK zajął w *General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health* E/C.12/2000/4, 11 Aug 2000, pkt. 42 oraz w *General Comment 12: The right to adequate food* (Art.11), E/C.12/1999/5, 12 May 1999, pkt. 20.

⁵⁰ W świetle art. 2 ust. 2 MPPGSiK państwa strony MPPGSiK zobowiązały się zagwarantować aby prawa w nim wymienione były wykonywane bez żadnej dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuację majątkową, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności.

względu na pochodzenie etniczne, stan cywilny, niepełnosprawność czy orientację seksualną, a niektóre rodziny mogą odmówić posłania dziewczynek do szkoły. Państwa-strony muszą zatem przyjąć środki, które powinny obejmować również przepisy prawa, celem zapewnienia, że osoby i podmioty w sferze prywatnej nie będą ze względu na zakazane kryteria dopuszczać się dyskryminacji innych⁵¹.

Skutkiem tego w części odnoszącej się do środków legislacyjnych Komitet PGSiK stwierdza *explicitie*, że podjęte przez państwa-strony środki legislacyjne, mające na celu eliminację zarówno formalnej jak i materialnej dyskryminacji, powinny nakładać obowiązki zarówno na podmioty publiczne, jak i prywatne⁵². Powyższe ustalenia należy odczytać mając na uwadze specyfikę zobowiązań nałożonych na państwa-strony w zakresie dyskryminacji. Albowiem art. 2 ust. 2 MPPGSiK, zakazujący dyskryminacji w odniesieniu do praw materialnych zawartych w MPPGSiK wymaga natychmiastowej realizacji, w przeciwieństwie do zobowiązań wynikających dla państw z art. 2 ust. 1 MPPGSiK⁵³, które w zasadniczym wymiarze wymagają progresywnej realizacji⁵⁴.

⁵¹ Komitet PGSiK, *General Comment No. 20, pkt. 11*. Odmienne stanowisko zajął Komitet Praw Dziecka w *General Comment No. 5 (2003): General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child, CRC/GC/2003/5, 27 Nov 2003, pkt. 56*, albowiem stwierdził, że „(...) Implementation is an obligation for States parties, but needs to engage all sectors of society, including children themselves. The Committee recognizes that responsibilities to respect and ensure the rights of children extend in practice beyond the State and State-controlled services and institutions to include children, parents and wider families, other adults, and non State services and organizations” (§ 56).

⁵² Komitet PGSiK, *General Comment No. 20, pkt 37*.

⁵³ Art. 2 ust. 1 MPPGSiK stanowi, że „Każde Państwo-Strona niniejszego Paktu zobowiązuje się działać indywidualnie lub w ramach międzynarodowej pomocy i współpracy, zwłaszcza w płaszczyźnie gospodarczej i technicznej, przy maksymalnym wykorzystaniu dostępnych mu zasobów, w celu postępowego zapewnienia pełnego korzystania z praw uznanych w niniejszym Pakcie wszelkimi właściwymi sposobami, w tym w szczególności przez podjęcie kroków ustawodawczych”.

⁵⁴ Zob. Komitet PGSiK, *General Comment No. 3, The nature of states parties obligations (art. 2 § 1 ICESCR)* pkt 9 „(...) The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time”. Dla odróżnienia Komitet PCz w uwagach ogólnych (ang. *General Comment*) nr 31 stwierdził, że „obligation to respect and ensure the rights recognized by the Covenant has immediate effect for all States parties (pkt 5), a dalej dodał, że „to take steps to give effect to the Covenant rights” z art. 2 ust. 2 PPP, podkreślił, że ma on unqualified and

Można zatem przyjąć, że w ocenie Komitetu PGSiK państwa-strony są zobligowane do podjęcia konkretnych i podlegających natychmiastowej realizacji środków legislacyjnych celem eliminacji naruszeń zakazu dyskryminacji w korzystaniu z praw zawartych w tym pakcie dokonywanych przez osoby lub podmioty prywatne⁵⁵.

KOMITET W SPRAWIE LIKWIDACJI DYSKRYMINACJI RASOWEJ

Rozwijając zagadnienie zakazu dyskryminacji i powiązanego z nim problemu odpowiedzialności państw członkowskich ONZ w dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na zakaz dyskryminacji z powodów rasowych. W systemie ONZ kluczowe znaczenie odgrywa w tym zakresie Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (Konwencja LDR)⁵⁶, aczkolwiek w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że mając na uwadze chociażby postanowienia art. 55 i 56 Karty Narodów Zjednoczonych, artykułów 2 i 7 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka oraz art. 2 ust. 1 MPPOiP i art. 2 ust. 2 MPPGSiK, zakaz dyskryminacji z powodów rasowych może być uznany za część prawa międzynarodowego zwyczajowego⁵⁷.

Jeśli zaś chodzi o wymiar horyzontalny, to charakterystyczne jest, że Konwencja LDR nakłada *explicite* na państwa-strony obowiązki odnośnie uregulowania stosunków między jednostkami i podmiotami prywatnymi. Już bowiem preambuła stanowi, że państwa-strony zdecydowane są

podjąć wszelkie niezbędne środki w celu szybkiej likwidacji dyskryminacji rasowej we wszelkich jej formach i przejawach oraz zapobiegać

of immediate effect. A failure to comply with this obligation cannot be justified by reference to political, social, cultural or economic considerations within the State” (pkt. 14).

⁵⁵ Zwraca na to uwagę m.in. B. Saul, D. Kinley, J. Mowbray, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Commentary, cases and materials, Oxford 2014, s. 173.

⁵⁶ Tekst tej konwencji został przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 21.12.1965 r. (rezolucja nr 2106 A/NN). Konwencja LDR jest jednym z najstarszych traktatów z dziedziny ochrony praw człowieka przyjętych w ramach systemu ONZ. Na dzień 18 maja 2015 r. została podpisana przez 87, a ratyfikowana przez 177 państwa-członkowskie. (Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187).

⁵⁷ Tak m.in. M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe...*, s. 197; odnośnie znaczenia Konwencji zob. N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, zwłaszcza część II, ss. 11–20.

powstawaniu doktryn i praktyk rasistowskich i zwalczać je w celu pogłębienia zrozumienia między rasami i zbudowania społeczności międzynarodowej wolnej od wszelkich form segregacji i dyskryminacji rasowej⁵⁸.

W związku z powyższą deklaracją art. 2.1(d) Konwencja LDR wymaga, aby każde państwo-strona zakazało i położyło kres dyskryminacji rasowej przez „jakiegokolwiek osoby, grupy osób lub organizacje”⁵⁹, a art. 5(b) zobowiązuje te państwa do zagwarantowania bezpieczeństwa osobistego i jednakowej ochrony przed przemocą i naruszeniem nietykalności cielesnej przez urzędników państwowych czy przez jakąkolwiek jednostkę, grupę lub instytucję. Poza tym, art. 5(f) zobowiązał państwa do ustanowienia zakazu dyskryminacji rasowej i wyeliminowania jej w odniesieniu do korzystania z prawa dostępu do miejsc lub usług przeznaczonych do publicznego użytku, takich jak np. transport, hotele, restauracje, kawiarnie i teatry.

Tak jak w przypadku postanowień MPPOiP i MPPGSiK, tak i postanowienia Konwencji LDR są przedmiotem dynamicznej wykładni dokonywanej przez Komitet LDR⁶⁰. Z przeglądu zaleceń kierowanych do państw-stron wynika, że Komitet LDR poświęca dużo uwagi kwestii ścigania przestępstw na tle rasistowskim lub etnicznym⁶¹. Tak też uczynił na przykład w zaleceniach końcowych (ang. *Concluding observations*) do sprawozdania Polski w 2003 r. Mianowicie, wyraził swój niepokój, że

⁵⁸ W tym kontekście istotna wydaje się kwestia braku realizacji tych zobowiązań odnośnie dyskryminacji Romów. Kwestia ta była wielokrotnie podnoszona przez Radę Praw Człowieka ONZ w ramach procedury Powszechnego Przeglądu Okresowego (ang. *Universal Periodic Review*). Szczególnie krytyczne uwagi na temat braku właściwej ochrony praw Romów sformułowano dotychczas m.in. wobec Węgier (Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Hungary, A/HRC/18/17 z dn. 11 lipca 2011 r.) Rumunii (Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Romania, A/HRC/8/49 z dn. 3 czerwca 2008 r.) oraz Włoch (9 Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Italy, A/HRC/14/4 z dn. 18 marca 2010 r.); szerzej por. A. Gliszczyńska-Grabias, *Stanowisko Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej ONZ wobec problemu dyskryminacji Romów*, s. 70; <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/38626/004.pdf> [dostęp: maj 2015].

⁵⁹ Por. art. 4 pkt. a Konwencji LDR; też. *General Recommendation No. 15 on article 4 of the Convention* (1993), A/48/18; zastąpił on *General Recommendation No. 7*, (1985), A/40/18.

⁶⁰ Podkreślić należy, że Komitet LDR był pierwszym komitetem traktatowym w systemie ONZ. Został on powołany w 1970 r.

⁶¹ Por. art. 4 Konwencji LDR.

niektóre sprawy o podżeganie do nienawiści rasowej zostały umorzone z uwagi na ich niski stopień społecznej szkodliwości. Komitet wyraża pogląd, że, zgodnie z Konwencją, wszystkie takie sprawy są bardzo szkodliwe dla społeczeństwa⁶².

Dalej, zwrócił uwagę na niewłaściwą praktykę polskich organów ścigania odnośnie przypadków „rasowo motywowanego prześladowania i dyskryminacji Żydów, Romów oraz osób pochodzenia afrykańskiego i azjatyckiego”. W konsekwencji tego zalecił aby Polska, po pierwsze „zintensyfikowała wysiłki w celu zwalczania i karania wszelkich takich przypadków”, a po drugie aby funkcjonariusze organów ścigania tudzież organy sądownictwa „były odpowiednio szkolone i instruowane odnośnie tego jak postępować ze zgłoszeniami przestępstw motywowanych rasowo”⁶³.

Z kolei w zaleceniach końcowych (ang. *Concluding Observations*) do sprawozdania Nigerii z 2005 r., Komitet LDR zwrócił uwagę na odpowiedzialność państw-stron w związku z inwestycjami podmiotów prywatnych, zwłaszcza korporacji transnarodowych w przemyśle wydobywczym. Komitet LDR wyraził bowiem zaniepokojenie zamachami, stosowaniem nadmiernej siły, egzekucjami prowadzonymi w trybie doraźnym i innymi nadużyciami wobec członków lokalnych społeczności ze strony funkcjonariuszy organów ścigania jak również pracowników ochrony zatrudnionych przez korporacje naftowe. Skutkiem tego Komitet LDR wezwał Nigerię do przeprowadzenia pełnych i bezstronnych dochodzeń w sprawach domniemanych naruszeń praw człowieka przez funkcjonariuszy organów ścigania oraz przez prywatnych pracowników ochrony, następnie wskazał na konieczność wszczęcia postępowań wobec sprawców i zapewnienia odpowiedniego odszkodowania ofiarom lub ich rodzinom⁶⁴.

W przypadku Gujany zaś Komitet LDR zwrócił uwagę na rozwój przemysłu wydobywczego w tym posiadającym ogromne zasoby bogactw naturalnych kraju i związaną z tym eksploatację gruntów przez firmy zagraniczne⁶⁵, podkreślając, że państwo powinno wydawać pozwolenia na inwestycje po uprzedniej ocenie

⁶² Komitet LDR, *Concluding Observations on Poland*, CERD/C/62/CO/6 (2003), pkt. 9.

⁶³ Komitet LDR, *Concluding Observations on Poland*, pkt. 11.

⁶⁴ Komitet LDR, *Concluding Observations on Nigeria*, CERD/C/NGA/CO/18 (2005), pkt. 19.

⁶⁵ Zob. np. Informacja prasowa UNCTAD, *Kraje poszukują możliwości szybszego wzrostu gospodarczego dzięki inwestycjom zagranicznym w sektorze przemysłu wydobywczego*; dostępna on line: www.paiz.gov.pl/files/?id_plik=8950 [dostęp: luty 2016].

wpływu tych inwestycji na środowisko naturalne oraz z uwzględnieniem praw społeczności lokalnych⁶⁶.

Co więcej, wobec, sąsiadującego z Gujaną, Surinamu, Komitet LDR zalecił, by państwo wymagało od „dużych przedsiębiorstw” (ang. *large business venture*) wkładu w promowanie praw człowieka⁶⁷. Komitet, zaniepokojony brakiem placówek opieki zdrowotnej i edukacyjnych z odpowiednim wyposażeniem, z których mogłaby korzystać ludność rdzenna, zalecił Surinamowi „użycie w umowach zawieranych z dużymi przedsiębiorstwami – po konsultacjach z zainteresowanymi rdzennymi mieszkańcami – postanowień, które precyzują w jaki sposób przedsiębiorstwa te będą przyczyniać się do promowania praw człowieka w takich obszarach jak edukacja”⁶⁸.

Powyższe zalecenia pokazują, że Komitet LDR zwraca uwagę zarówno na naruszenia zakazu dyskryminacji, których dopuszczają się pojedyncze osoby prywatne, jak i osoby prawne, w tym korporacje transnarodowe. Tym samym konsekwentnie rozciąga zakres odpowiedzialności państw-stron na sferę aktywności osób i podmiotów prywatnych, co wszelako budzi sprzeciw niektórych państw – stron. Pośród tych państw-stron są Stany Zjednoczone, które złożyły zastrzeżenie odnośnie zakresu obowiązków związanych z zakazem dyskryminacji rasowej, wyłączając swoją odpowiedzialność za działania osób, grup i organizacji prywatnych⁶⁹. Komitet LDR nie poddaje się jednak i systematycznie podtrzymuje wobec USA zalecenie rozpatrzenie możliwości jeśli nie odstąpienia od tego zastrzeżenia, to przynajmniej węższego jego ujęcia. Uczynił to również w 2008 r., formułując ponownie zaproszeniu do wycofania zastrzeżenia dotyczącego zakresu zobowiązań wynikających z art. 2 Konwencji LDR, stwierdzając, że:

⁶⁶ Komitet LDR, *Concluding Observations on Guyana*, CERD/C/GUY/CO/14 (2006), pkt. 19.

⁶⁷ W tym kontekście por. art. 7 Konwencji LDR.

⁶⁸ Komitet LDR, *Concluding observations on Suriname*, CERD/C/64/CO/9 (2004), pkt. 19; por. też odnośnie Stanów Zjednoczonych Ameryki, *Common core document forming part of the reports of States parties*, RI/CORE/USA/2011, pkt. 205; następnie *List of themes in relation to the combined seventh to ninth periodic reports of United States of America*, CERD/C/USA/7-9 (2014), pkt. 3 *Discrimination against indigenous peoples* (arts. 2–7).

⁶⁹ Por. *Declarations and Reservations*, United States of America, pkt. 2 “(...) the United States does not accept any obligation under this Convention to enact legislation or take other measures under paragraph (1) of article 2, subparagraphs (1) (c) and (d) of article 2, article 3 and article 5 with respect to private conduct except as mandated by the Constitution and laws of the United States”.

Komitet rekomenduje aby państwo-strona rozważyła wycofanie lub zawężenie zakresu swego zastrzeżenia do artykułu 2 Konwencji, a także poszerzenia zakresu ochrony przyznanej przez prawo skierowanej przeciwko przejawom dyskryminacji, których dopuszczają się osoby prywatne, grupy lub organizacje⁷⁰.

Jak dotąd Stany Zjednoczone nie wykonały powyższych zaleceń⁷¹.

KOMITET DO SPRAW LIKWIDACJI DYSKRYMINACJI KOBIET

Zgodnie z przyjętymi ramami artykułu, stanowisko Komitetu LDK odnośnie odpowiedzialności państw za naruszenia praw człowieka przez osoby i podmioty prywatne jest ostatnim z prezentowanych. Na wstępie podkreślić należy, że Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (Konwencja LDK), tak jak Konwencja LDR, wymaga od państw podjęcia wszelkich stosownych kroków w celu likwidacji dyskryminacji kobiet przez jakąkolwiek osobę, organizację lub przedsiębiorstwo⁷². Komitet LDK zwraca zarazem uwagę na szczególną rolę, jaką pełnią kobiety w społeczeństwie, stwierdzając, że

We wszystkich społeczeństwach, w których zadania w sferze prywatnej i związane z prowadzeniem domów, były tradycyjnie wykonywane przez kobiety, uznawane były za coś gorszego [...] Tymczasem tego rodzaju zadania są bezcenne dla przetrwania społeczeństwa, w związku z tym nie może być żadnego usprawiedliwienia dla stosowania odmiennych i dyskryminujących te kobiety przepisów lub zwyczajów⁷³.

⁷⁰ Komitet LDR, *Concluding Observations on the United States of America*, CERD/C/USA/CO/6, (2008), pkt. 11

⁷¹ *List of themes in relation to the combined seventh to ninth periodic reports of United States of America*, CERD/C/USA/7-9 (2014).

⁷² Por. art. 2 pkt. e Konwencji LDK, zgodnie z którym państwa-strony Konwencji LDK potępiają dyskryminację kobiet we wszelkich jej formach oraz zgadzają się prowadzić, za pomocą wszelkich właściwych środków i bez zwłoki, politykę likwidującą dyskryminację kobiet, a w tym celu zobowiązują się podjąć wszelkie stosowne środki celem likwidacji dyskryminacji kobiet przez jakąkolwiek osobę, organizację lub przedsiębiorstwo. Cyt. za: *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe...*, s. 102. Komitet LDK, *General Comment No. 19: Article 23 (The family)*.

⁷³ Komitet LDK, *General Comment No. 21: Article 10 (Humane treatment of persons deprived of their liberty)*, pkt. 11–12.

Konsekwentnie, Komitet LDK w rekomendacji ogólnej (ang. *General comment*) Nr 19 stwierdza, że: „dyskryminacja, o której mowa w Konwencji nie ogranicza się do działania rządu lub w imieniu rządu”⁷⁴, a w rekomendacjach nr 12 wskazuje, że z racji postanowień art. art. 2, 5, 11, 12 i 16 Konwencji LDK państwa-strony powinny podejmować działania mające na celu ochronę kobiet przed każdym rodzajem przemocy, do której dochodzi w rodzinie, w miejscu pracy lub w jakiegokolwiek innej dziedzinie życia społecznego⁷⁵. Komitet LDK wymaga też przyjęcia środków pozytywnych lub podjęcia akcji afirmatywnej na rzecz poprawy sytuacji kobiet na rynku pracy⁷⁶ oraz w sferze życia rodzinnego i prywatnego, między innymi w przypadku rozwodu⁷⁷.

W uwagach końcowych (ang. *Concluding Observations*) do sprawozdania Albanii z 2008 r. Komitet LDK zauważył nadto, że

państwo nie może uchylić się od obowiązków nałożonych przez Konwencję, poprzez ich przekazanie na przykład organizacjom pozarządowym i międzynarodowym społecznościom darczyńców (ang. *international donors*). Chociaż współpraca z sektorem prywatnym jest ważna, to jedynie państwo posiada niezbędne zdolności i zasoby w celu ochrony i realizacji praw kobiet wynikających z Konwencji⁷⁸.

W ten sposób Komitet LDK nawiązał do procesu prywatyzacji funkcji państwowych, które rodzą pytania dotyczące obowiązków w zakresie ochrony praw człowieka.

Ten istotny problem został dostrzeżony również przez Komitet PCz, który wyraził zaniepokojenie m.in. brakiem mechanizmów kontroli prywatnych zakładów

⁷⁴ Komitet LDK, *General Comment No. 19: Article 23 (The family)*.

⁷⁵ Komitet LDK, *General Recommendation No. 12: Violence against women*.

⁷⁶ Komitet LDK, *Concluding Observations on Fiji*, U.N. Doc. A/57/38 (Part I), pkt. 24–70 (2002); zob. też Komitet LDK, *Concluding Observations on Estonia*, U.N. Doc. A/57/38 (2002), pkt. 107 “(...) the situation of young women who face additional difficulties in the labor market owing to the domestic and family responsibilities assigned to them, placing them in a vulnerable position and leading to a higher incidence in part-time or temporary work among them); w tym samym duchu, por. Komitet LDK, *Concluding Observations: Slovenia*, U.N. Doc. CEDAW/C/SYN/CO/4 (2008), pkt. 100.

⁷⁷ Komitet LDK, *Concluding Observations on Luxemburg*, U.N. Doc. CEDAW/C/LUX/CO/5 ; por. też Ch. Forster, *Advancing the implementation of CEDAW in the Cook Islands: good practice approaches to a civil family law bill*, UNDP Pacific Centre, 2011, pkt. 3.1.–3.4.

⁷⁸ Komitet LDK, *Concluding Observations on Albania*, U.N. Doc. A/58/38, Part I (2008), pkt. 80.

karnych oraz faktem, że najemne firmy prywatne podejrzane o stosowanie tortur oraz okrutne, nieludzkie i poniżające traktowanie w ośrodkach detencyjnych i śledczych nie są pociągane do odpowiedzialności⁷⁹. W uwagach końcowych (ang. *Concluding Observations*) do sprawozdania Nowej Zelandii z 2002 r., Komitet PCz, przyjmując z zadowoleniem informację, że państwo-strona zdecydowało, że wszystkie więzienia będą zarządzane publicznie po wygaśnięciu umowy w lipcu 2005 oraz że firmy najemne mają przestrzegać Minimalnych Standardowych Zasad ONZ dotyczących Postępowania z Więźniami (ang. *United Nations Minimum Standards for the Treatment of Prisoners*). Komitet PCz wyraził jednak swoje obawy czy praktyka prywatyzacyjna w obszarze, w którym państwo jest odpowiedzialne za ochronę praw osób, których pozbawiło wolności, skutecznie uczyni zadość zobowiązaniom państwa-strony wynikającym z MPPOiP oraz własnej odpowiedzialności za wszelkie naruszenia⁸⁰.

Z kolei w uwagach końcowych (ang. *Concluding Observations*) do sprawozdania Stanów Zjednoczonych z 2006 r., Komitet PCz zasugerował, że ośrodki detencji w Zatoce Guantanamo, w Afganistanie, w Iraku i w innych miejscach, prowadzone przez przedstawicieli rządu Stanów Zjednoczonych, niezależnie od tego, czy działały jako część struktur wojskowych czy w ramach prywatnych kontraktów, znajdują się pod jurysdykcją państwa i w związku z tym podlegają jego obowiązkom wynikającym z MPPOiP. Zdaniem Komitetu PCz

Państwo-Strona powinno przeprowadzić szybkie i niezależne dochodzenie w sprawie wszystkich zarzutów dotyczących podejrzanych przypadków śmierci, stosowania tortur lub okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania ze strony jego personelu (w tym dowódców) jak również pracowników firm najemnych, w ośrodkach detencyjnych w Zatoce Guantanamo, Afganistanie, Iraku i innych miejscach⁸¹.

Komitet PCz zalecił dodatkowo, by Stany Zjednoczone przeszkoliły pracowników firm najemnych (ang. *contract employees*) zatrudnionych w ośrodkach detencyjnych „w zakresie ich obowiązków i odpowiedzialności na gruncie art. 7 i 10 Paktu” w celu zapobieżenia powtarzaniu się przypadków naruszenia⁸².

⁷⁹ Komitet PCz, *Concluding Observations on the USA* z 2006 r., pkt. 13-14; Komitet PCz, *Concluding Observations on New Zealand*, UN Doc. CCPR/CO/75/NZL, 7 August 2002, pkt 13.

⁸⁰ Komitet PCz, *Concluding Observations on New Zealand* z 2002 r., pkt 13.

⁸¹ Komitet PCz, *Concluding Observations on the USA* z 2006 r., pkt. 14–15, pkt 18.

⁸² Komitet PCz, *Concluding Observations on the USA* z 2006 r., pkt 14.

UWAGI KOŃCOWE

Przeprowadzona analiza stanowiska czterech komitetów traktatowych ONZ w kwestii odpowiedzialności państwa za naruszenia praw człowieka dokonane przez osoby i podmioty prywatne wydaje się potwierdzać generalną zmianę w podejściu do międzynarodowej odpowiedzialności państw z tytułu naruszeń praw człowieka, a więc ewolucję w kierunku jej poszerzania, tak aby uczynić państwa w pełni odpowiedzialnymi za działania i zaniechania osób i podmiotów prywatnych. Jednym z najważniejszych narzędzi tej zmiany jest tzw. doktryna zobowiązań pozytywnych, poprzez które komitety praw człowieka mogą kierować żądania podjęcia przez państwa określonych, pozytywnych działań, które tym samym, ograniczą swobodę działania osób i podmiotów prywatnych w sytuacji, gdy w grę wchodzi prawa innych osób lub ważne interesy publiczne.

W wielu sytuacjach wydaje się być to koniecznością i odzwierciedla współczesne realia społeczne i prawne.

Anna Szarek-Zwijacz*

**PROTOKÓŁ FAKULTATYWNY
DO KONWENCJI O PRAWACH DZIECKA
DOTYCZĄCY PROCEDURY ZAWIADOMIEŃ
– RZECZYWISTE WZMOCNIENIE
OCHRONY PRAW DZIECI?**

WPROWADZENIE

W dniu 14 kwietnia 2014 r. zaczął obowiązywać najnowszy, trzeci Protokół Fakultatywny do Konwencji o Prawach Dziecka dotyczący procedury zawiadomień (dalej: III Protokół)¹. Udało się zatem w roku, w którym świętuje się 25-lecie Konwencji o Prawach Dziecka (dalej: Konwencja PD)², doprowadzić

* dr Anna Szarek-Zwijacz, Katedra Prawa Międzynarodowego i Amerykańskiego, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL

¹ Protokół Fakultatywny do Konwencji o Prawach Dziecka dotyczący procedury zawiadomień został przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 19 grudnia 2011 r. (rezolucja 66/138), a następnie otwarty do podpisu w dniu 28 lutego 2012 r., tekst Protokołu: A/Res/66/138, Annex. Autorka korzystała także z tekstu w języku polskim opublikowanego na stronie internetowej Rzecznika Praw Dziecka http://brpd.2012korczak.pl/sites/default/files/iii_protokol_2014.pdf [dostęp: 2.10.2014].

² Konwencja o Prawach Dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991 Nr 120, poz. 526.

do wejścia w życie³ umowy wprowadzającej m.in. mechanizm zawiadomień indywidualnych dla ofiar naruszeń praw gwarantowanych jej postanowieniami. Okres ćwierćwiecza, dzielący moment przyjęcia Konwencji PD i wejście w życie III Protokołu, jest czasem, w którym cały system traktatowy ONZ przeszedł znaczącą ewolucję, która polegała nie tylko na opracowaniu nowych konwencji regulujących ochronę kolejnych grup osób (pracownicy migrujący⁴ i osoby niepełnosprawne⁵) oraz zwalczanie szczególnie poważnych naruszeń (problem wymuszonych zaginięć⁶), ale przede wszystkim na wprowadzeniu (głównie dzięki protokołom dodatkowym) mechanizmów służących kontroli przestrzegania gwarantowanych praw, zarówno w odniesieniu do wcześniej istniejących, jak i nowych traktatów⁷.

Polska, która podpisała III Protokół dnia 13 września 2013 r.⁸ staje przed wyzwaniem dotyczącym procedury ratyfikacji tej umowy. Warto zatem przyrzeć się dokładniej nowemu protokołowi, stanowiącemu, jak to obrazowo ujął G. de Beco, „brakujący puzzel” (*the last piece of puzzle*) w systemie traktatowym ochrony praw człowieka ONZ⁹. Jak należy oceniać dokument, który „domyka” ten system przede wszystkim poprzez wyposażenie jednostek w mechanizm zawiadomienia indywidualnego do Komitetu Praw Dziecka (dalej: Komitet PD) – jedyne organu traktatowego, który dotychczas takiego mechanizmu kontrolnego wśród swoich kompetencji nie posiadał? Przedmiotem niniejszego artykułu będzie

³ Obecnie stronami Protokołu jest 17 państw: Albania, Andora, Argentyna, Belgia, Boliwia, Kostaryka, Salwador, Gabon, Niemcy, Irlandia, Monako, Czarnogóra, Portugalia, Słowacja, Hiszpania, Tajlandia i Urugwaj. Informacje na temat stanu związania tą i innymi umowami systemu traktatowego ochrony praw człowieka ONZ pochodzą z bazy traktatowej ONZ: <https://treaties.un.org/> [dostęp: 5.5.2015].

⁴ Konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i członków ich rodzin, przyjęta w Nowym Jorku dnia 18 grudnia 1990 r., UN Doc. A/45/49, s. 261–273, tekst polski: „Studia Prawnicze KUL” 2007, nr 2–3 (30–31), s. 139–178.

⁵ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r., Dz.U. 2012, poz. 1169.

⁶ Konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem, przyjęta w Nowym Jorku dnia 20 grudnia 2006 r., UN Doc. A/61/177, tekst polski w bazie traktatowej MSZ: <http://www.traktaty.msz.gov.pl/fd.aspx?f=P0000021014.pdf> [dostęp: 2.10.2014].

⁷ Szerzej zob. m.in. A. Przyborowska-Klimczak, A. Szarek, *Rozwój praktyki traktatowej w dziedzinie międzynarodowej ochrony praw człowieka*, [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszora-Kostrzewa (red.), *40 lat minęło – praktyka i perspektywy Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów*, Warszawa 2009, s. 267–285.

⁸ Jest tym samym w gronie 49 sygnatariuszy Protokołu (stan na dzień 5.5.2015 r.).

⁹ G. de Beco, *The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: Good News?*, „Human Rights Law Review” 2013 (Vol. 13), nr 2, s. 367.

analiza postanowień III Protokołu i próba odpowiedzi na postawione w tytule pytanie, czy przyjęte w nich rozwiązania rzeczywiście wzmacniają ochronę praw dzieci, stanowiąc skuteczną odpowiedź na współczesne naruszenia tych praw.

**POTRZEBA WPROWADZENIA
PROCEDURY ZAWIADOMIEŃ INDYWIDUALNYCH
W ZWIĄZKU Z NARUSZENIAMI PRAW DZIECKA
– PODSTAWOWY PROBLEM
PRZED ROZPOCZĘCIEM PRAC NAD III PROTOKOŁEM**

Pomysł przyjęcia procedury zawiadomień indywidualnych do Konwencji PD pojawił się wprawdzie już podczas prac nad tekstem tejże konwencji, nie uzyskał jednak wystarczającego poparcia¹⁰. Idea wprowadzenia tego mechanizmu ochrony powróciła na początku XXI w. O podjęcie odpowiednich kroków w tym kierunku apelował przede wszystkim sam Komitet PD. W 2003 r. wydany został Komentarz Ogólny nr 5, poświęcony problematyce implementacji Konwencji PD, w którym zwrócono uwagę, że specjalny i zależny status dzieci powoduje trudności w realizacji środków zaradczych w przypadku naruszenia ich praw¹¹. Tymczasem, jak podkreślił Komitet, *“For rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations”*¹², a poszczególne prawa, zarówno gospodarcze, społeczne i kulturalne, jak też osobiste i polityczne, muszą być zaskarżalne (*justiciable*)¹³. W stwierdzeniu o konieczności istnienia środków dochodzenia w przypadku naruszeń praw istotne jest to, że odnosi się ono nie tylko do wszystkich praw człowieka, ale także podkreśla, że dotyczy to praw każdego człowieka – a zatem również praw dziecka. Dzieci nie mogą więc być traktowane jako „mini human beings with mini human rights”¹⁴, ale jako „rights-holders”, a nawet „rights enforcers”.

¹⁰ Y. Lee, *Communications procedure under the Convention on the Rights of the Child: 3rd Optional Protocol*, “International Journal of Children’s Rights” 2010, Vol. 18, s. 568.

¹¹ General Comment No 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), CRC/GC/2003/5, par. 24.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, par. 25.

¹⁴ Przemówienie Maud de Boer-Buquicchio, zastępcy Sekretarza Generalnego Rady Europy na temat „Violence Against Children: trafficking, corporal punishment and sexual exploitation” 20.11.2004 r., cyt. za: Joint Submission presented by International Catholic Child Bureau (ICCB), International Save the Children Alliance, Kindemthilfe, Plan International, Inc., SOS Children’s

Choć praktycznie powszechna akceptacja Konwencji PD¹⁵ każe domniemywać, iż członkowie społeczności międzynarodowej nie mają wątpliwości, że dzieci posiadają prawa, które należy respektować, to jednak nie zawsze przekłada się to na przekonanie o konieczności wyposażenia ich w instrumenty prawne umożliwiające osobiste dochodzenie roszczeń w przypadku ich naruszenia. Może to wynikać m.in. z faktu, iż, jak zauważa T. Smyczyński, ze względu na niedojrzałość fizyczną i psychiczną „(t)ylko dziecko nie jest w stanie samodzielnie domagać się respektowania swych praw”, w związku z czym prawa dziecka „mogą być realizowane tylko przez dorosłych, i to nie tylko na płaszczyźnie prawa międzynarodowego, ale i krajowego”¹⁶.

Jednym z podstawowych zagadnień, które było dyskutowane przed przyjęciem III Protokołu, była zatem kwestia zdolności dzieci do występowania w procedurach międzynarodowych i ewentualnej ich obowiązkowej reprezentacji. W krajowych porządkach prawnych dzieci nie mają bowiem, lub mają ograniczoną zdolność do samodzielnego działania¹⁷. Jak zaznaczali jednak przedstawiciele organizacji pozarządowych (NGO), w już istniejących międzynarodowych procedurach dochodzenia praw przez jednostki, zarówno procedurach zawiadomień indywidualnych do organów traktatowych, jak i skarg do regionalnych trybunałów praw człowieka, w tym do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nie ma żadnych ograniczeń i wymogów dotyczących zdolności jednostki do ich samodzielnego wniesienia: może to zrobić „każda osoba/jednostka” („everyone”, „any person”, „any individual”)¹⁸. Warto podkreślić, że nie wprowadzono ich także w odniesieniu

Villages International, International Federation Terre des Hommes (IFTDH), World Vision International, World Organisation Against Torture (OMCT) and the Child Rights Information Network (CRIN), the Global Initiative to End Corporal Punishment, the NGO Group for the CRC, Youth Empowerment Alliance, Inc. to the Open-Ended Working Group on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, Human Rights Council, Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child First session Geneva, 14–18 December 2009, A/HRC/WG.7/1/CRP5 (dalej jako: Joint Submission), s. 7.

¹⁵ Postanowieniami Konwencji jest obecnie związanych 195 stron (stan na 5.5.2015 r.).

¹⁶ T. Smyczyński, *Ochrona praw dziecka*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 112–113.

¹⁷ Jak zwracał uwagę zarówno Komitet PD, jak i UNICEF, w związku z faktem, że kwestia reprezentacji prawnej dzieci (w tym bezpłatnej pomocy prawnej) w wielu państwach nie jest odpowiednio uregulowana, ich dostęp do sądów krajowych jest często bardzo utrudniony, przez co prawo do bycia wysłuchanym, zawarte w art. 12 Konwencji PD, nie jest respektowane, zob. szerzej Joint Submission, s. 8.

¹⁸ *Ibidem*, s. 13.

do możliwości składania zawiadomień indywidualnych na podstawie Protokołu do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych¹⁹, z której mogą korzystać m.in. osoby z niepełnosprawnością umysłową, a zatem osoby, które w krajowych porządkach prawnych również mogą mieć ograniczoną zdolność do samodzielnego działania. Ten brak ograniczeń wynika z faktu, iż podstawowe traktaty dotyczące praw człowieka dotyczą wszystkich osób – a zatem również dzieci, wszystkim zatem powinno przysługiwać prawo do ich odpowiedniej ochrony.

Dotychczasowa praktyka pokazuje, że zarówno w organach traktatowych systemu ONZ, jak i w trybunałach praw człowieka były już rozpatrywane sprawy wniesione przez dzieci, aczkolwiek spraw samodzielnie wniesionych było bardzo mało, najczęściej były to sprawy wniesione przez rodziców (lub np. dziadków) w imieniu własnym i dzieci²⁰. Możliwość samodzielnego wnoszenia spraw przez dzieci uznał jednak zarówno rozpatrujący najwięcej zawiadomień indywidualnych w systemie traktatowym ONZ Komitet Praw Człowieka²¹, jak i Europejski Trybunał Praw Człowieka²².

Możliwość samodzielnego wniesienia sprawy będzie w rzeczywistości oczywiście uzależniona od dojrzałości dziecka i jego faktycznej zdolności do zrozumienia i skorzystania z przysługujących mu praw – pojęcie dziecka obejmuje bowiem zarówno bardzo małe dzieci (nawet niemowlęta), jak i osoby stojące u progu dorosłości²³. Kwestia ta jednak nie jest uzależniona jedynie od wieku – ale także

¹⁹ Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z 13 grudnia 2006 r. (rezolucja A/Res/61/106, Aneks II).

²⁰ P. Jaros powołuje się na dane Sekretariatu ONZ, z których wynika, że jedynie 2–2,5% spraw rozpatrywanych w systemie traktatowym odnosi się do sytuacji z udziałem dzieci, P. Jaros, *Ochrona praw dziecka w konfliktach zbrojnych a III Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka*, [w:] E. Karska (red.), *Prawa dziecka w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 223.

²¹ S. Joseph, J. Schulz, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford 2004, s. 72. Zob. np. sprawa *Damian Thomas przeciwko Jamajce*, gdzie zawiadomienie wniósł 16-letni chłopak (nie był on reprezentowany przez pełnomocnika), który skarżył się z powodu tego, iż był bity i traktowany w sposób poniżający w więzieniu, ponadto podczas pobytu w więzieniu nie był odseparowany od dorosłych (CCPR/C/65/D/800/1998). Warto podkreślić, że zdolność do występowania przed Komitetem jest przez ten organ oceniana w sposób niezależny od regulacji wewnętrznych danego państwa, dotyczących zdolności jednostek do występowania przed sądami krajowymi (sprawa *P.S. przeciwko Danii* CCPR/C/45/D/397/1990, pkt 5.2).

²² Jako przykład wniesionej skutecznie przez dziecko skargi w systemie europejskim podaje się najczęściej sprawę *Tyrer przeciwko Wielkiej Brytanii* (Application no. 5856/72, Wyrok z 25.4.1978 r.), w której skargę z powodu stosowania wobec niego kary cielesnej w szkole wniósł 16 letni chłopak.

²³ Zgodnie z art. 1 Konwencji PD, „dziecko” oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej 18 lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność.

np. od wykształcenia czy też doświadczeń życiowych, podobnie zresztą jak u osób dorosłych, które niejednokrotnie również nie są w stanie samodzielnie wykorzystywać możliwości dochodzenia swoich praw za pomocą procedur międzynarodowych. Dlatego trafnie wydają się ujmować to stanowisko NGO, iż zamiast przesądzać, że dzieci są niezdolne do korzystania z tego rodzaju procedur, należy stworzyć procedurę uwzględniającą rozwój ich zdolności²⁴. Oczywiście jest ponadto, że, podobnie jak dorośli wnoszący sprawy w ramach procedur międzynarodowych, również dzieci w zdecydowanej większości przypadków będą korzystać z pomocy pełnomocników, zapewne najczęściej swoich rodziców²⁵. Zamiast zatem wykluczyć możliwość składania zawiadomień przez dzieci, należy stworzyć procedurę, która byłaby jak najbardziej „child-friendly” – co zwiększyłoby prawdopodobieństwo, że przynajmniej część z nich będzie z niej jednak mogła skorzystać samodzielnie, a z drugiej strony przez odpowiednie skonstruowanie przepisów spróbować zapewnić im dostęp do pomocy prawnej i zmniejszyć prawdopodobieństwo manipulowania dzieckiem przez ewentualnych pełnomocników.

Nie powinien też zostać uznany za przekonujący argument, że skoro dzieci mogą korzystać z możliwości wnoszenia spraw dotyczących naruszeń ich praw do innych organów traktatowych, a nawet trybunałów praw człowieka, to procedura zawiadomień indywidualnych na naruszenia Konwencji PD będzie dublowaniem dotychczasowych instrumentów działania na płaszczyźnie międzynarodowej. Wiele praw zawartych w Konwencji PD to prawa o wyjątkowym charakterze²⁶ – uwzględniającym specyfikę dziecka jako podmiotu praw i potrzebę jego szczególnej ochrony jako osoby słabszej i niedoświadczonej, a ponadto znajdującej się w szczególnych relacjach rodzinnych, przede wszystkim z rodzicami²⁷ (w przeciwnym razie,

²⁴ Joint Submission, s. 14.

²⁵ N. Vuckovic Sahovic podkreśla, że obecnie w ramach innych procedur międzynarodowych w sprawach, gdzie za wnoszącego sprawę uznane było dziecko, w bardzo wielu przypadkach sprawy te były sporządzane i wnoszone przez dorosłych reprezentujących dzieci – podobnie jak w przypadku dorosłych, którzy też rzadko obywają się bez pomocy pełnomocnika; Feasibility of a communication procedure under the Convention on the Rights of the Child. Submission by Dr. Nevena Vuckovic Sahovic, Human Rights Council Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child First session Geneva, 14–18 December 2009, A/HRC/WG.7/1/CRP1, pkt. 7.

²⁶ W cytowanym Joint Submission wyszczególniono listę 16 takich praw z Konwencji PD, które zostały zawarte jedynie w tej umowie lub też są „dopasowane” pod kątem szczególnej sytuacji dzieci, *ibidem*, s. 9.

²⁷ Por. M. Andrzejewski, *Swoistość praw dziecka*, [w:] R. Hliwa, A. N. Schulz (red.), *Prawa dziecka, prawa rodziny. 30 lat Poznańskiego Zakładu Instytutu Nauk Prawnych PAN*, Poznań 2003, s. 85.

w sytuacji istnienia tylu różnych innych traktatów chroniących prawa człowieka, w taki sam sposób można by było podważać sens istnienia samej Konwencji).

Wydaje się zatem, że sama idea wprowadzenia procedury zawiadomień indywidualnych do Konwencji o prawach dziecka ma swoje racjonalne uzasadnienie, choć niewątpliwie jest sprawą dyskusyjną, co potwierdziło się podczas prac nad III Protokołem.

PRZEBIEG PRAC NAD III PROTOKOŁEM

W 2008 r., po objęciu przewodniczenia Komitetowi PD przez Korkanę, panią Yanghee Lee, organ ten zaczął na forum III Komitetu Zgromadzenia Ogólnego ONZ oficjalnie apelować o podjęcie kroków w celu stworzenia mechanizmu umożliwiającego składanie zawiadomień indywidualnych dotyczących naruszeń Konwencji PD²⁸. Pozytywnie o możliwości podjęcia negocjacji nad opracowaniem trzeciego protokołu fakultatywnego, który wprowadzałby taką procedurę, wypowiadał się wówczas przedstawiciel Francji, prezentujący stanowisko Unii Europejskiej²⁹. Okazją do podjęcia prac miała być zbliżająca się w tym czasie 20. rocznica przyjęcia Konwencji.

Intensywne działania lobbingowe Komitetu PD i NGO doprowadziły do podjęcia tego tematu na forum Rady Praw Człowieka. W rezolucji z 17 czerwca 2009 r. powołała ona Grupę Roboczą, powierzając jej początkowo mandat jedynie „zbadać możliwości opracowania protokołu fakultatywnego do Konwencji o Prawach Dziecka wprowadzającego mechanizm zawiadomień, uzupełniający procedurę sprawozdań przewidzianą w Konwencji”³⁰. Niewiele jednak zabrakło, aby z powodów finansowych już na początku prace Grupy zostały zablokowane. Ponieważ w tekście rezolucji nie wskazano podstaw prawnych, które zapewniłyby im odpowiedni budżet (w szczególności środków związanych z koniecznością tłumaczenia tekstów na sześć języków roboczych), istniała realna obawa, że do przeprowadzenia zaplanowanego na pięć dni roboczych spotkania Grupy w grudniu

²⁸ Zob. przemówienie Przewodniczącej Komitetu PD Yanghee Lee na posiedzeniu III Komitetu ZO ONZ, w którym podkreśliła inicjatywę wysuniętą przez organizacje pozarządowe dotyczącą stworzenia mechanizmu zawiadomień indywidualnych podobnego do tych, które istnieją przy wszystkich innych organach traktatowych, co znacząco wpłynęłoby na ochronę praw dzieci, Third Committee summary record of the 13th meeting held at Headquarters, New York, 15 October 2008, A/C.3/63/SR.13, pkt 18, s. 3.

²⁹ *Ibidem*, pkt 49, s. 6.

³⁰ Rezolucja A/HRC/RES/11/1.

2009 r. w ogóle nie dojdzie. Jak wspomina uczestnicząca w tych wydarzeniach Y. Lee, dopiero „w ostatniej chwili”, na skutek nadzwyczajnych zabiegów i po skróceniu do trzech dni czasu trwania prac, udało się doprowadzić do ich rozpoczęcia³¹. Nie wystarczyło to jednak do przeprowadzenia wnikliwej debaty i przyjęcia tekstu rekomendacji przygotowanego przez Sprawozdawcę Grupy, słowackiego dyplomatę Drahoslava Štefánka. Opracowany został jedynie raport w tej sprawie³². Przedstawiał on wnioski z debaty generalnej i wystąpień ekspertów. W ramach debaty generalnej kilku delegatów podkreślało przede wszystkim, iż w projektowanym protokole nie powinno się jedynie powtórzyć istniejących przy innych umowach procedur zawiadomień indywidualnych, ale ze względu na specyfikę Konwencji (i praw dzieci) powinno się rozważyć jego wartość dodaną (*its added value*)³³. Prezentująca stanowisko Komitetu PD jego Przewodnicząca Y. Lee poinformowała, że jego członkowie przez półtora roku debatowali nad wadami i zaletami przyznania dzieciom prawa do wnoszenia zawiadomień indywidualnych, dochodząc ostatecznie do wniosku, że jest to nie tylko wykonalne i możliwe, ale i konieczne³⁴. Podkreśliła przy tym, że od czasu przyjęcia w 2008 r. Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (MPPGSK), przewidującego zawiadomienia indywidualne w związku z naruszeniami praw socjalnych, „*the question of justiciability of these rights was no longer an issue*”, a zatem nie ma już przeszkód do wprowadzenia tej procedury w odniesieniu do Konwencji PD, co samo w sobie uznawała za od dawna wyczekiwane (*long overdue*)³⁵.

Pierwszy raport Grupy Roboczej został przedstawiony Radzie Praw Człowieka podczas jej 13 sesji. Na tej podstawie, na posiedzeniu w dniu 24 marca 2010 r., Rada podjęła decyzję o przedłużeniu mandatu Grupy do swojej 17 sesji, jednocześnie rozszerzając jej kompetencje przez powierzenie jej opracowania tekstu protokołu fakultatywnego. Zadanie przygotowania propozycji projektu takiego dokumentu otrzymał Przewodniczący Grupy, Drahoslav Štefánek, który miał uwzględnić wnioski z debaty przeprowadzonej podczas jej pierwszej sesji, a także stanowiska Komitetu PD i innych ekspertów³⁶.

³¹ Y. Lee, *Communications procedure...*, s. 571–572.

³² Report of the open-ended working group to explore the possibility of elaborating an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, A/HRC/13/43. Raport został przyjęty ad referendum 18 grudnia 2009 r. (pkt 88).

³³ *Ibidem*, pkt 20.

³⁴ *Ibidem*, pkt 27.

³⁵ *Ibidem*, pkt 28.

³⁶ Rezolucja Rady Praw Człowieka nr 13/3: Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications

Druga sesja Grupy została podzielona na dwie części: od 6 do 10 grudnia 2010 r. i od 10 do 16 lutego 2011 r. Dzięki temu jej członkowie mieli więcej czasu na zaproponowanie poprawek do pierwotnego projektu, przedstawionego przez Przewodniczącego na początku jej prac³⁷. Jego zrewidowana wersja³⁸, uwzględniająca sugestie państw, stała się podstawą do przyjęcia, w drodze konsensusu, ostatecznego tekstu projektu³⁹. Tuż po jego przyjęciu przedstawiciele Międzynarodowej Komisji Prawników oraz innych organizacji pozarządowych zwracali uwagę na nadzwyczaj szybkie tempo opracowania tego dokumentu i w konsekwencji brak czasu na pogłębioną debatę, sugerując jej potrzebę w kontekście dalszych prac na forum Rady Praw Człowieka. Mimo tych zastrzeżeń, projekt ten został przedstawiony⁴⁰ i poddany pod głosowanie podczas sesji Rady Praw Człowieka, która przyjęła go bez poprawek dnia 17 czerwca 2011 r.⁴¹. W tej samej formie został on przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ⁴².

CHARAKTERYSTYKA III PROTOKOŁU I JEGO POSTANOWIENIA OGÓLNE

III Protokół liczy łącznie 24 artykuły poprzedzone rozbudowanym wstępem, zawierającym główne założenia przyjmowanego dokumentu, który zgodnie

procedure, pkt 2 i 3, Report of the Human Rights Council on its thirteenth session, UN Doc. A/HRC/13/56.

³⁷ Proposal for a draft optional protocol prepared by the Chairperson-Rapporteur of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, UN Doc. A/HRC/WG.7/2/2.

³⁸ Revised proposal for a draft optional protocol prepared by the Chairperson-Rapporteur, UN Doc. A/HRC/WG.7/2/4. (dalej: Revised proposal).

³⁹ Draft optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, UN Doc. A/HRC/17/36, Annex.

⁴⁰ W dniu 6 czerwca 2011 r. podczas 17 sesji (13 posiedzenie) przewodniczący Grupy Roboczej przedstawił raport z jej drugiej sesji, łącznie z tekstem projektu Protokołu; Report of the Human Rights Council on its seventeenth session, UN Doc. A/HRC/17/2, pkt 239.

⁴¹ Tamże, pkt 243–247 (przyjęte zostały jedynie ustne poprawki do tekstu rezolucji, ale nie dotyczyły one tekstu Protokołu).

⁴² Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure. Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2011, UN Doc. A/RES/66/138.

z ogólnymi zasadami interpretacji traktatów przyjętymi w Konwencji wiedeńskiej z 1969 r.⁴³, będzie miał duże znaczenie przy dokonywaniu wykładni jego postanowień⁴⁴. Treść Protokołu podzielona jest na 4 części, które dotyczą kolejno: postanowień ogólnych, procedury zawiadomień, procedury postępowania wyjaśniającego oraz postanowień końcowych.

Ponieważ omawiany Protokół jest już szóstym protokołem fakultatywnym w systemie ochrony praw człowieka ONZ wprowadzającym procedury kontrolne, w tym piątym, który wprowadza procedurę zawiadomień indywidualnych⁴⁵, w jego treści można odnaleźć konstrukcje prawne znane już z tych poprzednich umów, przede wszystkim z przyjętego stosunkowo niedawno (aczkolwiek po wielu latach dyskusji) Protokołu Fakultatywnego do MPPGSK⁴⁶. Z drugiej strony, jego twórcy starali się także wprowadzić pewne ulepszenia, kierując się dotychczasowymi doświadczeniami funkcjonowania poszczególnych mechanizmów kontrolnych. Podstawowym założeniem było jednak przede wszystkim wprowadzenie takich rozwiązań, aby procedury, które reguluje III Protokół, były „child-friendly”,

⁴³ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów przyjęta dnia 23 maja 1969 r. (KWPT), Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439, załącznik.

⁴⁴ Stanowiąc integralną część umowy, będzie jednocześnie elementem „kontekstu”, zdefiniowanego w art. 31 ust. 2 KWPT, należącego do podstawowych czynników uwzględnianych w procesie interpretacji umowy, w szczególności w procesie ustalania jej przedmiotu i celu; szerzej o roli wstępu A. Kozłowski, *Interpretacja traktatu międzynarodowego w świetle jego kontekstu*, Warszawa 2002, s. 90–99.

⁴⁵ Zawiadomienia indywidualne zostały wprowadzone na podstawie I Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r., (Dz.U. 1994 Nr 23, poz. 80, załącznik), Protokołu Fakultatywnego do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 6 października 1999 r. (Dz.U. 2004 Nr 248, poz. 2484), Protokołu Fakultatywnego do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych oraz Protokołu Fakultatywnego do MPPGSK z 10 grudnia 2008 r. (rezolucja A/RES/63/117, Aneks I). Inny charakter ma natomiast Protokół Fakultatywny do Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania przyjęty dnia 18 grudnia 2002 r. (Dz.U. 2007 Nr 30, poz. 192). Jego jedynym celem było wprowadzenie zupełnie odmiennego od pozostałych znanych w systemie traktatowym ochrony praw człowieka ONZ mechanizmów kontroli, uzasadnionego specyfiką Konwencji o zakazie tortur z 1984 r. – tj. wizyt prewencyjnych w miejscach, w których przebywają osoby pozbawione wolności, ustanowiono też dla potrzeb tego Protokołu specjalny organ traktatowy: Podkomitet ds. Prewencji (rozwiązania te były wzorowane na przepisach Europejskiej konwencji o zapobieganiu torturom oraz niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu z 1987 r., Dz.U. 1995 Nr 46, poz. 238).

⁴⁶ Protokół przyjęty 10 grudnia 2008 r. wszedł w życie 5 maja 2013 r. i wiąże obecnie 20 państw (stan na 5.5.2015).

czy też „child-sensitive”, a zatem nadawały się i były łatwe do wykorzystania przez dzieci.

Omawiany dokument jest pierwszym protokołem wprowadzającym mechanizmy kontrolne w systemie traktatowym ochrony praw człowieka ONZ, w którym zostały wyróżnione postanowienia ogólne. Zdecydowano się na ten krok nie tylko z powodu chęci „wyciągnięcia przed nawias” niektórych kwestii odnoszących się do wszystkich pozostałych postanowień tej umowy, ale także po to, by podkreślić ich znaczenie. Oprócz generalnego określenia kompetencji Komitetu PD wynikających z III Protokołu (art. 1) uwypuklono przede wszystkim konieczność poszanowania reguł wynikających ze specyfiki praw dziecka – na czele z zasadą najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka (*principle of the best interests of the child*)⁴⁷, którą ma kierować się Komitet PD, wykonując wszystkie funkcje powierzone mu postanowieniami III Protokołu. Wyrazem tego jest także potrzeba uwzględniania praw i poglądów dziecka, z tym że poglądom tym powinno się przypisać odpowiednią wagę w zależności od wieku i stopnia dojrzałości dziecka (art. 2).

Szczególnym problemem, który może w związku z tym się pojawić, jest niebezpieczeństwo manipulowania dzieckiem przez osobę, która je reprezentuje, dlatego też przewidując w art. 3 uchwalenie przez Komitet PD szczegółowego regulaminu⁴⁸, jako kwestię, która obligatoryjnie powinna się tam znaleźć, wymieniono właśnie zabezpieczenia przed tym procederem. W kontekście możliwych manipulacji zapewne należy odczytywać postanowienie (włączone do tego samego ust. 2 art. 3) o możliwości odrzucenia przez Komitet PD zawiadomienia, jeśli stwierdzi, że nie służy ono zabezpieczeniu interesów dziecka. Tym samym warunek „służenia zabezpieczeniu interesów dziecka” można uznać za podstawowy, wstępny warunek dopuszczalności całego postępowania w sprawach zawiadomień indywidualnych.

⁴⁷ Już po przyjęciu III Protokołu, w 2013 r. Komitet PD wydał Komentarz ogólny nr 14 poświęcony wyłącznie temu zagadnieniu, w którym najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka, wyrażające jedną z podstawowych wartości leżących u podstaw Konwencji PD, zostało uznane za prawo, zasadę i normę proceduralną, którą Komitet PD stosuje jako „konceptę dynamiczną” (*a dynamic concept*) wymagającą odpowiedniej oceny w zależności od kontekstu, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14, par. 1.

⁴⁸ Regulamin taki został przyjęty podczas 62 sesji Komitetu PD odbywającej się w dniach 14 stycznia – 1 lutego 2013 r.: Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, CRC/C/62/3 (dalej: Rules of procedure).

Część pierwszą III Protokołu kończy art. 4, w którym przewidziano środki ochronne, jakie powinny być zagwarantowane osobom współpracującym z Komitetem PD. Warto przy tym zwrócić uwagę, że w porównaniu do tego rodzaju klauzul znanych z innych umów wprowadzających mechanizmy kontrolne zakładające współpracę osób fizycznych z organami traktatowymi⁴⁹, została ona rozszerzona o postanowienie dotyczące ochrony prywatności tych osób. Przyjęto bowiem, że tożsamość danej osoby lub grupy osób nie będzie publicznie ujawniona bez ich wyraźnej zgody (ust. 2 art. 4).

W dalszych postanowieniach Protokół III wprowadza trzy mechanizmy kontrolne: zawiadomienia indywidualne, zawiadomienia państwowe i procedurę badania poważnych lub systematycznych naruszeń (procedurę wyjaśniającą – *inquiry procedure*). Znacząco rozszerzają one kompetencje Komitetu PD, który do tej pory miał możliwość monitorowania przestrzegania przez państwa ich zobowiązań wynikających z postanowień Konwencji PD i przyjętych do niej dwóch protokołów dodatkowych⁵⁰ jedynie przez system obligatoryjnych sprawozdań.

ZAWIADOMIENIA INDYWIDUALNE

Uwaga państw i ekspertów uczestniczących w pracach przygotowawczych nad III Protokołem koncentrowała się w znacznej mierze nad procedurą zawiadomień indywidualnych. Celem było wypracowanie takiego kształtu tego mechanizmu kontrolnego, który byłby dostosowany do możliwości posługiwania się nim przez potencjalne ofiary, którymi w tym przypadku są dzieci, czyli osoby o mniejszej dojrzałości psychicznej i zdolności do działania niż ludzie dorośli. Punktem wyjścia stał się model zawiadomień indywidualnych ukształtowany w drodze wcześniej przyjmowanych umów przewidujących ten mechanizm kontrolny, w szczególności

⁴⁹ Zasady ochrony osób współpracujących z organami traktatowymi zostały wprowadzone niestety jedynie w art. 13 Protokołu Fakultatywnego do MPPGSK, art. 11 Protokołu Fakultatywnego do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, a także w zakresie współpracy z Podkomitetem ds. Prewencji w art. 15 Protokołu Fakultatywnego do Konwencji sprawie zakazu tortur.

⁵⁰ Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r., Dz.U. 2007 Nr 91, poz. 608 oraz Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r., Dz.U. 2007 Nr 76, poz. 494.

w przyjmowanych ostatnio protokołach fakultatywnych⁵¹. Podobnie skonstruowane są zarówno przesłanki ich dopuszczalności, jak i procedura ich rozpatrywania, natomiast jest też wiele rozwiązań, szczególnie w regulaminie, ukierunkowanych na zapewnienie, aby wszelkie działania były możliwie „przyjazne” dzieciom.

Zgodnie z art. 5, zawiadomienie indywidualne może być wniesione do Komitetu PD przez lub w imieniu osoby lub grupy osób, podlegających jurysdykcji państwa-strony, które twierdzą, że są ofiarami naruszenia przez to państwo jakiegokolwiek prawa zawartego w Konwencji lub w którymkolwiek z obu protokołów dodatkowych, których państwo to jest stroną. Pomimo obszernych debat nad kwestią właściwego reprezentowania dzieci w postępowaniu⁵², nie poświęcono tej sprawie odrębnego artykułu, zaznaczając jedynie, że złożenie zawiadomienia w imieniu osoby lub grupy osób powinno odbywać się za ich zgodą, chyba że autor potrafi uzasadnić działanie w ich imieniu bez takiej zgody (ust. 2 art. 5), co może dotyczyć w szczególności dzieci, które nie są w stanie (np. na skutek choroby czy też młodego wieku) takiej zgody wyrazić, a także osób zaginionych. Postanowienie dotyczące zgody na działanie w imieniu dziecka należy także połączyć z wyrażoną w art. 3 ust. 2 koniecznością zapobiegania manipulacjom⁵³.

Nie wydaje się natomiast uzasadniona obawa P. Jarosa, iż „Komitet PD będzie musiał uznawać pewną część skarg za niedopuszczalną z uwagi na fakt, że skarżący przestał być dzieckiem w rozumieniu Konwencji o prawach dziecka”⁵⁴. Ani w sytuacji, gdy naruszenie miało miejsce wprawdzie w czasie, gdy późniejszy skarżący był dzieckiem, ale zanim sprawa do Komitetu trafiła, osiągnął pełnoletność, ani (tym bardziej) w sytuacji, gdy wnosił zawiadomienie jako dziecko, ale pełnoletność osiągnął w trakcie trwania procedury, nie będzie musiało dojść do uznania braku właściwości Komitetu, za czym przemawia interpretacja słowa „jednostka”, której użyto w art. 5, a także przebieg prac przygotowawczych. W trakcie tych prac proponowano wprawdzie, aby w odniesieniu do wnoszącego skargę użyć terminu „dziecko”, ale propozycja ta została odrzucona, właśnie ze względu na to, że „dziecko w międzyczasie może stać się dorosłym”⁵⁵, natomiast propozycję doprecyzowania, iż skargę mogą wnosić zarówno osoby twierdzące, że są ofia-

⁵¹ Przede wszystkim w art. 2–9 Protokołu Fakultatywnego do MPPGSK oraz w art. 2–7 Protokołu do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet.

⁵² Szczegółowo G. de Beco, *op. cit.*, s. 380–381.

⁵³ *Ibidem*, s. 375.

⁵⁴ P. Jaros, *op. cit.*, s. 223.

⁵⁵ G. de Beco, *op. cit.*, s. 375.

rami naruszeń, jak i te, które twierdzą, że były nimi w dzieciństwie⁵⁶, uznano ostatecznie za zbędną⁵⁷. Należy zatem przyjąć, że obecne brzmienie art. 5 nie wyklucza możliwości wnoszenia skarg przez osoby dorosłe, które były ofiarami naruszenia praw zawartych w Konwencji PD i jej protokołach dodatkowych będąc dziećmi.

Pozostałe warunki dopuszczalności zawiadomień zostały uregulowane w art. 7. Znalazły się w nim typowe dla tego rodzaju postępowań wymogi, które nie budziły większych kontrowersji⁵⁸, a także takie, w odniesieniu do których zdania państw i pozostałych uczestników prac nad III Protokołem, przede wszystkim NGO, były podzielone i przyjęta ostatecznie wersja nie spełnia oczekiwań wielu z nich. Kwestią kontrowersyjną była przede wszystkim forma składania zawiadomienia. Ostatecznie przyjęto, zgodnie ze stanowiskiem m.in. Polski⁵⁹, że musi mieć ono formę pisemną, co przeciwnicy jej wprowadzenia uznali za jedno z najbardziej rozczarowujących rozwiązań w III Protokole, tym bardziej, że wcześniej udało się doprowadzić do rezygnacji z wymogu pisemności w przypadku zawiadomień indywidualnych uregulowanych w Protokole Fakultatywnym do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych⁶⁰. W tej sytuacji dobrym pomysłem jest propozycja organizacji pozarządowych wypracowania odpowiedniego formularza do wnoszenia zawiadomienia, który byłby skonstruowany w prosty

⁵⁶ Propozycja ta była podtrzymywana jeszcze w zrewidowanej wersji projektu Protokołu, która posłużyła jako punkt wyjścia do przyjęcia wersji ostatecznej (Revised proposal for a draft optional protocol prepared by the Chairperson-Rapporteur, UN Doc. A/HRC/WG.7/2/4, art. 6 ust. 1).

⁵⁷ G. de Beco, *op. cit.*, s. 375.

⁵⁸ Zawiadomienie nie może być anonimowe, nie może stanowić naruszenia prawa do złożenia takiego zawiadomienia lub być sprzeczne z Konwencją PD albo jej protokołami fakultatywnym, nie może także być bezpodstawne lub niedostatecznie uzasadnione. Zawiadomienie nie może dotyczyć faktów, które miały miejsce przed wejściem w życie III Protokołu w stosunku do tego państwa, chyba że trwają one po tej dacie, ani też sprawy, która była już rozpatrywana przez Komitet PD lub w drodze innej międzynarodowej procedury badania lub rozstrzygnięcia. Zachowano również zasadę wyczerpania wszystkich dostępnych krajowych środków odwoławczych, pod warunkiem, że ich stosowanie nie prowadzi do nadmiernej przewlekłości oraz są efektywne, czyli dają możliwość uzyskania skutecznego rozwiązania.

⁵⁹ Oprócz Polski, obowiązkową pisemną formę zawiadomienia popierały też Chiny, Kanada, Niemcy i Szwecja, 2nd Session of the Open-ended Working Group on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, Written Comments Received from Delegations on art. 4, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session2/Article4.pdf> [dostęp: 5.5.2015].

⁶⁰ Y. Lee, *Creating New Futures for All Children: The Promise of International Human Rights Law*, "Australian International Law Journal" 2013, Vol. 20, s. 15.

i przystępny dla dzieci sposób, ułatwiający prawidłowe posługiwanie się nim⁶¹. Komitet PD w Regulaminie dotyczącym III Protokołu podążył w tym kierunku, przewidując możliwość przyjęcia takiego właśnie rodzaju formularza, dostosowanego do wieku i stopnia dojrzałości dziecka, który służyłby do zwracania się do autorów zawiadomień o dodatkowe wyjaśnienia i uzupełnienie informacji⁶². Rozwiązanie to byłoby z pewnością pożądane, ponieważ dzięki niemu już początek procedury wnoszenia zawiadomienia mógłby być bardziej „*child-friendly*”.

Różnice zdań pomiędzy państwami a organizacjami pozarządowymi zaangażowanymi w obronę praw dzieci były również widoczne w odniesieniu do kwestii terminu, w jakim możliwe jest skuteczne wniesienie zawiadomienia. Przyjęta wersja, zgodnie z którą może ono być złożone w ciągu 1 roku od momentu wyczerpania krajowych środków odwoławczych, „za wyjątkiem sytuacji, w których autor może udowodnić, iż nie było możliwe złożenie zawiadomienia w tym terminie” wydaje się kompromisowym rozwiązaniem⁶³, szczególnie ze względu na możliwość szerokiej interpretacji tego, co to znaczy, iż złożenie zawiadomienia „nie było możliwe”. Udało się natomiast organizacjom pozarządowym przekonać państwa do niewprowadzania znanego z europejskiego systemu ochrony praw człowieka kryterium „znacznego uszczerbku”⁶⁴, przekonując, że każde naruszenie w przypadku dziecka zawiera w sobie tego rodzaju uszczerbek⁶⁵.

Procedura badania zawiadomienia indywidualnego ustanowiona w art. 8–10 nie różni się zbytnio od modelu postępowania znanego z innych umów systemu

⁶¹ Joint Submission, s. 12.

⁶² Rules of procedure, Rule 15 par. 3.

⁶³ Za takim rozwiązaniem również opowiadała się Polska, były jednak także propozycje, aby było to jedynie 6 miesięcy (Szwecja). Natomiast NGO's mocno argumentowały na rzecz pominięcia tego wymogu ze względu na to, że dzieci mogą nie być świadome istnienia procedur wprowadzanych przez III Protokół, przez co mogą stracić tę możliwość – zbieżna była z tym propozycja belgijska, aby termin 1 roku biegł dopiero po uzyskaniu przez dziecko pełnoletności – nie zostało to jednak przyjęte; Written Comments Received from Delegations on art. 4, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session2/Article4.pdf> [dostęp: 5.5.2015].

⁶⁴ Wprowadzonego na mocy art. 12 Protokołu nr 14 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. 2010 Nr 90, poz. 587) jako kryterium dopuszczalności skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (obecnie art. 35 ust. 3 Konwencji). W systemie ochrony praw człowieka ONZ kryterium to wprowadzone zostało już do art. 4 Protokołu Fakultatywnego do MPPGSK. W przypadku III Protokołu pomysł ten popierały m.in. Austria i Nowa Zelandia. Written Comments Received from Delegations on art. 4, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session2/Article4.pdf> [dostęp: 5.5.2015].

⁶⁵ *Ibidem*.

traktatowego ONZ, choć zwraca uwagę podkreślana na każdym etapie procedury konieczność działania „tak szybko, jak to możliwe”. Komitet PD powinien przekazać „tak szybko, jak to możliwe” informacje o zawiadomieniu państwu, przeciwko któremu jest ono skierowane, po czym państwo powinno „jak najszybciej w ciągu 6 miesięcy” udzielić na nie odpowiedzi. Następnie Komitet PD rozpatruje sprawę również „tak szybko, jak to możliwe”, a nawet „w przyspieszonym tempie”, jeśli zaszła potrzeba zastosowania środków tymczasowych ze względu na konieczność uniknięcia potencjalnej nieodwracalnej szkody dla ofiary lub ofiar domniemanego naruszenia⁶⁶. Swoją opinię na temat zawiadomienia Komitet PD przekazuje państwu wraz z zaleceniami również „niezwłocznie” po jego zbadaniu. Nacisk na jak najszybsze rozstrzygnięcie sprawy ma oczywiście wydźwięk jak najbardziej pozytywny, ale określenie „tak szybko, jak to możliwe” bez podawania nieprzekraczalnego czasu trwania danej czynności pozostawia kwestię terminu jej wykonania mimo wszystko jako w dużej mierze uznaniową, a realnie patrząc, sprawne przeprowadzenie postępowania będzie i tak najbardziej zależało od nakładu środków finansowych na działalność Komitetu PD i obsługującego go Biura Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka ONZ, profesjonalizmu członków Komitetu i pracowników Biura, a przede wszystkim od braku zaległości w innych sprawach podlegających kompetencjom tego organu. Z drugiej strony, wydaje się, że akurat ten organ traktatowy, choć jego obciążenie pracą jest bardzo duże ze względu na konieczność rozpatrywania sprawozdań z wykonywania przez państwa-strony ich zobowiązań wynikających zarówno z cieszącej się praktycznie powszechnym przyjęciem Konwencji PD, jak i obu jej protokołów dodatkowych, próbuje znaleźć skuteczne rozwiązania poprawiające efektywność jego pracy⁶⁷, co

⁶⁶ Stosowanie środków tymczasowych zostało uregulowane w art. 6 III Protokołu, warto zwrócić przy tym uwagę, że w wersji ostatecznej dodano, iż Komitet PD może zwrócić się do państwa o stosowanie środków, jakie mogą być niezbędne „w szczególnych okolicznościach” – co przedstawiciele NGO oraz wielu państw słusznie uznali za zbyt restrykcyjne i zbędne, ponieważ sama perspektywa nieodwracalnej szkody powinna być wystarczająca dla ich zastosowania, zob. G. de Beco, *op. cit.*, s. 375.

⁶⁷ Sposobem na przyspieszenie rozpatrywania raportów państw jest odbywanie posiedzeń Komitetu PD w składzie równoległych izb (*parallel chambers*), co wydatnie zwiększa „moce przerobowe” tego organu. Komitet PD zwrócił się po raz pierwszy do ZO o zgodę na taki tryb pracy w 2003 r. (Committee on the Rights of the Child, Report on the 34th session, 15 September – 3 October 2003, CRC/C/133, Recommendation of the Committee on the Rights of the Child on its working methods, s. 4–5). ZO wyrażało już zgodę na taki tryb pracy, ale zawsze jako środek tymczasowy. Ze względu na widoczne efekty poprawy sytuacji w zakresie rozpatrywania zaległych sprawozdań dzięki nowemu systemowi pracy, ale jednocześnie zwiększającą się liczbę nowych rapor-

daje nadzieję, że również wykonywanie nowych kompetencji – wprowadzanych na podstawie III Protokołu – będzie mogło przebiegać sprawnie.

Wiele bardzo dobrych rozwiązań w celu uczynienia procedury zawiadomień indywidualnych bardziej „child-friendly” wprowadzono także w Regulaminie Komitetu PD odnoszącym się do procedur zawiadomień. Przede wszystkim przewidziano możliwość przeprowadzenia ustnego przesłuchania (z osobistą obecnością ofiary lub też, co szczególnie istotne dla ofiar, dla których osobiste stawiennictwo w Genewie byłoby niemożliwe lub bardzo trudne do wykonania, poprzez video- lub telekonferencję), w sposób zapewniający poufność (w szczególności bez obecności przedstawicieli państwa, przeciwko któremu zawiadomienie jest kierowane, chyba że ofiara by tego żądała, a Komitet uznałby, że jest to w jej najlepszym interesie) oraz z zachowaniem odpowiednich zasad przesłuchiwanie dzieci, uwzględniających ich stopień dojrzałości (rule 19). Daje to realną możliwość realizacji prawa dziecka do bycia wysłuchanym (art. 12 Konwencji), uznanego za jedną z podstawowych zasad Konwencji PD, jest też przejawem obecnej polityki Komitetu włączania dzieci do swoich prac⁶⁸. Z pewnością dobrym rozwiązaniem jest również ustalenie szerokiego katalogu instytucji i organizacji, z którymi w trakcie rozpatrywania sprawy Komitet PD może się konsultować oraz otrzymywać informacje pomocne dla rozstrzygnięcia: są wśród nich nie tylko organizacje, agendy, programy, fundusze i organy systemu ONZ (w tym np. specjaliści sprawozdawcy ustanowieni przez Radę Praw Człowieka), ale również inne organizacje, w tym organizacje istniejące w ramach regionalnych systemów ochrony praw człowieka, organizacje pozarządowe oraz, co niezwykle istotne, krajowe instytucje ochrony praw człowieka (rule 23). Pozwoli to Komitetowi na ustalenie pełnego obrazu sytuacji, w jakiej mogło dojść do naruszenia. Nie przewidziano jednak, niestety, instytucji *amicus curie*. Wyrazem troski o zapewnienie przyjazności dla dzieci całej procedury zawiadomień jest natomiast reguła, aby wszystkie decyzje wydawane w tym postępowaniu, w tym również ostateczna opinia Komitetu odnośnie do naruszenia, miały formę zrozumiałą dla dziecka – ofiary (rule 27).

tów oczekujących na rozpatrzenie, w 2011 r. Komitet PD zwrócił się do ZO o wyrażenie zgody na przyjęcie jako stałego rozwiązania, aby 1 z jego 3 sesji w roku odbywała się w tym trybie (Report of the Committee on the Rights of the Child, A/67/41, pkt. 41 i 42, decyzja nr 10: Annex III). W 2012 r. ZO wyraziło taką zgodę, aczkolwiek tylko w odniesieniu do lat 2014 i 2015 (rezolucja A/Res/ 67/167, 20.12.2012, pkt. 3).

⁶⁸ Znalazła ona swój wyraz w przyjęciu odpowiednich zasad w szczególności w odniesieniu do badania sprawozdań państw: Working methods for the participation of children in the reporting process of the Committee on the Rights of the Child, Adopted by the Committee at its 66th session (26 May–13 June 2014), CRC/C/66/2.

Nieodłącznym etapem postępowania w sprawie zawiadomień indywidualnych jest obecnie procedura *follow-up*, którą uregulowano w III Protokole w art. 11. Państwa zostały zobowiązane do wnikliwego rozważenia opinii i zaleceń Komitetu PD oraz przedstawienia mu, również „tak szybko, jak to możliwe w ciągu sześciu miesięcy”, pisemnej odpowiedzi zawierającej informacje o działaniach podjętych i planowanych w świetle tychże opinii i zaleceń. Zapewniono także, aby Komitet PD mógł monitorować daną sprawę przez kolejne lata, może on bowiem zwracać się do państwa o dalsze informacje na temat wszelkich ewentualnych środków podjętych przez nie w odpowiedzi na opinie lub zalecenia Komitetu. Informacje te mogą być, jeśli Komitet uzna to za stosowne, umieszczone w okresowych sprawozdaniach państw, które składają one jako strony Konwencji o prawach dziecka i jej protokołów dodatkowych.

Wydaje się, że wskazane elementy „przyjazności” postępowania dla potencjalnych dzieci-ofiar sprawiają, że wśród wszystkich dostępnych procedur dochodzenia przez nie poszanowania swoich praw na poziomie ponadkrajowym, zawiadomienia indywidualne do Komitetu PD mogą być określone jako najbardziej „*child-friendly*”, a jednocześnie zachowujące pewne konieczne standardy postępowań międzynarodowych.

ZAWIADOMIENIA PAŃSTWOWE

W części drugiej III Protokołu zdecydowano się wprowadzić także procedurę zawiadomień państwowych, pomimo tego, że ten rodzaj mechanizmu kontrolnego zupełnie się w systemie traktatowym ochrony praw człowieka ONZ nie sprawdził – jak dotąd nie przeprowadzono takiej procedury w żadnym z organów traktatowych⁶⁹. Trudno zatem spodziewać się, że państwa zechcą skorzystać z możliwości, jaką daje im regulujący tę procedurę art. 12 III Protokołu.

Konstrukcja, jaką w nim zastosowano, przypomina tę znaną z innych umów systemu traktatowego⁷⁰: nie jest to postępowanie, które można by było

⁶⁹ Informacja podawana na oficjalnej stronie internetowej Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#interstate> [dostęp: 4.5.2015].

⁷⁰ Szczególnie art. 10 Protokołu Fakultatywnego do MPPGSK, a także art. 41–43 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych przyjętego dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977 Nr 38, poz. 167, załącznik), art. 11–13 Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskry-

określić mianem sądowego lub nawet *quasi* – sądowego⁷¹. Komitet PD, w przypadku złożenia zawiadomienia przez jedno państwo-stronę domagające się uznania, że drugie państwo-strona nie wypełnia zobowiązań wynikających z Konwencji PD lub któregośkolwiek z jej protokołów dodatkowych, może jedynie zaproponować owym zainteresowanym państwom swoje dobre usługi, w celu osiągnięcia przez nie polubownego rozstrzygnięcia.

Podobnie też jak w prawie wszystkich⁷² pozostałych umowach systemu traktatowego dopuszczających składanie zawiadomień państwowych, mechanizm ten nie ma charakteru obligatoryjnego dla stron tych umów – wymagane jest uznanie przez państwo takich kompetencji Komitetu PD. Dotychczas jedynie 5 z obecnych 17 państw-stron III Protokołu złożyło takie deklaracje⁷³. Wydaje się jednak, że nawet systematyczne zwiększanie się liczby państw gotowych poddać się procedurze zawiadomień państwowych, do którego zapewne będzie dochodziło wraz ze wzrostem liczby państw – stron⁷⁴, nie będzie miało większego znaczenia w kontekście prawdopodobieństwa rozpoczęcia takiej procedury, ponieważ również w tym przypadku decydujące znaczenie będzie miała niechęć państw do składania tego rodzaju zawiadomień. Mimo braku sądowego charakteru tego postępowania, złożenie zawiadomienia przeciwko drugiemu państwu z pewnością byłoby bowiem potraktowane przez nie jako jego „oskarżenie”, czyli akt nieprzyjazny i wiązałoby się zapewne z koniecznością odpierania zarzutów tej samej natury. Z drugiej strony właśnie polubowny charakter postępowania i brak przymusu koniecznego do wyegzekwowania stosowania się do przyjętych zaleceń może zniechęcać te państwa, które mogłyby podjąć ryzyko ochłodzenia stosunków z innym państwem, jednak pod warunkiem, że dałoby się w ten sposób uzyskać wiążący

minacji rasowej otwartej do podpisu w Nowym Jorku dnia 7 marca 1966 r. (Dz.U. 1969 Nr 25, poz. 187, załącznik), art. 21 Konwencji sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania przyjętej w dniu 10 grudnia 1984 r. (Dz.U. 1989 Nr 63, poz. 378, załącznik), art. 76 Konwencji o prawach pracowników migrujących, art. 32 Konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem.

⁷¹ Tak w odniesieniu do Komitetu Praw Człowieka m.in. A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka. Kompetencje, funkcjonowanie, orzecznictwo*, Warszawa 1994, s. 53 oraz T. Buergenthal, *The U.N. Human Rights Committee*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2001, (Vol. 5), s. 364.

⁷² Procedura ta jest obowiązkowa jedynie dla stron Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej.

⁷³ Są to na razie wyłącznie państwa europejskie: Albania, Belgia, Niemcy, Portugalia i Słowacja.

⁷⁴ Przy czym do zwiększania się tej liczby może dojść nie tylko w związku z przystępowaniem do III Protokołu nowych państw, ponieważ deklarację o uznaniu kompetencji Komitetu PD na podstawie art. 12 ust. 1 można złożyć w każdym czasie.

rezultat⁷⁵. Ponieważ nic nie wskazuje na to, aby w przyszłości sytuacja ta się zmieniła, postanowienia dotyczące procedury zawiadomienia państwowego wprowadzonej przez III Protokół zapewne również pozostaną martwą literą.

POSTĘPOWANIA WYJAŚNIAJĄCE

Zdecydowanie większe szanse na zastosowanie w praktyce mają postanowienia III Protokołu wprowadzające mechanizm postępowania wyjaśniającego, któremu poświęcono trzecią część tego dokumentu (art. 13–14). Również w przypadku tego mechanizmu kontrolnego skorzystano z doświadczeń uregulowania tego rodzaju postępowania we wcześniejszych umowach, przede wszystkim w Protokole Fakultatywnym do MPPGSK⁷⁶. Będzie ono mogło być rozpoczęte, jeśli Komitet PD otrzyma wiarygodną informację wskazującą na poważne lub systematyczne naruszanie przez państwo-stronę praw ustanowionych w Konwencji lub którymkolwiek z jej protokołów dodatkowych. Postępowanie wyjaśniające zakłada dokładne zbadanie sprawy przy udziale „oskarżanej” strony, z którą Komitet PD już od początku będzie się starał współpracować, zwracając się o niezwłoczne przedstawienie uwag odnoszących się do wspomnianej informacji. Kolejne etapy zakładają wyznaczenie sprawozdawcy lub sprawozdawców, którym powierzone zostanie przeprowadzenie badania (włącznie z wizytą na terytorium państwa, jeśli będzie to uzasadnione, a państwo się na to zgodzi) i opracowanie raportu dla Komitetu PD, będącego podstawą do przyjęcia przez ten organ ustaleń, które wraz z komentarzami i zaleceniami będą przekazywane państwu. Procedura zakłada następnie dalszą współpracę z państwem – Komitet PD będzie bowiem oczekiwał uwag państwa w odpowiedzi na przekazane mu stanowisko. Uwagi te zasadniczo

⁷⁵ Co może tłumaczyć, dlaczego państwa, choć rzadko, ale jednak korzystają z możliwości składania skarg międzypaństwowych do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Zob. R. Wolfrum, *The Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, “Max Planck Yearbook of United Nations Law” 1999 (Vol. 3), s. 511.

⁷⁶ Postanowienia III Protokołu dotyczące procedury wyjaśnień są niemal identyczne jak art. 11–12 Protokołu Fakultatywnego do MPPGSK. Procedurę wyjaśnień przewidują także postanowienia art. 20 Konwencji o zakazie tortur (w postępowaniu toczącym się na podstawie tego artykułu nie przewidziano jeszcze niestety działań typu *follow-up*), art. 8–9 Protokołu Fakultatywnego do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, art. 6–7 Protokołu do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, art. 33–34 Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami.

kończą wyjaśnianie sprawy, przewidziana jest natomiast procedura *follow-up*, w toku której Komitet PD będzie miał możliwość dalszego monitorowania sprawy (art. 14).

Należy jednak podkreślić, że kompetencje Komitetu PD w zakresie przeprowadzania postępowań wyjaśniających również nie są dla państw obligatoryjne – każde państwo może bowiem wyłączyć ich obowiązywanie w stosunku do siebie w deklaracji, którą składa się (jedynie) w momencie zwiadywania się III Protokołem (art. 13, ust. 7). Państwa mają przy tym możliwość objęcia taką deklaracją zarówno wszystkich trzech dokumentów kontrolowanych przez Komitet PD: Konwencji PD, jak i jej protokołów dodatkowych, mogą także wyłączyć możliwość prowadzenia postępowania wyjaśniającego wobec jedynie niektórych z nich. Zastosowano tu zatem klauzulę wyłączenia (*opt-out*): państwo, jeśli nie chce podlegać tym kompetencjom Komitetu PD, musi to wprost zadeklarować – z punktu widzenia ekonomiki postępowania musi zatem się „wysilić”, a ewentualna bierna postawa sprawi, że straci ono możliwość uchylenia się od podlegania tej procedurze. Patrząc od strony możliwości działania Komitetu PD, jest to zatem korzystniejsze rozwiązanie, niż przewidziana w odniesieniu do zawiadomień państwowych klauzula włączenia (*opt-in*), która jest odwrotnie skonstruowana: wymaga aktywnego włączenia się państwa do danego mechanizmu poprzez złożenie stosowanej deklaracji⁷⁷. Choć zatem efekt końcowy jest zasadniczo taki sam: państwo i tak musi wyrazić swoją zgodę na przyjęcie kompetencji Komitetu PD w odniesieniu do konkretnego mechanizmu kontrolnego, to jednak prościej jest tę zgodę państwa uzyskać w przypadku klauzuli *opt-out*: państwo nie musi niczego robić, żeby można było uznać, że danej kompetencji podlega.

Niewątpliwie procedura postępowania wyjaśniającego ma wiele zalet, przede wszystkim jej rozpoczęcie nie jest uzależnione od spełniania szeregu wymogów formalnych, jak to ma miejsce np. w przypadku zawiadomień indywidualnych, które mogą być składane tylko przez ofiary tych zdarzeń. Może ona więc być rozpoczęta w krótkim czasie od zaistnienia naruszeń, a ofiary nie muszą wyczerpywać długich często procedur wewnętrznych. W czasie prowadzenia dochodzenia przedstawiciele organu traktatowego – w tym przypadku Komitetu PD – przez swoją obecność i bezpośrednie kontakty z przedstawicielami władz danego państwa mogą też skuteczniej wpłynąć na wprowadzenie pożądaných zmian. Oczywiście w praktyce efektywność tej procedury zależy od podjęcia przez kontrolowane

⁷⁷ Klauzulę *opt – in* zastosowano z kolei jako sposób wyrażenia zgody przez państwo na podleganie procedurze wyjaśniającej wprowadzonej w Protokole Fakultatywnym do MPPGSK, co jest rozwiązaniem mniej korzystnym z punktu widzenia ofiar naruszeń.

państwo współpracy z organem traktatowym, dlatego też nazywanie jej najbardziej skuteczną metodą międzynarodowej ochrony praw człowieka można uznać za nieco odważną ocenę⁷⁸.

ROZWIĄZANIA ZAWARTE W POSTANOWIENIACH KOŃCOWYCH

Ostatnia część III Protokołu zawiera postanowienia nie tylko *stricto* techniczne. Przede wszystkim przewidziano w nich jeszcze dwa, niezwykle ważne obowiązki dla państw-stron: upowszechniania i rozpropagowania wiedzy o Protokole, a zatem o możliwościach, jakie daje on ofiarom naruszeń, a także ułatwienia dostępu do informacji o opiniach i zaleceniach wydawanych przez Komitet PD, w szczególności w odniesieniu do danego państwa (art. 17). Powszechny dostęp do informacji o wykonywaniu przez Komitet PD kompetencji przyznanych mu przez III Protokół został natomiast zapewniony dzięki postanowieniu o obowiązkowym włączaniu omówienia działalności tego organu w tym zakresie do sprawozdania składanego co 2 lata przez Komitet PD Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ (art. 16).

Podobne wymogi dotyczące upowszechniania dokumentów ochrony praw człowieka, mające na celu rzeczywistą promocję zawartych w nich praw i mechanizmów ich ochrony, były już (przynajmniej w pewnym zakresie) nakładane na państwa-strony w kilku innych umowach systemu traktatowego ONZ⁷⁹. W przypadku III Protokołu na podkreślenie zasługuje fakt, iż zwrócono uwagę na szczególny charakter głównych beneficjentów tego dokumentu: państwa muszą upowszechniać i ułatwiać dostęp do wskazanych informacji w formie przystępnej nie tylko dla dorosłych, ale i dla dzieci, w tym dla osób niepełnosprawnych (art. 17)⁸⁰. Dzię-

⁷⁸ Ch. Tomouschat, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford 2003, s. 187.

⁷⁹ W art. 13 Protokołu Fakultatywnego do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, art. 16 Protokołu do MPPGSK, a także w ograniczonym zakresie w art. 49 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, w którym zobowiązano państwa do tego, aby upowszechniony w formach dostępnych dla osób niepełnosprawnych został jedynie tekst Konwencji. W art. 23 Protokołu do Konwencji o zakazie tortur państwa zostały zobowiązane natomiast do publikowania i rozpowszechniania nie samego Protokołu, ale rocznych raportów krajowych mechanizmów prewencji.

⁸⁰ Jest to zatem także wyrazem troski o dostęp osób niepełnosprawnych do informacji o mechanizmach ochrony przysługujących im praw, która była już widoczna nie tylko we wspomnianym art. 49 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, ale także w art. 16 Protokołu do MPPGSK,

ki temu, podkreślany wielokrotnie podczas prac przygotowawczych wymóg, aby rozwiązania zawarte w III Protokole były „*child-friendly*”, rozciągnięto także na ten jakże istotny obowiązek państw, którego skuteczne wykonywanie może realnie zwiększyć szansę, że osoby najbardziej „zainteresowane” skorzystaniem z zawartych w nim mechanizmów dowiedzą się o jego istnieniu.

W postanowieniach końcowych zostały również wprowadzone instrumenty międzynarodowej współpracy mającej na celu wsparcie państw w skutecznej implementacji zobowiązań wynikających z Konwencji PD i jej protokołów dodatkowych. Pierwszym z nich jest możliwość przekazywania przez Komitet PD informacji, które mogłyby wpłynąć na uzyskanie przez państwo międzynarodowej pomocy w postaci technicznej porady lub wsparcia ze strony organizacji wyspecjalizowanych, funduszy i programów, a także innych kompetentnych organów ONZ. W tym celu Komitet PD może przekazać wymienionym instytucjom swoje opinie i zalecenia dotyczące zawiadomień i postępowań wyjaśniających, które wskazują na potrzebę takiej pomocy, wraz z ewentualnym stanowiskiem i sugestiami tego państwa na temat tychże opinii i zaleceń (art. 15, ust. 1). W ramach współpracy międzynarodowej Komitet PD może także zwrócić uwagę takich organów i organizacji na wszelkie kwestie wynikłe z badanych przez niego zawiadomień, które mogą pomóc im podjąć decyzje co do zasadności podjęcia działań o zasięgu międzynarodowym, mających na celu wsparcie państw w osiąganiu przez nie postępu w zakresie implementacji zobowiązań wynikających z Konwencji PD i jej protokołów dodatkowych (art. 15, ust. 2). W obu przypadkach działania te Komitet PD może podejmować jedynie za zgodą zainteresowanego państwa. W praktyce te właśnie elementy III Protokołu mogą odegrać kluczową rolę w zapewnieniu rzeczywistego wzmocnienia ochrony praw dzieci – często bowiem państwo nie tyle „nie chce”, ile „nie jest w stanie” samodzielnie osiągnąć pewnego poziomu tej ochrony – ukierunkowana współpraca międzynarodowa może tę sytuację realnie zmienić.

Pozostałe postanowienia IV części III Protokołu zawierają zasadniczo typowe umowne klauzule końcowe, w odniesieniu do których warto może paradoksalnie zwrócić uwagę na to, czego brakuje. Pomimo początkowych propozycji⁸¹, w ostatecznym tekście zrezygnowano z uregulowania kwestii dopuszczalności

w którym podkreślono, aby formy upowszechniania tego dokumentu były dostępne również dla osób niepełnosprawnych.

⁸¹ Art. 24 zrewidowanej wersji projektu (Revised proposal) zakładał jeszcze bezwzględny zakaz składania zastrzeżeń.

składania zastrzeżeń, który miał mieć postać bezwzględneho zakazu ich wnoszenia⁸². Nie jest to z pewnością pozytywna zmiana – choć bowiem składanie zastrzeżeń do umowy regulującej jedynie mechanizmy kontroli przestrzegania praw człowieka wydaje się mieć mniejszy „potencjał” do „zrujnowania” jej spójności niż w przypadku umów zawierających katalog praw chronionych, niemniej jednak swoboda państw w tym zakresie⁸³ może skutecznie osłabić działanie Protokołu. Ze względu na istnienie klauzuli *opt-out* jest wprawdzie mało prawdopodobne składanie dodatkowo zastrzeżeń do postanowień regulujących postępowanie wyjaśniające (tym bardziej, że oba rodzaje oświadczeń składa się w momencie związywania się umową), niemniej jednak państwa-strony mogłyby spróbować w ten sposób np. zawężyć kompetencje Komitetu PD w zakresie obligatoryjnego dla nich mechanizmu zawiadomień indywidualnych⁸⁴.

⁸² Jest to wynik kompromisu – „w zamian” za to państwa zgodziły się zrezygnować z możliwości zastosowania klauzuli *opt-out* w art. 5 Protokołu w odniesieniu do kompetencji Komitetu PD w zakresie badania zawiadomień indywidualnych na naruszenia obu protokołów fakultatywnych do Konwencji PD, G. de Beco, *op. cit.*, s. 385.

⁸³ Państwa-strony Protokołu będące jednocześnie stronami KWPT są oczywiście ograniczone ogólną regułą dopuszczalności składania zastrzeżeń zawartą w jej art. 19 pkt c (zgodność z przedmiotem i celem traktatu). Praktyka państw w zakresie składania zastrzeżeń przekonuje jednak, że szczególnie w dziedzinie traktatów praw człowieka dochodzi do licznych nieprawidłowości, które ukazują, w jak dowolny sposób owa zgodność z przedmiotem i celem może być traktowana (lub po prostu ignorowana); wnikliwie analizuje ten problem W. Burek, *Zastrzeżenia do traktatów z dziedziny praw człowieka*, Warszawa 2012.

⁸⁴ Dotychczasowa praktyka państw pozwala znaleźć przykłady nadużywania w ten sposób instytucji zastrzeżeń w odniesieniu do protokołów fakultatywnych. W sprawie *Rawle Kennedy przeciwko Trynidad i Tobago* (Communication No. 845/1999, CCPR/C/67/D/845/1999) Komitet Praw Człowieka uznał za niedopuszczalne zastrzeżenie złożone do I Protokołu Fakultatywnego do MPPOP, sprawę tę szczegółowo omawia ówczesny członek Komitetu R. Wieruszewski, *Komitet Praw Człowieka a zastrzeżenia państw do Paktu Praw Osobistych i Politycznych oraz do Protokołu Fakultatywnego*, [w:] E. Haliżak, R. Kuźniar (red.), *Prawo, instytucje i polityka w procesie globalizacji*, Warszawa 2003, s. 108–111, zob. także W. Burek, *op. cit.*, s. 250–251. Przykładem niedawno złożonego zastrzeżenia, które z pewnością można uznać za sprzeczne z przedmiotem i celem umowy, było zastrzeżenie Salwadoru do Protokołu Fakultatywnego do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, w którym państwo to oznajmiało, że będzie związane Protokołem (i samą Konwencją) w takim zakresie, w jakim postanowienia tych umów nie przesądzą jakiegokolwiek kwestii lub nie naruszają postanowień jakiegokolwiek nakazu, zasady lub normy zawartej w Konstytucji Salwadoru, w szczególności w odniesieniu do katalogu zasad. Zastrzeżenie to ze względu na zbyt szeroki charakter spotkało się ze sprzeciwem Niemiec i Austrii, które uznały je za sprzeczne z przedmiotem i celem traktatu (Niemcy) i z tego powodu niedopuszczalne. Dnia 18 marca 2015 r. rząd Salwadoru poinformował Sekretarza Generalnego ONZ o jego wycofaniu.

PRÓBA OCENY III PROTOKOŁU

Opinie wyrażane na temat III Protokołu wahają się od entuzjastycznych do bardzo krytycznych, przy czym krytyka dotyczy nie tyle samego faktu jego przyjęcia, co jego treści, w szczególności tego, czego w nim zabrakło. Za największą porażkę z punktu widzenia ochrony praw dzieci uznaje się bowiem ostateczną rezygnację z wprowadzenia procedury zawiadomień zbiorowych (*collective communications*), które znajdowały się jeszcze w ostatniej wersji projektu sprawozdawcy D. Štefánka⁸⁵ i były najbardziej problematycznym zagadnieniem w procesie negocjacji⁸⁶. Mechanizm ten miał polegać na możliwości wnoszenia do Komitetu PD zawiadomień przez krajowe instytucje ochrony praw człowieka, rzeczników praw (ombudsmanów), a także NGO, w związku z powtarzającymi się i dotyczącymi wielu osób naruszeniami praw zawartych w Konwencji PD lub jej protokołach dodatkowych. Organizacje, którym miała przysługiwać możliwość wnoszenia takich zawiadomień, wypowiadały się z entuzjazmem na ich temat, podkreślając ich liczne zalety, przede wszystkim brak konieczności bezpośredniego angażowania ofiar w tę procedurę⁸⁷. Podkreślano, iż dzięki temu udałoby się wnieść do Komitetu PD sprawy, które nie mogłyby tam trafić w inny sposób, w szczególności te, w których zidentyfikowanie konkretnych ofiar nie jest w pełni możliwe – a zatem spraw masowych naruszeń np. w związku z dziecięcą prostytutką i pornografią. Argumenty te nie przekonały jednak przeciwników wprowadzenia tego mechanizmu, którzy podkreślali możliwość jego duplikowania się z postępowaniem wyjaśniającym (które może być wszczęte również w przypadku informacji o systematycznych

⁸⁵ Revised proposal, art. 7. Nie udało się ich wprowadzić nawet pomimo tego, że mechanizm ten miał mieć ostatecznie charakter fakultatywny (w dodatku z klauzulą *opt-in*, wymagającą składania przez państwa deklaracji wyrażających zgodę na tę formę kontroli).

⁸⁶ Nie była to pierwsza próba wprowadzenia tego rodzaju mechanizmu do systemu traktatowego ochrony praw człowieka ONZ, niepowodzeniem skończyły się jednak także wysiłki podejmowane w celu wprowadzenia jej do Protokołu Fakultatywnego do Konwencji w sprawie likwidacji dyskryminacji kobiet oraz do Protokołu Fakultatywnego do MPPGSK – zob. G. de Beco, *op. cit.*, s. 381.

⁸⁷ Zob. Comments by the European Network of Ombudspersons for Children on the proposal for a draft Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, prepared by the Chairperson-Rapporteur of the Human Rights Council's Open-ended Working Group, Mr. Drahoslav Štefánek, November 2010, pkt 5–7. http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session2/ENOC_Comments_2nd-Session.pdf [dostęp: 5.5.2015].

i poważnych naruszeniach), a nawet zawiadomień indywidualnych, w których dopuszcza się składanie ich „w imieniu grup jednostek”. Państwa te nie dostrzegały zatem w zawiadomieniach zbiorowych „wartości dodanej”, a brak odpowiednio przekonujących wyjaśnień ze strony ich zwolenników doprowadził do ostatecznego odrzucenia tego mechanizmu⁸⁸. W efekcie podnoszone są opinie, że ostateczny jego brak w III Protokole w połączeniu z innymi słabościami tego dokumentu – takimi jak fakultatywny charakter postępowania wyjaśniającego oraz zawiadomień państwowych, sprawia, że nie ma szans, aby stał się on instrumentem obrony praw wielu dzieci – niezidentyfikowanych ofiar masowych i poważnych naruszeń⁸⁹ – a zatem III Protokół nie tylko nie poprawia sytuacji, ale wręcz „skutecznie pozbawia” (*effectively undercuts*) dzieci prawa do uczestnictwa w tym, co powinno być przeznaczonym dla nich instrumentem „ostatniej szansy”⁹⁰.

Tak surowa krytyka nie jest jednak uzasadniona – z pewnością Protokół nie jest instrumentem odpowiadającym w pełni potrzebom ochrony praw dzieci⁹¹, ale można stwierdzić, że wprowadzając zawiadomienia indywidualne, daje dzieciom obecnie najbardziej im przyjazną procedurę międzynarodową dochodzenia roszczeń z tytułu naruszeń ich praw⁹². Postępowanie wyjaśniające ma z kolei duży potencjał do poddania kontroli Komitetu PD przypadków systematycznych i poważnych naruszeń. Pośrednio III Protokół może też wpłynąć na poprawę dostępu dzieci do krajowych procedur dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniami ich praw – państwa, nie chcąc być „osądzane” w procedurze międzynarodowej, mogą starać się stworzyć skuteczniejsze procedury wewnętrzne, aby „załatwić sprawę u siebie”⁹³. Wprowadzenie zaś wszelkich bardziej restrykcyjnych mechanizmów kontrolnych w tym dokumencie poskutkowałoby z dużym prawdopodobieństwem tym, że państwa nie chciałyby się w ogóle nim związywać, co przyniosłoby od-

⁸⁸ Szerzej zob. G. de Beco, *op. cit.*, s. 381–383.

⁸⁹ S. C. Grover, *Children Defending their Human Rights Under the CRC Communications Procedure*, Heidelberg–New York–Dordrecht–London 2015, s. 218.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 299.

⁹¹ P. Jaros zwraca uwagę, że jest tylko częściową odpowiedzią na duże zapotrzebowanie zwiększenia ochrony praw dziecka objętego konfliktem zbrojnym, P. Jaros, *op. cit.*, s. 223.

⁹² R. Smith, *The Third Optional Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child? – Challenges Arising Transforming the Rhetoric into Reality*, „International Journal of Children’s Rights” 2013, (Vol. 21), s. 320.

⁹³ Takiego skutku spodziewa się J. Zermatten, były wiceprzewodniczący Komitetu PD, w wywiadzie: *A Communications Procedure on Children’s Rights: A Protocol à la Carte*, HRTD NEWSLETTER 2011, nr 11, s. 5.

wrotny efekt – brak możliwości wejścia w życie i zapewnienia komukolwiek jakiegokolwiek ochrony.

Przed wszystkim należałoby jednak spojrzeć na III Protokół z perspektywy całego systemu traktatowego ochrony praw człowieka ONZ i istniejących w nim mechanizmów kontrolnych – ze wszystkimi ich zaletami i wadami. Wydaje się, że słabością III Protokołu są nie tyle jego braki i wady (brak zawiadomień zbiorowych, brak zakazu składania zastrzeżeń itd.), ale to, co w ogóle jest słabym punktem wykonywania kontroli przez organy traktatowe – ich jedynie *quasi*-sądowy charakter, który powoduje, że jednostki mogą nie dostrzegać w nich instytucji zdolnych do „wyegzekwowania” czegokolwiek od państw. Z drugiej strony – również państwa mogą nie zawsze czuć się zobowiązane do wypełniania opinii i zaleceń komitetów⁹⁴. Do tego dochodzi problem stosunkowo słabej znajomości systemu traktatowego ochrony praw człowieka ONZ wśród jednostek (dużo „popularniejsze” są systemy regionalne, w tym system Europejskiego Trybunału Praw Człowieka), co skutkuje stosunkowo małą liczbą spraw kierowanych do tych organów⁹⁵. Niekorzystnym zjawiskiem jest także to, że zawiadomienia są kierowane w dużej mierze przeciwko tym państwom, które paradoksalnie wydają się mieć najmniejsze problemy z przestrzeganiem praw człowieka⁹⁶, a przynajmniej dużo mniejsze niż wiele innych państw, które unikają poddania się temu rodzajowi kontroli w najprostszy sposób – w ogóle nie wiążąc się protokołami wprowadzającymi procedurę zawiadomień indywidualnych⁹⁷. Organy traktatowe, w tym Komitet PD, są ponadto przeciążone pracą (pracują sesyjnie,

⁹⁴ Słabości systemu traktatowego ochrony praw człowieka ONZ w odniesieniu do zawiadomień indywidualnych na przykładzie zawiadomień do Komitetu Praw Człowieka omawia R. Wieruszewski, *ONZ-owski system ochrony praw człowieka*, [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz, *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2005, s. 107–111.

⁹⁵ Według danych z marca 2014 r. w Komitecie Praw Człowieka od początku jego działalności zarejestrowano jedynie 2371 zawiadomień (<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>), w pozostałych organach traktatowych zarejestrowanych zostało dużo mniej spraw.

⁹⁶ W statystykach Komitetu Praw Człowieka wysokie miejsca pod względem liczby kierowanych przeciwko nim zawiadomień zajmują m.in. Australia, Kanada, Holandia, Francja, Korea Południowa czy Hiszpania, aczkolwiek w ostatnich latach wzrosła liczba skarg kierowanych przeciwko państwom powstałym po rozpadzie ZSRR (Białorusi, Uzbekistanowi, czy samej Rosji), zob. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>.

⁹⁷ Stąd może pojawiać się opinia o większej skuteczności np. procedur specjalnych: mandatów krajowych i tematycznych, ustanawianych przez Radę Praw Człowieka, procedury te R. Wieruszewski nazywa „najistotniejszym mechanizmem zwalczającym poważne naruszenia praw człowieka”, idem, *Rola organów traktatowych i specjalnych procedur w procesie umacniania demokracji*, [w:] J. Bia-

co skutkuje brakiem czasu na wykonanie wszystkich powierzonych im zadań). Przekłada się to na nadmierną długość trwania procedur kontrolnych – w tym rozpatrywania zawiadomień indywidualnych, a to z kolei na zarzuty o małej efektywności systemu⁹⁸.

PODSUMOWANIE

Czy zatem III Protokół w formie, w jakiej został przyjęty, jest w stanie wzmocnić ochronę praw dzieci – ofiar naruszeń Konwencji PD i jej protokołów dodatkowych? Zwolennicy jego przyjęcia już na etapie prac przygotowawczych podkreślali, że Konwencja PD potrzebuje procedur zawiadomień tak samo, jak potrzebuje ich każda inna podstawowa umowa systemu traktatowego ochrony praw człowieka ONZ, która już ją posiada⁹⁹. Jako element tego systemu III Protokół w praktyce będzie jednak z pewnością „dotknięty” większością „wad” towarzyszących wykonywanym w nim mechanizmom kontrolnym. W zakresie zawiadomień indywidualnych od strony prawnej zrobiono chyba wszystko, aby właściwie skonstruować postanowienia tego dokumentu i uczynić go instrumentem przyjaznym dziecku – na tyle, na ile przyjazną dziecku może być międzynarodowa procedura *quasi-sądowa*. Ważną rolę w zwalczaniu systematycznych i poważnych naruszeń praw dziecka będą mogły także odegrać postępowania wyjaśniające.

To, czy III Protokół stanie się jednak rzeczywistym narzędziem ochrony praw dzieci, będzie zależało oczywiście przede wszystkim od tego, czy państwa zechcą się nim związać, a poza tym – czy zechcą współpracować z Komitetem PD i czy uda się zrealizować obowiązek upowszechniania wiedzy o jego istnieniu – tak, aby informacje te dotarły do najbardziej zainteresowanych. Tylko wówczas będzie miał szansę stać się mechanizmem realizacji prawa do skutecznego środka

łocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeżko-Durlak (red.), *O ludzki wymiar prawa. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 466.

⁹⁸ Stąd od wielu lat dyskutuje się nad reformą systemu traktatowego zob. np. poświęcone temu zagadnieniu obszerne opracowanie P. Alston, J. Crawford (red.), *The Future of the UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge 2000. W 2009 r. rozpoczęta została, zainicjowana przez Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, kolejna próba wzmocnienia systemu traktatowego, która zaowocowała przyjęciem w 2014 r. rezolucji A/RES/68/268, Szczegóły tego procesu zob. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/TBStrengthening.aspx>.

⁹⁹ Feasibility of a communication procedure..., pkt. 5.

odwoławczego – niezbędnego komponentu wszystkich systemów ochrony praw człowieka – w tym praw dziecka – który stanowi „*the bridge between theoretical recognition and meaningful enforcement*”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Human Rights Council Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure. Marta Santos Pais, Special Representative of the Secretary-General on Violence against Children, 2009, A/HRC/WG.7/1/CRP.7.

Agnieszka Szpak*

(NIE)ODPOWIEDZIALNOŚĆ „PAŃSTWA UPADŁEGO”
W ŚWIELE ARTYKUŁÓW
KOMISJI PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO
O ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTW
ZA CZYNY MIĘDZYNARODOWO BEZPRAWNE**

1. POJĘCIE I CECHY CHARAKTERYSTYCZNE
„PAŃSTW UPADŁYCH”

Pojęcie „państwa upadłego” (*failed State*) zostało po raz pierwszy użyte w artykule G. Helmana i S. Ratnera „*Anarchy Rules: Saving Failed States*”, który został opublikowany w „*Foreign Policy*” w 1993 r.¹ Niestety termin „państwo upadłe” jest szkodliwym pojęciem. Nie jest to termin normatywny, a ponadto jest wewnętrznie sprzeczny, gdyż albo państwo istnieje albo upadło. Lepiej byłoby na-

* dr Agnieszka Szpak, Wydział Politologii i Studiów Międzynarodowych UMK

** Niniejszy artykuł powstał na podstawie fragmentów rozdziałów III i IV monografii A. Szpak, *Fenomen państw upadłych w świetle prawa międzynarodowego*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2014, s. 67–92, 180–190.

¹ Artykuł jest dostępny na stronie internetowej „*Foreign Policy*”: <http://www.foreignpolicy.com> (dostęp: 06.02.2014).

zywać takie państwa mianem „państw niestabilnych”, „wrażliwych” lub w stanie kryzysu. Dla określenia skutków kryzysu państw używa się różnych określeń: „państwo upadłe” (*failed State, collapsed State*), „państwo upadające” (*failing State*), „państwo słabe” (*weak State*), „państwo wrażliwe” (*fragile State*) lub „państwo zbójckie” (*rogue State*)². H. Dudkiewicz zauważa, że „[p]aństwo upadłe [...] będzie ostatnim etapem upadku. Mamy z nim do czynienia, w momencie gdy erozja porządku państwowego, społecznego i gospodarczego, postępujące wewnętrzne konflikty zbrojne, masowe naruszenia praw człowieka i kryzysy humanitarne oraz fragmentaryzacja społeczeństwa doprowadzają do sytuacji, w której na jego terytorium nie ma żadnego rozpoznawalnego ośrodka władzy centralnej, a samo państwo staje się pustym pojęciem geograficznym i prawnym”³. Upadłość państwa jest takim stanem „istnienia państwa, które znajduje się w stanie „wegetatywnym”, na dość niejednoznacznym pograniczu między bankructwem politycznym a samounicestwieniem”⁴. Warto zauważyć, że w stwierdzeniu tym upadek państwa nie oznacza, że państwo przestaje istnieć, skoro upadłość państwa jest „takim stanem istnienia państwa”.

S. Bieleń zauważa, że w języku polskim brak adekwatnego i zadowalającego określenia⁵. Jak zauważa H. Dudkiewicz, „[p]roblem ze zdefiniowaniem omawianego zjawiska polega [...] na trudności z wypracowaniem takiej definicji państwa upadłego, która określałaby jego cechy w stopniu pozwalającym na łatwą identyfikację desygnatów, jednocześnie uniemożliwiając jej błędne bądź celowo zmanipulowane użycie. Trudność ta wynika natomiast z niezwykłego zróżnicowania problemów,

² S. Bieleń, *Państwa w stanie kryzysu i upadku?*, [w:] M. Sulek, J. Symonides (red.), *Państwo w teorii i praktyce stosunków międzynarodowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2009, s. 55. Por. M. Peter-Wirski, *Wpływ czynników ponowoczesności na powstanie fenomenu państw upadłych*, [w:] R. Kłosowicz, A. Mania, *Wprowadzenie*, [w:] R. Kłosowicz, A. Mania (red.), *Problem upadku państw w stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 54; G. M. Ferreira, *Good governance and the failed state*, „Comparative and International Law Journal of Southern Africa” 2008, nr 41, s. 432; W. P. Nagan, C. Hammer, *Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations*, „Columbia Journal of Transnational Law” 2004–2005, nr 43, s. 171–176.

³ H. Dudkiewicz, *Prawo międzynarodowe w kwestii państwa upadłego*, [w:] R. Kłosowicz, A. Mania (red.), *Problem upadku państw w stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 67–68.

⁴ R. Potocki, M. Kocoń, *Państwo dysfunkcyjne w środowisku międzynarodowym*, [w:] T. Trzciński (red.), *Państwo w świecie współczesnym*, Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, Warszawa 2006, s. 323.

⁵ S. Bieleń, *op. cit.*, s. 55.

z jakimi borykają się państwa upadłe”⁶. W tym miejscu należy dodać, że nie istnieje legalna definicja „państwa upadłego”. Konstruowaniem takiej definicji zajmuje się jak na razie doktryna. H. Dutkiewicz stwierdza, że „wszelkie próby zdefiniowania go [tj. państwa upadłego – przyp. A. Sz.] jako państwa, którego „rząd przestał istnieć wewnątrz terytorialnych granic” muszą być uzupełnione słowami „zupełnie i trwale” lub „zupełnie i na nieprzewidywalnie długi czas”. Upadek państwa wiąże się bowiem z całkowitym i potencjalnie nieodwracalnym w przewidywalnym czasie rozkładem struktur państwowych, a nie tylko z chwilowym ich zanikiem, cechującym na przykład państwa porewolucyjne”⁷. Przyjmując słuszność tej definicji, można z zadowoleniem stwierdzić, że państw takich nie ma. W mojej opinii nawet o Somalii nie można z całą pewnością powiedzieć, że „rząd przestał istnieć wewnątrz terytorialnych granic zupełnie i trwale” lub „zupełnie i na nieprzewidywalnie długi czas”⁸.

⁶ H. Dutkiewicz, *op. cit.*, s. 70.

⁷ *Ibidem*, s. 71.

⁸ Zdaniem M. Byrne’a, mimo że Somalia istnieje bez zorganizowanego państwa, to jednak nazywanie jej „państwem upadłym” jest szkodliwe dla prób rozwoju i odbudowy państwa od środka (*from within the country*). Proponuje on alternatywne podejście do dyskursu o państwach upadłych. Wskazuje, że podczas gdy w Somalii nie istnieje porządek polityczny, porządek społeczny jest obecny. Pojęcie „państwa upadłego” zaciera rzeczywisty obraz, gdyż deklaruje państwo upadłym z powodu braku w nim porządku politycznego, mimo istnienia w nim porządku społecznego. Powoduje to, że nie bierze się pod uwagę realiów Somalii, która nie może zostać uznana za „państwo upadłe”, gdyż funkcjonuje w niej społeczeństwo. Dlatego M. Byrne proponuje traktować Somalię jako „społeczeństwo istniejące bez zorganizowanego państwa” (*society existing absent polity*), a nie „państwo upadłe”. Pojęcie „społeczeństwo istniejące bez państwa” podkreśla ciągłość poprzez użycie słowa „istniejące” oraz nie zawiera wadliwego sformułowania sugerującego ostateczność sytuacji („upadłe”). Przy uznaniu istnienia porządku społecznego staje się prawdopodobne budowanie czy też odbudowanie i wzmocnienie państwa w oparciu o ten istniejący porządek społeczny, gdzie obywatele odgrywają główną rolę. Ta propozycja wyraźnie różni się od tradycyjnie przyjmowanych założeń narzucania z zewnątrz centralnych instytucji państwowych. Dowodem na istnienie porządku społecznego w Somalii jest relatywnie pozytywna sytuacja ekonomiczna. Od upadku rządów M. S. Barre w 1991 r. somalijskie społeczeństwo i ekonomia nie popadły w stan totalnego chaosu, jak jest zazwyczaj sugerowane, lecz w niektórych obszarach sytuacja uległa nawet poprawie. Przykładowo, to przemysł telekomunikacyjny w Somalii rozwinął się bardziej niż w innych państwach afrykańskich. Ponadto, jakość usług telekomunikacyjnych jest wyższa niż w innych afrykańskich państwach. Wymaga to infrastruktury i organizacji, które są oznakami porządku społecznego. Obecność sektora telekomunikacyjnego w Somalii może być dowodem na to, że w Somalii istnieje baza społeczna, która może być podstawą dalszego rozwoju. Co więcej, w Somalii działa wiele zagranicznych firm, na przykład Total Oil Company funkcjonuje w Somaliland, a Coca Cola otworzyła swoją filię w 2012 r. Mimo że nie są to somalijskie przedsiębiorstwa, stanowią one jednak

R. Koskenmäki stwierdza podobnie, że pojęcie „państwa upadłego” powinno być stosowane tylko w odniesieniu do państw, których instytucje rządowe przestały funkcjonować lub zupełnie zanikły oraz, że ma to miejsce przez przedłużający się okres czasu. Należy brać pod uwagę konsekwencje używania tego pojęcia⁹.

Obecnie co roku sporządzany jest ranking „państw upadłych” (*Failed States Index*). Został on sporządzony po raz pierwszy przez amerykańskie czasopismo „Foreign Policy” wraz z *Fund for Peace* w 2005 r. W drugim rankingu z 2006 r. ustalono pięć podstawowych kryteriów branych pod uwagę przy wskazywaniu na upadłość państwa: 1) rząd nie sprawuje skutecznej kontroli nad swoim terytorium; 2) jego legitymizacja nie jest uznawana przez znaczną część społeczeństwa; 3) nie jest w stanie zapewnić w skuteczny sposób bezpieczeństwa wewnętrznego; 4) nie zapewnia obywatelom podstawowych świadczeń społecznych i 5) nie posiada rzeczywistego monopolu na użycie siły¹⁰. W 2014 r. nazwę rankingu zmieniono na ranking „państw wrażliwych” (*Fragile States Index*), co należy przyjąć z zadowoleniem biorąc pod uwagę powyższą krytykę tego pojęcia.

wskaźnik społecznego porządku, który sprzyja przedsiębiorczości. Co do warunków bytowych to informacje są dość skąpe, ale można wskazać, że oczekiwana długość życia w 1991 r. wynosiła 44 lata, podczas gdy w 2012 r. 51 lat. Mimo niewielkiego wzrostu stanowi to kolejny wskaźnik poprawienia się sytuacji w Somalii. Dostęp do wody w miastach również się zwiększył. Standard życia w Somalii także uległ poprawie (od 1991 r.). Wśród obszarów, w których zanotowano poprawę można wymienić: szczepienia przeciwko odrze i gruźlicy, umieralność kobiet przy porodzie, dostęp do służby zdrowia, jakość lekarzy, śmiertelność, oczekiwana długość życia, dostęp do usług telekomunikacyjnych i Internetu. W 2012 r. odbył się nawet piąty z kolei festiwal książki w Hargeisa. Ponadto, paradoksalnie w Somalii upadek państwa sprowokował gwałtowny rozwój społeczeństwa obywatelskiego (w postaci organizacji pozarządowych). Na podstawie tych danych można wnioskować, że – myśląc kategoriami społeczeństwa – państwo Somalia nadal trwa. Wszystko to wskazuje również, że nazywanie Somalii „państwem upadłym” jest szkodliwe oraz że nie ma potrzeby budowania w pierwszym rzędzie centralnych instytucji państwowych dla zorganizowania obywateli, bo o to zatroszczyli się sami. Zob. M. Byrne, *The Failed State and Failed State-Building: How Can a Move Away From the Failed State Discourse Inform Development in Somalia?*, „Birkbeck Law Review” 2012, nr 1, s. 166–130.

⁹ R. Koskenmäki, *Legal Implications Resulting from State Failure In Light of the Case of Somalia*, „Nordic Journal of International Law” 2004, nr 73, s. 5, 36.

¹⁰ Podano za: R. Rybkowski, *Komu potrzebne są państwa upadłe?*, [w:] R. Kłosowicz, A. Mania (red.), *op. cit.*, s. 18. Na temat braku monopolu na użycie siły zob. J. Putzel, J. Di John, *Crisis States Research Centre Report, Meeting the Challenges of Crisis States*, 2012, dostępne na stronie internetowej: <http://www.lse.ac.uk/internationalDevelopment/research/crisisStates/download/finalreport/Meeting-the-Challenges-of-Crisis-States.pdf>, s. 8 (dostęp: 04.02.2014).

W literaturze wskazuje się, że wraz z końcem „zimnej wojny” zaczęła rosnąć liczba państw pogrążających się w chaosie oraz, że proces ten nie ma już zasięgu tylko lokalnego, a globalny. Wśród przyczyn upadku państw wymienia się: dziedzictwo systemu kolonialnego; słabość struktur wewnętrznych, patologie rozwojowe i złą jakość rządzenia; koniec „zimnej wojny”, zanik supermocarstwowych stref wpływów oraz zaprzestanie świadczenia hojnej pomocy w zamian za polityczną służalczość; utratę znaczenia wielu państw w strategicznej kalkulacji supermocarstw; globalne procesy modernizacji i globalizacji wpływające na zmianę roli państwa we współczesnych stosunkach międzynarodowych¹¹; powstanie dużej ilości nowych państw w wyniku dekolonizacji¹²; trudności związane z trudnymi warunkami naturalnymi oraz niepowodzenie westfalskiej idei państwowości w warunkach afrykańskich¹³.

Cechami charakterystycznymi państw określanymi jako upadłe, które są równocześnie skutkami upadłości takich państw są: brak efektywnej władzy centralnej sprawującej kontrolę nad całością (albo przynajmniej większością) terytorium, a z drugiej strony minimalny, czasami ograniczony do stolicy porządek oraz różne grupy (frakcje) walczące o przejęcie kontroli nad ludnością. Jak zauważali G. B. Helman i S. R. Ratner, już w 1993 r., „państwo upadłe” jest kompletnie niezdolne do „samotrzymania się” (*sustaining itself*) jako członek społeczności międzynarodowej. Wojna domowa, upadek rządu, ekonomiczne wykluczenie, przemoc i anarchia oraz związane z tym masowe naruszenia praw człowieka to cechy charakterystyczne państw upadłych wymieniane przez twórców tego pojęcia. Państwa takie – ich zdaniem – zagrażają własnym obywatelom, ale również sąsiadom poprzez polityczną niestabilność i przepływy uchodźców¹⁴. Z kolei S. Bieleń wskazuje, że istotą upadku państwa jest utrata przez jego władzę społecznej legitymizacji rządzenia. Inaczej mówiąc, jest to problem zaniku identyfikacji obywateli z władzą. Z tego punktu widzenia jedynie kilka państw we współcze-

¹¹ S. Bieleń, *op. cit.*, s. 56.

¹² G. B. Helman, S. R. Ratner, *Anarchy Rules: Saving Failed States*, „Foreign Policy” 1992–1993, dostępne na stronie internetowej: http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/06/21/saving_failed_states#sthash.QVFTN6Sk.dpbs (dostęp: 06.02.2014).

¹³ M. Różalska, *Słabość przywództwa jako jeden z głównych czynników upadku państwowości w Afryce Subsaharyjskiej*, [w:] R. Kłosowicz, A. Mania (red.), *Problem upadku państw w stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 93.

¹⁴ G. B. Helman, S. R. Ratner, *op. cit.* Por. R. I. Rotberg, *The Failure and Collapse of Nation-States. Breakdown, Prevention, and Repair*, [w:] I. Rotberg (red.), *When States Fail: Causes and Consequences*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, s. 5–6.

snym świecie można uznać za całkowicie upadłe¹⁵. Należy się zgodzić, że nie powinno się zbyt szybko określać państw jako upadłe. Autor ten wymienia kolejne cechy charakterystyczne „państw upadłych”: deficyt ładu wewnętrznego (władza przechodzi w ręce band, klanów, watażków, gangów), dezintegracja struktur społecznych i demontaż infrastruktury państwowoprawnej, „prywatyzacja” państwa i „kryminalizacja” polityki, eskalacja stosowania przemocy w postaci wojny domowej, groźba eskalacji działań wojennych na kraje sąsiednie, utrata kontroli nad granicami państwa, narastanie antagonizmów etnicznych, katastrofa ekonomiczna, korupcja, ubóstwo, głód, naruszanie podstawowych praw i wolności obywatelskich, klęski humanitarne (masowe migracje, wypędzenia, rzezie plemienne), fale migrantów płynące z państw niestabilnych w stronę państw zamożnych, gdzie ich asymilacja rodzi poważne problemy, rywalizacja o zasoby surowcowe (ropa naftowa, diamenty, drewno tropikalne)¹⁶. Niestety bardzo często sytuację tę jeszcze pogarszają klęski żywiołowe, które dotyczą „państw upadłych”. Dla przykładu, w Somalii i Sudanie (przed podziałem na Sudan Południowy i Północny¹⁷) klęski żywiołowe (przede wszystkim susza) spotęgowały ludzkie cierpienia i spowodowały śmierć dużej części populacji, a pozostałych zmusiły do wyemigrowania do już przeludnionych ośrodków miejskich lub ośrodków dla uchodźców¹⁸. Jeżeli chodzi o migracje w państwach uznanych za upadłe, zwłaszcza w państwach afrykańskich, powodują one utratę potencjału w postaci kapitału ludzkiego, który w poszukiwaniu bezpieczeństwa i lepszego życia zwyczajnie odpływa z „państw upadłych”. W „państwach upadłych” pozostają najczęściej osoby niewykształcone, pozbawione perspektyw rozwoju, nauki, lepszego życia i świadome swej trudnej sytuacji¹⁹. Stan upadku państwa sprzyja rozwojowi przestępczości, w tym han-

¹⁵ S. Bieleń, *Państwa upadłe*, [w:] J. Symonides (red.), *Organizacja Narodów Zjednoczonych. Bilans i perspektywy*, Wydawnictwo Scholar, Warszawa 2006, s. 624. *Fragile States Index 2014* wymienia m.in.: Sudan Południowy, Somalię, Republikę Środkowoafrykańską, Demokratyczną Republikę Konga, Sudan, Czad, Afganistan, Jemen, Haiti, Pakistan, Zimbabwe i Gwineę. Zob. <http://ffp.statesindex.org/> (dostęp: 07.12.2014).

¹⁶ S. Bieleń, *Państwa w stanie...*, s. 57.

¹⁷ Więcej na temat rozpadu Sudanu zob. <http://www.aljazeera.com/programmes/sudanthebreakup/> (dostęp: 04.02.2014).

¹⁸ G. B. Helman, S. R. Ratner, *op. cit.*

¹⁹ M. Stańczyk-Minkiewicz, *Terytorium państw upadłych jako przestrzeń sprzyjająca powstawaniu, rozwojowi i działalności organizacji terrorystycznych*, [w:] R. Kłosowicz, A. Mania (red.), *Problem upadku państw w stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 215.

dłowi bronią i przemytowi narkotyków, a w przypadku niektórych państw np. Somalii także rozwojowi piractwa morskiego. Nie działają siły policyjne, więc obywatele nie korzystając z jej ochrony, szukają schronienia pośród „komendantów” wojennych, „panów wojny”, którzy jako jedyni są w stanie uchronić ludność przed pogromami²⁰. Bardzo niebezpiecznym skutkiem istnienia „państw upadłych” jest terroryzm międzynarodowy. Utrata kontroli przez władze państwowe pozwala na swobodne tworzenie baz, obozów szkoleniowych i zaplecza logistycznego dla terrorystów²¹, np. w Afganistanie przed atakami z 11 września 2001 r.²²

ODPOWIEDZIALNOŚĆ „PAŃSTWA UPADŁEGO” – UWAGI OGÓLNE

W kontekście odpowiedzialności „państwa upadłego” istotne jest to, że państwo takie nadal jest podmiotem prawa międzynarodowego i członkiem społeczności międzynarodowej, członkiem organizacji międzynarodowych, do których wstąpiło, stroną umów międzynarodowych, które zawarło (mimo że nie jest w stanie zawrzeć nowych porozumień międzynarodowych), a jego stosunki dyplomatyczne z innymi państwami pozostają nawiązane. Nie można również kwestionować granic „państwa upadłego”. W przypadku „państw upadłych” może wchodzić w grę odpowiedzialność za naruszenie prawa międzynarodowego ze strony samego państwa.

Podstawą odpowiedzialności jest kontrola. Jeśli kontrola pociąga za sobą odpowiedzialność, to konsekwencją utraty kontroli jest niemożność pociągnięcia do odpowiedzialności²³. Jednak skoro w „państwie upadłym” nie funkcjonuje efektywna władza, podstawowe pytanie dotyczy możliwości przypisania naruszenia prawa międzynarodowego temu państwu. Państwo jako abstrakcyjny twór działa za pośrednictwem swoich organów. Ich brak w „państwie upadłym” powoduje niemożność przypisania państwu działania lub zaniechania stanowiącego naruszenie prawa międzynarodowego.

²⁰ S. Bieleń, *Państwa upadłe...*, s. 626.

²¹ *Ibidem*. Zob. też: S. Bieleń, *Państwa w stanie...*, s. 58.

²² Pisałam o tym również w: A. Szpak, *Fenomen państw upadłych w świetle prawa międzynarodowego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2013, nr 4 – w druku.

²³ G. Kreijen, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness. Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa*, Martinus Nijhoff Publishers, Leida–Boston 2004, s. 270.

Zgodnie z art. 2 Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ (KPM) o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne odpowiedzialność państwa powstaje, kiedy wystąpią łącznie dwie przesłanki: zostanie naruszone zobowiązanie międzynarodowe w wyniku zachowania polegającego na działaniu lub zaniechaniu oraz istnieje możliwość przypisania danego zachowania określonemu państwu²⁴. Czyn międzynarodowo bezprawny ma więc miejsce wówczas, gdy – po pierwsze – zachowanie polegające na działaniu lub też zaniechaniu może być przypisane państwu na mocy prawa międzynarodowego, a po drugie – stanowi ono naruszenie jego międzynarodowego zobowiązania²⁵. W tym przypadku należy przyjąć domniemanie kontynuacji zdolności prawnej „państwa upadłego”. Mimo tego, że państwo takie jest niezdolne do działań prawnych, nadal ma ono prawa i obowiązki. Jednakże – co do zasady – zgodnie ze współczesnym prawem międzynarodowym, państwo nie może zostać pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenia prawa międzynarodowego, jeśli nie posiada ono już organów czy też funkcjonariuszy upoważnionych do działania w jego imieniu. Jak zauważa D. Thürer, państwo nie może ponosić odpowiedzialności za niezapobieżenie naruszeniom popełnionym przez osoby prywatne lub za ich nieukaranie, w sytuacji, kiedy państwo nie dysponuje władzą (możliwością) podjęcia takich działań²⁶. Podobnie argumentuje R. Koskenmäki, stwierdzając, że w przypadku „państwa upadłego” nie ponosi ono co do zasady odpowiedzialności za działania różnych walczących frakcji i grup, gdyż nie ma organów władzy, których obowiązkiem jest zapobiec naruszeniom prawa przez te frakcje i grupy²⁷. H. Dudkiewicz zauważa, że „[z]e zwierzchnictwem terytorialnym wiążą się również pewne obowiązki, takie jak: zapobieganie wykorzystywaniu własnego terytorium jako bazy wypadowej przeciwko innym państwom, zapobieganie propagandzie wojennej na swoim terytorium czy obowiązki wynikające z zasady dobrosąsiedztwa. Oczywisty jest fakt, że obowiązków tych nie da się wyegzekwować od państw upadłych, czego przykładem jest choćby istnienie na ich terytoriach baz ugrupowań terrorystycznych”²⁸.

²⁴ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, dostępne na stronie internetowej: http://legal.un.org/ilc/texts/9_6.htm (dostęp: 10.02.2014).

²⁵ A. Zbaraszevska, *Dylematy międzynarodowej odpowiedzialności państw*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 1, s. 49.

²⁶ D. Thürer, *op. cit.*

²⁷ R. Koskenmäki, *op. cit.*, s. 32.

²⁸ H. Dudkiewicz, *op. cit.*, s. 76.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ „PAŃSTWA UPADŁEGO” – REGUŁY ATRYBUCJI

Stwierdzenia powyższe wymagają jednak kilku dodatkowych uwag, z powołaniem się na Artykuły o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne. Kluczowa wydaje się wspomniana kwestia możliwości atrybucji naruszeń prawa międzynarodowego, w tym praw człowieka i prawa humanitarnego, „państwu upadłemu”.

Odpowiedzialność państwa powstaje jedynie wówczas, kiedy dany czyn można przypisać temu państwu. Reguły atrybucji są więc elementem rozstrzygającym o odpowiedzialności²⁹. Projekt KPM zawiera kilka takich reguł atrybucji. Po pierwsze, państwo ponosi odpowiedzialność za działania wszystkich swoich organów: ustawodawczych, wykonawczych oraz sądowniczych, niezależnie od tego czy reprezentują władzę centralną czy niższego rzędu (art. 4). Zgodnie z art. 5 Artykułów, państwo odpowiada także za działania osób i instytucji, które mimo że nie są organami państwa, to jednak wykonują elementy władzy państwowej pod warunkiem, że działają w wykonaniu tej kompetencji w momencie dokonania aktu niedozwolonego. Art. 6 Artykułów przewiduje, że odpowiedzialność powstaje także w odniesieniu do działań organów innego państwa, które zostały przekazane do dyspozycji państwa ponoszącego odpowiedzialność. Z kolei art. 7 Artykułów stanowi, że fakt przekroczenia uprawnień przez funkcjonariusza lub instytucję bądź działania niezgodnie z instrukcjami nie ma wpływu na ponoszenie przez państwo odpowiedzialności za takie działanie *ultra vires*³⁰. Państwo jest także odpowiedzialne za działania osób lub grup osób wykonujących instrukcję państwa oraz kierowanych lub kontrolowanych przez to państwo (art. 8 Artykułów). Art. 9 i 10 Artykułów dotyczą sytuacji pozakonstytucyjnych zmian władzy oraz utworzenia w wyniku tych zmian ruchów narodowo-wyzwoleńczych. Stosownie do tych przepisów, państwo odpowiada za czyny osób, które faktycznie sprawują władzę państwową w sytuacji, gdy władza oficjalna nie istnieje bądź nie jest sprawowana, ale tylko wówczas, gdy okoliczności narzucały podjęcie określo-

²⁹ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge 2002, s. 91.

³⁰ Por. T. Meron, *International Responsibility of States for Unauthorized Acts of Their Officials*, „The British Yearbook of International Law” 1957, nr 33, s. 104

nych działań (art. 9). Artykuły KPM uznają także, że państwo jest odpowiedzialne za działania ruchu opozycyjnego, który doprowadził do zmiany rządu (art. 10 ust. 1), oraz że nowo powstałe państwo ponosi odpowiedzialność za działania ruchu wyzwolenieckiego, który doprowadził do utworzenia tego nowego państwa (art. 10 ust. 2). Odpowiedzialność państwa powstaje również, gdy państwo to uznaje dane działanie za swoje (art. 11)³¹.

Jeżeli chodzi o art. 4 stan „państwa upadłego” w zasadzie wyklucza możliwość zastosowania tej reguły atrybucji, gdyż np. w przypadku Somalii w latach 1991–2000 nie istniały żadne organy. Dopiero w 2004 r. powstał Tymczasowy Rząd Federalny (*Transitional Federal Government*), który jest uznawany za najsukcesowniejszy efekt wysiłków dla odbudowy Somalii. Jest on uważany za prawowity rząd Somalii, jednak nie kontroluje większości regionów Somalii (w 2012 r. przekształcił się w stały rząd federalny Somalii). Jego obecność jest ograniczona praktycznie do Mogadyszu³². Jednak jak zauważa A. Sugiki, mimo że Somalia często pesymistycznie określana jest jako „państwo upadłe”, nie wszystkie części Somalii są pozbawione zarządzania i porządku. W Somaliland i Puntland funkcjonują lokalne instytucje rządzące. Utrzymują one relatywny pokój i stabilność³³.

³¹ Zob. również: M. Frankowska, *Artykuły Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczące odpowiedzialności państw – nowa forma kodyfikacji prawa międzynarodowego* [w:] *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa Profesor Renaty Szafarz*, red. J. Menkes, Warszawa 2006, s. 177–178. Szerzej na ten temat: J. Crawford, *The International...*, s. 94–123; A. Zbaraszevska, *op. cit.*, s. 50–51. Na temat odpowiedzialności międzynarodowej państw patrz: J. Crawford, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, „The American Journal of International Law” 2002, nr 96, s. 874–890; J. Crawford, P. Bodeau, J. Peel., *Notes and Comments. The ILC's Draft Articles on State Responsibility: Toward Completion of a Second Reading*, „The American Journal of International Law” 2000, nr 94, s. 660–674; W. Czapliński, *Kodyfikacja prawa o odpowiedzialności międzynarodowej państw*, „Studia Prawnicze” 2002, nr 4, s. 35–37; J. Symonides, *Odpowiedzialność państwa w prawie międzynarodowym*, „Studia Prawnicze” 1971, nr 30, s. 49–55; F. V. Garcia-Amador, *State Responsibility in the Light of the New Trends of International Law*, „The American Journal of International Law” 1955, nr 49, s. 339–346.

³² *International Crisis Group, Somalia: The Transitional Government on Life Support*, Africa Report N°170 21 Feb 2011, dostępne na stronie internetowej: <http://www.crisisgroup.org/en/regions/africa/horn-of-africa/somalia/170-somalia-the-transitional-government-on-life-support.aspx> (dostęp: 02.03.2013). Por. I. R. Lax, *op. cit.*, s. 46.

³³ A. Sugiki, *op. cit.*, s. 63. Warto wskazać, że kiedy Tymczasowy Rząd Federalny zawiódł w zapewnieniu porządku i bezpieczeństwa w drugiej połowie 2006 r. pojawiła się Unia Sądów Islamskich (*Union of Islamic Courts*). Do czerwca 2006 r. Unia zdołała uzyskać kontrolę nad Mogadyszu pokonując i neutralizując watażków wojennych a do sierpnia 2006 r. rozciągnęła kontrolę nad większością południowej i centralnej Somalii. Unia była postrzegana jako silna alternatywa

Somaliland posiada demokratyczny rząd, policję, armię, system finansowy i walutę³⁴.

Jak stwierdza G. Kreijen, brak rządu wyklucza jakiekolwiek realistyczne zastosowanie koncepcji władzy publicznej. Ponadto, watażkowie wojenni i walczące ze sobą frakcje co do zasady działają w wąsko pojętym własnym interesie, a nie w interesie publicznym. W konsekwencji ich zachowania w większości przypadków zostaną uznane za zachowania osób prywatnych, które nie są przypisywane państwu³⁵.

Dla przypomnienia, art. 8 stanowi, że państwo jest także odpowiedzialne za działania osób lub grup osób realizujących instrukcje państwa oraz kierowanych lub kontrolowanych przez to państwo. Art. 8 Artykułów KPM wymaga więc, aby osoba lub grupa osób, których zachowanie ma być przypisane państwu, wykonywała instrukcje państwa lub działała pod kierownictwem lub kontrolą tego państwa. Skoro art. 8 stanowi odstępstwo od ogólnej zasady, zgodnie z którą zachowanie osób prywatnych nie jest przypisywane państwu, artykuł ten wymaga istnienia faktycznego związku między osobą zaangażowaną w dane zachowanie, a państwem³⁶. Człon dotyczący instrukcji państwa nie budzi większych wątpliwości. Każda osoba lub podmiot, który realizuje takie instrukcje działa niejako w imieniu państwa i jego zachowania można temu państwu przypisać. W przypadku „państw upadłych” trudno jednak o takie instrukcje, gdyż musiałyby zostać wy-

dla Tymczasowego Rządu Federalnego, ponieważ zapewniła wysoki poziom bezpieczeństwa i usług publicznych. W obawie przed radykalizmem somalijskim Etiopia podjęła zbrojną interwencję w grudniu 2006 r. i szybko pokonała Unię Sądów Islamskich i zajęła Mogadiszu. Tymczasowy Rząd Federalny wkroczył do Mogadiszu. Jednak zaproszenie przez Tymczasowy Rząd Federalny sił Etiopii pogłębiło tylko brak zaufania i wrogość w stosunku do Rządu. Ostatecznie, Tymczasowy Rząd Federalny nie ustanowił swojej władzy nad całością kraju. Po klęsce w styczniu 2007 r. Unia Sądów Islamskich przegrupowała się i utworzyła *Alliance for the Re-liberation of Somalia* (ARS). Miało to miejsce we wrześniu 2007 r. Dodatkowo, Al-Shabaab, grupa radykalnych islamskich bojowników (byłe wojskowe skrzydło Unii Sądów Islamskich) objęła swoimi wpływami południową Somalię. W rezultacie walki między klanami i zbrojnymi grupami uległy intensyfikacji powodując poważny kryzys humanitarny. Zob. *ibidem*, s. 70.

³⁴ B. Poore, *Somaliland: Shackled to a Failed State*, „Stanford Journal of International Law” 2009, nr 45, s. 117. O historii Somaliland zob. *ibidem*, s. 123–124. W 2012 r. pierwszy od dwudziestu lat parlament został zaprzysiężony i zostały przeprowadzone wybory prezydenckie. Zwyciężył w nich Hassan Sheikh Mohamud. Rząd, na czele którego stoi prezydent Mohamud, wciąż podejmuje działania mające na celu zjednoczenie autonomicznych regionów północnych (Somaliland i Puntland) z pozostałą częścią Somalii.

³⁵ G. Kreijen, *op. cit.*, s. 275.

³⁶ *Ibidem*, s. 276; J. Crawford, *The International...*, s. 110.

dane przez organy państwowe, których brak. Ta reguła atrybucji nie znajdzie więc zastosowania. Drugi człon dotyczący działania pod kierownictwem lub kontrolą państwa jest trudniejszy do rozszyfrowania. W Komentarzu KPM stwierdzono, że dane zachowanie będzie można przypisać państwu, tylko jeśli kierowało ono lub kontrolowało konkretne operacje, a dane zachowanie, którego dotyczy zarzut naruszenia prawa międzynarodowego, stanowiło integralną część tej operacji³⁷.

W tym miejscu można zadać pytanie – o jaki stopień intensywności kontroli chodzi? Zagadnienie przypisania działań państwu było poruszane przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) w orzeczeniu w sprawie *militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* z 1986 r. W sprawie *Nikaragui* MTS stwierdził, że udział USA, nawet jeśli dominujący bądź decydujący w finansowaniu, organizowaniu, szkoleniu, materialnym wspieraniu i wyposażaniu *contras*, wybór ich militarnych bądź paramilitarnych celów oraz planowanie całości ich operacji jest nadal sam w sobie niewystarczający do uznania działań *contras* za przypisywalne USA; tym samym, USA nie ponoszą odpowiedzialności za działania *contras*. Wszystkie formy, jakie przybrało amerykańskie uczestnictwo w działaniach w Nikaragui bez dalszych dowodów nie oznaczają, że USA kierowały lub popełniały czyny naruszające prawa człowieka bądź międzynarodowe prawo humanitarne. Aby można było te działania przypisać USA, a tym samym pociągnąć je do odpowiedzialności, należałoby udowodnić, że USA sprawowały „efektywną kontrolę” (*effective control*) nad militarnymi i paramilitarnymi działaniami, w czasie których doszło do naruszenia prawa³⁸. Natomiast Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Zbrodni w byłej Jugosławii (MTKJ) w sprawie *Tadicia* przyjął inny test – ogólnej kontroli (*overall control*), należy jednak pamiętać, że podczas gdy sprawa *Nikaragui* dotyczyła odpowiedzialności państwa za naruszenie *inter alia* międzynarodowego prawa humanitarne, to sprawa *Tadicia* miała inny wymiar – dotyczyła odpowiedzialności jednostki za naruszenie międzynarodowego prawa humanitarne. Fakty sprawy w przypadku Nikaragui były różne od tych w sprawie *Tadicia*³⁹. Izba Apelacyjna MTKJ stwierdziła, że normy prawa międzynarodowego nie zawsze wymagają tego samego stopnia kontroli ze strony państwa nad uzbrojonymi grupami lub osobami prywatnymi w celu określenia, czy osoba nie będąca funkcjonariuszem państwowym może być uważana za organ *de facto* tego

³⁷ G. Kreijen, *op. cit.*, s. 276; J. Crawford, *The International...*, s. 110.

³⁸ Orzeczenie MTS w sprawie *militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui* (Nikaragua przeciwko USA) 1986, § 115.

³⁹ Prokurator przeciwko D. Tadicowi, Izba Orzekająca 1997, § 585–587.

państwa. Konieczny zakres kontroli państwa jest zróżnicowany. Dla ustalenia, czy pojedyncza osoba prywatna lub niezorganizowana militarnie grupa działała jako organ *de facto* państwa przy podejmowaniu danego czynu, konieczne jest stwierdzenie, że konkretne instrukcje skierowane do tej osoby lub grupy, a dotyczące popełnienia danego czynu, zostały wydane. Alternatywnie należy wykazać, że bezprawny czyn został publicznie uznany lub zaakceptowany *ex post facto* przez państwo. Natomiast kontrola państwa nad podporządkowanymi siłami zbrojnymi, milicją lub oddziałami paramilitarnymi może mieć ogólny charakter, lecz musi oznaczać coś więcej niż zwykle dostarczanie pomocy finansowej, wyposażenia wojskowego lub szkolenia. Wymóg ten nie obejmuje jednak wydawania konkretnych rozkazów przez to państwo lub kierowania przez nie każdą poszczególną operacją. Prawo międzynarodowe nie zawiera wymogu, aby władze państwowe planowały wszystkie operacje oddziałów im podległych, wybierały cele wojskowe lub też wydawały instrukcje dotyczące prowadzenia operacji wojskowych i popełniania zarzucanych naruszeń prawa humanitarnego. Kontrola wymagana przez prawo międzynarodowe może być wystarczająca, kiedy państwo (lub w przypadku konfliktu zbrojnego – strona konfliktu) odgrywa rolę w organizowaniu, koordynowaniu lub planowaniu działań zbrojnych⁴⁰. W konkluzji orzeczenia w sprawie *Tadicia*, Izba Apelacyjna MTKJ uznała, że stopień kontroli nad zorganizowanymi podporządkowanymi siłami zbrojnymi, milicją lub oddziałami paramilitarnymi wymagany przez prawo międzynarodowe (w tym przypadku kontroli Federalnej Republiki Jugosławii nad siłami zbrojnymi bośniackich Serbów) dla uznania konfliktu zbrojnego za międzynarodowy można określić jako „ogólną kontrolę”. Taka „ogólna kontrola” obejmuje coś więcej niż tylko finansowanie i wyposażanie takich sił. Konieczny jest również udział państwa w planowaniu i nadzorowaniu operacji wojskowych. Natomiast prawo międzynarodowe nie wymaga, aby taka kontrola obejmowała wydawanie konkretnych rozkazów lub instrukcji dotyczących operacji wojskowych, bez względu na to, czy takie operacje naruszałyby międzynarodowe prawo humanitarne. Podkreślam, że instrukcje takie są wymagane w odniesieniu do działań pojedynczych osób lub niezorganizowanych grup. W moim przekonaniu należy przyjąć, że test efektywnej kontroli należy stosować do odpowiedzialności państw, natomiast test ogólnej kontroli do określenia charakteru konfliktu zbrojnego⁴¹.

⁴⁰ *Ibidem*, § 137.

⁴¹ Na ten temat zob. też: M. Kowalski, *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego*, Diffin, Warszawa 2013, s. 172–183.

Ta reguła atrybucji również nie znajdzie jednak zastosowania do „państwa upadłego”, ze względu na brak organów kierujących i kontrolujących zachowaniem osób prywatnych.

Najbardziej istotne w kontekście „państw upadłych” są jednak reguły atrybucji z art. 9 i 10 Artykułów. Stosownie do art. 9, państwo odpowiada za czyny osób, które faktycznie sprawują władzę państwową w sytuacji, gdy władza oficjalna nie istnieje bądź nie jest sprawowana, ale tylko wówczas, gdy okoliczności narzucały podjęcie określonych działań. Komentarz KPM wskazuje, że przepis ten dotyczy wyjątkowych sytuacji, kiedy regularne władze ulegają rozwiązaniu, zostały siłą zniesione lub tymczasowo nie funkcjonują⁴². Sytuacja taka będzie obejmować stan zupełnego upadku aparatu państwowego, jak również przypadki, w których władze państwowe nie wykonują swoich funkcji w określonych konkretnych sprawach, na przykład w przypadku częściowego upadku państwa lub utraty kontroli nad daną miejscowością. Ostatni przypadek zakłada jednak istnienie rządu i maszyny państwowej, których miejsce zostało zajęte przez siły nieregularne. Osoby prywatne, o które chodzi w art. 9 nie są bowiem odpowiednikiem rządu *de facto*, gdyż w tej ostatniej sytuacji zastosowanie znalazłaby reguła atrybucji z art. 4. Przepis art. 9 nie miałby więc zastosowania na przykład do Somalii⁴³. Jednak część przepisu Artykułów KPM mówiąca o odpowiedzialności za „czyny osób, które faktycznie sprawują władzę państwową w sytuacji, gdy władza oficjalna nie istnieje” mogłaby znaleźć zastosowanie do Somalii. Aby jednak przypisać państwu naruszenie, zgodnie z art. 9 konieczne jest występowanie okoliczności, które „narzucały podjęcie określonych działań”. Ten normatywny element – konieczność wykonania uprawnień władzy rządowej – odróżnia sytuację z art. 9 od zwykłych działań osób prywatnych, które nie są przypisywane państwu⁴⁴. Z art. 9 wynika, że trzy warunki muszą zostać spełnione, aby dane zachowanie zostało przypisane państwu: 1.) osoba lub grupa osób, których zachowanie jest analizowane musi rzeczywiście wykonywać elementy władzy państwowej; 2.) musi ona tak postępować w sytuacji braku rządu i 3.) okoliczności były takie, że narzucały podjęcie określonych działań władczych. W przypadku „państwa upadłego” z tych warunków niewątpliwie drugi jest spełniony⁴⁵.

⁴² *Draft articles ...*, s. 49.

⁴³ *Ibidem*. Por. R. Koskenmäki, *op. cit.*, s. 33. Zob. też: M. Kowalski, *op. cit.*, s. 184–185.

⁴⁴ *Draft articles...*, s. 49.

⁴⁵ G. Kreijen, *op. cit.*, s. 278.

Jeżeli chodzi o pozostałe warunki to pozarządowi aktorzy działający wewnątrz „państwa upadłego”, których działania stanowią naruszenie prawa międzynarodowego z reguły postępują tak bez żadnego powiązania z wykonywaniem funkcji publicznych. G. Kreijen podaje przykład nastolatków w Sierra Leone odcinających ręce osobom cywilnym lub watażków wojennych w Demokratycznej Republice Konga przeprowadzających masowe egzekucje wieśniaków. Bez względu na bestialski charakter ich działań i bez względu na to, jak bardzo takie osoby zasługują na karę (w grę może wchodzić indywidualna odpowiedzialność karna), ich czyny pozbawione są jakiegokolwiek powiązania z wykonywaniem władzy publicznej⁴⁶. Podsumowując uwagi dotyczące art. 9 Artykułów KPM, ta reguła atrybucji – co do zasady – nie będzie miała zastosowania do pociągania do odpowiedzialności „państwa upadłego”. Nie jest to niemożliwe, lecz w praktyce raczej mało prawdopodobne⁴⁷. W Komentarzu do Artykułów KPM ostatni sprawozdawca KPM, J. Crawford podaje przykład działań Strażników Rewolucji Islamskiej (*Iranian Revolutionary Guard*) które miały miejsce zaraz po rewolucji. Działania te obejmowały obszary imigracji i cel na lotnisku w Teheranie. Irańsko-Amerykański Trybunał Roszczeń uznał działania Strażników za przypisywalne Iranowi, na tej podstawie, że nawet jeśli działania te nie były autoryzowane przez rząd, to jednak Strażnicy Rewolucji wykonywali elementy władzy państwowej w sytuacji braku oficjalnych władz w ramach operacji, o których nowy rząd musiał wiedzieć i przeciwko którym nie zaprotestował (sprawa *Yeager przeciwko Islamskiej Republice Iranu*). Pozycja i zachowanie Strażników Rewolucji podpadało pod art. 9⁴⁸. W podanym przykładzie działał jednak rząd, tak więc ten przykład nie oddaje sytuacji panującej w „państwie upadłym”.

Artykuły KPM uznają także, że państwo jest odpowiedzialne za działania ruchu opozycyjnego, który doprowadził do zmiany rządu (art. 10 ust. 1), oraz że nowopowstałe państwo ponosi odpowiedzialność za działania ruchu wyzwolenieckiego, który doprowadził do utworzenia tego nowego państwa (art. 10 ust. 2)⁴⁹. Może się bowiem zdarzyć tak, że w „państwie upadłym” dojdzie do zmiany rządu (w tym sensie, że po okresie upadłości i walk wewnętrznych wyłoni się nowy rząd) lub może powstać nowe państwo, które będzie ponosić odpowiedzialność za działania ruchu wyzwolenieckiego. Ważne jest jednak udowodnienie

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 279.

⁴⁸ J. Crawford, *The International...*, s. 114.

⁴⁹ Zob. również: M. Frankowska, *op. cit.*, s. 177–178.

kontynuacji między ruchem opozycyjnym lub wyzwolenicznym, a nowym rządem lub państwem. Można się zastanawiać czy kontynuacja zostanie zachowana, gdy nowy rząd powstanie z pomocą społeczności międzynarodowej i składać się będzie np. z osób, które przebywały na emigracji (z zewnątrz).

Co do tej reguły atrybucji, praktyka dyplomatyczna jest wyjątkowo zgodna i uznaje, że działalność ruchu opozycyjnego lub wyzwolenczego nie może być przypisana państwu. Zasada ta opiera się na założeniu, że struktura i organizacja takiego ruchu są i pozostaną niezależne od struktury i organizacji państwa. Jest to wyraźnie widoczne w sytuacji stłumienia rewolty przez państwo. Kiedy natomiast ruch opozycyjny osiągnie swoje cele i utworzy nowy rząd lub nowe państwo z części terytorium pod swoją administracją, byłoby niedopuszczalne i niezrozumiałe, gdyby nowy rząd lub nowe państwo mogło uniknąć odpowiedzialności za swoje wcześniejsze działania. Podstawą przypisania państwu zakończonych sukcesem działań ruchu opozycyjnego jest założenie o kontynuacji między ruchem i nowo powstałym rządem⁵⁰.

Możliwość zastosowania art. 10 jest jednak mało prawdopodobna. Przede wszystkim, nie wszystkie grupy lub siły nieregularne kwalifikują się jako ruchy wyzwolencze. KPM przyjęła w charakterze wskazówki definicję ruchu wyzwolenczego z II Protokołu dodatkowego do Konwencji genewskich dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r. Zgodnie z art. 2 Protokołu rozłamowe siły zbrojne lub inne zorganizowane uzbrojone grupy muszą pozostawać pod odpowiedzialnym dowództwem i sprawować taką kontrolę nad częścią jej terytorium, że mogą przeprowadzać ciągłe i spójne operacje wojskowe oraz stosować protokół⁵¹. Warunki te są bardzo trudne do spełnienia, tak więc niewiele grup będzie się kwalifikowało jako ruch wyzwolenczy (przede wszystkim ze względu na zbyt niski stopień zorganizowania). Nawet jeśli dana grupa kwalifikuje się jako ruch wyzwolenczy, to konieczne jest jeszcze spełnienie jednego warunku – w przypadku „państwa upadłego” obalenie nieefektywnego rządu lub pokonanie innych walczących grup i przejęcie władzy. Z reguły w „państwie upadłym” sytuacja nie jest tak jednoznaczna. Wiele frakcji lub grup walczy ze sobą z różnych powodów: ekonomicznych, religijnych czy etnicznych, nie rzadko bez zamiaru przejścia władzy w całym państwie. Nawet jeśli mają

⁵⁰ *Draft articles...*, s. 50.

⁵¹ II Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8 czerwca 1977 r., [w:] Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175, załącznik. Zob. J. Crawford, *The International...*, s. 118; G. Kreijen, *op. cit.*, s. 279.

taki zamiar to zwykle nie udaje im się lub też długo nie udaje im się przejąć władzy, a dane państwo pogrąża się w długotrwałych walkach wewnętrznych⁵². Tak więc pomimo teoretycznego potencjału, praktyczne znaczenie art. 10 jest niewielkie⁵³.

Tytułem uzupełnienia należy dodać, że odpowiedzialność państwa powstaje również, gdy państwo to uznaje dane działanie za swoje (art. 11)⁵⁴.

UWAGI KOŃCOWE

„Konsekwencje rozkładu państwowości można określić z jednej strony jako wyłączenie odpowiedzialności międzynarodowej państwa za powstałe delikty [...], z drugiej zaś – jako podstawę postawienia przed sądem jednostek-sprawców naruszeń prawa karnego i prawa międzynarodowego”⁵⁵. W gruncie rzeczy pozostaje więc odpowiedzialność karna jednostek, której znaczenie jest olbrzymie. Jednostki winne popełnienia zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości, czy też ludobójstwa mogą zostać postawione przed międzynarodowymi lub krajowymi trybunałami i sądami karnymi. Jako że nie jest to tematem niniejszego artykułu zasygnalizuję tylko tę możliwość i na niej się zatrzymam⁵⁶.

⁵² G. Kreijen, *op. cit.*, s. 281.

⁵³ *Ibidem*, s. 282.

⁵⁴ Na temat odpowiedzialności międzynarodowej państw zob. też: J. Symonides, *Odpowiedzialność...*, s. 33–64; W. Czapliński, *Kodyfikacja...*, s. 33–53.

⁵⁵ A. Wyrozumska, W. Czapliński, *op. cit.*, s. 228.

⁵⁶ Szerzej zob. A. Szpak, *Kontrola przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, TNOiK, Toruń 2011.

Vita Zagórowska*

ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTWA ZA NARUSZENIE PRAW MNIEJSZOŚCI NARODOWYCH – SŁABOŚCI MIĘDZYNARODOWEGO SYSTEMU ICH OCHRONY

WPROWADZENIE

Ze względu na brak precyzyjnych danych statystycznych szacuje się w przybliżeniu, że około 10–20% ludności na świecie należy do mniejszości narodowych, w tym w Europie, zamieszkałej przez około 750–800 mln osób, co ósmy mieszkaniec nie identyfikuje się z większością etniczną tworzącą dane państwo. Z powyższego wynika, że około 600 mln do 1,2 mld osób potrzebuje specjalnych środków pranych w celu ochrony swoich praw.

Istnienie grup mniejszościowych można zauważyć już w czasach nowożytnych, aczkolwiek kryterium wyróżniające stanowiła wówczas religia. W XIX w. wraz z pojawieniem się elementów ochrony mniejszości religijnych, społeczność międzynarodowa zainteresowała się ochroną mniejszości wyróżniających się pod względem etnicznym. Mimo znacznego zainteresowania, kroki, które były poczynio-

* dr Vita Zagórowska, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego, Wydział Prawa i Administracji UW

ne w kierunku tworzenia systemu ochrony mniejszości narodowych po pierwszej wojnie światowej, państwa objęte zobowiązaniami odbierały jako ograniczenie swojej suwerenności. Największy wpływ na ochronę mniejszości narodowych miał rozwój ochrony praw człowieka po 1945 r., a także stopniowe tworzenie mechanizmów kontroli realizacji tych praw przez poszczególne państwa. Natomiast gwarancje instytucjonalne, prawne, proceduralne oraz monitorujące w zakresie ochrony praw mniejszości narodowych powstały dopiero pod koniec XX w.¹

Analizując międzynarodowy i poniekąd krajowy system ochrony praw mniejszości narodowych w pierwszej kolejności należy skupić się na definicji podmiotu objętego ochroną, a następnie przejść do omówienia instytucjonalnych gwarancji praw oraz mechanizmów kontrolnych na poziomie uniwersalnym i regionalnym². W kontekście organizacji międzynarodowych, które zajmują się ochroną praw mniejszości narodowych poprzestaną głównie na Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz Radzie Europy.

MNIEJSZOŚCI NARODOWE: DEFINICJA ORAZ WYBRANE MIĘDZYNARODOWE REGULACJE PRAWNE

Brak możliwości ustalenia precyzyjnej liczby osób należących do mniejszości narodowych wiąże się m.in. z brakiem definicji mniejszości narodowej w prawie międzynarodowym. Sprawę tę komplikuje nie tylko brak konsensu co do uniwersalnego określenia mniejszości narodowych wśród zainteresowanych państw ale także istnienie społeczności o niesprecyzowanej świadomości narodowej, posiadające pomimo to silne poczucie własnej tożsamości terytorialnej, zastępującej często świadomość narodową³.

Pierwszym dokumentem, którego postanowienia dotyczyły m.in. ochrony praw mniejszości narodowych, był Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej: MPPOP) przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w grudniu 1966 r. Katalog praw objętych Paktem jest obszerny, jednakże normatywny zakres

¹ G. Janusz, *Ochrona praw mniejszości narodowych w Europie*, Lublin 2011, s. 13–14.

² Przedmiotem rozważań będą regulacje organizacji międzynarodowych funkcjonujących na poziomie europejskim.

³ S. Łodziński, *Ochrona praw członków mniejszości narodowych i etnicznych w Europie Środkowej i Wschodniej w świetle standardów międzynarodowych*, [w:] *Ochrona praw osób należących do mniejszości narodowych, raporty, ekspertyzy, opinie*, Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka 1995, s. 9.

praw mniejszości narodowych wyznacza jedynie artykuł 27, zgodnie z którym Państwo-Strona jest zobowiązane do podejmowania działań w celu uniknięcia sytuacji, w których osoby należące do mniejszości mogą być pozbawione prawa do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem wraz z innymi członkami grupy. W odróżnieniu od innych artykułów MPPOP, konstrukcja normatywna art. 27 podkreśla dążenia państw do położenia nacisku na negatywny obowiązek państwa, polegający na nieingerowaniu w sprawy osób należących do mniejszości, pozostawiając na boku kwestie definicji mniejszości narodowych. Wśród postanowień Paktu można także znaleźć przepisy, które w sposób pośredni odnoszą się do praw mniejszości. Są to: art. 18 zapewniający prawo do wolności sumienia i religii, w tym również w zakresie nauczania; art. 20 zawierający zakaz propagandy oraz zabraniający popieranie w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej; a także art. 26 określający zakaz dyskryminacji m.in. ze względu na rasę, kolor skóry, język, religię i pochodzenie narodowe⁴.

Mówiąc o podmiotowym zakresie prawa do ochrony mniejszości należy zaznaczyć, iż z wymienionych w art. 27 uprawnień może korzystać etnicznie, językowo lub religijnie wyodrębniona grupa osób, które na obszarze zamieszkiwanego przez nich państwa, znajdują się w mniejszości⁵. Mimo istniejących w doktrynie poglądów, iż do mniejszości mogą być zaliczani wyłącznie obywatele danego państwa, Komitet Praw Człowieka w Komentarzu Ogólnym nr 23 wyraźnie zaprzeczył takiemu stwierdzeniu. Uzasadniając swoje stanowisko Komitet wskazał na postanowienia art. 2 ust. 1 MPPOP, z którego wynika obowiązek państwa zagwarantowania wszystkim osobom, znajdującym się na jego terytorium oraz podlegającym jego jurysdykcji, praw uznanych w Pakcie⁶.

Do tej pory MPPOP ratyfikowało 168 państw, co mogło by oznaczać, iż zobowiązały się one zapewnić ochronę praw mniejszości narodowych wynikającą z art. 27 Paktu. Rzeczywiście zdecydowana większość państw jest związana postanowieniami omawianego artykułu, jednak można również wskazać te, które

⁴ B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Milk, *Prawa człowieka, dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1993, s. 43–45.

⁵ *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych Komentarz*, R. Wieruszewski (red.), op. cit., s. 684.

⁶ Komentarz Ogólny nr 23 z dnia 8 kwietnia 1994 r., CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, pkt. 5.1; wszystkie komentarze ogólne Komitetu Praw Człowieka są dostępne na stronie internetowej: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

podjęły czynności w celu niestosowania art. 27 Paktu. Na przykład, rząd francuski, korzystając z możliwości zgłoszenia zastrzeżenia stwierdził, że ze względu na art. 2 Konstytucji Republiki Francuskiej, art. 27 Paktu nie ma zastosowania⁷. Również Stany Zjednoczone oświadczyły, że postanowienia artykułów od 1 do 27 (czyli również te dotyczące ochrony praw mniejszości narodowych) nie są samowykonalne. Z kolei 7 państw podpisało Pakt lecz go nie ratyfikowało⁸, a 22 podmioty prawa międzynarodowego nie podjęły żadnych kroków w celu przyjęcia Paktu⁹.

Dokumentem najpełniej regulującym prawa mniejszości w systemie ONZ jest Deklaracja praw osób należących do mniejszości narodowych lub etnicznych, religijnych i językowych przyjęta przez Radę Społeczno-Gospodarczą NZ rezolucją 1992/4, a następnie przez Zgromadzenie Ogólne NZ rezolucją 47/135 w dniu 18 grudnia 1992 r. Dokument ten ma charakter jedynie polityczny, co oznacza, iż nie nakłada na państwo formalnie wiążących obowiązków prawnych. Deklaracja jest swoistym rozszerzeniem postanowień dotyczących ochrony praw mniejszości z art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, co też zostało zaznaczone w preambule tejże Deklaracji¹⁰.

Mówiąc ogólnie o działaniach Państw w ramach przedmiotowej Deklaracji, dokument ten w art. 1 zaznacza, iż Państwa za pomocą środków ustawodawczych i nie tylko, będą chroniły istnienie i tożsamość narodową lub etniczną, religijną i językową oraz będą zapewniały warunki służące wspieraniu takiej tożsamości. Mimo, iż Deklaracja jest niewątpliwie jednym z najistotniejszych instrumentów ochrony praw mniejszości, należy jednak wskazać jej wady. Po pierwsze, najsłabszą stroną dokumentu jest to, iż jako dokument o charakterze politycznym, nie ma

⁷ W świetle prawa francuskiego postanowienia art. 27 MPPOP, Karty języków regionalnych lub mniejszościowych i Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych odnoszą się do praw zbiorowych wspólnoty innej niż polityczna, która we Francji z założenia nie występuje.

⁸ Są to: Chiny (5.10.1998), Komory (25.09.2008), Kuba (2.28.2008), Nauru (12.11.2001), Palau (20.09.2011), Wyspy Świętego Tomasza i Książęca (31.10.1995), Saint Lucia (22.09.2011).

⁹ Są to: Antigua i Barbuda, Arabia Saudyjska, Bhutan, Brunei, Fidżi, Katar, Kiribati, Maleja, Mikronezja, Mjanma, Niue, Oman, Saint Kitts i Nevis, Singapur, Sudan Południowy, Tonga, Tuvalu, Wyspy Cooka, Wyspy Marshalla, Wyspy Salomona, Zjednoczone Emiraty Arabskie oraz Stolica Apostolska.

¹⁰ Zgodnie z Preambułą Deklaracji: „Zgromadzenie Ogólne (...) Inspirowane postanowieniami Artykułu 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, dotyczącymi osób należących do mniejszości etnicznych, religijnych lub językowych (...) ogłasza niniejszą Deklarację Praw Osób Należących do Mniejszości Narodowych lub Etnicznych, Religijnych i Językowych”.

mocy prawnie wiążącej, co z kolei skutkuje brakiem możliwości egzekwowania praw zawartych w Deklaracji przez odpowiednie organy NZ. Dodatkowo, działalność ONZ w tym zakresie jest ograniczona zasadą nieinterwencji w sprawy wewnętrzne danego państwa. Po drugie, w niektórych postanowieniach Deklaracja posługuje się takimi wyrażeniami, jak „Gdziekolwiek jest to możliwe...” lub „Tam, gdzie jest to właściwe...”, co jeszcze bardziej osłabia moc tych postanowień, ponieważ użycie takich sformułowań stwarza dużą dowolność interpretacyjną dla władz państwowych¹¹.

Większa uwaga ochronie praw mniejszości narodowych została poświęcona w Radzie Europy. W ramach tej organizacji międzynarodowej została przyjęta pierwsza i najważniejsza konwencja chroniąca prawa osób należących do mniejszości narodowych, a mianowicie Konwencja Ramowa o ochronie mniejszości narodowych, która weszła w życie w 1998 r. Na podstawie tego dokumentu państwa-strony konwencji zobowiązały się m. in. w stosunku do osób należących do mniejszości narodowych zapewniać 1) prawo do podejmowania swobodnej decyzji o traktowaniu ich jako osób należących lub nienależących do takiej mniejszości bez jakichkolwiek negatywnych skutków, 2) prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się, swobodnego stowarzyszania się, wolności wyrażania opinii, wolności myśli, sumienia i religii oraz prawo do utrzymywania prywatnych instytucji oświatowych, 3) prawo do praktykowania własnej religii i utrzymywania instytucji wyznaniowych, 4) prawo swobodnego dostępu do oświaty na wszystkich poziomach, 5) rzeczywisty udział osób należących do mniejszości narodowych w życiu kulturalnym, społecznym i gospodarczym, a także w sprawach publicznych, 6) kontakty transgraniczne. Dokumentu tego do tej pory nie ratyfikowały oraz nie podpisały 4 państwa członkowskie Rady Europy: Andora, Francja, Monako i Turcja. Biorąc pod uwagę liczebność oraz skład etniczny Andory, nie przystąpienie przez to państwo do konwencji nie wywołuje dla mniejszości negatywnych skutków. Zupełnie inaczej sytuacja wygląda w przypadku Francji¹² i Turcji¹³,

¹¹ T. Białek, *Międzynarodowe standardy ochrony praw mniejszości narodowych i ich realizacja na przykładzie Białorusi, Litwy i Ukrainy*, Warszawa 2008, s. 60.

¹² Zob.: K. Podgórska, *Zróżnicowanie etniczne społeczeństwa francuskiego – sytuacja prawna versus rzeczywistość społeczna*, [w:] E. Godlewska, M. Lesińska-Staszczuk (red.), *Mniejszości narodowe w państwach Unii Europejskiej, stan prawny i faktyczny*, Lublin 2013, s. 171 i n.

¹³ Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant, Initial report of States parties, Turkey CCPR/C/TUR/1, 17 April 2011.

które również nie są stronami konwencji a jej przyjęcie w dużym stopniu ułatwiło by przedstawicielom mniejszości narodowych i etnicznych zamieszkującym te państwa realizację ich praw. Wyjątkiem jest Monako, w którym Monegaskowie stanowią mniejszość we własnym państwie, a w konsekwencji trudne było by zastosowanie pojęcia mniejszości narodowej w tym państwie¹⁴.

Dodatkowym instrumentem przyjętym w ramach Rady Europy jest Karta języków regionalnych lub mniejszościowych. W postanowieniach ogólnych Karty zawarto definicję języków regionalnych i mniejszościowych, która obejmuje języki „tradycyjnie używane na terytorium danego państwa przez jego obywateli, którzy stanowią grupę liczebnie mniejszą od reszty ludności tego państwa”, a ponadto różnią się od jego języka oficjalnego. W Raporcie wyjaśniającym do Karty języków regionalnych lub mniejszościowych zaznaczono jednak, iż przedmiotem ochrony nie są prawa indywidualne lub zbiorowe mniejszości narodowych, lecz ich języki. W związku z powyższym, celem omawianego dokumentu jest ochrona i promocja tych języków jako elementu europejskiego bogactwa kulturowego¹⁵. Zgodnie z art. 2 Karty każda strona powinna zastosować postanowienia części II do wszystkich języków regionalnych lub mniejszościowych, występujących na jej terytorium i które odpowiadają definicji zawartej w art. 1 Karty. Z kolei wobec języków wyszczególnionych w chwili ratyfikacji, przyjęcia lub zatwierdzenia, zgodnie z art. 3¹⁶ każda strona zobowiązuje się stosować co najmniej 3–5 punktów lub podpunktów wybranych spośród postanowień części III Karty (art. 8–14), w tym przynajmniej po trzy z art. 8 i 12 i po jednym z art. 9, 10, 11 i 13¹⁷.

¹⁴ Zgodnie z Powszechnym Spisem Ludności z 1990 r., z 29 972 mieszkańców Monako jedynie 5070 jest Monegaskami. Pozostali mieszkańcy Księstwa to są przedstawiciele 122 różnych narodowości (głównie jednak społeczności francuskiej i włoskiej). Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant, Initial report of the Principality of Monaco CCPR/C/MCO/99/1CCPR/C/MCO/99/1, 15 May 2000.

¹⁵ Raport wyjaśniający do Europejskiej karty języków regionalnych lub mniejszościowych, [w:] *Europejska karta języków lub mniejszościowych. Od teorii do praktyki. Materiały z konferencji*, Warszawa 16–17 czerwca 2003 r., Warszawa 2004, s. 265 i n.

¹⁶ Zgodnie z art. 3 każde umawiające się Państwo wymieni w swoim dokumencie ratyfikacji, przyjęcia lub zatwierdzenia, każdy z języków regionalnych lub mniejszościowych lub język oficjalny, który jest używany mniej powszechnie na całym lub części jego terytorium, do których będą mieć zastosowanie ustępy i punkty wybrane zgodnie z art. 2 ust. 2.

¹⁷ Europejska Karta języków regionalnych lub mniejszościowych, sporządzona w Strasburgu dnia 5 listopada 1992 r., (Dz.U. 2009 Nr 137, poz. 1121).

Mówiąc o regulacjach prawnych przyjętych w ramach Rady Europy należy także wymienić najważniejszy dokument w dziedzinie praw człowieka, czyli uropejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Przyjęta w 1950 r. Europejska Konwencja praw człowieka jako pierwszy traktat regulujący tę problematykę, nie zawiera jednak żadnego postanowienia odnoszącego się bezpośrednio do ochrony praw mniejszości narodowych. Jedynie w art. 14 Konwencji, który nie ma niezależnego bytu, wskazano, iż korzystanie z praw i wolności przewidzianych w Konwencji powinno być „zapewnione bez jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, język, religię, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, lub inne okoliczności”. Z całą pewnością można stwierdzić, że mimo kontroli realizacji postanowień Konwencji dokonywanej przez pierwszy w historii stały Trybunał Praw Człowieka, dany artykuł nie gwarantuje ochrony praw mniejszości narodowych w należyty sposób¹⁸. Rozszerzenie tego typu ochrony nastąpiło wraz z przyjęciem w 2000 r. Protokołu nr 12, który zawierał ogólny zakaz dyskryminacji. Na podstawie ust.1 art.1 tego protokołu, „korzystanie z każdego prawa (a nie tylko tych wymienionych w konwencji – przyp. V. Z.) ustanowionego przez prawo powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn”¹⁹. Przedstawiony katalog niedopuszczalnych podstaw dyskryminacji nie ma charakteru zamkniętego. Potwierdzeniem tego jest orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w którym można odszukać wiele przypadków kwalifikowanych jako „inne przyczyny” dyskryminacji²⁰. Dodatkowo w ust. 1 tego artykułu stwierdzono, iż nikt nie może być dyskryminowany przez jakiegokolwiek władze publiczne z jakiegokolwiek z powodów wymienionych w ust. 1. Z treści analizowanego artykułu wynika, iż obowiązki państwa mają charakter zarówno negatywny (w sferze realizacji zakazu dyskryminacji), jak i pozytywny (w sferze realizacji nakazu zapobiegania dyskryminacji)²¹.

¹⁸ J. Sozański, *Ochrona mniejszości w systemie uniwersalnym, europejskim i wspólnotowym*, Warszawa 2002, s. 77–78.

¹⁹ Протокол № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, N 3435-IV (3435-15) від 09.02.2006, BBP, 2006, N 27, ст. 229.

²⁰ M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do EKPC*, Warszawa 2010, s. 741.

²¹ J. Sozański, *op. cit.*, s. 80.

Regulując kwestię ochrony praw osób należących do mniejszości narodowych żaden z omawianych wyżej dokumentów nie zawiera definicji mniejszości narodowych. Pomimo braku wiążącej definicji na poziomie międzynarodowym, poszczególne państwa wprowadzają do swoich systemów krajowych własne definicje i określenia mniejszości. G. Janusz wyróżnia cztery rozwiązania dotyczące podmiotu ochrony w ustawodawstwie wewnętrznym:

- 1) zgodnie z pierwszym, posługując się pojęciem mniejszości narodowej, definiowanie omawianego pojęcia zostaje pominięte. Takie regulacje zawierają ustawy na Litwie i Łotwie;
- 2) drugie rozwiązanie polega na wskazaniu jako podmiotu ochrony, nie mniejszości narodowej, lecz języka danej mniejszości, i tym samym pośrednie wskazanie mniejszości. Do tej grupy należy zaliczyć ustawodawstwo Szwajcarii, Szwecji i Włoch;
- 3) w trzecim przypadku występuje enumeratywne wyliczenie grup uznawanych za mniejszości bez ich formalnego definiowania. Przykładem takich rozwiązań są Finlandia, Niemcy, Norwegia;
- 4) zgodnie z czwartym rozwiązaniem, akty prawa definiują podmiot, do którego państwo adresuje swoją politykę. Jako przykład należy w tym miejscu wskazać ustawodawstwo Austrii, Polski i Ukrainy²².

Nie ma powodów stwierdzać, które z rozwiązań jest najlepsze czy najgorsze. Niewątpliwie, biorąc pod uwagę interes osób należących do mniejszości narodowych, najistotniejszym jest objęcie ich ochroną przynajmniej w stopniu minimalnym.

MIĘDZYNARODOWE MECHANIZMY OCHRONY PRAW MNIEJSZOŚCI NARODOWYCH

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Karta języków regionalnych lub mniejszościowych oraz Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych charakteryzują się mechanizmami ochrony zawartych w tych dokumentach praw.

W celu realizacji postanowień MPPOP, w tym również wynikających z art. 27 powołano Komitet Praw Człowieka. Do podstawowych funkcji Komitetu należy

²² G. Janusz, *op. cit.*, s. 59–64.

rozpatrywanie sprawozdań składanych przez państwa na podstawie art. 40 Paktu oraz rozpatrywanie skarg osób indywidualnych na podstawie Protokołu Fakultatywnego. MPPOP przewiduje także instytucję skarg międzypaństwowych, która w rzeczywistości jednak nie jest wykorzystywana przez państwa. W postępowaniu skargowym Komitet pełni swoje funkcje na zasadzie subsydiarności, co w danym wypadku oznacza, iż skargę można wnieść po wyczerpaniu wszystkich dostępnych i skutecznych środków krajowych²³. Z punktu widzenia ochrony praw osób należących do mniejszości narodowych na uwagę zasługuje instytucja zawiadomienia indywidualnego przewidziana w I Protokole Fakultatywnym²⁴. W świetle postanowień protokołu Komitet Praw Człowieka jest uprawniony do rozpatrywania skarg złożonych wyłącznie przez osobę fizyczną, co wyklucza możliwość wniesienia takiego zawiadomienia przez grupę osób. Charakter mniejszościowy miało jedynie kilka skarg indywidualnych wniesionych do Komitetu Praw Człowieka²⁵. Mniejsze zainteresowanie procedurą zawiadomienia indywidualnego wiąże się z charakterem decyzji (tzw. opinii) wydawanych przez Komitet. W opinii, w razie uznania naruszenia art. 27 Paktu, Komitet jedynie sugeruje państwu obwinianemu środki niezbędne do zagwarantowania osobie skarżącej ochronę jej praw określonych w Pakcie. Nie posiada on zatem skutecznych środków wymuszających na państwie uwzględnienie jego sugestii.

Zgodnie z postanowieniami Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych Komitet Ministrów jest odpowiedzialny za nadzorowanie realizacji konwencji przez państwa-strony. Natomiast Komitet Doradczy złożony z uznanych ekspertów w zakresie ochrony mniejszości narodowych jest organem pomocniczym Komitetu Ministrów. Skład, kompetencje a także procedura powołania ekspertów Komitetu Doradczego zostały określone w rezolucji (97)10 Komitetu Ministrów²⁶ oraz w ustanowionym na jej podstawie Regulaminie Postępowania Komitetu Dorad-

²³ J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 57–58.

²⁴ Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, uchwalony przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 16 grudnia 1966 r. w Nowym Jorku (Dz.U. z 1994 r. Nr 23, poz. 80).

²⁵ Na przykład: Ivan Kitok v. Sweden, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985 (1988), Ilmari Lämsmäki et al. v. Finland Communication No. 511/1992 U. N. Doc., CCPR/C/52/D/511/1992, Dominique Guesdon v. France Communication No. 219/1986 U. N. Doc., CCPR/C/39/D/219/1986 (1990).

²⁶ Resolution (97)10, Rules adopted by the Committee of Ministers on the Monitoring Arrangements under Articles 24 to 26 of the Framework Convention for the Protection of National

czego²⁷. Mogą w nim zasiadać członkowie zwykli lub dodatkowi, z tym że liczba członków zwykłych nie może być niższa niż 12 a większa niż 18. Członkowie są wybierani z dwuosobowej listy kandydatów przedłożonej przez każde państwo, w stosunku do którego weszły postanowienia Konwencji ramowej. Komitet Ministrów dokonuje wyboru ekspertów z uwzględnieniem kolejności złożonych przez państwa list kandydatów aż do uzyskania maksymalnej liczby członków. Biorąc pod uwagę fakt, iż liczba członków Komitetu jest mniejsza, niż liczba stron Konwencji, zastosowano system rotacyjny. Takie rozwiązanie umożliwia ekspertom wszystkich państw-stron (w nieodległym czasie) uczestniczyć w pracach Komitetu. Członkowie Komitetu są wybierani na czteroletnią kadencję z możliwością jednokrotnej reelekcji. Instytucja członka dodatkowego jest uruchamiana w przypadku oceny raportu z państwa, które go desygnowało. Może on uczestniczyć w posiedzeniu Komitetu Doradczego i w dyskusji, z wyjątkiem prawa udziału w głosowaniu nad przyjęciem opinii²⁸.

Realizując dyspozycję art. 25 ust. 1 Konwencji „Każda Strona będzie przekazywać Sekretarzowi Generalnemu okresowo, i kiedykolwiek Komitet Ministrów o to poprosi, wszelkie informacje związane z realizacją niniejszej konwencji ramowej” oraz składać sprawozdania w okresie pięcioletnim. Biorąc pod uwagę, iż zdecydowana większość państw europejskich ratyfikowała konwencję ramową w ciągu 2–4 lat od jej otwarcia do podpisu w 1995 r., niektóre z nich przedłożyły Komitetowi Doradczemu już 4 sprawozdania okresowe oraz otrzymały jego opinie w tej sprawie. Analizując wybrane sprawozdania państw można zauważyć, iż są one bardzo obszerne i dość precyzyjnie przedstawiają sytuację mniejszości narodowych zamieszkujących ich terytorium. Nie zawsze jednak sprawozdania państw mogą odzwierciedlać rzeczywisty stan mniejszości narodowych w danym państwie. Znaczny wpływ na zwiększenie wiarygodności informacji zawartych

Minorities(adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1997 at the 601st meeting of the Ministers' Deputies), <http://128.121.10.98/coe/pdfopener?smd=1&md=1&did=778974>.

²⁷ Rules of Procedure of the Advisory Committee on Framework Convention for the Protection of National Minorities, approved by Committee of Ministers on 16 December 1998 at the 653rd meeting of the Ministers' Deputies, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/2_Monitoring/PDF_ACFC_RulesProcedure_en.pdf.

²⁸ G. Janusz, *op. cit.*, s. 478–479; A. Chablais, *Mechanizmy kontroli i procedury nadzoru zgodnie z Konwencją Ramową o Ochronie Mniejszości Narodowych*, [w:] *Status prawny mniejszości narodowych w Polsce w świetle Konwencji Ramowej o Ochronie Mniejszości Narodowych, Materiały z konferencji 23–24.10.2000*, Komisja Mniejszości Narodowych i Etnicznych Rady Europy, Kancelaria Sejmu, Warszawa 2001, s. 89–97.

w raportach państw miała rezolucja 97(10) Komitetu Ministrów, zgodnie z którą Komitet Doradczy może otrzymywać informacje ze źródeł innych niż sprawozdania państwa²⁹. Istotną rolę w tym zakresie odgrywają organizacje pozarządowe oraz organizacje mniejszości narodowych i etnicznych. Udział organizacji pozarządowych w procesie monitorowania realizacji postanowień konwencji ramowej jest określony bardzo szeroko. Mogą one m.in. składać Komitetowi Doradczemu *shadow reports*, które dotyczą sytuacji jednej lub kilku mniejszości narodowych i skupiają się na wybranych lub wszystkich artykułach konwencji ramowej; przysyłać informacje *ad hoc* mogą w konkretnych sprawach, niezależnie od stanu monitorowania w odniesieniu do danego państwa; zachęcać władze do publikacji opinii danego kraju Komitetu Doradczego tak szybko, jak to możliwe, oraz do przetłumaczenia go w językach lokalnych. W tym kontekście przykładowo należy pozytywnie oceniać działania państwa polskiego, które w trakcie prac nad raportem w ramach trzeciego cyklu prowadziło szerokie konsultacje, w szczególności z organizacjami mniejszości narodowych i etnicznych oraz społeczności posługującej się językiem regionalnym. Raport przekazano do konsultacji członkom Komisji Wspólnej Rządu i Mniejszości Narodowych i Etnicznych, organizacjom społecznym zajmującym się ochroną praw człowieka i naukowcom zajmującym się tematyką mniejszości narodowych i etnicznych oraz języka regionalnego. Spośród organizacji społecznych uwagi do raportu zgłosiły m.in., Związek Romów Polskich oraz Helsińska Fundacja Praw Człowieka³⁰.

Najbardziej efektywnym instrumentem monitoringu realizacji praw osób należących do mniejszości narodowych są *shadow reports*. Organizacje pozarządowe chętnie korzystają z tej możliwości, co można wywnioskować z ilości raportów złożonych Komitetowi Doradczemu³¹. Do państw w ramach których organizacje pozarządowe nie przedstawiły *shadow reports* należą: Azerbejdżan, Cypr, Estonia, Niemcy, Lichtenstein, Malta, Czarnogóra, Portugalia, San Marino, Słowenia, Hiszpania oraz Szwecja.

²⁹ Resolution (97)/10 Rules adopted by the Committee of Ministers on the monitoring arrangements under articles 24 to 26 of the Framework Convention for the protection of national minorities, [http://www.coe.int/en/web/minorities/other-resolutions-cm_\(dostęp: 20.04.2015\)](http://www.coe.int/en/web/minorities/other-resolutions-cm_(dostęp: 20.04.2015)).

³⁰ Third report submitted by Poland pursuant to article 25, paragraph 2 of The Framework Convention for protection of national minorities, [http://www.coe.int/en/web/minorities/country-specific-monitoring_\(dostęp: 20.04.2015\)](http://www.coe.int/en/web/minorities/country-specific-monitoring_(dostęp: 20.04.2015)).

³¹ *Shadow reports* złożone przez organizacje pozarządowe Komitetowi Doradczemu są dostępne na stronie: <http://www.cilevics.eu/minelres/coe/statereports.htm>.

Organem kontrolnym w ramach Karty języków regionalnych lub mniejszościowych jest Komitet Ekspertów, w skład którego wchodzi jeden członek z każdej ze stron powołany przez Komitet Ministrów (z listy osób o najwyższym poziomie moralnym i uznanej kompetencji w sprawach, których dotyczy Karta, przedstawionej przez państwo-stronę). Na podstawie Karty państwa zobowiązują się przedkładać Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy sprawozdania o ich polityce realizowanej zgodnie z treścią części II Karty oraz o środkach podjętych dla wdrożenia tych przepisów części III, które one przyjęły. Pierwszy raport państwo przedstawia w ciągu roku następującego po wejściu w życie Karty w stosunku do tego państwa, natomiast kolejne – co trzy lata. Do Komitetu Ekspertów należą kompetencje rozpatrywania sprawozdań składanych przez państwa oraz po ich zbadaniu, przygotowanie raportu dla Komitetu Ministrów. Do realizacji swoich praw Komitet wyznacza jednego sprawozdawcę dla każdego sprawozdania krajowego. Może on również podjąć decyzję o wysłaniu do danego państwa jednego lub kilku swoich członków w celu przeprowadzenia analizy sytuacji dotyczącej implementacji postanowień zawartych w Karcie³². Raport może zawierać uwagi odnoszące się do zobowiązań przyjętych przez państwo na podstawie Karty zgłaszane przez organy lub stowarzyszenia powstałe w tym państwie³³.

W odróżnieniu od Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych Kartę języków regionalnych lub mniejszościowych ratyfikowało jedynie 25 z 47 państw członkowskich Rady Europy. Przyjęcie Karty nie jest równoznaczne z objęciem ochroną wszystkich języków regionalnych lub mniejszościowych występujących na obszarze danego państwa. Przykładowo ustawodawca ukraiński zastrzegł, że postanowienia Karty mają zastosowanie do języków takich mniejszości narodowych jak: białoruska, bułgarska, gagauska, grecka, żydowska, krymsko-tatarska, mołdawska, niemiecka, polska, rosyjska, rumuńska, słowacka oraz węgierska, mimo iż uznaje istnienie 131 mniejszości narodowej na swoim terytorium³⁴. W konsekwencji sprawozdania okresowe składane przez państwa uwzględniają jedynie te języki, które państwa przy ratyfikacji Karty uznały za regionalne lub mniejszościowe.

³² Rules of Procedure of the Committee of Experts for the European Charter for Regional or Minority Languages, Strasbourg 24 march 2004, s. 6.

³³ Europejska karta języków regionalnych lub mniejszościowych, [w:] *Ochrona praw osób należących do mniejszości narodowych*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, 1995, s. 85–86.

³⁴ Закон України Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин від 15 травня 2003, (ВідомостіВерховноїРадиУкраїни (ВВР), 2003, N 30, ст.259).

Dodatkową możliwością dla osób należących do mniejszości narodowych jest możliwość wniesienia skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz). W odróżnieniu od omówionych wyżej mechanizmów kontrolnych oraz organów *quasi-sądowych* ETPCz jest uprawniony do wydawania orzeczeń, a państwa są zobowiązane do „przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami”³⁵. Kontrolę nad wykonaniem wyroku przez państwo sprawuje Komitet Ministrów i, w razie stwierdzenia przez Trybunał jego nie wykonania, rozważa jakie środki w tym celu należy podjąć³⁶. Skargi o charakterze mniejszościowym składane Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczyły naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, mieszkania i korespondencji (art.8), prawa do swobodnego stowarzyszania się i zgromadzania się (art. 11), prawa do skutecznego środka odwoławczego (art. 13), zakazu dyskryminacji (art. 14) zawartych w EKPC oraz prawa do nauki (art. 2) i prawa do wolnych wyborów (art. 3) zawartych w I protokole do EKPC. Co do zasady przedmiotem skargi było naruszenie kilku przepisów, a w niektórych przypadkach skarżący powoływali się na naruszenie zakazu dyskryminacji jako uzupełniającego naruszenie innych praw stanowiących podstawę skargi³⁷.

PODSUMOWANIE

Niejednokrotnie przy omawianiu sytuacji cudzoziemców w danym państwie można zauważyć, iż porównuje się ich do gości, którzy powinni się dostosować do zasad ustalonych przez gospodarza domu. W zdecydowanej większości państw, przedstawiciela mniejszości narodowej od cudzoziemca odróżnia jedynie okoliczność posiadania obywatelstwa. Wydaje się jednak, że to właśnie ten czynnik jest najistotniejszy, ponieważ mimo posiadania przez przedstawicieli mniejszości narodowych cech, które odróżniają ich od większości zamieszkującej dane państwo, to właśnie obywatelstwo jest tą szczególną więzią pozwalającą na uznanie konkretnego kraju za ich „dom”. Niewątpliwie posiadają oni takie same prawa i obowiązki jak i pozostali obywatele danego państwa, lecz nie zawsze jest to wystarczające dla równego uczestnictwa w życiu politycznym, czy też do zachowania swojej tożsamości narodowej.

³⁵ Art. 46 ust.1 EKPC.

³⁶ Art. 46 ust. 2–5 EKPC.

³⁷ G. Janusz, *op. cit.*, s. 456–457.

Po dokonaniu analizy ochrony praw osób należących do mniejszości narodowych w ramach systemu prawa międzynarodowego można przedstawić pewne wnioski. Oceniając pozytywnie wzrost zainteresowania ochroną mniejszości narodowych w latach 90. ubiegłego stulecia, w tym przyjęcie znaczącej ilości regulacji prawnych, można jednak również wskazać słabości międzynarodowego systemu ich ochrony.

Po pierwsze, w dużym stopniu na skuteczność ochrony praw osób należących do mniejszości narodowych wpływa brak jednolitej, prawnie wiążącej definicji mniejszości narodowej w prawie międzynarodowym. Na poziomie krajowym przekłada się to na szeroką dowolność władzy ustawodawczej w określeniu podmiotu uprawnionego. Mimo, iż przy definiowaniu mniejszości narodowych państwa w większości posługują się zbliżonym aparatem pojęciowym, różnice są widoczne.

Po drugie, organy międzynarodowe o charakterze *quasi-sądownym*, których bezpośrednim przedmiotem ochrony są prawa mniejszości narodowych, nie dysponują skutecznymi środkami wymuszającymi na państwie realizację ich sugestii. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku organów kontrolnych funkcjonujących zarówno w systemie ONZ, jak i Rady Europy. Po rozpatrzeniu wstępnych czy okresowych sprawozdań, wymienione organy formułują jedynie odpowiednie rekomendacje w swoich opiniach, które nie mają charakteru prawnie wiążącego.

Po trzecie, niezależnie od charakteru organów utworzonych w systemie międzynarodowym, to od państwa zależy w jakim zakresie będzie związane zobowiązaniami międzynarodowym w kontekście ochrony praw mniejszości narodowych. Ze względu na obowiązek przestrzegania zasady nieingerencji w sprawy wewnętrzne danego państwa, jedynie państwo ma prawo decydować do jakich umów międzynarodowych przystępować. Żaden inny podmiot prawa międzynarodowego nie może wymusić na nim przystąpienie do określonych umów międzynarodowych, w tym również tych z zakresu ochrony praw mniejszości narodowych. Najczęściej zatem przeszkodą w przyjęciu zobowiązań w omawianym przedmiocie jest brak woli politycznej danego państwa.

ROZDZIAŁ III
ODPOWIEDZIALNOŚĆ
ORGANIZACJI
MIĘDZYNARODOWYCH
Z TYTUŁU NARUSZEŃ
PRAW CZŁOWIEKA



Bartłomiej Krzan*

RÓWNOLEGŁE PRZYPISANIE CZYNU
WIELU PODMIOTOM
– O RELACJI
POMIĘDZY ORGANIZACJAMI MIĘDZYNARODOWYMI
A PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI RAZ JESZCZE**

WPROWADZENIE

Przyjęta przez Komisję Prawa Międzynarodowego konstrukcja odpowiedzialności międzynarodowej wynikającej z aktu międzynarodowo bezprawnego zakłada dwa elementy konieczne: przypisanie aktu państwu lub organizacji międzynarodowej, który stanowiłby przy tym naruszenie zobowiązania międzynarodowego tego podmiotu¹. Zarówno w odniesieniu do międzynarodowej odpowiedzialności

* dr hab. Bartłomiej Krzan, Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii UW.

** Niniejsze opracowanie odwołuje się w dużej mierze do rozprawy autora pt. *Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu działalności organizacji międzynarodowych*, Wrocław 2013.

¹ Zob. *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts*, „Yearbook of International Law Commission” 2001, Vol. 2, part Two, 2001, s. 26 i n. (art. 2) oraz *Responsibility of international organizations*, Text of the draft articles with commentaries thereto, International Law Commission, Report on the work of its sixty-third session (26 April to 3 June and 4 July

państw, jak i organizacji międzynarodowych założono zobiektywizowanie tej odpowiedzialności, czyli oderwanie jej od winy i szkody.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza elementu podmiotowego, tzn. przypisania danego czynu konkretnemu podmiotowi. Poprzez przypisanie łączy się określone działanie bądź zaniechanie z państwem lub organizacją międzynarodową². Rozważając kwestie przypisania czynu w kontekście relacji organizacji międzynarodowej z jej państwami członkowskimi, należy zwrócić uwagę na dwojaki charakter podejmowanej działalności. Organy organizacji międzynarodowej składają się z przedstawicieli państw, którzy działają w podwójnym charakterze. Zachowując swój wewnątrz krajowy mandat, podejmują funkcje na poziomie organizacji międzynarodowej. Mamy zatem do czynienia z *dédoublement fonctionnel*³. Teoretycznie można wyobrazić sobie przypisanie danego czynu albo organizacji, albo państwu lub państwom, albo też równolegle organizacji i jej członkom. Już zresztą w trakcie prac nad odpowiedzialnością międzynarodową państw zwrócono uwagę na konieczność odróżnienia czynu samej organizacji międzynarodowej od czynów organów państwa wykonywanych w ramach organizacji międzynarodowej lub z jej poduszczenia. Zauważono przy tym, iż zachowanie państw nie traci swojej właściwości jako czyn państwa tylko dlatego, że jest koordynowany czy nawet autoryzowany przez organizację międzynarodową⁴. Tym samym dotykamy podstawowej kwestii zapewnienia organizacji międzynarodowej autonomii względem jej członków. Przywołana tu dwoistość rzutować będzie na przypisanie czynów w tej relacji, a w konsekwencji także na ogólne rozdzielenie odpowiedzialności pomiędzy organizację międzynarodową a państwa członkowskie.

Nie należy jednak zapominać o możliwości przypisania samej odpowiedzialności. Zresztą przed przyjęciem rewolucyjnej koncepcji Ago, który potraktował odpowiedzialność jako normy wtórne, pierwszy sprawozdawca Komisji Prawa Międzynarodowego w temacie odpowiedzialności państwa, pojmowanej wąsko

to 12 August 2011), GAOR Sixty-sixth Session Supplement No. 10 (A/66/10 and Add.1), s. 69 i n., art. 4.

² P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles 1998, s. 375.

³ Zob. G. Scelle, *La phénomène juridique du dédoublement fonctionnel*, [w:] W. Schätzel, H.-J. Schlochauer (Hrsg.), *Rechtsfragen der Internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1956, zwł. s. 331-2.

⁴ Zob. *Third report on State responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur*, Addendum, UN Doc. A/CN.4/507/Add.2, § 267, s. 21.

– jako odpowiedzialność z tytułu szkody poniesionej przez cudzoziemców, odnosił termin *imputation* do odpowiedzialności⁵. Była prezes Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, Rosalyn Higgins odwołuje się w tym kontekście do niefachowego (*lay*) rozumienia przypisania⁶. Mając świadomość wyjątkowości scenariusza przypisania odpowiedzialności za czyn innego podmiotu, trzeba wspomnieć o klasycznych już przypadkach pomocnictwa, kierownictwa i kontroli oraz przymusu, a także o obejściu zobowiązań. Artykuły o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych regulują te scenariusze zarówno w odniesieniu do odpowiedzialności organizacji międzynarodowych⁷, jak i odpowiedzialności państwa członkowskiego⁸. Nie jest to jednak sytuacja przypisania czynu, stąd nie będzie przedmiotem niniejszych rozważań.

ZNACZENIE I ROLA PRZYPISANIA

Jak podkreślił sędzia Ago w dołączonym do orzeczenia w sprawie Nikaragui zdaniu odrębnym, „problemy przypisania należą do najbardziej delikatnych aspektów całej teorii odpowiedzialności”⁹. Początkowo w doktrynie i orzecznictwie międzynarodowym posługiwano się głównie terminem *imputability*. Nawet w nowszych orzeczeniach można znaleźć odwołanie do tego terminu. Tytułem przykładu wskazać tu można na orzeczenie Izby Procesowej Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii w sprawie Blaskicia, które zapadło 3 marca 2000 roku¹⁰.

⁵ Zob. Report of the Special Rapporteur, Mr. F.V. García-Amador, „Yearbook of the International Law Commission”, 1956, Vol. II, pp. 190–192.

⁶ Zob. R. Higgins, *The International Court of Justice: Selected Issues of State Responsibility*, [w:] M. Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden–Boston 2005, s. 275

⁷ Zob. rozdział IV części II artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych zatytułowany: *Responsibility of an international organization in connection with the act of a State or another international organization* (art. 14 i n.).

⁸ Zob. Część V (art. 58 i n.) kodyfikacji odpowiedzialności organizacji międzynarodowych: *Responsibility of a State in connection with the conduct of an international organization*. Odpowiedzialność państwa członkowskiego może wynikać też z jego zachowania względem strony poszkodowanej (art. 62).

⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986, Separate opinion Ago, ICJ Rep. 1986, s. 190, § 19.

¹⁰ *The Prosecutor v. Tihomir Blaskić*, Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber, Judgment, 3.03.2000, § 100, gdzie sędziowie wywodzą: *The matter is one of possibly imputing the acts of the HVO to the Republic of Croatia...*

Natomiast w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego już na początku lat 70. ubiegłego wieku większą popularność zyskał termin *attribution*¹¹.

Podejście Komisji Prawa Międzynarodowego do przypisania polega na postraktowaniu tych reguł jako norm wtórnych¹², mających jednolite zastosowanie do wszystkich materialnych norm pierwotnych, nie jest powszechnie akceptowane przez doktrynę prawa międzynarodowego¹³. Krytycznie odnosił się do niego Sir Ian Brownlie, uważając przypisanie za pojęcie zbędne, zbyteczne (*superfluous*)¹⁴. Jako że kluczowym zagadnieniem jest naruszenie obowiązku, zakres przypisania będzie się różnił między innymi w zależności od poszczególnych obowiązków czy rodzaju naruszenia¹⁵. Często traktuje się przypisanie jako formę przyczynowości¹⁶, tak jak czynił to specjalny sprawozdawca w temacie odpowiedzialności państw Gaetano Arangio-Ruiz¹⁷.

W klasycznym dziele Dionisio Anzilotti rozpoczyna rozważania nad deliktem międzynarodowym od stwierdzenia, iż czynności państwa są niczym innym jak działalnością indywidualnych osób, którą porządek prawny przypisze temu państwu¹⁸. Zatem tradycyjnie pojmowaną podstawową funkcją przypisania jest

¹¹ „Yearbook of the International Law Commission” 1973, Vol. II, s. 184, § 14. Szczególną uwagę należy tu zwrócić na trzeci raport Ago: *Third Report on State Responsibility*, „Yearbook of the International Law Commission” 1971, Vol. II, s. 216. Por. też J. Crawford, First Report, „Yearbook of the International Law Commission” 1998, Vol. II, part I, s. 33, § 146: *The State can act only through individuals, whether those individuals are organs or agents or are otherwise acting on behalf of the State. In the words of one author: „Imputability implies a fiction where there is none, and conjures up the idea of vicarious liability where it cannot apply”. For these reasons, it is suggested that the term „attribution” should be retained* [pominięto odsyłacz do pracy I. Brownliego].

¹² Odrębnych od reguł ustanawiających zobowiązania materialnoprawne.

¹³ Zwrócił na to uwagę L. Condorelli, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, RCADI, Tome 189 (1984), s. 22. Cytowany autor wywodzi te zarzuty z różnic pomiędzy anglosaskim a kontynentalnym podejściem.

¹⁴ I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford 1983, s. 36. Stanowisko to podtrzymywał konsekwentnie także w ostatnim wydaniu swojego podręcznika – zob. *Principles of public international law*, Seventh ed., Oxford 2008, s. 419.

¹⁵ I. Brownlie, *System of the Law of Nations...*, s. 36.

¹⁶ Tak podchodzi do niej R. Quadri, podnosząc wyraźnie w trakcie swojego wykładu haskiego to zagadnienie: R. Quadri, *Cours général de droit international public*, RCADI, Vol.113 (1964), s. 458-9.

¹⁷ G. Arangio-Ruiz, *State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Questions of Attribution and Relevance*, [w:] *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Paris 1991, s. 33.

¹⁸ D. Anzilotti, *Lehrbuch des Völkerrechts, Band 1: Einführung – Allgemeine Lehren*, Berlin–Lepizig 1929, s. 362.

możność stwierdzenia, które czyny można uznać za państwowe, w odróżnieniu od czynów prywatnych¹⁹. Tym samym instytucja przypisania pozwala również na rozróżnienie sektora państwowego od prywatnego w kontekście odpowiedzialności²⁰. Znakomicie oddaje ten mechanizm Bin Cheng, który odnosi przypisanie szerzej, do prawnego przypisania danego zachowania osoby fizycznej lub grupy osób do państwa lub innego podmiotu prawa międzynarodowego, przez co jest ono uważane za własne zachowanie tych podmiotów²¹. Tak też będzie traktowane w niniejszym opracowaniu.

REGUŁY PRZYPISANIA

Nawet pobieżna analiza obu kodyfikacji odpowiedzialności międzynarodowej, przygotowanych przez Komisję Prawa Międzynarodowego, pozwala stwierdzić, że Artykuły o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych powtarzają w dużej mierze reguły dotyczące przypisania w kontekście odpowiedzialności państw. Nie są jednak identyczne. W obu przypadkach obowiązują jednak ogólne zasady przypisania, które swą podstawę czerpią albo z więzi instytucjonalnej, albo faktycznej. W obu kodyfikacjach przewidziano też możliwość przyjęcia przez zainteresowany podmiot określonego zachowania jako własnego²². Brakuje natomiast, co zrozumiałe, odpowiednika w kodyfikacji odpowiedzialności organizacji międzynarodowych artykułów 9 i 10 kodyfikacji odpowiedzialności państw. Taki stan rzeczy wynika z ich treści – dotyczą one przypisania czynów w razie braku władzy państwowej lub czynów ruchów powstańczych i innych, które następnie utworzą państwo. Wykluczenie z zakresu regulacji odpowiedzialności organizacji międzyna-

¹⁹ Ch. de Visscher, *La responsabilité des états*, [w:] *Bibliotheca Visseriana dissertationum ius international illustrantium*, Tomus secundus, 1924.

²⁰ *First report on State responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/490, § 154, ss. 33 i n.

²¹ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge 2006, s. 180–181. Podobnie L. Condorelli, C. Kress, *The Rules of Attribution: General Considerations*, [w:] J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford 2010, s. 221.

²² Taką ewentualność przewidują odpowiednio art. 11 Artykułów o międzynarodowej odpowiedzialności państw oraz art. 9 Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych z 2011 r.

wych motywowane jest bezwzględnym związaniem tych zagadnień z kontrolą terytorium²³.

Przyjęcie oddzielnych reguł przypisania na potrzeby kodyfikacji odpowiedzialności organizacji międzynarodowych oceniane jest różnie. Wbrew intencjom Komisji Prawa Międzynarodowego przyjęte artykuły 6 i 7 wywołują wątpliwości co do możliwości samego procesu przypisania w praktyce²⁴. Przy okazji podważają jedność systemu odpowiedzialności²⁵.

Reguły przypisania odnoszą się do różnych sytuacji. Ich wielość i niewyłączność powoduje, że bez trudności można założyć ich równoległe zastosowanie względem wielu podmiotów²⁶. Taką ewentualność przewidziała zresztą Komisja Prawa Międzynarodowego w komentarzu dołączonym do Artykułów z 2011 r.²⁷ F. Massineo w szczegółowej analizie zaprezentował efekt zbiegu tych regulacji²⁸. Efektem tego może być przypisanie zachowania więcej niż jednemu podmiotowi.

Kwestie równoległego przypisania czynu podjęto już w trakcie prac nad odpowiedzialnością międzynarodową państw²⁹. Truizmem jest stwierdzenie, że państwa rzadko działają w izolacji. Złożoność relacji powoduje, że podejmują wspólne czy wręcz zbiorowe działania. Można tu wyróżnić szereg kombinacji. Wyodrębnić należy z jednej strony skoordynowane działanie więcej niż jednego podmiotu, a z drugiej niezależne podjęcie działalności skutkującej popełnieniem bądź przyczynieniem się do deliktu międzynarodowego³⁰. W obrębie pierwszej ze wskazanych tu ka-

²³ Komentarz do rozdziału II Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, § 6, s. 16.

²⁴ W odniesieniu do art. 6 i 7 Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych – P. Jacob, *Les définitions des notions d'«organe» et d'«agent» retenues par la CDI sont-elles opérationnelles?*, „Revue belge de droit international”, Vol. 47 (2013), s. 44.

²⁵ A. Czaplińska, *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych jako element uniwersalnego systemu odpowiedzialności międzynarodowoprawnej*, Łódź 2014, s. 293.

²⁶ B. Krzan, *op. cit.*, s. 136 i n.

²⁷ Zob. Komentarz do Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, s. 16.

²⁸ F. Massineo, *Attribution of Conduct*, [w:] A. Nollkaemper, I. Plakokefalos (eds.), *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge 2014, s. 60 i n.

²⁹ Zob. rozważania podejmowane w kolejnych raportach specjalnego sprawozdawcy Ago, który przyjmował dość krytyczne stanowisko odnośnie do jednoczesnego przypisania czynu wielu podmiotom – zob. *Third report of the Special Rapporteur, Mr. Roberto Ago*, UN Doc. A/CN.4/246 and Add.1-3, §§ 201 i n. oraz *Fourth report of the Special Rapporteur, Mr. Roberto Ago*, UN Doc. A/CN.4/264 and Add.1, §147.

³⁰ Zob. Ch. Dominicé, *Attribution of Conduct to Multiple States and the Implication of a State in the Act of Another State*, [w:] J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford 2010, s. 281 i n.

tegorii najprostszym scenariuszem byłby oczywiście wspólny czyn, ale można też wyobrazić sobie działanie poprzez wspólny organ czy działalność na zlecenie. Natomiast w ramach drugiej wyróżnionej grupy należy też rozważyć, czy w efekcie niezależnych czynów zaistnieje jedno lub wiele naruszeń prawa międzynarodowego prowadzących do określonego skutku. Koresponduje to z wyrażonym w amerykańskiej doktrynie prawa międzynarodowego podziałem na sytuacje ułożonego czynu (*concerted conduct*) oraz niezależnych czynów (*independent conduct*)³¹. Przypisanie deliktu więcej niż jednemu państwu może przybrać różne formy.

W kontekście odpowiedzialności organizacji międzynarodowych kwestie te szczegółowo wyłożył w drugim raporcie specjalny sprawozdawca Gaja. Podkreślił on, iż: „zachowanie nie musi być przypisywane wyłącznie do jednego podmiotu. Tak na przykład dwa państwa mogą utworzyć wspólny organ, którego zachowanie będzie ogólnie musiało być przypisane do obu państw. Podobnie można wyobrazić przypadek, w którym zachowanie miałoby być jednocześnie przypisane do organizacji międzynarodowej i jednego lub więcej jej członków”³².

Naturalnym punktem wyjścia dla rozważań będzie podstawowa reguła dotycząca przypisania czynu organizacji międzynarodowej, zawarta w art. 6 projektu z 2011 r., zgodnie z którym „czyn organu lub agenta organizacji międzynarodowej w wykonywaniu własnych funkcji traktowany jest według prawa międzynarodowego jako czyn organizacji, niezależnie od stanowiska, jakie organ lub agent zajmuje w odniesieniu do tej organizacji”. Jak precyzuje ustęp 2 tego artykułu „do określenia funkcji organów i agentów stosuje się reguły organizacji”. Oba terminy zostały zdefiniowane w art. 2 kodyfikacji odpowiedzialności organizacji międzynarodowych. I tak, „organ organizacji międzynarodowej oznacza każdą osobę lub podmiot (*entity*), która posiada taki status zgodnie z regułami organizacji”³³, natomiast „agent organizacji międzynarodowej” oznacza, według art. 2 (d), urzędnika lub inną osobę lub podmiot (*entity*), któremu organizacja powierzyła wykonywanie lub pomoc w wykonywaniu którejs z swych funkcji i przez którego organizacja w ten sposób działa³⁴. Takie ujęcie nie wywołuje problemów.

³¹ J.E. Noyes, B.D. Smith, *State responsibility and the principle of joint and several liability*, „The Yale Journal of International Law”, Vol. 13 (1988), s. 228-31.

³² *Second report on responsibility of international organizations by Mr. Giorgio Gaja, Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/541, § 6, s. 3.

³³ Art. 2(c).

³⁴ Odpowiada to zatem w zasadzie stanowisku zaprezentowanemu przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, który, odnosząc się do pozycji prawnej osób działających na rzecz Organizacji Narodów Zjednoczonych, opowiedział się za najbardziej liberalnym rozumieniem terminu „agent”,

Ze względu na ograniczone zasoby finansowe i osobowe organizacji międzynarodowych częstym i praktycznym rozwiązaniem jest użyczenie organizacjom międzynarodowym organów przez państwa lub inne organizacje międzynarodowe³⁵. Z tego względu konieczne było wprowadzenie odrębnej regulacji w tym zakresie. Artykuły o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych dopuszczają przypisanie organizacji także czynów organów przekazanych jej do dyspozycji przez państwo bądź inną organizację międzynarodową. Art. 7 pozwala na taki manewr, pod warunkiem wykonywania przez organizację efektywnej kontroli. Porównanie powołanego przepisu z odpowiednią regulacją artykułów o odpowiedzialności państw (art. 6) pokazuje istotne różnice w redakcji obu przepisów, gdyż zgodnie z odpowiednim przepisem kodyfikacji odpowiedzialności państw: „Czyn organu oddanego do dyspozycji państwu przez inne państwo uważa się według prawa międzynarodowego za czyn tego państwa, o ile organ wykonuje elementy władzy rządowej państwa, do którego dyspozycji został oddany”. Nie ulega wątpliwości, że sformułowanie odnoszące się do funkcji rządowych nie pasuje do organizacji międzynarodowych. Warto jednak przypomnieć, że analogiczny przepis przyjęty przez Komisję Prawa Międzynarodowego w pierwszym czytaniu w 1996 roku przewidywał także oddanie do dyspozycji państwa organu organizacji międzynarodowej³⁶. Takie ujęcie wywołało różne krytyczne komentarze³⁷. W ostatecznym

jako: „każdej osoby, bez względu na to, czy jest opłacanym urzędnikiem, czy nie, niezależnie od stałego zatrudnienia, której organ organizacji powierzył wykonywanie lub pomoc w wykonywaniu jednej ze swych funkcji – pokrótce: każdej osoby, przez którą działa” – *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1949, s. 177.

³⁵ M. Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties Some Basic Principles*, The Hague 1995, s. 64.

³⁶ Art. 9 wersji przyjętej w I czytaniu brzmiał następująco: *The conduct of an organ which has been placed at the disposal of a State by another State or by an international organization shall be considered as an act of the former State under international law, if that organ was acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it has been placed.*

³⁷ Tytułem przykładu wskazać można sformułowane przez Zjednoczone Królestwo sugestie, by w komentarzu do artykułów zawrzeć wyraźne wskazanie, że nie odnoszą się one do odpowiedzialności państw członkowskich za czyny organizacji międzynarodowych. Podkreślono przy tym złożoność zjawiska oraz brak pewności, czy wskazane byłoby jednolite potraktowanie wszystkich organizacji. Zaznaczono również, że tematyka odpowiedzialności za działania organizacji międzynarodowych zasługuje na oddzielne, szczegółowe potraktowanie. Zob. UN Doc. A/CN.4/488, s. 40. Stypulacja przyjętego w pierwszym czytaniu art. 9 kodyfikacji odpowiedzialności międzynarodowej państw wywołuje więcej wątpliwości niż wyjaśnień. Z tych powodów specjalny sprawozdawca J. Crawford opowiedział się za wykreśleniem tego postanowienia (UN Doc. A/CN.4/490/Add5, s. 29 (§ 234).), co spotkało się z pozytywną reakcją pozostałych członków Komisji Prawa Międzynarodowego.

brzmieniu Artykułów o międzynarodowej odpowiedzialności państw analizowana tu dyspozycja się nie znalazła.

Dodatkowym argumentem przeciwko ujęciu organizacji międzynarodowych w tym kontekście bywa wskazówka, zawarta w komentarzu do Artykułów z 2001 r., że chodzi o całkowitą kontrolę państwa korzystającego z użyczenia organu³⁸. Tymczasem komentarz do Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, wyraźnie stwierdza w początkowej części poświęconej art. 7, że w sytuacji pełnego przekazania zastosowanie znajdzie art. 6 Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, natomiast art. 7 odnosi się do przypadku w którym przekazany organ funkcjonuje do pewnego stopnia nadal jako organ udzielającego państwa lub organizacji międzynarodowej³⁹. W tym objawia się różnica między organem oddanym organizacji do dyspozycji a jej agentem. W przeciwieństwie do agenta, organ zachowuje związek z udzielającym go państwem lub organizacją międzynarodową. Gdyby całkowicie zerwać ten związek, wówczas udzielony organ stałby się agentem w zakresie, w jakim korzysta z niego organizacja⁴⁰. Jakkolwiek *prima facie* uzasadnione, rozróżnienie pomiędzy pełnym a niepełnym przekazaniem spotkało się z krytyką.

W piśmiennictwie zwraca się uwagę, nie bez racji, że przekazany organ musi do pewnego przynajmniej stopnia pozostać pod zwierzchnictwem i kontrolą państwa pochodzenia; w przeciwnym razie przestałby istnieć jako taki organ⁴¹. Można też w ogóle zastanawiać się nad sensownością i potrzebą takiej regulacji. Jak podnosi A. Czaplińska, gdy przyjąć tradycyjne rozumienie zwrotu „oddany do dyspozycji”, to w razie oddania organu do dyspozycji organizacji międzynarodowej znajdzie zastosowanie reguła art. 6 projektu o odpowiedzialności państw⁴².

Takie rozumowanie wykazuje zbieżność z argumentacją przedstawioną przez P. d'Argenta. Zwracał on uwagę, że wymóg efektywnej kontroli z art. 7 odnosi się wyłącznie do możliwości przypisania czynu organizacji międzynarodowej, a nie do relacji pomiędzy udzielającym państwem a własnym organem przekazanym do dyspozycji organizacji międzynarodowej⁴³. W razie niewypełnienia tego

³⁸ Komentarz do art. 6 Artykułów o odpowiedzialności państw, § 2.

³⁹ Komentarz do art. 7 Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych § 1, s. 20.

⁴⁰ G. Verdirame, *The UN and Human Rights: Who Guards the Guardians?*, Cambridge 2011, s. 103.

⁴¹ A. Sari, *UN Peacekeeping Operations and Article 7 ARIO: The Missing Link*, „International Organizations Law Review”, Vol. 9 (2012), s. 79.

⁴² A. Czaplińska, *op. cit.*, s. 288.

⁴³ P. d'Argent, *State organs placed at the disposal of the UN, effective control, wrongful abstention and dual attribution of conduct*, „Questions of International Law”, Zoom-in, Vol. 1 (2014),

wymogu jako reguła dopełniająca jawi się przypisanie do państwa użyzającego. Można zatem mówić o domniemaniu przypisania zachowania państwu użyzającemu, które będzie obalone w razie wykonywania przez organizację efektywnej kontroli nad użyzonym jej organem. Taki układ powiązań wyklucza przypisanie równoległe państwu i organizacji międzynarodowej.

Dla uzasadnienia takiego rozumowania można sięgnąć do komentarza dołączonego do art. 7 Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych. W punkcie czwartym komentarza zawarto alternatywę rozłączną przypisania czynu albo użyzającemu państwu (lub organizacji międzynarodowej), albo też korzystającej z organu organizacji międzynarodowej⁴⁴. Bazowanie na dołączonym do art. 7 komentarzu wydaje się jednak mało przekonujące, jako że sformułowanie pozostałych jego punktów nie jest aż tak kategoryczne. Nie można ponadto zapominać o przeciwnym stanowisku wyrażonym przez specjalnego sprawozdawcę. Podważa też podejście reprezentowane przez organizacje międzynarodowe. Dla rozwiązania przedstawionych powyżej wątpliwości, po gruntownej analizie praktyki Organizacji Narodów Zjednoczonych, w piśmiennictwie wyprowadzono swoistego rodzaju przeciwne domniemanie, iż kontyngenty narodowe wykonują funkcje w imieniu ONZ⁴⁵. Domniemanie to może zostać obalone, jeśli oddziały działają pod kontrolą państwa wysyłającego a bez rzeczywistej i wyłącznej władzy Narodów Zjednoczonych. Dla przykładu wskazać można sytuację, w której kontyngent narodowy działa w sprzeczności z rozkazami dowódcy sił Narodów Zjednoczonych⁴⁶. Jak się wydaje, takie domniemanie daje lepszą perspektywę potraktowania misji pokojowych jako całości.

Zakładanie wyłączności przypisania czynu jednemu podmiotowi, popularne również we wcześniejszym piśmiennictwie⁴⁷, wydaje się iść za daleko.

s. 27, http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/05/DUAL-ATTRIBUTION_DArgent_FINAL.pdf, [dostęp 20.4.2015].

⁴⁴ Znakomicie oddaje to francuska wersja komentarza: *Le critère d'attribution du comportement soit à l'État ou l'organisation qui fournit des ressources, soit à l'organisation d'accueil repose, selon l'article 7, sur le contrôle qui est exercé dans les faits sur le comportement particulier adopté par l'organe ou l'agent mis à la disposition de l'organisation d'accueil.*

⁴⁵ S.R. Lüder, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit bei Teilnahme an "Peace-keeping"-Missionen der Vereinten Nationen*, Berlin 2004, s. 102–105.

⁴⁶ Bliżej T. Dannenbaum, *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*, „Harvard International Law Journal”, Vol. 51 (2010), s. 160.

⁴⁷ E. Butkiewicz, *Odpowiedzialność międzynarodowa organizacji za bezprawne zachowanie organów*, „Sprawy Międzynarodowe”, nr 5/1980, s. 87, 92; eadem, *The premisses of international responsi-*

Przeczy też optyce proponowanej przez Komisję Prawa Międzynarodowego. Sprowadzając te rozważania do interpretacji i stosowania art. 7 kodyfikacji odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, wystarczy stwierdzenie stopnia kontroli, a niekoniecznie trzeba rozstrzygać, któremu z podmiotów przysługiwać będzie wyłączność przypisania⁴⁸. A zatem kryterium przypisania wyznaczone w art. 7 daje się pogodzić z możliwością wielokrotnego przypisania⁴⁹.

Można mieć wątpliwości, czy przyjęte przez Komisję Prawa Międzynarodowego rozwiązanie sprawdzi się w każdym przypadku, a wręcz: czy odpowiada praktyce⁵⁰. Ocena wpływu wydaje się trudna i wymaga próby czasu.

WIELOKROTNE PRZYPISANIE W PRAKTYCE TRYBUNAŁÓW I ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH

Praktyczne trudności związane z tym zagadnieniem ujawniły się w związku z rozpatrywaniem połączonych spraw Behrami i Saramati rozpatrywana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka⁵¹. Sąd strasburski ostatecznie zdecydował o nieprzyjęciu skargi do rozpoznania, uznając że jest niewłaściwy *ratione personae*, ale wywód zawarty w tej decyzji wywołał bardzo krytyczne reakcje.

Europejski Trybunał Praw Człowieka po przeprowadzonej analizie doszedł do wniosku, że w stworzonym przez rezolucję 1244 łańcuchu dowództwa (*chain of command*) pomimo delegowania na rzecz NATO uprawnienia do utworzenia

bility of inter-governmental organizations, „Polish Yearbook of International Law”, Vol. 11 (1982), s. 124.

⁴⁸ Tak też A. Spagnolo, *The ‘reciprocal’ approach in article 7 ARIQ: a reply to Pierre d’Argent*, „Questions of International Law”, Zoom-in, Vol. 1 (2014), s. 40. http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/08/DUAL-ATTRIBUTION_Spagnolo_FINAL.pdf, [dostęp 20.4.2015]

⁴⁹ P. Palchetti, *International Responsibility for Conduct of UN Peacekeeping Forces: The Question of Attribution*, [w:] Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, *Refining Human Rights Obligations in Conflict Situations: Preadviezen, Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, 141, Den Haag 2014, s. 23. Zob. też A. Clapham, *The Subject of Subjects and the Attribution of Attribution*, [w:] L. Boisson de Chazournes, M. Kohen (eds.), *International law and the quest for its implementation: Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden Boston 2010, s. 58 oraz Ch. Leck, *International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct*, „Melbourne Journal of International Law”, Vol. 10 (2009), s. 364.

⁵⁰ P. Jacob, *op. cit.*, s. 27.

⁵¹ Behrami and Behrami v. France, Decision (Grand Chamber) of 2 May 2007 on the admissibility of applications No. 71412/01 and No. 78166/01.

„międzynarodowej obecności” w Kosowie i zbudowania sprawnego systemu operacyjnego dowodzenia (*operational command*) to Rada Bezpieczeństwa zachowała w ostatniej instancji władztwo i kontrolę nad misją realizowaną w Kosowie. W opinii Trybunału pewien zakres władzy państw nie stanowił przeszkody w przypisaniu zachowań wyłącznie Organizacji Narodów Zjednoczonych⁵². Jak podkreślono w orzeczeniu, przepisy rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych nie wymagają, by Rada Bezpieczeństwa sprawowała bezpośrednie operacyjne dowództwo⁵³.

Krytyka orzeczenia opierała się na dwóch argumentach – z jednej strony ze względu na obniżenie standardu przypisania⁵⁴, a z drugiej ze względu na ograniczenie przypisania tylko do jednego podmiotu⁵⁵. Może ona zostać rozciągnięta na inne sprawy, które Europejski Trybunał Praw Człowieka odrzucił, sięgając do uzasadnienia w sprawie Behrami. W sprawie Kasumaj sąd strasburski uznał, że nie jest właściwy *ratione personae*, by oceniać akty państw wykonywane w imieniu Organizacji Narodów Zjednoczonych⁵⁶. W innej sprawie Trybunał powtórzył to stwierdzenie, dodając przy tym, że działania i zaniechania misji pokojowej Organizacji Paktu Północnoatlantyckiego w Kosowie są w zasadzie przypisywalne do Organizacji Narodów Zjednoczonych⁵⁷. Wielokrotne odwołanie do decyzji w sprawie Behrami i Saramati zawarł Trybunał również

⁵² *Ibidem*, § 132–143.

⁵³ *Ibidem*, § 135: *Accordingly, UNSC Resolution 1244 gave rise to the following chain of command in the present cases. The UNSC was to retain ultimate authority and control over the security mission and it delegated to NATO (in consultation with non-NATO member states) the power to establish, as well as the operational command of, the international presence, KFOR. NATO fulfilled its command mission via a chain of command (from the NAC, to SHAPE, to SACEUR, to CIC South) to COMKFOR, the commander of KFOR. While the MNBs were commanded by an officer from a lead TCN, the latter was under the direct command of COMKFOR. MNB action was to be taken according to an operational plan devised by NATO and operated by COMKFOR in the name of KFOR.*

⁵⁴ Zob. np. M. Milanovic, T. Papic, *As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights's Behrami and Saramati Decision and General International Law*, ICLQ, Vol. 58 (2009), s. 267.

⁵⁵ C.A. Bell, *Reassessing Multiple Attribution: The International Law Commission and the Behrami and Saramati Decision*, „New York University Journal of International Law and Politics”, Vol. 42 (2010), s. 518–519; A. Sari, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, „Human Rights Law Review”, Vol. 8 (2008) s. 158–59; T. Dannenbaum, *op. cit.*, s. 169–70.

⁵⁶ *Kasumaj v. Greece*, Application No. 6974/05, Decision of the Court (First Section), 05.07.2007.

⁵⁷ Application no. 31446/02 by Slavisa Gajic against Germany, Decision of 28 August 2007.

w orzeczeniu z 16 października 2007 r. w sprawie Bericia i innych przeciwko Bośni i Hercegowinie⁵⁸.

Zbieżna w zakresie standardu przypisania linia orzecznicza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka została przełamana w sprawie Al-Jedda. Zmiana stanowiska polegała przede wszystkim na tym, iż uznano w niej standard efektywnej kontroli. Sędziowie strasburscy zgodzili się z wcześniej wyrażonym większościowym stanowiskiem brytyjskiej Izby Lordów⁵⁹. W dalszej kolejności Trybunał uznał, że Rada Bezpieczeństwa ONZ nie sprawowała efektywnej kontroli ani też nie miała ostatecznej władzy i kontroli względem działań i zaniechań oddziałów wielonarodowych sił oraz że zatrzymanie skarżącego nie można przypisać Organizacji Narodów Zjednoczonych⁶⁰. W piśmiennictwie postuluje się bardziej konsekwentne uznanie standardu „efektywnej kontroli”, o którym mowa w art. 7 kodyfikacji odpowiedzialności organizacji międzynarodowych⁶¹.

Przywołane powyżej orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Al-Jedda warto tu wymienić przede wszystkim ze względu na delikatną zmianę stanowiska Trybunału w odniesieniu do wielokrotnego przypisania. Rozważania w tym zakresie sędziowie rozpoczęli od stwierdzenia, że skutkiem upoważnienia zawartego w rezolucji 1511 działania żołnierzy w ramach Sił wielonarodowych można przypisać Organizacji Narodów Zjednoczonych lub, co ważniejsze dla rozpatrywanej sprawy, przestały być przypisywalne państwom wysyłającym oddziały⁶². Takie postawienie sprawy można potraktować jako odej-

⁵⁸ Zob. Application nos. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 and 25496/05 by Dušan Berić and Others against Bosnia and Herzegovina.

⁵⁹ Al-Jedda v. the United Kingdom, Judgment of 7 July 2011, Application No. 27021, § 83.

⁶⁰ Ibidem, § 84.

⁶¹ M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, s. 160.

⁶² Ibidem, §80: *The Court does not consider that, as a result of the authorisation contained in Resolution 1511, the acts of soldiers within the Multinational Force became attributable to the United Nations or – more importantly, for the purposes of this case – ceased to be attributable to the troop-contributing nations. The Multinational Force had been present in Iraq since the invasion and had been recognised already in Resolution 1483, which welcomed the willingness of member States to contribute personnel. The unified command structure over the Force, established from the start of the invasion by the United States of America and the United Kingdom, was not changed as a result of Resolution 1511. Moreover, the United States of America and the United Kingdom, through the CPA which they had established at the start of the occupation, continued to exercise the powers of government in Iraq. Although the United States of America was requested to report periodically to the Security Council*

ście od konieczności przypisania czynu wyłącznie organizacji międzynarodowej realizującej misję lub wyłącznie państwu członkowskiemu w tej misji uczestniczącemu. Ostatecznie jednak w powołanej sprawie Trybunał wykluczył przypisanie czynów brytyjskich żołnierzy do ONZ, ograniczając się do stwierdzenia, że należy przypisać je Zjednoczonemu Królestwu⁶³. Tym samym można zauważyć, że Europejski Trybunał Praw Człowieka podszedł do kwestii przypisania raczej konserwatywnie, powstrzymując się, przynajmniej jak do tej pory, od przypisania danego czynu podjętego w ramach misji pokojowych zarówno organizacji jak i państwu bądź państwom członkowskim⁶⁴.

Orzeczenie w sprawie Al-Jedda, a przede wszystkim niewykluczenie możliwości podwójnego, czy wielorakiego przypisania czynu zdaje się oferować szereg korzyści, jak chociażby większą zgodność ze wcześniejszym orzecnictwem strasburskim⁶⁵. Poprawia też reputację Trybunału Praw Człowieka i postrzeganie samej Europejskiej konwencji, a także spójność podejścia z Komisją Prawa Międzynarodowego. Wreszcie, co wydaje się najważniejsze, pozwala na wykonywanie ochrony praw człowieka, bez niebezpieczeństwa jej stłumienia, poprzez konstruowanie hierarchii zobowiązań międzynarodowych, przynajmniej, co oczywiste, pierwszeństwo zobowiązaniom wynikającym z Karty ONZ. W przeciwnym razie należałoby zignorować dyspozycję art. 103 Karty i przy okazji naruszyć autonomię organizacji międzynarodowej. Żaden z podanych scenariuszy nie jest satysfakcjonujący, stąd tym bardziej korzystne jest zastosowanie wielokrotnego przypisania.

Alternatywne podejście trybunał strasburski zaprezentował w sprawie Nada⁶⁶, w której Wielka Izba odmówiła uznania argumentu strony francuskiej, domagającej się przypisania zachowania Organizacji Narodów Zjednoczonych, tak jak w połączonych sprawach Behrami i Saramati. Sędziowie podkreślili, że rezolucje Rady Bezpieczeństwa wymagały od państw działania we własnym imieniu dla wdrożenia tych rezolucji na poziomie krajowym⁶⁷.

about the activities of the Multinational Force, the United Nations did not, thereby, assume any degree of control over either the Force or any other of the executive functions of the CPA.

⁶³ *Ibidem*, § 84-5.

⁶⁴ B. Krzan, *op. cit.*, s. 141.

⁶⁵ Zob. M.C. Lopez, *Towards Dual or Multiple Attribution: the Strasbourg Court and the Liability of Contracting Parties' Troops Contributed to the United Nations*, „International Organizations Law Review”, Vol. 10 (2013), s. 216 i n.

⁶⁶ *Nada v. Switzerland*, Appl. No. 10593/08, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 12/09/2012.

⁶⁷ *Ibidem*, § 120 *in fine*.

Ciekawie przedstawia się wreszcie podejście zaprezentowane przez trybunał strasburski w sprawie Jaloud przeciwko Królestwu Niderlandów. W orzeczeniu Wielkiej Izby z 20 listopada 2014 roku⁶⁸ Trybunał, że wykonywanie decyzji lub rozkazu innego państwa nie wystarcza, by zwolnić umawiającą się stronę z zobowiązań na gruncie Konwencji. Strona pozwana nie jest zatem pozbawiona jurysdykcji wyłącznie wskutek uznania, zaakceptowania kontroli operacyjnej dowódcy oddziału wielonarodowego (MND (SE)), brytyjskiego oficera. Trybunał zauważa przy tym, że Holandia zachowała „pełne dowództwo” (*full command*) nad swoim personelem wojskowym⁶⁹. Tym samym w opinii Trybunału nie można uznać, że oddziały holenderskie zostały oddane do dyspozycji innego państwa lub że znajdowały się pod wyłącznym kierownictwem i kontrolą innego państwa⁷⁰. Raz jeszcze zakwestionowano decyzję trybunału w sprawach Behrami i Saramati. Pomimo licznych odwołań do dorobku kodyfikacyjnego Komisji Prawa Międzynarodowego w zakresie odpowiedzialności międzynarodowej, mamy świadomość, że takie stwierdzenie padło jedynie w celu potwierdzenia jurysdykcji Trybunału. Nie można zatem automatycznie przekładać tej formuły na kwestie przypisania czynu, co zresztą wypunktowali w dołączonej opinii sędziowie Spielmann oraz Raimondi⁷¹.

Ostatnie stwierdzenie wpisuje się w ogólną konstatację⁷² co do braku spójnego podejścia przez Europejski Trybunał Praw Człowieka do koncepcji odpowiedzialności państw i organizacji międzynarodowych, wypracowanych przez Komisję Prawa Międzynarodowego.

W przeciwieństwie do orzecznictwa strasburskiego, sądy holenderskie nie miały wątpliwości, by przypisać dany akt zarówno Holandii jak i Organizacji Narodów Zjednoczonych. Podstawy ku temu dostarczyły powództwa również dotyczące naruszeń indywidualnych praw podczas realizowania przez wojska holenderskie misji pokojowych za granicą i związana z ich biernością masakra w Srebrenicy. Początkowo holenderski sąd pierwszej instancji uznał, że działania, na których opierało się powództwo przypisać można wyłącznie Organizacji

⁶⁸ Jaloud v. The Netherlands, Judgment (Grand Chamber) of 20 November 2014, Application No. 47708/08.

⁶⁹ *Ibidem*, § 143.

⁷⁰ *Ibidem*, § 151.

⁷¹ *Ibidem*,

⁷² Zob. np. A. Sarvarian, *The Attribution of Conduct in the Law of International Responsibility, the European Union and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, „Journal européen des droits de l'homme” 2013/4, s. 675.

Narodów Zjednoczonych⁷³. W toku odwołania, haski sąd apelacyjny odrzucił tę argumentację, dostrzegając możliwość, by więcej niż jedna strona sprawowała efektywną kontrolę nad danym zachowaniem, co w efekcie umożliwiałoby jego przypisanie więcej niż jednej stronie⁷⁴.

Postępowanie znalazło finał przed holenderskim Sądem Najwyższym, jako skutek odwołania kasacyjnego, wniesionego przez rząd holenderski. W wydanym orzeczeniu⁷⁵ sędziowie szeroko sięgali do obu kodyfikacji odpowiedzialności międzynarodowej autorstwa Komisji Prawa Międzynarodowego. Sąd Najwyższy odrzucił twierdzenie powoda, iż działalność holenderskiego kontyngentu (Dutchbat) powinna zasadniczo zawsze być przypisana Organizacji Narodów Zjednoczonych na podstawie art. 6 Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych⁷⁶. Podkreślono, że nawet jeśli Dutchbat był organem Narodów Zjednoczonych w czasie misji, to jednak nie przestał być równocześnie organem Królestwa Niderlandów, które jak każde państwo, którego oddziały uczestniczą w operacji wojskowej, zachowało względem swoich oddziałów „zwierzchnictwo organiczne”, tzn. kompetencje dyscyplinarne i jurysdykcję w sprawach karnych⁷⁷. Odwołując się szeroko do komentarzy Komisji Prawa Międzynarodowego, Sąd Najwyższy potwierdził znaczenie art. 7 kodyfikacji z 2011 r. dla przypisania czynów członków misji pokojowych.

Królestwo Niderlandów podnosiło w swojej skardze, iż na gruncie prawa międzynarodowego należy wykluczyć możliwość, by zarówno ONZ jak i państwo sprawowały efektywną kontrolę nad danym czynem, co w efekcie uniemożliwiałoby równoległe przypisanie jednego czynu wielu podmiotom. Holenderski Sąd Najwyższy uznał powyższe stanowisko za niewłaściwą interpretację, podnosząc, że reguły przypisania zawarte w Artykułach o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych niekoniecznie odnoszą się do przypisania czynu niedozwolonego wyłącznie jednemu podmiotowi. W tym kontekście odwołano się do dyspozycji art. 48 Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, który wyraźnie dopuszcza, by więcej niż jedno państwo czy organizacja międzynarodowa

⁷³ *HN v Netherlands* (Ministry of Defence and Ministry of Foreign Affairs), First instance judgment, LJN: BF0181/265615; ILDC 1092 (NL 2008), 10 September 2008.

⁷⁴ Zob. Oxford Reports on International Law in Domestic Courts: *Nuhanović v Netherlands*, Appeal judgment, LJN:BR5388; ILDC 1742 (NL 2011), 5 July 2011, H3 (§ 5.9).

⁷⁵ Tekst orzeczenia dostępny na stronie: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/12%2003324.pdf>.

⁷⁶ *Ibidem*, § 3.10.1. orzeczenia.

⁷⁷ *Ibidem*, § 3.10.2.

poniosły odpowiedzialność za skutki czynu międzynarodowo bezprawnego⁷⁸. Tym samym Sąd Najwyższy podtrzymał wywód zawarty w orzeczeniu haskiego sądu apelacyjnego o jednoczesnym, równoległym sprawowaniu kontroli nad kontyngentem zarówno przez państwo wysyłające jak i przez organizację międzynarodową. Skutkiem tego było wyłączenie możliwości uwolnienia się od odpowiedzialności przez państwo uczestniczące w misji pokojowych.

Trudno przesądzać o kształtującej się dopiero praktyce. Można traktować powyższe orzeczenie jako krystalizację oczekiwanego jej rozwoju⁷⁹. Pamiętamy o dosadnie wyrażonej uwadze J. Crawforda, który ocenia zagadnienie odpowiedzialności za działanie państwa w ramach organizacji międzynarodowych w praktyce za zamulone, nieczyste czy wręcz podejrzanе (*murky*)⁸⁰. Na pewno wymusza nowe spojrzenie na kwestie przypisania, zwłaszcza w kontekście równoległe prowadzonej aktywności państw i lub w ramach organizacji międzynarodowych.

Problematyka równoległego przypisania objawia się również przy okazji realizowania (implementacji, wdrażania) rezolucji organizacji przez państwa członkowskie. Działalność implementacyjną traktować jako działanie własne. Odmienne stanowisko przyjmowała Komisja Europejska, nalegając, że gdy organ państwa członkowskiego implementuje wiążący akt Unii Europejskiej, jego czyn winien zostać przypisany tej organizacji międzynarodowej⁸¹. Towarzyszyła temu gotowość przyjęcia odpowiedzialności w tym zakresie.

Również w piśmiennictwie zwracano niekiedy uwagę na wskazane powyżej podejście i sytuację Unii Europejskiej. Uznając szczególny charakter tej organizacji, zakres przekazanych kompetencji jak również zdolność wydawania decyzji wiążących państwa członkowskie, sugerowano ujęcie w Artykułach o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych oddzielnego postanowienia w tym zakresie⁸².

⁷⁸ *Ibidem*, § 3.9.4.

⁷⁹ Zob. Ch. Bakker, *Dual Attribution of Acts Committed by a UN Peacekeeping Force: an Emerging Norm of Customary International Law? The Dutch Supreme Court's Judgments in Nuhanović and Mustafić*, „The Italian Yearbook of International Law”, Vol. 23 (2013), s. 293.

⁸⁰ Zob. J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge 2013, s. 346.

⁸¹ *Responsibility of international organizations Comments and observations received from international organizations*, UN Doc. A/CN.4/545, s. 20.

⁸² Zob. S. Talmon, *Responsibility of International Organizations: does the European Community require Special Treatment?*, [w:] M. Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston 2005, s. 420, F. Hoffmeister, *Litigating against the European Union and its member States: who responds under the ILC's draft articles on international responsibility of international organizations?*, „European Journal of International Law”, Vol. 21 (2010), s. 746.

Stanowisko przedstawione przez Komisję Europejską znalazło zrozumienie i co ważniejsze wyraz również w dorobku orzecznictwym Światowej Organizacji Handlu. W sprawie dotyczącej ochrony znaków towarowych oraz oznaczenia geograficznego produktów rolnych panel WTO potwierdził to założenie i uznał, że organy krajowe państw członkowskich działają „*de facto* jako organy Wspólnoty, za którą ponosi ona [Wspólnota Europejska] odpowiedzialność wedle prawa Światowej Organizacji Handlu jak również wedle powszechnego prawa międzynarodowego”⁸³.

Powyższe podejście potwierdzono w kolejnych rozpatrywanych przez panele WTO sprawach⁸⁴. Organy orzekające Światowej Organizacji Handlu zachowywały się w tym zakresie bardzo pragmatycznie. Natomiast gotowość Unii Europejskiej do „przejęcia” działalności implementacyjnej państw członkowskich i do przyjęcia związanej z tym odpowiedzialności może wydawać się pozbawiona logiki. Naturalnym bowiem trendem jest zaprzeczanie lub przynajmniej dążenie do ograniczenia własnej odpowiedzialności. Przynajmniej częściowo można tłumaczyć zachowanie organów UE jako dążenie do potwierdzenia i uzyskania akceptacji dla międzynarodowej roli samej Unii⁸⁵.

Praktyka organizacji nie zawsze jest konsekwentna, co widać na przykładzie ustaleń dotyczących przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Zgodnie z poprawionym projektem porozumienia w tej sprawie, który przyjęto w kwietniu 2013 r.: „Dla celów Konwencji, protokołów do niej oraz niniejszego porozumienia działanie, podjęte środek lub zaniechanie organów państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub osób działających w jej imieniu przypisuje się temu państwu, nawet jeśli to działanie, środek lub zaniechanie powstaje, gdy państwo implementuje prawo Unii Europejskiej, włączając w to decyzje podjęte na podstawie Traktatu o Unii Europejskiej oraz Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”⁸⁶.

⁸³ Report of 15 March 2005 on European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indication for Agricultural Products and Foodstuffs (WT/DS174/R), § 7.725.

⁸⁴ Zob. Report of 29 September 2006 on European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291/R, WT/DS292/R and WT/DS293/R), para. 7.101. Szerzej na ten temat pisze P. Eeckhout, *The EU and its Member States in the WTO: Issues of Responsibility*, [w:] L. Bartels, F. Ortino (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford 2006, s. 453 i n.

⁸⁵ P. Eeckhout, *op. cit.*, s. 456.

⁸⁶ Art. 1(4) projektu porozumienia.

Przyjęte rozwiązanie zostało zgłoszone z inicjatywy przedstawicieli Unii Europejskiej podczas negocjacji w sierpniu 2012 roku. Dla uzasadnienia wprowadzenia nowego postanowienia podnoszono, iż celem było wyrażenie reguły przypisania, zgodnie z którą akty państw członkowskich są i pozostają jedynie im przypisywalne, nawet jeśli stanowią implementację prawa Unii Europejskiej⁸⁷.

Nie można jednak przyjmować aż tak daleko idącej interpretacji. W toku dyskusji zwracano zresztą uwagę, że zgłoszona propozycja zdawała się przeczyć logice mechanizmu współpозwania (*co-respondent mechanism*)⁸⁸. Tę konstrukcję można sprowadzić do możliwości łącznego występowania po stronie pozwanej Unii Europejskiej oraz jednego lub więcej państw członkowskich we wszystkich sprawach, w których ich kompetencje się nakładają. Powołany powyżej art. 1(4) porozumienia zawiera wręcz wskazówkę, że przypisanie czynu wyłącznie państwu nie wyklucza odpowiedzialności Unii Europejskiej jako współpозwanej z tytułu naruszenia wynikającego z tego działania, środka lub zaniechania, zgodnie z art 36(4) Konwencji oraz art. 3 tego porozumienia. Jak wyjaśniono w projekcie raportu wyjaśniającego⁸⁹, zarówno pozwany jak i współpозwani będą zazwyczaj ponosić łączną odpowiedzialność za jakiegokolwiek naruszenie, w związku z którym wysoka umawiająca się strona stała się współpозwanym⁹⁰.

Nie ulega wątpliwości, że zawarcie tego mechanizmu było podyktowane względami praktycznymi. Równoległe występowanie pozwoliłoby uniknąć stronie

⁸⁷ Zob. Report of the second negotiation meeting between the CDDH and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, 17–19 September 2012, Strasbourg, Doc. 47+1(2012)R02, § 4. Zaproponowane rozwiązanie wywołuje w polskim piśmiennictwie wręcz pewne rozbieżności tłumaczeniowe. Przykładowo prof. C. Mik posługuje się sformułowaniem „mechanizm współbronny” – zob. C. Mik, *Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka*, [w:] M. Balcerzak et al. (red.), *Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, Toruń 2011, s. 71 i n.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Draft explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Doc. 47+1(2013)008rev2, Appendix V.

⁹⁰ Trybunał Prawa Człowieka może jednak uznać wyłącznie Unię bądź państwo czy państwa członkowskie odpowiedzialnym za dane naruszenie, na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez UE i państwo członkowskie oraz po uzyskaniu opinii skarżącego. Przypisanie odpowiedzialności oddzielnie dla któregoś z nich na jakiegokolwiek innej podstawie pociągałoby za sobą ryzyko oceny przez Trybunał rozdziału odpowiedzialności kompetencji pomiędzy Unię Europejską a jej państwa członkowskie – zob. *ibidem*, § 62, s. 26.

skarżącej żmudnego ustalania, kto popełnił dany czyn⁹¹. Dałoby ponadto Unii możliwość przedstawienia stanowiska dotyczącego jej porządku prawnego bez konieczności polegania na państwach członkowskich. Mechanizm współpозwania pozwala jednak przede wszystkim znaleźć rozwiązanie w sytuacji, gdy tradycyjne metody przypisania zawodzą⁹².

Rozważania tego mechanizmu i jego wkładu w elastyczne zastosowanie tradycyjnych reguł przypisania traci siłę swojej wymowy w świetle opinii 2/13 Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w której pełny skład stwierdził, iż „Porozumienie w sprawie przystąpienia Unii Europejskiej do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nie jest zgodne z art. 6 ust. 2 TUE ani z Protokołem (nr 8) dotyczącym artykułu 6 ustęp 2 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie przystąpienia Unii do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”. Wśród przyczyn niezgodności wymieniono to, że „nie przewiduje zasad funkcjonowania mechanizmu współpозwania i procedury wcześniejszego zaangażowania Trybunału, które to zasady pozwalałyby zachować szczególne cechy Unii i jej prawa”⁹³. W szczególności podkreślono, że przesłanki materialne do zastosowania mechanizmu współpозwania są zasadniczo związane z przepisami prawa Unii dotyczącymi rozdziału kompetencji między Unię i jej państwa członkowskie oraz kryteriów możliwości przypisania aktu lub zaniechania mogącego stanowić naruszenie EKPC, a decyzja w kwestii, czy przesłanki te są spełnione w określonej sprawie, zakłada nieuchronnie ocenę prawa Unii⁹⁴. Krytycznie oceniono konsekwencje art. 3(5) porozumienia, zgodnie z którym Trybunał Praw Człowieka ocenia wiarygodność argumentów podniesionych we wniosku o dopuszczenie w charakterze współpозwanych do sprawy. W § 224 zaznaczono co prawda, że kontroli trybunału strasburskiego poddano jedynie wiarygodność, a nie zasadność tych argumentów, „[n]iemniej nie zmienia to faktu, iż w ramach tej kontroli ETPC byłby zmuszony ocenić przepisy prawa Unii, które regulują rozdział kompetencji między Unię i jej państwa członkowskie oraz kryteria

⁹¹ W opinii E. Cannizzaro stanowi to w większości przypadków wręcz *probatio diabolica* – zob. *Beyond the Either/Or: Dual Attribution to the European Union and to the Member State for Breach of the ECHR*, [w:] M.N. Evans, P. Koutrakos (eds.), *The International Responsibility of the European Union: European and International Perspectives*, Oxford–Portland 2013, s. 308-9.

⁹² *Ibidem*, s. 309.

⁹³ Opinia 2/13 Trybunału (w pełnym składzie), 18 grudnia 2014 r., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=265836> [dostęp 20 stycznia 2015], § 258.

⁹⁴ *Ibidem*, §221.

przypisywalności ich aktów lub zaniechań, aby móc wydać ostateczną decyzję w tym względzie, która wiązałaby zarówno państwa członkowskie, jak i Unię”⁹⁵. Jak podkreślono w kolejnym punkcie opinii doradczej, „[t]aka kontrola może kolidować z rozdziałem kompetencji między Unię i jej państwa członkowskie”.

Zresztą, jak podniesiono w § 230 opinii, „Decyzja dotycząca podziału między Unię i jej państwa członkowskie odpowiedzialności z tytułu aktu lub zaniechania stanowiącego naruszenie EKPC stwierdzone przez ETPC także opiera się na ocenie przepisów prawa Unii regulujących rozdział kompetencji między Unię i jej państwa członkowskie oraz możliwość przypisania tego aktu lub zaniechania”. W związku z tym „umożliwienie ETPC wydania takiej decyzji także groziłoby naruszeniem rozdziału kompetencji między Unię i jej państwa członkowskie”⁹⁶.

Trudno zaakceptować przedstawione powyżej podejście trybunału luksemburskiego, który zdaje się ślepo, wręcz fanatycznie bronić autonomii prawa unijnego, nawet za cenę ignorowania wymogów prawa pierwotnego i zapalczywego przekreślania wcześniej reprezentowanego oficjalnego stanowiska negocjacyjnego. Można wręcz postawić pytanie, czy Trybunał Sprawiedliwości jest w ogóle gotów zaakceptować jakikolwiek proceduralny wyraz przystąpienia Unii do EKPC.

Praktyka orzecznicza rozmaitych międzynarodowych organów sądowych pokazuje ponadto, że sądy i trybunały międzynarodowe bardzo niechętnie podejmują kwestie rozdziału odpowiedzialności w razie przypisania czynu wielu podmiotom równoległe. Artykuły o odpowiedzialności organizacji międzynarodowej również odnoszą się do wielości podmiotów odpowiedzialnych za ten sam akt międzynarodowo bezprawny. Art. 48 reguluje sytuację, w której obok organizacji międzynarodowej odpowiadają także państwa lub inne organizacje międzynarodowe. Zgodnie z jego dyspozycją można dochodzić roszczeń względem każdego z podmiotów odpowiedzialnych z zastrzeżeniem niemożności otrzymania odszkodowania ponad odniesiony uszczerbek⁹⁷. Z perspektywy trybunałów wygodniej i bezpieczniej jest potraktować każdą niezależną odpowiedzialność z osobna. Przykładu dostarcza tu chociażby arbitraż ustanowiony w sprawie Eurotunelu, na podstawie traktatu z Canterbury z 1986 r. czy spór pomiędzy Nauru a Australią dotyczący pewnych terenów fosforanowych, toczony przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości.

⁹⁵ *Ibidem*, § 224 *in fine*.

⁹⁶ *Ibidem*, § 231.

⁹⁷ Art. 48(3)(a) Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych.

Na poziomie ogólnym trudno zidentyfikować reguły rozdziału odpowiedzialności pomiędzy współsprawców. Pewnych wskazówek dostarczają postanowienia umów z zakresu prawa kosmicznego⁹⁸, czy Konwencja o prawie morza⁹⁹, które ustanawiają szczególny reżim odpowiedzialności solidarnej. Pojawia się ona też jako swoistego rodzaju sankcja, pod groźbą której strona dłużnicza ma poinformować wierzyciela, o rozdziale kompetencji pomiędzy potencjalnie odpowiedzialnymi organizacją międzynarodową a jej państwami członkowskimi¹⁰⁰. Trudno zatem przypisać temu rozwiązaniu jednolite znaczenie. Interesujący wywód dotyczący odpowiedzialności solidarnej przedstawiła niedawno Izba Sporów Dna Morskiego Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza, wydając opinię doradczą w sprawie odpowiedzialności zobowiązań państw wspierających osoby i podmioty w odniesieniu do działań w Obszarze¹⁰¹. Przyjęto w niej, że odpowiedzialność solidarna powstaje, gdy podmioty przyczyniają się do wspólnej szkody¹⁰². Takie rozumienie odchodzi od standardu Komisji Prawa Międzynarodowego przyjętego przy opracowywaniu artykułów o odpowiedzialności państw, tj. wielości państw odpowiedzialnych na podstawie aktu międzynarodowo bezprawnego¹⁰³. Z kolei w sprawie platform naftowych sędzia B. Simma potraktował tę regułę jako zasadę ogólną prawa w rozumieniu art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości¹⁰⁴.

Przywołane tu rozbieżności pomiędzy stypulacjami traktatowymi a orzecznictwem stanowią dowód na brak wskazówek co do kwestii rozdzielenia, rozłożenia

⁹⁸ Zob. szerzej: B. Krzan, *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych i państw członkowskich za działania w przestrzeni kosmicznej*, [w:] E. Mikos-Skuza, K. Myszone-Kostrzewa, J. Poczobut (red.), *Prawo międzynarodowe – teraźniejszość, perspektywy, dylematy. Księga Jubileuszowa Profesora Zdzisława Galickiego*, Warszawa 2013, s. 357 i n.

⁹⁹ Zob. art. 139 (2) oraz 305 Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzonej w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r., Dz.U. 2002, Nr 59, poz. 543.

¹⁰⁰ Np. art. 6 aneksu IX do Konwencji o prawie morza czy art. 19(2) porozumienia pomiędzy Wspólnotą Europejską a Stanami Zjednoczonymi w sprawie promocji, zapewnienia i użytkowania systemów GALILEO i GPS oraz związanych z nimi programami.

¹⁰¹ Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, 1.2.2011, §§ 191 i n., zwłaszcza § 201.

¹⁰² *Ibidem*, § 201.

¹⁰³ Por. Art. 47 Artykułów o odpowiedzialności międzynarodowej państw. Szerzej zob. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge 2002, s. 272 i n.

¹⁰⁴ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Separate Opinion Judge Simma, § 74, ICJ Rep. 2003, s. 358.

odpowiedzialności na gruncie prawa międzynarodowego¹⁰⁵. Ograniczona praktyka pozwala co najwyżej na wniosek, iż zasady rozdzielenia odpowiedzialności na wiele podmiotów mogą być jedynie zgłaszane jako postulaty w ramach postępowego rozwoju prawa międzynarodowego. Tym bardziej stan niepewności powstanie w sytuacji, gdy odpowiedzialność rozdzielić należałoby pomiędzy państwa a organizacje międzynarodowymi, których są członkami. Jak widać, konstrukcja wielokrotnego przypisania wywołuje problemy także w zakresie interpretacji wynikających z takiego przypisania konsekwencji prawnych.

* * *

Tytułem podsumowania należy stwierdzić, że równoległe przypisanie czynu wielu podmiotom jest możliwe nie tylko koncepcyjnie, ale też i w praktyce, choć w tym ostatnim zakresie wyraźnie zaznaczają się braki. Zarówno państwa, jak i organizacje międzynarodowe z dużą ostrożnością podchodzą do tej kwestii, przede wszystkim ze względu na niebezpieczeństwo naruszenia autonomii organizacji i wzajemnej niezależności. Podobnie powściągliwość wykazują trybunały międzynarodowe, które zdecydowanie bardziej wolą rozstrzygać zagadnienia odpowiedzialności traktowanej tradycyjnie jako odpowiedzialność za własne, pojedyncze działanie danego podmiotu, bez konieczności angażowania się w mocno zazwyczaj skomplikowany rozdział zakresów odpowiedzialności międzynarodowej podmiotów zbiorowych.

¹⁰⁵ Zob. R.P. Alford, *Apportioning Responsibility among Joint Tortfeasors for International Law Violations*, „Pepperdine Law Review”, Vol. 38 (2011), s. 240.

Łukasz Kułaga*

IMMUNITET JURYSDYKCYJNY
ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH,
W SZCZEGÓLNOŚCI
ORGANIZACJI NARODÓW ZJEDNOCZONYCH
A PRAWO DO SĄDU
W KONTEKŚCIE ODPOWIEDZIALNOŚCI
ZA NARUSZENIA PRAW CZŁOWIEKA

WPROWADZENIE

Problematyka immunitetu jurysdykcyjnego a prawa do sądu w kontekście odpowiedzialności organizacji międzynarodowych za naruszenia praw człowieka stale zyskuje na znaczeniu i jest przedmiotem badań doktryny zarówno polskiej¹,

* dr Łukasz Kułaga, Katedra Prawa Międzynarodowego, Wydział Prawa i Administracji UKSW; starszy ekspert w Departamencie Prawno-Traktatowym MSZ. Wszystkie poglądy wyrażone w artykule pochodzą wyłącznie od autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem instytucji, w których jest on zatrudniony.

¹ M. Paszkowski, „Nie znana” procedura ochrony praw człowieka w UNESCO, „Sprawy Międzynarodowe” 1996, nr 1; M. Balcerzak, *Immunitet państw i organizacji międzynarodowych a ochrona praw człowieka. Uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Kwartalnik Prawa

jak i międzynarodowej². Zjawisko to można łączyć z kilkoma procesami. Należą do nich wzrost ilości organizacji międzynarodowych wraz z intensyfikacją współpracy międzynarodowej, poszerzający się zakres kompetencji tych organizacji oraz ich coraz większa aktywność operacyjna, w tym w kontekście operacji dopuszczających możliwość użycia siły. W tej sytuacji naturalne jest podejmowanie przez podmioty prywatne prób mających na celu dochodzenie roszczeń od organizacji międzynarodowych, w szczególności Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ). W tego rodzaju przypadkach kwestią pierwszorzewną staje się problem możliwości wykonywania jurysdykcji przez sądy krajowe względem organizacji międzynarodowej, a zatem również kwestia zakresu i możliwości powołania się na immunitet przez te podmioty.

Ta problematyka została już zasygnalizowana w 1931 r. w rozstrzygnięciu włoskiego sądu kasacyjnego w sprawie dotyczącej Międzynarodowego Instytutu Rolnictwa, w której poddano w wątpliwość prawidłowość rozwiązania przyjętego przez wspomnianą organizację, zakładającego możliwość odwołania w kwestiach pracowniczych do tego samego organu, który rozstrzygał sprawę w pierwszej instancji³. Immunitet organizacji międzynarodowych uniemożliwia zazwyczaj jednostkom, które doświadczyły szkody w wyniku ich zachowania wniesienie skutecznego roszczenia do sądów krajowych. Równocześnie immunitet ten jest coraz częściej podważany, jako naruszający prawo do sądu w sytuacji gdy organizacja nie gwarantuje odpowiedniego alternatywnego forum.

Do szczególnie doniosłych spraw w tym zakresie należą pozew zbiorowy obywateli Haiti przeciwko ONZ wniesiony w październiku 2013 r. do sądu okręgowego w Nowym Jorku w związku z epidemią cholery, czy skarga krewnych

Publicznego” 2003, nr 3; J. Skrzydło, *Immunitet państwa (organizacji międzynarodowej) a prawo do sądu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2004, nr 3; J. Menkes, *Immunitet jurysdykcyjny organizacji międzynarodowej – immunitet jurysdykcyjny państwa: kierunki wektorów*, [w:] I. Skomerska-Muchowska (red.), *Ewolucja immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym*, Łódź 2014.

² A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts*, Cambridge 2000; A. Reinisch, U.A. Weber, *In the Shadow of Waite and Kennedy: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement*, „International Organization Law Review” 2004, No. 1; R. Freedman, *UN Immunity or Impunity? A Human Rights Based Challenge*, „European Journal of International Law” (EJIL) 2014, Vol. 25.

³ J. Klabbers, *The Transformation of International Organizations Law*, EJIL 2015, Vol. 26 No. 1, s. 57.

zamordowanych w Srebrenicy wniesiona przeciwko ONZ do sądów holenderskich. W doktrynie prawa międzynarodowego dostrzega się istnienie potencjalnej luki w zakresie odpowiedzialności organizacji międzynarodowych względem których roszczenia mogą potencjalnie być wykluczone zarówno przed sądami krajowymi, jak i w ramach organizacji – zwłaszcza jeżeli nie stworzyły one odpowiedniego forum⁴. Kwestia ta wydaje się szczególnie istotna w sytuacji powoływania immunitetu w przypadku zarzutów dotyczących naruszeń praw człowieka.

Analiza zarysowanej problematyki wymaga w pierwszej kolejności przedstawienia znaczenia oraz zakresu immunitetu organizacji międzynarodowych. W następnej kolejności zostanie omówione zagadnienie immunitetu państwa w kontekście odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka, jako będące istotnym punktem odniesienia dla oceny tego samego zjawiska w kontekście organizacji międzynarodowych. Ostatnia część artykułu określi specyfikę możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności międzynarodowej organizacji międzynarodowych za naruszenia praw człowieka w kontekście przysługującego im immunitetu. W tym zakresie szczegółowo przedstawione zostaną wspomniane już dwie sprawy dotyczące ONZ.

W tym miejscu warto również poczynić pewne istotne wyjaśnienia natury terminologicznej. Pojęcie „immunitetów jurysdykcyjnych” zostało zdefiniowane przez Komisję Prawa Międzynarodowego jako obejmujące „prawo suwerennych państw do wyłączenia (*exemption*) spod wykonywania władzy sądowniczej” oraz „niewykonywanie wszelkiej innej władzy administracyjnej lub wykonawczej przez jakiegokolwiek środki lub procedury przez organy państwa w odniesieniu do postępowania sądowego”⁵. Pojęcie „prawa do sądu” (*right to an effective remedy*)⁶

⁴ A. Reinisch, *To What Extent Can and Should National Courts 'Fill the Accountability Gap'?*, „International Organizations Law Review” 2013, No. 10, s. 572–587.

⁵ Komentarz do art 1 projektu artykułów o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich własności, „Yearbook of the International Law Commission”, 1991, Vol. II, Part Two, s. 13.

⁶ Kwestią nie rozstrzygniętą definitywnie jest na ile prawo do sądu rozumiane jako prawo do środka prawnego jest normą wiążącą powszechnego prawa międzynarodowego. Według M. Balcerzaka „Prawo do skutecznego środka odwoławczego w prawie wewnętrznym jest uwzględnione w zasadzie we wszystkich współczesnych traktatowych katalogach praw człowieka i bardzo intensywnie wdrażane w praktyce państw. Wymiar tej praktyki oraz powszechne przekonanie o dużym znaczeniu środków krajowych dla skuteczności systemów ochrony praw człowieka mógłby przemawiać za tym, że *right to an effective remedy* zbliża się do statusu normy prawa zwyczajowego” oraz „Nie jest bezzasadne kojarzenie prawa do reparacji dla jednostek z zasadą ogólną prawa”, M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Toruń 2013, s. 280 i 284.

jest rozumiane jako element prawa do słusznego procesu, o którym mowa w art. 6 europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC)⁷, art. 25 amerykańskiej Karty praw człowieka⁸ oraz art. 2 ust. 3 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych⁹.

IMMUNITET ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH

Kwestia przyznawania organizacjom międzynarodowym immunitetów pojawia się w sposób zasadniczy po II wojnie światowej wraz z powstaniem ONZ. Wzorcowy w tym zakresie wydaje się art. 105 ust. 1 Karty Narodów Zjednoczonych, który określa, że „Organizacji przysługiwać będą na terytorium każdego z jej członków takie przywileje i immunitety, jakie są konieczne do osiągnięcia jej celów”¹⁰. Kwestią dyskusyjną jest, czy Pakt Ligi Narodów w sposób dorozumiany ustanawiał immunitet tej organizacji¹¹.

Uszczegółowienie zasad określonych w art. 105 Karty nastąpiło za pośrednictwem Konwencji o przywilejach i immunitetach ONZ z 13.2.1946 r.¹² Zgodnie z § 2 tego traktatu „Organizacja Narodów Zjednoczonych, jej majątek i aktywa, gdziekolwiek i w czyichkolwiek rękach by się znajdowały, korzystają z przywileju niepodlegania jakiegokolwiek procedurze sądowej, chyba że Organizacja w jakimś szczególnym wypadku zrzecze się wyraźnie tego immunitetu. W każdym razie rozumie się, że zrzeczenie się immunitetu nie może rozciągać się również i na czynności egzekucyjne”.

Postanowienia dotyczące immunitetów, analogiczne do przepisów Karty, znalazły się również w statutach innych organizacji międzynarodowych, które

⁷ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

⁸ *Wybór dokumentów prawa międzynarodowego dotyczących praw człowieka*, red. M. Zubik, dost. na stronie int. <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12108381350.pdf>.

⁹ Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

¹⁰ Dz.U. z 1947 r., Nr 23, poz. 90.

¹¹ Art. 7 Paktu Ligi Narodów stanowił, że „(...) Przedstawiciele członków Ligi oraz urzędnicy Ligi w czasie wykonywania swych czynności korzystają z przywilejów i immunitetów dyplomatycznych. Budynki i tereny zajęte przez Ligę, jej urzędy i jej posiedzenia są nietykalne”, Dz.U. z 1920 r., Nr 35, poz. 200. Warto jednak przy tym odnotować pogląd J. Klabbersa wskazujący, że immunitet, o którym mowa w art. 7 nie był oparty na koncepcji funkcjonalizmu charakterystycznej dla organizacji międzynarodowych, ale na praktyce dyplomatycznej, J. Klabbers, *op. cit.*, s. 47–48.

¹² Dz.U. z 1948 r., Nr 39, poz. 286.

powstały po II wojnie takich jak Organizacja Państw Amerykańskich¹³, Rada Europy¹⁴, czy Europejska Wspólnota Węgla i Stali¹⁵. Immunitety organizacji międzynarodowych zostały potwierdzone również w dwustronnych porozumieniach pomiędzy organizacją a państwem jej siedziby¹⁶. Odrębna konwencja została poświęcona immunitetom organizacji wyspecjalizowanych¹⁷. W art. III podkreśla się w niej, że „Organizacje wyspecjalizowane, oraz majątek i aktywa tych organizacji, bez względu na to, gdzie i w czyich rękach się znajdują korzystają z pełnego immunitetu jurysdykcyjnego”.

Współcześnie praktyka przyznawania immunitetów organizacjom międzynarodowym ma charakter powszechny. Niemniej jednak trafne wydają się poglądy wskazujące, że z uwagi na zróżnicowanie klauzul w tym zakresie w odniesieniu do konkretnych organizacji immunitet ten powinien być przede wszystkim oceniany z perspektywy specyficznych rozwiązań traktatowych, aniżeli zwyczaju międzynarodowego¹⁸.

Istnieje zasadnicza niejasność, co do specyfiki immunitetu organizacji międzynarodowych. Z jednej strony instrumenty międzynarodowe przyznające im immunitet podkreślają jego funkcjonalny charakter. Jerzy Menkes i Andrzej Wasilkowski w kontekście art. 105 Karty Narodów Zjednoczonych wskazują, że „immunitet organizacji można scharakteryzować ogólnie jako immunitet funkcjonalny, którego źródło, cel i zakres wyznacza stworzenie prawnych gwarancji zdolności organizacji do niezakłóconego wykonywania swych funkcji”¹⁹. Podobnie Jan Klabbers stwierdza, że „celem immunitetów organizacji międzynarodowych

¹³ Art. 103 Karty Organizacji Państw Amerykańskich z 30.4.1948 r., United Nations – Treaty Series 1952, Vol. 119, No. 1609.

¹⁴ Art. 40 Statutu Rady Europy z 5.5.1949 r., Dz.U. z 1994 r., Nr 118, poz. 565, zob. również Porozumienie ogólne w sprawie przywilejów i immunitetów Rady Europy z 2.9.1949 r., Dz.U. z 2000 r., Nr 23, poz. 270.

¹⁵ Art. 76 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali z 17.7.1952 r. w wersji oryginalnej dost. na stronie int. http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1951_treaty_establishing_ceca.pdf.

¹⁶ K. Tesfagabir podaje przykłady Ligii Narodów, ONZ, Unii Afrykańskiej oraz Interpolu zob. szerzej K. Tesfagabir, *The State of Functional Immunity of International Organizations and Their Officials and Why It Should be Streamlined*, „Chinese Journal of International Law” 2011, Vol. 10, s. 106.

¹⁷ Konwencja o przywilejach i immunitetach organizacji wyspecjalizowanych, Dz.U. z 1970 r., Nr 4, poz. 25.

¹⁸ K. Tesfagabir, *op. cit.*, s. 107–108; podobnie J. Menkes, *Immunitet jurysdykcyjny...*, s. 139–140.

¹⁹ J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe – wprowadzenie do systemu*, Warszawa 2004, s. 154.

jest zapobieganie, aby państwa członkowskie nie ingerowały w realizację funkcji organizacji²⁰”.

Z drugiej strony praktyka samych organizacji wydaje się być znacznie bliższa immunitetowi absolutnemu tj. zbliżonemu do tego, który przysługuje państwom w odniesieniu do czynności *iure imperii*²¹. Ten proces dostrzegalny jest w szczególności w sprawach wnoszonych do sądów amerykańskich przeciwko ONZ, w których zarówno amerykański Departament Stanu jak i same sądy konsekwentnie podkreślają, że immunitet tej organizacji ma charakter absolutny tzn. bez wyraźnego zrzeczenia się go przez samą organizację sądy nie mają kompetencji do wykonywania jurysdykcji²². J. Menkes wskazuje na praktykę Stanów Zjednoczonych, które w swoim ustawodawstwie ograniczyły immunitet jurysdykcyjny państwa, w konsekwencji tzw. *Tate letter*, równocześnie nie ustanowiły takiej samej regulacji w celu ograniczenia immunitetu organizacji międzynarodowych²³. J. Klabbers podkreśla, że „podczas gdy immunitet jest zazwyczaj ograniczony do aktów oficjalnych, jakiegokolwiek rozróżnienie pomiędzy aktami oficjalnymi i nieoficjalnymi jest trudne do utrzymania i jak się wydaje jest powiązane z silnym domniemaniem, że decydująca w tym zakresie jest opinia samej organizacji”²⁴. Na odmienny pożądaný kierunek w tym zakresie wskazywał Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) w opinii doradczej w sprawie immunitetu od postępowania sądowego specjalnego

²⁰ J. Klabbers, *op. cit.*, s. 14 i 27; według tego autora istota funkcjonalizmu polega na „pokazaniu organizacji międzynarodowych jako neutralnych, apolitycznych, czysto funkcjonalnych jednostek, które nie konkurują z państwami o dobre życie, ale zamiast tego pomagają osiągnąć je, kiedy już zostanie ustalone czym to dobre życie ma być, i które służą interesom wszystkim właśnie przez skoncentrowanie na konkretnych funkcjach. Ponieważ służy się interesowi ogółu wynika z tego, że funkcjonowanie organizacji musi być ułatwiane przez prawo i stąd wynikają takie podstawowe założenia nauki funkcjonalizmu, jak doktryna kompetencji przyznanych i dorozumianych oraz istnienie przywilejów i immunitetów”, s. 18; Następnie wskazuje on, że „kilka dekad po II wojnie światowej organizacje stopniowo zaczęły być postrzegane jako podmioty polityczne na własnych prawach. Funkcjonalizm był wielką ideą ale jak praktyka powojenna pokazała niemożliwą do obrony”, s. 50.

²¹ A. Reinisch, U.A. Weber, *op. cit.*, s. 59; M. Balcerzak, *Immunitet państw i organizacji międzynarodowych...*, s. 117; R. Pavoni, *Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations*, [w:] E. De Wet, J. Vidmar (red.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012, s. 78.

²² Zob. np. *Cynthia Brazak and Nasr Ishak v. the UN et al.*

²³ J. Menkes, *Immunitet jurysdykcyjny...*, s. 141–143.

²⁴ J. Klabbers, *op. cit.*, s. 14.

sprawozdawcy Komisji Praw Człowieka stwierdzając, że „ocena, czy przedstawiciel Organizacji działał w ramach realizacji misji zależy od faktów konkretnej sprawy”²⁵.

IMMUNITET PAŃSTWA A ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA RAŻĄCE NARUSZENIA PRAW CZŁOWIEKA

Problematyka możliwości powoływania immunitetu państwa w kontekście rażących naruszeń praw człowieka była kilkakrotnie przedmiotem rozstrzygnięć Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC)²⁶ oraz wielokrotnie sądów krajowych²⁷. Za kluczowy w tym zakresie uznaje się jednak wyrok MTS w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych (Niemcy przeciwko Włochy)²⁸. W przedmiotowej sprawie haski trybunał definitywnie przesądza, że zgodnie z prawem międzynarodowym roszczenie cywilne nie może spowodować uchYLENIA immunitetu z tego powodu, iż jest ono oparte na zarzucie szczególnie poważnego naruszenia norm bezwzględnie obowiązujących²⁹. Podkreśla on, że kwestia immunitetu ma charakter proceduralny i nie odnosi się do meritum skargi. Nie istnieje zatem konieczność rozstrzygania o pierwszeństwie w relacji immunitet a naruszenie norm o charakterze *ius cogens*³⁰. Warto odnotować jednak opinię indywidualną sędziego Bennouny, w której wskazano, że „kwestia immunitetów jurysdykcyjnych stwarza fundamentalne problemy etyczne i prawne dla społeczności międzynarodowej jako całości, które nie mogą być zignorowane przez scharakteryzowanie immunitetu, jako po prostu kwestii proceduralnej”³¹.

²⁵ ICJ Rep. 1999, § 52.

²⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 21.11.2001 r., nr skargi 35763/97; decyzja ETPC w sprawie *Kalogeropoulou i inni przeciwko Grecji i Niemcom* z 12.12.2002 r., nr skargi 59021/00; wyrok w sprawie *Jones i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 14.1.2014 r., nr skargi 34356/06 oraz 40528/06.

²⁷ Warto w szczególności w tym zakresie odnotować rozstrzygnięcie w sprawie *Natoniewski przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, postanowienie z dnia 29.10.2010 r., sygn. akt IV CSK 465/09.

²⁸ ICJ Rep. 2012, zob. szerzej Ł. Kułaga, *Glosa do wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 lutego 2012 r. w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państwa (Republika Federalna Niemiec przeciwko Republice Włoskiej)*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 4, s. 214–229.

²⁹ ICJ Rep. 2012, § 91.

³⁰ *Ibidem*, § 58; podobnie MTS w sprawie *nakazu aresztowania (Demokratyczna Republika Kongo przeciwko Belgii)*, ICJ Rep. 2002.

³¹ § 9; Podobnie w opinii odrębnej sędzieja Cancado Trindade, § 294.

Nie sposób również nie zauważyć, że immunitet państwa nie pozbawia skarżących zupełnie możliwości dochodzenia roszczeń, ponieważ immunitet ten nie może być powołany przed sądami państwa przeciwko któremu roszczenie zostało wysunięte. Dochodzenie roszczeń w tym zakresie może być jednak ograniczone przez samo zainteresowane państwo.

SPECYFIKA MOŻLIWOŚCI POCIĄgniĘCIA DO ODPOWIEDZIALNOŚCI MIĘDZYNARODOWEJ ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH W KONTEKŚCIE IMMUNITETU ORGANIZACJI

WPROWADZENIE

Przyznawanie przywilejów i immunitetów organizacjom międzynarodowym stanowi istotny środek gwarantujący odpowiednie funkcjonowanie takich organizacji, w szczególności ich niezależność od państw członkowskich, a zatem również od ich sądów. Równocześnie przyznanie immunitetu jurysdykcyjnego nie powinno naruszać prawa do sądu. W opinii doradczej w sprawie *różnic dotyczących immunitetu od postępowania sądowego specjalnego sprawozdawcy Komisji Praw Człowieka* MTS stwierdził, że „kwestia immunitetu od postępowania sądowego jest czymś innym od kwestii uzyskania odszkodowania za szkody poniesione w rezultacie aktów realizowanych przez ONZ lub jej przedstawicieli działających w ramach oficjalnych funkcji. ONZ może być zmuszona do poniesienia odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez takie akty. Jednakże, jak to wyraźnie określono w art. VIII § 29 ogólnej konwencji [o immunitetach i przywilejach ONZ – przyp. Ł.K.], jakiegokolwiek tego rodzaju roszczenie nie powinno być realizowane za pośrednictwem sądów krajowych ale powinno być rozstrzygane zgodnie z odpowiednimi sposobami rozstrzygania sporów dla których ONZ powinna stworzyć uregulowania zgodnie § 29”³².

Zaangażowanie organizacji międzynarodowych w operacje pokojowe, operacje egzekwowania pokoju oraz operacje wojskowe spowodowało znaczący wzrost roszczeń jednostek zmierzających do pociągnięcia organizacji do odpo-

³² ICJ. Rep. 1999, § 66.

wiedzialności³³. W tym kontekście należy zauważyć, że większość organizacji nie ustanowiła organu rozstrzygającego sprawy tego rodzaju. Stosunkowo powszechna praktyka organizacji międzynarodowych ograniczała się bowiem do tworzenia organów rozstrzygających jedynie sprawy pracownicze lub wynikające z kontraktów dotyczących codziennej (biurowej) działalności organizacji.

W tej sytuacji próby pociągnięcia organizacji międzynarodowych do odpowiedzialności przed sądami krajowymi za naruszenia praw człowieka były podejmowane już od lat 60. XX wieku³⁴. W sprawie M. przeciwko ONZ wniesionej do sądu belgijskiego skarżący domagali się odszkodowania za zniszczenie ich mienia w Kongo przez działające tam siły pokojowe ONZ. Sąd odrzucił te zarzuty wskazując, że przywołane przez skarżących akty prawne nie mają zastosowania – Powszechna Deklaracja Praw Człowieka ze względu na niewiążący charakter, a EKPC ze względu na fakt, że ONZ nie jest jej stroną³⁵. W sprawie Mendaro przeciwko Banku Światowemu Sąd Apelacyjny Dystryktu Kolumbia uznał, że immunitet Banku ma zastosowanie do skargi byłej pracownicy tej instytucji, która skarżyła się na seksualne nękanie oraz dyskryminację³⁶.

Również współczesna praktyka organizacji międzynarodowych nie zapewnia wiążących forum dochodzenia roszczeń. W 2000 r. przy misji ONZ w Kosowie (UNMIK) została ustanowiona instytucja rzecznika praw (*ombudsperson*), a w 2006 r. panel doradczy praw człowieka – niemniej z kompetencjami jedynie rekomendacyjnymi. Bank Światowy ustanowił Panele Inspekcyjne, których zadaniem jest ocena skarg jednostek jeżeli zostały poszkodowane w wyniku realizacji projektu. Niemniej panele mają kompetencje wyłącznie do oceny, czy działania Banku były spójne z jego polityką operacyjną³⁷.

³³ *Committee on Legal Affairs and Human Rights Accountability of international institutions for human rights violations Introductory memorandum*, Rapporteur: Mr José Maria Beneyto, Spain, Group of the European People's Party, AS/Jur (2013) 17, 10 May 2013, pkt 3.

³⁴ Próby te były i są podejmowane mimo, że jak wskazuje B. Krzan „Ze względu na immunitet organizacji bardzo utrudniona byłaby realizacja odpowiedzialności organizacji przed sądami krajowymi (...) zasadnicze znaczenie dla dochodzenia odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej będą miały przede wszystkim sposoby dyplomatyczne”, zob. B. Krzan, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu działalności organizacji międzynarodowych*, Wrocław 2013, s. 220–221.

³⁵ *Brussels Civil Tribunal, M. v. Organisation des Nations Unies and État Belge (Ministre des affaires étrangères)*, wyrok z 11.5.1966, “International Law Reports” (ILR) 1966, No. 45, s. 446.

³⁶ *Mendaro v. World Bank*, ILR 1983, No. 99, s. 92.

³⁷ M. Zieliński, *Międzynarodowe decyzje administracyjne*, Katowice 2011, s. 262–263.

STANDARD RÓWNOWAŻNEJ OCHRONY A UZNANIE IMMUNITETU ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH

Ograniczenia w możliwości dochodzenia roszczeń przez jednostki przeciwko organizacjom międzynarodowym spowodowały, że sądy krajowe w coraz większym stopniu zaczęły kwestionować absolutny charakter immunitetu tych podmiotów. W sprawie *Eurocontrol* niemiecki Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że sądy niemieckie nie mają jurysdykcji do rozstrzygania sporów pomiędzy *Eurocontrol* a jej pracownikami z uwagi na fakt, że mający wyłączną kompetencję Trybunał Administracyjny Międzynarodowej Organizacji Pracy zapewnia odpowiednie alternatywne środki dochodzenia roszczeń. Z tego względu powołanie się na immunitet tej organizacji nie narusza wymogów minimalnych wynikających z konstytucyjnej zasady rządów prawa³⁸. W 1983 r. argentyński Sąd Najwyższy w sprawie *Cabrera* stwierdził niemożliwość uznania immunitetu jurysdykcyjnego *Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, wynikającego z umowy o siedzibie, z uwagi na nieustanowienie przez ten podmiot mechanizmu rozstrzygania roszczeń podmiotów prywatnych³⁹. Podobnie w odniesieniu do immunitetów organizacji międzynarodowych rozstrzygały sądy greckie⁴⁰ oraz cypryjskie⁴¹.

ETPC w sprawach *Beer and Regan* przeciwko Republice Federalnej Niemiec (RFN) oraz *Waite and Kennedy* przeciwko RFN stwierdził, że powoływanie przed sądami krajowymi immunitetu organizacji międzynarodowych nie narusza prawa do sądu określonego w art. 6 EKPC „jeżeli skarżący dysponują rozsądnym alternatywnym środkiem do skutecznej ochrony swoich praw wynikających z Konwencji”⁴².

³⁸ *Hetzel v. Eurocontrol*, wyrok z 10.11.1981.

³⁹ *Cabrera v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, wyrok z 5.12.1983 r., za R. Pavoni, *op. cit.*, s. 99.

⁴⁰ *International Centre for Superior Mediterranean Agricultural Studies*, Court of Appeals of Crete, 191/1991 za A. Reinisch, U.A. Weber, *op. cit.*, 1, s. 81.

⁴¹ *Stavrinou v. United Nations*, (1992), za R. Pavoni, *op. cit.*, s. 104.

⁴² Wyrok ETPC w sprawie *Beer and Regan* przeciwko RFN z 18.2.1999 r., skarga nr. 28934/95, § 58; wyrok ETPC w sprawie *Waite and Kennedy* przeciwko RFN z 18.2.1999, skarga nr 26083/94,

Podejście trybunału strasburskiego oraz sądów krajowych zaprezentowane w powyższych sprawach można uznać za optymalne z perspektywy poszukiwania równowagi pomiędzy ochroną funkcjonowania organizacji międzynarodowych, a zagwarantowaniem prawa do dochodzenia roszczeń przez poszkodowane przez nie jednostki. Już w opinii z 1954 r. w sprawie *skutków orzeczeń dotyczących odszkodowania wydanych przez Trybunał Administracyjny ONZ MTS* wskazał, że nieprzyznanie sądowego lub arbitrażowego środka zaskarżenia „niezwykle rzadko byłoby spójne z wyraźnym celem Karty do promowania wolności dla jednostek oraz ze stałym zajmowaniem się tym promowaniem przez ONZ”⁴³. Podobnie we wspólnej opinii indywidualnej w sprawie *nakazu aresztowania* (DRK przeciwko Belgii) sędziowie Higgins, Kooijmans i Buergenthal przekonywująco dowodzili, w kontekście częściowo zbliżonego zagadnienia dotyczące relacji pomiędzy immunitetem przedstawicieli państwa od jurysdykcji karnej a zwalczaniem bezkarności, że prawo międzynarodowe dąży do akomodacji wartości wynikających z obu tych elementów, a nie określenia „triumfu jednej normy nad inną”⁴⁴.

Analogiczny pogląd przedstawiło Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego w raporcie końcowym nt. „Odpowiedzialności organizacji międzynarodowych” z 2004 r. stwierdzając, że organizacja powinna się zrzec się immunitetu jeżeli takie zrzeczenie jest wymagane dla właściwego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, a sytuacje w których takie zrzeczenie się powodowałoby uszczerbek dla organizacji międzynarodowej powinny być interpretowane restryktywnie⁴⁵. W tym samym duchu J. Klabbers wskazuje, że „powołanie się na immunitet może być usprawiedliwione w świetle prawa międzynarodowego; nie jest jednakże usprawiedliwione porzucenie jakiegokolwiek formy odpowiedzialności”⁴⁶.

§ 95; stanowisko to ETPC potwierdził w sprawie dotyczącej Organizacji Paktu Północnoatlantyckiego (NATO) *Chapman przeciwko Belgii*, z 5.3.2013 r., skarga nr 39619/06, § 45.

⁴³ ICJ Rep. 1954, § 57.

⁴⁴ ICJ Rep. 2002, § 79.

⁴⁵ *Accountability Of International Organisations*, International Law Association Berlin Conference 2004, s. 48; W raporcie tym wskazuje się również, że „zupełny brak środków prawnych prowadzi do odmowy sprawiedliwości i tworzy odrębną podstawę do odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej organizacji”, s. 33.

⁴⁶ J. Klabbers, *op. cit.*, s. 74.

W ślad za tymi poglądami poszły sądy belgijskie⁴⁷, francuskie⁴⁸, włoskie, i holenderskie⁴⁹, a nawet kenijskie⁵⁰. Pojawiły się zatem istotne dowody praktyki zakładającej, że możliwość skutecznego powołania się na immunitet jurysdykcyjny przez organizację międzynarodową powinna być uzależniona od istnienia rozsądnego mechanizmu dochodzenia roszczeń w ramach samej organizacji.

Z uwagi na podobnie działający mechanizm immunitetu państwa i immunitetu organizacji międzynarodowych naturalną wydaje się możliwość zastosowania do tego ostatniego konkluzji w zakresie ich proceduralnego charakteru wynikającego z orzecznictwa MTS. Można zatem skutecznie dowodzić, że w świetle prawa międzynarodowego nie ma sprzeczności pomiędzy immunitetem organizacji a naruszeniem np. norm *ius cogens*, ponieważ przedmiotowe normy działają na różnych poziomach.

Równocześnie jednak podstawową różnicą w dochodzeniu roszczeń przeciwko organizacji międzynarodowej pozostaje brak forum do rozstrzygnięcia sprawy w sytuacji gdy, jak to jest najczęściej, organizacja nie powołała odpowiedniego organu w tym zakresie, a przed sądami krajowymi skutecznie powołuje się na immunitet. Za taki przypadek można uznać w szczególności ONZ. § 29 Konwencji o przywilejach i immunitetach Narodów Zjednoczonych przewiduje, że:

Organizacja Narodów Zjednoczonych powinna przewidzieć odpowiednie sposoby załatwiania: a) sporów wynikłych na tle kontraktów lub innych sporów prawa prywatnego, w których Organizacja byłaby stroną; b) sporów, w których byłby uwikłany jeden z funkcjonariuszów Organizacji, który, z racji swego stanowiska urzędowego, korzysta z immunitetu, o ile ten immunitet nie był cofnięty przez Sekretarza Generalnego.

Mechanizm, o którym mowa w literze b) tego przepisu nie został stworzony⁵¹. Podobnie mimo, że art. 51 modelowego porozumienia o statusie sił pokojowych ONZ (UN SOFA) przewiduje powoływanie komisji, które miałyby

⁴⁷ *Western European Union v Siedler*, wyrok z 21.12.2009 r.

⁴⁸ *UNESCO v. Boulois*, wyrok z 19.6.1998 r., XXIVa Yearbook Commercial Arbitration, s. 294; *Banque africaine de développement v. M.A. Degboe*, wyrok z 25.1.2005 r.

⁴⁹ C. Ryngaert, *The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends*, "International Organization Law Review" 2010, Vol. 7, s. 121.

⁵⁰ *Tononoka Steels Ltd v The Eastern and Southern Africa Trade and Development Bank*, wyrok z 13.8.1999 r., za R. Pavoni, *op. cit.*, s. 100.

⁵¹ Według J. Klabbersa dystynkcja na roszczenia z zakresu prawa prywatnego w kontekście funkcjonowania organizacji oraz roszczenia dotyczące jej urzędowej aktywności jest analogiczna do

rozstrzygać roszczenia dotyczące działalności sił pokojowych żadna tego rodzaju komisja, jak dotąd nie została ustanowiona⁵².

W kontekście ONZ ten problem zarysował się już w sprawie *Behrami* przeciwko Francji oraz *Saramati* przeciwko Francji, RFN i Norwegii dotyczących działań sił międzynarodowych w Kosowie⁵³. ETPC uznał, że ewentualne naruszenia praw człowieka wynikające z działań odpowiednio wojsk norweskich i francuskich należy przypisać ONZ i z tego względu w braku jurysdykcji nie może on orzekać.

Podobnie Unia Europejska, mimo szerokiego odwołania zarówno na poziomie traktatów ustanawiających tę organizację jak i w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE do poszanowania praw człowieka i rządów prawa, zasadniczo nie przyznaje jurysdykcji swoim sądom do orzekania w zakresie działań podejmowanych w ramach Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa mimo, że mogą one potencjalnie w największym stopniu powodować rażące naruszenia praw człowieka przez tę organizację⁵⁴.

GRANICE STANDARDU RÓWNOWAŻNEJ OCHRONY – SPRAWA FUNDACJA MATKI SREBRENICY PRZECIWKO NIDERLANDOM

Kwestia na ile warunkowanie ze sprawy *Wait and Kennedy* może znaleźć zastosowanie do działań operacyjnych organizacji międzynarodowej była przedmiotem rozstrzygnięcia ETPC w sprawie Fundacji Matek Srebrenicy przeciwko Niderlandom. Skarżący wskazywali na bezczynność ONZ, w ustanowionej rezolucją Rady Bezpieczeństwa nr 819 z 16.4.1993 r. strefie bezpieczeństwa od ataków zbrojnych, w wyniku której w lipcu 1995 r. w przedmiotowej strefie wojska serbskie i oddziały paramilitarne schwytały i zamordowały ponad 7 tysięcy bośniackich mężczyzn. Zbrodnia w Srebrenicy została uznana za ludobójstwo przez dwa sądy międzynarodowe – Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Zbrodni w byłej Jugosławii (wyrok Izby Odwoławczej w sprawie *Krstić* z 19.4.2004 r.) oraz Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (sprawa *Bośnia i Hercegowina* przeciwko Serbii, wyrok z 26.2.2007r.). W raporcie Sekretarza Generalnego ONZ

istniejącego w zakresie immunitetu państwa podziału na działania *iure gestionis* oraz *iure imperii*, zob. J. Klabbers, *op. cit.*, s. 69.

⁵² R. Freedman, *op. cit.*, s. 247.

⁵³ Wyrok ETPC w sprawie *Behrami* przeciwko Francji oraz *Saramati* przeciwko Francji, RFN i Norwegii z 2.5.2007 r., nr skargi 71412/01 oraz 78166/01.

⁵⁴ Zob. jednak Opinię trybunału Sprawiedliwości UE 2/13 z 18.12.2014 r. pkt 249–257.

z 15.11.1999 r. oceniającym funkcjonowanie strefy bezpieczeństwa Srebrenicy stwierdzono m.in., że : „społeczność międzynarodowa jako całość powinna zaakceptować swoją część odpowiedzialności za pozwolenie na ten tragiczny przebieg wydarzeń poprzez przedłużającą się odmowę do użycia siły w początkowych etapach wojny. Ta odpowiedzialność jest dzielona pomiędzy Radę Bezpieczeństwa, Grupę Kontaktową oraz inne rządy, które przyczyniły się do opóźnienia w użyciu siły, jak również przez Sekretariat ONZ oraz misje w polu...”⁵⁵.

Wniesiona do ETPC skarga przeciwko Niderlandom, dotycząca naruszenia prawa do sądu, była konsekwencją uznania przez sądy holenderskie we wszystkich trzech instancjach, aczkolwiek w oparciu o różną argumentację, immunitetu jurysdykcyjnego przysługującego ONZ⁵⁶. ETPC podzielił pogląd holenderskiego Sądu Najwyższego i dokonał rozróżnienia przedmiotowego postępowania od innych wcześniej rozstrzyganych przez niego spraw odnoszących się do immu-

⁵⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Fundacji Matki Srebrenicy i inni przeciwko Niderlandom*, z 11.6.2013 r., nr skargi 65542/12, § 25

⁵⁶ Holenderski sąd I instancji w rozstrzygnięciu z 2008 r. uznał, że immunitet jurysdykcyjny ONZ, który ma charakter absolutny nie jest uchylony przez fakt naruszenia norm o charakterze *ius cogens*. Sentencję podtrzymał, ale odmiennie uzasadnił Sąd Apelacyjny w rozstrzygnięciu z 2010 r. W jego opinii nie można uznać, że artykuł 103 Karty Narodów Zjednoczonych, określający pierwszeństwo zobowiązań wynikających z Karty w stosunku do innych zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych, ma na celu osłabienie standardów ochrony praw człowieka, mając na względzie, że poszanowanie tych praw stanowi jeden z celów ONZ. Oceniając proporcjonalność ograniczenia prawa do sądu wynikającą z immunitetu ONZ sąd apelacyjny zwrócił uwagę na szczególną pozycję ONZ, jako organizacji kompetentnej do podejmowania działań mających na celu przywrócenie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Odnotował, że zarzut względem ONZ nie dotyczy popełnienia ludobójstwa, ani bezpośredniej współpracy w jego popełnieniu, ale jedynie niezapobiegnięcia ludobójstwu, co jest zarzutem poważnym (*serious*), ale nie szczególnie poważnym (*grave*). Stwierdził również, że operacje pokojowe ONZ mają miejsce w takich częściach świata, gdzie rzeczywiste konflikty są zjawiskiem realnym i stąd bez większej trudności możnaby oskarżyć tę organizację, że w niewystarczający sposób zapobiega zbrodniom międzynarodowym. Zauważył przy tym, że prawo do sądu skarżących nie jest zupełnie ograniczone, ponieważ mogą zaskarżyć sprawców zbrodni domagając się od nich odszkodowania, ewentualnie mogą zaskarżyć państwo realizujące w imieniu ONZ misję pokojową w jego sądach krajowych i wtedy nie będzie ono mogło powoływać się na immunitet. Niderlandzki Sąd Najwyższy uznał, że rozstrzygnięcie w sprawie *Waite and Kennedy* mimo, iż odnosiło się do organizacji międzynarodowych nie dotyczyło ONZ – przynajmniej w zakresie działań podejmowanych przez tę organizację na podstawie rozdziału VII Karty (tj. działań w zakresie zagrożenia pokoju, naruszeń pokoju i aktów agresji). Uznał, że immunitet ONZ ma charakter absolutny, a jego stosowanie ma pierwszeństwo przed jakimikolwiek zobowiązaniami państw wynikającymi z umów międzynarodowych, *Ibidem*, § 67–94.

nitetu organizacji międzynarodowych wskazując, że te ostatnie dotyczyły przede wszystkim kwestii pracowniczych⁵⁷. Następnie stwierdził:

(...) z uwagi na fakt, że operacje ONZ ustanowione na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa na podstawie rozdziału VII Karty mają fundamentalny charakter dla misji ONZ do zapewnienia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa Konwencja nie może być interpretowana w sposób, który spowoduje poddanie działań lub zaniechań Rady Bezpieczeństwa krajowej jurysdykcji bez zgody ONZ. Spowodowanie, że tego rodzaju operacje znajdują się w zakresie jurysdykcji krajowej przyznawałoby możliwość indywidualnym państwom, poprzez ich sądy, do ingerencji w realizację podstawowej misji ONZ⁵⁸.

W zakresie wagi podniesionych roszczeń ETPC powtórzył, za rozstrzygnięciem MTS w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego pogląd, że zgodnie z prawem międzynarodowym roszczenie cywilne nie może spowodować uchylenia immunitetu z tego powodu, iż jest ono oparte na zarzucie szczególnie poważnego naruszenia norm bezwzględnie obowiązujących⁵⁹.

Odnosząc się do argumentu skarżących opartego na braku alternatywnej drogi sądowej Trybunał zauważył, że jedynym odpowiednim forum w tym zakresie są komisje roszczeń, które powinny być zostać powołane na podstawie art. 48 Porozumienia dotyczącego statusu UNPROFOR (*United Nations Protection Force*) w Bośni i Hercegowinie z 1993 r. Odnotował przy tym, że komisje te nie powstały oraz że nie „istnieje żaden alternatywny środek na podstawie niderlandzkiego prawa krajowego, ani na podstawie regulacji ONZ”⁶⁰. Uznanie w takiej sytuacji immunitetu jurysdykcyjnego nie naruszało jednak w opinii ETPC prawa do sądu z uwagi na obowiązującą konkluzję MTS z sprawy dotyczącej immunitetu jurysdykcyjnego. Według sądu haskiego nie istnieją normy prawa zwyczajowego zakładające, że państwo jest upoważnione do immunitetu w zależności od istnienia skutecznych alternatywnych środków zapewniających dochodzenie roszczeń⁶¹.

W wyroku w sprawie Fundacji Matki Srebrenicy przeciwko Niderlandom ETPC zdaje się istotnie odchodzić od swojego rozstrzygnięcia w sprawie *Wait*

⁵⁷ *Ibidem*, § 149 i 152.

⁵⁸ *Ibidem*, § 154.

⁵⁹ *Ibidem*, § 158.

⁶⁰ *Ibidem*, § 163–164.

⁶¹ ICJ Rep. 2012, § 101.

and Kennedy uznając, że wynikające z niej konkluzje nie mają zastosowania przynajmniej do działań ONZ. Jako uzasadnienie dla niezastosowania poglądu wyrażonego w sprawie *Wait and Kenededy* ETPC uznaje wyrok MTS w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych z 2012 r., w którym stwierdzono nieistnienie normy prawa zwyczajowego uzależniającej przyznanie immunitetu państwu od tego, czy istnieje alternatywny środek rozwiązania sporów. Ten pogląd ETPC wydaje się o tyle nieprzekonywujący, że norma zwyczajowa, o której mowa, nie istniała również w momencie wydawania rozstrzygnięcia w sprawie *Wait and Kennedy*, co nie przeszkadzało Trybunałowi strasburskiemu w sformułowaniu poglądu w zakresie warunkowości możliwości powoływania się na immunitet przez organizację międzynarodowego w kontekście prawa do sądu.

EPIDEMIA CHOLERY NA HAITI – UZNANIE ABSOLUTNEGO CHARAKTERU IMMUNITETU ONZ

Problem powoływania immunitetu przez organizację międzynarodową w kontekście naruszeń praw człowieka jest współcześnie przedmiotem debaty szczególnie w związku z wybuchem epidemii cholery na Haiti w wyniku której do końca 2013 r. zginęło 8300 osób, a zachorowało 680 000 osób⁶². W dniu 3.11.2011 r. organizacja pozarządowa Instytut na rzecz Sprawiedliwości i Demokracji na Haiti przekazała wniosek o reperacje Misji Stabilizacyjnej ONZ na Haiti (MINUSTAH) w imieniu 5000 ofiar cholery. We wniosku podkreślono, że wybuch epidemii cholery jest bezpośrednio przypisywalny rażącym zaniechaniom ze strony ONZ, w szczególności MINUSTAH⁶³, które stanowiły m.in. naruszenie prawa do życia określonego w art. 6 Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, prawa do zdrowia określonego w art. 12 Paktu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych, prawa do odpowiedniego standardu życia z art. 25 oraz prawa

⁶² G. Gallón, *Report of the independent expert on the situation of human rights in Haiti*, 7.2.2014, A/HRC/25/71, § 76; zob. również M. Forst *Report of the independent expert on the situation of human rights in Haiti*, 7.2.2013, A/HRC/22/65, § 88; M. Forst *Report of the Independent Expert on the situation of human rights in Haiti*, 23.4.2012, A/HRC/20/35, § 91; J. Barcik, *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych za naruszenie prawa do zdrowia*, [w:] *Prawo organizacji międzynarodowych wobec problemów współczesnego świata – Księga Jubileuszowa dedykowana Pani Profesor Genowefie Grabowskiej*, red. B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka, Bydgoszcz–Katowice 2014, s. 507–509.

⁶³ *Petition For Relief*, dost. na stronie int. <http://ijdh.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/11/englishpetitionREDACTED.pdf>, pkt 1.

do wody wyrażonego w rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ⁶⁴. We wniosku wskazano m.in., że ONZ nie stworzyła stałej komisji roszczeń, pomimo że jest ona przewidziana w Porozumieniu o statusie sił zbrojnych⁶⁵.

ONZ przyjęła stanowisko, że roszczenia w tym zakresie są nienależne (*not receivable*) ponieważ ich „rozważenie wymagałoby dokonania przeglądu kwestii politycznych i polityki (*political and policy*). Zatem roszczenia te są nienależne zgodnie z § 29 Konwencji o przywilejach i immunitetach ONZ”. Równocześnie Sekretariat Generalny tej organizacji przyjął stanowisko, że nie istnieje również możliwość powołania komisji roszczeń w tym zakresie, ponieważ art. 54 i 55 porozumienia o statusie sił MINUSTAH nie dają podstawy ONZ do ustanowienia komisji w zakresie roszczeń, które są nienależne”. ONZ podkreśliło również swoje zaangażowanie w walkę z epidemią cholery na Haiti obejmujących szereg działań sięgających kwoty 140 milionów dolarów od 2010 r.⁶⁶ ONZ nie uzasadniła jednak na jakiej podstawie uważa roszczenia obywateli Haiti za dotyczące kwestii politycznych, a nie roszczenia o charakterze prywatnym dopuszczalne na podstawie § 29 Konwencji o przywilejach i immunitetach ONZ⁶⁷. Warto odnotować również, że pojęcie „roszczeń nienależnych” nie występuje w Konwencji o przywilejach i immunitetach ONZ i przed 2011 r. nie było stosowane w praktyce tej organizacji⁶⁸.

⁶⁴ *Ibidem*, § 83.

⁶⁵ *Ibidem* § 4.

⁶⁶ Stanowisko zaprezentowane w tej sprawie przez Doradcę Prawnego ONZ domagające uznania immunitetu tej organizacji – List Patrici O’Brien, Zastępcy Sekretarza Generalnego ds. Prawnych do Brian Concannon, Esq., Institute for Justice & Democracy in Haiti, 5.7.2013 r., dost. na stronie int. <http://ijdh.org/wp-content/uploads/2013/07/20130705164515.pdf>

⁶⁷ W liście z 7.5.2013 r. skierowanego do Zastępcy Sekretarza Generalnego ds. Prawnych wnioskodawcy podkreślili, że postawa ONZ prowadzi do sytuacji „zupelnej odmowy sprawiedliwości dla tych, którzy zostali poszkodowani lub zginęli na skutek ONZowskiej epidemii cholery”. Wnioskodawcy przedstawili również szereg argumentów, w tym opartych na stanowiskach Sekretarza Generalnego ONZ z lat 1967–2001, podkreślających gotowość ONZ do ponoszenia odpowiedzialności za czyny sprzeczne z prawem, które mają charakter prywatnoprawny. Wskazali równocześnie, że stanowisko ONZ zakładające roszczenia wnioskodawców dotyczą kwestii polityki nie jest w żaden sposób uzasadnione, list dost. na stronie int. <http://www.ijdh.org/wp-content/uploads/2013/05/Cholera-Victims-Response-to-UN-Final.pdf>

⁶⁸ B. Rashkow, *Remedies for Harms Caused by UN Peacekeepers*, „American Society of International Law Unbound” 2014, dost. na stronie int. <http://www.asil.org/blogs/remedies-harm-caused-un-peacekeepers>. Autor wskazuje, że pojęcie roszczeń nienależnych zostało użyte w 2011 w kontekście roszczeń dotyczących funkcjonowania misji ONZ w Kosowie (UNMIK). Zauważa równocześnie różnice

W rezultacie w październiku 2013 r. do sądu okręgowego w Nowy Jorku został wniesiony pozew zbiorowy obywateli Haiti przeciwko ONZ w związku z epidemią cholery, którą miały spowodować nepalskie siły pokojowe ONZ na Haiti w wyniku braku odpowiedniego systemu sanitarnego ich baz⁶⁹. Co istotne, fakt spowodowania tej epidemii przez siły ONZ potwierdzają pośrednio niezależne raporty przygotowane na potrzeby samej organizacji⁷⁰. Swoje stanowisko w sprawie przedstawił rząd Stanów Zjednoczonych podkreślając, że ONZ korzysta z immunitetu absolutnego, o ile wyraźnie się go nie zrzeknie⁷¹.

Równocześnie dwa stanowiska przedstawili naukowcy z zakresu prawa międzynarodowego. W pierwszym z nich tzw. memorandum europejskich naukowców i praktyków⁷² opowiadających się po stronie skarżących zaprezentowano pogląd, że „biorąc pod uwagę całkowitą odmowę dostępu ze strony ONZ do rozsądnych alternatywnych środków w niniejszej sprawie, Sąd powinien odmówić uznania immunitetu pozwanego w zakresie naruszenia dotyczącego epidemii cholery i umożliwić skarżącym dostęp do sądu”⁷³. Wynika to z przyjętego w opinii założenia opartego na rozstrzygnięciu ETPC w sprawie *Waite and Kennedy*, że „rozsądny alternatywny środek osiągnięcia sprawiedli-

pomiędzy sytuacją kosowską a cholerą na Haiti wynikającą z faktu, że w Kosowie ONZ pełniło funkcję administracji terytorialnej (zarządzało terytorium).

⁶⁹ R. Freedman, *op. cit.*, s. 239–240.

⁷⁰ W ostatecznym raporcie niezależnego panelu ekspertów w sprawie wybuchu cholery na Haiti wskazuje się: „Ustalenia badawcze wskazują, że wybuch cholery na Haiti w 2010 r. był spowodowany przez bakterię sprowadzoną na Haiti na skutek aktywności człowieka; w szczególności przez zanieczyszczenie rzeki Meye dopływu rzeki Artibonite patogenetycznym szczepem południowoazjatyckiego typu cholery. Zanieczyszczenie zapoczątkowało wybuch epidemii cholery w delcie rzeki Artibonite a następnie na całym Haiti”, Ponadto w raporcie wskazano również, że istotną przyczyną skali epidemii były niezwykle słabe standardy sanitarne obowiązujące na Haiti, zob. *Final Report of the Independent Panel of Experts on the Cholera Outbreak in Haiti*, dost. na stronie in. www.un.org/News/dh/infocus/haiti/UN-cholera-report-final.pdf, s. 3–4.

⁷¹ Stanowisko dost. na stronie int. <http://personal.crocodoc.com/J4lRXpi>

⁷² Autorami memorandum byli Dr. Rosanne van Alebeek, Prof. Nicolas Angelet, Prof. Geneviève Bastid Burdeau, Dr. Catherine Brölmann, Dr. Elvira Domínguez-Redondo, Prof. Yvonne Donders, Carla Ferstman (LL.M.), Dr. Rosa, Dr. Felipe Gómez Isa, Dr. Stephan Hollenberg, Prof. Manfred Nowak, Prof. Riccardo Pavoni, Prof. Cedric Ryngaert, Dr. Otto Spijkers, Judge Krister Thelin (LL.M.), Prof. Liesbeth Zegveld oraz Europejskie Centrum na Rzecz Praw Konstytucyjnych i Praw Człowieka.

⁷³ *Memorandum of Law of Amici Curiae European Law Scholars and Practitioners in Support of Plaintiffs' Opposition to the Government's Statement of Interest*, dost. na stronie int. <http://www.ijdh.org/wp-content/uploads/2014/05/Dkt32-2-Amicus-Brief-European-Scholars.pdf>, s. 1.

wości jest materialnym czynnikiem przy ocenie czy organizacja może korzystać z immunitetu⁷⁴. Autorzy opinii rozróżnili również pomiędzy sprawą Fundacji Matki Srebrenicy przeciwko Niderlandom a tą dotyczącą wybuchu epidemii cholery: „Podczas gdy zachowanie, które było przedmiotem zaskarżenia dotyczące zaniechania ze strony sił pokojowych ONZ w Srebrenicy dotyka samej istoty mandatu określonego przez Radę Bezpieczeństwa ONZ w trakcie toczącego się konfliktu zbrojnego, niniejsza sprawa dotyczy raczej zachowania, które było najwyżej na poziomie wsparcia misji, elementu rutynowych działań ONZ, decyzji nie dotyczących kwestii wojennych i poza istotą funkcji publicznych”⁷⁵. Druga opinia naukowców i praktyków prawa międzynarodowego, autorstwa uznanych profesorów⁷⁶, również opowiadała się po stronie skarżących⁷⁷. Wskazano w niej, że postanowienia dotyczące immunitetu ONZ zawarte w Konwencji o przywilejach i immunitetach tej organizacji nie mogą być interpretowane w izolacji od Karty Narodów Zjednoczonych, innych wiążących dokumentów oraz instytucjonalnej praktyki. Obejmują one zarówno rozwój międzynarodowego prawa praw człowieka uznającego szczególnego znaczenie prawa do skutecznego środka zaskarżenia, jak i działania ONZ obejmujące porozumienia o statusie sił zbrojnych, dokumenty Sekretarza Generalnego ONZ oraz rezolucje Zgromadzenia Ogólnego⁷⁸. W opinii podkreślono również, że roszczenie skarżących mają klasyczny prywatnoprawny charakter, w odróżnieniu od roszczeń publicznoprawnych, który zakładają podniesienie roszczenia przez państwo lub podmioty prywatne przeciwko ONZ zarzucające bezprawne realizowanie kompetencji dyskrejonalnych organizacji w odniesieniu do kwestii strategicznych lub politycznych⁷⁹.

W dniu 9.1.2015 r. sąd okręgowy potwierdził immunitet ONZ w przedmiotowej sprawie opierając się na argumentacji analogicznej do wcześniej przedstawionej

⁷⁴ *Ibidem*, s. 2.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 8.

⁷⁶ Muneer I. Ahmad; José E. Alvarez; Vera Gowlland-Debbas; Gráinne de Búrca; Frédéric Mégret; Alice M. Miller; Scott Sheeran; Nico Schrijver; Fran Quigley.

⁷⁷ *Memorandum of Law of Amici Curiae International Law Scholars and Practitioners in Support of Plaintiffs' Opposition to the Government's Statement of Interest*, dost. na stronie int. http://www.ijdh.org/wp-content/uploads/2014/05/Dkt31-1_Amicus-Brief-Intl-Law-Scholars.pdf

⁷⁸ *Ibidem*, s. 1–8.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 9.

przez rząd amerykański⁸⁰. W opinii sądu „argumentowanie, że niezapewnienie przez ONZ odpowiedniego środka rozstrzygania sporu dla roszczeń skarżących skutkuje poddaniem ONZ skardze generowałoby interpretację Konwencji o przywilejach i immunitetach ONZ tak jakby nie był tam zawarty wyraźny wymóg zrzeczenia się immunitetu”⁸¹. W lutym br. skarżący złożyli odwołanie od wyroku sądu okręgowego do sądu apelacyjnego⁸².

Równocześnie sprawa była przedmiotem oceny dwóch niezależnych ekspertów w zakresie sytuacji praw człowieka na Haiti powołanych przez Radę Praw Człowieka. W raporcie z 7.2.2014 r. Specjalny Sprawozdawca Gustavo Gallon stwierdził: „Pewne wyjaśnienia odnośnie tego co naprawdę się wydarzyło powinny być przeprowadzone oraz, w razie konieczności, ci którzy są odpowiedzialni za tragedię powinni zostać ukarani zgodnie z „Podstawowymi zasadami i wytycznymi w zakresie prawa do środka prawnego (*remedy*) i reparacji dla ofiar rażących naruszeń prawa międzynarodowego praw człowieka i poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego”⁸³. ONZ powinno być pierwsze, które przestrzega tych zasad”⁸⁴. W konkluzjach Specjalny Sprawozdawca opowiada się za „utworzeniem komisji reparacyjnej dla ofiar cholery aby umożliwić określenie zakresu szkód, zapłacić odszkodowanie...”⁸⁵.

⁸⁰ *Delama Georges, Et Al. v. United Nations*, United States District Court Southern District Of New York, wyrok dost. na stronie int. http://www.ijdh.org/wp-content/uploads/2011/11/Dkt62_Opinion_and_Order_01_09_15.pdf

⁸¹ *Ibidem*, s. 5.

⁸² Informacja dost. na stronie int. <http://www.ijdh.org/wp-content/uploads/2011/11/Dkt.64.pdf>

⁸³ Podstawowe zasady i wytyczne w zakresie prawa do środka prawnego i reparacji dla ofiar rażących naruszeń prawa międzynarodowego praw człowieka i poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego zostały przyjęte jako rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 60/147 z 16.12.2005 r., A/RES/60/147. W pkt VIII rezolucji „prawa ofiar do środków prawnych” wskazuje się, że: „Środki prawne w sytuacji rażących naruszeń prawa międzynarodowego praw człowieka i poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego obejmują prawa ofiar, zgodnie z prawem międzynarodowym, do: (a) Równego i skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości; (b) Odpowiednich, skutecznych i natychmiastowych reparacji za szkodę wyrządzoną; (c) dostęp do odpowiednich informacji dotyczących naruszeń i mechanizmów reparacyjnych.

⁸⁴ G. Gallón *Report of the independent expert on the situation of human rights in Haiti*, 7.2.2014, A/HRC/25/71, § 77.

⁸⁵ *Ibidem*, § 83h; podobnie G. Gallón *Report of the Independent Expert on the situation of human rights in Haiti*, 9.2.2015 r., A/HRC/28/82, § 81.

KONKLUZJE

Powoływanie naruszeń praw człowieka w celu spowodowania uchylenia immunitetu przez sąd międzynarodowy lub krajowy współcześnie jest przedmiotem znaczącej krytyki zarówno w orzecznictwie (cytowane rozstrzygnięcia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie nakazu aresztowania oraz w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych państwa), jak i w doktrynie. Ta ostatnia zarzuca, że „część autorów, jak i sądy krajowe, a nawet niektóre sądy międzynarodowe, ze stosunkowo dużą łatwością ustalają istnienie norm *ius cogens* oraz przyjęty przez społeczność międzynarodową system wartości i podstaw aksjologicznych prawa międzynarodowego, a następnie dokonują twórczej adaptacji własnego poglądu w sprawie (...) zaakcentowane przez sądy wartości oraz wskazane normy *ius cogens* mają charakter częściowy z pominięciem innych wartości i zasad przyjętych w prawie międzynarodowym”⁸⁶.

Z tego rodzaju argumentami można się zgodzić wobec tendencji, dostrzegalnej szczególnie wśród ekspertów z zakresu ochrony praw człowieka do łatwego odnajdywania norm zwyczajowych oraz norm bezwzględnie obowiązujących, i co za tym idzie nadawaniu im szerokiego znaczenia⁸⁷.

Równocześnie jednak konieczne jest odróżnienie immunitetu państwa od immunitetu organizacji międzynarodowych⁸⁸. Ten pierwszy „Oparty na zasadzie równości państw, zakładający niepodleganie suwerennych państw swojej wzajemnej jurysdykcji, służy utrzymywaniu przez państwa przyjaznych stosunków. Eliminując więc oddziaływanie sądów krajowych na sytuację prawną państw obcych, zapobiega powstawaniu napięć między państwami na tle poszanowania suwerenności”⁸⁹. Ta sytuacja nie wyklucza równocześnie dochodzenia roszczeń przed

⁸⁶ M. Kałduński, *Immunitet państwa. Nowe tendencje i wyzwania*, [w:] I. Skomerska-Muchowska (red.), *op. cit.*, s. 27–28.

⁸⁷ Krytycznie nt. tego rodzaju procesu m.in. M. Koskenniemi, *Pull of the Mainstream*, „Michigan Law Review” 1990, Vol. 88, s. 1947; B. Simma, P. Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, „Australian Year Book of International Law” 1988, No. 5, Vol. 12, s. 107–108.

⁸⁸ J. Menkes, *Immunitet jurysdykcyjny...*, s. 145–146.

⁸⁹ Natoniowski *przeciwko RFN*, *op. cit.*, s. 28–29; Jak wskazuje A. Peters „z perspektywy prawa międzynarodowego istotne jest, że immunitety państw, przedstawicieli państw oraz organizacji międzynarodowych chronią prawo i porządek, stabilność stosunków międzynarodowych współpracę międzypaństwową oraz zabezpieczają wykonywanie funkcji publicznych przez odpowiednie

sądami państwa sprawcy naruszenia praw człowieka. Immunitet organizacji międzynarodowych natomiast został przyjęty w celu ochrony tych podmiotów przed ingerencją w ich działalność państw członkowskich. Bezspornie celem żadnego z immunitetów, w tym organizacji międzynarodowych, nie jest stworzenie sytuacji bezkarności w przypadku naruszenia prawa⁹⁰. Przyjęcie zatem poglądu o absolutnym charakterze immunitetu organizacji międzynarodowych, w szczególności ONZ, bez względu na fakt, czy taka sytuacja gwarantuje jednostce prawo do sądu tj. czy organizacja stworzyła wewnętrzny mechanizm rozpatrywania roszczeń wydaje się skrajnym formalizmem. Akceptacja takiego stanowiska niebezpiecznie zbliża nas do uznania za legalne tego, co w rzeczywistości może być bezprawiem (*summum ius summa iniuria*)⁹¹. Idąc za tym formalizmem stwierdzamy bowiem, że organizacja międzynarodowa, której zadaniem jest „powszechne poszanowanie i zachowywanie ludzkich praw i wolności podstawowych dla wszystkich bez różnicy rasy, płci, języka lub religii” może bezkarnie naruszać prawo międzynarodowe, ponieważ żaden organ sądowy na świecie nie ma kompetencji do rozstrzygania kierowanych przeciwko niej roszczeń⁹². Warto w tym kontekście przypomnieć wyrok sąd francuskiego z 1935 r. w sprawie zastępcy Sekretarza Generalnego Ligii Narodów Josepha Avenola:

(...) gdybyśmy mieli zdecydować, że Avenol jest chroniony immunitetem dyplomatycznym przed sądami 60 państw, członków Ligii Narodów, wydalibyśmy decyzję, która jest (...) w sposób oczywisty sprzeczna ze wszystkimi pojęciami prawa, które było stopniowe kształtowane w ludzkiej świadomości od wieków barbarzyństwa (...) Nie jest możliwe, aby Pakt Ligii Narodów, który Avenol powołuje jako wsparcie dla swoich tez, Pakt który określa najwyższy moralny i sądowy autorytet na świecie, którego celem jest ustanowienie prawa państw, zapewniał światu zdumiewający przykład postanowienia, które jest w tak rażącej sprzeczności z uświęconymi i głębokimi odczuciami (*sentiment*) sprawiedliwości⁹³.

podmioty, A. Peters, *Immune against Constitutionalisation?*, [w:] A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter, C. Tomuschat (red.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden 2015, s. 17.

⁹⁰ Tak w kontekście immunitetu ministra spraw zagranicznych MTS w sprawie *nakazu aresztowania*, *op. cit.*, § 60.

⁹¹ A. Peters w kontekście powoływania immunitetów w przypadku naruszenia praw człowieka wskazuje, że „Jakakolwiek stabilność zakrywająca rażącą niesprawiedliwość nie będzie trwała”, A. Peters, *op. cit.*, s. 18.

⁹² Art. 55 pkt c Karty Narodów Zjednoczonych, zob. również R. Freedman, *op. cit.* s. 251–252;

⁹³ *Avenol v. Avenol*, wyrok z 8.3.1935 r. za A. Reinisch, *International Organizations Before...*, s. 264.

Brak istotnych działań ze strony potencjalnie najbardziej zainteresowanych podmiotów w dużym stopniu wiąże się z faktem, że ani organizacjom międzynarodowym, z oczywistych względów, ani ich państwom członkowskim nie musi szczególnie zależeć na systemowym rozwiązaniu problemu. W szczególności szeroko stosowany jest argument, że uniwersalne rozwiązanie nie jest możliwe z uwagi na specyfikę poszczególnych organizacji, co powoduje konieczność każdorazowej analizy podejścia, jakie należy przyjąć. Dużo bardziej relewantny wydaje się jednak fakt, że im większa możliwość skutecznego skarżenia organizacji międzynarodowych za naruszenia praw człowieka, tym potencjalnie większe koszty ich działalności, a tym samym konieczność ponoszenia większych składek przez ich państwa członkowskie.

Krytyka stanowiska przyznającego absolutny immunitet organizacjom międzynarodowym, w szczególności ONZ, nie oznacza, że postuluje się zupełną swobodę sądów krajowych w zakresie możliwości uchylania tego immunitetu w przypadku naruszeń praw człowieka. Zgodzić należy się bowiem z poglądem zakładającym konieczność równoważenia interesów tj. wzięcia pod uwagę szeregu czynników takich jak np. uwarunkowania misji pokojowej, rodzaj roszczenia wysuwanego przeciwko organizacji oraz realna możliwość dochodzenia tego roszczenia od innych podmiotów np. państw członkowskich⁹⁴.

Kwestia luki w zakresie możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej organizacji międzynarodowych za naruszenia praw człowieka pozostaje istotnym i w znacznym stopniu nadal nierozstrzygniętym problemem. Niemniej jednak, przede wszystkim na podstawie praktyki sądów europejskich można dowodzić obowiązywania, przynajmniej regionalnej, normy zwyczajowej zakładającej konieczność zagwarantowania przez organizację międzynarodową wewnętrznego mechanizmu rozstrzygania sporów, jako warunku umożliwiającego powoływanie się na immunitet przez sądami krajowymi (*ubi ius ibi remedium*).

⁹⁴ Taką ewaluację przeprowadził holenderski sąd apelacyjny w sprawie *Fundacja Matek Srebrenica przeciwko Niderlandom*.

Przemysław Tacik*

**WSPÓŁODPOWIEDZIALNOŚĆ ŁĄCZNA
UNII EUROPEJSKIEJ
I JEJ PAŃSTW CZŁONKOWSKICH PO AKCESJI UE
DO EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA
W KONTEKŚCIE ARTYKUŁÓW KPM
O ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTW
I O ODPOWIEDZIALNOŚCI
ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH**

Instytucja współodpowiedzialności jest w każdym reżimie prawnym, który ją przewiduje, zwykle jedną z najtrudniejszych – zarówno w stosowaniu, jak i w teoretycznym ujęciu. Nie można jej bowiem utożsamić z prostą modyfikacją ogólnych reguł odpowiedzialności. Wymusza ona dodatkowe uregulowania – czy to skodyfikowane wprost, czy to wypracowane przez praktykę – które zapewnią dokładne ustalenie zakresu ciążących na każdym z podmiotów obowiązków, zakresu odpowiedzialności każdego nich za naruszenie tychże obowiązków, roszczeń przysługujących stronom trzecim, jak również wzajemnych roszczeń między

* dr Przemysław Tacik, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego, Wydział Prawa i Administracji UJ, stypendysta programu START 2015 Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej

podmiotami, których współodpowiedzialność została już ustalona. Zagadnienia materialnoprawne łączą się tu ściśle z kwestiami proceduralnymi, bowiem jeśli tylko istnieje forum dochodzenia odpowiedzialności w danym porządku prawnym, wówczas dopuszczenie współodpowiedzialności w materialnym znaczeniu (tzn. ponoszenia odpowiedzialności wynikającej z norm danego reżimu prawnego) powinno pociągać specjalny status takich podmiotów w postępowaniu, które ma zdecydować o ich współodpowiedzialności. Nie inaczej jest w prawie międzynarodowym. Jednakże specyfika tej dziedziny prawa – szczególnie brak ogólnego traktatowego reżimu odpowiedzialności, istnienie wielu reżimów specjalnych, skąpa praktyka, jak również ograniczenia w dostępności forów dochodzenia odpowiedzialności – dodatkowo utrudnia analizę tej dość już skomplikowanej instytucji¹. Prócz tych komplikacji, szczególnie zaniedbanym obszarem są kwestie związane ze sposobem podziału odpowiedzialności między współodpowiedzialnymi podmiotami².

Niniejszy artykuł jedynie w ogólny sposób traktuje zagadnienia współodpowiedzialności w prawie międzynarodowym, skupia się bowiem na szczególnym przypadku takiej współodpowiedzialności, tj. współodpowiedzialności łącznej, który – zgodnie z obecnymi przewidywaniami – powstanie w chwili przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Reżim ten związany jest z instytucją tzw. *co-respondent mechanism*, którego wprowadzenie *de facto* wymusza protokół 8 do Traktatu z Lizbony (TL) i który zapewne zostanie ustanowiony przez przyszłą umowę akcesyjną dotyczącą przystąpienia UE do EKPC³. Jakkolwiek umowa ta wprowadzi specyficzne reguły współodpowiedzialności, nie jest wcale

¹ Por. I. Brownlie, *Principles of public international law*, Oxford 2008, s. 457.

² Por. R.P. Alford, *Apportioning Responsibility Among Joint Tortfeasors for International Law Violations*, „Pepperdine Law Review” 2010–2011, s. 238; S. Besson, *La pluralité d'Etats responsables. Vers une solidarité internationale*, „Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht” 2007, nr 1, s. 15, 17.

³ Na wstępie należy także zaznaczyć, że problematyczne stało się analizowanie reguł współodpowiedzialności UE i państw członkowskich, które zostały zaproponowane w dotychczas wynegocjowanych projektach umowy akcesyjnej. Projekty te – z których pierwszy pochodzi z roku 2011, a drugi, finalny, z roku 2013 – są obecnie o tyle nieużyteczne, że drugi z nich został zakwestionowany przez Trybunał Sprawiedliwości UE w opinii 2/13, wydanej 17 grudnia 2014 roku. Nie znaczy to jednak, by pozostawały one bez znaczenia dla rozważań nad współodpowiedzialnością w ramach EKPC, ani tym bardziej, by w ogóle brakowało punktu odniesienia do ustalenia jej reguł. Trybunał nie zakwestionował bowiem wszystkich postanowień projektu, a skrupulatne prześledzenie jego sugestii pozwala wydedukować, jaka część postanowień projektu może zostać ocalona i stać się podstawą przyszłej umowy. Dlatego też – po uwzględnieniu opinii 2/13 – można uczynić normy umowy akcesyjnej kanwą rozważań o współodpowiedzialności UE i państw członkowskich.

przesądzone, że ogólne zasady odpowiedzialności w prawie międzynarodowym nie znajdują w tym wypadku zastosowania. Dlatego warto zbadać, relację między zasadami współodpowiedzialności wynikającymi z powszechnego prawa międzynarodowego a regułami, które zapewne zostaną wprowadzone do reżimu EKPC. To porównanie pozwoli rzucić światło na kilka zaniedbywanych dotąd wątków.

TEORETYCZNE ZAGADNIENIA WSPÓŁODPOWIEDZIALNOŚCI

Zagadnienia wspólnej odpowiedzialności dwóch lub więcej podmiotów – w każdym reżimie prawnym, tak w zakresie prawa publicznego, jak i prywatnego – wiążą się zwykle z istotnymi modyfikacjami ogólnych zasad odpowiedzialności. Wbrew bowiem temu, co mogłoby się *prima facie* wydawać, nie wystarczy do owych zasad dodać postanowienia, zgodnie z którym wiele podmiotów można uznawać za wspólnie odpowiedzialne. Nawet jeśli w danym zbiorze norm na takim postanowieniu by poprzestano, praktyczne stosowanie wymusiłoby dodanie nowych reguł, czy to w drodze dodatkowych poprawek, czy to poprzez uzupełniające metody wykładni. Wspólna odpowiedzialność – jeśli ma być instytucją praktyczną i skuteczną, a nie tylko teoretycznie dostępną – wymusza bowiem rozstrzygnięcie kilku podstawowych materialnoprawnych kwestii.

Aby te kwestie właściwie zakreślić, należy zacząć od dokonania wewnątrz pojęcia współodpowiedzialności nowego podstawowego rozróżnienia. Zazwyczaj przy analizie zagadnień współodpowiedzialności oddziela się współodpowiedzialność⁴: (1) równoległą (*concurrent*), polegającą na sytuacji, w której każdy z podmiotów dopuszcza się jednocześnie odrębnego czynu, będącego *per se* czynem bezprawnym, (2) kumulatywną (*cumulative*) – w przypadkach, w których dwa lub więcej podmiotów dopuszczają się odrębnych czynów, które same z siebie nie byłyby bezprawne, jednak traktowane łącznie taki przymiot zyskują, a dzięki instytucji współodpowiedzialności każdy z podmiotów może być zań odpowiedzialny, (3) łączną (*joint*), czasem myloną z odpowiedzialnością dzieloną (*shared responsibility*)⁵, w której podmioty są wspólnie odpowiedzialne za *j e d e n i t e n s a m*

⁴ A. Nollkaemper, *Introduction*, [w:] A. Nollkaemper, I. Plakokefalos (ed.) *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge 2014, s. 10.

⁵ W innym opracowaniu André Nollkaemper definiuje *shared responsibility* przez trzy cechy, a mianowicie: (1) jednoczesną odpowiedzialność wielu podmiotów jako taką, (2) za wywołanie

akt⁶. Klarowność tego podziału jest jednak o tyle wątpliwa, że tak zdefiniowana odpowiedzialność kumulatywna może pokrywać się (o ile nawet – jak przyznaje André Nollkaemper⁷ – nie pokrywa się zawsze) z łączną.

Powyższy podział dotyczy materialnych podstaw odpowiedzialności. Potrzeba jednak także nowego rozróżnienia, które dotyczyłoby sposobu jej przypisywania. Otóż od współodpowiedzialności *sensu largo*, polegającej po prostu na sytuacji, że w danym reżimie prawnym jest więcej niż jeden podmiot odpowiedzialny za dany akt naruszający normę prawną pierwszego rzędu – odróżnimy współodpowiedzialność łączną, która zachodzi wówczas, gdy reżim odpowiedzialności traktuje pod pewnymi względami podmioty, którym można przypisać akt stanowiący złamanie zobowiązania, jako „jeden”, nowy i swoisty quasi-podmiot odpowiedzialności łącznej⁸. Należy podkreślić, że taka współodpowiedzialność łączna jest całkowicie niezależna od tego, czy poszczególnym współodpowiedzialnym podmiotom da się przypisać dane zachowanie, choćby przez pomocnictwo czy kierownictwo; ważne jest, by określona norma reżimu odpowiedzialności nakazywała w danej sytuacji pewne podmioty traktować łącznie.

Naturalnie tak zdefiniowana współodpowiedzialność łączna zawiera się w współodpowiedzialności *sensu largo*; poza jej zakresem – a wciąż w obrębie współodpowiedzialności *sensu largo* – pozostają przypadki współodpowiedzialności, którą nazwać można równoległą. Oznaczałaby ona takie sytuacje, w których dwóm (lub więcej) podmiotom można przypisać równocześnie dane działanie lub zaniechanie, jak i odpowiedzialność za nie, jednakże zakresy odpowiedzialności każdego z tych podmiotów byłyby ustalane osobno – zaś wynikające z tych ustaleń obowiązki mogłyby być wypełnione całkowicie odrębnie przez te podmioty.

jednego bezprawnego skutku, (3) przy jednoczesnym przypisaniu im odpowiedzialności odrębnie, nie łącznie. Może ona być następstwem zarówno popełnienia aktów bezprawnych przez wiele podmiotów (w porozumieniu lub bez niego), jak i uczestnictwa jednego podmiotu w czynie drugiego. Zob. A. Nollkaemper, *Procedural Aspects of Shared Responsibility in International Adjudication*, „Journal of International Dispute Settlement” 2013, nr 2, s. 280–281.

⁶ Samantha Besson odróżnia natomiast w ramach współodpowiedzialności (*responsabilité plurale*) odpowiedzialność za zachowania łączne (*faits joints*) i odrębne (*fait distincts*), co odpowiadałoby zasadniczo różnicy *cumulative/joint* oraz *concurrent responsibility*. Zob. S. Besson, *op. cit.*, s. 22.

⁷ A. Nollkaemper, *Introduction*, s. 10.

⁸ Tak rozumiana odpowiedzialność łączna nie jest tym samym, co odpowiedzialność solidarna. Każdy przypadek odpowiedzialności solidarnej jest pewnym przypadkiem odpowiedzialności łącznej, lecz nie odwrotnie.

Skoro zatem współodpowiedzialność *sensu largo* może przybrać charakter bądź to współodpowiedzialności równoległej, bądź to współodpowiedzialności łącznej⁹, w danym reżimie prawnym powinna znajdować się reguła wskazująca na to, którą z tych form on zakłada. Współodpowiedzialność równoległa jest w istocie najprostszym jej rodzajem, bowiem nie wiąże się ani z modyfikacją reguł proceduralnych, ani też nie wymusza tworzenia norm określających materialnoprawny status współodpowiedzialnych łącznie podmiotów. Dlatego jedyna modyfikacją ogólnych zasad odpowiedzialności, która jest konieczna dla jej uznania, polega na uznaniu normy dopuszczającej równoległą odpowiedzialność wielu podmiotów za jeden akt. Często taka norma może być w systemie zawarta konkludentnie i wynika z braku normy negatywnej, przesądzającej, że za dane naruszenie może być odpowiedzialny wyłącznie jeden podmiot. Jeśli natomiast taka norma negatywna istnieje, mogą w danym reżimie zaistnieć przypadki, w których pomimo jednoczesnego wpływu na naruszenie zobowiązania dwóch lub więcej podmiotów, można ustalić odpowiedzialność tylko jednego z nich – podczas gdy drugi traktowany jest wyłącznie jako dostarczyciel środka (w prawie międzynarodowym

⁹ Należy podkreślić, że proponowane tu rozróżnienie współodpowiedzialności równoległej i łącznej nie jest również tym samym podziałem, który pojawił się w latach 70. w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego. Podział KPM dotyczył rozdzielenia przypadków dokonania przez więcej niż jedno państwo identycznych naruszeń – i sytuacji, w których jedno (lub więcej) państwo uczestniczy w czynie międzynarodowo bezprawnym popełnionym przez inne państwo lub państwa (zob. B. Krzan, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu działalności organizacji międzynarodowych*, Wrocław 2013, s. 148). To odróżnienie można wciąż odnaleźć w Artykułach KPM. Oba omawiane podziały są oparte na różnych zasadach i mogą się przecinać. Proponowany przeze mnie podział dotyczy sposobu konstruowania przez dany reżim prawny podmiotu współodpowiedzialności, a nie form współuczestnictwa w dokonaniu czynu bezprawnego. Jest zatem w pełni możliwe, że nawet wtedy, gdyby jeden podmiot uczestniczył w bezprawnym czynie drugiego (np. w formie pomocnictwa), dany reżim prawny stosowałby współodpowiedzialność równoległą, tzn. alokował odpowiedzialność za czyn dla każdego podmiotu odrębnie. Z taką zresztą sytuacją mamy do czynienia w krajowym prawie karnym, również w polskim. Zgodnie z art. 20, 21 § 1 i 55 polskiego kodeksu karnego, odpowiedzialność każdego współdziałającego, w tym także pomocników i podlegaczy, oceniana jest przez sąd odrębnie i każdy otrzymuje karę stosowną do swego czynu, zamiaru, winy oraz innych okoliczności wpływających na wymiar kary. W żadnym więc wypadku sprawca zasadniczy i pomocnik nie są traktowani jako jeden quasi-podmiot współodpowiedzialności. Z drugiej strony, jest w pełni dopuszczalne, by odpowiedzialność dwóch podmiotów, dopuszczających się takich samych naruszeń równoległe, była oceniana w ramach współodpowiedzialności łącznej – np. wówczas, gdy specjalne relacje między tymi podmiotami wymuszałyby wyłączenie możliwości odrębnego przypisywania odpowiedzialności za naruszenie.

będzie to np. organ państwa realizujący akty organizacji międzynarodowej) albo podmiot działający pod przymusem¹⁰.

Współodpowiedzialność łączna natomiast wymaga dodatkowego unormowania (choćby wynikającego z praktyki bądź orzecznictwa). Musi bowiem zostać określony status nowego, współodpowiedzialnego quasi-podmiotu, w który powiązane zostają standardowe podmioty odpowiedzialności. Status ten bezpośrednio zależy od specyfiki danego reżimu prawnego oraz celów, dla których instytucja współodpowiedzialności łącznej zostaje ustanowiona. Celami takimi mogą być:

- (1) ułatwienie ustalenia odpowiedzialności dzięki zaniechaniu dokładnego określania odrębnych zakresów odpowiedzialności obu podmiotów, co wiąże się z uproszczeniami natury dowodowej i prawnej (w zakresie interpretacji norm statuujących naruszone obowiązki);
- (2) zapewnienie lepszej ochrony stronom naruszonego zobowiązania bądź osobom trzecim, które w związku z zaistniałą odpowiedzialnością uzyskują roszczenia (np. odszkodowawcze) – tytułem przykładu, roszczenia odszkodowawcze mogą być dochodzone w pełnej wysokości od każdego z odpowiedzialnych podmiotów;
- (3) zagwarantowanie specyfiki wzajemnej relacji obu współodpowiedzialnych podmiotów, wynikającej z innych źródeł – ten cel ma specjalne znaczenie w kontekście stosunków Unii Europejskiej i jej państw członkowskich;
- (4) oddzielenie obowiązków quasi-podmiotu współodpowiedzialności łącznej od bezpośrednich obowiązków każdego ze współodpowiedzialnych podmiotów – czyniące ze współodpowiedzialnego quasi-podmiotu swoistą korporacyjną „zasłonę”¹¹ jego składowych elementów i pozwalające m.in. na pozostawienie alokacji dokładnych obowiązków odszkodowawczych współodpowiedzialnym łącznie podmiotom.

Jak widać, współodpowiedzialność łączna może leżeć w interesie zarówno podmiotów tej odpowiedzialności, gwarantujących sobie autonomię dokładnego przydziału obowiązków – jak i w interesie podmiotów mogących tej odpowiedzialności dochodzić. Nie oznacza to, by w instytucji współodpowiedzialności łącznej należało dopatrywać się wyłącznie korzyści. Podmioty, które jej podlegają, wystawiają się przecież na ryzyko odpowiadania za akty, których same się

¹⁰ Tego typu sytuacje dodatkowo potwierdzają zasadność odróżnienia między przypisaniem aktu a przypisaniem odpowiedzialności, które znalazło wyraz w Artykułach KPM.

¹¹ Anglosaskie prawo prywatne operuje pojęciem *corporate veil* na określenie modyfikacji zasad podmiotów tworzących osobę prawną (np. spółkę).

nie dopuściły, choć w jakiś sposób można je z nimi – pośrednio – powiązać. W przypadku, gdy istnieje forum ustalania odpowiedzialności, podmioty te nie mają szansy dokładnego ustalenia przez obiektywny organ, jakie konkretnie naruszenia można im przypisać; w konsekwencji precyzyjne ustalenie obowiązków zależy nie od niezależnego osądu, lecz od wewnętrznych ustaleń między współodpowiedzialnymi podmiotami.

Różnorodność celów, dla których może być powoływana instytucja współodpowiedzialności łącznej, przekłada się bezpośrednio na rodzaje rozstrzygnięć dotyczących jej podstawowych elementów konstrukcyjnych. Wśród wielu wątków, których owe rozstrzygnięcia mogą dotyczyć, można wymienić następujące¹²:

- (1) określenie przypadków, w których w ogóle zaistnieć może współodpowiedzialność łączna; nie jest bowiem wcale przesądzone, że musi mieć ona zastosowanie zawsze – specyfika relacji współodpowiedzialnych podmiotów może bowiem prowadzić do sytuacji, w której omawiana instytucja stosowana jest wyłącznie w precyzyjnie określonych przypadkach;
- (2) wskazanie zakresu, w jakim odpowiedzialność danych podmiotów jest oznaczana łącznie, a w jakim dopuszczalne jest określenie odpowiedzialności wyłącznej każdego z nich;
- (3) określenie sposobu podziału obowiązków wynikających z odpowiedzialności między współodpowiedzialnymi podmiotami;
- (4) oznaczenie zakresu, w jakim inne podmioty – stające się beneficjentami wynikających z odpowiedzialności zobowiązań – mogą realizować swoje żądania; w tym zakresie, w ślad za anglosaską doktryną prawa¹³, dają się

¹² Por. także S. Bresson, *op. cit.*, s. 25–26.

¹³ Przenoszenie zasad prawa wewnętrznego regulujących kwestie współodpowiedzialności na płaszczyznę prawa międzynarodowego ma zarówno swoich zwolenników – do najbardziej wpływowych należy zapewne sędzia MTS Brunno Simma, który w zdaniu odrębnym w sporze USA i Iranu dotyczącego *platform naftowych* (wyrok z 6.11.2003 r., I.C.J. Reports 2003, s. 324–361) zrekonstruował zasadę odpowiedzialności solidarnej drogą komparatystyki prawniczej z krajowych systemów prawa prywatnego – jak i jednoznacznych krytyków, do których zalicza się np. Ian Brownlie (I. Brownlie, *op. cit.*, s. 457; zob. także R. P. Alford, *op. cit.*, s. 240–245). Niewątpliwie do takich operacji należy podchodzić z ostrożnością, jednakże nie wydaje się zasadne, by całkowicie zrezygnować z tego typu analogii. Nawet jeśli nie dostarczają one podstaw do rekonstruowania obowiązujących w prawie międzynarodowym norm, to jednak zapewniają teoretyczne tło, które pozwala lepiej ująć poszczególne płaszczyzny współodpowiedzialności. Ponadto mogą być zaadaptowane dla potrzeb prawa międzynarodowego jako ogólne zasady prawa, o których mowa w art. 38 ust. 3 lit. c) Statutu MTS (tak S. Besson, *op. cit.*, s. 24, 34).

wyróżnić następujące formy: (a) *joint responsibility* (podmioty trzecie mogą żądać wykonania całości obowiązków od dowolnego ze współodpowiedzialnych podmiotów; rozstrzygnięcia wymaga także, czy wykonanie zobowiązania przez jeden z nich zwalnia pozostałe), (b) *several responsibility* (po ustaleniu dokładnego zakresu obowiązków współodpowiedzialnych podmiotów, podmioty trzecie żądać mogą ich wypełnienia od każdego z podmiotów jedynie w granicach tego podziału)¹⁴;

- (5) określenie ewentualnych wzajemnych roszczeń współodpowiedzialnych podmiotów, co stosuje się przede wszystkim w sytuacji, gdy każdy z nich odpowiedzialny jest za całość zobowiązania; można tu wyróżnić prostą *joint responsibility* (roszczenia takie są wyłączone) albo *joint and several responsibility* (po wypełnieniu całości obowiązków jeden współodpowiedzialny podmiot może żądać od drugiego świadczeń w zakresie, w jakim już zrealizowane przezeń obowiązki nie przypadły na niego zgodnie z ustalonym później podziałem – tę formę określa się m.in. w polskim i francuskim prawie cywilnym jako odpowiedzialność solidarną);
- (6) doprecyzowanie regulacji proceduralnych dotyczących sposobu występowania współodpowiedzialnych podmiotów przed ewentualnie istniejącym forum ustalania odpowiedzialności, włącznie z rozstrzygnięciem, czy skarżący powinien wskazać jako swoich przeciwników procesowych wszystkie podmioty, czy tylko jeden¹⁵.

Powyższe teoretyczne rozważania wskazują, że nie jest zasadne – jak czyni to za Larrym May'em André Nollkaemper – kategoryczne przeciwstawianie odrębnej atrybucji odpowiedzialności wielu podmiotom oraz traktowanie ich

¹⁴ Odróżnienie *joint* i *several responsibility* ma jednak w prawie międzynarodowym ograniczone znaczenie, ponieważ stosuje się ono tam, gdzie wszystkie współodpowiedzialne podmioty mogą w równym stopniu realizować wynikające z odpowiedzialności obowiązki. Ma to miejsce przede wszystkim przy obowiązkach odszkodowawczych, zwłaszcza finansowych (por. S. Besson, *op. cit.*, s. 23). Jeśli chodzi natomiast o obowiązki związane np. z uchyleniem łamiących zobowiązania międzynarodowe aktów prawnych, możliwość działania ma często wyłącznie jeden z podmiotów. Nawet wtedy, gdy – tak jak w przypadku UE i jej państw członkowskich – mogą one ponosić jednoczesną odpowiedzialność za ustanowienie normy prawnej sprzecznej z zobowiązaniami międzynarodowymi (np. poprzez wydanie dyrektywy, implementowanej następnie na poziomie krajowym), każdy z podmiotów może wykonać jedynie część obowiązków (tj. UE może uchylić dyrektywę lub stwierdzić jej nieważność, a państwo członkowskie może uchylić akt implementujący – jednak nie odwrotnie).

¹⁵ W tej ostatniej kwestii – zob. S. Besson, *op. cit.*, s. 25.

jako jednego podmiotu złożonego (*collective*)¹⁶. Zdaniem tego autora, przyjęcie, że odpowiedzialność spoczywa na takiej osobie prawnej, automatycznie kładzie kres współodpowiedzialności (*shared responsibility*), bowiem jest ona wtedy odpowiedzialnością jednego już tylko podmiotu. To stanowisko jest o tyle nietrafne, że racjonalnym jest mówienie o odpowiedzialności podmiotu złożonego dopiero wówczas, gdy jest on podmiotem istniejącym także poza reżimem odpowiedzialności i stworzonym na bazie reguł innych niż te, które ów reżim zawiera. Trudno przecież mówić, że to sam reżim odpowiedzialności i wyłącznie dla swoich potrzeb tworzy kolektywny podmiot. Jeśli tego typu osoba prawna już istnieje (jak np. w prawie prywatnym – spółka akcyjna), to istotnie nie ma potrzeby mówienia o współodpowiedzialności. Jednakże wtedy, gdy to wyłącznie sam reżim odpowiedzialności przewiduje traktowanie – w określonych aspektach – wielu podmiotów jak jednego, a ów jeden podmiot nie funkcjonuje jako złożony w innych stosunkach prawnych, wówczas użycie terminu „współodpowiedzialność” w dalszym ciągu pozostaje trafne. Jak wskazano powyżej, to od potrzeb danego typu podmiotów oraz szczegółowych uregulowań danego reżimu odpowiedzialności zależeć będzie, w jaki sposób ów „quasi-podmiot” powstaje, jaki jest zakres podziału jego odpowiedzialności i odrębnej odpowiedzialności podmiotów go tworzących, a wreszcie – jaki jest zakres wzajemnych roszczeń jego „elementów”. Te zagadnienia jak najbardziej wchodzą w zakres problematyki współodpowiedzialności.

WSPÓŁODPOWIEDZIALNOŚĆ PODMIOTÓW W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

Złożoność kwestii, wiążących się immanentnie z samą instytucją współodpowiedzialności, może znajdować swoje różnorodne konkretyzacje w zależności od tego, w jakim reżimie prawnym instytucja ta znajduje zastosowanie. W prawie międzynarodowym można ją rozpatrywać na co najmniej dwóch płaszczyznach: (1) ogólnych zasad odpowiedzialności podmiotów prawa międzynarodowego oraz (2) zasad wynikających z reżimów specjalnych.

Jeśli chodzi o pierwszą z płaszczyzn, mówić można o reżimie prawa zwyczajowego, rekonstruowanego również, choć w wąskim zakresie, w orzecznictwie

¹⁶ A. Nollkaemper, *Introduction*, s. 12; L. May, *Sharing Responsibility*, Chicago 1996, s. 112.

MTS¹⁷. Obecnie jednak podstawowe znaczenie mają reguły prawa zwyczajowego skodyfikowane w Artykułach Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne (dalej jako AOP), jak również – mające jednak mniejszą doniosłość – Artykuły KPM o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych (dalej: AOOM). O ile Artykuły dotyczące państw, nad którymi prace ukończono w 2001 roku, cieszą się szerokim uznaniem doktryny i znalazły trwałe miejsce w międzynarodowym porządku prawnym (jakkolwiek – z formalnego punktu widzenia – nie należą do prawa traktatów, ponieważ nie przybrały formy konwencji, a jedynie zostały przyjęte do wiadomości rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ)¹⁸, o tyle Artykuły dotyczące organizacji międzynarodowych, przedstawione przez KPM w 2011 roku, nie kodyfikują zasad prawa zwyczajowego (w odniesieniu do organizacji międzynarodowych niemal nieistniejących), lecz stanowią przykład postępowego rozwoju prawa międzynarodowego¹⁹. Brak odpowiedniej praktyki międzynarodowej w tym zakresie, odwołania do nielicznych orzeczeń trybunałów oraz pewna arbitralność rozstrzygnięć co do zawartych w tych Artykułach instytucji sprawiły, że w doktrynie kwestionowano ich autorytatywność²⁰. Tak czy inaczej, oba te teksty prawne – skądinąd w znacznej mierze komplementarne²¹ – stanowią podstawowy punkt odniesienia przy analizie ogólnych zasad odpowiedzialności najistotniejszych podmiotów prawa międzynarodowego.

¹⁷ Przede wszystkim w wyrokach w sprawie *cieśniny Korfu* (Zjednoczone Królestwo przeciwko Albanii) z 15.12.1949 r., I.C.J. Reports 1949, s. 244 oraz w sprawie *pewnych ziem fosfatowych w Nauru* (Nauru przeciwko Australii) z 26.06.1992 r., I.C.J. Reports 1992, s. 240. Zob. również M. Paparinskis, *Procedural Aspects of Shared Responsibility in the International Court of Justice*, „Journal of International Dispute Settlement” 2013, nr 2, s. 295–299.

¹⁸ J.K. Cogan, *The Decline of “Drafts”*, „International Organizations Law Review” 2011, s. 1–4.

¹⁹ J. Crawford, *The ILC’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, „The American Journal of International Law” 2002, nr 4, s. 889–890; J. Wouters, E. Brems, S. Smis, P. Schmitt, *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations: Introductory Remarks*, [w:] *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Antwerp–Oxford–Portland 2010, s. 3–5.

²⁰ Zob. M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, s. 170.

²¹ C.F. Amerasinghe, *Comments on the ILC’s Draft Articles on the Responsibility of International Organizations*, „International Organizations Law Review” 2012, s. 29; V. Gallo Cobián, *El proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales adoptado por la Comisión de Derecho Internacional: principales conclusiones*, „Anuario Mexicano de Derecho Internacional” 2014, s. 10.

Bazując na dokonanym wyżej rozróżnieniu, należy stwierdzić, że oba projekty KPM przewidują co do zasady wyłącznie reguły współodpowiedzialności *sensu largo*, nie precyzując, czy chodzi o współodpowiedzialność łączną czy równoległą. Ten finalny wynik wiąże się ze sporami w toku prac Komisji – szczególnie przy opracowywaniu AOOM – dotyczącymi sposobu ujmowania łącznej odpowiedzialności wielu podmiotów. Nie bez znaczenia był też fakt, że konkretne rozwiązania w tym zakresie są związane z przypadkami współodpowiedzialności w poszczególnych, nielicznych reżimach prawnych. Dlatego też ich uogólnienie byłoby po pierwsze niereprezentatywne – jako bazujące na wąskiej próbie – a po drugie, wymuszałoby sięgnięcie po daleko idącą kazuistykę, co ograniczyłoby elastyczność formułowanych zasad. Dlatego, opowiadając się za rozwiązaniem najbezpieczniejszym, KPM zrezygnowała w zasadzie z zamieszczania w obu tekstach Artykułów postanowień regulujących współodpowiedzialność dokładniej. Zarówno w AOP, jak i w AOOM, można odczytać wyraźną strategię kodyfikatorów: zamiast ujmować w ścisłe prawne ramy instytucję współodpowiedzialności łącznej – co potencjalnie mogłoby doprowadzić nawet do takiej sytuacji, w której brak możliwości jej zastosowania przyczyniłby się do wyłączenia odpowiedzialności danego podmiotu, którą na ogólnych zasadach dałoby mu się przypisać – Komisja Prawa Międzynarodowego skupiła się na możliwie szerokim zakreśleniu przypadków, w których więcej niż jeden podmiot prawa międzynarodowego poniesie odpowiedzialność²². Innymi słowy, centralnym problemem KPM było ustalenie materialnej podstawy współodpowiedzialności, czyli samej możliwości atrybucji odpowiedzialności kilku podmiotom jednocześnie, wynikającej z ich działań lub zaniechań, nie zaś rozpatrywanie, w jaki sposób tę odpowiedzialność następnie uregulować.

Aby lepiej naświetlić tę różnicę, warto odwołać się do sformułowanego w toku prac KPM znanego podziału na normy pierwszego, drugiego i trzeciego rzędu. Odróżnienie norm pierwszego i drugiego rzędu, zaproponowane przez Roberta Ago i zbliżone do klasyfikacji Herberta L.A. Harta, odnosi się do podziału między treścią zobowiązania prawnomiędzynarodowego a normami regulującymi zasady ustalania naruszeń tych zobowiązań, jak również płynących z nich konse-

²² Podobnie zresztą uczyniła KPM w odniesieniu do AOOP. Por. F. Hoffmeister, *Litigating against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?*, „The European Journal of International Law” 2010, nr 3, s. 729.

kwencji²³. Natomiast pojęcie norm trzeciego rzędu, zaproponowane przez innego sprawozdawcę KPM – Willema Riphagena – oznacza normy wskazujące sposób implementacji norm drugiego rzędu²⁴, czyli realizacji odpowiedzialności międzynarodowej²⁵. Stosując tę klasyfikację do omawianego problemu, można powiedzieć, że instytucja współodpowiedzialności łącznej należałaby zasadniczo do norm trzeciego rzędu, ponieważ określałaby sposób poniesienia odpowiedzialności przez kilka podmiotów jednocześnie; jednak by mogła zostać zastosowana, odpowiedzialność musi już zostać ustalona, a więc uwzględnione zostać już powinny normy drugiego rzędu. Użycie takiego podziału musi jednak być dokonane z uwzględnieniem faktu, że w konkretnych przypadkach użycie współodpowiedzialności łącznej jako zespołu norm trzeciego rzędu może wyłączać zastosowanie pewnych norm drugiego rzędu²⁶.

Można więc powiedzieć, że KPM skupiła się na możliwie szerokim zakresie norm drugiego rzędu, a więc rozszerzeniu przypadków odpowiedzialności na jak największą liczbę podmiotów w jakiś sposób powiązanych z naruszeniem

²³ A. Pellet, *The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts*, [w:] J. Crawford, J. Watson, *The Law of International Responsibility*, Oxford 2010, s. 78; U. Linderfalk, *State Responsibility and the Primary-Secondary Rules Terminology – The Role of Language for an Understanding of the International Legal System*, „Nordic Journal of International Law” 2009, s. 53–72.

²⁴ Taką krótką definicję zawiera już Czwarty raport o treści, formach i stopniach odpowiedzialności międzynarodowej (dokument nr A/CN.4/366 and Add.1 & Add.1/Corr.1) autorstwa Riphagena, zaprezentowany na 35. sesji KPM – zob. „Yearbook of the International Law Commission”, Vol. II (1), 1983, s. 8, p. 33. Pojęcie norm trzeciego rzędu przejawia się również w dalszych raportach, nad którymi pracował Riphagen.

²⁵ Zob. M. Spinedi, *International Crimes of State: The Legislative History*, [w:] J. Weiler, A. Cassese, M. Spinedi (ed.), *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin & New York 1989, s. 84–85; M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 45.

²⁶ Przykładu dostarcza tu przyszła współodpowiedzialność UE i państwa członkowskiego za naruszenie EKPC. Wedle uregulowań przyjętych w projekcie umowy akcesyjnej, uruchomienie tzw. *co-respondent mechanism* – czyli właśnie procedury ustalania współodpowiedzialności łącznej – w pewien sposób zawiesza normy drugiego rzędu. Naruszenie zobowiązania nie jest bowiem przypisywane każdemu z podmiotów z osobna, jak nakazywałyby te normy zawarte w Konwencji, lecz ich działanie niejako zatrzymuje się na ustaleniu, że oba podmioty są w pewien sposób powiązane z naruszeniem. Ustalenie szczegółowych zakresów odpowiedzialności należy już do samych tych podmiotów. Dlatego można powiedzieć, że jakkolwiek zastosowanie norm trzeciego rzędu (czyli – w omawianym przypadku – *co-respondent mechanism*) wchodzi w rachubę dopiero po użyciu norm drugiego rzędu, to jednak nie stanowi wyłącznie dodatku do efektów ich użycia, lecz w pewnym zakresie może je modyfikować.

zobowiązania (co nie znaczy rzecz jasna, by zakres tej odpowiedzialności budził jednoznaczną aprobatę doktryny). Efektem tych prac jest sformułowanie wielu zasad ustalających formy współdziałania przy popełnieniu aktu międzynarodowo bezprawnego. Jednakże brak w zasadzie w pracach KPM reguł trzeciego rzędu dotyczących współodpowiedzialności łącznej. Nie oznacza to wszelako, by oba teksty Artykułów stały na przeszkodzie jej przyjęciu. Zgodnie bowiem z art. 55 AOP oraz art. 64 AOOM, istnienie aktu międzynarodowo bezprawnego, jego treść oraz implementacja odpowiedzialności międzynarodowej zarówno państw, jak i organizacji międzynarodowych, mogą być regulowane przez zasady szczególne. Należy podkreślić, że zwłaszcza wzmianka o implementacji odpowiedzialności, uwzględniona w obu klauzulach *lex specialis*, czyni otwartą kwestię sposobu ewentualnej regulacji współodpowiedzialności w reżimach specjalnych. Reżimy te mogą również odmiennie od KPM określać normy drugiego rzędu, co wpływać może potencjalnie na poszerzenie zakresu współodpowiedzialności. Co więcej, taki kształt Artykułów KPM może być podstawą do argumentowania, że w prawie zwyczajowym w ogóle brak ogólnej normy statuującej współodpowiedzialność łączną, a zastosowanie tej instytucji wręcz wymaga regulacji specjalnej – i to traktatowej²⁷.

Mimo tej luki, oba teksty Artykułów są pomocne w określeniu przypadków, w których dojść może do współodpowiedzialności podmiotów prawa międzynarodowego. Nieco węższej regulacji dokonują tutaj AOP. W Artykułach tych kwestia możliwej współodpowiedzialności wyłania się przede wszystkim na tle regulacji związanych z przypisaniem danego zachowania określonego państwu. Jako ogólną zasadę można przyjąć, że regulacje te zmierzają do takiego ustalenia odpowiedzialności danego państwa za zachowania, które zostały dokonane lub zaniechane przez inny podmiot, aby państwo to poniosło odpowiedzialność niezależnie od tego, czy w grę wchodzić będzie odpowiedzialność samego tego podmiotu. Innymi słowy, odpowiedzialność tego podmiotu ani nie wyłącza, ani nie będzie przedmiotem łącznego przypisania z odpowiedzialnością państwa, którą – z tej przyczyny – uznać należy za równoległą w zdefiniowanym wyżej

²⁷ Taka argumentacja znajdowałaby wsparcie np. w stanowisku Kanady wyrażonym w jej sporze z Jugosławią przed MTS w sprawie szkód wyrządzonych bombardowaniami NATO w Kosowie. Kanada wskazała, że tylko specjalna norma traktatowa może stanowić podstawę odpowiedzialności solidarnej (*Transcript of Request for the Indication of Provisional Matters at 10, Yugoslavia v. Kanada*, 12.05.1999 r., dostępne pod adresem: <http://www.icj-cij.org/docket/files/106/4625.pdf>). Zob. także R.P. Alford, *op. cit.*, s. 238.

znaczeniu. Kwestia współodpowiedzialności dotyka więc do pewnego stopnia problemu różnicy między przypisaniem państwu zachowania a przypisaniem mu odpowiedzialności²⁸. Współodpowiedzialność dotyczy w istotnej części przypadków takich sytuacji, w których jednemu podmiotowi można przypisać zachowanie (i – również – odpowiedzialność za nie), drugiemu natomiast – tylko odpowiedzialność za specyficzną formę przyczynienia się do zachowania. Jednakże, co oczywiste, współodpowiedzialność wchodzi w rachubę tylko tam, gdzie zachowanie zostało dokonane lub zaniechane przez taki podmiot, który sam może ponieść prawnomiędzynarodową odpowiedzialność (a więc o współodpowiedzialności nie można mówić w przypadku np. art. 4 i 5 AOP, które przypisują państwu zachowania jego organów – organ bowiem sam z siebie nie może ponosić odpowiedzialności międzynarodowej²⁹). Mając na uwadze to uściślenie, można powiedzieć, że w rozdziale IV AOP przewiduje potencjalną współodpowiedzialność danego państwa oraz³⁰:

- (1) państwa pomagającego lub współdziałającego w dokonaniu czynu (art. 16),
- (2) państwa kierującego i kontrolującego dokonaniem czynu (art. 17),
- (3) państwa stosującego przymus do dokonania czynu (art. 18),
- (4) organizacji międzynarodowej, ponoszącej odpowiedzialność na odrębnych, nieuregulowanych w AOP, zasadach (art. 57).

²⁸ Por. A. Nollkaemper, *Introduction*, s. 9.

²⁹ Ciekawym zagadnieniem jest w tym zakresie możliwość współodpowiedzialności międzynarodowej państwa i jednostki (np. będącej w składzie organu). W najszerszym teoretycznym ujęciu jest ona możliwa, skoro zastosowanie AOP nie stoi na przeszkodzie istnieniu międzynarodowej odpowiedzialności indywidualnej osoby działającej w imieniu państwa (co przewiduje *explicite* art. 58 AOP), a reżim takiej odpowiedzialności niewątpliwie obecnie istnieje (zob. także A. Nollkaemper, *Introduction*, s. 20; A. Gattini, *Breach of International Obligations*, [w:] *Principles of Shared Responsibility...*, s. 54–55). Jednakże fundamentalne różnice konstrukcyjne w obu systemach odpowiedzialności – państwa oraz jednostki – czynią w tym wypadku współodpowiedzialność terminem raczej nieużytecznym. W szczególności wypływające z ustalonej odpowiedzialności obowiązki państw i jednostek należą do różnych kategorii. Teoretycznie dopuszczalne jest jednak istnienie reżimu odpowiedzialności, w którym państwo i jednostka są solidarnie zobowiązane za zapłatę odszkodowania należnego z tytułu zachowania, które jest jednocześnie naruszeniem zobowiązania państwa i zbrodnią podlegającą międzynarodowej jurysdykcji karnej. Takiej możliwości nie ma obecnie w Statucie Rzymskim Międzynarodowego Trybunału Karnego, który co prawda przewiduje istnienie Funduszu Powierniczego na rzecz ofiar zbrodni (art. 78 ust. 1), do którego mogą wpływać środki z orzeczonych przez Trybunał grzywien i przepadku (art. 78 ust. 2), jednak bez możliwości nałożenia bezpośredniej finansowej odpowiedzialności odszkodowawczej na jednostkę – a tym bardziej uczynienia państwa współodpowiedzialnym za jej realizację.

³⁰ Zob. także S. Besson, *op. cit.*, s. 21.

Artykuł 19 AOP wyraźnie zastrzega, że odpowiedzialność państwa na podstawie art. 16–18 nie stoi na przeszkodzie temu, by państwo bezpośrednio dokonujące danego aktu poniosło zań odpowiedzialność; tym samym można go uznać za klauzulę statuującą współodpowiedzialność państw *sensu largo*, która następnie – w reżimach specjalnych – może być dookreślona jako współodpowiedzialność łączna albo równoległa. Należy jednak zaznaczyć, że AOP wydaje się wymagać, by współodpowiedzialność łączna, uregulowana w reżimie specjalnym, za każdym razem wiązała się z ocenianym przez pryzmat reguł drugiego rzędu faktycznym współudziałem każdego podmiotu w czynie (choćby w formie pomocnictwa lub kierownictwa). Tymczasem – jak to się okaże na przykładzie *co-respondent mechanism* – mogą istnieć przypadki współodpowiedzialności łącznej, w których jeden z podmiotów wcale nie dopuścił się czynu bezprawnego, ani też nie miał żadnego udziału w jego dokonaniu, lecz dla potrzeb zachowania specjalnej relacji z drugim podmiotem dozwala na poniesienie przez siebie współodpowiedzialności łącznej. Jest to wyraźny przypadek, w którym reguły trzeciego rzędu istotnie modyfikują reguły drugiego rzędu, *de facto* je zawieszając. Powstaje przy tym pytanie, czy taka modyfikacja jest dopuszczalna w świetle klauzuli *lex specialis* z art. 55 AOP. Kodyfikatorzy KPM najwyraźniej nie przewidzieli sytuacji, w której pewien podmiot – z uwagi na interes swojej relacji z drugim podmiotem – dobrowolnie chciałby ponieść współodpowiedzialność. Z perspektywy stron trzecich może to prowadzić do pewnego rozmycia odpowiedzialności, jednakże nie wydaje się, by w świetle art. 55 AOP było zakazane³¹.

Fakt, że art. 16–19 AOP nie przesądzają, czy mogą być zastosowane w ramach współodpowiedzialności równoległej, czy łącznej, modyfikuje jednak jedno postanowienie tych Artykułów, doprecyzowujące zasadę współodpowiedzialności. Chodzi mianowicie o art. 47 ust. 1, zgodnie z którym jednoczesna odpowiedzialność wielu państw za ten sam akt pozwala podnosić odpowiedzialność każdego z nich w stosunku do tego aktu. To postanowienie wskazuje, że KPM odstąpiła od założenia skupienia się jedynie na normach drugiego rzędu; czyniąc to, dała wyraźną preferencję współodpowiedzialności równoległej³². Jak bowiem wskazano w komentarzu do art. 47 AOP, „jest ogólną zasadą w wypadku wielości odpo-

³¹ Taką tezę potwierdzają podniesione w pracach KPM wskazania na subsydiarny wobec szczegółowych reżimów odpowiedzialności solidarnej charakter art. 47 AOP – zob. Trzeci raport o odpowiedzialności państw (dokument nr A/CN.4/507/, Add. 2), § 268–276.

³² Por. S. Besson, *op. cit.*, s. 32–34.

wiedzialnych państw, że każde z nich jest odrębnie odpowiedzialne za przypisywalne mu zachowanie”³³. Niemniej jednak, dopuszczając roszczenia wewnętrzne między współodpowiedzialnymi podmiotami (art. 47 ust. 2 lit. b), AOP pozostawia ich regulację reżimom specjalnym, zatem nie ogranicza współodpowiedzialności łącznej. Zastrzega jedynie zakaz bezpodstawnego wzbogacenia przez poszkodowane państwo (art. 47 ust. 2 lit. a), wyłączając wielokrotne dochodzenie odszkodowania za tę samą szkodę.

Jeśli chodzi natomiast o AOOM, wydają się one mieć jeszcze większą doniosłość dla kwestii współodpowiedzialności, ponieważ organizacje międzynarodowe często współdziałają z państwami członkowskimi w realizacji swych działań. AOOM przynoszą regulację w znacznej mierze analogiczną do projektu AOP, jednakże uwzględniającą w pewnych obszarach specyfikę relacji organizacji międzynarodowych i państw. Wzorując się na Artykułach o odpowiedzialności państw, w AOOM przewidziano odpowiedzialność organizacji międzynarodowej za pomoc lub współuczestnictwo w dokonaniu aktu przez państwo lub inną organizację międzynarodową (art. 14), kierowanie i kontrolę nad dokonaniem takiego aktu (art. 15), a wreszcie za stosowanie przymusu w wymuszeniu jego dokonania (art. 16). W uzupełnieniu luki ujawniającej się w AOP po przyjęciu AOOM – w stosunku do odpowiedzialności państw za akty nie państwa, a organizacji międzynarodowej – zamieszczono trzy analogiczne do wyżej wymienionych regulacje (art. 58–60).

Jednakże prawdziwą nowość przynoszą postanowienia wynikające ze specyfiki relacji państw i organizacji międzynarodowych³⁴. W art. 17 AOOM przewidziano odpowiedzialność organizacji międzynarodowej za obejście ciążących na niej zobowiązań poprzez: (1) przyjęcie decyzji wiążącej jej państwa lub organizacje członkowskie (ust. 1) lub (2) upoważnienie tych podmiotów do podjęcia zachowania naruszającego zobowiązanie (ust. 2). Uzupełnieniem tych postanowień jest art. 61, statuujący analogiczną odpowiedzialność państwa za obejście swych zobowiązań poprzez „spowodowanie” (*causing*) bezprawnego aktu. Państwo może również ponosić dodatkową, subsydiarną odpowiedzialność za akt organizacji, jeśli ją przyjmie (art. 62 ust. 1 lit. a) lub też jeśli dało stronie poszkodowanej podstawy do polegania na tej odpowiedzialności (lit. b).

³³ ILC Commentary to The Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Art. 47, § 3.

³⁴ Por. V. Gallo Cobián, s. 22–23.

W kontekście odpowiedzialności Unii Europejskiej i jej państw członkowskich postanowienia art. 17 i 61 mają podstawowe znaczenie, choć należy stwierdzić, że przewidują one nie tylko stosunkowo wąską regulację, ale także już wzorowaną na praktyce UE – a więc relatywnie mało innowacyjną. Włączają one w obręb AOOM zasadę przejawiającą się już w orzecznictwie MTS, a przede wszystkim ETPC, zgodnie z którą podmiot nie może obejść swych zobowiązań poprzez przeniesienie kompetencji na organizację międzynarodową³⁵. Czynią to zresztą w sposób o tyle postępowy, że odpowiedzialność organizacji międzynarodowej nie wymaga w tym przypadku, by państwo członkowskie dopuściło się bezprawnego zachowania: samo wydanie decyzji lub upoważnienie do działania pociąga odpowiedzialność organizacji³⁶. Co ciekawe, w ocenie KPM takie rozwiązanie ma chronić przed – ważkim w kontekście akcesji UE do EKPC – problemem tzw. podwójnej lojalności, tzn. koniecznością wyboru przez państwo zobowiązania międzynarodowego, które musi zlekceważyć. Jednakże wątpliwości co do uregulowań art. 17 i 61 może budzić uzależnienie ustanawianej przez nie odpowiedzialności od swoistego *dolus coloratus*, mającego limitujący charakter.

AOOM nie zawierają jednak istotnych rozstrzygnięć w zakresie sposobu przypisania współodpowiedzialności. Podobnie jak AOP, dopuszczają w zasadzie oba jej rodzaje, jednakże art. 48 AOOM – strukturalnie identyczny z art. 47 AOP – wydaje się dawać preferencję odpowiedzialności równoległej³⁷. Niemniej jednak w komentarzu do tego artykułu powołano unijną praktykę stosowania współodpowiedzialności łącznej³⁸, co jest konfundujące. Ta wzmianka pozwala jednak stwierdzić, że art. 48 AOOM owej odpowiedzialności z pewnością nie wyklucza. W tym kontekście warto mieć na uwadze, że zawarta w art. 64 AOOM klauzula *lex specialis* wyraźnie wskazuje, że to normy samej organizacji (w tym jej ustalona praktyka – por. art. 2 lit. b) mogą przewidywać odmienne rozwiązania. Artykuły mogą więc zostać uzupełnione rozstrzygnięciami w zakresie współodpowiedzialności łącznej, wynikającymi z reguł organizacji. Nowością w tych Artykułach

³⁵ Zob. Olivier de Schutter, *Human Rights and the Rise of International Organisations: The Logic of Sliding Scales in the Law of International Responsibility*, [w:] *Accountability for Human Rights Violations...*, s. 58–61.

³⁶ Commentary to the Draft Articles on Responsibility of International Organizations, art. 17, § 5.

³⁷ Por. F. Hoffmeister, *op. cit.*, s. 727.

³⁸ Zob. np. Commentary to the Draft Articles on Responsibility of International Organizations, art. 48, § 1.

jest ogólna konstrukcja odpowiedzialności subsydiarnej, uruchamianej w przypadku, gdyby odpowiedzialność pierwotna nie doprowadziła do reparacji (art. 47 ust. 2). Jednakże i w tym wypadku KPM nie rozwinął tej instytucji, zamieszczając w AOOM tylko jedną możliwość jej stosowania – w sytuacjach objętych hipotezami norm wspomnianego wyżej art. 62.

SPECJALNE REŻIMY WSPÓŁODPOWIEDZIALNOŚCI W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

Bogatsze uregulowania współodpowiedzialności przewidują reżimy specjalne. W kontekście relacji między Unią Europejską a jej państwami członkowskimi wspomnieć należy o reżimie przewidzianym w Konwencji o prawie morza z Montego Bay z 1982 roku³⁹, której aneks IX przewiduje szczególną regulację dotyczącą tzw. *regional economic integration organizations* (REIO)⁴⁰, będących stronami Konwencji. Wedle art. 5 ust. 1 aneksu, taka organizacja powinna złożyć deklarację co do kompetencji, które w zakresie spraw uregulowanych Konwencją zostały jej przekazane przez państwa – dla celów ustalania odpowiedzialności. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że owa Konwencja nie przewiduje więc współodpowiedzialności, a tylko odpowiedzialność niezależną państwa lub organizacji. Taki wniosek nie oddaje jednak istoty omawianej regulacji. Można bowiem argumentować, że deklaracja kompetencji zawiera normy trzeciego rzędu, modyfikujące przypisywanie odpowiedzialności na podstawie reguł drugiego rzędu. Innymi słowy, Konwencja przewiduje w tym wypadku współodpowiedzialność łączną, ponieważ pozostawia państwom i organizacji swobodę w podziale odpowiedzialności. Czyni to jednak o tyle specyficznie, że nie po, a przed ustaleniem odpowiedzialności międzynarodowej. Należy bowiem zauważyć, że złożona deklaracja wytwarza swoistą „korporacyjną zasłonę” przesłaniającą wspólną odpowiedzialność państw i organizacji. Dokładne zakresy ich odpowiedzialności nie mogą być ustalone na zasadach ogólnych,

³⁹ W kwestii współodpowiedzialności stron tej Konwencji zob. I. Plakokefalos, *Shared Responsibility Aspects of the Dispute Settlement Procedures in the Law of the Sea Convention*, „Journal of International Dispute Settlement” 2013, nr 2, s. 385–405.

⁴⁰ E. Paasivirta, P. J. Kuijper, *Does One Size Fit All?: The European Community and the Responsibility of International Organizations*, „Netherlands Yearbook of International Law”, Vol. XXXVI (2005), s. 204–206.

lecz tylko w zgodzie ze złożoną deklaracją – której zgodność ze statutem organizacji nie podlega badaniu. Dlatego można powiedzieć, że tam, gdzie przypisanie odpowiedzialności prowadzi na wspólne „terytorium” organizacji i państw, to one przejmują rolę wytyczenia dokładnego jej przebiegu. Taką tezę potwierdza fakt, że zgodnie z art. 6 ust. 2 aneksu, każde państwo-strona może zwrócić się do organizacji lub jej państwa członkowskiego o wskazanie, kto ponosi odpowiedzialność w danej sprawie. Innymi słowy, deklaracja kompetencji może być doprecyzowywana *ad casum*, co pozwala współodpowiedzialnym podmiotom określić konkretnie, jak dzielone mają być ich obowiązki. Zarazem legislatorzy Konwencji przewidzieli specyficzny mechanizm sankcyjny⁴¹: nieudzielenie informacji w trybie art. 6 ust. 2 lub udzielenie informacji sprzecznych pociąga współodpowiedzialność solidarną organizacji i państw. Zatem nieskorzystanie z tej formy współodpowiedzialności łącznej, jaką daje deklaracja kompetencji lub informacje doprecyzowujące, powoduje, że organizacja i państwo podlegają najbardziej klasycznemu (i stosunkowo ograniczonemu), solidarnemu reżimowi takiej współodpowiedzialności.

Innym często przywoływanym w doktrynie⁴² przypadkiem współodpowiedzialności jest reżim ustanowiony w art. XXII ust. 3 Konwencji o międzynarodowej odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez obiekty kosmiczne, przewidujący subsydiarną odpowiedzialność solidarną organizacji międzynarodowych i ich państw członkowskich. W tym przypadku chodzi jednak o współodpowiedzialność łączną nie w zakresie ustalania odpowiedzialności, a tylko realizacji obowiązków odszkodowawczych, stąd nie przynosi on co do tej materii specjalnie nowatorskich rozwiązań.

Jeśli chodzi natomiast o reżimy odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka, niezwykle istotne miejsce zajmuje EKPC. Konwencyjny system kontroli, którego centralnym punktem jest Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC), zapewnia poszanowanie obowiązków wynikających z EKPC przez państwa-strony – w szczególności dzięki mechanizmowi tzw. skargi indywidualnej, przewidzianej w art. 34 Konwencji, dostępnej dla każdej, szeroko pojętej ofiary naruszenia. Odnosząc się do kwestii współodpowiedzialności, należy zauważyć, że EKPC nie przewiduje *explicite* żadnych konkretnych norm jej dotyczących – zarówno w płaszczyźnie materialnoprawnej, jak i proceduralnej. W zakresie postępowania

⁴¹ Por. B. Krzan, *op. cit.*, s. 238.

⁴² *Ibidem*, s. 235–237.

przed ETPC istnieje co prawda instytucja interwencji strony trzeciej (art. 36 EKPC), jednak w żadnej mierze nie można jej uznać za współodpowiedzialny podmiot.

Nie znaczy to jednak, by system konwencyjny nie znał w ogóle współodpowiedzialności. Postępowa interpretacja art. 1 EKPC sprawiła, że w wielu przypadkach prawo Konwencji dopuszcza – w ramach norm drugiego rzędu – jednoczesną odpowiedzialność wielu stron za naruszenie⁴³. Jak zauważa Maarten den Heijer, za dopuszczeniem tej możliwości stał wzgląd na fakt, że Konwencja służy powszechnej ochronie praw człowieka w Europie⁴⁴. Przechodząc jednak do analizy współodpowiedzialności w kategoriach norm trzeciego rzędu, trzeba rozróżnić dwie możliwości. Po pierwsze, może dochodzić do sytuacji, w których państwo – co do którego ETPC uznał naruszenie Konwencji – nie było jedynym podmiotem odpowiedzialnym za nie w świetle art. 1 EKPC⁴⁵, jednakże wyłącznie ono odpowiadało przed Trybunałem⁴⁶. W tych przypadkach współodpowiedzialność jest jedynie potencjalna, ponieważ Trybunał nie może jej przesądzić wobec strony niebędącej stroną postępowania. Frapującym zagadnieniem – przede wszystkim z powodu braku wyraźnego orzecznictwa w tej materii – byłaby możliwość wniesienia nowej skargi przeciwko tej właśnie stronie. Inny podmiot po stronie

⁴³ Współodpowiedzialność stron EKPC w zakresie norm drugiego rzędu jest zagadnieniem niezwykle obszernym, związanym z interpretacją pojęcia „jurysdykcji” z art. 1, a także dotyczącym skomplikowanych zagadnień eksterytorialnej odpowiedzialności stron. W niniejszym artykule nie ma miejsca na ich rozważanie; pozostaje tylko zaznaczyć, że normy drugiego rzędu prawa Konwencji dopuszczają jednoczesną odpowiedzialność wielu podmiotów, jednakże limitowaną przez koncepcję jurysdykcji (która w niektórych przypadkach wyłącza równoległą odpowiedzialność wielu stron). Zob. J. Frowein, W. Peukert, *Europäische MenschenRechtsKonvention. EMRK-Kommentar*, Kehl am Rein 2009, s. 16–20; M. den Heijer, *Procedural Aspects of Shared Responsibility in the European Court of Human Rights*, „Journal of International Dispute Settlement” 2013, nr 2, s. 361–383; *idem*, *Shared Responsibility Before the European Court of Human Rights*, „Netherlands International Law Review” 2013, nr 3, s. 411–440.

⁴⁴ M. den Heijer, *Procedural Aspects...*, s. 363.

⁴⁵ Chodzi oczywiście wyłącznie o strony Konwencji. O odpowiedzialności państw trzecich ETPC wypowiadać się nie może – zob. wyrok w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 7.07.1989 r., nr skargi 14038/88), § 86.

⁴⁶ Taką ewentualność Trybunał dopuścił m.in. w sprawie *Matthews przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (wyrok z 18.01.1999 r., nr skargi 24833/94, § 33). Należy się zgodzić z Maartenem de Heijerem (*Procedural Aspects...*, s. 375), który wskazuje, że ETPC nie przykładą wagi do zasady niezbędnych stron, należącą do powszechnego prawa międzynarodowego, zgodnie z którą trybunał międzynarodowy nie ma jurysdykcji w przypadkach, w których istota sporu dotyczy interesów państwa trzeciego niebiorącego udziału w sporze (zob. wyrok MTS z 15.07.1954 r. ws. *złota zabranego z Rzymu w 1943 roku, Włochy przeciwko Francji, Zjednoczonemu Królestwu i USA*, Preliminary Question, I.C.J. Reports s. 19).

pozwaney oraz konieczność wskazania odrębnych okoliczności co do jego czynu wydają się uzasadniać dopuszczalność skargi w świetle art. 35 ust. 2 lit. b *in principio* EKPC, choć zapewne należałoby ją oceniać *ad casum*. Jednakże wymóg równoległego wyczerpania środków krajowych także przeciw tej stronie, i to już po zakończeniu jednego postępowania przed ETPC, czyni ową skargę praktycznie niemożliwą.

Po drugie jednak, może się zdarzyć, że wiele stron Konwencji odpowiada za naruszenie w jednym postępowaniu. Pomijając kwestię skarg międzypaństwowych – o małej praktycznej doniosłości – trzeba zauważyć, że jakkolwiek art. 34 EKPC stanowi, że Trybunał może przyjmować skargi od każdego skarżącego, który uznaje się za ofiarę naruszenia dokonanego przez jedną ze stron, to jednak w świetle orzecznictwa ETPC należy to sformułowanie rozumieć jako wymóg zarzucenia naruszenia dokonanego przez przynajmniej jedną ze stron, nie zaś wyłącznie jedną. W praktyce funkcjonowania Trybunału zdarzało się wiele skarg skierowanych przeciwko więcej niż jednemu państwu członkowskiemu⁴⁷. W wielu przypadkach były one próbą zastępczego pociągnięcia państw do odpowiedzialności za naruszenia wynikające źródłowo z aktów organizacji międzynarodowych – przy czym w zakresie, w jakim skarżący nie kwestionowali aktu samego państwa wykonującego decyzję organizacji⁴⁸, lecz starali się „zerwać zasłonę korporacyjną”⁴⁹ i uczynić członków organizacji odpowiedzialnymi za jej wyłączne akty, skargi okazywały się na ogół niedopuszczalne *rationae personae*⁵⁰. Jednakże nawet w tych wypadkach, w których ETPC rozpatrywał skargi

⁴⁷ Do najistotniejszych orzeczeń ETPC, zapadłych przeciwko więcej niż jednemu państwu członkowskiemu, należą te w sprawach *Ilaşcu et al. przeciwko Mołdawii i Rosji* (z 8.07.2004 r., nr skargi 48787/99), *Banković et al. przeciwko Belgii i 16 innym krajom* (z 12.12.2001 r., nr skargi 52207/99), *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji* (z 21.01.2011 r., nr skargi 30696/09), *Rantsev przeciwko Cyprowi i Rosji* (z 8.07.2004 r., nr skargi 25695/04).

⁴⁸ Tego typu skargi okazały się w praktyce działania Trybunału skuteczne – zob. przełomowy wyrok w sprawie *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi przeciwko Irlandii* (z 30.06.2005 r., nr skargi 45036/98).

⁴⁹ Wyrażenie „piercing the corporate veil”, zapożyczone z prawa prywatnego, przyjęło się na określenie przeniesienia odpowiedzialności organizacji międzynarodowej za jej własne akty – na członków tej organizacji. Zob. E. Paasivirta, P. J. Kuijper, *op. cit.*, s. 195.

⁵⁰ Tak np. w cytowanej już sprawie *Banković*. Korzystnym dla skarżącego orzeczeniem nie zakończyła się – z różnych przyczyn, choć wynikających głównie z braku wyczerpania drogi krajowej (szczególnie skomplikowanej przy skargach kierowanych przeciw wielu krajom naraz) – żadna skarga wniesiona przeciw wszystkim państwom członkowskim WE/UE, m.in. w sprawach *Confédération Française Démocratique du Travail (C.F.D.T.) przeciwko Wspólnotom Europejskim*

skierowane przeciw wielu podmiotom na raz i przypisywał im odpowiedzialność, miała ona – na płaszczyźnie norm trzeciego rzędu – charakter współodpowiedzialności równoległej. Innymi słowy, każdemu z tych podmiotów odpowiedzialność przypisywana była odrębnie, stosownie do możliwości jej wywiedzenia z norm drugiego rzędu⁵¹. Nie powinno to dziwić o tyle, że sama Konwencja nie przewiduje materialnoprawnej podstawy orzekania o współodpowiedzialności łącznej. Natomiast Regulamin Trybunału – jakkolwiek dopuszcza uczestnictwo więcej niż jednej strony Konwencji w postępowaniu – to jednak zawiera wyłącznie normy proceduralne⁵². Trzeba jednak zastrzec, że orzecznictwo Trybunału w tych sprawach jest wciąż jeszcze relatywnie skąpe i trudno wyciągać z niego autorytatywne teoretyczne uogólnienia⁵³.

i subsydiarnie ogółowi ich państw członkowskich oraz państwom tym traktowanym odrębnie (decyzja EKomPC z 10.07.1978 r., nr skargi 8030/77); *Dufay przeciwko Wspólnotom Europejskim i subsydiarnie ogółowi ich państw członkowskich oraz państwom tym traktowanym odrębnie* (decyzja EKomPC z 19.01.1989 r., nr skargi 13539/88); *Segi et al. & Gestoras pro Amnistia et al. przeciwko 15 krajom UE* (orzeczenie z 23.05.2002 r., nr skargi 6422/02 i 9916/02); *Senator Lines GmbH przeciwko 15 krajom UE* (z 10.03.2004 r., nr skargi 56672/00); *Connolly przeciwko 15 krajom UE* (z 9.12.2008 r., nr skargi 73274/01). Z tymi sytuacjami jest do pewnego stopnia porównywalna sprawa *Hess vs. Zjednoczone Królestwo* (decyzja EKomPC z 28.05.1975 r., nr skargi 6231/73), w której Komisja uznała, że Zjednoczone Królestwo nie może odpowiadać za podejmowane wspólnie z innymi trzema mocarstwami sojuszniczymi – w tym z niebędącymi stronami Konwencji USA i ZSRR – decyzje co do kontroli Berlina. Zob. także decyzje w sprawach: *Heinz przeciwko jednoczesnym stronom Europejskiej Konwencji Patentowej i EKPC* (z 15.10.1992 r., nr skargi 21090/92); *Boivin przeciwko 34 państwom Rady Europy* (z 9.09.2008 r., nr skargi 73250/01) i *Beygo przeciwko 46 państwom Rady Europy* (z 16.06.2009 r., nr skargi 36099/06).

⁵¹ Tak w np. w cytowanej wyżej sprawie *Ilaşcu*, w której Trybunał – uznając współodpowiedzialność Mołdawii i Rosji za naruszenie Konwencji – zasądził od każdej z nich osobno oznaczoną kwotę zadośćuczynienia, uzależniając ją od ciężaru ich własnych naruszeń. Zob. także wyroki w sprawach *Rantsev i M.S.S.*, a także *M. den Heijer, Procedural Aspects...*, s. 379–380. Należy jednak odnotować, że w sprawie *Sari przeciwko Turcji i Danii* (wyrok z 8.11.2001 r., nr skargi 21889/93) Trybunał był bliski uznania współodpowiedzialności łącznej (*la responsabilité conjointe*) obu państw, jednakże nie stwierdzając naruszenia EKPC, kroku tego nie dokonał. Jakkolwiek trudno powiedzieć, w jaki sposób należałoby ją rozumieć, można przypuszczać, że miałaby charakter zbliżony do odpowiedzialności solidarnej. Zob. także *M. den Heijer, Shared Responsibility...*, s. 424, 438.

⁵² Art. 47 ust. 1 lit. c) Regulaminu przewiduje możliwość wskazania w skardze indywidualnej więcej niż jednej strony, przy czym współuczestnictwo może też powstać w przypadku połączenia spraw (art. 42). Dodatkowo art. 30 dopuszcza powołanie sędziego wspólnego interesu z ramienia więcej niż jednej strony. Zob. także *M. den Heijer, Procedural Aspects...*, s. 370–371.

⁵³ Szczególną okazję do wypowiedzi ówczesnej Europejskiej Komisji Praw Człowieka na temat zasad współodpowiedzialności łącznej dawały sprawy *C.F.D.T.* oraz *Dufay*, w których skarżący w ciekawy sposób oznaczyli stronę przeciwną, a mianowicie jako: *Wspólnoty Europejskie i, subsy-*

CO-RESPONDENT MECHANISM JAKO PRZYKŁAD WSPÓŁODPOWIEDZIALNOŚCI ŁĄCZNEJ

Fundamentalną nowością w stosunku do skąpych norm powszechnego prawa międzynarodowego, AOP i AOOM, jak również prawa EKPC, jest mechanizm współodpowiedzialności UE i jej państw członkowskich, który zostanie wprowadzony po akcesji Unii do Konwencji w ramach tzw. *co-respondent mechanism*. Biorąc pod uwagę bezprecedensowy charakter regulacji, które muszą zostać przyjęte, jak również doniosłość EKPC i specyfikę UE, można śmiało powiedzieć, że będzie to najbardziej zaawansowany specjalny reżim współodpowiedzialności łącznej, daleko wykraczający poza ogólne normy prawa międzynarodowego i mający szansę stać się pierwszym pełnym reżimem takiej współodpowiedzialności. W niniejszej części skupię się na dwóch kwestiach: pokazaniu oryginalności tego reżimu oraz wskazaniu mankamentów dotąd projektowanych rozwiązań, które wywieść można z ich konfrontacji z AOP oraz AOOM.

Co-respondent mechanism wyraźnie zaświadcza tezie, że kształt instytucji współodpowiedzialności łącznej ściśle zależy od celów, jakim służy. W przypadku UE jest to przede wszystkim wzgląd na zachowanie autonomii prawa unijnego, która mogłaby zostać naruszona, gdyby ETPC – rozpatrując sprawy, w których choćby potencjalnie UE może ponosić wspólną odpowiedzialność z państwem członkowskim⁵⁴ – decydował odrębnie o odpowiedzialności każde-

diarnie, a) ogół ich państw członkowskich b) państwa te traktowane odrębnie. Mogło to dać Komisji asumpt do rozważenia, w jakim stopniu państwa członkowskie WE mogą tworzyć razem jeden quasi-podmiot odpowiedzialności, a w jakim mogą tylko odpowiadać odrębnie. Niestety Komisja uniknęła rozważania tych kwestii, zadowolając się w sprawie *C.F.D.T.* ogólnym stwierdzeniem, że skarżący nie wskazał, co rozumie przez ogół państw członkowskich, a w ocenie Komisji skarga kieruje się przeciw Radzie Wspólnot, co czyni ją niedopuszczalną *ratione personae*. Natomiast co do odpowiedzialności odrębnej państw, Komisja także przyjęła niedopuszczalność *ratione personae* – z powodu bądź to nieuznania skargi indywidualnej przez Francję, bądź, w przypadku pozostałych krajów, niewykonywania przez nich jurysdykcji w trakcie głosowania w Radzie. Z kolei w sprawie *Dufay* Komisja uznała skargę za niedopuszczalną z powodu niewyczerpania drogi krajowej. Zob. także H. Dipla, *La responsabilité de l'état pour violation des droits de l'homme. Problèmes d'imputation*, Paris 1994, s. 89–92; A. Huber, *Der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Hamburg 2008, s. 207–208.

⁵⁴ Taki – najpewniej standardowy – przypadek odpowiedzialności UE przed ETPC będzie zachodzić wówczas, gdy wyda ona akt, realizowany przez państwo członkowskie, którym naruszy

go z tych podmiotów, a tym samym musiał interpretować prawo unijne w zakresie podziału kompetencji między UE a państwami⁵⁵. W odróżnieniu bowiem od Konwencji o prawie morza, UE nie może w tym przypadku dostarczyć deklaracji kompetencji⁵⁶, jako że samo poszanowanie praw człowieka – wbrew niektórym nieporozumieniom na tle opinii ETS nr 2/94 – nie mieści się w ramach określonej kompetencji, lecz przecina wszystkie kompetencje UE. Taka deklaracja pokrywałaby się z Traktatami, a jej interpretowanie byłoby interpretowaniem Traktatów, co zastrzeżono dla TS UE. Dlatego protokół nr 8 do TL wymaga, by przyszła umowa akcesyjna UE do EKPC zapewniała poszanowanie specyfiki prawa UE, zwłaszcza co do udziału Unii w mechanizmach kontrolnych Konwencji i co do odpowiedniego kierowania skarg przeciwko UE lub państwom członkowskim (art. 1). Dodatkowo *co-respondent mechanism* powinien usunąć dwie luki, które powstawałyby w przypadku, gdyby – na mocy zasad ogólnych – UE i państwa członkowskie odpowiadałyby równolegle za naruszenie. Chodzi mianowicie o trudność w wyczerpaniu środków wewnętrznych jednocześnie wobec wszystkich stron oraz o brak możliwości korekty wskazanej w skardze pozwanej strony w przypadku, gdy skarżący oznacza tylko UE albo tylko państwo członkowskie⁵⁷.

prawa konwencyjne. Wtedy zarówno UE, jak i państwo członkowskie, będą odpowiedzialne za naruszenie (UE – za wydanie aktu, państwo – za jego wykonanie, zarówno przez przyjęcie aktów implementujących, jak i faktyczne działania swoich organów).

⁵⁵ Draft Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, dokument nr 47+1(2013)008rev2, § 62. Zob. także Jean-Paul Jacqué, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, „Common Market Law Review” 2011, s. 1012.

⁵⁶ Takie rozwiązanie proponował kiedyś Komitet Spraw Zagranicznych Parlamentu Europejskiego – zob. Tobias Lock, „Accession of the EU to the ECHR: Who Would Be Responsible in Strasbourg?”, 2010, protokół dostępu: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1685785, data pobrania: 23.02.2012, s. 16–17; Olivier de Schutter, *L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH: feuille de route de la négociation*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 2010, nr 83, s. 557.

⁵⁷ Bliższe omówienie tych problemów można znaleźć w: P. Tacik, *Co-respondent mechanism*, czyli UE i państwa członkowskie przed ETPCz, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2013, nr 2, s. 21–26; C. Milk, *Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji praw człowieka*, [w:] M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Europejska konwencja praw człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, Toruń 2011, s. 70–81; J. Callewaert, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2014, s. 66–75; P. Gragl, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford

W dotychczasowych projektach umowy akcesyjnej *co-respondent mechanism* został uregulowany jako instytucja uruchamiana w określonych tylko przypadkach⁵⁸, skutkująca powstaniem swoistej „zasłony korporacyjnej” oddzielającej traktowane łącznie UE i państwa członkowskie od każdego z tych podmiotów z osobna. Jej głównym elementem konstrukcyjnym jest przepis *explicite* dający ETPC możliwość orzekania o łącznej odpowiedzialności UE i państw – z pozostawieniem zadania dokładnej alokacji wynikających stąd obowiązków regulacjom wewnątrzunijnym. Ów przepis, nieobecny w pierwszym projekcie umowy⁵⁹, znalazł się w art. 3 ust. 7 projektu finalnego. Stanowi on, że jeśli tylko ETPC na bazie stanowisk stron nie zdecyduje się rozdzielić odpowiedzialności, będzie zobowiązany do uznania odpowiedzialności łącznej. Sam projekt nie precyzuje, w jaki sposób wynikające z niej obowiązki będą dzielone między UE i państwa; regulację pozostawiono tu samej Unii. Nie określono również dokładnego sposobu procedowania Trybunału w takich przypadkach, jednak z umowy logicznie wynika, że ETPC powinien się koncentrować na konwencyjności samego zakwestionowanego zachowania, nie analizując, czy wynika ono z działań (i prawodawstwa) Unii czy państw(a). Należy zauważyć, że w ten sposób nałożono na Trybunał poważne zadanie pogodzenia jego dotychczasowego *modus procedendi* (zwłaszcza co do porównywania stanu faktycznego z prawem strony Konwencji) z wymogami umowy akcesyjnej, które zabraniają mu interpretowania relacji między prawem unijnym a krajowym.

Omawiany projekt umowy akcesyjnej został jednak zakwestionowany pod kątem swej zgodności z wymogami prawa unijnego przez TS UE w opinii 2/13 – i to również w zakresie uregulowań *co-respondent mechanism*. Trybunał wskazał na 3 podstawowe niezgodności: (1) uzależnienie uruchomienia mechanizmu od decyzji ETPC nawet w przypadku, gdy to UE i państwo(-a) członkowskie tego żądają, (2) możliwość pociągnięcia do współodpowiedzialności wraz z UE państwa członkowskiego za naruszenie normy Konwencji, co do której państwo to zgłosiło

2013, s. 138–173, 209–256; *idem*, *A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights*, „Common Market Law Review” 2014, s. 31–40; J. Vondung, *Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK*, Tübingen 2012, 178–184.

⁵⁸ Zgodnie z art. 3 ust. 2 projektu, warunkiem uruchomienia *co-respondent mechanism* jest podanie przez spór w wątpliwość konwencyjności bądź to normy prawa unijnego (w przypadku dopozwania UE do postępowania przeciw państwu), bądź normy Traktatów (w przypadku dopozwania państw do postępowania toczącego się przeciw Unii).

⁵⁹ W pierwszym projekcie jedynie wskazywano na możliwość łącznej współodpowiedzialności w Raporcie wyjaśniającym – zob. dokument nr CDDH-UE (2011)16fin, § 54.

zastrzeżenie, (3) pozostawienie do dyskrekcji ETPC oceny, czy odpowiedzialność powinna być rozdzielona, czy też powinno się zastosować współodpowiedzialność łączną UE i państw(a)⁶⁰. Pomijając tę drugą okoliczność, Trybunał podważył model *co-respondent mechanism* w tym zakresie, w jakim ustanowiono w nim wyjątki od współodpowiedzialności łącznej, a więc pozostawiono organowi decydującemu o odpowiedzialności – ETPC – możliwość bądź to nieustanowienia „zasłony korporacyjnej”, bądź jej usunięcia. TS zakwestionował jednak postanowienia tylko w tych przypadkach, w których mogłoby to przynieść uszczerbek autonomii prawa unijnego.

Przyszły model *co-respondent mechanism* nie tylko nie może więc podważyć podstawowych założeń dotychczasowej propozycji, ale musi pójść jeszcze dalej w konstruowaniu reguł współodpowiedzialności łącznej. Dlatego, z chwilą swego ustanowienia, będzie najbardziej zaawansowaną realizacją współodpowiedzialności łącznej w prawie międzynarodowym⁶¹. Podkreślenia wymaga, że ów mechanizm będzie musiał pozwolić na przyjęcie współodpowiedzialności nawet wtedy, gdy jeden ze współpозwanych podmiotów w ogóle nie ponosiłby odpowiedzialności za naruszenie, gdyby była ona oceniana odrębnie – o ile tylko wyrazi wolę przystąpienia do postępowania i nie będzie żądał rozdziału odpowiedzialności przez ETPC.

KONKLUZJE: CO-RESPONDENT MECHANISM W KONTEKŚCIE AOP I AOOM

Tezę o zaawansowaniu *co-respondent mechanism* można jednak – dzięki wnioskowi z analizy instytucji współodpowiedzialności łącznej oraz zasad wyrażonych w AOP i AOOM – uzupełnić o kilka uwag co do istniejących w aktualnym modelu mechanizmu luk, które pominął także TS w opinii 2/13. Pierwsza z nich jest najzupełniej podstawowa: uruchomienie mechanizmu zależy od jednoczesnej woli stron i decyzji ETPC⁶². TS zauważył ten problem w przypadku konieczności zgody ETPC na wniosek UE i państw członkowskich, jednak nie dotknął innego problemu, a mianowicie tego, że poniesienie odpowiedzialności przez

⁶⁰ Opinia 2/13 Trybunału z 18.12.2014 r., § 215–235. Zob. także *Editorial Comments. The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, „Common Market Law Review” 2015, s. 9–15.

⁶¹ Por. M. den Heijer, *Shared Responsibility...*, s. 435.

⁶² Paul Gragl, *A Giant Leap...*, s. 37–38.

współodpowiedzialny podmiot zależeć będzie od jego woli wstąpienia do postępowania⁶³. W sytuacji, w której skarżący może nie mieć możliwości trafnego wskazania strony, przeciw której kieruje skargę, wyegzekwowanie odpowiedzialności będzie zależeć od zgody odpowiedzialnego – co z punktu widzenia zasad obu tekstów Artykułów godzi w podstawową ideę skutecznej egzekucji odpowiedzialności w prawie międzynarodowym. Nie ulega jednak wątpliwości, że jest to rozwiązanie korzystne dla UE i państw członkowskich, które mogą uniknąć odpowiedzialności przez prostą odmowę wstąpienia do postępowania. Lukę tę można by uzupełnić albo przez obligatoryjne wstąpienie do postępowania wskutek decyzji ETPC (co mogłoby się jednak okazać niezgodne z wymogami protokołu nr 8 do TL) albo przez specjalny mechanizm korygowania strony pozwanej wskazanej w skardze w przypadku, gdyby skarżący nie wskazał właściwie UE i państwa członkowskiego⁶⁴.

Jeśli luka ta nie zostanie usunięta, wówczas ETPC będzie musiał rozwiązać problem uznania odpowiedzialności w przypadkach, w których faktycznie współodpowiedzialny podmiot nie znajduje się wśród stron postępowania⁶⁵. Byłoby całkiem prawdopodobne, że mogłoby wówczas dojść do użycia sformułowanej w wyroku *Bosphorus* zasady odpowiedzialności państwa członkowskiego za wykonanie niekonwencyjnego aktu unijnego⁶⁶ – która, jak się wydawało, odejdzie do przeszłości z chwilą akcesji. Jakkolwiek można przyjąć, że UE będzie korzystać z mechanizmu zawsze wtedy, gdy zajdzie ryzyko naruszenia autonomii

⁶³ Tej sytuacji nie zmienia zaakceptowana przez negocjatorów umowy akcesyjnej idea jednostronnej deklaracji UE (zamieszczonej w Załączniku nr II do projektu), w której Unia zobowiązuje się wstępować do postępowania, gdy spełnione są przesłanki uruchomienia *co-respondent mechanism*. Jest to bowiem jednostronne zobowiązanie UE, podczas gdy akcesja miała zastąpić zobowiązania właśnie tego typu – jednoznacznie wiążącymi wobec stron trzecich obowiązkami. Tylko od UE zależeć będzie uznanie, że spełnione są przesłanki *co-respondent mechanism*. Ponadto omawiana deklaracja dotyczy tylko Unii, nie zaś państw członkowskich, których swoboda wstępowania do postępowania nie będzie ujęta w ramy nawet jednostronnej deklaracji.

⁶⁴ Zob. Florence Benoît-Rohmer, *Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution*, „Revue trimestrielle de droit européen” 2005, nr 2, s. 282; Tobias Lock, *EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg*, „European Law Review” 2010, nr 6, s. 781; Martijn Kuijer, *The Accession of the European Union to the ECHR: A Gift for the ECHR’s 60th Anniversary or an Unwelcome Intruder at the Party?*, „Amsterdam Law Forum” 2011, nr 4, s. 26.

⁶⁵ J. Ph. Terhechte, „Autonomie und Kohärenz” – *Die Eigenständigkeit der Unionsgrundrechte im Zuge des EMRK-Beitritts der Europäischen Union*, [w:] J. Iliopoulos-Strangas, V. Pereira da Silva, M. Potacs (eds.), *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK/The Accession of the European Union to the ECHR/L’adhésion de l’Union Européenne à la CDDH*, Baden-Baden 2013, s. 47.

⁶⁶ Zob. P. Gragl, *The Accession of the European Union...*, s. 156–157.

jej prawa, to jednak teoretyczna luka pozostaje. O wiele bardziej prawdopodobna jest inna sytuacja – w której skarżący podaje w wątpliwość konwencyjność normy prawa pierwotnego, a nie wszystkie państwa członkowskie wstępują do postępowania. Powstaje wówczas pytanie, czy ETPC może orzekać o odpowiedzialności tylko niektórych z nich, mając na uwadze, że pojedyncze państwo, tak jak i UE, nie może samo zmienić Traktatów⁶⁷. Jeśli ETPC dopuściłby tę możliwość (być może posługując się doktryną z wyroku *Matthews*), wówczas na niektórych państwach członkowskich ciążyłby obowiązek doprowadzenia do zmiany Traktatów, a na niektórych – nie, co rodziłoby olbrzymie komplikacje prawne i polityczne.

Inną luką w obecnym projekcie jest nieuregulowanie kwestii różnic w zobowiązaniach ciężących na UE i na państwach członkowskich. Według planów Unia przystąpi wyłącznie do Protokołów dodatkowych nr 1 i 6. Możliwa jest zarazem sytuacja, w której jedno zachowanie narusza wiele norm konwencyjnych, w tym takich, które wiążą państwo członkowskie, a nie wiążą UE (narzuca się tu przykład Protokołu nr 7 z jego gwarancjami procesowymi, mogącymi mieć znaczenie choćby dla wykonywania Europejskiego Nakazu Aresztowania). Czy w tych sytuacjach będzie można uruchomić *co-respondent mechanism*? Jeśli tak, zajdzie potrzeba oddzielenia współodpowiedzialności łącznej za zobowiązania wspólne UE i państwom od ich odpowiedzialności niezależnej (czego umowa wprost nie przewiduje, traktując współodpowiedzialność i odpowiedzialność niezależną jako alternatywy). Projekt umowy nie zawiera jednak żadnych prób rozgraniczenia zakresów współodpowiedzialności łącznej i odpowiedzialności niezależnej.

Nie jest wreszcie jasne, jaki skutek dla skarżącego ma wyrok stwierdzający współodpowiedzialność łączną. Twórcy projektu umowy tak dalece oddali rozstrzygnięcia w tej materii Unii i państwom członkowskim, że jeśli przyszłe negocjacje nic tu nie zmienią, wówczas faktyczna treść obowiązków wynikających ze współodpowiedzialności będzie niejasna i będzie musiała zostać doprecyzowana przez ETPC. W szczególności nie wiadomo, czy skarżący będzie mógł domagać się wypłaty zadośćuczynienia na zasadach solidarności. Jak się wydaje, wzgląd na zabezpieczenie interesów skarżących powinien zapobiec przeniesieniu tak istotnego rozstrzygnięcia w kompetencje Unii i jej państw członkowskich.

Niezależnie od tych luk, *co-respondent mechanism* będzie jedną z ciekawszych instytucji prawa międzynarodowego i modelem współodpowiedzialności łącznej. Skoro więc – *nolens volens* – TS UE dał negocjatorom drugą szansę, warto zadbać o to, by owa współodpowiedzialność została uregulowana możliwie ambitnie i wyczerpująco.

⁶⁷ Podobna sytuacja zachodziła w cytowanej już sprawie *Hess przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

ROZDZIAŁ IV

ODPOWIEDZIALNOŚĆ
W ZWIĄZKU Z KONFLIKTEM
ZBROJNYM ORAZ
OPERACJAMI POKOJOWYMI



Małgorzata Andrzejczak-Świątek*

**PROBLEM ODPOWIEDZIALNOŚCI
ZA ZBRODNIE WOJENNE
ORAZ ZBRODNIE LUDOBÓJSTWA
POPEŁNIONE PRZEZ DZIECI-ŻOŁNIERZY**

UWAGI WSTĘPNE

Problem odpowiedzialności dzieci¹ za zbrodnie wojenne oraz zbrodnie ludobójstwa należy rozważać w kontekście szerszego aspektu rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych oraz ich wykorzystywania w działaniach wojennych. Z oczywistych względów, ramy niniejszej publikacji nie pozwalają na przedstawienie szczegółowej ewolucji norm dotyczących zakazu rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych i wykorzystywania dzieci w działaniach zbrojnych, jednakże ten kontekst dla rozważań odnoszących się do udziału dzieci w zbrodniach wojennych i w zbrodni ludobójstwa ma kluczowe znaczenie. Należy zatem mieć go na względzie podczas analizy tytułowego zagadnienia.

* dr Małgorzata Andrzejczak-Świątek, Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie

¹ W niniejszym artykule w sposób szeroki wykorzystano materiał badawczy oraz wnioski wyprowadzone w pracy doktorskiej: Małgorzata Andrzejczak-Świątek, *Ochrona praw dziecka w sytuacjach nadzwyczajnych*, Toruń 2013 (nie publ.).

Problematyka rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych z punktu widzenia rozwoju norm prawa międzynarodowego praw człowieka została w doktrynie polskiej przeanalizowana dość szczegółowo². Właśnie owa analiza winna stanowić tło dla umiejscowienia problemu wykorzystywania dzieci-żołnierzy do popełniania zbrodni wojennych i zbrodni ludobójstwa w czasie trwania konfliktu zbrojnego.

Mając bowiem na myśli odpowiedzialność dziecka za tego typu zbrodnie, nie możemy ograniczyć się wyłącznie do odpowiedzialności w sensie karnoprawnym. Specyfika międzynarodowego systemu ochrony praw dziecka, uwzględniając przy tym standardy prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, wymusza konieczność holistycznej wykładni praw dziecka³. A zatem, właściwa interpretacja praw przysługujących dziecku na mocy międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka wymaga pełnego, komplementarnego spojrzenia na gwarancje ochronne wynikające nie tylko z traktatów, ale również z instrumentów o charakterze *soft-law*. Ponadto, zarówno w doktrynie, jak również w procesie stosowania praw dziecka, zbyt małą uwagę przywiązuje się do roli wykładni praw dziecka poczynionej przez Komitet Praw Dziecka ONZ na tle Konwencji o prawach dziecka (dalej: KPDz). A Komitet jest w swej działalności bardzo konsekwentny akcentując, podkreślając i przypominając w każdych Uwagach Ogólnych i każdych Zaleceniach o potrzebie holistycznej i systemowej wykładni praw i wolności przysługujących dziecku, dostrzegając *iunctim* pomiędzy wszystkimi normami olbrzymiej liczby traktatów międzynarodowej ochrony praw człowieka i kładąc nacisk na specyfikę korzystania przez dziecko z tych praw.

² Zob. m.in. J. Sandorski, *Ochrona dziecka w konflikcie zbrojnym – status prawny dzieci w konfliktach zbrojnych*, [w:] T. Smyczyński (red.), *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999; E.H. Morawska, *Zakaz angażowania dzieci w konflikty zbrojne. Instrumenty międzynarodowe praw człowieka, humanitarnego prawa i prawa międzynarodowego*, [w:] E. Karska (red.), *Prawa dziecka w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2013; P. Jaros, *Prawa dziecka w konfliktach zbrojnych*, [w:] T. Jasudowicz, M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2009; M. Andrzejczak-Świątek, *Koncepcja uprzywilejowanego kombatantha w stosunku do dziecka biorącego bezpośredni udział w działaniach wojennych*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2011, Vol. 2; M. Prucnal, *Ochrona dzieci przed uczestnictwem w działaniach zbrojnych we współczesnym prawie międzynarodowym*, Warszawa 2012; J. Nowakowska-Małusecka, *Sytuacja dziecka w konflikcie zbrojnym*, Bydgoszcz–Katowice 2013.

³ Na potrzebę holistycznej wykładni postanowień Konwencji o prawach dziecka Komitet zwraca uwagę we wszystkich Uwagach Ogólnych, zob. m.in. *General Comment no. 5(2003) „General measures of implementation of the Convention on the Right of the Child (arts 4,42, and 44, para 6), CRC/GC/2003/5*, par. 12; *General Comment no. 12(2009) “The right of the child to be heard”, CRC/C/GC/12*, par. 2.

Zdaniem Komitetu, dzieci-żołnierze winny być postrzegane przede wszystkim jako ofiary konfliktu zbrojnego. Wniosek ten należy wysunąć przede wszystkim na podstawie treści *General Comment* poświęconych dzieciom pozostającym bez opieki w państwie obcym i dzieciom osieroconym⁴. Komitet uznał, iż dzieci-żołnierze pozostające bez opieki w państwie obcym często po ustaniu działań zbrojnych, znajdują się w sytuacji opuszczenia lub osierocenia. Państwa winny zatem podjąć niezbędne kroki w celu wsparcia służb umożliwiających reintegrację dziecka w kierunku normalnego życia, włączając w to niezbędne konsultacje psychospołeczne. Dzieci-żołnierze, zwłaszcza te, które pozostają bez opieki, nie powinny być internowane, ale winny czerpać korzyści ze szczególnej opieki oraz środków ochrony, w szczególności zmierzające do ich demobilizacji oraz rehabilitacji⁵.

Jeżeli, pod pewnymi warunkami, wyjątkowe internowanie dzieci-żołnierzy powyżej 15 roku życia jest nieuniknione, pozostawać winno w zgodzie ze standardami międzynarodowych praw człowieka oraz międzynarodowego prawa humanitarnego, zwłaszcza gwarancjami wypływającymi z art. 37 KPD oraz tych dotyczących wymiaru sprawiedliwości wobec nieletnich, a także nie powinny wykluczać wysiłków mających za priorytet uczestnictwo w programach rehabilitacyjnych⁶.

Komitet niestety nie odniósł się w swych Uwagach Ogólnych bezpośrednio do kwestii odpowiedzialności dzieci za zbrodnie popełnione w związku z konfliktem zbrojnym, niemniej jednak z powyżej przedstawionej wykładni przepisów Konwencji o prawach dziecka dotyczącej dzieci internowanych można wyprowadzić wnioski analogiczne do sytuacji dziecka pozbawionego wolności w związku z popełnieniem czynów zabronionych przez normy międzynarodowego prawa humanitarnego.

Wielka szkoda, że Komitet wprost nie wezwał państw-stron Konwencji do całkowitego zaniechania stosowania odpowiedzialności karnoprawnej wobec dzieci-żołnierzy. Z drugiej strony, takie stanowisko mogłoby mieć formę jedynie postulatu, bowiem z treści Konwencji o prawach dziecka takiego zakazu wyinterpretować się nie da.

Powyższe wnioski, w odniesieniu do tematyki niniejszych rozważań, muszą w swej istocie uwzględnić komplementarne spojrzenie na problem odpowiedzial-

⁴ Zob. *General Comment No. 6(2005) „Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin”*, CRC/GC/2005/6.

⁵ *Ibidem*, par. 56.

⁶ *Ibidem*, par. 57.

ności dziecka za zbrodnie wojenne i zbrodnie ludobójstwa. Owa odpowiedzialność nie może bowiem zostać ograniczona do postrzegania dziecka jako sprawcy czynu zabronionego, ale winna brać pod uwagę specyfikę dziecka – podmiotu niedojrzałego w sensie psychofizycznym, wymagającego zwiększonej troski i ochrony⁷ – uwikłanego w konflikt zbrojny. Dziecko zmuszone do popełniania zbrodni, nawet jako członek regularnych oddziałów zbrojnych, przede wszystkim jest ofiarą i winna mu być zapewniona ochrona – przed wymiarem sprawiedliwości, ale także przed działaniami determinującymi udział w tytułowych zbrodniach. Nadto, nie można zapominać o nader istotnym zobowiązaniu społeczności międzynarodowej wobec dzieci – żołnierzy, tj. przywrócenia ich społeczeństwu.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ DZIECI ZA ZBRODNIĘ LUDOBÓJSTWA

Na wstępie rozważań dotyczących odpowiedzialności dzieci za zbrodnie ludobójstwa, należy zgłosić postulat, aby dzieci dokonujące tego typu zbrodni traktować w kategoriach bycia ofiarą. Przemawia za tym nie tylko idea, czy też istota międzynarodowego systemu ochrony praw dziecka, z Konwencją o prawach dziecka na czele, ale również mechanizm działania zbrodni ludobójstwa, który – jak pokazują współczesne doświadczenia państw XX wieku, nie bez kozery nazwanym „wiekiem ludobójstwa”⁸, jest w wielu przypadkach podobny, nastawiony zarówno na eksterminację dzieci, ale również wykorzystanie ich do udziału w tejże eksterminacji.

Ze względów oczywistych, poczyniona w niniejszym artykule analiza dokonywana będzie w kontekście prawa międzynarodowego praw człowieka i międzynarodowego prawa karnego, wobec czego oscylować będzie głównie wokół prawnej definicji pojęcia „zbrodni ludobójstwa”. Jednakże, aby rzetelnie i w sposób pełny

⁷ Pojęcie „dziecka” najczęściej kojarzone jest z pewną niedojrzałością psychofizyczną. Do tego poglądu nawiązuje zresztą Preambuła Konwencji o prawach dziecka, a także definicja „dziecka” zawarta w art. 1 Konwencji.

⁸ Takiego pojęcia użył Daniel Gohlagen w: *Wiek ludobójstwa*, Kraków 2012; Z kolei Alain Finkielkraut wiek XX nazwał „stuleciem zagubionego człowieczeństwa”. Zob. A. Fienkielkraut, *Zagubione człowieczeństwo*, Warszawa 1999. Z drugiej strony, zaznaczyć należy, co koreluje z lemkinowską wizją zbrodni ludobójstwa, iż ludobójstwo nie jest przecież wyłącznym doświadczeniem społeczności ludzkich w XX wieku, ale towarzyszy historii ludzkości. Wiek XX sprawił, że do masowej zagłady ludzi wykorzystano zdobycze nowoczesnej techniki. Por. M. Kornat, *Rafał Lemkin i pojęcie ludobójstwa*, [w:] A. Bartuś, P. Trojański (red.), *Aushwitz a zbrodnie ludobójstwa XX wieku*.

przedstawić omawianą problematykę, nie sposób odciąć się zupełnie od kontekstu socjologicznego, historycznego, politycznego, czy też psychologicznego zbrodni ludobójstwa, a także kontrowersji wokół tworzenia się definicji „ludobójstwa” na gruncie międzynarodowego prawa karnego.

Definicja prawna zbrodni ludobójstwa w oczywisty sposób jest w pewien sposób ograniczona. Jak większość pojęć prawnych funkcjonujących w prawie traktatowym praw człowieka stanowi w pewnym sensie wyraz kompromisu politycznego. W tym kontekście na pewno należy zgodzić się z poglądem Lecha N. Nijakowskiego, iż definicje socjologiczne mają na celu przezwycięzenie ograniczeń definicji prawnej.⁹ Z drugiej strony, tylko normy prawne i definicje zawarte w aktach normatywnych pozwalają na skuteczne ściganie oraz karanie sprawców ludobójstwa.

Jednakże, ujęcie zjawiska ludobójstwa w kontekście socjologicznym umożliwia zaakcentowanie specyfiki tej zbrodni, także pod kątem szczególnego statusu dziecka jako ofiary tych zbrodni. Definicje socjologiczne, posługując się zupełnie innym językiem niż akty prawne, często odarte z kontekstu politycznego, operują pojęciami zawierającymi pewien wydźwięk „emocjonalny”, jak: „bezbronni ofiary”, „niewinni ludzie”, „brak zagrożenia ze strony ofiar”, „masowe mordy”. I choć nie mogą stanowić podstawy prawnej pociągnięcia sprawców do odpowiedzialności karnej, winny być brane pod uwagę przy próbach ujęcia zjawiska ludobójstwa (w tym ludobójstwa, w którym udział biorą dzieci), zwłaszcza, gdy zważyć na wątpliwości dotyczące definicji prawnej tej zbrodni, a także w kontekście konstruowania wniosków dotyczących przyszłości prawnomiędzynarodowej ochrony dzieci – ofiar ludobójstwa.

Prawna definicja „ludobójstwa” po raz pierwszy pojawiła się w Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu ludobójstwa z 9 grudnia 1948 roku. Na mocy jej

⁹ Zob. L.N. Nijakowski, *Pojęcie ludobójstwa: definicje, propaganda i walki symboliczne*, [w:] A. Bartuś, P. Trojański (red.), *op. cit.*, s. 36. W przypadku definicji socjologicznych istnieje jednak dość duża rozbieżność, od wyraźnego zaakcentowania państwa jako podmiotu organizującego „systematyczne mordy masowe dokonywane na niewinnych i bezbronnych ludziach – mężczyznach, kobietach i dzieciach – wyodrębnionych na podstawie określonej cechy etniczno-religijnej, mającej na celu wyeliminowanie tej grupy z określonego terytorium (...)” – tak: M.I. Midlarsky, *Ludobójstwo w XX wieku*, Warszawa 2010, s. 15, po teorii, według której „ludobójstwo to podtrzymanie, celowe działanie sprawców, zmierzające do fizycznego zniszczenia wspólnoty, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, przez wstrzymanie biologicznej i społecznej reprodukcji członków grupy, kontynuowane bez względu na poddanie się ofiar lub też brak rzeczywistego zagrożenia ze strony ofiar”, zob. H. Fein, *Genocide. A sociological Perspective*, London/Newbury Park/New Delhi 1993, s. 24.

art. 1 uznano, iż ludobójstwo może być zbrodnią popełnioną zarówno w czasie pokoju, jak i w czasie wojny, zbrodnią „w obliczu prawa międzynarodowego”, obligując państwa do ścigania i karania jej sprawców. W doktrynie dominuje pogląd, aby zakaz ludobójstwa traktować w kategoriach *ius cogens*¹⁰. Pogląd ten w pełni zasługuje na uznanie, zwłaszcza, gdy skonfrontować go z bezwzględnym zakazem tortur. Ludobójstwo jest bowiem jedną z najcięższych zbrodni znanych ludzkości, bardzo często zawierającą w sobie elementy innych zbrodni i przestępstw, w tym właśnie tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania, zabójstwa. Tym samym wypełniając znamiona czynów bezwzględnie zakazanych, staje się niejako postacią kwalifikowaną tychże czynów, o specyficznym charakterze wymagającym szczególnych unormowań prawnych. Nie sposób przy tym pominąć faktu, iż zbrodnia ludobójstwa została uznana za niezgodną z duchem i celami Narodów Zjednoczonych¹¹.

Zgodnie z art. 2 wskazanej powyżej Konwencji, ludobójstwem jest którykolwiek z następujących czynów, dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych jako takich: zabójstwo członków grupy, spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy, rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego, stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy, przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy¹².

¹⁰ Zob. P.V. Sellers, *Arriving in Rwanda: Extension of Sexual Assault Prosecution Under the Statutes of the Ad Hoc International Criminal Tribunals*, „American Society of International Law Proceedings”, 1996, Vol. 90, s. 606–607.

¹¹ Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w rezolucji nr 96/1 z dnia 11 grudnia 1946 roku przyjęło deklarację stwierdzającą, że ludobójstwo jest zbrodnią sprzeczną z duchem i celami Narodów Zjednoczonych i potępioną przez świat cywilizowany. W oparciu o tę deklarację przyjęto 9 grudnia 1948 roku Konwencję w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa.

¹² Tekst dokumentu: Dz.U.1952.2.9. Uznanie za zbrodnię ludobójstwa stosowania środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy oraz przymusowego przekazywania dzieci członków grupy do innej grupy znacznie rozszerzyło zakres przedmiotowy tej zbrodni i świadczy o „akcencie” motywu działań sprawców skierowanego na zniszczenie grupy w całości. Najistotniejszy jest zatem cel działań, natomiast forma zbrodni ma w tym miejscu znaczenie drugorzędne. Zważyć należy, iż zarówno w czasie II wojny światowej, jak i we współczesnych konfliktach zbrojnych, przymusowa sterylizacja kobiet i dziewcząt, obcinanie narządów rodnych i piersi u kobiet, a także przekazywanie dzieci do innej grupy społecznej, były stosowane w celu zniszczenia danej grupy w całości. Por. J. Nowakowska-Małusecka, *op. cit.*, s. 167–168, gdzie

Pomimo faktu, iż prawna definicja ludobójstwa ma we wszystkich traktatach międzynarodowych, w których się pojawia, identyczną postać, prawo międzynarodowe nie dysponuje specjalnymi gwarancjami na rzecz dziecka biorącego udział w zbrodniach ludobójstwa – czy jako ofiara, czy też jako sprawca zbrodni.

Ewolucja gwarancji międzynarodowych dotyczących praw dziecka, będąca między innymi konsekwencją udokumentowania zjawiska ludobójstwa w XX wieku, winna zmierzać ku wykształceniu się specjalnych gwarancji na rzecz dziecka uwikłanego w tego typu zbrodnie, stanowiące często część polityki państwa. Niezwykle ważne jest przy tym, aby wypełniając zalecenia Komitetu Praw Dziecka, jednoznacznie potraktować na gruncie prawnomiędzynarodowym dziecko – bez względu na jego rolę – jako ofiarę najcięższych naruszeń prawa humanitarnego. Karana powinna być zatem nie tylko zbrodnia ludobójstwa, ale również działania zmierzające do angażowania dzieci w tego typu zbrodnie. I to niezależnie od traktatowego zakazu rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych, który nie zawsze jest tożsamy z udziałem w zbrodniach ludobójstwa¹³.

Zważyć należy, że definicja zawarta w Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu ludobójstwa właściwie przez kilkadziesiąt lat nie znajdowała zastosowania. Brak międzynarodowych przepisów wykonawczych i mechanizmu karania oraz ścigania sprawców zbrodni ludobójstwa przez wiele lat uniemożliwiał funkcjonowanie tej definicji w praktyce.

Dopiero lata dziewięćdziesiąte i rozwój międzynarodowego sądownictwa karnego pozwoliły na zastosowanie definicji prawnej „ludobójstwa” przez wymiar sprawiedliwości¹⁴.

W Statutach obu trybunałów karnych ad hoc: ds. byłej Jugosławii oraz ds. Ruandy, zbrodnie ludobójstwa zostały spenalizowane w identyczny sposób.

Autorka zwraca uwagę, iż przekazywanie dzieci do innej grupy społecznej jest szczególną formą wynaradawiania dzieci skutkującą cierpieniami dzieci, tęsknotą za rodzicami, nękaniami i śmiercią. Zob. także: K. Daszkiewicz, *Niemieckie ludobójstwo na narodzie polskim (1939–1945)*, Toruń 2009, s. 251–252; J. Midlarsky, *op. cit.*

¹³ Warto w tym miejscu wysunąć postulat o włączenie w zakres przedmiotowy zbrodni ludobójstwa rekrutowania dzieci do oddziałów zbrojnych oraz angażowania dzieci w konflikt zbrojny w celu zniszczenia w całości danej grupy etnicznej. Nie budzi wątpliwości fakt, iż dzieci-żołnierze są wykorzystywane bezpośrednio do celów ludobójczych w warunkach konfliktu zbrojnego.

¹⁴ Zob. szerzej: D. Dróżdż, *Zbrodnie ludobójstwa w międzynarodowym prawie karnym*, Warszawa 2010; K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa międzynarodowych trybunałów ad hoc*, Warszawa 2010; A. Szpak, *Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals*, Toruń 2012.

Definicja „ludobójstwa” jest tożsama z tą zawartą w Konwencji z 1948 r.¹⁵, a karze podlega nie tylko samo ludobójstwo, ale także: zмова w celu popełnienia ludobójstwa, bezpośrednie i publiczne podżeganie do popełnienia ludobójstwa, usiłowanie popełnienia ludobójstwa, a także współudział w ludobójstwie¹⁶.

W odniesieniu do udziału dzieci w zbrodniach ludobójstwa Statuty MTKJ oraz MTKR milczą na temat ścigania i sądenia osób poniżej 18. roku życia za zbrodnie ludobójstwa. Do pewnych wniosków co do możliwości ponoszenia odpowiedzialności przez osoby niepełnoletnie przed tymi Trybunałami prowadzi ich orzecznictwo. Na podstawie obu Statutów odpowiedzialność karną może ponosić osoba, która świadomie uczestniczyła w popełnieniu przestępstwa, a jej udział bezpośrednio i istotnie był związany z popełnieniem przestępstwa przez wspieranie jego faktycznego popełnienia przed, w trakcie i po jego dokonaniu¹⁷. Świadomość i zamiar popełnienia czynu przez sprawcę są koniecznymi warunkami poniesienia odpowiedzialności karnej¹⁸.

Konfrontując powyższe stanowisko Trybunałów z mechanizmem działania zbrodni ludobójstwa, w szczególności roli osób sprawujących władzę w państwie (niezależnie, czy jest to władza legalna, czy nielegalna), a także podstawowymi zasadami prawnomiędzynarodowej ochrony dziecka (w szczególności zasady dobra dziecka) oraz założeniem traktatowym o „niedojrzałości psychofizycznej dziecka”, nie sposób uznać, iż dziecko uwikłane w zbrodnie ludobójstwa nie jest całkowicie „świadome” swych działań, poza tym nie dokonuje ich z własnego wyboru – nie może być zatem w żaden sposób uznane za sprawcę na równi z osobami dorosłymi.

¹⁵ Jak podkreślono w raporcie Sekretarza Generalnego ONZ, celem MTKJ oraz MTKR jest stosowanie istniejącego prawa, nie zaś wprowadzenie nowych standardów czy rozwijanie zasad międzynarodowego prawa humanitarnego, por. *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of S.C. Resolution 808 (1993)*, UN Doc. S/25704 (1993), 3.05.1993, par. 29, za: J. Nowakowska-Małusecka, *op. cit.*, s. 62. Zapewne takie stanowisko podyktowane było obawą przed naruszeniem zasady nullo crimen sine lege, aczkolwiek moim zdaniem, wykładnia na gruncie Statutów obowiązującego prawa traktatowego, czy też zwyczajowego, nawet rozszerzająca, z pewnością też zasady by nie naruszyła, a jedynie przyczyniła się do pełniejszej realizacji tego prawa.

¹⁶ Zob. art. 4 Statutu Międzynarodowego Trybunału do Sądenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popełnione na Terytorium Byłej Jugosławii od 1991 roku z 25 maja 1993 r.

¹⁷ Por. *Prokurator v. Tadic*, sprawa nr IT-94-1-I, orzeczenie Izby Orzekającej z dnia 7 maja 1997 r., par. 62; *Prokurator v. Akayesu*, sprawa nr ICTR-96-4-I, orzeczenie Izby Orzekającej z dnia 2 września 1998 r., par. 478.

¹⁸ *Ibidem*.

Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego w art. 6 definiuje „ludobójstwo” także zgodnie z art. 2 Konwencji z 1948 roku, jednakże nie zawiera żadnych odniesień do form stadialnych i zjawiskowych tego typu zbrodni. Przyczyny takiego stanu rzeczy nie do końca są jasne. A. Cassese domniemuje na przykład, że być może jest to wynik braku akceptacji ze strony uczestników Konferencji Rzymskiej dla przeniesienia do Statutu MTK treści art. 3 Konwencji w sprawie ludobójstwa, w którym – jak się wydaje – projektodawcy tego dokumentu dostrzegli nie formy udziału w ludobójstwie, lecz formy odpowiedzialności karnej¹⁹.

Z drugiej strony, pewne zawężone w stosunku do art. 3 Konwencji o ludobójstwie, odniesienie się do form popełnienia zbrodni ludobójstwa, odnajdujemy w art. 25 Statutu MTK. Na jego mocy odpowiedzialności karnej i karze podlega osoba, która bezpośrednio i publicznie podżega do popełnienia ludobójstwa²⁰.

Statut MTK nie dostrzega w zasadzie specyficznego podmiotu zbrodni ludobójstwa jakim jest dziecko. W żaden sposób nie stopniuje kwalifikacji prawnej czynu, uzależniając ją na przykład od tego, czy ludobójstwo jest dokonywane na osobach dorosłych, czy też na dzieciach – podmiotach chronionych w sposób szczególny. Zaznaczyć się godzi, iż ludobójstwo, bez względu na fakt, kto jest jego ofiarą, zawsze pozostanie i winno być traktowane jako jedna z najcięższych zbrodni znanych ludzkości, jednakże swoiste wyodrębnienie w ramach jej definicji prawnej kategorii podmiotów – tj. dzieci – podlegających wyjątkowej, zwiększonej i niewzruszalnej ochronie, pozwoliłoby na dostrzeżenie specyfiki tej zbrodni w stosunku do dziecka.

Dostrzegając oczywiście niedociągnięcia i braki unormowania zbrodni ludobójstwa w Statucie MTK, choćby te wskazane powyżej, należy szczególną uwagę skierować na unormowanie jego art. 26, zgodnie z którym jurysdykcją Trybunału nie są objęte osoby, które nie ukończyły 18 roku życia w chwili popełnienia zarzucanej im zbrodni.

Interpretacja powyższego przepisu powinna prowadzić do wniosku, iż w świetle Statutu MTK dziecko uwięzione w jakikolwiek sposób w zbrodni ludobójstwa, pozostaje i winno być traktowane jako ofiara naruszeń, a nie sprawca. Przepis ten nie pozostawia żadnych niedopowiedzeń, jest jasny i oczywisty, nie pozostawia miejsca – jak w przypadku Statutów MTKJ, czy MTKR – na dywagacje na temat motywów działania, zamiaru, świadomości popełnianych przestępstw.

¹⁹ Zob. A. Cassese, *International law*, Oxford 2005, s. 107.

²⁰ Zob. art. 25 Statutu MTK.

Treść art. 26 Statutu MTK mimo pewnej lakoniczności swej treści, jest ogromnym krokiem naprzód w podejściu do prawnomiędzynarodowej ochrony dziecka biorącego udział w zbrodniach ludobójstwa. Wyłącza tym samym myślenie o takim dziecku w kategoriach wspomnianej we wstępie podrozdziału dychotomii: sprawca, czy ofiara. Ten dylemat ustępuje bowiem miejsca bezwzględnej konieczności objęcia omawianej kategorii dzieci gwarancjami ochronnymi w celu zapewnienia im pełnej ochrony ich praw i wolności, ich dobra, a także w celu reintegracji społecznej.

Jak słusznie zauważa Piotr Milik, ustalenie zawarte w Statucie MTK nie obejmuje swą jurysdykcją wewnętrznych ustawodawstw państw ani innych (hybrydowych) międzynarodowych trybunałów karnych²¹. Jednakże, nawet w sytuacji, gdy na podstawie prawa krajowego lub też statutu międzynarodowego trybunału mieszanego istnieje możliwość zastosowania jurysdykcji karnej wobec dziecka, należy te działania podjąć w zgodzie ze standardami Konwencji o Prawach Dziecka. Oczywiście, nie jest to rozwiązanie zadowalające, zwłaszcza wobec wyraźnego postulatu uznania dziecka biorącego udział w konflikcie zbrojnym za ofiarę, a nie sprawcę, aczkolwiek pozwala zagwarantować mu pewne minimum ochronne podczas procesu karnego i dostrzec specyfikę korzystania przez dziecko z praw procesowych.

Wobec powyższego, słuszne kontrowersje w doktrynie²² i nie tylko w doktrynie, wywołało włączenie w ramach jurysdykcji *ratione personae* Statutu Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone z 16 stycznia 2002 roku osób między 15 a 18 rokiem życia. Co prawda, w omawianym dokumencie znajdują się specjalne gwarancje na rzecz dzieci objętych jurysdykcją Trybunału (godne traktowanie, uwzględnienie ich młodego wiek, dążenie do przywrócenia społeczeństwu, do ponownego włączenia i podjęcia przez nie aktywnego udziału w życiu społecznym, w sposób zgodny z międzynarodowymi standardami praw człowieka, zwłaszcza praw dziecka²³), a także wymienione zostały specjalne środki karne, które mają na celu szeroko pojętą reintegrację społeczną dziecka (kuratela i nadzór, wykonywanie prac społecznych, doradztwo, opieka wychowawcza, programy szkolenia poprawczego, oświatowego i zawodowego, uczęszczanie do szkół dla nieletnich przestępców i, w razie potrzeby, objęcie programami rozbrojenia, demo-

²¹ Zob. P. Milik, *Komplementarność jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego i trybunałów hybrydowych*, Warszawa 2012, s. 169.

²² *Ibidem*, s. 170.

²³ Zob. art. 7 Statutu MTSL.

bilizacji i reintegracji lub programami agencji zajmujących się opieką nad dziećmi²⁴), niemniej jednak mocno kontrowersyjne jest w ogóle objęcie osób niepełnoletnich jurysdykcją Trybunału. Wszakże nawet Prezydent Rady Bezpieczeństwa ONZ w liście z dnia 31 stycznia 2001 roku do Sekretarza Generalnego wskazał, iż tak wrażliwą kwestią jak udział dzieci w zbrodniach ludobójstwa w Sierra Leone winien zajmować się nie Trybunał, a Komisja Prawdy i Pojednania²⁵. Również organizacje pozarządowe stanęły na stanowisku, iż specjalny trybunał nie może być odpowiednim organem dla karania dzieci, które nie mając moralnego rozeznania i właściwego przygotowania do życia społecznego, dopuszczają się najcięższych zbrodni. Ich zdaniem, najwłaściwszym organem, piętnującym zbrodnicze zachowania, ale udzielającym amnestii jest Komisja Prawdy i Pojednania²⁶.

Rozwiązania prawne przyjęte w Statucie Trybunału ds. Sierra Leone budzą wątpliwości z jeszcze jednego powodu. Mianowicie, brak w nim w zakresie jurysdykcji *ratione materiae* zbrodni ludobójstwa jako takiej. W doktrynie podkreśla się, że taki stan rzeczy wynika ze specyfiki konfliktu w Sierra Leone, gdzie motywem popełnianych zbrodni nie było „zniszczenie w całości lub części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej”.

W przypadku konfliktu w Sierra Leone dały o sobie znać braki definicji „ludobójstwa” wynikające z jej „politycznych determinantów” mających wpływ na jej treść i kształt. Skoro bowiem, według obowiązującej legalnej definicji „ludobójstwa”, nie są do niej zaliczane działania wobec „grup politycznych”, czy też „grup społecznych” w szerokim tego słowa rozumieniu, to rzeczywiście możemy uznać, iż w Sierra Leone ludobójstwa nie było. Jednakże, wobec rzeczywistej skali konfliktu w tym kraju, masowości zabójstw, wyraźnego zamiaru „eliminacji” określonych grup ludzi, a także udziału dzieci w działaniach zbrojnych, taki wniosek wydaje się nie tylko dalece uproszczony i nie oddający w pełni charakteru zjawiska ludobójstwa, ale wręcz grożący postrzeganiem tego zjawiska w sposób wybiórczy, populistyczny i upolityczniony²⁷.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ UN Doc. S/2001/95.

²⁶ Zob. *Report of the Security Council Mission to Sierra Leone*, UN Doc. S/2000/992.

²⁷ Warto zauważyć, iż w procesie powstawania Trybunału ds. Sierra Leone Rada Bezpieczeństwa początkowo rozważała objęcie jego zakresem przedmiotowym zbrodni ludobójstwa. Świadczy o tym chociażby treść Rezolucji RB ONZ z dnia 14 sierpnia 2000 r., w której przywołuje się deklarację złożoną przez Sekretarza Generalnego ONZ przy podpisywaniu porozumienia z Lome stwierdzającą, że ONZ stoi na stanowisku, iż postanowienia amnestyjne zawarte w tym porozumieniu nie dotyczą zbrodni międzynarodowych, między innymi zbrodni ludobójstwa, zob. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa S/RES/1315 (2000), 14 sierpnia 2000.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ DZIECI ZA ZBRODNIE WOJENNE I ZBRODNIE PRZECIWKO LUDZKOŚCI

Rozważania dotyczące udziału dzieci w zbrodniach wojennych i zbrodniach przeciwko ludzkości należy podjąć po pierwsze w kontekście problemu rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych, po drugie, właściwe jest przy tym ukazanie tej kwestii z perspektywy zasady rozróżniania, a także wykładni pojęcia „udział w działaniach zbrojnych” oraz form, jakie może on przyjąć.

Udział dzieci w zbrodniach popełnionych w czasie trwania konfliktu najczęściej łączony bywa z problemem rekrutacji i werbowania dzieci do oddziałów zbrojnych. Należy dodać, iż – podobnie jak w przypadku zbrodni ludobójstwa – dzieci sprawcy ciężkich naruszeń prawa humanitarnego winny być traktowane przede wszystkim jako ofiary konfliktu zbrojnego.

Warto również przypomnieć, iż głównym celem unormowań międzynarodowego prawa humanitarnego jest szeroko pojęte złagodzenie okrucieństw wojny. Stąd przecież czerpie zasada humanitaryzmu, a także zasada rozróżniania jako podstawowe reguły międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych. Elementarnego znaczenia nabiera bowiem założenie, że skoro wojna (co do zasady) jest stosunkiem między państwami, a nie między ludnością walczących ze sobą państw, to działania wojenne powinny być skierowane przeciwko siłom zbrojnym przeciwnika. Ludność cywilna, pojedyncze osoby cywilne oraz dobra kultury nie mogą być celem ataku²⁸. Zasada rozróżniania pozwala wyznaczyć pewien obszar ochronny, bowiem w uproszczeniu możemy przyjąć, iż zgodnie z zasadą rozróżniania dopuszczalne jest atakowanie celów wojskowych, natomiast zabronione są ataki na cele cywilne²⁹.

Nawiązujący do koncepcji wojny sprawiedliwej filozoficzno-etyczny podział na „walczących” i „niewalczących” nie znajduje odzwierciedlenia w praktyce,

²⁸ Szerzej na temat zasady rozróżniania: H.P. Grasser, *Międzynarodowe prawo humanitarne. Wprowadzenie*, Instytut Henry Dunant 1993, Polski Czerwony Krzyż 1997, s. 17 i n.

²⁹ Por. J. Pawłowski, A. Ciupiński (red.) *Umiędzynarodowiony konflikt wewnętrzny*, Warszawa 2001, s. 212 i n. Autorzy zwracają uwagę na fakt, iż aby można było uznać cel za wojskowy, muszą być spełnione dwa warunki: cel musi mieć charakter wojskowy bądź to ze względu na swą naturę lub funkcję pełnioną w chwili ataku; atak musi mieć uzasadnienie jako wsparcie wojennego wysiłku strony atakującej. Tak więc cel wojskowy to m.in. siły zbrojne.

zwłaszcza w przypadku dziecka biorącego udział w konflikcie zbrojnym, bowiem niemal w każdym konflikcie zbrojnym w skład sił zbrojnych mogą wchodzić osoby „niewalczące”, ale pełniące określoną rolę w siłach zbrojnych służących realizacji celu wojskowego³⁰.

Uznając za bezsporny fakt, iż dziecko w konflikcie zbrojnym może występować niejako w dwojakiej roli: albo nie jest bezpośrednio zaangażowane w konflikt i stanowi część ludności cywilnej albo pełni określoną funkcję w siłach zbrojnych, konieczne staje się prawnomaterialne rozróżnienie statusu dziecka – „substratu” ludności cywilnej oraz dziecka – członka sił zbrojnych.

Pojęcie „ludności cywilnej” zostało zdefiniowane w art. 50 Protokołu I z 1977 roku. Za ludność cywilną będziemy uważać każdą osobę nie należącą do sił zbrojnych oraz nie będącą jeńcem wojennym; obejmuje ono swym zasięgiem wszystkie osoby cywilne. Co istotne, obecność wśród ludności cywilnej nie pozabawia tej ludności jej cywilnego charakteru³¹.

Art. 51 I Protokołu dodatkowego wypełnił istniejącą lukę w prawie międzynarodowym i uregulował zasadę rozróżniania jako podstawową klauzulę, mającą zapewnić ochronę ludności cywilnej. Kluczowym unormowaniem jest wprowadzenie ogólnego zakazu ataku na ludność cywilną jako taką oraz na osoby cywilne. Zabronione są również ataki bez rozróżniania, które to pojęcie obejmuje swym zasięgiem m.in. ataki, które nie są skierowane przeciwko określonemu celowi wojskowemu³².

Podkreślić jednakże należy, iż osoby mieszczące się w kategorii „ludność cywilna” tracą swój uprzywilejowany status ochronny przyznany na mocy IV Konwencji genewskiej, jednakże – jak słusznie podkreśla się w doktrynie prawa

³⁰ Szerzej o koncepcji wojny sprawiedliwej w odniesieniu do dziecka biorącego udział w działaniach zbrojnych: M. Andrzejczak-Świątek, *op. cit.*, s. 203 i n.; patrz także: T. Żuradzki, T. Kuniński, *Etyka wojny. Antologia tekstów*, s. 7 i n.

³¹ Zob. M. Flemming, *Międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych. Prawo przeciwojenne*, Warszawa 1991, s. 361 i n.

³² Zob. *ibidem*, s. 361 i n. Niezmiennie istotna jest wykładnia przepisów Protokołów dodatkowych w kontekście innych aktów międzynarodowego prawa humanitarnego. Przykładowo, w wyroku Izby Orzekającej MTKSL przeciwko Brima, Kamara, Kanu z dnia 20 czerwca 2007 r. Trybunał uznał, iż na potrzeby art. 2 Statutu Trybunału definicja ludności cywilnej zawarta w art. 50 Protokołu dodatkowego ma szeroki zakres. Trybunał stwierdził, że istnieje różnica między osobą cywilną, a *hors de combat*. Ta ostatnia to wciąż członek sił zbrojnych. Dlatego też należy przyjąć węższą definicję ludności cywilnej celem zapewnienia przestrzegania zasady rozróżniania między osobami cywilnymi a kombatanami, zob. *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, Wyrok Izby Orzekającej z dnia 20 czerwca 2007 r.

humanitarnego „brak jest jednoznaczności w określeniu, kiedy ludność cywilna (w tym dzieci) biorą udział w działaniach zbrojnych”³³.

W orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych zdefiniowane zostały pojęcia „aktywny” oraz „bezpośredni” udział w działaniach zbrojnych³⁴.

W sprawie Lubangi MTK stwierdził, że dziecko nie bierze aktywnego udziału w działaniach zbrojnych (biorąc jednakże udział bezpośredni), jeśli jego zachowanie nie jest wyraźnie powiązane z działaniami zbrojnymi. Chodzi tu np. o czynności związane z dostarczaniem żywności czy pracę w charakterze służby domowej³⁵. Z kolei MTKSL uznał, że wykorzystywanie dzieci do aktywnego udziału w działaniach zbrojnych nie ogranicza się tylko do ich bezpośredniego zaangażowania w walkę. Jakakolwiek praca lub wsparcie, które wspomagają kontynuację operacji wojskowych, zdaniem Specjalnego Trybunału, stanowią aktywny udział w działaniach zbrojnych³⁶.

Pomijając kwestię tożsamości pojęć „aktywny” i „bezpośredni” udział w działaniach zbrojnych³⁷, najistotniejsza jest kwestia udziału dzieci w popełnianiu zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości w czasie działań zbrojnych, co wpisuje się w zakres „aktywnego”, jak również „bezpośredniego” uczestnictwa w działaniach wojennych.

Pozostawiając na boku problematykę konieczności dostrzeżenia specyfiki korzystania przez dziecko ze statusu kombatanta, zwrócić należy uwagę na kwestię penalizacji zbrodni wojennych oraz zbrodni przeciwko ludzkości w Statutach międzynarodowych trybunałów karnych.

³³ N.J. Udombana, *War is not child's play! International law and the prohibition of children's involvement in armed conflicts*, „Temple International and Comparative Law Journal” 2006, Vol. 20, No. 1, s. 77.

³⁴ A. Szpak zwraca uwagę na fakt pewnej niekonsekwencji i niejedności stanowiska doktryny oraz orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych co do definicji pojęć „aktywny” oraz „bezpośredni” w stosunku do dziecka biorącego udział w działaniach zbrojnych. Podczas, gdy doktryna oba te pojęcia uznaje za synonimy, MTK wprowadził w ich wykładni wyraźne rozróżnienie, zob. A. Szpak, *Niezamierzone konsekwencje orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Karnego w sprawie Lubangi w kontekście zbrodni wykorzystywania dzieci do aktywnego udziału w działaniach zbrojnych*, [w:] E. Karska (red.), *op. cit.*, s. 293–300.

³⁵ Zob. *Prosecutor v. Lubanga*, Izba Orzekająca MTK, 2012, par. 623.

³⁶ Zob. *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, Izba Orzekająca MTKSL, 2007, par. 737.

³⁷ Pojęcie „aktywny udział w działaniach zbrojnych” ma bowiem szerszy zasięg od pojęcia „bezpośredni”, por. A. Szpak, *Niezamierzone konsekwencje orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Karnego w sprawie Lubangi w kontekście zbrodni wykorzystywania dzieci do aktywnego udziału w działaniach zbrojnych*, [w:] E. Karska (red.), *op. cit.*, s. 298.

Statut MTKBJ oraz MTKR nie posługują się wprost pojęciem „zbrodnie wojenne”, używając określenia „ciężkie naruszenia konwencji genewskich z 1949 roku”. Do owych „ciężkich naruszeń” oba Statuty zaliczają: umyślne zabójstwo, torturowanie lub nieludzkie traktowanie, włączając w to doświadczenia biologiczne, umyślne sprawianie wszelkich cierpień albo ciężkie uszkodzenie ciała lub zdrowia, niszczenie i przywłaszczenie majątku nie usprawiedliwione koniecznością wojkową i dokonywane na wielką skalę w sposób niedozwolony i samowolny, zmuszanie jeńca wojennego lub osoby cywilnej do służby w siłach zbrojnych mocarstwa nieprzyjacielskiego, umyślne pozbawienie jeńca wojennego lub osoby cywilnej prawa do tego, by byli sądzeni w sposób słuszny i bezstronny, bezprawna deportacja lub przeniesienie albo bezprawne pozbawienie wolności osoby cywilnej, branie osób cywilnych jako zakładników³⁸.

Różny jest zakres penalizacji w Statutach międzynarodowych trybunałów karnych zbrodni przeciwko ludzkości. „Tizon” w postaci katalogu czynów objętych tego typu zbrodniami jest podobny. Zarówno Statut MTKBJ, jak również Statuty MTKR oraz MTKSL zaliczają do nich: zabójstwo, eksterminację, niewolnictwo, deportację, uwięzienie, torturowanie, zgwałcenie, prześladowanie z powodów politycznych, rasowych i religijnych, inne czyny nieludzkie – przy czym Statut MTKSL włącza do zbrodni przeciwko ludzkości niewolnictwo seksualne, przymusową prostytucję, wymuszoną ciążę oraz inne formy przemocy seksualnej³⁹.

Jednakże, Statut MTKBJ wyraźnie stwierdza, iż zbrodnia przeciwko ludzkości musi być „popełniona przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej podczas konfliktu zbrojnego, niezależnie od tego, czy konflikt miał charakter międzynarodowy czy wewnętrzny”, natomiast Statut MTKR operuje zgoła innym warunkiem, zgodnie z którym zbrodnie te winny być „popełnione w ramach szeroko zakrojonych i systematycznych ataków przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej z powodów narodowych, politycznych, etnicznych, rasowych, czy religijnych”, co z kolei koreluje (aczkolwiek nie w pełni) z rozwiązaniem przyjętym w Statucie MTKSL, gdzie posłużono się tylko zwrotem: „(...) popełniły następujące zbrodnie w ramach szeroko zakrojonych i systematycznych ataków przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej”.

Pewną systematyzację w powyższej kwestii wprowadza Statut MTK wyraźnie kategoryzując czyny zabronione na mocy Statutu, wyróżniając zbrodnie ludobójstwa i zbrodnie wojenne jako przestępstwa objęte jurysdykcją Trybunału⁴⁰.

³⁸ Art. 2 Statutu MTKBJ; art. 2 Statutu MTKR.

³⁹ Art. 5 Statutu MTKBJ; art. 3 Statutu MTKR; art. 2 Statutu MTKSL.

⁴⁰ Art. 5 Statutu MTK.

Na potrzeby Statutu MTK posłużono się pojęciem „zbrodni przeciwko ludzkości” w odniesieniu do „(...) czynów popełnionych w ramach rozległego lub systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej”. Oprócz przestępstw wskazanych powyżej, do katalogu zbrodni przeciwko ludzkości Statut MTK dołącza: prześladowanie jakiegokolwiek możliwej do zidentyfikowania grupy lub zbiorowości z powodów politycznych, rasowych, narodowych, etnicznych, kulturowych, religijnych, płci, lub z innych powodów powszechnie uznanych za niedopuszczalne na podstawie prawa międzynarodowego, wymuszone zaginięcia osób oraz zbrodnie apartheidu⁴¹.

W odniesieniu do zbrodni wojennych, Statut MTK w katalogu czynów zaliczanych do tego typu przestępstw, zawarł fragmenty przepisów, a nawet całe przepisy Regulaminu haskiego z 1907 roku, Konwencji genewskich z 1949 roku oraz Protokołów dodatkowych z 1977 roku, penalizując zachowania naruszające gwarancje w nich zawarte. Niewątpliwie, stanowi to o kodyfikacji zbrodni wojennych w kontekście potwierdzenia indywidualnej odpowiedzialności karnej za ich popełnienie⁴².

Kwestia odpowiedzialności indywidualnej za zbrodnie wojenne oraz zbrodnie przeciwko ludzkości przedstawia się analogicznie do omówionej powyżej odpowiedzialności z zbrodnie ludobójstwa. Wnioski płynące z jurysdykcji *ratione personae* międzynarodowych trybunałów karnych względem dziecka są także podobne.

Warto jednak zwrócić uwagę na umieszczenie w Statucie MTK wśród zbrodni wojennych wcielania lub werbowania dzieci poniżej piętnastego roku życia do sił zbrojnych lub używania ich w działaniach zbrojnych⁴³, przy jednoczesnym wyłączeniu jurysdykcji wobec osób poniżej osiemnastego roku życia⁴⁴. Świadczy to o postępowości Trybunału przejawiającej się w wyraźnym dostrzeżeniu stanowiska Komitetu Praw Dziecka ONZ o konieczności postrzegania dziecka – sprawcy najcięższych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego jako przede wszystkim ofiary konfliktu zbrojnego. Ofiary szczególnej, wymagającej specjalnej troski.

⁴¹ Art. 7 Statutu MTK.

⁴² Art. 8 Statutu MTK.

⁴³ Art. 8 ust. 2 pkt (vii) Statutu MTK.

⁴⁴ Art. 26 Statutu MTK.

UWAGI KOŃCOWE

Nie budzi wątpliwości fakt, iż z punktu widzenia regulacji traktatowych dotyczących ochrony praw dziecka uwikłanego w konflikt zbrojny, dziecko – żołnierz nie jest chronione w sposób dostateczny przed okrucieństwami wojny. Dotyczy to również brania bezpośredniego udziału w popełnianiu zbrodni wojennych i zbrodni ludobójstwa.

Z tych względów, jak najbardziej konieczny byłby rozwój norm międzynarodowego prawa karnego w kierunku nie tylko wykształcenia zasady zakazu prawnokarnej odpowiedzialności dziecka za czyny popełnione w związku z rekrutacją do oddziałów zbrojnych, ale również obowiązek dalszej ochrony prawnej takiego dziecka, niejako *post factum*, w celu przywrócenia go społeczeństwu. Nie można bowiem mówić o jakiegokolwiek zasadzie braku odpowiedzialności dziecka za zbrodnie wojenne i zbrodnie ludobójstwa w sytuacji, gdy w wielu państwach funkcjonują sądy i trybunały wymierzające „sprawiedliwość” wobec dzieci wykorzystywanych w konfliktach zbrojnych.

Poza tym, dokonując analizy prawnomiędzynarodowej jakiegokolwiek problemu dotyczącego ochrony praw dziecka, warto spojrzeć na niego w sposób komplementarny – dostrzegając wspomnianą już potrzebę holistycznej wykładni praw dziecka. Nie można bowiem interpretować regulacji kształtujących status dziecka – sprawcy zbrodni ludobójstwa, czy zbrodni wojennych, pomijając standardy określone przez Konwencję o prawach dziecka i utrwalone między innymi przez Komitet Praw Dziecka. Podstawowy wniosek płynący z tych standardów jest oczywisty: dziecko nie jest osobą dorosłą i nie może być we wszystkich sytuacjach traktowane jako osoba dorosła. Nie pozwala na to brak pełnej dojrzałości psychicznej i fizycznej dziecka. Winno to determinować zakres odpowiedzialności dziecka uwikłanego w dramat wojny, gdy zaciera się granica między byciem ofiarą a sprawcą.

Prawo międzynarodowe w zasadzie dostrzega ową potrzebę, aczkolwiek największym problemem i wyzwaniem staje się kwestia skutecznej i pełnej ochrony dziecka przed rekrutacją do oddziałów zbrojnych i wykorzystywaniem w działaniach wojennych, co pociąga za sobą ograniczenie problemu odpowiedzialności dziecka za zbrodnie popełnione w czasie trwania konfliktu zbrojnego.

Marta Pietras-Eichberger*

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA ZBRODNIĘ AGRESJI – FIKCJA CZY SZANSA NA ZMIANĘ PRAKTYKI PAŃSTW?

UWAGI WSTĘPNE

Do najważniejszych dokumentów, których celem jest delegalizacja wojny w prawie międzynarodowym i wyeliminowanie tego sposobu rozwiązywania sporów między państwami niewątpliwie zaliczyć należy Pakt Brianda-Kellogga¹ oraz Kartę Narodów Zjednoczonych (KNZ)². Głównym celem ONZ, określonym w art. 1 KNZ jest utrzymanie pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego. Dla realizacji tego celu państwa przyjęły zobowiązanie powstrzymywania się od stosowania groźby lub użycia siły przeciwko nietykalności terytorium albo niepodległości politycznej któ-

* dr Marta Pietras-Eichberger, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Przemysłu

¹ W art. 1 Paktu Brianda-Kellogga podpisanego w dniu 27 sierpnia 1928 r. w Paryżu (wszedł w życie 24 lipca 1929 r.) państwa „oświadczyły uroczystie imieniem swoich ludów, że potępiają uciekanie się do wojny celem załatwiania sporów międzynarodowych i wyrzekają się jej jako narzędzia polityki narodowej w ich wzajemnych stosunkach”, Dz.U. z 1929 r. Nr 63, poz. 489.

² Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych podpisane w San Francisco w dniu 26.06.1945 r., Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90.

regokolwiek państwa (art. 2 ust. 4 Karty NZ). Pozostawienie w art. 51 KNZ dwóch wyjątków w postaci samoobrony indywidualnej i zbiorowej jest niestety źródłem nadużyć ze strony wielu państw, które w różny sposób próbują usprawiedliwić prowadzone przez siebie wojny. Jak jednak słusznie zauważył R. Kagan, system międzynarodowy od zawsze uwzględniał interesy i wartości najsilniejszych podmiotów i każdy ład międzynarodowy ulega zmianom w zależności od tego, do kogo należy władza. Prowadzenie polityki zagranicznej z pozycji siły lub przy użyciu siły może doprowadzić do utrwalenia się takiego sposobu rozwiązywania sporów przez państwa. Wówczas ład może przekształcić się w trwały nieład³.

Próbując temu zapobiec państwa podjęły się zdefiniowania zbrodni przeciwko pokojowi i tym samym wyeliminowania agresji we wzajemnych stosunkach⁴.

Należy się natomiast zastanowić, czy faktycznie istnieje realna możliwość penalizacji zbrodni agresji, czy też art. 8 bis wprowadzony do Statutu MTK⁵ pozostanie martwą literą. W tym celu zasadne jest dokonanie analizy przypadku na przykładzie aktualnie trwającego konfliktu zbrojnego. Analizie poddano kryzys na Ukrainie, który w zależności od wielu czynników, w tym uznania go za konflikt zbrojny międzynarodowy, niem międzynarodowy lub umiędzynarodowiony, mógłby stać się precedensem w zakresie penalizacji zbrodni przeciwko pokojowi. Rozważania mają jednak charakter czysto teoretyczny, gdyż w chwili obecnej, ani Ukraina ani Rosja nie są stronami Statutu⁶.

³ R. Kagan, *The World America Made*, Nowy Jork 2013, s. 5.

⁴ W dniu 3 lipca 1933 r. w Londynie podpisana została Konwencja o określeniu napaści. W art. 2 przedmiotowej Konwencji zdefiniowano po raz pierwszy napastnika, a zatem agresora. Uznano, że napastnikiem jest państwo, które: wypowiedzie wojnę innemu państwu; dokona najazdu na terytorium innego państwa przy pomocy swoich sił zbrojnych, nawet bez wypowiedzenia wojny; zaatakuje przy pomocy swoich sił lądowych, morskich lub powietrznych terytorium, okręty lub samoloty innego państwa, nawet bez wypowiedzenia wojny; przeprowadzi blokadę morską wybrzeża lub portów innego państwa; udzieli poparcia zorganizowanym na jego terytorium uzbrojonym bandom, które dokonają najazdu na terytorium innego państwa lub odmówi państwu najechanemu przyjęcia zarządzeń pozbawiających powyższe bandy pomocy i opieki (Dz.U. Nr 93, poz. 712). Konwencja z 1933 r. co prawda nie zapobiegła wybuchowi II wojny światowej, ale była podstawą pociągnięcia do odpowiedzialności karnej niemieckich przywódców przed MTW w Norymberdze. Zob. M. Matysiak, P. Domagała, *Międzynarodowe Trybunały Karne oraz instrumenty sprawiedliwości transzycytowej*, Warszawa 2012, s. 52.

⁵ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie w dniu 17.07.1998 r., Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708.

⁶ Stronami Statutu MTK są 123 państwa, a 31 państw podpisało Statut, ale go jeszcze nie ratyfikowało. Do tych państw zalicza się m.in. Rosja (13.09.2000) i Ukraina (20.01.2000). Dane

AKT AGRESJI-BEZPRAWNE UŻYCIE SIŁY ZBROJNEJ

Realna możliwość ukarania sprawcy agresji na Ukrainę uzależniona jest od kilku czynników. Przede wszystkim od ustalenia, jakie działania stanowią napaść zbrojną i określenia czy każde bezprawne użycie siły zbrojnej stanowi napaść zbrojną. Zauważyć bowiem należy, iż w rozstrzygnięciach MTS nie każde naruszenie zakazu użycia siły stanowi napaść zbrojną. W sprawie platform wiertniczych z 2003 r.⁷ za napaść zbrojną nie zostały uznane akty użycia siły o mniejszym stopniu ciężkości i tym samym nie uznano prawa Stanów Zjednoczonych do użycia sił zbrojnych w ramach samoobrony. W orzeczeniu tym powołano się na sprawę Nikaragui przeciwko Stanom Zjednoczonym z 1986 r., w której MTS zrównał pojęcie napaści zbrojnej z pojęciem aktu agresji⁸. W ramach bezprawnego użycia siły zbrojnej MTS rozróżnił akty o największym stopniu ciężkości, kwalifikowane jako napaść zbrojną oraz akty o mniejszym stopniu ciężkości, które stanowią co prawda naruszenie zakazu użycia siły zbrojnej, ale nie stanowią napaści zbrojnej, czyli aktu agresji. Stanowisko MTS w tym zakresie poddawane jest jednak krytyce ze względu na trudności w obiektywnym ustaleniu stopnia ciężkości poszczególnych aktów użycia siły zbrojnej, pozwalających zakwalifikować daną napaść jako akt agresji lub tylko jako bezprawne użycie siły zbrojnej⁹. W tym drugim przypadku państwo jest pozbawione nie tylko możliwości skorzystania z prawa do samoobrony na podstawie art. 51 KNZ, ale też z możliwości przypisania aktu agresji danemu państwu i pociągnięcia konkretnej osoby do odpowiedzialności karnej za zbrodnię agresji.

Tymczasem państwa stosując różne argumenty próbują usprawiedliwić swoją agresję względem innych państw lub strony przeciwnej w wojnie nie-

dostępne na: https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xspxp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=585(dostęp: 01.01.2015).

⁷ Wyrok MTS sprawie Oil Platforms przeciwko Stanom Zjednoczonym Ameryki Północnej z dnia 6.11.2003 r., I. C. J. Reports, s. 161 i n. Wyrok dostępny na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf> (dostęp: 01.03.2015).

⁸ Wyrok MTS w sprawie Nikaragua przeciwko Stanom Zjednoczonym Ameryki Północnej z dnia 27.06.1986 r., I.C.J. Reports 1986, s. 14 i n. §195. Wyrok dostępny na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> (dostęp: 01.03.2015).

⁹ M. Kowalski, *Napaść zbrojna w prawie międzynarodowym – w poszukiwaniu współczesnej definicji*, „Studia Prawnicze” 2008, z. 3, s. 62–66.

międzynarodowej. Postanowienia zawarte w KNZ wydają się być coraz bardziej niedostosowane do współczesnych realiów. Bez wątpienia KNZ spełniła swoją rolę w okresie zimnej wojny, ale obecnie zagrożenia dla pokoju płyną ze strony podmiotów niepaństwowych takich jak międzynarodowe organizacje terrorystyczne lub grupy ekstremistyczne. Legalna definicja agresji była przedmiotem długotrwałych debat, których efektem jest art. 8 bis wprowadzony do Statutu MTK¹⁰ podczas konferencji rewizyjnej w Kampali w 2010 r.¹¹

W ustępie 2 art. 8 bis za akt agresji uznano działania opisane w rezolucji nr 3314 z 1974 r.¹² Agresją określono użycie siły zbrojnej przez państwo przeciwko suwerenności, terytorialnej integralności lub politycznej niezawisłości drugiego państwa albo w inny sposób niezgodny z Kartą NZ. Ponadto w rezolucji tej zawarto katalog czynów, które należy uznać za akt agresji. Wśród aktów agresji wymieniono: inwazję lub atak na terytorium innego państwa przy pomocy sił zbrojnych jakiegoś państwa lub każda wojskowa okupacja, chociażby tymczasowa, wynikająca z takiej inwazji lub ataku, lub wszelka aneksja terytorium innego państwa lub jego części przy użyciu siły; bombardowanie terytorium jakiegoś państwa przez siły zbrojne innego państwa lub użycie jakiejkolwiek broni przez państwo przeciwko terytorium innego państwa; blokada portów lub wybrzeży jakiegoś państwa przez siły zbrojne innego państwa; atak za pomocą sił zbrojnych jakiegoś państwa na siły lądowe, morskie lub powietrzne lub flotę morską lub powietrzną innego państwa; użycie sił zbrojnych jednego państwa, znajdujących się na terytorium innego państwa za zgodą państwa przyjmującego, naruszające warunki ustanowione w porozumieniu lub wszelkie przedłużenie ich obecności na takim terytorium poza okres wygaśnięcia porozumienia; działalność jakiegoś państwa, które oddało do dyspozycji innego państwa swe terytorium, zezwalająca na użycie go przez to państwo dla popełnienia aktu agresji przeciwko państwu trzeciemu; wysyłanie przez jakieś państwo lub w jego państwie uzbrojonych band, grup, sił nieregularnych lub najemnych, które dopuszczają się aktów zbrojnych

¹⁰ <http://www.iccnw.org/?mod=aggression> (dostęp: 01.02.2015).

¹¹ Konferencja przeglądowa Statutu MTK odbyła się w dniach 30 maja-11 czerwca 2010 r. w Kampali. Uczestniczyły w niej delegacje z ok. 84 państw oraz 32 niepaństwowych podmiotów. Zob. www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-INF.1-reissued-ENG_FRA_SPA.pdf oraz J. Trahan, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference*, „International Criminal Law Review” 2011, No. 11.

¹² Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego NZ nr 3314 (1974) przyjęta w dniu 14 grudnia 1974 r., tekst w: B. Wierzbicki, *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, Białystok 2000, s. 424-426.

o takiej doniosłości przeciwko innemu państwu, że oznaczają akty wyżej wymienione lub oznaczają mieszanie się do nich¹³.

Niewątpliwie art. 8 bis wprowadzony do Statutu MTK zaadoptował treść rezolucji 3314. W świetle jej postanowień nie każdy akt agresji musi być za taki uznany przez Radę Bezpieczeństwa ONZ, która na podstawie art. 39 KNZ posiada kompetencje do stwierdzenia zaistnienia aktu agresji i podjęcia dalszych środków na podstawie rozdziału VII KNZ. W tym kontekście należy podkreślić, iż rezolucja zrównuje akt agresji z napaścią zbrojną. Akt agresji jest jednak pojęciem szerszym, gdyż obejmuje również groźbę użycia siły¹⁴.

Mając na uwadze kwestię kwalifikacji określonych działań jako użycie siły zbrojnej podkreślić należy, iż atak przeciwko państwu w obecnych czasach może przybrać formę niekonwencjonalną z użyciem niekonwencjonalnej broni. Przykładem jest wojna informacyjna, na którą składają się m.in. takie działania jak: szpiegostwo, obserwacja, manipulacja faktami, fałszowanie dokumentów, wykradanie tajemnic, fałszowanie poczty elektronicznej, manipulowanie percepcją, użycie broni elektronicznej itd. Niektóre z tych działań są przestępstwem (np. fałszowanie dokumentów), inne są co prawda legalne (np. manipulowanie percepcją), ale nieetyczne. Celem wojny informacyjnej jest zatem wykorzystanie lub zniszczenie zasobów informacji strony przeciwnej, albo też zaprzeczenie informacjom po to, aby osiągnąć jakiś cel lub zwycięstwo nad przeciwnikiem¹⁵. Konsekwencje ataku przeprowadzonego na systemy informacyjne państw lub państwa mogą mieć niebezpieczne skutki dla całej społeczności międzynarodowej, np. włamanie do systemu nawigacyjnego i dokonanie zmian trasy lotów może spowodować katastrofy lotnicze. W wojnie informacyjnej mniejszą rolę odgrywa sprzęt, a większą ideologia i percepcja, poprzez manipulowanie którą ludność danego państwa będzie się zachowywała w sposób pożądaný przez stronę wojującą (np. będzie popierać aneksję części terytorium innego państwa)¹⁶.

Podkreślić również należy opiniotwórczą rolę mediów w konfliktach nowej ery oraz sposób manipulowania przekazem medialnym przez władze państwowe. Akceptacja przez społeczność międzynarodową określonych działań zbrojnych, a tym samym poparcie moralne tych działań uzależnione jest od przekazu me-

¹³ M. Matysiak, P. Domagała, *op. cit.*, s. 53.

¹⁴ M. Kowalski, *op. cit.*, s. 69–70.

¹⁵ D.E. Dennig, *Wojna informacyjna i bezpieczeństwo informacji*, Warszawa 2002, s. 11.

¹⁶ *Ibidem*, s. 21.

dialnego. Celem manipulacji mediami jest zmylenie opinii publicznej we własnym państwie lub w państwie przeciwnika¹⁷.

Uwzględniając fakt, iż akt agresji obejmuje również groźbę użycia siły, również agresywna polityka z użyciem wojennej retoryki prowadzona przez jedno państwo względem innego wypełnia znamiona aktu agresji.

PROBLEM KWALIFIKACJI WYDARZEŃ NA UKRAINIE W LATACH 2013–2014 JAKO AKTU AGRESJI

W odniesieniu do możliwości penalizacji zbrodni agresji istotny jest podział wojen ze względu na kryterium podmiotów biorących udział w konflikcie. W środowisku międzynarodowym wyróżniamy konflikty międzynarodowe, niemiedzynarodowe i umiędzynarodowione¹⁸.

Kolejnym zatem czynnikiem, od którego uzależniona jest możliwość penalizacji zbrodni agresji na Ukrainie jest uznanie wydarzeń na Ukrainie jako konfliktu wewnętrznego, umiędzynarodowionego lub międzynarodowego.

Konfliktem międzynarodowym jest walka rozciągnięta w przestrzeni i czasie, w której uczestniczą dwa lub więcej integralne podmioty prawne, posiadające pełną zdolność prawnomiędzynarodową¹⁹. Definicja konfliktu międzynarodowego zawarta jest w art. 1 I Protokołu dodatkowego do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (I PD)²⁰, którego stronami są 174 państwa, w tym od 1989 r. Rosja,

¹⁷ Przykładem manipulacji mediami jest przekaz medialny operacji „Pustynna burza”. Do relacjonowania wydarzeń z pola walki dopuszczeni byli głównie dziennikarze amerykańscy i brytyjscy, którzy inspirowani przez oficerów prasowych sił aliantów przedstawili operację jako walkę prowadzoną punktowo przeciwko siłom Husajna przy maksymalnym oszczędzaniu ludności cywilnej. Starano się nie pokazywać ofiar tej wojny, ani zniszczeń, jakie były jej konsekwencją. Zob. J. Pawłowski, A. Ciupiński (red.), *Umiędzynarodowiony konflikt zbrojny*, Warszawa 2001, s. 257–258.

¹⁸ J. Reginia-Zacharski, *Wojna w świecie współczesnym. Uczestnicy. Cele. Modele. Teorie*, Łódź 2014, s. 160.

¹⁹ R. Bierzanek, *Nowe koncepcje w dziedzinie poszanowania praw człowieka w czasie konfliktów zbrojnych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1970, nr 3, s. 365.

²⁰ I Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, sporządzony w Genewie w dniu 8 czerwca 1977 r., Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175, załącznik.

a od 1990 r. Ukraina²¹. Zgodnie z art. 1 ust. 4 I PD za konflikt o charakterze międzynarodowym należy ponadto uznać walki narodowowyzwoleńcze pod warunkiem, iż są to walki przeciw panowaniu kolonialnemu i obcej okupacji, a także przeciw reżimowi rasistowskiemu, a walczący lud wykonuje swoje prawo do samostanowienia przewidziane w KNZ.

Natomiast w art. 1 ust. 1 Protokołu dodatkowego do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (II PD)²² zastosowano negatywną definicję konfliktu niemiędzynarodowego poprzez określenie zakresu materialnego stosowania tego protokołu we wszystkich konfliktach zbrojnych, które nie są objęte art. 1 I PD i które toczą się na terytorium strony między jej siłami zbrojnymi a rozłamowymi siłami zbrojnymi lub innymi zorganizowanymi uzbrojonymi grupami, pozostającymi pod odpowiedzialnym dowództwem i sprawującymi taką kontrolę nad częścią terytorium, że mogą prowadzić ciągłe i spójne operacje wojskowe oraz stosować postanowienia II PD. Warto zaznaczyć, że stronami II PD jest 168 państw, w tym również od 1989 r. Rosja, a od 1990 r. Ukraina²³. Oba państwa są zatem związane postanowieniami I i II PD. Kwalifikacja prawna konfliktu na Ukrainie budzi jednak wiele wątpliwości. Niewątpliwie najprościej byłoby zakwalifikować ten konflikt jako umiędzynarodowiony konflikt wewnętrzny. Jednak w wiążącym prawie międzynarodowym nie ma definicji konfliktu umiędzynarodowionego.

Analizując elementy definicji niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego należy stwierdzić, iż na części terytorium Ukrainy prowadzone są walki przy użyciu broni pomiędzy siłami rządowymi a prorosyjskimi bojownikami, którzy pozostają pod odpowiedzialnym dowództwem. Dowództwo to ulega co prawda ciągłym zmianom, ale zachowana jest ciągłość władzy, umożliwiającą sprawowanie takiej kontroli nad wschodnią częścią terytorium Ukrainy, że mogą prowadzić ciągłe i spójne operacje wojskowe oraz stosować postanowienia II PD. Kryzys na Ukrainie zapoczątkowały w dniu 21 listopada 2013 r. antyrządowe protesty na Majdanie Niepodległości w Kijowie, których celem było zmuszenie ówczesnych

²¹ https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xspxp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=470 (dostęp: 01.12.2014).

²² II Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych, sporządzony w Genewie w dniu 8 czerwca 1977 r., Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175, załącznik.

²³ https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xspxp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=475 (dostęp: 01.12.2014).

władz Ukrainy do podpisania umowy stowarzyszeniowej z Unią Europejską. W krótkim czasie protesty przybrały na sile i objęły kolejne miasta m.in. Donieck i Charków. Dochodziło do starć demonstrantów z siłami rządowymi (Berkutem), co spowodowało przekształcenie protestów w zamieszki z ofiarami śmiertelnymi i rannymi. W tym czasie podejmowane były próby zawarcia porozumienia pomiędzy opozycją a ówczesnymi władzami Ukrainy z prezydentem W. Janukowyczem na czele. W dniu 28 stycznia 2014 r. do dymisji poddał się premier Azarow, a prezydent Janukowycz podpisał ustawę o amnestii dla zatrzymanych w związku z wydarzeniami na Majdanie.

W lutym wybuchają jednak ponowne walki pomiędzy zwolennikami opozycji i milicją. Na skutek mediacji ministrów spraw zagranicznych Polski, Francji i Niemiec dochodzi do podpisania porozumienia pomiędzy Janukowyczem a opozycją, w efekcie czego na wolność wychodzi była premier Ukrainy Julia Tymoszenko. W tym czasie prezydent Janukowycz ucieka z Kijowa. W wyniku podejrzeń o udział w masowych zbrodniach na ludności cywilnej zostaje za nim wysłany międzynarodowy list gończy. Parlament zatwierdza nowy rząd z premierem Jaceniukiem na czele. Federacja Rosyjska oświadcza, że nie uznaje nowych władz Ukrainy²⁴.

W dniu 28 lutego 2014 r. na terytorium Ukrainy pojawili się rosyjscy żołnierze. Dnia 1 marca nowy premier Ukrainy żąda od Rosji natychmiastowego wycofania żołnierzy do miejsc ich stałego rozmieszczenia na Krymie. Tego samego dnia na wniosek prezydenta Rosji – Władimira Putina, wyższa izba parlamentu Federacji Rosyjskiej – Rada Federacji wyraziła zgodę na użycie Sił Zbrojnych na terytorium należącym do Ukrainy. Wydaje się, iż od tego momentu można uznać faktyczne zaangażowanie się Rosji jako jednej ze stron konfliktu²⁵. W kolejnych dniach „nieznani sprawcy” popularnie określani jako zielone ludziki²⁶ zajmują budynki należące do rządu i parlamentu na Krymie. W budynku Rady Najwyższej wywieszona została rosyjska flaga. Dochodzi do starć zbrojnych pomiędzy zwolennikami rządu ukraińskiego i Rosji. W dniu 6 marca Parlament Krymu

²⁴ J. Tekień, *Ukraina 2014 – wnioski dla Polski*, [w:] W. Kustra, J. Truchan, K. Pobuta (red.), *Współczesne uwarunkowania bezpieczeństwa Polski*, Jarosław 2014, s. 13–14.

²⁵ M. Klaja, M. Wojenka, *Konflikt Ukraina–Rosja i jego wpływ na bezpieczeństwo Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] W. Kustra, J. Truchan, K. Pobuta (red.), *op. cit.*, s. 71.

²⁶ Zob. artykuł prasowy pt. *Żołnierze w mundurach armii rosyjskiej, ale bez żadnych dystynkcji*, dostępny na: http://wyborcza.pl/1,75477,16340882,Na_Ukrainie_pojawily_sie_zielone_ludziki_Rosjanie.html#ixzz3YttQWLE8 (dostęp: 30.03.2015).

opowiedział się za wejściem Autonomii w skład Federacji Rosyjskiej. W wyniku przeprowadzonego na terytorium Autonomii Republiki Krymskiej i wydzielonego miasta Sewastopol w dniu 16 marca 2014 r. referendum za przyłączeniem do Rosji opowiedziało się 96,8% głosujących. W dniu 18 marca 2014 r. Rosja proklamowała aneksję Krymu, co można uznać za pierwszy, zakończony sukcesem etap działań podjętych przez to państwo przeciwko Ukrainie²⁷.

Wkrótce Rosja rozpoczęła rozmieszczanie swojej armii tuż przy wschodniej granicy Ukrainy. W okolicach kontrolowanego przez separatystów granicznego punktu w Izwarinie granicę przekroczyło kilkadziesiąt opancerzonych wozów przewożących bojowników i broń z Rosji na wschód Ukrainy. A.F. Rasmussen – ówczesny Sekretarz Generalny NATO sytuację tę określił jako „jasną demonstrację rosyjskiego zaangażowania w destabilizowanie sytuacji na wschodniej Ukrainie”²⁸. W tym czasie w obwodach donieckim oraz ługańskim toczą się walki pomiędzy siłami rządowymi a prorosyjskimi separatystami wspieranymi przez Rosję, która jednocześnie zaprzecza jakoby brała bezpośredni udział w wydarzeniach na Ukrainie.

W dniu 26 października 2014 r. na Ukrainie odbywają się wybory parlamentarne, z których jednak wyłączono 15 okręgów w obwodach donieckim i ługańskim. Zwycięstwo odniósł blok nowego prezydenta Ukrainy – Petro Poroszenki. W dniu 2 listopada 2014 r. w domagających się niepodległości, samowwających republikach – donieckiej i ługańskiej zostały przeprowadzone wybory, w których wyłoniono parlamentarzystów i szefów władzy wykonawczej²⁹. Jednocześnie media donoszą o kolejnych walkach i zamieszkach mimo licznych prób zażegnania konfliktu przez członków Unii Europejskiej.

Zauważyć również należy, iż w art. 1 ust. 2 II PD określono, iż protokół ten nie ma zastosowania do „takich wewnętrznych napięć i niepokojów jak ruchy, odosobnione i sporadyczne akty przemocy oraz inne działania podobnego rodzaju, które nie są uważane za konflikt zbrojny”. Definicja konfliktu międzynarodowego nie obejmuje zatem ww. sytuacji. W doktrynie funkcjonuje pogląd, według którego za początek konfliktu zbrojnego uznaje się rok, w którym liczba zabitych wyniosła 1000 osób. Wskazuje się ponadto, iż do liczby tej powinno

²⁷ M. Klaja, *op. cit.*, s. 72.

²⁸ <http://wiadomości.onet.pl/swiat/bialy-konwoj-na-ukrainie-nato-potwierdza-wtargniecie-rosjan/lr6cv> (dostęp: 30.11.2014).

²⁹ <http://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/analizy/2014-10-29/mocny-glos-na-rzecz-reform-ukraina-po-wyborach-parlamentarnych> (dostęp: 30.11.2014).

się doliczać ofiary wśród ludności cywilnej. Wynika to z nowej specyfiki wojen, podczas których strategia wojenna oparta jest na celowym popełnianiu zbrodni międzynarodowych skierowanych przeciwko ludności cywilnej³⁰. Według tego kryterium bez wątpienia wydarzenia na Ukrainie można zakwalifikować jako wojnę z uwagi na fakt, iż według danych komisji śledczej ONZ ds. praw człowieka na Ukrainie tylko w okresie od kwietnia 2014 r. do lutego 2015 r. zginęło 6 tysięcy osób³¹. Nawet w przypadku uznania, iż wydarzenia na Ukrainie w początkowym okresie miały charakter konfliktu niemiędzynarodowego, to obecny stan faktyczny upoważnia do zakwalifikowania tego konfliktu jako międzynarodowego. Oczywiście powstaje wątpliwość dotycząca podmiotu właściwego do uznania danej sytuacji w państwie za konflikt o określonym charakterze. W praktyce o uznaniu danego konfliktu za konflikt międzynarodowy lub wewnętrzny decyduje społeczność międzynarodowa³². Niestety w konflikcie na Ukrainie szczególnie intensywna jest rosyjska retoryka, której celem jest przekonanie światowej opinii publicznej o braku interwencji bezpośredniej Rosji w sprawę Ukrainy.

Należy jednak podkreślić, iż w przypadku uznania wydarzeń na Ukrainie za konflikt o charakterze niemiędzynarodowym lub konflikt umiędzynarodowiony prawo międzynarodowe w obszarze penalizacji zbrodni agresji nie ma zastosowania, gdyż w świetle definicji z Kampali akt agresji rozumiany jest jako użycie sił zbrojnych przez państwo przeciwko suwerenności, integralności terytorialnej lub niezależności politycznej innego państwa lub w każdy inny niezgodny z KNZ sposób. Definicja aktu agresji nie obejmuje wszczęcia konfliktu o charakterze wewnętrznym³³. W świetle definicji agresji zawartej w art. 8 bis Statutu MTK nie będzie możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności podmiotu niepaństwowego np. przywódcy prorosyjskich bojowników walczących przeciwko władzom Ukrainy. Powstaje zatem pytanie czy zawarta w art. 8 bis Statutu MTK definicja zbrodni powinna być interpretowana dosłownie i nie może być rozszerzana w drodze analogii. Można ponadto postawić pytanie: czy

³⁰ J. Reginia-Zacharski, *op. cit.*, s. 158–159.

³¹ <http://www.rmfm24.pl/raport-ukraina/fakty/news-nowy-bilans-ofiar-konfliktu-na-ukrainie,nId,1681516> (dostęp: 03.03.2015).

³² Przykładem jest casus Chorwacji i Federalnej Republiki Jugosławii. W 1991 r. Chorwacja notyfikowała zamiar odłączenia się od b. Jugosławii, co spowodowało wybuch konfliktu zbrojnego, który miał charakter wewnętrzny, ale na skutek uznania państwa chorwackiego przez ONZ konflikt sił zbrojnych Chorwacji i Jugosłowiańskiej Armii Narodowej stał się konfliktem międzynarodowym, J. Pawłowski, A. Ciupiński (red.), *op. cit.*, s. 18–19.

³³ J. Trahan, *op. cit.*, s. 51.

w kontekście współczesnych konfliktów zbrojnych, wśród których znacząco przeważają konflikty wewnętrzne, umiędzynarodowione lub prowadzone przez inne podmioty niż państwa (np. organizacje terrorystyczne), definicja aktu agresji nie jest krokiem wstecz? Uwzględnia ona bowiem realia z poprzedniego wieku, kiedy bez wątpienia tylko państwa posiadały *ius ad bellum*. Przyjęcie w ust. 2 art. 8 bis Statutu MTK rozwiązań zaproponowanych w rezolucji wypracowanej blisko 40 lat wcześniej sugeruje, że państwa nie są gotowe z różnych względów na faktyczną penalizację agresji.

Po trzecie, dla przypisania danemu państwu aktu agresji w celu późniejszego określenia osoby odpowiedzialnej za zbrodnię agresji konieczne jest wykazanie związku pomiędzy tym państwem, a aktorami niepaństwowymi podejmującymi działania uznane za napaść zbrojną (agresję na inne państwo). Zgodnie z art. 8 bis Statutu MTK wysyłanie przez jakieś państwo uzbrojonych band, grup, sił nieregularnych lub najemnych, które dopuszczają się aktów zbrojnych o takiej doniosłości przeciwko innemu państwu, że oznaczają akty kwalifikowane jako agresja, będzie wystarczające do przypisania temu państwu odpowiedzialności za akt agresji. Zauważyć jednak należy, iż Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii w sprawie Tadicia z 1999 r. stwierdził, iż aby przypisać działania aktorów niepaństwowych o militarnym lub paramilitarnym charakterze danemu państwu, należy dowieść, że dane państwo sprawuje ogólną kontrolę nad danym aktorem niepaństwowym nie tylko poprzez jego wyposażenie i finansowanie, ale też przez wspieranie ogólnych planów działań zbrojnych, jednak bez konieczności udowodnienia, iż dane państwo wydawało konkretne instrukcje dotyczące przeprowadzenia określonych aktów naruszających prawo międzynarodowe³⁴. Ustanowiony w tym wyroku standard kontroli ogólnej odnosi się tylko do zorganizowanych aktorów niepaństwowych o militarnym lub paramilitarnym charakterze. Stanowisko MTKJ zostało skrytykowane przez MTS, według którego MTKJ posiadał jurysdykcję obejmującą odpowiedzialność karną jednostek, a nie odpowiedzialność państw³⁵.

Warto też dodać, iż katalog czynów, które należy uznać za akt agresji nie uwzględnia czynów stosowanych podczas nowego rodzaju wojny, który nie został jeszcze zdefiniowany w prawie międzynarodowym – tj. wojny informacyjnej.

³⁴ Wyrok MTKJ w sprawie The Prosecutor przeciwko DuškoTadić z dnia 15.07.1999 r., nr sprawy IT-94-1-A, § 131, 132, 137, <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm> (dostęp: 01.02.2015).

³⁵ M. Kowalski, *op. cit.*, s. 73–74.

OD STWIERDZENIA AKTU AGRESJI DO PENALIZACJI ZBRODNI AGRESJI

Wreszcie, po czwarte, ściganie zbrodni agresji odbywać się będzie po stwierdzeniu aktu agresji przez RB ONZ. W przypadku braku stanowiska RB prokurator MTK, na wniosek państwa-strony lub z własnej inicjatywy, będzie mógł wszcząć dochodzenie, które jednak RB będzie mogła zawiesić³⁶. Zachodzi zatem niebezpieczeństwo, iż względy polityczne będą miały pierwszeństwo przed np. względami sprawiedliwości międzynarodowej. Zauważyć bowiem należy, iż spośród 5 stałych członków tylko 2 państwa są stronami Statutu MTK, tj. Francja i Wielka Brytania. Znamienny jest fakt, iż aż 3 silne państwa – USA, Rosja i Chiny, mające realny wpływ na penalizację zbrodni międzynarodowych przed MTK, same nie są związane jurysdykcją tego Trybunału. Mają zatem prawo stwierdzenia aktu agresji dokonanego przez inne państwa – strony Statutu MTK, same będąc niejako ponad prawem³⁷. Ponadto, na dzień 1 stycznia 2015 r. żadne państwo będące stałym członkiem RB nie ratyfikowało/zatwierdziło poprawki do Statutu MTK dotyczącej definicji zbrodni agresji³⁸. Natomiast spośród niestałych członków RB, którymi aktualnie są: Angola, Egipt, Japonia, Malesja, Nowa Zelandia, Hiszpania, Senegal, Wenezuela, Ukraina, Urugwaj³⁹, wszystkie państwa za wyjątkiem Ango-

³⁶ R. Kownacki, *Wprowadzenie definicji zbrodni agresji do statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego*, „Biuletyn Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych” 2010, nr 92, s. 2250.

³⁷ M. Pietras-Eichberger, *Odpowiedzialność karna za zbrodnię agresji w kontekście zarzutu o upolitycznienie jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego*, [w:] J. Nowakowska-Małusecka, I. Topa (red.), *Międzynarodowe i europejskie prawo karne – osiągnięcia, kierunki rozwoju, wyzwania*, Katowice 2015, s. 180.

³⁸ Na dzień 19 lutego 2016 r. poprawkę dotyczącą definicji zbrodni agresji ratyfikowało, zatwierdziło lub przyjęło 26 państw, tj.: Andora (26.09.2013 r.), Austria (26.09.2013 r.), Belgia (26.11.2013 r.), Botswana (04.06.2013 r.), Chorwacja (20.12.2013 r.), Cypr (25.09.2013 r.), Czechy (12.03.2015 r.), Estonia (27.03.2013 r.), Gruzja (5.12.2014 r.), Hiszpania (25.09.2014 r.), Kostaryka (05.02.2015 r.), Litwa (25.09.2014 r.), Lichtenstein (08.05.2012 r.), Luksemburg (15.01.2013 r.), Malta (30.01.2015 r.), Niemcy (7.12.2015 r.), Polska (25.09.2014 r.), San Marino (14.11.2014 r.), Samoa (25.09.2013 r.), Słowacja (28.04.2014 r.), Słowenia (25.09.2013 r.), Trinidad i Tobago (13.11.2012 r.), Urugwaj (26.09.2013 r.), Finlandia (30.12.2015 r.), Łotwa (25.09.2014 r.) https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en (stan na dzień 19 lutego 2016 r.).

³⁹ www.un.org/en/sc/members/ (dostęp: 18.02.2016).

li, Malezji, Egiptu i Ukrainy są stronami Statutu MTK⁴⁰. Jednak tylko Hiszpania ratyfikowała poprawkę do Statutu MTK dotyczącą zbrodni agresji.

Stanowisko USA, Rosji i Chin osłabia rolę RB oraz pośrednio MTK w sprawie penalizacji zbrodni agresji. Państwa te ze względu na zaangażowanie w liczne operacje wojskowe w różnych częściach globu przez opinię publiczną często posądzane są wręcz o sankcjonowanie agresji i napaści. Pada nawet pytanie, czy jest możliwa reorganizacja stałego składu RB⁴¹.

Analiza stanu faktycznego podczas kryzysu na Ukrainie upoważniałaby do stwierdzenia aktu agresji ze strony Rosji przeciw Ukrainie na podstawie art. 8 bis Statutu MTK. Rosja może jednak wykorzystać argument, iż „zielone ludziki” są poza jej kontrolą. W tym kontekście interesujące jest jednak brzmienie preambuły rezolucji 1368⁴² i 1373⁴³ Rady Bezpieczeństwa ONZ, w których być może wyznaczono nowy kierunek zmian w zakresie możliwości podejmowania przez państwa legalnych działań zbrojnych przeciwko podmiotom niepaństwowym dopuszczającym się aktów użycia siły zbrojnej⁴⁴.

Za zbrodnię agresji uznano planowanie, przygotowanie, inicjowanie lub wykonanie aktu agresji naruszającego postanowienia Karty NZ przez osobę sprawującą rzeczywistą kontrolę polityczną lub kierującą działaniami zbrojnymi państwa. Zauważyć należy, iż dzisiejsze rozumienie zbrodni agresji ma swoje źródło w art. VI pkt a

⁴⁰ http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx (dostęp: 18.02.2016).

⁴¹ M. Pietras-Eichberger, *op. cit.*, s. 187–188.

⁴² Rezolucja nr 1368 (2001) przyjęta przez Radę Bezpieczeństwa w dniu 12.09.2001 r., S/RES/1368 (2001).

⁴³ Rezolucja nr 1373 (2001) przyjęta przez radę Bezpieczeństwa w dniu 28.09.2001, S/RES/1373 (2001).

⁴⁴ W preambule rezolucji 1373, która przywołuje rezolucję 1368 użyto słów „*Reaffirming further that such acts, like any act of international terrorism, constitute a threat to international peace and security, Reaffirming the inherent right of individual or collective self-defence as recognized by the Charter of the United Nations as reiterated in resolution 1368 (2001), Reaffirming the need to combat by all means, in accordance with the Charter of the United Nations, threats to international peace and security caused by terrorist acts*”, a więc wydaje się, iż Rada Bezpieczeństwa uznała prawo do samoobrony przed atakami terrorystycznymi podmiotów niepaństwowych bez konieczności przypisywania tych działań określonemu państwu. Zgodnie jednak z brzmieniem art. 8 bis Statutu MTK nie będzie raczej możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności za zbrodnię agresji sprawcy ataku terrorystycznego. Wynika to z faktu, iż dla zaistnienia zbrodni agresji konieczne jest wcześniejsze przypisanie aktu agresji konkretnemu państwu. Atak terrorystyczny przeprowadzony przez międzynarodową organizację terrorystyczną, czyli podmiot niepaństwowy nie jest uznawany za agresję w rozumieniu Statutu MTK.

Karty Trybunału Norymberskiego⁴⁵. W artykule tym określono, że przywódcy Trzeciej Rzeszy podlegają odpowiedzialności karnej za zbrodnię przeciwko pokojowi rozumianą jako planowanie, przygotowywanie, rozpoczynanie i prowadzenie wojny napastniczej lub pogwałcenie traktatów, porozumień albo gwarancji międzynarodowych. Definicja zawarta w art. 8 bis statutu MTK nie kreuje zatem nowego rozumienia zbrodni agresji, lecz odwołuje się w dużej mierze do tego, co zostało już ukształtowane w prawie międzynarodowym. Zdaniem I. Kamińskiego, osoby sprawujące władzę państwową, które podejmują decyzję prowadzącą do agresji, bez wątpienia dopuszczają się zbrodni prawa międzynarodowego i mogą zostać pociągnięte do indywidualnej odpowiedzialności karnej⁴⁶.

W ocenie E. Zielińskiej definicja zbrodni agresji, podobnie jak pozostałych trzech kategorii zbrodni międzynarodowych zawartych w Statucie MTK, opracowana jest na użytek tego Statutu i „(...) nie należy wyciągać żadnych bezpośrednich wniosków co do rozumienia pojęcia agresji w szeroko rozumianym publicznym prawie międzynarodowym”⁴⁷. Jednocześnie stwierdza jednak, iż ujęcie agresji w Statucie MTK wpływa na kryminalizację tego przestępstwa w systemach prawa wewnętrznego państw-stron Statutu. Wynika to z zasady komplementarnego charakteru jurysdykcji MTK w stosunku do krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości. Zgodnie z art. 17 Statutu MTK Trybunał orzeka tylko wtedy, gdy państwo do którego jurysdykcji należy dana sprawa, nie wyraża woli lub jest niezdolne do ukarania osób podejrzanych o popełnienie zbrodni statutowych⁴⁸.

Penalizacja zbrodni agresji uzależniona jest też od ratyfikowania przez Ukrainę i Rosję nie tylko Statutu MTK, ale i przyjęcia art. 8 bis. Aby poprawka

⁴⁵ Art. VI pkt a stanowi, że „Czyny niżej wymienione albo niektóre z nich, podlegają jurysdykcji Trybunału i pociągają za sobą odpowiedzialność osobistą: a) Zbrodnie przeciw pokojowi, mianowicie: planowanie, przygotowywanie, rozpoczynanie lub prowadzenie wojny napastniczej albo wojny będącej pogwałceniem traktatów, porozumień lub gwarancji międzynarodowych, albo współudział w planie lub zmowie w celu dokonania jednego z wyżej wymienionych czynów (...)”. Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, Londyn, 8 sierpnia 1945 r. (Dz.U. z 1947 r. Nr 63, poz. 367).

⁴⁶ I.C. Kamiński, *Prawo międzynarodowe i Ukraina, czyli jak ukarać agresora*, <http://prawo.rp.pl/artukul/1096667.html?print=tak&p=0> (dostęp: 25.03.2014).

⁴⁷ E. Zielińska, *Definicja zbrodni agresji w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego i w polskim kodeksie karnym*, [w:] C. Nowak, J. Jakubowska-Hara, J. Skupiński (red.), *Reforma prawa karnego. Propozycje i komentarze, Księga pamiątkowa Profesora Barbary Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008, s. 673.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 674.

weszła w życie, konieczne jest jej ratyfikowanie przez 30 państw, które są stronami statutu MTK. Poprawka będzie ponadto miała zastosowanie dopiero do zbrodni agresji dokonanych w rok po nabraniu mocy obowiązującej. Jak słusznie jednak zauważa I. Kamiński chociaż poprawka nie weszła jeszcze w życie, zawarta w niej definicja zbrodni agresji może się okazać przydatna do rekonstrukcji współczesnej definicji zbrodni agresji⁴⁹.

Wydaje się, iż kwestią problematyczną będzie także przypisanie odpowiedzialności za zbrodnię przeciwko pokojowi jednostce, która sprawowała rzeczywistą kontrolę polityczną lub kierowała działaniami zbrojnymi państwa, które RB uznała za agresora naruszającego postanowienia Karty NZ. Zbrodnia agresji jest przestępstwem indywidualnym, którego może dopuścić się osoba mająca istotny wpływ na politykę państwa. Warto zauważyć, że wpływ ten może mieć charakter sformalizowany, a zatem wynikający z pełnienia funkcji publicznej lub faktyczny polegający na posiadaniu realnego wpływu na ideologię lub struktury władzy. Do przypisania odpowiedzialności za zbrodnię agresji konieczne jest działanie sprawcy świadomie i z zamiarem, co oznacza, że konieczne jest wykazanie celowego udziału jednostki w przygotowaniach do agresji. B. van Schaack proponuje nawet opracowanie specjalnej listy czynów (np. aneksja części terytorium innego państwa) które mogą sugerować istnienie zamiaru dokonania aktu agresji⁵⁰. Art. 8 bis Statutu MTK wskazuje na trzy kwalifikowane kryteria, tj. charakter, powagę i skalę czynu, który można uznać za zbrodnię agresji. Wydaje się jednak, iż do stwierdzenia zbrodni agresji wystarczy, że doszło do uporządkowanego działania jednego państwa mającego postać co najmniej jednego aktu agresji, nawet bez wypowiedzenia wojny, przeciwko suwerenności, integralności terytorialnej lub politycznej niezależności innego państwa. Zbrodnię agresji charakteryzują więc bardziej cechy jakościowe niż ilościowe. Na poziomie okoliczności faktycznych nie powstawałaby zatem kwestia dostatecznie wysokiej liczby ofiar, aby uznać daną agresję za konflikt zbrojny (wojnę)⁵¹.

Oczywiście można się pokusić o dywagacje kto personalnie powinien stanąć przed Trybunałem jako oskarżony o popełnienie zbrodni agresji wobec Ukrainy lub

⁴⁹ I.C. Kamiński, *op. cit.*, <http://prawo.rp.pl/artukul/1096667.html?print=tak&p=0> (dostęp: 25.03.2014).

⁵⁰ B. van Schaack, *Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Aggression*, "Columbia Journal of Transnational Law" 2011, No. 49, p. 38–39.

⁵¹ I.C. Kamiński, *op. cit.*, <http://prawo.rp.pl/artukul/1096667.html?print=tak&p=0> (dostęp: 25.03.2014).

na Ukrainie. Jeśli nie uznamy argumentów przytaczanych przez Rosję (traktując je jako część wojny informacyjnej), która konsekwentnie zaprzecza jakoby była zaangażowana w ten konflikt, przy jednoczesnym groźeniu możliwością użycia sił zbrojnych w razie konieczności, np. w celu ochrony praw rosyjskojęzycznej mniejszości narodowej, to wybór jest dosyć oczywisty, ale oczywiście nie jesteśmy sądem. Sytuacja stałaby się jednoznaczna, gdyby prezydent Rosji skorzystał z dyspozycji do użycia sił zbrojnych udzielonej mu przez izbę wyższą rosyjskiego parlamentu. Na politycznym szczeblu wystąpiłaby osobista odpowiedzialność nie tylko prezydenta Putina, ale i osób, które jego decyzję umożliwiły. Hipotetycznie zakładając, iż poprawka dotycząca zbrodni agresji już obowiązuje, MTK i tak nie byłby uprawniony do zajęcia się sprawcami rosyjskiej agresji. W art. 15 bis ust. 4 Statutu MTK wyraźnie określono, iż MTK nie może orzekać o zbrodniach agresji popełnionych przez obywateli państwa, które nie jest stroną Statutu. Mając na uwadze obecną politykę Rosji nie jest raczej możliwe, by na taki krok się zdecydowała. Winni agresji mogliby natomiast stanąć przed sądem krajowym lub specjalnie powołanym w tym celu sądem międzynarodowym⁵². Należy bowiem pamiętać, że zanim wypracowano w Kampali definicję zbrodni agresji, skazywanie osób fizycznych było możliwe na podstawie art. 21 Statutu MTK, który stanowi, że w braku podstaw orzekania w prawie międzynarodowym, MTK może zastosować prawo krajowe państw, które same wykonywałyby jurysdykcję w odniesieniu do danej zbrodni. Na tej podstawie możliwe było traktowanie agresji nie tylko jako aktu państwa, ale też jako czynu osoby fizycznej⁵³. W tym miejscu warto podkreślić, iż w art. 117 polskiego kodeksu karnego przewidziano karalność prowadzenia wojny napastniczej⁵⁴. Rozdział XVI polskiego kodeksu karnego penalizuje przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne. Zgodnie z postanowieniami art. 117. k.k. „Kto wszczyna lub prowadzi wojnę napastniczą, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 12, karze 25 lat pozbawienia wolności albo karze dożywotniego pozbawienia wolności. § 2. Kto czyni przygotowania do popełnienia przestępstwa określonego w § 1, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. § 3. Kto publicznie nawołuje do wszczęcia wojny napastniczej lub publicznie pochwała wszczęcie lub prowadzenie takiej wojny, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ E. Socha, *Zakres...*, s. 265.

⁵⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

Не можна również pominać факту, iż możliwość ukarania sprawcy przestępstw przeciwko pokojowi istnieje również na podstawie prawa wewnętrznego Rosji i Ukrainy. Rozdział XX Kodeksu Karnego Ukrainy penalizuje przestępstwa przeciwko pokojowi, bezpieczeństwu ludzkości i porządkowi międzynarodowemu:

Стаття 436. Пропаганда війни

Публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів -караються виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років.

Art. 436. Propaganda wojny

Publiczne nawoływanie do wojny napastniczej albo do wszczęcia konfliktu zbrojnego, a także przygotowywanie materiałów nawołujących do popełnienia takich czynów w celu ich rozpowszechniania albo rozpowszechnianie takich materiałów, podlega karze robót poprawczych na czas do lat 2, aresztu do 6 miesięcy albo pozbawienia wolności do lat 3⁵⁵.

Стаття 437. Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни

1. Планування, підготовка або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, а також участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій, – караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.
2. Ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій – карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

Art. 437. Planowanie, przygotowywanie, wszczynanie i prowadzenie wojny napastniczej

1. Planowanie, przygotowywanie albo wszczynanie wojny napastniczej lub konfliktu zbrojnego, a także udział w spisku zmierzającym do popełnienia takich czynów, podlega karze pozbawienia wolności od lat 7 do 12.

⁵⁵ Кримінальний кодекс України (Kodeks karny Ukrainy), Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25–26, ст.131, <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page13> (dostęp: 01.04.2015). Tu i dalej tłum. z ukr. i ros. M. Kałuża.

2. Prowadzenie wojny napastniczej albo napastniczych działań wojennych, подlega karze pozbawienia wolności od lat 10 do 15. Penalizacja przestępstw przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości możliwa jest również w świetle prawa wewnętrznego Rosji⁵⁶.

Статья 353. Планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны

1. Планирование, подготовка или развязывание агрессивной войны – наказываются лишением свободы на срок от семи до пятнадцати лет.
2. Ведение агрессивной войны – наказывается лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет.

Artykuł 353. Planowanie, przygotowywanie, wszczynanie lub prowadzenie wojny napastniczej

1. Kto planuje, przygotowuje lub wszczyna wojnę napastniczą, подlega karze pozbawienia wolności od lat 7 do 15.
2. Kto prowadzi wojnę napastniczą, подlega karze pozbawienia wolności od lat 10 do 20.

Статья 354. Публичные призывы к развязыванию агрессивной войны

1. Публичные призывы к развязыванию агрессивной войны – наказываются штрафом в размере до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до двух лет либо лишением свободы на срок до трех лет.
2. Те же деяния, совершенные с использованием средств массовой информации либо лицом, занимающим государственную должность Российской Федерации или государственную должность субъекта Российской Федерации, - наказываются штрафом в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до трех лет либо лишением свободы на срок до пяти лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.

⁵⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации (Kodeks karny Federacji Rosyjskiej) от 13.06.1996 № 63-ФЗ, Собрание законодательства Российской Федерации от 1996г., № 25, ст. 2954, спол. изм., http://www.consultant.ru/popular/ukrf/10_47.html#p6496 (dostęp: 01.04.2015).

Art. 354. Publiczne nawoływanie do wszczęcia wojny napastniczej

1. Kto publicznie nawołuje do wszczęcia wojny napastniczej, podlega karze grzywny do 300.000 rubli albo w wysokości wynagrodzenia za pracę lub innego dochodu skazanego za czas do 2 lat, albo karze pozbawienia wolności do lat 3.
2. Te same czyny, popełnione z wykorzystaniem środków masowego przekazu lub przez osobę, zajmującą stanowisko państwowe w Federacji Rosyjskiej lub w podmiocie Federacji Rosyjskiej, podlegają karze grzywny od 100.000 do 500.000 rubli albo w wysokości wynagrodzenia za pracę lub innego dochodu skazanego za czas od 1 roku do 3 lat, albo karze pozbawienia wolności do lat 5 z zakazem zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu do lat 3.

Analiza katalogu kar przewidzianych w wewnętrznym prawie karnym Polski, Ukrainy i Rosji prowadzi do następujących wniosków. Propaganda wojenna, a więc publiczne nawoływanie do wszczęcia wojny napastniczej zagrożone jest najsurowszą karą w prawie polskim, które przewiduje karę pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. W prawie ukraińskim oprócz publicznego nawoływania do wojny napastniczej za propagandę wojenną uznane zostało też przygotowywanie i rozpowszechnianie materiałów nawołujących do wszczęcia wojny. Czyny te zostały zagrożone karą robót poprawczych na czas do lat 2 lub ograniczeniem wolności do 6 miesięcy albo pozbawienia wolności do lat 3. Tak więc najwyższy wymiar kary jest aż o 2 lata krótszy niż najwyższy wymiar kary w Polsce za takie samo przestępstwo. Natomiast w prawie rosyjskim jest to kara grzywny lub opcjonalnie kara pozbawienia wolności do 3 lat. Relatywnie kara grzywny jest wyższa, jeśli propaganda wojenna jest uprawiana przez osobę zajmującą stanowisko państwowe albo na szerszą skalę tj. z wykorzystaniem środków masowego przekazu. W tej sytuacji przewidziana jest dodatkowa sankcja w postaci możliwości skazania na karę pozbawienia wolności do 5 lat połączona z wydaniem zakazu zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania zawodu. Opcjonalnie możliwe jest też skazanie takiej osoby na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 1 rok do 3 lat. W prawie rosyjskim podobnie jak w prawie ukraińskim za to samo przestępstwo możliwe są zatem 3 wymiary kary: grzywna, pozbawienie wolności z zakazem zajmowania określonego stanowiska lub kara pozbawienia wolności od roku do 3 lat, co nie wydaje się sprawiedliwe. Kara grzywny nawet w jej najwyższym wymiarze dla osób zajmujących najwyższe stanowiska państwowe w praktyce może zostać w ogóle nie odczuta przez te osoby, dla których priorytetem jest uprawianie określonej polityki prowojennej.

Penalizacja przygotowań do prowadzenia wojny napastniczej przedstawia się następująco: w Polsce jest to kara pozbawienia wolności na okres nie krótszy niż 3 lata, bez określenia limitu najwyższego wymiaru tej kary. Biorąc pod uwagę, że samo prowadzenie lub wszczynanie wojny napastniczej zagrożone jest m. in. najwyższą możliwą w prawie polskim karą – tj. dożywotnim pozbawieniem wolności, nie wykluczono jednoznacznie możliwości skazania na taką karę również osoby, która czyniła przygotowania do prowadzenia wojny napastniczej. Oczywiście do oceny sędziego pozostawiono stan faktyczny i skalę przygotowań. Wydaje się, iż na taką karę nie będzie skazana osoba, która czyniła nieudane przygotowania do wszczęcia wojny. W tym wypadku ocenie będzie podlegał sam zamiar i stopień jego realizacji w praktyce. W świetle art. 437 kodeksu karnego Ukrainy, planowanie i przygotowywanie wszczęcia wojny napastniczej zostało połączone z przestępstwem wszczynania wojny napastniczej lub konfliktu zbrojnego, a także udziałem w spisku zmierzającym do popełnienia takich czynów. Przestępstwa te zostały zagrożone karą pozbawienia wolności od 7 do 12 lat. Należy zwrócić uwagę, iż kodeks karny Ukrainy w tym miejscu posługuje się terminami „wojny napastniczej” oraz „konfliktu zbrojnego”. Wykładnia językowa prowadzi zatem do wniosku, iż kodeks karny Ukrainy w art. 437 ust. 1 penalizuje każdy konflikt zbrojny, nawet jeśli nie jest on uznany za wojnę napastniczą. Jednak ustęp 2 tego artykułu wyraźnie przewiduje karę pozbawienia wolności od 10 do 15 lat za „prowadzenie wojny napastniczej albo napastniczych działań wojennych”.

Podobnie jak w prawie polskim również kodeks karny Federacji Rosyjskiej przewiduje karę pozbawienia wolności za planowanie i przygotowywanie wyłącznie wojny napastniczej. Z tym, że w prawie rosyjskim z przestępstwami tymi zostało połączone (podobnie jak w prawie ukraińskim) wszczęcie wojny napastniczej. Niższy wymiar kary jest taki sam jak w prawie ukraińskim – tj. 7 lat, natomiast górna granica kary została podwyższona względem prawa ukraińskiego o 3 lata, czyli do 15 lat. Relatywnie niski wymiar najniższej kary za adekwatne przestępstwo w polskim kodeksie karnym wynika z faktu, iż w prawie polskim rozróżniono przestępstwo przygotowywania do prowadzenia wojny napastniczej od samego wszczęcia i prowadzenia takiej wojny. Za dwa ostatnie czyny w prawie polskim przewidziano trzy wymiary kary pozbawienia wolności: na czas nie krótszy niż 12 lat, 25 lat pozbawienia wolności lub wspomnianej wyżej kary dożywotniego pozbawienia wolności. Biorąc pod uwagę fakt, iż prowadzenie wojny napastniczej w prawie rosyjskim zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 10 do 20 lat, a w prawie ukraińskim 10–15 lat, prawo polskie w tym zakresie wydaje się być szczególnie restrykcyjne.

Uwzględniając brzmienie art. 117 polskiego k.k., 437 ukraińskiego k.k., 353 rosyjskiego k.k. oraz art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych, w świetle którego „Nic w niniejszej Karcie nie może uchybić niepozbawalnemu prawu do samoobrony indywidualnej lub zbiorowej w przypadku napaści zbrojnej na któregośkolwiek członka Narodów Zjednoczonych (...)”, należy stwierdzić, iż wojna obronna w dalszym ciągu jest dozwolona. Z kolei o tym, która strona w danym konflikcie jest agresorem decydować będzie Rada Bezpieczeństwa, której większość stałych członków jest nie tylko poza zasięgiem jurysdykcji MTK w zakresie zbrodni agresji, ale jest też zaangażowana w liczne wojny. Dlatego też wielce prawdopodobne jest, że wojna na Ukrainie pozostanie poza jurysdykcją MTK.

WNIOSKI KOŃCOWE

Poprawki w sprawie zbrodni agresji zostały przyjęte w ramach procedury z art. 121 ust. 5 Statutu MTK, co oznacza, że będą obowiązywały te państwa, które je zaakceptują. Spod jurysdykcji MTK wyłączone będą zbrodnie popełnione przez obywateli lub na terytorium państwa, które nie jest stroną Statutu chyba, że sprawę do Trybunału przekaże Rada Bezpieczeństwa ONZ. W przypadku Ukrainy wątpliwe jest, aby Rosja jako stały członek RB doprowadziła (lub nie zablokowała za pośrednictwem Chin) do przyjęcia decyzji o przypisaniu jej aktu agresji na Ukrainę. Ukraina nie ratyfikowała dotychczas Statutu MTK, ale okoliczność ta nie wyklucza „wstecznego” przekazania przez państwo do MTK pewnego zagadnienia na podstawie art. 12 ust. 3 Statutu MTK. Ukraina powinna jednak jak najszybciej ratyfikować Statut MTK, gdyż w sytuacji gdy zbrodnie są popełniane na terytorium państwa, które jest stroną Statutu, o wszczęcie śledztwa przez prokuratora MTK może się zwrócić nie tylko takie państwo, ale też każde inne państwo-strona. Z formalnego punktu widzenia nie ma to znaczenia, bo zawsze dojdzie do podjęcia czynności przez MTK, ale zawiadomienie nabrałoby szczególnej wymowy, jeśli pochodziłoby od grupy państw, a nie tylko od bezpośrednio zainteresowanego⁵⁷.

Istnieje jeszcze jedna możliwość przełamania impasu w Radzie Bezpieczeństwa ONZ, tj. procedura „zjednoczeni dla pokoju”, określona w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ z dnia 3 listopada 1950 r. Punkt 1 tej rezolucji

⁵⁷ I.C. Kamiński, *op. cit.*

stanowi: „(...) we wszystkich wypadkach, które zdają się stanowić zagrożenie pokoju, złamanie pokoju lub akt agresji, a Rada Bezpieczeństwa z powodu braku jednomyślności stałych członków przestaje ponosić odpowiedzialność za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, Zgromadzenie Ogólne powinno zająć się sprawą niezwłocznie, celem skierowania odpowiednich zaleceń do swych członków odnośnie środków zbiorowych, wliczając w to, w przypadku złamania pokoju lub aktu agresji, użycie sił zbrojnych, jeżeli będzie to niezbędne do utrzymania lub przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. W razie gdyby Zgromadzenie nie odbywało wtedy sesji, zbierze się ono na nadzwyczajną sesję specjalną w ciągu 24 godzin od zgłoszenia żądania jej zwołania. Taka nadzwyczajna sesja specjalna powinna być zwołana na żądanie Rady Bezpieczeństwa, uchwalone głosami jakichkolwiek siedmiu jej członków albo większością członków Narodów Zjednoczonych”⁵⁸.

Skuteczna penalizacja zbrodni agresji powinna być jednym z priorytetów kształtującego się *ius post bellum*. W sytuacji, gdy państwu z przyczyn politycznych nie można przypisać odpowiedzialności za akt agresji, a tym samym zablokowana jest możliwość osądzenia zbrodni agresji, pozostają jeszcze środki prawa krajowego. Zarówno wewnętrzne prawo Federacji Rosyjskiej, jak i Ukrainy penalizują przestępstwa przeciwko pokojowi.

⁵⁸ Rezolucja nr 377 Zgromadzenia Ogólnego ONZ przyjęta w dniu 3.11.1950 r., A/RES/377 (V)A-C.

Kinga Stasiak*

**PRACE KOMISJI PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO
NAD ZBRODNIAМИ PRZECIWKO LUDZKOŚCI
A MOŻLIWE IMPLIKACJE
DLA ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ JEDNOSTEK**

UWAGI WSTĘPNE

W dniu 18 lipca 2014 r. na sześćdziesiątej szóstej sesji Komisja Prawa Międzynarodowego Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej: KPM) włączyła temat „zbrodni przeciwko ludzkości” do obecnej agendy prac Komisji¹. Sprawozdawcą w badanym temacie ustanowiono Seana Murphy’ego. Rok wcześniej temat został włączony do długoterminowego programu prac Komisji². Potrzebę stworzenia umowy międzynarodowej dotyczącej zbrodni przeciwko ludzkości sygnalizował już

* dr Kinga Stasiak, Katedra Prawa Międzynarodowego i Amerykańskiego, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL

¹ Other decisions and conclusions of the Commission, adopted by the International Law Commission at its sixty-sixth session, ILC Report, A/69/10, 2014, par. 266.

² Other decisions and conclusions of the Commission, adopted by the International Law Commission at its sixty-sixth session, ILC Report, A/68/10, 2013, par. 169–170.

w 1994 r. M.Ch. Bassiouni³. Podczas debaty na forum VI Komitetu Zgromadzenia Ogólnego ONZ państwa dość optymistycznie przyjęły propozycję pracy nad tekstem nowej konwencji. Podkreślono, iż o ile Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego⁴ przewiduje zasady odpowiedzialności karnej jednostek, nie zawarto w nim obowiązku wobec państw zapobiegania tym zbrodniom i obowiązku współpracy państw w zakresie ukarania sprawców tych zbrodni⁵. Jedyne pojedyncze głosy poddawały w wątpliwość potrzebę nowej umowy⁶ wskazując, iż należałoby raczej skupić się na rozpowszechnianiu obowiązywania Statutu Rzymskiego MTK niż na tworzeniu nowych dokumentów⁷. Powstaje zatem pytanie, czy nowa konwencja faktycznie wpłynie na fragmentację prawa międzynarodowego? Czy prace Komisji mogą raczej temu zapobiec? I czy nowa konwencja faktycznie ma szansę stać się wiążącym dokumentem? Celem niniejszego artykułu jest próba odpowiedzi na powyższe pytania, biorąc pod uwagę przede wszystkim relacje nowej konwencji do reżimu ustanowionego Statutem Rzymskim MTK. Nie jest możliwe w artykule omówienie wszystkich aspektów związanych z pracą nad tekstem nowej konwencji. Jest ich zbyt wiele, w szczególności w odniesieniu do współpracy państw w sprawach karnych. Z tego powodu na strukturę artykułu składają się następujące części. Po pierwsze, przedstawiono projekt konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni przeciwko ludzkości przygotowany przez Inicjatywę Dla Zbrodni Przeciwko Ludzkości, poprzedzający prace KPM nad tematem zbrodni przeciwko ludzkości oraz wskazano dlaczego Projekt ma dla nich istotne znaczenie. W części tej starano się podkreślić te aspekty Projektu, które mogą mieć zastosowanie w pracach KPM nad projektem artykułów. W dalszej części przedstawiono problemy, które pojawiają się przy stosowaniu definicji zbrodni przeciwko ludzkości zawartej w art. 7 Statutu Rzymskiego

³ Ch.M. Bassiouni, *Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention*, „Columbia Journal of Transnational Law” 1993–1994, Vol. 31, s. 457–494.

⁴ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, Dz.U. 2003, Nr 78, poz. 708 oraz M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Kraków 2004, t. II, s. 52–171.

⁵ Na temat współpracy państw-stron Statutu Rzymskiego MTK z państwami-stronami zob. M. Królikowski et al., *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 258–261.

⁶ Russian Federation Statement on the 68 Session of the United Nations General Assembly Sixth Committee, New York, dostępne na stronie: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703751/russia-e-rev.pdf> [dostęp: 30.04.2015].

⁷ France Statement on the 68 Session of the United Nations General Assembly Sixth Committee, New York, 28 October 2013, dostępne na stronie: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/703468/france-e.pdf> [dostęp: 30.04.2015].

MTK, w celu wskazania możliwej roli prac Komisji w wyjaśnieniu tych problemów. Następnie omówiono, w jaki sposób nowa konwencja mogłaby uzupełnić reżim ustanowiony Statutem Rzymskim MTK. Artykuł kończą syntetyczne uwagi, podsumowujące także aktualny stan prac Komisji nad tematem zbrodni przeciwko ludzkości.

**RAPORT SPECJALNEGO SPRAWOZDAWCY KPM Z 2013 R.
A PROJEKT KONWENCJI W SPRAWIE ZAPOBIEGANIA
I KARANIA ZBRODNI PRZECIWKO LUDZKOŚCI
PRZYGOTOWANY PRZEZ
INICJATYWĘ DLA ZBRODNI PRZECIWKO LUDZKOŚCI**

W 2013 r. na podstawie raportu⁸ Seana Murphy'ego KPM włączyła temat „zbrodni przeciwko ludzkości” do długoterminowych prac Komisji. W raporcie wskazano cztery główne obszary, które sprawozdawca tematu podejmie w pracach nad projektem artykułów: powtórzenie definicji z art. 7 Statutu Rzymskiego MTK; obowiązek ustanowienia w prawie krajowym przepisów penalizujących zbrodnie przeciwko ludzkości, nie tylko w odniesieniu do obywateli państwa-strony nowej konwencji, ale także do obywateli państw trzecich, gdy osoby te popełniły zbrodnie na terytorium tego państwa, a znajdują się na terytorium państwa-strony; obowiązek współpracy państw w zakresie prowadzenia śledztwa, sądenia za popełnienie tych zbrodni, a następnie ukarania; zastosowanie zasady *aut dedere aut judicare*, w sytuacji gdy osoba znajduje się na terytorium państwa-strony⁹. Ponadto zwrócono uwagę, iż nowa konwencja powinna odwoływać się do Statutu Rzymskiego MTK¹⁰. W szczególności podkreślono, że celem nowej konwencji jest uzupełnienie Statutu Rzymskiego MTK o stworzenie specjalnego reżimu dotyczącego współpracy między państwami-stronami konwencji, a nie jak w przypadku Statutu Rzymskiego MTK tylko między samym Trybunałem i państwami-stronami Statutu Rzymskiego MTK.

Należy zauważyć, że zanim temat „zbrodni przeciwko ludzkości” został włączony do długoterminowych prac KPM, Projekt konwencji w sprawie zapobiegania

⁸ Report of the International Law Commission, Official Records Sixty-eighth session Supplement No. 10 (A/68/10), Annex B [dalej: Raport wstępny].

⁹ Raport wstępny, par. 8.

¹⁰ *Ibidem*, par. 9.

i karania zbrodni przeciwko ludzkości został przygotowany przez Inicjatywę dla zbrodni przeciwko ludzkości (*Initiative for Crimes Against Humanity*)¹¹. Projekt konwencji był konsultowany z ponad 250 prawnikami z całego świata, a efekt ich prac opublikowano w 2011 r. w monografii „Forging a Convention for Crimes Against Humanity”¹². Projekt składa się z 27 artykułów, jednak dołączono do niego aż 6 załączników. Oczywiście powstaje pytanie, czy niniejszy projekt będzie inspiracją dla sprawozdawcy KPM. W czterech obszarach wskazanych w raporcie Seana Murphy’ego z 2013 r. Projekt konwencji pokrywa się. Ponadto, w maju 2014 r. eksperci Inicjatywy dla zbrodni przeciwko ludzkości spotkali się w Genewie w celu dyskusji nad projektem nowej konwencji. Na spotkanie zaproszono także przedstawicieli KPM. Efektem konferencji jest przygotowany w lipcu zeszłego roku raport¹³. Można zatem przypuszczać, iż w pewnym zakresie stanowisko ekspertów może mieć wpływ na prace KPM odnośnie projektu artykułów. Z tego względu warto zwrócić uwagę, jakie rozwiązania eksperci zaproponowali w projekcie z 2011 r.

DEFINICJA ZBRODNI PRZECIWKO LUDZKOŚCI

Podstawową kwestią zarówno dla sprawozdawcy KPM, jak również dla ekspertów pracujących nad tekstem nowej konwencji¹⁴ była decyzja, jaką należy przyjąć definicję zbrodni przeciwko ludzkości dla celów nowego dokumentu. Eksperci proponowali wiele zmian do definicji zawartej w art. 7 Statutu Rzymskiego MTK. Niektóre z nich dotyczyły usunięcia zwrotu „ludność cywilna” z definicji, inne skierowane były na usunięcie elementu „polityki”¹⁵ czy też wyraźne wskazanie w definicji, iż odnosi się ona także do podmiotów niepaństwowych

¹¹ Inicjatywa powstała w 2008 r. Na jej czele stanęli: prof. Leila Nadya Sadat, prof. M. Cherif Bassiouni, ambasador Hans Corell, sędzia Richard Goldstone, prof. Juan Méndez, prof. William Schabas, sędzia Christine Van den Wyngaert. Jej celem było stworzenie projektu konwencji dotyczącej zbrodni przeciwko ludzkości, a w pierwszej kolejności analiza niezbędnych jej elementów. Zob.: http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page_id=1301 [dostęp: 30.04.2015].

¹² Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, [w:] L.N. Sadat (red.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge 2011, s. 359–444 [dalej: Projekt konwencji].

¹³ Raport jest dostępny na stronie: <http://law.wustl.edu/harris/documents/Final-CAHGenevaReport-071714.pdf> [dostęp: 30.04.2015; dalej: Raport genewski].

¹⁴ L.N. Sadat, *Forging a Convention...*, s. 463.

¹⁵ *Ibidem* oraz Raport genewski, par. 27.

(*non-State actors*)¹⁶. Wydaje się jednak, iż bez względu na zgłaszane propozycje, faktem jest, iż 123 państwa są stronami¹⁷ Statutu Rzymskiego MTK i proponowanie jakichkolwiek zmian do zaakceptowanej przez nie definicji byłoby niepraktyczne i powodowałoby potrzebę zmian także w Statucie, co nie wydaje się prostym zadaniem. Z drugiej jednak strony eksperci proponowali, ażeby pozostawić definicję zbrodni przeciwko ludzkości jako „otwartą”, sugerując się formułą zawartą w art. 5 Międzynarodowej konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem z 2006 r., który stanowi, że: „Rozległa lub systematyczna praktyka wymuszonego zaginięcia stanowi zbrodnię przeciwko ludzkości zdefiniowaną we właściwych normach prawa międzynarodowego i jako taka powinna wywoływać konsekwencje w nim przewidziane”¹⁸. Takie podejście umożliwiłoby zatem dalszy rozwój prawa w tym zakresie. Ponadto warto zauważyć, iż obecnie można wyliczyć dwanaście różnych międzynarodowych definicji zbrodni przeciwko ludzkości. Wśród nich występuje wiele odmienności¹⁹.

Ostatecznie eksperci Inicjatywy dla zbrodni przeciwko ludzkości w przygotowanym projekcie włączyli do postanowień konwencji art. 7 Statutu Rzymskiego MTK. Definicję zawarto w art. 3 Projektu konwencji. Niektórzy proponowali także, aby Komisja, włączając postanowienia art. 7 Statutu Rzymskiego MTK do projektu artykułów, potwierdziła jednocześnie zwyczajowy charakter tej definicji²⁰.

OBOWIĄZEK USTANOWIENIA W PRAWIE KRAJOWYM PRZEPISÓW PENALIZUJĄCYCH ZBRODNIĘ PRZECIWKO LUDZKOŚCI

Postanowienia Statutu Rzymskiego MTK nie przewidują obowiązku implementacji definicji zbrodni zawartych w Statucie do porządku krajowego państw-stron. Można zaobserwować, iż tylko ok. 55 państw-stron Statutu zdecydowało się na penalizację zbrodni przeciwko ludzkości w prawie krajowym²¹. Biorąc

¹⁶ K. Ambos, *Crimes Against Humanity and the International Criminal Court*, [w:] L.N. Sadat (ed.), *Forging a Convention...*, s. 281.

¹⁷ Informacje dostępne na stronie MTK: http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/icc/Pages/default.aspx.

¹⁸ International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 20 December 2006, New York, United Nations Treaty Series, Vol. 2715.

¹⁹ M.Ch. Bassiouni, *Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity*, [w:] L.N. Sadat (ed.), *Forging a Convention...*, s. 51.

²⁰ Raport genewski, par. 26.

²¹ M.Ch. Bassiouni, *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge 2011, s. 660.

pod uwagę państwa afrykańskie, tylko 2 z 30 państw-stron dostosowało swoje prawo krajowe do Statutu Rzymskiego MTK²². Projekt konwencji przygotowany przez Inicjatywę dla zbrodni przeciwko ludzkości w art. 8 zawiera szczegółowe postanowienia dotyczące niezbędnych zmian w porządku krajowym, umożliwiających postawienie w stan oskarżenia sprawców zbrodni przeciwko ludzkości.

Obowiązki te dotyczą: wprowadzenia odpowiednich zmian w porządku krajowym, zarówno w prawie karnym, jak i w prawie wojskowym²³, umożliwiających osądzenie za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości i ukaranie osób winnych, mając także na względzie wagę i charakter czynów; wprowadzenia odpowiednich zmian zapewniających możliwość naprawienia szkody doznanej przez ofiary zbrodni przeciwko ludzkości²⁴; wprowadzenia odpowiednich zmian umożliwiających poniesienie odpowiedzialności za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości także przez osoby prawne²⁵. Ponadto, w Projekcie konwencji zawarto obowiązki wobec państw-stron w odniesieniu do podjęcia odpowiednich środków w sytuacji, gdy osoba podejrzana o popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości znajduje się na terytorium państwa, w zakresie przeprowadzenia śledztwa, a w razie braku postawienia w stan oskarżenia, w celu ekstradykcji²⁶, oraz podjęcia środków mających na celu ochronę świadków przed możliwym odwetem lub zastraszaniem²⁷. Zagwarantowano również osobom, które są ofiarami zbrodni przeciwko ludzkości, możliwość zbadania ich sprawy bez zbędnej zwłoki przez bezstronny sąd²⁸.

Zwrócono także uwagę na obowiązek zapobiegania zbrodniom przeciwko ludzkości i w tym kontekście nowy Projekt konwencji zakłada szereg środków, które państwa powinny podjąć. Dotyczy to np. wprowadzenia odpowiednich przepisów zakazujących dyskryminacji. Kwestia prewencji była podkreślana wielokrotnie przez twórców Projektu konwencji. Obowiązek zapobiegania powinien być traktowany na równi z obowiązkiem karania. W sytuacji, gdy nowa konwencja

²² L.N. Sadat, *Forging a Convention...*, s. 474.

²³ Umożliwiłoby to postawienie w stan oskarżenia przełożonego wojskowego. Zob. art. 5 i 8 ust. 3 Projektu konwencji.

²⁴ W art. 8 ust. 5 Projektu konwencji wśród form naprawienia szkody wymieniono: restytucję, odszkodowanie, rehabilitację, satysfakcję, zapewnienie niepowtórzenia się tych czynów.

²⁵ Zgodnie z art. 8 ust. 6 Projektu konwencji odpowiedzialność osób prawnych może być odpowiedzialnością karną, cywilną lub administracyjną i powinna być bez uszczerbku dla odpowiedzialności karnej osób fizycznych, które dopuściły się zbrodni przeciwko ludzkości.

²⁶ Art. 8 ust. 7–9 Projektu konwencji.

²⁷ Art. 8 ust. 11 Projektu konwencji.

²⁸ Art. 8 ust. 10 Projektu konwencji.

będzie zawierała obowiązek zarówno zapobiegania, jak i karania zbrodni przeciwko ludzkości, zostanie uzupełniona także luka prawna dotycząca odpowiedzialności państwa w tym zakresie²⁹.

OBOWIĄZEK WSPÓŁPRACY PAŃSTW W SPRAWACH KARNYCH

Obowiązek wzajemnej współpracy państw zawarto w art. 13 Projektu konwencji, jednak szczegółowo został on określony w załączniku 3 do Projektu konwencji i wzoruje się on na art. 46 Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji³⁰. Warto również zauważyć, iż twórcy Projektu konwencji położyli także nacisk na zasady dopuszczalności dowodów pozyskanych przez inne państwa-strony nowej konwencji (art. 11). Umożliwiono uznanie dowodów, nawet jeśli ich uzyskanie nie spełniałoby wymogów zawartych w zasadach dowodowych przewidzianych w państwie zwracającym się z prośbą o przekazanie dowodów. Następnie, nawiązując do Europejskiej Konwencji o przekazywaniu ścigania z 1972 r.³¹, uregulowano także, odpowiednio w art. 14 Projektu konwencji i załączniku 4 do niej, kwestie związane z przekazaniem postępowania karnego. W art. 15 i odpowiednio załączniku 5 Projektu konwencji zawarto podstawę do przekazania osoby skazanej w celu wykonania kary, zaś w art. 16 i załączniku 6 – podstawę wykonywania wyroków karnych państw-stron nowej konwencji. Wydaje się zatem, że eksperci Inicjatywy dla zbrodni przeciwko ludzkości starali się sięgnąć do znanych i sprawdzonych już rozwiązań i dostosować je do realiów związanych z wykonywaniem jurysdykcji w sprawach dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości.

²⁹ L.N. Sadat, *Codifying the 'Laws of Humanity' and the 'Dictates of the Public Conscience': Towards a New Global Treaty on Crimes Against Humanity*, [w:] M. Bergsmo, S. Tianying (ed.), *On the Proposed Crimes Against Humanity Conventions*, Brussels 2014, s. 31. Autorka podkreśla, że obecnie nie istnieje możliwość prowadzenia postępowania przed Międzynarodowych Trybunałem Sprawiedliwości w odniesieniu do odpowiedzialności państw związanej ze zbrodniami przeciwko ludzkości. Podaje przykład sprawy *Bośnia v. Serbia* przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości z 2007 r. i wskazuje, że brak odpowiedniego dokumentu międzynarodowego uniemożliwił jurysdykcję Trybunału w tym zakresie. *Ibidem*, s. 30.

³⁰ Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji, 31 października 2003 r., Nowy Jork, Dz.U. 2007, Nr 84, poz. 563.; Zob. L.N. Sadat, *Forging a Convention...*, s. 378.

³¹ Tekst dostępny na stronie: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/073.htm> [dostęp: 23.03.2015].

Podczas prac nad Projektem konwencji podkreślano, iż tylko 52 państwa-strony Statutu Rzymskiego MTK uregulowały współpracę w sprawach karnych, w związku z popełnieniem najcięższych zbrodni międzynarodowych³². Niewątpliwie więc zaletą nowej konwencji byłoby uzupełnienie chociażby postanowień Statutu Rzymskiego MTK o ścisłą współpracę między państwami-stronami. Jak zauważyła L. Olson, postanowienia umowy odnoszące się do współpracy państw są szczególnie istotne dla zwalczania bezkarności w sprawach zbrodni przeciwko ludzkości, jednak szczególnie ważne będzie również zachowanie praw jednostki przy tej współpracy³³. Ciekawe zatem, w którym kierunku podążą prace Komisji w tym zakresie.

AUT DEDERE AUT JUDICARE

Założeniem twórców Projektu konwencji było zawarcie w jej postanowieniach, w jasny sposób, zasady *aut dedere aut judicare*³⁴. Projekt konwencji zawiera zatem odpowiednio postanowienia w art. 9. Państwo-strona będzie zobowiązane do wykonywania jurysdykcji w związku ze zbrodniami przeciwko ludzkości, gdy sprawca znajduje się na jego terytorium, chyba że sprawca będzie poddany ekstradycji do innego państwa-strony lub przekazany do Międzynarodowego Trybunału Karnego lub innego trybunału karnego, który posiada jurysdykcję w sprawie i którego jurysdykcję to państwo uznaje. W sytuacji gdy państwo-strona nie zdecyduje się na postawienie osoby podejrzanej o popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości w stan oskarżenia, będzie miało obowiązek ekstradycji osoby, jeśli otrzyma taki wniosek, do innego państwa-strony lub przekazania do Międzynarodowego Trybunału Karnego lub innego trybunału karnego, który posiada jurysdykcję w sprawie. Ten sposób ujęcia zasady *aut dedere aut iudicare* wskazuje zatem na obowiązek wydania, gdyby państwo zrezygnowało z osądzenia. Postanowienia te nawiązują także do postanowień art. 11 Międzynarodowej Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem, stanowiącego, iż „Państwo Strona, w razie wykrycia domniemanego sprawcy przestępstwa wymuszonego zaginięcia na terytorium podlegającym jego jurysdykcji, jeżeli nie wyda lub nie dostarczy tej osoby innemu Państwu zgodnie ze swoimi

³² Raport genewski, par. 52.

³³ L.M. Olson, *Re-enforcing Enforcement in a Specialized Convention*, [w:] L.N. Sadat (ed.), *Forging a Convention...*, s. 343.

³⁴ Raport genewski, par. 51.

zobowiązaniami międzynarodowymi bądź nie dostarczy jej międzynarodowemu trybunałowi karnemu, którego jurysdykcję uznało, przekaze sprawę swoim właściwym organom w celu przeprowadzenia postępowania karnego”.

Postanowienia te uzupełnia art. 10 Projektu konwencji, w którym szczegółowo zawarto obowiązki państw związane z ustaleniem przez państwa-strony jurysdykcji w sprawie zbrodni przeciwko ludzkości. Jednocześnie podkreślono, iż nowa konwencja nie wyłącza możliwości wykonywania innej jurysdykcji karnej zgodnej z prawem międzynarodowym, jeśli ta jest wykonywana także w zgodności z prawem krajowym. W załączniku 2 do Projektu konwencji zawarto także postanowienia odnoszące się do samej ekstradycji. Warto w tym miejscu zauważyć, iż zgodnie z tym załącznikiem (pkt A 1.) zbrodnie przeciwko ludzkości powinny być uznane za przestępstwa ekstradycyjne w jakiegokolwiek umowie istniejącej między państwami-stronami nowej konwencji przed jej wejściem w życie. W razie braku podstawy prawnej dla ekstradycji to właśnie nowa konwencja umożliwi wykonanie obowiązków dotyczących ekstradycji państwom-stronom (pkt B 3.).

Postanowienia dotyczące zasady *aut dedere aut iudicare* w odniesieniu do zbrodni przeciwko ludzkości uzupełnią także pewną lukę, jaka została zauważona podczas prac KPM właśnie nad tą zasadą³⁵. Niektórzy sugerują nawet, że w przypadku uniwersalnego uznania nowej konwencji przez państwa obowiązek *aut dedere aut iudicare* może zyskać charakter zwyczajowy w odniesieniu do zbrodni przeciwko ludzkości³⁶.

INNE PROPOZYCJE W PROJEKcie KONWENCJI

Wśród innych propozycji, które znalazły się w postanowieniach Projektu konwencji, można zwrócić uwagę na art. 18 i zawartą w nim zasadę *non-refoulement*. Zgodnie z jej postanowieniami nie można osoby wydalić, zawrócić czy dokonać ekstradycji do państwa, w którym istnieją uzasadnione podstawy, by

³⁵ Final Report of the International Law Commission, The obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut iudicare*), adopted by the International Law Commission at its sixty-sixth session, ILC Report, A/69/10, 2014, par. 14. Szerzej prace Komisji w tym zakresie omawia P. Grzebyk, *Prace Komisji Prawa Międzynarodowego Organizacji Narodów Zjednoczonych dotyczące obowiązku wydania lub ścigania sądowego (aut dedere aut iudicare)*, [w:] E. Mikos-Skuza, K. Myszoza-Kostrzewa, J. Poczo but (red.), *Prawo międzynarodowe – terażniejszość – perspektywy – dylematy. Księga Jubileuszowa Profesora Zdzisława Galickiego*, Warszawa 2012, s. 129–146.

³⁶ I. Kennedy, *The Proposed Convention on Crimes Against Humanity and Aut Dedere Aut Judicare*, [w:] M. Bergsmo, S. Tianying (ed.), *op. cit.*, s. 339.

przypuszczać, iż osoba ta będzie ofiarą zbrodni przeciwko ludzkości. W art. 17 zaś zawarto zasadę *ne bis in idem*. Na szczególną uwagę zasługują jednak postanowienia zawarte w art. 19 Projektu konwencji zawierające instytucjonalne gwarancje wykonania postanowień nowej konwencji. Postanowienia art. 19 wzorowano na art. 112, 116 i 117 Statutu Rzymskiego MTK, art. 63 i 64 Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji i art. 26 i 29 Międzynarodowej Konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem³⁷. Szczególnie ciekawe rozwiązanie zawarto w ustępie 14 art. 19 Projektu konwencji, w którym to zaproponowano utworzenie Dobrowolnego Funduszu Powierniczego (*Voluntary Trust Fund*). Głównym zadaniem Funduszu byłoby zapewnienie pomocy technicznej w wykonywaniu obowiązków zawartych w nowej Konwencji.

ARTYKUŁ 7 STATUTU RZYMSKIEGO MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU KARNEGO JAKO PODSTAWA DEFINICJI ZBRODNI PRZECIWKO LUDZKOŚCI W PRACACH KPM

Włączenie postanowień art. 7 Statutu Rzymskiego MTK do projektu artykułów dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości zasługuje na odrębne rozważania z uwagi na problemy, jakie pojawiają się z jego stosowaniem w praktyce Trybunału, a także ze względu na ocenę możliwej roli prac Komisji w tym zakresie. Sean Murphy zapowiedział, iż projekt artykułów zasadniczo będzie się opierał na definicji zbrodni przeciwko ludzkości z art. 7 Statutu Rzymskiego MTK. Warto zauważyć, że zgodnie z polskim stanowiskiem na forum VI Komitetu Zgromadzenia Ogólnego ONZ takie podejście, tj. włączenie art. 7 do prac Komisji, „zapewni spójność i jednolitość prawa międzynarodowego”³⁸.

Zalety tego rozwiązania są bezsporne. Zaakceptowana w ten sposób definicja z art. 7 Statutu Rzymskiego MTK prawdopodobnie zostanie uznana za wyraz prawa zwyczajowego. Ponadto, takie działanie zapobiega fragmentaryzacji prawa międzynarodowego, gdyż w sytuacji gdy państwa-strony nowej konwencji, nie tylko państwa-strony Statutu Rzymskiego MTK, implementują definicję do

³⁷ Zob. L.N. Sadat, *Forging a Convention...*, s. 383.

³⁸ Zob. Statement of Poland, Sixth Committee Summary record of the 20th meeting, A/C.6/69/SR.20, 10 November 2014, par. 36.

swoich porządków krajowych, także w przyszłości ułatwi im to wykonywanie zobowiązań wynikających ze Statutu Rzymskiego MTK. Nieliczne państwa, które nie są stronami Statutu, zdecydowały się na penalizację zbrodni przeciwko ludzkości³⁹. Wśród tych państw brakuje członków Rady Bezpieczeństwa ONZ, np. Stanów Zjednoczonych. Podjęcie prac nad nową konwencją jednak również wpłynęło na zwrócenie uwagi przez te państwa na potrzebę regulacji krajowych w tym zakresie. W przypadku Stanów Zjednoczonych prawnicy amerykańscy zaproponowali w sierpniu 2014 r. w rezolucji nr 300 prawo penalizujące zbrodnie przeciwko ludzkości⁴⁰. Warto także zauważyć, że Stany Zjednoczone znalazły się wśród tych państw, które poparły prace KPM nad projektem artykułów dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości⁴¹.

Dotychczas ok. 54% członków Organizacji Narodów Zjednoczonych zawarło w swoich przepisach krajowych definicję zbrodni przeciwko ludzkości⁴². W tym 66% państw-stron Statutu Rzymskiego MTK przewiduje w swoich porządkach krajowych pewną definicję zbrodni przeciwko ludzkości⁴³. Należy podkreślić, że te definicje często odbiegają od postanowień art. 7⁴⁴. Nie wszystkie

³⁹ Wśród 73 państw członkowskich ONZ, które nie są stronami Statutu Rzymskiego MTK, przyjmuje się, iż tylko ok. 24 państwa przewidziały w swoich porządkach krajowych penalizację zbrodni przeciwko ludzkości; zob. Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes Against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction, International Human Rights Clinic, July 2013, The George Washington University Law School, s. 9. [dalej: Comparative Legal Study Report].

⁴⁰ Zob. http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house_of_delegates/resolutions/2014_hod_annual_meeting_300.authcheckdam.pdf [dostęp: 23.03.2015].

⁴¹ Remarks by Mary McCleod at the 69th United Nations General Assembly Sixth Committee (Legal) Session on Agenda Item 78: Report of the International Law Commission on the Work of its 66th Session, dostępne na stronie: <http://usun.state.gov/briefing/statements/234021.htm> [23.03.2015].

⁴² Zob. Comparative Law Study Report, s. 3.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ W raporcie Comparative Legal Study Report można zauważyć, iż wśród badanych państw, które penalizują zbrodnie przeciwko ludzkości (badano pierwsze wg kolejności alfabetycznej 83 państwa członkowskie ONZ – wśród nich 58 państw-stron Statutu Rzymskiego MTK) tylko 10 państw zawarło w przepisach krajowych pełne brzmienie art. 7 Statutu Rzymskiego MTK. Liczbę 83 państw ograniczono do 71 państw, które powinny prawdopodobnie zawierać definicję zbrodni przeciwko ludzkości w swoich przepisach krajowych. Jak się jednak okazało, tylko wśród 34 państw można było taką zauważyć. O ile wszystkie państwa z 34 wymienionych wskazywały na „systematyczny” lub „na szeroką skalę” element ataku, o tyle w odniesieniu do elementu „polityki” można wyliczyć tylko 12 państw. Jako przykład państwa, które wprost przyjęło definicję zbrodni

państwa-strony Statutu czuły się zatem zobligowane do przyjęcia definicji z art. 7 do prawa krajowego. Brak odpowiednich przepisów w systemie krajowym może skutkować dopuszczalnością sprawy przed MTK na gruncie art. 17 Statutu MTK. Nieodpowiednie przepisy krajowe lub niemożliwość uzyskania właściwego efektu w postępowaniu krajowym może wypełnić przesłankę dopuszczalności, tj. niezdolności do osądzenia⁴⁵. Należy jednak zauważyć, że sądownie za zwykłe przestępstwa zamiast za zbrodnie międzynarodowe nie wypełnia jeszcze przesłanki dopuszczalności, pod warunkiem, że państwo jest w stanie osądzić sprawcę⁴⁶.

Ponadto, sądy krajowe często odmiennie interpretowały definicję zbrodni przeciwko ludzkości⁴⁷. Oznacza to, że na różnych poziomach definicja ta mogła być w odmienny sposób rozumiana. Można więc przypuszczać, iż przyjęcie dokładnie tej samej definicji zbrodni przeciwko ludzkości z art. 7 Statutu MTK w nowej konwencji nie uchroni przed odmienną interpretacją istotnych jej elementów.

Należy więc zauważyć, że w sytuacji gdy definicje przyjęte do porządków krajowych państw są rozbieżne lub nie przewidziano ich w porządkach krajowych, przyjęcie definicji z art. 7 do projektu artykułów bez jakiejkolwiek analizy jej zawartości byłoby niewskazane. Przemawia za tym także praktyka orzecznicza MTK. Prace Komisji mogłyby przyczynić się do wyjaśnienia pewnych proble-

przeciwko ludzkości ze Statutu Rzymskiego MTK, można wskazać Bośnię i Hercegowinę; *Ibidem*, s. 10, 15–16. Por. E. Socha, *Zbieżność a komplementarność jurysdykcji międzynarodowych trybunałów karnych i sądów krajowych*, Wrocław 2004, s. 45–46. Autorka podkreśla, iż w przypadku Polski nie zawarto w Kodeksie karnym odrębnego rozdziału dotyczącego zbrodni przeciwko ludzkości, jednak można odnaleźć w jego przypisach w części szczególnej czyny, które stanowią zbrodnie przeciwko ludzkości.

⁴⁵ Zob. J. Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Leiden/Boston 2008, s. 318.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 321.

⁴⁷ Zdarzały się jednak sprawy, gdy element „polityki” także na poziomie krajowym był mocno akcentowany. Przykładem może być sprawa Klausa Barbiego, w której to sąd francuski podkreślił, iż polityka państwowa czy udział rządu są tym elementem, który musi zaistnieć, aby stwierdzić zbrodnie przeciwko ludzkości. Zob. Ch. Jalloh, *What Makes A Crime Against Humanity A Crime Against Humanity*, „American University International Law Review” 2012–2013, Vol. 28, s. 403. Zob. także J.-O. Viout, *The Klaus Barbie Trial and Crimes Against Humanity*, „Hofstra Law & Policy Symposium” 1999, Vol. 3, s. 165. W innej sprawie *Regina v. Finta* sąd kanadyjski mimo braku wymogu „polityki państwowej” w przepisach krajowych Kanady podkreślił, iż element „polityki państwowej” czy „planu” jest częścią zbrodni przeciwko ludzkości, zob. P. Hwang, *Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, „Fordham International Law Journal” 1998–1999, Vol. 22, s. 473.

matycznych kwestii, które pojawiają się nie tylko w literaturze przedmiotu, ale przede wszystkim w samych w rozstrzygnięciach MTK:

Definicja z art. 7 Statutu Rzymskiego MTK obejmuje dwa ustępy:

1. Dla celów niniejszego statutu „zbrodnia przeciwko ludzkości” oznacza którykolwiek z następujących czynów, popełniony w ramach rozległego lub systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej: (a) zabójstwo; (b) eksterminacja; (c) niewolnictwo; (d) deportacja lub przymusowe przemieszczanie ludności; (e) uwięzienie lub inne dotkliwe pozbawienie wolności fizycznej z naruszeniem podstawowych reguł prawa międzynarodowego; (f) tortury; (g) zgwałcenie, niewolnictwo seksualne, przymusowa prostytutka, wymuszona ciąża, przymusowa sterylizacja oraz jakiegokolwiek inne formy przemocy seksualnej porównywalnej wagi; (h) prześladowanie jakiegokolwiek możliwej do zidentyfikowania grupy lub zbiorowości z powodów politycznych, rasowych, narodowych, etnicznych, kulturowych, religijnych, płci (gender) w rozumieniu ustępu 3 lub z innych powodów powszechnie uznanych za niedopuszczalne na podstawie prawa międzynarodowego, w związku z jakimkolwiek czynem, do którego odnosi się niniejszy ustęp, lub z jakąkolwiek zbrodnią objętą jurysdykcją Trybunału; (i) wymuszone zaginięcia osób; (j) zbrodnia apartheidu; (k) inne nieludzkie czyny o podobnym charakterze celowo powodujące ogromne cierpienie lub poważne uszkodzenie ciała albo zdrowia psychicznego lub fizycznego.
2. W rozumieniu ustępu 1:
 - (a) „atak skierowany przeciwko ludności cywilnej” oznacza sposób działania, polegający na wielokrotnym dopuszczaniu się czynów opisanych w ustępie 1 skierowanych przeciwko ludności cywilnej, podjęty stosownie do lub dla wsparcia polityki państwowej lub organizacyjnej zakładającej dokonanie takiego ataku.

Pierwsza część definicji obejmuje zatem systematyczny lub rozległy atak przeciwko ludności cywilnej, który zgodnie z ustępem 2 jest podjęty *stosownie do lub dla wsparcia polityki państwowej lub organizacyjnej*. To właśnie ten drugi ustęp był przedmiotem sporów zarówno w doktrynie⁴⁸, jak i w praktyce, a więc roz-

⁴⁸ Zob. G. Werle, B. Burghardt, *Do Crimes against Humanity Require the Participation of a State or „a State-like” Organization?*, „Journal of International Criminal Justice” 2012, Vol. 10, Issue 5, s. 1151–1170; W. Schabas, *State Policy as an Element of International Crimes*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 2008, Vol. 98, No. 3, s. 953–982; G. Mettraux, *The Definition of Crimes against Humanity and the Question of a „Policy” Element*, [w:] L.N. Sadat (red.), *Forging a Conven-*

bieżnie interpretowano pojęcie „polityki” ogólnie oraz „polityki organizacyjnej”. Problemy interpretacyjne można przedstawić poprzez następujące pytania: Jak udowodnić element polityki? Czy element polityki jest przesłanką jurysdykcyjną? Jakie podmioty obejmuje pojęcie *polityka organizacyjna*? Jak wskazywał W. Schabas, przy tak ujętym art. 7 sędziowie MTK będą musieli zmierzyć się z jego interpretacją⁴⁹. Praktyka MTK była tak rozbieżna, iż postanowiono zwrócić się do nich z apelem, co uczynił D. Robinson, pisząc: „Sędziowie, nie czyńcie elementu *polityki* niemożliwym do udowodnienia”⁵⁰.

Pierwszy problem, który pojawia się w orzecznictwie MTK, związany był z udowodnieniem „polityki”. Trybunał Jugosłowiański odszedł w sprawie Kunarac od przesłanki „polityki”⁵¹, co mocno krytykował np. M.Ch. Bassiouni⁵². Zgodnie ze Statutem Rzymskim MTK wymaga się natomiast dowodów dotyczących „polityki”. Izby Przygotowawcze MTK jednak różnie interpretowały to pojęcie. Pojawiła się także wątpliwość, czy w ogóle „polityka” jest odrębnym elementem definicji zbrodni przeciwko ludzkości⁵³. Może również z tego powodu postanowienia ustępu 2 nie zostały włączone przez wszystkie państwa do porządków krajowych⁵⁴. Początkowo w sprawie Katangi Izba Przygotowawcza, zatwierdzając zarzuty w 2008 r., stwierdziła,

tion..., s. 142–176; L.N. Sadat, *Sadat response to Robinson and van Sliedregt*, 23 July 2013, dostępne na stronie: <http://opiniojuris.org/2013/07/23/ajil-symposium-sadat-response-to-robinson-and-van-sliedregt/> [dostęp: 20.02.2015].

⁴⁹ W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd ed., Cambridge 2007, s. 104.

⁵⁰ D. Robinson, *A Plea to Judges – Don't Make the Policy Element Impossible*, 23 July 2013, dostępne na stronie: <http://opiniojuris.org/2013/07/22/ajil-symposium-a-plea-to-judges-dont-make-the-policy-element-impossible/> [dostęp: 20.02.2015].

⁵¹ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Case No. IT-96-23 & 23/1A, Appeals Judgment, 12 June 2002, par. 98.

⁵² M.Ch. Bassiouni, *Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity...*, s. 54.

⁵³ Podkreślano dotychczas niejednokrotnie, iż zadaniem elementu „polityki” przy interpretacji definicji zbrodni przeciwko ludzkości jest raczej wykluczenie czynów spontanicznych lub sporadycznych od tych systematycznych lub popełnianych na szeroką skalę. Zob. np. V. Bou, *Crimes against Humanity in Contemporary International Law*, [w:] A. Constantinides, N. Zaikos (ed.), *The Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Leiden/Boston 2009, s. 550–551. Por. G. Mettraux, *The Definition of Crimes against Humanity...*, s. 153 lub G. Mettraux, *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda*, „Harvard International Law Journal” 2002, Vol. 43, No.1, s. 282, lub M. Plachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, t. I, Kraków 2004, s. 384–385.

⁵⁴ Wśród tych państw można wymienić Belgię, Kanadę, Gruzję, Niemcy, Australię i Norwegię. Zob. M. Holvoet, *The State or Organisational Policy Requirement within the Definition of Crimes against*

że dla udowodnienia elementu „polityki” niezbędne jest wykazanie, iż atak jest zorganizowany, postępuje według regularnego wzoru i obejmuje środki publiczne lub prywatne⁵⁵. Zdaniem D. Robinsona zaproponowany przez Izbę test pasuje raczej do testu na „systematyczność” ataku, aby odróżnić sporadyczne akty od tych systematycznych⁵⁶. W sprawie Mbarushimana wydawałoby się natomiast, iż zaprezentowane dowody być może wystarczyłyby do udowodnienia popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości, gdyby sędziowie przyjrzeni się zebranemu materiałowi w całości, a nie analizowali jego poszczególne elementy⁵⁷. Należy bowiem zauważyć, że przedstawione dowody wyraźnie wskazywały na rozkazy ataku na ludność cywilną⁵⁸. W sprawie Gbagbo, odraczając zatwierdzenie zarzutów decyzją z czerwca 2013 r., Izba Przygotowawcza domagała się konkretnych dowodów odnośnie do „polityki”, które wprost wyliczyła. Wymagano informacji dotyczących tego: „Jak, kiedy i przez kogo domniemana polityka/plan ataku na ludność cywilną „pro-Ouatara” zostały przyjęte, w tym szczegółowe informacje o spotkaniach, na których ta polityka/plan zostały rzekomo przyjęte, a także jak istnienie i treść tej polityki/planu została przekazana do wiadomości członkom „sił pro-Gbagbo””⁵⁹. Do tej sprawy D. Robinson, M. de Guzman, Ch. Jalloh i R. Cryer przygotowali jako *amicus curiae* uwagi dotyczące właśnie elementów definicji zbrodni przeciwko ludzkości, w szczególności uwzględniając element „polityki”⁶⁰. Odpowiadając na postawione żądania przez Izbę Przygotowawczą co do dowodów, wyjaśniono, iż nie są wymaga-

Humanity in the Rome Statute: an Appraisal of the Emerging Jurisprudence and the Implementation Practice by ICC States Parties, ICD Brief 2, October 2013, s. 11.

⁵⁵ *An attack (...) must still be thoroughly organised and follow a regular pattern. It must also be conducted in furtherance of a common policy involving public or private resources. (...) The policy need not be explicitly denned by the organisational group. Indeed, an attack which is planned, directed or organised – as opposed to spontaneous or isolated acts of violence – will satisfy this criterion.* Zob. *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 September 2008, par. 396.

⁵⁶ D. Robinson, *Crimes Against Humanity: A Better Policy on 'Policy'*, [w:] C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2014 oraz http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2364250 [dostęp: 23.03.2015].

⁵⁷ Por. *ibidem*.

⁵⁸ *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 December 2011, par. 248.

⁵⁹ *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute, ICC-02/11-01/11-432, 3 June 2013, par. 44 pkt 3.

⁶⁰ *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, deGuzman, Jalloh and Cryer, ICC-02/11-01/11-534, 9 October 2013.

ne formalne dowody przyjęcia polityki dla celów udowodnienia zbrodni przeciwko ludzkości. Polityka nie musi być sformalizowana i można ją wywnioskować ze sposobu, w jaki czyny są dokonywane. Ponadto, poszczególni sprawcy nie muszą być motywowani polityką. Element polityki nie musi być wykazany w odniesieniu do poszczególnych czynów, a raczej sędziowie powinni wziąć pod uwagę całość zgromadzonego materiału dowodowego (*totality of the evidence*) w celu oceny, czy przesłanki z art. 7 Statutu Rzymskiego MTK są spełnione⁶¹. Można więc zauważyć, iż w czerwcu 2014 r., kiedy to Izba Przygotowawcza zatwierdziła zarzuty wobec Gbagbo, podążono za stanowiskiem *amicus curiae* i stwierdzono, iż atak, który jest zaplanowany, nadzorowany lub zorganizowany, w przeciwieństwie do spontanicznego lub pojedynczego aktu przemocy, zaspokoi kryterium „polityki”, a formalne dowody przyjęcia polityki nie są wymagane⁶².

Kolejny problem pojawił się w odniesieniu do pojęcia „polityka organizacyjna” i ewentualnego rozszerzenia podmiotów, których zbrodnie przeciwko ludzkości dotyczą, na podmioty niepaństwowe. M.Ch. Bassiouni⁶³ oraz W. Schabas⁶⁴ uważają, iż twórcy Statutu MTK nie mieli na celu objęcia definicją podmiotów niepaństwowych. Nie zamierzano wprowadzać nowych elementów w Statucie. Natomiast w sprawie Kenyatty Izba Przygotowawcza w decyzji autoryzującej otwarcie śledztwa stwierdziła, iż „(...) gdyby autorzy Statutu zamierzali wykluczyć podmioty niepaństwowe z terminu »organizacja«, nie uwzględniliby tego terminu w art. 7 (2) (a) Statutu MTK”⁶⁵. Zdaniem Izby podmioty inne niż państwowe zosta-

⁶¹ *Ibidem*, par. 4.

⁶² The Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 June 2014, par. 215 [dalej: Decision on the confirmation of charges against Gbagbo].

⁶³ M.Ch. Bassiouni zauważa, iż podczas konferencji w Rzymie w 1998 r. nie zamierzano rozszerzyć definicji zbrodni przeciwko ludzkości na podmioty niepaństwowe, a zatem art. 7 Statutu Rzymskiego nie miał na celu uwzględnienia innych podmiotów niż państwowe. Uwzględnienie takich podmiotów wymagałoby redefinicji i zmian w art. 7 Statutu Rzymskiego MTK. Zob. M.Ch. Bassiouni, *Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity: Almost a Century in the Making, with Gaps and Ambiguities Remaining – the Need for a Specialized Convention*, [w:] L.N. Sadat (ed.), *Forging a Convention...*, s. 57. Zob. także M.Ch. Bassiouni, *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis, and Integrated Text*, Vol. 1, Ardsley–New York 2005, s. 151–152.

⁶⁴ W.A. Schabas, *State policy as an element of international crimes*, „The Journal of Criminal Law & Criminology” 2008, Vol. 98, No. 3, s. 972.

⁶⁵ Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 March 2010, par. 92.

ły więc uwzględnione w definicji zbrodni przeciwko ludzkości zawartej w Statucie Rzymskim MTK, jeśli potrafią one oddziaływać na podstawowe wartości ludzkie⁶⁶. W tym aspekcie Izba odwołała się także do prac KPM i komentarza do Kodeksu przestępstw przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości. Zauważono, iż osoby prywatne z faktyczną władzą lub te zorganizowane w gangi również mogą być odpowiedzialne za systematyczne i masowe naruszenia praw człowieka⁶⁷. Stanowiska większości nie podzielił w swojej krytycznej 80-stronicowej opinii odrębnej sędzieja Kaul, wskazując, iż tylko podmioty „jak państwowe” (*state-like*) mogą spełnić kryterium polityki organizacyjnej⁶⁸. Stanowisko sędziego Kaula to jednak coś więcej niż tylko interpretacja pojęcia „polityki organizacyjnej”. W opinii przede wszystkim wskazano cel działalności MTK i sędzieja już w pierwszych zdaniach podkreślił, że tylko te zbrodnie, które mają charakter zbrodni międzynarodowych, mogą być rozpatrywane przez Trybunał, a inne, choćby poważne, przez sądy krajowe⁶⁹, zatem „(...) rozróżnienie tych zbrodni nie może być rozmazane”⁷⁰. To właśnie zastosowanie interpretacji teleologicznej⁷¹ doprowadziło sędziego do wniosku, iż tylko grupa *quasi* państwowa może przyjąć politykę wymaganą do popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości⁷².

W doktrynie ta opinia była poddana krytyce, jako nieodpowiadająca dzisiejszym realiom, kiedy to podmioty niepaństwowe z własnej inicjatywy popełniają zbrodnie na szeroką skalę⁷³. W czerwcu 2014 r. Izba Przygotowawcza, zatwier-

⁶⁶ *Ibidem*, par. 90.

⁶⁷ *Ibidem*, par. 91. Izba odwołała się także do orzeczenia *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000, par. 205 oraz komentarza do Statutu MTK: R. Dixon, C.K. Hall, *Article 7*, [w:] O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observer’s Notes, Article by Article*, 2. ed., Munich 2008, s. 236–237.

⁶⁸ *Situation in the Republic of Kenya*, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul, ICC-01/09-19, 31 March 2010, par. 66.

⁶⁹ *Ibidem*, par. 8.

⁷⁰ *Ibidem*, par. 9.

⁷¹ *Ibidem*, par. 56.

⁷² Wśród cech takiego podmiotu *quasi* państwowego sędzieja Kaul wymienia: a) zbiorowość osób, (b) która powstała i działa na rzecz wspólnego celu, (c) w dłuższym okresie czasu, (d) która pozostaje pod dowództwem lub przyjęła pewną hierarchiczną strukturę, w tym, jako minimum, przyjęła jakiś poziom polityki, (e) z możliwością nałożenia polityki na członków grupy i egzekwowaniem jej, (f) która ma zdolność i środki umożliwiające atak na ludność cywilną na szeroką skalę. *Ibidem*, par. 51.

⁷³ Zob. np. T. Obel Hansen, *The Policy Requirement In Crimes Against Humanity: Lessons from and for the Case of Kenya*, „The George Washington International Law Review” 2011, Vol. 43, s. 35.

dzając zarzuty wobec Gbagbo, stwierdziła, iż „polityka organizacyjna” może odnosić się do „grup, które rządzą określonym terytorium, lub organizacji, która ma zdolność do popełnienia systematycznego lub na szeroką skalę ataku na ludność cywilną”⁷⁴. Eksperci Inicjatywy dla zbrodni przeciwko ludzkości także zauważyli ten problem, proponując wręcz w pierwszej wersji projektu terminologię „państwowe i niepaństwowe podmioty”⁷⁵. W rezultacie jednak ostateczna wersja Projektu zawiera dokładne brzmienie art. 7 Statutu Rzymskiego MTK, zatem pozostawia dla sądów interpretację „polityki organizacyjnej”.

Niektórzy wprost proponują kierunek, w którym prace KPM powinny podążać, w odniesieniu do terminu „polityka” w definicji zbrodni przeciwko ludzkości⁷⁶. Jeden z najbardziej realnych scenariuszy prezentuje M. Halling. Autor zauważa, iż zamiast eliminować element „polityki” z definicji zawartej w art. 7 Statutu Rzymskiego MTK, sędziowie mogą rozszerzyć pojęcie „organizacji”, zatem odpowiednia interpretacja zastąpiłaby potrzebę wprowadzenia poprawki do Statutu Rzymskiego MTK⁷⁷. M.Ch. Bassiouni ponadto dodaje, że to Zgromadzenie Państw-Stron Statutu MTK mogłoby przyjąć stanowisko w sprawie definicji zbrodni przeciwko ludzkości, które stanowiłoby wskazówki dla Trybunału podczas interpretacji art. 7. Drugie rozwiązanie mogłoby dotyczyć spójnej i jednolitej praktyki sędziów MTK⁷⁸. Wydaje się, że w tym kierunku zmierzają obecne rozstrzygnięcia MTK.

Celem prac KPM jest popieranie stopniowego rozwoju i kodyfikacji przede wszystkim w zakresie prawa międzynarodowego⁷⁹. Wydaje się, iż w odniesieniu do prac nad zbrodniami przeciwko ludzkości Komisja wypełni oba te cele. Po pierwsze, będzie mogła potwierdzić charakter zwyczajowy definicji zbrodni przeciwko ludzkości, po drugie zaś będzie to okazja do wskazania, jak należy w dzisiejszych realiach odpowiednio interpretować definicję zbrodni przeciwko

⁷⁴ Decision on the confirmation of charges against Gbagbo, par. 217.

⁷⁵ K. Ambos, *op. cit.*, s. 295.

⁷⁶ Zob. w szczególności D. Robinson, *The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do With the Definition?*, [w:] M. Bergsmo, S. Tianying (ed.), *op. cit.*, s. 114 i n. Autor podkreśla, iż element „polityki” powinien dziś być stosowany jako test na wyłączenie zwykłych przestępstw z definicji zbrodni przeciwko ludzkości. *Ibidem*, s. 133.

⁷⁷ M. Halling, *Push the Envelope – Watch It Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes against Humanity*, „Leiden Journal of International Law” 2010, Vol. 23, Issue 4, s. 845.

⁷⁸ M.Ch. Bassiouni, *Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity...*, s. 57.

⁷⁹ Art. 1 Statutu KPM, tekst dostępny na stronie: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute_e.pdf [dostęp: 02.05.2015].

ludzkości i czy należy nią objąć podmioty niepaństwowe⁸⁰. Prace te umożliwią zatem przyjrzenie się bliżej praktyce państw w zakresie penalizacji zbrodni przeciwko ludzkości i być może zachęcą państwa do ujednolicenia podejścia w tym zakresie. Ponadto, prace KPM często stanowią wskazówki dotyczące interpretacji i wydaje się, iż w odniesieniu do samej definicji zbrodni przeciwko ludzkości, nawet jeśli artykuły Komisji nie staną się umową międzynarodową, będą miały znaczenie dla praktyki zarówno sądów międzynarodowych, jak i krajowych⁸¹.

NOWA KONWENCJA A REALNA SZANSA NA PROCESY W SĄDACH KRAJOWYCH?

Działalność MTK nie wpływa na podkreślenie roli sądów krajowych i ich odpowiedzialności w pierwszej kolejności za procesy osób, które dopuściły się najcięższych zbrodni. S. Nouwen wskazuje przykładowo sytuację Ugandy, która to przekazała sprawę Trybunałowi, chociaż jej system sprawiedliwości był uznawany za jeden z niewielu afrykańskich działających poprawnie i można wręcz stwierdzić, że została nagrodzona za to działanie organizacją Konferencji Rewizyjnej Statutu MTK⁸². W większości przypadków przekazanie sprawy do MTK przez państwo ma miejsce, gdy ma ono trudności w aresztowaniu sprawcy⁸³. To także od współpracy z państwami zależy sukces MTK. Przykładem niepowodzenia są trudności w aresztowaniu Omara al-Bashira⁸⁴. Osłabienie roli Trybunału może wynikać także

⁸⁰ Należy tutaj zauważyć, że KPM już miała okazję pochylić się nad tym problemem podczas prac nad Kodeksem przestępstw przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości z 1954 r. oraz Kodeksem zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości. W tych pracach pojawiał się już element polityki, a także odwołanie do podmiotów niepaństwowych. Zob. Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1954, Vol. II. oraz Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, in Yearbook of the International Law Commission with commentaries, 1996, Vol. II, Part Two, par. 13, 14. Zob. też nt. skatalogowania zbrodni przeciwko ludzkości także w pracach KPM, E. Socha, *op. cit.*, s. 44.

⁸¹ Zob. także D. Robinson, *The Draft Convention on Crimes Against Humanity...*, s. 106.

⁸² S. M. H. Nouwen, *Complementarity in Practice: Critical Lessons from the ICC for R2P*, „Finnish Yearbook of International Law” 2010, Vol. 21, s. 57.

⁸³ Zob. także Art. 17 ust. 3 Statutu MTK.

⁸⁴ Zob. B. Krzan, K. Wierczyńska, *Relacje Rady Bezpieczeństwa i Międzynarodowego Trybunału Karnego w świetle rezolucji 1970 (2011)*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo organizacji międzynarodowych wobec problemów współczesnego świata*, Bydgoszcz–Katowice 2014, s. 342

z braku obowiązku sądenia przez sądy krajowe sprawców najcięższych zbrodni, który byłby zawarty w Statucie Rzymskim MTK. W sprawie Katangi przykładowo sędziowie zauważyli, iż Międzynarodowy Trybunał Karny nie może wpłynąć na sądy krajowe, aby te zajęły się sprawą⁸⁵. Nie ma takiego mechanizmu w ramach Statutu Rzymskiego MTK, który wymusiłby na państwach podjęcie czynności w celu ukarania osób, które dopuściły się zbrodni międzynarodowych⁸⁶. Z drugiej strony warto zauważyć, że sędziowie MTK nawet wyrazili przekonanie, iż państwo, przekazując sprawę do MTK, wykonuje swój obowiązek osądenia i ukarania sprawców zbrodni⁸⁷. Takie stanowisko osłabia rolę sądów krajowych w osądzaniu za zbrodnie międzynarodowe. W nowej konwencji ten obowiązek będzie stanowił natomiast główne zobowiązanie państw-stron.

Można również zauważyć propozycje Protokołu dodatkowego do Statutu Rzymskiego MTK, który umożliwiłby zacieśnienie współpracy między państwami-stronami Statutu MTK i zawierałby obowiązki państw dotyczące sądenia za najcięższe zbrodnie⁸⁸. W sytuacji gdy nowa konwencja weszłaby w życie, taki Protokół wydawałby się zbędny, pod warunkiem, że państwa-strony Statutu MTK chętnie zwiążą się nową konwencją. Wzmocnienie roli sądów krajowych w odniesieniu do sądenia za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości może nastąpić poprzez wyraźne zawarcie w nowej konwencji obowiązku *aut dedere aut judicare*⁸⁹. Nie tylko obowiązek sądenia przez państwa stałby się wiążący, ale

oraz K. Stasiak, *Współpraca Organizacji Narodów Zjednoczonych z Prokuratorem Międzynarodowego Trybunału Karnego*, [w:] *ibidem*, s. 325–326.

⁸⁵ Państwa-strony zauważyły te braki w Statucie Rzymskim MTK podczas Konferencji rewizyjnej w Kampali i w przyjętej rezolucji podkreśliły pierwszeństwo państw w osądzaniu za zbrodnie międzynarodowe. Zob. Resolution RC/Res.1 adopted at the 9th plenary meeting, on 8 June 2010. Rezolucja ta jednak nie ma charakteru wiążącego dla państw-stron Statutu Rzymskiego MTK.

⁸⁶ (...) *This is so because under the Rome Statute, the Court does not have the power to order States to open investigations or prosecutions domestically. It is purely speculative to assume that a State that has refrained from opening an investigation into a particular case or from prosecuting a suspect would do so, just because the International Criminal Court has ruled that the case is inadmissible.* Zob. Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, par. 86.

⁸⁷ *Ibidem*, par. 85.

⁸⁸ P. Akhavan, *Whither National Courts? The Rome Statute's Missing Half Towards an Express and Enforceable Obligation for the National Repression of International Crimes*, „Journal of International Criminal Justice” 2010, Vol. 8, s. 1266.

⁸⁹ Por. *ibidem*, s. 1263.

również współpraca między państwami byłaby wzmocniona. Międzynarodowy Trybunał Karny natomiast jawiłby się wobec państw-stron Statutu jako strażnik tej zasady, w szczególności, gdy Prokurator MTK monitorowałby postępowanie w sądach krajowych. Oczywiście i tutaj sukces Trybunału zależałby od jego współpracy z państwem⁹⁰.

W 2014 r. na forum VI Komitetu Zgromadzenia Ogólnego ONZ państwa miały okazję przedstawić stanowiska dotyczące włączenia tematu zbrodni przeciwko ludzkości do aktualnej agendy prac KPM. Holandia, Argentyna, Belgia oraz Słowenia zaproponowały przygotowanie konwencji zajmującej się głównie współpracą państw w sprawach karnych⁹¹. Państwa te uważają, że zajęcie się współpracą w sprawach karnych w odniesieniu do najcięższych zbrodni jest głównym zadaniem państw. Ponadto, niektóre państwa zwróciły uwagę na potrzebę wypracowania mechanizmu zapewniającego wsparcie w wykonywaniu zobowiązań zawartych w nowej konwencji⁹². Stany Zjednoczone także podkreśliły, że choć prace Komisji mogą być podstawą dla nowej konwencji, to jednak stanowiska państw będą decydujące⁹³. Państwa zatem będą oceniać prace Komisji pod względem ich realnego wykonania. Wydaje się, że propozycje Inicjatywy dla zbrodni przeciwko ludzkości wychodzą naprzeciw tym oczekiwaniom, w szczególności te dotyczące utworzenia Dobrowolnego Funduszu.

⁹⁰ Ch. Jalloh zauważa przykładowo, że być może monitorowanie postępowania w sądach krajowych byłoby właściwsze niż przejmowanie sprawy przez Trybunał, gdy państwo faktycznie chce prowadzić postępowanie. Autor podaje przykład Kenii, wskazując, iż państwo to samo oferowało przekazywanie raportów z prowadzonego śledztwa. Ch. Jalloh, *Situation In the Republic of Kenya*, No. ICC-0 1/09-02/11-274, *Judgment on Kenya's Appeal of Decision Denying Admissibility*, „American Journal of International Law” 2012, Vol. 106, s. 123–124. Należy jednak podkreślić, iż w przypadku sprawy prezydenta Kenyatty nie udało się zgromadzić dowodów, gdyż m.in. państwo odmawiało współpracy. Zob. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the withdrawal of charges against Mr. Uhuru Muigai Kenyatta, Press Release, 5.12.2014, dostępne na stronie: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-statement-05-12-2014-2.aspx [dostęp: 30.04.2015]. Zarzuty zostały więc wycofane. Zob. Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the withdrawal of charges against Mr. Kenyatta, ICC-01/09-02/11-1005, 13 March 2015.

⁹¹ Statement of Netherlands, Sixth Committee Summary record of the 20th meeting, A/C.6/69/SR.20, 10 November 2014, par. 17.

⁹² Statement of Israel, Sixth Committee Summary record of the 20th meeting, A/C.6/69/SR.20, 10 November 2014, par. 67.

⁹³ Statement of the United States, Sixth Committee Summary record of the 20th meeting, A/C.6/69/SR.20, 10 November 2014, par. 121.

UWAGI KOŃCOWE

To, czy prace KPM będą miały wpływ na wzmocnienie współpracy państw w zakresie zwalczania zbrodni przeciwko ludzkości, dopiero okaże się. Pewnym jest jednak, iż nowa konwencja uzupełniłaby istotną lukę w zakresie tej zbrodni międzynarodowej, która nie doczekała się dotychczas odrębnego wiążącego dokumentu i wprowadziłaby obowiązek implementacji jednej uznanej definicji zbrodni przeciwko ludzkości. Prace KPM mogłyby zawierać wskazówki dla jej jednolitej interpretacji, a nowa umowa zapobiegłaby dalszej fragmentaryzacji prawa międzynarodowego karnego. Ponadto zapewniłaby państwom-stronom podstawę prawną współpracy, a także, jeśli KPM podąży za pracami ekspertów, wsparcie techniczne w celu wykonywania zobowiązań w tym zakresie. Wydaje się, że w dotychczasowych stanowiskach państw odnośnie do prac KPM nad zbrodniami przeciwko ludzkości, szczególny nacisk kładziono właśnie na aspekty współpracy państw w sprawach karnych.

W pierwszym raporcie specjalnego sprawozdawcy, który ukazał się właśnie na stronach Komisji⁹⁴, podkreślono pierwszeństwo sądów krajowych przed MTK⁹⁵, a jednocześnie zaznaczono, iż nowa konwencja ma szansę wzmocnić to pierwszeństwo poprzez umożliwienie państwom współpracy. W pierwszym raporcie uwzględniono także informacje przekazane przez państwa na wniosek Komisji⁹⁶, a dotyczące penalizacji w porządkach krajowych zbrodni przeciwko ludzkości. Do lutego 2015 r. Komisja otrzymała jednak odpowiedzi tylko od czterech państw⁹⁷. Specjalny sprawozdawca przywołuje zatem wyniki badań cytowane także w niniejszym artykule z *Comparative Legal Study Report* z 2013 r.⁹⁸ Ponadto, w raporcie kładzie się nacisk na obowiązek zapobiegania zbrodniom przeciwko ludzkości. W tym kontekście specjalny sprawozdawca przywołuje szereg dokumen-

⁹⁴ Artykuł został przygotowany zanim ukazał się pierwszy Raport specjalnego sprawozdawcy. Raport ma być przedmiotem prac Komisji między 4 maja a 5 lipca i 6 lipca a 7 sierpnia 2015 r. (stan prawny na 02.05.2015 r.).

⁹⁵ First report on crimes against humanity, International Law Commission Sixty-seventh session, A/CN.4/680, par. 24 [dalej: Pierwszy raport].

⁹⁶ Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session, Supplement No. 10, A/69/10, par. 34.

⁹⁷ Pierwszy raport, par. 52.

⁹⁸ *Ibidem*, par. 58–61.

tów międzynarodowych zawierających obowiązek zapobiegania, np. zbrodni ludobójstwa, a także zapowiada, iż projekt artykułów, oprócz ogólnego obowiązku zapobiegania zbrodniom przeciwko ludzkości, może zawierać w swoich postanowieniach szczegółowe obowiązki państw w celu wypełnienia obowiązku zapobiegania⁹⁹, a także zakaz derogacji¹⁰⁰. Zaproponowany art. 1 wprowadza ogólny obowiązek zapobiegania i karania¹⁰¹.

Odnosząc się do samej definicji zbrodni przeciwko ludzkości, należy zauważyć, iż sędziowie powinni mieć pewność, które elementy są wymagane do stwierdzenia, że zbrodnia przeciwko ludzkości miała miejsce. W sytuacji, gdy definicja z art. 7 Statutu zostanie zawarta również w nowej konwencji dotyczącej zbrodni przeciwko ludzkości, państwa-strony nowej konwencji z pewnością będą inspirować się orzecznictwem MTK w tym zakresie. Orzecznictwo to jednak wskazuje, że zawartość art. 7 może być interpretowana na różne sposoby. Nie jest jednak zaskoczeniem, że specjalny sprawozdawca w pierwszym raporcie dotyczącym prac nad projektem artykułów w sprawie zapobiegania i karania zbrodni przeciwko ludzkości uwzględnił, tak jak zapowiedziano, treść art. 7 Statutu¹⁰². W raporcie można zauważyć, iż odwołując się do orzecznictwa MTK, sprawozdawca uznaje, że definicja w nim zawarta obejmuje nie tylko podmioty państwowe, ale także niepaństwowe. Ponadto podkreśla, w odróżnieniu od M.Ch. Bassiouniego, że art. 7 ust. 2 wyraźnie (*expressly*) odnosi się do podmiotów niepaństwowych¹⁰³. W raporcie zauważono także ostatnie decyzje MTK z 2014 r. w sprawie Katangi i Gbagbo, a zatem stwierdzono, iż polityka nie musi być formalnie przyjęta, aby została udowodniona. Można ją wywnioskować z powtarzających się czynów, z czynności poprzedzających atak, czy mobilizacji w celu dokonania ataku¹⁰⁴.

⁹⁹ Zob. *ibidem*, par. 85–111.

¹⁰⁰ *Ibidem*, par. 118 i n.

¹⁰¹ Zob. *ibidem*, par. 120 (1. Każde Państwo-Strona potwierdza, że zbrodnie przeciwko ludzkości, czy popełnione w czasie pokoju lub w czasie wojny, to zbrodnie na mocy prawa międzynarodowego, i zobowiązuje się do ich zapobiegania i karania. 2. Każde Państwo Strona podejmuje skuteczne środki ustawodawcze, administracyjne, sądowe i inne, aby zapobiec zbrodniom przeciwko ludzkości w każdym obszarze w ramach swojej jurysdykcji. 3. Żadne okoliczności wyjątkowe, takie jak stan wojny lub groźba wojny, wewnętrzna niestabilność polityczna lub jakakolwiek inna sytuacja wyjątkowa nie mogą być powoływane jako usprawiedliwienie popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości).

¹⁰² *Ibidem*, par. 177.

¹⁰³ *Ibidem*, par. 147.

¹⁰⁴ *Ibidem*, par. 143–144.

M.Ch. Bassiouni także zauważa, że od elastyczności definicji zbrodni przeciwko ludzkości zależy, czy państwa chętnie zwiążą się nową konwencją¹⁰⁵ i odpowiedź na to pytanie będzie musiała się pojawić podczas prac nad projektem artykułów.

Jest to jednak dopiero pierwszy raport, istotne zatem będzie podejście pozostałych członków Komisji, a także stanowiska państw na forum VI Komitetu Zgromadzenia Ogólnego ONZ¹⁰⁶. Ponadto, to w kolejnych raportach sprawozdawca zaproponuje szczegółowe rozwiązania dotyczące odpowiedzialności państw, jednostek czy osób prawnych, a także zasady współpracy w sprawach karnych. Jak często się podkreśla, skuteczność międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości zależy nie od działalności MTK, a od aktywności państw w tym zakresie¹⁰⁷. Prace Komisji dają zatem szanse na wzmocnienie systemu dla państw-stron Statutu MTK o obowiązek współpracy horyzontalnej, a dla pozostałych państw mogą stanowić zachętę, aby stać się częścią tego systemu. Biorąc pod uwagę fakt, iż w ostatnim czasie prace Komisji zazwyczaj kończyły się przyjęciem uchwały Zgromadzenia Ogólnego ONZ¹⁰⁸, można mieć nadzieję, iż w tym przypadku wypracowane artykuły staną się konwencją.

¹⁰⁵ M.Ch. Bassiouni, *Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity...*, s. 56.

¹⁰⁶ Corocznie raport z prac Komisji jest przedstawiany państwom na forum VI Komitetu Zgromadzenia Ogólnego ONZ. Jest to okazja do przedstawienia przez państwa swoich stanowisk do tematów włączonych do agendy prac Komisji. Zob. więcej nt. pracy Komisji: W. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, *Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ – wybrane aspekty jej ustanowienia i funkcjonowania*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *op. cit.*, s. 139.

¹⁰⁷ M.Ch. Bassiouni, *Crimes Against Humanity: The Case For a Specialized Convention*, „Washington University Global Studies Law Review”, 2010, Vol. 9, No. 4, s. 588.

¹⁰⁸ W. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, *op. cit.*, s. 139.

Marta Szuniewicz*

OPERACJE WOJSKOWE AUTORYZOWANE
PRZEZ RADĘ BEZPIECZEŃSTWA ONZ
A PROBLEM ODPOWIEDZIALNOŚCI
MIĘDZYNARODOWEJ**

WSTĘP

Współczesne międzynarodowe operacje wojskowe budzą coraz większe wątpliwości w przedmiocie odpowiedzialności za działania i zaniechania członków personelu misji wojskowych, a zwłaszcza wskazania podmiotu, któremu można je przypisać. W orzecznictwie sądów międzynarodowych uznano, że odpowiedzialność państwa może zaistnieć w sytuacji, „gdy w następstwie akcji wojskowej (...) wykonuje ono efektywną kontrolę nad obszarem poza jego terytorium państwo-

* dr Marta Szuniewicz, Instytut Bezpieczeństwa Narodowego, Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich, Akademia Marynarki Wojennej w Gdyni

** Większość uwag przedstawionych w niniejszym opracowaniu została zaprezentowana wcześniej przez Autorkę w anglojęzycznym artykule pt. *The Responsibility of International Organizations for Acts and Omissions of the Personnel of Military Missions*, [w:] J. Nowakowska-Matusecka (red.), *New Challenges for International Organisations*, Katowice 2015 (w druku).

wym”¹. Sytuacja jednak komplikuje się, gdy żołnierze przebywają i działają na terytorium innego państwa z ramienia organizacji międzynarodowej, a mianowicie w oparciu o mandat ustanowiony przez Organizację Narodów Zjednoczonych (ONZ).

Z formalnego punktu widzenia Organizacja Narodów Zjednoczonych posiada osobowość prawną, skutkującą możliwością ustalenia jej zobowiązań traktatowych, przypisania jej konkretnych czynów i/lub zaniechań i ponoszenia odpowiedzialności międzynarodowej². Jako podmiot prawa międzynarodowego ponosi ona odpowiedzialność międzynarodową za akty jej przypisane, tj. za akty organów głównych i pomocniczych ONZ, czyny i zaniechania jej funkcjonariuszy i innych osób działających dla Narodów Zjednoczonych na podstawie decyzji organu tej organizacji³, które stanowią naruszenie jej międzynarodowych zobowiązań, choć nie wyłącza to odpowiedzialności państw. Podstawowy problem stanowi kryterium przypisania czynów i zaniechań organizacji międzynarodowej i określenie zasad ich odpowiedzialności międzynarodowej.

Rozbieżność stanowisk prezentowanych w przedmiotowym zakresie w doktrynie i w orzecznictwie sądów międzynarodowych skłoniła Komisję Prawa Międzynarodowego (KPM) do podjęcia – w ramach progresywnego rozwoju prawa międzynarodowego⁴ – prac zmierzających do wypracowania jednolitych reguł. Owocem tych prac jest najnowszy Projekt Artykułów o Odpowiedzialności Organizacji Międzynarodowych z 2011 roku⁵. Pojawia się pytanie, na ile przyjęte w nich rozwiązania w zakresie przypisania czynów i zaniechań i ustalenia odpowiedzialności za nie są zasadne i odpowiadają specyfice współczesnych międzynarodowych operacji wojskowych. W konsekwencji, celem niniejszego opracowania jest pró-

¹ Wyrok ETPC w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* z 23.2.1995 r. (wstępne zastrzeżenia), nr skargi 15318/89, § 62.

² Zob. Report of the Secretary-General, *Financing of the United Nations Peacekeeping Operations*, UN Doc. A/51/389 (20.9.1996).

³ General Assembly, International Law Commission, *Second Report on the Responsibility of International Organizations*, A/CN.4/541 (2.4.2004), par. 9.

⁴ J. Kranz wskazał, że „[s]ystem Artykułów jest jednak nie tyle obiektywny, co raczej neutralny. Artykuły KPM są ważnym narzędziem w interpretacji prawa, trudno je jednak uznać w całości za wyraz powszechnego prawa zwyczajowego”; zob. idem, *Standardy przypisania w kontekście międzynarodoprawnej odpowiedzialności za użycie siły zbrojnej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2009, nr 3–4, s. 10.

⁵ *Articles on the Responsibility of International Organizations with Commentaries*, Report of the International Law Commission, 63. session, UN Doc. A/66/10 (2011); dalej: ARIO; tekst dostępny na stronie internetowej http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf [dostęp: 15.02.2015].

ba krytycznej analizy i oceny propozycji KPM oraz dotychczasowego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w odniesieniu do odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, w szczególności w kontekście struktur kontroli i dowodzenia przyjętych na potrzeby operacji wojskowych prowadzonych w oparciu o mandat ustanowiony przez Radę Bezpieczeństwa ONZ.

DOTYCHCZASOWE USTALENIA SĄDÓW MIĘDZYNARODOWYCH

Problematyka odpowiedzialności za działania innych podmiotów – tj. odpowiedzialności państwa za działania podmiotów niepaństwowych oraz organizacji międzynarodowych za działania personelu przekazanego przez państwa członkowskie pojawiała się na wokandach sądów międzynarodowych, choć różnie była rozstrzygana.

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) dla ustalenia czy postępowanie grup jednostek niebędących organami państwa i powiązanych z państwem tylko w oparciu o więzi faktyczne może być przypisane temu państwu zastosował test „efektywnej kontroli” (zob. *Nicaragua case*⁶ and *Genocide case*⁷). Trybunał podkreślił, że odpowiedzialność państwa za działania podmiotów niepaństwowych wchodzi w grę tylko w sytuacji ich całkowitej zależności od państwa albo tzw. pełnej kontroli państwa nad ich konkretnymi działaniami (poprzez uznanie, że w powyższych przypadkach działały one jako organy *de facto* państwa)⁸. MTS odrzucił zatem test „ogólnej kontroli”, podkreślając jego nieadekwatność z uwagi na fakt, że zbyt daleko rozciąga on więź, która musi istnieć między postępowaniem organu państwa a jego odpowiedzialnością międzynarodową⁹. Z drugiej jednak strony w literaturze przedmiotu podniesiono, że w przypadku podmiotów niepaństwowych spełnienie standardu całkowitej zależności lub pełnej kontroli dla potrzeb przypisania aktu państwu, dalekie jest od realistycznego podej-

⁶ Wyrok MTS z 27.6.1986 r. w sprawie wojskowej i pozawojskowej działalności w i przeciwko Nikaragui (*Nicaragua przeciwko Stanom Zjednoczonym*), I.C.J. Reports 1986, s. 14.

⁷ Wyrok MTS z 26.2.2007 r. w sprawie stosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (*Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze*), I.C.J. Reports 2007, s. 143.

⁸ *Ibidem*, par. 413 i n.

⁹ *Ibidem*, par. 406.

ścia z uwagi zarówno na zbyt wysoko ustawioną poprzeczkę, jak i trudności dowodowe¹⁰.

W innym kierunku podążyły międzynarodowe trybunały karne, które – co do zasady – opowiedziały się za koncepcją ogólnej kontroli (*overall control*). Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii uznał, że dla celów przypisania odpowiedzialności za akty grup nieregularnych nie jest niezbędne kierowanie przez państwo tymi oddziałami lub udzielanie im instrukcji w prowadzeniu konkretnych operacji (tzw. pełna kontrola)¹¹. Specyfika standardu kontroli ogólnej polega na tym, że „po osiągnięciu pewnego poziomu wpływu na sprawcę przypisanie państwu odpowiedzialności za działania aktorów niepaństwowych jest ułatwione i odbywa się na zasadzie domniemania”¹². Zastosowanie standardu kontroli ogólnej zdaje się być bardziej odpowiednie, ułatwiając przypisanie państwu odpowiedzialności za naruszenie prawa międzynarodowego praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego przez nieregularne grupy zbrojne¹³. Podobne stanowisko zajął Międzynarodowy Trybunał Karny w sprawie *Lubanga*¹⁴.

Z kolei podejście Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w omawianym zakresie znacząco ewaluowało. W 1995 roku w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* skład orzekający opowiedział się za kryterium ogólnej kontroli sprawowanej nad danym terytorium (*overall control*). W 2001 roku w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii i innym* dotyczącej nalotów sił NATO na Belgrad, w oparciu o zasadę tzw. ogólnej kontroli Trybunał uznał za niedopuszczalne rozszerzanie swojej jurysdykcji na organizację międzynarodową przeprowadzającą operację wojskową na danym terytorium¹⁵.

W skargach dotyczących wydarzeń związanych z konfliktem na Półwyspie Bałkańskim, tj. w sprawie *Behrami i Behrami przeciwko Francji*¹⁶ oraz *Sarama-*

¹⁰ J. Kranz, *op. cit.*, s. 26.

¹¹ Zob. np. wyroki Izby Apelacyjnej Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii w sprawach: *Prokurator przeciwko Duško Tadić* z 15.7.1999 r. (nr sprawy IT-94-1-A, § 137) *Prokurator przeciwko Zlatko Aleksovski* z 24.3.2000 r. (nr sprawy IT-95-14/1-A, § 145–146) oraz *Prokurator przeciwko Naletilić i Martinović* z 3.5.2006 r. (nr sprawy IT-98-34-A, § 198 i nast.).

¹² J. Kranz, *op. cit.*, s. 59.

¹³ *Ibidem*, s. 63.

¹⁴ Wyrok Izby Sądzącej w sprawie *Prosecutor przeciwko Thomas Lubanga Dyilo* z 10.7.2010 r., nr sprawy ICC-01/04-01/06.

¹⁵ Zob. decyzja ETPC w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii i innym* z 12.12.2001 r., nr skargi 52207/99, § 82, w myśl którego skarżący i ich zmarli krewni nie znajdowali się pod jurysdykcją pozwanych państw na skutek ich pozaterytorialnego działania.

¹⁶ Decyzja ETPC o niedopuszczalności skargi w sprawie *Behrami i Behrami przeciwko Francji* z 31.5.2007 r., nr skargi 71412/01.

ti przeciwko Francji, Niemcom i Norwegii¹⁷ Wielka Izba Trybunału stwierdziła brak „efektywnej kontroli” (*effective control*) ze strony Państw-Stron EKPC nad osobami skarżącymi i terytorium wykonywania zadań wyznaczonych siłom zbrojnym. Podkreślono, że z uwagi na fakt, że siły KFOR (*Kosovo Force*) wykonywały władzę legalnie przekazaną na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa nr 1244, ich działania są przypisane Organizacji Narodów Zjednoczonych¹⁸. UNMIK, będący tymczasową misją administracyjną ONZ w Kosowie, został uznany za organ pomocniczy ONZ, utworzony na podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych a jako organ pomocniczy jest on odpowiedzialny bezpośrednio i w pełni przed Radą Bezpieczeństwa ONZ, a zatem jego zaniechania też powinny być przypisane ONZ¹⁹. W omawianych sprawach ETPC opowiedział się zatem za testem „ogólnej władzy i kontroli”, w ramach którego sama normatywna kontrola nad państwami biorącymi udział w misji autoryzowanej przez ONZ jest wystarczająca dla przypisania ich postępowania ONZ.

Analiza przeprowadzona przez ETPC doprowadziła go do konkluzji, w myśl której stworzony przez rezolucję Rady Bezpieczeństwa nr 1244 łańcuch dowodzenia (*chain of command*) delegował uprawnienia do utworzenia „międzynarodowej obecności” w Kosowie na rzecz NATO z jednoczesnym pozostawieniem mu dowództwa operacyjnego, ale Radzie Bezpieczeństwa pozostawiano ostateczną władzę i kontrolę nad misją, co skutkowało przypisaniem czynów wyłącznie ONZ. Krytyka, z jaką spotkała się decyzja w sprawie *Behrami*, opierała się na dwóch głównych zarzutach, tj. obniżeniu standardu przypisania czynu lub zaniechania oraz ograniczeniu przypisania wyłącznie do jednego podmiotu (państwa albo organizacji międzynarodowej)²⁰. Przywiązanie zbyt dużej wagi do normatywnej kontroli

¹⁷ Decyzja ETPC o niedopuszczalności skargi w sprawie *Saramati przeciwko Francji, Niemcom i Norwegii* z 31.5.2007 r., nr skargi 78166/01.

¹⁸ Decyzja w sprawie *Behrami i Behrami przeciwko Francji*, § 132 i n.

¹⁹ Decyzja w sprawie *Saramati przeciwko Francji, Niemcom i Norwegii*, § 141.

²⁰ Zob. B. Krzan, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu działalności organizacji międzynarodowych*, Wrocław 2013, s. 139 i przytoczoną tam literaturę. Na „dobre chęci” Trybunału wskazuje I. Kamiński (oceniając pozytywnie wyjście poza „teorię atrybucji” i włączenie do argumentacji „funkcjonalnej przesłanki” celem ograniczenia przypadków wyłączenia kognicji ETPC) – zob. I. C. Kamiński, *Kontrola rezolucji Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych i wynikających z nich działań sprawowana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka – uwagi o decyzji w sprawach Behrami i Saramati z dn. 31 maja 2007 r.*, [w:] *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Genowefie Grabowskiej*, red. B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Matusecka, Katowice 2009, s. 282

ONZ i zastosowanie testu „ogólnej władzy i kontroli” pozwala państwom na uniknięcie odpowiedzialności za działania podejmowane przez ich oddziały zbrojne należące do krajowych kontyngentów wojskowych w ramach autoryzowanej misji wojskowej, co spotkało się z ostrą krytyką²¹.

Podobnie w sprawie *Berić i inni przeciwko Bośni i Hercegowinie* ETPC stwierdził, że na podstawie art. 103 Karty Narodów Zjednoczonych pierwszeństwo stosowania w stosunku do EKPC ma – uchwalona w ramach rozdziału VII Karty – wiążąca prawnie rezolucja Rady Bezpieczeństwa nr 1031 z 1995 r., na podstawie której Rada Bezpieczeństwa delegowała władcze kompetencje (zarząd międzynarodowy). W związku z powyższym Trybunał uznał, że efektywną pełną kontrolę (*effective overall control*) sprawowała Rada Bezpieczeństwa, a zatem odpowiedzialność za czyny personelu misji spoczywa na ONZ. W takiej sytuacji ETPC – z uwagi na brak jurysdykcji *ratione personae* – uznał skargę za niedopuszczalną²². Główny mankament tego orzeczenia polega na zastosowaniu konstrukcji delegowania kompetencji jako głównego kryterium przypisania odpowiedzialności²³.

W kolejnych wyrokach ETPC decydującego znaczenia zaczęło nabierać wykonywanie faktycznej władzy nad konkretną jednostką przez funkcjonariuszy państwa²⁴. Sędziowie Trybunału wskazali, że państwo posiada jurysdykcję nad każdą osobą w zakresie, w jakim sprawuje nad nim kontrolę – tzw. model jurysdykcji personalnej funkcjonariuszy państwa (*a State agent authority*). Wyroki Wielkiej Izby Trybunału z 2011 roku w sprawach dotyczących operacji wojskowej w Iraku (*Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*²⁵ oraz *Hilal Al-Jedda przeciwko*

²¹ Por. np. S. Farrior, *Introductory Note to Behrami and Behrami v France and Saramati v France, Germany & Norway, European Court of Human Rights* (31.05.2007), „Vermont Law School Legal Studies Research Paper Series” 2009, nr 09–23.

²² *Berić i inni przeciwko Bośni i Hercegowinie*, wyrok z 16.10.2007 r., skarga nr 36357/04, par. 27 i n. ETPC podtrzymał tę linię argumentacji w kolejnych sprawach – por. m.in. decyzja ETPC o niedopuszczalności skargi w sprawie *Gajic przeciwko Niemcom* z 28.8.2007 r. (nr skargi 31446/02) oraz decyzja ETPC o niedopuszczalności skargi w sprawie *Kasumaj przeciwko Grecji* z 5.7.2007 r. (nr skargi 6974/05).

²³ J. Kranz, *op. cit.*, s. 66.

²⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Issa i inni przeciwko Turcji* z 16.11.2004 r., nr skargi 31821/96, § 74; wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Öcalan przeciwko Turcji* z 12.5.2005 r., nr skargi 46221/99, § 91; decyzja ETPC o niedopuszczalności skargi w sprawie *Saadoon i Mufdhi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 30.6.2009 r., nr skargi 61498/08, § 88.

²⁵ Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 7.7.2011 r., nr skargi 55721/07, § 163.

Zjednoczonemu Królestwu²⁶) potwierdziły tzw. model jurysdykcji personalnej funkcjonariuszy państwa²⁷ oraz ugruntowały zasadę ekstraterytorialnego wykonywania zobowiązań wynikających z EKPC wobec osób pozostających „pod władzą lub efektywną kontrolą” Państw-Stron Konwencji. W wyroku w sprawie *Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ETPC opowiedział się swoistą „kombinacją” dwóch czynników – kontroli nad terytorium i modelu jurysdykcji personalnej²⁸.

ETPC uznał w 2011 roku, że za czyny objęte skargami odpowiedzialność ponosi Zjednoczone Królestwo, ponieważ w większym stopniu niż ONZ wykonywało ono efektywną kontrolę nad operacjami wojskowymi w południowym Iraku (jego siły stanowiły część *Multi-National Force – MNF*)²⁹. Tym samym sędziowie Trybunału podjęli próbę pogodzenia standardu ostatecznej władzy i kontroli (*ultimate control and authority*) ze wcześniejszych wyroków w sprawie *Behrami i Saramati* ze standardem efektywnej kontroli operacyjnej (*effective operational control*), rekomendowanej przez KPM w Projekcie Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych z 2011 roku (o którym szerzej nieco dalej), co doprowadziło do stworzenia dziwacznej hybrydowej konstrukcji³⁰. Zdaniem Autorki, należałoby wyraźnie oprzeć się na modelu personalnej jurysdykcji, najlepiej z zaakcentowaniem pełnego jego zastosowania w przypadku detencji³¹.

²⁶ Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Al-Jedda przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 7.7.2011 r., nr skargi 27021/08.

²⁷ Szerzej zob. S. Miko, *Al-Skeini v. United Kingdom and Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention for Human Rights*, „Boston College International & Comparative Law Review” 2013, Vol. 35, s. 74 i n.

²⁸ M. Milanović, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, „European Journal of International Law” 2012, Vol. 23, s. 131; por. też S. Miko, *op. cit.*, s. 77 i A. Cowan, *A new watershed? Re-evaluating Banković in light of Al-Skeini*, „Cambridge Journal of International and Comparative Law” 2012, Vol. 1, s. 224.

²⁹ Por. C. Ryngaert, *Apportioning Responsibility between the UN and Member States in UN-Peace-Support Operations: An Inquiry into the Application of the ‘Effective Control’ Standard after Behrami*, „Israel Law Review” 2012, Vol. 45 (1), s. 151 i n.

³⁰ Por. C. Ryngaert, *Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights (Al-Skeini v the United Kingdom)*, „Merkouros” 2012, Vol. 28 (74), s. 60 oraz A. Sari, *Untangling Extra-Territorial Jurisdiction from International Responsibility in Jaloud v. Netherlands: Old Problem, New Solutions?*; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2554951 [dostęp: 15.6.2015].

³¹ M. Szuniewicz, *Prawo humanitarne konfliktów zbrojnych czy prawo międzynarodowe praw człowieka? – w poszukiwaniu reżimu prawnego międzynarodowych operacji wojskowych*, [w:] *Globalne problemy praw człowieka*, red. E. Karska, Warszawa 2015 [w druku].

Podobnie uznała Wielka Izba ETPC w wyroku w sprawie *Hassan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*³², w którym wyraźnie stwierdzono brak konieczności wykazywania sprawowania przez Zjednoczone Królestwo efektywnej kontroli wojskowej nad południowo-wschodnią częścią Iraku w przedmiotowym czasie (kwiecień – maj 2003 roku)³³, czyli w okresie poprzedzającym deklarację o ustanowieniu stref okupacyjnych i oparto się na modelu jurysdykcji personalnej. Sędziowie uznali, że z momentem ujęcia przez oddział brytyjski, Tarek Hassan znajdował się fizycznie we władzy i kontroli żołnierzy Zjednoczonego Królestwa i dlatego znalazł się pod jego jurysdykcją w myśl koncepcji jurysdykcji personalnej³⁴. Następnie został on przeniesiony do zamkniętej strefy JFIT (*Joint Forward Interrogation Team*), która podlegała całkowitej kontroli ze strony brytyjskich sił zbrojnych³⁵. Co więcej, w oparciu o postanowienia MoU (*Memorandum of Understanding*) Trybunał zauważył, że to na Zjednoczonym Królestwie spoczywał obowiązek ustalenia statusu osób zatrzymanych przez żołnierzy brytyjskim w świetle norm międzynarodowego prawa humanitarnego i ich zwolnienia³⁶. I jakkolwiek pewne aspekty operacyjne w przypadku pozbawienia wolności Hassana były przekazane amerykańskim siłom zbrojnym (m.in. eskorta i ochrona zatrzymanego), w ocenie Trybunału Zjednoczone Królestwo zachowało władzę i kontrolę nad wszelkimi aspektami pozbawienia wolności, relewantnymi z punktu widzenia zarzutów naruszenia art. 5 EKPC³⁷. W konsekwencji sędziowie ETPC uznali, że Skarżący znajdował się pod jurysdykcją Zjednoczonego Królestwa od ujęcia przez żołnierzy brytyjskich do czasu zwolnienia i opuszczenia Camp Bucca³⁸. Warto zauważyć, że poza ugruntowanym już modelem „*State agent authority*” Trybunał uwzględnił w pewnym stopniu elementy struktury dowodzenia i kontroli podczas wielonarodowych operacji wojskowych.

³² Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Hassan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 16.9.2014 r., nr skargi 29750/09.

³³ *Ibidem*, § 75.

³⁴ *Ibidem*, § 76.

³⁵ *Ibidem*, § 15 i 78.

³⁶ *Ibidem*, § 16 i 78.

³⁷ *Ibidem*, § 78.

³⁸ *Ibidem*, § 80.

PROJEKT ARTYKUŁÓW O ODPOWIEDZIALNOŚCI ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWYCH (2011) A STRUKTURA DOWODZENIA I KONTROLI WE WSPÓŁCZESNYCH OPERACJACH WOJSKOWYCH

Projekt artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych z 2011 roku (dalej: ARIO) wyraźnie rozróżnia dwa rodzaje organów państwa. Pierwszą kategorię stanowią organy w pełni przekazane do dyspozycji organizacji międzynarodowej, których postępowanie w ramach wykonywania funkcji organizacji „powinny być uznane za czyny danej organizacji” (art. 6), co skutkuje przypisaniem organizacji potencjalnych naruszeń i odpowiedzialności za nie. Druga grupa to organy państwa, które są przekazane organizacji międzynarodowej, ale w pewnym zakresie nadal działają jako organy wysyłającego państwa i ich działanie – w myśl Projektu Artykułów – może być przypisane organizacji międzynarodowej tylko, jeśli sprawuje ona efektywną kontrolę nad ich postępowaniem (art. 7).

Początkowo ONZ³⁹, w tym Komisja Prawa Międzynarodowego⁴⁰ postrzegały krajowe kontyngenty jako mieszczące się w pierwszej grupie, skoro wraz z przekazaniem stawały się one częścią składową operacji pokojowej. Zgodnie z powyższym, operacje pokojowe ustanowione przez Zgromadzenie Ogólne i Radę Bezpieczeństwa uważano za organy pomocnicze ONZ, których działanie jest przypisywane ONZ⁴¹. Jednak przedstawiona kwalifikacja prawna byłaby możliwa jedynie w przypadku formalnej inkorporacji narodowych kontyngentów do struktury instytucjonalnej ONZ jako komponentu organu pomocniczego. Takie działanie rzeczywiście skutkowałoby bezpośrednią podległością ONZ i czyniłoby postępowanie członków personelu kontyngentu przypisywalnym ONZ. Tym samym uzasadnienie dla przypisania deliktu międzynarodowego wynikałoby z prawnego i instytucjonalnego statusu sił pokojowych.

³⁹ Potwierdzają to m.in. *Status of Forces Agreement* (SOFA) and *Model Contributing Agreement*; zob. też UN Secretariat, *Responsibility of International Organizations: Comments and Observations Received from International Organizations*, UN Doc. A/CN.4/545 (25.6.2004), par. 17.

⁴⁰ General Assembly, International Law Commission, *Second Report on the Responsibility of International Organizations*, A/CN.4/541 (2.4.2004), par. 9; UN, *Report of the International Law Commission*, A/66/10 (2011), s. 88.

⁴¹ Por. również J. Kranz, *op. cit.*, s. 63 i n.

Tymczasem państwa wysyłające kontyngenty wojskowe oddają je do dyspozycji ONZ za pomocą przekazania władzy (*transfer of authority*), zachowując pewne uprawnienia w zakresie kontroli nad swoimi oddziałami. W ramach struktury dowodzenia i kontroli ONZ, na czas operacji pokojowych wszystkie komponenty misji (wojsko, policja, cywile) podlegają kontroli operacyjnej⁴² Głównodowodzącego Sił (*Force Commander – FC*), stojącego na czele komponentu wojskowego operacji pokojowej⁴³. Zgodnie z doktryną Capstone, DPKO (*Department of Peacekeeping Operations*) „w przypadku personelu wojskowego przekazanego przez państwo członkowskie ONZ, personel ten znajduje się pod kontrolą operacyjną UNFC lub głównodowodzącego komponentu wojskowego, ale nie pod dowództwem ONZ”⁴⁴.

Zazwyczaj państwa przekazują organizacjom międzynarodowym jedynie władzę w zakresie operacyjnej kontroli (*operational control – OPCON*) nad ich siłami zbrojnymi, zachowując najwyższą władzę, zwaną *full command*. Zachowanie pewnych uprawnień przez wysyłające państwa wskazuje, że pomimo przekazania sił do dyspozycji ONZ, pozostają one i nadal działają jako organy państwa wysyłającego⁴⁵. W konsekwencji, kontyngenty narodowe tworzące komponent operacji pokojowych ONZ mają podwójny status instytucjonalny: należy je postrzegać zarówno jako organy państwa wysyłającego, jak i część składową organu pomocniczego ONZ. To właśnie ów dualizm statusu uzasadnia zastosowanie kryterium przypisania opartego nie na formalnym statusie sił pokojowych w systemie ONZ, ale na faktycznej kontroli nad postępowaniem tych sił⁴⁶. W przypadku zatem

⁴² „Kontrola operacyjna” obejmuje władzę w zakresie wyznaczania dla pododdziałów wchodzących w skład kontyngentu określonych zadań wymaganych przez względy operacyjnej konieczności w rejonie misji; por. T.D. Gill, *Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations*, „Netherlands Yearbook of International Law” 2011, Vol. 42, s. 47.

⁴³ Niektóre bowiem państwa zakazują sprawowania dowództwa nad krajowymi siłami zbrojnymi przez obcokrajowca, dopuszczają jednak kontrolę operacyjną. Często ustanawia się odpowiednią drogę służbową przekazywania rozkazów FC przez dowódcę kontyngentu narodowego, który faktycznie dowodzi kontyngentem narodowym; zob. D. Stephens, *The Lawful Use of Force by Peacekeeping Forces*, „International Peacekeeping” 2005, Vol. 12, s. 159–160; L. Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Leiden–Boston 2005, s. 39.

⁴⁴ DPKO, *UN Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines* (2008), s. 68; zob. też UN DPKO, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations* (2003), s. 68.

⁴⁵ Por. P. Palchetti, *How Can Member States Be Held Responsible for Wrongful Actions Committed During Peace Operations Conducted by International Organizations?*, [in:] *Proceedings of the Bruges Colloquium International Organizations’ Involvement in Peace Operations: Applicable Legal Framework and the Issue of Responsibility*, College of Europe, Bruges–Natolin 2012, s. 99.

⁴⁶ *Ibidem*.

sił pokojowych ONZ władza i kontrola sprawowana przez ONZ nad siłami jest zatem ograniczona do dowództwa operacyjnego (sprawowanego przez tzw. Departament Operacji Pokojowych – DPKO). Ważne funkcje dowódcze (tzw. *full command*), w tym wykonywanie władzy w zakresie dowództwa strategicznego oraz wykonywania uprawnień w zakresie podstępowania dyscyplinarnego i jurysdykcji karnej, pozostają przy władzach państwa wysyłającego⁴⁷. Według obecnej wersji Model MoU pomiędzy ONZ a państwem wysyłającym kontyngent, ustalenia co do systemu dowodzenia i kontroli, dookreślające operacyjną kontrolę FC nad przekazanymi mu kontyngentami krajowymi, zostają załączone do MoU⁴⁸.

Poszczególne kontyngenty wojskowe zazwyczaj pozostają pod władzą krajowego dowódcy, który faktycznie dowodzi kontyngentem narodowym, a państwa nie tracą w zupełności kontroli nad wysłanymi oddziałami⁴⁹. To właśnie przez dowódcę kontyngentu narodowego (*National Contingent Commander – NCC*) państwo wysyłające kontyngent może wykonywać formę kontroli nad kontyngentem i w rzeczywistości decydować w przedmiocie przyjęcia skierowanych do niego instrukcji Głównodowodzącego Sił (FC)⁵⁰. Często ustanawia się odpowiednią drogę służbową przekazywania rozkazów Głównodowodzącego Sił (FC) przez dowódcę kontyngentu narodowego (NCC), a wręcz czasami uzależnia ich wykonanie od otrzymania stosownych instrukcji rządowych (od własnego państwa). W takiej sytuacji należałoby uznać, że postępowanie sił pokojowych powinno być łącznie przypisane dwóm podmiotom – ONZ jako podmiotowi wydającemu rozkaz oraz państwu wysyłającemu kontyngent jako podmiotowi, który zatwierdził je i przekazał do wykonania⁵¹.

Państwo wysyłające kontyngent na rzecz misji ONZ (*Troop-Contributing Country – TCC*) może ograniczyć zadania swojego komponentu czy zmodyfi-

⁴⁷ Por. *Comprehensive Review of the Whole Question of Peace-Keeping Operations in All Their Aspects, Command and Control of United Nations Peacekeeping Operations*, Report of the Secretary-General, UN Doc. A/49/681 (21.11.1994), s. 3; See also B. Cathcart, *Command and Control*, [w:] (eds.) T. Gill, D. Fleck, *The Handbook of International Law of Military Operations*, Oxford 2010, s. 238, T. Gill, *Legal Aspects...*, s. 39 i 46.

⁴⁸ Wskazane za: Ch. Leck, *International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct*, „Melbourne Journal of International Law” 2009, Vol. 10, s. 9.

⁴⁹ See R. Murphy, *Legal Framework of UN Forces and Issues of Command and Control of Canadian and Irish Forces*, „Journal of Armed Conflict Law” 1999, Vol. 4, s. 71 i 106–107; DPKO, *Handbook...*, s. 68.

⁵⁰ Por. np. DPKO, *Handbook...*, par. 68.

⁵¹ P. Palchetti, *op. cit.*, s. 102.

kować lub odmówić wykonania poszczególnych rozkazów Głównodowodzącego Sił ONZ, a co więcej zdecydować o stworzeniu własnych zasad odwołania się do środków przymusu bezpośredniego, w tym broni palnej, czyli tzw. *Rules of Engagements* (ROE) lub wprowadzeniu ograniczeń do ROE opracowanego dla danej operacji⁵². W przypadku członków kontyngentu narodowego pozostających pod ogólną władzą ONZ, ale podejmujących konkretne działania z uwagi na instrukcje pochodzące od wysyłającego państwa – ich działania będą przypisywane państwu a nie organizacji⁵³. Zdają się to potwierdzać ustalenia poczynione przez sądy krajowe w przypadku belgijskich oddziałów biorących udział w misji ONZ w Rwandzie w 1994 roku⁵⁴ czy żołnierzy holenderskich za zaniechania w Srebrenicy w 1995 roku⁵⁵.

Ów dualistyczny charakter prawny kontyngentu krajowego uwzględniła Komisja Prawa Międzynarodowego w przytoczonym Projekcie artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych (ARIO). W komentarzu do projektu wojskowe kontyngenty przekazane do dyspozycji ONZ na potrzeby operacji pokojowej zaliczono do kategorii organów, których postępowanie jest przypisywane państwu wysyłającemu lub przyjmującej organizacji międzynarodowej w oparciu o tekst „efektywnej kontroli”⁵⁶ (tj. mieszczących się w ramach art. 7 ARIO). W konsekwencji, działania kontyngentów krajowych podczas operacji pokojowych działających na podstawie mandatu ONZ będą przypisywane państwu wysyłającemu kontyngent lub otrzymującej go organizacji międzynarodowej w oparciu o test efektywnej kontroli. Wymaga to każdorazowo dokonania ustaleń w zakresie podmiotu sprawującego efektywną kontrolę nad kontyngentem celem przypisania czynów i zaniechań popełnionych podczas operacji wojskowej. O ile rodzi to swoiste przypuszczenie, że kontyngenty narodowe w czasie ich oddelegowania (przekazania) do międzynarodowych sił pokojowych w rzeczywistości wykonują funkcje w imieniu ONZ, to może być ono obalone w przypadku, kiedy człon-

⁵² Chodzi o zastrzeżenia w formie tzw. *caveats*; zob. M. Szuniewicz, *Aspekty prawne NATO ROE – MC 362/1 (ze szczególnym uwzględnieniem komponentu morskiego)*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2012, t. III, s. 68.

⁵³ Ch. Leck, *op. cit.*, s. 4.

⁵⁴ Wyrok w sprawie *Mukeshimana-Nguinzira i inni przeciwko Belgii i innym* z 8.12.2010 r., R.G. nr 04/4807/A i 07/15547/A, ILDC 1604 (BE 2010).

⁵⁵ Wyrok sądu apelacyjnego w Hadze w sprawie *Nuhanovic* z 5.7.2011 r., LJN BR5388, ILDC 1742 (NL 2011).

⁵⁶ *Articles on the Responsibility...*, s. 20; podobnie zob. International Law Commission, *Second Report...*, s. 23.

kowie personelu kontyngentu działają pod kontrolą wysyłającego państwa, a więc poza wyłączną władzą ONZ (np. działając sprzecznie z rozkazami wydanymi przez Głównodowodzącego Sił ONZ (UN FC).

Jednocześnie zastosowanie testu „efektywnej kontroli” może doprowadzić do sytuacji jednoczesnego przypisania określonego postępowania państwu i organizacji międzynarodowej. Możliwości takiej nie sposób bowiem wykluczyć w kontekście roli odgrywanej przez dowódcę kontyngentu narodowego z uwagi na fakt, że państwo wysyłające kontyngent może poprzez niego – jak już wspomniano – wykonywać formę kontroli nad kontyngentem. Jak zatem wykazano powyżej, postępowanie sił pokojowych powinno być łącznie przypisane dwóm podmiotom – ONZ jako podmiotowi wydającemu rozkaz lub instrukcję oraz TCC jako podmiotowi, który zatwierdził je i przekazał do wykonania⁵⁷. Powyższa kwalifikacja byłaby najbardziej odpowiednia z punktu widzenia celów odpowiedzialności międzynarodowej⁵⁸ i rozwiązywałaby problem unikania odpowiedzialności przez państwa wysyłające żołnierzy i „chowania się za plecami” ONZ, która z kolei korzysta z immunitetów ograniczających możliwość wyegzekwowania od niej odszkodowania⁵⁹.

W anglojęzycznej literaturze przedmiotu zazwyczaj wskazuje się, że kontyngenty oddane do dyspozycji operacji pokojowej pozostają – co do zasady – pod efektywną kontrolą ONZ, poza rzadkimi przypadkami, kiedy dowódca kontyngentu krajowego może odrzucić instrukcje Głównodowodzącego Sił i przejąć efektywną kontrolę⁶⁰. Podnosi się jednak, że zakres władzy państwa⁶¹ (zwłaszcza

⁵⁷ P. Palchetti, *op. cit.*, s. 102.

⁵⁸ Ch. Leck, *op. cit.*, s. 18.

⁵⁹ Por. *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel* (9.12.1994), art. 20. Co więcej, zgodnie z rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 52/247 (1998) wyłączono odpowiedzialność ONZ w związku ze skargami powiązanymi z działalnością wynikającą z „konieczności operacyjnej” – tzn. wprowadzono ograniczenia w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej za szkody będące rezultatem „koniecznych działań podjętych przez siły pokojowe podczas wykonywania ich operacji w ramach przyznanego im mandatu”.

⁶⁰ Por. np. L. Zwanenburg, *op. cit.*, s. 51 i n.; B. Hohler, *Responsibility of International Organizations: The element of attribution in the context of Peacekeeping Operations* (26.07.2008), s. 16; M. Hirsch, *The Responsibility of International Organizations towards Third Parties: Some Basic Principles*, Dordrecht–Boston–Londyn 1995, s. 66–67.

⁶¹ Tzn. zgoda państwa w szeregu drobiazgowych kwestii dotyczących zaangażowania wysłanego personelu w rejonie misji, wniesienie wkładu do opracowywanej koncepcji operacji i ROE oraz wyrażenie zgody (za pośrednictwem dowódcy kontyngentu) na wszelkie zmiany w zakresie zaangażowania kontyngentu podczas operacji; zob. Ch. Leck, *op. cit.*, s. 14.

na etapie poprzedzającym oddelegowanie kontyngentu) stawia pod znakiem zapytania prawdziwą efektywność kontroli ze strony ONZ⁶².

W POSZUKIWANIU OPTIMALNEGO ROZWIĄZANIA

Pomimo ustaleń poczynionych przez ONZ i ETPC, formalny status sił pokojowych jako organu pomocniczego w ramach systemu ONZ trudno uznać za rozstrzygający dla celów przypisania czynów i zaniechań personelu misji wojskowych⁶³. Podobnie, ani test „ogólnej pełnej kontroli” przyjęty przez międzynarodowe trybunały karne, ani test „ostatecznej władzy i kontroli” zastosowany przez ETPC w sprawach *Saramati* i *Behrami* nie oddają w pełni rzeczywistej struktury dowodzenia i kontroli w czasie operacji pokojowej ONZ i uniemożliwiają odpowiednie przypisanie czynów i zaniechań członków personelu misji⁶⁴.

Dla przypisania czynów i zaniechań personelu misji wojskowych kluczowe powinno być ustalenie, który z podmiotów (ONZ czy TTC) posiada władzę nad danym kontyngentem w związku z rozpatrywanym czynem lub zaniechaniem. Dlatego działania i zaniechania członków personelu kontyngentu wojskowego przekazanego do dyspozycji ONZ na potrzeby operacji pokojowych – zgodnie z poglądem zaprezentowanym przez KPM – powinny być przypisane państwu wysyłającemu lub przyjmującej organizacji w oparciu o test „efektywnej kontroli”. Co więcej, test efektywnej kontroli – pomimo sformułowanych w literaturze zarzutów⁶⁵ – uwzględnia podwójny charakter personelu misji i umożliwia, aby za przedmiotowe działania odpowiedzialność ponosił ten podmiot, którego „wola” rzeczywiście była wykonywana.

Dlatego dla ustalenia odpowiedzialności międzynarodowej za czyny popełnione przez członków personelu operacji wojskowej kluczowe staje się pytanie czy będące przedmiotem rozważań postępowanie nastąpiło w wykonywaniu „woli”

⁶² Jak zatem zauważa Ch. Leck, „[e]ffective control only has ‘teeth’ and is realistic when the entity exercising effective control has the real authority and means to exercise it over the subjects that it controls”; zob. *ibidem*, s. 15.

⁶³ P. Palchetti, *op. cit.*, s. 99.

⁶⁴ Ch. Leck, *op. cit.*, s. 17.

⁶⁵ A. Sari, *UN Peacekeeping Operations and Article 7 DARIO: The Missing Link*, „International Organizations Law Review” 2012, Vol. 9, s. 83 i n.

organizacji międzynarodowej, czy – z uwagi na pewien zakres autonomii strukturalno-decyzyjnej przedmiotowe czyny albo zaniechania stanowiły wykonywanie instrukcji pochodzących od krajowych decydentów. W pierwszym przypadku personel działa wyłącznie jako „wykonawca” woli i kompetencji organizacji międzynarodowej, mamy zatem do czynienia tylko z działaniem organizacji i przypisujemy jej wszelkie akty. W drugim przypadku sytuacja jest bardziej skomplikowana i – w zależności od faktycznej proporcji wpływu i kontroli – poszczególne akty będą mogły być przypisane albo państwu, albo organizacji, albo obu podmiotom⁶⁶.

Przenosząc powyższe ustalenia na podstawowe kategorie międzynarodowych operacji wojskowych można dokonać następującego uproszczenia. Postępowanie kontyngentu narodowego podczas operacji pokojowych ONZ powinno być przypisane ONZ, bo kontyngent działał w łańcuchu dowodzenia prowadzącym do ONZ. Z uwagi na fakt, że ONZ sprawuje – poprzez DPKO – dowództwo operacyjne (OPCOM) i/lub kontrolę operacyjną (OPCON), można mówić o „efektywnej kontroli” wymaganej dla przypisania postępowania członków personelu i odpowiedzialności za nie.

W przypadku jednak, gdy Rada Bezpieczeństwa tylko autoryzuje państwa do podjęcia operacji wojskowej, krajowe kontyngenty działają poza strukturą dowodzenia ONZ. Podczas operacji wymuszenia pokoju ONZ sprawuje co najwyżej ogólną kontrolę (*overall control*) jako podmiot kreujący mandat będący podstawą działania misji. Ale taka kontrola ma charakter czysto polityczny i żaden organ ONZ nie sprawuje kontroli ani nie ma bezpośredniego wpływu na to, jakie działania są podejmowane przez oddziały biorące udział w operacji⁶⁷. W konsekwencji, kontrolę sprawowaną przez ONZ nad operacjami wymuszenia pokoju można określić co najwyżej mianem „nominalnej” kontroli nad operacją wojskową.

W związku z powyższym ONZ wyraźnie podkreśla, że w operacjach wojskowych innych niż operacje pokojowe (zwłaszcza w operacjach sił połączonych) odpowiedzialność spoczywa na tym podmiocie, któremu przekazane zostały „efektywne dowództwo i kontrola” lub „operacyjne dowództwo i kontrola”⁶⁸.

⁶⁶ Por. też J. Kranz, *op. cit.*, s. 67.

⁶⁷ T. Gill, *Legal aspects...*, s. 54.

⁶⁸ Por. UN Secretariat, *Responsibility of International Organizations: Comments and observations received from International Organizations*, 56. sesja, UN Doc. A/CN.4/545 (26.6.2004), par. 18 oraz UN Secretary-General, *Financing of the United Nations Protection Force, the United Nations Confidence Restoration Operation in Croatia, the United Nations Preventive Development Force and the United Nations Peace Forces Headquarters: Administrative and Budgetary Aspects of the Financing of*

Rada Bezpieczeństwa ONZ decyduje o ustanowieniu operacji wojskowej, poprzez ukształtowanie mandatu określa jej charakter i zakres oraz decyduje o jej przedłużeniu lub zakończeniu, ale nie ma żadnego faktycznego przełożenia na postępowanie personelu misji, akcje podejmowane przez zaangażowane w operację siły zbrojne ani innego rodzaju oddziaływania na sytuację w terenie⁶⁹. Tym samym nie sposób określić jej mianem efektywnej kontroli, co w konsekwencji oznacza niemożność przypisania jej czynów i zaniechań członków personelu operacji wojskowej. W takich przypadkach efektywna kontrola i będąca rezultatem jej sprawowania potencjalna odpowiedzialność będzie przypisana podmiotom decyzyjnym, tzn. *leading nation* (jak Stany Zjednoczone czy Zjednoczone Królestwo w przypadku Iraku) lub NATO w odniesieniu do operacji prowadzonych przez siły Sojuszu Północnoatlantyckiego (np. operacja w Kosowie)⁷⁰.

Jednocześnie warto odnotować, że w ramach testu ostatecznej kontroli (*ultimate control*), przyjętego przez ETPC w decyzjach w sprawach *Behrami* i *Saramati*, sama normatywna kontrola nad państwami biorącymi udział w misji autoryzowanej przez ONZ byłaby wystarczająca dla przypisania jej czynów i zaniechań personelu misji ONZ. Przywiązanie zbyt dużej wagi do normatywnej kontroli ONZ pozwala państwom na uniknięcie odpowiedzialności za działania podejmowane przez ich oddziały zbrojne w ramach misji wojskowej autoryzowanej przez Radę Bezpieczeństwa. Przeniesienie podejścia KPM na omawiany kontekst sytuacyjny oznaczałoby z kolei, że postępowanie kontyngentu narodowego podczas operacji pokojowych ONZ powinno być przypisane ONZ, jeśli kontyngent działał pod dowództwem i kontrolą ONZ (*under the chain of command leading to the UN*), a w innych przypadkach – podmiotowi, który sprawował efektywną kontrolę nad przedmiotowym postępowaniem członków kontyngentu. Za testem efektywnej kontroli opowiedział się również Specjalny Sprawozdawca G. Gaja,

the United Nations Peacekeeping Operations: Financing of the United Nations Peacekeeping Operations, UN Doc. A/51/389 (20.9.1996), par. 6.

⁶⁹ T. Gill, *Legal aspects...*, s. 57–58.

⁷⁰ Jakkolwiek władze Sojuszu nie mają pełnego dowództwa nad siłami zbrojnymi państw sojuszników, to wobec oficjalnego przekazania władzy i objęcia sił zbrojnych jednolitym dowództwem operacyjnym (celem zapewnienia efektywnego i szybkiego działania niewymagającego zwracania się o potwierdzenie przez władze państwa wysyłającego) można stwierdzić, że wystarczająca władza została przekazana strukturze dowodzenia NATO nie tylko by mówić o efektywnej kontroli, ale i potencjalnie wystarczająca do przypisania mu czynów; por. N. Rosen, *How are Multinational NATO Operations Responsible for International Humanitarian Law Violations?*, „The Fletcher Forum of World Affairs” 2013, Vol. 37 (3), s. 166.

wskazując, że znaczenie ma nie wyłączność kontroli, której ONZ nigdy nie ma nad kontyngentami narodowymi, ale zakres efektywnej kontroli⁷¹.

Dokonując gruntownej analizy prawa i praktyki z zakresu międzynarodowych operacji wojskowych, należy wskazać, że problematyka odpowiedzialności w powyższym kontekście sytuacyjnym jest złożona podmiotowo, przedmiotowo i geograficznie. Z punktu widzenia odpowiedzialności organizacji międzynarodowej należy rozróżnić kilka aspektów⁷². Po pierwsze, w przypadku mandatu misji opartego o rezolucję Rady Bezpieczeństwa, w pełni odpowiada ONZ, której organ wydał powyższy akt. Po drugie, w odniesieniu do problemów pojawiających się na tle stosowania ROE i SOFA, będących dokumentami określającymi zasady działania misji (w tym zasady użycia środków przymusu bezpośredniego przez personel wojskowy), odpowiedzialność również spoczywa na ONZ, której organ „odpowiada” za nadanie im mocy wiążącej dla członków personelu danej misji wojskowej. Jeśli jednak państwo skorzystało z możliwości złożenia zastrzeżeń do ROE w postaci *caveats*, postępowanie dozwolone w myśl ROE ustanowionego dla organizacji, ale z przekroczeniem dodatkowych ograniczeń z krajowych *caveats* może być przypisane jedynie temu państwu. Po trzecie, działanie personelu misji zgodnie z poleceniami wykonanymi w ramach kontroli operacyjnej, która sprawowana jest przez organizację międzynarodową rodzi odpowiedzialność tej ostatniej, za czyny i/lub zaniechania następujące w ramach jej wykonywania. Tym niemniej w grę wchodzić może kumulacja odpowiedzialności organizacji międzynarodowej dokonującej autoryzacji operacji wojskowej i państwa wysyłającego kontyngent narodowy. Co więcej, możliwa byłaby nawet wyłączna odpowiedzialność państwa, jeśli stanowiący naruszenie czyn lub zaniechanie wynikały ze stosowania wytycznych lub poleceń krajowych (w ramach pozostawionej państwu kontroli nad kontyngentem) albo zaniechania przeprowadzenia skutecznego urzędowego śledztwa lub odpowiedniego postępowania dyscyplinarnego, z uwagi na fakt że ten zakres pozostaje w gestii TCC⁷³.

⁷¹ International Law Commission, *Second Report* ..., s. 23.

⁷² Wskazane za: Ch. Leck, *op. cit.*, s. 6.

⁷³ Niezmiennie istotna jest również problematyka czynów *ultra vires*, jednak z uwagi na brak objęcia ich strukturą dowodzenia i kontroli nie mieści się ona w ograniczonych ramach niniejszego opracowania. Co więcej, brak jest jednolitego podejścia w tym zakresie. Zdaniem jednych, ONZ odpowiada za zapewnienie odpowiedniej kontroli nad działaniem kontyngentów i powinna odpowiadać za wszelkie nadużycia członków personelu misji ustanowionej na podstawie wydanego przez nią mandatu międzynarodowego. Inni z kolei podnoszą, że nadużycia seksualne, przemoc, handel ludźmi lub materiałami wybuchowymi nie będą skutkować przypisaniem odpowiedzialności

TEST EFEKTYWNEJ KONTROLI PODCZAS WIELONARODOWYCH OPERACJI WOJSKOWYCH – UWAGI NA TLE WYROKU ETPC W SPRAWIE JALOUD PRZECIWKO HOLANDII Z 2014 ROKU

Pod koniec 2014 roku ETPC wydał wyrok w sprawie *Jaloud przeciwko Holandii*⁷⁴, gdzie miał sposobność odwołania się do testu efektywnej kontroli nad kontyngentem krajowym oddelegowanym do międzynarodowej operacji wojskowej. Daje to możliwość zweryfikowania poczynionych powyżej ustaleń z najnowszym podejściem zaprezentowanym przez sędziów Trybunału w odniesieniu do działań wielonarodowych sił zbrojnych w oparciu o mandat ustanowiony rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ.

Sprawa dotyczyła śmiertelnego postrzelenia Azhar Sabah Jalouda, będącego pasażerem samochodu, który nie zatrzymał się pomimo wezwania na punkcie kontroli pojazdów prowadzonego przez Irakijczyków (*Iraqi Civil Defence Corps* – ICDC), pozostających pod nadzorem sił holenderskich. Ojciec zabitego złożył skargę do ETPC, zarzucając Holandii naruszenie prawa do życia z art. 2 EKPC w jego aspekcie proceduralnym, czyli uchybienie obowiązкови przeprowadzenia skutecznego urzędowego śledztwa w sprawie śmierci jego syna.

Władze Holandii podniosły przed Trybunałem, że powyższą sprawę należy postrzegać odmiennie niż sprawę *Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, w której ETPC uznał, że Zjednoczone Królestwo sprawowało „jurysdykcję” w rozumieniu art. 1 EKPC w odniesieniu do przypadków śmierci Irakijczyków, które nastąpiły na skutek akcji podejmowanych przez jej żołnierzy podczas prowadzonej operacji (patroli wojskowych). W rozpatrywanym przypadku do śmierci doszło bowiem na punkcie kontroli pojazdów obsadzonym przez ICDC i choć personel wojskowy z Holandii był obecny w tym miejscu w czasie zdarzenia (w związku z wykonywaniem zadania obserwacji i pomocy)⁷⁵ i jeden z jego

ONZ, bo nie mogą być uznane za część oficjalnych funkcji ONZ (por. Ch. Leck, *op. cit.*, s. 6). Według ARIQ, działanie stanowiące przekroczenie obowiązków (władzy) lub naruszenie instrukcji zostanie przypisane organizacji międzynarodowej, jeśli dane akty były wykonywane „*in the organ's official capacity*”, czyli jeśli organ „*acts in that capacity*”; zob. M. Zwanenburg, *op. cit.*, s. 106.

⁷⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Jaloud przeciwko Holandii* z 20.11.2014 r., nr skargi 47708/08.

⁷⁵ Żołnierze holenderscy byli obecni na punkcie kontroli w celu zbadania wcześniejszego przypadku użycia broni.

członków miał oddać śmiertelny strzał, to władza pozostawała w rękach irackich sił bezpieczeństwa⁷⁶. Wyraźnie podniesiono również okoliczność, że holenderskie siły zbrojne w żadnym momencie nie wykonywały fizycznej władzy ani kontroli nad Jaloudem, jako że nigdy nie przebywał on w ich rękach (nie można zatem zastosować personalnego modelu jurysdykcji) a oddanie strzału ze skutkiem śmiertelnym jest niewystarczające dla uznania objęcia osoby jurysdykcją danego państwa⁷⁷. W omawianej sprawie strona rządowa podniosła także argument, że Holandia nie była państwem okupującym jak Zjednoczone Królestwo czy Stany Zjednoczone (w myśl rezolucji Rady Bezpieczeństwa nr 1483), ani nie wykonywała na terytorium Iraku władzy publicznej, przysługującej suwerennemu państwu (ta również sprawowana była przez Zjednoczone Królestwo i Stany Zjednoczone, które ustanowiły CPA – *Coalition Provisional Authority*)⁷⁸ – nie była również sprawowana efektywna kontrola nad terytorium. Jak podkreślił przed Trybunałem przedstawiciel Holandii, kontyngent tego państwa przez cały czas znajdował się pod kontrolą operacyjną oficera Zjednoczonego Królestwa, będącego dowódcą południowo-wschodniej prowincji (MND-SE), a odpowiedzialność za zapewnienie porządku i egzekwowanie prawa w 2003 roku spoczywała już na władzach irackich⁷⁹. Tym samym strona holenderska wykazała niemożność zastosowania żadnego z kryteriów przypisania jej jurysdykcji.

Wielonarodowe siły ONZ (*Stabilization Force in Iraq* – SFIR) pełniące w Iraku misję stabilizacyjną pod przewodnictwem Koalicji działały na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1483 i powiązane były swoistą siecią MoU (*Memorandum of Understanding*), definiujących wzajemne relacje między różnymi kontyngentami krajowymi obecnymi w Iraku⁸⁰. Do nich właśnie odniósł się ETPC w celu określenia systemu dowodzenia i kontroli oraz ustalenia jurysdykcji nad oddziałami holenderskimi. Zarówno MND C-S⁸¹ jak i MND-SE⁸² – zdaniem Trybunału – wyraźnie wskazują, że „podczas gdy siły państw niebędących ‘lead nations’ otrzymywały codzienne rozkazy od obcych dowódców, sformułowanie

⁷⁶ *Jaloud przeciwko Holandii*, § 117.

⁷⁷ W tym zakresie powołano się na orzeczenie w sprawie *Bankovic*, gdzie ETPC uznał, że sam fakt bycia ofiarą ataku lotniczego przeprowadzonego przez dane państwo nie jest wystarczające dla objęcia danej osoby jurysdykcją tego państwa; zob. *ibidem*, § 118 i 119.

⁷⁸ *Ibidem*, § 113 i 114.

⁷⁹ *Ibidem*, § 115 i 116.

⁸⁰ *Ibidem*, § 146.

⁸¹ Multinational Division, Central-South.

⁸² Multinational Division, South East.

zasadniczej polityki, włączając ograniczenia ustalone w zakresie ROE dołączonych do *Memorandum of Understanding*, określające odmienne reguły w zakresie użycia siły, pozostają zarezerwowane dla państwa wysyłającego⁸³. W rezultacie, sędziowie uznali, że Holandia zachowała *full command* nad swoim personelem wojskowym⁸⁴.

Powyższe ustalenie zaważyło nad późniejszymi konkluzjami. ETPC uznał bowiem fakt pozostawiania przez kontyngent holenderski pod kontrolą operacyjną oficera brytyjskiego za niewystarczające do wyłączenia jurysdykcji Holandii, wobec zachowania przezeń *full command* nad swoim kontyngentem⁸⁵, nie podziеляjąc stanowiska, że oddziały holenderskie zostały przekazane do dyspozycji innego państwa⁸⁶. Trybunał wyraźnie podkreślił, że „okoliczność wykonywania decyzji lub rozkazu wydanego przez władzę obcego państwa nie jest sama w sobie wystarczająca do zwolnienia Państwa-Strony z zobowiązań podjętych w ramach EKPC⁸⁷. W związku z tym państwo pozwane, zdaniem ETPC, nie jest pozbawione „jurysdykcji” w rozumieniu art. 1 EKPC wyłącznie w oparciu o uprzednie zaakceptowanie operacyjnej kontroli oficera brytyjskiego pełniącego funkcję dowódcy MND S-E⁸⁸.

Objęte skargą zdarzenie miało miejsce na punkcie kontrolnym prowadzonym przez personel iracki pozostający pod kontrolą i bezpośrednim nadzorem oficera armii holenderskiej. Ponadto, sam punkt kontrolny został ustanowiony w ramach wykonania misji SFIR na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa w celu odtworzenia warunków stabilności i bezpieczeństwa w państwie irackim. W rozpatrywanym kontekście sytuacyjnym Trybunał stwierdził, że państwo holenderskie wykonywało „jurysdykcję” w zakresie misji SFIR nad osobami przekraczającymi punkt kontroli i w konsekwencji śmierć Jalouda miała miejsce w ramach jurysdykcji sprawowanej przez Holandię dla potrzeb art. 1 EKPC⁸⁹.

⁸³ *Jaloud przeciwko Holandii*, § 147.

⁸⁴ *Ibidem*, § 143 z odwołaniem się do pisma ministra spraw zagranicznych i ministra obrony przedłożonego 6.06.2003 r. niższej izbie parlamentu holenderskiego (por. *ibidem*, § 57 oraz 132 i 146), podkreślającego, że rząd Holandii zachowuje *full command* nad holenderskim kontyngentem w Iraku (por. też *ibidem*, § 103, 146 i 149).

⁸⁵ *Ibidem*, § 143 i 149.

⁸⁶ *Ibidem*, § 151.

⁸⁷ *Ibidem*, § 143.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*, § 152.

Widać zatem wyraźne odejście od ustaleń i ocen poczynionych przez Trybunał siedem lat wcześniej w sprawie *Behrami i Behrami przeciwko Francji*⁹⁰. W obu sprawach mamy do czynienia z obecnością krajowych kontyngentów w ramach operacji międzynarodowej działającej w oparciu o mandat ustanowiony przez rezolucję Rady Bezpieczeństwa i świadomością składu orzekającego w przedmiocie braku przekazania wyłącznej kontroli nad krajowymi kontyngentami międzynarodowym dowódcą i pozostawieniu w swoich rękach zwierzchniej władzy⁹¹. Konkluzje sędziów były jednak całkowicie odmienne. W sprawie *Behrami* nie stanowiło to przeszkody w przypisaniu czynów i zaniechań członków personelu kontyngentów krajowych organizacjom międzynarodowym – NATO i ONZ⁹², ani nie skutkowało powstaniem więzi o charakterze jurysdykcyjnym między skarżącymi a pozwanymi państwami sojusznymi⁹³. Tymczasem w 2014 roku w sprawie *Jaloud przeciwko Holandii* sędziowie tego Trybunału śmiało uznali, że Holandia nie była pozbawiona jurysdykcji w rozumieniu art. 1 EKPC na skutek poddania się operacyjnej kontroli oficera brytyjskiego będącego dowódcą MND S-E, z uwagi na zachowanie *full command* nad swoim personelem wojskowym⁹⁴.

Tym samym Trybunał uznał *full command* jako wystarczające powiązanie państwa z jego siłami zbrojnymi działającymi w ramach międzynarodowych operacji wojskowych dla uznania ich za działania o charakterze państwowym⁹⁵, czyli dla celów przypisania. A zatem pomimo tego, że kontyngenty krajowe działają jako część sił międzynarodowych wykonujących obce rozkazy w ramach wykonania mandatu ustanowionego przez organizację międzynarodową, rozstrzygającego znaczenia – zdaniem sędziów ETPC – nabiera *full command*, które – w ich ujęciu – oznacza, że wszelkie działania dokonywane przez kontyngenty narodowe, które przekraczają próg „jurysdykcji” będą uznane za działania państwowe dla celu art. 1 EKPC i przypisane Państwu-Stronie Konwencji⁹⁶. Jednak państwa wysyłające

⁹⁰ A. Sari, *Jaloud v Netherlands: New directions in extra territorial military operations* (24.11.2014); <http://www.ejiltalk.org/jaloud-v-netherlands-new-directions-in-extra-territorial-military-operations/> [dostęp: 15.06.2015].

⁹¹ Zob. *Behrami i Behrami przeciwko Francji*, § 138–139 oraz *Jaloud przeciwko Holandii*, § 146.

⁹² *Behrami i Behrami przeciwko Francji*, § 140.

⁹³ *Ibidem*, § 71.

⁹⁴ *Jaloud przeciwko Holandii*, § 143.

⁹⁵ Pośrednio zatem uznano je jako organy państwa oddelegowane organizacji międzynarodowej ale nieprzestające działać w imieniu państwa – to zaś powinno skierować rozważania Trybunał do art. 7 ARIIO a ten – jak już wskazano – uzależnia przypisanie czynu danemu podmiotowi prawnomiędzynarodowemu od sprawowania efektywnej kontroli nad oddelegowanym organem.

⁹⁶ A. Sari, *Jaloud v Netherlands*...

kontyngenty krajowe niezależnie od okoliczności zachowują ostateczną władzę wojskową w zakresie kierownictwa i kontroli nad swoimi oddziałami, zwaną '*full command*' (w przeciwnym razie ich kontyngenty wymknęłyby się spod krajowej struktury dowodzenia i w konsekwencji przesłałyby pełnić funkcję organów państwa⁹⁷). O ile zatem *full command* może być uznane za wystarczającą więź między państwem a jego siłami zbrojnymi wysłanymi jako kontyngent w ramach sił wielonarodowych dla celu ustalenia jurysdykcji, niekoniecznie musi być wystarczająco mocnym powiązaniem dla przypisania niewłaściwego postępowania państwu dla celów ustalenia jego międzynarodowej odpowiedzialności⁹⁸. Mimo, że na skutek zachowania *full command* nad swoimi oddziałami (personalem wojskowym kontyngentu) państwo pozostaje w posiadaniu prawnej zdolności wykonywania nad nimi efektywnej kontroli (w rozumieniu art. 7 ARIIO), nie oznacza to jeszcze, że będzie w danym czasie ją wykonywać ani nie wyklucza możliwości objęcia ich efektywną kontrolą ze strony innego państwa lub organizacji⁹⁹.

Motywami stojącymi za zmianą podejścia w kwestii jurysdykcji, przypisania czynów i zaniechań personelu misji i odpowiedzialności za zdarzenia mające miejsce podczas międzynarodowych operacji wojskowych było uproszczenie decyzji w przedmiocie ustalenia sprawowania jurysdykcji i aktualizacji zobowiązań wynikających z EKPC w wymiarze ekstraterytorialnym poprzez wprowadzenie swoistego domniemania, że krajowe kontyngenty „uruchamiają” jurysdykcję państw je wysyłających¹⁰⁰. Niemniej, Trybunał uznał, że zastrzelony syn Skarżącego znalazł się w ramach jurysdykcji Holandii nie z uwagi na użycie siły śmiertelnej przez żołnierza holenderskiego (*a State agent*), ale dlatego, że Irakijczyk przekraczał punkt kontrolny „ustawiony specjalnie w celu uzyskania takiej władzy i kontroli”, tworząc tym samym „nowy wariant jurysdykcji personalnej” (obok już ugruntowanego zatrzymania i detencji)¹⁰¹. Funkcjonariusz państwa sprawuje

⁹⁷ A. Sari, *Untangling...*, s. 5.

⁹⁸ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, „Yearbook of the International Commission” 2001, Vol. II (2), s. 80.

⁹⁹ A. Sari, *Untangling...*, s. 11.

¹⁰⁰ Por. też uwagi A. Sari, *Al-Jedda v. United Kingdom*, app. No. 27021/08, *European Court of Human Rights*, 7 July 2011 (8.7.2014); http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529888 [dostęp: 15.6.2015].

¹⁰¹ C. De Koker, *Extra-territorial jurisdiction & Flexible Human Rights Obligations: The Case of Jaloud v. the Netherlands* (8.12.2014), <http://strasbourgobservers.com/2014/12/08/extra-territorial-jurisdiction-flexible-human-rights-obligations-the-case-of-jaloud-v-the-netherlands/> [dostęp: 15.6.2015].

zatem – w rozumieniu ETPC – fizyczną kontrolę nad jednostką, nie tylko w razie jej uwięzienia, ale również poprzez prowadzenie punktu kontrolnego, który ona przekracza. W obydwu zatem przypadkach jednostka zostaje – na potrzeby art. 1 EKPC – uznana za objętą jurysdykcją państwa, której funkcjonariusz sprawował nad nią kontrolę, nawet jeśli to państwo nie sprawuje władzy okupacyjnej nad terytorium okalającym więzienie czy punkt kontrolny¹⁰².

W konsekwencji, wyrok w sprawie *Jaloud* stanowi daleko idący krok w kierunku poddania czynów i zaniechań mających miejsce podczas międzynarodowych operacji wojskowych kognicji Trybunału w Strasburgu (i ocenie z punktu widzenia standardów ochrony praw człowieka wynikających z EKPC). Zbytним uproszczeniem jest jednak powtarzane w pierwszych komentarzach do wyroku stwierdzenie, jakoby zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez sędziów Trybunału, sprawowanie kontroli nad punktem kontrolnym jest wystarczające dla aktualizacji zobowiązania z art. 1 EKPC, nawet w razie braku efektywnej kontroli nad terenem go otaczającym. ETPC wskazał bowiem wyraźnie na dodatkowe okoliczności (dodatkowe więzi jurysdykcyjne). Trybunał ostatecznie ustalił istnienie jurysdykcji w oparciu o kombinację trzech czynników: przejęcia władzy przez Holandię na terytorium zaangażowania jej kontyngentu wojskowego, wykonywania przez holenderskie władze dowództwa nad iracką załogą punktu kontrolnego oraz charakterze punktu kontrolnego jako instrumentu zapewniającego kontrolę nad przekraczającymi go osobami¹⁰³. Tyle że chęć podniesienia progu przypisania jurysdykcji spowodowała, że przedstawiona przez ETPC argumentacja stała się mało czytelna i miejscami nie tylko zagmatwana, ale i nielogiczna w zakresie przypisania (m.in. w odniesieniu do odmiennej oceny sprawowania wymogu wyłącznej kontroli).

Przechodząc zaś do kluczowego zagadnienia, zastanówmy się jakie kryterium uznał ETPC za rozstrzygające dla przypisania postępowania kontyngentu krajowego podmiotom prawa międzynarodowego, zaangażowanym w przedmiotowy kontekst sytuacyjny.

Pierwsze ustalenia Trybunału zdają się oznaczać przyjęcie testu ostatecznej władzy (*ultimate authority*) państwa wysyłającego, bo taką zapewnia mu spra-

¹⁰² *Jaloud v. the Netherlands: European Court of Human Rights finds the Netherlands liable for failing to adequately investigate the use of lethal force by Dutch troops in Iraq*, <http://unijuris.sites.uu.nl/2014/12/15/jaloud-v-the-netherlands-european-court-of-human-rights-finds-the-netherlands-liable-for-failing-to-adequately-investigate-the-use-of-lethal-force-by-dutch-troops-in-iraq/> [dostęp: 15.6.2015].

¹⁰³ A. Sari, *Untangling...*, s. 8–9.

wowanie *full command* nad kontyngentem wojskowym. W świetle argumentacji przedstawionej przez ETPC w wyroku w sprawie *Jaloud* państwo w sposób domniemany będzie odpowiadało za działania swojego kontyngentu – i to nie tylko w przypadku sprawowania władzy okupacyjnej, ale samej obecności wynikającej z wykonania mandatu ustanowionego rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ uprawniającego do podjęcia działań w ramach sił wielonarodowych na rzecz stabilności i bezpieczeństwa państwa trzeciego. Faktyczna kontrola w podejściu zaprezentowanym przez Trybunał nie jest wymagana, bowiem wystarczający jest udział w siłach wielonarodowych.

Sytuacja jeszcze bardziej się komplikuje, gdy w dalszych rozważaniach Trybunał odnosi się do art. 6 Artykułów o Odpowiedzialności Państw¹⁰⁴, który wymaga, aby organ oddany do dyspozycji innego państwa wykonywał wyłącznie (*exclusively*) funkcję danego państwa i działał pod jego wyłącznym kierownictwem i kontrolą (a nie tylko zgodnie z wydanymi przezeń instrukcjami)¹⁰⁵. Tym samym argumentacja Trybunału wchodzi na grunt testu wyłącznej władzy i kontroli, a to w sposób oczywisty skutkowało by przypisaniem czynu państwu holenderskiemu. Na marginesie wypada zauważyć, że nigdy (wobec chociażby formalnie zachowanej władzy w zakresie *full command*) kontyngent nie będzie poddany „wyłącznej” władzy innego podmiotu prawa międzynarodowego (państwa lub organizacji międzynarodowej). Przyjęcie testu wyłącznej kontroli ze strony innego państwa nie tylko stanowi zbyt wąskie i rygorystyczne pojmowanie odpowiedzialności międzynarodowej, ale nie dostrzega obecności w stanie faktycznym organizacji międzynarodowej autoryzującej powstanie i działanie sił wielonarodowych. Nie sposób również nie zauważyć, że Trybunał jest niekonsekwentny w swojej argumentacji w zakresie wyłączności kontroli – z jednej bowiem strony nie uznał argumentu poddania się oddziałów holenderskich operacyjnej kontroli dowódcy ze Zjednoczonego Królestwa za wystarczające do wyłączenia odpowiedzialności (odmawiając oparcia się na teście efektywnej kontroli i przypisania czynów Zjednoczonemu Królestwu z uwagi na wykonywanie operacyjnej kontroli nad działaniami holenderskich żołnierzy), z drugiej zaś uznał, że wykonywanie uprawnień w zakresie nadzoru nad iracką załogą punktu kontrolnego uczyniło ich postępowanie przypisywalnym Holandii¹⁰⁶. Co więcej, przyjęcie testu „wyłącznej władzy i kontroli” jako jedynej okoliczności

¹⁰⁴ *Jaloud przeciwko Holandii*, § 151.

¹⁰⁵ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (12.12.2001), tekst dostępny na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.

¹⁰⁶ *Jaloud przeciwko Holandii*, § 147, 150 i 152.

zwalniającej państwo z odpowiedzialności i czyniącej możliwym przypisanie czynu lub zaniechania innemu podmiotowi prawa międzynarodowego – wobec omówionej koncepcji *full command* – oznacza, że państwo wysyłające zawsze ponosi pełną odpowiedzialność za czyny i zaniechania członków kontyngentów, nawet jeśli ci ostatni dopuściliby się ich działając pod efektywną kontrolą lub kierownictwem innego państwa lub organizacji międzynarodowej.

Trudno zatem oprzeć się wrażeniu, że w wyroku w sprawie *Jaloud* ETPC „pomieszał” wszystkie możliwe testy stosowane dotychczas przez sądy międzynarodowe – tj. test wyłącznej władzy i kontroli (w zakresie odmowy przypisania czynu organowi jednego państwa – Holandii innemu państwu – Zjednoczonemu Królestwu), ogólnej władzy i kontroli (poprzez uznanie sprawowania nadzoru nad iracką załogą punktu kontrolnego jako wypełniającą przesłankę przypisania Holandii czynu mającego miejsce na terenie tego punktu) oraz ostatecznej władzy i kontroli (poruszając kwestię *full command* i uprawnień zachowanych przez państwo wysyłające kontyngent). Jednocześnie Trybunał zbagatelizował najważniejsze kryterium przypisania, czyli test efektywnej kontroli, wcześniej zrekonstruowany jako najbardziej odpowiedni dla skomplikowanych zarówno pod względem podmiotowym, jak i struktury dowodzenia i kontroli sytuacji międzynarodowych operacji wojskowych¹⁰⁷.

Analiza wyroku ETPC w sprawie *Jaloud* przynosi szereg istotnych rozważań relewantnych z punktu widzenia problematyki poruszonej w niniejszym opracowaniu. Szczególnie istotne jest odwołanie się do koncepcji tzw. *full command* i struktury dowodzenia i kontroli nad kontyngentami krajowymi w ramach operacji sił wielonarodowych. Niestety wyrok nie tylko nie uporządkował dyskursu prowadzonego przez sądy międzynarodowe, ale – poprzez wprowadzenie do dyskusji nowych elementów – jeszcze bardziej ją „zapętlął”. ETPC nie podążył w kierunku zaleconym przez Autorkę i nie oparł się na kryterium „efektywnej kontroli”, za którą powinien uznać operacyjną kontrolę sprawowaną przez Zjednoczone Królestwo jako *‘lead nation’*. Jakkolwiek trudne jest określenie, który

¹⁰⁷ Powyższa uwaga nie ma charakteru czysto teoretycznego, jej zastosowanie bowiem prowadzi do odmiennych wniosków w zakresie przypisania i ustalenia podmiotu odpowiedzialnego za naruszenia prawa międzynarodowego przez personel misji. A. Sari, analizując okoliczności sprawy *Jaloud przeciwko Holandii* i stosując test „efektywnej kontroli”, doszedł do wniosku, że holenderski kontyngent SFIR podlegał operacyjnej kontroli ze strony brytyjskiego dowódcy. Z uwagi na fakt, że poziom kontroli wykonywany przez oficera Zjednoczonego Królestwa przekroczył próg efektywnej kontroli, działania oddziału holenderskiego powinny być przypisane Zjednoczonemu Królestwu; zob. A. Sari, *Untangling...*, s. 15.

podmiot w danym przypadku wykonywał efektywną kontrolę nad personelem wojskowym kontyngentu, domniemywa się, że „kontrola operacyjna” w rozumieniu wojskowym równoznaczna jest „efektywnej kontroli” w rozumieniu prawnym¹⁰⁸.

Na koniec rozważań warto odnotować uwagę natury politycznej podniesioną przez interweniujący rząd Zjednoczonego Królestwa, że uznanie w rozpatrywanej sprawie Holandii za sprawującą jurysdykcję w przedmiotowym zakresie może skutecznie zniechęcić państwa będące stroną EKPC do przekazania na wezwanie Rady Bezpieczeństwa ONZ oddziałów zbrojnych do *UN mandated forces* i tym samym osłabić w przyszłości misje wojskowe mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa międzynarodowego¹⁰⁹. Jakkolwiek powyższy argument pojawiał się wcześniej w literaturze przedmiotu, to państwa wysyłające żołnierzy nie mogą całkowicie „chować się za plecami” organizacji międzynarodowej celem uniknięcia odpowiedzialności za naruszenia popełnione przez członków personelu przekazanego na potrzeby międzynarodowej operacji wojskowej. Jak słusznie zauważył sędzia Motoc, „żołnierze, którzy biorą udział w operacjach pokojowych albo są członkami wielonarodowych sił, nie mogą korzystać z immunitetu z prostego faktu, że ich państwo uczestniczy w takiej operacji”¹¹⁰.

Zupełnie inną kwestią jest, czy w warunkach międzynarodowych operacji wojskowych państwa wysyłające kontyngenty będą miały prawne i praktyczne środki konieczne do zapewnienia osobom w ramach ich jurysdykcji – coraz szerzej interpretowanej w wydaniu ekstraterytorialnym przez ETPC – praw i wolności zagwarantowanych w Konwencji. Nawet fundamentalna gwarancja proceduralna w zakresie art. 2 EKPC wymagająca przeprowadzenia skutecznego urzędowego śledztwa w przypadku śmierci na skutek użycia siły śmiertelnej przez funkcjonariusza państwa, choć bezsprzecznie powinna mieć zastosowanie, to jednak nie może oznaczać „ślepego” przeniesienia na grunt prowadzonej poza granicami państwa operacji wojskowej (niekiedy przekraczającej próg konfliktu zbrojnego) standardu postępowania przyjętego przez Radę Europy, z uwagi na szereg praktycznych trudności¹¹¹, specyfikę religijno-kulturową rejonu działania

¹⁰⁸ A. Sari, *Untangling...*, s. 14.

¹⁰⁹ *Jaloud przeciwko Holandii*, § 126.

¹¹⁰ Zdanie konkurencyjne do wyroku w sprawie *Jaloud przeciwko Holandii*.

¹¹¹ Jakkolwiek takie trudności odnotował Trybunał (§ 226 wyroku), to nie wziął ich pod uwagę, co spotkało się ze sprzeciwem części składu orzekającego (zob. wspólną opinię konkurencyjną do wyroku złożoną przez sędziów Casadevall, Berro-Lefevre, Šikuta, Hirvelä, López Guerra, Sajó i Silvis).

misji (np. problem sekcji zwłok w kraju muzułmańskim) oraz liczebność przypadków zgonu na skutek użycia broni palnej lub innego uzbrojenia. Zasada sytuacyjności¹¹² w przypadku działania sił wielonarodowych jest więcej niż zalecana, a Trybunał – choć wielokrotnie zaznaczał, że nie jest jego zadaniem nakładanie na Państwa-Strony EKPC nadmiernego ciężaru – ostatnimi czasy zdaje się wymagać od władz państwowych wręcz rzeczy niemożliwych do zrealizowania.

PODSUMOWANIE

Wykonywanie jurysdykcji poza terytorium państwa ma charakter wyjątkowy i wymaga dokonania rozważnej oceny z odwołaniem się do szczególnych okoliczności rozpatrywanej sprawy¹¹³. W przypadku zdarzeń mających miejsce podczas międzynarodowych operacji wojskowych, dla właściwego rozstrzygnięcia kwestii związanych z jurysdykcją, przypisaniem i odpowiedzialnością międzynarodową za czyny i zaniechania członków personelu misji, niezbędne jest zrozumienie szczebli władzy, zasad dowodzenia i kontroli oraz podmiotów je sprawujących.

Pomimo utrwalonego poglądu ONZ, traktującego operacje pokojowe za jej organy pomocnicze, za których działanie ponosi ona odpowiedzialność, należy wskazać, że kontyngenty narodowe zazwyczaj nie są przekazywane pod wyłączną władzę organizacji międzynarodowej i nie przestają działać jako organy państwa wysyłającego. W konsekwencji, kontyngenty narodowe wchodzące w skład operacji pokojowych ONZ mają podwójny status instytucjonalny jako organy państwa wysyłającego i jako część składowa organu pomocniczego ONZ. W związku z tym przyjęty przez Komisję Prawa Międzynarodowego w art. 7 ARIO test „efektywnej kontroli” zdaje się być najbardziej rozsądnym rozwiązaniem dla celów przypisania czynów i zaniechań członków personelu międzynarodowych misji wojskowych¹¹⁴, uwzględniającym specyfikę i strukturę kontroli oraz dowodzenia.

Zazwyczaj państwa przekazujące kontyngenty na potrzeby międzynarodowej operacji wojskowej, dla której mandat ustanowiła Rada Bezpieczeństwa ONZ, zachowują najwyższą władzę nad swoimi oddziałami zbrojnymi zwaną *full command*. Z kolei władza w zakresie kontroli operacyjnej nad ich siłami zbrojnymi bywa

¹¹² Por. np. T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996, s. 36.

¹¹³ Por. Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 132.

¹¹⁴ T. Gill, *Legal...*, s. 53. Zob. też B. Kondoch, *The Responsibility of Peacekeepers, Their Sending States and International Organizations*, [w:] *The Handbook...*, s. 523 i n.

przekazywana – w zależności od rodzaju operacji wojskowej – ONZ, NATO lub ‘leading nation’. Szczególną rolę odgrywa dowódca krajowego kontyngentu, za pośrednictwem którego państwo sprawuje swoją zwierzchnią władzę i któremu przysługuje uprawnienie w przedmiocie modyfikacji lub odmowy przekazania kontyngentowi do wykonania rozkazów Głównodowodzącego Sił. Nie jest zatem wykluczone łączne przypisaniem postępowania członków kontyngentu wojskowego ONZ i państwu wysyłającemu.

W konsekwencji, operacje pokojowe zazwyczaj działają pod dowództwem i kontrolą ONZ i w związku z tym, w sposób domniemany, czyny i zaniechania członków personelu takiej misji będą przypisywane organizacji międzynarodowej. W innych operacjach wojskowych (przede wszystkim operacjach wymuszenia pokoju), które wymykają się strukturze dowodzenia ONZ, odpowiedzialność spoczywać powinna na tym podmiocie, który sprawuje „efektywną władzę i/lub kontrolę” lub – przechodząc na grunt nomenklatury wojskowej – „operacyjne dowództwo i kontrolę”. W świetle przedstawionych w tym opracowaniu rozważań należy uznać kryterium efektywnej kontroli jako odpowiadające w największym stopniu specyfice wielonarodowych operacji wojskowych i skomplikowanej strukturze dowodzenia i kontroli.

Jednak przegląd orzecznictwa strasburskiego wskazuje, że Trybunał nie podąża powyższą linią argumentacyjną. Co prawda z satysfakcją należy odnotować, iż w najnowszym wyroku w sprawie *Jaloud przeciwko Holandii* odwołano się do struktury dowodzenia i kontroli nad kontyngentami narodowymi zaangażowanymi w ramach sił wielonarodowych w czasie międzynarodowych operacji wojskowych i dostrzeżenie specyfiki *full command*. Niestety wnioski, do jakich w oparciu o nie doszedł Trybunał dalekie są od zadawalających, tak z uwagi na zagmatwanie argumentacji w zakresie sprawowania jurysdykcji (i stworzenia nowej koncepcji personalnej jurysdykcji w związku z prowadzeniem punktu kontrolnego), jak i nieuwzględnienie kryterium operacyjnej kontroli w kategoriach sprawowania efektywnej kontroli dla ustalenia podmiotu, któremu należy przypisać czyn stanowiący naruszenie prawa międzynarodowego.

ROZDZIAŁ V
ODPOWIEDZIALNOŚĆ
UNII EUROPEJSKIEJ



Michał Pindel*

OGRANICZENIE SWOBODNEGO UZNANIA PRYZNANEGO UNIJNYM INSTYTUCJOM A ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA UE

SWOBODNE UZNANIE W PRAWIE UE

W wielu dziedzinach unijne instytucje posiadają szeroką władzę uznaniową. Wystarczy wspomnieć tylko o polityce konkurencji, gdzie Komisja Europejska posiada szerokie uprawnienia śledcze, cechujące się zasadniczo szerokim polem swobodnego uznania¹, politykę transportową², czy wspólną politykę rolną³. Często same Traktaty założycielskie nadają im szerokie uprawnienia dyskrecyjne. Dla przykładu wskazać tu należy chociażby dyskrecyjne kompetencje Komisji Europejskiej, co do wszczynania postępowań przeciwko Państwom Człon-

* Michał Pindel, doktorant w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nietatowy wykładowca na UW

¹ T. Korbutowicz, *Polityka Konkurencji*, [w:] A. Cieśliński (red.) *Wspólnotowe Prawo Gospodarcze*, s. 463.

² *Ibidem*, pkt 64.

³ R. Mańko, *Skarga odszkodowawcza przeciwko wspólnotie*, [w:] A. Łazowski, *Prawo instytucjonalne i gospodarcze Unii Europejskiej*, s. 653.

kowskim z art. 258 TFUE⁴. W innych przypadkach, to prawo pochodne tworzy podstawę prawną do swobodnego działania dla unijnych instytucji.

Powstaje zatem pytanie jak rozumieć pojęcie swobodnego uznania na potrzeby prawa unijnego. Niestety w prawie unijnym nie znajdziemy definicji legalnej pojęcia swobodnego uznania, choć posługuje się nim zarówno Trybunał Sprawiedliwości UE, jak i inne unijne instytucje i organy. Termin ten funkcjonuje także w literaturze i doktrynie, jako zbiorcza nazwa dla jak się wydaje wszelkiej dowolności w dokonywaniu wyborów w odniesieniu do prowadzonych przez Unię Europejską działań. Nie chodzi tu jednak tylko o wybory polityki ekonomicznej (gospodarczej), jak sugerowało by to orzeczenie w sprawie *Schöppenstedt*⁵, gdyż dzisiaj unijne instytucje podejmują także inne decyzje niż tylko uwzględniające interes ekonomiczny⁶.

Pomocniczo dla zrozumienia pojęcia władzy dyskrejonalnej, zastosować można definicję tego terminu przedstawioną przez Radę Europy. Według niej swobodnym uznaniem jest władza, która pozostawia administracji pewien margines swobody w zakresie decyzji, która ma zostać podjęta, pozostawiając wybór pomiędzy kilkoma dopuszczalnymi przez prawo decyzjami, aby wybrać tę najodpowiedniejszą⁷. Wydaje się jednak, że definicja ta jest jednak nieco za wąska, jeśli chodzi o prawo unijne.

W prawie Unii Europejskiej bowiem, pojęcie swobodnego uznania rozumiane jest nieco inaczej, niż w prawie krajowym⁸. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej pod tym pojęciem rozumie bowiem nie tylko, wybór następstw prawnych dokonanych na podstawie prawa⁹, ale i także interpretację pojęć nieostrych¹⁰. Przykładowo w wyroku w sprawie 138/79 *SA Roquette Freres* przeciwko Radzie¹¹ Trybunał stwierdził, że „przysługujące uprawnienia dyskrejonalne nie od-

⁴ P. Craig, G. de Burca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford 2008, s. 407.

⁵ Wyrok Trybunału z dnia 2.12.1971 r. w sprawie 5/71 *Aktien-Zuckerfabrick Schoppenstedt*, ECR, s. 975.

⁶ N. Półtorak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa w prawie Wspólnot Europejskich*, s. 161.

⁷ Rekomendacja Rady Europy nr R 80/2 dotycząca wykonywania władzy dyskrejonalnej przez władze administracyjne.

⁸ I. Kawka, *Zasada dobrej administracji w prawie wspólnotowym*, [w:] C. Mik (red), *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, Toruń 2007, s. 217.

⁹ Wyrok Trybunału z dnia 14.3.1973 r. w sprawie 57/72 *Westzucker GmbH przeciwko Einfuhr-Und Vorratsstelle fur Zucker*, ECR s. 321.

¹⁰ Wyrok Trybunału z dnia 17.9.1980 r. w sprawie 730/79 *Philip Morris przeciwko Komisji*, ECR s. 2671.

¹¹ Wyrok w sprawie 138/79 *SA Roquette Freres* przeciwko Radzie ECR 1980, s. 03333.

noszą się wyłącznie do charakteru i zakresu przepisów, lecz również w pewnym stopniu do ustalenia podstawowych faktów w tym zakresie, w jakim w szczególności ma ona swobodę powoływania się w razie potrzeby na ogólne ustalenia”¹².

Należy zatem stwierdzić, że w prawie Unii Europejskiej funkcjonuje szerokie pojęcie „władzy dyskrejonalnej” obejmujące nie tylko możliwość dokonania wyboru spośród kilku dozwolonych prawem możliwości, ale także wszelką dowolność jaką unijnym instytucjom pozostawia unijne prawodawstwo. Dlatego też w artykule tym zamiennie posługiwać będę się takimi pojęciami jak „swobodne uznanie” „uznanie administracyjne”, czy „władza dyskrejonalna”.

Zakres władzy dyskrejonalnej pozostawiony unijnym instytucjom może być trojaki. Po pierwsze przepis upoważniający może zostawiać margines swobody w ogóle co do podjęcia działania, po drugie może nakazywać działanie, ale nie wskazywać konkretnych wyborów, albo wskazywać konkretne możliwe rozwiązania prawne. Powstaje więc pytanie jak określić każdorazowo zakres władzy uznaniowej jaki unijnym instytucjom daje prawo pierwotne bądź pochodne.

Ocena taka każdorazowo należy do Trybunału i nie jest to ocena łatwa. ETS bierze pod uwagę zarówno charakter danej dziedziny, z której skarżony akt prawny się wywodzi, jak i szczegółowy zakres przepisu kompetencyjnego. Jeżeli jest on wystarczająco jasny i precyzyjny, by nałożyć konkretne, łatwo dające się zinterpretować obowiązki na instytucję, instytucja taka po mimo szerokiej władzy uznaniowej w tejże polityce, nie będzie posiadać swobodnego uznania w tym jednym konkretnym przypadku¹³.

Co jednak, gdy zarówno dziedzina, jak i przepis kompetencyjny nie są wystarczająco szczegółowe, jasne i precyzyjne ? Nie jest to dylemat tylko i wyłącznie abstrakcyjny, gdyż sytuacji takich, gdzie powstaje problem, czy mamy do czynienia z władzą dyskrejonalną lub jej brakiem jest zasadniczo bardzo wiele.

W przypadkach takich, gdzie podstawa prawna do wydania aktu prawnego, zawiera zwroty niedookreślone, jej charakter interpretować należy w świetle zasad regulujących daną unijną politykę¹⁴ i w świetle celu jaki akt prawny ma zamiar osiągnąć. Bowiern każde działanie Unii interpretowane winno być przez pryzmat jej celów zapisanych w art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁵.

¹² Tłumaczenie za M. Jaśkowska, *op. cit.*, s. 292.

¹³ Orzeczenie TS w sprawie 13/83 *Parlament przeciwko Radzie*, ECR 1985, s. 1513, pkt 65.

¹⁴ Orzeczenie Sądu w sprawie T-333/10 *Animal Trading Company i inni przeciwko Komisji*, pkt 77.

¹⁵ Traktat o Unii Europejskiej, Dz. Urz UE. C 83/2010, s. 13.

Szeroki zakres władzy uznaniowej nie może być jednak niczym nieograniczony. Jego ograniczenie może nastąpić zasadniczo w dwóch formach. Po pierwsze w unijnym porządku prawnym istnieją pewne zasady, które ograniczają znacząco zakres swobody, jaki przyznano unijnym instytucjom w procesie stanowienia i wykonywania prawa. Po drugie zaś, to same instytucje mogą ograniczyć sobie zakres przyznanej im władzy dyskrecyjnej.

ZASADY PRAWA UNIJNEGO OGRANICZAJĄCE SWOBODĘ UNIJNYCH INSTYTUCJI

Jak wspomniano już powyżej, wiele przepisów zarówno rangi traktatowej i tych wywodzących się z prawa pochodnego, przyznaje unijnym instytucjom szeroką władzę uznaniową. Władza ta jednak może zostać ograniczona poprzez ogólne zasady prawa unijnego, jak i przez same instytucje Unii Europejskiej.

W literaturze i orzecznictwie utrwalił się pogląd, iż organ dysponujący szerokim zakresem swobodnego uznania powinien przestrzegać pewnych podstawowych reguł postępowania, bez zachowania których, postępowanie takie było by wadliwe. Trybunał w swoich wyrokach jak mantrę powtarza, że *„gdy instytucji przysługuje szeroki zakres swobodnego uznania, znaczenia nabiera przestrzeganie pewnych zasad i gwarancji proceduralnych zapewnionych w wspólnotowym porządku prawnym w odniesieniu do postępowania administracyjnego: np. obowiązek bezstronnego i starannego zbadania okoliczności sprawy oraz obowiązek uzasadnienia w wystarczający sposób swojej decyzji”*¹⁶.

Do zasad tych zaliczyć należy w szczególności zasada proporcjonalności, zasada dobrej administracji, zasada staranności, czy zasada uprawnionych oczekiwań. Zasady te pozwalają kontrolować działanie organów posiadających szerokie uprawnienia dyskrecyjne, jednocześnie wyznaczając granice przyznanego im uznania administracyjnego. Przestrzeganie tych zasad przez instytucje unijne w sytuacji szerokiego luzu decyzyjnego jest tym bardziej istotne, gdyż *„wykonywanie rzeczony swobody uznania jest poddane wyłącznie ograniczonej merytorycznej kontroli sądu, ograniczonej do wykrycia oczywistego błędu”*¹⁷.

¹⁶ Zob. np. wyrok Trybunału w sprawie C-269/90 *Technische Universität München*, ECR. s. I-5469, pkt. 14.

¹⁷ Wyrok Sądu w sprawie T 333/10 *Animal Trading Company* pkt. 84. Wyrok dotychczas niepublikowany w zbiorze.

Także w Rekomendacji Rady Europy znaleźć można podstawowe zasady, jakimi powinien kierować się organ administracji wykonując kompetencje dyskrecyjne. W części drugiej załącznika wymienionych jest 6 takich zasad: zakaz nadużywania władzy („władza administracyjna nie kieruje się innym celem, jak tylko tym, przez wzgląd na który ta kompetencja została jej przyznana”¹⁸), obiektywizm i bezstronność, równość wobec prawa, zasada proporcjonalności, rozpatrzenie sprawy w słusznym terminie, zasada pewności prawa

ZASADA PROPORCJONALNOŚCI

Zasada proporcjonalności jest jedną z najważniejszych zasad ustrojowych Unii Europejskiej¹⁹ i towarzyszyła jej od samego początku integracji europejskiej²⁰, choć początkowo nie była wyrażona w traktatach, a tylko eksponowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.²¹ Po raz pierwszy w uregulowaniach traktatowych pojawiła się po zmianach wprowadzonych Traktatem z Maastricht. Obecnie jej treść znajduje się w art. 5 ust 4 Traktatu o Unii Europejskiej i brzmi następująco: „zgodnie z zasadą proporcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów”. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej doprecyzowuje, iż zasada proporcjonalności wymaga, aby akty instytucji Unii nie wykraczały poza to, co jest odpowiednie i konieczne do realizacji słuszných celów, którym mają służyć, przy czym oczywiście tam, gdzie istnieje możliwość wyboru spośród większej ilości odpowiednich środków, należy stosować te najmniej dotkliwe, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów²². Doktryna podkreśla przy tym, że sytuacjach, gdzie Trybunał bada proporcjonalność środka unijnego ogranicza się tylko do sprawdzenia, czy instytucje unijne

¹⁸ T. Jasudowicz, *op. cit.*, s. 87.

¹⁹ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Proporcjonalność jako zasada wyznaczająca granice działania Wspólnoty Europejskiej*, PiS 2005, nr 1, s. 105.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Po raz pierwszy zasada proporcjonalności pojawiła się w orzeczeniu ETS z 1956 roku w sprawie 8/55 *Federation Charbonniere de Belgique* przeciwko Wysoka Władza EWWiS, ECR [1956] s. 291.

²² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-343/09 *Afton Chemical*, ECR [2010] s. I-7027, pkt 45.

nie przyjęły aktu prawnego, który jest „oczywiście niewłaściwy”, lub „wyraźnie nieodpowiedni”²³.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż bezsprzecznie podstawową funkcją zasady proporcjonalności jest ograniczenie zakresu swobodnego uznania przyznanego instytucjom unijnym w procesie stanowienia prawa²⁴. Wynikało to już z pierwszych orzeczeń ETS-u dotyczących tej zasady, a późniejsze orzecznictwo tylko potwierdzało to stanowisko. Już w 1957 roku w sprawie *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse przeciwko Wysokiej Władzy*²⁵ Trybunał stwierdził, że „w przypadkach, gdy Wysoka Władza upoważniona jest do wydawania środków we wspólnym interesie, może używać swoich uprawnień do przyjmowania takich uregulowań jakie są wymagane w danych okolicznościach (...) z tym, że może podejmować działania tylko w tym zakresie jaki jest ściśle konieczny”. Nowsze orzecznictwo także potwierdza ścisły związek po między zasadą proporcjonalności, a kompetencjami dyskrecyjnymi^{26, 27}.

W orzecznictwie panuje nawet pogląd, że „ustawodawcy wspólnotowemu należy przyznać zakres swobodnego uznania w dziedzinach zakładających konieczność podejmowania przez niego decyzji natury politycznej, gospodarczej i społecznej oraz wymagających od niego dokonywania globalnych ocen. W konsekwencji jedynie oczywiście niewłaściwy charakter aktu wydanego w tej dziedzinie w odniesieniu do celu, jaki realizują odpowiednie instytucje, może naruszyć ważność takiego aktu”²⁸. Jak twierdzi Justyna Maliszewska-Nienartowicz, tak wysoko postawiony przez Trybunał próg proporcjonalności, przyznaje unijnym instytucjom, dość szeroki zakres władzy uznaniowej²⁹. Wynika z tego, że nie każdy środek, który będzie nieodpowiedni,

²³ A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 91

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Wyrok ETS w sprawie *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse przeciwko Wysokiej Władzy*, ECR [1958] s. 157.

²⁶ Wyrok Trybunału w sprawie C-189/01 *Jippes* i in. ECR [2001] s. I-5689, pkt 82; zob. podobnie i analogicznie ww. w pkt 78 wyrok Sądu w sprawie T-77/09 *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, Zb. Orz. [2010] s. I-13533 pkt 82 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁷ Wyrok Sądu w sprawie T 333/10 *Animal Trading Comapany* pkt. 84. Wyrok dotychczas niepublikowany w zbiorze.

²⁸ Wyrok Trybunału w sprawie C- 344/04 *International Air Transport Association* i inni Zb. Orz. [2006] s. I-00403.

²⁹ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Proporcjonalność jako zasada wyznaczająca granice działania Wspólnoty Europejskiej*, PiS 2005, nr 1, s. 105.

uznany zostanie za niezgodny z zasadą proporcjonalności.³⁰ Jak wspomniano już wyżej środek taki musi być wyraźnie nieodpowiedni lub oczywiście niewłaściwy.

ZASADA DOBREJ ADMINISTRACJI

Artykuł 41 Karty Praw Podstawowych wprowadził do prawa europejskiego prawo do dobrej administracji. Nie oznacza to jednak bynajmniej, że już wcześniej w unijnym porządku prawnym nie istniały pewne gwarancje proceduralne zabezpieczające postępowanie administracyjne przed instytucjami i organami Unii Europejskiej. Już same traktaty założycielskie zawierają częściowe przepisy regulujące zasadę dobrej administracji³¹. Chodzi tu w szczególności o art. 296 TFUE (uzasadnienie aktu prawnego), art. 297 TFUE (publikacja lub notyfikacja aktów prawnych), czy art. 15 TFUE (dostęp do dokumentów). Znakomitą większość gwarancji proceduralnych podczas postępowań przed instytucjami i organami UE, w swoim orzecznictwie wypracowały sądy unijne, a więc Sąd i Trybunał. Ogromny wkład w rozwój zasady dobrej administracji miał też Sąd do spraw służby publicznej³². Podstawą prawną dla ustanowienia tychże gwarancji, składających się na zasadę dobrej administracji była z jednej strony zasada skutecznej ochrony prawnej, a z drugiej strony – podobnie jak przy ustanawianiu przesłanek odpowiedzialności Unii – zasady ogólne wspólne dla państw członkowskich³³. Zasada dobrej administracji stała się z biegiem czasu zasadą ogólną prawa unijnego³⁴. Jej złamanie może implikować odpowiedzialność odszkodowawczą Unii.

Pamiętać jednak należy iż zasada dobrej administracji, jedyna, nie stanowi sama z siebie źródła uprawnień dla jednostek³⁵. Wyjątkiem od tej reguły są sytuacje gdy zasada dobrej administracji, jest wyrazem uprawnień szczególnych, jak prawo do bezstronnego i sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy w racjonalnym terminie,

³⁰ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007, s. 151.

³¹ I. Kawka, *Zasada dobrej administracji w prawie wspólnotowym*, [w:] C. Mik (red.), *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, Toruń 2007, s. 196.

³² *Ibidem*, s. 200.

³³ Wyrok ETS w sprawie Dineke Algera, ECR 1957, s. 81.

³⁴ I. Kawka, *op. cit.*, s. 200.

³⁵ Wyrok Sądu z dnia 6 grudnia 2001 r. w sprawie T-196/99 *Area Cova i in. przeciwko Komisji*, ECR. s. II-3597, pkt 43.

prawo do przedstawienia swojego stanowiska, prawo dostępu do dokumentów czy prawo do uzasadnienia decyzji³⁶.

W skład zasady dobrej administracji wchodzi takie gwarancje jak prawo do bycia wysłuchanym, zasada staranności, prawo do skutecznego środka zaskarżenia czy prawo załatwienia sprawy w rozsądnym terminie.

ZASADA UPRAWNIONYCH OCZEKIWAŃ

Zasada uprawnionych oczekiwań zwana też inaczej zasadą ochrony zaufania³⁷ wywodzi się z prawa niemieckiego i związana jest ściśle z zasadami dobrej administracji oraz zasady pewności prawa. Polega ona najogólniej ujmując na możliwości przewidzenia zachowań administracji i przypisania takiemu zachowaniu skutków prawnych. W literaturze wskazuje się że jedną z jej podstawowych funkcji jest kontrola działań legislacyjnych i administracyjnych organów unijnych³⁸. Takie uprawnione oczekiwanie wynikać może z aktów normatywnych, aktów indywidualnych czy też stałej praktyki administracyjnej. Wydaje się, iż właśnie podczas praktyki administracyjnej zasada ta będzie mieć szczególne znaczenie dla kontroli uprawnień dyskrejonalnych.

Zasada zaufania wielokrotnie przywoływana była w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Przede wszystkim Trybunał zalicza zasadę tę, do podstawowych zasad Unii Europejskiej³⁹. Powoływać się na nią może każda jednostka w sytuacji, gdy administracja unijna udzielając jej pewnych zapewnień wzbudziła w niej określone nadzieje. Zapewnieniami takimi są, niezależnie od formy, w jakiej zostały przekazane, dokładne, bezwarunkowe i spójne informacje pochodzące z uprawnionych i wiarygodnych źródeł⁴⁰. Takimi dokumentami, które w szczególnie sposób wzbudzają w jednostkach nadzieję są komunikaty i wytyczne w sprawie dalszego prowadzenia unijnych polityk. Takim sztandarowym przykła-

³⁶ Wyrok Sądu w sprawie T-193/04 *Hans-Martin Tillack przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* pkt. 127–128.

³⁷ D. Miąsik, *Zasada ochrony zaufania w prawie wspólnotowym*, [w:] C. Mik (red.), *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, Toruń 2007, s. 225.

³⁸ *Ibidem*, s. 228.

³⁹ Wyrok Sądu w sprawie T-333/03 *Masdar*, ECR 2006 II-04377, pkt. 119.

⁴⁰ Wyrok Sądu z dnia 21 lipca 1998 r. w sprawach połączonych T-66/96 i T-221/97, *Mellet przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości*, ECR s. I-A-449 i II-1305, pkt 104 i 107 oraz przywołane tam orzecznictwo.

dem są wspomniane już w niniejszej pracy wytyczne Komisji w sprawie ustalania grzywien, czy wytyczne w sprawie wpływu na handel po między państwami członkowskimi. Treść tych dokumentów wiąże Komisję, ponieważ, wzbudza w u adresatów oczekiwania, iż Komisja będzie zachowywać się zgodnie z regułami, które sama przyjęła i podała do publicznej wiadomości⁴¹. W orzecznictwie ustalone również zostało, że zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań stanowi regulację prawną przyznającą prawa jednostką⁴², co implikuje za sobą możliwość pociągnięcia Unii do odpowiedzialności odszkodowawczej za jej złamanie⁴³. Nie zmienia to kwestii, że podmioty gospodarcze muszą ponosić gospodarcze ryzyko związane ze swoją działalnością przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności każdej sprawy⁴⁴.

ZASADA NALEŻYTEJ STARANNOŚCI

Jedną z najważniejszych zasad, jakich przestrzegać musi organ unijny, posiadający szeroki zakres swobodnego uznania jest zasada należytej staranności. Ten obowiązek staranności jest związany z zasadą dobrej administracji. Ma on zastosowanie w sposób ogólny do działania administracji wspólnotowej w jej stosunkach z ogółem⁴⁵. Co prawda w myśl prawa do dobrej administracji, każde postępowanie administracyjne powinno być prowadzone z należytą starannością, to zachowanie należytej staranności podczas postępowań w których unijne instytucje posiadają szerokie uprawnienia dyskrejonalne nabiera szczególnego znaczenia⁴⁶. Dzieje się tak ponieważ, jak wspomniano już powyżej, Sąd lub Trybunał bada akt uznaniowy tylko w ograniczonym zakresie, szukając jedynie oczywistego błędu⁴⁷. Ciążący na właściwej instytucji obowiązek uważnego i bezstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności rozpatrywanej sprawy stanowi niezbędną

⁴¹ D. Miąsik, *op. cit.*, s 237.

⁴² Wyrok Sądu z dnia 6 grudnia 2001 r. w sprawie T-43/98 *Emesa Sugar przeciwko Radzie*, ECR. s. II-3519, pkt 64.

⁴³ Wyrok Sądu w sprawie T-333/03 *Masdar*. ECR 2006 II-04377, pkt 119.

⁴⁴ Wyrok Trybunału z dnia 25 maja 1978 r. w sprawach połączonych 83/76 i 94/76, 4/77, 15/77 i 40/77 *HNL i in. przeciwko Radzie i Komisji*, ECR. s. 1209, pkt 7.

⁴⁵ Wyrok Sądu w sprawie T-333/03 *Masdar*. ECR 2006 II-04377, pkt 92.

⁴⁶ Wyrok Sądu w sprawie T 333/10 *Animal Trading Comapany* pkt 84. Wyrok dotychczas niepublikowany w zbiorze.

⁴⁷ Wyrok Sądu w sprawie T-333/10 *Animal Trading Comapany* pkt. 84. Wyrok dotychczas niepublikowany w zbiorze.

przesłankę dokonanie przez Sąd Unii badania, czy okoliczności faktyczne i prawne warunkujące korzystanie z uprawnień dyskrejonalnych zostały spełnione⁴⁸.

Obowiązek przestrzegania zasady należytej staranności zakłada, że administracja wspólnotowa powinna działać starannie i ostrożnie⁴⁹. Oczekiwać po niej można, biorąc pod uwagę jej cechy, wiedzę i umiejętności⁵⁰ iż nie podejmie działania, jakiego nie podjęłaby działająca z należyta starannością instytucja znajdująca się w okolicznościach identycznych jak te występujące w danej sprawie⁵¹. W sytuacjach, kiedy unijne instytucje korzystają z szerokiego zakresu swobody, przyznanego im przez zasadę ostrożności, zasada należytej staranności wymaga od nich przeprowadzenia najszerzej możliwej oceny ryzyka, poprzez odwołanie się np. do badań naukowych ekspertów⁵². Natomiast nie należy do niej naprawianie wszelkich szkód wynikających dla podmiotów gospodarczych z urzeczywistnienia zwykłego ryzyka gospodarczego⁵³.

W orzecnictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasada należytej staranności została uznana za przepis przyznający prawa jednostką⁵⁴. Zatem jest możliwe, aby administracja wspólnotowa poniosła odpowiedzialność pozaumowną za niedozwolone zachowanie, jeżeli nie działa z całą wymaganą starannością i z tego powodu wyrządza szkodę⁵⁵.

OGRANICZENIE SWOJEGO SWOBODNEGO UZNANIA PRZEZ UNIJNE INSTYTUCJE

Po drugie zaś to same unijne instytucje mogą ograniczyć swoje szerokie uprawnienia dyskrejonalne, wydając między innymi takie akty prawne jak ko-

⁴⁸ Wyrok Sadu w sprawie T-285/03 *Agraz i in. przeciwko Komisji*, ECR. s. II-1063, pkt. 49.

⁴⁹ Wyrok Sądu w sprawie T-333/03 *Masdar*. ECR 2006 II-04377, pkt 93.

⁵⁰ Wyrok Trybunału z dnia 3 czerwca 2008 r. w sprawie C-308/06 *Intertanko i in.*, ECR. s. I-4057, pkt 74-77

⁵¹ Wyrok Sądu w sprawie T-333/10 *Animal Trading Comapany* pkt. 93. Wyrok dotychczas niepublikowany w zbiorze.

⁵² Wyrok Trybunału w sprawie *Pfizer Animal Health przeciwko Radzie*, pkt 172.

⁵³ Wyrok Sądu w sprawie T-333/03 *Masdar*. ECR 2006 II-04377, pkt 93.

⁵⁴ Wyrok Sądu z dnia 18 września 1995 r. w sprawie T-167/94 *Nölle przeciwko Radzie i Komisji*, ECR. s. II-2589, pkt 76.

⁵⁵ Wyrok Trybunału z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie C-331/05 P *Internationaler Hilfsfonds przeciwko Komisji*, ECR. s. I-5475, pkt 24.

munikaty i wytyczne. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że Komisja Europejska może narzucić sobie sposób wykonywania przysługującego jej uznania takimi aktami jak wytyczne, czy komunikaty o ile akty te zawierają reguły wskazujące kierunek postępowania tej instytucji i nie odbiegają od norm TFUE⁵⁶.

W pierwszej kolejności zastanowić należy się nad charakterem prawnym tych instrumentów. Bez wątpienia komunikaty i wytyczne zaliczyć należy do tak zwanego prawa miękkiego (*soft law*), a więc aktów prawnych (przynajmniej teoretycznie) nie wiążących prawnie. W literaturze akty takie, obok białych i zielonych ksiąg nazywa się „aktami bez przymiotnika”⁵⁷. Chociaż teoretycznie instrumenty takie nie posiadają mocy wiążącej, nie oznacza to, iż pozostają bez wpływu na sytuację prawną podmiotów, do których są skierowane, lub których dotyczą. W dobitny sposób pokazuje to wyrok ETS’u w sprawie *Salvatore Grimaldi*⁵⁸. W jego myśl sądy krajowe za podstawę swojego wyrokowania przyjąć powinny także zalecenia wydawane przez unijne instytucje, w szczególności te, które uzupełniają postanowienia aktów prawnie wiążących, lub wyjaśniających postanowienia prawa wewnętrznego⁵⁹.

Jak twierdzi Cezary Mik, nie można domniemywać niewiążącego charakteru aktów nienazwanych, lecz trzeba go udowodnić⁶⁰. To, że akty nienazwane mogą wywoływać skutki prawne wobec osób trzecich, a więc i w jakiś sposób być aktami mającymi moc prawną, najlepiej pokazuje orzecznictwo Trybunału dotyczące skargi na nieważność prawa unijnego. Przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony dawny art. 230 TWE pozwalał na zaskarżanie rozporządzeń, dyrektyw i decyzji. Teoretycznie nie było możliwe skarżenie żadnych innych aktów prawnych. Trybunał dopuszczał jednak skargi zarówno na skutki zalecenia i opinie, jak i porozumienia między instytucjonalne, czy komunikaty, o ile akty te wywoływały prawne wobec osób trzecich⁶¹. W nowym reżimie prawnym, znowelizowany art. 263 TFUE zezwala na skargę wszystkich aktów prawnych, wydawanych przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii Europejskiej, o ile ich celem jest wywołanie skutku prawnego wobec osób trzecich.

⁵⁶ Wyrok TS w sprawie C-313/90 *CIRFS i in. przeciwko Komisji*, ECR. s. I-1125.

⁵⁷ A. Zawidzka, *Prawo pochodne UE*, [w:] J. Barcz (red.) *Źródła prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 34.

⁵⁸ Wyrok TS w sprawie C-322/88 *Salvatore Grimaldi* ECR 1989, s. 4407.

⁵⁹ M. Kenig-Witkowska, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 192.

⁶⁰ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 521.

⁶¹ Wyrok TS w sprawie 22/70 *Komisja przeciwko Radzie* (tzw. sprawa ERTA/AERT), ECR 1971, s. 263.

Chyba najbardziej znanymi aktami prawnymi, w których Komisja Europejska ogranicza swoje władcze kompetencje są Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. [81 WE] i [82 WE]⁶² zwane dalej „wytycznymi w sprawie pojęcia wpływu na handel” lub Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien za złamanie reguł konkurencji⁶³.

W swoich wytycznych w sprawie pojęcia wpływu na handel między państwami członkowskimi, Komisja w punkcie 55 narzuciła sobie obowiązek określenia rynku właściwego na którym rzekomo odbywać miało by się zakazane porozumienie, a dopiero potem ustalić czy porozumienie takie wpływa znacząco na handel po między państwami. Takie działanie ogranicza szeroką swobodę Komisji Europejskiej, jako regulatora unijnej polityki konkurencji.

W sprawie *Zeigler*⁶⁴ powodowa spółka wniosła skargę o nieważność decyzji Komisji Europejskiej, stwierdzającej uczestnictwo w porozumieniach i praktykach uzgodnionych, oraz nakładającej grzywnę za owe praktyki. Jednym z zarzutów, dla których decyzja miała by być nieważna, było nie określenie przez Komisję rynku właściwego zgodnie z art. 55 wytycznych. Komisja Europejska argumentowała, natomiast, że po pierwsze: określenie rynku właściwego nie było konieczne ze względu na oczywisty wpływ kartelu na handel po między państwami członkowskimi, a po drugie, że niezgodność decyzji z wytycznymi nie może być podstawą jej nieważności, ponieważ decyzja została wydana nie na podstawie wytycznych a na podstawie rozporządzenia wdrażającego art. 81 TWE. Do tego Komisja argumentowała, iż wytyczne z 2004 roku nie mają na celu ograniczenia jej swobody uznania, a są tylko nieważącym zbiorem wydanego dotychczas orzecznictwa z dziedziny prawa konkurencji.

Trybunał, odwołując się między innymi do opinii Rzecznik Generalnej, podzielił argumentację spółki *Ziegler*. Po pierwsze orzekł, że ograniczały one zakres swobodnego uznania Komisji, i Komisja nie powinna było odchodzić w danym przypadku od utrwalonej praktyki przyjętych w wytycznych. Dodatkowo stwierdził, że nawet jeśli wytyczne te nie stanowią samoistnej podstawy prawnej wydanego aktu, mogą być przedmiotem zarzutu o niezgodność z prawem.

⁶² Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. [81 WE] i [82 WE] (Dz.U. 2004, C 101, s. 81.)

⁶³ Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 1/2003. (Dz.U. 2006, C 210, s. 2).

⁶⁴ Wyrok Trybunału w sprawie C-439/11 *Zeigler*, ECR 2013, s. 681.

Co więcej Trybunał przyznał im moc wiążącą. Ocenę taką dokonał na podstawie celu i treści owych wytycznych. Z ich pkt 3 wynika bowiem, że choć mają one na celu udzielenie sądom i władzom państw członkowskich pomocy przy stosowaniu pojęcia wpływu na rynek przedstawionego w art. 81 WE i 82 WE, to mają one także „za cel [...] przedstawienie metodologii stosowania pojęcia wpływu na rynek i dostarczenie wskazówek na temat jego stosowania w często występujących sytuacjach”. Ponadto z treści w szczególności pkt 50, 52 i 53 tych wytycznych jasno wynika, iż Komisja zamierza stosować je w szczególności w celu oceny, czy porozumienie wywiera w odczuwalny sposób wpływ na handel między państwami członkowskimi.

Stwierdzić należy więc – odwołując się do wyroku Trybunału i opinii Rzecznika Generalnego – że w przeciwieństwie do tego, co twierdzi Komisja, wytyczne z 2004 r. są czymś więcej niż tylko kodyfikacją wydanego do tego czasu orzecznictwa dotyczącego zagadnienia wpływu na handel między państwami członkowskimi. W tych wytycznych Komisja przedstawia bowiem swoją „*metodykę dotyczącą stosowania pojęcia wpływu na handel międzypaństwowy*” i zapowiada, że w określonych okolicznościach nie będzie wszczynać postępowań przeciwko przedsiębiorstwom oraz nakładała na nie grzywnien (50). Poprzez publikację tych wytycznych Komisja dokonała samozwiązania się, którego musi się trzymać przy wykonywaniu przysługującego jej uznania w odniesieniu do sytuacji gospodarczych w związku z wpływem na handel między państwami członkowskimi. Nie może ona zatem bez uzasadnionego powodu stosować żadnej innej metodyki niż ta przewidziana w wytycznych z 2004 r., gdy bada, czy zachowanie przedsiębiorstw w rozumieniu art. 81 WE i art. 82 WE (art. 101 TFUE i art. 102 TFUE) może w odczuwalny sposób wpływać na handel między państwami członkowskimi.

W sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P *Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji*⁶⁵ przedmiotem sporu było między innymi retroaktywne zastosowanie przez Komisję Europejską wytycznych w sprawie ustalania grzywnien za naruszenie prawa konkurencji. Trybunał nie uznał takiej praktyki za złamanie prawa, ponieważ Komisja Europejska posiadała na podstawie rozporządzenia szerokie uprawnienia w sprawie ustalania wysokości grzywnien, a ustalone w wytycznych grzywny były zgodne z rozporządzeniem. Wskazał jednak, że publikacja takich wytycznych stwarza

⁶⁵ Wytok TS w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P *Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji*, ECR s. I-5425, pkt 209–211

u podmiotów gospodarczych uzasadnione oczekiwania, że będą one niezmiennie stosowane w podobnych sytuacjach.

Z utrwalonego orzecznictwa wynika więc, iż odnośnie do środków wewnętrznych przyjętych przez administrację, nie można uznać ich za normę prawną, której w każdym razie musi przestrzegać administracja, lecz za normę postępowania, która stanowi pewną wskazówkę dla praktyki administracyjnej i od której administracja nie może odstąpić w konkretnym przypadku bez podania powodów, które byłyby zgodne z zasadą równego traktowania. Środki takie stanowią zatem akt o charakterze generalnym, którego niezgodność z prawem mogą przywoływać zainteresowani urzędnicy i inni pracownicy na poparcie skargi skierowanej przeciwko indywidualnym decyzjom wydanym na ich podstawie⁶⁶.

Takie orzecznictwo ma tym bardziej zastosowanie do norm dotyczących postępowania, których celem jest wywołanie zewnętrznych skutków, jak w przypadku wytycznych, które skierowane są do podmiotów gospodarczych⁶⁷. Dana instytucja, przyjmując takie zasady postępowania i ogłaszając poprzez publikację, że od tej pory będzie je stosować do przypadków w nich przewidzianych, sama sobie wyznacza granice swobodnego uznania i nie może odejść od tych zasad bez narażania się na sankcje z tytułu naruszenia ogólnych zasad prawa, takich jak zasada równego traktowania, pewności prawa lub zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań⁶⁸. Co ciekawe w niektórych przypadkach TS uznaje takie wytyczne za normy postępowania, a w innych, tylko wskazówkę dla administracji. W obu jednych przypadkach, nadaje im wiążący charakter.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA ZA PRZEKROCZENIE GRANIC SWOBODNEGO UZNANIA

Prawo Unii Europejskiej przewiduje możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych od Unii, jej organów, instytucji i pracowników za bezprawne działanie. Początkowo w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości istniał podział na tak zwaną odpowiedzialność administracyjną i legislacyjną.

⁶⁶ Wyrok z dnia 15 stycznia 2002 r. w sprawie C-171/00 P *Libéros przeciwko Komisji*, Rec. s. I-451, pkt 35.

⁶⁷ Wyrok TS w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P *Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji*, ECR s. I-5425, pkt 209–211.

⁶⁸ *Ibidem*.

Do zasądzenia odszkodowania za bezprawną decyzję indywidualną wystarczyła sama jej bezprawność. Natomiast do odpowiedzialności odszkodowawczej za akty normatywne potrzebne było „*kwalifikowane naruszenie nadrzędnej normy przyznającej prawa jednostką*”⁶⁹. Z biegiem czasu i pod wpływem odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich owe kwalifikowane naruszenie nadrzędnej normy przyznającej prawa jednostką, zaczęto w orzecznictwie łączyć ze swobodą uznania przyznaną unijnym instytucjom. Obecnie unijna judykatura rozróżnia zasadniczo odpowiedzialność odszkodowawczą za akty uznaniowe i akty, w których unijne instytucje nie posiadają swobody uznania.

W przypadku gdy unijne instytucje posiadają szeroki zakres swobodnego uznania, do zaistnienia odpowiedzialności odszkodowawczej potrzebne jest ciężkie i oczywiste przekroczenie granic swobodnego uznania⁷⁰. Jak wspomniano już powyżej granice tego uznania wskazują zasady ogólne prawa unijnego takie jak zasada proporcjonalności, zasada należytej staranności, czy zasada uzasadnionych oczekiwań. Także unijne instytucje mogą same sobie ograniczyć zakres swobodnego uznania takimi instrumentami prawnymi jak komunikaty i wytyczne.

W przypadku ograniczenia swobody uznania przez ogólne zasady prawa unijnego, nie każde przekroczenie swobody uznania przyczyni się do zaistnienia odpowiedzialności odszkodowawczej UE. Przekroczenie to musi być oczywiste i mieć charakter przekroczenia ciężkiego. Co należy rozumieć przez takie ciężkie i oczywiste przekroczenia granic władzy dyskrecjonalnej podpowiada nam orzecznictwo TFUE.

Bez wątpienia odpowiedzialność odszkodowawcza zaistnieje w sytuacji, gdy unijne instytucje w sposób poważny naruszają zasadę proporcjonalności. Pamiętać należy że zasada proporcjonalności jest podstawową zasadą ograniczającą swobodę uznania unijnych instytucji. Przyjąć można domniemanie, że w każdym akcie, w którym przez TSUE uznany został za nieważny z powodu naruszenia zasady proporcjonalności, unijne instytucje w sposób ciężki i oczywisty przekroczyły granice przysługującego im luzu decyzyjnego. Domniemanie takie oprzeć można między innymi na kilku przesłankach.

Po pierwsze TSUE podchodzi bardzo restrykcyjnie do badania zasady proporcjonalności i stwierdza nieważność tylko takich aktów prawnych, które są oczywi-

⁶⁹ Wyrok ETS w sprawie 5/71 *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt*, ECR[1971], 975.

⁷⁰ Wyrok Trybunału w sprawie C-352/98P *Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm SA i inni przeciwko Komisji*, ECR [2000] s. I-5291, pkt 41–42.

ście sprzeczne z tą zasadą⁷¹. Po drugie zaś w swoim orzecznictwie Trybunał jasno wskazuje, że dla oceny czy unijne instytucje złamały zasadę proporcjonalności, Trybunał nakazuje, zbadać, czy przekroczyły swoje kompetencje dyskrecjonalne⁷² i *vice versa*, dla oceny, czy w sposób ciężki i oczywisty przekroczyły zakres swobodnego uznania, nakazuje zbadać naruszenie zasady proporcjonalności.

Tylko bardzo poważne błędy proceduralne uznawane zostają przez TSUE za ciężkie i oczywiste przekroczenie granic swobodnego uznania. Znamienne jest to, że zazwyczaj naruszenie procedur wiąże się z zasadą należytej staranności.

Potwierdzają to chociażby dwa, bardzo często opisywane w literaturze wyroki w sprawach: *Fresh Marine*⁷³ oraz *Camar i Tico*⁷⁴. Sprawy te urosły nawet wśród doktryny, do sztandarowych wyroków, w których Trybunał Sprawiedliwości odwoływał się do zakresu swobodnego uznania, podczas rozpatrywania skargi odszkodowawczej⁷⁵. W pierwszej z nich, urzędnicy Komisji Europejskiej wykreślili ze sprawozdania spółki *Fresh Marine* kilka linijek tekstu, uważając je za zbędne, w następstwie czego, Komisja Europejska cofnęła powodowej spółce licencje eksportową. W drugiej Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, poprzez niedokładne zbadanie sprawy. W innej sprawie Komisja nie uwzględniła w toku postępowania dokumentu przedstawionego przez firmę, ubiegającą się o dopłatę eksportową, co w zasadniczy sposób, wpłynęło na jej obniżenie⁷⁶. W każdej z tych spraw, Trybunał opowiedział się w swoich wyrokach za przyznaniem poszkodowanym spółkom odszkodowania.

Co się tyczy odpowiedzialności odszkodowawczej za przekroczenie granic swobodnego uznania w sytuacji, gdy same instytucje UE ograniczyły sobie zakres przyznanej im władzy dyskrecjonalnej to wskazać należy na kilka rzeczy.

⁷¹ A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 91.

⁷² Wyrok Sądu z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie T-16/04 *Arcelor przeciwko Parlamentowi i Radzie*, Zb. Orz. [2010]. s. II-00211, pkt 139.

⁷³ Wyrok Trybunału w sprawie C-472/00 *Fresh Marine*, ECR [2003] s. I-07541.

⁷⁴ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-457/04 *Camar i Tico*, Zb. Orz. [2008] s. II-00215.

⁷⁵ Zob. m.in K. Leanerts, I. Maselis, K. Gutman, *UE procedural law*, Oxford 2014, s. 507; Ch. Hilson, *The Role of Discretion in EC Law on Non-contractual Liability*, CMLRev. 2005, 42, s 681; R. Mańko, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 2005 w sprawie C-198/03 P Komisja v. CEVA Sante Animale S.A i Pfizer*, „Przegląd Prawa Europejskiego”, 2006, nr 1/2, s. 115; R. Mańko, *op. cit.*, s. 648.

⁷⁶ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-285/03 *Agraz i in. przeciwko Komisji*, Zb. Orz. [2005] s. I-342.

Jak dotąd nie zapadł żaden wyrok w trybie skargi odszkodowawczej, w której skarżący domagałby się odszkodowania za naruszenie komunikatów czy wytycznych. Stwierdzić należy jednak, że prawdopodobnie odpowiedzialność taka jak najbardziej mogłaby mieć miejsce. Pamiętać należy że zarówno w sprawie Zeigler jak i *Dansk Rørindustri* TSUE stwierdził, iż niestosowanie się do wydanych przez siebie komunikatów i wytycznych stanowi naruszenie takich zasad prawa jak zasada dobrej administracji czy zasada uzasadnionych oczekiwań. W orzecznictwie zaś naruszenie tychże zasad bardzo często stanowiło podstawę zasądzenia przez Trybunał odszkodowania dla podmiotów prywatnych.

Łukasz Stępkowski*

ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTWA CZŁONKOWSKIEGO
Z TYTUŁU NARUSZENIA KPP UE
PO WYROKACH TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI
W SPRAWACH ÅKLAGAREN
ORAZ ASSOCIATION DE MÉDIATION SOCIALE

WPROWADZENIE

Niniejsza praca ma na celu przedstawienie zagadnienia odpowiedzialności Państwa Członkowskiego¹ za naruszenie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej („KPP UE”). Zagadnienie to zostanie zaprezentowane z uwzględnieniem linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości, rozpoczętej wyrokiem w sprawie *Åklagaren przeciwko Hans Åkerberg Fransson*, a później wzbogaconej wyrokiem w sprawie *Association de médiation sociale przeciwko Union locale des syndicats CGT i inni*. Sprawy te są istotne dla omawianego zagadnienia, bowiem dotyczą

* mgr Łukasz Stępkowski, Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, UWrocław, Izba Adwokacka we Wrocławiu

¹ Autor używa w pracy terminu „Państwo Członkowskie” pisanego z dużej litery, bowiem jest to termin języka prawnego używany w tej formie przez Traktaty i Kartę.

zakresu stosowania prawa Unii, a w konsekwencji obszaru, w którym może nastąpić naruszenie normy prawa Unii.

Praca omawia dwa tytułowe orzeczenia TS, odnosi się do późniejszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym do wydanego w 2014 i 2015 roku, a także zawiera omówienie możliwych rodzajów odpowiedzialności w prawie Unii z tytułu naruszenia KPP UE. Elementem pracy jest również zaproponowanie modelu stosowania Karty, w myśl jej art. 51 ust. 1. Rozważane zagadnienie jest przede wszystkim efektem działalności orzeczniczej TSUE, dlatego praca kładzie nacisk na szczegółową analizę orzecznictwa tegoż Trybunału.

Z metodologicznego punktu widzenia praca obiera podejście deskrypcyjne w nurcie pozytywizmu prawniczego jako podejście podstawowe, starając się oddzielić opis faktów od formułowanych ocen, a także skoncentrować się na rzeczywistym stanie prawnym². Niemniej, aby niniejsza praca nie była uznana za beznamietną, pozytywistyczną relację tytułowych wyroków Trybunału oraz późniejszego orzecznictwa, autor zawrze w treści wywodu również swoje przemyślenia o charakterze normatywnym oraz uwagi dodatkowe, odnoszące się do innych aspektów spraw tytułowych dla pracy. Tekst uwzględnia stan prawa i dorobek orzecznictwa na dzień 25 marca 2015 roku³.

WYROK W SPRAWIE ÅKLAGAREN PRZECIWKO HANS ÅKERBERG FRANSSON

Punktem wyjścia dla niniejszej pracy jest wyrok Trybunału w sprawie *Fransson*⁴, który przesądził interpretację art. 51 ust. 1 KPP UE oraz sposób stosowania

² R. Cryer, T. Hervey, B. Sokhi-Bulley, A. Bohm, *Research Methodologies in EU and International Law*, Oxford-Portland, Oregon, 2011, s. 37.

³ Autor dziękuje Panu Profesorowi M. Balcerzakowi oraz Pani Doktor J. Kapelańskiej-Pręgowskiej za umożliwienie wprowadzenia do tekstu zmian już na etapie edycji tomu, co m.in. zezwoliło na uwzględnienie w pewnym zakresie orzecznictwa wydanego bądź opublikowanego już po tej dacie.

⁴ Wyrok Trybunału z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie C-617/10 *Åklagaren przeciwko Hans Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, dalej: „*Fransson*”. W związku z odstąpieniem od publikacji Zbioru Orzeczeń TS UE w wersji papierowej (por. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106308/, dostęp: 21.03.2015), a przez to oficjalnym uchYLENIEM tworzenia nowych oznaczeń Zb. Orz. bądź ECR po dacie 1 stycznia 2012 roku, autor podawać będzie oznaczenie ECLI dla orzeczeń, jako

Karty, a w konsekwencji możliwe sytuacje, w których Karta może być naruszona przez Państwo Członkowskie.

Sposób stosowania KPP UE przed wydaniem tego orzeczenia był przedmiotem kontrowersji w literaturze⁵. W szczególności prezentowany był pogląd, że KPP UE jest ograniczona tylko do skutku wertykalnego i nie może być bezpośrednio zastosowana w sporze między jednostkami⁶, a także, że wiąże ona Państwa Członkowskie przede wszystkim wtedy, gdy wykonują one prawo Unii (*implementing EU rules*)⁷. Kontrastował z tym pogląd o związaniu Państw Członkowskich Kartą wtedy, gdy działają one w zakresie zastosowania prawa Unii (*acting within the scope of Union law*)⁸. Wskazywano również, że Karta została „obwarowana ograniczającymi postanowieniami”, mającymi na celu zmniejszenie jej wpływu na działania Unii⁹.

Omawiane orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, wydane w trybie art. 267 TFUE¹⁰, miało za przedmiot pytania prejudycjalnego zasadę *ne bis in idem* w stosunku do podatnika VAT, zagrożonego sankcją karno-skarbową. Szwedzki sąd (*Haparanda tingsrätt*, tj. odpowiednik sądu rejonowego, właściwy dla miasta Haparanda) powziął wątpliwość, czy ściganie za ten sam czyn w dwóch oddzielnych postępowaniach, tj. administracyjnym (czy ściślej – podatkowym) i karno-skarbowym zgodne jest z Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹¹

obecnie jedyne aktualne (a także zazwyczaj jedyne istniejące, z racji cytowania orzeczeń wydanych po 2012 roku w przeważającej części pracy).

⁵ Zob. A. Wróbel, [w:] idem (red.), *Komentarz do art. 51 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, wersja elektroniczna Legalis, 2013, nb. 12, 13 i 29.

⁶ P. Craig, *The Lisbon Treaty – Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford 2010, s. 207, gdzie ów Autor wskazuje, że KPP UE wydaje się posiadać jedynie „płaszczyznę wertykalną”, po czym normatywnie analizuje jednak możliwości stosowania jej w sytuacjach horyzontalnych.

⁷ T.C. Hartley, *The Foundations of European Union Law – an Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Union*, Oxford 2014, s. 158.

⁸ K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *European Union Law*, Londyn 2011, s. 834.

⁹ G. de Búrca, *The Evolution of EU Human Rights Law*, [w:] Taż, P. Craig (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 2011, s. 493, gdzie Autorka wskazuje, że KPP UE jest „*hedged about with restrictive clauses seeking to limit its influence on EU policy*”.

¹⁰ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/2, z późn. zm., a także jako wersja skonsolidowana Dz.U. C 326 z 26.10.2012, str. 47–390. Aktualne wersje skonsolidowane TFUE, Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) oraz KPP UE zostały opublikowane przez Radę w nocy ST-6655-2008-REV-8 z dnia 30 stycznia 2015 roku, dostępnej pod adresem <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6655-2008-REV-8/pl/pdf>.

¹¹ Dz.U. C 326 z 26.10.2012, str. 391–407.

(art. 50), a także z normami Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC)¹², a konkretnie z Protokołem nr 7¹³ do EKPC.

Należy odnotować, że rządy szwedzki, czeski, duński, Irlandia oraz rząd niderlandzki i Komisja Europejska (a także Rzecznik Generalny Cruz Villalón¹⁴), jako podmioty w tym postępowaniu, kwestionowały właściwość Trybunału do rozpoznania tak postawionego pytania prejudycjalnego. Trybunał zauważył w pkt 17–23 tego wyroku, że tak postawione pytanie wymaga interpretacji art. 51 ust. 1 Karty, czego nie domagał się sąd krajowy. Trybunał podniósł, że wymóg stosowania Karty przez Państwa Członkowskie jedynie wtedy, gdy stosują one prawo Unii („*only when implementing European Union law*”)¹⁵. Skłaniałoby to do przyjęcia węższego z zasygnalizowanych wyżej możliwych rozumień Karty, jednak zamysł TS okazał się inny.

Interpretując to postanowienie Karty, Trybunał zamiast tego stwierdził, że potwierdza ono orzecznictwo Trybunału dotyczące sytuacji, w których działania Państw Członkowskich muszą spełniać wymagania wynikające z praw podstawowych chronionych w porządku prawnym Unii.

Co więcej, wskazano, że z utrwalonego orzecznictwa Trybunału ma wynikać co do zasady, że prawa podstawowe chronione w porządku prawnym Unii znajdują zastosowanie we wszystkich sytuacjach podlegających prawu Unii, ale nie poza takimi sytuacjami. Z tego względu Trybunał przypomniał już, że nie jest władny oceniać zgodności z kartą przepisów krajowych, które nie mieszczą się w zakresie zastosowania prawa Unii. Natomiast jeżeli przepisy takie wchodzą w zakres zastosowania tego prawa, Trybunał, rozpatrując pytanie prejudycjalne, powinien udzielić wszelkich wyjaśnień interpretacyjnych koniecznych do oceny przez sąd krajowy zgodności tych przepisów z prawami podstawowymi, których ochronę zapewnia.

Wspierać taki kierunek wykładni mają Wyjaśnienia¹⁶ do Karty, na mocy art. 6 ust. 1 TUE¹⁷ i art. 52 ust. 7 Karty.

¹² Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284, z późn. zm.

¹³ Dz.U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364.

¹⁴ Opinia przedstawiona w dniu 12 czerwca 2012 r., ECLI:EU:C:2012:340.

¹⁵ Tego typu rozumienie pojęcia „stosowania” prawa Unii jest obecne w klasycznym wyroku w sprawie *Wachauf* – por. wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 1989 r. w sprawie 5/88 *Hubert Wachauf przeciwko Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, ECLI:EU:C:1989:321, pkt 19.

¹⁶ Dz.U. C 303 z 14.12.2007, str. 17–35.

¹⁷ Traktat o Unii Europejskiej, opublikowany w Dz.U. 2004, Nr 90, poz. 864/30, z późn. zm., a także jako wersja skonsolidowana w Dz.U. C 326 z 26.10.2012, str. 13–390.

Trybunał podsumował swoją myśl stwierdzając, że „poszanowanie praw podstawowych chronionych na mocy karty jest zatem konieczne, w sytuacji gdy przepisy krajowe mieszczą się w zakresie zastosowania prawa Unii. Nie mogą więc występować sytuacje podlegające prawu Unii, w których wspomniane prawa podstawowe nie miałyby zastosowania. Stosowanie prawa Unii oznacza więc jednocześnie zastosowanie praw podstawowych chronionych na mocy Karty¹⁸. Natomiast jeżeli stan prawny nie jest objęty zakresem zastosowania prawa Unii, Trybunał nie jest właściwy do jego oceny, a przytaczane ewentualnie postanowienia Karty nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do nadania mu takiej właściwości. Takie rozumienie pojęcia stosowania KPP UE odpowiada drugiemu z przywołanych na wstępie poglądów (*acting within the scope of EU law*).

Trybunał uznał dodatkowo na potrzeby sprawy, że przepisy art. 2, art. 250 ust. 1 i art. 273 Dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dyrektywa VAT)¹⁹ wraz z art. 325 TFUE²⁰ są wykonywane (*implemented*) przez sporne przepisy krajowe, mimo, że te ostatnie nie stanowią transpozycji tych pierwszych, tylko służą do zapewnienia ich wykonania w praktyce²¹.

¹⁸ Można odnotować na marginesie, że polski tekst KPP UE używa pojęcia „stosowania” Karty, natomiast wersja angielska używa pojęcia „implementing” (gdzie „*to implement*” to dosł. „wykonać” / „wykonywać”; J. Stanisławski, K. Billip, Z. Chociłowska, *Podręczny Słownik Angielsko-Polski*, Warszawa 1983, s. 356, ewentualnie „wdrażać”; R. Bujalski, *Angielsko-polski słownik orzecznictwa sądów europejskich*, Warszawa 2009, s. 172). To ostatnie zostało użyte właśnie we wspomnianej sprawie *Wachauf*. Na nieścisłość językową polskiego tekstu Karty zwraca uwagę A. Wróbel (*op. cit.*, nb. 28), który używa zbitki „wykonują/wdrażają” na określenie „niefortunnego stosowania” KPP UE, wskazując, że „stosowanie” musi być rozumiane autonomicznie.

¹⁹ Dz.U. L 347 z 11.12.2006, s. 1–118, z późn. zm.

²⁰ Pogląd TS o objęciu poboru VAT prawem Unii, zaprezentowany w sprawie *Fransson*, zaowocował późniejszym stwierdzeniem, że każde państwo członkowskie jest zobowiązane do podjęcia wszelkich legislacyjnych i administracyjnych kroków mogących zapewnić pełny pobór podatku VAT na swoim terytorium i zwalczanie przestępczości podatkowej (wyrok Trybunału z dnia 9 lipca 2015 r., sprawa C-144/14 *Cabinet Medical Veterinar Dr. Tomoiagă Andrei przeciwko Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Cluj Napoca prin Administrația Județeană a Finanțelor Publice Maramureș*, ECLI:EU:C:2015:452, pkt 25). Zob. także wyrok Trybunału z dnia 8 września 2015 r., sprawa C-105/14 *Postępowanie karne przeciwko Ivo Taricco i inni*, ECLI:EU:C:2015:555, pkt 36, w dodatku do możliwości łączenia sankcji administracyjnych i karnych w zakresie VAT, co jest zgodne z zasadą *ne bis in idem* (pkt 39 tamże, a także sprawa C-617/10 *Fransson*, pkt 34).

²¹ A więc są „trzecim” elementem implementacji dyrektywy, tj. *enforcement*. Zob. S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford 2005, s. 6.

Trybunał dodał w pkt 29, że gdy sąd państwa członkowskiego przystępuje do kontroli zgodności z prawami podstawowymi przepisu prawa krajowego lub działania organów krajowych stanowiącego akt stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty – a dotyczy to sytuacji, w której działanie państw członkowskich nie jest w pełni określone przepisami prawa Unii (*not entirely determined by European Union law*) – organy i sądy krajowe są uprawnione do stosowania krajowych standardów ochrony praw podstawowych, o ile zastosowanie owych standardów nie podważa poziomu ochrony wynikającego z Karty stosownie do wykładni Trybunału ani pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii²².

Jak wynika więc w powyższych uwag, Trybunał zrównał zakresy stosowania Karty i ogólnych zasad prawa Unii Europejskiej – dla jednego i drugiego źródła prawa Unii, na potrzeby ich stosowania, konieczne jest istnienie związku z prawem Unii, a więc łącznika (*a link with EU law*)²³. W myśl tego, że prawa podstawowe chronione na mocy Karty stosują się we wszystkich sytuacjach objętych prawem Unii, art. 51 ust. 1 Karty nie może być interpretowany jako ograniczający stosowanie Karty tylko do sytuacji opisanej w wyroku Trybunału w sprawie *Wachauf*, co było, jak wspomniano wyżej, rozważane w doktrynie²⁴. Wręcz przeciwnie, jeśli tylko stosuje się prawo Unii, to stosuje się również prawa podstawowe zapisane w Karcie.

Co więcej, jak wskazano wyżej, Trybunał w punkcie 29 wyroku zawarł wskazanie, że nawet w sytuacji, gdy prawo Unii nie określa w całości poprawnego działania Państw Członkowskich w danej sprawie, to Kartę należy stosować, gdy spełniony jest podwójny warunek różnicy między krajowym poziomem ochrony praw podstawowych a standardem z Karty, wraz z wymogiem zachowania pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii²⁵. Gdy wymaga tego ów podwójny

²² Można zauważyć, że podobne użycie „trójcy” pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii pojawiło się już wcześniej w orzecznictwie Trybunału, tj. w wyroku z dnia 8 września 2010 r. w sprawie C-409/06 *Winner Wetten GmbH przeciwko Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, ECLI:EU:C:2010:50, pkt 60 i 61.

²³ Zob. wyrok Trybunału z dnia 23 września 2008 r. w sprawie C-427/06 *Birgit Bartsch przeciwko Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, ECLI:EU:C:2008:517, pkt 25.

²⁴ Zob. również K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, „Common Market Law Review” 47/2010, s. 1659.

²⁵ Zob. na temat sytuacji nie w pełni objętych prawem Unii Ł. Stępkowski, *Purely internal situations in European Union law after Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, „Prawo” 317/2015, s. 147–159.

warunek, sąd krajowy, w myśl poglądu Trybunału, nie powinien stosować prawa krajowego. Sprawia to, że spełnienie tego warunku jest rodzajem łącznika do prawa Unii i pozwala na stosowanie (a więc też naruszenie) Karty. Wprawdzie Trybunał w tym punkcie odwołał się do wydanego w tym samym dniu wyroku w sprawie *Melloni*²⁶, z jego pkt 60, to jednak ów punkt nie zawiera w sobie odniesienia do działania w sytuacji nie w pełni określonej przepisami prawa Unii (*not entirely determined by European Union law*)²⁷, używając jedynie „podwójnego warunku” (*twin caveat*) podważenia poziomu ochrony wynikającego z Karty, zinterpretowanej przez TS UE, oraz pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii²⁸.

Wnioskiem płynącym z powyższych motywów wyroku w sprawie *Fransson* jest więc stwierdzenie, że KPP UE musi być stosowana we wszystkich sytuacjach stosowania prawa Unii, czego logiczną konsekwencją jest możliwość pojawienia się potencjalnego jej naruszenia w każdej takiej sytuacji. Wyrok ten ma więc charakter systemowy dla prawa Unii jako takiego²⁹.

Wniosek ten musi być również uzupełniony tym, że Trybunał w omawianej sprawie odniósł się do kwestii koniecznego stopnia naruszenia KPP UE. Sąd krajowy powziął wątpliwości, czy wymóg istnienia wyraźnej podstawy w EKPC lub orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, obecny w prawie krajowym i według tego sądu stosowany do prawa Unii jest zgodny z prawem Unii Europejskiej, a w szczególności jego zasadami ogólnymi, w tym zasadą pierwszeństwa i zasadą bezpośredniej skuteczności. TS przeformułował pytanie sądu³⁰, wskazując, że *Haparanda tingsrätt* zwraca się w istocie do Trybunału o ocenę zgodności z prawem Unii krajowej praktyki sądowej, która uzależnia obowiązek niezastosowa-

²⁶ Wyrok Trybunału z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie C-399/11 *Stefano Melloni przeciwko Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107.

²⁷ Pkt 60 wyroku w sprawie *Melloni*: „Artykuł 53 karty potwierdza wprawdzie, że gdy akt prawa Unii wymaga przyjęcia krajowych aktów stosowania, organy i sądy krajowe są uprawnione do stosowania krajowych standardów ochrony praw podstawowych, o ile zastosowanie owych standardów nie podważa poziomu ochrony wynikającego z karty stosownie do wykładni Trybunału, ani pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii”

²⁸ Zob. P. Craig, G. de Búrca, *EU Law – Text, Cases, Materials, 5th edition – Update*, Oxford 2013, s. 4.

²⁹ Por. M. Wróblewski, *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej w polskim sądownictwie – problemy i wyzwania*, wersja elektroniczna dostępna na <http://www.kancelaria.lex.pl/czytaj/-/artykul/karta-praw-podstawowych-wyzwaniem-dla-sedziow> (dostęp: 16.11.2015), LEX 2015, nb. 4.

³⁰ Wypada dodać, że Trybunał jest uprawniony do przekształcania pytań w celu dostarczenia pytającemu sądowi krajowemu przydatnej odpowiedzi. Zob. K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford 2014, s. 235.

nia przez sąd krajowy przepisu sprzecznego z prawem podstawowym chronionym na mocy EKPC i Karty od spełnienia warunku, by sprzeczność ta wynikała w sposób oczywisty z owych aktów lub z dotyczącego ich orzecznictwa. Wskazując art. 52 ust. 3 KPP UE i wyrok w sprawie *Kamberaj*³¹, Trybunał wskazał, że EKPC nie stanowi formalnie źródła prawa Unii a prawo Unii nie reguluje stosunków między EKPC a porządkami prawnymi państw członkowskich ani nie określa skutków, jakie sąd krajowy powinien wywieść ze sprzeczności między normą prawa krajowego a prawami chronionymi na mocy tej konwencji. Natomiast w odniesieniu do KPP UE stwierdzono, że sąd krajowy, stosując w ramach swojej właściwości przepisy prawa Unii, ma obowiązek zapewnić pełną skuteczność tych przepisów, odmawiając w razie potrzeby z urzędu zastosowania wszelkich sprzecznych z nimi przepisów krajowych, nawet późniejszych, bez konieczności żądania lub oczekiwania na uprzednie uchylenie tych przepisów w drodze ustawodawczej lub w jakimkolwiek innym trybie konstytucyjnym³².

Przywołując konieczność zapewnienia pełnej skuteczności prawu Unii przez sądy krajowe oraz możliwość (a niekiedy konieczność) zadania pytania prejudycjalnego³³ Trybunał uznał, że prawo Unii stoi na przeszkodzie krajowej praktyce sądowej, która uzależnia obowiązek niezastosowania przez sąd krajowy przepisu sprzecznego z prawem podstawowym chronionym na mocy KPP UE od spełnienia warunku, by sprzeczność ta wynikała w sposób oczywisty z Karty lub z dotyczącego jej orzecznictwa, ponieważ praktyka ta uniemożliwia sądowi krajowemu dokonanie, z ewentualnym udziałem Trybunału, kompletnej oceny zgodności owego przepisu krajowego z Kartą.

³¹ Wyrok Trybunału z dnia 24 kwietnia 2012 r., sprawa C-571/10 *Servet Kamberaj przeciwko Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) i inni*, ECLI:EU:C:2012:233, pkt 62, przywołany w pkt 44 sprawy *Fransson*.

³² Pkt 45 tamże. TS przywołał m. in. wyrok z dnia 9 marca 1978 r., sprawa 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato przeciwko Simmenthal SpA*, ECLI:EU:C:1978:49, pkt 21, a także wyrok z dnia 22 czerwca 2010 r., sprawy połączone *Aziz Melki (C-188/10) i Sélim Abdeli (C-189/10)*, ECLI:EU:C:2010:363, pkt 43 i 44, przy czym dla wyводу TS najważniejsze praktyczne znaczenie wydaje się mieć późniejsza sprawa.

³³ Pkt 46 (wywód ze spraw połączonych *Melki i Abdeli*) oraz pkt 47 (przywołanie sprawy *Cilfit*, zob. wyrok Trybunału z dnia 6 października 1982 r., sprawa 283/81 *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della sanità*, ECLI:EU:C:1982:335, pkt 21). Należy zauważyć że jest to odwołanie się do linii orzeczniczej *Rheinmühlen* (zob. wyrok Trybunału z dnia 16 stycznia 1974 r., sprawa 166-73 *Rheinmühlen-Düsseldorf przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1974:3, K. Lenaerts et al., *op. cit.*, s. 81).

Sprawa *Fransson* przesądziła ogólny zakres stosowania KPP UE, a także wskazała, że nie powinno się stosować koncepcji kwalifikowanego naruszenia Karty. Niemniej, kwestia stosowania Karty w sytuacjach horyzontalnych nie została wyraźnie przesądzona.

WYROK W SPRAWIE ASSOCIATION DE MÉDIATION SOCIALE PRZECIWKO UNION LOCALE DES SYNDICATS CGT I INNI

Drugie z omawianych orzeczeń, a więc wyrok w sprawie *Association de médiation sociale przeciwko Union locale des syndicats CGT i inni*³⁴, również jak wyrok w sprawie *Fransson* jest efektem odesłania prejudycjalnego, lecz dotyczy sytuacji horyzontalnej. Z tego względu – mając na uwadze wskazane wyżej wątpliwości wyrażane w literaturze na temat braku możliwości stosowania Karty w takich sytuacjach – jego przydatność dla zaproponowania modelu stosowania Karty jest nie do przecenienia.

Stronami w sprawie dotyczącej prawa zbiorowego prawa pracy – reprezentacji i konsultacji pracowników względem pracodawcy – były stowarzyszenie prawa krajowego (rządzone prawem prywatnym) jako powód, oraz osoba fizyczna i struktury związków zawodowych po stronie pozwanej. Otóż, sąd odsyłający w tej sprawie chciał ustalić, czy art. 27 Karty³⁵, sam bądź w związku z przepisami Dyrektywy 2002/14/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 2002 r. ustanawiającej ogólne ramowe warunki informowania i przeprowadzania konsultacji z pracownikami we Wspólnocie Europejskiej³⁶, należy interpretować w ten sposób, że gdy przepis prawa krajowego dokonujący transpozycji tej dyrektywy, taki jak art. L 1111-3 francuskiego *code du travail*, okazuje się niezgodny z prawem Unii, to ten artykuł Karty może być powoływany w sporze pomiędzy jednostkami w celu spowodowania odstąpienia od stosowania tego przepisu prawa krajowego.

³⁴ Wyrok Trybunału z dnia 15 stycznia 2014 roku w sprawie C-176/12 *Association de médiation sociale przeciwko Union locale des syndicats CGT i inni*, ECLI:EU:C:2014:2, dalej „CGT”.

³⁵ Który brzmi: „Pracownikom i ich przedstawicielom należy zagwarantować, na właściwych poziomach, informację i konsultację we właściwym czasie, w przypadkach i na warunkach przewidzianych w prawie Unii oraz ustawodawstwach i praktykach krajowych”.

³⁶ Dz.U. L 80 z 23.3.2002, s. 29–34, polskie wydanie specjalne: Tom 004 P. 219–223, z późn. zm.

Trybunał zauważył wprawdzie, że właściwe dla sprawy przepisy ww. dyrektywy – mimo, że jasne, precyzyjne i bezwarunkowe, a więc spełniające kryteria skutku bezpośredniego (pkt 35 i 36 wyroku) – nie mogą zostać zastosowane z racji zaistnienia sytuacji horyzontalnej. Co więcej, dla sprawy nie była przydatna zasada skutku pośredniego, bowiem sąd odsyłający uważał, że wykładnia prawa krajowego w zgodzie z dyrektywą była niemożliwa w sprawie, jako *contra legem* (pkt 40).

W konsekwencji, Trybunał musiał zbadać efekt art. 27 Karty. Zauważono w pkt 42–43, że „jeżeli chodzi o art. 27 Karty jako taki, należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że z utrwalonego orzecznictwa wynika, iż prawa podstawowe chronione w porządku prawnym Unii znajdują zastosowanie we wszystkich sytuacjach podlegających prawu Unii (zob. wyrok z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie C-617/10 *Åkerberg Fransson*, pkt 19). Jako że sporne w postępowaniu głównym uregulowanie krajowe wykonuje dyrektywę 2002/14, w postępowaniu głównym można zatem stosować art. 27 Karty”. W ten sposób – jako logiczną konsekwencję stosowania Karty we *wszystkich* sytuacjach objętych prawem Unii – Trybunał z zasady dopuścił jej stosowanie w sytuacjach horyzontalnych.

Jednakże, dalej Trybunał zbadał kryteria skutku bezpośredniego dla art. 27 Karty. Wskazując w pkt 45, że „z brzmienia art. 27 Karty wynika (...) jasno, że aby artykuł ten wywierał w pełni zamierzone skutki prawne, musi zostać doprecyzowany przez przepisy prawa Unii lub prawa krajowego”, Trybunał odmówił tego waloru temu przepisowi, jako nie dość bezwarunkowemu. W ten sposób, przepis ów nie mógł być powołany dla odstąpienia od stosowania przepisów krajowych na zasadzie pierwszeństwa (pkt 48).

Co istotne jednak, Trybunał dodał w pkt 50, że strona poszkodowana w wyniku niezgodności prawa krajowego z prawem Unii – a więc w tym wypadku z bezpośrednio nieskutecznym przepisem Karty, z niestosowalną w sytuacji horyzontalnej dyrektywą – będzie jednak mogła, w celu ewentualnego uzyskania naprawienia poniesionej szkody, powołać się na orzecznictwo zapoczątkowane wyrokiem w sprawach połączonych *Francovich i Bonifaci*³⁷.

W powyższy sposób, Trybunał z jednej strony stwierdził, że prawa podstawowe chronione na mocy Karty stosowane są we wszystkich sytuacjach stosowania prawa Unii, a z drugiej strony potwierdził, że obejmuje to sytuacje horyzontalne. Odpowiedzialność odszkodowawcza Państwa Członkowskiego pojawi się, gdy

³⁷ Wyrok Trybunału z dnia 19 listopada 1991 roku w połączonych sprawach C-6/90 i C-9/90 *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, ECR 1991 I-05357, ECLI:EU:C:1991:428 (brak wersji polskiej).

nie wykona ono obowiązku wdrożenia prawa Unii, które sprawiałoby, że Karta powinna się stosować.

Co więcej, można zaobserwować dalszy rozwój poglądów Trybunału w przedmiocie zakresu stosowania KPP UE po wydaniu wyroku w sprawie *CGT*. W wyroku w sprawie *Glatzel*³⁸ Trybunał ponownie miał do czynienia z koniecznością oceny, czy przepis Karty (tj. art. 26 KPP UE) jest bezpośrednio skuteczny, co znowu okazało się nie mieć miejsca. W sprawie *Fenoll*³⁹ TS zauważył, że Karta nie może być stosowana między jednostkami do stanów faktycznych zaistniałych przed datą uzyskania przez Kartę statusu prawa pierwotnego, a więc przed 1 grudnia 2009 roku.

Sprawą, która zawiera wyraźne odniesienie do horyzontalnego stosowania praw podstawowych zawartych w Karcie jest sprawa *Google Spain*⁴⁰, dotycząca tak zwanego prawa do bycia zapomnianym (*right to be forgotten*). Trybunał potwierdził tam, że art. 7 i 8 KPP UE tworzą prawa zdolne do bycia powoływanymi między jednostkami, a Państwo Członkowskie (krajowy organ ochrony danych osobowych) poprawnie chroniło na ich podstawie dane osobowe jednostki na niekorzyść administratora danych będącego operatorem wyszukiwarki internetowej. Trybunał dodał, że Państwa Członkowskie (organy ochrony danych osobowych) nie mogą ponadto ograniczyć się jedynie do powstrzymywania się od naruszania Karty, bowiem są zobowiązane zapewnić monitorowanie zgodności przetwarzania danych przez ich administratorów, m. in. na podstawie art. 8 ust. 3 KPP UE⁴¹.

³⁸ Wyrok Trybunału z dnia 22 maja 2014 r., sprawa C-356/12 *Wolfgang Glatzel przeciwko Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2014:350, pkt 78. Można dodać, że we wskazanej sprawie KPP UE była jedynym wzorcem kontroli (zob. sentencja tamże).

³⁹ Wyrok Trybunału z dnia 26 marca 2015 r., sprawa C-316/13 *Gérard Fenoll przeciwko Centre d'aide par le travail «La Jouvene» i Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon*, ECLI:EU:C:2015:200, pkt 46. TS nie zbadał jednak, czy w takiej sytuacji nie można było zastosować ogólnych zasad prawa Unii Europejskiej. Wydaje się, że w braku wyraźnego pytania Trybunał jest niechętny takiemu badaniu (zob. np. wyrok Trybunału z dnia 17 lipca 2014 r., sprawy połączone *YS (C-141/12) przeciwko Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel i Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (C-372/12) przeciwko M i S*, ECLI:EU:C:2014:2081, pkt 68).

⁴⁰ Wyrok Trybunału z dnia 13 maja 2014 r., sprawa C-131/12 *Google Spain SL i Google Inc. przeciwko Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:31, w szczególności pkt 91 i 97.

⁴¹ Wyrok Trybunału z dnia 6 października 2015 r., sprawa C-362/14 *Maximillian Schrems przeciwko Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650, pkt 40.

PÓŹNIEJSZE ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU – SYTUACJE OBJĘTE PRAWEM UNII I ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTW CZŁONKOWSKICH

Tytułowe orzeczenia zdążyły już zostać rozwinięte w dalszym orzecznictwie Trybunału, wskazującym, kiedy istnieje związek z prawem Unii na potrzeby art. 51 ust. 1 Karty. Trybunał poczynił również (zarówno bezpośrednio cytując tytułowe orzeczenia, jak również ogólnie w przedmiocie stosowania praw podstawowych) szereg uwag na temat możliwych rodzajów odpowiedzialności Państw Członkowskich za naruszenie prawa Unii, a w tym KPP UE.

Przedstawienie dorobku orzeczniczego jest istotne, aby ustalić sytuację, w których Państwo Członkowskie może odpowiadać za naruszenie Karty, która stosuje się we wszystkich sytuacjach objętych prawem Unii, w tym między jednostkami. Szczegółowa analiza orzecznictwa TS pozwoli na zaproponowanie szczegółowej wykładni pojęcia „stosowania” prawa Unii, a w konsekwencji ustalenie, kiedy Karta może zostać naruszona, przy pamiętaniu, że prawa podstawowe nie są prawami absolutnymi⁴². Wypada również dodać, że – w razie konkurencji kilku praw podstawowych zawartych w Karcie w danej sprawie – przy stosowaniu zaproponowanego modelu należy dążyć do pogodzenia wymogów związanych z ochroną poszczególnych praw podstawowych oraz do zapewnienia odpowiedniej równowagi między nimi⁴³.

W chronologicznie pierwszym⁴⁴ wyroku wydanym już po wyroku w sprawie *Fransson*, dotyczącym art. 51 ust. 1 Karty, w sprawie *Blanka Soukupová*⁴⁵ Trybunał potwierdził, że „klasyczne” sytuacje wdrażania rozporządzenia przez Państwa Członkowskie są łącznikiem do Karty (pkt 28).

⁴² Por. art. 52 ust. 1 KPP UE, wyrok Trybunału z dnia 10 lipca 2003 r., sprawy połączone *Booker Aquacultur Ltd (C-20/00)* i *Hydro Seafood GSP Ltd (C-64/00)* przeciwko *The Scottish Ministers*, ECLI:EU:C:2003:397, pkt 68, wyrok Trybunału z dnia 17 października 2013 r., sprawa C-101/12 *Herbert Schaible przeciwko Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2013:661, pkt 27.

⁴³ Wyrok Trybunału z dnia 6 września 2012 r., sprawa C-544/10 *Deutsches Weintor eG przeciwko Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:2012:526, pkt 47.

⁴⁴ Zob. http://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1427053927808&DB_MENTIONING=12007P051&type=advanced&SUBDOM_INIT=ALL_ALL&DTS_SUBDOM=EU_CASE_LAW&FM_CODED=ARRET&page=3 (dostęp: 22.03.2015).

⁴⁵ Wyrok Trybunału z dnia 11 kwietnia 2013 r. w sprawie C-401/11 *Blanka Soukupová przeciwko Ministerstvo zemědělství*, ECLI:EU:C:2013:223.

Wyrok w sprawie *Ymeraga*⁴⁶ dotyczy natomiast związku art. 51 ust. 1 Karty z obywatelstwem Unii Europejskiej. Otóż, gdy akt prawa krajowego stosowany w sprawie wprowadzie transponuje dyrektywę prawa Unii Europejskiej, ale obywatel państwa trzeciego – członek rodziny obywatela Unii nie jest objęty zakresem podmiotowym tej dyrektywy, to należy zbadać, czy istnieje łącznik do praw podstawowych zawartych w Karcie.

Według Trybunału, „należy między innymi zbadać, czy omawiane uregulowanie krajowe ma na celu wykonanie przepisu prawa Unii, jaki jest charakter tego uregulowania oraz to, czy zmierza ono ku realizacji celów innych niż cele objęte prawem Unii, nawet jeżeli może ono w sposób pośredni wpływać na to ostatnie, a także to, czy istnieją przepisy prawa Unii regulujące daną dziedzinę w sposób szczególny lub mogące mieć dla niej znaczenie (pkt 41)”.

Trybunał zważył, że gdy dyrektywa transponowana przez ustawę krajową stosowaną w sprawie nie posiada w swoim zakresie podmiotowym obywatela państwa trzeciego, który to obywatel chce, dla pobytu w Państwie Członkowskim, przenieść się do swojego krewnego – obywatela Unii, który to nigdy nie skorzystał ze swego prawa do swobodnego przemieszczania się (o ile taka odmowa nie oznacza pozbawienia tego obywatela Unii rzeczywistej możliwości skorzystania z istoty praw wynikających ze statusu obywatela Unii) – to związek nie zachodzi (pkt 42 i 45). Można jednocześnie zauważyć, że wszyscy członkowie rodziny obywatela Unii – obywatele państwa trzeciego w powyższej sprawie byli pełnoletni w momencie orzekania przez Trybunał.

W kolejnej sprawie, to jest *MA i inni*⁴⁷ Trybunał był znacznie bardziej skłonny⁴⁸ do stwierdzenia łącznika ze względu na art. 24 ust. 2 Karty⁴⁹. Trybunał,

⁴⁶ Wyrok Trybunału z dnia 8 maja 2013 r. w sprawie C-87/12 *Kreshnik Ymeraga i inni przeciwko Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, ECLI:EU:C:2013:291.

⁴⁷ Wyrok Trybunału z dnia 6 czerwca 2013 r. w sprawie C-648/11 *The Queen, na wniosek MA i inni przeciwko Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2013:367.

⁴⁸ Można odnotować, że ochrona małoletnich jako argument „wzmacniający aktywizm” TS nie jest ograniczona tylko do kwestii stosowania Karty. To zagadnienie pojawiło się również w wyroku Trybunału z dnia 19 października 2004 r., sprawa C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu i Man Lavette Chen przeciwko Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2004:639, a także w wyroku Trybunału z dnia 8 marca 2011 r., sprawa C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano przeciwko Office national de l'emploi (ONEm)*, ECLI:EU:C:2011:124.

⁴⁹ Który brzmi: „We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, zarówno podejmowanych przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy przede wszystkim uwzględnić najlepszy interes dziecka”.

nadmieniając za sądem odsyłającym, że żaden ze skarżących nie miał członka rodziny na terytorium Państwa Członkowskiego, gdzie ubiegali się o azyl (pkt 29), wskazał, że „małoletni pozbawieni opieki tworzą kategorię osób w szczególnie trudnej sytuacji, nie można przedłużać bardziej niż jest to konieczne procedury określania odpowiedzialnego państwa członkowskiego, co skutkuje co do zasady tym, że nie można przekazywać tych małoletnich do innego państwa członkowskiego (pkt 55)”. Co więcej, ogólne odwołanie do praw podstawowych wyrażonych w Karcie w pkt 15 preambuły rozporządzenia nr 343/2003⁵⁰ stosowanego w sprawie, wystarczyło do stwierdzenia łącznika (pkt 56). Należy ponadto dodać, że żaden ze skarżących nie był w niebezpieczeństwie, bowiem wszystkie osoby otrzymały już azyl w momencie orzekania (pkt 17, 20, 24), a mimo to orzeczenie wskazało na „szczególnie trudną sytuację” skarżących.

W wyroku w sprawie *Radia Hady Ahmed*⁵¹ Trybunał zauważył, że jeśli nie posiada on informacji na temat regulowania sprawy przez prawo Unii, dostarczonych przez sąd krajowy występujący z pytaniem prejudycjalnym, to nie będzie mógł udzielić sądowi krajowemu odpowiedzi. Trybunał powtórzył, że „prawa podstawowe gwarantowane w porządku prawnym Unii, w tym w Karcie, znajdują zastosowanie we wszystkich sytuacjach podlegających prawu Unii, ale nie poza takimi sytuacjami (pkt 56–57)”. Świadczy to o istotności łącznika z prawem Unii dla spraw z możliwym elementem unijnym.

Natomiast w orzeczeniu *Guido Strack (RX-II)*⁵² Trybunał przypomniał, że Karta „w szczególności” wiąże instytucje unijne, bez dodatkowych warunków wprowadzając obowiązek przestrzegania jej praw.

Sprawa *Industrie du bois de Vielsalm*⁵³ natomiast potwierdziła, że istnieje łącznik na potrzeby art. 51 ust. 1 Karty, gdy przepis krajowy stanowi transpozycję dyrektywy (pkt 48 i 49).

⁵⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 343/2003 z dnia 18 lutego 2003 r. ustanawiające kryteria i mechanizmy określania Państwa Członkowskiego właściwego dla rozpatrywania wniosku o azyl, wniesionego w jednym z Państw Członkowskich przez obywatela państwa trzeciego, Dz.U. L 050, 25/02/2003 P. 0001–0010.

⁵¹ Wyrok Trybunału z dnia 13 czerwca 2013 r. w sprawie C-45/12 *Office national d’allocations familiales pour travailleurs salariés (ONAFTS) przeciwko Radia Hady Ahmed*, ECLI:EU:C:2013:390.

⁵² Wyrok Trybunału z dnia 19 września 2013 r. w sprawie C-579/12 *RX-II Komisja Europejska przeciwko Guido Strack*, ECLI:EU:C:2013:570, pkt 39.

⁵³ Wyrok Trybunału z dnia 26 września 2013 r. w sprawie C-195/12 *Industrie du bois de Vielsalm & Cie (IBV) SA przeciwko Région wallonne*, ECLI:EU:C:2013:598.

W wyroku w sprawie *Texdata*⁵⁴ Trybunał potwierdził, że działania Państwa Członkowskiego w celu zapewnienia stosowania i skuteczności dyrektywy (*enforcement*), tym razem tylko na podstawie przepisu dyrektywy zobowiązującego do wprowadzenia sankcji (bez podstawy traktatowej w rodzaju art. 325 TFUE, pkt 74). Trybunał zauważył tamże, że uregulowanie krajowe będące implementacją dyrektywy, wprowadzające automatyczną sankcję grzywny za wykroczenie niezgłoszenia sprawozdania finansowego, w wysokości 700 EUR bez wysłuchania strony, z jednoczesnym zapewnieniem środka odwoławczego z terminem 14 dni na jego wniesienie, odpowiada wymogom art. 47 Karty i art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE (pkt 88).

Trybunał dodał, że prawa podstawowe nie mają charakteru absolutnego, lecz mogą podlegać ograniczeniom, na przykład ze względu na ochronę osób trzecich i współników spółek (pkt 86).

Wyrok *Dirextra*⁵⁵ przesądził, że prawo Unii nie reguluje stosunków między EKPC a porządkami prawnymi Państw Członkowskich ani nie określa skutków, jakie sąd krajowy powinien wywieść z istniejącej sprzeczności między normą prawa krajowego a prawami chronionymi na mocy tej Konwencji (pkt 20), nawet gdy jest przekonany, że norma krajowa jest niezgodna z EKPC. Nie ma więc i tu łącznika na potrzeby art. 51 ust. 1 Karty.

Kolejna wypowiedź Trybunału nadeszła w wyroku w sprawie *Siragusa*⁵⁶, w którym, podobnie jak w sprawie *Radia Hadj Ahmed* Trybunał nie stwierdził ostatecznie swojej właściwości, uprzednio jednak dokonując dalszej interpretacji art. 51 ust. 1 Karty. Po pierwsze (pkt 24), Trybunał zauważył, że pojęcie „stosowania prawa Unii” w rozumieniu art. 51 Karty wymaga istnienia powiązania określonego stopnia, które wykracza poza bliskość odnośnych dziedzin lub pośredni wpływ jednej dziedziny na drugą⁵⁷. Trybunał powtórzył za wyrokiem

⁵⁴ Wyrok Trybunału z dnia 26 września 2013 r. w sprawie C-418/11 *Texdata Software GmbH*, ECLI:EU:C:2013:588.

⁵⁵ Wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie C-523/12 *Dirextra Alta Formazione srl przeciwko Regione Puglia*, ECLI:EU:C:2013:831. Wprawdzie już we wspomnianej wyżej *Kamberaj*, a także w sprawie *Fransson* wyrażono pogląd, że prawo Unii nie reguluje stosunku do EKPC i obowiązków sądu krajowego w razie wykrycia naruszenia tej Konwencji, to jednak wydaje się, że odmiennością sprawy *Dirextra* było, to że sąd krajowy był przekonany, że naruszenie EKPC rzeczywiście istnieje (pkt 14 i 15, gdzie sąd wskazuje na nierówne traktowanie oraz art. 9 i 10 EKPC).

⁵⁶ Wyrok Trybunału z dnia 6 marca 2014 r. w sprawie C-206/13 *Cruciano Siragusa przeciwko Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, ECLI:EU:C:2014:126.

⁵⁷ Na marginesie można odnotować, że Trybunał zawarł tutaj odesłanie do „podobnego” wyroku z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie C-299/95 *Friedrich Kremzow przeciwko Republik Österreich*,

w sprawie *Ymeraga*, że aby określić, czy uregulowanie krajowe mieści się w granicach stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 Karty, należy między innymi zbadać, czy omawiane uregulowanie krajowe ma na celu wykonanie przepisu prawa Unii, jaki jest charakter tego uregulowania oraz czy zmierza ono ku realizacji celów innych niż te objęte prawem Unii, nawet jeżeli może ono w sposób pośredni wpływać na to ostatnie, a także czy istnieją przepisy prawa Unii regulujące daną dziedzinę w sposób szczególny lub mogące mieć dla niej znaczenie (pkt 25).

Co więcej (pkt 26), TS dodał do tego otwartego i przykładowego katalogu wskazanie, że już stwierdził niegdyś brak zastosowania praw podstawowych Unii do uregulowań krajowych ze względu na okoliczność, że przepisy Unii w danej dziedzinie nie nakładały na państwa członkowskie żadnych zobowiązań w odniesieniu do sytuacji, której dotyczyło postępowanie główne⁵⁸. Trybunał podniósł ponadto w pkt 31, że należy uwzględnić cel ochrony praw podstawowych w prawie Unii, jakim jest zapewnienie, że prawa te nie będą naruszane w obszarach działalności Unii, czy to z powodu działań Unii, czy też z powodu stosowania prawa Unii przez Państwa Członkowskie.

Następnie, Trybunał w pkt 32 wyroku połączył test naruszenia pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii, obecny w orzeczeniach *Fransson i Melloni*, ze swoją wypowiedzią w wyroku w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft*⁵⁹, co sprawia, że „podwójny warunek” testu poziomu ochrony Karty oraz naruszenia pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii ma charakter fundamentalny dla porządku prawnego Unii Europejskiej. Jednocześnie stwierdzono, że w sprawie *Siragusa* takie ryzyko nie zachodzi.

ECLI:EU:C:1997:254, pkt 16. Jednakże, w tamtej sprawie powołany pkt dotyczył swobód rynku wewnętrznego (swobody przepływu osób), ze wskazaniem „hipotetycznej” możliwości skorzystania ze swobody, więc myśl Trybunału w wyroku *Siragusa* jest oryginalna.

⁵⁸ Niegdyś, to znaczy, wg odesłania, w wyroku z dnia 13 czerwca 1996 r. w sprawie C-144/95 *Postępowanie karne przeciwko Jean-Louis Maurin*, ECLI:EU:C:1996:235, pkt 11–12. Jak w poprzednim przypisie, myśl Trybunału jest oryginalna, bowiem w tamtym wyroku łącznik dotyczył dyrektywy nie regulującej jakiejś materii, a nie aktu prawa pierwotnego.

⁵⁹ Wyrok Trybunału z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 11–70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114, pkt 3: „Recourse to the legal rules or concepts of national law in order to judge the validity of measures adopted by the institutions of the Community would have an adverse effect on the uniformity and efficacy of community law. The validity of such measures can only be judged in the light of Community law”.

Dalej, w sprawie *Torralbo Marcos*⁶⁰ Trybunał podniósł, że związek z prawem Unii ma być rzeczywiście istniejący, to jest samo przytoczenie postanowienia Karty nie może stanowić samodzielnej podstawy do jego stwierdzenia.

Wyrok w sprawie *Pfleger*⁶¹ przesądził, że sytuacja obecna w wyroku *ERT*⁶², a więc sytuacja derogacji przez Państwo Członkowskie od uprawnienia wprowadzonego prawem Unii (tutaj – swobody rynku wewnętrznego, a to swobody świadczenia usług z art. 56 TFUE). W pkt 36 tegoż orzeczenia Trybunał wskazał, że „jeśli okaże się, że przepisy krajowe mogą ograniczać korzystanie z jednej lub kilku podstawowych swobód gwarantowanych Traktatem, mogą one być objęte wyjątkami przewidzianymi w prawie Unii w celu uzasadnienia takiego ograniczenia wyłącznie w zakresie, w jakim jest to zgodne z prawami podstawowymi, nad których przestrzeganiem czuwa Trybunał. Według Trybunału, ten obowiązek zapewnienia zgodności z prawami podstawowymi objęty jest w sposób oczywisty zakresem stosowania prawa Unii i w rezultacie zakresem stosowania Karty. Korzystanie przez Państwo Członkowskie z wyjątków przewidzianych w prawie Unii w celu uzasadnienia ograniczenia podstawowej swobody zagwarantowanej Traktatem należy zatem uznać za „stosowanie prawa Unii” w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty. Co więcej, Trybunał dodał w pkt 59–60, że stwierdzenie naruszenia swobody rynku wewnętrznego w sprawie zwalnia z obowiązku odrębnego analizy przepisów Karty, bowiem badanie tego drugiego przepisu ze stwierdzeniem naruszenia art. 56 TFUE sprawia, że przepisy krajowe są również niedopuszczalne z racji przepisów art. 15–17 Karty⁶³.

W kolejnym orzeczeniu, a to *Érsekcsanádi Mezőgazdasági Zrt*⁶⁴, wydanego w warunkach wspólnej polityki rolnej, rozważono uprawnienie do uzyskania odszkodowania wynikające z prawa krajowego w sytuacji wyłączenia prawa po-

⁶⁰ Wyrok Trybunału z dnia 27 marca 2014 r. w sprawie C-265/13 *Emiliano Torralbo Marcos przeciwko Korota SA i Fondo de Garantía Salarial*, ECLI:EU:C:2014:187, pkt 30.

⁶¹ Wyrok Trybunału z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-390/12 *Postępowanie zainicjowane przez Robert Pfleger i inni*, ECLI:EU:C:2014:281.

⁶² Wyrok Trybunału z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassisi AE i Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou przeciwko Dimotiki Etairia Pliroforissis i Sotirios Kouvelas i Nicolaos Avdellas i innym (ERT)*, ECLI:EU:C:1991:254.

⁶³ Tego typu argument pojawił się również w wyroku Trybunału z dnia 11 czerwca 2015 r., sprawa C-98/14 *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft i inni przeciwko Magyar Állam*, ECLI:EU:C:2015:386, pkt 90–91.

⁶⁴ Wyrok Trybunału z dnia 22 maja 2014 r. w sprawie C-56/13 *Érsekcsanádi Mezőgazdasági Zrt przeciwko Bács-Kiskun Megyei Kormányhivatal*, ECLI:EU:C:2014:352.

woda do *lucrum cessans*. Prawo krajowe w sprawie stanowiło wdrożenie decyzji prawa Unii Europejskiej oraz implementację dyrektyw (przy czym TS stwierdził brak stosowania tych ostatnich i nie rozważał ich co do istoty), w przedmiocie zwalczania ptasiej grypy przez Państwa Członkowskie. Trybunał odmówił stwierdzenia związku mimo wdrażania przez prawo krajowe decyzji prawa Unii, ze względu na to, że decyzje prawa Unii nie zawierały norm o odszkodowaniu⁶⁵, a także przepisy krajowe były korzystniejsze niż prawo Unii, w ogóle nie zawierające normy nakazującej zasądzenie pełnego odszkodowania za szkody epidemiczne z tytułu ptasiej grypy⁶⁶. Jak się wydaje, kontekst wspólnej polityki rolnej (z szerokim zakresem uznania prawodawcy unijnego) był istotny dla rozumowania Trybunału w tej sprawie.

Istotnym wyrokiem dla pojęcia stosowania prawa Unii jest wyrok w sprawie *Hernández*⁶⁷. W pkt 33–16 tego wyroku wskazano, że pojęcie „stosowania prawa Unii” w rozumieniu art. 51 Karty wymaga istnienia związku między aktem prawa Unii a rozpatrywanym środkiem krajowym, który wykracza poza bliskość danych dziedzin lub pośredni wpływ jednej dziedziny na drugą. Brak jest możliwości zastosowania praw podstawowych Unii w kontekście uregulowań krajowych gdy zachodzi okoliczność, że przepisy Unii w danej dziedzinie nie nakładają żadnych zobowiązań na Państwa Członkowskie. Trybunał dodał też, że obecny art. 19 TFUE nie może sam w sobie włączyć w zakres stosowania prawa Unii – w celu stosowania praw podstawowych jako ogólnych zasad prawa Unii – środka krajowego, który nie mieści się w ramach środków przyjętych na podstawie tego artykułu. Co więcej, w pkt 46 TS wskazał, że sam fakt, iż uregulowanie rozpatrywane w postępowaniu głównym należy do dziedziny objętej kompetencją Unii na podstawie art. 153 ust. 2 TFUE, nie oznacza możliwości zastosowania Karty. Przywołując

⁶⁵ Pkt 50: „[Decyzje stosowane w sprawie], ustanawiające środki zwalczania grypy ptasiej nie zawierają ani nie odsyłają do przepisów zmierzających do ustanowienia systemu naprawy szkód wyrządzonych przez przewidziane przez nie środki. W związku z tym decyzje te nie ustanawiają obowiązku odszkodowania ciężącego na państwach członkowskich”.

⁶⁶ Pkt 52: „Należy stwierdzić, że ponieważ obowiązku naprawy szkody nie można oprzeć na prawie Unii, środek krajowy taki jak w postępowaniu głównym, przewidujący wypłatę przez dane państwo odszkodowania odpowiadającego szkodzie i rzeczywistym kosztom z wyłączeniem utraconych zysków, nie należy do zakresu zastosowania prawa Unii, lecz zależy wyłącznie od wyboru prawodawcy krajowego”.

⁶⁷ Wyrok Trybunału z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-198/13 *Víctor Manuel Julian Hernández i inni przeciwko Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante)* i inni, ECLI:EU:C:2014:2055.

w pkt 47 test „podwójnego warunku” ze spraw *Fransson, Melloni i Siragusa* (również z powołaniem *Internationale Handelsgesellschaft*), TS stwierdził, że nie zachodzi w tej sprawie sytuacja, w której poziom ochrony praw podstawowych będzie różny w zależności od danego prawa krajowego, co niesłoby ze sobą ryzyko naruszenia jednolitości, pierwszeństwa i skuteczności prawa Unii.

W sprawie *A przeciwko B*⁶⁸ Trybunał wskazał zaś między innymi, że gdy sąd krajowy rozważa naruszenie art. 47 Karty w warunkach stosowania prawa Unii, co równocześnie prowadzi za sobą niekonstytucyjność przepisów krajowych, to art. 267 TFUE oraz zasada pierwszeństwa wymagają odpowiedniego ukształtowania procedury krajowej w przedmiocie kontroli konstytucyjności aktów prawa krajowego. Taka procedura nie może w żadnym wypadku pozbawić sądu krajowego możliwości zadania pytania prejudycjalnego. W ten sposób, w myśl pkt 46 tego wyroku, prawo Unii, a w szczególności art. 267 TFUE, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ono na przeszkodzie takiemu uregulowaniu krajowemu, gdy wspomnianym sądom powszechnym pozostawiono swobodę zwrócenia się do Trybunału z każdym pytaniem prejudycjalnym, jakie uważają za niezbędne, na każdym etapie postępowania, który uznają za odpowiedni, nawet po zakończeniu postępowania wpadkowego dotyczącego ogólnej kontroli ustaw, przyjęcia każdego niezbędnego środka w celu zapewnienia tymczasowej ochrony sądowej praw gwarantowanych przez porządek prawny Unii, oraz odstąpienia, po zakończeniu takiego postępowania wpadkowego, od stosowania rozpatrywanego krajowego przepisu ustawowego, jeżeli uważają go za niezgodny z prawem Unii. Trybunał dodał, że to do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy uregulowanie krajowe może być interpretowane zgodnie z tymi wymogami prawa Unii.

Praktyczną pomoc dla podmiotów ubiegających się o finansowanie pochodzące ze środków Unii Europejskiej może stanowić wyrok w sprawie *Liivimaa Lihaveis MTÜ*⁶⁹.

W tej sprawie Trybunał stwierdził związek z prawem Unii, w sytuacji, gdy organ ustanowiony przez Państwa Członkowskie na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie

⁶⁸ Wyrok Trybunału z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-112/13 *A przeciwko B i in.*, ECLI:EU:C:2014:2195, pkt 46.

⁶⁹ Wyrok Trybunału z dnia 17 września 2014 r. w sprawie C-562/12 *Liivimaa Lihaveis MTÜ przeciwko Eesti-Läti programmi 2007-2013 Seirekomitee*, ECLI:EU:C:2014:2229.

(WE) nr 1260/1999⁷⁰, odmówił przyznania finansowania jednostce (bez badania merytorycznego). Wewnętrzny okólnik tego organu wyłączał prawo do zaskarżenia (strona otrzymywała tylko zawiadomienie), a prawo powszechne nie przewidywało kontroli sądowej. Trybunał uznał, że narusza to prawo do środka prawnego i skutecznej ochrony sądowej z art. 47 Karty, a sąd musi być właściwy do kontroli działań takiego organu władzy (pkt 74–76).

Odmienne zaś, w wyroku w sprawie *Elisabeta Dano*⁷¹ Trybunał odmówił stwierdzenia związku z prawem Unii, w stosunku do niepracującej, nie poszukującej pracy obywatelki Państwa Członkowskiego z małoletnim dzieckiem, przebywającej dłużej niż trzy miesiące w Państwie Członkowskim, które odmówiło jej świadczenia z zakresu zabezpieczenia społecznego (z elementem socjalnym, co umożliwiłoby dalszy pobyt). W konsekwencji, Państwo Członkowskie nie jest objęte Kartą, ustalając warunki i zakres przyznawania specjalnych nieskładkowych świadczeń pieniężnych dla najuboższych, oraz może ograniczyć się do przekazania środków pieniężnych koniecznych dla wydalenia obywatela do jego Państwa Członkowskiego (pkt 85 i 91).

W połączonych sprawach *A, B i C*⁷² Trybunał zauważył natomiast (w warunkach stosowania dyrektywy 2004/83⁷³), że KPP UE może również wyłączać możliwość przeprowadzenia określonych dowodów bądź zarządzenia ich wykonania w określony sposób. Sprawia to, że krajowe przepisy proceduralne nie są wyłączone z zakresu stosowania Karty.

⁷⁰ Dz.U. L 210, s. 25 wedle odesłania Trybunału, obecnie uchylone.

⁷¹ Wyrok Trybunału z dnia 11 listopada 2014 r. w sprawie C-333/13 *Elisabeta Dano i Florin Dano przeciwko Jobcenter Leipzig*, ECLI:EU:C:2014:2358.

⁷² Wyrok Trybunału z dnia 2 grudnia 2014 r., sprawy połączone *A (C-148/13), B (C-149/13) i C (C-150/13) przeciwko Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2014:2406, pkt 64 i 65.

⁷³ Dyrektywa Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony (Dz.U. L 304, s. 12, z późn. zm.). Sprawa dotyczyła obywateli państw trzecich, którzy ubiegali się o przyznanie azylu. Sprawa dotyczyła stosowania prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 7 KPP UE) oraz godności człowieka (art. 1 KPP UE) przy postępowaniu prowadzonym na okoliczność homoseksualności wnioskodawców, a także kwestii, czy wnioskodawca powinien być zobowiązany do wykazania swojej seksualności poprzez dokonanie czynności homoseksualnych, poddanie się przez nich ewentualnym „testom” w celu wykazania ich homoseksualności lub przedstawianie dowodów takich jak zapisy wideo czynności intymnych. TS zauważył, że może to naruszać art. 1 KPP UE, a takie wymogi dowodowe są w konsekwencji niedozwolone.

W wyroku w sprawie *Fag*⁷⁴ odmówiono stwierdzenia związku, z racji braku istnienia w prawie Unii zakazu dyskryminacji ze względu na otyłość (pkt 33 i 39).

Tak samo Trybunał odmówił swojej właściwości ze względu na brak związku z prawem Unii w sprawie *Poclava*⁷⁵. W tym orzeczeniu Trybunał zauważył, że – w stosunku do warunków zawierania umów o pracę – ani art. 148 TFUE, ani art. 151 TFUE nie stanowią łącznika na potrzeby art. 51 ust. 1 Karty. Mimo, że ochrona pracowników w razie rozwiązania umowy o pracę jest jednym ze środków służących realizacji celów określonych w art. 151 TFUE, zaś w myśl art. 153 ust. 2 TFUEodawca Unii dysponuje kompetencjami w tym obszarze, to sytuacje, które nie są przedmiotem środków przyjętych na podstawie tych artykułów, nie mieszczą się w zakresie stosowania prawa Unii (pkt 41). Dodatkowo, sama okoliczność, że zawierając umowę o pracę na czas nieokreślony w ramach wsparcia przedsiębiorców, można uzyskać dofinansowanie z funduszy strukturalnych nie wystarczy, aby uznać, iż w sytuacji rozpatrywanej w postępowaniu głównym zastosowanie znajduje prawo Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty (pkt 42).

W kontraście do sprawy *Poclava*, we wspomnianej już sprawie *Berlington*⁷⁶ wskazano, że objęcie danej sprawy kompetencjami Państwa Członkowskiego (o ile dany stan faktyczny wchodzi w zakres stosowania prawa Unii) nie wpływa na możliwość poniesienia przez to Państwo odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie prawa Unii Europejskiej, przy spełnieniu warunków tej odpowiedzialności.

Wnioskiem tej części pracy jest więc twierdzenie, że „zakres stosowania” KPP UE (a w konsekwencji obszar, w którym Karta może być naruszona) podlega postępującym modyfikacjom w orzecznictwie Trybunału. Zakres ten powinien być jednak uzupełniony o możliwe rodzaje odpowiedzialności Państwa Członkowskiego, gdy Karta zostanie już naruszona, na przykład poprzez brak jej zastosowania w danej sprawie.

Sprawa *CGT* wskazuje w tym zakresie na odpowiedzialność odszkodowawczą Państwa Członkowskiego za naruszenie KPP UE.

Tego typu odpowiedzialność, w myśl ogólnej zasady prawa Unii Europejskiej o odpowiedzialności Państw Członkowskich za szkodę wyrządzoną naruszeniem prawa UE i orzecznictwa TS zapoczątkowanego w sprawach połączonych *Francovich*

⁷⁴ Wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-354/13 *Fag og Arbejde (FOA) przeciwko Kommunernes Landsforening (KL)*, ECLI:EU:C:2014:2463.

⁷⁵ Wyrok Trybunału z dnia 5 lutego 2015 r. w sprawie C-117/14 *Grima Janet Nisttahuz Poclava przeciwko Jose María Ariza Toledano*, ECLI:EU:C:2015:60.

⁷⁶ Sprawa C-98/14 *Berlington Hungary* powyżej (przypis 61), pkt 113–114.

i *Bonifaci*⁷⁷, a później przeformułowanego w sprawach *Brasserie/Factortame III*⁷⁸ i *Dillenkofer*⁷⁹ jest odpowiedzialnością pozaumowną (deliktową). Przesłanki tej odpowiedzialności odszkodowawczej, określone w sprawie *Brasserie/Factortame III* będą dotyczyć się również do naruszeń KPP UE niezależnie od tego, jaki organ Państwa Członkowskiego naruszył Kartę⁸⁰. Materialnoprawną podstawą takiego roszczenia o odszkodowanie jest bezpośrednio prawo Unii, a prawo krajowe nie może ustanawiać mniej korzystnych przesłanek tej odpowiedzialności niż te obecne w prawie Unii⁸¹. Wystarczająco istotne naruszenie, które prócz przyznania praw jednostkom i związku przyczynowego musi być stwierdzone w danej sprawie, musi być ustalone z uwzględnieniem zakresu uznania Państw Członkowskich⁸². W każdym wypadku, gdy naruszenie jest zdziałane wbrew orzecznictwu TS wydanym w danej sprawie, to jest ono wystarczająco poważne na potrzeby przesłanek tej odpowiedzialności⁸³. Mimo, że przesłanki odpowiedzialności odszkodowaw-

⁷⁷ Stwierdzoną po raz pierwszy wyrokiem Trybunału z dnia 19 listopada 1991 r., sprawy połączone C-6/90 oraz C-9/90 *Andrea Francovich i Danila Bonifaci i inni przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1991:428, pkt 35.

⁷⁸ Wyrok Trybunału z dnia 5 marca 1996 roku w połączonych sprawach C-46/93 oraz C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA przeciwko Bundesrepublik Deutschland i The Queen przeciwko Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd i innym*, ECR [1996] I-01029, ECLI: ECLI:EU:C:1996:79, pkt 51. Wersja polska dostępna na stronie internetowej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, tj. www.curia.europa.eu (dostęp: 25.03.2015).

⁷⁹ Wyrok Trybunału z dnia 8 października 1996 r., sprawy połączone C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 oraz C-190/94 *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula i Trosten Knor przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:1996:375, pkt 23. Sprawa ta przesądziła, że przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej (fakt, że celem naruszonej normy prawnej jest przyznanie praw jednostkom, fakt, że naruszenie jest wystarczająco istotne oraz to, że istnieje bezpośredni związek przyczynowy między naruszeniem zobowiązania nałożonego na państwo i szkodą poniesioną przez osoby poszkodowane), określone w sprawie *Brasserie/Factortame III* stosują się do wszystkich rodzajów naruszeń prawa Unii przez Państwo Członkowskie, a nie tylko do naruszeń zdziałanych przez władzę ustawodawczą.

⁸⁰ Wyrok Trybunału z dnia 25 listopada 2010 r., sprawa C-429/09 *Günter Fuß przeciwko Stadt Halle*, ECLI:EU:C:2010:717, pkt 46.

⁸¹ Wyrok Trybunału z dnia 26 stycznia 2010 r., sprawa C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL przeciwko Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2010:39, pkt 31.

⁸² W przedmiocie tej przesłanki zob. wyrok Trybunału z dnia 16 października 2008 r., sprawa C-452/06 *The Queen, na wniosek Synthon BV przeciwko Licensing Authority of the Department of Health*, ECLI:EU:C:2008:565, pkt 37–39.

⁸³ Wyrok Trybunału z dnia 28 czerwca 2001 r., sprawa C-118/00 *Gervais Larsy przeciwko Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI)*, ECLI:EU:C:2001:368, pkt 44, sprawa C-429/09 *Günter Fuß*, pkt 52.

czej ustanowione w orzecznictwie Trybunału są kumulatywne i wystarczające do stwierdzenia odpowiedzialności, to jednak prawo krajowe może ustanowić bardziej korzystne przesłanki, przy spełnieniu zasad równoważności i skuteczności⁸⁴. Państwo Członkowskie może ustanowić terminy przedawnienia, ale muszą być one rozsądne i ustanowione z wyprzedzeniem, a także nie mogą naruszać wspomnianych dwóch zasad; powód nie może również być obowiązany do systematycznego wykorzystywania dostępnych środków prawnych, jeśli w danej sprawie nie można racjonalnie od niego tego wymagać⁸⁵. Nie jest ponadto wymagane uprzednie stwierdzenie naruszenia prawa Unii przez Trybunał, przy rozpoznaniu pytania prejudycjalnego bądź skargi Komisji wywiedzionej na podstawie art. 258 TFUE⁸⁶.

Należy również dodać, że w dziedzinie odpowiedzialności odszkodowawczej Państwa Członkowskiego, gdy prawo UE naruszył sąd, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu, pojawiła się odrębna ogólna zasada prawa Unii Europejskiej, a to ogólna zasada odpowiedzialności państw członkowskich z tytułu naruszenia prawa Unii Europejskiej przez sądy krajowe, od których orzeczeń nie przysługuje środek prawny⁸⁷. Korzysta ona z linii orzeczniczej Trybunału zapoczątkowanej wyrokiem w sprawie *Köbler*⁸⁸, zawierając szczególne rozumienie przesłanki wystarczająco poważnego naruszenia, które musi mieć oczywisty charakter⁸⁹, przy czym nie wymaga uchylecia orzeczenia, którego wydanie przez sąd krajowy wyrządziło szkodę, gdy takie uchycenie jest w praktyce wykluczone⁹⁰.

⁸⁴ Wyrok Trybunału z dnia 14 marca 2013 r., sprawa C-420/11 *Jutta Leth przeciwko Republik Österreich i Land Niederösterreich*, ECLI:EU:C:2013:166, pkt 42.

⁸⁵ Wyrok Trybunału z dnia 24 marca 2009 r., sprawa C-445/06 *Danske Slagterier przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2009:178, pkt 32, 33 i 69.

⁸⁶ Sprawa C-445/06 *Danske Slagterier* powyżej, pkt 37, a także *Brasserie/Factortame III*, pkt 95 i *Dillenkofer*, pkt 28.

⁸⁷ Wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 2011 r., sprawa C-379/10 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2011:775, sentencja.

⁸⁸ Pkt 40 i 41 wyroku w sprawie C-379/10 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (tekst francuski dostępny na curia.europa.eu); wyrok Trybunału z dnia 30 września 2003 r., sprawa C-224/01 *Gerhard Köbler przeciwko Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:513, pkt 50.

⁸⁹ Sprawa C-224/01 *Köbler*, pkt 59, wyrok Trybunału z dnia 13 czerwca 2006 r., sprawa C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA przeciwko Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2006:391, pkt 43.

⁹⁰ Wyrok Trybunału z dnia 9 września 2015 r., sprawa C-160/14 *João Filipe Ferreira da Silva e Brito i in. przeciwko Estado português*, ECLI:EU:C:2015:565, pkt 60. W zakresie odpowiedzialności za naruszenia sądowe zob. szerzej Ł. Stępkowski, *Naruszenie prawa UE przez sąd krajowy w odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego*, WPWM 13/2015, ss. 135–159, a także M. Taborowski, *Konsekwencje naruszenia prawa Unii Europejskiej przez sądy krajowe*, Warszawa 2012 (*passim*).

W myśl zasady równoważności, roszczeniem analogicznym w prawie polskim do roszczenia odszkodowawczego wywodzonego bezpośrednio z prawa UE będzie podstawowo roszczenie o naprawienie szkody na podstawie art. 417 § 1–2 k.c., a więc z tytułu deliktu władzy publicznej⁹¹, ewentualnie zaś z art. 417¹ § 1–4 k.c.⁹²

Powstaje pytanie, czy odpowiedzialność Państwa Członkowskiego za naruszenie Karty, inna niż odpowiedzialność odszkodowawcza, jest w prawie Unii możliwa. W literaturze wskazuje się, że art. 258 TFUE może być wykorzystany w stosunku do naruszenia każdej normy prawa Unii (*any infringement of a Union law rule*)⁹³, a naruszenie przez Państwo Członkowskie praw podstawowych może skutkować skargą na podstawie tego artykułu, przy założeniu, że zachowanie Państwa Członkowskiego pozostaje w zakresie prawa Unii⁹⁴. Co więcej, w kilku orzeczeniach w przedmiocie ochrony danych osobowych, w których stwierdzono istnienie naruszenia, został już ponadto powołany art. 8 ust. 3 KPP UE⁹⁵. Odpowiedzialność Państwa Członkowskiego tego typu nie jest więc wykluczona.

W literaturze odnotowuje się również, że naruszenie praw podstawowych w związku z ochroną wartości Unii wyrażonych w art. 2 TUE może być przedmiotem odpowiedzialności określonej w art. 7 TUE⁹⁶, przy czym taka możliwość wydaje się być obecnie hipotetyczna⁹⁷.

⁹¹ Tak też Z. Banaszczyk [w:] A. Olejniczak, *Komentarz do art. 417 k.c. – System Prawa Prywatnego – tom 6*, wersja elektroniczna Legalis 2014, §36.II.

⁹² Tak też K. Scheuring, *Ochrona praw jednostek w postępowaniach przed sądami wspólnotowymi*, Warszawa 2007, s. 273.

⁹³ M. Kotzur, [w:] Tenże, R. Geiger, D.-E. Khan (red.), *European Union Treaties – A Commentary*, Monachium 2015, s. 859.

⁹⁴ K. Lenaerts *et al.*, *EU Procedural Law*, s. 163, nb. 5.06, z powołaniem sprawy *Fransson*.

⁹⁵ Wyrok Trybunału z dnia 8 kwietnia 2014 r., sprawa C-288/12 *Komisja Europejska przeciwko Węgrom*, ECLI:EU:C:2014:237, pkt 47 i wyrok Trybunału z dnia 16 października 2012 r., sprawa C-614/10 *Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii*, ECLI:EU:C:2012:631, pkt 36.

⁹⁶ Zob. R. Geiger, [w:] M. Kotzur *et al.*, *op. cit.*, s. 59.

⁹⁷ Już na etapie wydawania niniejszego tekstu (luty 2016), a więc po rozpoczęciu w dniu 13 stycznia 2016 r. przez Komisję Europejską pierwszego etapu procedury tzw. „kontroli praworządności”, o której mowa w Komunikacie KE do Parlamentu Europejskiego i Rady – Nowe ramy UE na rzecz umocnienia praworządności (COM/2014/0158/final), autor jest zmuszony zauważyć, że możliwość wykorzystania art. 7 TUE zdaje się już być bardziej realna. Zob. też C. Hillion, *Overseeing the rule of law in the European Union – Legal mandate and means*, European Policy Analysis 1/2016, dostępny na <http://www.sieps.se/en/publications/european-policy-analysis/overseeing-the-rule-of-law-in-the-european-union-legal-mandate> (dostęp: 12.02.2016).

PROPOZYCJA FORMUŁY STOSOWANIA KPP UE WZGLĘDEM RODZAJÓW ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWA CZŁONKOWSKIEGO ZA NARUSZENIE KARTY

Po przeprowadzeniu powyższej analizy orzecznictwa należy podjąć próbę sformułowania wniosków ogólnych. Z racji wyjaśnienia w wyroku w sprawie *Fransson* zakresu stosowania Karty, należy ją stosować we wszystkich sytuacjach objętych prawem Unii. W ten sposób, istnieje potencjalna możliwość naruszenia Karty we wszystkich sytuacjach stosowalności prawa Unii. Co więcej, w myśl poglądów Trybunału wyrażonych w sprawie *CGT*, logiczną konsekwencją stosowania Karty we wszystkich sytuacjach objętych prawem Unii jest konieczność stosowania i możliwość naruszenia jej w tych sytuacjach horyzontalnych, które są objęte prawem Unii.

Aby dana sprawa była objęta stosowaniem prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty, konieczny jest związek z prawem Unii, który nie może być ograniczony do prostego powołania przepisów Karty w sprawie (*Torralbo Marcos*). Związek ów może być poszukiwany przy użyciu kryteriów ze sprawy *Ymeraga*, jednak są to kryteria posiłkowe („między innymi”).

Natura owego związku musi być taka, że wykroczyłby on poza bliskość odnośnych dziedzin lub pośredni wpływ jednej dziedziny na drugą (*Siragusa*).

Związek istnieje w klasycznej sytuacji *Wachauf* (Państwo Członkowskie jako „agent” Unii wdrażający rozporządzenie⁹⁸, *vide* *Blanka Soukupová, Liivimaa Lihaveis MTÜ*).

Sytuacja typu *ERT* również jest objęta prawem Unii (*Pfleger*), tak jak i transpozycja dyrektywy (*Industrie du bois de Vielsalm*) oraz zapewnienie wykonania dyrektywy (*enforcement, vide Texdata*). Skoro dwa z trzech elementów implementacji dyrektywy są objęte prawem Unii, to można racjonalnie uznać, że również stosowanie dyrektyw jest objęte zakresem art. 51 ust. 1 Karty. Wypada również dodać, mając na uwadze wskazanie Trybunału w sprawie *Ymeraga* (pkt 45), że za łącznik może służyć pozbawienie obywatela Unii rzeczywistej możliwości skorzystania z istoty praw wynikających ze statusu obywatela Unii, a więc

⁹⁸ Zob. również N. Półtorak, *Zakres związania państw członkowskich Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, EPS 9/2014, s. 19.

sytuacja zaistniała w sprawie *Ruiz Zambrano*⁹⁹. Pojawienie się w sprawie interesu małoletniego uprawdopodobnia stwierdzenie związku (*MA i inni*).

Co więcej, „podwójny warunek” różnicy poziomu ochrony oraz pierwszeństwa, spójności i skuteczności prawa Unii (*Fransson, Melloni, Siragusa, Hernández, a także Opinia Trybunału w sprawie 2/13*¹⁰⁰). Wyrok *Fransson* ponadto wskazuje, że ów warunek może być zastosowany w sytuacjach nie w pełni określonych przez prawo Unii. Ograniczenie art. 51 ust. 1 Karty nie obowiązuje, gdy Kartę stosuje się do instytucji Unii (*Guido Strack RX-II*).

Nie można natomiast stwierdzić związku, jeśli Trybunał nie otrzymał wystarczających informacji od sądu odsyłającego (*Radia Hady Ahmed*), kiedy prawo Unii nie zawiera uprawnienia dla jednostki (*Érsekcsanádi Mezőgazdasági Zrt*), nie nakłada żadnych obowiązków na Państwo Członkowskie (*Hernández*), nie obejmuje danej jednostki, z racji zakresu podmiotowego (*Ymeraga*) bądź z racji braku harmonizacji bądź ujednolicenia danej materii, z istniejącą kompetencją Państwa Członkowskiego (*Elisabeta Dany, z racji sprawy z zakresu zabezpieczenia społecznego*), w ogóle nie zawiera jakiegokolwiek normy (*Fag*), bądź zachodzi sytuacja, iż norma prawa UE nie została jeszcze wprowadzona, mimo istnienia kompetencji Unii (*Poclava*). Jednakże, związek i możliwość poniesienia odpowiedzialności będą istnieć, gdy sprawa będzie objęta prawem Unii, mimo, że Państwa Członkowskie działały w warunkach swoich kompetencji (*Berlington*). Ewentualne naruszenie EKPC nie ma znaczenia dla istnienia związku z prawem Unii (*Fransson, Dirextra*).

Związek z prawem Unii będzie musiał zostać uprzednio zbadany zarówno w sytuacji skargi z art. 258 TFUE¹⁰¹ (ew. art. 259 TFUE) jak i w sytuacji zwalczania naruszenia przez jednostkę poprzez roszczenie odszkodowawcze. Roszczenie odszkodowawcze będzie mogło być wywiedzione w sytuacji wertykalnej, a także w efekcie niemożliwości powołania się na Kartę w sytuacji horyzontalnej z racji braku wdrożenia prawa Unii (*CGT*). W razie konieczności pominięcia sprzecznych z Kartą przepisów krajowych, w tym procesowych, sąd nie będzie uprawniony do stosowania warunku, by sprzeczność ta wynikała w sposób oczywisty z Kar-

⁹⁹ Sprawa C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano* powyżej.

¹⁰⁰ Opinia Trybunału z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie o sygn. 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pkt 188.

¹⁰¹ Zob. też N. Półtorak, *Komentarz do art. 258 TFUE*, [w:] D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III. Art. 223–358, wersja elektroniczna LEX, 2012, nb. 258.5.1.

ty lub z dotyczącego jej orzecznictwa (*Fransson, A, B i C*). Jednakże, należy pamiętać w danej sprawie o tym, że należy zapewnić równowagę praw podstawowych, które ponadto nie są prawami absolutnymi (*Deutsches Weintor*).

Nie będzie miało znaczenia, czy potencjalne naruszenie Karty nastąpiło poprzez błąd wykładni i następne błędne zastosowanie Karty przez Państwo Członkowskie, niezastosowanie Karty w ogóle, czy może błędne jej zastosowanie. Jednakże, stan faktyczny w sprawie powinien zaistnieć po 1 grudnia 2009 roku (*Fenoll*).

Skoro warunkiem stosowania Karty w ogóle jest stwierdzenie łącznika na potrzeby art. 51 ust. 1 Karty, to w każdym z tych przypadków konieczne będzie badanie tej kwestii. W ten sposób, każde postępowanie, mające za swój przedmiot odpowiedzialność Państwa Członkowskiego za naruszenie Karty, będzie musieć – w dodatku do swoich własnych kryteriów skuteczności roszczenia – zawierać rozważenie kwestii objęcia danej sprawy prawem UE, w myśl art. 51 ust. 1 Karty¹⁰².

Tytułem przykładu, test *Brasserie/Factortame III*, stosowany przez sąd krajowy w razie wywiedzenia roszczenia procesowego jednostki o odszkodowanie z tytułu naruszenia przez Państwo Członkowskie Karty, powinien uwzględnić istnienie łącznika lub jego brak. To ostatnie wiązałoby się z oddaleniem powództwa odszkodowawczego jednostki.

Jak wynika z analizy orzecznictwa TS, najczęściej występującym rodzajem odpowiedzialności za naruszenie KPP UE będzie właśnie odpowiedzialność odszkodowawcza Państwa Członkowskiego za naruszenie prawa Unii, na podstawie przesłanek określonych w liniach orzeczniczych *Brasserie/Factortame III* oraz *Köbler*. Potencjalnie możliwa jest również odpowiedzialność z tytułu art. 258 TFUE (*a fortiori* również art. 259 TFUE), tak jak sugerują wskazania Trybunału w sprawach o uchybienie zobowiązaniom Państwa Członkowskiego w przedmiocie ochrony danych osobowych (*vide m.in. sprawa C-288/12 Komisja przeciwko Węgrom*).

Model powyższy należy uzupełnić o dalsze uwagi odnoszące się konkretnie do polskiego systemu prawnego. Otóż, odnosząc się do kwestii odpowiedzialności Państwa Członkowskiego za naruszenie Karty, nie sposób pominąć Protokołu nr 30 w sprawie stosowania Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej do

¹⁰² Zob. podobnie M. Wróblewski, *op. cit.*, nb. 3, który to Autor odnosząc się do powoływania Karty przez sądy polskie traktuje kwestię ustalenia, czy KPP UE stosuje się w sprawie, jako zagadnienie podstawowe, ale pomijane przez polskie sądy powszechne i SN.

Polski i Zjednoczonego Królestwa¹⁰³, na potrzeby rozważenia kwestii wyłączenia odpowiedzialności.

Otóż, Protokół nr 30 został już zinterpretowany przez Trybunał w wyroku wydanym w połączonych sprawach *N.S.*¹⁰⁴. W pkt 120 tego wyroku wskazano, że art. 1 ust. 1 Protokołu nr 30 potwierdza treść art. 51 karty dotyczącego jej zakresu stosowania, a nie ma na celu zwolnienia Rzeczypospolitej Polskiej i Zjednoczonego Królestwa z obowiązku przestrzegania postanowień Karty ani uniemożliwienia sądom i trybunałom w tych państwach członkowskich czuwania nad przestrzeganiem tych postanowień. Pkt 4 sentencji tego wyroku dodał, że „w zakresie, w jakim pytania (...) dotyczą obowiązków ciążących na Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, uwzględnienie Protokołu nr 30 w sprawie stosowania Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej do Rzeczypospolitej Polskiej i Zjednoczonego Królestwa nie ma wpływu na odpowiedzi” udzielone przez Trybunał. Co więcej, TS stwierdził, że nie ma potrzeby dokonania wykładni art. 1 ust. 2 Protokołu nr 30 w pkt 121 wyroku *N.S.*, co sugerowałoby istnienie odmienności względem tego ustępu.

Jednakże, jak się wskazuje w doktrynie¹⁰⁵, znaczenie owego ustępu jest, jak się zdaje, pomniejszane przez deklaracje Rzeczypospolitej Polskiej załączone do aktu końcowego konferencji międzyrządowej, która przyjęła Traktat z Lizbony¹⁰⁶,

¹⁰³ Zawierającego dwa artykuły, a to art. 1 ust. 1 („Karta nie rozszerza zdolności Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ani żadnego sądu lub trybunału Polski lub Zjednoczonego Królestwa do uznania, że przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne, praktyki lub działania administracyjne Polski lub Zjednoczonego Królestwa są niezgodne z podstawowymi prawami, wolnościami i zasadami, które są w niej potwierdzone”), ust. 2 („W szczególności i w celu uniknięcia wszelkich wątpliwości nic, co zawarte jest w tytule IV Karty nie tworzy praw, które mogą być dochodzone na drodze sądowej, mających zastosowanie do Polski lub Zjednoczonego Królestwa, z wyjątkiem przypadków gdy Polska lub Zjednoczone Królestwo przewidziały takie prawa w swoim prawie krajowym)” oraz art. 2 („Jeżeli dane postanowienie Karty odnosi się do ustawodawstw i praktyk krajowych, ma ono zastosowanie do Polski lub Zjednoczonego Królestwa wyłącznie w zakresie, w jakim prawa i zasady zawarte w tym postanowieniu są uznane przez ustawodawstwo lub praktyki Polski lub Zjednoczonego Królestwa”).

¹⁰⁴ Wyrok Trybunału z dnia 21 grudnia 2011 r. w połączonych sprawach C-411/10 i C-493/10 *N. S. (C-411/10) przeciwko Secretary of State for the Home Department i M. E. i inni (C-493/10) przeciwko Refugee Applications Commissioner i Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ECLI:EU:C:2011:865.

¹⁰⁵ Tak M. Safjan, [w:] Tenże, A. Tizzano, R. Adam, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 125.

¹⁰⁶ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., Dz.U. C 306 z 17.12.2007, str. 1–271.

o numerach 61¹⁰⁷ i (w szczególności) 62¹⁰⁸. Z drugiej strony, deklaracja nr 62 nie może zmodyfikować Protokołu, z racji różnego statusu prawnego¹⁰⁹.

Należy więc podnieść, przede wszystkim z tytułu pkt 121 wyroku N.S., że należy odróżnić prawne znaczenie art. 1 ust. 2 Protokołu od jego pozostałych przepisów, uznając, że ustanawia on ograniczone wyłączenie drogi sądowej przed sądami polskimi. Inaczej Trybunał nie zawarłby takiego wskazania, jakie było udziałem sprawy N.S. W ten sposób, odnosząc się tytułem przykładu do roszczenia jednostki przed sądem polskim, dla odrzucenia pozwu z tytułu art. 1 ust. 2 Protokołu (ewentualnie odrzucenia środka zaskarżenia z tego powodu), powód (ewentualnie skarżący) musiałby konsekwentnie dochodzić swojego roszczenia na podstawie prawa Unii z powołaniem Karty (a nie zasad ogólnych prawa Unii), a sąd musiałby być takim wskazaniem podstawy prawnej związany. Z zasady w prawie polskim nie ma to miejsca (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Można też zaobserwować, że również w późniejszym orzecznictwie TS nie wydaje się przywiązywać do Protokołu nr 30 większej „wagi normatywnej”¹¹⁰. Również sąd odwoławczy nie byłby związany wskazaniem Karty zamiast zasad ogólnych prawa UE, w razie powołania przez jednostkę naruszenia Karty jako naruszenia prawa materialnego w apelacji¹¹¹.

¹⁰⁷ „Karta w żaden sposób nie narusza prawa Państw Członkowskich do stanowienia prawa w zakresie moralności publicznej, prawa rodzinnego, a także ochrony godności ludzkiej oraz poszanowania fizycznej i moralnej integralności człowieka”.

¹⁰⁸ „Rzeczpospolita Polska oświadcza, że ze względu na tradycję ruchu społecznego „Solidarność” i jego znaczący wkład w walkę o prawa społeczne i pracownicze, w pełni szanuje prawa społeczne i pracownicze ustanowione prawem Unii Europejskiej, w szczególności prawa potwierdzone w tytule IV Karty praw podstawowych Unii Europejskiej”.

¹⁰⁹ Zob. A. Wyrozumska, *Inkorporacja Karty Praw Podstawowych do prawa UE: status Karty w prawie UE, zakres obowiązywania i stosowania, główne problemy interpretacyjne z uwzględnieniem stanowiska polskiego*, [w:] J. Barcz (red.), *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, SIP Legalis, 2008, § 19: „Deklaracja [nr 62] w żaden sposób nie wyłącza stosowania art. 1 ust. 2 Protokołu w stosunku do Polski”.

¹¹⁰ Zob. wyrok Trybunału z dnia 12 lutego 2015 r., sprawa C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry przeciwko Elektrotubudova Spółka Akcyjna*, ECLI:EU:C:2015:86, pkt 18, gdzie sąd krajowy wystosował osobne pytanie (nr 3) na temat Protokołu nr 30, a TS pominął tę kwestię w odpowiedzi (pkt 19–26).

¹¹¹ Zob. uchwała SN (7) – zasada prawna z dnia 31 stycznia 2008 r., sygn. III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55.

ZAKOŃCZENIE

W obecnym stanie rozwoju prawa Unii Europejskiej można zaobserwować wzrost znaczenia Karty Praw Podstawowych UE. Między innymi, normy Karty były podstawą do stwierdzenia niezgodności projektu umowy o przystąpieniu Unii do EKPC we wspomnianej wyżej Opinii nr 2/13. Z racji tytułowych orzeczeń obejmuje ona obecnie wszystkie sytuacje, w których stosuje się prawo Unii. Zbadanie związku z prawem Unii jawi się obecnie jako niezbędne dla stosowania Karty, a także w konsekwencji do ustalenia odpowiedzialności Państwa Członkowskiego za jej naruszenie.

Pozostaje zatem oczekiwać na dalszy rozwój orzecznictwa TS w zakresie stosowania Karty i zapewnienia jej skuteczności na rzecz jednostek, odpowiedzialności Państw Członkowskich, a także ewentualne reakcje polskiego wymiaru sprawiedliwości.

W tym ostatnim zakresie, w ramach zakończenia można również odnotować tendencję Sądu Najwyższego do ograniczania odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za orzeczenia sądowe poprzez wprowadzenie koncepcji „bezprawności judykacyjnej”¹¹², wymagającej, aby naruszenie prawa przez sąd było oczywiste oraz rażące. Dodatkowy rażący charakter naruszenia jest elementem, który wykracza ponad warunek wystarczająco poważnego charakteru naruszenia (ew. naruszenia mającego oczywisty charakter), a przez to może być obniżeniem standardów orzecznictwa TS w liniach *Brasserie/Factortame III* i *Köbler*. Takim obniżeniem jest również pomijanie w orzecznictwie polskim kwestii wykładni (por. wyrok w sprawie *Traghetti del Mediterraneo*¹¹³), a także taka interpretacja art. 424^{1b} w zw. z art. 424^{1a} k.p.c., która uniemożliwia w ogóle kontrolę legalności orzeczenia Sądu Najwyższego przez sąd powszechny orzekający o roszczeniu odszkodowawczym¹¹⁴, skoro niedopuszczalna jest już norma prawa krajowego uniemożliwiająca

¹¹² Którą SN upatruje w 417¹ § 2 k.c., zob. wyrok SN z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. V CSK 328/12, LEX nr 1381041, a także wyrok SN z dnia 4 grudnia 2013 r., sygn. II BP 6/13, LEX nr 1418805 i wyrok SN z dnia 12 września 2008 r., sygn. I BP 2/08, LEX nr 658156.

¹¹³ Sprawa C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo* powyżej, pkt 40, 43 i 44.

¹¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 maja 2013 r., sygn. I ACa 1482/12, LEX nr 1369387. Zob. też N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 479, gdzie Autorka stwierdza, że wyłączenie SN z odpowiedzialności odszkodowawczej narusza prawo Unii Europejskiej. Jednocześnie odnośnie

uzyskanie odszkodowania bez uchylecia orzeczenia sądu, od którego orzeczeń nie służy środek prawny, gdy takie uchylene jest praktycznie niemożliwe (*vide* sprawa *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*). Wypada wyrazić ubolewanie, że taka wykładnia została zaaprobowana przez Trybunał Konstytucyjny¹¹⁵. Zidentyfikować więc można tutaj obszar, w którym może nastąpić konflikt między prawem Unii i prawem polskim. Być może konflikt ów będzie musieć zostać rozwiązany przez podobny wyrok jak w sprawie *C-379/10 Komisja przeciwko Republice Włoskiej*, tym razem wydany w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej.

NSA i art. 285§3 p.p.s.a., Autorka wskazuje, że polska regulacja jest dopuszczalna, przy założeniu rozumienia przesłanki „rażącego naruszenia prawa UE” zawartej tamże w zgodzie z orzecnictwem TS (wykładnia zgodna).

¹¹⁵ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 sierpnia 2014 r., sygn. Ts 291/13, OTK-B 2014/6/582, gdzie TK zauważył, że „taka interpretacja art. art. 424^{1b} k.p.c. jest przykładem wykładni *ad absurdum*. Uzyskanie przez sądy powszechne możliwości podważania ostatecznego stanowiska SN, byłoby jednoznaczne z zakwestionowaniem instytucji nadzoru orzeczniczego. Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że zarzuty sformułowane przez skarżące cechuje oczywista bezzasadność”.

VII WARSZAWSKO-TORUŃSKIE KOŁOKWIUM NAUKOWE
PRAW CZŁOWIEKA I MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO

*Odpowiedzialność międzynarodowa
w związku z naruszeniami praw człowieka
międzynarodowego prawa humanitarnego i karnego*

Hotel Uniwersytecki UMK w Toruniu,
Collegium Humanisticum UMK, 4–5 grudnia 2014 r.

PROGRAM

CZWARTEK, 4 GRUDNIA 2014 R.

10.00–10.55

Rejestracja uczestników

11.00–11.20

Rozpoczęcie kolokwium i przywitanie uczestników:

Prof. dr hab. Bożena Gronowska, Kierownik Katedry Praw Człowieka WPiA
UMK

Adw. Mikołaj Pietrzak, Przewodniczący Komisji Praw Człowieka przy Naczelnej
Rady Adwokackiej

SESJA I (SALA A)

Odpowiedzialność państwa z tytułu naruszeń praw człowieka

Przewodniczący: Prof. dr hab. Władysław Czapliński (INP PAN)

11.20–11.40

Prof. dr hab. Tadeusz Jasudowicz (WPiA UMK), *Odpowiedzialność międzynarodowa państwa-strony Europejskiej Karty Socjalnej – wnioski na tle działalności Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych*

11.40–12.00

Prof. UG dr hab. Adam Wiśniewski (WPiA UG), *Problem granic odpowiedzialności państwa za naruszenie zobowiązań materialnych wynikających z EKPC*

12.00–12.20

Prof. INP PAN dr hab. Ireneusz Kamiński (INP PAN), *Skarga międzypaństwowa dotycząca naruszenia praw człowieka – uwagi na kanwie Projektu Artykułów KPM dotyczących odpowiedzialności państwa za czyny niedozwolone*

12.20–12.40 – Dyskusja

12.40–14.00 – Obiad

SESJA II (SALA A)

Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych z tytułu praw człowieka

Przewodniczący: Prof. dr hab. Tadeusz Jasudowicz (WPiA UMK)

14.00–14.20

dr hab. Bartłomiej Krzan (WPAiE UW), *Równoległe przypisanie naruszenia zobowiązania organizacji międzynarodowej i państwom członkowskim*

14.20–14.40

dr Anna Czaplińska (WPiA UŁ), *Stosowanie przesłanek odpowiedzialności międzynarodoprawnej w sprawach naruszeń praw człowieka przez organizacje międzynarodowe*

14.40–15.00

dr Przemysław Tacik (WPiA UJ), *Współodpowiedzialność Unii Europejskiej i państw członkowskich po akcesji UE do EKPCz w perspektywie Artykułów KPM o odpowiedzialności państw oraz o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych*

15.00–15.30 – Dyskusja

15.30–16.00 – Przerwa kawowa

SESJA III (SALA A)

**Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych
i państw członkowskich w kontekście operacji pokojowych**

Przewodniczący: Prof. INP PAN dr hab. Ireneusz Kamiński (INP PAN)

16.00–16.20

dr hab. Jacek Barcik (WPiA UŚ), *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych za naruszenie prawa do zdrowia w operacjach pokojowych. Studium przypadków*

16.20–16.40

dr Marta Szuniewicz (WDiOM AMW), *Wielonarodowe operacje wojskowe autoryzowane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ a problem odpowiedzialności międzynarodowej*

16.40–17.00

mgr Łukasz Kułaga (WPiA UKSW, MSZ), *Immunitet organizacji międzynarodowych a ich odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka – uwagi na tle rozstrzygnięcia ETPCz w sprawie płaczących matek Srebrenicy przeciwko Niderlandom*

17.00–17.15 – Dyskusja

SESJA IV (SALA A)

**Kryzys ukraiński – wnioski z perspektywy odpowiedzialności
państw zaangażowanych w konflikt.**

Problematyka odpowiedzialności tzw. „Donieckiej Republiki Ludowej”

Przewodniczący: dr hab. Michał Kowalski (WPiA UJ)

17.15–17.30

Amb. Jakub Wołasiewicz (Konsul Generalny RP w Doniecku, MSZ), *Realizacja funkcji konsularnych w związku z konfliktem na Ukrainie*

17.30–17.45

dr Marta Pietras-Eichberger (WSPiA Przemysł–Rzeszów), *Odpowiedzialność za zbrodnię agresji – fikcja czy szansa na zmianę praktyki państw?*

17.30–17.45

dr Jakub Czepek (WPiA UWM), *Odpowiedzialność Państw-Stron EKPC w kontekście konfliktu rosyjsko-ukraińskiego*

17.45–18.00

mgr Tomasz Lewandowski (WPiA UŁ), *Odpowiedzialność za ochronę (R2P) – wnioski na tle sytuacji w Ukrainie*

18.00–18.15

mgr Mateusz Piątkowski (WPiA UŁ), *Zestrzelenie lotu MH17 – samolot pasażerski w strefie działań zbrojnych w świetle prawa humanitarnego*

18.15–18.45 – Dyskusja i zakończenie I dnia obrad

19.00 – Kolacja

PIĄTEK, 5 GRUDNIA 2014 R.

SESJA V (SALA A)

**Wybrane zagadnienia odpowiedzialności państwa
w europejskim systemie ochrony praw człowieka**

Przewodniczący: Prof. UG dr hab. Adam Wiśniewski

9.00–9.15

dr Elżbieta Morawska (WPiA UKSW), *Przesłanki odpowiedzialność państw – stron EKPC w związku z rozstrzygnięciem „disputes of a purely private nature”*

9.15–9.30

mgr Grażyna Baranowska (PCPC, INP PAN), *ETPCz i słuszne zadośćuczynienie w skargach międzypaństwowych – Cypr przeciwko Turcji (12.05.2014 r.)*

9.30–9.45

adw. Michał Indan-Pykno (WPiA UMK Członek Komisji Praw Człowieka przy NRA), *Odpowiedzialność państwa za wyrządzenie szkody materialnej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*

9:45–10.00

adw. Natalia Zawadzka, adw. Bartosz Rodak, *Odpowiedzialność państwa za naruszenia praw człowieka w cyberprzestrzeni – w świetle orzecznictwa trybunałów europejskich*

10.00–10.15

mgr Szymon Zaręba (INP PAN), *Specyfika odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka przez państwa nieuznawane – analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*

10:15–10:40 – Dyskusja

SESJA VI (SALA B)

**Wybrane zagadnienia odpowiedzialności
na podstawie międzynarodowego prawa karnego i humanitarnego**

Przewodniczący: dr hab. Jacek Barcik (WPiA UŚ)

9.00–9.20

dr Marek Jan Wasiński (WPiA UŁ), *Międzynarodowa jurysdykcja karna Afrykańskiego Trybunału Sprawiedliwości i Praw Człowieka*

9.20–9.40

dr Karolina Wierczyńska (INP PAN), *Ne bis in idem w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*

9.40–10.00

dr Elżbieta Mikos-Skuza (WPiA UW), *Międzynarodowe komisje śledcze jako nowe forum orzekania o naruszeniach prawa humanitarnego i praw człowieka – nonsens czy rzeczywistość?*

10.00–10.20

dr Kinga Stasiak (WPiA KUL), *Podjęcie prac nad tematem zbrodni przeciwko ludzkości przez Komisję Prawa Międzynarodowego ONZ – możliwe implikacje dla odpowiedzialności karnej jednostek*

10.20–10.40 – Dyskusja

10.40–11.00 – Przerwa kawowa

SESJA VII (SALA A)

**Wybrane zagadnienia odpowiedzialności UE i jej państw członkowskich
w związku z naruszeniem praw człowieka**

Przewodnicząca: dr Julia Kapelańska-Pręgowska (WPiA UMK)

11.00–11.15

dr Aleksandra Mężykowska (MSZ), *Potencjalna odpowiedzialność państw członkowskich UE w świetle art. 6 EKPCz w związku z implementacją reżimów sankcyjnych*

11.15–11.30

mgr Łukasz Stępkowski (WPAiE UWŹ), *Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu naruszenia KPP UE po wyrokach Trybunału Sprawiedliwości w sprawach Åklagaren oraz Association De Médiation Sociale*

11.30–11.45

mgr Michał Pindel (WPAiE UWŹ), *Ograniczenie przez instytucje UE swojego swobodnego uznania a odpowiedzialność odszkodowawcza UE*

11.45–12.00

mgr Maciej Toroń (WPiA UJ), *Właściwość rzeczowa regionalnych europejskich sądów międzynarodowych w przedmiocie orzekania o odpowiedzialności UE za naruszenie praw podstawowych jednostek, z uwzględnieniem rozwiązań przewidzianych w projekcie umowy akcesyjnej UE do EKPCz*

12.00–12.15

dr Vita Zagórowska (WPiA UKSW), *Odpowiedzialność państwa za naruszenie praw mniejszości narodowych – słabości międzynarodowego i krajowego systemu ich ochrony*

12.20–12.40 – Dyskusja

SESJA VIII (SALA B)

Wybrane zagadnienia odpowiedzialności państwa w systemie ochrony praw człowieka ONZ

Przewodnicząca: Prof. dr hab. Bożena Gronowska (WPiA UMK)

11.00–11.15

dr Anna Szarek-Zwijacz (WPiA KUL), *Nowe protokoły wprowadzające zawiadomienia indywidualne w systemie traktatowym praw człowieka ONZ – rzeczywiste wzmocnienie ochrony?*

11.15–11.30

mgr Dawid Kostecki (WPiA KUL), *Odpowiedzialność państwa na podstawie skarg międzynarodowych w uniwersalnym systemie ochrony praw człowieka*

11.30–11.45

mgr Przemysław Domagała, SSR (Ministerstwo Sprawiedliwości), *Zobowiązania państw wobec ofiar poważnych naruszeń Konwencji ONZ o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem*

11:45–12.00

dr Dorota Ferenc-Kopeć (WSPiA Rzeszów–Przemyśl), *Odpowiedzialność międzynarodowa ChRL za sytuację Tybetańczyków w zakresie przestrzegania praw człowieka*

Program

12.00–12:15

dr Agnieszka Szpak (WPiSM UMK), *(Nie)odpowiedzialność państwa upadłego w świetle Projektu artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne*

12.20–12.40 – Dyskusja

12.40–13.30 – Obiad

SESJA IX (SALA A)

Sprawa „więzień CIA” przed ETPC – wnioski z perspektywy odpowiedzialności RP i innych podmiotów

Przewodniczący: dr hab. Bartłomiej Krzan (WPAiE UW)

13.30–13.50

adw. dr Jacek Skrzydło (WPIA UŁ, Członek Komisji Praw Człowieka przy NRA), *Odpowiedzialność Polski za więzienia CIA w Polsce w świetle prawa międzynarodowego*
13.50–14.10

dr hab. Michał Kowalski (WPiA UJ), *Pośrednie naruszenie zobowiązań z Europejskiej konwencji praw człowieka – uwagi na tle wyroków w sprawach Al-Nashiri i Abu-Zubaydah p. Polsce*

14.10–14.30

dr hab. Michał Balcerzak (WPiA UMK), *Standardy dowodowe w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*

14.30–15.00 – Dyskusja

15.10 – Podsumowanie drugiego dnia obrad i zakończenie konferencji

**Materiały VII Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium
Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego
(Toruń, 4–5 grudnia 2014 r.)**

„Ochrona praw człowieka oraz międzynarodowe prawo humanitarne ściśle łączą się ze sobą. Niekiedy w praktyce trudno jest ściśle rozgraniczyć zakresy ich działania. Dlatego wiele aspektów ich stosowania powinno omawiać się łącznie. Tak też jest w przypadku odpowiedzialności międzynarodowej z tytułu naruszenia ich norm. Powstała w ten sposób książka pod redakcją naukową dra hab. Michała Balcerzaka i dr Julii Kapelańskiej-Pręgowskiej jest opracowaniem niezwykle aktualnym i interesującym. Jest to przy tym pozycja wyjątkowo wartościowa tak dla doktryny, jak i dla praktyki.”

Z recenzji dra hab. Karola Karskiego

ISBN 978-83-933493-2-6

ISBN 978-83-933493-3-3 (e-book)