

Gdańskie Studia Prawnicze

Rok XXIX — Nr 1(66)/2025

Aktualne problemy praw człowieka

Redakcja naukowa
Hanna Suchocka
Sebastian Sykuna



Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
Gdańsk 2025

Rada naukowa

prof. Silvia Allegranza (Luksemburg), *prof. Jurij Boszycki* (Ukraina), *prof. Robert Esser* (Niemcy),
prof. Catherine Grynfolgel (Francja), *prof. Karel Klima* (Czechy), *prof. Edward Lee* (USA),
prof. Philippe Nelidoff (Francja), *prof. Petro Steciuk* (Ukraina), *dr Wojciech Świda* (Argentyna),
prof. Richard Warner (USA), *prof. Jerzy Zajadło* (Polska)

Kolegium redakcyjne

Krzysztof Grajewski (Polska) – Redaktor naczelny
Arkadiusz Wowerka (Polska) – Sekretarz naukowy
Heinz-Peter Mansel (Niemcy) – Członek Kolegium
Maxim Tomaszek (Czechy) – Członek Kolegium
Wojciech Jasiński (Polska) – Członek Kolegium
Aleksandra Szydzik (Polska) – Członek Kolegium
Agnieszka Martynowska (Polska) – Sekretarz redakcji

Redakcja tekstów polskich

Katarzyna Ambroziak

Redakcja tekstów anglojęzycznych

David Malcolm

Skład, łamanie i projekt okładki

Maksymilian Biniakiewicz

Czasopismo finansowane przez: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego,
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Ministerstwo Edukacji i Nauki w ramach programu
pn. „Rozwój czasopism naukowych” (nr rej. projektu: RCN/SP/0355/2021/1)



LEX
a Wolters Kluwer business



Ministerstwo
Edukacji i Nauki

W wypadku wykorzystania tekstów z „Gdańskich Studiów Prawniczych”
w innych publikacjach prosimy o powołanie się na nasze czasopismo.
Redakcja zastrzega sobie prawo do skrótów w tekstach nadesłanych do publikacji.

Adres redakcji:

ul. Bażyńskiego 6, 80-952 Gdańsk
© Copyright by Uniwersytet Gdański, 2025
Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego

ISSN 1734-5669

Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot
tel. (+48) 58 523 11 37
e-mail: wydawnictwo@ug.edu.pl
wydawnictwo.ug.edu.pl

Księgarnia internetowa: wydawnictwo.ug.edu.pl/sklep/

Druk i oprawa

Zakład Poligrafii Uniwersytetu Gdańskiego
ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot
tel. (+48) 58 523 14 49

Aktualne problemy praw człowieka

Spis treści

ARTYKUŁY

- Dr hab. Michał Balcerzak, Uniwersytet Szczeciński, Polska
Prawa człowieka w sytuacjach kryzysowych – zastosowanie klauzuli derogacyjnej
w art. 15 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i prace Rady Europy 13
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.01>
- Dr hab. Maciej Barczewski, Uniwersytet Gdański, Polska
Prawo do zdrowia a prawa własności intelektualnej na tle projektu
traktatu pandemicznego Światowej Organizacji Zdrowia 28
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.02>
- Prof. Veronika Bílková, Uniwersytet Karola w Pradze, Czechy
Legitimate Exercise of the Right to Freedom of Expression or Unacceptable
War Propaganda? The Prosecution of Verbal Crimes Related to the Russia's War
of Aggression against Ukraine 38
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.03>
- Mgr Krzysztof Bramorski, Bramorski & Partners, Wrocław, Polska
Odpowiedzialność kościelnych osób prawnych za szkody wyrządzone
przez duchownych przy wykonywaniu czynności powierzonych 51
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.04>
- Dr Andrzej Drzemczewski, były Dyrektor Wydziału Zagadnień Prawnych i Praw Człowieka
Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, Strasburg, Francja
Revisiting the Issue of Designation of *ad hoc* Judges in the European Court
of Human Rights: Some Remarks Following the Case *Wałęsa v. Poland* 66
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.05>
- Prof. Giovanni Maria Flick, były Prezes Trybunału Konstytucyjnego Republiki Włoskiej, Włochy
Cultura, transizione ecologica e sviluppo sostenibile oggi e domani negli
articoli 9 e 41 della Costituzione 83
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.06>
- Prof. dr hab. Lech Garlicki, Uniwersytet Waszyngtona w Saint Louis, USA
Same-Sex Unions, Abortion, and the Constitutional Court of Poland:
Two Recent Judgments of the European Court of Human Rights 102
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.07>

Dr hab. Michał Kowalski, Uniwersytet Jagielloński, Polska Prześladowanie z powodu religii a udzielanie ochrony międzynarodowej – konwersja religijna przed TSUE	115
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.08	
Prof. dr hab. Roman Kwiecień, Uniwersytet Jagielloński, Polska Zakaz ludobójstwa jako wspólnotowy interes prawny i jego ochrona przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości	130
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.09	
Dr hab. Krzysztof Orzeszyna, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Polska Prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się w Międzynarodowym Pakcie Praw Osobistych i Politycznych	144
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.10	
Dr hab. Katarzyna Sękowska-Kozłowska, Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska Zapewnienie dostępu do edukacji seksualnej jako element realizacji praw człowieka	155
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.11	
Dr hab. Hanna Suchocka, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska Jeszcze wokół koncepcji <i>margin of appreciation</i> w kontekście Protokołu nr 15 do EKPCz	164
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.12	
Dr hab. Sebastian Sykuna, Uniwersytet Gdański, Polska Czy konflikty zbrojne w XXI w. są bardziej humanitarne? Kilka uwag związanych z wojną na Ukrainie	177
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.13	
Dr hab. Marcin Wiącek, Uniwersytet Warszawski, Polska Europejska Konwencja Praw Człowieka przed Trybunałem Konstytucyjnym. O kontroli konstytucyjności umów międzynarodowych i skutkach orzeczeń TK	186
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.14	
Prof. dr hab. Roman Wieruszewski, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie, Polska Konstytucyjne wolności i prawa człowieka i obywatela – analiza zagrożeń	199
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.15	
Dr hab. Adam Wiśniewski, Uniwersytet Gdański, Polska	
Dr hab. Wojciech Zalewski, Uniwersytet Gdański, Polska Analiza instytucji wyłączenia możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia na podstawie standardów wynikających z orzecznictwa ETPCz	214
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.16	
Prof. dr hab. Jerzy Zajadło, Uniwersytet Gdański, Polska Powszechna Deklaracja Praw Człowieka – aktualność pewnego trudnego kompromisu	232
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.17	

GLOSY

- Dr Agnieszka Gajda, Uniwersytet Gdański, Polska
 Rzetelne uzasadnienie wyroku sądowego jako element prawa do sądu
 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 9 marca 2023 r.
 w sprawie *Cupiał przeciwko Polsce* (skarga nr 67414/11) 253
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.18>
- Prof. dr hab. Hanna Gronkiewicz-Waltz, Uniwersytet Warszawski, Polska
 Czy orzecznictwo sądowe może się przyczynić do realizacji
 konstytucyjnego prawa do mieszkania?
 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
 z dnia 15 czerwca 2023 r., C-520/21 262
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.19>
- Dr Dagmara Jaroszewska-Choraś, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Polska
 Potwierdzenie obowiązku instytucjonalizacji związków osób tej samej płci
 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 12 grudnia 2023 r.
 w sprawie *Przybyszewska i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 11454/17 i 9 innych) 273
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.20>
- Dr Agata Hauser, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska
 Prawa socjalne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka
 z perspektywy międzynarodowej
 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 grudnia 2023 r.
 (Wielka Izba) w sprawie *Humpert i inni przeciwko Niemcom* (skargi nr 59433/18,
 59477/18, 59481/18 i 59494/18) 284
<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.21>

VARIA

- Dr hab. Lech Jamróz, Uniwersytet w Białymstoku, Polska
 Międzynarodowa konferencja naukowa pt. „Elementy i dynamika europejskiego
 standardu prawnego”, Gdańsk, 18–19 kwietnia 2024 r. (sprawozdanie) 293

Current Problems of Human Rights

Table of contents

ARTICLES

Prof. Michał Balcerzak, University of Szczecin, Poland Human Rights in Times of Crisis: The Application of the Derogation Clause in Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Activities of the Council of Europe	13
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.01	
Prof. Maciej Barczewski, University of Gdańsk, Poland The Right to Health and Intellectual Property Rights in the Context of the Proposal for a World Health Organization Pandemic Treaty	28
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.02	
Prof. Veronika Bílková, Charles University, Czech Republic Legitimate Exercise of the Right to Freedom of Expression or Unacceptable War Propaganda? The Prosecution of Verbal Crimes Related to the Russia's War of Aggression against Ukraine	38
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.03	
Krzysztof Bramorski, MA, Bramorski & Partners, Wrocław, Poland Liability of Ecclesiastical Legal Persons for Damage Caused by Clergy in the Performance of Entrusted Activities	51
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.04	
Andrzej Drzemczewski, PhD, Former Head of the Legal Affairs and Human Rights Department of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Strasbourg, France Revisiting the Issue of Designation of <i>ad hoc</i> Judges in the European Court of Human Rights: Some Remarks Following the Case <i>Wałęsa v. Poland</i>	66
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.05	
Prof. Giovanni Maria Flick, Former President of the Constitutional Court of the Italian Republic, Italia Culture, Green Transition and Sustainable Development Today and Tomorrow in Articles 9 and 41 of the Italian Constitution	83
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.06	

Prof. Lech Garlicki, Washington University in Saint Louis, USA Same-Sex Unions, Abortion, and the Constitutional Court of Poland: Two Recent Judgments of the European Court of Human Rights	102
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.07	
Prof. Michał Kowalski, Jagiellonian University, Poland Persecution on Grounds of Religion and Granting International Protection: Religious Conversion in Cases before the CJEU	115
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.08	
Prof. Roman Kwiecień, Jagiellonian University, Poland The Prohibition of Genocide as a Common Interest and its Protection before the International Court of Justice	130
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.09	
Prof. Krzysztof Orzeszyna, John Paul II Catholic University of Lublin, Poland The Right of Free Peaceful Assembly in the International Covenant on Civil and Political Rights	144
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.10	
Prof. Katarzyna Sękowska-Kozłowska, The Institute of Legal Sciences of the Polish Academy of Sciences, Poland Sex Education as an Element of the Implementation of Human Rights	155
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.11	
Prof. Hanna Suchocka, Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland Further Discussion Relating to the Concept of Margin of Appreciation in the Context of Protocol No. 15 to the ECHR	164
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.12	
Prof. Sebastian Sykuna, University of Gdańsk, Poland Are Armed Conflicts in the 21st Century More Humane? Some Remarks on the War in Ukraine	177
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.13	
Prof. Marcin Wiącek, University of Warsaw, Poland The European Convention on Human Rights before the Polish Constitutional Court: On Review of the Constitutionality of International Treaties and the Effects of Judgments Issued by the Polish Constitutional Court	186
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.14	
Prof. Roman Wieruszewski, European High School of Law and Administration in Warsaw, Poland Constitutional Freedoms and Human Rights: An Analysis of Threats	199
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.15	
Prof. Adam Wiśniewski, University of Gdańsk, Poland Prof. Wojciech Zalewski, University of Gdańsk, Poland Analysis of the Institution of Excluding the Possibility of Conditional Early Release Based on Standards Resulting from Case Law of the ECHR	214
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.16	

Prof. Jerzy Zajadło, University of Gdańsk, Poland	
Universal Declaration of Human Rights: The Actuality of Same Difficult Compromise	232
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.17	

COMMENTARIES

Agnieszka Gajda, PhD, University of Gdańsk, Poland	
A Reliable Justification of a Court Judgment as an Element of the Right to a Fair Trial Judgement of the European Court of Human Rights of 9 March 2023 in the Case of <i>Cupiał v. Poland</i> (Application no. 67414/11)	253
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.18	
Prof. Hanna Gronkiewicz-Waltz, University of Warsaw, Poland	
Can Judicial Jurisprudence Contribute to the Constitutional Right to Housing? Judgement of the Court of Justice of the European Union of 15 June 2023, C-520/21	262
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.19	
Dagmara Jaroszewska-Choraś, PhD, Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz, Poland	
The Confirmation of the Obligation to Institutionalize Same-Sex Couples Judgement of the European Court of Human Rights of 12 December 2023 in the Case of <i>Przybyszewska and Others v. Poland</i> (Applications nos. 11454/17 and 9 Others)	273
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.20	
Agata Hauser, PhD, Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland	
Social Rights in the Rulings of the European Court of Human Rights from an International Perspective Judgment of the European Court of Human Rights of 14 December 2023 (Grand Chamber) in the Case of <i>Humpert and Others v. Germany</i> (Applications nos. 59433/18, 59477/18, 59481/18 and 59494/18)	284
https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.21	

VARIA

Prof. Lech Jamróz, University of Białystok, Poland	
International Scientific Conference entitled "Elements and Dynamics of the European Legal Standard", Gdańsk, 18–19 April 2024 (Report)	293

Artykuły



Michał Balcerzak

Uniwersytet Szczeciński, Polska

michal.balcerzak@usz.edu.pl

ORCID: 0000-0002-6421-1742

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.01>

Prawa człowieka w sytuacjach kryzysowych – zastosowanie klauzuli derogacyjnej w art. 15 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i prace Rady Europy

Wprowadzenie

Nie będzie przesadą stwierdzenie, że lata 20. XXI w. to czas kryzysów i sytuacji nadzwyczajnych, stanowiących zagrożenie dla praw człowieka. Wprawdzie sytuacje tego rodzaju nie stanowiły rzadkości także wcześniej, jednak globalna pandemia COVID-19 w latach 2020–2022, w połączeniu z kryzysem wywołanym zmianami klimatycznymi, a także kryzys bezpieczeństwa europejskiego i światowego uzasadniają tezę, że doszło do nałożenia się wielu zdarzeń i czynników kryzysowych, co współcześnie przyjęło się nazywać „polikryzysem”. Są to czasy wystawiające na próbę zarówno stan przestrzegania praw człowieka, jak i systemy międzynarodowe zaprojektowane z myślą o kontroli wykonywania zobowiązań państw oraz współdziałaniu na rzecz poprawy standardów w tej dziedzinie.

W tym kontekście należy odnotować, że pandemia COVID-19 wywołała intensywną refleksję na temat tego, w jaki sposób państwa reagują na niebezpieczeństwa dla życia publicznego, wymagające czasowych ograniczeń niektórych praw i wolności. Refleksja ta była podejmowana zarówno w pracach organizacji międzynarodowych, jak i na forum doktrynalnym¹. Poniżej przytaczam i komentuję wnioski, jakie sformułowano na temat praw człowieka w sytuacjach kryzysowych, analizując powoływanie się przez państwa-strony Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności² na jej art. 15, przewidujący możliwość derogacji niektórych zobowiązań zawartych w tym traktacie. Wnioski te zostały przedstawione przez Grupę projektodawczą CDDH-SCR (*Drafting Group on Human Rights in situations of crisis*) utworzoną przez Komitet

¹ Zob. m.in. *COVID-19 and Human Rights*, eds. A. Lyons, M.F. Davis, M. Kjaerum, Routledge 2021.

² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: EKPCz lub Konwencja).

Zarządzający Praw Człowieka Rady Europy, pracującą nad tym zagadnieniem w latach 2022–2024.

Mandat Grupy CDDH-SCR polegał na analizie praktyki państw członkowskich Rady Europy, a następnie na przygotowaniu sprawozdania w odniesieniu do derogacji na podstawie art. 15 EKPCz w sytuacjach kryzysowych. Ponadto Grupa opracowała dokument (tzw. *toolkit*) ułatwiający państwom dokonywanie oceny wpływu środków stosowanych w sytuacjach kryzysowych na prawa człowieka, a także projekt zalecenia Komitetu Ministrów RE o skutecznej ochronie praw człowieka w sytuacjach kryzysowych³.

Tytułem wprowadzenia należy poczynić następującą uwagę terminologiczną: okolicznością uzasadniającą powołanie się przez państwo-stronę EKPCz na art. 15 dla uzasadnienia tymczasowego zawieszenia niektórych zobowiązań konwencyjnych jest „wojna lub inne niebezpieczeństwo publiczne zagrażające życiu narodu”. Tymczasem w pracach Grupy CDDH-SCR przyjęto szerszą perspektywę, nie nawiązując do terminologii użytej w art. 15 Konwencji – „niebezpieczeństwo publiczne” (*public emergency*), lecz posługując się sformułowaniem „sytuacje kryzysowe” (*situations of crisis*). Pomiedzy wspomnianymi terminami nie należy stawiać znaku równości, gdyż sytuacja kryzysowa może nie osiągnąć pułapu niebezpieczeństwa publicznego, o którym mowa w art. 15 EKPCz. W sprawozdaniu z prac Grupy CDDH-SCR wyjaśniono, że „sytuację kryzysową rozumie się jako każdą sytuację, która wymaga odpowiedzi państwa, która może wiązać się ze zmianami w podziale władzy i funkcji na poziomie państwa, a także przyjęcie środków wykraczających poza zwykłe ramy prawne, niezależnie od tego, czy środki takie zostały przyjęte w ramach ogłoszonego stanu wyjątkowego czy też nie, lub w podobnym reżimie prawnym”⁴.

W kontekście powyższego „sytuacja kryzysowa” jest definiowana przez pryzmat reakcji państwa i zmian w alokacji kompetencji organów państwowych w reakcji na zagrożenie, a nie przez wpływ tego zagrożenia na życie publiczne. Tak rozumiane pojęcie „sytuacji kryzysowej” czy też „kryzysu” zostało uznane za użyteczne dla prac Grupy projektodawczej CDDH-SCR, natomiast należy pamiętać, że nie wpływa to na interpretację konwencyjnego pojęcia „niebezpieczeństwa publicznego”, wynikającego z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz lub Trybunał). W orzecznictwie tym przyjęto, że „niebezpieczeństwo publiczne” to nadzwyczajne i nagle zagrożenie, które wpływa na całą populację i tworzy zagrożenie dla zorganizowanego życia wspólnoty tworzącej państwo⁵.

³ Projekt zalecenia w tłumaczeniu na jęz. polski został zamieszczony na końcu niniejszego opracowania.

⁴ Zob. Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia CM/Rec(2004)xx Komitetu Ministrów w sprawie skutecznej ochrony praw człowieka w sytuacjach kryzysowych, CDDH-SCR(2004)R6 Addendum, s. 6.

⁵ Wyrok ETPCz z dnia 18 stycznia 1978 r. w sprawie *Lawless przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, HUDOC, § 207.

1. Przegląd procedur wewnętrznych państw-stron EKPCz w odniesieniu do derogacji w sytuacjach kryzysowych na podstawie art. 15 Konwencji

Wypada zacząć od stwierdzenia, że mechanizm pozwalający na odstępianie od wykonywania niektórych zobowiązań zawartych w EKPCz w czasie wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego (mechanizm derogacyjny) w art. 15 EKPCz został poddany szczegółowej analizie w piśmiennictwie, stąd nie ma potrzeby powtarzania ustaleń na temat jego istoty i interpretacji⁶. Celem poniższych rozważań jest natomiast skomentowanie ustaleń raportu Grupy projektodawczej CDDH-SCR (dalej: raport CDDH-SCR)⁷, która zebrała dane o praktyce państw-stron Konwencji w odniesieniu do stosowania art. 15 EKPCz, a w szczególności skupiła się na dylematach związanych z powoływaniem się na klauzulę derogacyjną w kontekście pandemii COVID-19. Przypomnijmy bowiem, że w 2020 r. aż (lub tylko) dziesięć państw-stron Konwencji zdecydowało się powołać na art. 15 EKPCz dla uzasadnienia tymczasowego zawieszenia niektórych praw i wolności konwencyjnych. Co ciekawe, niemal wszystkie z tych państw należały w sensie geograficznym do Europy Wschodniej⁸.

Sprawozdanie z prac Grupy projektodawczej CDDH-SCR ma tę niewątpliwą zaletę, że gromadzi i analizuje dane na temat stosowania przez państwa-strony EKPCz mechanizmu derogacji, uzyskane w odpowiedzi na ankietę⁹. Zawarto w niej m.in. pytania o tryb i procedurę wewnętrzną (tj. krajową) prowadzącą do decyzji o derogacji, a także o dotychczasowe doświadczenia państw w tym zakresie. W szczególności zapytano państwa o sytuacje, w których rozważano zgłoszenie derogacji, ale ostatecznie do niej nie doszło. Ponadto zwrócono się do państw o informacje o stosowaniu oceny wpływu na prawa człowieka (*human rights impact assessment*) w okolicznościach innych niż przy rozważaniu derogacji.

Z odpowiedzi państw-stron na ankietę Grupy CDDH-SCR wynika, że procedurę podejmowania decyzji o zasadności lub niezasadności derogowania zobowiązań na podstawie EKPCz posiadają tylko cztery państwa-strony: Finlandia, Łotwa, Hiszpania

⁶ W piśmiennictwie polskim zob. m.in. T. Jasudowicz, *Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych* [w:] *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, red. *idem*, Toruń 1997, s. 45–82; B. Latos, *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2008; L. Garlicki, *Artykuł 15 [w:] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, red. *idem*, Warszawa 2010, s. 794–808; M. Balcerzak, *O celach i funkcjach klauzuli derogacyjnej z art. 15 Europejskiej konwencji praw człowieka w kontekście pandemii COVID-19* [w:] *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Warszawa 2020, s. 627–643.

⁷ Zob. *Report on member States' practice in relation to derogations from the ECHR in situations of crisis*, 16 grudnia 2022 r., CDDH(2022)R97 Addendum 4, <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-draft-report-on-member-states/1680a96acd> [dostęp: 12.12.2024].

⁸ Notyfikacje na podstawie art. 15 EKPCz w związku z pandemią COVID-19 złożyły: Albania, Armenia, Estonia, Gruzja, Łotwa, Macedonia Północna, Mołdawia, Rumunia, San Marino i Serbia.

⁹ Zob. *Report...*, s. 26–27.

i Turcja¹⁰. W Finlandii kwestię derogacji od postanowień traktatów z dziedziny praw człowieka reguluje ustawa o kompetencjach w stanie nadzwyczajnym, która przewiduje taką możliwość jedynie w odniesieniu do najpoważniejszych kryzysów militarnych zagrażających istnieniu państwa. W pozostałych przypadkach państwo jest zobligowane do działania w ramach ograniczeń traktatowych. Derogacja jest możliwa tylko po ogłoszeniu stanu nadzwyczajnego przez rząd działający wspólnie z prezydentem, a ostateczną decyzję o derogacji podejmuje rząd na wniosek ministra spraw zagranicznych.

Na Łotwie ustawa o stanach nadzwyczajnych pozwala Radzie Ministrów przy podejmowaniu decyzji w tym przedmiocie na wprowadzenie „całkowitego lub częściowego zawieszenia wykonywania zobowiązań zawartych w porozumieniach międzynarodowych, jeżeli ich wykonywanie może mieć negatywny wpływ na zapobieżenie lub przezwyciężenie zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego”. Ta podstawa ustawowa umożliwi rządowi derogowanie zobowiązań traktatowych, a ostateczna decyzja należy do ministra odpowiedzialnego za wykonywanie konkretnego traktatu; w przypadku Konwencji jest to minister spraw zagranicznych. Łotwa należy do grona państw, które notyfikowały derogację na podstawie art. 15 EKPCz w związku ze środkami podjętymi w odpowiedzi na pandemię COVID-19, co miało miejsce po wprowadzeniu specjalnego reżimu ustawowego.

Ustawodawstwo hiszpańskie, a konkretnie ustawa nr 25/2014 o traktatach i innych porozumieniach międzynarodowych pozwala na „zawieszenie” stosowania traktatu zgodnie z regułami przewidzianymi w nim samym lub w ogólnych zasadach prawa międzynarodowego. Decyzję w tej sprawie podejmuje Rada Ministrów na wniosek ministra spraw zagranicznych i współpracy, w koordynacji z ministerstwem odpowiedzialnym za przedmiot traktatu. W przypadku derogacji zobowiązań zawartych w najważniejszych traktatach, takich jak EKPCz, decyzja podlega zatwierdzeniu przez parlament. Procedura podejmowania decyzji o zawieszeniu stosowania traktatu przez władzę wykonawczą nie przewiduje oceny wpływu na prawa człowieka, jednak takiej oceny może dokonać parlament w kontekście zatwierdzenia lub braku zatwierdzenia decyzji rządu.

W Turcji kwestia zawieszenia praw i zobowiązań zawartych w traktatach z dziedziny praw człowieka może być rozpatrywana po ogłoszeniu przez prezydenta stanu nadzwyczajnego w zgodzie z warunkami i procedurą przewidzianą w konstytucji i ustawie o stanie nadzwyczajnym z 1993 r.

Szereg państw w odpowiedzi na ankietę przesłaną przez Grupę CDDH-SCR opisał swoje procedury i działania *ad hoc*, podejmowane wiosną 2020 r. po wystąpieniu kryzysu sanitarnego wywołanego koronawirusem¹¹. W Czechach działania *ad hoc* polegały na konsultacji i wymianie korespondencji pomiędzy rządowym komisarzem do spraw praw człowieka a Ministerstwem Spraw Zagranicznych (dalej: MSZ). W Estonii procedura *ad hoc* obejmowała konsultacje z udziałem MSZ, kancelarii premiera

¹⁰ Zob. *ibidem*, pkt 30.

¹¹ *Ibidem*, pkt 40 i nn.

i krajowej instytucji praw człowieka (*Öiguskantsler*). W ich wyniku uznano, że działania podejmowane na skutek pandemii COVID-19 były wprawdzie zgodne z konstytucją krajową, ale sytuacja była daleka od normalnej, co wpłynęło na decyzję rządu estońskiego, aby notyfikować podjęte środki Sekretarzowi Generalnemu RE na podstawie art. 15 EKPCz. Estończycy w deklaracji o derogacji zaznaczyli, że środki te „mogą” łączyć się z derogacją niektórych zobowiązań konwencyjnych, ale nie przesądzały tej kwestii.

Francja, odpowiadając na ankietę Grupy CDDH-SCR, poinformowała, że środki podejmowane w stanach nadzwyczajnych były oceniane pod kątem wpływu na prawa wynikające z EKPCz przez służby prawne Ministerstwa Europy i Spraw Zagranicznych, we współpracy z odpowiednimi resortami (spraw wewnętrznych, sprawiedliwości, zdrowia). Ocenę wpływu na prawa człowieka przeprowadza się z odniesieniem do standardów konstytucyjnych, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a także innych traktatów międzynarodowych, w tym Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹². Ogłoszenie stanu nadzwyczajnego we Francji nie oznacza automatycznie konieczności derogowania niektórych zobowiązań z EKPCz. Od czasu przystąpienia do EKPCz w 1974 r. Francja siedmiokrotnie ogłaszała stan wyjątkowy w odniesieniu do całości lub części swojego terytorium, a raz – stan nadzwyczajny z powodów sanitarnych. Jednak tylko dwukrotnie skorzystała z mechanizmu derogacyjnego na podstawie art. 15 EKPCz. Ostateczna decyzja o powołaniu się na art. 15 Konwencji należy do rządu, odpowiedzialnego przed parlamentem.

W Wielkiej Brytanii *Human Rights Act* z 1998 r. przewiduje procedurę „desygnowania” derogacji, która jest nie tyle procedurą decydowania o powołaniu się na art. 15 Konwencji, co wywołuje skutek w prawie wewnętrznym, prowadząc do derogowania na podstawie prawa międzynarodowego. Decyzja o „desygnowaniu” derogacji podjęta przez rząd podlega zatwierdzeniu w obu izbach parlamentu w ciągu 40 dni. W powyższej procedurze nie dokonuje się oceny wpływu na prawa człowieka, jeśli jednak derogacja ma dotyczyć środków legislacyjnych, to rząd jest zobowiązany do przedstawienia analizy dotyczącej praw człowieka wraz z projektem aktu legislacyjnego; ponadto projekt podlega także ocenie parlamentarnej połączonej komisji do spraw praw człowieka.

Warto odnotować, że w polskim porządku prawnym kwestia zawieszenia stosowania umowy międzynarodowej jest uregulowana u ustawie o umowach międzynarodowych¹³, ale dotyczy ona zawieszenia umowy w całości. Zasadniczo można byłoby wywodzić, *a maiori ad minus*, że w drodze tej procedury można także doprowadzić do

¹² Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; dalej: MPPOiP).

¹³ Zob. art. 23 ust. 3 ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 127 ze zm.). Minister kierujący działem administracji rządowej właściwy do spraw, których dotyczy umowa międzynarodowa, po uzgodnieniu z zainteresowanymi ministrami, składa Radzie Ministrów, za pośrednictwem ministra właściwego do spraw zagranicznych, wnioski o zawieszenie lub przywrócenie stosowania umowy międzynarodowej. Decyzję w sprawie zmiany zakresu obowiązywania umowy międzynarodowej podejmuje Prezydent RP, natomiast w świetle art. 25 ust. 2 przywołanej ustawy zmiana zakresu obowiązywania umowy międzynarodowej ratyfikowanej za zgodą Sejmu wymaga uprzedniej zgody wyrażonej w tej ustawie.

zawieszenia stosowania części umowy międzynarodowej, aczkolwiek jej wieloetapowy i potencjalnie czasochłonny charakter stawia pod znakiem zapytania, czy jest to optymalny sposób podejmowania decyzji o powołaniu się na klauzulę derogacyjną w EKPCz. Należy przy tym podkreślić, że polskie prawo nie ustanawia osobnej procedury podejmowania decyzji o ewentualnym powołaniu się na art. 15 EKPCz dla uzasadnienia środków derogujących stosowanie niektórych praw i wolności.

Interesujące, że ustawa o stanie wyjątkowym przewiduje, iż „Minister właściwy do spraw zagranicznych notyfikuje Sekretarzowi Generalnemu Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy wprowadzenie i zniesienie stanu wyjątkowego”¹⁴. Funkcja tego przepisu nie jest do końca jasna, ponieważ trudno doszukać się postanowień prawa międzynarodowego, które obligują do informowania Sekretarzy Generalnych tych dwóch organizacji o każdorazowym wprowadzaniu lub znoszeniu stanów nadzwyczajnych. Ponadto sama notyfikacja, o której mowa w ustawie o stanie wyjątkowym, nie jest równoważna z powołaniem się na klauzulę derogacyjną z art. 15 EKPCz (lub – analogicznie – art. 4 MPPOiP).

Jak wiadomo, Polska nie powołała się na art. 15 EKPCz w kontekście wprowadzenia środków zwalczających skutki pandemii COVID-19. Z polskiej odpowiedzi na ankietę Grupy CDDH-SCR wynika, że taka możliwość była rozpatrywana jako rozwiązanie doraźne, realizowane w drodze uchwały Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego w przypadku danego ograniczenia. Jednak żadne z ministerstw konsultowane przez MSZ w tej sprawie nie opowiedziało się za taką potrzebą¹⁵. Można wysunąć przypuszczenie, że na decyzji o braku powołania się na art. 15 EKPCz w kontekście COVID-19 mógł zaważyć zarówno brak doświadczeń z uruchamianiem procedury derogacyjnej, jak i przekonanie, że nie jest to konieczne i wystarczają zwykłe ramy prawne, pozwalające na stosowanie ograniczeń w korzystaniu z praw człowieka. Trzeba w tym miejscu podkreślić, że z perspektywy konwencyjnej i konstytucyjnej ochrony praw człowieka decyzja o braku derogacji jest z pewnością korzystniejsza niż decyzja o jej zastosowaniu. O ile bowiem w mechanizmie derogacyjnym można upatrywać odciążenia organów państwa i poluznienia gorsetu zobowiązań traktatowych w dziedzinie praw człowieka dla skoncentrowania się na zwalczaniu stanu nadzwyczajnego, o tyle derogacja prowadzi do obniżenia poziomu ochrony i trudno uznać ją za dobrodziejstwo.

Na marginesie trzeba wspomnieć, że w Polsce w czasie pandemii COVID-19 wprowadzono żadnego ze stanów nadzwyczajnych przewidzianych w Konstytucji RP¹⁶, tj. stanu wyjątkowego lub stanu klęski żywiołowej. Zastosowano natomiast przepisy ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi¹⁷, pozwalające ogłosić stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii. W świetle art. 46 ust. 1 tej ustawy stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii na obszarze

¹⁴ Zob. art. 7 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1928 ze zm.).

¹⁵ Zob. *Report...*, pkt 37.

¹⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁷ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 924 ze zm.; dalej: u.z.z.z.).

województwa lub jego części ogłasza wojewoda w drodze rozporządzenia, na wniosek państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego. Natomiast jeżeli zagrożenie epidemiczne lub epidemia występuje na obszarze więcej niż jednego województwa, stany te może ogłosić w drodze rozporządzenia minister właściwy do spraw zdrowia, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw administracji publicznej, na wniosek Głównego Inspektora Sanitarnego (art. 46 ust. 2 u.z.z.z.). Przepisy wspomnianej ustawy nadają wymienionym wyżej organom kompetencje do ustanowienia pewnych czasowych ograniczeń, zakazów i nakazów, także w zakresie praw i wolności (np. wolności przemieszczania się). W ustawie nie ma jednak żadnych przepisów odnoszących się do ewentualnego wszczęcia procedury prowadzącej do powołania się na art. 15 Konwencji i notyfikację derogacji niektórych praw zawartych w EKPCz.

2. Praktyka powoływania się na art. 15 EKPCz przez państwa-strony Konwencji

Jak już wspomniano, najnowsze doświadczenia w zakresie powoływania się przez państwa-strony Konwencji na art. 15 tego aktu dotyczą okresu pandemii COVID-19 i lat 2020–2021; wcześniej względy sanitarne stanowiły podstawę takiej notyfikacji jedynie sporadycznie (Gruzja poinformowała o takich środkach w 2006 r. po wykryciu ogniska ptasiej grypy H5N1). W raporcie CDDH-SCR przypomniano natomiast inne okoliczności, które były podstawą powoływania się przez państwa-strony EKPCz na klauzulę derogacyjną. Okoliczności te podzielono umownie na następujące kategorie:

1. derogacje w kontekście zagrożenia terrorystycznego:

- notyfikacje Zjednoczonego Królestwa w odniesieniu do Irlandii Północnej w latach 1957–2001, a także w stosunku do zagrożenia ze strony osób podejrzewanych o terroryzm międzynarodowy w latach 2001–2005,
- notyfikacje Irlandii w latach 1957–1962 oraz 1976–1977,
- notyfikacje Turcji w latach 1990–2002 w kontekście zagrożenia bezpieczeństwa narodowego,
- notyfikacje Francji w latach 2015–2017;

2. derogacje w kontekście międzynarodowych konfliktów zbrojnych:

- notyfikacje Ukrainy w związku z działaniami separatystów wspomaganymi przez armię rosyjską w 2014 r. oraz po napaści Rosji na Ukrainę w 2022 r.,
- notyfikacje Armenii i Azerbejdżanu w związku z konfliktem o Górski Karabach w 2020 r.,
- notyfikacja Mołdawii z 2022 r. w związku z zagrożeniem wywołanym napaścią Rosji na Ukrainę;

3. derogacje w kontekście prób zamachu stanu lub powstań:

- notyfikacje Turcji z lat 1963–1964, 1970, 1971–1973, 1980–1987 i 2016–2018,
- notyfikacje junty wojskowej w Grecji w 1967 r.,
- notyfikacja Gruzji z 2007 r.;

4. derogacje w kontekście gwałtownych niepokojów społecznych:

- notyfikacje Turcji w latach 1961–1963, 1974–1975, 1978–1980,
- notyfikacja Francji w stosunku do Nowej Kaledonii w 1985 r.,
- notyfikacja Albanii w 1997 r.,
- notyfikacja Armenii w 2008 r.¹⁸

W raporcie CDDH-SCR zwrócono uwagę na różnorodność stosowania notyfikacji derogacyjnych, jeśli chodzi o zakres temporalny (od kilku tygodni w przypadku pojedynczych zdarzeń do kilkudziesięciu lat w odniesieniu do zagrożeń terrorystycznych), a także przestrzenny (niektóre notyfikacje dotyczyły części terytorium państw-stron Konwencji)¹⁹. W przypadku stosowania klauzuli derogacyjnej w kontekście COVID-19 deklaracje państw-stron obejmowały całe terytorium i trwały zwykle od dwóch do sześciu miesięcy, a niekiedy dłużej (Gruzja notyfikowała środki derogacyjne dotyczące zwalczania pandemii dwukrotnie – w marcu 2020 i styczniu 2022 r., które w sumie były stosowane przez okres dwóch lat i dziewięciu miesięcy).

Praktyka stosowania art. 15 EKPCz w kontekście zakresu praw i wolności dotkniętych środkami derogacyjnymi jest także różnorodna. Odpowiadając na zagrożenia związane z COVID-19, państwa-strony Konwencji deklarowały zastosowanie środków tymczasowo zawieszających korzystanie m.in. z prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego oraz prawa do rzetelnego procesu (Estonia i Gruzja), a także prawa do prywatności i wolności zgromadzeń (Albania, Estonia, Gruzja, Litwa, Macedonia Północna). Niektóre notyfikacje informowały o środkach ingerujących w prawo do edukacji i swobodę poruszania się (art. 2 Protokołu nr 1 oraz art. 2 Protokołu nr 4 do EKPCz).

Nie jest łatwo jednoznacznie scharakteryzować motywację państw-stron EKPCz, które zdecydowały się notyfikować środki derogacyjne na podstawie art. 15 Konwencji. Dla części państw (np. Estonii) powodem złożenia notyfikacji było przekonanie, że szeroko i ogólnie zastosowane restrykcje bez zindywidualizowanego podejścia (tj. w odniesieniu do całej populacji) mogą być później uznane za nie do zaakceptowania przez ETPCz. Podobne zdanie wyraziła Łotwa, dodając, że decyzja o derogacji była także podyktowana dążeniem do tego, aby zastosowane ograniczenia praw i wolności nie wyszły poza ramy wskazane w notyfikacji. Dla niektórych państw zgłoszenie derogacji miało wręcz wymiar symboliczny, pozwalający na podkreślenie, że zastosowane środki nie stanowią części normalnego reżimu prawnego. Francja zaznaczyła z kolei, że wynikający z orzecznictwa ETPCz warunek nieadekwatności „zwykłych środków lub restrykcji, przewidzianych w Konwencji dla zachowania bezpieczeństwa publicznego, zdrowia i porządku publicznego” (dla dopuszczalności derogacji) może być dla niektórych państw zachętą do ogłaszania stanów nadzwyczajnych i derogowania praw konwencyjnych, aby korzystać z szerszego marginesu oceny²⁰.

Kwestia relacji między stosowaniem derogacji na podstawie art. 15 EKPCz a formalnym wprowadzeniem stanu nadzwyczajnego, a precyzyjniej rzecz ujmując –

¹⁸ Zob. *Report...*, pkt 48–51.

¹⁹ *Ibidem*, pkt 57 i nn.

²⁰ *Ibidem*, pkt 100.

uzależnieniem dopuszczalności derogacji od oficjalnego ogłoszenia takiego stanu – nie jest jednakowo postrzegana wśród państw-stron Konwencji. W niektórych państwach ogłoszenie stanu nadzwyczajnego jest konieczne dla ewentualnej derogacji (Armenia, Niderlandy), zaś w niektórych nie (m.in. Belgia, Estonia, Francja, Litwa, Czarnogóra, Polska, Wielka Brytania)²¹. W świetle sformułowania art. 15 EKPCz takiej konieczności nie widzi także ETPCz, natomiast warto dodać, że kwestia ta wygląda inaczej z perspektywy mechanizmu derogacyjnego przewidzianego w art. 4 MPPOiP, gdyż derogacja na tej podstawie wymaga „oficjalnego ogłoszenia stanu niebezpieczeństwa publicznego”.

Podsumowanie

Prace Grupy CDDH-SCR pozwoliły przeanalizować i rzucić więcej światła na praktykę państw-stron Konwencji w odniesieniu do stosowania art. 15 EKPCz. Odpowiedzi na ankietę dały asumpt do porównań i wniosków, z których za najważniejszy należy uznać brak jednolitego podejścia państw do instytucji derogacji, tak w warstwie funkcjonalnej, jak i warstwie procedur krajowych. Jeśli chodzi o tę pierwszą – należy mieć na względzie, że tymczasowe zawieszenie wykonywania niektórych zobowiązań konwencyjnych jest zawsze uprawnieniem, a nie obowiązkiem państwa. Sposób korzystania z tego uprawnienia podlega kontroli ETPCz, jeśli argument dotyczący derogacji zostanie podniesiony przez państwo w postępowaniu ze skargi indywidualnej (ewentualnie międzypaństwowej). W każdym wypadku nie istnieje prawnomiędzynarodowy obowiązek derogacji zobowiązań z powołaniem się na art. 15 EKPCz, a jedynie taka możliwość w ściśle określonych okolicznościach. Możliwość ta wywołuje obniżenie poziomu ochrony praw i wolności człowieka, stąd trudno decyzję o derogacji traktować jako sprzyjającą tej ochronie.

Odnośnie do aspektu proceduralnego, tj. procedur krajowych stosowanych przy podejmowaniu decyzji o derogacji, prace Grupy CDDH-SCR wykazały duże zróżnicowanie praktyki, a także sporadyczność występowania procedur przewidzianych *stricto* dla decydowania o notyfikacji na podstawie art. 15 Konwencji. Należy zauważyć, że EKPCz wprowadza reżim proceduralny związany ze stosowaniem klauzuli derogacyjnej (obowiązek notyfikacji Sekretarzowi Generalnemu RE), ale tylko z perspektywy samego sposobu zakomunikowania decyzji państwa. Kwestia procedur wewnętrznych pozostaje w zakresie swobody państwa-strony EKPCz, jednak trudno byłoby zaprzeczyć, że istnienie procedury krajowej przewidzianej *expressis verbis* w przypadku rozważania derogacji na podstawie art. 15 EKPCz niewątpliwie poprawia gotowość systemu prawnego państwa-strony na odpowiednie zareagowanie w przypadku niebezpieczeństwa publicznego. Stąd też należy sformułować postulat, aby taką procedurę wyraźnie określono w polskim systemie prawnym, znosząc występującą obecnie

²¹ *Ibidem*, pkt 86 i nn.

lukę. Istotnym elementem takiej procedury powinno być dokonywanie wszechstronnej oceny wpływu stosowanych środków na stan przestrzegania praw człowieka.

Należy też podkreślić, że motywacją dla wprowadzenia czytelnych procedur decyzyjnych o derogacji na podstawie art. 15 EKPCz jest wspomniany na początku tego opracowania „polikryzys”, a w szczególności zagrożenie bezpieczeństwa międzynarodowego w Europie wywołanego napaścią Rosji na Ukrainę w 2022 r. i konfrontacyjną postawą państwa-agresora. Systemy prawne państw członkowskich Rady Europy posiadają zdolność reakcji na różne scenariusze, w tym związane z konfliktem zbrojnym lub hybrydowym. Jednak nie jest bezzasadny postulat, aby kwestia stosowania art. 15 EKPCz „w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu” była regulowana przez dobrze przemyślaną procedurę wewnętrzną w każdym państwie członkowskim Rady Europy.

Aneks

Projekt zalecenia CM/Rec(2024)xx Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie skutecznej ochrony praw człowieka w sytuacjach kryzysowych²²

Komitet Ministrów Rady Europy, na podstawie z art. 15 lit. b Statutu Rady Europy,

zważywszy, że celem Rady Europy jest osiągnięcie większej jedności wśród jej państw członkowskich, m.in. poprzez promowanie wspólnych standardów w dziedzinie praw człowieka;

przypominając o obowiązku państw członkowskich zapewnienia każdej osobie w ich jurysdykcji praw i wolności wskazanych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka [...] i protokołach do niej, jeśli mają zastosowanie; oraz, w stosownych przypadkach, obowiązkach wynikających z Europejskiej Karty Społecznej [...] lub Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej [...], a także innych europejskich i międzynarodowych instrumentach praw człowieka;

uznając współpowiązanie praw człowieka, demokracji i praworządności oraz że wszystkie prawa człowieka są uniwersalne, niepodzielne, współzależne i wzajemnie powiązane, oraz że powinny one przysługiwać wszystkim bez dyskryminacji;

²² Tłumaczenie własne autora. Tekst w jęz. angielskim projektu zalecenia (łącznie z memorandum wyjaśniającym) dostępny pod adresem: <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-drafting-group-on-human-right/1680a8cf03> [dostęp: 12.12.2024].

przyznając [istnienie] zwiększonego ryzyka naruszeń praw człowieka, które może wystąpić w sytuacjach kryzysowych, w tym w wyniku środków podjętych w celu zaradzenia takim sytuacjom, oraz podkreślając potrzebę przyjęcia podejścia opartego na prawach człowieka podczas reagowania na kryzys;

przyznając, że kryzysy mają nieproporcjonalny wpływ na kobiety i dziewczęta;

wyrażając zaniepokojenie wpływem niedawnych kryzysów na prawa człowieka, które dotknęły lub nadal dotyczą państwa członkowskie, takich jak pandemia COVID-19 i wojna wywołana agresją rosyjską na Ukrainę;

przypominając Deklarację ateńską przyjętą w czasie greckiego Przewodnictwa w Komitecie Ministrów z dnia 4 listopada 2020 r. pt. „Skuteczna reakcja na kryzys zdrowia publicznego z pełnym poszanowaniem praw człowieka, demokracji i praworządności”, w której podkreślono zasadnicze znaczenie praw człowieka w czasach kryzysu;

uwzględniając Wytyczne Komitetu Ministrów w sprawie zapewnienia równości i ochrony przed dyskryminacją i nienawiścią podczas pandemii COVID-19 i podobnych kryzysów w przyszłości, a także „toolkit” Komitetu Ministrów dotyczący oceny wpływu działań podejmowanych przez państwo w sytuacjach kryzysowych na prawa człowieka oraz Raport Komitetu Zarządzającego ds. Praw Człowieka na temat praktyki państw członkowskich w odniesieniu do derogacji na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w sytuacjach kryzysowych;

potwierdzając, że derogacja na podstawie art. 15 Konwencji ma charakter wyjątkowej procedury, która jest dopuszczalna tylko w czasie wojny lub innego zagrożenia publicznego zagrażającego życiu narodu, oraz że niektóre prawa są niederogowalne, nawet w najbardziej trudnych okolicznościach;

zaleca, aby rządy państw członkowskich:

1. zapewniły, że prawa człowieka są szanowane i skutecznie chronione podczas sytuacji kryzysowych;
2. w tym celu zapewniły, że zasady zawarte w załączniku do niniejszego zalecenia są wdrażane w praktyce i, jeśli to właściwe, w prawie krajowym;
3. zbadały, w ramach Komitetu Ministrów, wdrażanie niniejszego zalecenia nie później niż pięć lat po jego przyjęciu.

Załącznik do zalecenia CM/Rec(2024)xx

I. Ramy uprawnień nadzwyczajnych

1. Państwa członkowskie powinny, jeśli to możliwe, reagować na sytuację kryzysową z użyciem zwykłych uprawnień.
2. Państwa członkowskie powinny zapewnić, że uprawnienia nadzwyczajne przysługują władzy wykonawczej jedynie w wyjątkowych okolicznościach, gdy normalnie przysługujące uprawnienia byłyby wyraźnie niewystarczające, aby umożliwić skuteczną reakcję na sytuację kryzysową, w celu przezwyciężenia kryzysu i powrotu do sytuacji normalności.
3. Państwa członkowskie powinny zapewnić, aby ramy prawne regulujące uprawnienia nadzwyczajne były zgodne z nadrzędną zasadą rządów prawa i zapewniały, aby wykonywanie takich uprawnień dokonywało się w zgodzie z zasadami legalności, konieczności, proporcjonalności, tymczasowości oraz przewidywalności.
4. Państwa członkowskie powinny szanować rolę samorządu lokalnego, w tym także, gdy to możliwe, konsultując się z władzami lokalnymi przed przekazaniem im obowiązków związanych z kryzysem.

II. Użycie środków nadzwyczajnych

1. Państwa członkowskie powinny zapewnić, że środki nadzwyczajne są zgodne ze zobowiązaniami z zakresu praw człowieka i szanują nadrzędną zasadę rządów prawa. Wszelkie powiązane ograniczenia powinny szanować zasady legalności, konieczności, proporcjonalności, tymczasowości i przewidywalności.
2. Przy rozważaniu, czy i w jakim stopniu należy wprowadzić ograniczające środki nadzwyczajne, państwa członkowskie powinny, w stosownych przypadkach, przeprowadzać ocenę ich wpływu na prawa człowieka.

III. Zasady równości i niedyskryminacji

1. Państwa członkowskie powinny stosować zasady równości i niedyskryminacji, w tym równości płci, przez cały czas reakcji na kryzys.
2. Państwa członkowskie powinny zapewnić, stosownie do okoliczności, terminowe, znaczące, zrównoważone pod względem płci i inkluzywne konsultacje i uczestnictwo przedstawicieli grup mniejszościowych i grup szczególnie wrażliwych w projektowaniu, wdrażaniu i ocenie środków nadzwyczajnych.
3. Państwa członkowskie powinny podjąć odpowiednie środki w celu zapobiegania i zwalczania przestępstw z nienawiści, a także mowy nienawiści i przemocy w sytuacjach kryzysowych.

IV. Rola parlamentów

Państwa członkowskie powinny zapewnić, aby parlamenty kontynuowały wykonywanie swoich uprawnień nadzorczych w sytuacjach kryzysowych, zarówno w odniesieniu do wszelkich decyzji władzy wykonawczej, podejmowanych na podstawie kompetencji nadzwyczajnych, jak i we wdrażaniu środków podejmowanych na podstawie tych kompetencji.

V. Rola systemu sądownictwa

Państwa członkowskie powinny utrzymać niezależność i integralność systemu sądownictwa, a także zapewnić skuteczny nadzór sądowy nad dostępnością i wykonywaniem uprawnień nadzwyczajnych oraz skutkami środków nadzwyczajnych.

VI. Rola niezależnych mechanizmów nadzoru

1. Państwa członkowskie powinny umożliwić niezależnym mechanizmom nadzoru, takim jak rzecznicy praw obywatelskich i krajowe instytucje praw człowieka, kontynuowanie wykonywania ich mandatu, a także powstrzymać się od wszelkich działań, które utrudniałyby działalność tych mechanizmów.
2. Państwa członkowskie powinny zapewnić terminowe, znaczące i inkluzywne konsultacje oraz udział niezależnych mechanizmów nadzoru, takich jak rzecznicy praw obywatelskich i krajowe instytucje praw człowieka, w procesach decyzyjnych związanych z kryzysem.

VII. Rola społeczeństwa obywatelskiego

1. Państwa członkowskie powinny wspierać i chronić kluczową rolę organizacji społeczeństwa obywatelskiego w promowaniu i obronie praw człowieka w sytuacjach kryzysowych.
2. Państwa członkowskie powinny zapewnić terminowe, znaczące i inkluzywne konsultacje oraz udział społeczeństwa obywatelskiego w procesach decyzyjnych związanych z kryzysem.

VIII. Wolność ekspresji i rola mediów

1. Państwa członkowskie powinny chronić wolność ekspresji oraz publiczny dostęp do dokładnych i rzetelnych informacji w sytuacjach kryzysowych.
2. Państwa członkowskie powinny zachować szczególną ostrożność, rozważając wdrożenie i stosowanie środków mogących mieć wpływ na wolność mediów.

IX. Derogacje na podstawie art. 15 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

1. Państwa członkowskie powinny przestrzegać wymogów proceduralnych i materialnych w związku z derogacją na podstawie art. 15, zgodnie z jego interpretacją przez Europejski Trybunał Praw Człowieka.

2. Państwa członkowskie powinny wyklarować i, w stosownych przypadkach, skodyfikować swoje procedury krajowe w związku z derogacją na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Literatura

- Balcerzak M., *O celach i funkcjach klauzuli derogacyjnej z art. 15 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w kontekście pandemii COVID-19* [w:] *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka: księga jubileuszowa profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Warszawa 2020.
- COVID-19 and Human Rights*, eds. A. Lyons, M.F. Davis, M. Kjaerum, Routledge 2021.
- Garlicki L., *Artykuł 15 [w:] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, red. *idem*, Warszawa 2010.
- Jasudowicz T., *Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych [w:] Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, red. *idem*, Toruń 1997.
- Latos B., *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2008.

Streszczenie

Michał Balcerzak

Prawa człowieka w sytuacjach kryzysowych – zastosowanie klauzuli derogacyjnej w art. 15 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i prace Rady Europy

Artykuł dotyczy problematyki praw człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych i kryzysowych, która w kontekście pandemii COVID-19 i innych zagrożeń stała się obiektem wzmożonego zainteresowania zarówno doktryny prawa międzynarodowego, jak i organizacji międzynarodowych. W ramach niniejszego opracowania omówiono wyniki prac Rady Europy nad kwestią odpowiedzi państw na sytuacje nadzwyczajne, a konkretnie sprawozdanie Grupy projektodawczej CDDH-SCR i projekt zalecenia Komitetu Ministrów RE w sprawie skutecznej ochrony praw człowieka w sytuacjach kryzysowych.

Słowa kluczowe: prawa człowieka, sytuacje nadzwyczajne, derogacja, Rada Europy.

Summary

Michał Balcerzak

Human Rights in Times of Crisis: The Application of the Derogation Clause in Article 15 of the European Convention on Human Rights and the Activities of the Council of Europe

The article deals with the issue of human rights in emergency and crisis situations, which in the context of the Covid-19 pandemic and other threats has become an object of increased interest

both for international legal scholarship, as well as international organizations. This article discusses the results of the Council of Europe's work on the issue of states' responses to emergency situations, specifically the report of the CDDH-SCR drafting Group and the draft recommendation of the Committee of Ministers of the European Council on the effective protection of human rights in situations of crisis.

Keywords: human rights, situations of emergency, derogation, Council of Europe.

Maciej Barczewski

Uniwersytet Gdański, Polska

maciej.barczewski@prawo.ug.edu.pl

ORCID: 0000-0001-6083-7249

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.02>

Prawo do zdrowia a prawa własności intelektualnej na tle projektu traktatu pandemicznego Światowej Organizacji Zdrowia

Walka z pandemią choroby koronawirusowej (COVID-19) stała się najpoważniejszym globalnym wyzwaniem w sferze ochrony zdrowia, gospodarki i polityki społecznej od czasów drugiej wojny światowej. Nowe szczepionki opracowane w bezprecedensowy sposób w wyniku wyizolowania i scharakteryzowania pełnej sekwencji genetycznej koronawirusa zespołu ostrej niewydolności oddechowej (SARS-CoV-2) okazały się być kluczowym czynnikiem w zmaganiach ze wspomnianym kryzysem. „Nikt nie jest bezpieczny, dopóki wszyscy nie będą bezpieczni” – to zdanie jak mantrę powtarzali przywódcy polityczni, a także szefowie najważniejszych organizacji międzynarodowych, takich jak Organizacja Narodów Zjednoczonych, Światowa Organizacja Zdrowia (dalej: WHO) i Światowa Organizacja Handlu (dalej: WTO)¹. Mimo to producenci szczepionek, nawet wbrew wcześniej ustalonym harmonogramom, arbitralnie zawieszali lub przekierowywali swoje dostawy do państw najbogatszych. Wspomniany problem dotyczył również innych produktów leczniczych – środków terapeutycznych i diagnostycznych. Kluczowy w tym kontekście wydaje się dostęp do zalecanych przez WHO leków, takich jak Paxlovid, opracowany przez koncern Pfizer czy Molnupiravir koncernu Merck, które skutecznie obniżają prawdopodobieństwo ciężkiego przebiegu i powikłań COVID-19. Tymczasem państwa uprzemysłowione zapewniły sobie niemal trzykrotnie więcej dawek leku Paxlovid niż kraje o niskich i średnich dochodach, mimo że to właśnie one stanowią 84% światowej populacji i tylko niewielka – w przeciwieństwie do państw najbogatszych – część ich populacji została zaszczepiona przeciwko COVID-19².

Skierowanie dostaw szczepionek oraz środków leczniczych przede wszystkim do państw uprzemysłowionych oraz związane z tym opóźnienia i trudności w dostępie do produktów leczniczych w państwach rozwijających się i najmniej rozwiniętych

¹ M. Barczewski, 'No One Is Safe Until Everyone Is Safe' – *The Erosion of the WTO System of Intellectual Property Rights for Pharmaceutical Products?*, „GRUR International” 2021, no. 7, s. 619.

² OXFAM International, *Just a quarter of Pfizer's COVID-19 treatment orders will go to developing countries*, November 2022, <https://www.oxfam.org/en/press-releases/just-quarter-pfizers-covid-19-treatment-orders-will-go-developing-countries> [dostęp: 3.05.2024].

obnażyły zarazem istotne słabości globalnego systemu ochrony zdrowia w zakresie stopnia przygotowań, a także współpracy międzynarodowej w walce z nowym rodzajem zagrożenia. Wspomniane niedomagania stały się przyczynkiem do zainicjowania ogólnoświatowej debaty na temat zakresu i prawnych uwarunkowań dostępu do szczepionek oraz innych produktów leczniczych służących przeciwdziałaniu aktualnej i przyszłych pandemii chorób zakaźnych³. W konsekwencji w grudniu 2021 r. Zgromadzenie Zdrowia Światowej Organizacji Zdrowia powołało do życia Międzyrządowy Organ Negocjacyjny, którego zadaniem stało się przygotowanie pod auspicjami WHO projektu umowy międzynarodowej mającej na celu określenie zasad zapobiegania i reagowania na przyszłe zagrożenia pandemiczne, zwanej potocznie traktatem pandemicznym⁴.

W chwili przekazania niniejszego artykułu do publikacji negocjacje dotyczące ostatecznego kształtu wspomnianego traktatu wciąż trwają. Zamiarem pertraktujących stron jest sfinalizowanie jego projektu przed 78. Światowym Zgromadzeniem Zdrowia, planowanym na rok 2025, podczas którego państwa członkowskie miałyby rozważyć przyjęcie traktatu pandemicznego. Niemniej jednak wobec dotychczasowych rozbieżności – przede wszystkim między państwami najmniej rozwiniętymi i interesariuszami z państw najbogatszych – zrealizowanie tego planu wydaje się wątpliwe⁵.

Wśród kluczowych obszarów, w których osiągnięcie kompromisu jest znacznie utrudnione, trzeba wymienić sferę ochrony własności intelektualnej i możliwości jej ograniczenia w przypadku kolejnych pandemii. Nie ulega bowiem wątpliwości, że państwa dominujące gospodarczo od dekad dążą do rozszerzenia przedmiotowego zakresu wyłączności w odniesieniu do dóbr intelektualnych oraz wprowadzenia bardziej restrykcyjnych mechanizmów ochrony własności intelektualnej, z pominięciem ustępstw na rzecz państw najbiedniejszych. Całokształt obecnie obowiązujących regulacji dotyczących własności intelektualnej, zarówno o uniwersalnym, regionalnym,

³ M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej a dostęp do produktów leczniczych w dobie pandemii na tle nowych inicjatyw Światowej Organizacji Handlu oraz Światowej Organizacji Zdrowia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2023, nr 3, s. 9.

⁴ Na podstawie art. 19 Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia: „Zgromadzenie Zdrowia będzie władne przyjmować konwencje lub umowy odnośnie do każdej sprawy, należącej do kompetencji Organizacji. Dwie trzecie głosów Zgromadzenia Zdrowia będą wymagane do przyjęcia takich konwencji lub umów, które wejdą w życie w stosunku do każdego Członka po zaakceptowaniu ich przez niego zgodnie z jego przepisami konstytucyjnymi” – Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r. (Dz. U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477 ze zm.).

⁵ Zob. m.in. A. Holmgaard Mersh, *Crunch time for the pandemic treaty*, March 2024, <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/crunch-time-for-the-pandemic-treaty/> [dostęp: 3.05.2024]; J. Michaud, J. Kates, A. Rouw, *The 'Pandemic Agreement': What it is, What it isn't, and What it Could Mean for the U.S.*, April 2024, <https://www.kff.org/global-health-policy/issue-brief/the-pandemic-agreement-what-it-is-what-it-isnt-and-what-it-could-mean-for-the-u-s/> [dostęp: 3.05.2024]; J. Cohen, *A treaty to prepare the world for the next pandemic hangs in the balance*, Science, March 2024, <https://www.science.org/content/article/treaty-prepare-world-next-pandemic-hangs-balance> [dostęp: 3.05.2024].

jak i krajowym zasięgu oddziaływania, przypisuje pierwszoplanowe znaczenie funkcji osiągania korzyści majątkowych z rozporządzenia własnością intelektualną i korzystania z niej. Co za tym idzie, ogół norm prawa własności intelektualnej odzwierciedla intencję ochrony interesów przede wszystkim podmiotów z państw uprzemysłowionych, tylko po części uwzględniając wymogi państw najbardziej ubogich, związane z potrzebą nieskrępowanego dostępu do leków. Środkiem służącym do realizacji tego dążenia jest ochrona prawna rozwiązań wykorzystywanych w procesie wytwarzania produktów leczniczych. Z tego powodu przemysł farmaceutyczny od lat zabiega o wzmacnianie prawnej ochrony własności intelektualnej, w szczególności w zakresie ochrony patentowej. Patenty przyznają bowiem wyłączne prawa udzielania lub odmowy zgody na wytwarzanie, używanie, sprzedaż lub import produktów zawierających chronione rozwiązanie. Umożliwiają więc ustalanie polityki cenowej oraz kontrolę dystrybucji objętych nimi produktów⁶.

Bazując na ostatniej wersji publicznie udostępnionego projektu traktatu pandemicznego, wypada zaznaczyć, że szereg z jego proponowanych postanowień odnosi się do ochrony własności intelektualnej⁷. W pierwszej kolejności nawiązuje do niej preambuła, w której wskazuje się, że zawarcie wspomnianego traktatu jest potrzebne, „uznając, że ochrona praw własności intelektualnej jest ważna dla rozwoju nowych produktów leczniczych i podkreślając, że prawa własności intelektualnej nie uniemożliwiają i nie powinny uniemożliwiać państwom członkowskim podejmowania środków mających na celu ochronę zdrowia publicznego, a także uwzględniając obawy dotyczące wpływu praw własności intelektualnej na ceny”.

Najbardziej istotny we wspomnianym kontekście jest art. 11 ust. 1 projektu traktatu, poświęcony transferowi technologii i know-how, w którym wskazano, że „W celu umożliwienia wystarczającej, zrównoważonej i geograficznie zróżnicowanej produkcji wyrobów związanych z pandemią każda ze Stron, biorąc pod uwagę uwarunkowania krajowe, będzie:

- a) wspierać i w inny sposób ułatwiać lub zachęcać do transferu technologii i know-how zarówno w odniesieniu do wyrobów związanych z pandemią, jak i zwykłych produktów leczniczych, w tym poprzez korzystanie z licencjonowania i współpracy z regionalnymi lub globalnymi partnerstwami i inicjatywami w zakresie transferu technologii, a w szczególności z korzyścią dla państw rozwijających się oraz w odniesieniu do rozwiązań, których rozwój został sfinansowany ze środków publicznych;
- b) wspierać terminowe ogłaszanie przez prywatnych posiadaczy praw warunków umów licencyjnych lub umów o transferze technologii dotyczących produktów związanych z pandemią, zgodnie z prawodawstwem krajowym;
- c) udostępniać licencje, na zasadzie niewyłączności, na całym świecie i z zachowaniem przejrzystości oraz z korzyścią dla państw rozwijających się, dotyczące rzą-

⁶ M. Barczewski, S. Sykuna, *Pandemia COVID-19: wielopłaszczyznowość problemu dostępu do szczepionek i innych produktów leczniczych na tle filozofii prawa własności intelektualnej*, RPEiS 2020, z. 3, s. 6.

⁷ WHO, *Revised draft of the negotiating text of the WHO Pandemic Agreement*, 13.03.2024, A/INB/9/3.

dowych produktów związanych z pandemią oraz publikować warunki tych licencji możliwie jak najszybciej i zgodnie z prawodawstwem krajowym oraz

d) zapewnić, stosownie do możliwości, wsparcie dla budowania zdolności w zakresie transferu technologii i know-how w odniesieniu do produktów związanych z pandemią”.

W art. 11 ust. 3 postanowiono zaś, że „w czasie pandemii, oprócz zobowiązań określonych w ust. 1 [...], każda ze Stron:

- a) będzie zachęcać posiadaczy odpowiednich patentów dotyczących produktów związanych z pandemią, w szczególności tych, którzy otrzymali finansowanie publiczne, do zrzeczenia się lub pobierania w inny sposób uzasadnionych opłat licencyjnych na rzecz producentów z państw rozwijających się za wykorzystanie, w czasie pandemii, ich technologii i know-how do wytwarzania produktów związanych z pandemią oraz
- b) rozważy wsparcie, w ramach odpowiednich instytucji, ograniczonych czasowo wyłączeń praw własności intelektualnej w celu przyspieszenia lub zwiększenia skali wytwarzania produktów związanych z pandemią w zakresie niezbędnym do zwiększenia dostępności i odpowiedniej przystępności cenowej produktów związanych z pandemią”.

Ponadto w ust. 4 i 5 podkreślono, że strony traktatu będące zarazem członkami WTO uznają, iż w celu ochrony zdrowia publicznego mają prawo w pełni korzystać z mechanizmów dostosowawczych zawartych w Porozumieniu w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, TRIPS; dalej: porozumienie TRIPS), potwierdzonych później w Deklaracji z Ad-Dauhy w sprawie porozumienia TRIPS i zdrowia publicznego z 2001 r.⁸ Należy ponadto zauważyć, że odwołanie do potrzeby ochrony zdrowia znalazło się również w ogólnych zasadach traktatu wyrażonych w art. 3, w którym wskazano, że umowie tej przyświeca „pełne poszanowanie godności, praw człowieka i podstawowych wolności wszystkich osób oraz korzystanie z najwyższego osiągalnego poziomu zdrowia każdej istoty ludzkiej”.

Wypada zatem w tym miejscu odnotować, że treść prawa do zdrowia ukształtowała się jako ogólna norma o charakterze zwyczajowym, której istota została uszczegółowiona w wielu normach traktatowych⁹. Pierwszą umową międzynarodową o powszechnym zasięgu oddziaływania, w której sformułowano prawo do zdrowia, była przyjęta w 1946 r. Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia¹⁰, w preambule której

⁸ Deklaracja ministerialna z Ad-Dauhy (WT/MIN(01)/DEC/1) z 14 listopada 2001 r. Por. *WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response („WHO CA+“)*. Zero draft of the WHO CA+ for the consideration of the Intergovernmental Negotiating Body at its fourth meeting, 1.02.2023, A/INB/4/3.

⁹ P. Xiong, *An International Law Perspective on the Protection of Human Rights in the TRIPS Agreement. An Interpretation of the TRIPS Agreement in Relation to the Right to Health*, Leiden–Boston 2012, s. 254. Zob. też P.L. Wojahn, *A Conflict of Rights: Intellectual Property under TRIPS, the Right to Health, and AIDS Drugs*, „UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs” Fall–Winter 2001–2002, s. 493–496.

¹⁰ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r. (Dz. U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477 ze zm.).

wskazano, że: „Korzystanie z najwyższego, osiągalnego poziomu zdrowia jest jednym z podstawowych praw każdej istoty ludzkiej bez różnicy rasy, religii, przekonań politycznych, warunków ekonomicznych lub społecznych”¹¹. Dwa lata później prawo do opieki medycznej zostało uwzględnione w art. 25 ust. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka¹² jako element prawa do odpowiedniego poziomu życia: „Każdy człowiek ma prawo do stopy życiowej zapewniającej zdrowie i dobrobyt jego i jego rodziny, włączając w to wyżywienie, odzież, mieszkanie, opiekę lekarską i konieczne świadczenia socjalne, oraz prawo do ubezpieczenia na wypadek bezrobocia, choroby, niezdolności do pracy, wdowieństwa, starości lub utraty środków do życia w inny sposób od niego niezależny”.

Od tego czasu prawo do zdrowia zostało skodyfikowane w licznych powszechnych i regionalnych dokumentach międzynarodowych. Ze względu na swój uniwersalny i wiążący charakter najbardziej doniosłe znaczenie ma art. 12 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych¹³, w którym uznano „prawo każdego do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia fizycznego i psychicznego”. Kroki, jakie strony wspomnianego paktu powinny podjąć dla osiągnięcia pełnego wykonania tego prawa, „będą obejmowały środki konieczne do:

- a) zapewnienia zmniejszenia wskaźnika martwych urodzeń i śmiertelności niemowląt oraz do zapewnienia zdrowego rozwoju dziecka;
- b) poprawy higieny środowiska i higieny przemysłowej we wszystkich aspektach;
- c) zapobiegania chorobom epidemicznym, endemicznym, zawodowym i innym oraz ich leczenia i zwalczania;
- d) stworzenia warunków, które zapewniłyby wszystkim pomoc i opiekę lekarską na wypadek choroby”.

Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych podkreślił, że przewidziane w pakcie prawo do ochrony zdrowia fizycznego i psychicznego nie ogranicza się do prawa do opieki zdrowotnej, lecz „musi być rozumiane jako prawo do korzystania z szeregu udogodnień, dóbr, usług i warunków koniecznych dla urzeczywistnienia najwyższej osiągalnego stanu zdrowia”, przez co należy rozumieć np. dostęp do czystej wody, odpowiednie warunki sanitarne oraz dostęp do podstawowych leków¹⁴. Zważywszy, że prewencja, leczenie i kontrola większości chorób opiera się na produktach leczniczych jako integralnej i niezbędnej części terapii, dostęp do leków jest zatem

¹¹ Wypada podzielić pogląd, zgodnie z którym ze względu na charakter i cel preambuły nie ma ona charakteru wiążącego i może służyć wyłącznie jako wytyczna o charakterze *soft law* – H. Hestermeyer, *Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford 2007, s. 113–114. Warto przypomnieć, że podobne stanowisko zaprezentował w opinii doradczej Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości: *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Reports 1996, s. 66.

¹² Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/pq1.pdf [dostęp: 3.05.2024].

¹³ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169; dalej: PPGSiK).

¹⁴ J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawo do zdrowia* [w:] *Leksykon ochrony praw człowieka. 100 podstawowych pojęć*, red. M. Balcerzak, S. Sykuna, Warszawa 2010, s. 392.

konieczny do zapobiegania schorzeniom i leczenia większości z nich, jak również kontrolowania rozprzestrzeniania się chorób zakaźnych¹⁵. Stanowi on więc najistotniejszy czynnik umożliwiający jednostkom korzystanie z „najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia” i trzeba go uznać za integralny komponent prawa do zdrowia¹⁶. We wspomnianym kontekście należy ponadto zauważyć, że na tle pandemii chorób zakaźnych, takich jak COVID-19, konieczność realizacji prawa do zdrowia można odnieść także do prawa do życia, o którym mowa w art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁷ bądź w art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁸.

W konsekwencji każdy system praw własności intelektualnej, który utrudnia wywiązywanie się ze wspomnianych obowiązków, należy uważać za niezgodny z postanowieniami paktów¹⁹. Ze względu na ich fundamentalny charakter wskazuje się więc na prymat zobowiązań w zakresie ochrony praw człowieka nad porozumieniami o charakterze gospodarczym²⁰, do których zalicza się również porozumienie TRIPS. W tym kontekście na pierwszy plan wydaje się wysuwać istotna rola praw człowieka jako instrumentu służącego zapobieganiu nadużyciom praw własności intelektualnej oraz przywróceniu ich równowagi uwzględniającej interesy zarówno beneficjentów ochrony, jak i ogółu społeczeństwa²¹. Wypada odnotować, że potrzebę zapewnienia wspomnianej równowagi dostrzegł także Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, który podkreślił, że: „Artykuł 15 Paktu określa potrzebę zrównoważenia ochrony interesów publicznych i prywatnych w zakresie wiedzy. Z jednej strony, art. 15 ust. 1 lit. a i b uznaje prawo każdego człowieka do uczestniczenia w życiu kulturalnym i czerpania korzyści z osiągnięć postępu naukowego. Z drugiej strony, art. 15 ust. 1 lit. c

¹⁵ H. Hestermeyer, *Access to Medication as a Human Right*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2004, no. 8, s. 128.

¹⁶ M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej w Światowej Organizacji Handlu a dostęp do produktów leczniczych*, Warszawa 2013, s. 185–187. Podobnie UN, *Political Declaration on HIV/AIDS*, A/RES/60/262; UN, *The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*, A/61/338, pkt 40. Wcześniej także UN, *Access to medication in the context of pandemics such as HIV/AIDS, tuberculosis and malaria*, A/58/PV.77.

¹⁷ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 z załącznikiem). Podobny pogląd wyraził m.in. Komitet Praw Człowieka – General Comment No 6/16, 27 lipca 1982 r., pkt 5.

¹⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

¹⁹ UN, *Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Human rights and intellectual property*, E/C.12/2001/15, pkt 12.

²⁰ UN, *Intellectual property rights and human rights. Sub-Commission on Human Rights resolution 2000/7*, pkt 3. Zob. też P.L.C. Torremans, *Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right [w:] Intellectual Property and Human Rights*, ed. *idem*, Nottingham 2008, s. 195–196; R. Elliott, *TRIPS and Rights: International Human Rights Law, Access to Medicines, and the Interpretation of the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, South Africa 2001, s. 27–32; H. Hestermeyer, *Human Rights and the WTO...*, s. 158.

²¹ Zob. Ch. Geiger, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, „International Review of Intellectual Property and Competition Law” 2004, no. 35, s. 278 i nn.

uznaje prawo każdego do korzystania z ochrony moralnych i materialnych korzyści wynikających z wszelkiej twórczości naukowej, literackiej lub artystycznej, której jest on autorem. Przyjmując i modyfikując systemy własności intelektualnej, Państwa powinny mieć na uwadze potrzebę zachowania równowagi pomiędzy wspomnianymi postanowieniami Paktu. W celu zachęcenia do twórczości i innowacji indywidualne interesy nie powinny być nadmiernie uprzywilejowane, a interes publiczny polegający na szerokim dostępie do wiedzy powinien zostać należycie uwzględniony²². Komitet zauważa ponadto, że „przykładem potrzeby odnalezienia takiej równowagi jest deklaracja o porozumieniu TRIPS i zdrowiu publicznym, w której uznano, że ochrona własności intelektualnej ma znaczenie dla rozwoju nowych leków, ale jednocześnie dostrzeżono wątpliwości związane z jej wpływem na ceny produktów leczniczych²³.”

Wypada zatem podzielić pogląd, zgodnie z którym prawa człowieka mogą przyczynić się do realizacji założeń ochrony własności intelektualnej, poprzez ich uzasadnienie, a zarazem mogą być wykorzystane w celu nałożenia na nie niezbędnych wewnętrznych ograniczeń, które w konsekwencji mogą znacząco przyczynić się do legitymizacji systemu ochrony własności intelektualnej²⁴. Jednak prawa własności intelektualnej mogą niekiedy – np. poprzez stymulowanie badań mających na celu opracowanie nowych produktów leczniczych – przyczynić się do pełniejszej realizacji niektórych kategorii praw człowieka, w tym prawa do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia²⁵.

Należy ponadto podkreślić, że wprawdzie adresatem wspomnianych obowiązków są państwa, to działania polegające na opracowaniu, wprowadzaniu do obrotu i ustalaniu cen produktów leczniczych nie są podejmowane przez państwo, lecz przede wszystkim przez prywatnych przedsiębiorców. Można więc zaryzykować tezę, że odpowiedzialność w zakresie ochrony prawa do zdrowia we wspomnianym kontekście spoczywa nie tylko na rządach poszczególnych państw, lecz także na korporacjach transnarodowych jako członkach społeczności międzynarodowej²⁶. W kontekście pandemii COVID-19 zostało to potwierdzone przez Wysoką Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka, która wprost wskazała, że „wszystkie przedsiębiorstwa, w tym

²² E/C.12/2001/15, pkt 17. Należy ponadto podkreślić, że dominuje pogląd, zgodnie z którym beneficjentami ochrony przewidzianej w art. 15 ust. 1 PPGSiK mogą być jedynie osoby fizyczne, a nie osoby prawne, takie jak producenci farmaceutyków – UN, *General Comment No. 17*, E/C.12/GC/12, pkt 7. Zob. też H. Hestermeyer, *Human Rights and the WTO...*, s. 155; P. Xiong, *An International Law Perspective...*, s. 265.

²³ E/C.12/2001/15, pkt 17.

²⁴ R. Okediji, *Securing Intellectual Property Objectives: New Approaches to Human Rights Considerations* [w:] *Castig the Net Wider: Human Rights, Development and New Duty-Bearers*, eds. M.E. Salomon, A. Tostensen, W. Vandenhole, Antwerp 2007, s. 234.

²⁵ M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej w Światowej Organizacji Handlu...*, s. 183–184.

²⁶ UN, *The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*, A/61/338, pkt 82–91. W innym miejscu raportu Specjalny Sprawozdawca podkreślił nawet, iż „jest niezrozumiałe, że niektóre kategorie praw człowieka nie nakładają zobowiązań prawnych na przedsiębiorców” – A/61/338, pkt 93. Pogląd, zgodnie z którym prywatni przedsiębiorcy są współodpowiedzialni za osiągnięcie możliwie najwyższego standardu ochrony zdrowia, wyraził również Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych – zob. E/C.12/2000/4, pkt 42.

farmaceutyczne, mają obowiązek przestrzegania praw człowieka”, a „państwa powinny podjąć kroki w celu ochrony prymatu zdrowia publicznego nad prywatnymi interesami zgodnie ze zobowiązaniami do wspierania badań nad rozwojem szczepionek”²⁷. Jest to istotne o tyle, że jak wskazano w przytoczonych postanowieniach projektu traktatu pandemicznego, nie obligują one w wiążący sposób do zapewnienia prawa do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia, lecz zaledwie „wspierają”, „ułatwiają” i „zachęcają” do podjęcia działań w tym celu.

Literatura

- Barczewski M., *'No One Is Safe Until Everyone Is Safe' – The Erosion of the WTO System of Intellectual Property Rights for Pharmaceutical Products?*, „GRUR International” 2021, no. 7.
- Barczewski M., *Prawa własności intelektualnej a dostęp do produktów leczniczych w dobie pandemii na tle nowych inicjatyw Światowej Organizacji Handlu oraz Światowej Organizacji Zdrowia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2023, nr 3.
- Barczewski M., *Prawa własności intelektualnej w Światowej Organizacji Handlu a dostęp do produktów leczniczych*, Warszawa 2013.
- Barczewski M., Sykuna S., *Pandemia COVID-19: wielopłaszczyznowość problemu dostępu do szczepionek i innych produktów leczniczych na tle filozofii prawa własności intelektualnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, z. 3.
- Cohen J., *A treaty to prepare the world for the next pandemic hangs in the balance*, Science, March 2024, <https://www.science.org/content/article/treaty-prepare-world-next-pandemic-hangs-balance>.
- Elliott R., *TRIPS and Rights: International Human Rights Law, Access to Medicines, and the Interpretation of the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, South Africa 2001.
- Geiger Ch., *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, „International Review of Intellectual Property and Competition Law” 2004, no. 35.
- Hestermeyer H., *Access to Medication as a Human Right*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2004, no. 8.
- Hestermeyer H., *Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford 2007.
- Holmgaard Mersh A., *Crunch time for the pandemic treaty*, March 2024, <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/crunch-time-for-the-pandemic-treaty/>.
- Kapelańska-Pręgowska J., *Prawo do zdrowia [w:] Leksykon ochrony praw człowieka. 100 podstawowych pojęć*, red. M. Balcerzak, S. Sykuna, Warszawa 2010.

²⁷ UN High Commissioner for Human Rights, *Human Rights and Access to COVID-19 Vaccines*, 17.12.2020, s. 4–5, https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19_AccessVaccines_Guidance.pdf [dostęp: 3.05.2024]. Podobnie UN High Commissioner for Human Rights, *Business and Human Rights in Times of COVID-19*, October 2020, s. 3, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/BusinessAndHR--COVID19.pdf> [dostęp: 3.05.2024]; UN High Commissioner for Human Rights, *Impact of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic on the enjoyment of human rights around the world, including good practices and areas of concern*, A/HRC/46/19, Geneva 2021.

- Michaud J., Kates J., Rouw A., *The 'Pandemic Agreement': What it is, What it isn't, and What it Could Mean for the U.S.*, April 2024, <https://www.kff.org/global-health-policy/issue-brief/the-pandemic-agreement-what-it-is-what-it-isnt-and-what-it-could-mean-for-the-u-s/>.
- Okediji R., *Securing Intellectual Property Objectives: New Approaches to Human Rights Considerations* [w:] *Casting the Net Wider: Human Rights, Development and New Duty-Bearers*, eds. M.E. Salomon, A. Tostensen, W. Vandenhole, Antwerp 2007.
- OXFAM International, *Just a quarter of Pfizer's COVID-19 treatment orders will go to developing countries*, November 2022, <https://www.oxfam.org/en/press-releases/just-quarter-pfizers-covid-19-treatment-orders-will-go-developing-countries>.
- Torremans P.L.C., *Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right* [w:] *Intellectual Property and Human Rights*, ed. idem, Nottingham 2008.
- Wojahn P.L., *A Conflict of Rights: Intellectual Property under TRIPS, the Right to Health, and AIDS Drugs*, „UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs” Fall–Winter 2001–2002.
- Xiong P., *An International Law Perspective on the Protection of Human Rights in the TRIPS Agreement. An Interpretation of the TRIPS Agreement in Relation to the Right to Health*, Leiden–Boston 2012.

Streszczenie

Maciej Barczewski

Prawo do zdrowia a prawa własności intelektualnej na tle projektu traktatu pandemicznego Światowej Organizacji Zdrowia

Walka z pandemią choroby koronawirusowej COVID-19 okazała się najpoważniejszym globalnym wyzwaniem w sferze ochrony zdrowia, gospodarki i polityki społecznej od czasów drugiej wojny światowej. Kluczowym środkiem do walki z koronawirusem miały być nowe szczepionki, jednak ich dostawy zostały skierowane przede wszystkim do państw najbogatszych. Związane z tym opóźnienia i trudności w dostępie do produktów leczniczych w państwach rozwijających się i najmniej rozwiniętych obnażyły zarazem istotne słabości globalnego systemu ochrony zdrowia w zakresie stopnia przygotowań oraz współpracy międzynarodowej w walce z nowym rodzajem zagrożenia. W konsekwencji pod auspicjami WHO rozpoczęto prace nad projektem umowy międzynarodowej mającej na celu określenie zasad zapobiegania i reagowania na przyszłe zagrożenia pandemiczne, zwanej traktatem pandemicznym. Jednym z kluczowych obszarów, których dotyczy wspomniana umowa, jest sfera ochrony własności intelektualnej i możliwości jej ograniczenia w przypadku kolejnych pandemii. Dla ich uzasadnienia projekt traktatu odwołuje się do poszanowania praw człowieka oraz korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu zdrowia.

Słowa kluczowe: COVID-19, WHO, prawa własności intelektualnej, prawa człowieka, prawo do zdrowia, traktat pandemiczny.

Summary

Maciej Barczewski

The Right to Health and Intellectual Property Rights in the Context of the Proposal for a World Health Organization Pandemic Treaty

The struggle against the COVID-19 coronavirus pandemic proved to be the most serious global health, economic, and social policy challenge since the Second World War. A key means of combating the pandemic has proved to be new vaccines, the supply of which, however, has been directed primarily to the wealthiest countries. At the same time, the resulting delays and difficulties in access to medicines in developing and least developed countries has exposed significant weaknesses in the global health system in terms of the degree of preparedness and international cooperation in the fight against this new threat. Consequently, work has begun under the auspices of WHO on a draft international agreement to define principles for preventing and responding to future pandemic threats, commonly referred to as a pandemic treaty. One of the key areas addressed by this agreement is the sphere of intellectual property protection and the possibilities for its limitation in the event of future pandemics. To justify these, the draft treaty refers to the respect of human rights and the enjoyment of the highest attainable level of health.

Keywords: COVID-19, WHO, intellectual property rights, human rights, right to health, pandemic treaty.

Veronika Bílková

Charles University, Czech Republic

bilkova@prf.cuni.cz

ORCID: 0000-0002-6298-9630

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.03>

Legitimate Exercise of the Right to Freedom of Expression or Unacceptable War Propaganda? The Prosecution of Verbal Crimes Related to the Russia's War of Aggression against Ukraine¹

The Russia's war of aggression against Ukraine has triggered a massive wave of criminal prosecutions for war-related offences. Most of these prosecutions pertain to war crimes, crimes against humanity, or ordinary crimes committed in the battlefield or in the territories occupied by the Russian Federation or (in the past) by one of their proxies. Yet, individuals can be criminally prosecuted in relation to the Russia's war of aggression against Ukraine without having ever put their foot on the Ukrainian soil. This is so in case of those who have unsuccessfully travelled to the region to engage in the fight without the required authorisation (foreign fighters²) and those who have made statements that might amount to the denial or justification of certain crimes committed during the conflict (conflict-related crimes). This paper discusses the latter category of prosecutions, and it does so from the perspective of international law, especially international human rights law and international criminal law. More specifically, the paper examines whether there is an obligation under current international law for states to criminalize and prosecute verbal acts linked to conflict-related crimes and what legal limits this law imposes on states in this area.

The paper consists of three sections. The first section introduces the concepts of conflict-related crimes and of verbal acts linked to such crimes, and it illustrates how such verbal acts could be criminally prosecuted using the example of the Czech Republic. The second section shows that current international law requires states to criminalize and prosecute a very limited range of verbal acts linked to conflict-related crimes, but that this range is further expanded under EU law. Finally, the third section identifies the legal standards that states have to respect when they criminalize and prosecute verbal acts linked to conflict-related crimes and, using again the example of

¹ This work has been supported by Charles University Research Centre program No. UNCE24/SSH/039.

² See K. Rękawek, *Foreign Fighters in Ukraine: The Brown-Red Cocktail*, London 2023; *Not Only Syria? The Phenomenon of Foreign Fighters in a Comparative Perspective*, ed. K. Rękawek, Amsterdam 2017.

the Czech Republic, it shows how states may proceed and what challenges they face when seeking to abide by these standards.

1. The Denial or Justification of Conflict-Related Crimes

The term conflict-related crimes is not a legal term of art. It is used in this paper to describe various crimes committed during or, rather, in connection with an armed conflict, in this particular context the armed conflict between the Russian Federation and Ukraine. It largely overlaps with the category of crimes under international law, which, on the contrary, is a legal term of art. Crimes under international law include four internationally recognized crimes: the crime of aggression, the crime of genocide, war crimes, and crimes against humanity. The definitions of these crimes, agreed upon by the international community, are currently enshrined in the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC).³ Conflict-related crimes include all crimes committed in the context of an armed conflict. While it might be expected that crimes under international law would constitute their core, the category is broader, because national legal orders may, and do, criminalize the denial or justification of other crimes as well.

The denial or justification of conflict-related crimes belong into a broader category of verbal crimes, i.e., crimes committed by words rather than deeds.⁴ In many instances, moreover, these acts fall under the category of hate crimes or bias crimes.⁵ Such crimes are characterised by a specific motive involving an element of hatred and/or bias directed against a particular group of persons. States have different approaches to the prosecution of both verbal crimes and hate/bias crimes. With regard to the former category, while there is probably no legal order in which “mere words” of some kind could not be prosecuted, the extent and nature the “words” that are criminalized vary from country to country. With regard to the latter category, legal orders use different legal techniques to take into account the hate/bias motive of the offence. Some treat such a motive as a qualified fact, others as a general aggravating circumstance or a circumstance that allows for an extraordinary increase in the legal sanction, and still others as one of the elements of the offence.

This paper focuses on those legal orders in which the denial or justification of conflict-related crimes constitutes a specific, separate criminal offence. One such country is the Czech Republic. The Criminal Code of the Czech Republic (CCCR)⁶ contains three offences that can be used in this context. One is the general offence of approving of a crime (para 365), applicable to anyone who “publicly approves of a committed crime committed or [...] publicly praises the perpetrator of a crime” (para 365(1)). Crimes

³ See Articles 6–8bis of the Rome Statute of the ICC.

⁴ G.S. Gordin, *Atrocity Speech Law: Foundation, Fragmentation, Fruition*, Oxford 2017.

⁵ See, for instance, OSCE, Decision No. 9/09 Combating Hate Crimes, MC.DEC/9/09, 2 December 2009.

⁶ Criminal Code of the Czech Republic, Law No. 40/2009 Coll.

are offences punishable by imprisonment for a term of not less than five years. Two other provisions focus on specific forms of the denial or justification of conflict-related crimes. One is the support or promotion of terrorism (para 312e), which consists of the public incitement to commit a terrorist offence, public approval of such an offence, or public praising of the perpetrators of such an offence. The second is the denial, questioning, approval, or justification of genocide (para 405),⁷ which, despite its narrow title, applies to anyone who publicly denies, questions, approves of, or justifies “Nazi, communist or other genocide [...], crimes against humanity or war crimes or crimes against peace.”

In the past, these provisions were used relatively infrequently, and when they were used, it was either for crimes committed outside armed conflicts, mainly serious crimes of violence, or for crimes committed during WWII. For instance, in 2011, the Czechoslovak immigrant to Canada Vladimír Stwora was found guilty under (what is now) para 405 of the CCCR for publishing, on his *Zvědavec* webzine, the Czech translation of an article by D. Cassidy entitled *Holocaust and its 4-Million Option*, contesting the Holocaust. Stwora himself prefaced the translation with a short text describing the Holocaust as a historical fraud.⁸ The situation began to change in the early 2020s, with the first prosecutions related to current armed conflicts being conducted by Czech courts. One of these cases concerned the killing of Czech soldiers by the Taliban in Afghanistan in 2018. Commenting on the event on social media, 70-year-old Antonín Dobner described the soldiers as terrorists and war criminals who had participated in aggression against the Afghan people. Initially accused of supporting and encouraging terrorism, he was convicted of condoning murder and given a three-month suspended sentence.⁹

The outbreak of the full-scale Russia’s war of aggression against Ukraine in 2022 marked a milestone in the active prosecution of verbal acts linked to conflict-related crimes. On 26 February 2022, the Czech Republic’s Prosecutor General, Igor Stříž, issued a public statement, in which he recalled that freedom of expression is not absolute and warned that “if someone publicly (including [...] on the internet or social networks) expresses agreement with the attacks of the Russian Federation on Ukraine (accepts or supports them) or expresses support for or praises the leaders of the Russian Federation in this context, they could [...] face criminal liability [...] under paras 365 or [...] 405 of the CCCR.”¹⁰ Several days later, the Prosecutor General’s Office issued a comprehensive analysis, which noted that “the military operations of the Russian

⁷ See also V. Bílková, *The Punishment of Negationism – the Czech Experience* [in:] *Responsibility for negation of international crimes. Memory Law – International Crimes – Denial*, ed. P. Grzebyk, Warsaw 2020.

⁸ Stwora benefited from the presidential amnesty declared in 2013 and the webzine *Zvědavec* remains operational. For more details on Czech cases, see *ibid.*

⁹ *Za schvalování smrti českých vojáků v Afghánistánu dostal senior tříměsíční podmínku*, ČTK, 26.01.2021. The verdict was upheld by the High Court in Prague in 2021 and the Supreme Court in 2022.

¹⁰ *Informace k možným trestněprávním limitům svobody projevu ve vztahu k situaci na Ukrajině*, Nejvyšší státní zastupitelství, 26.02.2022.

Federation on the territory of Ukraine can meet the characteristics of crimes under international law and, possibly, crimes under the CCCR¹¹ and confirmed the relevance of the CCCR in this context. By November 2023, the Czech police had initiated criminal prosecutions – under paras 365, 405 and, exceptionally, 312e of the CCCR – in almost 400 cases and more than 20 people had been convicted (most were given suspended sentences of several months). Since October 2023, criminal prosecutions related to the conflict in Gaza have also been initiated in some cases.¹²

The figures show that while the number of prosecutions has soared, the number of convictions has so far been modest. Some of the cases that have not resulted in convictions, include the molecular geneticist Sonia Peková, who in a radio interview invited listeners to pray for the Russian president Putin,¹³ the far-right SPD politician Lubomír Volný who in his posts on social media thanked the Russian army for its “peaceful approach” and called the Ukrainian president Volodymyr Zelensky a “mass murderer,”¹⁴ or a primary school teacher who told her class that “nothing was happening in Kyev.”¹⁵ Conversely, those who have been found guilty are, for instance, another far-right politician Daniel Makay, who used Facebook to praise Putin for “his excellent strategy (that) will work and liberate Ukraine from the fascist ruling juntas”¹⁶ and suggested that hydrogen bombs should be used by Russia; a young man who issued several videos calling upon people to “pray for Russia, help the Russian army against the Americans, hope that Russia will soon defeat Ukraine;”¹⁷ or a woman who described Russia’s aggression in her social media posts as an act of self-defence against a Nazi government in Ukraine.¹⁸

The decisions related to these cases reveal a genuine effort by the national authorities to draw a line between verbal acts that should be prosecuted and those that should remain lawful, even if they may be uncomfortable or even shocking for some listeners. The right to freedom of expression is conventionally invoked, as is the need to identify the limits of the legitimate exercise of this right. In some cases, the obligations of states under international law in relation to international crimes are also mentioned, although usually in a vague way. All this raises the question of the limits that international law imposes on states in prosecuting the denial or justification of conflict-related crimes. Are states legally required to prosecute such verbal acts? If this is so, which verbal acts does this requirement apply to? And if, or to the extent that,

¹¹ Stanovisko Nejvyššího státního zastupitelství k vybraným trestněprávním aspektům schvalování ozbrojených akcí v souvislosti s válečným konfliktem na Ukrajině, Nejvyšší státní zastupitelství, 1 SL 117/2022, 2.03.2022.

¹² *Už téměř stovka. Policie stále řeší případy schvalování války na Ukrajině, zajímá se i o případy okolo Gazy*, iRozhlas, 11.11.2023.

¹³ *Policie řeší 65 případů schvalování války. Část oznámení ale končí bez postihu*, iDnes, 3.07.2022.

¹⁴ Š. Rogner, *Policisté na výrocích exposlance Volného k válce na Ukrajině nenašli nic trestného, případ odložili*, ČTK, 17.06.2022.

¹⁵ *Nešlo o trestný čin. Soud opět osvobodil učitelku, která popírala válečné zločiny*, iDnes, 25.01.2024.

¹⁶ Cit. in Supreme Court, 8 Tdo 418/2023, Decision, 16.08.2023.

¹⁷ V. Blažek, *Soudy řekly, jaké nadávky Ukrajincům i Rusům jsou už trestné*, Seznam Zprávy, 5.05.2023.

¹⁸ *Ibid.*

this is not so, are states free to engage in such prosecutions or do they have to respect certain legal limits in this area? These questions will be discussed in the remainder of this paper.

2. Obligation of States to Prosecute Verbal Acts Linked to Conflict-Related Crimes

The two branches of international law relevant to the subject of this paper are international human rights law (IHRL) and international criminal law (ICL). For the majority of European states, the most important IHRL instruments are the 1950 European Convention on Human Rights (ECHR) and the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Both instruments enshrine the right to freedom of expression (Article 10 of the ECHR and Article 19 of the ICCPR). The provisions are drafted in a similar manner, and they concur in that this right includes the right to hold opinions and the right to seek, receive, and impart information and ideas in any form (oral, written, etc.) without interference by a public authority. They also concur in that the right to freedom of expression is a non-absolute right that can be limited or derogated from.

In addition to recognizing the right to freedom of expression, IHRL instruments also identify specific forms of expression that states have the obligation to prohibit. Prohibition does not automatically mean criminalization,¹⁹ though scholars argue that in some instances, only criminal sanctions would be truly effective.²⁰ The ICCPR, in its Article 20, obliges states to prohibit “any propaganda for war” (para 1) and “an advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence” (para 2). A similar provision features in another IHRL instrument, the 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), which in its Article 4 indicates that States “shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin.” There is no such provision in the ECHR. However, under Article 17 of the ECHR, some forms of expression may be excluded altogether from the protection afforded by the ECHR if they are found to constitute an abuse of rights.²¹

¹⁹ The UN Human Rights Committee stated that “for article 20 to become fully effective there ought to be a law making it clear that propaganda and advocacy as described therein are contrary to public policy and providing for an appropriate sanction in case of violation.” General Comment No. 11: Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20), 29 July 1983, para 2. There is however uncertainty, also due to a large number of reservations made by States with respect to Article 20, what the appropriate sanction could be.

²⁰ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary*, Kehl am Rhein 2005, p. 474.

²¹ The provision stipulates that “nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction

None of the instruments expressly mentions the denial or justification of conflict-related crimes. Article 20 of the ICCPR comes closest to it, in the section on the prohibition of any war propaganda. The General Comment on the provision, issued by the UN Human Rights Committee back in 1983, specifies that the prohibition “extends to all forms of propaganda threatening or resulting in an act of aggression or breach of the peace contrary to the UN Charter” and, conversely, it does not cover “advocacy of the sovereign right of self-defence or the right of peoples to self-determination and independence in accordance with the UN Charter.”²² Yet, as rightly noted in scholarly literature, the meaning of the crucial words “propaganda” and “war” remains uncertain.²³ There are also diverging views on whether the prohibition applies only before a war or, also, during a war²⁴ and on whether it requires any specific type of sanctions (criminal, civil, etc.).

In one of the most recent articles published on this topic, Aswad concludes that Article 20(1) of the ICCPR “applies to the intentional spreading of information in favor of war that is likely to result in near-term [...] war. The term ‘war’ should generally be understood to mean an act of aggression by a state against another state [...] Article 20’s prohibition requires civil rather than criminal sanctions, [...] and applies to speech before a war is launched.”²⁵ If these conclusions are correct, then Article 20(1) of the ICCPR has a rather limited relevance for the criminal prosecution of the denial or justification of conflict-related crimes. As long as these acts do not consist of incitement to commit a (new) act of aggression, they would remain outside its scope. Moreover, even if they did constitute such incitement, states would not be obliged to respond to them by criminal means.

The latter comment also applies to verbal acts falling under Article 20(2) of the ICCPR, which obliges States to prohibit hate speech. This concept is clearly not identical with the denial or justification of conflict-related crimes, although there could certainly be an overlap between the two categories. In the 2013 Rabat Plan of Action related to Article 20(2), the UN High Commissioner for Human Rights suggested that certain forms of hate speech should be criminalized, and proposed a six-part test to identify such forms (context, speaker, intent, content and form, extent of the speech act, and likelihood, including imminence).²⁶ The test is similar to that identified by

of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.”

²² General Comment No. 11..., para 2.

²³ See, for instance, M. Kearney, *The Prohibition of Propaganda for War in the International Covenant on Civil and Political Rights*, “Netherlands Quarterly of Human Rights” 2005, vol. 23, no. 4, pp. 551–570; E. Aswad, *Propaganda for War & International Human Rights Standards*, “Chicago Journal of International Law” 2023, vol. 24, no. 1, pp. 1–30.

²⁴ See UN Doc. A/77/288, Disinformation and freedom of opinion and expression during armed conflicts, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 12 August 2022, para 39.

²⁵ E. Aswad, *Propaganda for War...*, p. 29.

²⁶ UN Doc. A/HRC/22/17/Add., Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, 11 January 2013, para 29.

the ICERD Committee, also in 2013, in relation to Article 4 of the ICERD, which also explicitly provides for the criminalisation of certain verbal acts.²⁷ Such acts, however, must contain elements of racial discrimination and, as such, do not – again – include all instances of the denial or justification of conflict-related crimes. That suggests that both the ICERD and, arguably, the ICCPR require states to criminalize and prosecute individuals who engage in certain forms of hate speech and that these forms overlap to some extent, but are certainly not identical to, the denial or justification of conflict-related crimes, for which there is no such general obligation to criminalise and prosecute them under IHRL.

The same situation exists under ICL. Neither the Rome Statute of the ICC, nor specific instruments dealing with individual crimes under international law impose an obligation on states to criminalize and prosecute the denial or justification of such crimes. One exception to this rule is the direct and public incitement to commit genocide, which constitutes a mode of committing the crime of genocide²⁸ and must be criminalized and prosecuted as such.²⁹ No similar regulation is foreseen for the other crimes under international law.

The situation is however different for Member States of the European Union (EU). In 2008, the EU Council adopted Framework Decision 2008/913/JHA, which requests Member States to make it a criminal offence to publicly condone, deny, or grossly trivialise crimes falling within the jurisdiction of the Nuremberg Tribunal and the ICC that are “directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin when the conduct is carried out in a manner likely to incite to violence or hatred against such a group or a member of such a group.”³⁰ Although primarily targeting the denial of the Holocaust,³¹ the provision is framed in general terms and the criminal offences introduced or amended in response to it – such as para 405 of the CCCR – may cover a broad range of verbal acts, depending on the way in which the Framework Decision has been transposed in EU countries.³² Despite the diversity of these ways, the EU law

²⁷ UN Doc. CERD/C/GC/35, General recommendation No. 35: Combating racist hate speech, 26 September 2013, para 15.

²⁸ Article III(c) of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and Article 25(3)(e) of the Rome Statute of the ICC.

²⁹ See S. Benesch, *Vile Crime or Inalienable Right: Defining Incitement to Genocide*, “Virginia Journal of International Law” 2008, vol. 48, no. 3, pp. 485–528.

³⁰ EU Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, Article 1(1)(c)–(d).

³¹ See L. Cajani, *Legislating History: The European Union and Denial of International Crimes* [in:] *Law and Memory. Towards Legal Governance of History*, eds. U. Belavusau, A. Gliszczyńska-Grabias, Cambridge 2018, pp. 129–147.

³² See COM(2014) 27 final, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, Brussels, 27.01.2014, pp. 4–6; L. Gačanica, C. Finkeldey, *Calling War Atrocities By Their Right Name. Regulating a Ban on Denial, Trivialisation, Justification or Condonation of Genocide, the Holocaust, Crimes against Humanity or War Crimes*, forumZFD – TRIAL International, Sarajevo 2019, pp. 15–17.

is clearly more demanding of States than IHRL and ICL. When applied together, as is the case of the Czech Republic, international law and the EU law limit the discretion of States by requiring them to criminalize and prosecute incitement to genocide, certain forms of verbal hate crimes and condoning, denying or grossly trivialising crimes under international law.

3. Legal Limits Imposed on States in the Prosecution of Verbal Acts Linked to Conflict-Related Crimes

The previous section has established that states, in particular EU Member States, have an obligation under international and EU law, to criminalize and prosecute certain verbal acts linked to conflict-related crimes. This obligation leaves room for states in several areas: first, they may decide to criminalize and prosecute other verbal crimes; second, they have some latitude in defining the basic concepts (“incitement,” “condoning,” “hate crime,” etc.); and third, they must consider which individual verbal acts are serious enough to warrant criminal prosecution. Even in these areas, however, the room for manoeuvre is not unlimited. Verbal acts of any kind are *prima facie* covered by the right to freedom of expression. Any interference with them must therefore satisfy the three-part test of lawful restrictions of this right set out in IHRL instruments. Alternatively, it must be shown that certain verbal acts do not enjoy the protection of IHRL at all.

The latter alternative has its legal basis in Article 17 of the ECHR. This provision excludes from the scope of the ECHR “any activity or [...] any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.” The European Court of Human Rights (ECtHR) has used this provision in cases concerning the right to freedom of expression – to find that certain verbal acts do not merit the protection of the ECHR and to declare the complaint in question incompatible *ratione materiae* with the provisions of the ECHR. Article 17 has been applied in cases related to Holocaust denial,³³ justification of war crimes,³⁴ or incitement to violence³⁵ or hatred.³⁶ The denial or justification of conflict-related crimes could also be subsumed under it. Yet, as the ECtHR has stated, Article 17 is “only applicable on an exceptional basis and in extreme cases,”³⁷ Its applicability must be assessed on a case-by-case basis and it is hardly conceivable that a whole category of cases, defined by one single parameter (e.g., the

³³ ECtHR, *Garaudy v. France*, Application No. 65831/01, Decision, 24 June 2003, HUDOC.

³⁴ ECtHR, *ROJ TV A/S v. Denmark*, Application No. 24683/14, Decision, 17 April 2018, HUDOC.

³⁵ ECtHR, *Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany*, Application No. 31098/08, Decision, 12 June 2012, HUDOC.

³⁶ ECtHR, *Glimmerveen and Hagenbeek v. The Netherlands*, Applications Nos 8348/78 and 8406/78, Decision, 11 October 1979, HUDOC.

³⁷ ECtHR, *Perinçek v. Switzerland*, Application No. 27510/08, Judgment (GCH), 15 October 2015, HUDOC, para 114 (hereafter: *Perinçek v. Switzerland*).

denied crimes), could fall under it. Furthermore, Article 17 is a unique provision. It has no counterpart in UN instruments or at the national level. Here, therefore, interference with the right to freedom of expression must be justified under the classic text of lawful restrictions.

The test combines three requirements – legality (the restriction is prescribed by law), legitimacy (the restriction pursues a legitimate aim), and necessity (the restriction is necessary and proportionate to the aim). Any restriction has to be narrowly construed and “may not put in jeopardy the right itself.”³⁸ Moreover, there is “little scope [...] for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest.”³⁹ States must act within this framework both when implementing international obligations to criminalize and prosecute certain verbal acts and when acting in the absence of such obligations.

In most cases, it should not be difficult to establish that the condition of legitimacy is met. Prohibiting the denial or justification of conflict-related crimes would most likely fall within one of the legitimate aims provided for in IHRL instruments, such as the protection of national security, the protection of public order, the prevention of disorder or crime, or the protection of the rights or reputation of others. At the same time, it is important to ensure that the invocation of such legitimate aims is not a mere pretext and that the restrictions do not have an ulterior purpose, for instance that of stifling free and open discussion in a democratic society.⁴⁰ Whether this is the case can be inferred to some extent from the scope of the criminal provisions and the degree of precision with which they are drafted. These factors are also crucial in assessing the condition of legality.

Under this condition, any restriction to the right to freedom of expression need not only to be expressly prescribed in the legal order but also be specific enough to serve as a guide to behaviour (foreseeability). Individuals need to understand which crimes are considered so well established and, at the same time, so important to society that statements denying or trivializing them cannot be tolerated in the public sphere. It is clear that the number of such crimes will always be quite limited and that the list may differ from one state to another. This is so, because, as the ECtHR explained in the *Perinçek* case, the criminalization of the denial or justification of certain crimes is not only and not so much concerned with the preservation of historical truth, but rather with the protection of society from certain current threats.⁴¹ Only such statements that are not merely controversial or blatantly false, but also have the potential to cause serious social harm in a given state, should be criminalized. This also satisfies the third condition for lawful restrictions, that of necessity and proportionality.

³⁸ UN Doc. CCPR/C/GC/34, General comment No. 34 Article 19: Freedoms of opinion and expression, 12 September 2011, para 21.

³⁹ ECtHR, *Feldek v. Slovakia*, Application No. 29032/95, Judgment, 12 July 2001, HUDOC, para 74.

⁴⁰ Article 18 of the ECHR explicitly stipulates that “the restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.”

⁴¹ *Perinçek v. Switzerland*, para 243.

The Czech practice, described in section 1, reflects an effort to abide by these standards. As we saw, the relevant provisions of the CCCR (Articles 365, 405 and 312e) were rarely used until the 2020s and practically only in relation to crimes committed during WWII. The situation has changed in the last years, in response to new conflicts. The Prosecutor General's statement warning the public of the risk of prosecution for those who condone serious crimes committed in Ukraine has been widely disseminated in the media. The analysis of the Office, made available on 2 March 2022, confirmed that "the approval of armed actions in connection with the Russian Federation's attack on Ukraine can be prosecuted as a crime."⁴² The analysis recalled the definitions of the crimes under international law and it suggested four criteria that need to be met cumulatively for statements to trigger criminal prosecution. Such statements must entail positive evaluation of specific acts fulfilling the characteristics of one of the crimes under international law, must be unambiguous and dangerous ("far beyond what is permissible in a civilized society"⁴³), and must incite to hatred or violence.

The case-law shows how Czech courts have applied these general standards in specific cases. This can be illustrated by two cases mentioned above, which have already been considered by several courts – one resulting in repeated convictions, the other in repeated acquittals. The first case concerns the far-right politician Daniel Makay, who – on 25 February 2022 – placed three posts on Facebook expressing support for Putin in his fight against "Ukro-Fascists" and suggesting that hydrogen bombs should be used by Russia. He was found guilty under paras 365 and 405 of the CCCR by the District Court and a fine of 450,000 CZK (circa 17.750 Euros) was imposed on him. The verdict was upheld by the Regional Court and also, in substance, by the Supreme Court.⁴⁴ As one of the defendant's arguments was the alleged violation of his right to freedom of expression, all the courts discussed this aspect. They stressed that this right was very important but had its limits, and they explained the factors that made them conclude that the defendant had exceeded the limits. The factors included the unambiguous nature of his statements, their repetition, and the fact that they both condoned crimes already committed and incited to new ones. The courts also noted that the illegality of the Russian invasion of Ukraine was well known and that the defendant, as a former soldier, must also have been aware that the use of certain weapons would constitute a war crime.

The second case, which has not yet been fully closed, is that of the primary school teacher Martina Bednářová. In April 2022, Bednářová told her class that nothing was happening in Kyiv and that the invasion of Ukraine was a reaction to the atrocities

⁴² Stanovisko Nejvyššího státního zastupitelství..., p. 1.

⁴³ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁴ Supreme Court, 8Tdo 418/2023, Decision, 16.08.2023. The Supreme Court annulled the decisions of the lower courts but it did so due to the inappropriate legal qualification consisting in the cumulation of paras 365 and 405 of the CCCR. The District Court then, in November 2023, found Makay guilty solely under para 405 of the CCCR and imposed on him the same penalty (fine of 450,00 CZK). See also *Soud znovu potrestal bývalého zastupitele Bruntálu za schvalování ruské invaze*, Region Ostrava, 16.11.2023.

committed by Ukrainian Nazi groups in Donbas. Some of her pupils recorded her statements, and she was subsequently dismissed from her job and accused under para 405 of the CCCR. In June 2023, a District Court acquitted her. It found that although she had used inappropriate methods to influence her pupils, the statements did not include explicit denial or justification of serious crimes and, as such, remained protected by the right to freedom of expression.⁴⁵ The Regional Court, ruling on the appeal, did not share this conclusion. Noting that “teachers can be viewed through a stricter lens in terms of freedom of expression and its limitations”⁴⁶ and that the whole context, including the impact on pupils, had to be considered, it annulled the decision. Yet, in January 2024, the District Court once again acquitted Bednářová.⁴⁷ The Regional Court upheld the decision in May 2024 but the chief prosecutor filed an appeal to the Supreme Court and the final outcome of the case is hence still uncertain.

The case-law shows that even with the analysis issued by the General Prosecutor’s Office, Czech courts do not always find it easy to determine which verbal acts related to the conflict are crimes and should be prosecuted. The factors they take into account are largely those indicated in the analysis, although they tend not to refer to it explicitly. These factors include the unambiguous/ambiguous nature of the statements, whether they are made once or repeatedly, the channels through which they are made, how the public reacts to them, the profile (including education, profession, and social position) of the author, and whether there is an element of hate or violence. Each statement must be assessed individually in the light of all these different factors. The case law also shows that Czech courts take a restrained approach, applying criminal sanctions only in serious and clear-cut cases that leave little doubt as to the knowledge and intent of the defendants and the nature and effect of their statements. This approach is in line with IHRL instruments and the tests proposed at the international level (e.g. in the 2013 Rabat Plan of Action) and it helps to reduce the risk of individuals being prosecuted for verbal acts which, although controversial or outrageous to some, do not exceed the limits of the right to freedom of expression.

Conclusions

The Russia’s war of aggression against Ukraine has brought about a wave of criminal prosecutions, including prosecutions for the denial or justification of conflict-related crimes. Under current international law, states do not have an obligation to criminalize and prosecute such verbal acts, unless they involve incitement to racial discrimination

⁴⁵ The Court also noted that Bednářová was already adequately penalized by her dismissal from the school. K. Ciroková, *Učitelka před dětmi popírala, že Kyjev hoří. Soud ji osvobodil*, Seznam Zprávy, 22.06.2023.

⁴⁶ *Odvolačí soud zrušil osvobození učitelky, která zpochybňovala ruské válečné zločiny*, Česká justice, 25.10.2023.

⁴⁷ *Nešlo o trestný čin. Soud opět osvobodil učitelku, která popírala válečné zločiny*, iDnes, 25.01.2024.

and, arguably, incitement to war or to violence based on national, racial, or religious hatred, although in the latter cases, using civil sanctions may be sufficient. EU law significantly expands the scope of the obligation by requiring states to criminalise and prosecute the public condoning, denial, or gross trivialisation of a wide range of crimes under international law. When implementing this obligation and, also, when deciding if certain other verbal acts linked to conflict-related crimes should be criminalized, states must respect the limits set by IHRL instruments. Most importantly, they must meet the three-part test of lawful restrictions on freedom of expression (legality, legitimacy, and necessity/proportionality). The example of the Czech Republic shows that, although it is not always easy to determine which individual statements do not exceed the limits of this right and which, on the contrary, can or should be criminalised, the availability of general guidelines and a restrained use of criminal sanctions can help mitigate many of the risks involved in this determination.

Literature

- Aswad E., *Propaganda for War & International Human Rights Standards*, "Chicago Journal of International Law" 2023, vol. 24, no. 1.
- Benesch S., *Vile Crime or Inalienable Right: Defining Incitement to Genocide*, "Virginia Journal of International Law" 2008, vol. 48, no. 3.
- Bílková V., *The Punishment of Negationism – the Czech Experience* [in:] *Responsibility for negation of international crimes. Memory Law – International Crimes – Denial*, ed. P. Grzebyk, Warsaw 2020.
- Blažek V., *Soudy řekly, jaké nadávky Ukrajincům i Rusům jsou už trestné*, Seznam Zprávy, 5.05.2023.
- Cajani L., *Legislating History: The European Union and Denial of International Crimes* [in:] *Law and Memory. Towards Legal Governance of History*, eds. U. Belavusau, A. Gliszczyńska-Grabias, Cambridge 2018.
- Ciroková K., *Učitelka před dětmi popírala, že Kyjev hoří. Soud ji osvobodil*, Seznam Zprávy, 22.06.2023.
- Gaćanica L., Finkeldey C., *Calling War Atrocities By Their Right Name. Regulating a Ban on Denial, Trivialisation, Justification or Condonation of Genocide, the Holocaust, Crimes against Humanity or War Crimes*, forumZFD – TRIAL International, Sarajevo 2019.
- Gordin G.S., *Atrocity Speech Law: Foundation, Fragmentation, Fruition*, Oxford 2017.
- Kearney M., *The Prohibition of Propaganda for War in the International Covenant on Civil and Political Rights*, "Netherlands Quarterly of Human Rights" 2005, vol. 23, no. 4.
- Not Only Syria? The Phenomenon of Foreign Fighters in a Comparative Perspective*, ed. K. Rękawek, Amsterdam 2017.
- Nowak M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary*, Kehl am Rhein 2005.
- Rękawek K., *Foreign Fighters in Ukraine: The Brown-Red Cocktail*, London 2023.
- Rogner Š., *Policisté na výročí exposlance Volného k válce na Ukrajině nenašli nic trestného, případ odložili*, ČTK, 17.06.2022.

Summary

Veronika Bílková

Legitimate Exercise of the Right to Freedom of Expression or Unacceptable War Propaganda? The Prosecution of Verbal Crimes Related to the Russia's War of Aggression against Ukraine

The Russia's war of aggression against Ukraine has triggered a massive wave of criminal prosecutions for war-related offences, including verbal offences consisting in the denial or justification of certain conflict-related crimes. This paper shows that current international law requires states to criminalize and prosecute a limited range of verbal acts linked to conflict-related crimes, though this range is further expanded under the EU law. The paper also identifies the legal standards that states have to respect when criminalizing and prosecuting verbal acts linked to conflict-related crimes and uses the example of the Czech Republic to show how Member States may proceed and what challenges they face when seeking to abide by these standards.

Keywords: armed conflicts, denial, justification, verbal offences, war-related crimes.

Streszczenie

Veronika Bílková

Uprawnione korzystanie z prawa do wolności słowa czy niedopuszczalna propaganda wojenna? Ściganie przestępstw werbalnych w związku z agresją zbrojną Rosji przeciwko Ukrainie

Agresja zbrojna Rosji przeciwko Ukrainie wywołała masową falę postępowań karnych za przestępstwa wojenne, w tym za przestępstwa werbalne polegające na zaprzeczaniu lub usprawiedliwianiu niektórych zbrodni związanych z konfliktem. W artykule pokazano, że współczesne prawo międzynarodowe wymaga od państw kryminalizacji i ścigania przestępstw werbalnych związanych z przestępstwami wojennymi, lecz zakres ten jest dodatkowo rozszerzany na mocy prawa UE. Omówiono również standardy prawne, których państwa muszą przestrzegać, kryminalizując i ścigając czyny werbalne powiązane z przestępstwami związanymi z konfliktami zbrojnymi. Dodatkowo na przykładzie Republiki Czeskiej omówiono, w jaki sposób państwa mogą postępować i jakie wyzwania stoją przed nimi, starając się przestrzegać tych standardów.

Słowa kluczowe: konflikty zbrojne, zaprzeczanie, usprawiedliwianie, przestępstwa werbalne, przestępstwa wojenne.

Krzysztof Bramorski

Bramorski & Partners, Wrocław, Polska

krzysztof@bramorski.pl

ORCID: 0009-0008-7030-2975

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.04>

Odpowiedzialność kościelnych osób prawnych za szkody wyrządzone przez duchownych przy wykonywaniu czynności powierzonych

Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest podjęcie próby analizy przesłanek kształtowania się linii orzeczniczej aprobującej traktowanie kościelnych jednostek organizacyjnych jako podmiotów odpowiedzialnych za zachowania osób duchownych do nich należących i funkcjonujących w ramach powierzanych im zakresów odpowiedzialności.

Stosowanie uregulowanej w art. 430 kodeksu cywilnego¹ odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez podwładnego w przypadkach powierzenia wykonania czynności osobie fizycznej przez osobę prawną, rozumianą zarówno jako zwierzchnika, jak i zarazem jednostkę zdefiniowaną zgodnie z art. 33 i nn. k.c. oraz podmiot stosunków cywilnoprawnych zgodnie z jego art. 1 nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, które powstały na gruncie tego przepisu². W ostatnich latach próbowano jednak podnosić wątpliwości wobec zasadności stosowania tej zasady odpowiedzialności w przypadkach dochodzenia roszczeń od jednostek organizacyjnych Kościoła katolickiego za czyny przynależnych do nich osób duchownych.

1. Zasady odpowiedzialności za szkodę na podstawie art. 430 k.c.

Kodeks cywilny, regulując odpowiedzialność za czyny niedozwolone, obok ogólnej zasady odpowiedzialności bezpośredniej wyrządzającego szkodę, polegającej na zobowiązaniu do jej naprawienia, rozszerza zakres tej odpowiedzialności, obejmując nią także czyny cudze. W zakresie tym mieści się obok odpowiedzialności za osoby małoletnie i niepełnoletnie (art. 427 k.c.) oraz odpowiedzialności za winę w wyborze

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 ze zm.; dalej: k.c.).

² Por. wyrok Sądu Najwyższego (dalej: SN) z dnia 6 września 2022 r., II CSKP 466/22, LEX nr 3416101.

osoby, którą posłużono się przy wykonywaniu czynności (art. 429 k.c.), uregulowana w art. 430 k.c. odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez podwładnego.

Podstawą – istotnego także w zakresie omawianym w niniejszym artykule – rozróżnienia pomiędzy odpowiedzialnością na podstawie art. 429 a art. 430 k.c. jest kwestia zakresu samodzielności osoby, której ta odpowiedzialność dotyczy, oraz „miejsca” zaistnienia przesłanki winy. O ile w zakresie wyboru osoby, której powierza się czynność, przesłanką odpowiedzialności zobowiązanego za czyn cudzy jest co do zasady samodzielność tej osoby przy wykonywaniu powierzonej jej czynności, przy wykonywaniu której wyrządziła ona szkodę, o tyle w wypadku podwładnego wykonuje on powierzone czynności na rachunek zwierzchnika w relacji podporządkowania.

W konsekwencji różna jest także podstawa odpowiedzialności z obu tytułów. Podczas gdy co do odpowiedzialności za zachowania osób, którymi się posłużono (powierzono wykonanie określonej czynności), zastosowanie znajduje zasada winy powierzającego, obejmująca niedołożenie należytej staranności w zakresie wyboru osoby właściwej do wykonania danej czynności (*culpa in eligendo*), to w zakresie odpowiedzialności za podwładnego odpowiedzialność ta zaostrza się, opierając się o zasadę ryzyka – przy czym w wypadku *culpa in eligendo* również następuje zaostrzenie odpowiedzialności, przejawiające się we wprowadzeniu (wzruszalnego) domniemania winy osoby dokonującej wyboru. W zakresie odpowiedzialności wynikającej z art. 430 k.c. przesłanka winy musi natomiast być spełniona po stronie wykonawcy czynności. W przeciwieństwie zaś do odpowiedzialności opartej na art. 429 k.c. dla odpowiedzialności opierającej się na art. 430 k.c. nie ma znaczenia wina powierzającego wykonanie czynności. Odpowiedzialność powierzającego na podstawie tego przepisu wyłącza wystąpienie po stronie podwładnego okoliczności wyłączających bezprawność (np. działanie w ramach obrony koniecznej) albo winę (np. niepoczytalność bezpośredniego sprawcy czynu)³.

Dokonawszy powyższego rozróżnienia, należy zaprezentować ugruntowany w doktrynie i orzecnictwie pogląd określający zasady i podstawy odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez podwładnego, któremu wykonywanie czynności zlecił zwierzchnik, w szczególności będący osobą prawną. Jest to więc w świetle przepisu art. 430 k.c. oparta na zasadzie ryzyka odpowiedzialność za czyny cudze osób podlegających kierownictwu powierzającego i zobowiązanych do stosowania się do jego wskazówek, które przy wykonywaniu powierzonych im czynności wyrządziły szkodę z ich własnej winy. Powstaje ona zatem, gdy:

- dochodzi do powierzenia czynności przez zwierzchnika osobie, która może być zakwalifikowana jako jego podwładny, czyli co do której ma on uprawnienia kierownicze;
- przy wykonywaniu powierzonej czynności została wyrządzona szkodą;
- podwładny wyrządził szkodę ze swojej winy;

³ Tak SN w wyroku z dnia 8 września 2020 r., V CSK 585/18, LEX nr 3060762. Poza zakresem niniejszego opracowania znajduje się kwestia obsady składu orzekającego SN w postępowaniu zakończonym cytowanym wyrokiem.

- pomiędzy zachowaniem sprawcy a szkodą zachodzi adekwatny związek przyczynowy.

Wbrew zarzutom formułowanym przy okazji stosowania odpowiedzialności wywodzonej z art. 430 k.c. do kościelnych jednostek organizacyjnych w kwestii tego, jak ściśle musi być powiązanie powierzającego z podwładnym, by można było uznać istnienie stosunku nadrzędności i podwładności podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowanymi poglądami judykatury i doktryny powiązanie to może wynikać ze stosunków prawnych różnego rodzaju i nie musi mieć charakteru ścisłego. Przepis kodeksowy ujmuje stosunek zwierzchnictwa i podporządkowania w sposób opisowy, akcentując elementy funkcjonalne. Nie zawiera on wskazań co do rodzaju stosunku prawnego, jaki miałby łączyć zwierzchnika z podwładnym. Słusznie zatem uznano, że dla przyjęcia istnienia podwładności wystarczające jest stwierdzenie istnienia co najmniej stosunku organizacyjnego, a nawet jedynie faktycznego, z którego wynika podleganie ogólnemu kierownictwu zwierzchnika. Odpowiednio nie będzie budziło wątpliwości istnienie relacji zwierzchnictwa/podwładności w wypadkach ściślejszego niż przywołany stopnia powiązania obu podmiotów, np. poprzez umowę, powołanie lub regulację ustawową. Jak wskazano w literaturze, co znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, decydujące znaczenie ma istnienie takiego układu relacji, który ze swej istoty zakłada obowiązek stosowania się wykonawcy do wskazówek powierzającego. Istnieje on także wtedy, gdy podwładny przy wykonywaniu powierzonych czynności korzysta ze znaczącego zakresu samodzielności, przy czym sfera aktywności podwładnego podlega ogólnej kontroli powierzającego, a także gdy *de facto*, pomimo istniejących możliwości, powierzający rezygnuje z wpływu na zachowanie się wykonawcy czynności i pozostawia mu wolną rękę bądź też, gdy podwładny nie stosuje się do wskazówek powierzającego. Zastosowania konstrukcji z art. 430 k.c. nie wyłącza ponadto niezależność i swoboda zawodowa podwładnego w zakresie profesji, którą reprezentuje. Tak więc przepis ten ma zastosowanie nie tylko wówczas, gdy podwładny ma obowiązek wykonać wszystkie, nawet najbardziej szczegółowe wskazówki powierzającego, ale także wtedy, gdy korzysta ze stosunkowo szerokiej samodzielności, pozostając pod jego ogólną kontrolą⁴. Sąd Najwyższy, prowadząc w tym zakresie wywód na kanwie specyfiki zawodu lekarza, wskazał, że pogląd dotyczący uznania za wystarczające dla stwierdzenia odpowiedzialności osoby prawnej z art. 430 k.c. „ogólnego” czy też „ogólnoorganizacyjnego” kierownictwa, jak również ogólnego charakteru wiążących wskazówek odnosi się również do innych zawodów, w których ze względu na kwalifikacje występuje wyższy niż przeciętny stopień samodzielności⁵.

⁴ Tak M. Safjan, Art. 430 [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, wyd. 10, Warszawa 2020, Nb 7, 11–12. Tak samo SN w wyrokach: z dnia 8 września 2020 r., V CSK 585/18, LEX nr 3060762 oraz z dnia 30 czerwca 2022 r., II CSKP 356/22, LEX nr 3400088.

⁵ Postanowienie SN z dnia 23 stycznia 2024 r., I CSK 816/23, LEX nr 3662946.

2. Kościelne osoby prawne jako podmioty objęte dyspozycją art. 430 k.c.

Pozostawiając na marginesie rozważania doktrynalne na temat publiczno- i/lub prywatnoprawnego charakteru osobowości prawnej Kościoła w Polsce, która to kwestia zdaniem autora wydaje się być jednoznacznie rozstrzygnięta przez obowiązujące przepisy prawa polskiego w związku z kan. 113–123 oraz Księgi V, a w szczególności kan. 1255–1258 kodeksu prawa kanonicznego (dalej: CIC), należy stwierdzić, że w świetle obowiązujących regulacji prawnych kwestia kościelnych jednostek organizacyjnych mogących być adresatami normy art. 430 k.c. nie wydaje się budzić wątpliwości⁶. Ustawa o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej⁷ w art. 3 ust. 2 poddaje bowiem sprawy odnoszące się do Kościoła w zakresie nią nieuregulowanym powszechnie obowiązującym przepisom prawa.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 przywołanej ustawy w skład struktury organizacyjnej Kościoła wchodzi osoby prawne wymienione enumeratywnie w jej art. 6–10. Należą do nich jednostki o zasięgu ogólnopolskim (krajowym) – Konferencja Episkopatu Polski i jej organy, a także, mimo ujęcia ich w innej jednostce redakcyjnej ustawy – Caritas Polska i Papieskie Dzieła Misyjne, jednostki terytorialne (od metropolii po parafie), personalne (w tym oderwane od struktury terytorialnej diecezji i parafii jednostki organizacyjne zakonów) oraz wymienione indywidualnie szkoły wyższe, instytuty naukowe i dydaktyczno-naukowe. Oznacza to nadanie cywilnoprawnej osobowości prawnej wskazanym kościelnym jednostkom organizacyjnym, wyposażonym w ten przymiot na gruncie prawa kanonicznego, dzięki czemu stały się one równoprawnymi w stosunku do innych osób prawnych podmiotami stosunków cywilnoprawnych i uczestnikami obrotu prawnego w Polsce.

Rozwiązania ustawowe są w pełni zgodne z postanowieniami Konkordatu między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską z dnia 28 lipca 1993 r.⁸, w którym Rzeczpospolita Polska uznała osobowość prawną Kościoła katolickiego (co należy rozpatrywać w sferze publicznoprawnej) oraz wszystkich instytucji kościelnych terytorialnych i personalnych, które uzyskały taką osobowość na podstawie przepisów prawa kanonicznego. Jednocześnie art. 6 ust. 1 Konkordatu potwierdza wyłączną kompetencję władzy kościelnej do tworzenia, zmieniania i znoszenia jednostek organizacyjnych wyposażonych w osobowość prawną. Wprowadzono w ten sposób swego rodzaju zasadę podwójnego – kanonicznego i cywilnego – skutku działań władz kościelnych, bowiem zgodnie z art. 13 ust. 1 u.s.P.K.K. do nabycia osobowości prawnej przez utworzone zgodnie z prawem kanonicznym terytorialne i personalne kościelne jednostki organizacyjne oraz instytuty naukowe potrzeba jedynie powiadomienia przez władzę

⁶ Por. także J. Frąckowiak, *Osoby prawne* [w:] *Prawo cywilne – część ogólna*, t. 1, red. M. Safjan, seria: System Prawa Prywatnego, Warszawa 2007.

⁷ Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1966 ze zm.; dalej: u.s.P.K.K.).

⁸ Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r. (Dz. U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318; dalej: Konkordat).

kościelną właściwego organu administracji państwowej o ich utworzeniu. W tym kontekście za nieuzasadnione należy uznać stanowisko błędnie interpretujące konstytucyjną, ustawową i konkordatową zasadę autonomii porządków prawnych państwa i Kościoła⁹, odmawiające w konsekwencji możliwości uwzględniania regulacji prawno-kanonicznych jako relewantnych także na gruncie prawa cywilnego (państwowego)¹⁰. Skoro bowiem przepisy prawa państwowego i wiążącej państwo umowy międzynarodowej wprost odwołują się do kompetencji władzy kościelnej choćby w tak istotnych zakresach, jak kształtowania struktur kościelnych, tak terytorialnych, jak i personalnych, ich reprezentacji, obsadzania urzędów czy też tworzenia i prowadzenia także na podstawie przepisów prawa kanonicznego placówek oświatowych, jest oczywiste, że dla właściwej oceny związanych z nimi zdarzeń prawnych na gruncie prawa cywilnego konieczne jest uwzględnianie odpowiednich regulacji prawnokanonicznych. Przeciwny pogląd skutkowałby w pierwszym rzędzie brakiem możliwości właściwej prawnej oceny samej natury kościelnych osób prawnych na gruncie prawa cywilnego (np. powoływanych w trybie art. 10 u.s.P.K.K. czy art. 6 Konkordatu), a także skuteczności podejmowanych przez nie i wobec nich czynności prawnych, co prowadziłoby do wewnętrznej sprzeczności oraz faktycznej niemożliwości realizacji przyjętej przez polskiego ustawodawcę konstrukcji.

Postanowienia art. 4 Konkordatu niektórzy komentatorzy zaliczają do zakresu gwarancji poszanowania przez państwo polskie statuowanej przez tę umowę zasady niezależności i autonomii we wzajemnych stosunkach poprzez przestrzeganie własnych kompetencji¹¹. Wydaje się, że ten pogląd idzie nieco za daleko, a fakt państwowego usankcjonowania posiadania osobowości prawnej przez Kościół katolicki oraz wszystkie instytucje kościelne terytorialne i personalne, które uzyskały taką osobowość na podstawie przepisów prawa kanonicznego, uznać należy za właściwe działanie legislacyjne, mające na celu ułatwienie kwalifikacji prawnej kościelnych jednostek organizacyjnych na gruncie prawa cywilnego. Wprowadzony automatyzm co do „lustrzanego” odwzorowania posiadania osobowości prawnej jednostek kościelnych także w prawie polskim spowodował zdecydowane ułatwienie i zapobiegł dychotomii w kwalifikacji prawnej podmiotów kościelnych uczestniczących w życiu publicznym. Jednocześnie art. 4 ust. 3 Konkordatu otworzył kościelnym jednostkom organizacyjnym, które nie są osobami prawnymi na gruncie prawa kanonicznego (z mocy prawa lub dekretu kompetentnej władzy kościelnej), możliwość uzyskania osobowości prawnej na podstawie prawa polskiego. Na gruncie obowiązujących przepisów oznacza to jej nadanie

⁹ Odpowiednio art. 3 Konstytucji RP, art. 2 i 3 u.s.P.K.K. oraz art. 1 Konkordatu.

¹⁰ Tak m.in. W. Lis, *Odpowiedzialność kościelnych osób prawnych za czyny niedozwolone popełnione przez członków duchowieństwa* [w:] *(Nie)odpowiedzialność cywilnoprawna kościelnych osób prawnych za czyny niedozwolone popełnione przez osoby duchowne*, red. P. Sobczyk, Warszawa 2022.

¹¹ W. Góralski, *Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską wyrazem poszanowania zasady oddzielenia Państwa i Kościoła* [w:] *Konkordat polski 1993*, red. M. Winiarczyk-Kossakowska, Cz. Janik, P. Borecki, Warszawa 2019.

rozporządzeniem ministra właściwego do spraw wyznań religijnych oraz mniejszości narodowych i etnicznych¹².

Obowiązująca regulacja prawna w świetle powyższego w sposób jednoznaczny kwalifikuje kościelne osoby prawne jako osoby prawne w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, co nie pozostawia wątpliwości co do ich zdolności do bycia podmiotem odpowiedzialności cywilnoprawnej na gruncie prawa zobowiązań, w tym w szczególności wynikającej z art. 430 k.c. Skoro zaś zgodnie z art. 11 u.s.P.K.K. *expressis verbis* wyłączono wzajemną odpowiedzialność kościelnych osób prawnych za ich własne zobowiązania, należy uznać, że możliwe jest istnienie na gruncie art. 430 k.c. jednoczesnej odpowiedzialności (solidarnej) więcej niż jednej kościelnej osoby prawnej za ten sam czyn w sytuacji, gdy będą one mogły być uznane za przełożone wobec tego samego podwładnego.

3. Wykonywanie czynności powierzonych przez osoby duchowne Kościoła rzymskokatolickiego

Specyficzną kwestią, z jaką mierzyć muszą się sądy rozpatrujące spełnienie przesłanek odpowiedzialności kościelnych osób prawnych na zasadzie art. 430 k.c., jest pojęcie powierzenia przez nie duchownym czynności do wykonania. Należy dokonać tu istotnego rozróżnienia pomiędzy nietypowym dla innych profesji statusem osób duchownych, wynikającym z uzyskania przez nich swoistych „uprawnień zawodowych” wskutek wykonania regulowanych prawem kanonicznym czynności konwencjonalnych, dających takim osobom wyłączne (w odróżnieniu od osób świeckich) prawo wykonywania władzy święceń, a powierzeniem im do wykonania rzeczywistych obowiązków wynikających z przypisania ich do określonego „stanowiska pracy” – urzędu kościelnego i odpowiednio przypisanej do nich władzy rządzenia, nierozzerwalnie jednak związanej z władzą święceń¹³.

Właściwe będzie w konsekwencji stanowisko, że niezasadne byłoby stwierdzenie dokonania powierzenia czynności do wykonania osobie duchownej, której jedynie udzielono święceń (diakonatu, prezbiteratu lub episkopatu) lub też która – odpowiednio – uzyskała jedynie członkostwo w instytucie życia konsekrowanego (zakonie, zgromadzeniu)¹⁴, bez powierzenia jej następnie do wykonywania określonego urzędu. Nie istnieje bowiem w Kościele katolickim co do zasady możliwość przyjęcia święceń, a następnie swobodnego poszukiwania zatrudnienia. Przyjęcie święceń wiąże się w sposób konieczny z inkardynacją (włączeniem) duchownego bądź to do kościelnej jednostki organizacyjnej, bądź do instytutu życia konsekrowanego, które – o czym już była mowa – wyposażone są w warunkach polskich w osobowość prawną. Zgodnie

¹² Por. art. 5–10 u.s.P.K.K.

¹³ Por. J. Krukowski, *Kan.* 274 [w:] *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego*, t. II/1, *Księga II. Lud Boży*, red. *idem*, Poznań 2005.

¹⁴ Por. kan. 266 § 1 CIC.

z kan. 265 *in fine* CIC niemożliwe jest funkcjonowanie duchownych – tułaczy, czyli niepodporządkowanych żadnej władzy kościelnej.

A *contrario* immanentnym korelatem powierzenia duchownemu urzędowi kościelnemu jest jego podporządkowanie przełożonym w hierarchicznej strukturze Kościoła, w szczególności przełożonemu powierzającemu. Obowiązuje ich posłuszeństwo wobec papieża i własnego ordynariusza (kan. 273 CIC), któremu w powierzonym mu zakresie przysługuje wszelka władza zwyczajna, co w wypadku biskupa diecezjalnego oznacza władzę ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą, utrzymywanie dyscypliny kościelnej oraz reprezentowanie diecezji na zewnątrz (kan. 381 § 1, 391–393 CIC).

Należy też wskazać na szeroki zakres obowiązków i uprawnień, przypisanych do typowych urzędów i zadań w Kościele, a co za tym idzie – samodzielności w ich realizowaniu. Przykładowo, odnoszące się do proboszczów regulacje kodeksu prawa kanonicznego nakładają na nich obowiązek sprawowania opieki duszpasterskiej nad parafią pod władzą biskupa diecezjalnego (co kilkakrotnie jest podkreślane w odniesieniu do poszczególnych zakresów odpowiedzialności proboszczów) i we współpracy z innymi kapłanami i świeckimi, troski o ewangelizację, wychowanie dzieci i młodzieży, kierowania liturgią oraz sprawowania sakramentów. W tym celu proboszcz ma starać się poznawać wiernych, odwiedzać rodziny, chorych, opiekować się samotnymi oraz wykonywać szereg innych obowiązków. W zakres jego odpowiedzialności wchodzi ponadto reprezentowanie parafii oraz zarząd jej dobrami.

W podobny sposób – szeroki, a jednocześnie ściśle powiązany hierarchicznie i obligujący do posłuszeństwa oraz współdziałania organizacyjnego, przepisy kościelne normują funkcjonowanie duchownych sprawujących inne funkcje, jak np. wikariuszy parafialnych, administratorów¹⁵.

Tak szeroki zakres obowiązków implikuje znaczną samodzielność duchownych w organizowaniu sposobu, miejsca i czasu ich realizacji. Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że realizują oni zadania powierzone im przez ordynariusza, korzystając z udzielonych im uprawnień oraz autorytetu instytucji, którą reprezentują. Tym samym spełniają oni przesłankę wykonywania czynności powierzonej przez przełożonego w warunkach tak prawnego, jak i faktycznego podporządkowania organizacyjnego, co w wypadku wyrządzenia przez nich szkody skutkuje powstaniem odpowiedzialności odszkodowawczej kościelnej osoby prawnej, do której są przypisani.

4. Przykłady orzeczeń uznających odpowiedzialność kościelnych osób prawnych za szkodę wyrządzoną przez osoby duchowne

Przedstawione poglądy i wnioski, wyprowadzane z obowiązujących przepisów prawa cywilnego, przy jednoczesnym uwzględnieniu regulacji prawnokanonicznych,

¹⁵ Por. kan. 545 § 1 CIC: „(wikariusze) jako współpracownicy proboszcza dzielący jego troski, uzgadniając zamiary i inicjatywy z proboszczem oraz pod jego władzą, mają wykonywać dzieło duszpasterskiej posługi”.

znajdują aprobatę sądów powszechnych rozpatrujących sprawy o odszkodowania dochodzone od kościelnych osób prawnych za szkody wyrządzone przez duchownych w ramach wykonywanych przez nich obowiązków. W wyroku z dnia 19 lipca 2017 r. Sąd Okręgowy (dalej: SO) w Gdańsku¹⁶ uznał, że duchowny wykonujący czynności w zakresie katechizacji, nauczania, udzielania sakramentów jest „podmiotem wchodzącym w skład struktury organizacyjnej Kościoła, a nie podmiotem wykonującym czynności profesjonalne na własny rachunek, najmowanym do wykonania określonych prac”, zaś parafia i diecezja, do której przynależy, winny być uznane za przełożonych w rozumieniu omawianej w niniejszym opracowaniu podstawy odpowiedzialności. Sąd dokonał też istotnej konstatacji w zakresie cezur czasu statutuującej odpowiedzialność podmiotu powierzającego. Wskazał mianowicie na brak podstawy prawnej dla przyjęcia biernej legitymacji procesowej kościelnej osoby prawnej, w której duchowny pracował w chwili wniesienia roszczenia. Wyłącznie legitymowana jest bowiem w tym zakresie ta osoba prawna, której przysługiwał przymiot powierzającego w momencie zaistnienia zdarzenia uzasadniającego odpowiedzialność. Stanowisko Sądu Okręgowego zostało zaaprobowane przez orzekający w sprawie na skutek wniesionych apelacji stron Sąd Apelacyjny (dalej: SA) w Gdańsku¹⁷, który dodatkowo podzielił w uzasadnieniu swojego wyroku pogląd SA w Poznaniu¹⁸. W orzeczeniu tym stwierdzono, iż „odpowiedzialność kościelnej osoby prawnej na gruncie obowiązującego kodeksu cywilnego nie różni się od odpowiedzialności innych osób prawnych, w tym Skarbu Państwa; [...] przypisanie odpowiedzialności kościelnym osobom prawnym za nadużycia seksualne księdza, należącego do określonej osoby prawnej Kościoła katolickiego możliwe jest także wówczas, gdy przełożeni tej jednostki nie wiedzieli o tych nadużyciach, nie tolerowali ich, jak też nie podejmowali działań mających na celu ukrycie niewłaściwego postępowania księdza; nie można przyjmować, że decydującym kryterium rozgraniczenia przypadków, czy do wyrządzenia pokrzywdzonej szkody przez księdza doszło przy wykonywaniu powierzonej księdzu czynności, czy też przy okazji ich wykonywania, jest wyłącznie okoliczność, w czym interesie działał podwładny”.

Podstawowe znaczenie dla ukształtowania się linii orzeczniczej w sprawach odpowiedzialności kościelnych jednostek organizacyjnych za czyny przynależnych do nich duchownych należy przyznać wyrokowi Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 2020 r.¹⁹, ostatecznie rozstrzygającemu sprawę odpowiedzialności odszkodowawczej Towarzystwa Chrystusowego dla Polonii Zagranicznej i jego domu zakonnego w związku z czynami popełnionymi przez członka tego zgromadzenia. Tak ze względu na doniosłość rozstrzyganej materii, gruntowność przeprowadzonej analizy problemu i przedstawianej argumentacji, jak i swego rodzaju – umownie postrzegana – precedensowość winien on stać się istotną cezurą zarówno w polskim orzecznictwie związanym z tego typu sprawami, jak i w świadomości i postawach podmiotów, których one dotyczą.

¹⁶ Wyrok SO w Gdańsku z dnia 19 lipca 2017 r., XV C 326/14, niepubl.

¹⁷ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 8 października 2019 r., I ACA 768/18, niepubl.

¹⁸ Wyrok SA w Poznaniu z dnia 2 października 2018 r., I ACa 539/18, LEX nr 2593664.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 31 marca 2020 r., II CSK 124/19, LEX nr 3220955.

Orzeczenie zostało wydane na skutek kasacji pozwanego zakonu, w której zarzucono wydanemu w sprawie wyrokowi Sądu Apelacyjnego w Poznaniu w szczególności błędną wykładnię art. 430 k.c. Zarzut oparty został na obecnym w doktrynie rozróżnieniu pomiędzy popełnieniem czynu „przy wykonywaniu czynności” a „przy okazji (sposobności) wykonywania powierzonej czynności”, co do którego przeważa pogląd o decydującym znaczeniu funkcjonalnego związku celu zachowania sprawcy i jego powiązania z powierzonymi do wykonania czynnościami²⁰. W opinii skarżących SA błędnie przyjął, że „delikt cywilny popełniony przez duchownego przy szeroko pojętym wykonywaniu posługi duchownego katolickiego, tj. przy sposobności wykonywania posługi księdza katolickiego, powoduje spełnienie przesłanki odpowiedzialności cywilnej osoby prawnej Kościoła katolickiego, tj. przesłanki wykonywania czynności podlegającej kierownictwu osoby prawnej i stosowania się do jej wskazówek, oraz działania w interesie i pod nadzorem osoby prawnej, bowiem samo wyświęcenie i powierzenie sprawcy pełnienia funkcji kapłana wypełnia dyspozycję art. 430 k.c., podczas gdy prawidłowa wykładnia przepisu prowadzi do wniosku, że dla ustalenia odpowiedzialności osoby prawnej na podstawie art. 430 k.c. niezbędne jest ustalenie dokonania deliktu cywilnego pozostającego bezpośrednio w związku z czynnościami podlegającymi kierownictwu zwierzchnika, w interesie, na rzecz i pod nadzorem zwierzchnika”. Interesującym, acz błędnym w ocenie autora aspektem postawionego w kasacji zarzutu było akcentowanie związku czynu jedynie z „wyświęceniem i powierzeniem sprawcy pełnienia funkcji kapłana”, w oderwaniu od rzeczywiście powierzonych mu następnie w związku z otrzymanymi święczeniami funkcji, zakresów obowiązków i zadań. Próba ta, mająca najwyraźniej na celu spowodowanie pominięcia w rozważaniach istotnej sfery podporządkowania hierarchicznego, charakteryzującego rzeczywiste wykonywanie władzy święceń kapłańskich, okazała się nieskuteczna.

Sąd Najwyższy, analizując szczegółowo ten zarzut, wskazał, że kwestia ta wywołuje istotnie największe problemy interpretacyjne. Przywołał w tym kontekście bogate orzecznictwo, zgodnie z którym hipoteza art. 430 k.c. nie obejmuje szkody wyrządzonej li tylko przy sposobności (okazji) wykonywania czynności powierzonej²¹, przypominając jednocześnie, że za wyłączone kryterium rozstrzygające nie można uznawać w tym zakresie subiektywnie ujmowanego pojęcia celu, jakim kierował się podwładny. Nawet bowiem, gdy podwładny „działał w celu osobistym, lecz wykonywanie czynności służbowej umożliwiło mu wyrządzenie tej szkody, to zaistniała sytuację należy ocenić jako spełniającą przesłankę wyrządzenia szkody przez podwładnego przy wykonywaniu powierzonej czynności”²². W konsekwencji, aby prawidłowo ustalić odpowiedzialność osoby prawnej za czyn podwładnego, niezbędne jest stwierdzenie, czy

²⁰ M. Safjan, *Art. 430...*, Nb 15; W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa 2009, Nb 513, 514.

²¹ Sąd Najwyższy powołał się na ustaloną linię orzecniczą, przywołując orzeczenia: z dnia 13 lutego 1960 r., I CR 929/59, OSNCK 1961, nr 3, poz. 69; z dnia 25 listopada 2005 r., V CK 396/05, Pr. Bankowe 2006, nr 11, poz. 16; z dnia 14 marca 2012 r., II CSK 343/11, LEX nr 1163192 oraz z dnia 17 marca 2016 r., II CSK 284/15, LEX nr 204373.

²² Tak SN w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 15 lutego 1971 r., III CZP 33/70, OSNC 1971, nr 4, poz. 59.

czynność podwładnego, której wykonanie wyrządziło szkodę, wchodziła w zakres czynności powierzonych. Analizując w tym kontekście odpowiedzialność kościelnych osób prawnych na tle rozpatrywanych w literaturze i orzecznictwie przykładów podwładnych wykonujących wyspecjalizowane zawody – lekarza, elektryka – Sąd Najwyższy wywiódł, iż analogicznie w wypadku osoby duchownej art. 430 k.c. nie znajdzie zastosowania, gdy np. podczas pielgrzymki podejmie się ona wykonania robót budowlanych u goszczących pielgrzymów gospodarzy lub wykonywania innych czynności zawodowych, nienależących do typowych obowiązków duchownego (np. czynności lekarza czy nauczyciela przedmiotu innego niż religia).

Istotne znaczenie należy przypisać szczegółowemu wywodowi przeprowadzonemu przez SN w kwestiach stosowania odpowiedzialności z art. 430 k.c. do kościelnych osób prawnych oraz istniejącego w nich stosunku podporządkowania w specyficznej sytuacji osoby funkcjonującej w ramach hierarchicznej struktury kościelnej.

Sąd Najwyższy kompleksowo podsumował stanowisko doktryny i orzecznictwa, zgodnie z którym nie budzi wątpliwości, że odpowiedzialność powierzającego (zwierzchnika) za zawinione czyny podwładnego oparta jest na zasadzie ryzyka, a przesłanka winy, niezbędna do stwierdzenia odpowiedzialności za sam czyn, dotyczy tegoż podwładnego, a nie zwierzchnika. Podkreślił także, iż dla przyjęcia odpowiedzialności powierzającego nie jest wymagany szczególny rodzaj stosunku prawnego, na podstawie którego doszło do powierzenia wykonania czynności – powierzenie może być trwałe lub doraźne, odpłatne lub nie, a nawet następować na zasadach czysto faktycznych, np. w stosunkach towarzyskich czy relacjach rodzinnych.

W świetle tak ukształtowanej zasady odpowiedzialności Sąd Najwyższy zasadnie uznał, iż co do zasady w relacji pomiędzy duchownym a jednostką organizacyjną, do której jest przypisany (diecezją, zakonem, zgromadzeniem, parafią), zachodzi nie tylko stosunek przynależności, lecz o wiele głębszy i ściślejszy stosunek prawny i faktyczny o charakterze przenikających się zależności organizacyjnych, służbowych, materialnych i osobistych. Szczególny charakter usytuowania osoby duchownej w strukturze organizacyjnej Kościoła powoduje konieczność uznania, że nie tylko wykonuje ona powierzone mu obowiązki (księdza, kapłana, wikariusza, proboszcza, zakonnika, katechety, wykładowcy, administratora itd.), lecz jest funkcjonariuszem Kościoła, którego każda działalność podejmowana w sytuacji związanej z ujawnieniem tej przynależności i roli postrzegana jest jako wykonywana w imieniu i na rzecz Kościoła jako organizacji.

Zasadniczą wagę ma zwrócenie uwagi na ogólny charakter sformułowania w art. 430 k.c. zasad odpowiedzialności deliktowej zwierzchnika za szkodę wyrządzoną przez podwładnego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności. W tym kontekście za szczególnie istotne trzeba uznać zaakcentowanie, iż to, że w odniesieniu do określonych grup społecznych i zawodowych (np. kościelnych osób prawnych i ich członków) przepis ten w praktyce orzeczniczej nie był stosowany, nie oznacza, że wołą historycznego ustawodawcy nie było objęcie jego zakresem tej grupy podmiotów. Oprócz przywołanych przez Sąd Najwyższy czynników natury psychologicznej i socjologicznej przytoczyć wypada równolegle uwarunkowania rozwoju nauki w zakresie

psychologii oraz kontekst społeczno-polityczny, które nie sprzyjały w polskiej rzeczywistości występowaniu z roszczeniami wobec kościelnych osób prawnych. Niemniej jednak nawet bez stosowania wykładni dynamicznej, próbującej dekodować normę prawną zaktualizowaną do stanu warunków zmienionych w czasie, nie ulega wątpliwości prawidłowość stosowania art. 430 k.c. do wyznaniowych osób prawnych, w tym osób kościelnych w rozumieniu ustawy o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej i Konkordatu.

Pomimo tak zasadniczego i wyczerpująco uargumentowanego stanowiska Sądu Najwyższego w czerwcu 2022 r. próbę kontestowania zasady odpowiedzialności kościelnej osoby prawnej za szkodę wyrządzoną czynem należącej do niej osoby duchownej podjęła diecezja kaliska. Komunikując decyzję o wniesieniu apelacji od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 23 maja 2022 r.²³, który zasądził od niej na rzecz ofiar czynów pedofilnych popełnionych przez księdza inkardynowanego do tej diecezji odszkodowanie, wskazała ona, iż stoi na stanowisku, „że odpowiedzialność za przestępcze czyny oraz zadośćuczynienie za nie ponosi przede wszystkim sam sprawca. Równocześnie, korzystając z prawa do apelacji, deklaruje, że będzie respektowała i stosowała ostateczne wyroki niezależnego sądu”²⁴. Stanowisko diecezji należy ocenić jako zaskakujące z tego powodu, że w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego znalazło się wyraźne stwierdzenie, iż „nie ulega już [podkreśl. K.B.] wątpliwości, że odpowiedzialność diecezji jako kościelnej osoby prawnej wynika z przepisu art. 430 k.c.”. Podkreślając w ten sposób ugruntowany w ocenie Sądu pogląd prawny, znajdujący zastosowanie w tego rodzaju sprawach, sąd ten uwypuklił zarówno uzasadniające tę odpowiedzialność elementy hierarchicznego podporządkowania duchownego jako podwładnego wykonującego czynność powierzoną, w wyniku której wyrządzono szkodę, szeroki zakres czynności powierzonych duchownemu, wynikający tak z dekretu powierzającego mu konkretną funkcję we wskazanym miejscu, jak i z szerokiego zakresu misji ewangelizacyjnej realizowanej na podstawie budzącego zaufanie autorytetu wynikającego z przynależności do stanu duchownego, a także kwestie odpowiedniego wykonywania przez diecezję nadzoru nad wyrządzającym szkodę kapłanem.

Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 11 września 2023 r.²⁵, wydanym na skutek wniesienia zapowiedzianej w przytoczonym komunikacie apelacji, nie podzielił stanowiska diecezji. Odwołując się do zasadniczo zgodnego stanowiska judykatury w zakresie stosowania do kościelnych osób prawnych przepisów kodeksu cywilnego regulujących zasady odpowiedzialności deliktowej, wskazał w szczególności, że „w razie powierzenia przez kościelną osobę prawną duchownym czynności służbowych, czyli wchodzących w zakres ich profesji, do odpowiedzialności za szkody przez nich wyrządzone przy wykonywaniu powierzonych im czynności ma zastosowanie

²³ Wyrok SO w Kaliszu z dnia 23 maja 2022 r., IC 679/20, niepubl.

²⁴ Komunikat rzecznika prasowego w sprawie apelacji od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu, 27.06.2022, <https://diecezja.kalisz.pl/news/komunikat-rzeczniaka-prasowego-w-sprawie-apelacji-od-wyroku-sadu-okregowego-w-kaliszu> [dostęp: 4.05.2024].

²⁵ Wyrok SA w Łodzi z dnia 11 września 2023 r., I ACa 1492/22, niepubl.

art. 430 k.c., chyba że szczególne okoliczności, w których ma być wykonywana czynność powierzona, dają duchownemu faktyczną samodzielność". Pogląd ten zasługuje na przytoczenie ze względu na wprowadzoną przez Sąd dystynkcję pomiędzy zasadą, jaką jest stosowanie wobec kościelnych osób prawnych odpowiedzialności deliktowej za czynności podwładnego na zasadzie art. 430 k.c., a wyjątkiem, który może uzasadniać uniknięcie przez nie takiej odpowiedzialności, polegającym na zaistnieniu przy wykonywaniu przez duchownego powierzonej czynności szczególnych okoliczności, które dawałyby takiemu duchownemu faktyczną samodzielność. Zaakcentowanie tak sformułowanego wyjątku jest szczególnie istotne na tle specyficznej sytuacji duchownych, funkcjonujących w warunkach ścisłego podporządkowania i kontroli. Biorąc pod uwagę zarówno te warunki, jak i zasady doświadczenia życiowego, uzasadnione wydaje się być stwierdzenie, że wyjątek ten należy interpretować wyłącznie ściśle, za każdym razem badając zaistnienie przesłanek znoszących w danym przypadku działanie duchownego w ramach służbowego podporządkowania, posłuszeństwa, wykonywania powierzonych obowiązków czy też otrzymanych poleceń.

W tym samym wyroku Sąd Apelacyjny jednoznacznie uznał także za uzasadnioną bezpośrednią odpowiedzialność deliktową diecezji za szkodę wyrządzoną przez inkardynowanego do niej duchownego niezależnie od jego ewentualnego jednoczesnego podporządkowania bezpośrednio przełożonemu, np. proboszczowi parafii, do której został skierowany. W takiej sytuacji zastosowanie winien znaleźć przepis art. 441 § 1 k.c. statuujący solidarną odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, jeżeli odpowiedzialność za nią ponosi kilka osób, co eliminuje możliwość podnoszenia przez pozwaną kościelną osobę prawną zarzutu, iż nie jest ona właściwym adresatem dochodzonych roszczeń wobec istnienia jeszcze innych potencjalnie odpowiedzialnych jednostek. Pogląd ten należy uwypuklić, bowiem jest on bezpośrednim korelatem przytoczonej wyżej regulacji art. 11 u.s.P.K.K.

Wyrok łódzkiego Sądu Apelacyjnego jest chronologicznie kolejnym orzeczeniem, które wyrażając w sposób spójny i kompleksowy pogląd prawny uzasadniający odpowiedzialność kościelnych osób prawnych na zasadzie art. 430 k.c., dowodzi ukształtowania się w tym zakresie ugruntowanej linii orzeczniczej. Doszło do tego w stosunkowo krótkim czasie, co pokazuje słuszność przytoczonego wyżej poglądu Sądu Najwyższego o treściowej pojemności i ogólnym charakterze sformułowanych w tym przepisie przesłanek odpowiedzialności, co umożliwiło bezpośrednie objęcie nim kościelnych osób prawnych. Za stwierdzeniem zaś, iż tak ugruntowany pogląd judykatury przebija się do świadomości społecznej, przemawia w ocenie autora okoliczność, że w przytoczonej sprawie zakończonej wyrokami Sądu Okręgowego w Kaliszu oraz Sądu Apelacyjnego w Łodzi nie doszło do wniesienia skargi kasacyjnej.

Podsumowanie

W świetle zapadających w ostatnich latach wyroków sądów powszechnych nie ulega wątpliwości zasadność stosowania wobec kościelnych osób prawnych wprost zasady odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę wyrządzoną przez duchownych jako ich podwładnych, wynikającej z art. 430 k.c. Kościelne osoby prawne, wyposażone w osobowość prawną na gruncie prawa polskiego, spełniają warunki do uznania ich za przełożonych w rozumieniu tego przepisu, a istniejące w strukturach kościelnych zależności organizacyjne, zasady hierarchicznego podporządkowania oraz reguły wykonywania władzy i nadzoru w pełni uzasadniają uznawanie duchownych wykonujących urzędy kościelne za podwładnych wykonujących powierzone im czynności, przy czym sądy powszechne przy ocenie stosunków wewnętrznych kościelnych osób prawnych oraz relacji podporządkowania duchownych słusznie uwzględniają także przepisy prawa kanonicznego. Odpowiedzialność ta, mająca charakter gwarancyjny, może mieć przy tym charakter solidarny i dotyczyć więcej niż jednej kościelnej osoby prawnej ze względu na możliwość równoległego istnienia podwójnego stosunku podległości oraz rozgraniczenie odpowiedzialności kościelnych osób prawnych za ich własne zobowiązania.

Literatura

- Czachórski W., *Zobowiązania*, Warszawa 2009.
- Frąckowiak J., *Osoby prawne* [w:] *Prawo cywilne – część ogólna*, t. 1, red. M. Safjan, seria: System Prawa Prywatnego, Warszawa 2007.
- Góralski W., *Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską wyrazem poszanowania zasady oddzielenia Państwa i Kościoła* [w:] *Konkordat polski 1993*, red. M. Winiarczyk-Kossakowska, Cz. Janik, P. Borecki, Warszawa 2019.
- Krukowski J., *Kan. 274* [w:] *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego*, t. II/1, *Księga II. Lud Boży*, red. *idem*, Poznań 2005.
- Lis W., *Odpowiedzialność kościelnych osób prawnych za czyny niedozwolone popełnione przez członków duchowieństwa* [w:] *(Nie)odpowiedzialność cywilnoprawna kościelnych osób prawnych za czyny niedozwolone popełnione przez osoby duchowne*, red. P. Sobczyk, Warszawa 2022.
- Safjan M., *Art. 430* [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 10, Warszawa 2020.

Streszczenie

Krzysztof Bramorski

Odpowiedzialność kościelnych osób prawnych za szkody wyrządzone przez duchownych przy wykonywaniu czynności powierzonych

Osoby prawne Kościoła rzymskokatolickiego są na mocy obowiązujących przepisów ustawowych oraz wiążącego Rzeczpospolitą Polską Konkordatu wyposażone w osobowość prawną na gruncie prawa cywilnego. W konsekwencji nie budzi wątpliwości stosowanie wobec nich uregulowanej w art. 430 kodeksu cywilnego odpowiedzialności powierzającego za szkodę wyrządzoną przez podwładnego z jego winy przy wykonywaniu czynności powierzonej. Osoby duchowne wykonujące powierzone im urzędy kościelne pozostają z powierzającymi je kościelnymi jednostkami organizacyjnymi (osobami prawnymi) w stosunkach prawnych, organizacyjnych i faktycznych uzasadniających przyjęcie relacji podwładności uzasadniającej tę odpowiedzialność. Orzecznictwo sądów powszechnych aprobuje ten pogląd, akcentując ponadto bezpośredniość stosowania przepisu art. 430 k.c. do odpowiedzialności kościelnych osób prawnych oraz możliwość odpowiedzialności solidarnej więcej niż jednej z nich za ten sam czyn tego samego duchownego w sytuacji jednoczesnego równoległego podporządkowania hierarchicznego. Jednolitość poglądów prezentowanych w uzasadnieniach orzeczeń sądów powszechnych, aprobowanych przez Sąd Najwyższy, wskazuje na ukształtowanie się w tym zakresie stabilnej linii orzeczniczej.

Słowa kluczowe: czyny niedozwolone, odpowiedzialność za podwładnego, podporządkowanie, powierzenie, autonomia Kościoła i państwa, osoba prawna, kościelna osoba prawna.

Summary

Krzysztof Bramorski

Liability of Ecclesiastical Legal Persons for Damage Caused by Clergy in the Performance of Entrusted Activities

Legal persons of the Roman Catholic Church are, by virtue of the applicable statutory provisions and the concordat binding on the Republic of Poland, furnished with legal personality under civil law. Consequently, there are no doubts concerning the application to them of the liability of the entrusting party for damage caused by a subordinate through his/her fault while performing the entrusted activity, as is regulated in Article 430 of the Civil Code. Clerics performing ecclesiastical offices entrusted to them remain with the ecclesiastical organisational units (legal persons) so entrusting them in legal, organisational, and factual relations justifying the assumption of a subordinate relationship justifying this liability. The jurisprudence of common courts takes this view, emphasising, moreover, the directness of the application of the provision of Article 430 of the Civil Code to the liability of ecclesiastical legal persons and the possibility of joint and several liability of more than one of them for the same act of the same clerical person in a situation of simultaneous parallel hierarchical subordination. The uniformity of views pre-

sented in the reasons for the judgments of common courts, approved by the Supreme Court, indicates the formation of a stable line of jurisprudence in this respect.

Keywords: torts, responsibility for a subordinate, subordination, entrustment, autonomy of church and state, legal person, ecclesiastical legal person.

Andrzej Drzemczewski

Former Head of the Legal Affairs and Human Rights Department of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Strasbourg, France

a.drzemczewski@outlook.com

ORCID: 0009-0004-1322-027X

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.05>

Revisiting the Issue of Designation of *ad hoc* Judges in the European Court of Human Rights: Some Remarks Following the Case *Wałęsa v. Poland*

Introduction

The designation of Ioannis Ktistakis, the Greek judge, as an *ad hoc* judge subsequent to the recusal of Judge Krzysztof Wojtyczek, the judge elected in respect of Poland, in the recent *Wałęsa v. Poland* case caused quite a stir in Polish legal circles. Hence my decision to focus – in this short commentary – on this rarely discussed technical, yet important subject, in the light of the above-mentioned discussions and a misunderstanding as to the manner in which the Strasbourg Court functions. I have also added a mention, in this connection, of a Practice Directive on recusal of judges issued on 22 January 2024 by the Court’s former President, Siofra O’Leary. Texts, or extracts from them, of the relevant documents mentioned in this commentary can be found in the Appendix.

1. *Ad hoc* judges

Unlike the vast majority of judges on the European Court of Human Rights who are elected by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe by virtue of Article 22 of the European Convention on Human Rights, *ad hoc* judges are directly nominated by States.¹ They may be appointed when an elected judge is unable to sit in a Chamber

¹ For a detailed overview consult: A. Drzemczewski, *Election of Judges: European Court of Human Rights (ECtHR)* [in:] *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3367.013.3367/law-mpeipro-e3367> [accessed: 2024.09.06]; and, as concerns the present situation, the Parliamentary Assembly information document “Procedure for the election of judges to the European Court of Human Rights” (memorandum prepared by the Secretary General of the Assembly), document SG-AS (2025) 01 of 21 January 2025, <https://pace.coe.int/en/pages/committee-30/AS-CDH> [accessed: 2025.01.08]; this document is regularly updated. States should not submit candidates whose election by the Assembly might result in the need of appointing an *ad hoc* judge to replace them (as may be the case where a candidate has been a government agent

or in the Grand Chamber, withdraws, or is exempted, or if there is no judge in respect of a State in a case before the Court. This may occur, for example, when a conflict of interest prevents a sitting judge from being included in a judicial formation. The need to appoint an *ad hoc* judge may also arise when a sitting judge resigns, retires, or dies. In such cases, and since the entry into force of Protocol No. 14 to the Convention in 2010, the President of a Chamber is able to appoint an *ad hoc* judge from a list submitted in advance by a Contracting Party. Such a list should consist of the names of three to five persons possessing the same qualifications as those judges elected by the Parliamentary Assembly, as required by Article 21, paragraph 1, of the Convention. However, in certain circumstances, the President of a Chamber must appoint another elected judge to sit as an *ad hoc* judge when a Contracting Party has not provided the Court with such a list or where fewer than three persons on the list satisfy the qualifications required by Article 21, paragraph 1, of the Convention: see Article 26, paragraph 4, of the Convention and Rule 29 of the Rules of Court (in the Appendix to this commentary).

These arrangements were reviewed by the Parliamentary Assembly some time ago and, more recently, positively assessed by States Parties to the Convention.

In 2012 the Parliamentary Assembly's Legal Affairs and Human Rights Committee issued an "Information Document" in which it noted that the new system put into place by Protocol No. 14 to the Convention (supplemented by appropriate amendments to the Court's Rules) would lead to a marked improvement of prior arrangements, as it strengthened the appearance of (judicial) independence, especially as States Parties would no longer play a decisive role in the appointment of *ad hoc* judges.² Nevertheless, the appointment procedure gave rise – as it still does today – to legitimate concerns that an *ad hoc* judge is designated, from a list submitted by a State Party, by the President of the Court/Chamber in a procedure which totally excludes the Assembly from the process.

In 2016 and 2017, this and related issues were looked into by the Steering Committee for Human Rights (CDDH), which conducts intergovernmental work in the human rights field on behalf of the Committee of Ministers, the executive body of the Organisation. In its report, published in 2018, the CDDH considered that this distinct regime for *ad hoc* judges was justified, notably because of the infrequency of the procedure's use.³

involved in preparing cases before the Strasbourg Court or where the person may have participated as a judge in decisions rejecting applicants' final internal domestic appeals). More specifically, as concerns *ad hoc* judges, see: B. van der Sloot, *The ad hoc judge: A rehabilitation*, "Maastricht Journal of European and Comparative Law" 2022, vol. 29, no. 5, pp. 572–595 (and references therein).

² See: "Ad hoc judges at the European Court of Human Rights: an overview" of 23 January 2012; see, in particular, §§ 13–14. Prior to the entry into force of Protocol No. 14, States had substantial discretion in choosing the person to be appointed as an *ad hoc* judge in a given case after proceedings had begun, i.e., when the content of the complaint was already known.

³ See: *Report on the process of selection and election of judges of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2018, §§ 165–174 at pp. 77–81, <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/publications> [accessed: 2024.09.06].

This subject was recently re-visited by the CDDH. In its report, issued in 2024, the Steering Committee, in effect, repeated its previous assessment. It confirmed that the distinct regime for *ad hoc* judges was rarely used and that it worked well. It also took specific note of the arrangement whereby the President of a Chamber is mandated to appoint another elected judge to sit as an *ad hoc* judge if a State Party has not provided the Court with a list meeting the criteria set out in the Court's Rules.⁴

2. The case of *Wałęsa v. Poland* – designation of *ad hoc* judge

In its judgment in the case of *Wałęsa v. Poland*, rendered on 23 November 2023, a Chamber of the European Court of Human Rights held, unanimously, that there had been a violation of Article 6 of the ECHR, as regards Mr Wałęsa's right to an independent and impartial tribunal established by law and the principle of legal certainty, and a violation of Article 8 of the Convention in that the right to respect his private life had been violated. Furthermore, in applying its pilot-judgment procedure, the Court specified that Poland must take appropriate legislative measures to comply with Article 6 requirements, including the principle of the independence of the judiciary.⁵

As already indicated in the Introduction, this commentary does not relate to the merits of the judgment. Instead, I have decided to focus on the specific procedural decision that was taken by the Chamber's President, namely the designation of the Greek Judge, Ioannis Ktistakis, to sit as an *ad hoc* judge in this case. Why? Simply because, on the day the judgments was rendered, I came across a somewhat unpleasant tweet (on what was formally Twitter and is now renamed 'X') by the former Minister of Justice, Zbigniew Ziobro, in which he claimed that the Court "itself broke the law and violated the ECHR" by not appointing a judge from the country against which a complaint was lodged. I also came across – subsequently – a statement on the portal of the Ministry

⁴ See: Council of Europe (Steering Committee on Human Rights (CDDH)), *Report on issues relating to judges of the European Court of Human Rights* (issued on 8 February 2024 by the Committee of Ministers) document CM(2024)6-add, <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/publications> [accessed: 2024.09.06], §§ 89–95. In § 92 of this report it is noted that "from 1 January 2017 to 20 September 2023 *ad hoc* judges have been appointed in 143 cases. During the same period, 11 elected judges were appointed as *ad hoc* judges in 35 cases. 49 judges from the lists provided by governments were appointed as *ad hoc* judges in 108 cases. Accordingly, out of 60 *ad hoc* judges 82% were appointed from the lists provided by governments." See also the portal of the ECtHR: *List of ad hoc Judges for the year 2024*, https://www.echr.coe.int/Documents/List_adhoc_judges_BIL.pdf [accessed: 2024.09.06]. As concerns Poland, a new list of four *ad hoc* judges was transmitted to the Court subsequent to the election, by the Parliamentary Assembly, of Anna Adamska-Gallant onto the ECtHR on 1 October 2024.

⁵ Case of *Wałęsa v. Poland*, Application No. 50849/21 (coe.int [accessed: 2024.09.06]). See also, in this connection: the letter of the Polish Minister of Foreign Affairs, Radosław Sikorski, of 13 December 2023, addressed to the Committee of Ministers of the Council of Europe, available on the Committee's portal at Result details (coe.int), document H-DD(2023)1502 of 14 December 2023, 1492nd meeting (March 2024) (CM-DH) – Rule 8.2a – Communication from the authorities concerning the case of *Xero Flor v. Poland & Reczkowicz v. Poland* (Applications Nos 4907/18 and 43447/19).

of Justice entitled “Illegal ECHR judgement in the case of Lech Wałęsa.”⁶ Even Professor Ireneusz Cezary Kamiński had “a huge problem with today’s judgment of the ECtHR in the case of *Wałęsa v. Poland* [...] I must thus recognize that the composition of the court in the Wałęsa case was defectively constituted, in violation of Article 26 § 4 of the Convention. To put it in Strasbourg terms – it was not a court established in accordance with the law (here the Convention’).”⁷ These comments were followed, a day later, by a statement issued by the Polish neo-KRS (National Council of the Judiciary) suggesting that “The ruling in this case is also questionable because of the European Court of Human Rights’ failure to comply with the Convention’s procedural standards, as the bench did not include a judge from the Republic of Poland as the state against which the complaint was directed, in violation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.”⁸

Fortunately, the above-mentioned pronouncements were followed by relatively prompt reactions to these unfounded allegations, such as the article by Dominika Sitnicka, entitled “Zbigniew Ziobro and the KRS attack the Court in Strasbourg for its judgment in the Wałęsa case. Are they right?” (in OKO.press, 25 November 2023, my translation)⁹ and a comment made by Professor Roman Wieruszewski on Professor I.C. Kamiński’s Facebook account.¹⁰

But how best to show that the Strasbourg Court had obviously not acted *ultra vires* (and that the Polish State authorities were fully cognisant of this)?

It was relatively easy for me to do so. On the basis of a request addressed to the Court, based on Article 40 of the Convention and Rule 33 of the Rules of Court,¹¹ I obtained access to the case file, in Strasbourg, on 30 November 2023.

⁶ Again, this is my translation of what appeared, on 23 November 2023, on the Ministry’s portal, available at: *Bezprawny wyrok ETPC w sprawie Lecha Wałęsy – Ministerstwo Sprawiedliwości – Portal Gov.pl* (www.gov.pl [accessed: 2023.11.23]).

⁷ My translation; the original Polish version is available on Professor Kamiński’s Facebook account, at (20+) “Mam ogromny problem z dzisiejszym...” – Ireneusz Cezary Kamiński/Facebook.

⁸ My translation. See the portal of the neo-KRS (National Council of the Judiciary: Krajowa Rada Sądownictwa (krs.pl [accessed: 2023.11.24]), for the full text of a “Statement” issued by the Spokesperson, available at: *Komunikat z posiedzenia Krajowej Rady Sądownictwa w dniach 21–24 listopada 2023 r.* (krs.pl [accessed: 2023.11.25]).

⁹ Available at: *Zbigniew Ziobro i KRS atakują Trybunał w Strasburgu za wyrok w sprawie Wałęsy. Czy mają rację?* – Archiwum Osiatyńskiego (archiwumosiatsynskiego.pl [accessed: 2023.11.24]).

¹⁰ See footnote 7, above.

¹¹ Paragraph 2 of Article 40 of the ECHR reads: “Documents deposited with the Registrar shall be accessible to the public unless the President of the Court decides otherwise.” The text of Article 33 of the Rules of Court entitled “Public character of documents” stipulates: “1. All documents deposited with the Registry by the parties or by any third party in connection with an application, except: (a) those deposited within the framework of friendly-settlement negotiations as provided for in Rule 62 or (b) those submitted in connection with proceedings under Rule 44F shall be accessible to the public in accordance with arrangements determined by the Registrar, unless the President of the Chamber, for the reasons set out in paragraph 2 of this Rule, decides otherwise, either of his or her own motion or at the request of a party or any other person concerned. 2. Public access to a document or to any part of it may be restricted in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the

Here is a short chronology of the pertinent correspondence on this subject¹²:

- On 21 June 2023, the Parties to the case were informed that Mr Krzysztof Wojtyczek, the judge elected in respect of Poland, was unable to sit in this case (Rule 28 of the Rules of Court) and that the President of the Chamber accordingly decided to appoint Mr Michał Kowalski, as an *ad hoc* judge, pursuant to Rule 29 of the Rules of Court.
- On 12 October 2023, the Parties to the case were informed that, following Mr Kowalski's correspondence with the Court in which he stated that he personally knew Ms Joanna Lemańska, the President of the Supreme Court's Chamber of Extraordinary Review and Public Affairs, and that they were employed at the same Faculty of Law of the Jagiellonian University, the matter of his participation in the case as an *ad hoc* judge was referred to the Court's Chamber constituted to deal with this case (Rule 28 § 4 of the Rules of Court).

The Chamber first studied the list of three *ad hoc* judges submitted by the Polish Government and it found that fewer than three of the persons indicated on the list satisfied the conditions laid down in paragraph 1(c) of Rule 29.

In its consideration of Mr Kowalski's participation, the Chamber took into account the fact that the applicant's motion (i.e., that of Mr Wałęsa) for exclusion of the judges of the Chamber of Extraordinary Review and Public Affairs from dealing with his case, included Ms Lemańska.¹³

The Chamber then decided that in the particular circumstances of the case it would not be appropriate for Mr Kowalski to sit on the case as an *ad hoc* judge.

Thereupon, the President of the Chamber decided, pursuant to Rule 29 § 2(b) of the Rules of Court, to appoint Mr Ioannis Ktistakis, Judge elected in respect of Greece, to sit as an *ad hoc* judge in this case.

The respondent government was, as indicated, fully apprised of the manner in which the Court dealt with this procedural issue; all these steps were described in detail in the Court's letters to the Parties dated 12 October 2023. Hence, the contents of the tweet by the outgoing Minister of Justice was obviously unbecoming, not to say outright dishonest; *ditto* as concerns the statement issued by the neo-KRS (of which Mr. Zbigniew Ziobro was at the time an *ex officio* member).

parties or of any person concerned so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the President of the Chamber in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. 3. Any request for confidentiality made under paragraph 1 of this Rule must include reasons and specify whether it is requested that all or part of the documents be inaccessible to the public."

¹² Copies of all the correspondence cited is on file with the author; the relevant Rules of Court can be found in the Appendix to this commentary.

¹³ See: *Wałęsa v. Poland*, footnote 5 above, § 34.

3. Subsequent developments and the *rationale* for the established practice

As concerns the case of *Wałęsa v. Poland*, on 8 December 2023 the Chamber of the Court rectified the preamble of the judgment which was published on the Court's HUDOC database. This rectification (editorial revision) consisted of the additional mention of "the withdrawal of Mr Krzysztof Wojtyczek, the judge elected in respect of Poland, from sitting in the case (Rule 28 § 3 of the Rules of Court); the decision of the Chamber under Rule 29 § 3(b) that less than three of the persons indicated in the list of *ad hoc* judges submitted in advance by the Government in accordance with Article 26 § 4 of the Convention and Rule 29 § 1(a) satisfy the conditions set out in Paragraph 1(c) of this Rule."¹⁴

In an article published in the *Dziennik Gazeta Prawna* (Daily newspaper of Legal Studies) on 2 January 2024, Professor Ireneusz C. Kamiński asserted that "the provisions of the ECHR's Rules of Procedure must be amended so as to give effect to Article 26 of the Convention, making the absence of a national judge on the bench a narrowly interpreted exception" – a suggestion which presumably does not merit follow-up in the light of explanations provided in this commentary.¹⁵ In yet another article on this subject in the *Dziennik Gazeta Prawna* a few days afterwards, Professor Michał Balcerzak – who had actually participated, as an *ad hoc* judge, in two Chamber judgments in 2021 and 2022 – was of the view that the absence of a Polish judge in the *Wałęsa* case was indeed unfortunate, but, unlike what Professor Kamiński proposed, this fact in itself did not warrant calling into question this very important judgment.¹⁶

It is interesting to note, in this connection, recent changes in Rule 28 on the recusal of judges incorporated into the Court's Rules (changes which are not directly related

¹⁴ See footnote 5, above. Rule 81 of the Rules of Court, entitled "Rectification of errors and judgments" reads as follows: "Without prejudice to the provisions on revision of judgments and on restoration to the list of applications, the Court may, of its own motion or at the request of a party made within one month of the delivery of a decision or a judgment, rectify clerical errors, errors in calculation or obvious mistakes." A re-signed text of the judgment, as rectified, was sent to the parties on 18 December 2023.

¹⁵ My translation is taken from his article entitled *Wałęsa przeciwko Polsce albo znikający polski sędzia* (*Wałęsa versus Poland or the disappearing Polish judge*), No. 1 (6166), p. D3. In his article, Professor Kamiński erroneously claims that, upon the receipt of lists of *ad hoc* judges, the Court evaluates the qualifications of the candidates (and that this was purportedly done when, in the past, his name was included on such a list of *ad hoc* judges).

¹⁶ Article entitled *Jeszcze o sędziach ad hoc w Strasburgu* (*More about ad hoc judges in Strasbourg*), 9 January 2024, No. (6171), p. D4. Professor Kamiński argued that the case ought to have been referred to the Grand Chamber: Article 43 of the ECHR envisages the possibility of referral if a case "raises a serious question affecting the interpretation of the Convention [...] or a serious issue of general importance." The judgment became final, by virtue of Article 44, § 2, of the Convention on 23 February 2024. Following Russia's expulsion from the Council of Europe and the country's subsequent cessation as a Party to the ECHR, with the office of judge ceasing as of 16 September 2022, the Court applied Rule 29 § 2 by analogy. On this subject see: A. Drzemczewski, R. Lawson, *Exclusion of the Russian Federation from the Council of Europe and the ECHR: An Overview*, "Baltic Yearbook of International Law" 2022, vol. 21, pp. 38–98, at pp. 67–68.

to the case of *Wałęsa v. Poland*).¹⁷ This updated Rule reiterates the reasons for which a judge cannot sit in a particular case and strengthens the core procedural framework for the recusal of judges by expressly codifying the existing practice which permits parties to request recusal of a judge.

This Rule was accompanied, on the same day, by a specific Practice Direction on the recusal of judges issued by the Court's then President, Síofra O'Leary: the full text is reproduced in the Appendix, part C, below. This Practice Direction clarifies procedures provided for in Rule 28, ensuring the possibility for parties to a case to raise concerns they may have about the impartiality of a judge. Also, in order to ensure more transparency of, and accessibility to the judicial process before it, a complete list of the different judicial formations operating within each of the five Sections, including the list of single judges designated by a State, is now available on the Court's website. This permits the identification – by the parties in advance – of the judges in the Court's different judicial formations.

I have one concluding comment. In revisiting the issue in the designation of *ad hoc* judges, it is important to understand the *rationale* for the established practice. The European Court of Human Rights “speaks” *via* its judgments; it is not for the Court or its registry – as sometimes suggested – to “explain itself” with respect to various procedural aspects of its work carried out in conformity with Convention requirements. Often, after having consulted the Parties, the Court may not find it necessary or appropriate to specify that, e.g., a certain individual, at a particular moment in time, may lack the necessary qualities and/or professional gravitas to be appointed as an *ad hoc* judge (qualifications required by Article 21 § 1 of the Convention). There also exists an intrinsic logic in the Rules of Court tailored precisely so as not to make it possible for proceedings to be paralyzed by the existence of a list of *ad hoc* judges composed of inappropriately qualified persons or when such a list has not been transmitted to the Court. The appointment of an elected judge from another State is then envisaged in order to permit the Court to fulfil its jurisprudential tasks and ensure real and effective protection of Convention rights and freedoms.

¹⁷ Press release ECHR 016 (2024), of 22 January 2024, on which this part of the text is based. These changes were adopted by the Plenary Court on 15 December 2023 and entered into force on 22 January 2024: see Appendix, part B, below. Changes to this Rule were preceded by extensive consultation with the relevant stakeholders, in particular with the States Parties, organisations with experience in representing applicants, and several bar associations which had submitted written comments to the Court.

Appendix. Recusal of judges and designation of *ad hoc* judges – relevant texts

A. Extracts from the ECHR, as amended by Protocols Nos. 11, 14 & 15

Article 21 Criteria for office

1. The judges shall be of high moral character and must either possess the qualifications required for appointment to high judicial office or be jurisconsults of recognised competence.

[...]

Article 22 Election of Judges

The judges shall be elected by the Parliamentary Assembly with respect to each High Contracting Part by a majority of votes cast from a list of three candidates nominated by the High Contracting Party.

Article 26 Single-judge formation, Committees, Chambers and Grand Chamber

1. To consider cases brought before it, the Court shall sit in a single-judge formation, in committees of three judges, in Chambers of seven judges and in a Grand Chamber of seventeen judges. The Court's Chambers shall set up committees for a fixed period of time.

[...]

3. When sitting as a single judge, a judge shall not examine any application against the High Contracting Party in respect of which that judge has been elected.
4. There shall sit as an *ex officio* member of the Chamber and the Grand Chamber the judge elected in respect of the High Contracting Party concerned. If there is none or if that judge is unable to sit, a person chosen by the President of the Court from a list submitted in advance by that Party shall sit in the capacity of judge.
5. The Grand Chamber shall also include the President of the Court, the Vice-Presidents, the Presidents of the Chambers and other judges chosen in accordance with the rules of the Court. When a case is referred to the Grand Chamber under Article 43, no judge from the Chamber which rendered the judgment shall sit in the Grand Chamber, with the exception of the President of the Chamber and the judge who sat in respect of the High Contracting Party concerned.

B. Extracts from the Rules of Court (28 March 2024)

The European Court of Human Rights, Having regard to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Protocols thereto, Makes the present Rules:

Rule 1 – Definitions

For the purposes of these Rules unless the context otherwise requires:

[...]

(i) the expression “*ad hoc* judge” means any person chosen in pursuance of Article 26 § 4 of the Convention and in accordance with Rule 29 to sit as a member of the Grand Chamber or as a member of a Chamber;

(j) the terms “judge” and “judges” mean the judges elected by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe or *ad hoc* judges;

[...]

Rule 26 – Constitution of Chambers

[...]

2. The judge elected in respect of any Contracting Party concerned or, where appropriate, another elected judge or *ad hoc* judge appointed in accordance with Rules 29 and 30 may be dispensed by the President of the Chamber from attending meetings devoted to preparatory or procedural matters. For the purposes of such meetings the first substitute judge shall sit.

[...]

Rule 28 – Inability to sit and recusal [last amended on 15 December 2023]

1. A judge has the duty to sit in all cases assigned to him or her, unless, for the reasons set out in paragraph 2, he or she may not take part in the consideration of the case.
2. A judge may not take part in the consideration of any case if
 - (a) he or she has a personal interest in the case, including a spousal, parental or other close family, personal or professional relationship, or a subordinate relationship, with any of the parties;
 - (b) he or she has previously acted in the case, whether as the Agent, advocate or adviser of a party or of a person having an interest in the case, or as a member of another national or international tribunal or commission of inquiry, or in any other capacity;
 - (c) he or she, being an *ad hoc* judge or a former elected judge continuing to sit by virtue of Rule 26 § 3, engages in any political or administrative activity or any professional activity which is incompatible with his or her independence or impartiality;
 - (d) he or she has expressed opinions publicly, through the communications media, in writing, through his or her public actions or otherwise, that are objectively capable of adversely affecting his or her impartiality;
 - (e) for any other reason, his or her independence or impartiality may legitimately be called into doubt.
3. Any judge who considers himself or herself to be unable to sit in a case to which he or she has been assigned, for one of the reasons listed in paragraph 2 shall, as soon as possible, in cases allocated to a Committee or Chamber formation, give notice to the President of the Section, who will decide whether the judge concerned should be exempt from sitting. In the event of any doubt on the part of the judge concerned or the President as to the existence of one of the grounds referred to in

paragraph 2 of this Rule, that issue shall be decided by the Chamber. After hearing the views of the judge concerned, the Chamber shall deliberate and vote, without that judge being present. For the purposes of the Chamber's deliberations and vote on this issue, he or she shall be replaced by the first substitute judge in the Chamber. The same shall apply if the judge sits in respect of any Contracting Party concerned in accordance with Rules 29 and 30.

4. Only parties to the proceedings may request recusal of a judge assigned to sit in their case for the reasons listed in paragraph 2 of this Rule. Any such request must be duly reasoned and lodged as soon as possible after the party concerned learns about the existence of such reasons. It shall be decided by the Chamber in accordance with the procedure described in paragraph 3 of the present Rule. The parties shall be informed whether or not their request has been accepted.
5. The provisions above shall apply, *mutatis mutandis*, in cases before the Grand Chamber, and – under the authority of the President of the Court – to judges acting as a single judge under Article 27 of the Convention and as duty judge in accordance with Rule 39 [relating to interim measures] of the Rules of Court.

Rule 29 – Ad hoc judges [last amended on 3 June 2019]

1. (a) If the judge elected in respect of a Contracting Party concerned is unable to sit in the Chamber, withdraws, or is exempted, or if there is none, the President of the Chamber shall appoint an *ad hoc* judge, who is eligible to take part in the consideration of the case in accordance with Rule 28, from a list submitted in advance by the Contracting Party containing the names of three to five persons whom the Contracting Party has designated as eligible to serve as *ad hoc* judges for a renewable period of four years and as satisfying the conditions set out in paragraph 1(c) of this Rule.

The list shall include both sexes and shall be accompanied by biographical details of the persons whose names appear on the list. The persons whose names appear on the list may not represent a party or a third party in any capacity in proceedings before the Court.

- (b) The procedure set out in paragraph 1(a) of this Rule shall apply if the person so appointed is unable to sit or withdraws.
 - (c) An *ad hoc* judge shall possess the qualifications required by Article 21 § 1 of the Convention and must be in a position to meet the demands of availability and attendance provided for in paragraph 5 of this Rule. For the duration of their appointment, an *ad hoc* judge shall not represent any party or third party in any capacity in proceedings before the Court.
2. The President of the Chamber shall appoint another elected judge to sit as an *ad hoc* judge where
 - (a) at the time of notice being given of the application under Rule 54 § 2(b) [concerning procedure before a Chamber], the Contracting Party concerned has not supplied the Registrar with a list as described in paragraph 1(a) of this Rule, or

- (b) the President of the Chamber finds that less than three of the persons indicated in the list satisfy the conditions laid down in paragraph 1(c) of this Rule.
3. The President of the Chamber may decide not to appoint an *ad hoc* judge pursuant to paragraph 1(a) or 2 of this Rule until notice of the application is given to the Contracting Party under Rule 54 § 2(b). Pending the decision of the President of the Chamber, the first substitute judge shall sit.
 4. An *ad hoc* judge shall, at the beginning of the first sitting held to consider the case after the judge has been appointed, take the oath or make the solemn declaration provided for in Rule 3. This act shall be recorded in minutes.
 5. *Ad hoc* judges are required to make themselves available to the Court and, subject to Rule 26 § 2, to attend the meetings of the Chamber.
 6. The provisions of this Rule shall apply *mutatis mutandis* to proceedings before a panel of the Grand Chamber in connection with a request for an advisory opinion submitted under Article 1 of Protocol No. 16 to the Convention, as well as to proceedings before the Grand Chamber constituted to examine requests accepted by the panel.

Rule 30 – Common interest

1. If two or more applicant or respondent Contracting Parties have a common interest, the President of the Chamber may invite them to agree to appoint a single judge elected in respect of one of the Contracting Parties concerned as common-interest judge who will be called upon to sit *ex officio*. If the Parties are unable to agree, the President shall choose the common-interest judge by lot from the judges proposed by the Parties.
[...]

C. Practice Direction issued by the Court's President on 22 January 2024

Recusal of judges

I. Background

1. Preserving the independence and impartiality of judges is crucial for upholding the rule of law, protecting human rights, and ensuring a fair and just administration of justice. This is also one of the key principles characterising proceedings before the European Court of Human Rights, enshrined in a number of legally binding provisions.
2. Pursuant to Article 21 of the Convention, during their term of office judges are not to engage in any activity which would be incompatible with their independence or impartiality.
3. In the interest of the clear and transparent application of the requirement set out in Article 21 of the Convention, in June 2021 the Court updated the Resolution on Judicial Ethics, which sets out a series of rules on judges' integrity, independence, impartiality, limits to their freedom of expression, additional activities, acceptance of favours, advantages, decorations and honours. According to point III of

that Resolution, judges shall exercise their function impartially, ensure the appearance of impartiality, avoid conflicts of interest including situations in and outside of the Court that may be reasonably perceived as giving rise to a conflict of interest. Judges shall not be involved in dealing with a case in which they have a personal interest. They shall refrain from any activity, expression and association that may be considered to affect adversely public confidence in their impartiality. Several provisions of the Resolution also apply to former judges.

4. Further safeguards related to independence and impartiality may be found in Article 26 § 3 of the Convention and Rule 27A § 3 of the Rules of Court, according to which a judge shall not sit as a single judge in cases concerning the State Party in respect of which he or she has been elected or of which he or she is a national. Furthermore, Rule 13 provides that judges may not preside in cases in which the State Party of which they are nationals or in respect of which they were elected is a party. Rule 24 § 5(c) excludes the participation of the judge elected in respect of a State Party, or a national thereof, in the panel examining a referral request to the Grand Chamber concerning a case against that country.
5. The substantive criteria for a judge's inability to sit in a particular case, as well as the core procedural framework to be uniformly applied by all Court formations in all cases, are set out in Rule 28 of the Rules of Court, which aims to ensure the rigorous implementation of the principle of judicial impartiality. Rule 28 of the Rules of Court was amended and further reinforced by the Plenary Court in December 2023.
6. The purpose of the present Practice Direction is to clarify the modalities provided for in that Rule which ensure, *inter alia*, the practical and effective possibility for the parties to the proceedings to raise any concerns about the impartiality of a judge and the procedure to be followed in such instances.

II. Withdrawal of judges of their own motion

7. Whether a judge shall sit in a case is in principle not a matter of the judge's own discretion; it is a matter of duty. Rule 28 § 1 of the Rules of Court therefore reiterates a judge's obligation to sit, in principle, in all cases assigned to him or her.
8. The reasons for which a judge cannot sit in a particular case are set out in Rule 28 § 2 of the Rules of Court. They include, among other situations, any case in which the judge concerned may have a personal (spousal, parental or other) interest, in which he or she had previously acted (in any capacity, such as judge, party, representative or other) or on which he or she had expressed a public opinion.
9. In cases where a judge considers that for one of the reasons enumerated in Rule 28 § 2 of the Rules of Court, he or she is unable to sit in a particular case, that judge will notify the President of Section/President of the Grand Chamber about his/her concerns, explaining the relevant reasons. It will be for the President of Section/President of the Grand Chamber to decide whether the situation raises an appearance of bias and, in cases where it does, to accept the judge's request for withdrawal from a particular case. In case of doubt, the President of Section/President

of the Grand Chamber may refer the matter to the Chamber/Grand Chamber for discussion and decision (Rule 28 § 3).

III. External request for recusal

10. It has been the Court's consistent practice to allow the parties to the proceedings – i.e. the applicant(s) and the respondent Government(s) – to challenge the impartiality of a judge appointed to sit in their case*. In line with that practice, Rule 28 § 4 of the Rules of Court now clearly sets out that parties to the proceedings – i.e. the applicant(s) and the respondent Government(s) – may request recusal of any judge of the Court assigned to sit in their case (external request). A request for the recusal of a judge by another person, State or entity, which are not party to the particular case before the Court, is not allowed. This does not mean that information which comes to the attention of the Court will not be considered where warranted.
11. Should the judge whose impartiality is being challenged by one of the parties accept the reasons stated in an external request for recusal and immediately wish to withdraw from sitting in the case in question, the procedure prescribed for requests for withdrawal of the judge's own motion shall apply (see above under II).
12. In all other cases, external requests for recusal shall be decided as follows.
13. In all cases assigned to a Committee or a Chamber, a Chamber of the Section to which the case has been allocated shall hear the views of the judge in question concerning the recusal request. The Chamber shall then deliberate and vote on the request, without the judge whose impartiality is being called into question being present.
14. Similarly, in Grand Chamber cases, the relevant Grand Chamber formation shall first hear the views of the judge whose impartiality is being challenged, and then deliberate and vote on the external recusal request without that judge being present.
15. Requests for recusal in cases which are to be decided by a single judge formation shall be decided by the President of the Court, that is to say, the same authority which appoints individual judges to sit as single judges in respect of one or more Contracting Parties.
16. In all cases the party which requested recusal shall be informed of the Court's decision in writing in due course, and a mention of any decision on recusal shall be duly recorded in the Court's judgment or decision.
17. The Court shall also keep a record of cases in which a Judge withdraws of his or her own motion and in which external recusal requests are received and the decisions taken in their regard.

* See, for instance, *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 8, ECHR 2001-IV; *Lekić v. Slovenia* [GC], no. 36480/07, § 4, 11 December 2018; and *Rustavi 2 Broadcasting Company Ltd and Others v. Georgia*, no. 16812/17, § 6, 18 July 2019.

IV. Form and timing of the recusal request

18. Any external request for recusal must be duly reasoned and submitted to the Court in writing in one of the official languages as provided in Rule 34 of the Rules of Court [English or French, unless otherwise decided]. Such a request should be lodged as soon as the party concerned becomes aware of the existence of one of the reasons set out in Rule 28 § 2 of the Rules of Court resulting in a specific judge's inability to sit in a particular case.
19. There is no set time-limit for lodging such external requests, the Court having clarified that the responsibility for the implementation of Rule 28 and, in particular, of the principle of objective impartiality, cannot be left to the sole initiative of the parties**. However, while flexibility may be accorded where warranted by the particular circumstances of a case, the Court will ensure that the recusal procedure is not subject to abuse (see further below).
20. For applicants this will normally mean that they should submit any recusal request at the earliest possible moment. They can also request recusal at a later stage of the proceedings, for instance if a new judge meanwhile takes up office, or an *ad hoc* judge is appointed in their case. The respondent Government should ideally raise any concerns of bias at the time of filing their observations with the Court, and only exceptionally thereafter.

V. Composition deciding the case

21. In order to have a real and effective opportunity of raising a possible concern about the impartiality of a particular judge before their case has been examined, parties to the proceedings must have means of knowing which judges are likely to be deciding their case. Due to the volume of cases with which the Court has to deal, and its working methods, it is not possible to inform the parties in advance of the names of the judges who will be deciding each and every case. In fact, such notification can and is systematically done only in Grand Chamber cases.
22. However, with a view to ensuring the fullest possible transparency and accessibility to the judicial process before it, the Court has published online complete lists of the different judicial formations operating within each of its five Sections, including the list of single judges designated by State, thus making it possible for the parties in most cases to identify in advance the judges which will most likely be deciding their case.
23. What this means in practice is that all applicants can consult the list of single judges appointed to decide cases against one or more respondent Contracting Parties. They are thus in a position to identify beforehand which judge may be deciding their case, should it not be notified to the respondent Contracting Party under Rule 54 § 2(b) of the Rules of Court [which concerns procedure before a Chamber].
24. As regards cases which have been notified to the respondent Contracting Party under Rule 54 § 2(b) of the Rules of Court, at the latest at that moment the parties are

** See *X v. the Czech Republic* (revision), no. 64886/19, § 15, 30 March 2023.

- informed of the allocation of their case to a particular Section. They can consult the publicly available lists of Chamber and Committee formations operating within the Section concerned, in order to verify the possible judicial compositions that may be deciding their case. Should they consider that a particular judge should not be involved in deciding their case for one of the reasons listed in Rule 28 of the Rules of Court, they may request that judge's recusal, providing duly explained reasons.
25. Where an *ad hoc* judge has been appointed in a case against a Contracting Party, the parties shall be informed thereof by a letter as soon as such an appointment has been made. They may then ask for recusal of an *ad hoc* judge for the same reasons and following the same procedure prescribed by Rule 28 of the Rules of Court.

VI. Exceptional avenues after a case has been decided

26. There may be very rare situations in which the parties did not have objective means of knowing which judge(s) would be involved in deciding their case.
27. As regards judgments, under Rule 80 of the Rules of Court the parties may ask for a revision of a judgment in the event of the discovery of a fact which might by its nature have a decisive influence and which, when a judgment was delivered, was unknown to the Court and could not reasonably have been known to that party. Given the principle of finality of judgments in Article 44 of the Convention and, in so far as it calls into question the final character of judgments of the Court, revision, which is not provided for in the Convention but was introduced by the Rules of Court, is an exceptional procedure. Requests for revision of judgments are therefore subjected to strict scrutiny (see *Pardo v. France* (revision – admissibility), 10 July 1996, § 21, Reports of Judgments and Decisions 1996-III). As attested by the Court's recent case-law, the possibility of revision may include issues of impartiality (see *X v. the Czech Republic* (revision), no. 64886/19, §§ 7–21, 30 March 2023). The imperative to apply rigorously the principle of objective impartiality may call exceptionally for the revision of the Court's judgment where grounds for a judge's inability to sit have been shown to exist.
28. At the same time, it is not possible to request revision in relation to inadmissibility decisions, which are by their nature final and not amenable to appeal. In such situations it is nevertheless possible for the Court to reopen a case. Although neither the Convention nor the Rules of Court expressly provide for such reopening, according to its case-law, in very exceptional circumstances, where there has been a manifest error of fact or in the assessment of the relevant admissibility requirements, in the interests of justice the Court has the inherent power to reopen a case which had been declared inadmissible and to rectify any such errors (see, for instance, *Boelens and Others v. Belgium* (dec.), no. 20007/09 et al, § 21, 11 September 2012). It cannot be excluded that such errors may also relate to the impartiality of a judge.
29. However, it is important to stress that neither of these avenues are available as a means of appeal against the Court's judgments or decisions. As described above, they are only to be used in those very rare and exceptional circumstances in which the parties had no way of knowing that a particular judge would be deciding their

case, and of his or her inability to sit for one of the reasons listed in Rule 28 of the Rules of Court. The Court will carefully scrutinise any requests raising concerns of impartiality submitted after a case has been decided. It will ensure that any abusive, frivolous, vexatious or unsubstantiated complaints in this respect shall not be taken into consideration (see, *mutatis mutandis*, Rule 36 § 4(b) of the Rules of Court [which relates to representation of applicants]).

Literature

Drzemczewski A., *Election of Judges: European Court of Human Rights (ECtHR)* [in:] *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3367.013.3367/law-mpeipro-e3367>.

Drzemczewski A., Lawson R., *Exclusion of the Russian Federation from the Council of Europe and the ECHR: An Overview*, "Baltic Yearbook of International Law" 2023, vol. 21.

van der Sloot B., *The ad hoc judge: A rehabilitation*, "Maastricht Journal of European and Comparative Law" 2022, vol. 29, no. 5.

Summary

Andrzej Drzemczewski

Revisiting the Issue of Designation of *ad hoc* Judges in the European Court of Human Rights: Some Remarks Following the Case *Wałęsa v. Poland*

Subsequent to the recusal of the Polish judge elected in respect of Poland in the case of *Wałęsa v. Poland*, the President of the Strasbourg Court's Chamber assigned another elected judge to replace him; he did so after the Chamber had determined that less than three of the persons designated as *ad hoc* judges by the Polish authorities satisfied the requirements of office (Article 21, ECHR). As this procedural decision caused a stir in Polish legal circles, this text provides an explanation of this decision. The related issue of recusal is also briefly broached, following a recent Practice Directive issued by the President of the European Court of Human Rights. Relevant texts, or extracts therefrom, are appended to the commentary.

Keywords: *ad hoc* judge(s), European Convention on Human Rights (ECHR), European Court of Human Rights/Strasbourg Court (ECtHR), Parliamentary Assembly (of the Council of Europe), Practice Direction (of ECtHR President), recusal, Rules of Court, *Wałęsa v. Poland*.

Streszczenie

Andrzej Drzemczewski

Powracając do kwestii wyznaczania sędziów *ad hoc* w Europejskim Trybunale Praw Człowieka – kilka uwag na tle sprawy *Wałęsa przeciwko Polsce*

Po wycofaniu się z udziału w składzie orzekającym przez sędziego z ramienia Polski w sprawie *Wałęsa przeciwko Polsce* Przewodniczący Izby Trybunału w Strasburgu wyznaczył na jego miejsce innego z wybranych sędziów; uczynił to po tym, gdy Izba stwierdziła, że mniej niż trzy osoby wyznaczone przez polskie władze jako sędziowie *ad hoc* nie spełniały wymogów sprawowania urzędu (art. 21 EKPCz). Ponieważ ta decyzja proceduralna wywołała niemałe zamieszanie w polskich kręgach prawniczych, niniejsze opracowanie zawiera wyjaśnienie tej decyzji. Powiązana kwestia wyłączenia sędziego została również krótko omówiona ze względu na niedawno wydaną Dyrektywę Praktyczną przez Przewodniczącą Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Odpowiednie teksty bądź ich fragmenty są zamieszczone w apendyksie.

Słowa kluczowe: sędzia (sędziowie) *ad hoc*, Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPCz), Europejski Trybunał Praw Człowieka/Trybunał w Strasburgu (ETPCz), Zgromadzenie Parlamentarne (Rady Europy), Dyrektywa Praktyczna (Przewodniczącej ETPCz), wyłączenie sędziego, Regulamin Trybunału, *Wałęsa przeciwko Polsce*.

Giovanni Maria Flick

Già Presidente della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, Italy

gm.flick@gmflick.it

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.06>

Cultura, transizione ecologica e sviluppo sostenibile oggi e domani negli articoli 9 e 41 della Costituzione¹

Dalla “storia” alla “geografia” della cultura e della ricerca

È stata utile per l'evoluzione della “storia” del diritto la riflessione sui cambiamenti che si sono via via accumulati nella sua formazione come scienza. Penso in particolare alla progressiva acquisizione di conoscenze come quelle derivate dalle neuroscienze. Hanno condotto alla integrazione di schemi e strumenti classici e tradizionali di giudizio (ad esempio i concetti di responsabilità, di causalità, di imputabilità, di colpevolezza), a sostegno dell'accertamento che il giudice deve compiere con gli strumenti nati dalla filosofia classica e consolidata dalla logica cartesiana del cogito ergo sum.

Quegli strumenti – in una ulteriore evoluzione auspicata da alcuni e temuta da altri – si potrebbero sostituire con altri nati dalle più recenti acquisizioni scientifiche sul funzionamento della mente umana, come quelli proposti ad esempio dall'intelligenza artificiale. Essi nel settore della giustizia vengono ad esempio offerti dalla tecnologia al giudice e all'avvocato attraverso la ricerca di precedenti per la decisione di un caso o per la valutazione di una prognosi di pericolosità sociale, in una delle numerose applicazioni della intelligenza artificiale generativa e predittiva, anzi da ultimo “generale”.

L'esperienza suggerisce perciò di proporre una riflessione simmetrica sulla “geografia” del diritto (soprattutto di quello penale), sull'estensione dei suoi territori e dei suoi confini – con particolare riferimento a quelli contigui dell'etica – di fronte alle novità della ricerca scientifica. Queste novità hanno quasi cancellato il rifugio dell'*hic sunt leones*, proposto dalla logica di fronte all'ignoto o all'indimostrabile.

Esplorare il contenuto e i confini del diritto rispetto all'etica, nello spazio della cultura e della ricerca, richiede innanzitutto il ricorso alla Costituzione italiana: “carta geografica” e manuale della convivenza se non oggi della sopravvivenza in un contesto di disorientamento e di problemi della globalizzazione e del post-globale.

¹ Trattasi del testo – in versione breve – della relazione tenuta dall'autore per il Convegno internazionale di studi sul tema “Scuola, università e ricerca: diritti, doveri e democrazia nello stato di cultura”, Università degli Studi di Salerno – 30 novembre 2023, per cui cfr. G.M. Flick, *Cultura, transizione ecologica e sviluppo sostenibile oggi e domani negli articoli 9 e 41 della Costituzione*, 2023, www.questionegiustizia.it [accesso: 4.01.2024].

Il primo passo da compiere è la verifica sullo spazio dedicato dalla Costituzione alla cultura e alla ricerca scientifica sotto diversi aspetti: i contenuti di libertà ad esse garantiti; i limiti costituzionali alla loro attuazione; le responsabilità che ne nascono; la connessione ed il confronto con altri principi e diritti tutelati; gli stimoli alla loro promozione e sviluppo; gli eventuali interventi pubblici e privati a sostegno del loro esercizio.

La sequenza fra questi momenti è chiara ed esplicita nell'articolo 9 della Costituzione – nel novero dei “principi fondamentali” – tra la cultura, di cui la Repubblica promuove lo sviluppo; la ricerca scientifica e tecnica (sia pura che applicata, ancorché la loro distinzione appaia ormai usurata) che la Repubblica promuove; la tutela del paesaggio (*rectius*: dell'ambiente) e quella “del patrimonio storico e artistico della Nazione”, quasi come frutto di quella cultura.

La tutela del paesaggio come espressione dell'ambiente è stata prima proposta dall'interpretazione dell'articolo 9 ad opera della giurisprudenza costituzionale e ordinaria e della dottrina; è stata poi raccolta da una modifica costituzionale dell'articolo 117 nel 2001, in tema di ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni; è stata infine definita e ampliata dalla riforma degli articoli 9 e 41 nel 2022.

Il tritico all'origine dell'articolo 9 della Costituzione: cultura-ricerca, patrimonio storico-artistico, paesaggio

La sequenza fra i tre momenti della cultura e della ricerca, del patrimonio storico-artistico e del paesaggio, non è casuale o dovuta soltanto a esigenze di sistema; risponde ad una continuità logica. Dalla cultura nasce la ricerca che a sua volta genera altre istanze e prospettive di cultura; la comprensione e la connessione di entrambe sono legate e funzionali reciprocamente e nel loro collegamento con il passato, espresso dal patrimonio culturale ed il futuro, espresso dalla progettualità e dalla realtà dell'ambiente. In quest'ultimo si ricomprendono la tutela della biodiversità – anche quella della specie umana con la pluralità delle culture – e l'interesse delle generazioni future.

Riunire questi momenti in un modo unitario che non consenta frammentazioni è essenziale per la formazione e la crescita della persona umana come singolo e nel contesto del personalismo sociale in cui si sviluppano la sua personalità e la sua pari dignità sociale, secondo gli obiettivi tracciati dagli articoli 2 e 3 della Costituzione che l'articolo 9 integra e completa.

Il carattere unitario di quel sistema complesso è reso evidente dalle distorsioni di una esperienza umana che si articoli soltanto sulla nostalgia del passato o sul timore del futuro; o, peggio, sull'illusione del presente.

Una esperienza senza passato e senza futuro vive soltanto il *carpe diem* o il profitto dell'attimo fuggente. Si riflette nelle scelte della politica dell'oggi e subito, nelle acrobazie dell'economia finanziaria, nelle difficoltà e confusione della conoscenza e del linguaggio attraverso la rete, nel rapporto con gli altri attraverso i social.

Questa esperienza ha sostituito con l' algoritmo d'oro il totem del PIL e il vitello d'oro della lunga marcia degli ebrei verso la terra promessa. Ha sostituito la democrazia con la sondocrazia e il cittadino con il consumatore. Cerca di compensare la perdita del tempo, dello spazio e delle relazioni – componenti essenziali della nostra identità – con il passaggio dal “calcio minuto per minuto” domenicale al calcio in tutti i minuti di tutti i giorni; al tweet che sopravvive; agli emoticon; al marchio ora divenuto X; alla dimensione virtuale di Amazon o di altre analoghe piattaforme.

È una esperienza affannosa che ha ben poco da spartire con lo sforzo, la pazienza, l'attenzione della ricerca e il respiro ampio della cultura, in ultima analisi la loro libertà: sia nell'esercizio paziente di esse, con un occhio al passato e l'altro alle premesse e ai risultati del futuro; sia nella loro traduzione concreta in termini di libertà della scienza in sé e del suo insegnamento.

La ricerca scientifica e tecnica, la cultura e la scienza devono essere libere in negativo da condizionamenti: sia quelli pubblici e/o ideologici rappresentati da interferenze indebite nella regolamentazione delle strutture di ricerca; sia quelli privati rappresentati da risorse economiche finalizzate e vincolanti. Devono essere libere in positivo di ricevere stimolo e promozione, con i contributi pubblici finanziari anche a ricerche non produttive di profitti (penso, ad esempio, ai problemi legati alla ricerca di farmaci contro l'Alzheimer) o con quelli privati, purchè entrambi siano trasparenti.

Il secondo passo da compiere nella “esplorazione” sulla geografia del diritto alla cultura e alla ricerca è altrettanto importante: è il raffronto fra tutti i “principi fondamentali” affermati nella premessa della Costituzione. La sequenza fra cultura, ricerca, patrimonio storico-artistico e patrimonio ambientale è collocata sullo stesso piano degli altri principi fondamentali come l'eguaglianza, la solidarietà, la pari dignità sociale, la libertà, la laicità.

Da un lato questa sistemazione pone in evidenza l'importanza dei principi e dei valori del sistema delineato dagli articoli 9 e 41 soprattutto dopo la recente loro riforma del 2022, nel confronto con il significato e l'importanza degli altri principi fondamentali. Da un altro lato l'esperienza del passato può ricordare o rinnovare situazioni di conflittualità tuttora presenti oppure trascorse, ma produttive entrambe di una conflittualità che si protrae. Quell'esperienza può spingere alla esasperazione di quest'ultima o al contrario alla ricerca del suo superamento, attraverso un nuovo e diverso equilibrio fra principi che siano o si ritengano in contrapposizione fra loro.

È una situazione che può verificarsi ad esempio nel contrasto potenziale o effettivo della libertà di ricerca con il principio di eguaglianza, con quello di solidarietà o con il rispetto della pari dignità sociale, a proposito della sperimentazione a fini di ricerca e dei risultati di quest'ultima.

La casistica della ricerca; le numerose carte e convenzioni internazionali per la sua regolamentazione; le altrettanto numerose forme di soft law e di autoregolamentazione etica (come le linee guida elaborate dal CNR per l'integrità nella ricerca) suggeriscono di evitare la tentazione di utilizzare la ricerca in una prospettiva “corporativa”. Sono tutte ricche di esemplificazioni e di regole anche minuziose per l'individuazione

e l'equilibrio dei principi fondamentali fra loro in potenziale contrasto; nonché per l'individuazione dei vincoli che ne discendono per la libertà di ricerca.

Rimane sempre valida in termini generali l'indicazione prioritaria proposta da Ulisse ai suoi compagni nell'avventura umana e nel "folle volo" verso l'ignoto, oltre le colonne d'Ercole: "fatti non foste a viver come bruti, ma per seguir virtute e canoscenza (*Divina Commedia*, Inferno, XXVI, 119–120)". È un binomio essenziale per cercare e per attuare quell'equilibrio in termini di conoscenza e coscienza, al di là della casistica in cui esso si sviluppa e viene eteroregolato in concreto.

È un binomio che va calato nella concretezza delle innumerevoli varianti di ogni vicenda umana. Deve mirare alla procedimentazione del confronto tra valori prima che all'astratta valutazione e gerarchia del loro contenuto, per evitare tentazioni di autoritarismo e dogmatismo non facili da respingere.

La domanda di cultura durante la recente pandemia

La domanda di cultura ha subito un duro colpo con l'emergenza della pandemia: sia perché a torto è stata da molti considerata parte del "superfluo" come divertimento e distrazione; sia perché le modalità dell'accesso ad essa comportavano rischi e paura del contagio a causa della presenza fisica in luoghi pubblici durante il lockdown. Per contro, quelle modalità hanno comportato una crescita della lettura di libri e della domanda di cultura nel chiuso della casa e sulle piattaforme digitali.

Altro diverso e ben più grave problema è quello rappresentato dalla difficoltà e dalla crisi della didattica a distanza, le sue carenze e i problemi verificatisi in essa nel percorso di formazione scolastico dei giovani durante la pandemia, per la chiusura protratta di scuole ed istituti di insegnamento ai vari livelli. Ma questi problemi esulano dal perimetro delle presenti riflessioni.

Nell'ottica di queste riflessioni sembra ormai acquisito che abbiamo cominciato a renderci conto tutti o quasi del valore della storia e della cultura per scoprire le conseguenze potenziali o effettive di una egemonia tecnico-finanziaria frutto del percorso sorprendentemente rapido della transizione tecnologica e dei suoi risultati. Questi ultimi sono ampiamente positivi in molti campi, ma sono problematici e preoccupanti per alcuni aspetti.

I dubbi e le perplessità sono testimoniati proprio in questo periodo dallo sconcertante dibattito, difficilmente comprensibile nei suoi scopi reali, tra i fautori della nuova intelligenza artificiale sempre più progredita quasi di giorno in giorno e i fautori della sua pericolosità e della necessità di elaborare controlli rigorosi ed efficaci su di essa, a livello globale e non certo soltanto nazionale.

È difficile comprendere quanto vi sia di realtà e quanto invece di enfasi nella prospettazione mediatica dei successi prodigiosi o dei pericoli apocalittici denunciati come suscettibili di derivare dalle nuove e sempre più "prodigiose" capacità della intelligenza artificiale. È ancora più difficile comprendere se quell'enfasi – soprattutto ma

non soltanto mediatica – sia rivolta a rendere l'opinione pubblica più consapevole di quei successi o al contrario di quei pericoli; se essa voglia esprimere un caveat pessimista o un plauso ottimista nel groviglio di informazioni e di manovre che si svolgono anche (e soprattutto) sul terreno della competitività, della concorrenza e del mercato, senza esclusione di colpi e forse in una logica prevalente di profitto.

Quella egemonia incide su un numero indeterminato ed elevato di persone, sulla democrazia, sui loro diritti, ma anche sulle radici e sulla identità di una comunità. È il rischio di una conoscenza che produce un progresso definito da papa Francesco "regresso", perché non è anche necessariamente una acquisizione di responsabilità consapevole; può risolversi in istruzione e in erudizione, ma non necessariamente in educazione.

È una conoscenza che incide soprattutto sulla formazione dei giovani e sulla loro preparazione alla vita e alla comunità; confonde l'etica con il moralismo, la maturità e la consapevolezza con l'erudizione spesso arida, noiosa, inutile e superflua. Soprattutto non si preoccupa della nostra responsabilità verso noi stessi, verso gli altri e verso la natura; una responsabilità che nasce prima di tutto dal legame tra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà (così l'articolo 2 della Costituzione) nelle formazioni sociali in cui si sviluppa la personalità.

Il silenzio nelle campagne elettorali – come d'altronde il confuso rumore sui problemi della scuola e della giustizia – di tutte le forze politiche in tema di cultura e di suo patrimonio, di sue necessità e suoi problemi di fronte alle conseguenze della pandemia sono la testimonianza più evidente di questa "indifferenza" di fronte a una risorsa come la cultura, essenziale per la partecipazione e l'inclusione sociale.

La globalità del patrimonio culturale come bene comune e la guerra

È ormai acquisita la consapevolezza che il patrimonio storico-artistico è un patrimonio globale dell'umanità al pari di quello ambientale. La geopolitica della cultura e del bene comune è globale perché a tutti è comune il bisogno di estetica, di bellezza, di paesaggio, di ambiente.

Potremmo entrare in una logica diversa che ponga come primo articolo della Costituzione il tema della bellezza o la gioia, per cui essa potrebbe aprirsi con: "l'Italia è fondata sulla bellezza", paradossalmente sostituendo quest'ultima al fondamento del lavoro. Si tratterebbe però di una affermazione che non definisce cosa sarà l'Italia e cosa sia la bellezza; oltretutto è una affermazione in contrasto con le troppe devastazioni del paesaggio e dell'ambiente da cui è segnato il nostro paese. Occorre non dimenticare mai il collegamento tra una teorizzazione non astratta e non fine a sé stessa e la concreta regolazione della realtà.

Invece è evidente e fondamentale la concretezza dell'articolo 9 della Costituzione, che va applicato e non solo enfaticamente enunciato; e che fonda una cultura ben più ampia per l'ambiente naturale ed umano e per la loro reciproca interazione. Tuteliamo

il passato, il patrimonio storico e artistico per costruire il futuro e il patrimonio ambientale di quest'ultimo attraverso la chiave e lo strumento della cultura. Soprattutto quest'ultima consente di capire l'importanza di entrambe le dimensioni passato e del futuro e di collegarle per vincere il ripiegamento nel "presentismo": guardare soltanto a ciò che capita adesso e a me; il passato non importa perché io non c'ero ancora; il futuro non importa perché non ci sarò più.

Quello che vale per il rapporto tra gli individui che diventano persone attraverso la relazione con gli altri deve valere anche per il rapporto fra Stati. La guerra è il momento della sopraffazione, ma anche del furto dell'identità culturale di un Paese, della sua anima, della sua bellezza; la pace è una condizione essenziale e uno strumento indispensabile per ridare a ciascun paese e a ciascuna persona ciò che a loro era stato rubato.

Occorre restituire a un popolo gli elementi che costituiscono la sua identità; tra essi vi sono le opere che testimoniano il suo passato. Per operare concretamente a favore della pace in terra possono offrire un contributo essenziale le risorse della memoria del passato e della speranza nel futuro.

Dal profitto al rispetto

Il collegamento tra il passato (il patrimonio storico-artistico) e il futuro (prima visto nel paesaggio; poi ed ora esplicitamente nell'ambiente con le sue potenzialità e implicazioni) si realizza attraverso la cultura; ma anche attraverso il riconoscimento delle possibilità di crescita economica e di occupazione che la testimonianza di quel patrimonio rappresenta per il Paese. Questo tema impone una riflessione sull'intervento pubblico e gli investimenti privati nell'intero ambito del finanziamento, ricerca, conservazione, tutela e fruizione del patrimonio storico e artistico e delle risorse ambientali.

Nel sostenere un'attività fondamentale come la ricerca per ricostruire la storia dell'uomo e la progettazione del futuro occorre evitare nei limiti del possibile un approccio soltanto economico, che comprima la dimensione sociale e quella culturale. Tutto ciò si inserisce nella tutela dell'ambiente in tutte le sue implicazioni; in essa è evidente il potenziale conflitto tra profitto e tutela della cultura.

Questo tema apre una serie di riferimenti ulteriori e molto importanti sui nuclei essenziali di una ricerca che si fonda sul riconoscimento e sul rispetto delle culture in un settore che invece è stato sempre caratterizzato da spoliazioni, colonizzazioni, predazioni come forma di dominio. L'espropriazione del patrimonio culturale e storico/ archeologico ed artistico in particolare, è legata a una sorta di "diritto di predazione" del vincitore; un "diritto" testimoniato anche simbolicamente – ad esempio attraverso la sua illustrazione e rievocazione – quasi a consolidare la posizione di supremazia, di colonialismo, di affermazione del più potente rispetto al più debole.

Si apre quindi l'interrogativo su come ripristinare un equilibrio che compensi le spoliazioni; che riporti su un piano di reciprocità, di parità, di rispetto reciproco il rapporto tra paesi. Penso ai saccheggi di guerra passati e attuali; alle spoliazioni in medio

Oriente; alla razzia nazista e prima ancora a quella napoleonica delle opere d'arte nel nostro Paese; ma anche al furto per soddisfare l'avidità dei mercati e l'investimento degli speculatori. Tutto ciò delinea un panorama preoccupante che va dalla criminalità organizzata alla criminalità "domestica" dei tombaroli che frugano il terreno alla ricerca di "cocci".

Più che una restituzione coatta, nel tentativo di cancellare le conseguenze della predazione di guerra o per furto, si tratta di realizzare uno scambio in termini di reciprocità. La restituzione di un bene archeologico o artistico originato nel territorio di un Paese e poi sottratto, è riconoscimento ed espressione della sua vita culturale e sociale e connotazione della sua antropologia; potrebbe essere "compensata" dalla messa a disposizione di altre risorse archeologiche e artistiche per un impiego concordato da parte del Paese già "predatore".

La spoliazione nega il valore del bene sottratto, lo riduce a mero oggetto. È importante distinguere in modo preliminare il lavoro dell'archeologo dall'azione di chi scava per trovare un oggetto ma non guarda lo scavo, che è l'equivalente di bruciare una biblioteca senza leggerne i libri. Quando uno scavo viene eseguito al solo fine di trovare dei reperti da vendere sul mercato o anche a quello di realizzare una nuova infrastruttura, brucia una biblioteca di cui non conosce il contenuto. La prima cosa che la biblioteca dell'archeologia e della storia contiene è il suo percorso: la procedura dello scavo è una lettura del tempo e una ricostruzione della storia di ciò che giace nascosto nel terreno in cui è custodito e occulta l'oggetto di cui si va alla ricerca.

La storia purtroppo ci ha abituato anche ad altre forme di negazione, come la tendenza a cancellare in toto la memoria di un popolo attraverso la realtà e gli oggetti che ne danno testimonianza. Penso all'emergere di questa tendenza negli Stati Uniti per cancellare la memoria storica del passato o alla distruzione a cannonate dei Buddha di Bamyán in Afghanistan.

La stessa connotazione nazionalistica dell'archeologia per un verso porta all'enfaticizzazione della celebrazione dei beni culturali, con fenomeni di spettacolarizzazione come la processione delle mummie nella loro traslazione alla nuova sede del Museo del Cairo o come la celebrazione del trionfo di Ciro il Grande. Per un altro verso porta all'esaltazione della dimensione nazionalistica. Per un altro verso ancora può facilmente rovesciarsi nel suo opposto, ovvero nella negazione del passato.

Un atteggiamento simile si è registrato in Cina per un lungo periodo, quando si decise di cancellare tutti i segni del passato perchè portano con sé una storia di oppressione, colonialismo e schiavismo. Viene negato il portato positivo della civiltà rappresentato dalla Rivoluzione francese e da quella americana: si vogliono cancellare e letteralmente distruggere i segni di questo percorso. Si realizza una sorta di razzismo antirazzista in cui si considerano solo gli aspetti negativi di una cultura come quella europea occidentale, che pure ha prodotto la democrazia e molto altro di positivo accanto a non pochi guasti; che – sia pure da poche generazioni – ha cercato di sostituire i conflitti e le guerre con un luogo di confronto e graduale integrazione economica e politica come l'Unione Europea.

Si ripropone qui l'errore intrinseco di ogni forma di negazione radicale. La cancellazione delle tracce di un passato drammatico, finanche atroce, ne favorisce la rimozione; ma provoca anche il rischio di una sua ripetizione. Questo induce a riflettere ad esempio sul valore civile dell'archeologia dello sterminio oltre a quello della sua memoria attraverso i documenti e soprattutto attraverso le testimonianze dei sopravvissuti ad esso: si pensi alla conservazione dei residui esistenti nei luoghi ove lo sterminio è stato praticato a partire dalla spianata del campo di Auschwitz ieri, per giungere oggi al cimitero dei migranti nel Mediterraneo.

L'archeologia e la ricostruzione dei luoghi del passato testimoniano anche altre storie. Sono quella dei luoghi del lavoro quotidiano di milioni di persone, evidenziata dall'archeologia industriale che ci racconta gli ambienti di quel lavoro e il loro cambiamento nel corso dei secoli; quella dei luoghi di detenzione per spiare una pena e/o per separare i "diversi" dai "normali"; quella degli ospedali e degli ospizi per la malattia e per la povertà con una eguale finalità; quella della nascita e dello sviluppo della esperienza religiosa e del culto.

La "restituzione" della memoria

Tutto questo riporta al tema della opportunità di restituire i beni oggetto di saccheggi e di furto, che può essere motivata da diverse ragioni. In primo luogo vi è il valore etico, non nel senso della morale classica, ma in quello proprio di una morale nella geopolitica, del rapporto tra organismi internazionali e tra Stati. Questo rapporto richiede la consapevolezza che il patrimonio illegittimamente acquisito è un "peso storico". Si sta sviluppando nei paesi del Golfo una formula di collaborazione (come il Louvre Museum di Abu Dhabi) con joint ventures che possono innescare scambi, prestiti e altre forme di collaborazione.

La conservazione di un patrimonio male acquisito ha lo scopo di dimostrare la nostra superiorità, la nostra sovranità su altri paesi e su altre realtà storiche e culturali. Un discorso su di essa sottolinea la necessità di una negoziazione che vada al di là dello scambio soltanto sinallagmatico e risarcitorio, verso un riconoscimento reciproco.

Nel processo di recupero dell'identità di un popolo attraverso la restituzione della memoria, una fase di importanza centrale è rappresentata dalla preservazione e dalla conservazione dei beni materiali e artistici, dalla creazione di una cultura museale. È un fenomeno importante che testimonia un'apertura sul piano geopolitico globale; sottolinea il riconoscimento del valore universale dell'archeologia come strumento e via di conoscenza e di cultura.

È un ritorno del bene-oggetto allo spazio ove è nato; una riconciliazione tra la dimensione del tempo e quella dello spazio; una ri-collocazione di quel bene nel contesto cui appartiene e dove è restato sepolto per molto tempo. La ricongiunzione tra queste due dimensioni presuppone anche una nuova e diversa concezione giuridica

del bene quale parte della natura e dell'ambiente, che sono i presupposti di una categoria di bene comune meritevole di tutela costituzionale.

Il significato più profondo di una trasformazione della cultura museale sta proprio nella necessità che le testimonianze materiali del nostro passato ritornino ove nel quale sono state formate. Dobbiamo far rivivere una concezione museale che vada oltre la mera conservazione e realizzi il ritorno all'origine della traccia, al sito dello scavo da cui è stata estratta. Così da attuare un altro concetto fondamentale nell'arte e nell'archeologia come nel diritto: il rapporto tra il tempo e lo spazio.

Il bene archeologico e storico come bene comune porta a una riflessione sul rapporto tra tutela del bene pubblico e investimenti privati. Occorre non solo superare il cliché che la conoscenza e la tutela del patrimonio storico-artistico siano un ostacolo allo sviluppo economico; ma anche valorizzare il rapporto tra l'oggetto appartenente a quel patrimonio e l'ambiente circostante.

Dalla conservazione del passato alla progettazione del futuro

Il paesaggio deve essere visto o deve essere anche vissuto? Non c'è dubbio che debba essere vissuto. Lo stesso discorso vale anche per il risultato dell'attività umana testimoniata dalla ricerca: l'articolo 9 della nostra Costituzione è una grande novità da questo punto di vista; anche se c'erano già stati precedenti quali le leggi Bottai del 1939 a difesa di una cultura sul patrimonio storico del passato.

L'articolo 9 della Costituzione è una delle norme più stimolanti di essa. Istituisce un rapporto tra passato, patrimonio storico, artistico e archeologico, progetto ambientale e futuro soprattutto alla luce delle prospettive e delle potenzialità aperte dalla nuova recente e più ampia formulazione di esso e dell'articolo 41. Un futuro che però adesso sta assumendo le tinte fosche di una previsione negativa di fronte a tutti i problemi sociali e ambientali che viviamo, a cominciare dalle conseguenze della pandemia per precipitare in quelle della guerra.

Una conoscenza senza la virtù, in tutti i significati che sono attribuiti a quest'ultima, è una conoscenza mutilata, parziale, ridotta; perde notevolmente il suo valore. È un tema cui sinora abbiamo pensato troppo poco; è una riflessione che vale per l'ambiente, per le città, le foreste, la campagna e per il panorama ma anche per i beni archeologici e artistici in quanto beni comuni.

Abbiamo avuto in passato (e ancora oggi) la tendenza a radicare i beni, le realtà materiali e non solo quelle all'interno di due categorie rigide: pubblico o privato. Queste a loro volta si articolano in una serie di sottocategorie: ad esempio nell'ambito del pubblico c'è il demanio statale, il demanio regionale, il patrimonio disponibile. Inoltre, vi è una complessa elaborazione sul rapporto tra il bene pubblico e la gestione di esso da parte del privato.

Stiamo lavorando tuttavia secondo una logica ormai sorpassata che non pare abbia avuto particolare incidenza anche nel campo dell'arte, della ricerca storica

e dell'archeologia. Si devono invece assicurare la fruibilità collettiva e il godimento di un bene da parte di tutti, indipendentemente da chi ne è proprietario e iscrive la sua proprietà in un registro pubblico o privato. È chiaro che se il bene è un bene pubblico sarà maggiore lo spazio di intervento: ma occorrerà sempre il contributo del settore privato per una sinergia che è indispensabile alla sua cura e conservazione.

È quindi lecito lo "sfruttamento" delle potenzialità economiche del patrimonio storico-artistico, però con la cautela che deriva dalla necessità di non trasformarlo in una realtà esclusivamente economica. Gli investimenti privati in questo ambito, a fronte della carenza di investimenti pubblici, possono invece – accanto e nonostante le finalità di profitto – essere realizzati anche a fine di promozione del marchio, di cultural washing, di strategia promozionale grazie a restauri e allestimenti di mostre per beni culturali che rischiano il degrado o un uso improprio. Sempre che non si risolvano in operazioni culturali fittizie per ragioni di pubblicità.

Quello "sfruttamento" non può invece risolversi in una prospettiva di indifferenza verso gli abusi edilizi e paesaggistici e i sacrifici imposti al patrimonio storico, artistico e archeologico, per realizzare infrastrutture moderne e necessarie. Alcune novità si sono affacciate recentemente nel percorso per quella realizzazione; in esso si promuovono la comunicazione di ogni iniziativa ai vari livelli, il coinvolgimento della comunità locale e un miglior uso della tecnologia da impiegare.

Territorio, ambiente, paesaggio, sono presupposti tecnico-giuridici di dispute difficili da comporre: chi ha la competenza sulla tutela del territorio, chi ha la competenza a valorizzarlo, chi ha la competenza sulla difesa del paesaggio? La riforma costituzionale del titolo V della Costituzione nel 2001 purtroppo è stata conclusa frettolosamente e male. È stata il frutto di una maggioranza ridottissima; è stata licenziata nell'illusione che ciò fosse sufficiente a frenare aspirazioni separatiste presenti nella società e nella politica. È stata veramente un'occasione sprecata per affrontare in modo corretto il rapporto tra l'unità del Paese e le autonomie; anzi, ha aperto e facilitato la via per l'attuale e molto discussa realizzazione di una "autonomia differenziata".

Tant'è vero che la Corte costituzionale ha dovuto lavorare intensamente per cercare di trovare nell'attuazione di quella riforma un accordo per la ripartizione delle competenze tra Stato e autonomie. La Corte ha concluso che in quest'ambito occorre una leale collaborazione – nel senso giuridico e non solo sociale – perché le tre dimensioni del territorio, dell'ambiente e del paesaggio) non sono altro che tre modi di vedere e quindi di definire un'unica realtà.

L'interpretazione giurisdizionale e quella dottrinale della Costituzione hanno letto l'articolo 9 (nella sua versione originaria) in un modo all'apparenza più ampio dalla sua formulazione; hanno ricompreso nella tutela del paesaggio quella dell'ambiente. Era necessaria questa visione onnicomprensiva perché quando la Costituzione venne scritta l'ambiente non era ancora una realtà concreta, riconosciuta dall'uomo; solo dopo si è cominciato a scoprirlo, conoscerlo, tutelarlo.

La riforma degli articoli 9 e 41 – con il riferimento esplicito all'ambiente, alla biodiversità, all'equilibrio degli ecosistemi e all'interesse delle generazioni future – ha arricchito quella visione.

Voler proporre invece una contrapposizione tra territorio e ambiente per cui ad esempio il territorio sarebbe di competenza esclusiva delle regioni mentre l'ambiente sarebbe di competenza dello Stato; voler trovare una distinzione rigida tra ambiente e paesaggio o una gerarchia rigida fra di loro finisce per generare aggravii burocratici e conflitti, che sono spesso politici oltre che concettuali e giuridici.

Il riferimento alla leale collaborazione non riguarda solo le singole realtà amministrative e le istituzioni del Paese; il patrimonio archeologico come quello storico e artistico sono patrimoni globali, beni comuni dell'umanità. Per questo, tra l'altro, occorre operare o per le restituzioni di beni che sono stati asportati; o quantomeno per un approccio che sia diretto alla leale collaborazione non solo tra lo Stato e le regioni ma anche tra gli Stati.

La memoria del passato e il progetto del futuro negli articoli 9 e 41

Il dialogo tra passato e futuro, fondato sulla cultura, ci permette di vivere la realtà del presente nella sua complessità.

Il nostro rapporto con la bellezza e con la ricchezza del passato e della natura è reso consapevole, possibile ed è sviluppato grazie alla cultura e alla ricerca attraverso la conservazione delle tracce del passato e la tutela dell'ambiente, di fronte ai guasti sempre più irreparabili che esso subisce a livello globale e locale, così da comprometterne il futuro.

Abbiamo la pretesa dissennata di dominare e di sfruttare l'ambiente e ci illudiamo di compensarla con gli strumenti offerti dal progresso tecnologico.

Da ciò l'importanza degli articoli 9 e 41 della Costituzione e della loro recente riforma, per una riflessione sia sulla promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca; sia sulla tutela della memoria (il patrimonio culturale ed artistico); sia sulla comprensione del presente e dei suoi molteplici problemi; sia sul progetto del futuro (l'ambiente e le prossime generazioni). Occorre ripensare il rapporto fra spazio (paesaggio, territorio e ambiente) e tempo (patrimonio storico e artistico) nel contesto di crisi della globalizzazione, di fronte a tutto il seguito di interrogativi e di contraddizioni che caratterizza quest'ultima.

Nella logica dei beni comuni e nella continuità del rapporto fra memoria del passato e progettualità per il futuro, quella riflessione iscrive i beni cui si riferisce l'articolo 9 della Costituzione – già nella formulazione "riduttiva" originaria ma più ancora in quella ampia della sua recente riforma nel 2022 – nella categoria di quelli comuni.

La riflessione cerca di seguire il percorso di accessibilità, di salvaguardia e di sviluppo di quei beni nella prospettiva di un'economia della cultura, con i suoi limiti e le sue peculiarità; non nella prospettiva di un'economia di cultura, con i suoi tagli sbrigativi alle risorse e agli strumenti o con il predominio della logica di sfruttamento. È una riflessione che cerca di superare l'equivoco e la tendenza a comprimere la fruizione di quei beni da parte di tutti in una logica soltanto di profitto per pochi; o al contrario la

pigrizia di abbandonarla al disinteresse e al destino della *res nullius* (ciò che è di tutti non è di nessuno, o meglio del primo che se ne impadronisce).

Infine è una riflessione dedicata all'ambiente come arcipelago di valori spesso in conflitto fra di loro, di cui offrono una fotografia spietata l'enciclica "Laudato si'" di Papa Francesco del 2015 e la sua recente Esortazione apostolica del 2023 sul disinteresse sostanziale verso quella denuncia e sull'inerzia dei sette anni trascorsi fra di esse, di fronte alla gravità e all'urgenza dei problemi ambientali. Il suo ammonimento – sul rischio di un secondo diluvio universale di cui molti cominciano a rendersi conto – si ricollega al "Cantico" del suo omonimo : Francesco di Assisi, protagonista dell'ecologia al pari di lui, novecento anni addietro.

L'interesse delle generazioni future

Si è in particolare affrontato nella riforma del 2022 il problema dei diritti delle generazioni di chi non è ancora nato; quello dei giovani già ora esposti ai rischi del cambiamento climatico; quello dell'equilibrio che deve cercarsi tra le due categorie, per non privilegiare eccessivamente l'una o l'altra.

Si è sottolineata la necessità di consolidare la tutela dei diritti in quest'ambito in base ai "principi cardine" di non regressione, di proporzionalità e di solidarietà in sede intergenerazionale, internazionale e interdisciplinare. È stata essenziale a tal fine l'esperienza comune maturata con la pandemia e il ruolo sempre crescente svolto dalle Corti costituzionali per cercare di rafforzare la fiducia nelle conoscenze acquisite attraverso la scienza, al fine di valorizzare in modo incisivo gli strumenti giuridici a tutela della dignità umana in tema di ambiente e salute.

Il riferimento delle Corti portoghese, spagnola, francese e italiana – in un loro recente incontro – alla necessità di precisare in modo sempre più puntuale il ruolo della scienza per rafforzare la fiducia nelle conoscenze che essa mette a disposizione, sottolinea un altro elemento assai importante: la necessità di una stretta sinergia, una contestualità e un costante equilibrio tra la transizione ecologica e quella tecnologica.

Troppo spesso l'uso sfrenato e l'abuso presuntuoso e senza limiti delle risorse tecnologiche nell'uso e abuso delle risorse naturali – con l'orgoglio e la fiducia malriposta di sapervi comunque porre rimedio – è stato causa o concausa delle devastazioni ambientali a fine di profitto.

È egualmente importante, accanto alla modifica dell'articolo 9, quella strettamente connessa dell'articolo 41. Essa introduce accanto alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, il limite di recare danno alla salute e all'ambiente. Quest'ultimo limite apra un dubbio e una riflessione sulla esistenza o meno di un vincolo di gerarchia tra principi e fra diritti fondamentali.

Quel vincolo era stato recentemente negato dalla Corte costituzionale pur riconoscendo il "valore" primario dell'ambiente e della salute. Oggi il problema si ripropone

di fronte al riferimento esplicito dell'articolo 41 alla salute e all'ambiente come primi valori da rispettare.

L'articolo 41 aggiunge inoltre il riferimento ai fini ambientali, oltre a quelli sociali, per i programmi e i controlli opportuni che la legge determina perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata.

Sembra difficile chiedere una risposta più chiara, esplicita e univoca alla domanda: sviluppo sostenibile per chi? Per il mercato e il profitto o per la persona e la natura?

Tuttavia è altrettanto importante evitare un ritorno al passato attraverso un "veteroambientalismo rigido", rivolto ad una "decrescita felice" che non è in realtà accettata da molti e che potrebbe finire per risolversi in una "crescita zero".

Le Corti costituzionali del c.d. quadrilatero al fine di questo equilibrio richiamano i "principi cardine" dianzi accennati. La nostra Corte nel 2013 aveva segnalato la assenza di una gerarchia rigida tra i "principi fondamentali" e di una "tirannia" di alcuni diritti fondamentali sugli altri. Secondo la Corte non esistono "diritti tiranni": il bilanciamento tra i valori è sempre necessario, fermo restando quel valore primario. Tuttavia nella giurisprudenza della Corte sembra affiorare oggi qualche perplessità di fronte alla drasticità della esclusione proposta in precedenza da essa per una gerarchia fra i diritti inviolabili.

Il problema delle emergenze in materia ambientale e di salute – sempre più invadente e dirompente – e quello della preparazione, della educazione e delle responsabilità per fronteggiarle propongono una serie di alternative che rientrano nel complesso rapporto fra la modernità, il presente e il futuro.

È un rapporto che richiede un approfondimento ben diverso da quello ipotizzabile per cenni sommari. Le sue premesse appartengono alla competenza delle scienze sociali per quanto riguarda sia l'evoluzione delle forme di una governance anticipatoria del futuro, sia la preparazione delle modalità per affrontare quelle emergenze. Le sue conseguenze appartengono alla competenza di una politica "alta" e istituzionale che tenga conto di quelle premesse e non si perda nelle diatribe di una "politique politicienne" e della sua quotidianità, coinvolgendo e strumentalizzando in quest'ultima anche l'assetto costituzionale.

È sufficiente richiamare qui le alternative possibili: la prevenzione, la deterrenza, la precauzione, la prelazione e la preparazione; nonché le varianti di quelle alternative nel rapporto col futuro, il carattere delle diverse minacce, i loro effetti, gli agenti e la loro struttura temporale.

Ai fini di questa riflessione occorre riconoscere in primo luogo le pandemie, il terrorismo e le guerre come segnali importanti di un'organizzazione sociale e geopolitica sempre più insostenibile; valutare se in quale modo ed a quale prezzo è possibile un cambiamento.

Occorre in secondo luogo evitare che l'attenzione alla tutela delle generazioni future si risolva nel sacrificio sproporzionato ed eccessivo delle generazioni attuali; ma questo è un tema che deve essere rinviato a un successivo momento.

Lo sviluppo sostenibile: un obiettivo per la transizione ecologica e un limite per quella tecnologica

Le considerazioni che precedono assumono un significato di particolare attualità con riferimento alla guerra – dopo l’aggressione dell’Ucraina da parte della Russia e dopo lo scontro tra il terrorismo di Hamas e la reazione di Israele – alla luce dell’appello ripetuto da papa Francesco: “Chiedo in nome di Dio che si metta fine alla follia crudele della guerra [...] il vero fallimento della politica”.

Purtroppo sembra sempre vincere la logica del profitto. Bisogna privilegiare un’economia che operi scelte avvedute nell’allocazione delle risorse per la conservazione, gestione e valorizzazione del patrimonio del passato, a partire da quello archeologico e da ciò che lo compone. Per questo è necessaria una valutazione politica alta della riqualificazione del territorio alla luce delle peculiarità che si radicano in esso.

Questa funzione è certamente prioritaria rispetto all’obiettivo di produrre reddito attraverso lo sfruttamento del patrimonio culturale, come oggi da molti si chiede. Essa è altresì essenziale per superare la frattura altrimenti difficilmente evitabile tra l’“oggetto (e il monumento) bello, antico, prezioso, raro” e la quotidianità; tra lo spazio chiuso e troppo spesso elitario del museo o del monumento e lo spazio aperto della vita e dell’esperienza comune di tutti. Inoltre vi è il rischio – per usare un linguaggio concreto – che il bene artistico diventi “bello perché caro”, anziché “caro perché bello”, nella logica imperante del mercato e del profitto.

Il problema del confronto/scontro tra profitto e ambiente, tra rivoluzione ecologica e tecnologica, tra profitto (da misurare) e cultura (da fruire e da tutelare senza limitazioni) diviene in questa prospettiva più ampio: è in realtà un aspetto del confronto fra potere e cultura. Il potere, attraverso gli strumenti dalle nuove prospettive offerte dall’intelligenza artificiale può condizionare le scelte di singoli e di gruppi, con ricadute anche sulle conseguenze economiche, politiche e sul funzionamento della democrazia.

La conferma di ciò si coglie nel singolare e enfatizzato dibattito (rectius: scontro) tra prospettive di sviluppo dell’intelligenza artificiale in questo periodo: fondazione senza scopo di lucro o strumento per nuovi orizzonti dell’attività finanziaria?

Le riflessioni che precedono si aprono a quelle sul significato oggi dello “sviluppo sostenibile”. È affermato da decenni, anche fuori del contesto giuridico, a partire dalla Conferenza di Stoccolma nel 1972 e dalla sua Dichiarazione n. 8: “uno sviluppo economico sociale fondamentale per assicurare un ambiente adatto alla vita umana e per migliorarne le condizioni”; nonostante le pessimistiche valutazioni già allora formulate inutilmente dal Club di Roma sul futuro del nostro pianeta e sui limiti allo sviluppo.

Questo principio si consolida e si amplia nel tempo guardando al futuro dell’ambiente: la Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 si riferisce specificamente al benessere delle generazioni future come parametro per l’uso delle risorse. Nel 2021 il Tribunale costituzionale di Karlsruhe guarda esplicitamente agli interessi di queste ultime e al dovere di eguaglianza verso di esse.

Dal principio dello sviluppo sostenibile nasce la necessità della svolta, poi “transizione ecologica”, nel dibattito sul contenuto, sull’applicazione e sull’utilità di quel principio in sede amministrativa e giurisdizionale.

Oggi – alla luce dell’Agenda 2030 delle Nazioni Unite, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, del PNRR e delle priorità da esso indicate – lo sviluppo sostenibile è considerato un principio con effetti nel tempo, per orientare scelte politiche e amministrative più che per definire interessi specifici.

Soprattutto esso esprime l’esigenza di equilibrio e di temperamento fra interessi e soggetti diversi: il presente e il futuro; il benessere e sviluppo e la conservazione delle risorse; il rapporto tra popoli poveri e in sviluppo e popoli “benestanti”; l’uso equilibrato delle risorse e quelle che saranno le esigenze delle generazioni future.

Il principio dello sviluppo sostenibile non configura una materia specifica (anche l’ambiente è definito dalla Corte costituzionale una “non materia”) ma un percorso di coordinamento tra politiche e materie fra loro diverse, con ampiezza e difficoltà di delimitazione (cfr. gli articoli 3 e 21 del Trattato sull’Unione Europea e 37 della Carta dei diritti di quest’ultima).

Oggi vi è certamente un approccio più sensibile a questo tema, per cercare di superare i conflitti e le crisi in corso, sia pandemica che ecologica, economica e geopolitica delle guerre. Da ciò la visione dell’ambiente e delle sue esigenze come catalizzatore dello sviluppo, e la svolta ecologica di “ecoumanesimo” nella riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione.

Si tratta non solo dell’ambiente, ma anche degli aspetti umani e sociali legati ai danni derivanti dall’aggressione ad esso. Sono danni molteplici, riassunti in modo particolarmente efficace da una denuncia del pontefice Francesco nell’enciclica “Laudato si’” del 2015 (sul saccheggio dell’Amazzonia) e dal suo aggiornamento nel 2023 sulla lotta alla povertà; sulla dignità della persona; sulla cura della natura; sulla gestione delle risorse per la sostenibilità ambientale in sintonia con l’articolo 21 del trattato dell’Unione Europea.

Si tratta non solo di un cambiamento radicale ma di una conversione profonda; non tanto di mera compatibilità tra l’umanità e la natura quanto di armonia tra esse e la giustizia distributiva e ecologica; di diritto di tutti alla terra, all’acqua, al cibo e alle risorse naturali come “beni comuni”.

Una conclusione o una premessa?

Le condizioni attuali del pianeta impongono una transizione ecologica urgente. Essa inevitabilmente (entro certi limiti, per fortuna) è accompagnata da una transizione tecnologica. La consapevolezza dei rischi ambientali in senso ampio, che rendono urgente la transizione ecologica, non è ancora maturata anche nella consapevolezza per i rischi della transizione tecnologica, a fronte delle sue molteplici suggestioni e proposte.

I rischi di una transizione tecnologica senza limiti e controlli possono ostacolare non solo il percorso della ricerca scientifica ma anche ritardare la transizione ecologica. Possono altresì e soprattutto mettere in forse la centralità della persona umana nel nostro sistema di vita e il nostro rapporto equilibrato con la natura, la terra e la scienza; possono compromettere la “riserva di umanità” indispensabile in molti settori, a cominciare ad esempio da quello della giustizia. Insomma attraverso la tecnologia si rischia che la civiltà umana venga sostituita prima o dopo da una “civiltà delle macchine” nel senso più drastico e inaccettabile dell’espressione.

Questa prospettiva si accompagna al mutamento del confronto – ora ancor più evidente – fra cultura e profitto in uno ben più pericoloso. È il confronto tra cultura e potere se si guarda da un lato alla reciprocità del vincolo e della sinergia tra loro (il primo genera il secondo e viceversa); se si guarda da un altro lato alla possibilità e alla capacità della tecnologia di incidere con i suoi strumenti sulle scelte e decisioni della persona, sulla identità e sul funzionamento già in difficoltà della democrazia.

Forse è l’ora di svegliarsi; il richiamo al valore e al principio fondamentale dello “sviluppo umano sostenibile” nella Costituzione può essere utile a tal fine. Quel “principio” può aiutare ad avviare una transizione culturale che eviti di ridurre la transizione ecologica (more solito) soltanto ad una transazione economica di basso rango, agevolata più o meno consapevolmente dalla transizione tecnologica.

Letteratura

- Ambrosio G., Stefani A., *100 anni della legge Serpieri. Modernità e attualità della visione strategica di Arrigo Serpieri*, Padova 2023.
- Bertolissi M., *Amministratori, non proprietari dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, 8 Marzo 2023, federalismi.it.
- Cardile G., *L’alzheimer. Aspetti medici, sociologici, giuridici*, Roma 2021.
- Caredda M., Ruotolo M., *La Costituzione aperta a tutti*, Milano 2023.
- Casalone C., *Sapienza e profezia: l’eredità intangibile di Carlo Maria Martini*, Milano 2023.
- Clementi F., Cuocolo L., Rosa F., Vigevari G.E., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo, Principi fondamentali e Parte I – Diritti e doveri dei cittadini (Articoli 1–54)*, Bologna 2021.
- Conte M., Grandi G., Terravecchia G.P. (a cura di), *La generazione dell’uomo: snodi per una filosofia dell’educazione*, Portogruaro 2013.
- De Fiore C., *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, “Fascicolo” 2021, n. 3, www.constituzionalismo.it.
- De Vergottini G., *La Costituzione e il ritorno alla guerra*, “Rivista AIC” 2022, n. 3.
- Ferrajoli L., *Per una Costituzione della Terra. L’umanità al bivio*, Milano 2022.
- Ferrarese M.R., *Presentazione dell’edizione italiana* [in:] A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, Bologna 2021.
- Flick G.M., *Elogio del patrimonio. Cultura, arte, paesaggio*, Città del Vaticano 2016.
- Flick G.M., *Il museo: un ponte per l’innovazione, tra passato e futuro*, 2 Novembre 2022, www.federalismi.it.
- Flick G.M., Flick C., *L’algoritmo d’oro e la torre di Babele. Il mito dell’informatica*, Milano 2022.
- Flick G.M., Flick M., *Persona, ambiente e profitto. Quale futuro?*, Milano 2021.

- Giustolisi F., *L'armadio della vergogna*, 2 ed., Roma 2019.
- Italiadecide, Rapporto 2022. La fiducia cresce nelle pratiche di comunità. Modelli ed esperienze di partecipazione condivisa tra cittadini, amministrazioni e imprese*, 2023.
- Lanni S. (a cura di), *Atti del Convegno SIRD*, Milano 22 aprile 2022, Torino 2022.
- Malaschini A., *Su alcune questioni etiche poste dall'intelligenza artificiale*, "Rassegna Parlamentare" 2023, n. 2.
- Pontara G., *Quale pace? Sei saggi su pace e guerra, violenza e nonviolenza giustizia economica e benessere sociale*, Milano 2016.
- Riviezzo A., *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, "Quaderni costituzionali" 2021, n. 2.
- Torchia L., *Poteri pubblici e privati nel mondo digitale*, Bologna 2024.

Sommario

Giovanni Maria Flick

Cultura, transizione ecologica e sviluppo sostenibile oggi e domani negli articoli 9 e 41 della Costituzione

L'articolo propone una riflessione sull'impatto della transizione ecologica e della trasformazione digitale nell'evoluzione del diritto, e sul valore e l'importanza della cultura e della ricerca scientifica, insieme alla tutela dell'ambiente e del patrimonio storico e artistico, nella prospettiva di crescita dell'individuo e di tutela della sua dignità, come singolo e nel contesto sociale in cui si sviluppa la sua personalità, nel quadro fornito dalla Costituzione italiana (articoli 9 e 41).

La trasformazione digitale, accelerata dalla pandemia COVID-19, ha portato all'egemonia tecnico-finanziaria delle piattaforme e ad un'attenzione al solo presente, che si riflettono nelle scelte politiche, per cui i sondaggi hanno sostituito il confronto democratico, nell'economia, ove il consumatore ha sostituito il cittadino, e nelle relazioni sociali, non più dirette ma mediate da internet e dai social network. Analogamente i nuovi strumenti offerti dalla tecnologia, in particolare nel campo dell'intelligenza artificiale, sono proposti al giudice e all'avvocato per la ricerca di precedenti utili alla decisione del caso concreto o per la prognosi della pericolosità sociale degli esseri umani.

La crescita economica, così come la cultura, collega il passato e il futuro e la Costituzione italiana stabilisce che l'iniziativa economica privata è libera, ma deve essere esercitata nel rispetto dell'utilità sociale e senza danneggiare l'ambiente. Risulta fondamentale, dunque, finanziare iniziative pubbliche e private di tutela e fruizione del patrimonio storico e artistico e dell'ambiente, anche prescindendo dall'ottenimento di un profitto.

L'analisi degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana aiuta a cercare un equilibrio tra il diritto dei giovani di oggi allo sviluppo e quello delle generazioni future ad essere tutelati di fronte al rischio del cambiamento climatico e dei danni all'ambiente. Si pone come necessaria una solidarietà intergenerazionale, internazionale e interdisciplinare.

Occorre infine tenere conto degli aspetti umani e sociali legati ai progressi della tecnologia, in particolare dell'intelligenza artificiale, e al loro impatto sull'ambiente. Essi sono stati riassunti in modo particolarmente efficace da Papa Francesco nell'enciclica "Laudato si'", che afferma

come sia necessario ottenere compatibilità e armonia tra l'umanità e la natura e che ribadisce il diritto di tutti alla terra, all'acqua, al cibo e alle risorse naturali come "beni comuni".

Il richiamo allo "sviluppo umano sostenibile" nella Costituzione italiana, come principio e valore fondamentale, può essere utile a tal fine. Esso può infatti aiutare ad avviare una transizione culturale che eviti di ridurre la transizione ecologica soltanto ad una transizione economica di basso rango, agevolata più o meno consapevolmente dalla transizione tecnologica.

Parole chiave: cultura, transizione ecologica, sviluppo sostenibile.

Summary

Giovanni Maria Flick

Culture, Green Transition and Sustainable Development Today and Tomorrow in Articles 9 and 41 of the Italian Constitution

The paper offers some considerations on the impact of the Ecological Transition and of Digital Transformation on the evolution of Law, and on the value and importance of both Culture and Scientific Research, together with the protection of the Environment and the Historical and Artistic Heritage, in the perspective of growth of the individual and protection of his dignity, as a single and in the social context in which his personality develops, in the framework provided by the Italian Constitution (articles 9 and 41).

The Digital Transformation, accelerated by the COVID-19 pandemic, has led to the technical-financial hegemony of the platforms, and a focus solely on the present. All this is reflected in political choices, for which polls have replaced democratic debate, in the economy, where the consumer has replaced the citizen, and in social relations, which are intermediated by the internet and social networks. Similarly, the new tools offered by technology, particularly in the field of Artificial Intelligence, are proposed to Judges and Lawyers, for the search for precedents useful for deciding the specific case or for the prognosis of the social dangerousness of human beings.

Economic growth, like Culture, connects the past and the future. The Italian Constitution establishes that private economic enterprises can operate freely. However, they must operate with respect for social utility and in such a way as not to cause damage to the environment, as well as with respect for safety, freedom and human dignity. It is therefore essential to financially support public and private initiatives that protect the historical and artistic heritage and the environment, and allow everyone to enjoy it, even regardless of profit.

The analysis of articles 9 and 41 of the Italian Constitution helps to seek a balance between the right of today's young people to development and that of future generations to be protected from the risk of climate change and to address and prevent damage to the environment. To this end, intergenerational, international and interdisciplinary solidarity is necessary.

It is necessary to take into account the human and social aspects linked to technological progress, in particular Artificial Intelligence, and their impact on the Environment. They were summarized in a particularly effective way by Pope Francis in the encyclical "Laudato si'", which states how necessary it is to achieve compatibility and harmony between human beings and nature, and affirms everyone's right to land, to water, food and natural resources as "common goods."

For this purpose, the reference to “sustainable human development” in the Italian Constitution, as a fundamental principle and value, may be useful. It can in fact help start a cultural transition that avoids reducing the green transition only to a low-level economic transition, facilitated – more or less consciously – by digital transformation.

Keywords: culture, green transition, sustainable development.

Lech Garlicki

Washington University in Saint Louis, USA

lech.garlicki@gmail.com

ORCID: 0000-0002-6590-2158

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.07>

Same-Sex Unions, Abortion, and the Constitutional Court of Poland: Two Recent Judgments of the European Court of Human Rights

Introduction

At the end of 2023, two important judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR) were adopted in Polish cases. Both related to issues that aroused strong social emotions and political controversy. In both of them, the European Court found a violation of Art. 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR). In the *Przybyszewska* case¹ the violation resulted from the lack of comprehensive regulation of the legal status of same-sex couples. In the *M.L.* case,² the violation resulted from the extension of the abortion ban to situation where a severe and irreversible damage to the fetus has been medically established. Although this was one of the three situations in which the Polish legislation permitted abortion, this provision was found unconstitutional by Polish Constitutional Court in 2020.³ In both cases, the Strasbourg

¹ Judgment of 12.12.2023, *Przybyszewska and others v. Poland* (#11454/17). See: M. Wąsik, *Przybyszewska i inni przeciwko Polsce. Istotny wyrok dla Polski i mała cegiełka w budowaniu podwyższonego standardu strasburskiego dla związków jedнопłciowych*, EPS 2024, no. 3, p. 20 ff.

² Judgment of 14.14.2023, *M.L. v. Poland* (#40119/21). See: L. Garlicki, "Aborcyjny wyrok" Trybunału Konstytucyjnego przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka – glosa do wyroku ETPCz z 14.12.2023 r., 40119/21, *M.L. p. Polsce*, EPS 2025, no. 1, p. 23 ff.

³ Judgment of 27.10.2020, K 1/20, OTK ZU A.2021, pos. 4. It is worth noting that, in a departure from the established practice, the operative part of this judgment was delayed. It was published in the *Journal of Laws* only on January 27, 2021, when the Constitutional Court adopted the final text of the reasons for the judgment. The Council of Ministers decided that the judgment had caused social unrest, so the publication should be postponed, because only a reading of the reasons for the judgment would clear up all doubts. The legal basis for such a postponement was explained as follows: "The existing situation bears the hallmarks of a state of extreme necessity. Undoubtedly, the judgment of the Constitutional Court must be published in the *Journal of Laws*. At the same time, however, the situation of very serious social tensions requires considering carefully the appropriate date of this publication. The Prime Minister cannot decide not to publish a judgment of the Constitutional Court made in accordance with the applicable procedure. At the same time, there is no regulation obliging the Prime Minister to publish the judgment of the Constitutional Court within a specified number of days or by a specified date" (Position of the Council of Ministers of December 1, 2020, on the deadline

Court also assessed the status and manner of operation of the Polish Constitutional Court.

However, this is where the similarities end, because both the way in which both cases were resolved, as well as their connection with the existing case-law of the ECtHR jurisprudence, took a different form. In short, it can be said that the judgment regarding the legal status of same-sex couples can be seen as an obvious application of the already well-established position of the ECtHR. On the other hand, the judgment regarding abortion should be read rather as a reaction to the extreme nature of the way in which the new abortion ban had been included into the Polish legal system. The Court carefully avoided formulating more general standards, and limited the violation of the Convention to the finding that the interference with the complainant's rights was lacking a proper legal basis.⁴

1. *Przybyszewska and others v. Poland*: a confirmation of the universality of the European standard

The judgment of December 12, 2023, should be seen as another confirmation of the “positive obligation” of all states parties to the European Convention to regulate the legal status (institutionalization) of same-sex unions, and to ensure them comprehensive recognition and protection. This line of jurisprudence was initiated by the (still very cautious) holding in the *Schalk and Kopf* case;⁵ the ECtHR accepted that the nature of the same-sex unions allows them to be regarded as a form of “family life” and, therefore, includes them into the scope of protection ensured under Art. 8 of the ECHR. Three years later, it was ruled that the legislation on civil partnerships could not establish differences based on the criterion of sexual orientation; so Art. 14 of the Convention was adopted as an additional norm of reference.⁶ In 2015, the

for publication of the judgment of the Constitutional Court in the case with reference number K 1/20, MP 2020, item 1104). This argument makes no legal sense, and it echoes the controversy that emerged in 2015–2016, when the newly established PiS government, first delayed and later refused publications of the judgments of the “old” Constitutional Court in the *Journal of Laws* (see: L. Garlicki, M. Derlatka, *Constitutional Courts in the abusive constitutionalism* [in:] *Le constitutionalism abusive en Europe*, dir. P.-A. Collot, Paris 2022, p. 315 ff.). The problem surfaced again in 2024 (albeit in a different political context) when the current Prime Minister refused to publish the judgments of the Constitutional Court.

⁴ Let us recall that particularly in cases relating to an infringement of Art. 8 of the ECHR, the Court considers in order whether: 1) the interference had the appropriate legal basis; 2) it served the realization of the public interest set out in Art. 8, paragraph 2 of the Convention; 3) it was “necessary” in a democratic society. A finding that the first of these conditions was not met is sufficient to establish that there has been a violation of Art. 8 of the Convention. The finding of such violation allows the Court to refrain from examining the other factors, in particular, whether the restriction on Art. 8 rights has been “necessary in the democratic society.” In politically sensitive cases it allows the Court not to enter into the merits, thus not to take a clear position on the most delicate issues.

⁵ Judgment of 24.06.2020, *Schalk and Kopf v. Austria* (#30141/04).

⁶ Judgment of 7.11.2013, *Vallianatios and others v. Greece* (#29381/09 – Grand Chamber).

Court held, for the first time, that there is a positive obligation to implement legal institutionalization of same sex couples, and that such institutionalization should ensure “adequate” legal recognition and protection.⁷ At the same time, in the finding a violation, the Court relied, to a considerable extent, on the specificity of the Italian context. It was observed that the institutionalization was not only favored by the majority of the Italian population, but also it was supported in the case-law of the national courts. This left a question mark as to whether the ECtHR’s holding should be treated as a pan-European standard, applicable also to countries where the society and judiciary hold to less progressive positions. The problem was solved only by the judgment of January 17, 2023, in the *Fedotova* case.⁸ The 2023 judgment was drafted in a way which confirmed that its holding applies to all Member States. Each of the 46 Convention countries is, therefore, bound by the positive obligation to recognize same-sex union in its legal system, and to provide these unions with an “adequate” level of protection.

At the same time, however, legal recognition need not take the form of a “regular” marriage. This position was articulated already in the *Schalk and Kopf* judgment in 2010 and has been confirmed in several subsequent cases. Thus, Member States retain a significant margin of appreciation regarding the legal form of this recognition.⁹

The *Fedotova* judgment was officially addressed only to the Russian Federation. Nevertheless, it was also meant as a message to all those Convention countries that had not yet institutionalized same-sex unions. The Court was clear that a lack of appropriate legislation in any country would be regarded as a violation of the Convention. In other words, there was a presumption that further complaints on the lack of institutionalization would be resolved by the simple application of the criteria established in the *Fedotova* judgment. These criteria left virtually no room for referring to the specificity of the local context, and what is more, since they were established at the level of the Grand Chamber they became binding for decisions made by individual Chambers of the Court.

In the following months of 2023, several chambers successively heard cases concerning Romania,¹⁰ Ukraine,¹¹ Bulgaria,¹² and finally Poland. The Ukrainian judgment found a violation of Art. 14 of the Convention (prohibition of discrimination) in connection with Art. 8 of the Convention, while in the remaining cases the Court

⁷ Judgment of 21.07.2015, *Oliari and others v. Italy* (#18766/11).

⁸ Judgment of 17.01.2023, *Fedotova and others v. Russia* (#40972/11). See, among other accounts: L. Garlicki, *Fedotova i inni przeciwko Rosji, czyli sformułowanie ogólnoeuropejskiego standardu nakazującego prawne uznanie związków monoseksualnych*, EPS 2023, no. 2; M. Górski, “Wykuwanie stali”; *czyli o kształtowaniu standardu wykładni EKPC na przykładzie kwestii formalizacji związku jedнопłciowego*, PiP 2022, issue 12; M. Wąsik, *Wyrok Wielkiej Izby w sprawie Fedotova i inni przeciwko Rosji a podwyższony standard ochrony dla związków osób tej samej płci*, EPS 2023, no. 2.

⁹ Judgment of 12.12.2023, *Przybyszewska and others v. Poland*, paragraph 99. See: L. Garlicki, *Fedotova...*, p. 28.

¹⁰ Judgment of 29.05.2023, *Buhuceanu and others v. Romania* (#20081/19 and others).

¹¹ Judgment of 1.06.2023, *Maymulakhin and Markiv v. Ukraine* (#73135/14).

¹² Judgment of 5.09.2023, *Koилоva and Babulkova v. Bulgaria* (#40209/20).

focused on Art. 8 and held that it was no longer necessary to consider an objection based on Art. 14. It may indicate the Court's caution in making a broader use of Art. 14 in further case law regarding same-sex relationships.¹³

The Strasbourg Court had no problems with determining the admissibility of the complaints raised in the *Przybyszewska* case. It was recalled that in all cases, registry offices rejected the relevant applications of same-sex couples, and common courts confirmed the lack of legal grounds for these couples to marry. Constitutional complaints have either been discontinued or have been waiting for consideration by the Constitutional Tribunal for years.¹⁴ There was, therefore, no need to wait for further decisions of the Constitutional Tribunal, and this is additionally confirmed by doubts as to the general context of its functioning and the status of several of its judges (paragraph 52). Moreover, public statements by some other judges call into question their impartiality.¹⁵

As for the merits of the case, the Court recalled the five principles established in the *Fedotova* judgment: 1) the Convention requires the adoption of national regulations enabling same-sex couples to obtain recognition and protection of their relationship; 2) there is no obligation to extend the scope of the traditional "marriage" to same-sex couples, providing the national regulation offers an adequate level of recognition and protection; 3) the margin of appreciation that states have under the Convention is "significantly reduced" when it comes to creating institutionalization as such; 4) this margin takes on a "more extensive" dimension when it comes to determining the details of institutionalization, both regarding the "recognition" and "protection" of same-sex relationships; and 5) in any case, it is the state's duty to ensure the "adequate" level of this protection, both in material and financial matters and in other matters constituting an integral element of cohabitation (paragraphs 97–102).

As can be seen from the above, the current case law of the ECtHR has adopted a two-step approach to assessing national solutions. A common starting point is the doctrine of the "margin of appreciation,"¹⁶ which is particularly important for determining whether the national legislator has maintained a "fair balance" between the rights of same-sex couples and relevant public interest considerations. However, the extent of that margin is different in the matter of the very introduction of provisions

¹³ M. Wąsik, *Przybyszewska...*, p. 25; see, however, different views in the Russian, Romanian, and Bulgarian judgments by the ECtHR.

¹⁴ Decision of the Constitutional Court of 15.12.2021, SK 9/19, OTK ZU A.2022, pos. 19, claiming that a lack of institutionalization constitutes "legislative gap" and, thus, is beyond the scope of review by Constitutional Court. See a similar decision of 1.07.2021, SK 15/17, OTK ZU A.2021, pos. 51 and the dissenting opinions of justices Stelina and Zielonacki in these cases.

¹⁵ The applicants cited the somewhat shocking statements of justice Pawłowicz (paragraphs 46 and 117). It is worth noting that in the M.L. case, too, an accusation of lack of impartiality was laid against this judge, on this occasion referring to her participation as a deputy in parliament in a legislative initiative to restrict abortion regulations in 2017 (M.L. judgment, paragraphs 131 and 174).

¹⁶ On the so-called "margin of appreciation," see: A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008, and many other publications.

institutionalizing same-sex relationships, and different in matters of the selection of the legal form and determining the scope of this recognition.

When it comes to establishing institutional provisions, Member States have virtually no margin in decision-making today. The obligation to institutionalize has today become a European standard and must be met by all Member States. On the one hand, the ECtHR requires that these provisions must comprehensively regulate the status of same-sex couples; thus, it is neither enough to adopt partial provisions regarding various areas of social life, nor to treat these relationships as a special form of private law contracts (paragraphs 112–114). On the other hand, the ECtHR generally disqualified tradition-based arguments intended to justify the lack of institutionalization. In the *Przybyzewska* case, the Court first questioned the validity of the statistical argument (raised by the Polish government) indicating that the majority of Poles express their disapproval of same-sex couples. At the same time, the Court noted, with disapproval, the contribution of right-wing politicians and public officials to creating an atmosphere of hostility and homophobia (paragraph 117). Furthermore, it was recalled that in the context of Art. 14 of the Convention, traditions and stereotypes cannot in themselves justify differentiations based on the criterion of sexual orientation (paragraph 118). Finally, the argument that cultivating the traditional concept of marriage is an element of Poland's social and legal heritage was considered irrelevant. The Court noted that since the Convention does not require institutionalization in the form of marriage, the institutionalization of same-sex unions does not limit the rights of heterosexual people in any way. Moreover, although the protection of the traditionally understood "family" may be regarded as a legitimate goal of the state, the concept of "family" is dynamic, and its meaning must be adjusted to the changing context (paragraphs 119–120).

However, when it comes to the form and scope of institutionalization, the Court's position is less categorical and precise.

First, states remain free to choose between expanding the concept of marriage and establishing a separately designated form of civil union or partnership. In other words, in the opinion of the Court, the differentiation of the form of legal recognition, although it is based on sexual orientation, does not constitute discrimination in the meaning of Art. 14. Second, there remains a considerable margin in determining the scope of institutionalization, i.e. the degree of similarity between the status of marriage and civil partnership. It is true that the Court, already in the *Oliari* judgment of 2015, indicated that the scope of institutionalization must be "adequate," but to this day the case-law remains limited to indicating, as examples, the areas in which the legal situation of persons in a civil partnership must change. Their list takes into account such material issues (benefits, taxes, rules of inheritance) and moral issues (rights and obligations arising from cohabitation) that "are integral to life as a couple and would benefit from being regulated within a legal framework."¹⁷ Furthermore, it is necessary to ensure recognition of these bonds in administrative and judicial procedures (*Przybyzewska*, paragraph 114). Therefore, legal recognition "forms part of the development of

¹⁷ See: *Fedotova v. Russia*, paragraphs 190 and 203.

both personal and social identity of partners [...] [Civil] partnerships constituting an officially recognised alternative to marriage have an intrinsic value for same-sex couples irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they produce. Accordingly, official recognition of same-sex couples confers an existence and a legitimacy on them *vis-à-vis* the outside world" (Przybyszewska, paragraph 109). The lack of appropriate regulations leads to the stigmatization of same-sex couples.

A more precise determination of the catalog of necessary elements of institutionalization is a matter for the future. It should be remembered that hitherto almost all the Court's judgments have been focused on the states' obligation to adopt "a regulation" providing general legal recognition to same-sex couples. The nature of court proceedings required caution in making statements about the scope of legal regulations not yet in existence. At the same time, we can also see the ECtHR's restraint in speaking about the most sensitive issues, e.g. to what extent Art. 8 of the Convention also requires granting adoption rights to same-sex couples.¹⁸

Once again, it must be emphasized that Strasbourg jurisprudence here is dynamic and has only been developing over the past fourteen years. The universal European standard was finally established only three years ago, and now it has to be imposed on about a dozen Convention states that still follow a more "traditional" attitude. The Court is currently entering the second stage of jurisprudence on same-sex relationships, and we do not yet know to what extent today's trends will be strengthened and expanded.

In any case, the general message for Poland is clear: the Przybyszewska judgment fits into an already established case-law and, hence, requires an appropriate response from the Polish legislator. The lack of institutionalization of same-sex relationships leaves them in a kind of "legal vacuum" and constitutes an obvious violation of the Convention.

2. *M.L. v. Poland*: an escape into the Polish context

Such a general message is, however, harder to find in the Strasbourg jurisprudence on termination of pregnancy. Although, in the *M.L.* case, the ECHR found a violation of the Convention,¹⁹ this judgment did not significantly contribute to the development of the earlier (rather timid) case-law.

The first important case was decided by the European Commission of Human Rights in 1976.²⁰ The Commission accepted that regulations on abortion can constitute an "interference with private life," and therefore enter into the scope of Art. 8. Nevertheless,

¹⁸ For a critical view, see: M. Wąsik, *Przybyszewska...*, p. 24.

¹⁹ Let us recall that the application relates to a woman carrying a fetus diagnosed as having a medical defect justifying a termination, in accord with the relevant regulation from 1993. The day before the procedure, the judgment of the Constitutional Tribunal was published declaring the regulation as not in accord with the Constitution. As a result, the hospital refused to carry out an abortion, and the applicant was forced to have one abroad.

²⁰ Decision of 19.05.1976, *Bruggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany* (# 6959/76).

“the question to what extent abortion should be subject to punishment is, according to Art. 8, para. 2 of the Convention, left to the discretion of the Contracting States.”

The first developed statement of the Court appeared only thirty years later, and only against the background of – rather untypical – Polish cases.²¹ In *Tysic v. Poland* (2007), the ECtHR held that, under the circumstances of the case, the refusal to terminate a pregnancy for medical reasons violated Art. 8 of the Convention.²²

Similar conclusions were reached regarding the refusal to terminate a pregnancy affected by a medical abnormality of the fetus and a pregnancy resulting from a crime.²³ In both cases the Court not only found a violation of the “private life” clause of Art. 8, but also held that in the light of the facts there was also a violation of the prohibition of inhuman and degrading treatment enshrined in Art. 3 of the Convention. In neither of these cases did the Court assess whether the legislative determination of the access to abortion was in conformity with the Convention. As it was not challenged that in all three cases the national law allowed abortion, the key question was that the public authorities were not ready to provide a genuine possibility of abortion to any of the applicants. Thus, the finding of the violation was based on the fact that the medical institutions had not duly followed the national law. The question whether the Convention establishes its own “right to abortion,” and what the scope of this right might be, has not been considered by the Court.

A partial answer was provided by the judgment of the Grand Chamber of the ECtHR in the case of *A, B, and C v. Ireland*.²⁴ The Court held that there are no grounds to interpret Art. 8 of the Convention as establishing a separate “right to abortion.” Regulation of the admissibility of termination of pregnancy remains the responsibility of the Member States, which have a “broad” margin of appreciation in this matter. However, this margin is not unlimited. “A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother’s right to respect for her private life is of a lesser stature the Court must decide on the compatibility with Art. 8 of the Convention of the Irish State’s prohibition of abortion on health and well-being grounds on the basis of the above-described fair balance

²¹ Abortion was generally permitted in Poland under the Communist regime. Once the transition process has begun, the 1993 Act continued the same approach. However, in 1997, the Constitutional Court held that so-called “abortion based on social reasons” was unconstitutional. In effect, abortion was permitted (free of criminal punishment) only in three situations: 1) direct and serious danger to life or health of the pregnant woman; 2) rape, incest, or other criminal act resulting in pregnancy; and 3) foetal abnormality (defined as “medical findings indicating a high risk that the foetus will be severely and irreversibly damaged or suffering from an incurable life-threatening disease”). In practice these provisions were sabotaged by some public hospitals which refused or unduly limited access to abortion even if warranted by the above-mentioned circumstances.

²² Judgment of 20.03.2007, *Tysic v. Poland* (#5410/03).

²³ Judgments of 26.05.2011, *R.R. v. Poland* (#27617/04) and of 30.10.2012, *P. and S. v. Poland* (#57375/08).

²⁴ Judgment of 16.12.2010, *A, B, and C v. Ireland* (#25579/05).

test to which a broad margin of appreciation is applicable.”²⁵ In the Irish cases, the Court ruled that this test had been met in regard to A and B (but not – in regard to C). The Court took into account that Irish residents have an easy access to abortion in Great Britain, and that the right to “abortion travel” was confirmed by an amendment to the Constitution of Ireland.

The 2010 judgment resolved the fundamental issues, but the method of establishing a “fair balance” left considerable flexibility in the assessment of national solutions. Moreover, the “constitutionally permitted travel” clause, regardless of its controversial nature, was not suitable for building pan-European standards. It could be assumed that the judgment gave rise to a tacit consensus in the ECtHR that its holding places “social abortion” and/or “abortion on demand” outside the scope of the European standards. At the same time, however, the 2010 judgment should be applied very carefully to abortion justified by reasons that obviously go beyond the scope of natural burdens resulting from the birth of a child.

This was confirmed in the recent Polish cases. As already mentioned, in 2020, the Polish Constitutional Court considered the constitutionality of the 1993 Act and held that its provision of allowing abortion in cases of “severe and irreversible damage to the fetus” was unconstitutional. Several applications were immediately lodged with the Strasbourg court challenging the “conventionality” of the new limitation on access to abortion. Thus, the ECtHR could limit its assessment to the specific problem of “fetal abnormality” and chose not to enter into other aspects of abortion. The Strasbourg Court realized that, although its 2010 judgment can still be regarded as a good law, the European context has changed considerably since the time of its adoption. Today, a question may arise whether the principle of dynamic interpretation of the Convention should not encourage a reconsideration of the 2010 precedent. It is sufficient to mention the evolution of regulations on termination of pregnancy in several European countries, especially in Ireland. The 36th Amendment to the Irish Constitution (2018) was followed by legislative regulation that not only accepted “medical” or “criminal” grounds for termination of pregnancy but also allowed abortion on demand.

That was why the Court decided not to go too far in its reasoning in the M.L. case. Generally speaking, the Court was faced with two possible approaches. On the one hand, the Court could focus on the substantive law and assess whether the re-criminalization of abortion warranted by fetus abnormality could be regarded as “necessary in democratic society” in the meaning of Art. 8 sec. 2 of the Convention. Such an approach, however, would have more universal potential, and it would be necessary to revisit the argumentation established in 2010. On the other hand, the Court could consider the technical side of the extension of the abortion ban in Poland. The change of Polish law was made by the Constitutional Court which struck out one of the provisions of the abortion law. Whereas judicial corrections of the legislative provisions are legitimate under the Convention, the specificity of the Polish situation resulted from the present status of the Constitutional Court. Since the Constitutional

²⁵ *Ibid.*, paragraph 238.

Court was heavily affected by the reforms carried out by a populist government, its very legitimacy was open to challenges. This was the safest way for the ECtHR because its conclusions could address the legal status of the Polish Constitutional Court, a matter not directly involving the abortion laws in other European countries.

This determined the construction of the ECtHR's reasoning in the M.L. case.

First, as regards the admissibility of the complaint, it was recalled that Art. 8 of the Convention applies to decisions "to have and not to have a child" (paragraph 91), so "legislation regulating the termination of pregnancy touches upon the sphere of a woman's private life" protected by this provision (paragraph 93). Therefore, the complaint is admissible as far as the alleged violation of Art. 8 is concerned.²⁶

Second, there was no doubt as to the applicant's *locus standi*. Because the fetus had been diagnosed as having a genetic defect, which had previously justified terminating the pregnancy, and then the procedure was refused, the applicant became a direct "victim" of the change in legal status (paragraph 99). The current case, therefore, differed from other complaints in which pregnant women or women intending to become pregnant claimed that their victim status resulted from the general ban on abortion and the possibility that they would not be allowed to terminate pregnancy should a situation of serious and irreversible damage to the fetus occur.²⁷

Third, the complaint was examined according to a typical pattern: once it was found that the problem fell within the scope of Art. 8 of the Convention and that there had been interference with the applicant's "private life," it was then necessary to consider whether this interference had been made in accordance with the law. The Court confirmed that an assessment of the legality of interference includes both: 1) examining whether there was a legal norm in the national legal system that constituted the basis for interference with individual rights and whether it met the requirements of the expression "in accordance with the law" (paragraph 156); as well as 2) examining the "quality" of this norm, in particular in terms of its accessibility, precision, and predictability (paragraphs 157–158). There are no obstacles to such a norm being established by a judicial authority; this is a normal phenomenon in today's constitutional reality. However, it should be remembered that the principle of the rule of law requires that a norm interfering with individual rights be established by an authority that in itself meets the requirements of legality (which is itself

²⁶ At the same time, the Court held that the circumstances of the case did not permit the assertion that an "inhuman or degrading" level of treatment had been reached, and – in consequence – the complaint concerning the violation of Art. 3 of the ECHR was inadmissible (paragraphs 84–85). This was a step back in relation to the position adopted ten years earlier in the R.R. and P. and S. judgments. It should be noted that this part of the judgment was adopted by a 4:3 majority since three judges (Jelić, Felici, and Wennerström) filed a dissenting opinion.

²⁷ The ECtHR referred to its earlier decision of 16.05.2023, *A.M. and others v. Poland* (#4188/21). The Court declared inadmissibility of complaints when the "victim-status" derived solely from such a potential threat in the future. The A.M. holding may, in my opinion, give rise to some doubts. Although situations of fetal damage are statistically rare, they may affect any woman, and thus a ban on termination of such a pregnancy creates stress and fear, and, thus, interference in the "private life" of any future mother.

“lawful”). Without this, such a body will “lack the legitimacy required in the democratic society” (paragraph 167). Thus, when a change in law results from a court decision, “an assessment of its compliance with the rule of law test in Art. 8 may also require an examination of that judicial body’s attributes as a ‘tribunal’ which is ‘lawful’ for the purposes of the Convention, including in respect of its composition and the appointment procedure of its members.”²⁸ As we know, this approach was first outlined in the case of *Astradsson v. Iceland*,²⁹ but then was no need to scrutinize the “legality” of the Icelandic state authorities. Therefore, the findings adopted in the *Astradsson* judgment required development when, in Polish cases, the ECtHR was confronted with a situation of systemic violation of judicial independence by the state authorities. Hence the broadening of the approach to the “legality” criterion and the clarification of the “compliance with the law” as the requirement that must be met by both the Constitutional Court,³⁰ and the “new” chambers of the Supreme Court.³¹

Fourth, since the legal change resulted from the Constitutional Court’s judgment, the “legality” test had to be applied to this body. The Strasbourg Court found that fulfilling the attributes of a “court” is necessary in all cases where the Constitutional Court’s ruling has a direct and binding impact on the rights of an individual protected by the Convention (paragraph 164). This extended the scope of applicability of the “legality test” beyond judgments adopted in the procedure of constitutional complaints or legal questions. The same test is now applicable to the procedures of the so-called “abstract review” where the review is initiated upon the motion of some state organs or similar institutions (such as – in this case – a group of members of parliament). What is decisive is not the procedural form but the impact of a judgment on rights of individuals.

Fifth, the application of the legality test to the realities of the “new” Constitutional Court led to the conclusion that the participation of so-called “fake judges”³² in the adjudicating panel of the Constitutional Court is incompatible with the requirement of “compliance with the law” (paragraph 173). Therefore, the one of the prerequisites of the legality of interference with a Convention right has not been met (paragraph 175). The ECtHR held that such a finding constitutes a sufficient basis for establishing a violation of Art. 8 of the Convention, and there is no need to go into the merits of

²⁸ Paragraph 168 with reference to earlier judgments: of 22.07.2021, *Reczkowicz v. Poland* (#43447/19), paragraph 280; of 6.07.2023, *Tuleya v. Poland* (#21181/19), paragraph 440; of 6.10.2022, *Juszczyszyn v. Poland* (#35599), paragraph 266.

²⁹ Judgment of 1.12.2020, *Gudmundur Astradsson v. Iceland* (#26374/18 – Grand Chamber).

³⁰ See in the judgment of 7.05.2021, *Xero Flor v. Poland* (#4907/21).

³¹ See in the judgment of 23.11.2023, *Wałęsa v. Poland* (#50849/21), in reference to the Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (Extraordinary Review and Public Affairs Chamber) of the Supreme Court. Here the ECHR could refer to the rich jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in Polish cases of “judicial reforms.”

³² The term “fake judges” applies to three judges (as well as to their successors) who were unlawfully appointed by the “new parliament” controlled by the populist majority in the end of 2015, and took seats already occupied by judges duly appointed by “old parliament” (see: L. Pech, *Dealing with ‘fake judges’ under EU Law: Poland as a Case Study in light of the Court of Justice’s ruling of 26 March 2020 in Simpson and HG*, Reconnect, Working Paper no. 8, May 2020).

the application, i.e. determining whether the current regulation of abortion in Poland meets the remaining requirements of Art. 8 sec. 2 of the Convention.

The manner in which this matter was resolved provokes various reflections. The Court's argument focused on the defects of the Polish Constitutional Court, while carefully avoiding substantive consideration of whether in today's European context the state could extend the ban on abortion to situations of severe and irreversible fetal defects. Thus, the M.L. judgment left a question mark as to whether a change to the Polish abortion law could have gained acceptance by the ECtHR if it had been made by a legitimate body. The existing case-law does not offer a clear answer. On the one hand, it is true that, in the 2010 A, B, and C case, the Strasbourg Court did not question the equally restrictive Irish regulation. On the other hand, however, it must be remembered that, unlike in Ireland, Polish law does not provide a clear guarantee permitting the performance of abortions abroad. Moreover, in the M.L. case, the Court held that the applicant's travel was a source of stress and financial burden (paragraphs 101–102), further contributing to the violation of Art. 8 of the Convention. Therefore, it does not seem that the Irish precedent could be directly and fully controlling in the current situation in Poland. In this perspective, the M.L. judgment may cause some dissatisfaction, and its focus on the specificity of the Polish judicial crisis can be seen as a form of avoiding a broader approach to a fundamental problem.

At the same time, the restraint of the Strasbourg is not without benefits. The M.L. judgment definitely goes beyond the context of an individual case. Since the violation of Art. 8 of the Convention resulted from the fact that the change in the law was made by the "defective" composition of the Constitutional Court, the new status of abortion law in Poland is, as such, affected by a defect of a serious and irreversible nature. All actions of public authorities involving the enforcement of this change will automatically be devoid of the feature of "compliance with the law" within the meaning of Art. 8 of the Convention. This applies to both the refusal to perform abortion procedures justified by serious and irreversible fetal defects, as well as the imposition of sanctions – criminal, administrative, or professional – on persons performing the procedure or providing support in making appropriate decisions. In other words, the ECtHR's decision has general effects, and it should be remembered that the Convention is not only directly applicable in Polish law, but also takes precedence over national legislation.

In any case, the current message for Poland is clear: the extension of the abortion ban discussed here was defective in terms of the European Convention on Human Rights and this requires an appropriate reaction from the Polish legislator. The current form and basis of the ban on abortion justified by severe and irreversible fetal defects conflict with the requirements of the Convention.

The general message regarding the judgments of the Constitutional Court is equally clear: none of them, as long as they concern rights and freedoms protected by the Convention and have been (or will be) adopted by a panel including any of the "fake judges," will be able to meet the requirements established in the Convention. Indirectly, this creates a basis for national courts to ignore such Constitutional Court judgments when deciding individual cases.

In this sense, both ECtHR judgments from December 2023 have a similar significance, because both impose on the Polish Parliament the obligation to take legislative action to remedy the currently existing conflict with the requirements established by the Convention.³³ This requires not only legislative institutionalization of same-sex unions and the restoration of abortion regulations to at least the form they existed in before the Constitutional Court's 2020 judgment. It also requires making changes such to the law and practice of the Polish Constitutional Court that will restore its character as a "lawful" body.

Literature

- Garlicki L., "Aborcyjny wyrok" Trybunału Konstytucyjnego przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka – glosa do wyroku ETPCz z 14.12.2023 r., 40119/21, M.L. p. Polsce, „Europejski Przegląd Sądowy” 2025, no. 1.
- Garlicki L., *Fedotova i inni przeciwko Rosji, czyli sformułowanie ogólnoeuropejskiego standardu nakazującego prawne uznanie związków monoseksualnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2023, no. 2.
- Garlicki L., Derlatka M., *Constitutional Courts in the abusive constitutionalism* [in:] *Le constitutionalism abusive en Europe*, dir. P.-A. Collot, Paris 2022.
- Górski M., "Wykuwanie stali", czyli o kształtowaniu standardu wykładni EKPC na przykładzie kwestii formalizacji związku jedнопłciowego, „Państwo i Prawo” 2022, issue 12.
- Pech L., *Dealing with 'fake judges' under EU Law: Poland as a Case Study in light of the Court of Justice's ruling of 26 March 2020 in Simpson and HG*, Reconnect, Working Paper no. 8, May 2020.
- Wąsik M., *Przybyszewska i inni przeciwko Polsce. Istotny wyrok dla Polski i mała cegiełka w budowaniu podwyższonego standardu strasburskiego dla związków jedнопłciowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2024, no. 3.
- Wąsik M., *Wyrok Wielkiej Izby w sprawie Fedotova i inni przeciwko Rosji a podwyższony standard ochrony dla związków osób tej samej płci*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2023, no. 2.
- Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008.

Summary

Lech Garlicki

Same-Sex Unions, Abortion, and the Constitutional Court of Poland: Two Recent Judgments of the European Court of Human Rights

This is a presentation of two judgments adopted by the ECtHR in December 2023 in two important cases from Poland. In *Przybyszewska and others v. Poland*, the ECtHR found Poland in breach of the positive obligations to provide a comprehensive legal regulation on the status of same-

³³ It is a pity that in none of these judgments did the Court refer to Art. 46 of the Convention. Both offered a good opportunity to demonstrate the systemic nature of the infringements and to delineate the scope of the state's duties to remove violations of the rule of law.

sex couples. The ECtHR reiterated its well-established jurisprudence in that matter, in particular the Grand Chamber ruling in *Fedotova v. Russia* (March 2023). Its applicability to Poland was obvious, and the judgment leaves the Polish government with no alternative but to adopt appropriate changes in the legal system. In the M.L. case, the ECtHR found that the refusal of Polish medical authorities to proceed with an abortion request had violated Art. 8 of the European Convention. The ECtHR observed that the pregnancy in question was affected by a grave and incurable deformation of the fetus. The legal ban on such abortions was imposed, in 2020, not by a legislative amendment but by a judgment of the Constitutional Court of Poland. The “legality” of the Polish Court is, however, dubious in the context of the ongoing rule-of-law crisis in Poland. Therefore, the abortion ban was not adopted by a “lawful” body, and – in consequence – the interference with the applicant’s right to private life did not meet the requirement of “legality.” The ECtHR ruling was very important for Poland since it has not only invalidated the Polish ban on the abortion in case of the fetal deformation, but also indicated that most of the – previous and future – rulings of the Polish Court would not be accepted by the ECtHR. However, as concerned the European standards, the ECtHR abstained from any discussion on the substantive law on abortion in cases of the fetal deformation.

Keywords: abortion, Constitutional Court of Poland, European Court of Human Rights, fetal deformation, Poland, same-sex couples.

Streszczenie

Lech Garlicki

Związki partnerskie, aborcja i Trybunał Konstytucyjny, czyli o niedawnych rozstrzygnięciach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Przedmiotem opracowania jest omówienie dwóch wyroków ETPCz wydanych w grudniu 2023 r., a dotyczących Polski. W wyroku *Przybyszewska i inni przeciwko Polsce* Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 EKPCz przez brak pełnej regulacji statusu związków jednopłciowych w polskim systemie prawnym. Trybunał nawiązał do ustabilizowanej już linii orzeczniczej (ostatecznie potwierdzonej w wyroku *Fedotova przeciwko Rosji* z dnia 17 stycznia 2023 r.) ustalającej, że wszystkie państwa należące do systemu Konwencji mają obowiązek wprowadzenia takiej regulacji. Tym samym na polskim ustawodawcy spoczywa obowiązek rychłego dokonania zmian prawnych. W wyroku *M.L. przeciwko Polsce* Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji wobec wykluczenia, na podstawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 2020 r., możliwości przeprowadzenia aborcji w sytuacji ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu. Trybunał strasburski ograniczył się do analizy polskiego uregulowania. Wskazano, że skoro zakaz aborcji dyktowanej wadami płodu został wprowadzony przez wyrok Trybunału Konstytucyjnego, a Trybunał ten – w obecnym składzie – nie spełnia wymagań organu praworządnego, to zakaz pozbawiony jest należytej podstawy prawnej. Tym samym dalsze stosowanie tego zakazu będzie – w każdym wypadku – stanowiło naruszenie EKPCz. Trybunał strasburski uchylił się natomiast od analizowania materialnej zgodności polskiego prawa aborcyjnego z Konwencją.

Słowa kluczowe: aborcja, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Trybunał Konstytucyjny w Polsce, ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu, związki jednopłciowe.

Michał Kowalski

Uniwersytet Jagielloński, Polska

micchal.kowalski@uj.edu.pl

ORCID: 0000-0002-4539-3579

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.08>

Prześladowanie z powodu religii a udzielanie ochrony międzynarodowej – konwersja religijna przed TSUE

Wprowadzenie

Problematyka międzynarodowej ochrony prawnej udzielanej cudzoziemcom ubiegającym się o ochronę przed prześladowaniem lub innymi formami naruszeń praw człowieka pozostaje niezmiennie żywo dyskutowana. W Europie, a szczególnie w Unii Europejskiej (dalej: UE), od kryzysu migracyjno-uchodźczego z lat 2015/2016 w dyskusji tej dominuje kontekst masowego napływu osób ubiegających się o ochronę i wyzwani z tym związanych. Kontekst ten został spotęgowany w konsekwencji zapoczątkowanej 22 lutego 2022 r. agresji ze strony Federacji Rosyjskiej wobec Ukrainy i napływu do państw członkowskich UE milionów obywateli tego państwa. Powiązaniem, aczkolwiek odrębnym zagadnieniem stała się też presja migracyjna na granicę zewnętrzną UE, której doświadczają w ostatnich latach państwa członkowskie graniczące z Białorusią i Federacją Rosyjską. Oba te państwa dla wywarcia presji migracyjnej wywołują i zarządzają procesami migracyjnymi, w których wykorzystują i instrumentalizują sytuację jednostek w potrzebie ochrony międzynarodowej lub poszukujących lepszych warunków życia. Są to procesy, które z perspektywy UE i funkcjonującego w jej ramach prawnych Wspólnego Europejskiego Systemu Azylowego (dalej: WESA; zgodnie z polską nomenklaturą trafniej należałoby się posługiwać pojęciem systemu uchodźczego¹) unaocznily jego istotne niedostatki i konieczność reformy, która, pomimo trwających blisko dekadę prób, napotyka nieprzewidywane dotychczas przeszkody w wypracowaniu takich mechanizmów, które w odpowiedni sposób zapewniałyby realizację zasady solidarności państw członkowskich w ponoszonych obciążeniach².

¹ Szerzej na temat relacji pomiędzy pojęciami „azyl” i „status uchodźczy” w prawie międzynarodowym i europejskim zob. np. M. Kowalski, *Znaczenie art. 14 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka dla międzynarodowego prawa uchodźczego [w:] 70 lat Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, red. M. Florczak-Wątor, M. Kowalski, Kraków 2019, s. 80–84 i cytowana tam literatura.

² Należy tu dodać, że Rada UE przyjęła w dniu 14 maja 2024 r. unijny pakt o migracji i azylu, który stanowi kompleksową reformę systemu azylowo-migracyjnego Unii Europejskiej. Wśród dziesięciu przyjętych aktów ustawodawczych znajduje się rozporządzenie 2024/1347 w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako osób korzystających z ochrony

Równocześnie nadal trwa też debata dotycząca zakresu udzielania ochrony międzynarodowej, a także jej dostosowywania do wyzwań współczesności, w tym uwzględniania potrzeb grup szczególnie pokrzywdzonych i dyskryminowanych w kontekście np. prześladowania ze względu na orientację seksualną lub inne okoliczności związane z prześladowaniem ze względu na płeć. Coraz szerzej dyskutuje się też o problemach związanych ze skutkami zmian klimatycznych i wywołanymi przez nie tzw. migracjami klimatycznymi. Ochrona międzynarodowa osób zmuszonych do migracji z powodu zmian klimatu jawi się jako ogromne wyzwanie, a istniejące międzynarodowe mechanizmy prawne, oparte na ogół na zasadzie ochrony przed prześladowaniem, wydają się dalece niewystarczające i zmuszają do przemyślenia na nowo paradygmatu międzynarodowego prawa uchodźczego.

W kontekście powyższych wyzwań problematyka ochrony osób prześladowanych ze względu na wyznawaną religię wydaje się schodzić na dalszy plan. Jest to swoisty paradoks, jeśli weźmie się pod uwagę, że prześladowania religijne historycznie należały do najczęstszych powodów uchodźstwa i stymulowały wypracowywanie zróżnicowanych form ochrony prawnej. Również współcześnie prześladowania religijne mają miejsce na ogromną skalę. Można jednak odnieść wrażenie, że z perspektywy europejskiej zjawisko to nie jest wystarczająco dostrzegane w swoim przytłaczającym wymiarze. Na ile odgrywa w tym rolę postępująca sekularyzacja współczesnych społeczeństw europejskich, trudno jednoznacznie ocenić bez pogłębionych analiz socjologicznych, ale jest to niewątpliwie jedna z możliwych interpretacji.

Niemniej jednak problematyka udzielania ochrony międzynarodowej jednostkom, które ubiegają się o nią ze względu na naruszenie ich wolności religijnej, jest warta analizy. I w tym zakresie bowiem dochodzi do pewnej ewolucji, która kształtowana jest rozstrzygnięciami sądowymi, w tym na poziomie europejskim przez Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej: TSUE) i Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPCz). Warto też pamiętać, że udzielanie ochrony ze względu na naruszanie wolności religijnej ma swoją specyfikę. Przejawia się ona m.in. w złożonej kwestii dotyczącej konwersji religijnej, która ma miejsce już po przybyciu do państwa, w którym dana osoba wnioskuje o ochronę. Łączy ona takie szczegółowe problemy, jak udzielanie ochrony *sur place*, ryzyko nadużyć przez pozorowanie danych czynności czy weryfikacja wiarygodności wnioskodawcy. Równocześnie podejście do tej problematyki odzwierciedlone w orzecznictwie sądów europejskich unaocznia – antycypując poniższe rozważania – pewne charakterystyczne procesy w ujmowaniu ochrony międzynarodowej jako takiej. Z tych względów niniejszy tekst podejmuje to szczegółowe zagadnienie w kontekście analizy aktualnego orzeczenia TSUE w sprawie *Bundesamt für Fremdenwesen*

międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony, zmieniające dyrektywę Rady 2003/109/WE oraz uchylające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE (Dz. Urz. UE L 2024/1347 z 22.05.2024; dalej: rozporządzenie 2024/1347). Rozporządzenie to stosuje się od dnia 1 lipca 2026 r. Trzeba jednak zauważyć, że biorąc pod uwagę napięcia polityczne narosłe wokół paktu o migracji i azylu, nie można wykluczyć dalszych zmian w tym względzie. Niniejsze opracowanie uwzględni wiążący stan prawny na dzień 1 stycznia 2025 r.

*und Asyl przeciwko JF*³, która dotyczyła problematyki konwersji religijnej po przybyciu do państwa członkowskiego UE. Zostanie ono jednak zaprezentowane z odniesieniem do orzecznictwa ETPCz i w szerszym kontekście wyzwań współczesnego prawa uchodźczego w jego europejskim i międzynarodowym wymiarze.

1. Ogólne ramy prawne ochrony uchodźców – europeizacja międzynarodowego prawa uchodźczego

Podstawą międzynarodowego prawa uchodźczego pozostaje niezmiennie konwencja genewska o statusie uchodźcy z 1951 r.⁴ wraz z protokołem nowojorskim z 1967 r.⁵, wprowadzająca indywidualistyczną w swoim charakterze definicję uchodźcy jako jednostki zagrożonej prześladowaniem, której przynależy pewien zakres praw, a w pewnej mierze także obowiązków, w formie statusu uchodźcy. Kluczowe znaczenie dla międzynarodowej ochrony uchodźców ma zasada *non-refoulement* w postaci zakazu wydalania lub zawracania (niezależnie od formy prawnej) uchodźcy na terytorium, gdzie byłby zagrożony prześladowaniem. Waga zasady *non-refoulement* wynika przede wszystkim z tego, że sama konwencja genewska wraz z protokołem nowojorskim nie zawiera *explicite* zobowiązania do nadania statusu uchodźcy, co powoduje, że państwa-strony korzystają w tym zakresie z pewnej uznaniowości w przyjęciu na siebie zobowiązania do ochrony, w sytuacji, gdy inne państwo będzie zobowiązane do udzielenia ochrony, ale granicą tej uznaniowości jest właśnie zakaz *refoulement*⁶. Należy też pamiętać, że współcześnie zasada *non-refoulement* ma nie tylko charakter normy umownej na podstawie art. 33 konwencji genewskiej, ale także walor prawny powszechnej normy zwyczajowej. Co więcej, zakres normy zwyczajowej jest szerszy niż normy umownej, gdyż nie obejmuje ograniczeń i wyłączeń przewidzianych w art. 33 konwencji genewskiej. Jak szerzej wskazywałem w innym miejscu⁷, zakaz *refoulement* w swoim zwyczajowym wymiarze wykształcił się na podstawie praktyki państw w wykonywaniu zobowiązań umownych z konwencji genewskiej, ale także – a właściwie przede wszystkim – w związku z praktyką państw kształtowaną na podstawie innych

³ Wyrok TSUE z dnia 29 lutego 2024 r. w sprawie C-222/22, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl przeciwko JF*, ECLI:EU:C:2024:192 (dalej: *JF*).

⁴ Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515; dalej: konwencja genewska).

⁵ Protokół dotyczący statusu uchodźców, sporządzony w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 517; dalej: protokół nowojorski).

⁶ W. Kälin, M. Caroni, L. Heim, *Art. 33, para 1 [w:] The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, ed. A. Zimmermann, Oxford 2011, s. 1395. Przywołani autorzy zauważają, że zasada *non-refoulement* „in the absence of a human right to be granted asylum [...], remains the cornerstone of international protection of refugees because it guarantees that refugees remain outside the reach of the country of persecution even if they are not granted asylum or are otherwise refused by the country of refuge”. Szerzej o zasadzie *non-refoulement* zob. M. Kowalski, *Znaczenie art. 14 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka...*, s. 84–89 i tam cytowana literatura.

⁷ M. Kowalski, *Znaczenie art. 14 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka...*

umownych zobowiązań formułujących absolutny zakaz tortur, niehumanitarnego i poniżającego traktowania i karania, który objął także zakaz wydalania czy przekazywania w innej formie prawnej cudzoziemców na terytorium, gdzie na takie traktowanie byłoby narażeni⁸. Mamy tu więc do czynienia z wzajemnym przenikaniem się prawnych gwarancji dla jednostki na podstawie międzynarodowego prawa uchodźczego i międzynarodowego prawa praw człowieka, a w kontekście europejskim także – o czym szerzej poniżej – na podstawie prawa UE.

Międzynarodowe prawo praw człowieka oddziałuje nie tylko na zakres zasady *non-refoulement*, ale także na kształtowanie zakresu jednostek upoważnionych do ochrony, a więc pośrednio również na rozumienie i interpretację pojęcia uchodźcy. Jest to szczególnie widoczne w kontekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPCz lub Konwencja) i jej standardów ochronnych przed *refoulement* wykształconych w orzecznictwie ETPCz. Jak zauważył ETPCz, „[i]n cases concerning the expulsion of asylum-seekers, the Court does not itself examine the actual asylum applications or verify how the States honour their obligations under the Refugee Convention. Its main concern is whether effective guarantees exist that protect the applicant against arbitrary *refoulement*, be it direct or indirect, to the country from which he or she has fled”⁹. Niemniej jednak zakres kontroli ETPCz jest na tyle szczegółowy i idzie tak daleko, że w istotnym zakresie wpływa na kształt standardów procedury uchodźczej na poziomie krajowym w państwach-stronach Konwencji, a więc istotnie wpływa na to, jak te państwa, będące równocześnie stronami konwencji genewskiej, wykonują swoje zobowiązania traktatowe wynikające z tej ostatniej. Orzecznictwo ETPCz ma również duży wpływ na standardy proceduralne, o których konwencja genewska milczy. Tymczasem to one jawią się jako kluczowe w rozstrzyganiu o zakresie przyznawanej ochrony.

W tym miejscu trzeba się odnieść do standardów wykształconych w prawie UE w ramach WESA, w tym w szczególności do intensywnie rozrastającego się uchodźczego orzecznictwa TSUE – głównie w ramach procedury pytań prejudycjalnych. Wyroków tego typu TSUE wydał już bardzo znaczącą liczbę i – jak również miałem już okazję podkreślać w innym miejscu¹⁰ – niewątpliwie istotnie wpływają one na kształt normatywny tzw. azylowego (uchodźczego) *acquis* UE, a w konsekwencji na zakres standardów prawnych udzielania ochrony międzynarodowej cudzoziemcom

⁸ W tym kontekście warto zauważyć, że obejmujący zakaz *refoulement* zakaz tortur należy w prawie międzynarodowym do nielicznych niekwestionowanych norm o charakterze peremptoryjnym (*ius cogens*). Dlatego też rozważania nad ewentualnym peremptoryjnym charakterem zasady *non-refoulement* na gruncie międzynarodowego prawa uchodźczego wydają się wtórne. Por. np. w literaturze polskiej: O. Łachacz, *Zasada non-refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – zwyczaj międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, t. 15, s. 134.

⁹ Wyrok ETPCz (wielka izba) z dnia 23 marca 2016 r. w sprawie *F.G. przeciwko Szwecji*, skarga nr 43611/11, HUDOC, § 117 (dalej: *F.G.*).

¹⁰ M. Kowalski, *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 lutego 2015 r. w sprawie C-472/13, Andre Lawrence Shepherd przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2016, t. 14, s. 171.

w państwach członkowskich¹¹. Warto też podkreślić, że ze względu na fakt, iż środki prawne tworzące WESA znajdują podstawę prawną w prawie pierwotnym UE, które wyraźnie przesądza o oparciu WESA na konwencji genewskiej z 1951 r. i protokole nowojorskim z 1967 r.¹², w konsekwencji – jak trafnie zauważył Roland Bank¹³ – TSUE stał się pierwszym sądem międzynarodowym, który wprost wypowiada się w kwestiach prawnych wynikających ze stosowania norm tych umów międzynarodowych, w tym interpretacji pojęcia uchodźcy przez interpretację tzw. dyrektywy kwalifikacyjnej¹⁴. Równocześnie TSUE interpretuje środki prawne składające się na WESA w kontekście standardów ochrony praw człowieka na gruncie prawa UE, w tym Karty praw podstawowych, jak również z odniesieniem do standardów kształtowanych na gruncie Konwencji przez ETPCz. Ten ostatni natomiast w swoim orzecznictwie odnosi się do tego, czy państwa członkowskie, wykonując swoje zobowiązania wynikające z WESA, zachowują standardy ochronne wykształcone w prawie EKPCz. Pośrednio więc poddaje kontroli zgodność azyłowego (uchodźczego) *acquis* UE ze standardami Konwencji. Mamy więc w tym zakresie do czynienia ze swoistym przenikaniem się porządków prawnych, jak również z mniej lub bardziej bezpośrednim dialogiem sądowym dotyczącym prawa uchodźczego pomiędzy dwoma sądami europejskimi, TSUE i ETPCz¹⁵. Problematyka przyznawania ochrony ze względu na konwersję religijną jest znakomitą ilustracją zarówno wspomnianego przenikania się różnych porządków prawnych, jak i dialogu pomiędzy wskazanymi trybunałami.

W powyższym kontekście warto zwrócić uwagę na jeszcze jedno charakterystyczne zjawisko dotyczące współczesnego międzynarodowego prawa uchodźczego – jego europeizację¹⁶. Z dzisiejszej perspektywy niewątpliwie na pierwszy plan wybijają się standardy ochrony uchodźców tworzone w ramach prawa UE, które uzupełniają w wymiarze regionalnym powszechne standardy międzynarodowego prawa uchodźczego. Są one jednak na tyle znacząco innowacyjne i efektywne, że zaczęły oddziaływać na standardy powszechne. Tytułem przykładu można wymienić w tym względzie zasady określania państwa odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o ochronę, reżim ochrony tymczasowej (czasowej), uzupełniającą status uchodźcy ochronę uzupełniającą, kształtowanie zasady alternatywy ochrony (ucieczki) wewnętrznej czy właśnie

¹¹ W literaturze polskiej ogólnie zob. J. Chlebny, *Art. 1 [w:] Prawo o cudzoziemcach. Komentarz*, red. *idem*, Warszawa 2020, Nb 9–10, s. 884–885.

¹² Zob. art. 78 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47) i art. 18 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 389).

¹³ R. Bank, *The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law*, „International Journal of Refugee Law” 2015, vol. 27, no. 2, s. 241.

¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 337 z 20.12.2011, s. 9; dalej: dyrektywa kwalifikacyjna).

¹⁵ Szerzej na temat dialogu sądowego dotyczącego prawa uchodźczego zob. M. Kowalski, *International Refugee Law and Judicial Dialogue in Central and Eastern Europe* [w:] *Transnational Judicial Dialogue in Central and Eastern Europe*, ed. A. Wyrozumska, Łódź 2017, s. 365–397.

¹⁶ *Ibidem*, s. 373–376.

kwestie dotyczące interpretacji definicji uchodźcy z uwzględnieniem prześladowania ze względu na płeć kulturową i orientację seksualną. Znaczący udział w dopracowywaniu tych standardów ma – jak już zaznaczano wyżej – orzecznictwo TSUE.

Równocześnie istotne znaczenie ma orzecznictwo ETPCz i kształtowanie standardów ochrony jednostek poszukujących ochrony międzynarodowej na podstawie prawa EKPCz. O wpływie prawa Konwencji na kształtowanie się zakazu *refoulement* była już mowa powyżej. Trzeba jednak pamiętać, że standardy te dotyczą także wielu innych zagadnień kluczowych dla ochrony praw osób ubiegających się o ochronę, jak np. problematyka detencji, łączenia rodzin i poszanowania prawa do życia prywatnego i rodzinnego czy prawa do efektywnego środka odwoławczego. W ten sposób również prawo EKPCz intensywnie oddziałuje na powszechne standardy ochronne.

Europeizacja międzynarodowego prawa uchodźczego, nie deprecjonując innych rozwiązań regionalnych, jest więc faktem. Bez wątplenia wynika to w dużej mierze z roli, jaką odgrywają oba sądy europejskie: TSUE i ETPCz. Przy uwzględnieniu wszelkich różnic pomiędzy nimi i w zakresie ich jurysdykcji dotyczących standardów ochrony uchodźców stały się one *de facto* międzynarodowymi sądami azylowymi (uchodźczymi).

2. Wolność religijna i konwersja religijna a udzielanie ochrony międzynarodowej

Smutnym truizmem pozostaje stwierdzenie, że zróżnicowanie religijne od wieków było i nadal jest powodem antagonizmów międzyludzkich, a szeroko rozumiana religia stanowiła i stanowi nadal jeden z głównych powodów prześladowań. Dlatego też zapewnienie wolności religijnej obejmującej poszanowanie myśli, sumienia i wyznania, w tym także światopoglądu areligijnego i ateistycznego, należy do podstaw współczesnej ochrony praw człowieka. Nie może więc zaskakiwać, że definicja uchodźcy zawarta w art. 1A konwencji genewskiej objęła swoim zakresem uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z powodu religii – jako jednej z pięciu enumeratywnie wyliczonych w tym artykule przesłanek prześladowania¹⁷. Trzeba jednak pamiętać, że prześladowanie ze względu na religię może nakładać się także na inne konwencyjne przesłanki: rasę, narodowość, przekonania polityczne i przynależność do określonej grupy społecznej. W tym kontekście przywołuje się wielowymiarowe rozumienie religii, które – w pewnym uproszczeniu – sprowadza się do trzech poziomów: jako wiary (lub jej braku), tożsamości i sposobu życia¹⁸. Zgodnie z art. 10 ust. 1 lit. b dyrektywy

¹⁷ UNHCR, *Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźcy z 1951 r. oraz Protokołem dodatkowym z 1967 r.* Podręcznik, wyd. 2 pol., Warszawa 2007, § 71–73; UNHCR, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/GIP/04/06, 28 April 2004; A. Zimmermann, C. Mahler, *Article 1A, para. 2 [w:] The 1951 Convention...*, s. 379–387; G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford 2007, s. 71–72.

¹⁸ UNHCR, *Guidelines...*, § 5–10.

kwalifikacyjnej „pojęcie religii obejmuje w szczególności posiadanie przekonań teistycznych, nieateistycznych i ateistycznych, prywatne lub publiczne uczestniczenie lub nieuczestniczenie w formalnych – indywidualnych lub wspólnotowych – praktykach religijnych, inne czynności religijne czy wyrażane poglądy lub formy indywidualnych lub wspólnotowych zachowań opartych na wierzeniach religijnych lub nakazanych takimi wierzeniami”. Należy też pamiętać o zagrożeniach wynikających z samego przypisywania jednostce tak rozumianej religii w oderwaniu od jej rzeczywistej samoidentyfikacji.

Z powyższych powodów rozpatrywanie wniosków o status uchodźcy lub o inne formy ochrony międzynarodowej ze względów religijnych należą do niezwykle skomplikowanych. Jest tak również, a może w szczególności, w przypadku konwersji religijnej. O ile jeszcze zagrożenie przymusową konwersją jawi się jako oczywiste naruszenie wolności religijnej i niebudzący większych kontrowersji przykład zagrożenia prześladowaniem ze względu na religię¹⁹, o tyle ocena zagrożenia będącego konsekwencją dobrowolnej konwersji, zwłaszcza mającej miejsce po opuszczeniu państwa pochodzenia, jawi się jako szczególnie trudne wyzwanie.

Mamy tu do czynienia z sytuacją określaną mianem *sur place*, a więc z sytuacją, w której okoliczności leżące u podstaw wniosku o ochronę wydarzyły się już po opuszczeniu państwa pochodzenia przez wnioskodawcę²⁰. Mogą one wynikać albo ze zmiany sytuacji w państwie pochodzenia, albo z aktywności podejmowanych przez samego wnioskodawcę. O ile pierwsza z wymienionych ewentualności jest stosunkowo prosta do obiektywnej weryfikacji, o tyle druga pociąga za sobą poważne trudności. Istnieje bowiem ryzyko, że taka aktywność wnioskodawcy może być instrumentalnie nakierowana na celowe wytworzenie okoliczności, które będą groziły prześladowaniem lub doznaniem poważnej krzywdy w razie powrotu do państwa pochodzenia. Nawet jednak przy stwierdzeniu, że okoliczności takie zostały celowo i instrumentalnie wytworzone przez wnioskodawcę w celu uzyskania ochrony, pozostaje pytanie, czy jeśli faktycznie skutkować one mogą negatywnymi dla wnioskodawcy konsekwencjami, które można kwalifikować jako prześladowanie lub doznanie poważnej krzywdy, to czy w celu ich uniknięcia ochrona może być przyznana. Kwestia ta jest szczególnie istotna zwłaszcza w kontekście zagrożenia wartości absolutnych, a więc zagrożenia życia jednostki lub zagrożenia torturami, niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniem albo karaniem.

Kwestie tego typu łączą się też ściśle z wyzwaniami dotyczącymi oceny wiarygodności osób wnioskujących o ochronę międzynarodową. Jest tak w szczególności, gdy wniosek powołujący okoliczności powstałe *sur place* nie jest pierwszym, lecz kolejnym wnioskiem o ochronę międzynarodową, a poprzedni lub poprzednie wnioski tego samego cudzoziemca zostały rozpatrzone negatywnie ze względu na uznanie niskiej

¹⁹ Por. *ibidem*, § 20.

²⁰ W nomenklaturze dyrektywy kwalifikacyjnej mowa jest precyzyjnie o „potrzebie ochrony międzynarodowej powstałej po przybyciu do państwa członkowskiego” (art. 5). Zob. też ogólnie: UNHCR, *Zasady...*, § 94–96; A. Zimmermann, C. Mahler, *Article 1A, para. 2...*, s. 324–335.

wiarygodności wnioskodawcy i powoływanych przez niego okoliczności. Należy bowiem pamiętać, że postępowanie dowodowe w ramach rozpatrywania wniosków o ochronę międzynarodową jest nakierowane na samo uwiarygodnienie zagrożenia prześladowaniem lub doznania poważnej krzywdy, które jest wystarczającą przesłanką do przyznania jednej z form ochrony międzynarodowej, tj. statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej.

W powyższym kontekście problematyka konwersji religijnej jawi się jako szczególnie skomplikowana materia do weryfikacji²¹. Prawo do zmiany wyznawanej religii lub do jej porzucenia, czyli apostazji, jest ważnym elementem wolności religijnej powszechnie skonceptualizowanej we współczesnych aktach prawnych jako wolność myśli, sumienia i wyznania. Równocześnie współcześnie istnieją państwa, głównie są to państwa muzułmańskie, które konwersję i apostazję penalizują lub w których grozi ona negatywnymi dla jednostki konsekwencjami ze strony władz państwowych i/lub ze strony innych podmiotów prywatnych, którym władze te nie chcą lub nie są w stanie zapobiec. Do takich państw należą współcześnie np. Iran, Pakistan i Afganistan, a więc państwa, z których pochodzi znacząca liczba osób ubiegających się o ochronę międzynarodową w Europie.

Należy też wziąć pod uwagę, że wewnętrzne procesy psychologiczne prowadzące do decyzji jednostki o zmianie lub porzuceniu wyznawanej religii są wysoce złożone i determinowane zróżnicowanymi okolicznościami zależnymi od czynników z jednej strony zindywidualizowanych *par excellence*, ale z drugiej strony wysoce podatnych na wpływy kulturowe, społeczne i inne. Czyni je to szczególnie trudnymi do weryfikacji pod kątem ich prawdziwości. To z kolei prowadzi do realnego niebezpieczeństwa instrumentalizacji i nadużyć. Zwiększoną liczbę wniosków o ochronę międzynarodową ze względu na konwersję na chrześcijaństwo lub apostazję odnotowuje się konsekwentnie w państwach członkowskich UE, które przyjęły znaczące liczby osób w wyniku kryzysu migracyjno-uchodźczego po roku 2015, w tym z państw islamskich penalizujących konwersję²². Wielkim wyzwaniem jest więc zapewnienie poszanowania wolności religijnej jednostek, która obejmuje prawo do zmiany wyznawanej religii lub jej porzucenia przy równoczesnym przeciwdziałaniu nadużyciom procedury ochrony międzynarodowej.

Omówione wyżej kwestie znajdują oczywiście odzwierciedlenie w regulacjach prawnych, w tym na poziomie WESA. W szczególności mają tu zastosowanie regulacje dotyczące wniosków *sur place*, rozpatrywania kolejnych wniosków o ochronę, oceny

²¹ UNHCR, *Zasady...*, § 34–36.

²² Przykładem może być tu Finlandia: „In 2017, the news media reported a new ‘phenomenon’ in Finland. After negative asylum decisions, people (mainly from Iraq and Afghanistan) reapplied on the grounds of conversion to Christianity. There were also increasing numbers of appeals to administrative courts on decisions related to post-departure conversions. While the Finnish Immigration Service (Migri) does not have official statistics for conversion based claims, it estimated that 70% of the 7,500 appeals filed with administrative courts in 2017 and also of new applications to Migri (a proportion equating to 2,000 in 2016) were based on claims of religious conversion” – K. Horsti, P. Pirkkalainen, *Deportability of Christian Converts and the Controversy Over Faith in Finland*, „Nordic Journal of Migration Research” 2023, vol. 13, issue 4, s. 2.

wiarygodności. Kształtują się też praktyki w państwach członkowskich w podejściu do wniosków uzasadnianych konsekwencjami konwersji, co wzbudza coraz szersze zainteresowanie, także doktrynalne. Przykładem tego, że problem ten ma wymiar ogólnoeuropejski i równocześnie jest próbą harmonizowania praktyk dotyczących oceny wiarygodności w tego typu sprawach, jest opublikowany w listopadzie 2022 r. przez Agencję Unii Europejskiej ds. Azylu (European Union Agency for Asylum, EUAA) praktyczny poradnik przeprowadzania przesłuchań wnioskodawców uzasadniających wnioski o ochronę kwestiami religijnymi²³. Jego znaczącą część poświęcono właśnie kontekstowi konwersji religijnej²⁴. Nie może więc zaskakiwać, że problematyka ta musiała znaleźć odzwierciedlenie w „azylowym” orzecznictwie TSUE i ETPCz.

3. Wyrok TSUE w sprawie *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* przeciwko JF z dnia 29 lutego 2024 r.

W kontekście orzecznictwa TSUE problematyka związana z konsekwencjami konwersji religijnej w związku z ubieganiem się o ochronę międzynarodową została obszernie podjęta w bardzo aktualnym wyroku w sprawie *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* przeciwko JF z dnia 29 lutego 2024 r. Wyrok ten został wydany w związku z procedurą prejudycjalną i odnosił się do interpretacji postanowień dyrektywy kwalifikacyjnej. Postępowanie krajowe dotyczyło odmowy przez odpowiedni organ austriacki udzielenia ochrony międzynarodowej obywatelowi Iranu, który dokonał konwersji na chrześcijaństwo już podczas pobytu w państwie członkowskim UE, w którym ubiegał się o ochronę międzynarodową, tj. w Austrii. Pierwotnie cudzoziemiec złożył w październiku 2015 r. wniosek o ochronę międzynarodową ze względu na podnoszone prześladowania w państwie pochodzenia o charakterze politycznym, ale ze względów na uznanie podnoszonych przez niego okoliczności za niewiarygodne została wydana decyzja odmawiająca udzielenia ochrony i zobowiązująca cudzoziemca do powrotu. Wyrokiem z dnia 3 stycznia 2018 r. austriacki federalny sąd administracyjny oddalił prawomocnie skargę cudzoziemca na powyższą decyzję. Następnie, po upływie kilku miesięcy, cudzoziemiec, który w międzyczasie nie opuścił terytorium państwa członkowskiego, złożył kolejny wniosek o nadanie ochrony uzupełniającej. We wniosku tym podnosił, że podczas pobytu w Austrii przeszedł na chrześcijaństwo i w konsekwencji obawia się prześladowania po powrocie do państwa pochodzenia, gdyż konwersja pozostaje w Iranie penalizowana. Już w tym momencie można stwierdzić, iż przywołany stan faktyczny analizowanej sprawy jest bardzo charakterystyczny i reprezentatywnie wskazuje na pojawiające się problemy i wyzwania dotyczące postępowań o ochronę międzynarodową ze względu na konwersję.

²³ EUAA, *Practical Guide on Interviewing Applicants with Religion-based Asylum Claims*, November 2022.

²⁴ *Ibidem*, s. 48–71.

Rozstrzygając wniosek, właściwy organ pierwszej instancji odmówił nadania wnioskodawcy statusu uchodźcy ze względu na to, że ryzyko prześladowania powstało „po przybyciu do państwa członkowskiego i zostało wywołane celowo przez samego wnioskodawcę”²⁵. Sama konwersja wnioskodawcy nie została natomiast zakwestionowana i organ rozstrzygający uznał ją za wiarygodną oraz – uwzględniając sytuację w państwie pochodzenia, tj. w Iranie – stanowiącą realne i zindywidualizowane zagrożenie w razie powrotu. W konsekwencji udzielił wnioskodawcy ochrony uzupełniającej. Od tej decyzji wnioskodawca wniósł skargę do federalnego sądu administracyjnego, który uwzględnił ją wyrokiem z 29 września 2020 r. Sąd wskazał, na gruncie obowiązującego prawa austriackiego, „że o ile w wypadku rozpatrywania kolejnego wniosku ryzyko prześladowania wnioskodawcy wynikające z okoliczności wywołanych celowo przez niego samego wyklucza »co do zasady« uznanie statusu uchodźcy, o tyle użycie tego wyrażenia wskazuje jednak, że w pewnych sytuacjach status ten można przyznać”²⁶, z tym że przepisy prawa austriackiego wymagają ustalenia, czy nie doszło do popełnienia nadużycia. Tymczasem w rozpatrywanej sprawie nie wykazano, aby dokonana konwersja takie nadużycie stanowiła, a sama okoliczność, że nie była ona wyrazem i kontynuacją przekonań posiadanych w państwie pochodzenia, nie jest wystarczająca, aby odmówić nadania statusu uchodźcy.

Od powyższego wyroku skargę do sądu wyższej instancji (będącego następnie sądem odsyłającym w procedurze prejudycjalnej przed TSUE) wniósł organ administracyjny, który argumentował, że na gruncie prawa austriackiego zasadą ogólną jest odmowa nadania statusu uchodźcy wnioskodawcy, który sam celowo wywołał w państwie przyjmującym okoliczności, które stwarzają ryzyko prześladowania w razie powrotu do państwa pochodzenia. Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, w której działalność wnioskodawcy jest zgodna z prawem państwa przyjmującego i stanowi wyraz i kontynuację przekonań posiadanych już w kraju pochodzenia. Sąd odsyłający powziął wątpliwość, czy taka regulacja prawidłowo transponuje do prawa austriackiego art. 5 ust. 3 dyrektywy kwalifikacyjnej, czyli – inaczej rzecz ujmując – czy rozwiązanie prawa austriackiego, na które powołuje się organ skarżący w postępowaniu krajowym, jest zgodne ze wskazanym przepisem dyrektywy. Warto w tym miejscu przytoczyć pełne brzmienie art. 5:

- „1. Podstawą uzasadnionej obawy przed prześladowaniem lub rzeczywistego ryzyka doznania poważnej krzywdy mogą być wydarzenia, które miały miejsce po tym, jak wnioskodawca opuścił kraj pochodzenia.
2. Podstawą uzasadnionej obawy przed prześladowaniem lub rzeczywistego ryzyka doznania poważnej krzywdy może być działalność, w jaką wnioskodawca zaangażował się po opuszczeniu kraju pochodzenia, w szczególności, jeżeli ustalono, że działalność ta stanowi wyraz i kontynuację przekonań lub poglądów posiadanych w kraju pochodzenia.

²⁵ JF, pkt 17.

²⁶ *Ibidem*, pkt 18.

3. Bez uszczerbku dla konwencji genewskiej państwa członkowskie mogą postanowić, że wnioskodawcy, który złożył kolejny wniosek, nie nadaje się statusu uchodźcy, jeśli ryzyko prześladowania wynika z okoliczności wywołanych celowo przez samego wnioskodawcę po opuszczeniu kraju pochodzenia”.

Regulacja ta dotyczy sytuacji *sur place* i wprowadza rozwiązanie pozwalające państwom członkowskim przyjąć przepisy krajowe, które przeciwdziałają możliwym nadużyciom. Warto jednak podkreślić, że ewidentnie widać, iż podstawa uzasadnionej obawy przed prześladowaniem może powstać po opuszczeniu państwa pochodzenia, w tym w państwie przyjmującym. Może to być konsekwencją działalności samego wnioskodawcy, co wynika *expressis verbis* z ust. 2 przywoływanego artykułu. Dookreśla on, że jest tak „w szczególności”, gdy taka działalność stanowi wyraz i kontynuację przekonań lub poglądów żywionych wcześniej, tj. w państwie pochodzenia. Z brzmienia tego przepisu jasno wynika, że wyraz i kontynuacja wcześniejszych przekonań stanowi jedynie wskaźnik prawdziwości i wiarygodności takiej okoliczności.

Kluczowy w analizowanej sprawie ust. 3 daje natomiast państwom członkowskim, na zasadzie wyjątku od powyższej regulacji, możliwość odmowy nadania statusu uchodźcy, jeśli ryzyko prześladowania zostało wywołane celowo przez wnioskodawcę po opuszczeniu państwa pochodzenia, a w danym przypadku mamy do czynienia z kolejnym wnioskiem tego samego cudzoziemca. Takie rozwiązanie nie wyklucza oczywiście nadania cudzoziemcowi innej formy ochrony międzynarodowej, jak np. ochrony uzupełniającej, co zresztą miało miejsce w przypadku postępowania krajowego. Ponadto istotne znaczenie ma interpretacja swoistego bezpiecznika włączanego do tego przepisu, tj. uwarunkowania wprowadzenia takiego rozwiązania w prawie krajowym od tego, aby było „bez uszczerbku dla konwencji genewskiej”. Jak już wspomniano wyżej, środki w ramach WESA oparte są na konwencji genewskiej wraz z protokołem nowojorskim i ich interpretacji należy dokonywać zgodnie ze zobowiązaniami z nich wynikającymi.

TSUE – wychodząc z powyższych założeń – uznał, że art. 5 ust. 3 dyrektywy kwalifikacyjnej nie można interpretować w taki sposób, iż jego transpozycja do prawa krajowego zwalnia właściwe organy od przeprowadzenia indywidualnej oceny każdego wniosku ani też, że pozwala „państwom członkowskim na ustanowienie domniemania, zgodnie z którym każde złożenie kolejnego wniosku, uzasadnionego okolicznościami wywołanymi celowo przez samego wnioskodawcę po opuszczeniu kraju pochodzenia, wynika *a priori* z zamiaru popełnienia nadużycia i instrumentalizacji procedury udzielania ochrony międzynarodowej – domniemania, które musiałyby obalić wnioskodawca”²⁷. To stanowisko należy uznać za bardzo ważne. W postępowaniach o nadanie ochrony międzynarodowej kluczowe pozostaje, aby obiektywnie rozstrzygnąć każdy wniosek i nie zakładać apriorycznie, że osoby ubiegające się o ochronę dopuszczają się instrumentalizacji i nadużyć. Na takim założeniu nie mogą więc też być oparte odpowiednie przepisy prawa. Oczywiście instrumentalizacja i nadużycia stanowią realne zagrożenie, którym należy przeciwdziałać, a więc muszą istnieć odpowiednie

²⁷ *Ibidem*, pkt 36.

mechanizmy ku temu. Podstawowym mechanizmem tego typu jest natomiast indywidualne rozpatrzenie każdego wniosku, w szczególności obejmujące ocenę wiarygodności wnioskodawcy bez jakiegokolwiek automatyzmu, co zresztą przyznał także sam TSUE²⁸.

Oczywiście w kontekście sprawy wnioskodawcy w postępowaniu krajowym o nadużyciu i instrumentalizacji nie mogło być mowy, bo już organ administracyjny orzekający w pierwszej instancji uznał wiarygodność jego konwersji. TSUE konkludował więc, że w sytuacji, w której wnioskodawca taki spełnia pozostałe przesłanki do nadania mu statusu uchodźcy, to państwo członkowskie jest do tego zobowiązane na gruncie prawa UE. Natomiast tam, gdzie po zbadaniu kolejnego wniosku i stwierdzeniu, że powoływane okoliczności zostały wywołane celowo po opuszczeniu przez niego państwa pochodzenia, są przejawem zamiaru popełnienia nadużycia i instrumentalizacji, cudzoziemcowi można odmówić nadania statusu uchodźcy, nawet jeśli pozostałe przesłanki uznania za uchodźcę są spełnione, a więc – biorąc pod uwagę deklaratoryjny charakter nadania statusu uchodźcy – dana osobą uchodźcą jest. W takiej jednak sytuacji nieprzekraczalną gwarancją chroniącą daną jednostkę będzie zakaz *refoulement*. TSUE wywiódł go – w kontekście interpretacji sformułowania „bez uszczerbku dla konwencji genewskiej” z art. 5 ust. 3 dyrektywy kwalifikacyjnej – z art. 33 ust. 1 konwencji genewskiej, ale należałoby dodać, że gwarancja ta oparta jest w istotnie szerszym zakresie także na normie zwyczajowej, o czym była już mowa wyżej.

Niniejsze rozstrzygnięcie TSUE²⁹ przesądza więc, że interpretacja kolejnych wniosków o charakterze *sur place* musi być oparta na ich zindywidualizowanym rozpatrzeniu, które obejmuje, po pierwsze, wiarygodność powoływanych okoliczności, a po drugie, zapobieganie nadużyciom i instrumentalizacji przez możliwość zróżnicowania przyznanego statusu ochronnego. W kontekście konwersji religijnej, nawet jeśli wnioskodawca celowo wywoła okoliczności narażające go na prześladowanie, doznanie poważnej krzywdy lub inne poważne naruszenia praw człowieka, to pozostaje on chroniony zasadą *non-refoulement*. Jediną dopuszczalną sankcją wobec takiej osoby będzie przyznanie mu mniej korzystnego statusu ochronnego.

W kontekście konwersji religijnej ryzyko nadużyć jest więc duże. A jest tak tym bardziej, że sam TSUE już uprzednio, tj. w wyroku z 2012 r., w sposób jednoznaczny uznał, iż co prawda nie każde naruszenie wolności religijnej można uznać za akt prześladowania, ale jednak akt ten może polegać na naruszeniu prawa do zewnętrznego manifestowania tej wolności³⁰. Co więcej, w powoływanym wyroku TSUE wyraźnie przesądził, że niedopuszczalne jest stosowanie przez władze krajowe tzw. wymogu dyskrecji, czyli że oceniając w sposób indywidualny wniosek o przyznanie ochrony międzynarodowej, właściwy organ nie może racjonalnie oczekiwać, iż wnioskodawca zrezygnuje w państwie pochodzenia z czynności religijnych narażających go na rze-

²⁸ *Ibidem*, pkt 37–38.

²⁹ Dotyczyło ono jeszcze pewnych innych zagadnień szczegółowych, które nie mają większego znaczenia ogólnego i jako takie zostały w tym miejscu pominięte.

³⁰ Wyrok TSUE (wielka izba) z dnia 5 września 2012 r. w sprawach połączonych C-71/11 i C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland przeciwko Y i Z*, ECLI:EU:C:2012:518, pkt 72.

czywiste niebezpieczeństwo prześladowania³¹. Tym samym TSUE ustanowił ważny, szeroki standard ochronny, zgodnie z którym jednostka, aby uniknąć prześladowania, nie może być zmuszana nie tylko do zmiany lub wyrzeczenia się swojej religii, ale nie może także być zmuszana do jej ukrywania i ograniczania jej uzewnętrzniania. Taki standard był wcześniej konsekwentnie promowany i zalecany przez Wysokiego Komisarza ds. Uchodźców (United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR) w jego wytycznych³². Co ważne, standard ten został również przyjęty przez ETPCz w wyroku *F.G. przeciwko Szwecji* z 2016 r., w którym *expressis verbis* powołał się on na wyrok TSUE w sprawie *Y i Z*³³.

Podsumowanie

Biorąc wszystko powyższe pod uwagę, trzeba stwierdzić, że w sprawach dotyczących udzielania ochrony międzynarodowej w przypadkach konwersji religijnej dokonanej *sur place*, która pociąga za sobą ryzyko prześladowania lub doznania poważnej krzywdy w państwach pochodzenia, kluczowa jest ocena rzeczywistego charakteru aktu konwersji i wiarygodności powoływanych okoliczności, w tym wiarygodności samego wnioskodawcy. Szczegółowa analiza tego procesu przekracza ramy niniejszego opracowania³⁴, ale niewątpliwie jest to kwestia niezwykle skomplikowana i wymagająca od organów rozstrzygających najwyższej skrupulatności i wrażliwości. Nawet jednak zachowanie najwyższych standardów w tym względzie nie eliminuje możliwości nadużyć po stronie wnioskodawców, którzy pozostają chronieni zakazem *refoulement*, nawet jeśli celowo wywołają okoliczności narażające ich na prześladowanie, doznanie poważnej krzywdy, a jedyną możliwą odpowiedzią po stronie państwa przyjmującego będzie różnicowanie statusu ochronnego. Ten sam standard interpretacyjny znajdzie zastosowanie do, częściowo zmodyfikowanej w stosunku do dyrektywy kwalifikacyjnej, regulacji art. 5 rozporządzenia 2024/1347 od dnia jego stosowania, tj. od 1 lipca 2026 r.

³¹ *Ibidem*, pkt 80.

³² UNHCR, *Guidelines*...

³³ *F.G.*, § 145. Wydany w 2016 r. przez wielką izbę ETPCz wyrok w sprawie *F.G.* ma charakter faktycznego precedensu w sprawach dotyczących konwersji religijnej *sur place* i zakazu *refoulement* na podstawie EKPCz. Orzecznictwo ETPCz w tym zakresie intensywnie się jednak rozwija i unacznia złożoność tej problematyki w zindywidualizowanym kontekście rozstrzyganych skarg. Zob. np. decyzja (postanowienie) ETPCz z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie *T.M. i Y.A. przeciwko Niderlandom* o niedopuszczalności skargi nr 209/16, HUDOC, a także wyroki ETPCz: z dnia 19 grudnia 2017 r. w sprawie *A. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 60342/16, HUDOC; z dnia 5 listopada 2019 r. w sprawie *A.A. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 32218/17, HUDOC; z dnia 26 kwietnia 2022 r. w sprawie *M.A.M. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 29836/20, HUDOC.

³⁴ Na ten temat zob. np. L. Rose, Z. Given-Wilson, „*What Is Truth?*” *Negotiating Christian Convert Asylum Seekers’ Credibility*, „*Annals of the American Academy of Political and Social Science*” 2021, vol. 697, issue 1, s. 221–235 i cytowana tam literatura.

O ile powyższy standard ochronny może pozostawać nie w pełni satysfakcjonujący ze względu na swoistą otwartość na potencjalne nadużycia, o tyle jawi się on jako nieodzowny, aby zapewnić skuteczną ochronę przed prześladowaniem lub doznaniem poważnej krzywdy na skutek konwersji religijnej wszystkim osobom znajdującym się w jej rzeczywistej potrzebie. W tym kontekście znaczenie powoływanego orzecznictwa TSUE, które ten standard ustanawia, jawi się jako nieocenione.

Literatura

- Bank R., *The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law*, „International Journal of Refugee Law” 2015, vol. 27, no. 2.
- Chlebny J., *Art. 1 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP* [w:] *Prawo o cudzoziemcach. Komentarz*, red. *idem*, Warszawa 2020.
- EUA, *Practical Guide on Interviewing Applicants with Religion-based Asylum Claims*, November 2022.
- Goodwin-Gill G.S., McAdam J., *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford 2007.
- Horsti K., Pirkkalainen P., *Deportability of Christian Converts and the Controversy Over Faith in Finland*, „Nordic Journal of Migration Research” 2023, vol. 13, issue 4.
- Kälin W., Caroni M., Heim L., *Art. 33* [w:] *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, ed. A. Zimmermann, Oxford 2011.
- Kowalski M., *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 lutego 2015 r. w sprawie C-472/13, Andre Lawrence Shepherd przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2016, t. 14.
- Kowalski M., *International Refugee Law and Judicial Dialogue in Central and Eastern Europe* [w:] *Transnational Judicial Dialogue in Central and Eastern Europe*, ed. A. Wyrozumska, Łódź 2017.
- Kowalski M., *Znaczenie art. 14 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka dla międzynarodowego prawa uchodźczego* [w:] *70 lat Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, red. M. Florczak-Wątor, M. Kowalski, Kraków 2019.
- Łachacz O., *Zasada non-refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – zwyczaj międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, t. 14.
- Rose L., Given-Wilson Z., „What Is Truth?” *Negotiating Christian Convert Asylum Seekers’ Credibility*, „Annals of the American Academy of Political and Social Science” 2021, vol. 697, issue 1.
- UNHCR, *Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźcy z 1951 r. oraz Protokołem dodatkowym z 1967 r.* Podręcznik, wyd. 2 wersji pol., Warszawa 2007.
- Zimmermann A., Mahler C., *Article 1A, para. 2* [w:] *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, ed. A. Zimmermann, Oxford 2011.

Streszczenie

Michał Kowalski

Prześladowanie z powodu religii a udzielanie ochrony międzynarodowej – konwersja religijna przed TSUE

Artykuł podejmuje problematykę udzielania ochrony międzynarodowej jednostkom, które ubiegają się o nią ze względu na naruszenie ich wolności religijnej. Ma ona swoją specyfikę, która przejawia się m.in. w złożonej kwestii dotyczącej konwersji religijnej, która ma miejsce już po przybyciu do państwa, w którym dana osoba wnioskuje o ochronę. Zagadnienie to łączy takie szczegółowe problemy, jak udzielanie ochrony *sur place*, ryzyko nadużyć przez pozorowanie danych czynności czy weryfikacja wiarygodności wnioskodawcy. Równocześnie jednak podejście do tej problematyki odzwierciedlone w orzecznictwie sądów europejskich, tj. Trybunału Sprawiedliwości UE i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, unaocznia pewne charakterystyczne procesy w ujmowaniu ochrony międzynarodowej jako takiej i szerzej międzynarodowego prawa uchodźczego. Niniejszy tekst podejmuje to szczegółowe zagadnienie w kontekście analizy aktualnego orzeczenia TSUE w sprawie *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl przeciwko JF* z dnia 29 lutego 2024 r., które dotyczyło problematyki konwersji religijnej po przybyciu do państwa członkowskiego UE.

Słowa kluczowe: ochrona międzynarodowa, prawo uchodźcze, wolność religijna, konwersja religijna, Wspólny Europejski System Azylowy, TSUE.

Summary

Michał Kowalski

Persecution on Grounds of Religion and Granting International Protection: Religious Conversion in Cases before the CJEU

The article addresses the issue of granting international protection to individuals based on claims regarding violations of their freedom of religion. There are specific aspects of such claims, *inter alia*, in complex cases of a religious conversion that has occurred after the arrival in a state in which the person concerned is applying for protection. This issue combines such detailed problems as granting protection *sur place*, the risk of abuse by simulating certain activities, and the issue of verifying the credibility of the applicant. At the same time, however, the approach to this issue reflected in the case law of European courts, i.e. the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights, highlights certain characteristic processes in the framing of international protection as such and, more broadly, international refugee law. This text addresses this detailed issue in the context of analyzing the current CJEU ruling in the case of *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl v. JF* of 29 February 2024, which concerned the issue of religious conversion after arrival in an EU Member State.

Keywords: international protection, refugee law, freedom of religion, religious conversion, Common European Asylum System, CJEU.

Roman Kwiecień

Uniwersytet Jagielloński, Polska

roman.kwiecien@uj.edu.pl

ORCID: 0000-0003-0831-9203

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.09>

Zakaz ludobójstwa jako wspólnotowy interes prawny i jego ochrona przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości

I. Koncepcja zobowiązań *erga omnes* sformułowana przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (dalej: MTS albo Trybunał) w wyroku w sprawie *Barcelona Traction*¹ uchodzi za jedno z najważniejszych osiągnięć orzeczniczych Trybunału. W wyroku MTS wskazał na „zasadniczą różnicę” (*essential distinction*) w prawie międzynarodowym między „zobowiązaniami państwa wobec »wspólnoty międzynarodowej jako całości« (*the international community as a whole*)” a opartymi na wzajemności zobowiązaniami państwa wobec innego państwa, np. w zakresie opieki dyplomatycznej, której dotyczyła sprawa *Barcelona Traction*. Ten pierwszy rodzaj zobowiązań ze względu na swą naturę dotyczy, zdaniem Trybunału, wszystkich państw i dlatego wszystkie państwa mają wspólny interes prawny w ich ochronie; są one zobowiązaniami *erga omnes*². Takie zobowiązania, stwierdził Trybunał, „wynikają we współczesnym prawie międzynarodowym np. z bezprawnych aktów agresji, ludobójstwa oraz z zasad i reguł dotyczących praw podstawowych osoby ludzkiej, wliczając w nie ochronę przed niewolnictwem i dyskryminacją rasową. Pewne z odpowiadających im praw stały się częścią *general international law* (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, s. 23), inne są nadawane przez instrumenty międzynarodowe o uniwersalnym lub quasi-universalnym charakterze”³.

Z przytoczonego fragmentu orzeczenia wynika, przynajmniej pośrednio, odmienność źródeł praw i zobowiązań tworzących ogólne prawo międzynarodowe (*general international law*), czyli skutecznych *erga omnes*, od pozostałych praw i zobowiązań międzynarodowych. Nieprzypadkowo MTS, wiążąc w 1970 r. źródła zobowiązań *erga omnes* z ogólnym prawem międzynarodowym, odwołał się do swojego zdania z opinii doradczej z 1951 r. w sprawie *Reservations to the Genocide Convention*⁴. W tej opinii

¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company (New Application: 1962)* (Belgium v. Spain) (Judgment), ICJ Reports 1970, s. 3.

² *Ibidem*, s. 32, § 33.

³ *Ibidem*, s. 32, § 34.

⁴ *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, s. 15.

MTS podkreślił szczególnie charakter traktatu, jakim jest przyjęta na forum Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej: ZO ONZ) w dniu 9 grudnia 1948 r. Konwencja o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (dalej: Konwencja o ludobójstwie albo Konwencja)⁵. Zdaniem Trybunału, nie opiera się ona na kontraktualnej równowadze uprawnień i obowiązków stron, ponieważ „zasady leżące u podstaw Konwencji są zasadami uznanymi przez narody cywilizowane jako obowiązujące państwa nawet bez umownych zobowiązań”⁶.

Celem niniejszego artykułu jest analiza środków prawnych przysługujących państwom przed MTS dla ochrony interesu wspólnotowego, jakim jest zapobieganie, powstrzymanie i karanie ludobójstwa. Problem zostanie przedstawiony w dwóch głównych częściach, które wieńczą wnioski. Część pierwsza dotyczy interpretacji przez Trybunał zakazu ludobójstwa i związanych z nim obowiązków państw. W części drugiej natomiast skomentowane zostanie orzecznictwo MTS dotyczące ochrony wspólnotowych interesów prawnych, na czele z zakazem ludobójstwa. Szczególna uwaga zostanie w tej części zwrócona na toczącą się przed Trybunałem sprawę *Gambia versus Myanmar*, ponieważ dowodzi ona nie tylko dostępności, ale i użyteczności środków prawnych służących zapobieganiu, powstrzymaniu i karaniu ludobójstwa, czyli ochronie interesu wspólnotowego, przez państwa bezpośrednio niedotknięte naruszeniem zakazu ludobójstwa.

II. O zobowiązaniu wszystkich państw do zapobiegania ludobójstwu, niezależnie od posiadanego statusu strony Konwencji z 1948 r., MTS miał okazję wypowiedzieć się po długiej, ponad 40-letniej przerwie od wydania opinii doradczej z 1951 r. Uczynił to w postępowaniach spornych. W wyroku z 1996 r. w sprawie *Application of the Convention on Genocide* podkreślił charakter *erga omnes* praw i zobowiązań zawartych w Konwencji o ludobójstwie, wobec czego obowiązek każdego państwa do zapobiegania i karania ludobójstwa nie jest – jak stwierdził – ograniczony przez Konwencję do terytorium jej państwa-strony⁷. W wyroku z 2006 r. w sprawie *Armed Activity* Trybunał powtórzył *dictum* o zobowiązaniu do zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa jako zobowiązaniu *erga omnes*. Co więcej, dokonał w nim kwalifikacji zakazu ludobójstwa jako normy peremptoryjnej (*ius cogens*) prawa międzynarodowego⁸. To w tym wyroku MTS po raz pierwszy aprobująco odniósł się w swym orzecznictwie do tej kategorii norm prawa międzynarodowego. Taki charakter zakazu ludobójstwa Trybunał potwierdził również

⁵ Konwencja o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (Dz. U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9); *United Nations, Treaty Series*, vol. 78, s. 277.

⁶ *Reservations to the Convention on Genocide...*, s. 15, 23–24. Trwałe znaczenie tego *dictum* w orzecznictwie MTS podkreśla choćby R. Higgins, *The International Court of Justice and Human Rights* [w:] *eadem, Themes and Theories*, Oxford 2009, s. 644.

⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) (Preliminary Objections), ICJ Reports 1996, s. 595, 616, § 31.

⁸ *Armed Activity on the Territory of the Congo (New Applications: 2002)* (Democratic Republic of Congo v. Rwanda) (Jurisdiction and Admissibility), ICJ Reports 2006, s. 6, 31, § 64.

w wyrokach z 2007 r.⁹ i 2015 r.¹⁰ dotyczących spraw opartych na Konwencji o ludobójstwie. Wyroki te, zwłaszcza ostatni z wymienionych, zwracają uwagę na kluczową dla ochrony przed ludobójstwem sprawę relacji między peremptoryjnymi normami prawa międzynarodowego a środkami prawnymi służącymi ich przestrzeganiu. Trybunał bowiem przypomniał i potwierdził w nich swoje stanowisko zajęte w wyroku z 1995 r. w sprawie *East Timor*. Zdaniem Trybunału, charakter *erga omnes* norm będących przedmiotem sporu i jego jurysdykcja oparta na zgodzie stron postępowania to dwie różne kwestie prawne¹¹. Dotyczy to również norm o charakterze *iuris cogentis*, takich jak zakaz ludobójstwa. W konsekwencji zarzut naruszenia tej normy będący przedmiotem sporu nie zwalnia go, podkreśla konsekwentnie Trybunał, z obowiązku zbadania, czy strony wyraziły zgodę na podanie mu sporu do rozpatrzenia. Zostało to szczególnie wyraźnie wyartykułowane w wyroku z 2006 r. w sprawie *Armed Activity*, w której aplikant opierał jurysdykcję na klauzulach sądowych ustanawiających obowiązkową jurysdykcję MTS zawartych w Konwencji o ludobójstwie (art. IX) i Konwencji o likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej¹² (art. 22). Trybunał stwierdził brak swej jurysdykcji do rozpatrzenia sporu ze względu na ważne złożone przez respondentę – Rwanę zastrzeżenia do wymienionych przepisów o jurysdykcji Trybunału¹³. Sprawa ta obrazuje złożoność egzekwowania odpowiedzialności za naruszenia norm peremptoryjnych. Choć normy te wiążą wszystkie państwa, niezależnie od reguły prawa traktatów *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, czyli niezależnie od ich wyrażnej zgody, to ochrona ucieleśnianych w nich wartości całej wspólnoty międzynarodowej i egzekwowanie odpowiedzialności za ich naruszenie przed sądami pozostaje zależna od woli i zgody państw. Rodzi to pytanie o dostępność środków prawnych służących ochronie tego interesu wspólnotowego, jakim jest zapobieganie i karanie zbrodni ludobójstwa wobec działań państw nieuznających za obowiązkową jurysdykcji MTS i niewyrażających zgody na jurysdykcję Trybunału w odniesieniu do konkretnych sporów. Problem ten to dobry przyczynek do rozważenia kwestii, kto, a w szczególności, czy tylko podmiot bezpośrednio dotknięty naruszeniem pozostaje uprawniony do podjęcia działań prawnych wobec państw naruszających peremptoryjną normę prawa międzynarodowego, jaką jest zakaz ludobójstwa.

Choć dyskusyjne jest, czy zgoda państw to wyłączna podstawa normatywnej ważności reguł imperatywnych prawa międzynarodowego, co sam MTS w kontekście zakazu ludobójstwa wydaje się podawać w wątpliwość, to wola i zgoda państw okazują się niezbędne dla skuteczności sądowej kontroli przestrzegania norm peremptoryjnych.

⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, s. 43, 104, § 147.

¹⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia), Judgment, ICJ Reports 2015, s. 3, 41, 42, § 85, 87.

¹¹ *East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ Reports 1995, s. 90, 102, § 29.

¹² Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 7 marca 1966 r. (Dz. U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187).

¹³ *Armed Activity on the Territory of the Congo (New Applications: 2002)* (Democratic Republic of Congo v. Rwanda) (Jurisdiction and Admissibility), ICJ Reports 2006, s. 6, 31–32, § 64; s. 51–52, § 125–126.

Tym samym pozycja państw, czy to działających kolektywnie w ramach określonego reżimu traktatowego, czy też indywidualnie, jest kluczowa dla ochrony interesów wspólnotowych, ponieważ państwa wciąż pozostają głównymi aktorami społeczności międzynarodowej jako społeczności prawnej. W zdecentralizowanym porządku prawnym, jakim jest prawo międzynarodowe, państwa są *volens nolens* skazane na rolę „strażników” interesów wspólnotowych. Taka ich rola wydaje się niejako naturalna¹⁴. To działania i zachowania państw są w związku z tym w pierwszym rzędzie odpowiedzialne za instytucjonalną sprawczość prawa międzynarodowego i tym samym za skuteczność ochrony dóbr ucieleśnianych w zobowiązaniach *erga omnes*, w tym tych wynikających z norm peremptoryjnych.

Dyspozycja art. 48 Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za działania zabronione¹⁵ to punkt zwrotny w rozwoju prawa międzynarodowego w omawianym kontekście. Przepis ten stanowi uzupełnienie art. 42 Artykułów, który traktuje o podnoszeniu odpowiedzialności przez państwo bezpośrednio dotknięte naruszeniem prawa i potwierdza jego uprawnienie do podjęcia działań, w tym *countermeasures*, służących ochronie jego interesów indywidualnych. To uprawnienie jest oparte na wzajemności rozumianej jako „stosunek wzajemny między dwoma lub większą liczbą państw, w ramach którego pewne zachowanie jednej strony w taki czy inny sposób zależne jest od zachowania innej strony”¹⁶. Tymczasem art. 48 Artykułów dotyczy podnoszenia odpowiedzialności przez państwo inne niż bezpośrednio dotknięte naruszeniem prawa, czyli w tym kontekście przez państwo trzecie. Odnosi się więc do problematyki wykraczającej poza sferę opartych na wzajemności bilateralnych relacji międzypaństwowych będących tradycyjnym podłożem międzynarodowych relacji prawnych¹⁷. Z tego względu niebezzasadnie przywołany artykuł uznawany jest nie tyle za kodyfikację prawa międzynarodowego, lecz za wyraz

¹⁴ Por. Ch.J. Tams, *Individual States as Guardians of Community Interests* [w:] *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, eds. U. Fastenrath et al., Oxford 2011, s. 379. Tams argumentuje, że prawo międzynarodowe ze względów pragmatycznych akceptuje taką pozycję państw. Dodajmy – tytułem komentarza – że ten pragmatyzm nie jest wynikiem wyboru, lecz raczej konsekwencją strukturalnych i systemowych uwarunkowań międzynarodowego porządku prawnego. Stąd właśnie bierze się „naturalność” roli państw w tym porządku.

¹⁵ *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001), „Yearbook of the International Law Commission” 2001, vol. II(2); UN Doc A/56/83; UN Doc A/56/49.

¹⁶ A. Paulus, *Whether Universal Values Can Prevail over Bilateralism and Reciprocity* [w:] *Realizing Utopia. The Future of International Law*, ed. A. Cassese, Oxford 2012, s. 92; *idem*, *Reciprocity Revisited* [w:] *From Bilateralism to Community Interest...*, s. 117–118. Paulus odwołuje się w tym względzie do poglądów B. Simmy. Zob. B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, „Recueil des Cours” 1994, vol. 250, s. 219–221.

¹⁷ J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility. Introduction. Text and Commentaries*, Cambridge 2002, s. 277; *idem*, *Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: An Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* [w:] *From Bilateralism to Community Interest...*, s. 224; *idem*, *Brownlie’s Principles of International Law*, 9th ed., Oxford 2019, s. 15; A.-L. Vauris-Chaumette, *The International Community as a Whole* [w:] *The Law of International Responsibility*, eds. J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, Oxford 2010, s. 1027. Por. jednak B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest...*, s. 248–249, który wskazuje na *bilateralist grounding* interesów wspólnotowych.

jego postępowego rozwoju prowadzącego do kształtowania się reguł prawa zwyczajowego¹⁸.

Bez prawa traktatowego reguły zwyczajowe, nawet te o charakterze peremptoryjnym, nie są jednak skutecznie chronione przed sądami międzynarodowymi. Dobrze obrazuje to właśnie zakaz ludobójstwa. Zdaniem MTS, ma on uzasadnienie pozatraktatowe, wobec czego wiąże nie tylko państwa-strony Konwencji o ludobójstwie i nie jest terytorialnie ograniczony do jej państw-stron. To państwa-strony mają jednak na mocy Konwencji szczególne uprawnienia i obowiązki dotyczące zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa. Po pierwsze, każda ze stron Konwencji może skorzystać na mocy art. VIII z uprawnienia zwrócenia się do organów ONZ, zwłaszcza do Rady Bezpieczeństwa ONZ (dalej: RB ONZ lub Rada), o podjęcie środków służących zapobieganiu i tłumieniu aktów ludobójstwa. Po drugie, szczególne obowiązki spoczywają na państwach będących członkami RB ONZ. Wydaje się, że członkowie tej instytucji i zarazem strony Konwencji mają obowiązek ochrony interesu wspólnotowego, jakim jest zapobieganie ludobójstwu dzięki decyzjom podejmowanym w ramach rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych¹⁹. Ich zaniechania w tym względzie, w szczególności korzystanie przez stałych członków Rady z tzw. prawa weta, trzeba kwalifikować wobec tego jako sprzeniewierzenie się temu obowiązkowi. To na RB ONZ spoczywa bowiem „główna odpowiedzialność za utrzymanie pokoju i bezpieczeństwa”, zaś akty ludobójstwa zagrażają pokojowi i często go naruszają. Problem tkwi jednak w braku instytucji, która mogłaby wyegzekwować ten obowiązek Rady i jej członków. Po trzecie wreszcie, art. IX Konwencji ustanawia ramy prawne do działań służących ochronie interesu wspólnotowego, jakim jest zapobieganie i karanie zbrodni ludobójstwa, ponieważ zapewnia on *ius standi* przed MTS państwom-stronom bezpośrednio nie dotkniętym aktami ludobójstwa. W kolejnej części artykułu mechanizm ten zostanie przedstawiony w świetle orzecznictwa MTS dotyczącego ludobójstwa, a zwłaszcza toczącej się przed nim sprawy Gambia versus Myanmar.

III. MTS w swoim orzecznictwie konsekwentnie podkreśla niezależność przedmiotu przedłożonych mu sporów i charakteru naruszeń prawa podnoszonych przez strony

¹⁸ Por. I. Scobbie, *Invocation de la responsabilité pour la violation d'obligations découlant de norms imperatives du droit international general* [w:] *Obligations multilaterals, droit impératif et responsabilité international des États*, ed. P.-M. Dupuy, Paris 2003, s. 136.

¹⁹ Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90). Podzielałam w tym zakresie zdanie A. Zimmermanna – *idem*, *The Security Council and the Obligation to Prevent Genocide and War Crimes*, „Polish Yearbook of International Law” 2012, vol. 32, s. 307, 312–315; *idem*, *The Obligation to Prevent Genocide: Towards a General Responsibility to Protect?* [w:] *From Bilateralism to Community Interest...*, s. 629, 638–645. Zob. też J.J. Heieck, *The Responsibility Not to Veto Revisited: How the Duty to Prevent Genocide as a Jus Cogens Norm Imposes a Legal Duty Not to Veto on the Five Permanent Members of the Security Council* [w:] *Beyond Responsibility to Protect: Generating Change in International Law*, eds. R. Barnes, V. Tzevelekos, London 2016, s. 103 oraz A. Peters, *The Responsibility to Protect: Spelling out the Hard Legal Consequences for the UN Security Council and its Member* [w:] *From Bilateralism to Community Interest...*, s. 297, 314–322.

od obowiązku zbadania podstawy jurysdykcji do ich rozstrzygnięcia, tzn. od zgody państw. Z obowiązku tego nie zwalnia go, zdaniem Trybunału, domniemane naruszenie norm imperatywnych, w tym zakazu ludobójstwa. Obok zgody państw jako podstawy jurysdykcji spornej Trybunału odrębnym zagadnieniem, a właściwie odrębną przeszkodą dla ochrony interesów wspólnotowych wynikających ze zobowiązań *erga omnes* są immunitet jurysdykcyjny państwa oraz immunitety personalne przedstawicieli państw. Wyraźnie pokazują to dwa wyroki. W orzeczeniu z 2002 r. w sprawie *Arrest Warrant* Trybunał wskazał na obowiązek respektowania przez każde państwo zwyczajowej reguły o pełnym immunitacie od jurysdykcji karnej przed sądami krajowymi urzędujących ministrów spraw zagranicznych bez względu na ciężar stawianych zarzutów, w tym naruszenia norm imperatywnych dotyczących ochrony praw człowieka²⁰. Z kolei immunitetu jurysdykcyjnego państwa dotyczył głośny wyrok z 2012 r. w sporze między Niemcami i Włochami. MTS stwierdził w nim naruszenie przez Włochy zwyczajowej reguły o pełnym immunitacie państwa w sprawach *iure imperii*. Trybunał odrzucił argumentację respondententa – Włoch, podnoszącą podporządkowanie reguły o immunitacie państwa normom peremptoryjnym o ochronie praw człowieka, czego konsekwencją jest, zdaniem respondententa, niemożność zastosowania tej pierwszej, jeśli prowadziłoby to do nieskuteczności norm peremptoryjnych. Według Trybunału, nie występuje jednak konflikt normatywny między normami peremptoryjnymi dotyczącymi ochrony praw człowieka a immunitetem jurysdykcyjnym państwa, ponieważ mają one odmienny charakter prawny: te pierwsze są normami materialnoprawnymi, podczas gdy druga ma charakter proceduralny²¹.

Wymienione przeszkody uniemożliwiające procedowanie w sprawach o domniemane naruszenia norm peremptoryjnych prawa międzynarodowego to tylko jedna, mniej przyjazna, strona obrazu ochrony interesów wspólnotowych przed MTS. Druga strona jest z pewnością bardziej przychylna tej ochronie. Jest nią orzecznictwo Trybunału opowiadające się za uprawnieniem państw bezpośrednio niedotkniętych naruszeniem norm imperatywnych do działań służących ich przestrzeganiu. Dotyczy to również ochrony przed ludobójstwem. Przed przedstawieniem toczącej się przed MTS sprawy *Gambia versus Myanmar*, która spektakularnie tego dowodzi, za wskazane wydaje się wspomnieć o innej sprawie – *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*²². Według opinii jednego ze znanych komentatorów, jest to „najbardziej »niepolityczna« i »prawnoczłowiecza« sprawa rozpatrzona przez MTS” i jednocześnie sprawa, której finał wydawał się mało prawdopodobny w świetle dotychczasowego

²⁰ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002, s. 3, 24, § 58. W wyroku Belgia została zobowiązana do wycofania nakazu aresztowania ministra spraw zagranicznych Konga. Inną konsekwencją wyroku była zmiana przez Belgię jej prawa dotyczącego jurysdykcji uniwersalnej.

²¹ *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, ICJ Reports 2012, s. 99, 142, § 95.

²² *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports 2012, s. 422.

orzecnictwa Trybunału²³. Sprawa ta potwierdza zdolność prawną państw do działań w ramach *actio popularis* w międzynarodowym porządku prawnym. MTS podkreślił uprawnienie aplikanta – Belgii jako strony Konwencji przeciwko torturom i innym formom poniżającego traktowania lub karania z 1984 r. do podniesienia odpowiedzialności respondententa – Senegal, z powodu niepodjęcia przez niego działań, do których był zobowiązany w świetle tej umowy, wobec przebywającego na jego terytorium byłego prezydenta Czadu oskarżanego o stosowanie tortur. Zakaz tortur Trybunał uznał za normę peremptoryjną. Po raz pierwszy w swoim orzecznictwie MTS odniósł się do obecnego w Artykułach Komisji Prawa Międzynarodowego z 2001 r. o odpowiedzialności państw za działania zabronione (art. 48) uprawnienia państwa bezpośrednio niedotkniętego naruszeniem zobowiązania wobec „wspólnoty międzynarodowej jako całości” do podniesienia odpowiedzialności państwa naruszającego takie zobowiązanie. Uznanie przez Trybunał tego uprawnienia za regułę prawa zwyczajowego i, w rezultacie, uznanie swojej właściwości do rozpatrzenia sporu wniesionego przez państwo bezpośrednio niedotknięte takim naruszeniem oraz rozstrzygnięcie co do jego istoty, czyli stwierdzenie naruszenia przez Senegal reguły *aut dedere, aut iudicare*, w związku z jego brakiem działań wobec oskarżonego o stosowanie tortur byłego prezydenta Czadu, pozwalają na ostrożny optymizm odnośnie do obecności i dalszego rozwoju w prawie międzynarodowym mechanizmów służących ochronie wspólnotowych interesów prawnych.

Optymizm ten umacnia tocząca się od 2019 r. przed Trybunałem sprawa dotycząca sporu między Gambią a Myanmarem rzeczowo i jurysdykcyjnie oparta na Konwencji o ludobójstwie. To nie jedyna sprawa procedowana obecnie przed MTS na podstawie tej umowy. Inną, opinii publicznej lepiej znaną sprawą w związku z napaścią zbrojną Rosji na Ukrainę jest spór między tymi państwami dotyczący publicznych oskarżeń przez Rosję o dokonanie przez Ukrainę aktów ludobójstwa oraz sprawa wszczęta 29 grudnia 2023 r. przez Republikę Południowej Afryki, w której powód zarzucił Izraelowi naruszenia Konwencji w Strefie Gazy. W wymienionych sprawach Trybunał na wnioski powodów zarządził już środki tymczasowe²⁴. Na uwagę zasługuje również najnowsza sprawa procedowana na podstawie Konwencji, tj. spór między Nikaraguą i Niemcami²⁵.

²³ B. Simma, *Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?* [w:] *The Development of International Law by the International Court of Justice*, eds. Ch.J. Tams, J. Sloan, Oxford 2013, s. 301, 313. Simma stwierdził: „[T]his is a human rights case which is almost too good to be true”.

²⁴ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, ICJ Reports 2020, 3; ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022, ICJ Reports 2022, 211; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip* (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order of 26 January 2024 (icj-cij.org), Order of 24 May 2024, 192-20240524-ord-01-00-en.pdf (icj-cij.org) [dostęp: 6.12.2024].

²⁵ Ostatnia z wymienionych spraw została zapoczątkowana 1 marca 2024 r. i znajduje się we wstępnej fazie postępowania. Trybunał w zarządzeniu z dnia 30 kwietnia 2024 r. odrzucił wnioski Nikaragui

W sporach *Gambia versus Myanmar* i *Ukraina versus Rosja* Trybunał nie tylko zarządził środki tymczasowe, ale i ustosunkował się do zarzutów wstępnych respondentów i w wyrokach orzekł o swojej jurysdykcji w sporach²⁶. Wymienione sprawy mają jeszcze jedną ważną cechę wspólną. Jest nią uczestnictwo w postępowaniach innych państw w charakterze interwenientów. Podstawę prawną, na którą powołały się państwa interweniujące, ustanawia Statut MTS. Jego art. 63 głosi: „Ilekcroć wchodzi w grę interpretacja konwencji, której stronami są państwa inne niż te, których dotyczy sprawa, Sekretarz natychmiast zawiadamia wszystkie te państwa. Każde państwo, które otrzymało takie zawiadomienie, ma prawo interwencji w postępowaniu; jeśli skorzysta z tego prawa, to interpretacja dana w wyroku jest dla niego również wiążąca”. W sporze *Ukraina versus Rosja* 33 państwa (Kanada i Niderlandy złożyły wspólną deklarację), a w sprawie *Gambia versus Myanmar* siedem państw (Malediwy i wspólna deklaracja Danii, Francji, Kanady, Niderlandów, Niemiec i Wielkiej Brytanii) przystąpiło na podstawie tego przepisu Statutu w tym charakterze do postępowań. Uczestnictwo w postępowaniach państw bezpośrednio niedotkniętych domniemanymi naruszeniami Konwencji o ludobójstwie może być interpretowane jako ich działanie w celu ochrony interesu wspólnotowego, jakim jest zapobieganie i karanie zbrodni ludobójstwa.

Między sądowym sporem pomiędzy Ukrainą i Rosją na podstawie Konwencji a sprawami wniesionymi przez Gambię i Republikę Południowej Afryki jest jednak w kontekście problematyki niniejszego artykułu znacząca różnica. O ile sprawę przeciwko Rosji na podstawie Konwencji o ludobójstwie wniosła Ukraina jako państwo działające w celu ochrony swojego indywidualnego interesu prawnego, o tyle postępowania przeciwko Myanmarowi i Izraelowi wszczęły państwa bezpośrednio niedotknięte domniemanym naruszeniem zakazu ludobójstwa. Z tego względu sprawy te zasługują na szczególną uwagę, ponieważ mają duże znaczenie dla umocowania *actio popularis* w międzynarodowym porządku prawnym. W związku z wydaniem przez MTS wyroku w kwestii zarzutów wstępnych w sporze *Gambia versus Myanmar* właśnie ta sprawa zostanie przedstawiona poniżej. Trybunał, rozpatrując zarzuty wstępne respondenta, miał okazję ustosunkować się w wyroku do kwestii *ius standi* w sądowej ochronie interesów wspólnotowych.

Gambia wniosła powództwo 11 listopada 2019 r. i oparła jurysdykcję Trybunału na art. IX Konwencji o ludobójstwie w zw. z art. 36(1) Statutu MTS. Zarzuty Gambii wobec

o zarządzenie środków tymczasowych, lecz jednocześnie nie zaakceptował wniosku Niemiec o skreślenie sprawy z listy. Zob. ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in Respect of the Occupied Palestinian Territory* (Nicaragua v. Germany), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 30 April 2024 (icj-cij.org). Należy jednak, tytułem komentarza, zauważyć, że skarga Nikaragui przeciwko Niemcom to przykład postępowania, które ze względu na swoje polityczne motywy może osłabiać, a nie wzmacniać rolę środków prawnych chroniących wspólnotowe interesy prawne.

²⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2022, s. 477; *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ukraine v. Russian Federation: 32 States Intervening), Preliminary Objections, Judgment of 2 February 2024, ICJ Reports 2024, <https://icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20240202-jud-01-00-en.pdf> [dostęp: 6.12.2024].

Myanmaru dotyczyły działań władz tego państwa od października 2016 r. w odniesieniu do członków społeczności Rohingya zamieszkującej prowincję Rakhine State w Myanmarze. Działania te, zdaniem aplikanta, wypełniały znamiona ludobójstwa w rozumieniu art. II Konwencji. W lipcu 2022 r. Trybunał ustosunkował się do zarzutów wstępnych respondentą²⁷. Myanmar w czterech podniesionych zarzutach kwestionował *ius standi* Gambii, i tym samym jurysdykcję Trybunału, oraz dopuszczalność skargi. Myanmar w związku z tym wniósł o stwierdzenie przez Trybunał braku jurysdykcji i/lub uznania skargi za niedopuszczalną. Gambia z kolei wniosła o oddalenie zarzutów wstępnych i o rozpatrzenie sprawy co do istoty. Cztery zarzuty Myanmaru dotyczyły następujących kwestii²⁸. W pierwszym zarzucie respondent kwestionował jurysdykcję Trybunału i, alternatywnie, niedopuszczalność skargi, ponieważ, jego zdaniem, „prawdziwym skarżącym” (*real applicant*) była nie Gambia, lecz Organizacja Współpracy Islamskiej. Zarzut drugi podważał dopuszczalność skargi ze względu na brak *locus standi* Gambii. Zarzut trzeci podnosił brak jurysdykcji Trybunału, względnie niedopuszczalność skargi, ze względu na zastrzeżenie złożone przez Myanmar do art. VIII Konwencji o ludobójstwie. Wreszcie zarzut czwarty kwestionował jurysdykcję Trybunału i, alternatywnie, niedopuszczalność skargi, z powodu braku sporu między stronami w czasie wystąpienia przez Gambię z powództwem. MTS, zgodnie ze swoim wcześniejszym orzecznictwem podnoszącym jego uprawnienie do rozpatrzenia zarzutów w innej kolejności niż porządek ich przedłożenia przez stronę pozwaną, ustosunkował się do nich, zaczynając od zarzutu pierwszego, następnie rozważył zarzuty czwarty i trzeci, a na końcu zajął się zarzutem drugim dotyczącym *locus standi* Gambii, co dla niniejszego artykułu jest szczególnie ważne.

Trybunał oddalił zarzut pierwszy, podkreślając, że to Gambia jako państwo członkowskie ONZ i strona Statutu MTS, a nie Organizacja Współpracy Islamskiej, jest stroną postępowania, zaś motywy stojące za wniesieniem powództwa nie wpływają na jurysdykcję Trybunału²⁹. To Gambia bowiem jako państwo działające we własnym imieniu wszczęła postępowanie; brak przy tym, zdaniem Trybunału, jakichkolwiek dowodów na nadużycie (*abuse*) prawa do sądu przez powoda, co mogłoby przesądzać o niedopuszczalności sprawy³⁰. W konsekwencji pierwszy zarzut wstępny został w całości oddalony przez Trybunał³¹. Zarzut drugi podnoszący brak sporu między stronami również został oddalony. Trybunał przypomniał tu definicję sporu daną przez Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie *Mavrommatis Palestine Concessions* (1924) i podkreślił, że dla ustalenia istnienia sporu znaczenie mają kwestie faktyczne i materialne (*substance*), czyli rozbieżność zdań, a nie formalne lub proceduralne³². Po analizie stanowisk i działań Gambii i Myanmaru na forum ZO ONZ w latach

²⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2022, s. 477.

²⁸ *Ibidem*, s. 491, § 32.

²⁹ *Ibidem*, s. 495, § 44.

³⁰ *Ibidem*, s. 497, § 49.

³¹ *Ibidem*, s. 497, § 50.

³² *Ibidem*, s. 502, § 63–64.

2018–2019 Trybunał skonstatował spór między nimi dotyczący interpretacji, stosowania i przestrzegania Konwencji o ludobójstwie w czasie wniesienia skargi i w całości oddalił zarzut czwarty³³. Zarzut trzeci był związany z zastrzeżeniem złożonym przez Myanmar, występujący wówczas pod nazwą Birma, do art. VIII Konwencji o ludobójstwie. Na mocy tego zastrzeżenia państwo to wyłączyło stosowanie wobec siebie tego artykułu, który upoważnia każdą ze stron Konwencji do wystąpienia z wnioskiem do miarodajnego (*competent*) organu ONZ o podjęcie przezeń działań mających na celu zapobiegnięcie lub powstrzymanie aktów ludobójstwa. Zdaniem Myanmaru, zastrzeżenie to wyłączyło właściwość MTS, jako organu głównego ONZ, do rozpatrzenia sporu. Trybunał zakwestionował to stanowisko. Dokonał interpretacji art. VIII Konwencji o ludobójstwie w świetle reguł interpretacji traktatów potwierdzonych w art. 31–33 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.³⁴ i stwierdził, że o ile interpretacja językowa art. VIII mogłaby odnosić się również do MTS, o tyle jego interpretacja w świetle przedmiotu i celu Konwencji o ludobójstwie prowadzi do odmiennego wniosku. Taka interpretacja art. VIII wskazuje, że dotyczy on działań o charakterze politycznym, a nie działań podnoszących kwestię odpowiedzialności prawnej („at the political level rather than as a matter of legal responsibility”)³⁵. Zdaniem Trybunału, wniosek ten potwierdza również interpretacja art. VIII w świetle jego kontekstu, zwłaszcza innych postanowień Konwencji na czele z art. IX ustanawiającym obowiązkową jurysdykcję Trybunału. Jurysdykcji tej nie dotyczy art. VIII, do którego Myanmar złożył zastrzeżenie, wobec czego MTS oddalił trzeci zarzut bez odniesienia się do jego treści³⁶.

Zarzut dotyczący *locus standi* Gambii rozpatrzony przez MTS jako ostatni, a przez Myanmar przedłożony jako zarzut drugi, jest szczególnie ważny dla ochrony interesów wspólnotowych w międzynarodowym porządku prawnym. Myanmar twierdził, że powództwo Gambii było niedopuszczalne ze względu na brak umocowania (*standing*) tego państwa do działań przed Trybunałem w tej sprawie. Zdaniem respondenta, Gambia nie była *injured State*, czyli państwem bezpośrednio dotkniętym przez akt międzynarodowo bezprawny i w związku z tym nie miała żadnego indywidualnego interesu prawnego w sprawie. Gambia zakwestionowała to stanowisko i podkreśliła wspólny interes (*common interest*) każdej ze stron Konwencji o ludobójstwie w jej przestrzeganiu. Naruszenie tego interesu, jej zdaniem, dotyka wobec tego wszystkie strony Konwencji. Trybunał, rozpatrując ten zarzut, oparł się w dużej mierze na swoim wcześniejszym orzecznictwie dotyczącym ludobójstwa. Przypomniał zdanie z opinii doradczej z 1951 r. podkreślające przynależność Konwencji o ludobójstwie do tych traktatów, których strony mają nie tyle własne interesy indywidualne, ile interes wspólny (*common interest*) będący *raison d'être* Konwencji. Tym interesem jest zapobieganie, powstrzymywanie i karanie ludobójstwa. Jest to zobowiązanie *erga omnes partes*,

³³ *Ibidem*, s. 507, § 77.

³⁴ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439).

³⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2022, s. 509–510, § 86–88.

³⁶ *Ibidem*, s. 511, § 91–92.

a w jego przestrzeganiu interes ma każda ze stron Konwencji³⁷. Ten wspólny interes upoważnia każdą ze stron, bez jakiegokolwiek różnicy, do podniesienia odpowiedzialności jakiegokolwiek innej strony za domniemane naruszenie zobowiązania *erga omnes partes*, w którym ucieleśniano jest interes wspólny. Do podjęcia działań w celu ochrony tego interesu nie jest więc wymagany żaden interes specjalny (*special interest*)³⁸. Spór do Trybunału może wobec tego wnieść na podstawie art. IX każde państwo-strona, lecz nie oznacza to, zdaniem MTS, że spór musi powstać tylko między stroną, której zarzucane jest naruszenie Konwencji, a państwem szczególnie dotkniętym (*specially affected*) domniemanym naruszeniem³⁹. W związku z tym fakt, że Bangladesz, na którego terytorium znalazło się wielu członków społeczności Rohingya, nie wystąpił z powództwem do Trybunału, nie pozbawia innych stron Konwencji uprawnienia do podejmowania działań w celu ochrony wspólnego interesu prawnego. Z tych względów Gambia posiada *locus standi* w sprawie. MTS przywołał tu raz jeszcze swoją charakterystykę Konwencji o ludobójstwie z opinii doradczej z 1951 r. Konwencja ta, twierdził MTS, została przyjęta z „czysto humanitarnego i cywilizacyjnego względu”, zaś jej celem jest z jednej strony ochrona istnienia różnych grup i społeczności ludzkich, a z drugiej strony potwierdzenie i wsparcie podstawowych zasad moralności⁴⁰.

To bez wątpienia bardzo wyraźne opowiedzenie się przez MTS za normatywnym znaczeniem interesów wspólnotowych w międzynarodowym porządku prawnym i jednocześnie za istnieniem środków prawnych służących ich sądowej ochronie. O tym, że kwestia *locus standi* w postępowaniach służących ochronie tych interesów wciąż jednak budzi wątpliwości, świadczy wynik głosowania w sprawie przedstawionych zarzutów wstępnych. Trzy pierwsze zarzuty Myanmaru zostały jednogłośnie odrzucone przez skład orzekający, podczas gdy ostatni z omówionych zarzutów został odrzucony przy jednym głosie przeciwnym – sędziego Xue. Takim stosunkiem głosów (15:1) Trybunał aprobująco wypowiedział się również w sprawie swojej jurysdykcji na podstawie art. IX Konwencji i dopuszczalności powództwa Gambii.

IV. Przedstawione w artykule analizy prowadzą do następujących wniosków. Ochrona ludzi przed rażącymi naruszeniami ich praw, w tym przed ludobójstwem, które Konwencja o ludobójstwie uznaje we wstępie za „odrażającą plagę” (*an odious scourge*), ma mocne, bo peremptoryjne, podstawy w prawie międzynarodowym. Normy chroniące ludzi przed ciężkimi naruszeniami ich praw podstawowych wynikają z ogólnych zasad prawa i zwyczaju, za czym przemawia orzecznictwo MTS dotyczące ludobójstwa. Prawo traktatowe ma tu znaczenie wtórne, czyli deklaratywne. Zwyczajowe prawo międzynarodowe, czego potwierdzenie znajdujemy w art. 48 Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za działania zabronione, uprawnia każde państwo do działań podnoszących odpowiedzialność państwa naruszającego

³⁷ *Ibidem*, s. 515–516, § 106–107.

³⁸ *Ibidem*, s. 516, § 108.

³⁹ *Ibidem*, s. 517, § 111.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 517–518, § 113. Zob. też opinię doradczą w sprawie *Reservations to the Genocide Convention*, s. 23.

normy, z których wynikają zobowiązania *erga omnes*. Przestrzeganie tych zobowiązań służy bowiem zabezpieczeniu interesów wspólnych wszystkich państw. Ich ochrona przed MTS jest jednak zależna od zgody stron sporu. To na niej bezwarunkowo oparta jest jurysdykcja Trybunału. W odniesieniu do sądowej ochrony najważniejszych interesów wspólnotowych, na czele z zapobieganiem i karaniem zbrodni ludobójstwa, przez państwa bezpośrednio niedotknięte ich naruszeniami kluczową rolę odgrywają przepisy traktatowe ustanawiające obowiązkową jurysdykcję sądu. Jeśli wejdą one w życie, wówczas każda ze stron takich traktatów nabywa uprawnienie, czyli *locus standi* do działań w ramach *actio popularis*, co MTS konsekwentnie podkreśla w ostatnich dwóch dekadach i co obrazuje tocząca się sprawa *Gambia versus Myanmar*.

Wymienione wyżej wnioski prowadzą do ogólniejszej konkluzji o skuteczności i, tym samym, o naturze prawa międzynarodowego. O ile peremptoryjne zakazy prawne chroniące ludzi przed ciężkimi naruszeniami ich praw, np. zakaz ludobójstwa, tortur czy niewolnictwa, wynikają z zasad niepisanego prawa międzynarodowego, o tyle prawo traktatowe okazuje się niezbędne dla zapewnienia tej ochronie skuteczności. Bez ustanowienia przez traktaty reguł proceduralnych oraz instytucji, przed którymi znajdują zastosowanie te reguły w celu ochrony ludzi przed bezprawnymi działaniami państw, skuteczność zakazów wiążących prawnie państwa, nawet zakazów o charakterze *iuris cogensis*, nie jest po prostu możliwa.

Literatura

- Crawford J., *Brownlie's Principles of International Law*, 9th ed., Oxford 2019.
- Crawford J., *Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: An Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [w:] From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, eds. U. Fastenrath et al., Oxford 2011.
- Crawford J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction. Text and Commentaries*, Cambridge 2002.
- Heieck J.J., *The Responsibility Not to Veto Revisited: How the Duty to Prevent Genocide as a Jus Cogens Norm Imposes a Legal Duty Not to Veto on the Five Permanent Members of the Security Council [w:] Beyond Responsibility to Protect: Generating Change in International Law*, eds. R. Barnes, V. Tzevelekos, London 2016.
- Higgins R., *The International Court of Justice and Human Rights [w:] eadem, Themes and Theories*, Oxford 2009.
- Paulus A., *Reciprocity Revisited [w:] From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, eds. U. Fastenrath et al., Oxford 2011.
- Paulus A., *Whether Universal Values Can Prevail over Bilateralism and Reciprocity [w:] Realizing Utopia. The Future of International Law*, ed. A. Cassese, Oxford 2012.
- Peters A., *The Responsibility to Protect: Spelling out the Hard Legal Consequences for the UN Security Council and its Member [w:] From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, eds. U. Fastenrath et al., Oxford 2011.

- Scobbie I., *Invocation de la responsabilité pour la violation d'obligations découlant de norms impératives du droit international general* [w:] *Obligations multilaterals, droit impératif et responsabilité international des États*, ed. P.-M. Dupuy, Paris 2003.
- Simma B., *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, „Recueil des Cours” 1994, vol. 250.
- Simma B., *Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?* [w:] *The Development of International Law by the International Court of Justice*, eds. Ch.J. Tams, J. Sloan, Oxford 2013.
- Tams Ch.J., *Individual States as Guardians of Community Interests* [w:] *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, eds. U. Fastenrath et al., Oxford 2011.
- Vaurs-Chaumette A.-L., *The International Community as a Whole* [w:] *The Law of International Responsibility*, eds. J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, Oxford 2010.
- Zimmermann A., *The Obligation to Prevent Genocide: Towards a General Responsibility to Protect?* [w:] *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, eds. U. Fastenrath et al., Oxford 2011.
- Zimmermann A., *The Security Council and the Obligation to Prevent Genocide and War Crimes*, „Polish Yearbook of International Law” 2012, vol. 32.

Streszczenie

Roman Kwiecień

Zakaz ludobójstwa jako wspólnotowy interes prawny i jego ochrona przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Barcelona Traction* dokonał ważnego odróżnienia zobowiązań państw wobec „wspólnoty międzynarodowej jako całości”, czyli zobowiązań *erga omnes*, od ich innych zobowiązań. W wyroku w tej sprawie ochronę ludzi przed ludobójstwem zaliczył do tej pierwszej grupy zobowiązań. Toczące się obecnie przed Trybunałem spory oparte na Konwencji o ludobójstwie z 1948 r. potwierdzają, że zapobieganie, powstrzymanie i karanie ludobójstwa to rzeczywisty interes wspólnotowy wszystkich państw. Na uwagę w tym kontekście zasługują spory wniesione przez państwa wprost nieposzkodowane domniemanymi naruszeniami zakazu ludobójstwa, zwłaszcza spór między Gambią i Myanmarem. Sprawy te skłaniają do rozważenia kwestii roli środków prawnych, w tym działań w ramach *actio popularis*, służących ochronie interesów wspólnotowych przed MTS. Artykuł analizuje tę kwestię i ocenia orzecznictwo Trybunału dotyczące ludobójstwa, w szczególności trwające postępowania w tych sprawach.

Słowa kluczowe: interesy wspólnotowe, ludobójstwo, Konwencja o ludobójstwie, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, zobowiązania *erga omnes*.

Summary

Roman Kwiecień

The Prohibition of Genocide as a Common Interest and its Protection before the International Court of Justice

In the *Barcelona Traction* case, the International Court of Justice made an “essential distinction” between the obligations of states towards “the international community as a whole”, or obligations *erga omnes*, and their other obligations. The Court then included the protection of persons from genocide among the former. Disputes currently pending before the Court under the 1948 Genocide Convention seem to confirm that preventing, suppressing, and punishing genocide is a real common interest of all states. Especially, cases brought by states not directly affected by an alleged violation of the prohibition of genocide, in particular, The Gambia *versus* Myanmar case, raise the question of the place and role of legal measures, including “public interest standing”, in the protection of common interests before the International Court of Justice. The paper addresses this question and comments on the Court’s decisions on genocide, especially in pending cases.

Keywords: common interests, genocide, Genocide Convention, International Court of Justice, obligations *erga omnes*.

Krzysztof Orzeszyna

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Polska

krzysztof.orzeszyna@kul.pl

ORCID: 0000-0003-0733-6028

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.10>

Prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się w Międzynarodowym Pakcie Praw Osobistych i Politycznych

Wprowadzenie

Idea społeczeństwa demokratycznego zakłada poszanowanie pluralizmu jako istotnego elementu jego funkcjonowania¹. Stąd zgromadzenia i zrzeszania, jako instytucje typu obywatelskiego, stanowią składnik demokratycznego państwa prawnego, ponieważ umożliwiają realizację innych praw człowieka i pełną partycypację osób w życiu społecznym i politycznym². Prawo do swobodnego zgromadzania się było przedmiotem wielu historycznie istotnych dla rozwoju prawa międzynarodowego praw człowieka regulacji. Ostateczny proces formułowania tego prawa zakończył się dopiero przeszło dekadę po 1948 r. Standard uniwersalny wolności zgromadzania się został zawarty w art. 20 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka³, uznającym, że każdy człowiek ma „prawo do wolności pokojowego zgromadzania się i zrzeszania”. Prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się (*right to freedom of peaceful assembly*) zostało

¹ K. Orzeszyna, *Spółeczeństwo obywatelskie w Unii Europejskiej*, „Teki Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie” 2009, nr 1, s. 101–102; K. Czyż, *Spółeczeństwo obywatelskie jako wyznacznik państwa demokratycznego*, „Zeszyty Naukowe Zakładu Europeistyki Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie” 2007, nr 1, s. 179.

² L. Hennebel, H. Tigroudja, *Traité des Droits de l'homme*, 2^e éd., Paris 2018, s. 1166.

³ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucją 217/III A w dniu 10 grudnia 1948 r. w Paryżu. A. Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain–Paris 1963, s. 191–198. Często w dokumentach oficjalnych używane jest sformułowanie „prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się i zrzeszania się”. Łącznikowy charakter zgromadzeń i zrzeszeń skutkuje tym, że czasem można się spotkać z poglądem, iż są to typowe prawa, a nie wolności. Trzeba jednak zauważyć, że między swobodą zgromadzenia się a swobodą zrzeszania się zachodzą zasadnicze różnice natury funkcjonalnej. O ile prawo swobodnego zgromadzania się jest najczęściej realizowane w kontekście możliwości urzeczywistnienia przez jednostkę swoich praw politycznych, zwłaszcza w formie tzw. prawa do protestu (*right to protest*), czyli praw właściwych dla I generacji praw człowieka, to prawo do swobodnego zrzeszania się w świetle dokumentów międzynarodowych najczęściej przywoływane jest w kontekście możliwości realizacji i obrony praw pracowniczych, czyli praw II generacji. K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, *Prawo międzynarodowe praw człowieka*, wyd. 2, Warszawa 2022, s. 348.

uznane w art. 21 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych⁴ jako prawo człowieka przysługujące każdej osobie. Skupia ono indywidualne wolności o charakterze pozytywnym. W polskiej wersji językowej zamiast „pokojowego zgromadzania się” użyto sformułowania „spokojnego zgromadzania się”. Należy jednak zauważyć, że po dyskusjach przeprowadzonych w ramach Komisji Praw Człowieka w Genewie nad projektem Paktu ostatecznie zdecydowano się przyjąć określenie „zgromadzenie pokojowe” jako będące mniej dwuznaczne niż określenie „zgromadzenie spokojne”⁵. Szczegółowe gwarancje swobodnego zgromadzania się przewidują również konwencje specjalne ONZ⁶. Prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się stanowi fundament demokracji, stając się formą pokojowego dialogu⁷.

1. Treść prawa do swobodnego, pokojowego zgromadzania się

Adam Łopátka prawo do pokojowego gromadzenia się ujmuje jako należące do światowej konstytucji praw człowieka⁸. Leszek Wiśniewski zwraca uwagę, że choć dla powstania prawa konieczne jest zaistnienie normy go kreującej (normatywnej), to w świetle uznania prawa do zgromadzeń źródłem tego prawa jest godność osobowa będąca podstawą każdego prawa człowieka⁹. Godność osobowa przysługuje każdej

⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167, zał.; dalej: MPPOiP lub Pakt). Prawo to stanowi przedmiot uznania w ramach instrumentów regionalnych: art. 11 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej: EKPCz), art. 15 Amerykańskiej konwencji praw człowieka, art. 11 Afrykańskiej karty praw człowieka i ludów, art. 12 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 389), a także w edycjach Wytycznych OBWE dotyczących wolności pokojowych zgromadzeń.

⁵ *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, dir. E. De-caux, Paris 2011, s. 476.

⁶ Np. w art. 15 Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

⁷ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) z dnia 2 października 2001 r. w sprawie *Stankov i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 29221/95 i 21225/51, HUDOC, § 97.

⁸ A. Łopátka, *Międzynarodowe prawo praw człowieka*. *Zarys*, Warszawa 1998, s. 63; *idem*, *Prawoznawstwo*, Warszawa 2000, s. 163.

⁹ L. Wiśniewski, *Pojęcie i konstrukcja prawna praw socjalnych* [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. *idem*, Warszawa 1997, s. 168; *idem*, *Zakres ochrony prawnej wolności człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń w praktyce* [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. *idem*, Warszawa 2006, s. 28 i 34; *idem*, *Wolność zgromadzeń w świetle prawa o zgromadzeniach*, PiP 1991, z. 4, s. 44–45; K. Orzeszyna, *Godność człowieka ludzką podstawą praw człowieka* [w:] *Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność*, red. R. Tabaszewski, Lublin 2013, s. 21; *idem*, *The Right to a Natural and Dignified Death*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2020, vol. 29, no. 4, s. 221, <https://journals.umcs.lublin.pl/article/view/10832> [dostęp: 15.04.2024]; *idem*, *Universalism of Human Rights: Notion of Global Consensus or Regional Idea*, „*Review of European and Comparative Law*” 2021, vol. 46, issue 3, s. 165–176.

jednostce, zaś prawa człowieka co do zasady mają charakter indywidualny¹⁰, co znajduje również swoje uzasadnienie w ich powszechności¹¹. Osoby jako podmioty przysługujących im z osobna praw człowieka mogą podejmować działania z innymi, aby realizować wspólne dla legitymowanych interesy i cele¹². Godność osobowa jest także źródłem praw wykonywanych kolektywnie, do których zaliczamy również prawo do zgromadzeń.

Zakres podmiotowy prawa do swobodnego zgromadzania się został określony wyjątkowo szeroko. Przysługuje ono każdemu¹³ do celowego i czasowego gromadzenia się w określonym celu, bez względu na przyznane i uznane przez władze krajowe prawa polityczne, otrzymane obywatelstwo¹⁴. Należy zauważyć, że art. 21 Paktu nie zawiera żadnych wyłączeń w zakresie jego aplikacji, stąd należy go stosować w związku z klauzulą antydyskryminacyjną. Zatem również cudzoziemcy korzystają z jego ochrony. Komitet Praw Człowieka (dalej: KPC lub Komitet) stwierdził, że różnicowanie według kryterium narodowości w korzystaniu z prawa do zgromadzania się nie może być przyjmowane *a priori* i musi być usprawiedliwione¹⁵. Zatem prawa tego nie determinują nawet przyznane zdolności publicznoprawne i cywilnoprawne. Przez użycie kwantyfikatora „każdy” zakresem tego prawa objęto nie tylko jednostki jako osoby fizyczne, lecz przyznano je także innym podmiotom prawa¹⁶.

Z racji specyfiki treści substancji podlegającej ochronie ich treścią jest prawo jednostki do „swobodnego” realizowania uprawnienia zgromadzania się w wymiarze kolektywnym, w warunkach całkowitej dobrowolności i braku jakiegokolwiek przymusu narzucanego przez państwo i jego aparat. Swobodne, pokojowe zgromadzanie się jest narzędziem, którym posługuje się społeczeństwo, aby zwrócić uwagę opinii publicznej na konkretną problematykę czy też, aby wywrzeć wpływ na władze¹⁷. Komponent kolektywny wolności wyraża się w konieczności realizacji tego prawa do zgromadzania się nie w pojedynkę, ale w społeczeństwie. Do zaistnienia zgromadzenia wymaga jest większa liczba osób, ponieważ zgromadzenie jest zrzeszeniem (zgrupowaniem) składającym się co najmniej z dwóch, trzech osób¹⁸, które chcą się spotkać, aby pu-

¹⁰ C. Mik, *Zbiorowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1992, s. 194.

¹¹ A. Kalisz, *Prawa kolektywne na tle krytycznego ujęcia praw człowieka* [w:] *Prawa człowieka. Współczesne zjawiska, wyzwania, zagrożenia*, t. 1, red. eadem, Sosnowiec 2015, s. 29.

¹² A. Wróbel, *Komentarz do art. 11 [w:] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. 1, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 651.

¹³ M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd ed., Kehl am Rhein 2005, s. 484.

¹⁴ Np. w art. 16 EKPCz umożliwiono władzom krajowym ograniczenie korzystania z tego prawa przez cudzoziemców.

¹⁵ Uwagi końcowe KPC z dnia 24 lipca 2001 r., Monako, CCPR/CO/72/MCO, § 17.

¹⁶ K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, *Prawo międzynarodowe praw człowieka...*, s. 350–351.

¹⁷ M.A. Nowicki, *Zgromadzenia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – zarys najważniejszych zagadnień*, „Kwartalnik o Prawach Człowieka” 2016, nr 3–4, s. 11–12.

¹⁸ Decyzja KPC z dnia 10 sierpnia 2006 r. w sprawie *Coleman przeciwko Australii*, Komunikat nr 1157/2003; S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 3rd ed., Oxford 2013, s. 646.

blicznie lub prywatnie realizować cele kulturalne, polityczne, ekonomiczne czy społeczne. Utworzenie zgromadzenia wymaga współpracy pomiędzy co najmniej dwiema osobami, które niezależnie od siebie posiadają prawo do zgromadzania się wspólnie z innymi¹⁹. Zatem podstawowym elementem zgromadzenia jest wielość podmiotów chcących wspólnie realizować to prawo, stąd korzystanie z tego prawa przez jedną osobę nie jest możliwe. Prawo do pokojowego zgromadzania się istnieje jako prawo indywidualne, natomiast jest ono ograniczone koniecznością jego realizacji w grupie. Prawo to przysługuje każdemu, nawet gdy istnieje ryzyko wystąpienia kontrmanifestacji lub prawdopodobieństwo wystąpienia zamieszek²⁰. Z ochrony prawnej korzystają jedynie pokojowe zgromadzenia. Zamieszki i burdy, w czasie których zgromadzeni dla realizacji swojego celu przewidują użycie przemocy, są zakazane. Zgromadzenie w celu realizacji nieposłuszeństwa obywatelskiego korzysta z ochrony wyłącznie, jeśli jego realizacja odbywa się metodami pokojowymi²¹. W celu wykonywania przynależnego jednostce prawa do zgromadzania się musi ona wejść w skład podmiotu zgromadzenia powołanego wyłącznie, aby chronić interesy wchodzących w jego skład jednostek, to zaś rodzi konieczność samoograniczenia się jednostki polegającą na współdziałaniu z innymi osobami w przeprowadzaniu zgromadzenia.

Prawo do swobodnego zgromadzania się, z uwagi na zawieranie w sobie elementu swobodności, umożliwia dołączenie przez jednostkę do istniejącego już kolektywu zgromadzenia. Ochrona udzielana każdemu człowiekowi przez to prawo rozpościera się zarówno na osoby pierwotnie tworzące zgromadzenie, jak i na jednostki włączające się do niego na dowolnym jego etapie²². Prawo człowieka do pokojowych zgromadzeń wyposażone w przymiot swobodności wymaga nie tylko umożliwienia zaistnienia tej formy zbiorowości ludzkiej, ale także dobrowolnego przyłączenia się do zgromadzenia oraz rezygnacji i odłączenia się od kolektywu²³. Szczególnej ochronie powinny podlegać zgromadzenia dotyczące sprzeciwu wobec prowadzonej przez władze krajowe polityki i ją podważające²⁴.

Przedmiotem prawa do swobodnego zgromadzania ustanowiono swobodę jednostek do pokojowego łączenia się w grupy i w ten sposób wspólnego przez nie wyrażania, promowania, rozpowszechniania i obrony swoich przekonań. Prawo to obejmuje zatem dobrowolne tworzenie, dołączanie się, rozwiązywanie zgromadzeń, a także korzystanie z owoców takich zgromadzeń. W żadnym przypadku treści tego prawa nie

¹⁹ K. Teppunkoonngam, *Assessment of the Public Assembly Act B.E. 2558(2015) through International Human Right Standards*, „CPG Online Magazine” 2015, no. 5, s. 15.

²⁰ Wyrok ETPCz z dnia 6 marca 2007 r. w sprawie *Çiloğlu i inni przeciwko Turcji*, skarga nr 73333/01, HUDOC.

²¹ K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, *International Human Rights Law*, Warszawa 2023, s. 328–330.

²² Wyrok ETPCz z dnia 7 października 2008 r. w sprawie *Éva Molnár przeciwko Węgrom*, skarga nr 10346/05, HUDOC, § 42.

²³ Wyroki ETPCz: z dnia 19 stycznia 2010 r. w sprawie *Nisbet Özdemir przeciwko Turcji*, skarga nr 23143/04, HUDOC, § 40 oraz z dnia 4 grudnia 2014 r. w sprawie *Navalny i Yashin przeciwko Rosji*, skarga nr 76204/11, HUDOC, § 12.

²⁴ K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, *Prawo międzynarodowe praw człowieka...*, s. 350.

można traktować w sposób restrykcyjny²⁵. W ramach art. 21 MPPOiP ochronie podlegają zgromadzenia o bardzo różnych celach i sposobach ich realizacji. Jednak Manfred Nowak uważa, że niektóre zgromadzenia są chronione na podstawie innych przepisów²⁶, wobec czego art. 21 może mieć na celu ochronę zgromadzeń, które nie zostały objęte innymi przepisami. Nowak sugeruje więc, aby art. 21 odnosić do zgromadzeń, które są wyrazem prowadzonych dyskusji i głoszonych idei²⁷. Interpretacja, aby przypisać art. 21 Paktu funkcję ochrony częściowej, byłaby więc błędna i niezgodna z kierunkiem przyjętym przez Komitet Praw Człowieka. Zatem również manifestacje mające charakter kulturalny, artystyczny czy przeglądowy nie mogą być wykluczone *a priori* z ochrony w ramach art. 21 MPPOiP.

Zgromadzenia występują w wielu odmianach: mogą odbywać się w zamkniętych pomieszczeniach bądź na wolnym powietrzu; mogą odbywać się w przestrzeni publicznej lub w miejscach prywatnych; mogą mieć charakter statyczny; mogą mieć charakter dynamiczny, przyjmując postać marszów, manifestacji, parad czy pochodów. Ochronie nie podlegają „przypadkowe zbiegowiska”, ale tylko te, które służą założonej przez ich uczestników idei. Prawo do swobodnego zgromadzania się obejmuje swobodę treści niesionej przez zgromadzenie, konieczne jest zatem posiadanie przez ten kolektyw określonego przekazu²⁸.

Określenie przyjęte w pierwszym zdaniu art. 21 MPPOiP nie pozostaje bez znaczenia. Z jednej strony zostało przywołane określenie „manifestacja”, z drugiej zaś wymagania dotyczące pokojowego zgromadzania się. W Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, jak i w Międzynarodowym Pakcie Praw Osobistych i Politycznych zostało użyte jako preferowane określenie „zgromadzenie” zamiast „manifestacja”. Nie oznacza to jednak, że prawo do manifestowania nie zostało uznane. Pierwsze prace i projekty Paktu, jeszcze przed przyjęciem Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, proponowały przyjęcie określenia „pokojowe zgromadzenie”. Natomiast idea zawarta w tych propozycjach faktycznie dotyczyła wolności manifestowania²⁹. Dyskusje w związku z tym zagadnieniem wskazywały na wyraźny brak zgody w tym zakresie. W 1948 r. rząd Niderlandów sugerował, że prawo do zgromadzania się nie obejmuje prawa do organizowania orszaków i procesji religijnych w miejscach publicznych. W 1949 r., w trakcie

²⁵ Wyrok ETPCz z dnia 20 lutego 2003 r. w sprawie *Djavit An przeciwko Turcji*, skarga nr 20652/92, HUDOC.

²⁶ Inne przepisy MPPOiP chronią wykonywanie prawa do swobodnego zgromadzania się w ramach innych dokładnie określonych przepisów we własnych obszarach: art. 17 dotyczący spotkań prywatnych lub w ramach rodziny, art. 18 odnoszący się do różnych celebracji i procesji religijnych, art. 22 dotyczący spotkań w ramach wykonywania wolności stowarzyszania się oraz art. 25 dotyczący zgromadzenia w ramach prowadzonych kampanii przez partie polityczne. Również w tym kontekście może zostać przytoczony art. 27 Paktu gwarantujący prawa osób przynależących do mniejszości; chodzi o zgromadzenia dotyczące natury kulturalnej czy religijnej.

²⁷ M. Nowak, *UN Covenant...*, s. 485.

²⁸ A. Wiśniewski, *Wolność zrzeszania się i zgromadzeń* [w:] *Leksykon ochrony praw człowieka. 100 podstawowych pojęć*, red. M. Balcerzak, S. Sykuna, Warszawa 2010, s. 525.

²⁹ Sprawozdanie KPC z 1947 r., E/600, 1947, aneks B, Project de Pacte international relatif aux droits de l'homme, art. 18, s. 37; sprawozdanie Komitetu Redakcyjnego KPC, E/CN4/21 z dnia 1 stycznia 1947, aneks B, art. 15, s. 18.

głosowania na piątej sesji Komisji Praw Człowieka określenie „prawo do manifestowania” zostało odrzucone. Przyjęto sformułowanie „ogólne prawo do zgromadzania się”, które stanowi wolność zgromadzeń i spotkań, orszaków i manifestacji na drogach publicznych. Komitet Praw Człowieka wielokrotnie odwołuje się do „zgromadzeń i manifestacji publicznych” na bazie art. 21 Paktu. Prawdą jest, że Komitet wzywa niektóre państwa do poszanowania prawa każdego do pokojowego uczestnictwa w społecznych manifestacjach protestacyjnych. To częstsze odwoływanie się KPC do prawa do manifestowania, a nie do prawa do zgromadzania się wskazuje na większe koncentrowanie uwagi Komitetu na poważnych nadużyciach dotyczących chociażby prawa do życia, wolności, bezpieczeństwa i integralności fizycznej niż dotyczących nadużycia prawa do zgromadzania się³⁰.

Wraz z rozwojem technologicznym i postępem cywilizacyjnym prawo człowieka do swobodnego, pokojowego zgromadzania się może być realizowane za pomocą Internetu, gdzie osoby mogą w sposób kolektywny prezentować swoje poglądy³¹. Wykonywanie tego prawa człowieka umożliwia jego uniwersalność i niepodzielność. Pomimo tego, że Internet w aktualnej dobie stał się dla obywateli podstawowym medium do budowania społeczeństwa obywatelskiego i ochrony demokracji w formie swobodnych, pokojowych zgromadzeń, to jednak standardy międzynarodowe prawno-człowiecze, wykazujące limitację prawa człowieka do swobodnego, pokojowego zgromadzania się nie przystają do realiów jego wykonywania za pośrednictwem Internetu.

2. Pokojowy charakter swobodnego zgromadzania się

Prawo międzynarodowe praw człowieka swoim zakresem ochrony obejmuje jedynie zgromadzenia pokojowe. Zgodnie z art. 21 Paktu zgromadzenia, które podlegają ochronie, muszą być pokojowe. Jest tu zawarte stałe ograniczenie w prawie, które nie jest wprowadzone w formie wyjątków w ramach systemu restrykcji, ale jest zawarte w samej istocie tego prawa³². Pokojowe zgromadzanie się musi się odnosić do przedmiotowego celu, organizacji i przebiegu. Polega ono przede wszystkim na niestosowaniu przemocy we wszystkich możliwych formach, szczególnie przemocy z użyciem broni. Chodzi zatem o zgromadzenie, które nie zagraża pokojowi i bezpieczeństwu

³⁰ *Le Pacte international...*, s. 475.

³¹ Warto w tym miejscu odnotować stanowisko Komitetu Ministrów Rady Europy z 2014 r. wyrażone w rekomendacji wzywającej państwa członkowskie Rady Europy do ochrony prawa i wolności człowieka w Internecie. Komitet Ministrów wskazał, że Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz inne dokumenty powinny dotyczyć możliwości wykonywania m.in. prawa do zgromadzeń. Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to Member States on a Guide to Human Rights for Internet users (Adopted by the Committee of Ministers on 16 April 2014 at the 1197th meeting of the Ministers' Deputies).

³² S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant...*, s. 646.

publicznemu³³. Zdaniem M. Nowaka, państwa w art. 21 Paktu zobowiązały się do ochrony pokojowego charakteru zgromadzeń, szczególnie przeciwko prowokacjom ze strony policji i innych osób³⁴. W trakcie prac przygotowawczych niektóre państwa socjalistyczne domagały się uznania zgromadzania się „w interesie demokracji”. Propozycja sowiecka została odrzucona, natomiast podkreślono, że w sytuacji, gdyby jakaś grupa zagrażała porządkowi publicznemu, możliwe będzie zastosowanie ustaw, które będą chronić porządek publiczny, bezpieczeństwo państwowe czy prawa i wolności innych³⁵.

Ocena, a w konsekwencji klasyfikacja zgromadzenia jako pokojowego należy do organów krajowych. Komitet Praw Człowieka potwierdził obowiązek państw do ochrony zgromadzeń, co w praktyce oznacza wykluczenie możliwości ingerencji w wykonywanie tego prawa³⁶. Władze krajowe, w celu zapewnienia istoty swobody zgromadzeń, muszą się powstrzymać od bezprawnej ingerencji w istotę dobrowolnego charakteru zgromadzenia, prób jego niweczenia lub utrudniania. Aby umożliwić pełną realizację tego prawa, muszą jednak zachowywać się w sposób aktywny, powinny zapewnić odpowiednie środki o charakterze ustawowym i administracyjnym, w tym procedurę zwoływania, rejestracji i rozwiązywania zgromadzeń³⁷. Incydentalne zachowania uczestników zgromadzenia, które nie mają charakteru pokojowego, automatycznie nie powodują utraty jego ochrony³⁸. W dalszym ciągu zgromadzenie pozostaje pokojowym, z uwagi na indywidualność tego prawa człowieka³⁹. W przypadku zaistnienia kontrmanifestacji władze mają obowiązek utrzymania pokojowego charakteru obu zgromadzeń. Państwo posiada kompetencję użycia siły, w tym użycia adekwatnych środków (przede wszystkim o charakterze technicznym, jak np. barierek zaporowych, psów służbowych, a dopiero w dalszej kolejności środków przymusu bezpośredniego), aby zapanować nad agresywnymi uczestnikami manifestacji dla zapewnienia bezpieczeństwa osób postronnych. Naruszeniem będzie też zagłuszanie i złośliwe przeszkadzanie w realizacji zgromadzeń, w tym przez ofensywne zachowania uczestników kontrmanifestacji (agresja fizyczna, w tym przez używanie broni i niebezpiecznych przedmiotów)⁴⁰.

³³ A. Goldberg, *Rights for a democratic age? The development of freedom of assembly and association* [w:] *Contemporary Human Rights Challenges: The Universal Declaration of Human Rights and its Continuing Relevance*, eds. C. Ferstman, A. Goldberg, T. Gray, L. Ison, R. Nathan, M. Newman, New York 2019, s. 165.

³⁴ *Nowak's CCPR Commentary*, 3rd revised ed. by W.A. Schabas, N.P. Engel, Kehl 2019, s. 599–600.

³⁵ *Le Pacte international...*, s. 475–476.

³⁶ Uwagi końcowe KPC z dnia 28 października 2005 r., Kanada, CCPR/C/CN/CO/5, § 20.

³⁷ K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, *Prawo międzynarodowe praw człowieka...*, s. 351.

³⁸ Decyzja KPC z dnia 16 lipca 1980 r. w sprawie *Christians przeciwko rasizmowi i faszyzmowi*, skarga nr 8440/78, DR 21/138.

³⁹ P. van Dijk, G.J.H. van Hoff, *Theory and Practise of the European Convention on Human Rights*, Haga 1999, s. 589.

⁴⁰ K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, *Prawo międzynarodowe praw człowieka...*, s. 351.

3. Zakres i granica ograniczenia prawa do swobodnego, pokojowego zgromadzania się

Charakter indywidualny i kolektywny oraz istota prawa do swobodnego, pokojowego zgromadzania się wyznacza zakres i granicę jego ograniczeń. Choć zapewnienie i ochrona zgromadzeń należy do obowiązków państwa, niemniej nie ma ona charakteru bezwzględnego, ponieważ prawa do swobodnego zgromadzania się i zrzeszania mogą podlegać derogacji. Dopuszczalna jest również limitacja tego prawa, stąd też jego treść nie ma charakteru absolutnego. Swoboda zgromadzania się podlega licznym ograniczeniom, zwłaszcza w razie wprowadzenia stanu nadzwyczajnego. Artykuł 12 ust. 2 MPPOiP precyzuje, że na wykonywanie tego prawa nie mogą być nałożone ograniczenia inne niż ustalone zgodnie z ustawą i konieczne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, porządku publicznego bądź dla ochrony zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych osób⁴¹.

Ponadto niektóre z państw sygnatariuszy Paktu przyjmują system restrykcji dotyczących prawa do pokojowego zgromadzania się w postaci notyfikacji lub zezwoleń. Zdaniem Komitetu Praw Człowieka system notyfikacji lub zezwoleń może być kompatybilny z art. 21 MPPOiP. Jednak Komitet zwraca uwagę na specyfikację sposobów notyfikacji, które w każdym przypadku sprawiają, że system notyfikacji jest akceptowalny⁴². Natomiast system zezwoleń, z racji tego, iż jest bardziej restrykcyjny, w praktyce Komitetu wydaje się być mniej akceptowalny⁴³.

Przywołany przepis nie stanowi przeszkody w nakładaniu zgodnych z prawem ograniczeń w korzystaniu z tych praw przez członków sił zbrojnych, policji lub administracji państwowej, którzy jako podmioty jednocześnie uprawnione i zobowiązane w pierwszej kolejności mają obowiązek w stosunku do ewentualnych napięć zachować daleko idącą neutralność⁴⁴. W art. 21 Paktu w zdaniu drugim zostało użyte sformułowanie mające znaczenie bardziej ochronne, ponieważ na państwa został nałożony obowiązek legitymizowania ograniczenia w wykonywaniu tego prawa przez członków sił zbrojnych, policji i administracji publicznej⁴⁵.

⁴¹ A. Wiśniewski, *Wolność zrzeszania się i zgromadzeń...*, s. 526; K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, *International Human Rights Law...*, s. 330–331.

⁴² Decyzja KPC dnia 31 marca 1994 r. w sprawie *Kivenna przeciwko Finlandii*, skarga nr 412/1990, § 9(2).

⁴³ Uwagi końcowe KPC z dnia 23 lipca 2001 r., *Newerland (Antilles przeciwko Niderlandom)*, CCPR/CO/72/NET, § 20; A. Gliszczyńska-Grabias, L. Wiśniewski, *Wolność zgromadzeń [w:] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (osobistych) i Politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 528–529.

⁴⁴ K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, *Prawo międzynarodowe praw człowieka...*, s. 351–352.

⁴⁵ W Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (art. 20) i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 11) wolność zgromadzania się i wolność stowarzyszania się zostały zawarte w jednym artykule. Zostało również doprecyzowane, że mogą zostać wprowadzone legalne ograniczenia w wykonywaniu tych praw przez siły zbrojne, policję i administrację państwową. Oddzielne usytuowanie tych praw

Wnioski

Źródłem prawa do swobodnego, pokojowego zgromadzania się jest godność osobowa każdego człowieka. Prawo to ma charakter indywidualny, ale jest realizowane w wymiarze kolektywnym. Stanowi ono fundament demokracji, będąc formą pokojowego dialogu. Prawo to jest wyposażone w przymiot swobodności, dlatego wymaga nie tylko umożliwienia zaistnienia tej formy zbiorowości, lecz również dobrowolności przyłączenia do niej, ale również rezygnacji i odłączenia od niej. W związku z rozwojem technologicznym konieczna wydaje się standaryzacja tego prawa na poziomie uniwersalnym dostosowująca korzystanie z niego do realiów w Internecie.

Literatura

- Czyż K., *Spółczesność obywatelska jako wyznacznik państwa demokratycznego*, „Zeszyty Naukowe Zakładu Europeistyki Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie” 2007, nr 1.
- van Dijk P., van Hoff G.J.H., *Theory and Practise of the European Convention on Human Rights*, Haga 1999.
- Gliszczyńska-Grabias A., Wiśniewski L., *Wolność zgromadzeń [w:] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (osobistych) i Politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012.
- Goldberg A., *Rights for a democratic age? The development of freedom of assembly and association [w:] Contemporary Human Rights Challenges: The Universal Declaration of Human Rights and its Continuing Relevance*, eds. C. Ferstman, A. Goldberg, T. Gray, L. Ison, R. Nathan, M. Newman, New York 2019.
- Hennebel L., Tigroudja H., *Traité des Droits de l'homme*, 2^e éd., Paris 2018.
- Joseph S., Castan M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 3rd ed., Oxford 2013.
- Kalisz A., *Prawa kolektywne na tle krytycznego ujęcia praw człowieka [w:] Prawa człowieka. Współczesne zjawiska, wyzwania, zagrożenia*, t. 1, red. eadem, Sosnowiec 2015.
- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, dir. E. Decaux, Paris 2011.
- Łopatka A., *Międzynarodowe prawo praw człowieka. Zarys*, Warszawa 1998.
- Łopatka A., *Prawoznawstwo*, Warszawa 2000.
- Mik C., *Zbiorowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1992.
- Nowak M., *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd ed., Kehl am Rhein 2005.
- Nowak's CCPR Commentary*, 3rd revised ed. by W.A. Schabas, N.P. Engel, Kehl 2019.
- Nowicki M.A., *Zgromadzenia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – zarys najważniejszych zagadnień*, „Kwartalnik o Prawach Człowieka” 2016, nr 3–4.
- Orzeszyna K., *Godność człowieka ludzką podstawą praw człowieka [w:] Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność*, red. R. Tabaszewski, Lublin 2013.

w Pakcie (art. 21 – prawo do zgromadzania się, art. 22 – prawo do stowarzyszania się) powoduje, że tylko przepis dotyczący prawa do stowarzyszania się zawiera możliwość takiego ograniczenia.

- Orzeszyna K., *Spółczesność obywatelskie w Unii Europejskiej*, „Teki Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie” 2009, nr 1.
- Orzeszyna K., *The Right to a Natural and Dignified Death*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2020, vol. 29, no. 4, <https://journals.umcs.pl/sil/article/view/10832>.
- Orzeszyna K., *Universalism of Human Rights: Notion of Global Consensus or Regional Idea*, „Review of European and Comparative Law” 2021, vol. 46, issue 3.
- Orzeszyna K., Skwarzyński M., Tabaszewski R., *International Human Rights Law*, Warszawa 2023.
- Orzeszyna K., Skwarzyński M., Tabaszewski R., *Prawo międzynarodowe praw człowieka*, wyd. 2, Warszawa 2022.
- Teppunkoonngam K., *Assessment of the Public Assembly Act B.E. 2558(2015) through International Human Right Standards*, „CPG Online Magazine” 2015, no. 5.
- Verdoodt V., *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain-Paris 1963.
- Wiśniewski A., *Wolność zrzeszania się i zgromadzeń* [w:] *Leksykon ochrony praw człowieka. 100 podstawowych pojęć*, red. M. Balcerzak, S. Sykuna, Warszawa 2010.
- Wiśniewski L., *Pojęcie i konstrukcja prawna praw socjalnych* [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. idem, Warszawa 1997.
- Wiśniewski L., *Wolność zgromadzeń w świetle prawa o zgromadzeniach*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 4.
- Wiśniewski L., *Zakres ochrony prawnej wolności człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń w praktyce* [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. idem, Warszawa 2006.
- Wróbel A., *Komentarz do art. 11 [w:] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. 1, red. L. Garlicki, Warszawa 2010.

Streszczenie

Krzysztof Orzeszyna

Prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się w Międzynarodowym Pakcie Praw Osobistych i Politycznych

Przedmiotem refleksji w niniejszym artykule jest prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się w Międzynarodowym Pakcie Praw Osobistych i Politycznych. Idea społeczeństwa demokratycznego zakłada poszanowanie pluralizmu jako istotnego elementu jego funkcjonowania. Zgromadzenia, jako instytucje typu obywatelskiego, stanowią istotny składnik demokratycznego państwa prawnego. Prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się zawarte w art. 21 Paktu należy do światowego kanonu praw człowieka, a jego źródłem jest osobowa godność człowieka. Godność osobowa przysługuje każdej jednostce, zaś prawa człowieka co do zasady mają charakter indywidualny, natomiast komponent kolektywności wyraża się w konieczności realizacji tego prawa w grupie. Prawo to wyposażone w przymiot swobodności wymaga nie tylko umożliwienia zaistnienia tej formy zbiorowości ludzkiej, ale także dobrowolnego przyłączenia się do zgromadzenia oraz rezygnacji i odłączenia od kolektywu. Wraz z rozwojem technologicznym i postępowaniem cywilizacyjnym prawo człowieka do swobodnego, pokojowego zgromadzania się może być realizowane za pomocą Internetu, gdzie osoby mogą w sposób ko-

lektywny prezentować swoje poglądy. Pomimo tego, że Internet jest podstawowym medium do budowania społeczeństwa obywatelskiego, standardy uniwersalne dotyczące swobodnego, pokojowego zgromadzania się nie przystają do realiów jego wykonywania w Internecie.

Słowa kluczowe: swoboda zgromadzania się, zgromadzenie pokojowe, prawo międzynarodowe praw człowieka.

Summary

Krzysztof Orzeszyna

The Right of Free Peaceful Assembly in the International Covenant on Civil and Political Rights

The right to freedom of peaceful assembly under the International Covenant on Civil and Political Rights is discussed in this article. The idea of a democratic society assumes a respect for pluralism as an essential element of its operation. Assemblies, as institutions of a civic nature, constitute an essential element of any democratic state ruled by law. The right freely to assemble in a peaceful manner contained in Article 21 of the Covenant is a global human-rights standard and stems from personal human dignity. Personal dignity is vested in each individual, and human rights are essentially individual in nature, while a component of collectivity is expressed in the need to exercise this right within a group. Not only does this right to freedom require that this form of human collectivity be allowed to develop, but it also requires that people can both voluntarily join the assembly and can voluntarily abandon and disengage from the collective. With technological development and social progress, the human right to free peaceful assembly can be exercised by the use of the Internet, where people can collectively present their views. Despite the fact that the Internet is the main medium for building a civil society, universal standards regarding free and peaceful assembly do not match the reality of availing oneself of this right on the Internet.

Keywords: freedom of assembly, peaceful assembly, international human rights law, International Covenant.

Katarzyna Sękowska-Kozłowska

Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska

k.sekowska-kozlowska@inp.pan.pl

ORCID: 0000-0003-0622-9626

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.11>

Zapewnienie dostępu do edukacji seksualnej jako element realizacji praw człowieka

Wprowadzenie

W dyskutowanych obecnie zmianach ustawodawczych¹ powraca propozycja reform dotyczących prowadzenia edukacji seksualnej w szkołach. Warto w tym kontekście spojrzeć na tę kwestię z perspektywy międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka i zastanowić się, jaką rolę standardy te odgrywają w kształtowaniu współczesnego rozumienia edukacji seksualnej oraz jakie obowiązki nakładają na państwa.

Zagadnienie dostępu do edukacji seksualnej jest od dawna obecne na agendzie międzynarodowej, mieszcząc się w nurcie praw związanych z ochroną zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego (*sexual and reproductive health and rights*, SRHR). Koncepcja SRHR jest zakorzeniona w postanowieniach zorganizowanej pod auspicjami ONZ Światowej Konferencji na Rzecz Ludności i Rozwoju (Kair 1994), która zainicjowała zmianę międzynarodowego paradygmatu w postrzeganiu ludzkiej rozrodczości nie tylko w kontekście polityki populacyjnej, ale także jako elementu zdrowia jednostek, który jest chroniony przez prawa człowieka². Znajdując rozwinięcie w postanowieniach IV Światowej Konferencji na Rzecz Kobiet – Deklaracji pekińskiej i Platformy działania (1995), koncepcja ta miała kluczowy wpływ na kształtowanie interpretacji międzynarodowych standardów w dziedzinie ochrony zdrowia reprodukcyjnego i seksualnego³.

Osadzenie problematyki ochrony zdrowia reprodukcyjnego i seksualnego w kontekście praw człowieka znalazło rozwinięcie w pracach wielu agend międzynarodowych, takich jak WHO, UNESCO czy UNICEF. W przypadku edukacji seksualnej przyczyniło się m.in. do wypracowania koncepcji kompleksowej (holistycznej) edukacji seksualnej (*comprehensive sex education*) rozumianej jako „oparty na programie

¹ Zob. m.in. Druk sejmowy nr 223; Druk sejmowy nr 224.

² Szerzej zob. J. DeJong, *The role and limitations of the Cairo International Conference on Population and Development*, „Social Science and Medicine” 2000, vol. 51, issue 6.

³ Szerzej zob. R. Brown, E. Kismödi, R. Khosla, S. Malla, L. Asuagbor, X. Andión-Ibanez, S. Gruskin, *A sexual and reproductive health and rights journey: From Cairo to the present*, „Sexual and Reproductive Health Matters” 2019, vol. 27, issue 1.

nauczania proces nauczania i uczenia się na temat poznawczych, emocjonalnych, fizycznych i społecznych aspektów seksualności. Ma on na celu wyposażenie dzieci i młodych ludzi w wiedzę, umiejętności, postawy i wartości, które umożliwią im dbanie o swoje zdrowie, dobre samopoczucie i godność; rozwijanie pełnych szacunku relacji społecznych i seksualnych; refleksję, jak ich wybory wpływają na dobrostan ich własny i innych; oraz rozumienie i ochronę swoich praw przez całe życie⁴.

Celem artykułu jest wykazanie, że zapewnienie przez państwa edukacji seksualnej stanowi element realizacji praw człowieka, a także wskazanie, jakie cele ochrony praw człowieka są realizowane przez edukację seksualną oraz jakie obowiązki spoczywają na państwach w tym zakresie. Rozważania zostaną osadzone w trzech perspektywach wynikających z nurtów ochrony praw człowieka, w których znajdziemy odpowiednie regulacje prawne. Są to: perspektywa przeciwdziałania dyskryminacji i przemocy ze względu na płeć, perspektywa praw dziecka oraz perspektywa praw osób z niepełnościami.

1. Edukacja seksualna jako element przeciwdziałania dyskryminacji i przemocy ze względu na płeć

Przeciwdziałanie dyskryminacji ze względu na płeć, w tym w szczególności dyskryminacji kobiet, stanowi punkt wyjścia do zaproponowanych rozważań, bowiem to w Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet uchwalonej w 1979 r.⁵ zawarto pierwsze międzynarodowe regulacje odnoszące się do edukacji w materii zdrowia reprodukcyjnego. Należy w tym kontekście wskazać na art. 10 lit. h KLDK, który odnosi się do sfery kształcenia i który nakłada na państwa-strony obowiązek zapewnienia dostępu „do informacji specjalistycznych o charakterze wychowawczym, mających na celu zapewnienie zdrowia i dobrobytu rodziny, w tym również do informacji i poradnictwa w zakresie planowania rodziny”; oraz art. 16 ust. 1 lit. e, który zobowiązuje państwa-strony do zapewnienia kobietom równych praw „w zakresie swobodnego i świadomego decydowania o liczbie dzieci i odstępach czasu między ich narodzinami oraz w sprawach dostępu do informacji, poradnictwa i środków umożliwiających korzystanie z tego prawa”.

Postanowienia KLDK można odczytywać w kilku kontekstach. Pierwszy z nich, najszerszy, odnosi się do informacji i poradnictwa w zakresie planowania rodziny, jako środka umożliwiającego kobietom, na równi z mężczyznami, decydowanie o życiu rodzinnym – w tym o czasie i liczbie posiadanych dzieci. Obejmuje on zarówno edukację

⁴ *International technical guidance on sexuality education: An evidence-informed approach*, United Nations Children's Fund, United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, World Health Organization 2018, s. 18 (tłum. własne).

⁵ Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz. U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71; dalej: KLDK lub Konwencja LDK).

formalną, prowadzoną w szkołach, jak i różnego rodzaju poradnictwo, w tym kierowane do osób dorosłych, którego głównym celem jest zapewnienie rzetelnej informacji o dostępnych metodach antykoncepcji⁶.

Drugi, węższy kontekst wiąże się z zapewnieniem edukacji seksualnej w szkołach, jako elementu realizacji prawa do nauki dziewcząt oraz środka ich ochrony⁷, w tym przed wykorzystaniem seksualnym i niechcianą ciążą⁸. Komitet do spraw likwidacji dyskryminacji kobiet (dalej: Komitet LDK), organ czuwający nad implementacją KLDK przez państwa-strony, w rekomendacjach kierowanych do państw wielokrotnie podkreśla, że edukacja seksualna powinna być obowiązkowa⁹. Ponadto powinna być obecna w szkołach na wszystkich etapach kształcenia, oparta na dostosowanym do wieku programie, mieć charakter kompleksowy i zawierać informacje o prawach związanych z ochroną zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego, odpowiedzialnych zachowaniach seksualnych, a także zapobieganiu wczesnym ciążom oraz chorobom przenoszonym drogą płciową¹⁰. Powinna być ona oparta na aktualnym stanie wiedzy¹¹ oraz na prawach człowieka zamiast na promowaniu wstrzemięźliwości seksualnej, a na jej treść nie powinny wpływać poglądy religijne¹².

Trzeci kontekst wiąże się z celem Konwencji LDK, jakim jest transformacja postaw społecznych na rzecz osiągnięcia rzeczywistej równości płci, w tym poprzez zmianę kulturowych wzorców i likwidację stereotypów dotyczących ról płci (art. 5 lit. a KLDK), oraz zapewnienie właściwego rozumienia macierzyństwa jako funkcji społecznej, a także poczucia wspólnej odpowiedzialności mężczyzn i kobiet za wychowanie i rozwój ich dzieci (art. 5 lit. b KLDK). W tym kontekście edukacja seksualna służy nie tylko realizacji prawa do ochrony zdrowia i prawa do nauki, ale jest też środkiem transformacji społecznej na rzecz równości płci. Nie powinna zatem koncentrować się jedynie na aspektach medycznych związanych z ochroną zdrowia reprodukcyjnego¹³, ale także odnosić się do stereotypów związanych z płcią¹⁴ oraz patriarchalnych postaw i ich wpływu na relacje seksualne¹⁵. Program zajęć nie może przyczyniać się do powielania szkodliwych stereotypów, np. kreujących negatywny obraz rodzin, w których dzieci są wychowywane jedynie przez matkę¹⁶. Edukacja seksualna pełni też funkcję środka

⁶ CEDAW General Recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations, A/49/38, pkt 22.

⁷ Szerzej zob. M. Campbell, *The challenges of girls' right to education: Let's talk about human rights-based sex education*, „International Journal of Human Rights” 2016, vol. 20, no. 8.

⁸ CEDAW General Recommendation No. 36 (2017) on the right of girls and women to education, CEDAW/C/GC/36, pkt 68.

⁹ Np. CEDAW/C/GTM/CO/10 (CEDAW 2023), pkt 35; CEDAW/C/TLS/CO/4 (CEDAW 2023), pkt 36; CEDAW/C/CRI/CO/8 (CEDAW 2023), pkt 34; CEDAW/C/SUR/CO/4–6 (CEDAW 2018), pkt 35.

¹⁰ CEDAW General Recommendation No. 36 (2017) on the right of girls and women to education, CEDAW/C/GC/36, pkt 68.

¹¹ CEDAW/C/MEX/CO/9 (CEDAW 2018), pkt 38.

¹² CEDAW/C/MYS/CO/3–5 (CEDAW 2018), pkt 35.

¹³ CEDAW/C/GEO/CO/6 (CEDAW 2021), pkt 33.

¹⁴ CEDAW/C/MKD/CO/6 (CEDAW 2018), pkt 34.

¹⁵ CEDAW/C/MKD/CO/6 (CEDAW 2018), pkt 33; CEDAW/C/MNE/CO/2 (CEDAW 2017), pkt 30.

¹⁶ CEDAW/C/KOR/CO/8 (CEDAW 2018), pkt 36.

prewencji przed przemocą wobec kobiet, w tym w związkach¹⁷, np. poprzez promowanie koncepcji świadomej zgody na relacje intymne¹⁸, oraz zapobiegania krzywdzącym praktykom¹⁹, takich jak genitalne okaleczanie dziewcząt i kobiet.

Obowiązek wprowadzenia przez państwo do programów nauczania na wszystkich etapach edukacji treści dotyczących równości kobiet i mężczyzn, w tym związanych z zapobieganiem przemocy ze względu na płeć, wynika także z art. 14 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej²⁰. Zobowiązuje on państwa-strony do wprowadzenia do programów nauczania na wszystkich poziomach dostosowanych do etapu rozwoju uczniów treści dotyczących m.in. równości płci, wzajemnego szacunku i przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na płeć. Choć przepis ten nie odnosi się wprost do edukacji seksualnej, GREVIO²¹ – organ monitorujący implementację konwencji stambulskiej przez państwa-strony, wskazuje, że edukacja seksualna stanowi istotny środek przekazywania treści określonych w przywołanym art. 14²², w tym zwłaszcza w odniesieniu do edukowania o prawie do poszanowania integralności oraz o przemocy seksualnej jako konsekwencji braku zgody²³. Do konieczności zapewnienia w programach nauczania kompleksowej, dostosowanej do wieku i opartej na aktualnym stanie wiedzy edukacji seksualnej odnosi się także Rekomendacja CM/Rec(2019)1 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotycząca zapobiegania i zwalczania seksizmu²⁴.

2. Edukacja seksualna jako element praw dziecka

Konwencja o prawach dziecka²⁵ wskazywana jest powszechnie jako główna podstawa normatywna kreująca obowiązek zapewnienia przez państwa edukacji seksualnej, a po stronie dzieci – prawa dostępu do takiej edukacji²⁶. Kluczową rolę odgrywają tu art. 24 KPD, który odnosi się do prawa dziecka do jak najwyższego osiągalnego

¹⁷ Szerzej zob. M. Moulin-Stozek, *Why should intimate partner violence prevention be integrated in sex education?*, „Journal of Moral Education” 2020, vol. 50, no. 3.

¹⁸ CEDAW/C/MYS/CO/3–5 (CEDAW 2018), pkt 36.

¹⁹ CEDAW/C/NZL/CO/8 (CEDAW 2018) pkt 31.

²⁰ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 961; dalej: konwencja stambulska).

²¹ Grupa ekspertów do spraw przeciwdziałania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej.

²² Szerzej zob. K. Sękowska-Kozłowska, *Education [w:] Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, eds. S. De Vido, M. Frulli, Cheltenham 2023.

²³ GREVIO, Baseline evaluation report on Italy, pkt 97.

²⁴ Recommendation CM/Rec(2019)1 of the Committee of Ministers to member States on preventing and combating sexism.

²⁵ Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526; dalej: KPD).

²⁶ Zob. np. A. Daly, C.M. O’Sullivan, *Sexuality Education and International Standards: Insisting Upon Children’s Rights*, „Human Rights Quarterly” 2020, vol. 42, no. 4.

poziomu zdrowia, w tym dostępu do wiedzy o zdrowiu, art. 19 KPD, który zobowiązuje państwa do podjęcia działań, w tym edukacyjnych na rzecz ochrony dzieci przed przemocą i wykorzystaniem seksualnym, jak również art. 28 i art. 29 KPD, które odnoszą się do prawa do nauki, w tym do edukacji w poszanowaniu praw człowieka i równości płci²⁷. Należy dodać, że perspektywa ta jest komplementarna wobec gwarancji zawartych w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych²⁸, takich jak prawo do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia (art. 12) czy prawo do nauki (art. 13), które to prawa razem z zakazem dyskryminacji oraz zasadą równości płci (art. 2 ust. 2 i art. 3) kształtują prawo do dostosowanej do wieku, kompleksowej, wolnej od dyskryminacji, opartej na dowodach i aktualnej wiedzy edukacji seksualnej²⁹.

Jak wskazał Komitet Praw Dziecka, organ czuwający nad implementacją KPD przez państwa-strony, dzieciom należy zapewnić dostęp do edukacji i informacji o wszystkich aspektach zdrowia, tak by umożliwić im podejmowanie w życiu świadomych wyborów³⁰. Edukacja w zakresie zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego powinna obejmować samoświadomość i wiedzę na temat ciała, w tym aspektów anatomicznych, fizjologicznych i emocjonalnych, i powinna być dostępna dla wszystkich dzieci, dziewcząt i chłopców. Edukacja ta powinna zawierać treści związane ze zdrowiem seksualnym i dobrostanem seksualnym, takie jak informacje o zmianach ciała i procesie dojrzewania. Powinna ona umożliwiać dzieciom zdobywanie wiedzy na temat zdrowia reprodukcyjnego i zapobiegania przemocą ze względu na płeć, a także podejmowania odpowiedzialnych zachowań seksualnych³¹.

Rekomendacje Komitetu Praw Dziecka adresowane do państw pokrywają się z rekomendacjami Komitetu LDK, tj. wskazują, że edukacja seksualna powinna być dostosowana do wieku dziecka, ukierunkowana na zapobieganie wczesnym ciążom oraz transmisji chorób, w tym HIV/AIDS, w sposób właściwy odnosić się do kwestii orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej, a także być pozbawiona dyskryminującego oraz opartego na stereotypach płci języka³², zawierać treści dotyczące równości płci, różnorodności seksualnej, odpowiedzialnego rodzicielstwa i podejmowania odpowiedzialnych zachowań seksualnych oraz służyć zapobieganiu przemocą³³.

Obowiązek zapewnienia edukacji seksualnej jako narzędzia przeciwdziałania przemocą seksualną wobec dzieci formułuje także Konwencja Rady Europy o ochronie

²⁷ Szerzej zob. A. Bourke, B. Mallon, C. Maunsell, *Realisation of Children's Rights under the UN Convention on the Rights of the Child to, in, and through Sexuality Education*, „International Journal of Children's Rights” 2022, vol. 30, no. 2.

²⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169).

²⁹ CESCR General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (art. 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/22, pkt 9.

³⁰ CRC General Comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24), CRC/C/GC/15, pkt 59.

³¹ *Ibidem*, pkt 60.

³² CRC/C/KOR/CO/5-6 (CRC 2019), pkt 42.

³³ CRC/C/FIN/CO/5-6 (CRC 2023), pkt 33.

dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych³⁴. Artykuł 6 tego traktatu wskazuje, że edukacja tego typu powinna być zagwarantowana zarówno na poziomie szkoły podstawowej, jak i ponadpodstawowej, dostosowana do wieku dzieci, opracowana we współpracy z rodzicami oraz kłaść nacisk na sytuacje ryzyka, szczególnie związane z wykorzystaniem nowoczesnych technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych.

Należy dodać, że w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) obowiązkowa edukacja seksualna w szkołach nie narusza prawa rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi zawartego w art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³⁵. Zajęcia takie muszą natomiast spełniać określone warunki, tzn. być przede wszystkim oparte na wiedzy i informacjach przekazywanych w obiektywny, krytyczny i pluralistyczny sposób³⁶.

3. Edukacja seksualna jako element praw osób z niepełnosprawnościami

Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych³⁷ w istotny sposób dopełnia omawiane standardy. Jest to pierwszy uniwersalny traktat z dziedziny praw człowieka, który *explicite* odnosi się do ochrony zdrowia reprodukcyjnego³⁸. Jego postanowienia zostały zbudowane na dotychczasowym dorobku ONZ, w tym odnoszącym się do przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na płeć czy ochrony praw dziecka. Zgodnie z art. 25 lit. a) KPON państwa-strony „zapewnią osobom niepełnosprawnym taki sam jak w przypadku innych osób zakres, jakość i standard bezpłatnej lub zapewnianej po przystępnych cenach opieki zdrowotnej i programów zdrowotnych, w tym w zakresie zdrowia seksualnego i prokreacyjnego oraz adresowanych do całej populacji programów w zakresie zdrowia publicznego”. Z jego treścią koresponduje art. 23 ust. 1 lit. b) KPON, który zobowiązuje państwa-strony do zapewnienia „prawa osób niepełnosprawnych do podejmowania swobodnych i odpowiedzialnych decyzji o liczbie i czasie urodzenia dzieci oraz do dostępu do dostosowanych do wieku edukacji i informacji dotyczących prokreacji i planowania rodziny, a także do środków niezbędnych do korzystania z tych praw”. Ważne dopełnienie dla omawianej problematyki stanowią

³⁴ Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, sporządzona w Lanzarote dnia 25 października 2007 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 608).

³⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175).

³⁶ Decyzja ETPCz z dnia 13 września 2011 r., *Dojan przeciwko Niemcom*, skarga nr 319/08.

³⁷ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r. (Dz. U. z 2012 r., poz. 1169; dalej: KPON).

³⁸ Szerzej zob. M. Schaaf, *Negotiating Sexuality in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „Sur International Journal on Human Rights” 2011, vol. 8, no. 14.

art. 6 KPON (ochrona kobiet i dziewcząt z niepełnosprawnościami przed dyskryminacją), art. 8 (zwalczanie stereotypów dotyczących osób z niepełnosprawnościami), art. 16 KPON (ochrona przed przemocą i wykorzystaniem) oraz art. 24 KPON (prawo do edukacji).

Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych (dalej: Komitet PON), organ monitorujący KPON, kładzie w swojej praktyce nacisk na te same aspekty, co pozostałe organy traktatowe, wskazując, że osobom z niepełnosprawnościami należy zapewnić na zasadzie równości dostęp do wiedzy seksualnej, która jest dostosowana do wieku, jest kompleksowa i oparta na naukowych dowodach³⁹. Edukacja seksualna powinna ponadto mieć charakter włączający⁴⁰, a więc być realizowana w ogólnodostępnym otoczeniu szkolnym, przy poszanowaniu szczególnych potrzeb osób z niepełnosprawnościami oraz spełniać warunki dostępności, w tym poprzez zapewnienie odpowiednich form komunikacji⁴¹. Zawartość programu wskazywana przez Komitet PON powiela się z programem proponowanym przez inne organy traktatowe: edukacja seksualna powinna zawierać informacje o wszystkich aspektach zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego, włączając w to ochronę zdrowia związaną z macierzyństwem, antykoncepcję, planowanie rodziny, choroby przenoszone drogą płciową, prewencję HIV, bezpieczną aborcję i opiekę poaborcyjną, kwestie związane z płodnością i niepłodnością, nowotwory narządów rodnych⁴².

Praktyka Komitetu PON pokazuje, że dostęp do edukacji seksualnej jest postrzegany także jako jedna z gwarancji na rzecz równości płci i że szczególnie często podkreślana jest waga zapewnienia dostępu do edukacji seksualnej, w tym wiedzy o metodach planowania rodziny i antykoncepcji, dla kobiet i dziewcząt z niepełnosprawnościami, włączając w to osoby przebywające w różnego rodzaju instytucjach opiekuńczych⁴³. Ponadto Komitet PON wskazuje na problem paternalistycznego traktowania kobiet i dziewcząt z niepełnosprawnościami opartego na krzywdzącym stereotypie o ich aseksualności, co wiąże się z ograniczeniem dostępu do wiedzy związanej z ochroną zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego⁴⁴.

Wnioski

Zapewnienie dostępu do edukacji seksualnej stanowi obowiązek państw-stron traktatów z dziedziny ochrony praw człowieka uchwalonych na forum ONZ (Konwencja

³⁹ CRPD General Comment No. 4 (2016) on the right to inclusive education, CRPD/C/GC/4, pkt 54.

⁴⁰ Szerzej zob. np. A. Mirkut, *Edukacja integracyjna czy włączająca? O prawie do edukacji w kontekście interpretacji terminologii Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, „Niepełnosprawność – Zagadnienia, Problemy, Rozwiązania” 2019, nr 4(33).

⁴¹ CRPD General Comment No. 4 (2016) on the right to inclusive education, CRPD/C/GC/4, pkt 54.

⁴² CRPD General Comment No. 3 (2016) on women and girls with disabilities, CRPD/C/GC/3, pkt 40.

⁴³ Np. CRPD/C/POL/CO/1 (CRPD 2018), pkt 10; CRPD/C/AUT/CO/2–3 (CRPD 2023), pkt 19; CRPD/C/AUT/CO/2–3 (CRPD 2023), pkt 57; CRPD/C/JPN/CO/1 (CRPD 2022), pkt 53.

⁴⁴ CRPD General Comment No. 3 (2016) on women and girls with disabilities, CRPD/C/GC/3, pkt 40.

w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, Konwencja o prawach dziecka, Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych), jak i w ramach Rady Europy (Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, Konwencja o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych).

Źródłem tego obowiązku są przede wszystkim prawo do nauki oraz prawo do najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia. Dodatkowo edukacja seksualna stanowi element przeciwdziałania dyskryminacji i przemocy ze względu na płeć, przeciwdziałania przemocy i wykorzystywaniu seksualnemu dzieci oraz formę realizacji praw osób z niepełnosprawnościami.

Na podstawie praktyki międzynarodowych organów kontrolnych z dziedziny praw człowieka można wskazać, że w celu wypełnienia wskazanych obowiązków państwo nie tylko powinno zagwarantować dostęp do edukacji seksualnej, ale także zapewnić, by spełniała ona określone kryteria, czyli była: obowiązkowa, kompleksowa, oparta na aktualnym stanie wiedzy, realizowana w szkołach na wszystkich etapach kształcenia, oparta na dostosowanym do wieku programie, zawierała informacje o prawach związanych z ochroną zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego, odpowiedzialnych zachowaniach seksualnych, antykoncepcji, prewencji chorób przenoszonych drogą płciową, a także służyła promowaniu równości płci oraz przeciwdziałaniu przemocy i nadużyciom seksualnym.

Literatura

- Bourke B., Mallon B., Maunsell C., *Realisation of Children's Rights under the UN Convention on the Rights of the Child to, in, and through Sexuality Education*, „International Journal of Children's Rights” 2022, vol. 30, no. 2.
- Brown R., Kismödi E., Khosla R., Malla S., Asuagbor L., Andiön-Ibanez X., Gruskin S., *A sexual and reproductive health and rights journey: From Cairo to the present*, „Sexual and Reproductive Health Matters” 2019, vol. 27, no. 1.
- Campbell M., *The challenges of girls' right to education: Let's talk about human rights-based sex education*, „International Journal of Human Rights” 2016, vol. 20, no. 8.
- Daly A., O'Sullivan C.M., *Sexuality Education and International Standards: Insisting Upon Children's Rights*, „Human Rights Quarterly” 2020, vol. 42, no. 4.
- DeJong J., *The role and limitations of the Cairo International Conference on Population and Development*, „Social Science and Medicine” 2000, vol. 51, issue 6.
- International technical guidance on sexuality education: An evidence-informed approach*, UNESCO 2018.
- Mirkut A., *Edukacja integracyjna czy włączająca? O prawie do edukacji w kontekście interpretacji terminologii Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, „Niepełnosprawność – Zagadnienia, Problemy, Rozwiązania” 2019, nr 4(33).
- Moulin-Stozek M., *Why should intimate partner violence prevention be integrated in sex education?*, „Journal of Moral Education” 2020, vol. 50, no. 3.

Schaaf M., *Negotiating Sexuality in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „Sur International Journal on Human Rights” 2011, vol. 8, no. 14.

Sękowska-Kozłowska K., *Education [w:] Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, eds. S. De Vido, M. Frulli, Cheltenham 2023.

Streszczenie

Katarzyna Sękowska-Kozłowska

Zapewnienie dostępu do edukacji seksualnej jako element realizacji praw człowieka

Celem artykułu jest wykazanie, że zapewnienie przez państwa edukacji seksualnej stanowi element realizacji praw człowieka, a także wskazanie, jakie cele ochrony praw człowieka są realizowane przez edukację seksualną oraz jakie obowiązki spoczywają na państwach w tym zakresie. Rozważania zostały osadzone w trzech perspektywach wynikających z nurtów ochrony praw człowieka, w których zawarto odpowiednie regulacje prawne. Są to: perspektywa przeciwdziałania dyskryminacji i przemocy ze względu na płeć, perspektywa praw dziecka oraz perspektywa praw osób z niepełnosprawnościami.

Słowa kluczowe: edukacja seksualna, prawa człowieka, Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, Konwencja praw dziecka, Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych.

Summary

Katarzyna Sękowska-Kozłowska

Sex Education as an Element of the Implementation of Human Rights

This article demonstrates that the provision of sex education by states is an element of the implementation of human rights; it indicates what goals of human rights protection are achieved by sex education and what obligations rest on states in this respect. The discussion adopts three perspectives resulting from trends in the protection of human rights. These are: the perspective of counteracting gender-based discrimination and violence, the perspective of children's rights, and the perspective of the rights of persons with disabilities.

Keywords: sex education, human rights, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Convention on the Rights of the Child, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Hanna Suchocka

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska

hansuc@amu.edu.pl

ORCID: 0000-0002-6218-1893

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.12>

Jeszcze wokół koncepcji *margin of appreciation* w kontekście Protokołu nr 15 do EKPCz

W 2024 r. minęło 35 lat od czasu czerwcowych wyborów z 1989 r. – rocznica ta sprzyja także refleksjom dotyczącym transformacji prawnej. Proces transformacji był procesem politycznym, ale był on również procesem brzemieniowym w skutki prawne i to skutki prawne oddziałujące na wiele podmiotów¹. Jedną z takich dziedzin była szeroko pojęta sfera praw człowieka. Termin „prawa człowieka” w momencie przełomu stał się swoistym słowem-wytrychem, które znamionowało nową rzeczywistość, dawało nowe spojrzenie na miejsce jednostki w społeczeństwie, oznaczało otwarcie się na nowy, oparty na innej aksjologii system prawny. U podstaw zmian leżało głębokie przekonanie o odwróceniu punktów ciężkości w procesie ochrony praw człowieka, czyli uczynienie człowieka i jego godności punktem odniesienia, a nie państwa z jego „wszechmocną” wolą². Zmiany wymagało postrzeganie przedmiotu ochrony³. Istotne było wprowadzenie do systemu prawnego mechanizmów gwarancyjnych, które wzmacniały ten kierunek myślenia. Do takich mechanizmów niewątpliwie należały międzynarodowe akty dotyczące praw człowieka. Kształtowały one typ myślenia, że w sferze praw człowieka władza państwowa nie jest absolutna, że są standardy, które przekraczają granice państwa.

¹ Pisałam o tym zarówno w raporcie przygotowanym na VIII Międzynarodowe Kolokwium poświęcone Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jakie miało miejsce w Budapeszcie we wrześniu 1995 r. (H/Coll(95)4), jak i w: *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawo wewnętrzne państw-członków Rady Europy – wzajemne zależności* [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, kom. red. J. Trzciński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996, s. 443–458.

² Por. Z. Kędzia, *An East-European Perspective on an All-European System of Human Rights Protection* [w:] *Perspectives of an all-European System of Human Rights Protection: The Role of the Council of Europe, the CSCE, and the European Communities: Proceedings and Recommendations of an International Conference*, Poznań, Poland, 8–11 October 1990, s. 190; R. Wieruszewski, *Human Rights and current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries* [w:] *The Strength of Diversity: Human Rights and Pluralist Democracy*, eds. A. Rosas, J. Helgesen, Dordrecht–Boston–London 1992, s. 194.

³ Jak trafnie pisał W. Osiatyński: „Socjalistyczny konstytucjonalizm odrzucił zasadę przyrodzonych (*innate*) praw człowieka i traktował prawa indywidualne jako rodzaj dobra gwarantowanego przez państwo w zamian za wypełnienie obowiązków obywatelskich” – *idem*, *Rights in New Constitutions of East Central Europe*, „Columbia Human Rights Law Review” 1994, vol. 26, s. 112.

Kluczowe w tym zakresie było przystąpienie Polski do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴. Był to wyraźny efekt prawny likwidowania podzielonej Europy, polegający m.in. na zerwaniu z podwójnym standardem praw człowieka, zmierzający w kierunku osadzenia praw człowieka w ramie humanistycznych, ogólnoeuropejskich wartości.

Przystąpienie do EKPCz było wyraźnym wskazaniem na potrzebę przełamania istniejącego dualizmu i stworzenia jednolitych standardów w zakresie ochrony praw człowieka dla obu części Europy. Wówczas jednak pojawiły się pytania związane z określeniem, doprecyzowaniem tego, co nazywamy standardem europejskim. Ideą przewodnią było zachowanie homogeniczności europejskiego systemu prawnego w warunkach rozszerzania Rady Europy (dalej: RE). Równocześnie jednak pojawiały się pytania o zakres regulacji, o zakres tej homogeniczności i sposób jej rozumienia w konkretnych warunkach danego państwa. Sprowadzały się one w swojej istocie do dookreślenia relacji zasady uniwersalności i subsydiarności w systemie konwencyjnym. Nie było to zagadnienie nowe w systemie Rady Europy. Jednakże w tzw. nowych demokracjach przystępujących w początkach lat 90. do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, z całym bagażem minionego systemu, ale i swoich tradycji prawnych, pytanie to wybrzmiewało dość mocno. Można było obserwować wyrażane w różnych państwach, nie tylko w Polsce, obawy przed zbyt daleko idącą „uniformizacją” prawa i ograniczaniem dopiero co odzyskanej suwerenności. Obawy te udało się w dużej mierze w tym pierwszym okresie rozproszyć, ale pojawiały się one nadal, a także powracały w kolejnych latach.

Proces rozszerzania Rady Europy spowodował, że zwiększeniu uległa nie tylko jej heterogeniczność kulturowa, ale i prawna. Europejski system ochrony jest subsydiarny w stosunku do systemów ochronnych państw, systemów zakorzenionych w różnych tradycjach kulturowych i prawnych. Proces realizowania „jednolitego standardu” ochrony praw człowieka musi być jednak stopniowy, ponieważ ramy prawne RE opierają się na kruchych podstawach zgody państw członkowskich.

Pytanie zasadnicze zatem, stale powracające dotyczyło tego, czy w ramach systemu tworzenia europejskich standardów i jednolitego systemu ochrony jest miejsce na zróżnicowanie, a jeśli tak, to w jakich obszarach. Wydaje się oczywiste, że system Rady Europy zapewnia standard minimum. Dopuszcza zatem współistnienie wspólnych standardów podstawowych i krajowych „swoistości”. Kluczowe jest jednak rozumienie tych „swoistości”. Odwoływanie się do niektórych „krajowych swoistości” mogłoby bowiem skutkować rozbiciem całego systemu europejskiego. Było zatem zrozumiałe, że proces uwzględniania tych odrębności nie mógł prowadzić do podważenia jednolitego rozumienia i poszanowania europejskich standardów ochrony praw człowieka, np. w takim obszarze, jak kwestie niezawisłości sędziowskiej⁵.

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej: EKPCz lub Konwencja). Polska ratyfikowała Konwencję w dniu 19 stycznia 1993 r.

⁵ Można tu przytoczyć orzeczenie pochodzące ze znacznie późniejszego okresu, będące wyrazem tego stanowiska: „*Grzęda v. Poland* [GC], no. 43572/18, 15 March 2022, a case concerning the prema-

Problem jest zatem niezwykle delikatny. Istnieje bowiem swoiste napięcie między zasadą subsydiarności a zasadą uniwersalności. Ponadto obejmowanie przez prawa człowieka nowych kwestii, nowych obszarów tematycznych, zwłaszcza z zakresu szeroko pojętej moralności i religii, sprawia, że wyzwania dotyczące homogeniczności i jej rozumienia są stale aktualne. Pojawiały się one już wcześniej i dotyczyły „starej” Rady Europy w nieposzerzonym kształcie.

I to właśnie w tamtej sytuacji pomocą w przezwyciężaniu tych obaw stała się koncepcja *margin of appreciation* wyprowadzona przez organ sądowy RE.

Na temat tej koncepcji istnieje bardzo bogata literatura⁶. Mimo to stale istnieją wokół niej kontrowersje i zróżnicowane oceny co do jej znaczenia. Mój głos zatem traktuję jako kolejny w tym dyskursie, podkreślający znaczenie tej koncepcji, zwłaszcza w warunkach wyraźnie obserwowanej tendencji coraz szerszego zakresu regulacji kwestii o charakterze moralnym, a także stosowania rozszerzającej interpretacji zastanych pojęć z tego obszaru.

Koncepcja marginesu oceny jest uważana za jedną z najważniejszych konstrukcji prawnych w europejskim orzecznictwie praw człowieka⁷. Z uwagi na jej genezę określa się ją raczej jako doktrynę czy koncepcję, a nie zasadę⁸. Wpłynęła ona w istotnym stopniu na sposób argumentowania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz lub Trybunał) i w dużej mierze zdefiniowała stosunki Trybunału z państwami związanymi Konwencją. Odnosi się ona do pola manewru, jakie organy strasburskie są skłonne przyznać władzom krajowym, z uwagi na ich „swoistości” rozwiązań prawnych, w wypełnianiu ich obowiązków wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁹.

Margines oceny został po raz pierwszy oficjalnie przyjęty przez Europejską Komisję Praw Człowieka w raporcie z 1958 r. w sprawie wniesionej przez Grecję przeciwko Wielkiej Brytanii w związku z domniemanymi naruszeniami praw człowieka podczas operacji antyrebelianckich na Cyprze. Do końca lat 90. XX w. koncepcja ta została potwierdzona przez liczne decyzje Komisji i wyrażona w ponad siedmiuset wyrokach Trybunału¹⁰.

ture termination of a Supreme Administrative Court judge's term of office as member of the National Council of the Judiciary, the Court relied on Protocol No. 15 to emphasise the importance of shared responsibility and how this is linked to judicial independence. It noted that national authorities and courts must interpret and apply domestic law in a manner that gives full effect to the Convention and underscored that the Convention system cannot function properly without independent judges (§ 324). The Court underlined that the Contracting Parties' task of ensuring judicial independence was thus of crucial importance for the functioning of the convention system".

⁶ Nie sposób wymienić tutaj wszystkich publikacji, które ukazały się na ten temat. Wybrane z nich znajdują się w przypisach do niniejszego tekstu.

⁷ Zob. szerzej A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008.

⁸ S. Greer, *The interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle of margin of appreciation*, „UCL Human Rights Review” 2010, vol. 3, s. 2.

⁹ https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp [dostęp: 5.05.2024].

¹⁰ *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, „Human Rights Law Journal” 1998, vol. 19, no. 1.

Genezę tej koncepcji łączy się powszechnie z orzeczeniem *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 1976 r. Podstawą, dla której w tej sprawie dopuszczono zastosowanie *margin of appreciation*, była ochrona moralności, a równocześnie brak jednej wspólnej europejskiej koncepcji moralności (*the lack of a European conception of morals*). Warunkiem zatem zastosowania w danej sprawie tej koncepcji jest brak powszechnej zgody państw co do określonej dziedziny¹¹. W świetle tego orzeczenia państwom pozostawiono szeroki margines oceny w odniesieniu do ochrony moralności, ponieważ pojęcie to, jak i jego zakres, różni się w poszczególnych państwach członkowskich¹².

Brak zatem wzorca, który można by uznać za europejski standard, dopuszczał zastosowanie swobody oceny, a zdaniem Trybunału nie jest możliwe znalezienie w prawach państw-stron Konwencji uniwersalnej koncepcji moralności, bo należy ona do kategorii wartości subiektywnych, poddawanych ocenie przy uwzględnieniu różnych okoliczności.

Granice zaś stosowania marginesu oceny bywają różne. Jest on stopniowalny w zależności od wielu czynników, takich jak natura danego prawa, znaczenie tego prawa dla jednostki, charakter ingerencji, realizowany cel¹³. Można tu przytoczyć także orzeczenie późniejsze z 1992 r., w którym Trybunał stwierdził, że „władze krajowe korzystają z szerokiego marginesu oceny w kwestiach moralnych, zwłaszcza w obszarze, który dotyka kwestii przekonań dotyczących natury ludzkiego życia”¹⁴. Kolejny raz zatem Trybunał uznał, że kwestie moralne są tymi, co do których stanowiska państw mogą być i są zróżnicowane.

Innym, jeszcze z lat 70. orzeczeniem, które zaznaczyło się wyraźnie w ewolucji koncepcji marginesu oceny jest wyrok w sprawie *Sunday Times przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 1979 r. W orzeczeniu tym Trybunał po raz pierwszy zauważył, że granice marginesu oceny są zmienne¹⁵.

W tym kontekście też wypracowane zostały kluczowe elementy, można nawet powiedzieć zasady, stanowiące rdzeń koncepcji *margin of appreciation*. Jak podkreśla się w literaturze¹⁶, kluczową jest zasada proporcjonalności, która odnosi się do prawnych

¹¹ A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 67–71.

¹² „The Court did not find a violation of Art. 10 on the ground that the state had a legitimate aim to protect morals. The Court could not identify a uniform conception of morals in the domestic law of the various Member States because »the requirements of morals vary from time to time and from place to place, especially in our era, which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject«” (*Handyside v. The United Kingdom*, judgment of 07.12.1976, § 48).

¹³ W. Józwicki, *Ograniczenia w korzystaniu z praw zagwarantowanych w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych a koncepcja marginesu swobody oceny [w:] Między prawem a polityką. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Hannie Suchockiej*, red. B. Kaniewska, T. Waslas, K. Urbaniak, Poznań 2023, s. 970.

¹⁴ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, judgment of 29.10.1992.

¹⁵ Wyrok ETPCz z dnia 26 kwietnia 1979 r. w sprawie *Sunday Times przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 6538/74, HUDOC, pkt 59. Zob. też A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 64.

¹⁶ A. Łukaszczyk, *Ograniczanie wolności wypowiedzi i wyrażania opinii w wybranych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2021, nr 126, seria: Acta Universitatis Wratislaviensis, nr 4056.

możliwości wprowadzania ograniczeń. Argumenty przemawiające za ograniczeniem danej swobody muszą być istotne i wystarczające (proporcjonalne) do uprawnionego celu, a więc nie mogą być wprowadzone ponad miarę. Kolejną zasadą jest celowość (konieczność, niezbędność) wprowadzanych ograniczeń w demokratycznym państwie prawnym, uzasadniana także jako „pilna potrzeba społeczna” takiej ingerencji. Jak podkreśla Agnieszka Łukaszczyk, elementy składające się na warunek „pilnej potrzeby społecznej” w odniesieniu do filarów demokratycznego społeczeństwa to względność, pluralizm, tolerancję i otwartość, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje¹⁷.

Margines oceny wiąże się zatem z poszanowaniem odrębności kulturowych, ale i w jakimś stopniu politycznych występujących w systemach prawnych różnych państw¹⁸ i pozwala zapewnić pewną elastyczność niezbędną do uniknięcia szkodliwych konfrontacji między ETPCz a państwami członkowskimi. Ponadto umożliwia Trybunałowi zrównoważenie suwerenności państw członkowskich z ich zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji¹⁹. Samo jednak precyzyjne zdefiniowanie tej koncepcji nie jest łatwe. Trudność ta wynika również z faktu, że wcześniej ani Komisja, ani Trybunał nie podjęły się zdefiniowania marginesu oceny, traktując tę koncepcję w sposób funkcjonalny, na potrzeby rozpatrywania przez nie poszczególnych spraw²⁰.

Sens zatem koncepcji *margin of appreciation* leży w tym, iż pozwala ona na pewne „różnicowane” zachowanie w zależności od tego, do czego odnosi się dany problem. Dotyczy to przede wszystkim najdelikatniejszych sfer działania człowieka, a więc sytuacji, kiedy prawo może spotkać się ze sprzeciwem sumienia obywateli²¹. Nieistnieniu europejskiego konsensusu w danej sprawie będzie zwykle towarzyszył szerszy margines oceny przyznany państwu²². W sprawach, w których Trybunał przyznaje państwu szeroki margines uznania, zasadniczo akceptuje on wybory dokonane przez władze krajowe. Zatem standard „konsensusu europejskiego” jest ważną przesłanką, jaką posługuje się Trybunał w swojej ocenie. Nie ulega jednak wątpliwości, że mimo tej przesłanki ETPCz będzie zawsze w swojej ocenie uwzględniał koncepcję proporcjonalności w celu zapewnienia, że prawa ustanowione w Konwencji nie są nadmiernie omijane czy też nie jest naruszany minimalny standard. W momencie wejścia w życie Konwencji została uznana za „minimalny standard” przez państwa członkowskie Rady Europy. Oznacza to, że państwa mają możliwość zapewnienia wyższego poziomu

¹⁷ *Ibidem*, s. 7.

¹⁸ L. Garlicki, *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, EPS 2008, nr 4.

¹⁹ D. Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, CELS Working Paper Series, February 2012.

²⁰ R.St.J. Macdonald, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the ECHR [w:] International Law at the time of its codification. Essays in honour of Roberto Ago*, Milan 1987, s. 190.

²¹ M. Zubik, *Prawo konstytucyjne współczesnej Polski*, wyd. 4, Warszawa 2023, s. 42.

²² Por. I. de la Rasilla del Moral, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, „German Law Journal” 2006, vol. 7, no. 6, s. 617.

ochrony tych praw, a także obowiązek nieobniżania tego standardu we własnych systemach prawnych.

Chociaż teoretycznie nie ma żadnych ograniczeń w jej stosowaniu, Trybunał nie odwoływał się do koncepcji *margin of appreciation* w ocenie praw absolutnych zapisanych w art. 2–4 EKPCz, które chronią prawo do życia, a także wolność od tortur i niehumanicznego lub poniżającego traktowania lub karania oraz wolność od niewolnictwa, poddaństwa i pracy przymusowej. Do tej kategorii należy zaliczyć także prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPCz).

Zastosowanie koncepcji marginesu oceny odnosi się najczęściej do praw chronionych art. 8, 9 oraz 10 EKPCz. Artykuły te łączy charakterystyczna struktura. W ust. 1 Konwencji uregulowane zostały poszczególne prawa, takie jak prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania oraz prawo do wolności wypowiedzi. Natomiast w ust. 2 zawarte są tzw. klauzule limitacyjne, które pozwalają na ograniczenie korzystania z praw unormowanych w ust. 1 tych postanowień i jednocześnie określają warunki wprowadzania tychże ograniczeń²³.

Istotnym elementem jest obiektywność przedmiotowego ograniczenia. Trybunał dokonał rozróżnienia między obiektywnym charakterem utrzymania autorytetu władzy sądowniczej (co pozostawiło państwu węższy margines oceny) a subiektywnym charakterem ochrony moralności, w przypadku której ETPCz powinien ustosunkować się do poglądów krajowych²⁴.

Przy ocenie tej instytucji od początku zderzały się dwie koncepcje – jedna domagająca się większej uniformizacji i ograniczania *margin of appreciation* z obawy, aby nie pomniejszyć standardów ochrony, druga zaś, wręcz przeciwnie, uważająca, że z uwagi na obejmowanie pojęciem praw człowieka coraz to nowych kwestii szczegółowych stosowanie unormowań europejskich coraz częściej styka się z odrębnościami kulturowymi obecnymi w poszczególnych państwach Rady Europy i tym samym trudno zmierzać do ograniczania marginesu oceny.

System Rady Europy nie opiera się na sztywnej ideologii. Bazuje na wspólnie podzielanej aksjologii, do której należy także pozostawienie pewnej swobody w odniesieniu do podejmowania decyzji przez państwa z uwagi na ich zróżnicowanie kulturowe i tradycję. Najgłośniejsza w ostatnich latach w tym zakresie była sprawa *Lautsi przeciwko Włochom* odnosząca się do obecności krucyfiksów w klasie szkolnej²⁵. Sprawa dotyczyła państwa założyciela Rady Europy, tj. Włoch. Stanowisko Trybunału I instancji zostało zakwestionowane i sprawa została skierowana do Wielkiej Izby. Orzeczenie Wielkiej Izby było diametralnie odmienne od orzeczenia I instancji.

Oporając się właśnie na koncepcji marginesu oceny, Wielka Izba oceniała, czy nie doszło do przekroczenia marginesu oceny przez stronę rządową i tym samym naruszenia standardu konwencyjnego. W sprawie *Lautsi przeciwko Włochom* sprowadziło

²³ Zob. szerzej A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*

²⁴ *Müller and others v. Switzerland*, judgment of 24.05.1988.

²⁵ Wyrok ETPCz z dnia 18 marca 2011 r. w sprawie *Lautsi przeciwko Włochom*, nr skargi 30814/06, HUDOC.

się to do rozstrzygnięcia kwestii, czy obecność krucyfксу w klasie szkoły publicznej ma charakter indoktrynacji uczniów, co byłoby równoznaczne z naruszeniem art. 2 Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPCz. Wielka Izba odpowiedziała na to pytanie negatywnie, stwierdzając, że w swej istocie krucyfiks na szkolnej ścianie ma charakter symbolu pasywnego, którego wpływ nie może być porównywalny do nauczania religii w szkole czy do udziału uczniów w obrzędach religijnych. Krucyfiks jako taki, przez swoją obecność na szkolnej ścianie, nie narusza zasady neutralności w wykonywaniu funkcji edukacyjnych przez państwo. Z uwagi na brak konsensusu europejskiego w tej sprawie państwa korzystają ze stosunkowo szerokiego marginesu oceny. Analiza porównawcza obu orzeczeń wydanych przez Izbę i Wielką Izbę wyraźnie wskazuje, jak istotne znaczenie dla osiągnięcia odmiennych rozstrzygnięć ma kwestia podejścia do marginesu oceny jako jednej z kluczowych metod interpretacyjnych EKPCz²⁶.

Czy zatem w tym świetle można zasadnie postawić pytanie co do celowości tej instytucji i pojawiającego się zarzutu, że już samo jej istnienie, a zwłaszcza poszerzenie zakresu *margin of appreciation* nie zrelatywizuje, a w ostateczności nie podważa fundamentów wspólnego europejskiego systemu ochrony jednostki? Mechanizm ten został określony przez jednego z autorów jako „śliski i nieuchwytny jak węgorz”²⁷ i skrytykowany za jego niejasny charakter i nieprzewidywalność.

W literaturze podkreśla się pozytywy płynące z tej koncepcji i jej przydatności na płaszczyźnie międzynarodowej. Jak wskazuje Adam Wiśniewski: „pozwala ona bowiem na wyważanie praw jednostek z podstawami ich ograniczeń przez różne państwa, a także daje możliwość mediacji pomiędzy różnymi koncepcjami moralności”²⁸. Sądzę, że wspomniana w tym kontekście kwestia mediacji jest bardzo istotna. Kluczowe bowiem w obecnych warunkach staje się poszukiwanie takich rozwiązań w relacjach pomiędzy trybunałami europejskimi a krajowymi, które nie będą prowadziły do tzw. ostatniego słowa, ale do dialogu wynikającego z *shared responsibility*²⁹.

Nie ulega wątpliwości, że krytyczna ocena tej instytucji nie została podzielona przez autorów Protokołu nr 15 do EKPCz. Podczas konferencji w Brighton w 2012 r. na temat przyszłości Trybunału, mającej na celu opracowanie strategii dla długoterminowej przyszłości systemu Konwencji, państwa członkowskie przyjęły Protokół nr 15³⁰.

²⁶ M. Kowalski, *Powrót czarnoksiężnika – uwagi na tle wyroku Wielkiej Izby ETPCz z 18.03.2011 r. w sprawie Lautsi przeciwko Włochom*, FP 2011, nr 4–5(6–7), s. 29.

²⁷ A. Lester, *Universality vs. Subsidiarity: A reply*, „European Human Rights Law Review” 1998, no. 1, s. 73 i 75.

²⁸ A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 442–443.

²⁹ W. Józwicki, *Ultra vires and constitutional identity control – apples and oranges or two drops of water? Some remarks on the possible role of the New Mixed Chamber of the Court of Justice in the context of the „sequential” model of adjudication on art. 4(2) TEU*, Verfassungsblog, 15 June 2020, <https://verfassungsblog.de/ultra-vires-and-constitutional-identity-control-apples-and-oranges-or-two-drops-of-water/> [dostęp: 5.05.2024]; H. Suchocka, *Zmieniająca się funkcja idei tożsamości konstytucyjnej* [w:] *Rządy prawa jako wartość uniwersalna. Księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza*, red. A. Kozłowski, Wrocław 2022, s. 229–239.

³⁰ Protokół nr 15 zmieniający Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Strasburgu dnia 24 czerwca 2013 r. (Dz. U. z 2021 r., poz. 1879).

Został on otwarty do podpisu 24 czerwca 2013 r. Ponieważ dokument ten wprowadził znaczące zmiany do systemu Konwencji, zgoda wszystkich 47 państw członkowskich stała się warunkiem jego wejścia w życie. Polska ratyfikowała Protokół w 2015 r. W dniu 21 kwietnia 2021 r. ratyfikowały go Włochy i były one ostatnim państwem Rady Europy, którego podpis był wymagany, aby Protokół mógł wejść w życie – stało się to 1 sierpnia 2021 r.

Jednym z głównych ustaleń zapisanych w Deklaracji przyjętej na konferencji w Brighton było włączenie zasady pomocniczości i marginesu oceny do tekstu preambuły Konwencji. Znamienne jest oświadczenie zawarte w Deklaracji, że członkowie konferencji „z zadowoleniem przyj[mują] rozwój przez Trybunał w swoim orzecznictwie zasad takich jak pomocniczość i margines oceny oraz zachęca[ją] Trybunał do nadania dużego znaczenia i konsekwentnego stosowania tych zasad w swoich wyrokach” (§ 12)³¹. Oświadczenie to pokazuje znaczenie, jakie przywiązuje się do tej koncepcji we współczesnych warunkach. Nie zdezaktualizowała się ona w wyniku poszerzenia Rady Europy, a wręcz przeciwnie, zyskała na znaczeniu. Z instytucji zatem wywodzącej się i zakorzenionej w orzecznictwie Trybunału stała się instytucją zakotwiczoną w tekście prawnym, przyjętą w wyniku *stricte* określonej procedury prawnej. Zamieszczenie jej w preambule świadczy o trwałości i potrzebie posiadania takiego mechanizmu w systemie RE. Można oczywiście odwoływać się do dyskusji, jaki charakter prawny ma preambuła aktu prawnego. Stanowiska w doktrynie są na ten temat podzielone. Widać jednak wyraźną ewolucję poglądów w kierunku podkreślania prawnego znaczenia preambuły. Nawet jeśli są to zróżnicowane poglądy co do jej charakteru, to nie ulega wątpliwości, że wskazane w preambule zasady i wartości mają istotne znaczenie jako dyrektywy interpretacyjne aktu. Zatem przeniesienie koncepcji *margin of appreciation* do pisanego tekstu Konwencji, a nie tylko traktowanie jej jako instytucji ukształtowanej orzecznictwem stabilizuje jej rolę w systemie konwencyjnym Rady Europy. Wybrana zatem w latach 70. droga orzecznicza została potwierdzona.

Trudno w tym miejscu dokładnie przewidzieć, jak zmieni się rola tego mechanizmu w związku z jego jurydyzacją. Niekiedy wspomina się tylko o symbolicznym znaczeniu tej zmiany bez istotnych konsekwencji prawnych. Osobiście nie podzielam takiego poglądu. Sądzę, że w dobie zaostrzających się konfliktów ideologicznych, moralnych i religijnych, czego jesteśmy świadkami, i powstających w ich ramach sporów dotyczących zakresu ograniczeń czy poszerzania rozumienia praw zawartych w Konwencji znaczenie koncepcji *margin of appreciation* może ulec zwiększeniu. Napięcia w kwestiach moralnych wykazują wyraźną dynamikę, zaś przywołana wcześniej sprawa *Lautsi przeciwko Włochom* jest tu tylko jednym z najwymowniejszych przykładów ostatnich lat. Inne orzeczenia dotyczą spraw odnoszących się do definicji małżeństwa. Są to kwestie związane z tym, co można nazwać tworzeniem europejskiego standardu w obszarze moralności. Odpowiedzi na te dylematy udzielało już orzecznictwo ETPCz jeszcze przed wejściem w życie Protokołu nr 15. W swoim orzeczeniu z dnia 24 czerwca 2010 r.

³¹ ECourTHR, *Revisiting subsidiarity in the age of shared responsibility*, Judicial Seminar 2024, 15 January 2024, Background Document, s. 3.

w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* Trybunał uznał, że: „choć instytucja małżeństwa przeszła poważne zmiany społeczne od czasu przyjęcia Konwencji, to nie ma europejskiego konsensusu w sprawie małżeństw osób tej samej płci”³². W świetle tego stanowiska uznano, że ta dziedzina, tj. definicja małżeństwa, jest tą, w której z uwagi na brak ustalonego konsensusu nie ma jednolitego standardu europejskiego. W związku z tym państwa mogą korzystać ze swobody oceny w zakresie tej regulacji, jeśli nie dochodzi do dyskryminacji innych osób. Tym bardziej, że Karta praw podstawowych UE³³ w art. 9 w zakresie regulacji tych kwestii odsyła do ustawodawstwa krajowego.

Podobne oceny pojawiają się w opiniach Komisji Weneckiej mających charakter *soft law*. I tak np. w swojej opinii w odniesieniu do propozycji poprawki do Konstytucji Macedonii w 2014 r. definiującej małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny Komisja odwołała się do orzecznictwa ETPCz ze względu na brak w tym zakresie jednolitego standardu³⁴.

Sytuacja jest jednak dynamiczna i w ostatnich latach stanowisko Trybunału ewoluje w kierunku zawężania w tych kwestiach stosowania marginesu oceny. Zatem jurydyzacja tej koncepcji otwiera nowe możliwości w utrzymywaniu równowagi w obliczu nieuniknionych, jak się wydaje, antynomii i związanych z nimi dylematów, przed którymi staje ETPCz, stosując Konwencję i rozwijając europejskie standardy praw człowieka³⁵.

Można oczywiście dyskutować, czy zmiany wprowadzone przez Protokół nr 15 będą miały znaczący wpływ na funkcjonowanie Trybunału i zmianę orzecznictwa. To pokaże dopiero czas. Wiele zależy od tego, w jaki sposób ETPCz zastosuje nowo dodane zasady i czy nada im większą wagę teraz, gdy zostały one włączone do preambuły Konwencji³⁶.

³² ECHR App. No. 301414-04.

³³ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 389).

³⁴ Komisja, odwołując się do orzecznictwa ETPCz, stwierdziła, że: „Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) konsekwentnie orzekł, że art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) („Prawo do zawarcia związku małżeńskiego”), w obecnym stanie rzeczy, pozostawia takie kwestie regulacji prawa krajowego państw członkowskich. Ponadto w niedawnej sprawie *Hämäläinen przeciwko Finlandii* Wielka Izba orzekła, że art. 8 EKPCz nie może być interpretowany jako nakładający na państwa obowiązek zapewnienia parom tej samej płci dostępu do małżeństwa. Wydaje się, że istnieją różne tendencje w definiowaniu małżeństw w krajowym porządku prawnym” – CDL-AD(2014)026, Opinion on the seven amendments to the Constitution of „the Former Yugoslav Republic of Macedonia”. Należy dodać, że dokonując tych poprawek do Konstytucji Macedonii, czyli wprowadzając definicję małżeństwa wyłącznie jako związku heterogenicznego, ustrojodawca dopuścił zarazem tworzenie związków jednopłciowych, ale wyraźnie nadał im w Konstytucji inną nazwę niż małżeństwo. Zob. też opinię Komisji Weneckiej dotyczącą poprawek do Konstytucji Węgier – CDL-AD(2011)016, § 50. Brak ogólnoeuropejskiego konsensusu w tej sprawie był także podkreślany w opinii Komisji Weneckiej na temat „draft law on the review of the Constitution of Romania” – CDL-AD(2014)010, § 86.

³⁵ A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny...*, s. 445.

³⁶ D. Stanculescu, *Subsidiarity and the margin of appreciation in Protocol 15 of the ECHR: Substantial or symbolic change?*, 5 July 2021, <https://www.publicinternationalallawandpolicypolicygroup.org/lawyering-justice-blog/2021/7/5/subsidiarity-and-the-margin-of-appreciation-in-protocol-15-of-the-echr-substantial-or-symbolic-change> [dostęp: 5.05.2024].

Wprowadzenie zasady subsydiarności i marginesu oceny do preambuły podkreśla zasadę, że to władze krajowe są przede wszystkim odpowiedzialne za ochronę praw człowieka (*shared responsibility*). Są one również odpowiedzialne za zapewnienie środków zaradczych w przypadku naruszenia praw. Dialog sądowy może zachęcić władze krajowe do odgrywania bardziej aktywnej roli w rozwiązywaniu kwestii związanych z prawami człowieka na szczeblu krajowym, zanim trafią one do ETPCz.

W 2012 r. przewodniczący Trybunału, sędzia Dean Spielmann postawił zasadnicze pytanie, a mianowicie: „czy dopuszczając jakikolwiek margines oceny, Trybunał Europejski po prostu zrzuca się swoich uprawnień kontrolnych, czy też przypisuje odpowiedzialność sądom krajowym w interesie zdrowej pomocniczości (*healthy subsidiarity*)?”³⁷. Analiza sytuacji od tamtego czasu, dynamika orzecznictwa, a także zmiany, jakie zostały wprowadzone w Protokole do Konwencji, dają jednoznaczną odpowiedź. Dokonane zmiany to właśnie poszukiwanie balansu między sądami europejskimi a krajowymi, nawet poprzez zwiększenie roli sądów krajowych, aby zapewnić możliwość realizacji tej „zdrowej subsydiarności”. Można zakładać, że jednym z argumentów na rzecz takiego rozumienia koncepcji *margin of appreciation* i jej roli jest obserwacja praktyki orzeczniczej ETPCz. Obserwujemy tu zjawisko obejmowania coraz szerszą ochroną międzynarodową praw człowieka prowadzącą do tego, że Trybunał może nie spełniać już tylko roli subsydiarnej. Cały bowiem szereg orzeczeń z ostatnich lat powoduje, iż mamy do czynienia niejednokrotnie z bardzo szczegółowym „*sui generis* ustawodawstwem” strasburskim. I w tym kontekście *margin of appreciation* jest narzędziem gwarantującym zbalansowanie tych ról. Ostateczna decyzja o tym, ile swobody należy przyznać władzom krajowym, zależy od wagi, jaką Trybunał przywiązuje do takich czynników, jak konsensus na poziomie europejskim, charakter prawa i cel, do którego dąży kwestionowany środek.

Należy się zatem zgodzić ze Stevenem Greerem, że doktryna marginesu oceny jest integralną i istotną częścią systemu zasad interpretacyjnych Konwencji, ale jednocześnie pozostawiającą pewną przestrzeń interpretacyjną państwom członkowskim. Równocześnie zakres marginesu oceny jest ograniczony poprzez podporządkowanie go podstawowym zasadom EKPCz, a w szczególności zasadzie proporcjonalności. Pozwala to na zagwarantowanie uniwersalności, ale zarazem i możliwości zróżnicowanej interpretacji w określonych sytuacjach w kontekście krajowym³⁸. Niemniej jednak „odkodowanie” sposobu, w jaki margines oceny ma zastosowanie, ma ogromne znaczenie, biorąc pod uwagę, że Konwencja nie została stworzona w interesie państw, ale dla dobra ich obywateli.

³⁷ D. Spielmann, *Allowing the Right Margin...*

³⁸ S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 17, Strasbourg 2000, s. 14.

Literatura

- Garlicki L., *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 4.
- Greer S., *The interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle of margin of appreciation*, „UCL Human Rights Review” 2010, vol. 3.
- Greer S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 17, Strasbourg 2000.
- Jóźwicki W., *Ograniczenia w korzystaniu z praw zagwarantowanych w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych a koncepcja marginesu swobody oceny [w:] Między prawem a polityką. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Hannie Suchockiej*, red. B. Kaniewska, T. Walas, K. Urbaniak, Poznań 2023.
- Jóźwicki W., *Ultra vires and constitutional identity control – apples and oranges or two drops of water? Some remarks on the possible role of the New Mixed Chamber of the Court of Justice in the context of the „sequential” model of adjudication on art. 4(2) TEU*, Verfassungsblog, 15 June 2020, <https://verfassungsblog.de/ultra-vires-and-constitutional-identity-control-apples-and-oranges-or-two-drops-of-water/>.
- Kędzia Z., *An East-European Perspective on an All-European System of Human Rights Protection [w:] Perspectives of an all-European System of Human Rights Protection: The Role of the Council of Europe, the CSCE, and the European Communities: Proceedings and Recommendations of an International Conference*, Poznań, Poland, 8–11 October 1990.
- Kowalski M., *Powrót czarnoksiężnika – uwagi na tle wyroku Wielkiej Izby ETPCz z 18.03.2011 r. w sprawie Lautsi przeciwko Włochom*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 4–5(6–7).
- Lester A., *Universality vs. Subsidiarity: A reply*, „European Human Rights Law Review” 1998, no. 1.
- Łukaszcuk A., *Ograniczanie wolności wypowiedzi i wyrażania opinii w wybranych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2021, nr 126, seria: Acta Universitatis Wratislaviensis, nr 4056.
- Macdonald R.St.J., *The margin of appreciation in the jurisprudence of the ECHR [w:] International Law at the time of its codification. Essays in honour of Roberto Ago*, Milan 1987.
- Osiatyński W., *Rights in New Constitutions of East Central Europe*, „Columbia Human Rights Law Review” 1994, vol. 26.
- de la Rasilla del Moral I., *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, „German Law Journal” 2006, vol. 7, no. 6.
- Spielmann D., *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, CELS Working Paper Series, February 2012.
- Stanculescu D., *Subsidiarity and the margin of appreciation in Protocol 15 of the ECHR: Substantial or symbolic change?*, 5 July 2021, <https://www.publicinternationalallawandpolicygroup.org/lawyering-justice-blog/2021/7/5/subsidiarity-and-the-margin-of-appreciation-in-protocol-15-of-the-echr-substantial-or-symbolic-change>.
- Suchocka H., *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawo wewnętrzne państw-członków Rady Europy – wzajemne zależności [w:] Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, kom. red. J. Trzciniński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996.
- Suchocka H., *Zmieniająca się funkcja idei tożsamości konstytucyjnej [w:] Rządy prawa jako wartość uniwersalna. Księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza*, red. A. Kozłowski, Wrocław 2022.

The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice, „Human Rights Law Journal” 1998, vol. 19, no. 1. Wieruszewski R., *Human Rights and current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries* [w:] *The Strength of Diversity: Human Rights and Pluralist Democracy*, eds. A. Rosas, J. Helgesen, Dordrecht–Boston–London 1992.

Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008.

Zubik M., *Prawo konstytucyjne współczesnej Polski*, wyd. 4, Warszawa 2023.

Streszczenie

Hanna Suchocka

Jeszcze wokół koncepcji *margin of appreciation* w kontekście Protokołu nr 15 do EKPCz

Jedną z ważniejszych, a zarazem wywołujących wiele dyskusji instytucją w systemie Rady Europy jest koncepcja *margin of appreciation*. Proces rozszerzania Rady Europy spowodował, że zwiększeniu uległa nie tylko heterogeniczność kulturowa, ale i prawna RE. Europejski system ochrony jest subsydiarny w stosunku do systemów ochronnych państw, systemów zakorzenionych w różnych tradycjach kulturowych i prawnych. Równocześnie przystąpienie do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oznacza poszukiwanie jednolitego wspólnego standardu ochrony praw człowieka. Pytanie zasadnicze zatem, stale powracające dotyczyło tego, czy w ramach systemu tworzenia europejskich standardów i jednolitego systemu ochrony jest miejsce na zróżnicowanie, a jeśli tak, to w jakich obszarach. Odpowiedzią na te kwestie była rozwijająca się już od lat 70. w orzecznictwie Rady Europy koncepcja *margin of appreciation*. W 2012 r. została wprowadzona przez Protokół nr 15 do preambuły EKPCz. Z instytucji orzeczniczej stała się instytucją zakorzenioną w akcie Konwencji. Podkreśla to znaczenie, jakie przypisuje się koncepcji *margin of appreciation* w relacjach pomiędzy ETPCz i państwami członkowskimi, a jednocześnie ma na celu wzmocnienie zasady subsydiarności. Pytanie, jakie w tym kontekście powstaje, dotyczy tego, czy zmiany wprowadzone przez Protokół nr 15 będą miały znaczący wpływ na funkcjonowanie Trybunału i orzecznictwo. To pokaże dopiero czas. Wiele zależy od tego, w jaki sposób Trybunał zastosuje nowo dodane zasady i czy nada im większą wagę teraz, gdy zostały one włączone do preambuły Konwencji.

Słowa kluczowe: swoboda oceny, prawa człowieka, Europejska Konwencja Praw Człowieka, uniwersalność, subsydiarność, proporcjonalność.

Summary

Hanna Suchocka

Further Discussion Relating to the Concept of Margin of Appreciation in the Context of Protocol No. 15 to the ECHR

One of the most important and yet much-debated institutions in the Council of Europe system is the concept of margin of appreciation. The expansion process of the Council of Europe has increased the cultural and legal heterogeneity of the Council of Europe. The European system of protection is subsidiary to states' protection systems, which are rooted in different cultural and legal traditions. At the same time, accession to the European Convention on Human Rights entails the search for a uniform common standard of human rights protection. The fundamental and constantly recurring question, therefore, was whether, within the framework of the system of creating European standards and a unified system of protection, there is room for differentiation, and if so, in what areas. The answer to these questions was the concept of margin of appreciation, developed since the 1970s in the jurisprudence of the Council of Europe. In 2012, it was introduced by Protocol 15 of the Council of Europe into the preamble of the Convention. It went from being a jurisprudential institution to one that is rooted in the text of the Convention itself. This underscores the importance attributed to the concept of margin of appreciation in the relationship between the European Court and States, while also seeking to strengthen the principle of subsidiarity. The question that arises in this context is whether the changes introduced by Protocol 15 will have a significant impact on the functioning of the Court and will lead to a change in jurisprudence. Only time will tell. Much depends on how the Court will apply the newly added principles and whether it will give them more weight now that they have been incorporated into the preamble of the Convention.

Keywords: margin of appreciation, human rights, Convention on Human Rights, universality, subsidiarity, proportionality.

Sebastian Sykuna

Uniwersytet Gdański, Polska

sebastian.sykuna@prawo.ug.edu.pl

ORCID: 0000-0002-2582-612X

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.13>

Czy konflikty zbrojne w XXI w. są bardziej humanitarne? Kilka uwag związanych z wojną na Ukrainie

Nikt raczej nie ma wątpliwości, że największą przegraną ludzkości, największą jej porażką jest wojna. Co więcej, to prawdopodobnie w tym okresie, w czasie, kiedy toczy się jakikolwiek konflikt zbrojny, dochodzi do największej liczby naruszeń praw człowieka. Sama bowiem wojna, pomijając ze względu na ramy niniejszego opracowania temat wojny sprawiedliwej, jest emanacją łamania praw człowieka. Tezy te są powszechnie znane, a pomimo to nawet dziś, w zasadzie w sercu Europy, trwa wojna, której konsekwencje są dramatyczne. Dlatego też w tomie dotyczącym aktualnych problemów ochrony praw człowieka nie może zabraknąć odniesienia właśnie do tego konfliktu, który od początku 2022 r. rozgrywa się za polską wschodnią granicą. Szczególnie że od samego początku jego trwania pojawiały się informacje o niedopuszczalnych, z punktu widzenia prawa międzynarodowego, zachowaniach związanych z łamaniem praw człowieka, w tym o torturach.

Społeczność międzynarodowa dość szybko zareagowała na rozpoczętą 24 lutego 2022 r. inwazję Federacji Rosyjskiej na Ukrainę. Już bowiem 4 marca 2022 r. na podstawie rezolucji nr 49/1 Rady Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych powołano Niezależną Międzynarodową Komisję Śledczą ds. Ukrainy (Independent International Commission of Inquiry on Ukraine)¹. W toku dyskusji Wysoka Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka Michelle Bachelet w pierwszej kolejności wskazała, że atak Federacji Rosyjskiej na Ukrainę otwiera nowy i niebezpieczny rozdział w historii świata. Jednocześnie przywołała już pierwsze dane o ofiarach śmiertelnych wśród ludności cywilnej, podając, że większość zginęła w wyniku działań wojskowych z użyciem ciężkiej artylerii i ataków powietrznych. Dodatkowo Wysoka Komisarz, co ma duże znaczenie w zakresie naruszeń praw człowieka, wyraziła niepokój z uwagi na doniesienia o użyciu amunicji kasetowej w stosunku do ludności cywilnej². Jak można było się spodziewać, zupełnie odmienne zdanie wyraziła strona rosyjska. Jej przedstawiciel

¹ Resolution adopted by the Human Rights Council on 4 March 2022, [securitycouncilreport.org](https://www.securitycouncilreport.org) [dostęp: 29.04.2024].

² *Bachelet leads calls for ceasefire in Ukraine during urgent debate at UN rights council*, 3 March 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/03/1113232> [dostęp: 9.06.2024].

Jevgienij Ustinov najpierw obarczył winą władze ukraińskie za sytuację w Donbasie. Następnie wskazywał, że powołanie komisji to marnowanie środków, które można by przeznaczyć na pomoc ludności cywilnej na Ukrainie, a inicjatywa powołania komisji zmierza wyłącznie do jednostronnego obciążenia Rosji za obecną sytuację na Ukrainie³.

Rezolucja nr 49/1 powołująca Niezależną Międzynarodową Komisję Śledczą ds. Ukrainy już w pierwszym swoim punkcie zawierała jasne stanowisko Rady Praw Człowieka ONZ, która w najostrzejszych słowach potępiła („condemns in the strongest possible terms”) wszelkie łamania praw człowieka oraz międzynarodowego prawa humanitarnego przez Federację Rosyjską, wzywając ją do zaprzestania dalszych naruszeń. Jednocześnie powołując w punkcie 11 trzyosobową komisję, Rada Praw Człowieka wyposażyła ją w kompetencje śledcze w zakresie wszelkich naruszeń praw człowieka oraz zbierania i dokumentowania informacji i dowodów w tym zakresie oraz identyfikowania osób i podmiotów odpowiedzialnych za wszelkie naruszenia celem przyszłego ich osądzenia.

W wyniku prac komisji powstały raporty, których treść jednoznacznie potwierdziła wskazane powyżej zarzuty Rady Praw Człowieka. Z uwagi na ramy niniejszego opracowania nie ma potrzeby przywoływania wszystkich informacji, które zaprezentowała komisja. Ważne jest to, że podano w nich, iż podczas konfliktu na Ukrainie strona rosyjska dopuściła się licznych naruszeń praw człowieka, naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego, a także zbrodni wojennych. W konkluzji raportu chociażby z marca 2024 r. komisja jednoznacznie wskazała, że strona rosyjska dopuściła się masowych ataków na ludność cywilną i obiekty cywilne, z naruszeniem międzynarodowego prawa humanitarnego oraz zbrodni wojennych, polegających na torturach, umyślnym zabijaniu, gwałtach, przemocy seksualnej oraz przesiedleniach dzieci, naruszających międzynarodowe prawa człowieka⁴. Co więcej, ustalenia z tego raportu potwierdziły wcześniejsze doniesienia. Komisja już bowiem w latach 2022–2023, wydając uprzednie raporty, wskazywała na tortury jako jedno z wielu naruszeń, których dopuszczała się strona rosyjska. I tak chociażby w konkluzji raportu z września 2023 r. podano, że Federacja Rosyjska „dopuszczała się licznych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego i praw człowieka, oprócz szerokiej gamy zbrodni wojennych, w tym zbrodni wojennej polegającej na nadmiernym przypadkowym zabójstwie, ranieniu lub uszkodzeniu, umyślnych zabójstw, tortur, nieludzkiego traktowania, nielegalnego pozbawiania wolności, gwałtów, a także nielegalnych przesiedleń i deportacji. Komisja ustaliła również, że ataki rosyjskich sił zbrojnych, rozpoczęte 10 października 2022 r., na infrastrukturę energetyczną Ukrainy oraz stosowanie tortur przez władze rosyjskie mogą stanowić zbrodnie przeciwko ludzkości”⁵.

Niestety z ustaleń komisji wynika, że nie tylko strona rosyjska dopuszczała się stosowania tortur. Wprawdzie komisja podkreśliła ich mniejszą skalę, to jednak wskazała,

³ *Human Rights Council to establish Commission of Inquiry on Ukraine*, 4 March 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/03/1113292> [dostęp: 9.06.2024].

⁴ Zob. raport a-hrc-55-66-aev.pdf (ohchr.org [dostęp: 9.06.2024]).

⁵ Zob. raport <https://www.ecoi.net/en/file/local/2089210/G2304973.pdf> (un.org [dostęp: 9.06.2024]).

że również strona ukraińska uciekała się do tortur. I tak chociażby w przywołanym powyżej raporcie z września 2022 r. komisja podała, że „ukraińskie siły zbrojne prawdopodobnie ponoszą odpowiedzialność za naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego i prawa człowieka oraz za niektóre incydenty, które kwalifikują się jako zbrodnie wojenne”, wśród których znalazły się dwa incydenty ranienia i torturowania rosyjskich jeńców wojennych⁶.

Stosowanie tortur zawsze musi budzić sprzeciw, tym niemniej, jak wskazała komisja w raporcie z marca 2024 r., to jednak strona rosyjska wykorzystywała tortury w sposób powszechny i systematyczny („Russian authorities had used torture in a widespread and systematic way”). Dlatego też w swoich raportach, jak chociażby w tym z października 2023 r., komisja wzywała, żeby Federacja Rosyjska natychmiast „zaniechała agresji oraz wszelkich aktów przemocy popełnionych wobec ludności cywilnej w naruszeniu odpowiednich międzynarodowych praw człowieka [...] oraz zakończyła stosowanie tortur, przemocy seksualnej [...] oraz innych form okrutnego traktowania”⁷. Podobne rekomendacje znalazły się w raporcie z marca 2024 r., w którym komisja wprost wezwała Rosję, aby ta „zaniechała agresji oraz wszelkich aktów przemocy popełnionych wobec ludności cywilnej i jeńców wojennych [...] oraz zaprzestała stosowania tortur i innych form okrutnego traktowania zarówno wobec ludności cywilnej, jak i jeńców wojennych”⁸.

Wyniki śledztw podejmowanych przez komisję pokazują smutną prawdę na temat konfliktów zbrojnych. Niezależnie od miejsca na świecie, w którym się on rozgrywa, i niestety niezależnie od czasu wciąż mamy do czynienia z torturami. Pomimo że społeczność międzynarodowa jasno sprzeciwia się zarówno w sferze politycznej, jak i prawnej stosowaniu tortur, to jednak rzeczywistość wojenna pokazuje zupełnie inne oblicze. Dlatego ważne jest, żeby po zakończeniu jakiegokolwiek konfliktu osoby lub podmioty odpowiedzialne za ich stosowanie poniosły odpowiednie konsekwencje. W tym celu należy zawsze dążyć do precyzyjnego określenia zachowań kwalifikowanych jako tortury. Słusznie bowiem wskazał Gail H. Miller, że jest to istotne przynajmniej z trzech powodów. Pierwszy łączy się z koniecznością związania państw i rządów nie tylko jednoznaczną i niepodważalną definicją tortur, ale także taką, którą nie dałoby się manipulować w zależności od partykularnych potrzeb i interesów. Drugi powód dotyczy pewnych gwarancji dla funkcjonariuszy publicznych. To oni szczególnie potrzebują jasnych wskazówek do oceny legalności swojego zachowania. Dzięki precyzyjnej definicji tortur niewątpliwie łatwiej będzie je ocenić i poddać krytycznej analizie. I wreszcie trzeci powód wiąże się z kontrolą poszczególnych rządów przez społeczność międzynarodową. Precyzyjna definicja tortur może bowiem pomóc w łatwiejszym przypisaniu poszczególnym państwom odpowiedzialności za ich stosowanie⁹. Ta ostatnia przyczyna wydaje się najbardziej trafna w kontekście niniejszego

⁶ *Ibidem*.

⁷ Zob. raport A-78-540-En.pdf (ohchr.org [dostęp: 9.06.2024]).

⁸ Zob. raport a-hrc-55-66-aev.pdf (ohchr.org [dostęp: 9.06.2024]).

⁹ G.H. Miller, *Defining Torture*, New York 2005, s. 1.

opracowania. Pomimo że żyjemy w latach dwudziestych XXI w., tortury dalej są stosowane i to nie tylko podczas konfliktów zbrojnych¹⁰.

Co takiego jest zatem w torturach, że wciąż budzą tyle emocji? David Sussman napisał, że tortury należą do kategorii wyjątkowych i jest w nich coś, co odróżnia je od innych rodzajów przemocy, okrucieństwa czy poniżającego traktowania¹¹. Łączą się one z niesamowitym bólem i cierpieniem, które w zależności od wytrzymałości ofiary mogą być tylko pogłębiane przez oprawców. Nawet jeżeli przyjąć za Elaine Scarry, że nie ma języka, który byłby w stanie wyrazić ból¹², to warto, szczególnie w kontekście tortur, o nim mówić i podkreślać jego skutki. Ból powoduje bowiem „nieprzerwany i samoujawniający się przekaz umęczonego ciała”, który „zawiera nie tylko uczucie »moje ciało boli« („my body hurts”), ale i „moje ciało boli mnie/moje ciało rani mnie” („my body hurts me”)¹³. Cierpienie spowodowane torturami wywołuje u człowieka poczucie, że został zdradzony przez własne ciało. Co więcej, cyklicznie i o coraz większym natężeniu zadawany ból nie pozwala cierpiącemu uciec w jego psychikę. Zdrada dotyczy bowiem obu tych płaszczyzn.

W ocenie D. Sussmana, podobnie jak w przypadku przemocy stosowanej wobec dzieci, torturom odpowiada specyficzny rodzaj zła. Nie występuje ono przy innych „skrajnych formach przemocy lub przymusu”, co powoduje, że to właśnie tortury uznaje się za „bardziej odrażające moralnie niż inne sposoby wyrządzania wielkich krzywd fizycznych i psychicznych”¹⁴. Co więcej, nie ma chyba wątpliwości, że taka ocena tortur dotyczy wszelkich ich rodzajów. Bez znaczenia byłby w tym przypadku nawet podstawowy, zaproponowany chociażby przez Henry’ego Shue podział na tortury terrorystyczne (*terroristic torture*) i tortury indagacyjne (*interrogational torture*)¹⁵. Pierwsze z nich dotyczą zadawania ofierze bólu w celu zastraszenia zarówno jej samej, jak i innych ludzi. Były i są one stosowane przez barbarzyńskie reżimy, gdzie dyktatorzy chcą uzyskać ogólny efekt strachu. Tortury indagacyjne mają natomiast służyć wydobywaniu podczas przesłuchania jakichś informacji. Chociaż intuicyjnie tortury terrorystyczne budzą moralnie zdecydowanie większą odrazę, to jednak z punktu widzenia rodzaju zła, które wyrządzają, oba ich rodzaje zasadniczo się nie różnią. Obok tego podziału można wyróżnić także inne rodzaje tortur, jak chociażby tortury sadystyczne (*sadistic torture*) oraz tortury pozbawiające człowieczeństwa (*dehumanising torture*)¹⁶. Pierwsze

¹⁰ Zob. w tym kontekście rozważania S. Sykuny związane z dyskusją dotyczącą tortur po 2001 r. – *idem, Tortury w XXI wieku. Władza publiczna na granicy etyki, polityki i prawa*, Gdańsk 2013.

¹¹ D. Sussman, *What’s Wrong with Torture?*, „Philosophy and Public Affairs” 2005, vol. 33, no. 1, s. 3. Zob. także tłumaczenie tego tekstu na język polski w: D. Sussman, *Co jest złego w torturach?*, przeł. M. Szczubiałka [w:] *Etyka wojny. Antologia tekstów*, red. T. Żuradzki, T. Kuniński, Warszawa 2009, s. 405–433.

¹² E. Scarry, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*, New York–Oxford 1985, s. 13.

¹³ *Ibidem*, s. 47.

¹⁴ D. Sussman, *What’s Wrong...*, s. 3; cyt. za polskim tłumaczeniem: *idem, Co złego jest w torturach?...*, s. 407.

¹⁵ H. Shue, *Torture*, „Philosophy and Public Affairs” 1978, no. 7, s. 132–137.

¹⁶ Ch.W. Tindale, *The Logic of Torture: A Critical Examination*, „Social Theory and Practice” 1996, no. 22, s. 349–374; P. Lenta, *The Purposes of Torture*, „South African Journal of Philosophy” 2006, vol. 25, no. 1, s. 49–51.

z nich wiążą się z odczuciami oprawcy. Jak wskazywał już H. Shue, nietrudno sobie wyobrazić, że w przesłuchującym podczas dokonywania tortur obudzi się swego rodzaju sadyzm¹⁷. Oprawca targany takimi emocjami, jak nienawiść, obrzydzenie, przerażenie czy nawet służalczość wobec swoich przełożonych, może zmienić się w niczym nieopohamowaną bestię, którą niezwykle ciężko będzie zatrzymać w jej działaniu. Ten rodzaj tortur może łączyć się zarówno z torturami terrorystycznymi, jak i indagacyjnymi. Dlatego nie podważa to w żaden sposób swoistej dychotomii zaproponowanej uprzednio przez H. Shue. Sadyzm w oprawcy może się bowiem obudzić nie tylko wtedy, gdy stara się on zastraszyć potencjalnych przeciwników władzy, ale i wówczas, kiedy chce wydobyć odpowiednie informacje od ofiary. Z kolei tortury pozbawiające ofiarę człowieczeństwa miałyby prowadzić do „zmiękczenia” przeciwnika, wymuszenia na nim pokory i uległości¹⁸. Warto wskazać, że w zasadzie każdy rodzaj tortur powoduje skutek w postaci pozbawienia człowieczeństwa czy wręcz godności, jednak przywołanie tego typu tortur odnosi się do wcześniejszego wyróżnienia tortur terrorystycznych, które były ukierunkowane na innych, natomiast tortury pozbawiające ofiarę człowieczeństwa odnosiłyby się głównie do niej.

Niezależnie jednak od powyższych podziałów tortury poprzez gwałt na godności ludzkiej zawsze stanowią zaprzeczenie istoty człowieczeństwa. Potwierdzenie tej oceny, w odniesieniu do każdego przejawu tortur, można znaleźć także w *Katechizmie Kościoła katolickiego*, w którym stwierdzono, że „stosowanie tortur, polegające na przemocy fizycznej lub moralnej w celu uzyskania zeznań, ukarania winnych, zastraszenia przeciwników, zaspokojenia nienawiści, jest sprzeczne z poszanowaniem osoby i godności ludzkiej [...]. Trzeba modlić się za ofiary i ich katów”¹⁹. Szczególnego podkreślenia wymaga wspomnienie przez *Katechizm* o katach. Zważywszy na to, że niektórzy dopuszczają zabicie człowieka, lecz nie godzą się na jego tortury, warto zauważyć, iż przyczyna takiego stanu może znajdować się właśnie po stronie zadającego cierpienie. O ile zadanie śmierci drugiej osobie może czasami łączyć się z utratą godności przez sprawcę, o tyle torturowanie zawsze prowadzi do upokorzenia zarówno ofiary, jak i kata. John Perry pisał wprost, że „tortury wyrządzają zło nie tylko ofiarom, ale i oprawcom. Postrzegając ofiarę jako osobę pozbawioną ludzkiej godności, oprawca podlega moralnemu gwałtowi. Moralny wybór, a potem praktyka zadawania tortur odzierają go z jego własnej, otrzymanej od Boga godności”²⁰. Dlatego zawsze, kiedy dochodzi do ich stosowania, szczególnie podczas konfliktów zbrojnych, społeczność międzynarodowa nie może tego lekceważyć. Co więcej, jeśli tylko istnieje możliwość, należy zrobić wszystko, żeby osoby lub podmioty odpowiedzialne za ich stosowanie, zaraz po zakończeniu konfliktu poniosły należytą odpowiedzialność. Tylko bowiem nieunikniona kara może w przyszłości odstraszyć potencjalnych sprawców.

¹⁷ H. Shue, *Torture...*, s. 134.

¹⁸ Ch.W. Tindale, *The Logic of Torture...*, *passim*.

¹⁹ *Katechizm Kościoła katolickiego*, Poznań 1994, s. 521, Nb 2297 i 2298.

²⁰ J. Perry, *Tortury. Bezpieczeństwo narodowe i normy etyczne*, przeł. W. Gadowski, Kraków 2008, s. 122. Por. także oryginalną wersję tej publikacji – *idem, Torture. Religious Ethics and National Security*, Ottawa 2005.

Niezależnie od prób umniejszania odpowiedzialności przez sprawców, uciekania się przez nich do prób redefiniowania pojmowania tortur zawsze powinno się wracać do dawno wypracowanego przez społeczność międzynarodową konsensusu w tym zakresie. Za podstawowe źródło uniwersalnego rozumienia tortur, przynajmniej w ogólności, uchodzi bowiem definicja ujęta w przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w dniu 12 grudnia 1984 r. Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania²¹. W rozumieniu Konwencji tortury „oznaczają każde działanie, poprzez które jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą. Określenie to nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo”²².

Dodatkowo pomocne w rozumieniu samego pojęcia tortur powinny być podobne definicje zawarte chociażby w art. 7(2) e Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego²³ oraz w art. 2 Międzyamerykańskiej konwencji o zapobieganiu i karaniu tortur z roku 1985. Co więcej, w języku prawnym nie tylko wyrażona jest definicja tortur, ale w zasadzie wszystkie podstawowe dokumenty z zakresu międzynarodowej ochrony praw człowieka zawierają, *expressis verbis*, zakaz ich stosowania²⁴. Po raz pierwszy ujęto go już w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z roku 1948, gdzie w art. 5 wprost wskazano, że nikt nie może być poddany torturom lub okrutnemu, nieludzkiemu albo upokarzającemu traktowaniu lub karaniu. Następnie był on przywoływany w traktatach i to zarówno o charakterze uniwersalnym, jak i regionalnym. W odniesieniu do tych pierwszych warto wskazać na art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, gdzie podano, że „Nikt nie będzie poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu”²⁵. Natomiast w zakresie regionalnej ochrony należy zwrócić uwagę na art. 3 Europejskiej Konwencji

²¹ Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1984 r. (Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378; dalej: Konwencja).

²² Cyt. za oficjalnym tłumaczeniem w języku polskim zawartym w: Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378 (załącznik) oraz za: *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, oprac. M. Balcerzak, Toruń 2007.

²³ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708).

²⁴ P.R. Baehr, *Human Rights. Universality in Practice*, London 2001, s. 23; J.K. Harbury, *Truth, Torture, and the American Way. The history and consequences of U.S. involvement in torture*, Boston 2005, s. 125–127.

²⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167). Cyt. za oficjalnym tłumaczeniem w języku polskim zawartym w: Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 (załącznik) oraz za: *Międzynarodowa ochrona...*

Praw Człowieka („Nikt nie będzie poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu”)²⁶, art. 5 ust. 2 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka („Nikt nie będzie poddany torturom albo okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu”)²⁷ czy też art. 5 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów („Każda osoba będzie miała prawo do poszanowania godności przyrodzonej istocie ludzkiej oraz do uznawania jej statusu prawnego. Wszelkie formy eksploatacji i poniżenia człowieka, w szczególności niewolnictwo, handel niewolnikami, tortury, okrutne, nieludzkie lub poniżające karanie lub traktowanie, będą zakazane”)²⁸.

Również na płaszczyźnie języka powszechnego wydaje się, że problem w odniesieniu do tortur nie istnieje. Raczej nikt nie ma wątpliwości, że dla większości, nawet przeciętnie wrażliwych osób, słowo „tortury” niesie za sobą bardzo negatywny ładunek emocjonalny. Intuicyjnie czujemy, że tortury są czymś złym i tak należy je definiować. Niezwykle trafnie, a zarazem wyzbywając się szczególnie wyrafinowanej formy, określił je R.G. Kennedy, wskazując, że słowo „tortury” jest po prostu brzydkie, tak samo jak historia ich stosowania²⁹.

Dlatego należy zrobić wszystko, aby ta historia nie miała kolejnych odsłon podczas konfliktów zbrojnych, które najprawdopodobniej będą miały miejsce w przyszłości. Ważne jest to, żeby przypominać o standardach, które wypracowała społeczność międzynarodowa w stosunku do tortur. W tym kontekście wszelkie tego typu zachowania należy piętnować z jak największą gorliwością, a wobec osób lub podmiotów dopuszczających się tortur zawsze po zakończeniu konfliktu zastosować odpowiednie konsekwencje prawne i polityczne. Trudno bowiem we współczesnych konfliktach doszukiwać się szczególnego usprawiedliwienia lub odnosić je do stanów najwyższego zagrożenia³⁰. Z tych względów obowiązkiem społeczności międzynarodowej jest potępienie i karanie za stosowanie tortur podczas wojny.

Literatura

Bachelet leads calls for ceasefire in Ukraine during urgent debate at UN rights council, 3 March 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/03/1113232>.

²⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284). Cyt. za oficjalnym tłumaczeniem w języku polskim zawartym w: Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 (załącznik) oraz za: *Międzynarodowa ochrona...*

²⁷ Cyt. za: *Międzynarodowa ochrona...*

²⁸ Cyt. za: *ibidem*.

²⁹ R.G. Kennedy, *Torturing Terrorists: Sometimes Justified [w:] You Decide! 2007. Current Debates in American Politics*, ed. J.T. Rourke, London 2007, s. 9.

³⁰ Co do stanu najwyższego zagrożenia zob. publikacje M. Walzera: *idem, Political Action: The Problem of Dirty Hands*, „Philosophy and Public Affairs” 1973, vol. 2, no. 2, s. 160–180; *idem, Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, London 2000; *idem, Arguing About War*, New Haven 2004. Zob. także polskie wydania wskazanych książek: M. Walzer, *Wojny sprawiedliwe i niesprawiedliwe. Rozważania natury moralnej z uwzględnieniem przykładów historycznych*, przeł. M. Szczubińska, Warszawa 2010 oraz *idem, Spór o wojnę*, przeł. Z. Zinserling, Warszawa 2006.

- Baehr P.R., *Human Rights. Universality in Practice*, London 2001.
- Harbury J.K., *Truth, Torture, and the American Way. The history and consequences of U.S. involvement in torture*, Boston 2005.
- Human Rights Council to establish Commission of Inquiry on Ukraine, 4 March 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/03/1113292>.
- Katechizm Kościoła katolickiego, Poznań 1994.
- Kennedy R.G., *Torturing Terrorists: Sometimes Justified [w:] You Decide! 2007. Current Debates in American Politics*, ed. J.T. Rourke, London 2007.
- Lenta P., *The Purposes of Torture*, „South African Journal of Philosophy” 2006, vol. 25, no. 1.
- Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł, oprac. M. Balcerzak, Toruń 2007.
- Miller G.H., *Defining Torture*, New York 2005.
- Perry J., *Torture. Religious Ethics and National Security*, Ottawa 2005.
- Perry J., *Tortury. Bezpieczeństwo narodowe i normy etyczne*, przeł. W. Gadowski, Kraków 2008.
- Scarry E., *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*, New York–Oxford 1985.
- Shue H., *Torture*, „Philosophy and Public Affairs” 1978, no. 7.
- Sussman D., *Co jest złego w torturach?*, przeł. M. Szczubiałka [w:] *Etyka wojny. Antologia tekstów*, red. T. Żuradzki, T. Kuniński, Warszawa 2009.
- Sussman D., *What's Wrong with Torture?*, „Philosophy and Public Affairs” 2005, vol. 33, no. 1.
- Sykuna S., *Tortury w XXI wieku. Władza publiczna na granicy etyki, polityki i prawa*, Gdańsk 2013.
- Tindale Ch.W., *The Logic of Torture: A Critical Examination*, „Social Theory and Practice” 1996, no. 22.
- Walzer M., *Arguing About War*, New Haven 2004.
- Walzer M., *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, London 2000.
- Walzer M., *Political Action: The Problem of Dirty Hands*, „Philosophy and Public Affairs” 1973, vol. 2, no. 2.
- Walzer M., *Spór o wojnę*, przeł. Z. Zinserling, Warszawa 2006.
- Walzer M., *Wojny sprawiedliwe i niesprawiedliwe. Rozważania natury moralnej z uwzględnieniem przykładów historycznych*, przeł. M. Szczubiałka, Warszawa 2010.

Streszczenie

Sebastian Sykuna

Czy konflikty zbrojne w XXI wieku są bardziej humanitarne?

Kilka uwag związanych z wojną na Ukrainie

W artykule autor opisuje naruszenia prawa człowieka, do jakich dochodzi podczas trwającej od roku 2022 wojny na Ukrainie. Z raportów przygotowanych przez Niezależną Międzynarodową Komisję Śledczą ds. Ukrainy wynika, że to głównie strona rosyjska dopuściła się licznych naruszeń, w tym szczególnie tortur i to zarówno wobec cywili, jak i wojskowych. Autor nie tylko przedstawia i analizuje wybrane raporty, ale także odnosi się do etycznych aspektów samych tortur oraz ich pojmowania, wskazując, że wciąż są one aktualnym problemem w zakresie ochrony praw człowieka.

Słowa kluczowe: wojna, tortury, ochrona praw człowieka.

Summary

Sebastian Sykuna

Are Armed Conflicts in the 21st Century More Humane? Some Remarks on the War in Ukraine

In the article, the author describes human rights violations that have occurred during the ongoing war in Ukraine since 2022. Reports prepared by the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine indicate that the Russian side, in particular, has committed numerous violations, including torture, affecting both civilians and military personnel. The author not only presents and analyzes selected reports but also explores the ethical aspects of torture itself and its perception, indicating that it continues to be a significant issue in the field of human rights protection.

Keywords: war, torture, human rights protection.

Marcin Wiącek

Uniwersytet Warszawski, Polska

m.wiacek@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-7058-0106

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.14>

Europejska Konwencja Praw Człowieka przed Trybunałem Konstytucyjnym. O kontroli konstytucyjności umów międzynarodowych i skutkach orzeczeń TK

1. Inspiracją do napisania niniejszego tekstu stały się orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK lub Trybunał), w których stwierdzono zakresową niekonstytucyjność art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹. Po ich lekturze nasuwają się bardziej ogólne pytania co do kompetencji polskiego TK do kontroli konstytucyjności umów międzynarodowych, a także co do skutków takich orzeczeń dla praktyki sądowej². Poza zakresem opracowania pozostaje kwestia składu orzekającego Trybunału Konstytucyjnego i tego, jaki jest skutek uczestniczenia w składzie orzekającym osób wybranych do TK z naruszeniem standardów wynikających z wyroków Trybunału z grudnia 2015 r.

2. Dnia 24 listopada 2021 r. Trybunał Konstytucyjny wydał wyrok (K 6/21, Dz. U. poz. 2161) stwierdzający, że art. 6 ust. 1 EKPCz jest niezgodny z Konstytucją RP³ – po pierwsze – w zakresie, w jakim pojęciem sądu użytym w tym przepisie obejmuje Trybunał Konstytucyjny, oraz – po drugie – w zakresie, w jakim przyznaje Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka (dalej: ETPCz) kompetencję do oceny legalności wyboru sędziów TK. Impulsem do wydania tego wyroku TK był wyrok ETPCz z dnia 7 maja 2021 r. w sprawie *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce* (skarga nr 4907/18).

W dniu 10 marca 2022 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł (K 7/21, Dz. U. poz. 643) o niekonstytucyjności art. 6 ust. 1 EKPCz w zakresie, w jakim – po pierwsze – pojęciem „praw i obowiązków o charakterze cywilnym” obejmuje podmiotowe prawo sędziego

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej: EKPCz lub Konwencja).

² Przypadki, w których w innych niż Polska krajach dochodziło do prób sądowego podważania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka lub orzeczeń ETPCz, omawia I.C. Kamiński – zob. *idem*, *Konstytucja krajowa (prawo krajowe) jako przeszkoda w wykonaniu i uwzględnieniu orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – uwagi o wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 6/21*, EPS 2022, nr 8, s. 4 i nn.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej: Konstytucja RP lub ustawa zasadnicza).

do zajmowania funkcji administracyjnej w strukturze sądownictwa powszechnego w polskim systemie prawnym oraz – po drugie – przy ocenie spełnienia warunku „sądu ustanowionego ustawą” dopuszcza pomijanie przez ETPCz lub sądy krajowe przepisów Konstytucji RP, ustaw oraz wyroków polskiego Trybunału Konstytucyjnego, umożliwia samodzielne kreowanie norm dotyczących procedury nominacyjnej sędziów sądów krajowych przez ETPCz lub sądy krajowe w procesie wykładni Konwencji, upoważnia ETPCz lub sądy krajowe do dokonywania oceny zgodności z Konstytucją RP i Konwencją ustaw dotyczących ustroju sądownictwa, właściwości sądów oraz ustawy określającej ustrój, zakres działania, tryb pracy i sposób wyboru członków Krajowej Rady Sądownictwa.

Impulsem do wydania tego wyroku TK były wyroki ETPCz: z dnia 29 czerwca 2021 r. w sprawie *Broda i Bojara przeciwko Polsce* (skargi nr 26691/18 i 27367/18), z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce* (skarga nr 43447/19), z dnia 8 listopada 2021 r. w sprawie *Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce* (skargi nr 49868/19 i 57511/19) oraz z dnia 3 lutego 2022 r. w sprawie *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce* (skarga nr 1469/20).

Powyższe wyroki Trybunału Konstytucyjnego można zaliczyć do grupy orzeczeń tego organu, których celem było zablokowanie możliwości odwoływania się przez polskie sądy do niektórych orzeczeń europejskich trybunałów – Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) i ETPCz – wskazujących na naruszenie przez Polskę standardów prawa do sądu i rzetelnego procesu w związku z wyborem trzech sędziów TK w grudniu 2015 r. oraz w związku z reformami w obszarze władzy sądowniczej, z których najważniejszą była dokonana w 2017 r. zmiana zasad kształtowania składu Krajowej Rady Sądownictwa⁴.

3. Rozważania należy rozpocząć od stwierdzenia, że Trybunał Konstytucyjny posiada kompetencję do dokonywania następczej kontroli konstytucyjności umów międzynarodowych. Wynika to z art. 188 pkt 1 Konstytucji RP. Przepis ten jest ponadto potwierdzeniem zasady nadrzędności Konstytucji RP (art. 8 ust. 1) względem umów międzynarodowych.

Podstawowym zadaniem TK przystępującego do kontroli konstytucyjności zaskarżonego przepisu prawa jest ustalenie treści normy będącej przedmiotem kontroli. Trybunał z reguły czyni to na podstawie praktyki stosowania zakwestionowanego przepisu, o ile taka istnieje. Zazwyczaj polega to na analizie orzecznictwa sądowego. TK przyjmuje, że jeśli określone rozumienie przepisu utrwaliło się w praktyce – zwłaszcza popartej uchwałami Sądu Najwyższego (dalej: SN) czy Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA) – to właśnie takie rozumienie przesądza o treści kontrolowanej normy prawnej⁵. Można więc powiedzieć, że w pewnym sensie wyrok TK stanowi w takich przypadkach pośrednią kontrolę linii orzecniczej czy nawet konkretnych

⁴ Por. A. Wyrozumska, *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego w sprawach K 3/21 oraz K 6/21 w świetle prawa międzynarodowego*, EPS 2021, nr 12, s. 27 i nn.

⁵ Zob. np. wyrok TK z dnia 28 października 2003 r., P 3/03, Dz. U. Nr 186, poz. 1823.

orzeczeń, tj. uchwał kształtujących sposób rozumienia kontrolowanego przepisu⁶. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego nie wywołuje jednak automatycznego skutku wobec orzeczeń sądowych, które zostały wydane na podstawie niekonstytucyjnego przepisu lub wykładni, jaka została zdyskwalifikowana przez TK. Będzie o tym jeszcze mowa w dalszej części niniejszego opracowania.

Wyroki TK, o których była mowa na wstępie, zostały wydane, bazując na takiej samej technice służącej odtworzeniu przedmiotu kontroli, jak ma to miejsce w przypadku przepisów prawa krajowego. Trybunał uznał, że posiada kompetencję do skontrolowania art. 6 Konwencji w rozumieniu ukształtowanym w orzecznictwie ETPCz i do sformułowania sentencji wyroku w taki sposób, aby wykluczyć możliwość stosowania w Polsce określonych norm, wywiedzionych z EKPCz przez Trybunał w Strasburgu. Takie podejście jest błędne, gdyż nie uwzględnia specyfiki sprawy, w której kontrola konstytucyjności dotyczy umowy międzynarodowej⁷.

4. Nieporozumienie wynika stąd, że ustalając zakres kompetencji TK do badania umów międzynarodowych oraz skutki orzeczeń Trybunału w takich sprawach, należy uwzględniać nie tylko zasadę nadrzędności Konstytucji RP (art. 8 ust. 1), ale również zasadę, zgodnie z którą Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji RP). Ostatnio wskazany przepis modyfikuje treść kompetencji TK do kontroli konstytucyjności prawa.

Jest to związane z faktem, że cechą prawa międzynarodowego – zwłaszcza wielostronnych umów międzynarodowych – jest to, iż państwa będące stronami traktatu nie posiadają nieograniczonej swobody w ustalaniu jego treści w praktyce stosowania prawa, o ile nie chcą narazić się na zarzut naruszenia swoich zobowiązań międzynarodowych. Jak to celnie ujął TK w orzeczeniu dotyczącym polsko-amerykańskiej umowy o ekstradycji, „podczas interpretacji umowy międzynarodowej należy stosować metody interpretacji i narzędzia semantyczne wykształcone w ramach doktryny autonomicznej wykładni w prawie międzynarodowym, w celu ustalenia zgodnej woli państw-stron. W ten sposób unika się sytuacji, że umowa międzynarodowa ma inną treść w każdym ze stosujących ją państw”⁸. Nie powinno więc być tak, że w państwach będących stronami umowy międzynarodowej z jej przepisów wywodzi się odmienne treści. Jest to dyrektywa adresowana do wszystkich organów państwa, w tym do sądów konstytucyjnych. W Polsce jej źródłem jest art. 9 Konstytucji RP.

⁶ Zob. np. wyrok TK z dnia 28 stycznia 2003 r., SK 37/01, Dz. U. Nr 24 poz. 201.

⁷ Na marginesie można odnotować niekonsekwencję w orzecznictwie TK dotyczącą znaczenia prawnego orzeczeń ETPCz będących przyczyną wydania analizowanych wyroków. W niektórych orzeczeniach TK przyjmował, że wyrok ETPCz w sprawie *Xero Flor* jest „nieistniejący” (*sententia non existens*; zob. np. postanowienie TK z dnia 15 czerwca 2021 r., P 7/20, M.P. poz. 557). Tymczasem w sprawie K 6/21 ten sam wyrok został potraktowany – w zasadzie bazując na identycznej argumentacji – jako przesądający o treści normy wynikającej z art. 6 EKPCz. Trudno o racjonalne wyjaśnienie tej rozbieżności w sposób inny niż próba poszukiwania argumentów i formuł prawnych, których skutkiem miałyby być zablokowanie możliwości stosowania tego orzeczenia ETPCz przez sądy i inne organy władzy publicznej.

⁸ Wyrok TK z dnia 21 września 2011 r., SK 6/10, Dz. U. Nr 217, poz. 1293.

W konsekwencji z perspektywy prawa międzynarodowego wykluczone jest, aby na skutek działania krajowych organów władzy publicznej ta sama umowa międzynarodowa była inaczej rozumiana w państwach, które są jej stronami. Sytuacja taka byłaby trudna do pogodzenia z pryncypiami, na jakich opiera się prawo traktatów. Zasada ta powinna być uwzględniana również w toku interpretacji przepisów Konstytucji RP określających zakres kompetencji TK i skutki orzeczeń tego organu. Wymaga tego art. 9 ustawy zasadniczej.

Należy dodać, że organy działające na podstawie prawa międzynarodowego, w tym międzynarodowe trybunały, nie są prawnie zobowiązane do respektowania orzecznictwa krajowych instytucji sądowych, w tym sądów konstytucyjnych, ani nie są związane tym orzecznictwem. Rozstrzyganie pojawiających się rozbieżności między orzecznictwem sądów krajowych i międzynarodowych jest co do zasady kwestią z obszaru polityki zagranicznej.

5. Z punktu widzenia przedstawionego wyżej standardu szczególne znaczenie ma okoliczność, że istnieją umowy międzynarodowe ustanawiające pewne zasady dotyczące wykładni ich postanowień. Sprowadzają się one do tego, że instytucjami upoważnionymi do wykładni postanowień niektórych umów są międzynarodowe organy sądowe. W takich sytuacjach prawo międzynarodowe wyłącza lub ogranicza swobodę krajowego sądu w zakresie interpretacji postanowień traktatu⁹. Oczywiście chodzi tu o TSUE i ETPCz. W przypadku TSUE norma taka wynika z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁰, a w przypadku ETPCz – z art. 32 Konwencji. Można powiedzieć, że Polska, stając się członkiem UE czy Rady Europy, zaakceptowała to, że ostatni głos w procesie interpretacji prawa europejskiego czy EKPCz będzie należał nie do polskich organów władzy publicznej, w tym sądowniczej, lecz do organów międzynarodowych. Podkreślił to m.in. TK, oceniając konstytucyjność podstaw prawnych przystąpienia Polski do UE. W wyroku z dnia 11 maja 2005 r. (K 18/04, Dz. U. Nr 86, poz. 744) Trybunał wyjaśnił, że „[r]atyfikując Traktat akcesyjny oraz Akt dotyczący warunków przystąpienia, Rzeczpospolita Polska zaakceptowała podział funkcji w ramach systemu organów Wspólnot i Unii Europejskiej. Elementem tego podziału pozostaje przypisanie interpretacji prawa wspólnotowego i troski o jej jednolitość Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich”. Podobny sposób rozumowania należy odnieść do EKPCz i zawartej w tej umowie międzynarodowej klauzuli wskazującej, że to ETPCz jest organem właściwym do rozpoznania wszystkich spraw dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji i jej protokołów. Organy krajowe są zatem związane wykładnią Konwencji przyjętą w orzecznictwie ETPCz¹¹.

Wynika z tego, że treść art. 188 w zw. z art. 9 Konstytucji RP należy odczytywać w taki sposób, że TK, korzystając ze swoich kompetencji, nie może – po pierwsze – przyjmować

⁹ Zob. A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 365–366.

¹⁰ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2007 r. – wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE C 202 z 07.06.2016, s. 47).

¹¹ Zob. I. Kondak, *Komentarz do art. 32 EKPCz [w:] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom II*, red. L. Garlicki, Warszawa 2011, s. 103.

takiej wykładni EKPCz, która byłaby sprzeczna z orzecznictwem ETPCz (np. ustalając przedmiot czy wzorzec kontroli krajowego aktu normatywnego), oraz – po drugie – wydać orzeczenia, które zmierzałoby do podważenia zasady wyłącznej kompetencji ETPCz do dokonywania wykładni Konwencji. Również bowiem TK jest adresatem art. 32 EKPCz. Przepis ten powinien być współstosowany z art. 188 pkt 1 Konstytucji RP przy odczytywaniu zakresu właściwości TK do kontroli konstytucyjności umów międzynarodowych, a także z art. 190 Konstytucji RP, określającym skutki wyroków Trybunału.

6. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że z art. 9 Konstytucji RP, odczytywanego w zw. z art. 32 EKPCz, wynika norma, zgodnie z którą dopóki Polska jest stroną EKPCz, dopóty wyrok krajowego organu władzy publicznej, w tym Trybunału Konstytucyjnego, nie może doprowadzić do podważenia mocy wiążącej, jaką wobec Polski mają orzeczenia ETPCz i zawarta w nich wykładnia Konwencji¹². Norma, o której mowa, znajduje zastosowanie również w postępowaniu sądowym, zwłaszcza w tych sprawach, w których sądy oceniają skutek wyroku TK dla rozstrzygnięcia sporu.

Oczywiście w tym miejscu powstaje pytanie, jak taka teza ma się do zasady nadrzędności Konstytucji RP. Niniejsze opracowanie nie jest miejscem na szerszą ocenę, czy rzeczywiście treści wyprowadzone przez ETPCz we wskazanych na wstępie wyrokach naruszają polską Konstytucję. Niemniej jednak, nawet jeśli przyjęlibyśmy hipotetycznie takie założenie, to w dalszym ciągu nie oznaczałoby, że TK jest upoważniony do „wykrojenia” ze skutkiem powszechnie obowiązującym niekonstytucyjnej treści z przepisu Konwencji. Wszak jedną z naczelnych zasad prawa międzynarodowego, którymi Polska jest związana na mocy art. 9 Konstytucji RP, jest nakaz interpretowania umów międzynarodowych w dobrej wierze i z poszanowaniem zasady efektywności oraz celu, jaki przyświecał twórcom traktatu¹³. Celem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka było wprowadzenie wspólnych standardów ochrony praw człowieka w państwach będących członkami Rady Europy, które to standardy są definiowane w sposób wiążący dla tych państw w orzecznictwie ETPCz. Wartości, o których mowa, zostały wyrażone przede wszystkim w art. 32 i art. 46 ust. 1 Konwencji. Należy też podkreślić, że w preambule do Konwencji jest mowa o tym, iż „celem Rady Europy jest osiągnięcie większej jedności jej członków”, a „jednym ze sposobów osiągnięcia tego celu jest ochrona oraz rozwój praw człowieka i podstawowych wolności”.

Przyjęcie, że wyrok TK mógłby wywołać następstwa polegające na wyłączeniu stosowania pewnych norm wywiedzionych przez ETPCz z Konwencji, prowadziłoby do naruszenia preambuły, art. 32 Konwencji, a także jej art. 46 ust. 1, zobowiązującego państwa-strony Konwencji do przestrzegania ostatecznych wyroków ETPCz. Dodajmy, że oba te przepisy są objęte domniemaniem konstytucyjności i – co więcej – mają one fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zasad członkostwa Polski w Radzie

¹² Por. wyrok ETPCz z dnia 23 listopada 2023 r. w sprawie *Wałęsa przeciwko Polsce*, skarga nr 50849/21, HUDOC, § 142–144.

¹³ Zob. M. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, przeł. J.J. Gojło *et al.*, wyd. 2 popr., Poznań 2006, s. 539–541.

Europy¹⁴. Również tę okoliczność sądy zobowiązane są uwzględniać w procesie wymierzania sprawiedliwości.

Sposobem uchylenia ciężącego na państwie i jego organach obowiązku wykonywania orzeczeń ETPCz i stosowania Konwencji w sposób ustalony w orzecznictwie tego Trybunału byłoby wypowiedzenie Konwencji albo doprowadzenie do jej zmiany w trybie określonym w międzynarodowym prawie traktatów i Konstytucji RP¹⁵. Przepisy ustawy zasadniczej, w tym przepisy dotyczące kompetencji TK i skutków orzeczeń tego organu, nie powinny być interpretowane w sposób uzasadniający istnienie sytuacji, w której – z jednej strony – Polska jest mocą własnej suwerennej decyzji członkiem Rady Europy, pozostaje związana Konwencją i obowiązkiem wykonywania wyroków ETPCz, a z drugiej strony – na poziomie krajowym istnieje zakaz wykonania określonego orzeczenia czy grupy orzeczeń tego Trybunału. Wykładnia przepisów Konstytucji RP powinna wykluczać powstanie tego typu paradoksu, sprzecznego z założeniami, na których opiera się prawo międzynarodowe i członkostwo Polski w Radzie Europy. Nie można więc interpretować Konstytucji RP w sposób przyznający Trybunałowi Konstytucyjnemu kompetencję do pozbawienia organów władzy publicznej, w szczególności sądów, upoważnienia do stosowania Konwencji w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie ETPCz¹⁶.

7. Należy dodać, że polski TK nie jest upoważniony do kontroli konstytucyjności aktów stosowania prawa, w tym orzeczeń sądowych. W związku z tym od lat wiele wątpliwości budziło wydawanie przez Trybunał wyroków, których celem było kwestionowanie linii orzeczniczych czy nawet konkretnych orzeczeń sądowych. Dość wspomnieć o kontrowersjach, jakie towarzyszyły wydawaniu tzw. wyroków interpretacyjnych czy aplikacyjnych¹⁷. Z kolei w ostatnim czasie TK podejmuje próby podważania orzeczeń sądowych również w procedurze sporów kompetencyjnych, czy wręcz dokonując bezpośredniej kontroli konstytucyjności uchwał SN¹⁸. Tego typu działania prowokują do stawiania Trybunałowi zarzutów przekraczania swoich kompetencji lub co najmniej obchodzenia konstytucyjnych przepisów wyznaczających kompetencje TK. W konsekwencji w orzecznictwie pojawiają się poglądy, że takim orzeczeniom Trybunału nie

¹⁴ Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa traktatów państwa nie mogą powoływać się na prawo wewnętrzne – w tym konstytucyjne – w celu uniknięcia wywiązania się ze zobowiązań płynących z umowy międzynarodowej (art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439).

¹⁵ Jak się wydaje, teoretycznie nie można również wykluczyć złożenia przez państwo zastrzeżenia do umowy międzynarodowej lub tzw. deklaracji interpretacyjnej.

¹⁶ Zob. L. Garlicki, *Stosowanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka przez sądy krajowe a podporządkowanie sędziego Konstytucji i ustawie*, EPS 2023, nr 11, s. 10–11.

¹⁷ Zob. np. J. Jaworski, *Wyroki aplikacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, nr 3, s. 89 i nn.; uchwała SN z dnia 17 grudnia 2009 r., III PZP 2/09, OSP 2010, z. 10, poz. 103.

¹⁸ Zob. wyrok TK z dnia 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, M.P. poz. 376 i postanowienie TK z dnia 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, M.P. poz. 379. Zob. P. Tuleja, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r.*, PiP 2020, z. 10, s. 58.

przysługuje moc powszechnie obowiązująca (art. 190 ust. 1 Konstytucji RP), a więc sądy nie są związane ich sentencjami i tym bardziej uzasadnieniami¹⁹.

Wracając do głównego wątku, należy odnotować, że wyroki TK w sprawach, o których była mowa na wstępie, zmierzały do tego, aby ubezskuteczyć konkretne orzeczenia ETPCz czy – szerzej rzecz ujmując – do tego, aby wykluczyć możliwość stosowania w Polsce przepisów Konwencji w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie Trybunału w Strasburgu. Chodzi również o orzeczenia ETPCz wydane w przyszłości na podstawie analogicznej wykładni Konwencji²⁰. Jednoznacznie wynika to z treści uzasadnień tych orzeczeń²¹. Wskazanymi na wstępie orzeczeniami Trybunał *de facto* przeprowadził kontrolę – po pierwsze – kompetencji ETPCz do dokonania takiej, a nie innej wykładni art. 6 ust. 1 EKPCz oraz – po drugie – ocenił konstytucyjność wyroków ETPCz. Nie zmienia tego sposób, w jaki sformułowano sentencję, polegający na stworzeniu pozorów kontroli konstytucyjności przepisów prawnych. Uzasadnienia wyroków TK, zwłaszcza odczytywane w kontekście wniosków inicjujących postępowania w obu sprawach, nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że taka właśnie intencja przyświecała Trybunałowi²².

Uprawnia to do stwierdzenia, że analizowane w niniejszym opracowaniu wyroki TK zostały wydane poza kompetencjami, jakie Konstytucja RP przyznaje temu organowi. Prawidłowym rozstrzygnięciem było umorzenie postępowania z uwagi na niedopuszczalność orzekania wynikające z tego, że rzeczywistym celem wnioskodawców nie była kontrola norm, lecz konkretnych rozstrzygnięć ETPCz. Tymczasem Trybunał Konstytucyjny nie sprzeciwił się takiemu zabiegowi i, pod pozorem realizacji kompetencji do kontroli konstytucyjności prawa, zamierzał osiągnąć efekt wykluczony przez Konstytucję RP, tj. zablokowanie możliwości sądowego stosowania wyroków ETPCz. Jest to dosyć oczywisty przykład próby obejścia Konstytucji RP²³.

8. Kolejną kwestią, którą trzeba odnotować, jest sposób skonstruowania przez TK przedmiotu kontroli. W cytowanych na wstępie sentencjach wyroków Trybunał przyjął założenie, że z art. 6 ust. 1 EKPCz wynikają pewne treści, a mianowicie że przepis ten:

¹⁹ Por. np. uchwała SN z dnia 5 kwietnia 2022 r., III PZP 1/22, OSNP 2022, nr 10, poz. 95; uchwała SN z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22, OSNK 2022, nr 6, poz. 22. Należy dodać, że z uwagi na fakt, iż publikacji w Dzienniku Urzędowym podlega tylko sentencja orzeczenia TK, sąd nigdy nie jest związany uzasadnieniem takiego orzeczenia (zob. np. uchwała NSA z dnia 10 stycznia 2011 r., I OPS 3/10, ONSAiWSA 2011, nr 2, poz. 23).

²⁰ Por. E. Łętowska, *Dyskurs prawniczy w Polsce: miejsce i znaczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, EPS 2023, nr 11, s. 18.

²¹ Zob. zwłaszcza fragment uzasadnienia wyroku z dnia 10 marca 2022 r. (K 7/21), w którym stwierdza się, że cztery wskazane tam wyroki ETPCz „nie posiadają dla państwa polskiego atrybutu przewidzianego art. 46 Konwencji (obowiązku wykonalności), jako wydane na podstawie leżącej poza zakresem prawnych zobowiązań państwa”.

²² Zob. A. Wyrozumska, *Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (K 6/21) dotyczący orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Xero Flor, które rzekomo „nie istnieje”*, EPS 2023, nr 2, s. 5.

²³ Por. W. Brzozowski, *Obejście konstytucji*, PiP 2014, z. 9, s. 8.

- „przyznaje Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka kompetencję do oceny legalności wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego”;
- „dopuszcza pomijanie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka lub sądy krajowe przepisów Konstytucji, ustaw oraz wyroków polskiego Trybunału Konstytucyjnego”;
- „umożliwia samodzielne kreowanie norm dotyczących procedury nominacyjnej sędziów sądów krajowych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka lub sądy krajowe w procesie wykładni Konwencji”;
- „upoważnia Europejski Trybunał Praw Człowieka lub sądy krajowe do dokonywania oceny zgodności z Konstytucją i Konwencją ustaw dotyczących ustroju sądownictwa, właściwości sądów oraz ustawy określającej ustrój, zakres działania, tryb pracy i sposób wyboru członków Krajowej Rady Sądownictwa”.

Niniejsze opracowanie nie jest miejscem na omawianie treści art. 6 ust. 1 Konwencji. Z pewnością jednak przepis ten nie przyznaje jakichkolwiek kompetencji czy upoważnień ETPCz ani sądom krajowym. Nie jest to bowiem przepis kompetencyjny, ale przepis wyrażający prawo człowieka. Kompetencje ETPCz i sądów krajowych wynikają z zupełnie innych regulacji międzynarodowych i krajowych.

Poza tym niektóre ze wskazanych fragmentów sentencji zawierają błędy merytoryczne. Przykładowo trudno jest wskazać, z jakiego powodu organom międzynarodowym, takim jak ETPCz, należałoby czynić zarzut związany z „pomijaniem [...] zgodności przepisów Konstytucji, ustaw oraz wyroków polskiego Trybunału Konstytucyjnego”. Uznanie, że organy międzynarodowe stosują, czy powinny stosować, prawo krajowe lub orzeczenia krajowe, byłoby całkowitym nieporozumieniem. Ponadto nie wiadomo, z jakich przyczyn czymś niedopuszczalnym miałyby być ocenianie przez sądy krajowe przepisów ustaw z Konwencją czy Konstytucją. Gdy chodzi o zgodność z Konwencją, to jest to przecież wprost przewidziane w art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, a gdy chodzi o zgodność z ustawą zasadniczą, to choćby jej art. 193 jednoznacznie dopuszcza sformułowanie przez sąd takiej oceny i przedstawienie jej do zweryfikowania Trybunałowi Konstytucyjnemu w formie pytania prawnego.

Trudno więc wyjaśnić, jakie znaczenie prawne należy przypisać przywołanym fragmentom sentencji. Odnoszą się one bowiem do norm, które bądź w ogóle nie wynikają ze wskazanego w sentencji przepisu będącego przedmiotem kontroli, bądź też zawierają tezy oparte na nieporozumieniach, a wręcz błędach merytorycznych z zakresu prawoznawstwa i prawa konstytucyjnego. Nie sposób więc uznać, aby te fragmenty miały jakiegokolwiek znaczenie prawne²⁴.

9. Powstaje w tym miejscu pytanie, jaki skutek prawny – zwłaszcza dla orzecznictwa sądowego – mają wskazane na wstępie wyroki TK. Niestety twórcy polskiej Konstytucji,

²⁴ Podobne wątpliwości co do treści sentencji wywołuje wyrok TK z dnia 7 października 2021 r., K 3/21, Dz. U. poz. 1852 – por. M. Florczak-Wątor, *(Nie)skuteczność wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7.10.2021, K 3/21. Ocena znaczenia orzeczenia z perspektywy prawa konstytucyjnego*, EPS 2021, nr 12, s. 10–11.

przyznając Trybunałowi kompetencję do kontrolowania umów międzynarodowych, nie dostrzegli potrzeby jednoznacznego określenia skutków wyroku Trybunału o niekonstytucyjności przepisu takiej umowy. Wydaje się bowiem oczywiste, że TK nie może samodzielnie doprowadzić do utraty mocy obowiązującej traktatu lub jego poszczególnych postanowień, tak jak ma to miejsce w przypadku aktów prawa krajowego. Wszak moc obowiązująca umowy międzynarodowej wywodzi się z woli państw-stron takiej umowy, a ponadto TK nie jest konstytucyjnie upoważniony do podjęcia w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej decyzji równoznacznej w swoich skutkach w obszarze prawa międzynarodowego z wypowiedzeniem umowy, złożeniem zastrzeżenia czy deklaracji interpretacyjnej. Ponadto, o czym była już mowa, orzeczenie TK nie posiada mocy prawnej względem organizacji międzynarodowych czy organów sądowych działających w ramach tych organizacji.

Analizując tę kwestię, TK wyraził przed laty pogląd, że stwierdzenie niekonstytucyjności rozporządzenia UE oznaczałoby „pozbawienie aktów unijnego prawa pochodnego możliwości stosowania przez organy polskie i wywierania skutków prawnych w Polsce. Skutkiem wyroku Trybunału Konstytucyjnego byłoby zatem zawieszenie stosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niezgodnych z Konstytucją norm prawa unijnego”²⁵. Jestem zdania, że takiego podejścia nie należy odnosić do umowy międzynarodowej, skoro nie zostało to wprost przesądzone w Konstytucji RP. Tym bardziej TK, o czym była już mowa, nie ma kompetencji do pozbawienia mocą swojego wyroku skutku prawnego wywołanego przez konkretne orzeczenie lub grupę orzeczeń międzynarodowego organu sądowego, w tym ETPCz.

Nie można bowiem domniemywać, że wyrok TK, realizujący zasadę nadrzędności Konstytucji, mógłby równocześnie prowadzić do następstw niedających się w sposób fundamentalny pogodzić z art. 9 Konstytucji RP. Tego typu wniosek mógłby być uzasadniony tylko wówczas, gdyby Konstytucja RP dawała do tego wyraźną podstawę²⁶. W konsekwencji wyważenie wchodzących w grę wartości, służące zapewnieniu zgodności prawa międzynarodowego z Konstytucją RP, jest zadaniem innych organów władzy publicznej – ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Przykładowo wyrok TK o niekonstytucyjności umowy międzynarodowej można by potraktować jako uzasadnienie podjęcia przez Radę Ministrów określonych czynności z zakresu polityki zagranicznej (np. zmierzających do zmiany spornego postanowienia traktatowego) albo przedstawienia Sejmowi projektu ustawy o wyrażeniu zgody na wypowiedzenie umowy międzynarodowej. Na marginesie warto wspomnieć, że w praktyce nie jest niczym nadzwyczajnym, iż istnieją takie wyroki TK, które nie wywołują bezpośrednich skutków prawnych dla systemu prawa i praktyki sądowej, lecz wyłącznie mogą aktualizować pewne kompetencje dla organów odpowiadających za kształt polskiego prawa

²⁵ Wyrok TK z dnia 16 listopada 2011 r., SK 45/09, Dz. U. Nr 254, poz. 1530. Zob. też M. Grzybowski, *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe jako wzorzec i przedmiot kontroli norm* [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 342.

²⁶ Por. art. 140a Konstytucji Austrii, w którym wprost wskazano, że wyrok TK co do zasady zakazuje organom władzy publicznej stosowania niekonstytucyjnej umowy międzynarodowej.

(np. wyroki o tzw. pominięciu prawodawczym)²⁷. Do tej grupy orzeczeń można zaliczyć wyroki stwierdzające niekonstytucyjność przepisów umów międzynarodowych, a zwłaszcza tych umów, których postanowienia są w sposób wiążący interpretowane przez międzynarodowe organy sądowe.

Z powyższego wynika, że wykonanie wyroku TK stwierdzającego niekonstytucyjność umowy międzynarodowej jest pozostawione przede wszystkim decyzji organów odpowiedzialnych za prowadzenie polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej. To te organy powinny ustalić, jakiego typu działania należy podjąć, aby doprowadzić do zgodności wiążącego Polskę prawa międzynarodowego z Konstytucją. Rolą TK jest w takiej sytuacji – w imię wyrażonej w preambule Konstytucji RP zasady współdziałania władz – skorzystanie ze swoich kompetencji w taki sposób, aby stworzyć organom odpowiedzialnym za prowadzenie polityki zagranicznej warunki umożliwiające podjęcie decyzji o sposobie wykonania wyroku Trybunału. Powinno to polegać przede wszystkim na odroczeniu wejścia w życie wyroku (art. 190 ust. 3 Konstytucji RP)²⁸. Ponadto przepisy prawa przyznają TK kompetencję do wydawania tzw. postanowień sygnalizacyjnych, które mogą być wykorzystane również w przypadkach, gdy Trybunał dostrzeże niezgodność czy niespójność prawa krajowego (w tym Konstytucji RP) z prawem międzynarodowym²⁹.

10. W przywołanych na wstępie wyrokach TK stwierdził, że ich skutkiem jest zakaz stosowania przez polskie organy władzy publicznej, w tym sądy, art. 6 EKPCz w określonym rozumieniu, wynikającym z orzeczeń ETPCz. Trzeba w związku z tym wyjaśnić, że TK nie ma, poza art. 190 ust. 3 Konstytucji RP, kompetencji do wiążącego określania skutków prawnych swoich orzeczeń względem organów innych władz oraz sądów³⁰. Zastosowanie wyroku Trybunału w konkretnej sprawie, obejmujące ustalenie następstw, jakie wywołał dany wyrok, jest zadaniem z obszaru wymiaru sprawiedliwości, a więc leży w kompetencjach sądów. Interpretacji sądowej podlegają bowiem nie tylko akty normatywne, lecz również orzeczenia TK.

W przeszłości zdarzało się, że sądy nie podzielały stanowiska TK co do istnienia kompetencji Trybunału do wydawania określonego typu orzeczeń ze skutkiem powszechnie obowiązującym. Przykładem są wspomniane już wyżej tzw. wyroki interpretacyjne, stwierdzające w sentencji niekonstytucyjność określonej wykładni przepisu. W uchwale z dnia 17 grudnia 2009 r. (III PZP 2/09, OSP 2010, z. 10, poz. 103) Sąd Najwyższy stwierdził wprost, że tego typu orzeczenia nie tworzą podstawy prawnej do wznowienia postępowania cywilnego. Nie jest więc niczym niespotykanym w polskiej

²⁷ Zob. np. wyrok TK z dnia 13 czerwca 2011 r., SK 41/09, Dz. U. Nr 130, poz. 762. Por. M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006, s. 152 i nn.

²⁸ Zob. wyrok TK z dnia 16 listopada 2011 r., SK 45/09, Dz. U. Nr 254, poz. 1530.

²⁹ Por. T. Jaroszyński, *Postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego jako instrument zapewnienia efektywności rozporządzeniom wspólnotowym*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2, s. 73 i nn.

³⁰ Zob. M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego...*, s. 116.

praktyce, że sądy wyrażają odmienny od TK pogląd dotyczący znaczenia prawnego konkretnych orzeczeń Trybunału³¹.

Należy dodać, że gdy przedmiotem kontroli TK jest ustawa czy inny akt prawa krajowego, to skutek prawny wyroku Trybunału nie polega na pozbawieniu mocy obowiązującej orzeczenia sądowego czy grupy orzeczeń wydanych na podstawie niekonstytucyjnej normy. Orzeczenie sądowe oparte na takiej normie może być wzruszone w trybie przewidzianym w przepisach, o których mowa w art. 190 ust. 4 Konstytucji RP. Zazwyczaj jest to wznowienie postępowania, prowadzące do ponownego rozstrzygnięcia sprawy. Wyrok TK nie powoduje natomiast automatycznego pozbawienia mocy wiążącej jakiegokolwiek orzeczenia sądowego. Może być tak, że wyrok sądu powinien być uchylony na skutek orzeczenia TK, ale w świetle art. 190 ust. 4 Konstytucji RP jest to wynikiem decyzji sądu, a nie samego Trybunału. Skoro zatem wyrok TK nie prowadzi do automatycznego wzruszenia orzeczenia sądu krajowego, to z pewnością skutku takiego nie wywiera wobec orzeczenia trybunału europejskiego.

Ponadto, gdy chodzi o orzeczenia trybunałów europejskich, które zostały oparte na normie uznanej za niekonstytucyjną, to oczywiście trudno mówić, aby taki trybunał był związany art. 190 ust. 4 Konstytucji RP czy miał obowiązek rewizji stanowiska zajętego w swoim orzecznictwie. Ponadto polskie prawo nie przewiduje możliwości pozbawienia na płaszczyźnie prawa krajowego skutku prawnego wyroku wydanego przez sąd międzynarodowy. Co więcej, stworzenie takiej procedury w drodze ustawy byłoby trudne do pogodzenia z art. 9 Konstytucji RP. Przepis art. 190 ust. 4 Konstytucji RP można w takim wypadku rozumieć jako upoważniający polskie sądy do ustalenia, jakie następstwa wywołał wyrok TK dla spraw, w których został zastosowany lub ma zostać zastosowany uznany przez Trybunał za niekonstytucyjny przepis umowy międzynarodowej, którego rozumienie wywodzi się z orzecznictwa trybunału europejskiego.

11. Z powyższych rozważań wynika, że sąd, rozstrzygając sprawę, w której zachodzi konieczność odwołania się do art. 6 EKPCz, posiada upoważnienie do ustalenia, jakie znaczenie dla rozstrzygnięcia mają przywołane na wstępie wyroki TK. Sąd może w szczególności uznać, że ze względu na art. 9 Konstytucji RP w zw. z art. 32 i art. 46 EKPCz, a także art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów wyroki TK nie wywołały skutku polegającego na uniemożliwieniu zastosowania art. 6 Konwencji w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie ETPCz. Takie stanowisko jest uzasadnione, gdyż – jak wynika z powyższych rozważań – w kompetencji polskiego TK nie mieści się ocena konstytucyjności orzeczeń ETPCz również wówczas, gdy jest dokonana pod pozorem kontroli przepisu Konwencji. A taki, zakazany konstytucyjnie, efekt Trybunał zamierzał osiągnąć. Ta okoliczność nie może pozostać niedostrzeżona w orzecznictwie sądowym.

W tym kontekście warto podkreślić, że wydane w ostatnich latach orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego dotyczące prawa Unii Europejskiej czy prawa Rady Europy

³¹ Zob. np. wyrok NSA z dnia 14 czerwca 2017 r., I OSK 2920/16, niepubl.

obnażają słabość regulacji konstytucyjnej określającej właściwość i skutki wyroków TK. Twórcy polskiej Konstytucji – z jednej strony – nie wykluczyli możliwości następczego skontrolowania przez TK umowy międzynarodowej, jednak – z drugiej strony – nie wyjaśnili, jaki skutek wywołuje wyrok wydany w takim trybie. Zagadnienie to niewątpliwie powinno być wzięte pod uwagę w czasie, gdy w Polsce rozpocznie się poważna dyskusja nad nowelizacją Konstytucji.

Literatura

- Brzozowski W., *Obejście konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 9.
- Florczak-Wątor M., (Nie)skuteczność wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7.10.2021, K 3/21. Ocena znaczenia orzeczenia z perspektywy prawa konstytucyjnego, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 12.
- Florczak-Wątor M., *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006.
- Garlicki L., *Stosowanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka przez sądy krajowe a podporządkowanie sędziemu Konstytucji i ustawie*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2023, nr 11.
- Grzybowski M., *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe jako wzorzec i przedmiot kontroli norm* [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006.
- Jaroszyński T., *Postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego jako instrument zapewnienia efektywności rozporządzeniom wspólnotowym*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2.
- Jaworski J., *Wyroki aplikacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, nr 3.
- Kamiński I.C., *Konstytucja krajowa (prawo krajowe) jako przeszkoda w wykonaniu i uwzględnieniu orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – uwagi o wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 6/21*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2022, nr 8.
- Kondak I., *Komentarz do art. 32 EKPCz [w:] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom II*, red. L. Garlicki, Warszawa 2011.
- Łętowska E., *Dyskurs prawniczy w Polsce: miejsce i znaczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2023, nr 11.
- Shaw M., *Prawo międzynarodowe*, przeł. J.J. Gojło et al., wyd. 2 popr., Poznań 2006.
- Tuleja P., *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r.*, „Państwo i Prawo” 2020, z. 10.
- Wyrozumska A., *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006.
- Wyrozumska A., *Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (K 6/21) dotyczący orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Xero Flor, które rzekomo „nie istnieje”*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2023, nr 2.
- Wyrozumska A., *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego w sprawach K 3/21 oraz K 6/21 w świetle prawa międzynarodowego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 12.

Streszczenie

Marcin Wiącek

Europejska Konwencja Praw Człowieka przed Trybunałem Konstytucyjnym. O kontroli konstytucyjności umów międzynarodowych i skutkach orzeczeń TK

Artykuł dotyczy wyroków Trybunału Konstytucyjnego, w których stwierdzono częściową niezgodność z Konstytucją RP art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Celem wyroków było uniemożliwienie stosowania art. 6 Konwencji przez sądy w sposób wskazany w niektórych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W artykule przeanalizowano zagadnienie dopuszczalności kontroli konstytucyjności umów międzynarodowych, a także kwestię skutków wyroków Trybunału Konstytucyjnego wydanych w odniesieniu do prawa międzynarodowego. W opracowaniu w szczególności podkreślono, że wyrok TK nie może doprowadzić do zakazania stosowania orzeczeń ETPCz, a sądy krajowe mają kompetencję do samodzielnego ustalenia skutków prawnych wyroku TK podczas rozstrzygania konkretnej sprawy sądowej.

Słowa kluczowe: Trybunał Konstytucyjny, Europejski Trybunał Praw Człowieka, skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego, kontrola konstytucyjności prawa międzynarodowego.

Summary

Marcin Wiącek

The European Convention on Human Rights before the Polish Constitutional Court: On Review of the Constitutionality of International Treaties and the Effects of Judgments Issued by the Polish Constitutional Court

This article deals with the judgments of the Polish Constitutional Court which declared Article 6 of the European Convention on Human Rights partially incompatible with the Polish Constitution. The aim of the judgments was to prevent the application of Article 6 of the Convention by Polish courts in the manner indicated in certain judgments of the European Court of Human Rights. The article analyses the issue of the admissibility of review of the constitutionality of international treaties, as well as the issue of the effects of the judgments of the Polish CT issued in relation to international law. In particular, the article emphasizes that a CT judgment cannot lead to a prohibition on applying judgments of the European Court of Human Rights, and that national courts are competent autonomously to determine the legal effects of a CT judgment when deciding a particular court case.

Keywords: Constitutional Court, European Court of Human Rights, legal effects of Constitutional Court judgments, constitutional review of international law.

Roman Wieruszewski

Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie, Polska

wieruszewskir@gmail.com

ORCID: 0000-0001-8602-7594

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.15>

Konstytucyjne wolności i prawa człowieka i obywatela – analiza zagrożeń¹

Rzeczpospolita Polska, jak wynika to z art. 2 Konstytucji RP², jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. W świetle postanowień Konstytucji RP państwo prawne oparte jest m.in. na takich wartościach, jak: ochrona zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez to państwa prawa; lojalność państwa względem obywateli; przewidywalność i pewność prawa; bezpieczeństwo prawne; ochrona praw nabytych, niedziałanie prawa wstecz; poprawna legislacja; jednolitość stosowania prawa, ochrona praw i wolności jednostki konstytucyjnie gwarantowanych³. Czy praktyka działania władz państwowych w trakcie VIII i IX kadencji Sejmu szanowała te wartości? Niestety już na wstępie trzeba udzielić negatywnej odpowiedzi na to pytanie. Jak wskazuje Piotr Tuleja, w rozdziale pierwszym – *Rzeczpospolita* – rzetelnie opracowanego i szczegółowo udokumentowanego raportu pt. *Stan przestrzegania Konstytucji RP w okresie IX kadencji Sejmu RP (2019–2023): „Praktyka funkcjonowania wielu organów państwa oraz działalność wielu osób uczestniczących w życiu publicznym wskazuje, że doszło do zanegowania tych zasad. Przede wszystkim negowana była zasada rządów prawa, podziału władzy i zasady dotyczące praw człowieka”*⁴.

Fundamentem całego systemu prawa winna być konstytucja. Normy konstytucyjne winny kształtować nie tylko sposób funkcjonowania władz państwowych, ich wzajemne relacje, ale również wyznaczać pozycję prawną jednostki w państwie, chronić

¹ W tekście wykorzystano fragmenty pracy: R. Wieruszewski, *Czy nadal funkcjonują konstytucyjne gwarancje wolności i praw jednostki?* [w:] *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Warszawa 2020, s. 479–492.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej: Konstytucja RP lub ustawa zasadnicza).

³ Por. M. Kordela, *Państwo prawne – zasada, doktryna, wartość czy idea?* [w:] *Demokracja, teoria prawa, sądownictwo konstytucyjne. Księga jubileuszowa dedykowana prof. zw. nauk prawnych Adamowi Jamrozowi z okazji pięćdziesięciolecia pracy zawodowej*, red. M. Aleksandrowicz, M. Andruszkiewicz, A. Brezko, S. Oliwniak, Białystok 2018, s. 236.

⁴ P. Tuleja, *Rzeczpospolita* [w:] *Stan przestrzegania Konstytucji RP w okresie IX kadencji Sejmu RP (2019–2023). Raport*, oprac. Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, Kraków 2023, s. 21.

i gwarantować jej wolności i prawa. W doktrynie trafnie podkreśla się, że w Konstytucji z 1997 r. „zastosowano mechanizm sprzężonego systemu identyfikacji zakresu oraz charakteru ochrony wolności i praw jednostki”, czyli oprócz poświęconego wolnościom i prawom człowieka i obywatela rozdziału ustrojodawca funkcjonalnie bądź systemowo w różnych częściach ustawy zasadniczej nawiązało do tych wolności i praw oraz ich gwarancji⁵.

Należy zarazem zauważyć, że w polskiej kulturze konstytucyjnej, historycznie rzecz ujmując, ustawa zasadnicza kojarzyła się bardziej z ideą niepodległości niż z zasadami, będącymi istotą demokratycznego państwa prawa. W doktrynie trafnie zwraca się uwagę, że tradycje konstytucyjne w Polsce funkcjonowały bowiem bardziej w warstwie ideologicznej niż instytucjonalnej. Współczesne instytucje ustrojowe zaczęły kształtować swoją formę prawną dopiero po 1989 r. i ich recepcja, w sytuacji braku wcześniejszych doświadczeń własnych, spowodowała, że do dzisiaj nie są one głęboko zakorzenione ani w świadomości prawnej, ani w ogólnie pojętej świadomości społecznej. W Polsce mamy więc do czynienia z tzw. konstytucjonalizmem adaptacyjnym, w którym kształt kluczowych instytucji konstytucyjnych w niewielkim stopniu jest efektem naszych własnych doświadczeń ustrojowych⁶.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że po 1989 r. kształtowanie polskiego systemu konstytucyjnego odbywało się przede wszystkim poprzez odwoływanie się do analogicznych rozwiązań przyjętych w państwach europejskich oraz na podstawie bogatego w tym zakresie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz), a także międzynarodowych, uniwersalnych norm praw człowieka.

Krajowe rozwiązania konstytucyjne kształtowały się poprzez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK lub Trybunał), sądów powszechnych oraz doktrynę prawniczą. Uchwalona w 1997 r. Konstytucja była w pewnym sensie zwieńczeniem tych działań. Jak trafnie wskazuje Hanna Suchocka, kształtująca się w ten sposób tożsamość konstytucyjna była zbudowana na tożsamer z traktatami założycielskimi Unii Europejskiej podstawie aksjologicznej, jaką są wartości demokratycznego państwa prawnego⁷. Wszelkie próby, a takie były często podejmowane w poprzednich latach, przeciwstawiania polskiego porządku konstytucyjnego systemowi UE w imię rzekomej obrony polskiej tożsamości konstytucyjnej są z gruntu nierzetelne, oparte na fałszywych założeniach i są w istocie sprzeczne z dobrze rozumianą polską racją stanu.

⁵ M. Jabłoński, *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* [w:] *Stan przestrzegania Konstytucji RP...*, s. 41. Autor wskazuje, że problematyce praw i wolności poświęcono ponad 25% całości postanowień ustawy zasadniczej.

⁶ Por. A. Ławniczak, *Krótką historią polskiego sformalizowanego konstytucjonalizmu*, „Wrocławsko-Lwowski Zeszyty Prawnicze” 2016, nr 7, s. 31–33.

⁷ H. Suchocka, *Lectio doctoris. Zmienne (czy zmieniające się) pojęcie funkcji tożsamości konstytucyjnej*, Toruń 2023, s. 32. Autorka pisze: „Na początku lat dziewięćdziesiątych poszukiwanie tożsamości europejskiej nie było postrzegane jako negocjowanie czy przekreślanie własnej tożsamości konstytucyjnej. A wręcz przeciwnie – sięganie do tożsamości europejskiej miało pozwolić każdemu z państw zmieniających wówczas konstytucje na zakotwiczenie własnej konstytucji i własnej tradycji w dziedzictwie europejskim i w tym kontekście, w tym odniesieniu kształtować własną tożsamość konstytucyjną” – *ibidem*, s. 25–26.

Trzeba pamiętać, że kształtowanie się demokratycznego państwa prawnego jest długotrwałym procesem. Z natury rzeczy podlega on różnym fluktuacjom i zawirowaniom. Owe zawirowania nie zaburzają w sposób zasadniczy idei konstytucjonalizmu, jeżeli w tym procesie są przestrzegane fundamentalne zasady wyznaczające istotę demokratycznego państwa prawnego. Taki stan rzeczy pozwala bowiem na kształtowanie się konstytucyjnej kultury prawnej. Jeżeli jednak dochodzi do podważania wskazanych wyżej fundamentów ustroju demokratycznego, wówczas następuje erozja delikatnej natury, jaką jest kultura konstytucyjna w państwach, w których demokracja jest relatywnie słabo zakorzeniona, a takim państwem jest niewątpliwie Polska.

Następujące zjawiska sygnalizują podważanie ustroju demokratycznego:

- ograniczenie funkcjonowania niezależnych organów państwa;
- likwidacja tzw. równego boiska wyborczego poprzez naruszenie zasady rzetelności wyborów, przede wszystkim w zakresie finansowania i dostępu do mediów publicznych;
- „odesłanie na ławkę rezerwowych” przedstawicieli opozycji⁸.

W trakcie VIII i IX kadencji Sejmu można było zaobserwować pojawienie się tych zjawisk, co prowadziło do powolnej erozji budowanego od 1989 r. systemu konstytucyjnego. Co znamienne sygnał, że Konstytucja nie będzie przestrzegana, wyszedł z najmniej spodziewanego źródła, a mianowicie od Prezydenta RP. Prezydent w świetle art. 126 ust. 2 ustawy zasadniczej „czuwa nad przestrzeganiem Konstytucji”. W doktrynie podkreśla się, że to „czuwanie” oznacza „zarówno jego ingerencję w sytuacjach rozmaitych działań organów państwa, sprzecznych z wymogami konstytucyjnymi, jak i ingerencje występujące w sytuacjach niepodejmowania przez właściwe organy działań mających na celu rozwijanie Konstytucji”⁹. Oczywiście to „czuwanie” musi oznaczać przede wszystkim sumienne przestrzeganie przez „strażnika” litery i ducha Konstytucji. Tymczasem takie działania Prezydenta, jak korzystanie z prawa łaski w sposób sprzeczny z Konstytucją¹⁰ czy też niewykonywanie ciężących na nim konstytucyjnych obowiązków – nieprzyjęcie ślubowania prawidłowo wybranych sędziów Trybunału Konstytucyjnego – spowodowały, że powstała, uzasadniona w świetle późniejszych działań władz państwowych, wątpliwość, czy konstytucyjne gwarancje praw jednostki będą mogły nadal pełnić swoją funkcję.

Pewne działania władzy wykonawczej i ustawodawczej podczas VIII i IX kadencji Sejmu prowadziły do wniosku, że zagrożona jest w Polsce fundamentalna koncepcja zasady trójpodziału władzy wyrażonej w art. 10 Konstytucji RP poprzez dominację

⁸ S. Levitsky, D. Ziblat, *Tak umierają demokracje*, przeł. O. Łabendowicz, Łódź 2018, s. 93 i nn., cyt. za: P. Tuleja, *Rzeczpospolita [w:] Stan przestrzegania Konstytucji RP...*, s. 6.

⁹ P. Sarnecki, *Komentarz do Rozdziału V. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej (art. 126) [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 10.

¹⁰ Por. J. Ciapała, *Pozycja Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie stosowania prawa łaski jako refleks dawnej funkcji głowy państwa [w:] Konstytucja w państwie demokratycznym*, red. S. Patyra, M. Sadowski, K. Urbaniak, Poznań 2017, s. 29–30. Autor pisze: „Przykład tak zwanego ułaskawienia M. Kamińskiego przez A. Dudę stanowił dowód nie tylko lekceważenia opinii publicznej, lecz przede wszystkim – wpisujący się w karty historii – przypadek kompromitacji Prezydenta RP jako strażnika Konstytucji”.

władzy wykonawczej nad sądowniczą. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO lub Rzecznik) poprzedniej kadencji takie zagrożenie stopniowo się materializowało. Występując przed Sejmem w 2020 r., stwierdził on, że „ustrój Polski nie może już być definiowany jako prawdziwa demokracja konstytucyjna, lecz raczej jako demokracja nieskonsolidowana czy demokracja hybrydowa”¹¹.

Twórcy polskiej konstytucji mieli świadomość, że konstytucyjna regulacja wolności i praw człowieka nieoparta systemem konstytucyjnych gwarancji oraz środków ochrony wolności i praw traci na praktycznym znaczeniu i w istocie pozbawia jednostkę szansy na skuteczne dochodzenie swoich praw. W ujęciu doktrynalnym gwarancje, czyli całościowy kształt środków prawnych i środków o charakterze instytucjonalnym, które państwo stworzyło i stosuje dla zapewnienia realizacji praw i wolności jednostki, dzieli się na gwarancje ustrojowe, prawno-instytucjonalne, społeczne i moralne oraz materialne¹². W tym miejscu chciałbym poddać analizie te dwie pierwsze kategorie, aby uzyskać odpowiedź na pytanie, czy i w jakim zakresie spełniają one swoją konstytucyjną funkcję. Nie chodzi przy tym tylko o stronę formalną. Skuteczne działanie wspomnianych gwarancji uwarunkowane jest harmonijnym funkcjonowaniem całego systemu ustrojowego, a Konstytucja RP z 1997 r. taki system wprowadza.

W Konstytucji PRL z 1952 r. nacisk kładziono na tzw. materialne gwarancje praw. Przykładowo prawo do ochrony zdrowia miała gwarantować „rozbudowa urządzeń sanitarnych [...], stałe podnoszenie warunków bezpieczeństwa, ochrony i higieny pracy” itp. Warto również przypomnieć, że dopiero powołanie na początku lat 80. Naczelnego Sądu Administracyjnego umożliwiło obywatelom zaskarżanie decyzji administracyjnych naruszających ich prawa.

W Konstytucji RP w rozdziale II poświęconym regulacji wolności, praw i obowiązków obywateli osobny podrozdział zatytułowano – „Środki ochrony wolności i praw”. Środki te obejmują takie kwestie, jak prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej, gwarancja drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw, dwuinstancyjność drogi sądowej, skarga konstytucyjna, wnioski o pomoc do Rzecznika Praw Obywatelskich.

Trzeba zarazem podkreślić, że te wymienione powyżej „środki ochrony” bynajmniej nie wyczerpują konstytucyjnego katalogu gwarancji praw i wolności jednostki. Analiza całego systemu tych gwarancji niewątpliwie wykracza poza ramy niniejszego tekstu. W tym miejscu chciałbym jedynie odpowiedzieć na pytanie, czy przewidziane w ustawie zasadniczej reguły gwarancyjne nadal funkcjonują, czy może zostały podważone. Te reguły to nie tylko konkretne postanowienia, jak wspomniana wyżej dwuinstancyjność drogi sądowej, ale przede wszystkim niezależność sądownictwa, niezawisłość sądów, funkcjonowanie niezależnych od władzy mediów publicznych, sposób tworzenia prawa i zachowanie reguł poprawnej legislacji, poszanowanie zasady subsydiarności w działaniu aparatu państwowego itp. Ponadto ważną gwarancją jest sposób kształtowania aparatu państwowego, czyli służby cywilnej, a także służby dyplomatycznej,

¹¹ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich w Sejmie dnia 14 sierpnia 2020 r.

¹² Tak L. Wiśniewski, *Gwarancje podstawowych praw i wolności obywateli PRL*, Wrocław 1981, s. 26.

oraz działanie na rzecz społeczeństwa obywatelskiego, czyli umacnianie roli i znaczenia organizacji pozarządowych.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt problematyki gwarancji konstytucyjnych praw jednostki. Jest nim wspomniana wyżej kultura konstytucyjna jako kluczowy czynnik porządkujący relacje społeczne. Chodzi w tym przypadku nie tylko o przestrzeganie norm konstytucyjnych, ale zwłaszcza o szacunek dla zasad i idei zawartych w Konstytucji i dla aksjologii, która legła u podstaw tekstu ustawy zasadniczej. Dla kształtowania się kultury konstytucyjnej ważne jest nie tylko zachowanie organów władzy publicznej, choć niewątpliwie ma ono kluczowe znaczenie, ale również stosunek do Konstytucji innych aktorów życia publicznego – partii politycznych, organizacji społecznych, związków wyznaniowych i wreszcie całego społeczeństwa. W doktrynie trafnie wskazuje się, że: „istniejące w Konstytucji RP rozwiązania charakteryzują się bardzo silnym zakotwiczeniem ustawy zasadniczej w kulturze konstytucyjnej charakterystycznej dla konstytucjonalizmu, rozumianego jako ograniczenie władzy przez prawa człowieka, nie zaś dla konstytucjonalizmu, rozumianego jako nieograniczona akceptacja woli większości w dziedzinie kształtowania tekstu konstytucji”¹³.

Oczywiście kultura konstytucyjna jest tylko częścią szerszej kultury politycznej, stan zaś tejże od wielu lat musi budzić najwyższą troskę. Przytoczony poniżej opis – powstały na kanwie sytuacji sprzed 20 lat – brzmi jak relacja z aktualnych wydarzeń. Wybitny polski socjolog prof. Władysław Markiewicz w eseju opublikowanym niespełna 20 lat temu zauważa: „na przekór diagnozie Jerzego Jedlickiego, że »podstawowym warunkiem kultury politycznej, otwartej i sprzyjającej przemianom, jest dostrzeżenie przez przeciwników politycznych jakiegoś obszaru wspólnych wartości i przypisywanie sobie wzajem godziwych motywów postępowania« w Polsce pełni się ordynarne partyjniactwo. »Zohydzanie przeciwników czy niedawnych sojuszników w imię jedynie słusznym interesów mojego ugrupowania – pisze Antoni Styrzula – stało się jedną z podstawowych form aktywności sporej grupy polityków. Obrażliwe epitety, kłamstwa i groźby zastąpiły rzeczową dyskusję o sprawach wrażliwych dla kraju»¹⁴.

Aby Konstytucja mogła pełnić swoją funkcję regulacyjną, nie może być nadmiernie kazuistyczna, szczegółowa. Dzięki temu praktyka konstytucyjna może się zmieniać i ewoluować bez konieczności częstych zmian samej litery Konstytucji. Jednak ta ewolucja zawsze musi dokonywać się w obrębie fundamentalnych reguł i zasad ustawy zasadniczej oraz z poszanowaniem jej aksjologii. Na początku lat 90. pojawiło się w obiegu publicznym określenie „falandyżacja prawa”. Oznaczało naginanie norm konstytucyjnych na potrzeby ówczesnego prezydenta Lecha Wałęsy, których symbolem był jego doradca, wybitny prawnik Lech Falandyż. Jednak wówczas nie mieliśmy nowej Konstytucji i obowiązywał dość skomplikowany system norm rangi

¹³ R. Piotrowski, *Ex iniuria iudex non oritur. Uwagi o ustrojowym znaczeniu tożsamości konstytucyjnej Krajowej Rady Sądowniczej* [w:] *Wokół kryzysu...*, s. 284.

¹⁴ W. Markiewicz, *Stan terażniejszy kultury politycznej społeczeństwa polskiego* [w:] *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, red. M. Kruk, J. Trzcziński, J. Wawrzyniak, Warszawa 2002, s. 29.

konstytucyjnej wywodzący się z różnych źródeł, co w pewnym sensie sprzyjało próbom manipulacji. Uchwalenie Konstytucji winno było położyć kres takim działaniom. Zarazem w jej tekście starano się uregulować w sposób możliwie precyzyjny kwestie mogące budzić wątpliwości interpretacyjne. Okazało się jednak, że nie uchroniło to przed manipulowaniem tekstem Konstytucji. Podręcznikowym wręcz przykładem jest, wspomniane wyżej, zastosowanie przez Prezydenta prawa łaski w stosunku do osób niewinnych, czyli skazanych w I instancji, przed zakończeniem procesu apelacyjnego. Podobnie można ocenić przypisywanie sobie przez Prezydenta aktywnej, wręcz recenzyjnej roli, w procesie mianowania profesorów, gdy tymczasem Konstytucja RP wyznacza mu w tym przypadku wyłącznie rolę formalną. Czy to oznacza, że tekst Konstytucji jest mało precyzyjny i że niezbędna jest większa szczegółowość jej niektórych postanowień?

W 2015 r. w związku z kampanią prezydencką pojawiły się opinie wskazujące na potrzebę uchwalenia nowej Konstytucji bądź gruntownej nowelizacji obecnie obowiązującej¹⁵. Okazało się jednak, że pomimo wysiłków ze strony Kancelarii Prezydenta do poważnej debaty ogólnospołecznej na temat zmiany Konstytucji nie doszło¹⁶. Natomiast partia rządząca wprowadziła zmiany w regułach funkcjonowania państwa, zmiany ewidentnie naruszające reguły konstytucyjne, przy zachowaniu dotychczasowej litery ustawy zasadniczej¹⁷. Ten stan rzeczy powoduje, że erozji ulega kształtowana przez wiele lat konstytucyjna kultura prawna. Została również poważnie naruszona pozycja Konstytucji jako najważniejszego aktu prawnego w polskim systemie prawa. Mamy zatem do czynienia ze zmianą reguł funkcjonowania państwa bez zmiany normatywnych konstytucyjnych ram, w których państwo winno funkcjonować. Zarazem dokonuje się to w atmosferze politycznej konfrontacji, bez prób poszukiwania konsensusu. Jak trafnie pisze Mirosław Wyrzykowski: „nie mając wymaganej większości koniecznej do zmiany Konstytucji, większość parlamentarna realizuje proces pozakonstytucyjnej zmiany porządku konstytucyjnego. [...] Celem i efektem działań legislacyjnych parlamentu jest albo faktyczne pozbawienie znaczenia konstytucyjnych instytucji i organów państwa, albo taka zmiana ich dotychczasowych konstrukcji lub kompetencji, że mają się stać nic nieznaczącymi ozdobnikami konstytucyjnymi”¹⁸.

¹⁵ Szerzej zob. R. Wieruszewski, *Czy czas na nową konstytucję?* [w:] *Wyzwania współczesnego prawa. Księga pamiątkowa dedykowana SSN Tadeuszowi Szymankowi*, red. B. Bajor, P. Saganek, Warszawa 2018, s. 255–264.

¹⁶ Na temat stanowiska doktryny w kwestii nowelizacji bądź uchwalenia nowej Konstytucji zob. M. Florczak-Wątor, P. Radziejewicz, M.M. Wiszowaty, *Ankieta o Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Wyniki badań przeprowadzonych wśród przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego w 2017 r.*, PiP 2018, z. 6.

¹⁷ W cytowanym wcześniej *Raporcie* M. Zubik pisze: „faktyczne zmiany w treści norm konstytucyjnych odbywają się w drodze orzecznictwa sądowego, głównie SN czy TK w oderwaniu od pierwotnych założeń Konstytucji RP oraz faktycznego działania organów władzy publicznej. Dochodzi zatem do coraz głębszego rozejścia się tekstu Konstytucji z 1997 r. z praktyką ustrojową” – *Stan przestrzegania Konstytucji RP...*, s. 228.

¹⁸ M. Wyrzykowski, *Obrona suwerenności* [w:] *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, red. G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Polczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2017, s. 32–33.

W tej sytuacji rodzą się uzasadnione wątpliwości, czy nadal funkcjonują konstytucyjne gwarancje wolności i praw człowieka. Czy jednostka w obronie swoich praw może liczyć na te gwarancje oraz na środki ochrony wolności i praw? Te wątpliwości wyraził Rzecznik Praw Obywatelskich, pisząc: „mamy przy tym świadomość, że zwyczajne mechanizmy obrony prawnej mogą okazać się nieskuteczne, właśnie ze względu na kryzys dotyczący Trybunał Konstytucyjny. Procedury prawne traktowane są instrumentalnie do osiągnięcia konkretnych politycznych rezultatów, a później do legalizowania osiągniętego konstytucyjnego bezprawia. [...] Stopniowo demontowane są mechanizmy ochrony praw (Trybunał i sądy). Stopniowo możemy liczyć na coraz mniejszą ochronę ze strony instytucji do tego powołanych. Przestrzeń naszej wolności – ze względu na działalność ustawodawcy, ale także jakość procesu legislacyjnego – zawęża się”¹⁹.

Odpowiadając na pytanie o aktualną rolę gwarancji konstytucyjnych, chciałbym odnieść się do kilku kwestii – roli Trybunału Konstytucyjnego, niezależności sądownictwa i niezawisłości sędziów, procesu legislacyjnego oraz roli mediów.

Ustrojodawca oprócz wskazania na środki ochrony wolności i praw człowieka i obywatela wprowadził do Konstytucji regułę, która jest jednym z fundamentów konstytucyjnego systemu ochrony wolności i praw jednostki. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw muszą być ustanowione w ustawie. Oznacza to, że wszelkie ingerencje legislacyjne muszą spełniać szereg wymogów. Musi to być akt prawny uchwalony przez uprawniony do tego organ, w jasno określonej procedurze legislacyjnej, z zachowaniem wszelkich wymaganych reguł²⁰. Reguły te zdekodował TK w wyroku z dnia 10 grudnia 2013 r.²¹ Gwarancją jest zatem nie tylko fakt, że dany akt prawny ma rangę ustawy, ale również to, w jakiej jest uchwalany procedurze, kto w niej uczestniczy, czy zachowana jest transparentność tej procedury, czy zachowano *vacatio legis* itp. Ponadto ograniczenia muszą być podyktowane wymienionymi w cytowanym artykule okolicznościami, czyli być konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Ponadto Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że fakt, iż ograniczenia praw i wolności muszą być ustanowione w ustawie, oznacza, że te unormowania muszą być kompletne i muszą „samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można

¹⁹ A. Bodnar, „Poczekajmy trochę, może się rozwidni...” *Ochrona praw obywatelskich w czasie turbulencji* [w:] *O prawach człowieka...*, s. 73–74. Tytuł tekstu pochodzi z wiersza opublikowanego w tomiku pt. *Zasadnicze trudności* autorstwa Juliana Kornhausera z 1979 r. Poeta kończy utwór zawołaniem – „niech trąbka gra, niech trąbka gra”. Na kanwie tego wezwania A. Bodnar pisze: „od nas wszystkich i od każdego z nas z osobna zależy, jak głośny i czysty dźwięk będzie się z niej donosił” – *ibidem*, s. 80–81.

²⁰ Por. ciekawy wywód na ten temat: M. Wiącek, *Zasada wyłączności ustawy przy ograniczaniu konstytucyjnych wolności i praw* [w:] *Konstytucjonalizm polski. Refleksje z okazji 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej profesora Andrzeja Szmyta*, red. A. Gajda, K. Grabowski, A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M.M. Wiszowaty, Gdańsk 2020, s. 697–711 i cytowana tam literatura.

²¹ Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2013 r., K 16/13, OTK-A 2013, nr 9, poz. 135.

było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej czy organom samorządu lokalnego swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń²².

Powstaje pytanie, kto stoi na straży wypełniania przez ustawodawcę tych warunków. Z założenia tę funkcję ustrojodawca powierzył Trybunałowi Konstytucyjnemu. Rola TK jest szczególnie ważna, gdy w obu izbach parlamentu większość ma partia, której przedstawiciele sprawują również władzę wykonawczą. W takim układzie z reguły projekty rządowe są przyjmowane bez większych trudności, nawet gdy nie spełniają powyższych kryteriów. Praktyka ustawodawcza z lat 2015–2023 w pełni potwierdza ten stan rzeczy. Sytuacja, w której w Senacie IX kadencji większość miała opozycja, w niewielkim stopniu wpłynęła na jakość legislacji. Czy to oznacza, że te konstytucyjne reguły ustawowe tracą na znaczeniu? Jedną z możliwości kontroli prawidłowości procedur legislacyjnych oraz jakości prawa jest przewidziana w art. 79 Konstytucji RP skarga konstytucyjna.

Obecny kryzys ustrojowy i demontaż zasady trójpodziału władzy rozpoczął się od swoistego „przejęcia” Trybunału Konstytucyjnego przez partię rządzącą. Sytuacja, w jakiej znalazł się aktualnie TK, jest dobrze opisana²³. Spadek zaufania do Trybunału, zarówno w środowisku prawniczym, jak i wynikający z sondaży opinii publicznej, jest oczywisty. Znacząco spadł też prestiż polskiego TK za granicą. Dowodem są krytyczne słowa Andreasa Vosskuhle, ustępującego Przewodniczącego niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, pod adresem polskiego TK. W obszernym wywiadzie, opublikowanym w tygodniku „Die Zeit” niemiecki sędzia ocenia, że trybunały konstytucyjne od zawsze są instytucjami narażonymi na niebezpieczeństwo. „Jeśli chcesz zdobyć absolutną władzę w kraju, to szybko musisz podporządkować sobie niezawisły sąd konstytucyjny, bo potem możesz łatwo wyłączyć także prasę, która w przeciwnym razie byłaby chroniona przez sąd konstytucyjny. To można właśnie zaobserwować w wielu krajach, w których próbuje się ustanowić trwałą władzę partii” – ocenił A. Vosskuhle. Na pytanie dziennikarzy, czy sąd, taki jak Trybunał Konstytucyjny w Polsce, jest jeszcze dla niego partnerem, Vosskuhle odparł: „Nie. To nie jest już sąd, który należy traktować poważnie, to jest atropa”²⁴. Podzielam tę krytyczną ocenę aktualnego stanu polskiego TK. Okazuje się, że budowany przez dziesięciolecia prestiż tak ważnego organu można zniszczyć w ciągu kilku lat²⁵. Ta sytuacja powoduje występowanie poważnych wad prawnych orzeczeń TK wydawanych z udziałem osób nieuprawnionych

²² Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3.

²³ Por. m.in. M. Wyrzykowski, *Obrona suwerenności...*, s. 38–41. Por. również Z. Rudzińska-Bluszcz, *Ochrona praw i wolności jednostki w warunkach kryzysu konstytucyjnego* [w:] *Konstytucja w państwie demokratycznym...*, s. 409–426.

²⁴ Cyt. za: „Die Zeit” 14. Mai 2020, Nr. 21.

²⁵ Por. m.in. J. Stępień, *Cała wstecz* [w:] *Konstytucja w państwie demokratycznym...*, s. 301–310.

do orzekania²⁶. Stan obecny oznacza, że ten konstytucyjny środek kontroli ustawowej, jakim jest skarga konstytucyjna, nie może spełniać swojej funkcji.

Czy w tej sytuacji można liczyć na drogę sądową w postaci tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw sprawowanej przez sądy powszechne oraz administracyjne? Marek Safjan trafnie zauważył, że „istnienie sądu konstytucyjnego, zakładającego co do zasady model scentralizowanej kontroli konstytucyjności, *per se* nie wyklucza – ani też nigdy nie wykluczało – bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy orzekające w konkretnych sprawach”²⁷. W doktrynie podkreśla się zarazem, że „w braku możliwości przeprowadzenia kontroli przed Trybunałem Konstytucyjnym sąd będzie musiał sam rozstrzygnąć, czy wywołująca wątpliwości ustawa nie narusza Konstytucji. W sytuacji zaś gdy ustawy w sposób zgodny z Konstytucją zinterpretować się nie da, sąd zobowiązany będzie do bezpośredniego zastosowania Konstytucji i pominięcia sprzecznej z nią ustawy przy rozstrzyganiu konkretnej sprawy”²⁸. Ten pogląd jest dość powszechnie akceptowany i praktykowany przez sądy.

Po przejęciu pełnej kontroli nad Trybunałem Konstytucyjnym partia ówczesnie rządząca pod hasłem „reformy sądownictwa” podjęła działania mające na celu podporządkowanie sobie sądów, zaczynając od Sądu Najwyższego (dalej: SN). Doprowadziło to do konfliktu m.in. z Unią Europejską, w tym także z Trybunałem Sprawiedliwości UE.

Reakcja środowisk prawniczych, zwłaszcza zdecydowanej większości sędziów, na te poczynania władzy sprawiła, że próby przejęcia pełnej kontroli nad sądami przez władzę wykonawczą nie powiodły się. W efekcie nadal w Polsce funkcjonuje kluczowa gwarancja praw jednostki, jaką są niezawisłe sądy. W doktrynie trafnie zauważa się, że „pomimo ponawianych prób nie udało się władzy zachwiać autorytetu sądów, w szczególności zaś konkretnych Izby Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Działalność tych instytucji, jak i organów jest dowodem, że warto wierzyć w gwarancje konstytucyjne i podmiotowe traktowanie każdego człowieka”²⁹.

Nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, że od dłuższego czasu można było obserwować tendencje władzy wykonawczej do rozszerzania kompetencji Ministra Sprawiedliwości w stosunku do władzy sądowniczej. Efektem było „powolne sprowadzanie sądów do roli organów uzależnionych od Ministra Sprawiedliwości”³⁰. W tym kierunku szły zmiany legislacyjne przeprowadzone na początku 2017 r., takie jak nowelizacja prawa o ustroju sądów powszechnych³¹ czy ustawa o Krajowej Radzie

²⁶ Por. M. Dąbrowski, *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego wydane z udziałem osób nieuprawnionych do orzekania. Sententia non existens czy orzeczenia wydane w nieważnym postępowaniu* [w:] *Konstytucjonalizm polski...*, s. 1019–1029.

²⁷ M. Safjan, *Trybunał Konstytucyjny po trzydziestu latach – doświadczenie i przyszłość*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 1, s. 40.

²⁸ Z. Rudzińska-Bluszcz, *Ochrona praw i wolności...*, s. 417–418; podobnie R. Balicki, *Życie bez Trybunału. Rozproszona kontrola konstytucyjności* [w:] *Państwo i jego instytucje. Konstytucja – sądownictwo – samorząd terytorialny*, red. *idem*, M. Jabłoński, Wrocław 2018, s. 277–286.

²⁹ M. Jabłoński, *Wolności, prawa...*, s. 61–62.

³⁰ J. Sobczak, *Niezawisłość sędziowska i niezależność sądów i trybunałów* [w:] *Konstytucja w państwie demokratycznym...*, s. 344.

³¹ Ustawa z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1452).

Sądownictwa³². Nastąpiła również próba swoistego przejęcia Sądu Najwyższego³³. Ponadto rozpoczął się proces stosowania odpowiedzialności dyscyplinarnej wobec sędziów w odniesieniu do ich działalności orzeczniczej, co samo w sobie jest niedopuszczalną ingerencją w niezawisłość sędziowską. Pomimo tych wysoce niepokojących zjawisk wydaje się, iż można nadal twierdzić, że „są jeszcze sądy w Polsce”. Dowodzi tego m.in. poniższy kasus.

Rozpatrując sprawę o ukaranie mężczyzny za jazdę na rowerze bez maseczki, Sąd Rejonowy (dalej: SR) w Kościanie odmówił wszczęcia postępowania i w sposób wysoce kompetentny i merytoryczny podważył sposób ograniczenia wolności poruszania się w czasie epidemii. Dokonując rekonstrukcji konstytucyjnych wymogów ograniczenia wolności poruszania się, Sąd stwierdził, że „ograniczenie konstytucyjnej wolności poruszania się musi mieć rangę ustawy. Należy wskazać, że ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi nie wprowadza takiego ograniczenia, lecz subdeleguje możliwość jego ustanowienia na ministra właściwego do spraw zdrowia oraz Radę Ministrów (a także na wojewodę) w drodze aktu wykonawczego. Brak jest jednak przy tym wprowadzenia w przepisie ustawowym znamion czynu, który byłby zabroniony w ramach dopuszczalnego ograniczenia konstytucyjnej wolności, które to znamiona podlegałyby doprecyzowaniu w akcie podstawowym”. SR trafnie stwierdza, że z uwagi na blankietowy charakter upoważnienia, w tym przypadku to rozporządzenie, a nie ustawa jest aktem ograniczającym konstytucyjnie chronioną wolność. W konkluzji SR zauważa, że doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Konstytucji RP oraz że „brak jest podstaw prawnych umożliwiających ustanowienie zakazu przemieszczania się po terytorium RP bez wprowadzenia stanu nadzwyczajnego oraz umożliwiających ustanowienie powszechnego obowiązku zakrywania ust i nosa”³⁴. To postanowienie Sądu Rejonowego w Kościanie dowodzi, że nadal można liczyć na sądy jako gwaranta wolności i praw człowieka. Tak więc przynajmniej w przypadku tej konstytucyjnej gwarancji wolności i praw człowieka nie można twierdzić, że podmioty prawa zostały jej skutecznie pozbawione.

Na kanwie tej sprawy uwidacznia się zarazem poważny problem, jakim jest fatalna jakość stanowionego prawa. W doktrynie trafnie wskazuje się, że „zła jakość prawa i dramatyczny wzrost regulacji, z jakim mamy do czynienia w Polsce od kilku lat, to zjawisko bardzo niepokojące i skłaniające do negatywnej oceny życia politycznego”³⁵. Na sytuację tę zwrócił uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich w sprawozdaniu za

³² Ustawa z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1452).

³³ Por. L. Garlicki, *Absorpcja czy neutralizacja? Uwagi o zmianach ustawy o Sądzie Najwyższym w latach 2017–2018* [w:] *Konstytucjonalizm polski...*, s. 1040–1056.

³⁴ Postanowienie SR w Kościanie z dnia 3 czerwca 2020 r., II W 71/20, niepubl. Warto podkreślić, że Sąd Rejonowy, powołując się na wyrok SN z dnia 5 listopada 2009 r. w sprawie III KK 270/09 (LEX nr 608052), podkreśla, iż podstawą odpowiedzialności za wykroczenie nie może być akt rangi podstawowej. A taki właśnie charakter miały powoływane przepisy mające stanowić podstawę ukarania sprawcy.

³⁵ A. Młynarska-Sobaczewska, *Proces legislacyjny a jakość stanowionego prawa* [w:] *Konstytucja w państwie demokratycznym...*, s. 162. Autorka m.in. zwraca uwagę na negatywne zjawisko, jakim

rok 2019, stwierdzając: „W dalszym ciągu parlamentarny proces stanowienia prawa odbiega od modelu opisanego w Konstytucji, zakładającego kierowanie się zasadą dialogu społecznego i współdziałania władz. Praktyka uchwalania ustaw, w tym tych dotyczących newralgicznych z punktu widzenia ochrony praw jednostki obszarów (sądownictwo, prawo karne), wskazuje, że wciąż utrzymuje się praktyka polegająca na kierowaniu do Sejmu projektów ustaw podpisanych przez posłów, a w rzeczywistości przygotowanych przez administrację rządową. Celem tej praktyki jest uniknięcie konsultacji i opiniowania projektów ustaw przed ich skierowaniem do Sejmu, a więc uniknięcie dialogu społecznego, do którego odwołuje się Konstytucja w preambule”³⁶. Takie metody legislacyjne stanowią poważne zagrożenie dla sytuacji prawnej obywateli i słusznie RPO bije na alarm. Jednak, jak dotąd, rządzący nie reagują na te sygnały.

Pewnym pozytywnym sygnałem w tym zakresie może być wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2020 r.³⁷ stwierdzający, że ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1694) jest w całości niezgodna z art. 7 w zw. z art. 112 i art. 119 ust. 1 Konstytucji RP. A zatem powodem tej niekonstytucyjności, zdaniem TK, były błędy legislacyjne. Czy jest to zapowiedź bardziej skrupulatnej kontroli przez Trybunał oraz Prezydenta, gdyż to on skierował tę ustawę do TK, procesów legislacyjnych w przyszłości? Niestety nie ma podstaw do takiej opinii. Dowodem na to jest fakt, że cały szereg zmian proponowanych w przywołanej ustawie został niejako „przemycony” w tzw. tarczy 4.0, którą Prezydent podpisał bez wahania, mimo że uchwalona została w równie niekonstytucyjnym trybie jak powyższa nowelizacja kodeksu karnego.

W demokratycznym państwie prawa jedną z najważniejszych konstytucyjnych gwarancji wolności i praw człowieka są niezależne media publiczne. Dotyczy to nie tylko wolności słowa czy prawa do informacji, ale również całego spektrum wolności i praw człowieka. Zgodnie z art. 213 Konstytucji RP „Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (dalej: KRRiT) stoi na straży wolności słowa, prawa do informacji oraz interesu publicznego”. Jak trafnie zauważa M. Wyrzykowski, „jedną z gwarancji niezależności była kompetencja Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji do powoływania w trybie konkursu władz publicznych jednostek Radia i Telewizji. Władze publicznej radiofonii i telewizji miały gwarantowaną kadencyjność jako wyraz funkcji ochronnej członków władz i samych instytucji, ochrony ciągłości władzy w spółkach realizujących misję publicznej radiofonii i telewizji, jak również istotny gwarant stabilności kadrowej”³⁸. Ten stan rzeczy uległ zmianie w efekcie wejścia w życie ustawy z dnia 30 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (Dz. U. poz. 25). Jak wskazuje M. Wyrzykowski, skutkiem tej ustawy było odebranie kluczowych kompetencji konstytucyjnemu organowi państwa

było w ostatnich latach instrumentalne nadużywanie procedury tzw. szybkiej ścieżki legislacyjnej – *ibidem*, s. 153.

³⁶ *Informacja o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w roku 2019 oraz o stanie przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela*, s. 6, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/informacja-roczna-rpo-2019> [dostęp: 4.09.2024].

³⁷ Wyrok TK z dnia 14 lipca 2020 r., Kp 1/19, M.P. poz. 647.

³⁸ M. Wyrzykowski, *Obrona suwerenności...*, s. 35.

i powierzenie ich organowi władzy wykonawczej. W efekcie „konstytucyjny organ państwa ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, na które nie ma wpływu (realizacja misji publicznej radiofonii i telewizji), natomiast organ władzy wykonawczej ma wpływ na zdarzenia, za które nie ponosi odpowiedzialności, bo ta jest przypisana konstytucyjnie Krajowej Radzie”³⁹.

W ten sposób, pomimo pozornego zachowania litery Konstytucji, w istocie doszło do pozbawienia tego ważnego konstytucyjnego organu możliwości realizacji funkcji gwarancyjnej. Zwrócił na to uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich, pisząc, że uchylone zostały prawne zabezpieczenia przed bezpośrednim wpływem organów władzy wykonawczej na media publiczne⁴⁰. Należy zaznaczyć, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2016 r. uznający tę sytuację za niezgodną z Konstytucją nie został wykonany. Skutki tego stanu rzeczy są szczególnie widoczne w trakcie kampanii wyborczych, kiedy to, jak stwierdza Rada Etyki Mediów: „Wiadomości TVP1 w prezydenckiej kampanii wyborczej są wyłącznie narzędziem propagandy PiS nakierowanej na promocję Andrzeja Dudy i zohydzenie jego przeciwnika”⁴¹.

W sytuacji erozji wielu instytucjonalnych gwarancji praw człowieka rośnie znaczenie i rola Rzecznika Praw Obywatelskich. Trzeba z uznaniem podkreślić, że RPO poprzedniej kadencji był świadomy zagrożeń dla praw człowieka wynikających z działań konstytucyjnych organów państwa i w związku z tym bardzo zintensyfikował swoje działania na różnych płaszczyznach w tym zakresie.

W doktrynie podkreśla się, że: „w ocenie wielu konstytucjonalistów polskich, ombudsmanów państw demokratycznych i z analizy danych statystycznych wynika, że rzecznik jest w ostatnim czasie postrzegany jako coraz bardziej izolowane, niezależne remedium w obszarze ochrony praw i wolności obywatelskich, a liczba skarg kierowanych do RPO wzrosła o blisko 50% w ostatnich pięciu latach”⁴². Trzeba jednak mieć świadomość, że Rzecznik może tylko wspomagać obywateli w walce o ich wolności i prawa. Nie ma jednak możliwości naprawy szkód, jakie wyrządzają organy władzy państwowej swoją niekonstytucyjną działalnością. RPO powinien być zarazem swoistym sumieniem społeczeństwa. Winien aktywnie współpracować z organizacjami społeczeństwa obywatelskiego.

Powyżej zaprezentowane zostały, w sposób z natury rzeczy syntetyczny, problemy, które wpływają na ocenę stanu funkcjonowania konstytucyjnych gwarancji praw jednostki. Nie może ulegać wątpliwości, że w coraz szerszym zakresie funkcjonowanie tych gwarancji było zarówno w VIII, jak i w IX kadencji Sejmu ograniczane, a niekiedy

³⁹ *Ibidem*, s. 36.

⁴⁰ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 marca 2016 r. (VII.603.2016) o stwierdzenie niezgodności przepisów noweli ustawy z dnia 30 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji, s. 22.

⁴¹ Rada Etyki Mediów, *Odpowiedź na skargę pana Jakuba Niżnowskiego z dnia 6 lipca 2020 r.*, <https://www.rem.net.pl/data/20200706.pdf> [dostęp: 4.09.2024]. Rada informuje zarazem, że nie może ukarać TVP za emisję zaskarżonego materiału „Przedwyborcza mobilizacja”, gdyż jedynie KRRIiT może zwrócić uwagę temu nadawcy. Jednak organ ten nie zareagował na skargę na ten materiał.

⁴² P. Sadowski, *Kilka uwag o roli Rzecznika Praw Obywatelskich w czasach ustrojowego przełomu* [w:] *Państwo i jego instytucje...*, s. 271.

wręcz eliminowane. Nie przekładało to się jeszcze na radykalny spadek poziomu przestrzegania praw człowieka w Polsce, choć coroczne raporty Rzecznika Praw Obywatelskich sygnalizowały tę niebezpieczną tendencję.

Przywracanie praworządności, zapoczątkowane w X kadencji Sejmu, daje nadzieję na odzyskanie przez opisane wyżej gwarancje ich roli w demokratycznym państwie prawa.

Literatura

- Balicki R., *Życie bez Trybunału. Rozproszona kontrola konstytucyjności* [w:] *Państwo i jego instytucje. Konstytucja – sądownictwo – samorząd terytorialny*, red. idem, M. Jabłoński, Wrocław 2018.
- Bodnar A., „Poczekajmy trochę może się rozwidni...” *Ochrona praw obywatelskich w czasie turbulencji* [w:] *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, red. G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Połczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2017.
- Ciapała J., *Pozycja Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie stosowania prawa łaski jako refleks dawnej funkcji głowy państwa* [w:] *Konstytucja w państwie demokratycznym*, red. S. Patyra, M. Sadowski, K. Urbaniak, Poznań 2017.
- Dąbrowski M., *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego wydane z udziałem osób nieuprawnionych do orzekania. Sententia non existens czy orzeczenia wydane w nieważnym postępowaniu* [w:] *Konstytucjonalizm polski. Refleksje z okazji 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej profesora Andrzeja Szyma*, red. A. Gajda, K. Grabowski, A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M.M. Wiszowaty, Gdańsk 2020.
- Florczyk-Wątor M., Radziejewicz P., Wiszowaty M.M., *Ankieta o Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Wyniki badań przeprowadzonych wśród przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego w 2017 r.*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 6.
- Garlicki L., *Absorpcja czy neutralizacja? Uwagi o zmianach ustawy o Sądzie Najwyższym w latach 2017–2018* [w:] *Konstytucjonalizm polski. Refleksje z okazji 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej profesora Andrzeja Szyma*, red. A. Gajda, K. Grabowski, A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M.M. Wiszowaty, Gdańsk 2020.
- Jabłoński M., *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* [w:] *Stan przestrzegania Konstytucji RP w okresie IX kadencji Sejmu RP (2019–2023). Raport*, oprac. Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, Kraków 2023.
- Kordela M., *Państwo prawne – zasada, doktryna, wartość czy idea?* [w:] *Demokracja, teoria prawa, sądownictwo konstytucyjne. Księga jubileuszowa dedykowana prof. zw. nauk prawnych Adamowi Jamrozowi z okazji pięćdziesięciolecia pracy zawodowej*, red. M. Aleksandrowicz, M. Andrzejewicz, A. Brezko, S. Oliwniak, Białystok 2018.
- Ławniczak A., *Krótką historią polskiego sformalizowanego konstytucjonalizmu*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2016, nr 7.
- Markiewicz W., *Stan terażniejszy kultury politycznej społeczeństwa polskiego* [w:] *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, red. M. Kruk, J. Trzcziński, J. Wawrzyniak, Warszawa 2002.
- Młynarska-Sobaczewska A., *Proces legislacyjny a jakość stanowionego prawa* [w:] *Konstytucja w państwie demokratycznym*, red. S. Patyra, M. Sadowski, K. Urbaniak, Poznań 2017.

- Piotrowski R., *Ex iniuria iudex non oritur. Uwagi o ustrojowym znaczeniu tożsamości konstytucyjnej Krajowej Rady Sądowniczej* [w:] *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Warszawa 2020.
- Rudzińska-Bluszcz Z., *Ochrona praw i wolności jednostki w warunkach kryzysu konstytucyjnego* [w:] *Konstytucja w państwie demokratycznym*, red. S. Patyra, M. Sadowski, K. Urbaniak, Poznań 2017.
- Sadowski P., *Kilka uwag o roli Rzecznika Praw Obywatelskich w czasach ustrojowego przełomu* [w:] *Państwo i jego instytucje. Konstytucja – sądownictwo – samorząd terytorialny*, red. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018.
- Safjan M., *Trybunał Konstytucyjny po trzydziestu latach – doświadczenie i przyszłość*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 1.
- Sarnecki P., *Komentarz do Rozdziału V. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej (art. 126)* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.
- Sobczak J., *Niezawisłość sędziowska i niezależność sądów i trybunałów* [w:] *Konstytucja w państwie demokratycznym*, red. S. Patyra, M. Sadowski, K. Urbaniak, Poznań 2017.
- Stan przestrzegania Konstytucji RP w okresie IX kadencji Sejmu RP (2019–2023). Raport*, oprac. Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, Kraków 2023.
- Stępień J., *Cała wstecz* [w:] *Konstytucja w państwie demokratycznym*, red. S. Patyra, M. Sadowski, K. Urbaniak, Poznań 2017.
- Suchocka H., *Lectio doctoris. Zmienne (czy zmieniające się) pojęcie funkcji tożsamości konstytucyjnej*, Toruń 2023.
- Tuleja P., *Rzeczpospolita* [w:] *Stan przestrzegania Konstytucji RP w okresie IX kadencji Sejmu RP (2019–2023). Raport*, oprac. Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, Kraków 2023.
- Wiącek M., *Zasada wyłączności ustawy przy ograniczaniu konstytucyjnych wolności i praw* [w:] *Konstytucjonalizm polski. Refleksje z okazji 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej profesora Andrzeja Szymyta*, red. A. Gajda, K. Grabowski, A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M.M. Wiszowaty, Gdańsk 2020.
- Wieruszewski R., *Czy czas na nową konstytucję?* [w:] *Wyzwania współczesnego prawa. Księga pamiątkowa dedykowana SSN Tadeuszowi Szymankowi*, red. B. Bajor, P. Saganek, Warszawa 2018.
- Wieruszewski R., *Czy nadal funkcjonują konstytucyjne gwarancje wolności i praw jednostki?* [w:] *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Warszawa 2020.
- Wiśniewski L., *Gwarancje podstawowych praw i wolności obywateli PRL*, Wrocław 1981.
- Wyrzykowski M., *Obrona suwerenności* [w:] *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, red. G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Pończyńska, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2017.

Streszczenie

Roman Wieruszewski

Konstytucyjne wolności i prawa człowieka i obywatela – analiza zagrożeń

Praktyka ustrojowa w trakcie VIII i IX kadencji Sejmu stanowiła poważne zagrożenie dla systemu wolności i praw człowieka i obywatela. Artykuł porusza zagadnienie tożsamości Konstytucji jako elementu tożsamości europejskiej. W opracowaniu pojawiły się również rozważania na temat tego, czym charakteryzowały się naruszenia Konstytucji, a także jak funkcjonowały podstawowe gwarancje wolności i praw jednostki.

Słowa kluczowe: konstytucyjne gwarancje wolności i praw człowieka, tożsamość konstytucyjna, praworządność, kontrola konstytucyjności prawa, niezawisłość sądownictwa, wolność mediów.

Summary

Roman Wieruszewski

Constitutional Freedoms and Human Rights: An Analysis of Threats

The political practice during the eighth and ninth terms of the Polish Sejm constituted a serious threat to the constitutional system of freedoms and human rights. The identity of the Constitution is seen as an element of a European identity. What were the characteristics of the violations of the Constitution? How, in those circumstances, did basic guarantees of individual freedoms and rights function?

Keywords: constitutional guarantees of freedoms and human rights, constitutional identity, rule of law, control of the constitutionality of law, independence of the judiciary, freedom of the media.

Adam Wiśniewski

Uniwersytet Gdański, Polska
adam.wisniewski@prawo.ug.edu.pl
ORCID:0000-0002-4921-0215

Wojciech Zalewski

Uniwersytet Gdański, Polska
wojciech.zalewski@prawo.ug.edu.pl
ORCID: 0000-0001-5539-7162

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.16>

Analiza instytucji wyłączenia możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia na podstawie standardów wynikających z orzecznictwa ETPCz

Uwagi wstępne

Nowela kodeksu karnego z dnia 7 lipca 2022 r., będąca ukoronowaniem okresu populistyczno-penalnych rządów Prawa i Sprawiedliwości, budziła od początku rozliczne wątpliwości¹. W krótkim opracowaniu nie sposób odnieść się do wszystkich jej wątków. Z konieczności, w niniejszym tekście autorzy postanowili poddać ocenie jeden z jej najbardziej kontrowersyjnych efektów legislacyjnych w postaci stworzenia regulacji, która może wykluczać możliwość warunkowego przedterminowego zwolnienia przy wymierzaniu kary dożywotniego pozbawienia wolności.

Nie uprzedzając toku analizy, już na wstępie trzeba zauważyć, że na tle orzecznictwa trybunału strasburskiego wywodzi się tezę, iż waga czynu nie może być jedynym czynnikiem decydującym o karze. Podkreśla się znaczenie resocjalizacji, jako

¹ Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2600). Por. w przedmiocie pierwotnych propozycji zwłaszcza: M. Melezini, *Wybrane problemy nowego podejścia do filozofii karania w świetle ustawy z 13 czerwca 2019 r.*, „Ius Novum” 2020, nr 2, s. 47 i nn.; M. Płatek, *Opinia prawna na temat Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2154)*, s. 20–21, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=2154> [dostęp: 14.01.2024]. Opinia ta została wydana do projektu ustawy z 2019 r., który przewidywał analogiczny przepis, w interesującym nas obecnie kontekście: W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Kara dożywotniego pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia – refleksje w kontekście gwarancji wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Palestra” 2018, nr 10, s. 21–29; E. Dawidziuk, A. Kosyło, M. Niełacna, *Dożywotnie więzienie na wokandzie trybunału strasburskiego*, Warszawa 2020, zwłaszcza s. 51–54. Na temat omawianej nowelizacji zob. A. Barczak-Oplustil, M. Małecki, S. Tarapata, M. Iwański, *Populistyczna nowelizacja prawa karnego. Ustawa z dnia 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 762)*, Kraków, 19.07.2022, <https://kipk.pl/wp-content/uploads/2022/07/nowelizacja2022.pdf> [dostęp: 14.01.2024]; K. Wiak, Z. Gądzik, *Zmiany w zakresie warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia kary w nowelizacji Kodeksu karnego z 7 lipca 2022 r.*, „Probacja” 2023, nr 1, s. 41–60; T. Tyburcy, *Geneza i motywy wprowadzenia do Kodeksu karnego możliwości wymierzenia kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawiania wolności*, „Biuletyn Kryminologiczny” 2023, nr 30, s. 1–18.

dyrektywy realizowanej nie tylko wobec skazanych sprawców, ale także wobec całości społeczeństwa (*rehabilitation of offenders and societies*)². Resocjalizację podnosi się do rangi zasady konstytucyjnej i coraz częściej mówi się o „prawie do nadziei”³.

Celem tego opracowania jest, po pierwsze, przedstawienie standardów wynikających z prawa do nadziei wypracowanych na gruncie europejskich standardów praw człowieka oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz, Trybunał lub trybunał strasburski) i zestawienie ich z polską regulacją. Po drugie zaś, podjęta zostanie próba oceny regulacji kary dożywotniego pozbawienia wolności w prawie polskim, w tym zwłaszcza w kontekście możliwego orzeczenia zakazu przedterminowego warunkowego zwolnienia.

1. Prawo do nadziei w orzecznictwie strasburskim

Prawo do nadziei wynika z orzecznictwa ETPCz dotyczącego kar dożywotniego pozbawienia wolności. Należy jednak od razu wyjaśnić, że samo wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności dorosłemu sprawcy nie jest jako takie zakazane lub też uznawane za niezgodne z art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴ zawierającym zakaz tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania⁵. Problem pojawia się wówczas, gdy wymierzona zostaje kara bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności bez prawa do przedterminowego warunkowego zwolnienia (*irreducible life sentence*).

W celu stwierdzenia, czy kara dożywotniego pozbawienia wolności może być w danej sprawie uznana za karę bezwzględną, Trybunał dąży do ustalenia, „czy można powiedzieć, że dożywotni więzień ma jakąkolwiek perspektywę zwolnienia”⁶. Analiza orzecznictwa ETPCz w tej kwestii pokazuje, iż „w tych przypadkach, gdzie prawo krajowe przewiduje możliwość kontroli kary dożywocia pod kątem jej złagodzenia, umorzenia, zakończenia lub warunkowego zwolnienia skazanego, będzie to wystarczające do spełnienia wymogów wynikających z art. 3”⁷. Jak stwierdził Trybunał w sprawie *Kafkaris przeciwko Cyprowi*, „kara dożywocia nie staje się »nieredukowalna« przez sam fakt, że w praktyce może zostać odbyta w całości. Do celów art. 3 wystarczy, że kara dożywocia może być *de iure* i *de facto* złagodzona”⁸.

² Por. N. Kisić, S. King, *Toward a More Lenient Law: Trends in Sentencing from the European Court of Human Rights*, „Human Rights Brief” 2014, vol. 21, no. 2, s. 9–15.

³ Por. np. E. Rotman, *Do Criminal Offenders Have a Constitutional Right to Rehabilitation?*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1986, vol. 77, no. 4, s. 1028.

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej: EKPCz lub Konwencja).

⁵ Zob. wyrok ETPCz z dnia 12 lutego 2008 r. w sprawie *Kafkaris przeciwko Cyprowi*, skarga nr 21906/04, HUDOC (dalej: *Kafkaris przeciwko Cyprowi*), § 97.

⁶ *Ibidem*, § 98.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

Kwestia zgodności wymiaru kary dożywotniego pozbawienia wolności z Konwencją została rozwinięta w sprawie *Vinter i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁹. W kontekście wymogu, iż kara nie powinna być rażąco nieproporcjonalna, w przypadku kar dożywocia, ETPCz stwierdził, że należy rozróżnić trzy rodzaje kary: (i) karę dożywocia z możliwością zwolnienia po odbyciu minimalnego okresu; (ii) uznaniową karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości zwolnienia warunkowego oraz (iii) obowiązkową karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości zwolnienia warunkowego.

W pierwszym przypadku, według ETPCz, kara jest redukowalna i z tego powodu nie powstają problemy na podstawie art. 3 EKPCz. W drugim przypadku, dotyczącym uznaniowej kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości zwolnienia warunkowego, zdaniem Trybunału, takie kary są zazwyczaj orzekane w przypadku najcięższych przestępstw, takich jak morderstwo lub nieumyślne spowodowanie śmierci. W każdym systemie prawnym za takie przestępstwa, jeśli nie grozi dożywocie, to zwykle grozi kara wieloletniego pozbawienia wolności. Dlatego też każdy oskarżony skazany za takie przestępstwo musi się spodziewać, że spędzi wiele lat w zakładzie karnym, zanim będzie mógł realistycznie mieć nadzieję na przedterminowe zwolnienie, niezależnie od tego, czy zostanie skazany na dożywocie, czy na określoną liczbę lat pozbawienia wolności. Jeżeli zatem sąd orzeknie uznaniową karę dożywocia po należytym rozważeniu wszystkich istotnych czynników łagodzących i obciążających, w chwili jej wymierzania nie pojawi się kwestia naruszenia art. 3 Konwencji¹⁰. W trzecim przypadku, tj. obowiązkowej kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości zwolnienia warunkowego, Trybunał stoi na stanowisku, że wymagana jest tu zwiększona kontrola. Wadą każdego wyroku orzekającego obowiązkową karę dożywocia jest to, że pozbawia on oskarżonego możliwości przedstawienia przed sądem orzekającym jakichkolwiek czynników łagodzących lub szczególnych okoliczności. Dotyczy to przede wszystkim przypadku obowiązkowej kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości zwolnienia warunkowego. W takim przypadku sąd skazuje oskarżonego na spędzenie reszty dni w więzieniu, niezależnie od stopnia jego winy i niezależnie od tego, czy sąd wydający wyrok uważa karę za uzasadnioną. Jednak zdaniem Trybunału „rozważania te nie oznaczają, że obowiązkowa kara dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości zwolnienia warunkowego jest sama w sobie niezgodna z Konwencją, chociaż tendencja w Europie wyraźnie sprzeciwia się takim karom [...]. Względy te oznaczają raczej, że istnieje znacznie większe prawdopodobieństwo, że taka kara będzie rażąco nieproporcjonalna niż jakikolwiek inny rodzaj kary dożywocia”¹¹.

Pomimo że wyroki dożywocia wydane wobec trzech skarżących w sprawie *Vinter* zostały uznane przez ETPCz za dyskrecjonalne kary dożywotniego pozbawienia

⁹ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie *Vinter i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 66069/09, 130/10 i 3896/10, HUDOC (dalej: *Vinter i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*).

¹⁰ *Kafkaris przeciwko Cyprowi*, § 91–92.

¹¹ *Ibidem*, § 93.

wolności bez możliwości wcześniejszego zwolnienia, Izba Trybunału nie doszukała się w tej sprawie naruszenia art. 3 Konwencji. Stwierdzono bowiem, iż skarżący nie podnieśli zarzutu rażącej nieproporcjonalności nałożonych kar, kwestia faktycznej redukowalności kary dożywocia nie podlegała badaniu, a wymierzone kary w przypadku wszystkich skarżących służyły uzasadnionym celom penologicznym w postaci ukarania oraz odstraszenia¹².

Orzekając w sprawie *Vinter*, Wielka Izba Trybunału uznała jednak, inaczej niż Izba, że w tej sprawie doszło do naruszenia art. 3 Konwencji. W kontekście bowiem kary dożywocia art. 3 EKPCz należy interpretować w ten sposób, że wymaga on możliwości złagodzenia kary w sensie zapewnienia kontroli, która pozwala władzom krajowym rozważyć, czy jakiegokolwiek zmiany w wyroku dożywotniego skazanego są na tyle znaczące, a w trakcie odbywania kary nastąpił taki postęp w kierunku resocjalizacji, że dalsze pozbawienie wolności nie może być już oparte na uzasadnionych względach penologicznych¹³. Wielka Izba stwierdziła przy tym, że istnieje kilka przyczyn, z powodu których, aby kara dożywotniego więzienia mogła być uznana za zgodną z art. 3 EKPCz, musi istnieć zarówno perspektywa zwolnienia skazanego, jak i możliwość ponownego przeglądu orzeczonej kary¹⁴.

Po pierwsze, muszą istnieć uzasadnione podstawy penologiczne przemawiające za skazaniem na karę dożywotniego pozbawienia wolności, takie jak dolegliwość kary, prewencja, ochrona społeczeństwa oraz resocjalizacja. Zdaniem ETPCz w trakcie odbywania kary waga tych celów ulega zmianom, i w związku z tym cele kary, stanowiące główne jej uzasadnienie w chwili skazania, mogą tracić na znaczeniu po długim okresie odbywania kary. Dlatego też dopiero dokonanie kontroli zasadności dalszego dożywotniego pozbawienia wolności we właściwym momencie pozwala na należyłą ocenę wagi poszczególnych celów kary¹⁵.

Po drugie, jeżeli więzień zostanie osadzony w zakładzie karnym bez perspektywy zwolnienia i możliwości ponownego rozpatrzenia zasadności dożywotniego pozbawienia wolności, istnieje ryzyko, że nigdy nie będzie mógł odpokutować za swoje przestępstwo, bowiem niezależnie od tego, co zrobi on w więzieniu, niezależnie od tego, jak wyjątkowe będą jego postępy na drodze do resocjalizacji, jego kara pozostanie stała i nie będzie podlegała ponownej ocenie w toku jej wykonywania¹⁶.

Po trzecie, ETPCz powołał się na orzecznictwo Niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który w jednej ze spraw uznał, że niepodlegająca skróceniu kara bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności jest niezgodna z przepisem dotyczącym godności ludzkiej zawartym w ustawie zasadniczej poprzez pozbawienie skazanego szansy na odzyskanie wolności w przyszłości. W konsekwencji, zdaniem

¹² *Ibidem*, § 95.

¹³ *Vinter i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 119.

¹⁴ *Ibidem*, § 110.

¹⁵ *Ibidem*, § 111.

¹⁶ *Ibidem*, § 112.

ETPCz, „podobne względy muszą mieć zastosowanie w ramach systemu Konwencji, którego istotą, jak często stwierdzał Trybunał, jest poszanowanie godności ludzkiej”¹⁷.

Po czwarte, zdaniem trybunału strasburskiego, pomimo że zadanie osobistej dolegliwości „pozostaje jednym z celów pozbawienia wolności, europejska polityka karna kładzie obecnie nacisk na resocjalizacyjny cel pozbawienia wolności, zwłaszcza pod koniec długiej kary pozbawienia wolności”¹⁸. ETPCz powołał się przy tym na zasady Europejskich Reguł Więziennych¹⁹. Zgodnie z regułą 6 – „Każde pozbawienie wolności jest prowadzone tak, by ułatwić osobom pozbawionym wolności reintegrację w wolnym społeczeństwie”. Z kolei zgodnie z regułą 102.1 – „rygor dla odbywających karę ma na celu umożliwienie więźniom prowadzenia odpowiedzialnego i zgodnego z prawem życia”²⁰.

Wskazane przyczyny doprowadziły Wielką Izbę Trybunału do wniosku, że „w kontekście kary dożywocia art. 3 [Konwencji] należy interpretować w ten sposób, że wymaga on redukowalności kary w tym sensie, iż będzie zapewniona jej okresowa kontrola. Pozwoli ona władzom krajowym na rozważenie, czy jakiegokolwiek zmiany w karze dożywotniego pozbawienia wolności są na tyle znaczące, a w trakcie odbywania kary poczyniono taki postęp w kierunku resocjalizacji, że dalsze osadzenie w zakładzie karnym nie może być już wspierane uzasadnionymi względami penologicznymi”²¹. Ponadto, co istotne, osadzony już na samym początku odbywania kary pozbawienia wolności powinien mieć świadomość, co musi zrobić, żeby można było rozpatrzyć jego wcześniejsze zwolnienie²².

W celu wzmocnienia przyjętej argumentacji dla uzasadnienia tezy o znaczeniu resocjalizacji więźniów skazanych na dożywocie, jak również konieczności zapewnienia perspektywy ich ostatecznego zwolnienia ETPCz powołał się w szerokim zakresie nie tylko na odpowiednie instrumenty przyjęte w ramach Rady Europy i ONZ, ale także na statut Międzynarodowego Trybunału Karnego i praktykę państw-stron²³.

Ustanowiony przez ETPCz w sprawie *Vinter* standard, dotyczący prawa do nadziei, nasuwa jednak szereg wątpliwości i pytań. Dotyczą one w szczególności tego, jaką rolę w tym standardzie odgrywa prawo łaski, czy prawo do nadziei wymaga, aby w każdym przypadku skazani na kary dożywotniego pozbawienia wolności odzyskiwali przedterminowo wolność, oraz czy państwa posiadają w tym zakresie margines oceny, a jeśli tak, to czego dotyczy swoboda wynikająca z tej doktryny.

W decyzji w przedmiocie dopuszczalności w sprawie *Tibor Törköly przeciwko Węgrom* skarżący został skazany na dożywocie z możliwością zwolnienia warunkowego

¹⁷ *Ibidem*, § 113.

¹⁸ *Ibidem*, § 115.

¹⁹ Zalecenie Rec(2006)2-rev Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych (przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 11 stycznia 2006 r. na 952. posiedzeniu delegatów ministrów).

²⁰ *Vinter i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 115.

²¹ *Ibidem*, § 119.

²² *Ibidem*, § 122.

²³ *Ibidem*, § 114–118.

po 40 latach. Trybunał uznał, że wydany wyrok gwarantuje mu odległą, ale realną możliwość zwolnienia. Co więcej, ETPCz zauważył, że skarżący może ubiegać się o ułaskawienie Prezydenta nawet wcześniej. Mając świadomość, iż prezydenckie prawo łaski jest uprawnieniem uznaniowym, niewykonywanym przez organ sądowy, Trybunał przypomniał jednak, „że główną kwestią z punktu widzenia art. 3 [Konwencji] jest to, czy istnieje w ogóle nadzieja na zwolnienie skarżącego. [...] Zdaniem Trybunału w tym kontekście godne uwagi jest to, że oskarżony ma swobodę złożenia wniosku o ułaskawienie w dowolnym momencie po wydaniu wyroku skazującego”²⁴.

W rozpoznawanej trzy lata później sprawie *László Magyar przeciwko Węgrom* ETPCz odmówił przyznania instytucji prawa łaski jakiegokolwiek znaczenia z punktu widzenia prawa do nadziei. Trybunał stwierdził, że instytucja ułaskawienia przez Prezydenta, rozpatrywana niezależnie od ewentualnych regulacji dotyczących prawa do zwolnienia warunkowego, nie pozwala więźniowi na uzyskanie wiedzy odnośnie do tego, co musi zrobić, aby mógł zostać zwolniony, oraz na jakich warunkach. Instytucja ta nie gwarantuje należytego uwzględnienia zmian i postępów w resocjalizacji poczynionych przez więźnia skazanego na dożywocie, bez względu na to, jak znaczące by one nie były. Dlatego w tej sprawie ETPCz stwierdził, iż nie można uznać wymierzonej kary dożywocia za podlegającą zmniejszeniu jedynie w kontekście teoretycznej możliwości skorzystania przez Prezydenta z prawa łaski²⁵.

Kwestię znaczenia prawa łaski z punktu widzenia prawa do nadziei ETPCz rozpatrywał m.in. także w sprawie *Petukhov przeciwko Ukrainie*. Trybunał rozważał m.in. zgodność z prawem do nadziei sytuacji, w której więźniowie skazani na karę dożywocia na Ukrainie mogą spodziewać się odzyskania wolności jedynie w dwóch przypadkach: jeżeli zapadną na poważną chorobę uniemożliwiającą dalsze uwięzienie lub jeżeli otrzymają ułaskawienie Prezydenta²⁶.

Analizując instytucję prezydenckiego prawa łaski w świetle prawa ukraińskiego, Trybunał zwrócił uwagę na brak obowiązku uzasadnienia decyzji Prezydenta Ukrainy i podległych mu organów w sprawie wniosków o ułaskawienie dodatkowo przy jednoczesnym braku kontroli sądowej tego typu decyzji. W tej sytuacji, zdaniem ETPCz, „korzystanie przez skazanych dożywotnio z prawa do rewizji kary dożywocia w drodze ułaskawienia Prezydenta nie może być uważane za objęte wystarczającymi gwarancjami proceduralnymi”²⁷. Prowadzi to do wniosku, że instytucja prezydenckiego prawa ułaskawienia jest współczesnym odpowiednikiem królewskiej prerogatywy łaski, a nie mechanizmem opartym na przesłankach penologicznych i z odpowiednimi gwarancjami proceduralnymi.

²⁴ Decyzja ETPCz z dnia 5 kwietnia 2011 r. w kwestii dopuszczalności w sprawie *Tibor Törköly przeciwko Węgrom*, skarga nr 4413/06, HUDOC.

²⁵ Wyrok ETPCz z dnia 20 maja 2014 r. w sprawie *László Magyar przeciwko Węgrom*, skarga nr 73593/10, HUDOC (dalej: *László Magyar przeciwko Węgrom*), § 58.

²⁶ Wyrok ETPCz z dnia 12 marca 2019 r. w sprawie *Petukhov przeciwko Ukrainie*, skarga nr 41216/13, HUDOC, § 178.

²⁷ *Ibidem*, § 179.

Podobnie jak w sprawie *Vinter*, trybunał strasburski zwrócił uwagę, że europejska polityka karna kładzie obecnie nacisk na resocjalizacyjny cel pozbawienia wolności, nawet w przypadku osób skazanych na dożywocie. Według ETPCz, „Obowiązek zapewnienia możliwości resocjalizacji należy postrzegać jako obowiązek środków, a nie rezultatu. Jednakże pociąga to za sobą pozytywny obowiązek zapewnienia więźniom dożywotnim takich systemów penitencjarnych, które są zgodne z celem resocjalizacji i umożliwiają takim więźniom osiągnięcie postępu na drodze do ich resocjalizacji. [...] Taki obowiązek istnieje w sytuacjach, gdy to reżim więzienny lub warunki osadzenia utrudniają resocjalizację”²⁸. Dotyczy to sytuacji panującej na Ukrainie, gdzie skazani na dożywocie są oddzieleni od innych więźniów i spędzają do 23 godzin dziennie w swoich celach, które są zwykle obsadzone dwu- lub trzykrotnie, z niewielką ilością zorganizowanej działalności i możliwości socjalizacji. Rządowi Ukrainy nie udało się wyjaśnić, w jaki sposób może następować resocjalizacja więźnia w takich warunkach²⁹.

Przy ocenie, czy kara dożywocia podlega *de facto* skróceniu, istotne może się okazać, według Trybunału, uwzględnienie informacji statystycznych na temat liczby osób, które zostały ułaskawione. Opierając się na dostępnych danych, ETPCz stwierdził, że „jak dotąd na Ukrainie uwzględniono tylko jedną prośbę o ułaskawienie od skazanego na dożywocie. Ze statystycznego punktu widzenia pokazuje to, że w praktyce skazani na dożywocie mają znikome szanse na uwzględnienie ich prośb o ułaskawienie”³⁰. W konsekwencji Trybunał, uznając, iż istniejący na Ukrainie system dotyczący więźniów dożywotnich jest niezgodny z celem resocjalizacji, stwierdził naruszenie art. 3 Konwencji z uwagi na nieredukowalną karę dożywotniego pozbawienia wolności skarżącego w tej sprawie³¹.

Trybunał wyjaśnił też, że prawo do nadziei nie oznacza, iż orzeczona kara dożywocia nie może zostać odbyta w całości. Naruszeniem art. 3 EKPCz jest sam fakt nałożenia nieredukowalnej kary dożywocia. Kara ta jednak, jak wyjaśnił Trybunał, „nie staje się nieredukowalna przez sam fakt, że w praktyce może zostać odbyta w całości, o ile tylko *de iure* i *de facto* podlega skróceniu. Sytuacja zatem, w której skazany na dożywocie miałby zgodnie z prawem krajowym prawo do przedterminowego warunkowego zwolnienia, ale zwolnienia tego odmówiono by mu na tej podstawie, że nadal stwarza on zagrożenie społeczeństwu, nie stanowiłaby naruszenia Konwencji”. ETPCz podkreślił, że państwa mają w tym przypadku pozytywny obowiązek „podjęcia środków w celu ochrony społeczeństwa przed brutalnymi przestępstwami, a Konwencja nie zabrania państwu poddania osoby skazanej za poważne przestępstwo karze dożywotniego pozbawienia wolności, umożliwiającej w razie potrzeby dalsze pozbawienie wolności sprawcy w celu ochrony społeczeństwa”³².

W przypadku orzekania kar dożywotniego pozbawienia wolności państwa-strony EKPCz korzystają również ze stosunkowo szerokiego pod względem przedmiotowym

²⁸ *Ibidem*, § 181.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, § 184–186.

³¹ *Ibidem*, § 186–187.

³² *Ibidem*, § 48–49.

marginesu oceny. W ramach tego marginesu władze krajowe mają swobodę wyboru „konkretnego systemu sądownictwa karnego, w tym ustaleń dotyczących kontroli kary i zwolnienia. Zasadniczo pozostaje to poza zakresem nadzoru sprawowanego przez Trybunał na poziomie europejskim, pod warunkiem że system taki nie narusza zasad określonych w Konwencji”³³. Co więcej, państwa-strony EKPCz korzystają z marginesu oceny także „przy podejmowaniu decyzji o odpowiedniej długości kar pozbawienia wolności za poszczególne przestępstwa”, a rolą Trybunału „nie jest określanie, jaki jest odpowiedni okres pozbawienia wolności w odniesieniu do konkretnego przestępstwa ani orzekanie o odpowiedniej długości aresztu lub innej kary, jaką powinna odbyć osoba po skazaniu przez właściwy sąd”³⁴. Margines swobody obejmuje przy tym również „swobodę wymierzania kar dożywocia wobec dorosłych przestępców za szczególnie poważne przestępstwa, takie jak morderstwo”, bowiem „nałożenie takiej kary na dorosłego przestępcę nie jest samo w sobie zabronione lub niezgodne z art. 3 lub jakimkolwiek innym artykułem Konwencji, w szczególności w przypadku, gdy taka kara nie jest obowiązkowa, ale jest wydawana przez niezależnego sędziego po rozważeniu przez niego wszystkich czynników łagodzących i obciążających występujących w danej sprawie”³⁵.

Standard wynikający z prawa do nadziei wymaga zapewnienia możliwości złagodzenia kary w sensie kontroli, która pozwoli władzom krajowym na ocenę, czy jakiegokolwiek zmiany u skazanego na dożywocie są wystarczająco znaczące, a także czy w trakcie odbywania kary nastąpił taki postęp w kierunku jego resocjalizacji, że można w konsekwencji uznać, iż dalsze pozbawienie wolności nie może być już uzasadnione względami penologicznymi³⁶. Margines oceny przysługuje jednak państwom w odniesieniu do formy, w jakiej powinna się odbyć taka kontrola, a także w odniesieniu do czasu, kiedy powinna ona zostać przeprowadzona w trakcie odbywania kary dożywotniego pozbawienia wolności przez skazanego³⁷.

Linie orzeczniczą ze sprawy *Vinter ETPCz* kontynuował w kolejnych orzeczeniach. W wyroku sprawie *Ocalan przeciwko Turcji* z 18 marca 2014 r. Trybunał zauważył, że obowiązujące ustawodawstwo w Turcji wyraźnie zabrania skarżącemu, jako osobie skazanej na karę dożywotniego pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu państwa, ubiegania się, w dowolnym momencie odbywania kary, o zwolnienie na podstawie uzasadnionych podstaw penologicznych³⁸. Wprawdzie turecki ustawodawca w dość regularnych odstępach czasu przyjmował ustawy o ogólnej lub częściowej amnestii (ten ostatni rodzaj prawa przyznaje zwolnienie warunkowe po minimalnym okresie), jednak ETPCz uznał, że nie ma dowodów na to, iż w przypadku skarżącego istniała realna perspektywa jego zwolnienia. Co więcej, obowiązujące

³³ *László Magyar przeciwko Węgrom*, § 46.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, § 47.

³⁶ *Ibidem*, § 50.

³⁷ *Ibidem*, § 51.

³⁸ Wyrok ETPCz z dnia 18 marca 2014 r. w sprawie *Ocalan przeciwko Turcji*, skargi nr 24069/03, 197/04, 6201/06 i 10464/07, HUDOC, § 203.

regulacje prawa tureckiego cechuje brak mechanizmu kontroli, w celu sprawdzenia, czy po upływie określonego minimalnego okresu pozbawienia wolności istnieją uzasadnione powody, aby kontynuować odbywanie kary pozbawienia wolności³⁹. Warto zwrócić uwagę, że władze tureckie powoływały się na to, iż skarżący został skazany na dożywocie bez możliwości wcześniejszego zwolnienia ze względu na popełnienie szczególnie poważnych przestępstw terrorystycznych. W odpowiedzi na ten argument Trybunał przypomniał, że postanowienia art. 3 Konwencji nie dopuszczają żadnych odstępstw i zakazują nieludzkiego lub poniżającego karanía w kategoriach bezwzględnych⁴⁰.

W konsekwencji ETPCz uznał, że orzeczona wobec skarżącego kara dożywocia nie może zostać uznana za podlegającą zmniejszeniu w rozumieniu art. 3 Konwencji, a zatem wymogi tego postanowienia nie zostały spełnione w przedmiotowej sprawie i dlatego nastąpiło jego naruszenie⁴¹. Trybunał zastrzegł jednocześnie, podobnie jak w wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Vinter*, iż stwierdzenia naruszenia Konwencji w tym zakresie nie można rozumieć jako dającego skarżącemu perspektywę rychłego zwolnienia. Władze krajowe muszą bowiem przeprowadzić kontrolę w ramach procedury, która zostanie ustanowiona w drodze przyjęcia odpowiednich instrumentów prawnych zgodnie z zasadami określonymi przez Trybunał w § 111–113 wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Vinter*⁴².

Naruszenie art. 3 Konwencji Trybunał orzekł także w sprawie Freddy’ego André Horiona, wielokrotnego mordercy, który został skazany za morderstwo pięciu osób najpierw w 1981 r. na karę śmierci, która została następnie zamieniona na karę dożywocia z uwagi na zniesienie kary śmierci w Belgii w lipcu 1996 r.⁴³ Stwierdzenie naruszenia art. 3 EKPCz wiązało się w tej sprawie z sytuacją impasu, w jakiej znalazł się skarżący od kilku lat. Impas ten wynikał z praktycznej niemożności umieszczenia go na oddziale psychiatrycznym z uwagi na jego status „skazanego”, pomimo że jego dalsze osadzenie w zakładzie karnym nie było już uważane za wskazane, zarówno ze względu na bezpieczeństwo publiczne, jak i cele jego resocjalizacji i reintegracji ze społeczeństwem⁴⁴. W rezultacie skarżącemu nie zapewniono realnej perspektywy zwolnienia, co skutkowało stwierdzeniem naruszenia art. 3 EKPCz⁴⁵.

Interesujące w tym kontekście jest także orzeczenie w sprawie *Bodein przeciwko Francji* z 13 listopada 2014 r., w którym Trybunał uznał, że dopuszczenie warunkowego zwolnienia osoby skazanej na dożywocie dopiero po 30 latach nie narusza Konwencji. W tej sprawie ETPCz ocenił zgodność Konwencji z regulacją art. 720-4 francuskiego kodeksu postępowania karnego, zgodnie z którą po upływie 30 lat pozbawienia wolności skazany może skorzystać z dostosowania wymiaru kary. Konieczne jest w takim

³⁹ *Ibidem*, § 204.

⁴⁰ *Ibidem*, § 205.

⁴¹ *Ibidem*, § 206–207.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Wyrok ETPCz z dnia 9 maja 2023 r. w sprawie *Horion przeciwko Belgii*, skarga nr 37928/20, HUDOC.

⁴⁴ *Ibidem*, § 69 i 75.

⁴⁵ *Ibidem*, § 74–76.

przypadku wydanie opinii przez trzech biegłych, którzy mają się wypowiedzieć w kwestii stwarzanego przez taką osobę zagrożenia. Dodatkowo wobec takiej osoby mogą być stosowane środki mające na celu kontrolę jej zachowania na wolności⁴⁶. Mechanizm ten został uznany za spełniający wymóg konwencyjnego standardu, bowiem jego warunki były znane skazanemu od początku odbywania kary. Natomiast wymogów tych nie spełnia ani możliwość ułaskawienia skazanego przez Prezydenta, z uwagi na uznaniowość tej instytucji, ani regulacja pozwalająca na opuszczenie zakładu karnego z powodów zdrowotnych⁴⁷.

2. Prawo do nadziei a polskie prawo karne

Zagadnienie zgodności kary dożywotniego pozbawienia wolności w świetle standardów praw człowieka podejmowane było od dawna w literaturze przedmiotu. Przykładowo jeszcze w 1995 r. Zbigniew Hołda pisał, niezwykle trafnie z perspektywy aktualnego orzecznictwa ETPCz w tym zakresie, że „wydaje się zresztą, iż sama natura kary dożywotniego pozbawienia wolności prowadzi do naruszenia praw człowieka. Ochrona praw człowieka, z poszanowaniem godności ludzkiej jako zasadą podstawową, czyni utrzymywanie lub – jak w naszym kraju – przywrócenie takiej kary sprawą wysoce dyskusyjną”⁴⁸.

W myśl nowelizacji kodeksu karnego z 2022 r.⁴⁹, która weszła w życie 1 października 2023 r., w związku ze zniesieniem kary 25 lat pozbawiania wolności oraz wydłużeniem kary terminowej pozbawiania wolności, po raz kolejny podniesiono progi warunkowych zwolnień. W przypadku kar skrajnie długich oraz dożywotniego pozbawiania wolności wspomnianą nowelą wprowadzono także możliwość wyłączenia warunkowego przedterminowego zwolnienia. Wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności sprawcy za czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, bezpieczeństwu powszechnemu lub za przestępstwo o charakterze terrorystycznym na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat, sąd może orzec zakaz warunkowego zwolnienia. Podobnie wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd może orzec zakaz warunkowego zwolnienia sprawcy, jeżeli charakter i okoliczności czynu oraz właściwości osobiste sprawcy wskazują, iż jego pozostawanie na wolności spowoduje trwałe niebezpieczeństwo dla

⁴⁶ Wyrok ETPCz z dnia 13 listopada 2014 r. w sprawie *Bodein przeciwko Francji*, skarga nr 40014/10, HUDOC, § 58.

⁴⁷ *Ibidem*, § 59–61.

⁴⁸ Z. Hołda, *Kara dożywotniego pozbawienia wolności (w świetle standardów ochrony praw człowieka)* [w:] *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, J. Jakubowska-Hara, Warszawa 1995, s. 172.

⁴⁹ Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2600).

życia, zdrowia, wolności lub wolności seksualnej innych osób (art. 77 § 3 i 4 kodeksu karnego w brzmieniu z 1 października 2023 r.).

Wspomniana nowelizacja spotkała się ze słuszną krytyką w nauce już w fazie projektów i budowania założeń⁵⁰. Przeciwno temu rozwiązaniu podnosi się argumenty z obszaru prawa karnego, konstytucyjnego, praw człowieka, a także racje penologiczne i penitencjarne. Nie są to argumenty nowe. Zbigniew Hołda wskazywał już dawno, że kary skrajne w kodeksie karnym z 1997 r.⁵¹ budzą wątpliwości, a wysoki próg do warunkowego zwolnienia przy dożywotnim pozbawianiu wolności określony na 25 lat narusza postanowienia rezolucji (76)2 Komitetu Ministrów Rady Europy⁵², które rekomendują dużo niższe minima. Zgodnie z pkt 12 tego dokumentu sprawdzenie możliwości warunkowych przedterminowych zwolnień ma następować już po 8–14 latach⁵³. Wbrew zastrzeżeniom polski prawodawca nie wziął pod uwagę wątpliwości związanych z wyłączeniem tzw. prawa do nadziei⁵⁴, zwłaszcza tych w kontekście art. 3 EKPCz, czyli obaw o okrutne, nieludzkie i poniżające traktowanie.

W polskim piśmiennictwie podnoszono wątpliwości co do praktyki stosowania warunkowych przedterminowych zwolnień. Zastrzeżenia budziła zwłaszcza praktyka płynąca z możliwości podwyższania formalnego progu z art. 77 § 2 k.k. w postaci odbycia 25 lat kary pozbawienia wolności⁵⁵, jak również arbitralność sądów w zakresie stosowania warunkowych zwolnień co do kar skrajnych⁵⁶. Józef Korecki przytoczył casus, w którym sąd, odmawiając udzielenia warunkowego zwolnienia, po raz piętynasty stwierdził, że byłoby ono przedwcześnie („odległy koniec kary”), a po kilku miesiącach, w tej samej sprawie uznał, że ponad 19 lat pobytu w zakładzie karnym to wystarczająco długo⁵⁷. Spodziewano się racjonalizacji w stanowieniu i stosowaniu prawa, tymczasem jednak kolejny raz zwyciężył populizm penalny.

Zaostrzenie kursu polityki penitencjarnej widać przede wszystkim po przeanalizowaniu danych dotyczących przedterminowych zwolnień *in genere*. W statystykach

⁵⁰ Por. przypis nr 1, a także A. Jaworska-Wieloch, *Reforma prawa karnego w latach 2015–2019. Warunkowe zwolnienie – czy proponowane zmiany są racjonalne?* [w:] *Reforma prawa karnego w latach 2015–2019*, red. P. Góralski, A. Muszyńska, Warszawa 2020, s. 331–350.

⁵¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 17; dalej: k.k.).

⁵² Rezolucja (76)2 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie postępowania ze skazanymi na kary długoterminowe (przyjęta dnia 17 lutego 1976 r. podczas 254. zgromadzenia delegatów ministrów).

⁵³ Por. Z. Hołda, *Kara dożywotniego pozbawienia wolności...*, s. 174–176.

⁵⁴ K. Brownlee, *Punishment and Precious Emotions: A Hope Standard for Punishment*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2021, vol. 41, no. 3, s. 602–603.

⁵⁵ Tak trafnie J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z kary dożywotniego pozbawienia wolności – wybrane zagadnienia* [w:] *Długoterminowe kary pozbawienia wolności w teorii i praktyce*, red. W. Zalewski, Gdańsk 2015, s. 204.

⁵⁶ Por. M. Niełacznna, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie skazanych na kary skrajnie długie. Prawo do drugiej szansy* [w:] *Długoterminowe kary pozbawienia wolności w teorii i praktyce...*, s. 223. Autorka zauważa dwie ambiwalentne i przeciwstawne tendencje w orzecznictwie sądów różnych apelacji.

⁵⁷ Por. J. Korecki, *Postanowienia sądów penitencjarnych w sprawach o warunkowe zwolnienie sprawców zabójstw odbywających karę 25 lat pozbawienia wolności* [w:] *Kary długoterminowe: polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, red. T. Gardocka, Warszawa 2006, s. 333. Autor omawia szereg podobnych przypadków.

odnotowuje się wyraźny spadek liczby orzekanych warunkowych zwolnień. O ile w roku 2010 było 26 238 wniosków pozytywnie rozpatrzonych, to już w 2015 r. jedynie 14 880, w 2020 r. – 6158, w 2021 r. – 4973, zaś w 2022 r. tylko 5209⁵⁸. Spadająca liczba orzeczeń przy w miarę stabilnej liczbie osób przebywających w zakładach karnych pokazuje znaczące zaostrzenie polityki karnej i penitencjarnej. Wyjątkowo niskie są liczby warunkowych zwolnień z kar skrajnych. Według Marii Niełaczonej i Joanny Klimczak żaden z więźniów dożywotnich od 1995 r. (data przywrócenia kary dożywotniego pozbawienia wolności) do roku 2020 nie został w Polsce warunkowo zwolniony⁵⁹.

Gdy rozważamy warunkowe zwolnienie z kary skrajnej (dożywotniego pozbawienia wolności; dalej: kdpw), musimy precyzyjnie zdefiniować, o czym w istocie mówimy. Słusznie w piśmiennictwie zwraca się uwagę, że zwolnienie z zakładu karnego nie oznacza pełnej wolności. Porównując trendy światowe, należy zauważyć, że osoba zwalniana pozostaje w nadzorze, zazwyczaj do końca życia⁶⁰. W Polsce liczba osób odbywających kdpw systematycznie rośnie, co świadczy o braku zwolnień warunkowych⁶¹. Dla porównania w 2022 r. było 502 osadzonych odbywających kdpw, a w czwartym kwartale 2023 r. już 530 osadzonych.

Rozważając karę dożywotniego pozbawienia wolności należy mieć w pamięci, że kara ta sama w sobie była przedmiotem krytyki⁶². Jeszcze w toku prac nad kodeksem karnym z 1969 r. podnoszono szereg argumentów natury ogólnoludzkiej, ustrojowej, wychowawczej i praktycznej, w efekcie których kary tej kodeks nie przewidywał.

Józef Wąsik wskazywał, że kara dożywotniego pozbawienia wolności „jest ze swej istoty zaprzeczeniem oddziaływania poprawczego, bo ma charakter środka zabezpieczającego (jeśli nie bierzemy pod uwagę możliwości osiągnięcia reedukacji w połączeniu z instytucją warunkowego zwolnienia)”⁶³. Podważano sens tej kary, albowiem „więzienie dożywotnie przestało być dożywotnim z chwilą, gdy objęte zostało instytu-

⁵⁸ *Prawomocne skazania i warunkowe umorzenia osób dorosłych w latach 2001–2020 – czyn główny*, Wydział Statystycznej Informacji Zarządczej, DSiFE Ministerstwo Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> [dostęp: 14.01.2024].

⁵⁹ Por. J. Klimczak, M. Niełaczonej, *Extreme criminal penalties – death penalty and life imprisonment in the Polish penal and penitentiary system*, „Archiwum Kryminologii” 2020, vol. 42, no. 1, s. 234–235. Autorki wskazują, że „By 1 January 2020, two prisoners with a life sentence had died a natural death, and none of those sentenced to this punishment in Poland had been granted conditional early release or clemency. For these reasons, the number of lifetime prisoners continues to increase, which will continue until they start to leave prison either through parole or death”.

⁶⁰ Por. D. van Zyl Smit, C. Appleton, *Life Imprisonment: A Global Human Rights Analysis*, Harvard 2019, s. 235 i nn.

⁶¹ Por. J. Warylewski, *Długoterminowe kary pozbawienia wolności – przyczynek do analizy statystycznej, jurystycznej i kryminologicznej* [w:] *Długoterminowe kary pozbawienia wolności w teorii i praktyce...*, s. 182 i nn.

⁶² Por. R. Zawłocki, *Przeciw karze dożywotniego pozbawienia wolności w polskim prawie karnym*, RPEiS 1996, nr 2, s. 105 i nn.

⁶³ J. Wąsik, *Kara dożywotniego więzienia w Polsce*, Warszawa 1963, s. 77; *idem*, *Zmierzch kary dożywotniego więzienia*, „Nowe Prawo” 1962, nr 5, s. 656–669. W podobnym duchu wypowiedział się przed wojną W. Wolter, wskazując, że „Kara dożywotniego więzienia, podobnie jak kara śmierci, ma raczej charakter środka zabezpieczającego, o ile wykonana jest rzeczywiście dożywotnio”. W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna. Tom II*, Kraków 1934, s. 37.

cją warunkowego przedterminowego zwolnienia⁶⁴. Eksponowano niehumanitarność kdpw. Jerzy Bafia stwierdził, że „samo istnienie kary, której założeniem jest, że człowiek ma całe życie przebywać w miejscu odosobnienia, z humanitarnego punktu widzenia wywołuje odruch oporu”⁶⁵. Inni powoływali się do tego na względy ustrojowe. Jerzy Śliwowski wskazywał przykładowo, że „u podłoża socjalistycznego ustawodawstwa karnego nie może trwać przekonanie o konieczności dożywotniej eliminacji człowieka”⁶⁶. Nadto obserwowano tendencję do rezygnacji z kary dożywotniego więzienia w wielu państwach⁶⁷. W jej miejsce wprowadzano wówczas długoterminowe kary pozbawienia wolności w wymiarze 20 lub 25 lat. Równolegle obowiązywała jednak kara śmierci.

Ostatecznie kodeks karny z 1969 r. nie przewidywał kdpw. Po jej przywróceniu w 1995 r. od początku podnoszono przeciwko niej szereg zastrzeżeń. Wprowadzono ją dla uspokojenia nastrojów społecznych po zniesieniu kary śmierci (mającej wielu zwolenników w społeczeństwie), przy pełnej świadomości wad wdrażanego rozwiązania. Wskazywano, że po rezygnacji z kary śmierci⁶⁸ „funkcje zabezpieczenia społeczeństwa przed najgroźniejszymi przestępcami może skutecznie przejąć kara dożywotniego pozbawienia wolności, która może także czynić zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości”⁶⁹.

Jednak wątpliwości co do kary dożywotniego pozbawienia wolności pozostały. W 2008 r. Leszek Wilk podnosił, że „w istocie kara dożywotniego pozbawienia wolności nie ma zbyt dobrej reputacji”⁷⁰. Autor dokonał swoistego podsumowania wcześniejszych sporów. Trafnie przyjął, że zarzuty wobec kdpw można sprowadzić do trzech podstawowych: 1) empirycznej fikcyjności, 2) niehumanitarnej beznadziejności i wynikającej z niej 3) bezkarności skazanych, gdyż skazany na tę karę może np. bezkarnie zabić w więzieniu zakładnika przy próbie ucieczki, gdyż jeżeli ustawodawstwo nie przewiduje kary śmierci, to nie ryzykuje niczym więcej niż to, na co został już skazany. Do przywołanych zarzutów należy dodać ten wynikający z elementarnych zasad

⁶⁴ W. Wolter, *Z problematyki wymiaru kary (średni wymiar kary)*, PiP 1958, z. 7, s. 19.

⁶⁵ J. Bafia, *System kar zasadniczych w k.k. z 1969 roku*, PiP 1969, z. 2, s. 11.

⁶⁶ J. Śliwowski, *Czasowe ramy kary pozbawiania wolności w projekcie k.k. PRL na tle przepisów socjalistycznego prawa karnego*, PiP 1957, z. 1, s. 124. Zob. przegląd głosów w dyskusji nad zniesieniem kdpw np. w: J. Korecki, *Kara 25 lat pozbawienia wolności w Polsce*, Warszawa 1988, s. 7 i nn., a także E. Janiszewska-Talaga, *Wykonywanie kar długoterminowego pozbawienia wolności*, Warszawa 1980.

⁶⁷ I. Andrejew, *Zarys prawa karnego państw socjalistycznych*, Warszawa 1975, s. 157; J. Korecki, *Kara 25 lat pozbawienia wolności...*, s. 20 i nn. Karę dożywotniego pozbawiania wolności zachowały: Niemiecka Republika Demokratyczna, Węgierska Republika Ludowa i Chińska Republika Ludowa.

⁶⁸ Warto dla porządku odnotować, że ta rezygnacja nie była jednomyślnie popierana, nawet w nauce były nieliczne wyjątki. Por. omówienie dyskusji w: J. Wojciechowska, *W sprawie zniesienia kary śmierci w Polsce* [w:] *Standardy praw człowieka...*, s. 157 i nn.

⁶⁹ Por. Projekt kodeksu karnego (redakcja z grudnia 1991 r.), Komisja do spraw Reformy Kodeksu Karnego, Zespół Prawa Karnego Materialnego i Wojskowego, cz. 2, Warszawa 1991, s. 30 oraz Projekt kodeksu karnego, Komisja do spraw Reformy Kodeksu Karnego, Zespół Prawa Karnego Materialnego i Wojskowego, cz. 2, Warszawa 1995, s. 24.

⁷⁰ L. Wilk, *Kara dożywotniego pozbawienia wolności a instytucje warunkowego zwolnienia i prawa łaski*, Prok. i Pr. 2008, nr 10, s. 11.

klasycznego prawa karnego. Można byłoby go nazwać: 4) brakiem możliwości pomiaru adekwatności kary, a tym samym określenia ram retrybucyjnie pojmowanej sprawiedliwości. Nie można przewidzieć czasu życia skazanego i dobrać doń adekwatnej sankcji⁷¹. W istocie więc kara dożywotniego pozbawienia wolności jest środkiem zabezpieczającym.

Ponadto L. Wilk trafnie zauważył, że dwa pierwsze zarzuty do pewnego stopnia wzajemnie się wykluczają. Z jednej strony zarzuca się kdpw, że pozbawia ona nadziei, a z drugiej, że kara ta jest fikcyjna, gdyż bywała „niedożywotnia”. Dawniej wyliczano, ile w istocie trwa kara dożywotniego pozbawienia wolności⁷².

Obecnie, zwłaszcza po nowelizacji kodeksu karnego z lipca 2022 r., analizy te są w dużej mierze bezprzedmiotowe, gdyż nie odnotowuje się już *de facto* przedterminowych zwolnień.

Obowiązująca od 1 października 2023 r. nowelizacja kodeksu karnego jest oparta na populistycznych przesłankach pomijających zarówno ustalenia statystyczne, wiedzę kryminologiczną, jak i trendy orzecznictwa europejskiego. W Komunikacie Ministerstwa Sprawiedliwości stwierdzono, że „kary muszą być na tyle surowe, by skutecznie odstraszały przed popełnianiem przestępstw”, a ponadto że „sprawców poważnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, bezpieczeństwu i mieniu Polaków trzeba na długo izolować, by nie zagrażali społeczeństwu, a nie traktować ich ulgowo”⁷³. Autorzy nowelizacji przemilczeli fakt, że polski współczynnik prizonizacji już obecnie pozostaje jednym z najwyższych w Europie (blisko 200 przy średniej europejskiej na poziomie 104).

Ważkim problemem pojawiającym się w systemach penitencjarnych w Europie jest rosnący współczynnik samobójstw. W wielu krajach europejskich średni wskaźnik samobójstw w więzieniach wynosi ponad 10 na 10 000 więźniów. Francja ma obecnie jeden z najwyższych wskaźników samobójstw w więzieniach w Europie – 12,6 samobójstw na 10 000 więźniów w 2017 r. (dla porównania: Austria – 12,3, zaś Niemcy – 11,8). W Wielkiej Brytanii każdego roku około 100 osób, w tym dziesiątki młodych ludzi, odbierają sobie życie, gdy przebywają w więzieniu⁷⁴. W Polsce w podobnym czasie (przed pandemią COVID-19) stwierdzono: 3608 zdarzeń w 2017 r., 2637 – w 2018 r., 2594 zdarzenia w 2019 r., w tym: 25 samobójstw i 186 usiłowań popełnienia samobójstwa wśród osadzonych w 2017 r., 25 samobójstw i 168 usiłowań wśród osadzonych w 2018 r., 23 samobójstwa i 173 usiłowania wśród osadzonych w 2019 r.⁷⁵

Problem depresji i samobójstw dotyka, co oczywiste, także osoby skazane na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Jak to ujął jeden z więźniów odbywających karę

⁷¹ R. Zawłocki, *Przeciw karze...*

⁷² Por. *ibidem*, s. 112–113.

⁷³ *Reforma Kodeksu karnego – bezpieczeństwo dla Polaków*, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/reforma-kodeksu-karnego-bezpieczenstwo-dla-polakow> [dostęp: 14.01.2024].

⁷⁴ Por. dane za: K. Brownlee, *Punishment and Precious Emotions...*

⁷⁵ A. Matłacz, *NIK po kontroli w więzieniach: celenie są przeludnione, ale brakuje funkcjonariuszy*, Prawo.pl, 9.10.2020, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/kontrola-nik-w-wiezieniach-raport-2020,503686.html> [dostęp: 14.01.2024].

dożycia bez możliwości zwolnienia warunkowego: „Życie w więzieniu to powolna, pełna bólu i cierpienia droga ku śmierci. Może byłoby lepiej, gdyby po prostu dali mi krzesło elektryczne i zakończyli moje życie zamiast dożywotniego wyroku, pozwalając mi gnąć w więzieniu. To nie służy żadnemu celowi. Staję się ciężarem dla wszystkich”⁷⁶.

Wnioski

Z orzecznictwa ETPCz dotyczącego prawa do nadziei wynikają w istocie konkretne normatywne konsekwencje, które mają odniesienie zarówno do kształtu regulacji kary dożywotniego pozbawienia wolności w prawie polskim, jak i do praktyki wykonywania tej kary. Istotą prawa do nadziei nie jest obowiązek wcześniejszego wypuszczenia na wolność osób skazanych na kary pozbawienia wolności. Chodzi tu przede wszystkim o obowiązek zapewnienia takim osobom takiego mechanizmu przedterminowego zwolnienia, aby od samego początku odbywania kary dożycia wiedziały one, co muszą zrobić, aby mogły się ubiegać o przedterminowe warunkowe zwolnienie, a także kiedy i na jakich warunkach takie zwolnienie może nastąpić. Ważne jest zapewnienie skazanym klarownej i realnej perspektywy możliwości przedterminowego warunkowego zwolnienia, a nie zapewnienie gwarancji takiego zwolnienia. ETPCz nie wyklucza bowiem, że skazany w konkretnej sytuacji spotka się z odmową przedterminowego warunkowego zwolnienia z uwagi np. na zagrożenie, jakie stwarza dla społeczeństwa. Co więcej, w trakcie odbywania kary dożywotniego pozbawienia wolności również nie mogą pojawiać się sytuacje, w których skazany nie wie, czy, kiedy i na jakich warunkach może się ubiegać o zwolnienie.

Nie ulega wątpliwości, że znowelizowane przepisy art. 77 § 3 i 4 k.k. przewidujące możliwość orzeczenia przez sąd zakazu stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia w przypadku wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności są sprzeczne z przedstawionymi tu wymogami prawa do nadziei. Dlatego też konieczna jest pilna nowelizacja tych przepisów, w przeciwnym razie Polska będzie przegrywać sprawy, które mogą być wnoszone przez osoby skazane na niepodlegające redukcji kary dożywotniego pozbawienia wolności.

Warto zaznaczyć, że standard strasburskiego prawa do nadziei nie polega na wymuszaniu na państwach-stronach EKPCz wypuszczenia na wolność groźnych przestępców. Nie na tym polega istota tego prawa. Chodzi tu bowiem przede wszystkim o zapewnienie, iż także osoba skazana na dożycie za najpoważniejsze przestępstwo ma prawo do poszanowania swojej godności dzięki zapewnieniu jej nawet bardzo odległej w czasie, ale realnej perspektywy przedterminowego zwolnienia. Wyraża się w tym istota współczesnej koncepcji praw człowieka, które przysługują wszystkim jednostkom, niezależnie od dzielących je różnic i sytuacji, w których się znalazły.

⁷⁶ Por. K. Reade, *Life imprisonment: A practice in desperate need of reform*, 2018, <https://www.penalreform.org/blog/life-imprisonment-a-practice-in-desperate-need-of-reform> [dostęp: 14.01.2024].

Literatura

- Andrejew I., *Zarys prawa karnego państw socjalistycznych*, Warszawa 1975.
- Bafia J., *System kar zasadniczych w k.k. z 1969 roku*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 2.
- Barczak-Oplustil A., Małecki M., Tarapata S., Iwański M., *Ekspertyza. Populistyczna nowelizacja prawa karnego. Ustawa z dnia 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 762)*, Kraków, 19.07.2022, <https://kipk.pl/wp-content/uploads/2022/07/nowelizacja2022.pdf>.
- Brownlee K., *Punishment and Precious Emotions: A Hope Standard for Punishment*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2021, vol. 41, no. 3.
- Dawidziuk E., Kosyło A., Niełaczną M., *Dożywotnie więzienie na wokandzie trybunału strasburskiego*, Warszawa 2020.
- Hermeliński W., Nita-Świątłowska B., *Kara dożywotniego pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia – refleksje w kontekście gwarancji wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Palestra” 2018, nr 10.
- Hołda Z., *Kara dożywotniego pozbawienia wolności (w świetle standardów ochrony praw człowieka)* [w:] *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, J. Jakubowska-Hara, Warszawa 1995.
- Janiszewska-Talago E., *Wykonywanie kar długoterminowego pozbawienia wolności*, Warszawa 1980.
- Jaworska-Wieloch A., *Reforma prawa karnego w latach 2015–2019. Warunkowe zwolnienie – czy proponowane zmiany są racjonalne?* [w:] *Reforma prawa karnego w latach 2015–2019*, red. P. Góralski, A. Muszyńska, Warszawa 2020.
- Lachowski J., *Warunkowe zwolnienie z kary dożywotniego pozbawienia wolności – wybrane zagadnienia* [w:] *Długoterminowe kary pozbawienia wolności w teorii i praktyce*, red. W. Zalewski, Gdańsk 2015.
- Kisic N., King S., *Toward a More Lenient Law: Trends in Sentencing from the European Court of Human Rights*, „Human Rights Brief” 2014, vol. 21, no. 2.
- Klimczak M., Niełaczną J., *Extreme criminal penalties – death penalty and life imprisonment in the Polish penal and penitentiary system*, „Archiwum Kryminologii” 2020, vol. 42, no. 1.
- Korecki J., *Kara 25 lat pozbawienia wolności w Polsce*, Warszawa 1988.
- Korecki J., *Postanowienia sądów penitencjarnych w sprawach o warunkowe zwolnienie sprawców zabójstw odbywających karę 25 lat pozbawienia wolności* [w:] *Kary długoterminowe: polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, red. T. Gardocka, Warszawa 2006.
- Matłacz A., *NIK po kontroli w więzieniach: cele nie są przeludnione, ale brakuje funkcjonariuszy*, Prawo.pl, 9.10.2020, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/kontrola-nik-w-wiezieniach-raport-2020,503686.html>.
- Melezini M., *Wybrane problemy nowego podejścia do filozofii karania w świetle ustawy z 13 czerwca 2019 r.*, „Ius Novum” 2020, nr 2.
- Niełaczną M., *Warunkowe przedterminowe zwolnienie skazanych na kary skrajnie długie. Prawo do „drugiej szansy”* [w:] *Długoterminowe kary pozbawienia wolności w teorii i praktyce*, red. W. Zalewski, Gdańsk 2015.
- Płatek M., *Opinia prawna na temat Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2154)*, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=2154>.
- Reade K., *Life imprisonment: A practice in desperate need of reform*, 2018, <https://www.penalreform.org/blog/life-imprisonment-a-practice-in-desperate-need-of-reform>.

- Rotman E., *Do Criminal Offenders Have a Constitutional Right to Rehabilitation?*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1986, vol. 77, no. 4.
- Śliwowski J., *Czasowe ramy kary pozbawiania wolności w projekcie k.k. PRL na tle przepisów socjalistycznego prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1957, z. 1.
- Tyburcy T., *Geneza i motywy wprowadzenia do Kodeksu karnego możliwości wymierzenia kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawiania wolności*, „Biuletyn Kryminologiczny” 2023, nr 30.
- van Zyl Smit D., Appleton C., *Life Imprisonment: A Global Human Rights Analysis*, Harvard 2019.
- Warylewski J., *Długoterminowe kary pozbawienia wolności – przyczynek do analizy statystycznej, jurystycznej i kryminologicznej* [w:] *Długoterminowe kary pozbawienia wolności w teorii i praktyce*, red. W. Zalewski, Gdańsk 2015.
- Wąsik J., *Kara dożywotniego więzienia w Polsce*, Warszawa 1963.
- Wąsik J., *Zmierzch kary dożywotniego więzienia*, „Nowe Prawo” 1962, nr 5.
- Wiak K., Gądzik Z., *Zmiany w zakresie warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia kary w nowelizacji Kodeksu karnego z 7 lipca 2022 r.*, „Probacja” 2023, nr 1.
- Wilk L., *Kara dożywotniego pozbawienia wolności a instytucje warunkowego zwolnienia i prawa łaski*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10.
- Wojciechowska J., *W sprawie zniesienia kary śmierci w Polsce* [w:] *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, J. Jakubowska-Hara, Warszawa 1995.
- Wolter W., *Z problematyki wymiaru kary (średni wymiar kary)*, „Państwo i Prawo” 1958, z. 7.
- Wolter W., *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna. Tom II*, Kraków 1934.
- Zawłocki R., *Przeciw karze dożywotniego pozbawiania wolności w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1996, nr 2.

Streszczenie

Adam Wiśniewski, Wojciech Zalewski

Analiza instytucji wyłączenia możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia na podstawie standardów wynikających z orzecznictwa ETPCz

Autorzy poddają analizie jeden z najbardziej kontrowersyjnych efektów legislacyjnych nowelizacji kodeksu karnego z 7 lipca 2022 r. w postaci możliwości wykluczenia warunkowego przedterminowego zwolnienia przy wymierzaniu kary dożywotniego pozbawienia wolności. Punktem odniesienia jest orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a zwłaszcza rozwinięty w tym orzecznictwie standard w postaci prawa do nadziei. Samo wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności dorosłemu sprawcy nie jest jako takie zakazane lub też uznawane za niezgodne z art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Problem z punktu widzenia zgodności z tym artykułem pojawia się wówczas, gdy wymierzona zostaje kara bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności bez prawa do przedterminowego warunkowego zwolnienia (*irreducible life sentence*). Istotą prawa do nadziei nie jest obowiązek wcześniejszego wypuszczenia na wolność osób skazanych na kary pozbawienia wolności, lecz konieczność zapewnienia takim osobom takiego mechanizmu przedterminowego zwolnienia, aby od samego początku odbywania kary wiedziały one, co muszą zrobić, aby mogły ubiegać się o takie zwolnienie. Znowelizowane przepisy art. 77 § 3 i 4 kodeksu karnego przewidujące możliwość orzeczenia przez sąd zakazu stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia w przypadku wymierze-

nia kary dożywotniego pozbawienia wolności są sprzeczne z wymogami prawa do nadziei. Dlatego też konieczna jest pilna nowelizacja tych przepisów, w przeciwnym razie Polska przegrywać będzie sprawy, które mogą być wnoszone przez osoby skazane na niepodlegające redukcji kary dożywotniego pozbawienia wolności.

Słowa kluczowe: kara dożywotniego pozbawienia wolności, warunkowe przedterminowe zwolnienie, prawo do nadziei, Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Summary

Adam Wiśniewski, Wojciech Zalewski

Analysis of the Institution of Excluding the Possibility of Conditional Early Release Based on Standards Resulting from Case Law of the ECHR

The authors analyze one of the most controversial legislative effects of the amendment to the Penal Code of 7 July 2022, in the form of the possibility of excluding conditional early release when imposing a life sentence. The point of reference is the case law of the European Court of Human Rights, especially the standard of the right to hope developed in its case law. The mere imposition of a life sentence on an adult perpetrator is not prohibited as such or considered inconsistent with Art. 3 of the European Convention on Human Rights. A problem from the point of view of compliance with this article arises when a sentence of absolute life imprisonment without the right to early conditional release (irreducible life sentence) is imposed. The essence of the right to hope is not the obligation to release people sentenced to imprisonment earlier, but the need to provide such persons with an early release mechanism so that they know from the very beginning of serving their sentence what they must do to be able to apply for such release. The amended provisions of Art. 77 § 3 and 4 of the Penal Code, which provide for the possibility for a court to prohibit the application of conditional early release when imposing a sentence of life imprisonment, are contrary to the requirements of the right to hope. Therefore, it is necessary urgently to amend these provisions, otherwise Poland will lose cases that may be brought by persons sentenced to life imprisonment that is not subject to reduction.

Keywords: life imprisonment, conditional early release, right to hope, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

Jerzy Zajadło

Uniwersytet Gdański, Polska
jerzy.zajadlo@prawo.ug.edu.pl
ORCID: 0000-0002-3113-9828

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.17>

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka – aktualność pewnego trudnego kompromisu¹

Kiedy dyskutuje się o Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (dalej: PDPCz), zwłaszcza przy okazji różnego rodzaju okrągłych rocznic, to najczęściej towarzyszy temu pewien patos idyllicznego obrazu: oto mamy wreszcie dokument będący uznaniem dla powszechnie obowiązującej i uniwersalnej humanistycznej aksjologii. W tym opracowaniu nie chcemy zbyt gwałtownie burzyć tego wizerunku, spróbujemy go tylko trochę zrationalizować i urealnić w perspektywie filozoficzno-prawnej. Przy bliższym oglądzie okazuje się bowiem, że do przyjęcia takiego stanowiska powinna nas skłaniać zarówno historia powstawania PDPCz, jak i współczesna dyskusja wokół praw człowieka. Wydaje się, że rezygnacja z nadmiernego aprioryzmu aksjologicznego może wyjść tylko na dobre implementacji tego fundamentalnego dla całej ludzkości dokumentu.

Na początku nowego milenium Peter R. Baehr, nestor holenderskiej nauki prawa międzynarodowego w zakresie praw człowieka, podjął próbę określenia podstawowych kontrowersji, wokół których toczy się współczesna światowa debata. Jego zdaniem sprowadzają się one do sześciu podstawowych problemów²:

1. uniwersalnego charakteru praw człowieka;
2. znaczenia praw zbiorowych;
3. promocji praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych obok praw osobistych i politycznych;
4. znaczenia korporacji transnarodowych;
5. odpowiedzialności za masowe naruszenia praw człowieka;
6. międzynarodowej interwencji w obronie praw człowieka.

¹ Zmieniona i zaktualizowana wersja referatu wygłoszonego z okazji 70. rocznicy uchwalenia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka – w pierwotnej wersji opublikowanego w: *70 lat Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, red. M. Florczak-Wątor, M. Kowalski, Kraków 2019, s. 11–29.

² P.R. Baehr, *Controversies in the Current International Human Rights Debate*, „Human Rights Review”, October–December 2000, s. 7; bardzo podobnie P. Hayden, który za główne tematy współczesnych dyskusji o filozofii praw człowieka uznaje problemy uniwersalizmu i relatywizmu, mniejszości kulturowych, humanitarnych interwencji, praw kobiet, praw mniejszości seksualnych oraz ochrony środowiska – P. Hayden, *The Philosophy of Human Rights*, St. Paul 2001, s. 369–637.

Ta konstatacja zachowała aktualność do dziś właściwie we wszystkich punktach, ale na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, iż na pierwszym miejscu tej listy umieszczono problem uniwersalizmu praw człowieka. Rzeczywiście, spór pomiędzy zwolennikami etycznego uniwersalizmu i kulturowego relatywizmu ma charakter fundamentalny, a sposób jego rozstrzygnięcia wpływa nie tylko na pojmowanie istoty praw człowieka, lecz także na ich praktyczną implementację. Trzeba też podkreślić, że światowa debata na ten temat ma już długą i dosyć burzliwą historię. Z punktu widzenia uniwersalizmu praw człowieka można ją, w pewnym skrócie, podzielić na trzy etapy:

- uproszczony aprioryzm (od 1945 r. do końca lat 70. XX w.);
- kontestacja uniwersalnych wartości pod hasłem relatywizmu kulturowego (od końca lat 70. do połowy lat 90. XX w.);
- weryfikacja stanowisk i poszukiwanie konsensusu pomiędzy uniwersalizmem i relatywizmem (od końca lat 90. XX w. do chwili obecnej)³.

1. Uniwersalizm *contra* relatywizm

Problem charakteru praw człowieka zdominował większość współczesnych intelektualnych sporów, jak np. w filozofii politycznej – pomiędzy liberalizmem i komunitaryzmem, w filozofii prawa – pomiędzy pozytywizmem i niepozytywizmem, w etyce – pomiędzy uniwersalizmem i relatywizmem. Z punktu widzenia przyszłości międzynarodowej ochrony praw człowieka szczególne znaczenie ma zwłaszcza ostatni z nich. W nauce światowej ożywiona dyskusja nad problemem uniwersalizmu/relatywizmu praw człowieka rozpoczęła się w latach 80. i swoje apogeum osiągnęła w połowie lat 90. XX w., zwłaszcza w trakcie Wiedeńskiej Konferencji Praw Człowieka w 1993 r., i głównie w związku z tzw. wartościami azjatyckimi⁴. W tych debatach brali i biorą udział prawie wszyscy wybitni współcześni etycy, filozofowie, politolodzy, prawnicy, socjologowie – Robert Alexy, Philip Alston, Noam Chomsky, Jack Donnelly, Francis Fukuyama, Johan Galtung, Amy Gutmann, Jürgen Habermas, Rhoda Howard, Otfried Höffe, Samuel P. Huntington, Alasdair MacIntyre, Wolfgang Kersting, Martha Nussbaum, John Rawls, Richard Rorty, Michael Sandel, Amartya Sen, Charles Taylor czy Michael Walzer, by wymienić tylko niektórych i tylko tytułem przykładu. Te nazwiska świadczą nie tylko formalnie, że problem jest istotnie poważny, a sposób jego rozwiązania może mieć daleko idące konsekwencje praktyczne. Jest także inna charakterystyczna cecha tego przykładowego wyliczenia – otóż wskazałem wyłącznie na myślicieli reprezentujących szeroko pojętą kulturę zachodnią (lub przynajmniej z nią

³ W literaturze światowej zapanowała zresztą swoista moda na „ponowne przemyślenie” (*rethinking*) praw człowieka – por. np. *Rethinking Human Rights. Critical Approaches to International Politics*, ed. D. Chandler, New York 2002; A. Belden Fields, *Rethinking Human Rights for the New Millennium*, New York 2003.

⁴ W literaturze polskiej na ten temat por. zwłaszcza R. Kuźniar, *Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, wyd. 3 uzup., Warszawa 2004.

powiązanych), tymczasem spór o uniwersalizm praw człowieka ma charakter dyskusji międzycywilizacyjnej i biorą w nim udział także uczeni ze świata Islamu, Afryki Subsaharyjskiej czy Dalekiego Wschodu. To tylko potęguje jeszcze stopień złożoności problemu, ponieważ zgody co do sposobu pojmowania lub wręcz akceptacji uniwersalizmu/relatywizmu praw człowieka nie ma nie tylko w wymiarze interkulturowym, lecz także w ramach pozornie homogenicznej formacji myślowej Zachodu. Jak pisze J. Habermas, ta intelektualna debata ma charakter nie tylko międzycywilizacyjny, ale jest też sporem „Zachodu z samym sobą”⁵.

W ostatnich latach ta ogólnoswiatowa dyskusja straciła nieco swój pierwotny impet⁶, co nie pozostawało bez związku z atakiem terrorystycznym z 11 września 2001 r. i ogłoszeniem światowej wojny z terroryzmem. Subtelne rozważania filozoficzne o uniwersalizmie bądź relatywizmie praw człowieka usunęły się wówczas nieco w cień, natomiast na pierwszy plan wyszła kwestia legalności i legitymizacji akcji zbrojnej podjętej w celu powstrzymania masowych naruszeń praw człowieka. W literaturze sprawa relacji pomiędzy wojną z terroryzmem a humanitarną interwencją nie jest jednoznaczna. Z jednej bowiem strony próbuje się tworzyć paralele pomiędzy wojną prewencyjną a humanitarną interwencją na tle tradycji tzw. wojny słusznej, z drugiej natomiast strony pojawia się coraz częściej pytanie, czy światowa wojna z terroryzmem nie oznacza końca epoki „czystej” humanitarnej interwencji, skoro motywy humanitarne są wypierane przez cele strategicznego narodowego i międzynarodowego bezpieczeństwa (zob. Afganistan, Irak, Libia, Syria)⁷. Tak czy inaczej, przynajmniej przez jakiś czas obserwowano z pewnością swoisty renesans doktryny *bellum justum*, tym razem w formie określanej niekiedy w literaturze mianem *bellum americanarum*⁸.

⁵ J. Habermas, *Zur Legitimation durch Menschenrechte* [w:] *Das Recht der Republik*, hrsg. H. Brunkhorst, P. Niesen, Frankfurt a. Main 1999, s. 386.

⁶ Mimo to problem uniwersalizmu praw człowieka stale cieszy się zainteresowaniem ze strony nauki – por. zwłaszcza obszerną monografię E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague–Boston–London 2001; zob. także S. Caney, *Justice Beyond Borders. A Global Political Theory*, Oxford 2005, zwłaszcza s. 25–62 oraz W.J. Talbott, *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford 2005, *passim*. Jest to o tyle zrozumiałe i oczywiste, że właściwie cała retoryka praw człowieka opiera się na założeniu istnienia obiektywnych, uniwersalnych wartości – R. Trigg, *Morality Matters*, Malden 2005, s. 135: „Much modern rethoric about human rights presupposes the existence of objective moral standards”.

⁷ Por. G.R. Lucas, *The Role of the „International Community” in Just War Tradition – Confronting the Challenges of Humanitarian Intervention and Preemptive War*, „Journal of Military Ethics” 2003, vol. 2, no. 2, s. 122–144; Sung-han Kim, *The End of Humanitarian Intervention?*, „Orbis – A Journal of World Affairs”, Fall 2003, s. 721–736; T.G. Weiss, *The Sunset of Humanitarian Intervention? The Responsibility to Protect in the Unipolar Era*, „Security Dialogue” 2004, vol. 35, no. 2, s. 135–153.

⁸ Tak np. M.N. Schmitt, *Bellum Americanarum Revisited: U.S. Security Strategy and the Jus ad Bellum*, „Military Law Review” 2003, vol. 176, s. 364–421.

2. Afilozoficzność praw człowieka?

Z punktu widzenia rozwoju międzynarodowej ochrony praw człowieka po 1945 r., a zwłaszcza genezy podstawowego dokumentu ideowego, jakim była PDPCz, mamy więc do czynienia z pewnym historycznym paradoksem. Pierwotnie odwołanie się do uniwersalnego charakteru przyrodzonych i niezbywalnych praw jednostki nawiązywało do okrutnych doświadczeń drugiej wojny światowej i posiadało charakter zdecydowanie antywojenny, współcześnie natomiast wpisuje się w retorykę prointerwencyjną, jeśli nie wręcz prowojenną. Warto więc, jak sądzę, przyrzeć się nieco bliżej historii powstania PDPCz i jej ideowo-politycznym źródłom⁹. Szczególnie interesująca może być w tym kontekście próba odpowiedzi na pytanie, czy spory prowadzone w procesie powstawania tego dokumentu upoważniają zgodnie z jego nazwą¹⁰ do konstruowania uniwersalnej koncepcji praw człowieka, czy też wręcz przeciwnie i wbrew tej nazwie – rację mają zwolennicy relatywizmu kulturowego i etycznego.

Rzecz jest o tyle istotna, że współczesne kontrowersje na linii uniwersalizm – relatywizm toczą się w dużej mierze wokół treści PDPCz, ale jednocześnie bardzo często całkowicie abstrahują od historii powstania tego dokumentu. Ten swoisty „ahistoryzm” argumentacji powoduje, że zarówno etyczny aprioryzm uniwersalistów, jak i zarzuty kulturowego imperializmu ze strony relatywistów nie są do końca uzasadnione w kontekście faktów towarzyszących uchwaleniu omawianego dokumentu. Micheline R. Ishay, autorka najnowszej monografii poświęconej historii praw człowieka od czasów starożytnych aż do epoki globalizacji¹¹, słusznie zwraca uwagę, że współczesne spory wokół praw człowieka mają swoje głębokie źródła historyczne i dotyczą sześciu podstawowych problemów: źródeł praw człowieka, dziedzictwa oświecenia, dziedzictwa socjalizmu, uniwersalizmu i relatywizmu, bezpieczeństwa międzynarodowego, wpływu globalizacji¹². Większość z tych kontrowersji wpisuje się w genezę PDPCz – wbrew wszelkim pozorom i obiegowym opiniom na ten temat PDPCz jest z tego punktu widzenia bardzo eklektyczna, ale w pozytywnym znaczeniu tego słowa, ponieważ na jej treść wpłynęła nie tylko oświeceniowa tradycja Zachodu, lecz także inne koncepcje, jak np. latynoamerykański socjalizm, katolicki personalizm, ideologia antykolonialna czy nawet idee rodzącego się feminizmu. René Cassin przedstawiał później PDPCz

⁹ Trzeba przyznać, że historia powstania PDPCz przeżywa w ostatnich latach renesans zainteresowania, zwłaszcza w anglojęzycznej literaturze przedmiotu – por. np. M.A. Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York 2002; P.G. Lauren, *The Evolution of International Human Rights. Visions Seen*, Philadelphia 1998; J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia 1999 oraz *idem*, *Inherent Human Rights. Philosophical Roots of the Universal Declaration*, Philadelphia 2009.

¹⁰ Zwróćmy uwagę na pewną nieścisłość w polskim tłumaczeniu nazwy – *Universal Declaration* przełożono bowiem jako „Powszechna Deklaracja”, a nie „Uniwersalna Deklaracja”; problem jest istotny, ponieważ w semantyce języka polskiego przymiotniki „powszechny” i „uniwersalny” mogą mieć różne znaczenia.

¹¹ M.R. Ishay, *The History of Human Rights from Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley 2004.

¹² M.R. Ishay, *What are human rights? Six historical controversies*, „Journal of Human Rights” 2004, vol. 3, no. 3, s. 359–371.

w obrazowej formie frontonu świątyni: podstawę budowli stanowią podstawowe zasady godności, wolności, równości i braterstwa (art. 1–2); schody tej budowli (preambuła) prowadzą do wejścia opartego na czterech kolumnach – są to odpowiednio gwarancje życia, wolności, praw osobistych i bezpieczeństwa (art. 3–11), prawa w społeczeństwie obywatelskim (art. 12–17), prawa we wspólnocie politycznej (art. 18–21) oraz prawa ekonomiczne, społeczne i kulturalne (art. 22–27); całość zwieńczona jest normami symbolizującymi obowiązki, ograniczenia i porządek (art. 28–30)¹³.

Rozwiązanie sporu uniwersalizm – relatywizm jest możliwe tylko na gruncie tzw. częściowego konsensusu (*overlapping consensus*) w rozumieniu J. Rawlsa¹⁴. Znany amerykański teoretyk praw człowieka J. Donnelly proponuje w związku z tym przyjęcie koncepcji „relatywnego uniwersalizmu”. Jego zdaniem jest moralnym absurdem kwestionowanie postępowego i uniwersalnego charakteru myśli oświeceniowej tylko dlatego, że miała ona zachodni rodowód. Równie absurdalne jest jednak także podawanie w wątpliwość faktycznego charakteru pluralizmu i relatywizmu kulturowego¹⁵. Względna nierozwiązywalność sporu pomiędzy uniwersalizmem i relatywizmem skłania nawet niektórych autorów¹⁶ do wniosku, że należy być może w ogóle zrezygnować z poszukiwania filozoficznych podstaw praw człowieka i skupić się na ich rzeczywistej implementacji oraz społecznym kontekście ich funkcjonowania. Zwłaszcza wśród prawników można spotkać niekiedy opinie, iż w związku z pozytywną ideą praw jednostki „jedną z cech charakterystycznych współczesnego rozwoju praw człowieka zarówno na poziomie międzynarodowym, jak i krajowym jest ich swoista afilozoficzność”¹⁷. Na gruncie PDPCz, widzianej nie tylko z dzisiejszej perspektywy, ale i z punktu widzenia historii tego dokumentu, takie stanowisko nie wydaje się uzasadnione. Określenie jasnych filozoficznych podstaw praw człowieka może przyczynić się do ich bardziej optymalnej implementacji¹⁸. Prawnicy koncentrują swoją uwagę przede wszystkim na materialnych i proceduralnych aspektach mechanizmów ochrony praw jednostki, a nie na problemie ich antropologicznych, etycznych, filozoficznych, teologicznych czy nawet politycznych uzasadnień. Innymi słowy – bardziej interesuje ich odpowiedź na pytanie „jak” niż na pytanie „dlaczego”. Tymczasem cała powojenna historia normatywnego rozwoju praw człowieka wydaje się wskazywać, że związek

¹³ M.A. Glendon, *A World Made New...*, s. 172.

¹⁴ J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Warszawa 1998, s. 194–243.

¹⁵ J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2nd ed., Ithaca–London 2003, s. 89–106; por. także E. Brems, *Reconciling Universality and Diversity in International Human Rights: A Theoretical and Methodological Framework and Its Application in the Context of Islam*, „Human Rights Review”, April–June 2004, s. 5–21.

¹⁶ Tak. np. M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton 2000 oraz R. Rorty, *Human Rights, Rationality, and Sentimentality* [w:] *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, eds. S. Shue, S. Hurley, New York 2003, s. 111–134.

¹⁷ R. Wieruszewski, *Od praw obywatelskich do praw człowieka – dylematy ewolucji polskiego systemu ochrony praw człowieka*, „Studia Prawnicze” 2002, nr 2(152), s. 15.

¹⁸ Tak ostatnio B. Schaefer, *Human Rights: Problems with Foundationless Approach*, „Social Theory and Practice” 2005, vol. 31, no. 1, s. 27–50; por. także P. Tseng, *Beyond myth and reality on the expedition to the cosmopolitan utopia: The parable of human rights*, „Non-State Actors and International Law” 2002, vol. 2, s. 157–200 oraz specjalny numer „International Law Theory” 2003, vol. 9: *Human Rights*.

pomiędzy tymi pytaniami ma charakter immanentny i nierozzerwalny. PDPCz jest z tego punktu widzenia dokumentem głęboko filozoficznym i ideowym, co widać szczególnie w jej preambule¹⁹.

Trzeba przyznać, że twórcy PDPCz byli z tego punktu widzenia w znacznie trudniejszej sytuacji niż obecni teoretycy. Filozofia praw człowieka drugiej połowy lat 40. XX w. powstawała w gruncie rzeczy w pewnej normatywnej próżni, współcześnie natomiast jest nadbudowywana nad rozległym systemem norm, procedur, mechanizmów i instytucji. Równoległe z pracami Komisji Praw Człowieka nad PDPCz UNESCO rozpięło w 1947 r. wśród wybitnych filozofów reprezentujących różne kultury – od Mahatmy Gandhiego, przez Benedetto Crocego i Aldousa Huxleya, aż po Teilharda de Chardina²⁰ – ankietę w sprawie rozumienia praw człowieka. Jej wyniki były do pewnego stopnia zaskakujące, ponieważ potwierdziły istnienie katalogu wspólnie podzielanych wartości, nawet jeśli nie zawsze opinie ankietowanych były sformułowane w języku praw człowieka (np. Gandhi zaproponował raczej katalog obowiązków)²¹. Powszechnie znana jest odpowiedź, jakiej miał udzielić Jacques Maritain zapytany, w jaki sposób udało się ustalić w tak zróżnicowanym gronie tak daleko idący konsensus: „Zgodziliśmy się co do tych praw pod warunkiem, że nikt nie pytał dlaczego”²². Współcześnie, bogatsi o doświadczenia minionego półwiecza w zakresie rozwoju międzynarodowej ochrony praw człowieka i wyposażeni w instrumentarium nowoczesnego dyskursu filozoficznego, nie powinniśmy jednak rezygnować ze stawiania tego pytania, ponieważ ma ono znaczenie fundamentalne w kontekście sporu uniwersalizm – relatywizm. Jednocześnie zarówno zwolennicy, jak i przeciwnicy uniwersalizmu stoją wobec konieczności „przemyslenia praw człowieka na nowe tysiąclecie” (*rethinking human rights for the new millenium*)²³. Jeśli ta swoista rewizja idei praw człowieka, zarówno w warstwie jej teoretycznego uzasadnienia, jak i faktycznej implementacji, ma przynieść pozytywny rezultat, to należy uwolnić ją od dotychczasowych stereotypów myślowych, komplikujących racjonalny dyskurs i w konsekwencji uniemożliwiających osiągnięcie racjonalnego konsensusu. Zdaniem Kena Bootha dotychczasową debatę utrudniają trzy rodzaje intelektualnej tyranii: czasu terażniejszego (*the tyranny of present tense*), kultur (*the tyranny of cultures*) i naukowego obiektywizmu (*the tyranny of scientific objectivity*), zafałszowujące rzeczywistość i prowadzące do metodologicznego pomieszania pojęć²⁴.

¹⁹ J. van Aggelen, *The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2000, vol. 28, no. 2, s. 129–144.

²⁰ M.A. Glendon, *A World Made New...*, s. 73.

²¹ M.A. Glendon, *The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea*, „Harvard Human Rights Journal” 2003, vol. 16, s. 30, przyp. 19; por. także Y.K. El-Hage, *Human Rights: A Western Christian Invention?*, „Theological Review” 2004, vol. 25, no. 2, s. 9.

²² J. Maritain, *Human Rights: Comments and Interpretations*, London 1949, s. 9, cyt. za: Y.K. El-Hage, *Human Rights...*, s. 10 (przyp. 16) – w literaturze polskiej na temat tej wypowiedzi por. J. Hołówka, *Etyka w działaniu*, Warszawa 2001, s. 75.

²³ Tak np. A. Belden Fields, *Rethinking...*

²⁴ K. Booth, *Three Tyrannies* [w:] *Human Rights in Global Politics*, eds. T. Dunne, N.J. Wheeler, Cambridge 1999, s. 31–70; na podobne uwarunkowania metodologiczne dyskusji zwraca uwagę A. Sen, który

W powszechnej opinii idea praw człowieka była przede wszystkim projektem oświeceniowym. Jednak współczesne poszukiwanie filozoficznego wymiaru tej idei spowodowało, że zaczęto się zastanawiać nad jej możliwym wcześniejszym rodowodem i zakorzeniem już w tradycji antycznej, zwłaszcza greckiej i rzymskiej. Nie będziemy tutaj z uwagi na ograniczone ramy edytorskie szerzej rozwijać tego problemu, warto jednak przynajmniej wskazać na kilka interesujących pozycji bibliograficznych z ostatnich lat, które podkreślają obecność idei praw człowieka w długiej historii europejskiej i pozaeuropejskiej kultury prawnej²⁵.

3. Cztery mity

Celem tego artykułu nie jest rozstrzygnięcie podstawowego sporu filozoficznego – „uniwersalizm czy relatywizm praw człowieka”, lecz jedynie prezentacja okoliczności uchwalenia PDPCz, które mogą mieć wpływ na współczesną ocenę jej znaczenia. Nie chodzi mi przy tym o granice i możliwości wykorzystywania tzw. *travaux préparatoires*²⁶ w celu dokonania historycznej wykładni poszczególnych postanowień i sformułowań dokumentu. Nie tylko dlatego, że PDPCz nie była w sensie formalnym klasycznym traktatem międzynarodowym, lecz jedynie aktem o charakterze niewiążącym. Głównie z tego powodu, że moim zamiarem jest przede wszystkim rekonstrukcja kompromisu osiągniętego przez twórców PDPCz, a zwłaszcza ich stosunek do problemu uniwersalnego charakteru praw człowieka. Okazuje się bowiem, że kwestia ta była przedmiotem kontrowersji już w trakcie prac nad PDPCz. Jeszcze przed formalnym uchwaleniem dokumentu w środowisku amerykańskich antropologów pojawiły się głosy przestrzegające przez zbytnim optymizmem w zakresie konstruowania uniwersalnej ideologii praw człowieka. W 1947 r. Melville Herskovits wyraził następującą opinię w imieniu Amerykańskiego Towarzystwa Antropologicznego: „Wzorce i wartości zależą od kultury, z której się wywodzą – próba formułowania postulatów, które opierają się na przekonaniach lub kodach moralnych jednej kultury, musi w takim stopniu zmniejszać możliwość zastosowania Deklaracji Praw Człowieka do ludzkości jako całości [...]. Prawa człowieka w XX w. nie mogą być ograniczane przez standardy jednej kultury

podejmuje polemikę z trzema rodzajami krytyk pod adresem praw człowieka: krytyką legitymizacji, krytyką koherencji oraz krytyką kulturową (*idem*, *Rozwój i wolność*, przeł. J. Łoziński, Poznań 1999, s. 244 i nn.).

²⁵ Zob. np. O. Bruns, *Antike Grundlagen der Entstehung moderner Menschenrechte*, Freiburg–München 2018; L. May, *Ancient Legal Thought. Equity, Justice, and Humaneness. From Hammurabi and the Pharaohs to Justinian and the Talmud*, Cambridge 2019; R.U.S. Prasad, *The Origins of Human Rights. Ancient Indian and Greco-Roman Perspectives*, New York 2023; R.H. Sternberg, *The Ancient Greek Roots of Human Rights*, Austin 2021.

²⁶ Szerzej zob. J. Klabbers, *International Legal Histories: The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation?*, „Netherlands International Law Review” 2003, vol. 50, no. 3, s. 267–288.

lub dyktowane przez aspiracje jednego narodu. Taki dokument będzie prowadził do frustracji, a nie do realizacji osobowości większości ludzi”²⁷.

Biorąc pod uwagę współczesny spór pomiędzy zwolennikami uniwersalizmu i relatywizmu, trzeba przyznać, że były to słowa rzeczywiście prorocze. Powstaje jednak pytanie, czy twórcy PDPCz zbagatelizowali ten problem lub go w ogóle nie dostrzegali, czy też wręcz przeciwnie – wiedzieli o jego istnieniu i doceniali jego znaczenie, a mimo to całkiem świadomie postawili na rozwiązanie etycznego i kulturowego uniwersalizmu. Ergo – czy z punktu widzenia swojej genezy PDPCz spełnia warunki, czy też nie spełnia warunków wspomnianego wyżej „częściowego konsensusu”? Główną tezę niniejszego artykułu jest uznanie, że PDPCz może być płaszczyzną kompromisu w sporze uniwersalizm – relatywizm, ponieważ sama w sobie była efektem ideowego porozumienia pomiędzy reprezentantami różnych kultur i systemów filozoficznych²⁸. Z tego punktu widzenia PDPCz nie nadaje się ani na podstawę nieograniczonego uniwersalizmu, ani tym bardziej nie może być częścią argumentacji opartej na zarzutach zachodniego imperializmu wartości. To jasne, że treść praw człowieka wyznaczona jest w dużej mierze społecznym kontekstem ich zastosowania. Steven Lukes napisał swego czasu tekst w formie bajki, w której wyróżnił idealne typy społeczeństw (*Utilitaria, Communitaria, Proletaria, Libertaria* i *Egalitaria*) i wykazał, jak różnie pojmowane mogą być w tych kontekstach prawa człowieka²⁹. Nie jest to jednak argument przeciwko uniwersalizmowi praw człowieka, a raczej postulat jego właściwego rozumienia.

Potoczna wiedza na temat okoliczności towarzyszących uchwaleniu PDPCz nie jest jednak wolna od daleko idących uproszczeń. Zdaniem Susan Waltz³⁰ może je sprowadzić do czterech podstawowych mitów – w każdym z nich, według autorki, tkwi część prawdy, ale jednocześnie przy bliższym oglądzie każdy wymaga historycznej weryfikacji. Dotyczy to wprawdzie obu stron sporu uniwersalizm – relatywizm, ale szczególne znaczenie ma w odniesieniu do tych głosów, które próbują widzieć w PDPCz przejaw zachodniego imperializmu wartości. Zarówno relatywiści, jak i uniwersaliści, abstrahując od historii i karmiąc się skrajnościami przeciwnika, patrzą na PDPCz tak, jak chcieliby ją widzieć, a nie tak, jak ją widzieć powinni z punktu widzenia jej genezy. Prowadzone w ostatnich latach badania, także archiwalne, nad historią powstania PDPCz pozwalają spojrzeć na treść i ducha tego dokumentu w zupełnie innym świetle.

²⁷ „American Anthropologist” 1947, vol. 49, no. 4, s. 539–543, cyt. za: T. Lindholm, *Prospects for research on the Cultural Legitimacy of Human Rights. The Cases of Liberalism and Marxism* [w:] *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus*, ed. A.A. An-Na’Im, Philadelphia 1992, s. 388.

²⁸ Wątpliwości co do tego, że prace nad PDPCz były wyrazem takiego konsensusu, nie ma – zob. np. A. Eckert, *Universality by Consensus: The Evolution of Universality In the Drafting of the UDAR*, „Human Rights and Human Welfare” 2001, vol. 1, no. 2, s. 21–24.

²⁹ S. Lukes, *Five Fables About Human Rights* [w:] *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, eds. S. Shute, S. Hurley, New York 1993, s. 19–40.

³⁰ S. Waltz, *Reclaiming and rebuilding the history of the Universal Declaration of Human Rights*, „Third World Quarterly” 2002, vol. 23, no. 3, s. 437–448; podobnie M.T. Kamminga w recenzji z cytowanej wyżej (przyp. 9) książki J. Morsinka (*The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia 1999) – „Legal History Review” 2000, vol. 68, no. 4, s. 605–607.

Po pierwsze, powszechnie sądzi się, że PDPCz była bezpośrednią reakcją na okrucieństwa wojny w ogóle, a nazizmu w szczególności. W rzeczywistości próby wprowadzenia norm ochrony praw człowieka do prawa międzynarodowego mają znacznie bogatszą historię i zaczęły się na długo przed upowszechnieniem wiedzy o Holocauście³¹. Doświadczenia wojenne były tylko katalizatorem³², który przyspieszył ten proces. Podjęcie prac nad PDPCz było po części konsekwencją tego, że nie udało się w szerszym zakresie wprowadzić stosownych regulacji do Karty Narodów Zjednoczonych. Osobnym problemem jest odpowiedź na pytanie, dlaczego Komisja Praw Człowieka przyjęła ostatecznie dokument o charakterze „miękkiej” deklaracji, a nie wiążącej konwencji.

Po drugie, ugruntował się stereotyp polegający na uznaniu, że głównym inicjatorem wprowadzenia praw człowieka do Karty Narodów Zjednoczonych i w rezultacie przyjęcia następnie PDPCz były wielkie mocarstwa. Takie stanowisko zafałszowuje historię, ponieważ pomija ogromną rolę, jaką w tym procesie odegrały inne państwa³³. Więcej nawet, w ostatecznej instancji treść PDPCz została ukształtowana w daleko większym stopniu przez państwa małe niż przez wielkie mocarstwa.

Po trzecie, za faktycznego autora PDPCz uznaje się niekiedy francuskiego profesora prawa René Cassina, który w 1968 r. odebrał nawet za to Pokojową Nagrodę Nobla. Trudno wprawdzie nie doceniać ogromnej roli, jaką Cassin odegrał w pracach zespołu opracowującego ostateczny tekst, ale jednocześnie trzeba dodać, że faktycznym autorem pierwotnego projektu PDPCz był pierwszy dyrektor Departamentu Praw Człowieka ONZ (UN Human Rights Division), kanadyjski prawnik John P. Humphrey³⁴. Nie można też zapominać o wpływie, jaki na ostateczny kształt PDPCz wywarły takie postacie, jak np. Peng-chun Chang, Carlos Romulo, Charles Malik, Hansa Mehta czy Hernán Santa Cruz. Analiza zachowanych formalnych i nieformalnych dokumentów pokazuje, że dyskusje twórców PDPCz były debatami *par excellence* filozoficznymi.

Po czwarte wreszcie, z faktu, że Komisji Praw Człowieka ONZ przygotowującej tekst PDPCz przewodniczyła Eleanor Roosevelt, wdowa po prezydencie Franklinie Delano Rooseveltcie, wnioskuje się czasami, że to właśnie USA były pierwotnie motorem napędowym powojennego rozwoju międzynarodowej ochrony praw człowieka, zarówno w zakresie wprowadzenia odpowiednich postanowień do Karty Narodów Zjednoczonych, jak i przyjęcia PDPCz. Tymczasem prawda w tej sprawie jest prawdą *cum grano salis*. W Komisji Praw Człowieka ONZ Eleanor Roosevelt prezentowała bardziej swoje osobiste poglądy niż oficjalne stanowisko amerykańskiego rządu. Zarówno Departament

³¹ Szerzej zob. J.H. Burgers, *The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century*, „Human Rights Quarterly” 1992, vol. 14, s. 447–477.

³² J. Morsink, *The Universal Declaration...* – por. zwłaszcza rozdz. 2, *World War II as Catalyst*, s. 36–91.

³³ Szerzej zob. S. Waltz, *Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights*, „Human Rights Quarterly” 2001, vol. 23, s. 44–72.

³⁴ J. Morsink, *The Universal Declaration...*, s. 28 i nn.; por. także M.A. Glendon, *John P. Humphrey and the Drafting of the Universal Declaration of Human Rights*, „Journal of the History of International Law” 2000, vol. 2, s. 250–260 oraz A.J. Hobbins, *Humphrey and the High Commissioner: The Genesis of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, „Journal of the History of International Law” 2001, vol. 3, s. 38–74.

Stanu, jak i prawicowe amerykańskie koła prawnicze były bowiem bardzo wstrzemięźliwe lub wręcz zdecydowanie przeciwne aktywnemu zaangażowaniu USA w proces umiędzynarodowienia idei praw człowieka³⁵. Trudno kwestionować ogromną rolę, jaką odegrała Eleanor Roosevelt w kierowaniu pracami Komisji, ale tak naprawdę jej wpływ na konkretne rozwiązania przyjęte w PDPCz był stosunkowo niewielki.

4. Fazy procesu powstawania PDPCz

W literaturze poświęconej prawom człowieka historię powstania PDPCz bardzo często przedstawia się w sposób czysto sprawozdawczy, w formie relacji z prac ciał kolegialnych przygotowujących projekty poszczególnych dokumentów, z podaniem trybu powołania i składu osobowego tych organów, terminów posiedzeń, prezentacją protokołów obrad, niekiedy z wyeksponowaniem punktów będących przedmiotem kontrowersji *etc.*³⁶ Ta metoda narracji zastosowana do PDPCz nie oddaje jednak szczególnej atmosfery, która otaczała prace Komisji Praw Człowieka – zarówno tej zewnętrznej, wynikającej ze specyfiki powojennej sytuacji międzynarodowej, jak i tej wewnętrznej, panującej w gronie osób piszących *de facto* omawiany dokument. Nie odzwierciedla też temperamentu czy poglądów takich osobowości, jak chociażby zasiadający w Komisji filozofowie – np. z jednej strony Chińczyk Peng-chun Chang, z drugiej zaś Libańczyk Charles Malik. Pod tym względem historię powstania PDPCz powinno się rekonstruować na podstawie nie tylko zachowanych dokumentów formalnych, lecz także nieoficjalnych relacji uczestników tamtejszych wydarzeń. Nieocenionym źródłem wiedzy okazują się współcześnie np. autobiograficzne wspomnienia Eleanor Roosevelt³⁷ czy dzienniki Johna P. Humphreya³⁸. Te dokumenty, których liczne fragmenty mają charakter bardzo osobisty, co często jest oddane za pomocą specyficznego języka, nie są oczywiście wolne od subiektywnych ocen i opinii, ale mimo to nie powinno się pomijać przy analizie omawianego tutaj problemu.

Według Johannesesa Morsinka³⁹ proces powstawania PDPCz można podzielić na siedem podstawowych faz, odpowiadających chronologicznie etapom tworzenia ostatecznego tekstu. W trakcie prac powstawały sukcesywnie projekty, które następnie poddawano rewizji w toku dyskusji w różnych gremiach – od wąskiego komitetu

³⁵ S. Waltz, *Reclaiming and rebuilding the history...*, s. 443.

³⁶ Por. np. J. Symonides, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Warszawa 1977, s. 24 i nn.

³⁷ Wiele nieznanych do tej pory informacji zawiera cytowane wcześniej opracowanie: M.A. Glendon, *A World Made New...*, *passim*.

³⁸ Dzienniki te wydano dopiero niedawno: *On the Edge of Greatness: The Diaries of John Humphrey, First Director of the United Nations Division of Human Rights*, vol. 1–4, ed. A.J. Hobbins, Montreal 1994–2000 – omówienie tej publikacji zob. M.A. Glendon, *Diaries of A Forgotten Framer*, „Harvard Human Rights Journal” 2001, vol. 14, s. 277–283.

³⁹ J. Morsink, *The Universal Declaration...*, s. 4–12.

redakcyjnego aż po tzw. Trzeci Komitet Zgromadzenia Ogólnego ONZ. W porządku chronologicznym były to następujące dokumenty⁴⁰:

1. projekt Humpreya (luty–czerwiec 1947);
2. projekt Cassina (czerwiec 1947);
3. projekt Komisji Praw Człowieka (czerwiec 1947);
4. projekt genewski (grudzień 1947);
5. projekt z Lake Success (czerwiec 1948);
6. projekt Trzeciego Komitetu (grudzień 1948);
7. ostateczny tekst PDPCz (10 grudnia 1948).

5. Współczesny wymiar uniwersalizmu – niepozytywizm, solidaryzm, humanitarna interwencja

Porównanie treści tych dokumentów dowodzi, że koncepcja praw człowieka, która legła u podstaw PDPCz, przeszła w trakcie prac Komisji dosyć istotną ewolucję. Ostatecznie przyjęty 10 grudnia 1948 r. tekst można więc uznać za wyraz daleko idącego kompromisu, który spełnia wymogi wspomnianego wyżej częściowego konsensusu (*overlapping consensus*) w rozumieniu J. Rawlsa. Z punktu widzenia historii powstania PDPCz trudno więc mówić o tym, że jest ona przejawem zachodniego imperializmu wartości, nawet jeśli późniejsze wydarzenia w stosunkach międzynarodowych dawały podstawy do formułowania takich zarzutów ze strony państw postkolonialnych i w latach 90. XX w. zaowocowały w praktyce „wartościami azjatyckimi” (*asian values*), a w teorii znaną koncepcją S.P. Huntingtona o zderzeniu cywilizacji (*clash of civilizations*)⁴¹. Trzeba jednak podkreślić, że – skądinąd słuszny postulat relatywizmu kulturowego – często służył różnym reżimom politycznym za parawan, za którym kryły się po prostu masowe i brutalne naruszenia podstawowych praw jednostki. Z tego punktu widzenia relatywizm kulturowy wcale nie musi oznaczać zaprzeczenia minimalnego uniwersalizmu etycznego jako podstawy PDPCz. Zarzut zachodniego imperializmu wartości formułowany pod adresem PDPCz nie był więc uzasadniony historycznie, podobnie jak nie jest uzasadniony współcześnie. W tym ostatnim wymiarze minimalny uniwersalizm praw człowieka wpisuje się bowiem w pewne aktualne trendy występujące z jednej strony w filozofii prawa, z drugiej zaś w teorii stosunków międzynarodowych. W obu wypadkach oznacza to próbę sformułowania nowej teorii sprawiedliwości, w tym także sprawiedliwości międzynarodowej⁴². W filozofii prawa chodzi przede wszystkim o wyjście poza tradycyjny paradygmat sporu pomiędzy pozytywizmem prawniczym

⁴⁰ Teksty wszystkich projektów podaje M.A. Glendon, *A World Made New...*, s. 271–309.

⁴¹ S.P. Huntington, *Zderzenie cywilizacji i nowy kształt ładu światowego*, przeł. H. Jankowska, Warszawa 1997.

⁴² Szerzej zob. J. Zajadło, *Teoria sprawiedliwości międzynarodowej: suwerenność contra prawa człowieka?*, „Polski Przegląd Dyplomatyczny” 2005, t. 5, nr 3, s. 95–117 oraz *idem*, *Spoleczność międzynarodowa czy wspólnota międzynarodowa?*, PiP 2005, z. 9, s. 34–50.

oraz prawem natury i przejście na grunt tzw. koncepcji niepozytywistycznej. Z kolei w teorii stosunków międzynarodowych oznacza to przede wszystkim rezygnację z realistycznej i/lub pluralistycznej koncepcji społeczności międzynarodowej na rzecz koncepcji solidarystycznej, a ostatnio nawet i/lub wręcz kosmopolitycznej⁴³. Widać to w szczególności w odniesieniu do kontrowersyjnej instytucji tzw. humanitarnej interwencji jako reakcji na masowe naruszenia praw człowieka⁴⁴.

Od przełomu lat 70. i 80. XX w. obserwuje się w filozofii prawa renesans problematyki aksjologicznej, której towarzyszy próba innego określenia paradygmatów pozytywistycznej i niepozytywistycznej koncepcji prawa⁴⁵. Tradycyjny spór pomiędzy pozytywizmem prawniczym i doktrynami prawa natury⁴⁶ nabrał w warunkach racjonalnego dyskursu zupełnie innego wymiaru – jego współczesnym wyznacznikiem nie jest bowiem konfrontacja prawa pozytywnego i ponadpozytywnego, lecz raczej określenie relacji i sposobów rozwiązywania konfliktów mogących zachodzić pomiędzy prawem i moralnością⁴⁷. Konflikty pomiędzy prawem i moralnością zachodzą najczęściej na zewnątrz systemu prawa (*justification*), ale mogą mieć też charakter wewnętrzny (*legitimacy*). Przypadek zderzenia suwerenności z prawami człowieka, skutkujący powstaniem problemu humanitarnej interwencji może służyć za klasyczny przypadek obu, ale zwłaszcza drugiej z tych sytuacji. We współczesnej niepozytywistycznej filozofii prawa proponuje się dwa podstawowe typy argumentacji, które mają uzasadniać i proponować rozwiązywanie konfliktów moralnych zachodzących wewnątrz systemu prawa – tzw. argument z bezprawia (niesprawiedliwości), stosowany np. przez Ralfa Dreiera czy Martina Kriele na bazie znanej formuły Radbruch’a, oraz tzw. argument z zasad prawa (odróżnionych od reguł prawa), występujący np. w integralnej filozofii prawa Ronald’a Dworkina⁴⁸. Oba te typy szczególnego rozumowania prawniczego mogą mieć zastosowanie do dylematów moralno-prawnych pojawiających się

⁴³ Spośród obszernej literatury na temat współczesnego kosmopolityzmu w kontekście praw człowieka por. m.in. P. Hayden, *Cosmopolitan Global Politics*, Aldershot–Burlington 2005, zwłaszcza s. 37–66.

⁴⁴ Szerzej por. J. Zajadło, *Dylematy humanitarnej interwencji. Historia – etyka – polityka – prawo*, Gdańsk 2005.

⁴⁵ W literaturze polskiej szerzej na ten temat zob. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 3 zm., Warszawa 2003, zwłaszcza s. 17–45 oraz 304–316. Odchodzenie od pozytywistycznego ujęcia prawa dotyczy także prawa międzynarodowego – por. np. B. Kingsbury, *The International Legal Order* [w:] *Oxford Handbook of Legal Studies*, eds. P. Cane, M. Tushnet, Oxford 2003, s. 271–297, zwłaszcza s. 282 i nn.

⁴⁶ Trzeba dodać, że spór pozytywizm prawniczy – prawo natury był i jest czymś charakterystycznym także dla filozofii prawa międzynarodowego i koncepcji społeczności międzynarodowej – por. np. A.P. Rubin, *Ethics and authority in international law*, Cambridge 1997, s. 6–18; *International Society. Diverse Ethical Perspective*, eds. D.R. Mapel, T. Nardin, Princeton 1998, s. 17–81.

⁴⁷ Na temat różnych relacji zachodzących pomiędzy prawem i moralnością oraz klasyfikacji teorii proponujących sposoby rozwiązywania potencjalnych konfliktów (etyczno-prawnego nihilizmu, redukcjonizmu, normatywizmu i esencjalizmu) zob. D. von der Pfordten, *Rechtsethik*, München 2001, s. 99–209.

⁴⁸ Szerzej zob. R. Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford 2002; por. także J. Zajadło, *Formuła Radbruch’a. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

w związku z humanitarną interwencją. Z punktu widzenia słusznej przyczyny humanitarnej interwencji traktowanej jako sytuacja wyjątkowa i ekstremalna szczególne znaczenie może mieć jednak drugi z tych typów argumentacji, tj. argument z bezprawia, ponieważ również on jest konstruowany na bazie skrajnej sytuacji rażącej niesprawiedliwości. „Masowe naruszenia praw człowieka” jako *justa causa* wpisują się w ten tok rozumowania współczesnego niepozytywizmu. W literaturze zjawisko tzw. nowego interwencjonizmu jest bowiem w ogóle uznawane za przejaw poszukiwania bardziej sprawiedliwego prawa międzynarodowego⁴⁹. Od dawna wiadomo jednak, że sprawiedliwość jako jedną z naczelnych wartości prawa znacznie prościej poddać regułom tzw. *philosophia negativa* niż *philosophia positiva*⁵⁰, innymi słowy – w warunkach istnienia bardzo różnych kryteriów sprawiedliwości trudno określić pozytywną treść idei sprawiedliwości, znacznie łatwiej powiedzieć, co w konkretnej sytuacji jest niesprawiedliwością, zwłaszcza jeśli mamy do czynienia z niesprawiedliwością rażącą. W gruncie rzeczy na takim paradygmacie opierała się wspomniana wyżej formuła Radbrucha. Konflikt pomiędzy bezpieczeństwem prawnym a sprawiedliwością prawnik w zasadzie powinien rozstrzygać *in favorem* tego pierwszego, chyba że niesprawiedliwość osiąga taką „niedającą się znieść miarę”, iż bezpieczeństwo winno ustąpić przed sprawiedliwością. Jeśli w stosunkach międzynarodowych pod pojęcie bezpieczeństwa prawnego podstawimy suwerenność, a pod pojęcie sprawiedliwości prawa człowieka, to jest to dokładnie to, o co chodzi we współczesnych sporach wokół humanitarnej interwencji. W normalnych warunkach prawnik opowie się z jednej strony za poszanowaniem zasad suwerennej równości państw oraz prawa narodów do samostanowienia⁵¹, a także za będącą ich konsekwencją zasadą nieinterwencji, z drugiej zaś – za przestrzeganiem zasady nieużywania siły lub jej groźby w stosunkach międzynarodowych. Sytuacje, o które chodzi w przypadku humanitarnej interwencji, nie są jednak normalne i standardowe, lecz właśnie nadzwyczajne i wyjątkowe. Ich rozwiązywanie w duchu formuły Radbrucha wymaga szczególnej ostrożności i rozwagi, ponieważ na szalę rzuca się szczególny aspekt bezpieczeństwa prawnego, z jakim w stosunkach międzynarodowych łączy się wartość suwerenności, nieinterwencji i prawa narodów do samostanowienia, a w rezultacie także pokoju. Jeśli prawdziwe jest cytowane już wyżej powiedzenie, że tzw. trudne przypadki rodzą zagrożenie złego prawa (*hard cases make bad law*), to w dwójnasób dotyczy to problemów związanych z omawianą tutaj instytucją⁵². Na gruncie humanitarnej interwencji traktowanej w kategoriach ekstremalnego wyjątku normatywnego zarówno podejście czysto pozytywistyczne, jak

⁴⁹ Tak np. M.J. Glennon, *The New Interventionism: The Search for a Just International Law*, „Foreign Affairs” 1999, vol. 78, no. 3, s. 2–7.

⁵⁰ Szerzej zob. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997, *passim*.

⁵¹ Problem humanitarnej interwencji łączy się bowiem bardzo ściśle nie tylko z wyzwaniem, jakie rewolucja praw człowieka postawiła idei suwerenności, lecz także z zasadą prawa narodów do samostanowienia – K. Doehring, *Self-Determination* [w:] *The Charter of the United Nations. A Commentary*, vol. 1, ed. B. Simma, 2nd ed., Oxford 2002, s. 63.

⁵² S. Chesterman, *Hard Cases Make Bad Law: Law, Ethics, and Politics in Humanitarian Intervention* [w:] *Just Intervention*, ed. A.F. Lang, Jr., Washington D.C. 2003, s. 46–61.

i czysto prawnonaturalne – każde na swój sposób – rodzi niebezpieczeństwo etycznych i politycznych nadużyć. Dlatego tak istotne wydaje się połączenie obu tych perspektyw filozoficznoprawnych⁵³.

Obok filozofii prawa drugim istotnym elementem decydującym o przyszłości dyskusji nad teoretycznymi i praktycznymi aspektami sprawiedliwości międzynarodowej może być teoria stosunków międzynarodowych w ogóle, a społeczności międzynarodowej w szczególności. W historii myśli politycznej pojawiały się bardzo różne wizje światowego porządku – od Hobbesowskiego stanu całkowitej anarchii, przez całą gamę sytuacji pośrednich, aż po Kantowski ideał powszechnego pokoju i światowej republiki. We współczesnej literaturze przedmiotu Alexander J. Bellamy zwraca uwagę, że podejście do problemu humanitarnej interwencji zależy więc w dużej mierze od założonej koncepcji społeczności międzynarodowej. Zdaniem tego autora można wyróżnić w tym zakresie trzy podstawowe teorie: realizmu, pluralizmu i solidaryzmu⁵⁴. W świetle realizmu w stosunkach międzynarodowych państwa nie kierują się żadnym nadrzędnym ideałem społeczności międzynarodowej czy moralnością międzynarodową, lecz własnym partykularnym interesem. Także prawo międzynarodowe ma w tym układzie znaczenie drugorzędne, ponieważ tak naprawdę liczy się tylko faktyczna siła umożliwiająca realizację tego interesu. W podejściu realistycznym problem interwencji oczywiście występuje, ale nie ma nic wspólnego z interwencją humanitarną. Państwo interweniuje nie dlatego, że kieruje się humanitarnymi intencjami czy stanem nadzwyczajnej humanitarnej konieczności, lecz dlatego, że ma na względzie wyłącznie swój polityczny czy ekonomiczny interes. Nie istnieje więc coś takiego jak społeczność międzynarodowa, istnieje tylko system międzynarodowy rządzony do pewnego stopnia regułami anarchii. W stanowisku pluralistycznym dominuje zaś pojęcie społeczności międzynarodowej opartej na racjonalnym konsensusie równorzędnych podmiotów. Podstawą tego porządku jest prawo międzynarodowe, które tworzą same państwa. Układ jest więc oparty na racjonalizmie zasady *pacta sunt servanda* – jej przestrzeganie zabezpiecza przed anarchią i w rezultacie zabezpiecza także zarówno stabilność społeczności międzynarodowej jako całości, jak i suwerenność poszczególnych jej członków. W pluralizmie nie ma więc miejsca na żadną interwencję, także humanitarną, ponieważ podstawą tego porządku jest zasada poszanowania wewnętrznej oraz zewnętrznej suwerenności państw i będąca jej konsekwencją zasada nieinterwencji. W stanowisku solidarystycznym dominuje z kolei stopniowe odchodzenie od pojęcia społeczności międzynarodowej w kierunku społeczności światowej. Ta ostatnia nie jest tylko prostym zbiorem państw szanujących swoją suwerenność na podstawie

⁵³ Na przykładzie wojny w Iraku problem ten analizuje A.J. Bellamy, *Ethics and Intervention: The „Humanitarian Exception” and the Problem of Abuse in the Case of Iraq*, „Journal of Peace Research” 2004, vol. 41, no. 2, s. 131–147.

⁵⁴ A.J. Bellamy, *Introduction: International Society and the English School* [w:] *International Society and Its Critics*, ed. *idem*, Oxford 2005, s. 1–26 oraz *idem*, *Humanitarian Intervention and the Three Traditions*, „Global Society” 2005, vol. 17, no. 1, s. 3–30; por. także N.J. Wheeler, *Saving Strangers. Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford 2002, s. 27–51 oraz B. Buzan, *From International to World Society? English School Theory and the Social Structure of Globalization*, Cambridge 2004, s. 139–160.

wzajemnie ustalonych reguł, lecz zasada się także, a może przede wszystkim, na wspólnocie wartości. Dla solidarystów liczy się więc nie tylko prawo międzynarodowe, lecz także nadbudowana nad nim moralność międzynarodowa. To z kolei powoduje, że suwerenność poszczególnych państw nie ma charakteru nieograniczonego i nie jest wartością nadrzędną światowej społeczności. W tak pojętym systemie stosunków międzynarodowych jest więc miejsce na humanitarną interwencję, ponieważ oznacza ona właśnie realizację owych wspólnych, uniwersalnych wartości i ideałów. Dla solidarystów podmiotami pewnych praw i obowiązków są nie tylko państwa, lecz także jednostki ludzkie. W rezultacie społeczność światowa czuje się odpowiedzialna nie tylko za stan stosunków pomiędzy państwami, lecz także za los ich obywateli, ponieważ istnieje zależność pomiędzy międzynarodowym bezpieczeństwem a przestrzeganiem praw człowieka⁵⁵. Innymi słowy: „solidaryści uznają, że ekstremalne przypadki ludzkiego cierpienia konstytuują legitymizowany wyjątek od zasady nieinterwencji”⁵⁶.

Cytowany wyżej A.J. Bellamy opiera się w proponowanym podziale teorii społeczności międzynarodowej na dorobku tzw. angielskiej szkoły stosunków międzynarodowych. Nawiązuje przy tym przede wszystkim do poglądów Martina Wighta, który wyróżniał trzy podstawowe tradycje: realizm, racjonalizm i rewolucjonizm, odpowiadające do pewnego stopnia trzem wspomnianym teoriom: realizmu, pluralizmu i solidaryzmu. W ramach szkoły podstawowym podziałem był zresztą właśnie podział na pluralistów i solidarystów⁵⁷. Czołowym reprezentantem pierwszej grupy był np. Hedley Bull, drugiej natomiast np. M. Wight. Z punktu widzenia relacji suwerenność – prawa człowieka – sprawiedliwość szczególnie interesujący jest stosunek tych autorów do problemu humanitarnej interwencji. Otóż o ile H. Bull jako pluralista uznawał ją za nielegalną i niedopuszczalną, o tyle M. Wight jako solidarysta wręcz przeciwnie – opowiadał się za jej legalnością i dopuszczalnością⁵⁸. Ideowe podstawy tego dylematu tkwią jednak głęboko zarówno w historii powstania PDPCz, jak i w jej współczesnym wymiarze.

Literatura

van Aggelen J., *The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2000, vol. 28, no. 2.

Alexy R., *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford 2002.

⁵⁵ T. Dunne, N.J. Wheeler, „We the Peoples”: *Contending Discourses of Security in Human Rights Theory and Practice*, „International Relations” 2004, vol. 18, no. 1, s. 9–23.

⁵⁶ A.J. Bellamy, *Humanitarian responsibilities and interventionist claim in international society*, „Review of International Studies” 2003, vol. 29, s. 325.

⁵⁷ W literaturze polskiej pisze na ten temat szeroko J. Czaputowicz, *Angielska szkoła stosunków międzynarodowych i jej stosunek do integracji europejskiej*, „Polska w Europie” 2003, nr 1, s. 61–105, zwłaszcza s. 74–81. Współcześnie za pluralizmem opowiada się np. R. Jackson (*The Global Covenant. Human Conduct in a World of States*, Oxford 2003), natomiast za solidaryzmem np. N.J. Wheeler (*Saving Strangers...*, przyp. 50). W ostatnim czasie solidaryzm, jak wspomniałem, przekształca się coraz częściej w kosmopolityzm.

⁵⁸ J. Czaputowicz, *Angielska szkoła...*, s. 78.

- Baehr P.R., *Controversies in the Current International Human Rights Debate*, „Human Rights Review”, October–December 2000.
- Belden Fields A., *Rethinking Human Rights for the New Millennium*, New York 2003.
- Bellamy A.J., *Ethics and Intervention: The „Humanitarian Exception” and the Problem of Abuse in the Case of Iraq*, „Journal of Peace Research” 2004, vol. 41, no. 2.
- Bellamy A.J., *Humanitarian Intervention and the Three Traditions*, „Global Society” 2003, vol. 17, no. 1.
- Bellamy A.J., *Humanitarian responsibilities and interventionist claim in international society*, „Review of International Studies” 2003, vol. 29.
- Bellamy A.J., *Introduction: International Society and the English School* [w:] *International Society and Its Critics*, ed. *idem*, Oxford 2005.
- Booth K., *Three Tyrannies* [w:] *Human Rights in Global Politics*, eds. T. Dunne, N.J. Wheeler, Cambridge 1999.
- Brems E., *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague–Boston–London 2001.
- Brems E., *Reconciling Universality and Diversity in International Human Rights: A Theoretical and Methodological Framework and Its Application in the Context of Islam*, „Human Rights Review”, April–June 2004.
- Bruno O., *Antike Grundlagen der Entstehung moderner Menschenrechte*, Freiburg–München 2018.
- Burgers J.H., *The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century*, „Human Rights Quarterly” 1992, vol. 14.
- Buzan B., *From International to World Society? English School Theory and the Social Structure of Globalization*, Cambridge 2004.
- Caney S., *Justice Beyond Borders. A Global Political Theory*, Oxford 2005.
- Chesterman S., *Hard Cases Make Bad Law: Law, Ethics, and Politics in Humanitarian Intervention* [w:] *Just Intervention*, ed. A.F. Lang, Jr., Washington D.C. 2003.
- Czaputowicz J., *Angielska szkoła stosunków międzynarodowych i jej stosunek do integracji europejskiej*, „Polska w Europie” 2003, nr 1.
- Doehring K., *Self-Determination* [w:] *The Charter of the United Nations. A Commentary*, vol. 1, ed. B. Simma, 2nd ed., Oxford 2002.
- Donnelly J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2nd ed., Ithaca–London 2003.
- Dunne T., Wheeler N.J., „We the Peoples”: *Contending Discourses of Security in Human Rights Theory and Practice*, „International Relations” 2004, vol. 18, no. 1.
- Eckert A., *Universality by Consensus: The Evolution of Universality in the Drafting of the UDAR*, „Human Rights and Human Welfare” 2001, vol. 1, no. 2.
- El-Hage Y.K., *Human Rights: A Western, Christian Invention?*, „Theological Review” 2004, vol. 25, no. 2.
- Glendon M.A., *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York 2002.
- Glendon M.A., *Diaries of A Forgotten Framers*, „Harvard Human Rights Journal” 2001, vol. 14.
- Glendon M.A., *John P. Humphrey and the Drafting of the Universal Declaration of Human Rights*, „Journal of the History of International Law” 2000, vol. 2.
- Glendon M.A., *The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea*, „Harvard Human Rights Journal” 2003, vol. 16.
- Glennon M.J., *The New Interventionism: The Search for a Just International Law*, „Foreign Affairs” 1999, vol. 78, no. 3.
- Habermas J., *Zur Legitimation durch Menschenrechte* [w:] *Das Recht der Republik*, hrsg. H. Brunkhorst, P. Niesen, Frankfurt a. Main 1999.

- Hayden P., *Cosmopolitan Global Politics*, Aldershot–Burlington 2005.
- Hayden P., *The Philosophy of Human Rights*, St. Paul 2001.
- Hobbs A.J., *Humphrey and the High Commissioner: The Genesis of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, „Journal of the History of International Law” 2001, vol. 3.
- Hołówka J., *Etyka w działaniu*, Warszawa 2001.
- Huntington S.P., *Zderzenie cywilizacji i nowy kształt ładu światowego*, przeł. H. Jankowska, Warszawa 1997.
- Ignatieff M., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton 2000.
- „International Law Theory” 2003, vol. 9: *Human Rights*.
- International Society. Diverse Ethical Perspective*, eds. D.R. Mapel, T. Nardin, Princeton 1998.
- Ishay M.R., *The History of Human Rights from Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley 2004.
- Ishay M.R., *What are human rights? Six historical controversies*, „Journal of Human Rights” 2004, vol. 3, no. 3.
- Jackson R., *The Global Covenant. Human Conduct in a World of States*, Oxford 2003.
- Kaufmann A., *Rechtsphilosophie*, München 1997.
- Kim S.-H., *The End of Humanitarian Intervention?*, „Orbis – A Journal of World Affairs”, Fall 2003.
- Kingsbury B., *The International Legal Order* [w:] *Oxford Handbook of Legal Studies*, eds. P. Cane, M. Tushnet, Oxford 2003.
- Klabbers J., *International Legal Histories: The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation?*, „Netherlands International Law Review” 2003, vol. 50, no. 3.
- Kuźniar R., *Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, wyd. 3 uzup., Warszawa 2004.
- Lauren P.G., *The Evolution of International Human Rights. Visions Seen*, Philadelphia 1998.
- Lindholm T., *Prospects for research on the Cultural Legitimacy of Human Rights. The Cases of Liberalism and Marxism* [w:] *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus*, ed. A.A. An-Na’Im, Philadelphia 1992.
- Lucas G.R., *The Role of the „International Community” in Just War Tradition – Confronting the Challenges of Humanitarian Intervention and Preemptive War*, „Journal of Military Ethics” 2003, vol. 2, no. 2.
- Lukes S., *Five Fables About Human Rights* [w:] *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, eds. S. Shute, S. Hurley, New York 1993.
- May L., *Ancient Legal Thought. Equity, Justice, and Humaneness. From Hammurabi and the Pharaohs to Justinian and the Talmud*, Cambridge 2019.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 3 zm., Warszawa 2003.
- Morsink J., *Inherent Human Rights. Philosophical Roots of the Universal Declaration*, Philadelphia 2009.
- Morsink J., *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia 1999.
- On the Edge of Greatness: The Diaries of John Humphrey, First Director of the United Nations Division of Human Rights*, vol. 1–4, ed. A.J. Hobbs, Montreal 1994–2000.
- von der Pfordten D., *Rechtsethik*, München 2001.
- Prasad R.U.S., *The Origins of Human Rights. Ancient Indian and Greco-Roman Perspectives*, New York 2023.
- Rawls J., *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Warszawa 1998.

- Rethinking Human Rights. Critical Approaches to International Politics*, ed. D. Chandler, New York 2002.
- Rorty R., *Human Rights, Rationality, and Sentimentality* [w:] *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, eds. S. Shue, S. Hurley, New York 2003.
- Rubin A.P., *Ethics and authority in international law*, Cambridge 1997.
- Schaefer B., *Human Rights: Problems with Foundationless Approach*, „Social Theory and Practice” 2005, vol. 31, no. 1.
- Schmitt M.N., *Bellum Americanarum Revisited: U.S. Security Strategy and the Jus ad Bellum*, „Military Law Review” 2003, vol. 176.
- Sen A., *Rozwój i wolność*, przeł. J. Łoziński, Poznań 1999.
- Sternberg R.H., *The Ancient Greek Roots of Human Rights*, Austin 2021.
- Symonides J., *Międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Warszawa 1977.
- Talbott W.J., *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford 2005.
- Trigg R., *Morality Matters*, Malden 2005.
- Tseng P., *Beyond myth and reality on the expedition to the cosmopolitan utopia: The parable of human rights*, „Non-State Actors and International Law” 2002, vol. 2.
- Waltz S., *Reclaiming and rebuilding the history of the Universal Declaration of Human Rights*, „Third World Quarterly” 2002, vol. 23, no. 3.
- Waltz S., *Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights*, „Human Rights Quarterly” 2001, vol. 23.
- Weiss T.G., *The Sunset of Humanitarian Intervention? The Responsibility to Protect in the Unipolar Era*, „Security Dialogue” 2004, vol. 35, no. 2.
- Wheeler N.J., *Saving Strangers. Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford 2002.
- Wieruszewski R., *Od praw obywatelskich do praw człowieka – dylematy ewolucji polskiego systemu ochrony praw człowieka*, „Studia Prawnicze” 2002, nr 2(152).
- Zajadło J., *Dylematy humanitarnej interwencji. Historia – etyka – polityka – prawo*, Gdańsk 2005.
- Zajadło J., *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.
- Zajadło J., *Spółeczność międzynarodowa czy wspólnota międzynarodowa?*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 9.
- Zajadło J., *Teoria sprawiedliwości międzynarodowej: suwerenność contra prawa człowieka?*, „Polski Przegląd Dyplomatyczny” 2005, t. 5, nr 3.

Streszczenie

Jerzy Zajadło

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka – aktualność pewnego trudnego kompromisu

Głównym celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie różnych wariantów uzasadnienia praw człowieka. Jako punkt wyjścia swoich rozważań autor przyjął Powszechną Deklarację Praw Człowieka, przedstawiając jednocześnie podstawowe założenia w sporze uniwersalizmu z relatywizmem. W opracowaniu omówiono także najważniejsze etapy powstawania PDPCz oraz podstawowe spory filozoficzne towarzyszące jej uchwalaniu.

Słowa kluczowe: prawa człowieka, filozofia prawa, uniwersalizm, relatywizm, kompromis.

Summary

Jerzy Zajadło

Universal Declaration of Human Rights: The Actuality of Some Difficult Compromise

The main purpose of the article is to try to present the various dimensions of the universal justification of human rights. The author took the Universal Declaration of Rights as the starting point of his analysis, while presenting the main position in the dispute universalism – relativism. The article also presents, on the one hand, the main phases of the formation of the Universal Declaration of Human Rights, and on the other hand, the fundamental philosophical disputes accompanying its enactment. In conclusion, the author presents three exemplary dimensions of universalism: non-positivism, solidarism and humanitarian intervention.

Keywords: human rights, legal philosophy, universalism, relativism, compromise.

Glosy



Rzetelne uzasadnienie wyroku sądowego jako element prawa do sądu

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 9 marca 2023 r. w sprawie *Cupiał przeciwko Polsce* (skarga nr 67414/11)¹

1. Prawa do rzetelnego procesu nie można uznać za skuteczne, jeżeli wnioski i uwagi stron nie zostaną rzeczywiście „rozpatrzone” – tzn. właściwie zbadane przez sąd.
2. Wyroki sądów powinny zawierać odpowiednie uzasadnienie. Zakres, w jakim ten obowiązek uzasadnienia ma zastosowanie, może się różnić w zależności od charakteru orzeczenia i musi być ustalony w świetle okoliczności danej sprawy. Badając rzetelność postępowania karnego, Trybunał uznał w szczególności, że ignorując konkretną, trafną i ważną kwestię przedstawioną przez oskarżonego, sądy krajowe nie wywiązują się ze swoich obowiązków wynikających z art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka².

Agnieszka Gajda

Uniwersytet Gdański, Polska
agnieszka.gajda@ug.edu.pl
ORCID: 0000-0003-1348-174X

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.18>

Glosa

Glosowany wyrok wpisuje się w tematykę związaną z prawami człowieka. Odnosi się do sformułowanego na gruncie polskiej konstytucji prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP³) oraz gwarantowanego na szczeblu międzynarodowym prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 Konwencji), wskazując na znaczenie rzetelnego uzasadnienia

¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz lub Trybunał) z dnia 9 marca 2023 r. w sprawie *Cupiał przeciwko Polsce*, skarga nr 67414/11, HUDOC.

² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: EKPCz lub Konwencja).

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej: Konstytucja RP).

rozstrzygnięcia sprawy przez sąd. Wśród elementów tego prawa wskazuje się: 1) prawo dostępu do sądu; 2) prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej zgodnie z zasadami sprawiedliwości, jawności i dwuinstancyjności; 3) prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia bez zbędnej zwłoki; 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawę; 5) prawo do wyegzekwowania wyroku⁴.

ETPCz, w sprawie zainicjowanej skargą D. Cupiała, zarzucił polskim sądom niezachowanie standardu odpowiedniego uzasadnienia wyroku sądowego, które mieści się w zakresie prawa do rzetelnego procesu sądowego⁵. W ocenie Trybunału sądy niewłaściwie wykazały zasadność rozstrzygnięcia o granicach przysługującej skarżącemu wolności sumienia i religii oraz przysługującego prawa do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniem (art. 53 ust. 3 w zw. z art. 48 ust. 1 Konstytucji RP).

Stan faktyczny, na podstawie którego zapadł wyrok, przedstawiał się następująco. W dniu 27 października 2006 r. do prokuratury wpłynął wniosek żony skarżącego o wszczęcie postępowania w sprawie znęcania się psychicznego nad nią i trójką ich dzieci. Chodziło o stosowanie nadmiernych praktyk religijnych, którym skarżący poddawał rodzinę. Od końca 2005 r. małżeństwo było w trakcie postępowania rozwodowego. Stawiane skarżącemu zarzuty zostały potwierdzone w przedstawionych przez żonę opiniach psychologa oraz pedagoga szkolnego, a następnie w opinii biegłego psychologa zleconej przez prokuratora. Wynikało z nich, że skarżący poddawał swoje dzieci szkodliwym praktykom religijnym, a one same wykazywały oznaki zaburzeń emocjonalnych, charakterystycznych dla ofiar przemocy psychicznej. W dniu 26 marca 2007 r. skarżącemu przedstawiono zarzut znęcania się nad osobami najbliższymi (tj. czyn z art. 207 § 1 kodeksu karnego⁶).

W toku postępowania sąd pierwszej instancji uzyskał kilka opinii dotyczących dzieci (wszystkie zostały sporządzone przez jedną biegłą psycholog) oraz przeprowadził dowód z zeznań wielu świadków. Najstarsza córka skarżącego złożyła zeznania na korzyść skarżącego, jednoznacznie stwierdzając m.in., że ojciec nigdy nie znęcał się nad dziećmi i zawsze był gotów udzielać im wsparcia. Po uzyskaniu pełnoletności, już podczas procesu, dobrowolnie zamieszkała w ojcem.

W trakcie postępowania skarżący wniósł o wyłączenie z materiału dowodowego części opinii biegłego sporządzonej na zlecenie prokuratury, zarzucając jej brak obiektywizmu i bezstronności. Sąd pierwszej instancji nie przychylił się do tego wniosku

⁴ M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony. Zarys wykładu*, Wrocław 2014, s. 133; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 238–239; B. Stępień-Załużcka, *Prawo do sądu [w:] System ochrony praw człowieka w RP*, red. H. Zięba-Załużcka, Rzeszów 2015, s. 50. Zob. również wyroki Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK): z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 50; z dnia 12 marca 2002 r., P 9/01, OTK ZU 2001, nr 2A, poz. 14; z dnia 12 maja 2003 r., SK 38/02, OTK ZU 2003, nr 5A, poz. 38; z dnia 1 kwietnia 2008 r., SK 77/06, OTK ZU 2008, nr 3A, poz. 39; z dnia 3 lipca 2008 r., K 38/07, OTK ZU 2008, nr 6A, poz. 102 oraz uchwała TK z dnia 25 stycznia 1995 r., W 14/94, OTK ZU 1995, poz. 19.

⁵ Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK ZU 2006, nr 1A, poz. 2.

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 17).

oraz odmówił powołania drugiego biegłego. Skarżący nie przyznał się do winy. Wyrok rozwodowy zapadł 9 września 2008 r., zaś 22 lipca 2010 r. Sąd Rejonowy w Lublinie skazał skarżącego za psychiczne znęcanie się nad swoimi dziećmi na karę jednego roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres trzech lat. W dniu 25 lutego 2011 r. Sąd Okręgowy w Lublinie utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji.

Skarżący, zwracając się o ochronę do ETPCz, zarzucał polskiemu sądowi, że z uwagi na szereg uchybień proceduralnych prowadzone przeciwko niemu postępowanie karne stanowiło naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji. Podniósł, że sądy nie wzięły pod uwagę głównego zagadnienia w jego sprawie, a mianowicie stanu faktycznego. Pominęły fakt, że żona groziła mu złożeniem zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa w razie odmowy wyrażenia zgody na rozwód. W toku postępowania rozwodowego twierdziła zaś, że dzieci potrzebują kontaktu z ojcem i zgodziła się na rozwód „bez orzekania o winie”. Ponadto sama od wielu lat uczestniczyła w rodzinnych praktykach religijnych, grając na gitarze i przyłączając się do wieczornych modlitw. Dopiero po nawiązaniu kolejnej relacji zaczęła postrzegać te praktyki jako znęcanie się nad dziećmi. Dodatkowo skarżący zarzucał biegłemu wydającemu opinie w sprawie stronniczość.

Trybunał w omawianym wyroku stwierdził, że prawa do rzetelnego procesu nie można uznać za skuteczne, jeżeli wnioski i uwagi stron nie zostaną rzeczywiście „rozpatrzone” – tzn. właściwie zbadane przez sąd. Oznacza to, że wyroki sądów powinny zawierać odpowiednie uzasadnienie. Polskie sądy skazały skarżącego, ponieważ jego metody wychowawcze stanowiły niebezpieczne praktyki i spowodowały szkody psychiczne u jego dzieci. Jednak zdaniem ETPCz nie odniosły się do wielu istotnych dla sprawy okoliczności, takich jak np. ocena wpływu konfliktu między małżonkami będącymi w trakcie rozwodu na oskarżenie, pojawienie się zarzutów dotyczących znęcania się dopiero po związaniu się małżonki z nowym partnerem, brak wyczerpującego wyjaśnienia powodu odrzucenia wniosku o powołanie dowodu z opinii drugiego biegłego.

Dla oceny znaczenia rzetelnego uzasadnienia wyroku w sprawie należy przypomnieć, że wskazanie przez sąd motywów rozstrzygnięcia stanowi *de facto* wyraz wykazania przez sądy występujące w postępowaniu w charakterze niezależnego arbitra motywów podjętych decyzji niejednokrotnie ograniczających prawa i wolności stron postępowania. Sąd ma bowiem władzę, by orzec o granicach korzystania z praw i wolności jednostki. Oznacza to, że uzasadnienie rozstrzygnięcia traci w takich przypadkach wyłącznie formalny charakter. Sąd, wskazując granice korzystania z przyrodzonych praw człowieka w konkretnym stanie faktycznym, w rzeczywistości określa ich treść. Uzasadnienie zatem powinno „w sposób wyczerpujący wyjaśnić wszystkie motywy rozstrzygnięcia, tak by nie można było uczynić mu zarzutu arbitralnego łamania nie tylko prawa do sądu, ale również innych praw człowieka, na straży których stoi władza sądownicza”⁷. Glosowany wyrok jest spójny z linią orzecniczą ETPCz, który wielokrot-

⁷ A. Gajda, *Rzetelne uzasadnienie wyroku sądowego w kontekście wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 9 marca 2023 r. w sprawie Cupiał przeciwko Polsce*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2023, nr 4(74), s. 158.

nie podkreślał, że „wnioski i twierdzenia dotyczące praw i wolności gwarantowanych przez Konwencję i jej Protokoły zobowiązują sądy krajowe do ich rzetelnego rozpatrzenia poprzez szczegółowe i dokładne zbadanie. W takich sprawach Trybunał bardziej rygorystycznie bada prawidłowość uzasadnienia rozstrzygnięcia sprawy, sprawdzając, czy nie jest ono »automatyczne lub stereotypowe«⁸. Trybunał, odnosząc się zaś do wymogów stawianych uzasadnieniom wyroków wydanych przez sądy wyższej instancji, słusznie uznaje, że oddalając apelację, sąd odwoławczy może po prostu zatwierdzić uzasadnienie decyzji sądu niższej instancji. Jednak w przypadku zgłoszonych wyraźnych zastrzeżeń np. co do dopuszczalności dowodów sąd odwoławczy nie może się na nie powoływać bez udzielenia konkretnych odpowiedzi na takie zarzuty⁹.

Należy przychylić się do twierdzenia, że zadaniem Trybunału nie jest ocena dowodów z przeprowadzonych badań kryminalistycznych czy zeznań złożonych przez świadków przed sądami krajowymi, a także orzekanie o winie czy niewinności skazanego przez sądy krajowe. ETPCz może jednak dokonywać oceny, czy całe postępowanie, w tym obowiązek uzasadniania wyroków przez sądy krajowe, było zgodne z Konwencją. Podobnie Trybunał wypowiedział się już m.in. w sprawie *Carmel Saliba przeciwko Malcie*¹⁰, uznając, że chociaż art. 6 Konwencji gwarantuje prawo do sprawiedliwego procesu, to nie ustanawia zasad dotyczących dopuszczalności dowodów ani sposobu ich oceny, które w związku z tym podlegają przede wszystkim uregulowaniom prawa krajowego i sądów krajowych. Potwierdził zatem uprawnienia krajowych organów sądowych do oceny materiału dowodowego i decydowania, co jest w rozpoznawanej sprawie istotne i dopuszczalne. ETPCz przyznał jednak sobie prawo do stwierdzenia błędu co do prawa lub stanu faktycznego popełnionego przez sąd krajowy, a tym samym do naruszenia rzetelności postępowania.

Trybunał, uzasadniając naruszenie standardów z art. 6 Konwencji, uznał, że stawiane przez skarżącego przed sądami krajowymi zarzuty dotyczyły istoty prowadzonej przeciwko niemu sprawy karnej. Wymagały zatem konkretnej i jednoznacznej oceny, której nie dokonał sąd pierwszej instancji, a sąd drugiej instancji zrobił to w sposób fragmentaryczny, nie odnosząc się do zasadniczego zarzutu dotyczącego ogólnego kontekstu sprawy. ETPCz przekonująco wskazał, że sądy krajowe nie odniosły się m.in. do faktu, że po rozwodzie rodziców najstarsza córka dobrowolnie zdecydowała się zamieszkać ze skarżącym i że ustalenie to zostało zaakceptowane przez sądy krajowe, a dodatkowo polskie sądy nie zbadały zarzutu istnienia ewentualnych powiązań pomiędzy pozostałymi świadkami a skarżącym i jego byłą żoną. W związku z powyższym warto przypomnieć, że uzasadnienie wyroku ma nie tylko odpowiedzieć na pytanie o podstawę prawną rozstrzygnięcia, ale przede wszystkim wyjaśnić, dlaczego sąd podjął taką, a nie inną decyzję. Ma stanowić odzwierciedlenie procesu myślowego

⁸ *Ibidem*.

⁹ Wyroki ETPCz: z dnia 9 grudnia 1994 r. w sprawie *Ruiz Torija przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 18390/91, HUDOC oraz z dnia 24 stycznia 2017 r. w sprawie *Paradiso i Campanelli przeciwko Włochom*, skarga nr 25358/12, HUDOC.

¹⁰ Wyrok ETPCz z dnia 29 listopada 2016 r. w sprawie *Carmel Saliba przeciwko Malcie*, skarga nr 4221/13, HUDOC, § 63–65.

i decyzyjnego zakończonego sporządzeniem sentencji orzeczenia¹¹. Stąd tak istotne jest, by uzasadnienie orzeczenia było przygotowane w sposób rzetelny i zrozumiały.

ETPCz wielokrotnie wypowiadał się na wskazany temat, a nawet sformułował wytyczne odnoszące się do stosowania art. 6 EKPCz w sprawach karnych¹². W wyroku wydanym przez Wielką Izbę w sprawie *Moreira Ferreira przeciwko Portugalii*¹³ uznał, że prawidłowe sprawowanie wymiaru sprawiedliwości wymaga, by odpowiednio określać przyczyny, na których oparte jest rozstrzygnięcie sądu. Ma to szczególnie istotne znaczenie dla stron postępowania, które powinny mieć przekonanie do tego, że sąd je wysłuchał, i w efekcie powinny zrozumieć zasadność rozstrzygnięcia i je zaakceptować. Stanowi również zabezpieczenie przed arbitralnością rozstrzygnięcia. Uzasadniona decyzja jest też istotna, by umożliwić skarżącemu efektywne skorzystanie z przysługującego mu prawa do odwołania¹⁴. Określenie przez sąd motywów, którymi się kierował, pozwala na dokonanie kontroli instancyjnej. Wprawdzie dla sądów odwoławczych ma to dalsze znaczenie, ponieważ są w stanie ocenić zasadność rozstrzygnięcia, bazując na aktach sprawy, ale dla strony postępowania jest to podstawa do wyrobienia sobie zdania na temat rzetelności postępowania i prawidłowości rozstrzygnięcia. Uzasadnienie powinno być tak przygotowane, aby można było z niego wyczytać spełnienie wymagań związanych z prawem do bycia wysłuchanym i przedstawienia stanowiska w sprawie¹⁵. Pełni ono zatem nie tylko funkcję procesową, ale również buduje autorytet wymiaru sprawiedliwości, kształtuje zewnętrzne przekonanie o sprawiedliwości orzeczenia, chroniąc tym samym zarówno interes indywidualny, jak i interes publiczny, poprzez budowanie zaufania do wymiaru sprawiedliwości i reprezentowanego przez niego państwa¹⁶.

Warto podkreślić, że sądy nie są zobowiązane do ustosunkowywania się szczegółowo do każdej kwestii podnoszonej przez stronę, jednak z uzasadnienia musi jasno wynikać, że istotne kwestie sprawy zostały uwzględnione oraz że konkretnie i jednoznacznie odniesiono się do argumentów, które mają decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Przywołanie lub powtórzenie konkluzji organu wcześniej rozpoznającego sprawę nie może stanowić wyjaśnienia, dlaczego sąd wydał konkretny wyrok¹⁷.

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego (dalej: SN) z dnia 14 listopada 2001 r., II CKN 459/99, LEX nr 52342.

¹² *Przewodnik w zakresie stosowania Artykułu 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Prawo do rzetelnego procesu sądowego (aspekt karny)*, Rada Europy/Europejski Trybunał Praw Człowieka, 2020, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_6_criminal_pol [dostęp: 15.03.2024].

¹³ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 11 lipca 2017 r. w sprawie *Moreira Ferreira przeciwko Portugalii*, skarga nr 19867/12, HUDOC, § 84.

¹⁴ *Przewodnik...*, s. 31–32.

¹⁵ A. Torbus, *W sprawie braku obowiązku uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej w kontekście prawa do sądu*, PS 2007, nr 1, s. 55.

¹⁶ E. Łętowska, *Udział trzeciej władzy w dyskursie społecznym – sądy i trybunały najwyższych instancji* [w:] *Państwo w służbie obywateli. Księga Jubileuszowa Jerzego Świątkiewicza*, red. R. Hauser, L. Nawacki, Warszawa 2005, s. 38–42.

¹⁷ M. Jabłoński, *Dostęp do wyroku i uzasadnienia jako element treści prawa do sądu – analiza z punktu widzenia wdrożenia nowych technologii* [w:] O. Hałub-Kowalczyk, M. Jabłoński, M. Radajewski, *Identyfikacja treści prawa do sądu – wybrane zagadnienia*, Wrocław 2019, s. 166.

Głosowany wyrok należy przyjąć z satysfakcją, ponieważ wymogi stawiane uzasadnieniom wyroków przedstawione przez ETPCz nie są w polskim prawie i praktyce nowością¹⁸. Bogate orzecznictwo polskich sądów jest zgodne ze standardami wyznaczanymi przez ETPCz. Przykładowo Sąd Apelacyjny (dalej: SA) w Łodzi wskazał, że przy gromadzeniu i ocenie dowodów sąd orzekający jest obowiązany uwzględnić okoliczności przemawiające za oskarżonym i przeciw niemu. Powinien dokonać ich oceny z zachowaniem wskazań wynikających z art. 7 kodeksu postępowania karnego¹⁹, przy czym przesłanki, na których sąd orzekający oparł ocenę dowodów, muszą znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu wyroku, który jest dokumentem sprawozdawczym, a zatem powinien przedstawiać wynik z narady z dokładnym wskazaniem, co i dlaczego sąd uznał za udowodnione, jak ocenił poszczególne dowody, dlaczego ustalenia oparł na jednych z nich, a inne odrzucił²⁰. Z kolei Sąd Apelacyjny w Katowicach stwierdził, że „sporządzenie uzasadnienia rozstrzygnięcia jest istotnym składnikiem prawa do rzetelnego procesu karnego, bowiem wymusza samokontrolę sądu, który musi wykazać, że orzeczenie jest materialnie i formalnie prawidłowe oraz odpowiada wymogom sprawiedliwości, dokumentuje argumenty przemawiające za przyjętym rozstrzygnięciem. Jest również podstawą kontroli zewnętrznej dokonywanej przez organy wyższych instancji, służy indywidualnej akceptacji orzeczenia, umacnia zaufanie społeczne i demokratyczną kontrolę wymiaru sprawiedliwości, wzmacnia więc bezpieczeństwo prawne”²¹. Uzasadnienie rozstrzygnięcia nie ma wpływu na jego treść, następuje bowiem po wydaniu orzeczenia²², jednak jego wadliwe sporządzenie utrudnia stronom korzystanie z prawa do odwołania, a sądowi drugiej instancji wyrokowanie²³.

Uzasadnienie wyroku powinno wskazywać logiczny proces, który doprowadził sąd do wniosku o winie lub niewinności oskarżonego. Sąd powinien wskazać w uzasadnieniu, jakie fakty uznaje za ustalone, na czym opiera poszczególne ustalenia i dlaczego nie uznaje dowodów przeciwnych, a następnie jakie wnioski wyprowadza z dokonanych ustaleń²⁴.

¹⁸ Wyrok ETPCz z dnia 27 września 2001 r. w sprawie *Hirvisaari przeciwko Finlandii*, skarga nr 49684/99, HUDOC. Zob. też E. Łętowska, *Pozaprocesowe znaczenie uzasadnienia sądowego*, PiP 1997, z. 5, s. 10–12; P. Florjanowicz-Błachut, *Standardy należytego uzasadnienia w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, St. Prawn. 2014, nr 4(200), s. 34 i nn.

¹⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 37; dalej: k.p.k.). W art. 7 k.p.k. została sformułowana zasada swobodnej oceny dowodów, zgodnie z którą organy postępowania kształtują swoje przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego.

²⁰ Wyrok SA w Łodzi z dnia 11 stycznia 2022 r., II AKa 255/21, LEX nr 3358682.

²¹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 27 marca 2015 r., II AKa 515/14, LEX nr 1711705.

²² Wyrok SN z dnia 15 stycznia 2014 r., V KK 229/13, LEX nr 1418901.

²³ Wyroki SN: z dnia 29 września 1973 r., II KR 105/73, LEX nr 16813; z dnia 22 lutego 1982 r., II KR 337/81, LEX nr 17457; z dnia 2 września 2004 r., II KK 344/03, LEX nr 137458, a także wyroki SA w Krakowie: z dnia 9 listopada 2006 r., II AKa 161/06, LEX nr 252489; z dnia 16 grudnia 2013 r., II AKa 153/13, LEX nr 1466276. Zob. również P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2006, s. 269.

²⁴ Wyrok SN z dnia 6 października 2009 r., WA 31/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 1936.

Wydany przez ETPCz wyrok wpisuje się również w analizę podstawowych funkcji rzetelnego uzasadnienia²⁵. Zalicza się do nich funkcję: 1) samokontroli organu orzekającego, ponieważ sąd ma wykazać materialną i formalną prawidłowość oraz słuszność orzeczenia; 2) wyjaśniająco-interpretacyjną, w tym znaczeniu, że dokumentuje i ułatwia realizację orzeczenia; 3) kontrolną zewnętrzną, rozumianą *sensu stricto*, jako umożliwienie dokonania oceny wyroku przez organ wyższej instancji oraz *sensu largo*, dokonywaną przez sądy, doktrynę czy opinię publiczną (funkcja ta jest wyłączona w stosunku do orzeczeń kończących sprawę i niezaskarżalnych²⁶); 4) legitymizacyjną, wyrażającą się „w indywidualnej akceptacji orzeczenia oraz umacniania poczucia zaufania społecznego i demokratycznej kontroli nad wymiarem sprawiedliwości”²⁷.

Analiza głosowanego wyroku prowadzi do wniosku, że chociaż prawo strony postępowania do rzetelnego (klarownego, czytelnego, z zachowaniem wymogów prawa krajowego)²⁸ uzasadnienia wyroku sądowego nie budzi wątpliwości, i jest postrzegane jako nieodłączny element prawidłowo przeprowadzonego postępowania sądowego, to jednak wciąż wymaga weryfikacji sprawowanej nie tylko w ramach krajowego postępowania instancyjnego, ale również przez ETPCz z perspektywy art. 6 ust. 1 Konwencji.

Literatura

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Florjanowicz-Błachut P., *Standardy należytego uzasadnienia w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Studia Prawnicze” 2014, nr 4(200).
- Gajda A., *Rzetelne uzasadnienie wyroku sądowego w kontekście wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 9 marca 2023 r. w sprawie Cupiał przeciwko Polsce*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2023, nr 4(74).
- Grzelak-Bach K., *Rola uzasadnienia sądowego w realizacji prawa do rzetelnego procesu sądowoadministracyjnego – standard strasburski*, „Studia Prawnicze” 2014, nr 4(200).
- Hofmański P., Zabłocki S., *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2006.
- Jabłoński M., *Dostęp do wyroku i uzasadnienia jako element treści prawa do sądu – analiza z punktu widzenia wdrożenia nowych technologii* [w:] O. Hałub-Kowalczyk, M. Jabłoński, M. Radajewski, *Identyfikacja treści prawa do sądu – wybrane zagadnienia*, Wrocław 2019.
- Jabłoński M., Jarosz-Żukowska S., *Prawa człowieka i systemy ich ochrony. Zarys wykładu*, Wrocław 2014.
- Kulesza C., Starzyńska R., *Obowiązek uzasadniania orzeczeń sądowych a prawo do obrony*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 5.
- Łętowska E., *Pozaprosesowe znaczenie uzasadnienia sądowego*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 5.

²⁵ Szerzej zob. C. Kulesza, R. Starzyńska, *Obowiązek uzasadniania orzeczeń sądowych a prawo do obrony*, Prok. i Pr. 2010, nr 5, s. 22.

²⁶ Postanowienie TK z dnia 11 kwietnia 2005 r., SK 48/04, OTK-A 2005, nr 4, poz. 45.

²⁷ Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 2. Zob. też P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego...*, s. 258.

²⁸ K. Grzelak-Bach, *Rola uzasadnienia sądowego w realizacji prawa do rzetelnego procesu sądowoadministracyjnego – standard strasburski*, St. Prawn. 2014, z. 4(200), s. 14.

Łętowska E., *Udział trzeciej władzy w dyskursie społecznym – sądy i trybunały najwyższych instancji* [w:] *Państwo w służbie obywateli. Księga Jubileuszowa Jerzego Świątkiewicza*, red. R. Hauser, L. Nawacki, Warszawa 2005.

Przewodnik w zakresie stosowania Artykułu 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Prawo do rzetelnego procesu sądowego (aspekt karny), Rada Europy/Europejski Trybunał Praw Człowieka, 2020, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_6_criminal_pol.

Stępień-Załučka B., *Prawo do sądu* [w:] *System ochrony praw człowieka w RP*, red. H. Zięba-Załučka, Rzeszów 2015.

Torbus A., *W sprawie braku obowiązku uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej w kontekście prawa do sądu*, „Przeгляд Sądowy” 2007, nr 1.

Streszczenie

Agnieszka Gajda

Rzetelne uzasadnienie wyroku sądowego jako element prawa do sądu

W glosowanym wyroku wydanym w sprawie *Cupiał przeciwko Polsce* ETPCz nawiązał do wytycznych, którym powinno odpowiadać rzetelnie sporządzone uzasadnienie wyroku. W sprawach, w których sąd orzeka o prawach i wolnościach jednostki, uzasadnienie rozstrzygnięcia traci wyłącznie formalny charakter. Sąd wyznacza bowiem granice korzystania z przyrodzonych praw człowieka w konkretnym stanie faktycznym, a więc w rzeczywistości określa ich treść. Powinien więc wyczerpująco wyjaśnić wszystkie motywy rozstrzygnięcia, by nie można było uczynić mu zarzutu arbitralnego łamania nie tylko prawa do sądu, ale również innych praw człowieka, na straży których stoi władza sądownicza. Trybunał uznał, że stawiane przez skarżącego przed sądami krajowymi zarzuty dotyczyły istoty prowadzonej przeciwko niemu sprawy karnej. Wymagały zatem konkretnej i jednoznacznej oceny, której nie dokonał sąd pierwszej instancji, a sąd drugiej instancji zrobił to w sposób fragmentaryczny, nie odnosząc się do zasadniczego zarzutu dotyczącego ogólnego kontekstu sprawy. Uzasadnienie wyroku zaś ma nie tylko odpowiedzieć na pytanie o podstawę prawną rozstrzygnięcia, ale przede wszystkim wyjaśnić, dlaczego sąd podjął taką, a nie inną decyzję. Ma stanowić odzwierciedlenie procesu myślowego i decyzyjnego zakończonego sporządzeniem sentencji orzeczenia.

Słowa kluczowe: uzasadnienie wyroku, prawo do sądu, rzetelny proces, wolność religii, prawo do wychowania dzieci zgodnie z przekonaniami rodziców, prawa człowieka.

Summary

Agnieszka Gajda

A Reliable Justification of a Court Judgment as an Element of the Right to a Fair Trial

In the glossed judgment issued in the case of *Cupiał v. Poland*, the ECHR referred to the guidelines that should be met by a carefully prepared justification of the judgment. In cases in which

the court decides on the rights and freedoms of an individual, the justification of the decision loses its exclusively formal character. The court sets limits on the exercise of human rights in a specific situation, and, therefore, in fact, determines their content. The court should therefore comprehensively explain all the reasons for the decision, so that it cannot be accused of arbitrarily violating not only the right to a fair trial but also other human rights safeguarded by judicial power. The ECHR found that the allegations made by the applicant before the domestic courts concerned the substance of the criminal case against him. They therefore required a specific and unambiguous assessment, which was not made by the court of first instance. The court of the second instance did this in a fragmentary way, without referring to the main objection regarding the general context of the case. The justification of the judgment is intended not only to answer the question about the legal basis of the decision, but above all to explain why the court made a particular decision. It is intended to be a reflection of the thought and decision-making process culminating in the preparation of the operative part of the judgment.

Keywords: justification of a judgement, the right to a fair trial, freedom of conscience, freedom of religion, the right to guarantee children a religious upbringing in accordance with their parents' convictions, human rights.

Czy orzecznictwo sądowe może się przyczynić do realizacji konstytucyjnego prawa do mieszkania?

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 czerwca 2023 r., C-520/21¹

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 czerwca 2023 r. (C-520/21) stanowi istotny krok w realizacji konstytucyjnego prawa do mieszkania, poprzez wzmocnienie ochrony konsumentów w sytuacjach wynikających z nieuczciwych warunków umownych, eliminując możliwość dochodzenia przez banki wynagrodzenia za korzystanie z kapitału w przypadku unieważnienia umów kredytowych. Orzeczenie to podkreśla priorytet ochrony konsumenta nad interesami instytucji finansowych, jednocześnie wytyczając standardy dla interpretacji prawa krajowego zgodnie z zasadami prawa unijnego.

Hanna Gronkiewicz-Waltz

Uniwersytet Warszawski, Polska

gronkieh@poczta.onet.pl

ORCID: 0000-0003-0386-6531

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.19>

Glosa

1. Prawo do mieszkania zostało uregulowane w art. 75 Konstytucji RP². Praca nad ostateczną wersją tego przepisu trwała stosunkowo długo, jednak finalnie sformułowano go w następujący sposób: „Władze publiczne prowadzą politykę sprzyjającą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, w szczególności przeciwdziałają bezdomności, wspierają rozwój budownictwa socjalnego oraz popierają działania obywateli zmierzające do uzyskania własnego mieszkania”. Zapewnienie realizacji tego prawa polega nie tylko na sprzyjaniu budownictwu socjalnemu, przeciwdziałaniu bezdomności czy ochronie lokatorów, ale również na powinności władz publicznych, by popierać dążenia jednostki czy rodziny do posiadania własnego mieszkania. Można

¹ ECLI:EU:C:2023:491.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej: Konstytucja RP).

powiedzieć, że w art. 75 Konstytucji RP zawarte jest prawo człowieka w postaci prawa do mieszkania. Prawu temu przydaje się przymiot, że jest to prawo drugiej generacji lub norma programowa³. Adam Bodnar uważa, że prawo do mieszkania w rozumieniu Konstytucji RP to prawo do poszukiwania mieszkania, prawo do oczekiwania wsparcia ze strony państwa w nabyciu mieszkania⁴.

Na użytek niniejszej glosy do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał) z dnia 15 czerwca 2023 r. (C-520/21) będziemy się zajmować wyłącznie takim rodzajem działania władz publicznych, które stwarza stabilne warunki umożliwiające nabycie własnego mieszkania. W wielu państwach nabycie nieruchomości do zamieszkania (mieszkania lub domu) odbywa się w ten sposób, że nabywca zaciąga kredyt w banku, na ogół wieloletni, zabezpieczony hipoteką. Bank jest zainteresowany udzieleniem kredytu, z którego będzie miał dochód – odsetki i zarobek, zaś klient jest zainteresowany nabyciem nieruchomości. Każdej ze stron zależy na osiągnięciu swojego celu.

W państwach Unii Europejskiej, czyli również w Polsce, od 2002 r. oferowano możliwość zaciągnięcia kredytu w walucie obcej, głównie we franku szwajcarskim⁵. W latach 2003–2005 dynamika kredytów udzielanych we frankach rosła. Ze względu na ten wzrost Komisja Nadzoru Bankowego (dalej: KNB) w marcu 2006 r. wydała rekomendację S⁶, w której nadzór zwracał uwagę na konieczność przygotowania przez banki procedur dotyczących ryzyka kursowego i ryzyka stopy procentowej. Ówczesny rząd polski był jednak innego zdania i podważył cel wprowadzenia tej rekomendacji, twierdząc, iż ograniczy ona możliwość nabywania przez obywateli własnych mieszkań. Rząd, odnosząc się w sposób negatywny do rekomendacji, prowadził politykę mieszkaniową pod hasłem – „masz prawo do mieszkania, więc zadłużaj się, ile chcesz”, co spowodowało dalszy wzrost zadłużenia Polaków w kredytach waloryzowanych, które dochodziło do szczytowej wysokości 56 mld zł w 2008 r.⁷ Pod koniec 2009 r. widoczne stały się pierwsze problemy związane z wypłacalnością polskich kredytobiorców.

W dniu 15 stycznia 2015 r. centralny bank Szwajcarii uwolnił kurs franka szwajcarskiego, co spowodowało jego gwałtowne umocnienie się w stosunku do pozostałych walut, w tym również do złotego. Ta sytuacja spowodowała, że raty kredytu istotnie wzrosły i kredytobiorcy musieli zmierzyć się z rosnącą z miesiąca na miesiąc ratą

³ Szerzej zob. M. Bernaczyk, *Konstytucyjne obowiązki państwa do podejmowania działań w zakresie zaspokajania potrzeb mieszkaniowych jednostki [w:] Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014.

⁴ A. Bodnar, *Mieszkanie prawem, a nie towarem*, <https://adambodnar.pl/mieszkanie-prawem-a-nietowarem/> [dostęp: 8.04.2024].

⁵ Kredyty waloryzowane do waluty obcej były popularne również w Rumunii i Chorwacji, a nawet w państwach tzw. starej Unii – Grecji czy Austrii.

⁶ Uchwała nr 492/2019 Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 3 grudnia 2019 r. w sprawie wydania Rekomendacji S dotyczącej dobrych praktyk w zakresie zarządzania ekspozycjami kredytowymi zabezpieczonymi hipotecznie (Dz. Urz. KNF poz. 39).

⁷ D. Szymański, *Siedem lat temu wybuchła frankowa bomba. Dzisiaj pisze się jej kolejny rozdział*, money.pl, 15.01.2022, <https://www.money.pl/gospodarka/siedem-lat-temu-wybuchla-frankowa-bomba-dzisiaj-pisze-sie-jej-kolejny-rozdzial-6726651025886048a.html> [dostęp: 8.04.2024].

kredytu. W wielu przypadkach sprowadziło to na klientów banków istotne zagrożenie problemami finansowymi. Ciężka sytuacja kredytobiorców nie pozostała bez wpływu na pozycje kredytodawców. Z uwagi na zachwianie sytuacji materialnej tych pierwszych banki zaczęły natrafiać na problem własnej płynności finansowej z powodu coraz większej liczby kredytów, które nie były spłacane. Kredytobiorcy czuli się okłamanymi i zaczęli szukać prawnych sposobów zmiany swojej sytuacji. Weszli na drogę eliminacji z umów klauzul abuzywnych, które były oznaczane przez Sądy Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

2. Najistotniejszy dla kredytobiorców okazał się wyrok TSUE – w dniu 3 października 2019 r. Trybunał wydał orzeczenie (C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819) w sprawie *Dziubak v. Raiffeisen*⁸, w którym stwierdził, iż sąd polski: może umowę unieważnić, jeżeli uzna, że jej utrzymanie w mocy bez klauzul niedozwolonych nie jest możliwe, a także może zastąpić nieuczciwe postanowienie umowne przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym, gdy strony danej umowy wyrażają na to zgodę, przy czym możliwość ta jest ograniczona do przypadków, w których usunięcie nieuczciwego postanowienia umownego zobowiązywałoby sąd do unieważnienia umowy jako całości, narażając tym samym konsumenta na szczególnie szkodliwe skutki. Nie może jednak wypełnić luk w umowie spowodowanych usunięciem z niej nieuczciwych warunków wyłącznie na podstawie przepisów krajowych o charakterze ogólnym, przewidujących, że skutki wyrażone w treści czynności prawnej są uzupełniane w szczególności przez skutki wynikające z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów.

Wyrok TSUE zdawał się sugerować, że polskie sądy powinny unieważniać umowy frankowe, chyba że konsument nie zgłosił żądania unieważnienia umowy. Unieważnienie umowy następuje *ex tunc*, tj. już od momentu zawarcia umowy, i wówczas następuje zwrot wzajemnych świadczeń.

I tu trzeba odpowiedzieć na pytanie, na jakich zasadach odbywa się to rozliczenie między stronami. O to właśnie zaczął się toczyć kolejny spór. Zostało to wyjaśnione w wyroku TSUE z dnia 15 czerwca 2023 r. (C-520/21)⁹, który był odpowiedzią na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczący wykładni art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. L 95 z 21.04.1993, s. 29; dalej: dyrektywa 93/13/EWG lub dyrektywa konsumencka) oraz zasad skuteczności, pewności prawa i proporcjonalności. Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy A.S. a Bankiem M. SA w przedmiocie powództwa o zaspokojenie roszczenia wynikającego z korzystania z pieniędzy na podstawie umowy kredytu hipotecznego, która powinna zostać uznana za nieważną ze względu na to, że umowa ta nie może dalej obowiązywać po usunięciu z niej nieuczciwych warunków. Zdaniem sądu odsyłającego jest to winą banku, który zastosował nieuczciwą praktykę i nie powinien z tego

⁸ <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&num=C-260/18&td=ALL> [dostęp: 9.04.2024].

⁹ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=274643&pageIndex=0&doclang=PL> [dostęp: 9.04.2024].

powodu czerpać korzyści. Tak zachowujący się bank nie może dostać nic ponad kapitał wypłacony kredytobiorcy. Byłoby to również sprzeczne z dyrektywą 93/13/EWG, wymaganiami dobrej wiary oraz dobrych obyczajów.

Rzecznik Generalny TSUE w swojej opinii odnoszącej się do sprawy C-520/21 w pkt 63 stwierdził, że argument dotyczący stabilności rynków finansowych, podnoszony przez Komisję Nadzoru Finansowego (dalej: KNF) nie ma znaczenia w ramach wykładni dyrektywy 93/13/EWG, która ma na celu ochronę konsumentów¹⁰. Ponadto nie można dopuścić, by przedsiębiorcy mogli obejść cele realizowane przez dyrektywę 93/13/EWG ze względu na zachowanie stabilności rynków finansowych. To do instytucji bankowych należy bowiem organizacja działalności w sposób zgodny z tą dyrektywą. Natomiast w odniesieniu do konsumenta sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym: „Czy art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 [dyrektywy 93/13/EWG], a także zasady skuteczności, pewności prawa i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykładni sądowej przepisów krajowych, zgodnie z którą w przypadku uznania, że umowa kredytu zawarta przez bank i konsumenta jest od początku nieważna z powodu zawarcia w niej nieuczciwych warunków umownych, strony oprócz zwrotu pieniędzy zapłaconych w wykonaniu tej umowy (bank – kapitału kredytu, konsument – rat, opłat, prowizji i składek ubezpieczeniowych) oraz odsetek ustawowych za opóźnienie od chwili wezwania do zapłaty, mogą domagać się także jakichkolwiek innych świadczeń, w tym należności (w szczególności wynagrodzenia, odszkodowania, zwrotu kosztów lub waloryzacji świadczenia)?” Bank został czasowo pozbawiony możliwości korzystania ze swoich pieniędzy, które mógł zainwestować inaczej i na tym zarobić, i poniósł koszty obsługi umowy, jak również skutki spadku wartości pieniądza, a zatem działał jakby bez wynagrodzenia.

Zdaniem Trybunału, jeśli umowa zawarta przez konsumenta i bank jest od początku nieważna z powodu zawarcia w niej nieuczciwych warunków umownych, to konsument oprócz zwrotu pieniędzy zapłaconych na podstawie tej umowy oraz zapłaty odsetek ustawowych za opóźnienie od chwili wezwania do zapłaty może w następstwie takiego uznania domagać się od banku także dodatkowych świadczeń, co pośrednio wynika z faktu, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13/EWG stanowi, iż nieuczciwe warunki nie są wiążące dla konsumentów. Banki liczyły na inną odpowiedź na takie zapytanie, zaś frankowicze na wykładnię korzystną dla siebie. Opinia wydana przez Rzecznika Generalnego jednoznacznie dała ochronę konsumentom, a Trybunał całkowicie poparł stanowisko Rzecznika.

Zdaniem Rzecznika Generalnego wynagrodzenie za korzystanie z kapitału jest sprzeczne z prawem unijnym, tj. dyrektywą 93/13/EWG, i nie znajduje podstaw w przepisach prawa krajowego. Przyjęcie odmiennego stanowiska doprowadziłoby do powstania sytuacji, w której bank stosujący niedozwolone postanowienia umowne

¹⁰ Opinion of Advocate General Collins delivered on 16 February 2023(1), Case C-520/21, A.S. v. Bank M. SA, joined parties: Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Finansowy, Prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście w Warszawie, Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-tsue-rzecznik-generalny-banki-frankowicze-kapital-opinia> [dostęp: 9.04.2024].

uzyskałby korzyść kosztem konsumenta zamiast ponieść negatywne konsekwencje stosowania klauzul niedozwolonych.

Innego zdania jest Komisja Nadzoru Finansowego, która uważa, że unieważnienie umowy wymaga m.in. rozliczenia kosztu korzystania z kapitału. Ponadto kwestia ta powinna być w każdym przypadku rozstrzygana w zgodzie z „podstawowymi zasadami nauki finansów, a zarazem w duchu sprawiedliwości społecznej, która sprzeciwia się nieuzasadnionemu uprzywilejowywaniu kredytobiorców walutowych względem osób, które historycznie zdecydowały się na kredyt złotowy i dla jego uniknięcia akceptowały wyższe oprocentowanie i wyższą bieżącą ratę kredytu”¹¹.

W kontekście problemu dotyczącego właściwego rozliczenia pomiędzy klientem a bankiem należy wskazać, że z korzystaniem z kapitału z natury rzeczy wiąże się koszt, który powinien być rozliczony w stosunkach między kontrahentami. Jak wskazuje KNF, rozsądnym punktem odniesienia dla ustalania adekwatnego poziomu kosztu korzystania z kapitału jest jego wyliczenie z zastosowaniem historycznej wartości wskaźnika referencyjnego WIBOR powiększonego o historyczną marżę, czyli hipotetycznego oprocentowania historycznego dla kredytów złotych. Takie rozwiązanie według Komisji Nadzoru Finansowego jest zgodne z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, a w szczególności z zasadami dotyczącymi bezpodstawnego wzbogacenia, które przemawiają za rozliczeniem kosztu korzystania z kapitału. Takie rozwiązanie jest również zgodne z dyrektywami unijnymi dotyczącymi ochrony konsumenta, które sprzeciwiają się obciążaniu klienta kosztami abuzywności, co w wariantcie obliczania kosztu korzystania z kapitału według stawki WIBOR nie następuje. Dodatkowo zdaniem KNF takie rozwiązanie jest także słuszne pod względem sprawiedliwości społecznej przemawiającej przeciwko nadmiernemu uprzywilejowaniu kredytobiorców walutowych względem kredytobiorców złotych, którzy byli ostrożniejsi przy zawieraniu umów kredytowych.

Pojawia się też pytanie, czy strony umowy, która została uznana za nieważną, są uprawnione do dochodzenia dodatkowych roszczeń, takich jak wynagrodzenie, odszkodowanie, zwrot kosztów lub waloryzacja świadczenia, z powodu korzystania z tych pieniędzy przez pewien czas. Podstawa prawna wymienionych roszczeń jest przedmiotem kontrowersji zarówno w orzecznictwie krajowym, jak i w doktrynie¹².

¹¹ *Stanowisko Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego co do kierunków rozstrzygnięcia zagadnień prawnych przedstawionych przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego dotyczących hipotetycznych kredytów mieszkaniowych denominowanych lub indeksowanych do waluty obcej*, https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/stanowisko_uknf_dla_sn_ws_kredytow_fx_74047.pdf [dostęp: 9.04.2024].

¹² W prawie wewnętrznym jako podstawę prawną takich roszczeń najczęściej przywołuje się albo art. 405 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 ze zm.; dalej: k.c.) (bezpodstawne wzbogacenie), albo ten sam przepis w zw. z art. 410 § 1 k.c. (świadczenie nienależne). Pojęcie świadczenia nienależnego, a tym bardziej pojęcie bezpodstawnego wzbogacenia jest stosunkowo pojemne i obejmuje szerokie spektrum przypadków, w tym również potencjalne świadczenia z tytułu bezumownego korzystania z pieniędzy. Jednak przeważająca część polskiej doktryny oraz większość instytucji i sądów krajowych neguje możliwość dochodzenia takich roszczeń, zwracając jednocześnie uwagę, że jak dotąd orzecznictwo tych sądów dotyczyło należności dochodzonych z tego tytułu przez banki, a nie przez kredytobiorców. W uzasadnieniach rozstrzygnięć

Sąd odsyłający uważa bowiem, że prawo krajowe nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy w razie spełnienia świadczenia pieniężnego na podstawie umowy, która została następnie uznana za nieważną, bezumowne korzystanie z pieniędzy może stanowić podstawę roszczenia. Zdaniem sądu odsyłającego przepisy art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13/EWG są sprzeczne z zasadą skuteczności. I nie ma możliwości dochodzenia przez bank od konsumenta jakichkolwiek roszczeń związanych z tym, że konsument korzystał z kapitału kredytu, lub z tym, że bank poniósł pewne koszty w związku z obsługą kredytu. Przyznanie bankowi prawa do dochodzenia takich roszczeń kłóciłoby się z celem dyrektywy 93/13/EWG, którym jest odstraszenie przedsiębiorców od stosowania nieuczciwych warunków, zaś w razie zastosowania tychże – zobowiązanie przedsiębiorców do zwrotu konsumentowi uzyskanych wskutek tego świadczeń; z kolei odpowiedzialność wykraczająca poza te granice byłaby nieproporcjonalna i nadmierna. W przypadku uznania umowy kredytu za nieważną w całości z powodu zawarcia w niej nieuczciwych warunków ta zasada ogranicza roszczenia stron do świadczeń pieniężnych spełnionych w związku z wykonaniem umowy. W konsekwencji to do państw członkowskich należy określenie warunków, na podstawie których następuje stwierdzenie nieuczciwego charakteru warunku umownego, oraz skutków prawnych tego stwierdzenia. Takie stwierdzenie powinno zawsze umożliwić przywrócenie sytuacji prawnej i faktycznej, w jakiej konsument znajdowałby się w braku takiego nieuczciwego warunku, uzasadniając w szczególności prawo do zwrotu korzyści, jakie przedsiębiorca ze szkodą dla konsumenta nienależnie nabył na podstawie wspomnianego nieuczciwego warunku.

Celem art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13/EWG nie jest wyeliminowanie z obrotu wszystkich umów zawierających nieuczciwe warunki, lecz przywrócenie równowagi między stronami co do zasady przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy umowy jako całości. Zasadniczo umowa nadal obowiązuje bez jakiegokolwiek zmiany, innej niż wynikająca z wykreślenia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie jest prawnie możliwe zgodnie z prawem wewnętrznym, co należy zbadać na podstawie obiektywnego podejścia. Dyrektywa 93/13/EWG nie określa, jakie są skutki stwierdzenia, że umowa zawarta między przedsiębiorcą a konsumentem staje się prawnie nieistniejącą po usunięciu z niej nieuczciwych warunków. Żaden przepis tej dyrektywy nie wymaga, aby w takich okolicznościach państwa członkowskie umożliwiły stronom dochodzenie od siebie roszczeń, które wykraczają poza zwrot pieniędzy nienależnie przekazanych na podstawie nieuczciwego warunku umownego tych skutków w sposób zgodny z prawem.

Ponadto zdaniem Rzecznika Generalnego argument KNF dotyczący niemożności żądania wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z kapitału jest pozbawiony znaczenia w kontekście wykładni dyrektywy 93/13/EWG, której celem nie jest utrzymanie stabilności rynków finansowych, lecz przede wszystkim ochrona konsumentów. W każdym

przesądających o bezzasadności roszczeń zgłaszanych przez banki podnosi się, że ich istnienie nieweczyłoby ochronną funkcję przepisów o nieuczciwych warunkach lub też cel przepisów zobowiązujących do uznania umowy zawierającej takie warunki za nieważną.

wypadku banki jako podmioty utworzone na podstawie prawa są zobowiązane prowadzić swoje sprawy w sposób zapewniający przestrzeganie wszystkich jego przepisów.

W opinii Rzecznika Generalnego możliwość (przewidziana w prawie krajowym) na wypadek uznania umowy kredytu zawierającej nieuczciwe warunki za nieważną) dochodzenia przez kredytobiorcę od banku roszczeń wykraczających poza zwrot zapłaconych miesięcznych rat kredytu i zapłatę odsetek za opóźnienie nie podważa skuteczności dyrektywy 93/13/EWG. Wprost przeciwnie – istnienie takiej możliwości może zachęcać kredytobiorców do wykonywania praw przysługujących im na podstawie tej dyrektywy jako konsumentom, a jednocześnie odstraszać banki od włączania do swoich umów nieuczciwych warunków.

Trybunał orzekł, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13/EWG jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, który ma na celu zastąpienie ustanowionej w umowie formalnej równowagi praw i obowiązków stron równowagą rzeczywistą, która przywraca równość stron. Natomiast dyrektywa ta bardziej niż do zagwarantowania równowagi umownej pomiędzy prawami i obowiązkami stron umowy zmierza raczej do unikania naruszenia równowagi pomiędzy tymi prawami i obowiązkami ze szkodą dla konsumentów.

Strona nie może czerpać korzyści gospodarczych z sytuacji powstałej na skutek własnego bezprawnego działania. W szczególności w razie doświadczenia przez bank jakichkolwiek niekorzystnych skutków w następstwie uznania za nieważną umowy kredytu hipotecznego zawierającej nieuczciwe warunki nie może on otrzymać rekompensaty z tytułu tych niekorzystnych skutków, gdyż są one wynikiem jego bezprawnego działania. Ponadto dochodzenie przez bank od konsumenta roszczeń wykraczających poza zwrot kapitału kredytu, powiększonego o odsetki ustawowe za opóźnienie, w szczególności zaś wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z kapitału kredytu, pozbawiłoby dyrektywę 93/13/EWG jej skuteczności i doprowadziło do rezultatu niezgodnego z przyświecającymi jej celami.

W tym miejscu należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy wyrok z dnia 15 czerwca 2023 r. w sprawie C-520/21 jest precyzyjny i jednoznaczny. Otóż niektóre sądy wskazują, że w ich ocenie TSUE nie wykluczył możliwości waloryzacji kwoty kapitału kredytu. W wyroku wydanym 28 czerwca 2023 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku (XV C 18/22, POSP) „wstępnie przesądził, że co do zasady uznaje roszczenie banku wobec frankowicza. Bank powołał się bowiem na przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu się frankowicza i o konieczności waloryzacji kwoty wypłaconego kapitału w formie kredytu”¹³. Warto też przypomnieć, że za zasadnością roszczenia banku dotyczącego waloryzacji udostępnionego kapitału wcześniej opowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie, XXV Wydział Cywilny w wyroku z dnia 10 lutego 2023 r. (XXV C 1039/20, POSP)¹⁴.

¹³ A. Popiołek, *Bank dostanie waloryzację kapitału za kredyty we frankach? Gdański sąd po stronie banków, nie frankowiczów*, „Gazeta Wyborcza”, 13.07.2023, <https://wyborcza.biz/biznes/7,147582,29966985,bank-dostanie-waloryzacje-kapitalu-za-kredyty-we-frankach-gdanski.html#S.embed> [dostęp: 9.04.2024].

¹⁴ *Komentarz do wyroku TSUE z dnia 15 czerwca 2023 r., C-520/21. Kontekst sprawy – pytanie prejudycjalne Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia*, <https://www.kochanski.pl/komentarz-do-wyroku-tsue-c-520-21-z-15-czerwca-2023-roku/> [dostęp: 9.04.2024].

Sąd Okręgowy w Gdańsku, rozstrzygając sprawę (XV C 18/22), wziął pod uwagę orzeczenie Trybunału z dnia 15 czerwca 2023 r. Zdaniem sądu TSUE posłużył się pojęciem nieostrym rekompensaty, które nie jest znane prawu polskiemu. „Sąd wydał wyrok wstępny, aby w dalszym postępowaniu dążyć do obliczenia wartości świadczenia. Banki zapowiedziały, że będą szukać innych dróg uzyskania »wynagrodzenia« za kapitał przekazany kredytobiorcy; rozwiązaniem – ich zdaniem może być waloryzacja kapitału”¹⁵.

Sąd w Gdańsku uznał, że „orzeczenie Trybunału – choć wyklucza możliwość zasądzenia wynagrodzenia za korzystanie z kapitału – to nie ogranicza jednak możliwości waloryzacji świadczenia. [...] Rekompensata to jedno, a urealnienie korzyści to drugie. Gdański sąd stwierdził, że brak możliwości zasądzenia rekompensaty nie wyklucza »urealnienia« korzyści uzyskanych przez byłego kredytobiorcę z umowy kredytu. Właściwą podstawą według sądu jest zarówno instytucja bezpodstawnego wzbogacenia, jak i waloryzacji sądowej świadczenia”¹⁶. Takie rozumienie nie jest zdaniem sądu sprzeczne z ochroną konsumenta. Sąd uznał też, że nie ma znaczenia, czy umowa zawierała zapisy niedozwolone (tzw. klauzule abuzywne), ponieważ do zmiany wartości pieniądza doszło z przyczyn makroekonomicznych, czyli niezależnych od stron.

Według sądu roszczenia banku mieszczą się w granicach zwrotu wartości świadczenia (czyli mówiąc wprost: wypłaconej przez bank kwoty kredytu), a nie dodatkowego wynagrodzenia bądź rekompensaty. To nie jedyna decyzja sądu na korzyść banków – są sędziowie, którzy wskazują konsumentom na możliwość roszczeń banków o rozliczenie urealnionej wartości kapitału przy informowaniu o skutkach potencjalnego unieważnienia umowy czy też wydają postanowienia o powołaniu biegłego w celu wyliczenia takiego roszczenia. I nie widzą w tym sprzeczności z przywołanym orzeczeniem TSUE. Otwarta pozostaje zatem kwestia rozliczenia nieważnej umowy uwzględniającej wartość pożyczonego pieniądza w czasie.

Dowód z opinii biegłego dopuścił również gdański sąd, ale w innej sprawie. Biegły ma ustalić wartość korzyści kredytobiorcy wskutek wypłaty przez bank kwoty kredytu i policzyć tę korzyść jako równowartość wypłaconego kredytu powiększonego o wskaźnik inflacji, licząc od dnia wypłaty kredytu do dnia jego spłaty.

Należy tu również przywołać dwa wyroki Sądu Okręgowego w Krakowie – z dnia 22 lipca 2022 r. (IC 1689/21, niepubl.) i z dnia 1 czerwca 2023 r. (I C 461/21, POSP), które uznały zasadność roszczenia banku o rozliczenie bezpodstawnego wzbogacenia kredytobiorcy z tytułu korzystania z kapitału, czy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 lutego 2023 r. (XXV C 1039/20, POSP), uznający zasadność zwrotu zwaloryzowanej wartości kapitału¹⁷.

Jednak prawnicy frankowiczów inaczej interpretują wyrok TSUE z dnia 15 czerwca 2023 r., twierdząc, że Trybunał postawił sprawę jasno: bankowi nie należy się

¹⁵ A. Popiołek, *Bank dostanie waloryzację kapitału...*

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ I. Sudak, *Banki, KNF i NBP frankowiczom nie przepuszczą. Mają oddać tyle, ile realnie pożyczycyli*, „Gazeta Wyborcza”, 23.01.2024, <https://wyborcza.biz/biznes/7,147582,30621340,banki-knf-i-nbp-frankowiczowi-nie-przepuszcza-ma-oddac-tyle.html> [dostęp: 9.04.2024].

wynagrodzenie za korzystanie z kapitału. Jednocześnie przepisy nie stoją na przeszkodzie, żeby o takie roszczenia występował klient. W ocenie Związku Banków Polskich TSUE w wyroku tym nie wykluczył waloryzacji, gdyż nie jest ona tym samym co wynagrodzenie, odszkodowanie czy rekompensata. Pojęć tych nie można ze sobą utożsamiać. Zdaniem bankowców dyrektywa konsumencka po unieważnieniu umowy nie dotyczy już zobowiązań o charakterze bezumownym.

Konkluzja powyższych rozważań jest taka, że temat kredytów frankowych nie jest zamknięty. Banki wspiera Komisja Nadzoru Finansowego i Narodowy Bank Polski. Opinie tych organów zostały zawarte m.in. w komunikacie wydanym przez Komitet Stabilności Finansowej: „System prawny nie powinien abstrahować od zasad ekonomii i sprawiedliwości społecznej i w sposób nieuzasadniony prowadzić do uprzywilejowania kredytobiorców walutowych względem osób, które w tym samym czasie zdecydowały się na kredyt złotowy, np. chcąc uniknąć ryzyka walutowego. [...] Zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej, w tym zasadami odpłatności i ekwiwalentności świadczeń, udostępnieniu kapitału finansowego powinien odpowiadać obowiązek jego zwrotu oraz wynagrodzenie ze strony korzystającego z tego kapitału, przynajmniej w wysokości pokrywającej poniesione koszty”¹⁸. Sprawa nie jest zamknięta, a każdy, w tym bank, ma prawo dochodzić rozumianej przez siebie sprawiedliwości w sądzie.

3. Kiedy polski rząd w 2006 r. zachęcał do brania kredytów w walutach obcych, motywował to trudną sytuacją mieszkaniową w naszym państwie. Z kolei KNB, a potem KNF przestrzegały przed braniem kredytów w walucie, w której nie ma się dochodów. Jednak ówczesny rząd argumentował, że stanowi to zagrożenie dla konsumentów, gdyż nie będą oni mieli wyboru rodzaju kredytu, w tym też kredytu waloryzowanego do waluty obcej¹⁹.

Od samego początku spraw sądowych dotyczących tzw. kredytów frankowych wnoszonych przed TSUE (również przez obywateli innych państw) Trybunał stał na stanowisku ochrony konsumenta, poszerzając jej zakres w kolejnych orzeczeniach. Jeśli chodzi o polskie orzecznictwo, to droga zaskarżenia wiodła przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów do sądów ochrony konkurencji i konsumentów, których wyroki decydowały o tym, czy klauzule abuzywne występują w konkretnej umowie. Coraz częściej sądy polskie zwracały się też do TSUE z konkretnymi zapytaniami prejudycjalnymi. Z upływem czasu klauzul było coraz więcej, dlatego należało się zastanowić, jakie będą tego skutki. Orzeczenie TSUE z dnia 3 października 2019 r. (C-269/18) dało zielone światło do stwierdzenia nieważności umowy przez sąd krajowy. Z kolei w orzeczeniu Trybunału z dnia 15 czerwca 2023 r. (C-520/21) przyjęto, że umowa jest nieważna *ex tunc*, tzn. od początku, dając możliwość rekompensaty konsumentowi,

¹⁸ Komunikat Komitetu Stabilności Finansowej po posiedzeniu dotyczącym nadzoru makroostrożnościowego nad systemem finansowym w dniu 25 marca 2022 r., <https://nbp.pl/system-finansowy/nadzor-makroostroznościowy/komunikat-25-marca-2022/> [dostęp: 9.04.2024].

¹⁹ C. Banasiński, *UOKiK: Każdy sam powinien decydować o wyborze kredytu*, money.pl, 4.07.2006, <https://www.money.pl/banki/wiadomosci/artykul/uokik;kazdy;sam;powinnien;decydowac;o;wyborze;kredytu,127,0,169343.html> [dostęp: 21.01.2019].

a jednocześnie odmawiając bankowi. Czyli to władza sądownicza (europejska i krajowa) pośrednio wykreowała politykę mieszkaniową, naprawiając działania władzy wykonawczej.

Literatura

- Banasieński C., *UOKiK: Każdy sam powinien decydować o wyborze kredytu*, money.pl, 4.07.2006, <https://www.money.pl/banki/wiadomosci/artukul/uokik;kazdy;sam;powinnien;decydowac;o;wyborze;kredytu,127,0,169343.html>.
- Bernaczyk M., *Konstytucyjne obowiązki państwa do podejmowania działań w zakresie zaspokajania potrzeb mieszkaniowych jednostki* [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014.
- Bodnar A., *Mieszkanie prawem, a nie towarem*, <https://adambodnar.pl/mieszkanie-prawem-a-nie-towarem/>.
- Komentarz do wyroku TSUE z dnia 15 czerwca 2023 r., C-520/21. Kontekst sprawy – pytanie prejudycjalne Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia*, <https://www.kochanski.pl/komentarz-do-wyroku-tsue-c-520-21-z-15-czerwca-2023-roku/>.
- Popiołek A., *Bank dostanie waloryzację kapitału za kredyty we frankach? Gdański sąd po stronie banków, nie frankowiczów*, „Gazeta Wyborcza”, 13.07.2023, <https://wyborcza.biz/biznes/7,147582,29966985,bank-dostanie-waloryzacje-kapitalu-za-kredyty-we-frankach-gdanski.html#S.embed>.
- Sudak I., *Banki, KNF i NBP frankowiczom nie przepuszczą. Mają oddać tyle, ile realnie pożyczyci*, „Gazeta Wyborcza”, 23.01.2024, <https://wyborcza.biz/biznes/7,147582,30621340,banki-knf-i-nbp-frankowiczowi-nie-przepuszcza-ma-oddac-tyle.html>.
- Szymański D., *Siedem lat temu wybuchła frankowa bomba. Dzisiaj pisze się jej kolejny rozdział*, money.pl, 15.01.2022, <https://www.money.pl/gospodarka/siedem-lat-temu-wybuchla-frankowa-bomba-dzisiaj-pisze-sie-jej-kolejny-rozdzial-6726651025886048a.html>.

Streszczenie

Hanna Gronkiewicz-Waltz

Czy orzecznictwo sądowe może się przyczynić do realizacji konstytucyjnego prawa do mieszkania?

Glosa do orzeczeń TSUE w tzw. sprawach kredytów frankowych powstała na tle niedawnej dyskusji dotyczącej prawa do mieszkania. W jej ramach stwierdza się, że mieszkanie nie może być towarem, co jest oczywiście konsekwencją wysokiej ceny mieszkań w stosunku do wynagrodzeń. Choć art. 75 Konstytucji RP stanowi, że władze publiczne prowadzą politykę sprzyjającą zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, to prawo to jest traktowane jako prawo drugiej generacji. Poważnym zagrożeniem dla obywateli okazało się zaciąganie kredytów we frankach, w dużej mierze na zakup mieszkań, w związku z uwolnieniem kursu franka szwajcarskiego. W tym przypadku ratunkiem dla kredytobiorców okazał się TSUE, który wydał szereg orzeczeń korzystnych dla konsumentów. W glosie skomentowane są dwa orzeczenia: z dnia 3 października

2022 r., że umowa może zostać unieważniona w przypadku niedozwolonej klauzuli, oraz z dnia 15 czerwca 2023 r., że wynagrodzenie za korzystanie z kapitału banku jest sprzeczne z prawem UE. Mamy więc sytuację, w której Trybunał od samego początku stał po stronie konsumenta. Polskie sądy, pod wpływem orzecznictwa TSUE, zaczęły orzekać podobnie. Stąd wniosek, że władza sądownicza stworzyła politykę mieszkaniową w tym segmencie rynku mieszkaniowego.

Słowa kluczowe: prawo do mieszkania a Konstytucja RP, kredyty we frankach, orzecznictwo TSUE, nieważność umów o kredyt we frankach, klauzule abuzywne, ochrona konsumenta.

Summary

Hanna Gronkiewicz-Waltz

Can Judicial Jurisprudence Contribute to the Constitutional Right to Housing?

This gloss on the rulings of the CJEU in cases involving so-called “Swiss franc loans” arises against the backdrop of the recent discussion of the right to housing. It is asserted that housing cannot be a commodity, which it is, of course, as a consequence of the high price of housing in relation to wages. Although Article 75 of the Constitution stipulates that public authorities should pursue a policy conducive to meeting the housing needs of citizens, this right is treated as a secondary right. A serious threat to citizens turned out to be taking out loans in Swiss francs, largely for the purchase of housing, because of the freeing of the rate of exchange for the Swiss franc. In this case, the saviour of borrowers turned out to be the CJEU, which issued several rulings in favour of consumers. In the gloss, I comment on two rulings, from 3 October 2022 that a contract can be invalidated in the event of the existence of an abusive clause, and from 15 June 2023, that remuneration for the use of a bank’s capital is contrary to EU law. So we have a situation in which the CJEU was on the consumer’s side from the very beginning. Polish courts under the influence of the CJEU began to rule similarly. Hence the conclusion follows that it was judicial power that created housing policy in this segment of the housing market.

Keywords: right to housing and the Constitution, credits in Swiss francs, CJEU case law, invalidity of credit agreements in Swiss francs, abusive clauses, consumer protection.

Potwierdzenie obowiązku instytucjonalizacji związków osób tej samej płci

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 12 grudnia 2023 r. w sprawie *Przybyszewska i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 11454/17 i 9 innych)

Wyrok w sprawie *Przybyszewska i inni przeciwko Polsce* pozwala na stworzenie regulacji prawnej, która zapewni instytucjonalizację związków tworzonych przez osoby tej samej płci przy jednoczesnym korzystaniu przy tworzeniu tych regulacji z marginesu swobody oceny. Wykonując zobowiązania wynikające z wyroku, Polska spełni swój pozytywny obowiązek wynikający z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹.

Dagmara Jaroszevska-Choraś

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Polska

d.jaroszevska-choras@ukw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-3345-7168

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.20>

Glosa

Analizowana sprawa dotyczyła braku jakiegokolwiek formy prawnego uznania i ochrony dostępnej dla par tej samej płci w Polsce. Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPCz lub Trybunał) uznał, że państwo polskie nie wywiązało się ze swojego obowiązku zapewnienia skarżącym konkretnych ram prawnych przewidujących uznanie i ochronę ich związków jednopłciowych². Sytuacja ta spowodowała niezdolność skarżących

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona z Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: EKPCz lub Konwencja).

² W dniu 19 września 2024 r. zapadł wyrok ETPCz w sprawie *Formela i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 58828/12 i 4 inne, HUDOC), w którym kolejny raz potwierdzono istnienie obowiązku Polski w zakresie instytucjonalizacji związków osób tej samej płci. W powyższym orzeczeniu ETPCz potwierdził, że brak ochrony i uznania par osób tej samej płci stanowi naruszenie przepisów EKPCz. Trybunał wskazał w wyroku m.in., że: „odmawiając rejestracji małżeństw skarżących w jakiegokolwiek formie i nie zapewniając im konkretnych ram prawnych przewidujących uznanie i ochronę, polskie władze pozostawiły

do uregulowania podstawowych aspektów ich życia i stanowiła naruszenie ich prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2023 r. w sprawie *Przybyszewska i inni przeciwko Polsce* ma charakter przełomowy, gdyż Polska będzie musiała stworzyć odpowiednie ramy prawne oraz ochronę dla związków osób tej samej płci. Stanowi on kontynuację dotychczasowej linii orzeczniczej ETPCz³.

Skarżący tworzą stałe i stabilne związki. Na przestrzeni lat strony oświadczały przed kierownikiem stanu cywilnego, że nie ma żadnych przeszkód ku temu, aby mogli zawrzeć związek małżeński z osobą tej samej płci. Jednocześnie w każdym przypadku zapadała decyzja o odmowie przyjęcia oświadczeń, powołując się na prawo krajowe, które definiuje małżeństwo wyłącznie jako związek kobiety i mężczyzny⁴. Od decyzji, które zapadały przed urzędem stanu cywilnego, skarżący składali odwołania do sądu. Kwestionowali decyzje oraz uzasadnienia podejmowane przez urzędy. Z kolei właściwe sądy rejonowe utrzymywały w mocy decyzje kierownika urzędu stanu cywilnego. Powoływały się przy tym w szczególności na art. 18 Konstytucji RP⁵ i art. 1 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁶, które nie przewidują możliwości zawarcia małżeństwa między dwiema osobami tej samej płci. Skarżący podjęli kolejne kroki i wnieśli apelacje, które zostały oddalone przez właściwe sądy okręgowe. Argumenty przedstawione przez sądy okręgowe były co do zasady zbieżne ze stanowiskiem sądów rejonowych. Ponadto według sądów nie stanowiło to dyskryminacji, ponieważ skarżący mogli swobodnie podejmować decyzje dotyczące ich życia rodzinnego i prywatnego.

Ostatecznie na przełomie 2017 i 2018 r. skarżący wnieśli skargi konstytucyjne, wskazując w nich, że art. 1 § 1 k.r.o. jest niezgodny z art. 47 Konstytucji RP w zw. z art. 31 § 3 i art. 32 § 1 i 2 oraz z art. 30 Konstytucji RP w zakresie, w jakim „uniemożliwia zawarcie małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, a co najmniej nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej

skarżące w próżni prawnej i nie zaspokoily podstawowych potrzeb uznania i ochrony par osób tej samej płci pozostających w stabilnym i oddanym związku” (pkt 26). Ponadto zdaniem Trybunału: „choć państwa członkowskie mają szerszy margines oceny przy określaniu szczegółowego charakteru systemu prawnego, który ma być dostępny dla par osób tej samej płci, to ważne jest jednak, aby ochrona przyznana przez państwa parom osób tej samej płci była adekwatna” (pkt 28). Należy podkreślić, że trwają prace nad projektem ustawy o związkach partnerskich. Celem przyszłej ustawy jest wprowadzenie do polskiego porządku prawnego tzw. instytucji rejestrowanego związku partnerskiego. Więcej informacji na stronach: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12390652> [dostęp: 30.01.2025]; <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-rejestrowanych-zwiazkach-partnerskich> [dostęp: 30.01.2025].

³ Linia orzecznicza została potwierdzona m.in. przez Wielką Izbę ETPCz w wyroku z dnia 17 stycznia 2023 r. w sprawie *Fedotova i inni przeciwko Rosji*, skargi nr 40792/10, 30538/14, 43439/14, HUDOC (dalej: *Fedotova i inni*), a wcześniej także w wyroku ETPCz z dnia 21 lipca 2015 r. w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*, skargi nr 18766/11 i 36030/11, HUDOC (dalej: *Oliari i inni*).

⁴ Wyrok ETPCz z dnia 12 grudnia 2023 r. w sprawie *Przybyszewska i inni przeciwko Polsce*, skarga nr 11454/17 i 9 innych, HUDOC (dalej: *Przybyszewska i inni*), pkt 4.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej: Konstytucja RP lub ustawa zasadnicza).

⁶ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 2809; dalej: k.r.o.).

samej płci”⁷. W dniu 15 grudnia 2021 r. Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) umorzył postępowanie w jednej ze spraw (SK 9/19), wskazując, że skarga konstytucyjna zarzuca prawodawcy zaniechanie legislacyjne. W związku z tym zdaniem TK wydanie wyroku było niedopuszczalne i postępowanie należało umorzyć.

W wyroku *Przybyszewska i inni* skarżący podkreślali, że w Polsce występuje całkowity brak instytucjonalizacji związków jedнопłciowych. Nie mogli oni zawrzeć żadnego rodzaju prawnie uznanego związku. Ich zdaniem stanowiło to naruszenie ich prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, chronionego na mocy art. 8 EKPCz.

Omawiany wyrok stanowi potwierdzenie aktualnej linii orzeczniczej ETPCz. Trybunał wskazał w nim, że państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia ram prawnych umożliwiających parom tej samej płci odpowiednie uznanie i ochronę ich związku⁸. Z dotychczasowego orzecznictwa ETPCz można wyciągnąć wnioski, iż państwa-strony dysponują szerszym marginesem swobody oceny w związku z określeniem szczegółowych regulacji prawnych dla par tej samej płci. Jak zauważył Adam Wiśniewski, margines oceny w zasadzie nie stanowi przedmiotu wykładni Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jednak odgrywa w niej znaczącą rolę i stał się integralnym ogniwem standardów orzeczniczych, które są rozwijane przez ETPCz⁹.

Orzeczenia ETPCz dotyczące związków osób tej samej płci ewoluowały w czasie. W wyroku wydanym w latach 80. XX w. w sprawie *Dudgeon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*¹⁰ Trybunał stwierdził, że wymierzanie kary za kontakty seksualne, które są podejmowane w sposób dobrowolny przez osoby dorosłe, stanowi naruszenie konwencyjnego obowiązku państwa do „poszanowania życia prywatnego” (art. 8 ust. 1 EKPCz)¹¹. Nieco później na przełomie XX i XXI w. pary tej samej płci coraz odważniej prowadziły życie rodzinne. Sytuacja ta spowodowała, że niektóre państwa zdecydowały się wprowadzić w tym zakresie odpowiednie regulacje prawne, w tym również możliwość zawierania związków małżeńskich. Jako przykład można wskazać Niderlandy, gdzie 1 kwietnia 2001 r. weszła w życie „ustawa otwierająca małżeństwo dla osób tej samej płci”. Następnie prawo do zawarcia małżeństwa osobom jedнопłciowym zagwarantowano m.in. w Belgii (2003 r.), Hiszpanii (2005 r.) i w Norwegii (2008 r.)¹².

Skarżący podnieśli, że od czasu wyroku Trybunału w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*¹³ w Europie wyłonił się europejski konsensus i obecnie zdecydowana więk-

⁷ *Przybyszewska i inni*, pkt 9–11.

⁸ *Przybyszewska i inni*, pkt 98.

⁹ A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2010, s. 23.

¹⁰ Wyrok ETPCz z dnia 22 października 1981 r. w sprawie *Dudgeon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 7525/76, HUDOC. Zob. również wyrok ETPCz z dnia 26 października 1988 r. w sprawie *Norris przeciwko Irlandii*, skarga nr 8225/78, HUDOC.

¹¹ L. Garlicki, *Fedotova i inni przeciwko Rosji, czyli sformowanie europejskiego standardu nakazującego prawne uznanie związków monoseksualnych*, EPS 2023, nr 2, s. 29.

¹² Zob. A.J. Wróbel, *Małżeństwo osób tej samej płci – sprawa Obergefell v. Hodges i inni [w:] Identyfikacja granic wolności i praw jednostki. Prawnoporównawcza analiza tożsamego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2016, s. 133.

¹³ Wyrok ETPCz z dnia 24 czerwca 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04, HUDOC.

szość państw-stron Konwencji umożliwia realizację prawa do zawarcia małżeństwa lub zawarcia jakiejś formy zarejestrowanego związku partnerskiego parom tej samej płci. W wyżej wskazanym wyroku kolejny raz zauważono, że art. 8 EKPCz ma zastosowanie zarówno w aspekcie „życia prywatnego”, jak i „życia rodzinnego” w sprawach dotyczących domniemanego braku prawnego uznania lub ochrony par osób tej samej płci¹⁴.

Niedostępność systemu prawnego w zakresie uznawania i ochrony par osób tej samej płci wpływa z jednej strony na tożsamość osobistą, a z drugiej na tożsamość społeczną skarżących jako osób homoseksualnych¹⁵. W rozpatrywanej sprawie ma zastosowanie art. 8 EKPCz, zarówno jeżeli chodzi o aspekt „życia prywatnego”, jak i „życia rodzinnego”. To z kolei stanowi potwierdzenie dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału w podobnych sprawach. W sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom* ETPCz odwołał się do koncepcji obowiązków pozytywnych w kontekście art. 8 Konwencji (zostało to wyartykułowane również w wyroku *Fedotova i inni przeciwko Rosji*). W sprawie włoskiej Trybunał orzekł, że nie zapewniając osobom tej samej płci żadnej możliwości legalizacji ich związków, Włochy naruszyły art. 8 Konwencji. Na skutek wyroku do prawa krajowego wprowadzono instytucję związków partnerskich. W kontekście wyżej wskazanej sprawy Lech Garlicki podkreślił, że: „Trybunał nieprzypadkowo posłużył się liczbą mnogą w określeniu »państwa członkowskie«. Wskazuje to, że intencją Trybunału było stworzenie precedensu orzeczniczego odnoszącego ten obowiązek konwencyjny nie tylko do państwa pozwanego, ale też do wszystkich pozostałych państw będących stronami Konwencji. Tym samym jest to – chyba najważniejszy – nowy element orzecznictw w sprawach związków monoseksualnych”¹⁶. Kolejnym przykładem orzeczenia, w którym ETPCz utrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, jest wyrok w sprawie *Buhuceanu i inni przeciwko Rumunii*, w którym stwierdzono, że pozwane państwo przekroczyło swój margines oceny i nie wywiązało się z ciężącego na nim pozytywnego obowiązku zapewnienia skarżącym szczególnych ram prawnych przewidujących uznanie i ochronę ich związków osób tej samej płci¹⁷.

W wyroku *Przybyszewska i inni* rząd polski zakwestionował istnienie pozytywnego obowiązku do zapewnienia prawnego uznania parom tej samej płci (na gruncie art. 8 EKPCz). Dodatkowo zwrócił się do Trybunału o przyznanie mu szerokiego marginesu oceny w tym obszarze. Argumentował to faktem rzekomego braku przemian społecznych i legislacyjnych w Polsce¹⁸. Natomiast przedmiotem sporu między stronami nie było to, że polskie prawo przewiduje tylko jedną formę związku rodzinnego, czyli małżeństwo osób przeciwnej płci, oraz że nie przewiduje żadnej formy prawnego uznania dla par osób tej samej płci. Wyrok dotyczył bowiem braku w polskim porządku praw-

¹⁴ *Ibidem*, pkt 94. Trybunał orzekł w analogiczny sposób również w innych sprawach – zob. np. wyrok ETPCz: w sprawie *Oliari i inni*, pkt 169 oraz z dnia 23 lutego 2016 r. w sprawie *Pajić przeciwko Chorwacji*, skarga nr 68453/13, HUDOC, pkt 68.

¹⁵ *Przybyszewska i inni*, pkt 39.

¹⁶ L. Garlicki, *Fedotova i inni przeciwko Rosji...*, s. 30.

¹⁷ Wyrok ETPCz z dnia 23 maja 2023 r. w sprawie *Buhuceanu i inni przeciwko Rumunii*, skarga nr 20081/19 i 20 innych, HUDOC, pkt 83.

¹⁸ *Przybyszewska i inni*, pkt 71 i 74.

nym jakichkolwiek możliwości prawnego uznania i ochrony związku osób tej samej płci.

W Polsce pary jednopłciowe żyją w prawnym zawieszeniu, są pozbawione ochrony prawnej i mają wiele problemów w życiu codziennym. Partnerzy tej samej płci nie mogą dziedziczyć po sobie nawzajem, chyba że wyraźnie wskazano to w testamencie, ani otrzymywać alimentów w przypadku separacji lub śmierci. Kolejne problemy powiązane są z szeroko pojętą ochroną zdrowia, jak chociażby brak możliwości wzięcia urlopu w celu opieki nad partnerem w przypadku jego choroby. Osoby te są również wykluczone z podejmowania decyzji dotyczących leczenia szpitalnego partnera. Prawo do odwiedzin partnera wybrzmiało w wyroku w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*, w którym ETPCz nazwał je moralną i materialną pomocą, do której wzajemnego świadczenia powinni mieć prawo partnerzy ze stabilnych związków jednopłciowych, co zarazem jest ich obowiązkiem¹⁹. Z kolei w dziedzinie opodatkowania skarżący byli traktowani jako osoby niespokrewnione i nie mogli skorzystać ze zwolnienia z podatku od darowizn i spadków przyznanego osobom bliskim ani z prawa do złożenia wspólnej deklaracji podatkowej.

W analizowanym wyroku zostały przedstawione również uwagi stron trzecich, w tym Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, która wskazała, że dostęp do prawnego uznawania związków partnerskich osób tej samej płci nie jest jedynie kwestią techniczną ani kwestią zasad, a odnosi się do praw człowieka i godności osób, które doświadczyły trudności w codziennym życiu z powodu braku prawnego uznania ich przez państwo za parę i objęcia ich ochroną²⁰. Niestety polskie ramy prawne, zastosowane wobec skarżących, nie mogą być uznane za zapewniające podstawowe potrzeby uznania i ochrony par tej samej płci w stabilnym i stałym związku.

Na marginesie warto podkreślić, że podobne argumenty przytoczono w wyroku w sprawie *Fedotova i inni*. Wskazano w nim, że odmowa uznania par jednopłciowych wpływa na życie skarżących. ETPCz powtórzył za skarżącymi, że nie mają umożliwionego dostępu do programów mieszkaniowych i finansowych czy do odwiedzin w szpitalu. Nie mają również możliwości odmowy składania zeznań przeciwko partnerowi w postępowaniu karnym oraz nie mogą dziedziczyć²¹.

W wyroku w sprawie *Przybyszewska i inni* Trybunał odniósł się też do względów interesu publicznego przedstawionych przez polski rząd. Argumentacja strony polskiej

¹⁹ R. Mizerski, *Instytucjonalizacja związku osób tej samej płci jako realizacja zobowiązania pozytywnego państwa z art. 8 EKPC – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 13.07.2021 r., sprawy połączone 40792/10, 30538/14, 43439/14, Fedotova i in. przeciwko Rosji*, EPS 2022, nr 12, s. 51.

²⁰ *Przybyszewska i inni*, pkt 77. Z kolei w pkt 16 memorandum Komisarz Praw Człowieka Rady Europy wskazano, że obecnie w Europie występuje trend polegający na umacnianiu się konsensusu na rzecz prawnego uznawania par osób tej samej płci. Obecnie 30 spośród 47 państw członkowskich Rady Europy zapewnia takie prawne uznanie w pewnej formie. Komisarz zachęcała Polskę do zapewnienia skutecznego oraz niedyskryminującego prawnego uznania par osób tej samej płci w postaci małżeństw osób tej samej płci, związków cywilnych lub związków rejestrowanych. Zob. Memorandum Komisarz Praw Człowieka na temat stygmatyzacji osób LGBTI w Polsce, CommDH(2020)27, Strasburg, 3.12.2020 r.

²¹ R. Mizerski, *Instytucjonalizacja...*, s. 50.

została jednak odrzucona przez ETPCz. Rząd twierdził, że większość Polaków nie popiera związków osób tej samej płci, ale wykazuje tolerancję wobec osób homoseksualnych. Skarżący nie zgodzili się z tym stwierdzeniem, opierając się na różnych danych statystycznych wskazujących na rosnące poparcie wśród Polaków dla związków partnerskich osób tej samej płci²². Z treści orzeczenia wybrzmiało, że rzekomo negatywne, a nawet wrogie nastawienie ze strony heteroseksualnej większości nie przeważa nad interesem skarżących w odpowiednim uznaniu i ochronie prawnej ich związków.

W kolejnym argumencie wysuwanym przez polski rząd wskazano, że tradycyjna koncepcja małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny stanowi społeczne i prawne dziedzictwo Polski. Jednak nie można zapominać, że badana sprawa nie dotyczyła małżeństw osób tej samej płci. Koncepcja życia rodzinnego stale ewoluuje, o czym świadczą jej przemiany od czasu przyjęcia Konwencji. Ponadto zapewnienie praw parom osób tej samej płci samo w sobie nie pociąga za sobą osłabienia praw zapewnionych innym osobom lub innym parom²³. W związku z powyższym argumenty te nie mogły tłumaczyć braku jakiegokolwiek formy prawnego uznania i ochrony par jednopłciowych w omawianej sprawie.

Trybunał odniósł się także do stanowiska polskiego rządu, który twierdził, że państwo dysponowało szerokim marginesem oceny. Omawiany wyrok dotyczy wyłącznie ogólnej potrzeby prawnego uznania i podstawowej ochrony skarżących jako par tej samej płci. Nadto, co potwierdziły poprzednie wyroki ETPCz, państwa mają szerszy margines oceny przy określaniu systemu prawnego, który ma się odnosić do par tej samej płci. Ochrona zaproponowana przez państwo dla par tej samej płci powinna być odpowiednia. W tym kontekście można wziąć pod uwagę tło społeczne i kulturowe naszego państwa. Konkludując, należy zauważyć, że żadna z podstaw interesu publicznego przedstawionych przez rząd nie była nadrzędna wobec interesu skarżących w odpowiednim uznaniu i ochronie prawnej ich związków.

W sprawie *Przybyszewska i inni* Trybunał stwierdził, że Polska przekroczyła swój margines oceny i nie wywiązała się z ciężącego na niej pozytywnego obowiązku zapewnienia skarżącym szczególnych ram prawnych, które przewidywałyby uznanie i ochronę związków jednopłciowych. W konsekwencji skarżący nie byli w stanie uregulować podstawowych aspektów swojego życia. Stanowiło to naruszenie prawa skarżących do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego. Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł sześcioma głosami do jednego, że nastąpiło naruszenie art. 8 Konwencji²⁴. Trybunał stwierdził również, że nie ma konieczności badania sprawy z punktu widzenia art. 14 EKPCz w powiązaniu z jej art. 8.

²² Zob. *Przybyszewska i inni*, pkt 62.

²³ Podobne spostrzeżenia ETPCz wyraził w wyroku w sprawie *Fedotova i inni*, pkt 212 czy też w wyroku z dnia 1 czerwca 2023 r. w sprawie *Maymulakhin i Markiv przeciwko Ukrainie*, skarga nr 75135/14, HUDOC, pkt 75.

²⁴ W niniejszej sprawie zdanie odrębne wyraził K. Wojtyczek, który nie zgodził się z opinią większości sędziów. Podkreślił przy tym, że orzecznictwo ETPCz nigdy nie wymagało systemu przewidującego rejestrację par osób tej samej płci. Wskazał również, że uznanie par jednopłciowych można zapewnić poprzez przyznanie im określonych praw *ex lege* oraz że polski system prawny przyznaje parom jednopłciowym szereg praw.

Wyrok jest kontynuacją orzecznictwa ETPCz w zakresie instytucjonalizacji związków osób tej samej płci i zasługuje na aprobatę. Pokazuje również, że w tym obszarze nastąpiła dynamiczna interpretacja przepisów Konwencji. Doktryna dynamicznej wykładni określa Konwencję mianem „żyjącego instrumentu” (*living instrument*). Została ona zapoczątkowana wraz z wydaniem orzeczenia ETPCz z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie *Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* dotyczącej stosowania kar cielesnych²⁵. W wyroku tym wskazano, że „Konwencja jest żyjącym instrumentem, który [...] musi być interpretowany w świetle współczesnych warunków”²⁶. Doktryna „żyjącego instrumentu” może więc być używana przez ETPCz w celu podwyższania standardów ochrony. Oznacza to, że w określonych sytuacjach, wskazując na wyższe standardy współczesne, Trybunał odchodzi od swoich wcześniejszych orzeczeń, w których w podobnych sprawach nie stwierdzał naruszenia Konwencji²⁷.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 EKPCz Polska jest zobligowana do wykonania wyroku. Przepis ten wskazuje, że na państwach-stronach Konwencji spoczywa zobowiązanie do jego wykonania zgodnie z zasadami wynikającymi z prawa międzynarodowego. Z kolei stwierdzenie naruszenia jest uznawane za „czyn międzynarodowo bezprawny”²⁸. Powyższy obowiązek zaktualizował się, ponieważ minęły 3 miesiące, w ramach których każda ze stron postępowania może w wyjątkowych przypadkach wnioskować o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby (art. 43 ust. 1 EKPCz). Co to będzie oznaczało dla par tej samej płci żyjących w Polsce? Państwo polskie będzie musiało zapewnić szczególne ramy prawne przewidujące uznanie i ochronę ich związków. Tym bardziej, że już w 2000 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy wezwało państwa członkowskie do przyjęcia przepisów, które przewidywałyby rejestrację związków partnerskich osób tej samej płci²⁹. Wykonanie wyroku przez Polskę i ustanowienie odpowiednich standardów prawnych dla par jednopłciowych mogłoby w przyszłości w pozytywnym stopniu wpłynąć na sytuację prawną dzieci wychowujących się w takich rodzinach. Oczywiście polskie regulacje prawne uznają jedynie dwoje rodziców odmiennej płci, czyli matkę, która urodziła dziecko, i ojca – mężczyznę. Partner tej samej płci, inny niż biologiczny, nie ma możliwości uzyskania praw rodzicielskich nad dzieckiem wychowywanym wspólnie w parze. Nie ma także możliwości adoptowania dziecka swojego

²⁵ Wyrok ETPCz z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie *Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5856/72, HUDOC, pkt 31.

²⁶ W kontekście omawianej problematyki Trybunał bierze pod uwagę współczesne warunki. Przykładowo w wyroku ETPCz z dnia 23 maja 2023 r. w sprawie *Buhuceanu i inni przeciwko Rumunii* Trybunał stwierdził, że Rumunia naruszyła prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego skarżących. W swoim uzasadnieniu ETPCz odwołał się do dotychczasowego orzecznictwa, zgodnie z którym państwa mają obowiązek umożliwić parom tej samej płci sformalizowanie ich związku.

²⁷ A. Hauser, *Prawo jednostki do sądu europejskiego*, Warszawa 2017, s. 8.

²⁸ A. Bodnar, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce*, Warszawa 2018, s. 70–71.

²⁹ A. Mazurczak, M. Mrowicki, M. Adamczewska-Stachura, *Sytuacja prawna osób nieheteroseksualnych i transpłciowych w Polsce. Międzynarodowy standard ochrony praw człowieka osób LGBT i stan jego przestrzegania z perspektywy Rzecznika Praw Obywatelskich*, seria: Zasada Równego Traktowania. Prawo i Praktyka, nr 27, Warszawa 2019, s. 70.

partnera/swojej partnerki³⁰. Kolejny problem jest związany z transkrypcją aktów urodzenia dzieci wychowywanych w związkach jednopłciowych³¹. Skrajnie negatywna jest również sytuacja dziecka, gdy umiera jego rodzic biologiczny. W takim przypadku o jego losie decyduje sąd rodzinny i nie ma pewności ani gwarancji, że opieka zostanie przyznana dotychczasowemu partnerowi.

Polska jako członek Rady Europy będzie musiała przeprowadzić rewizję systemu prawnego i jednocześnie określić, jaki będzie kształt przyszłych regulacji prawnych dotyczących par jednopłciowych. Przy czym nie wystarczy ochrona *ex lege*. Przyjęcie takiego rozwiązania nie stanowiłoby realizacji obowiązku państwa do zapewnienia ochrony prawa do życia prywatnego i rodzinnego. Ochrona skierowana do par powinna być odpowiednia, obejmować najważniejsze dziedziny ich wspólnego życia i być przy tym skuteczna oraz praktyczna. Jednym z rozwiązań może być uznanie takiego związku poprzez jego rejestrację. Polegałoby to na ogólnej instytucjonalizacji w obrębie prawa rodzinnego w postaci utworzenia odrębnego rozwiązania polegającego na rejestracji związku partnerskiego.

Zgodnie z art. 12 EKPCz: „mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”. Na gruncie powyższego przepisu Konwencji należy przyjąć, że model małżeństwa jest oparty na związku kobiety i mężczyzny³². Nie ma jednak

³⁰ Trybunał w swoim orzecznictwie rozstrzygał kwestie związane z adopcją dzieci przez osoby homoseksualne. Dotyczyło to różnych sytuacji, m.in. adopcji przez osobę homoseksualną jakiegokolwiek dziecka (adopcja indywidualna) czy też adopcji przez osobę homoseksualną dziecka partnera/partnerki (adopcja w kontekście związku osób tej samej płci). Szerzej zob. E.H. Morawska, *Poszukiwanie konsensu europejskiego przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w sprawie adopcji dziecka przez osoby i pary homoseksualne*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, nr 15, s. 31.

³¹ W dniu 2 grudnia 2019 r. siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA) przyjęło uchwałę, w której stwierdzono, że transkrypcja aktu urodzenia dziecka wychowywanego przez związek osób jednopłciowych, które zawarły małżeństwo lub związek partnerski na terenie państwa, w którym jest to usankcjonowane, jest niedopuszczalna. Jednakże w nawiązaniu do tej uchwały Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w dniu 9 grudnia 2020 r. skierował do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) pytanie prejudycjalne. W dniu 24 czerwca 2022 r. zapadł wyrok TSUE (C-2/21, ECLI:EU:C:2022:502), w którym wskazano: „jeżeli chodzi o małoletnie dziecko, będące obywatelem Unii, którego akt urodzenia wydany przez właściwe organy jednego z państw członkowskich wskazuje jako jego rodziców dwie osoby tej samej płci, państwo członkowskie, którego dziecko to jest obywatelem, jest zobowiązane, z jednej strony, do wydania temu dziecku dowodu tożsamości lub paszportu, nie wymagając uprzedniego przeniesienia w drodze transkrypcji aktu urodzenia tego dziecka do krajowego rejestru stanu cywilnego, a także, z drugiej strony, do uznania, podobnie jak każde inne państwo członkowskie, dokumentu pochodzącego od innego państwa członkowskiego, umożliwiającego wspomnianemu dziecku korzystanie bez przeszkód, wraz z każdą ze wspomnianych dwóch osób, z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich”. Dzięki temu orzeczeniu jest szansa na poprawę sytuacji prawnej dzieci, które niestety są narażone na dyskryminację w kontekście traktatowej swobody przepływu osób, jak również na naruszenie praw zawartych w Karcie praw podstawowych UE.

³² Na marginesie warto wspomnieć, że w systemie prawnym UE przyjęto odmienne rozwiązanie. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej wskazuje w art. 9, że prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw (Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 389).

przeszkód, aby poszczególne państwa członkowskie dopuściły nadawanie związkom jedнопłciowym nie tylko postać związków partnerskich, ale także związków małżeńskich. Jednak do tej pory przepisy zawarte w art. 8, art. 12 i art. 14 EKPCz nie były interpretowane jako nakładające państwom-stronom pozytywny obowiązek udostępniania instytucji małżeństwa parom jedнопłciowym³³. ETPCz potwierdzał w swoim orzecznictwie, że art. 8 Konwencji sam w sobie nie gwarantuje prawa do założenia rodziny ani prawa do adopcji dziecka. Równolegle podkreślał, że „związek uczuciowy wraz z pożyciem seksualnym osób tej samej płci” stanowi „życie prywatne” oraz że związek osób tej samej płci, żyjących w stabilnym związku, wchodzi w zakres terminu „życie rodzinne”³⁴.

Polskie regulacje prawne nadal jednak nie przewidują takich rozwiązań, a instytucja małżeństwa jest dostępna jedynie dla osób różnej płci. Generalnie takie zróżnicowanie może prowadzić do dyskryminacji pośredniej z uwagi na orientację seksualną, chociaż w omawianym wyroku Trybunał uznał, że nie ma konieczności rozpatrywania sprawy na gruncie art. 14 Konwencji. Niezależnie od możliwości wprowadzenia w naszym kraju małżeństw jedнопłciowych nie ulega wątpliwości, że art. 18 Konstytucji RP nie stoi na przeszkodzie, aby stworzyć prawną możliwość instytucjonalizacji związków osób tej samej płci³⁵. Trzeba również pamiętać, że art. 47 ustawy zasadniczej gwarantuje obywatelom prawną ochronę życia prywatnego i rodzinnego. Oznacza to, że Polska powinna zagwarantować taką ochronę również parom jedнопłciowym. Omawiany wyrok kolejny raz potwierdził, że w kontekście problematyki instytucjonalizacji związku par jedнопłciowych ukształtował się swoisty konsensus. Bezspornie z treści art. 8 ETPCz wynika pozytywny obowiązek polegający na ustanowieniu oraz wprowadzeniu w życie aktu prawnego, który będzie regulował status prawny par tej samej płci. Jednocześnie stopień ochrony dla takiego związku ma być odpowiedni, adekwatny, co oznacza, że istnieje pewien zakres marginesu oceny dla ustawodawcy. Wreszcie Polska ma pozostawiony margines oceny w zakresie ustalenia prawnej formy takiego związku.

³³ W wyroku ETPCz w sprawie *Gas i Dubois przeciwko Francji* stwierdzono, że art. 12 EKPCz nie nakłada na państwa-strony Konwencji obowiązku umożliwienia zawierania małżeństw przez pary jedнопłciowe. Prawa do małżeństwa przez pary tej samej płci nie można tym bardziej wywieść z art. 14 Konwencji w połączeniu z jej art. 8. Zob. wyrok ETPCz z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie *Gas i Dubois przeciwko Francji*, skarga nr 25951/07, HUDOC, pkt 66.

³⁴ E.H. Morawska, *Poszukiwanie konsensu europejskiego...*, s. 36.

³⁵ Zostało to podkreślone w jednym z orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego, w którym sąd stwierdził, że przepis zawarty w art. 18 Konstytucji RP nie przesądza o niemożliwości prawnego uregulowania związków osób tej samej płci, podkreśla natomiast szczególną ochronę małżeństwa, ale jako związku kobiety i mężczyzny. Orzeczenie odnosiło się do transkrypcji zagranicznego aktu małżeństwa. NSA wskazał, podobnie jak sąd pierwszej instancji, że treść art. 18 ustawy zasadniczej nie mogłaby stanowić samoistnej przeszkody do dokonania transkrypcji zagranicznego aktu małżeństwa, gdyby w porządku krajowym instytucja małżeństwa jako związku osób tej samej płci była przewidziana. Zob. wyrok NSA z dnia 6 lipca 2022 r., II OSK 2376/19, LEX nr 3395450.

Literatura

- Bodnar A., *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce*, Warszawa 2018.
- Garlicki L., *Fedotova i inni przeciwko Rosji, czyli sformowanie europejskiego standardu nakazującego prawne uznanie związków monoseksualnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2023, nr 2.
- Hauser A., *Prawo jednostki do sądu europejskiego*, Warszawa 2017.
- Mazurczak A., Mrowicki M., Adamczewska-Stachura M., *Sytuacja prawna osób nieheteroseksualnych i transpłciowych w Polsce. Międzynarodowy standard ochrony praw człowieka osób LGBT i stan jego przestrzegania z perspektywy Rzecznika Praw Obywatelskich*, seria: Zasada Równego Traktowania. Prawo i Praktyka, nr 27, Warszawa 2019.
- Mizerski R., *Instytucjonalizacja związku osób tej samej płci jako realizacja zobowiązania pozytywnego państwa z art. 8 EKPC – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 13.07.2021 r., sprawy połączone 40792/10, 30538/14, 43439/14, Fedotova i in. przeciwko Rosji*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2022, nr 12.
- Morawska E.H., *Poszukiwanie konsensu europejskiego przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w sprawie adopcji dziecka przez osoby i pary homoseksualne*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, nr 15.
- Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2010.
- Wróbel A.J., *Małżeństwo osób tej samej płci – sprawa Obergefell v. Hodges i inni [w:] Identyfikacja granic wolności i praw jednostki. Prawnoporównawcza analiza tożsamego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2016.

Streszczenie

Dagmara Jaroszevska-Choraś

Potwierdzenie obowiązku instytucjonalizacji związków osób tej samej płci

Niniejsza glosa stanowi omówienie wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 12 grudnia 2023 r. w sprawie *Przybyszewska i inni przeciwko Polsce*. Sprawa dotyczyła braku jakiegokolwiek formy prawnego uznania i ochrony dostępnej dla par tej samej płci w Polsce. Zdaniem Trybunału Polska nie wywiązała się ze swojego obowiązku zapewnienia skarżącym konkretnych ram prawnych przewidujących uznanie i ochronę ich związków jednopłciowych, naruszając tym samym art. 8 EKPCz. Sytuacja ta spowodowała niezdolność skarżących do uregulowania podstawowych aspektów ich życia i stanowiła naruszenie ich prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Wyrok ma charakter przełomowy, gdyż Polska będzie musiała stworzyć odpowiednie ramy prawne oraz ochronę dla związków osób tej samej płci.

Słowa kluczowe: Europejski Trybunał Praw Człowieka, instytucjonalizacja związków jednopłciowych, prawa człowieka, życie prywatne i rodzinne.

Summary

Dagmara Jaroszevska-Choraś

The Confirmation of the Obligation to Institutionalize Same-Sex Couples

This commentary addresses the judgement of the European Court of Human Rights from 12 December 2023 in the case of *Przybyszewska and Others v. Poland*. The case concerned the lack of any form of legal recognition and protection for same-sex couples in the Republic of Poland. According to the Court, the Poland had not complied with the obligation to create a relevant legal framework that acknowledges the rights of same-sex couples, and, therefore, the case raised an issue under Article 8 of the Convention. The applicants were unable to legally regulate several fundamental aspects of their lives, and this constituted an infringement of their right to the respect for their private and family lives. The judgement is of a groundbreaking nature since the Government of the Republic of Poland has now to create a new relevant legal framework and to ensure the protection of same-sex couples.

Keywords: European Court of Human Rights, same-sex couples regulations, human rights, private and family life.

Prawa socjalne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z perspektywy międzynarodowej

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 grudnia 2023 r. (Wielka Izba) w sprawie *Humpert i inni przeciwko Niemcom* (skargi nr 59433/18, 59477/18, 59481/18 i 59494/18)

Chociaż prawo do strajku jest istotnym elementem wolności związkowej, to podjęcie strajku nie jest jedynym środkiem, poprzez który związki zawodowe i ich członkowie mogą chronić odpowiednie interesy zawodowe, a państwa mają co do zasady swobodę decydowania, jakie środki chcą podjąć w celu zapewnienia zgodności z art. 11 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹ pod warunkiem, że w ten sposób zapewnią, iż wolność związkowa nie zostanie pozbawiona swojej treści w wyniku nałożonych ograniczeń.

Agata Hauser

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska

ahauser@amu.edu.pl

ORCID: 0000-0002-6382-3800

<https://doi.org/10.26881/gsp.2025.1.21>

Glosa

1. Stan faktyczny sprawy

Glosowany wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz, Trybunał lub trybunał strasburski) zapadł w związku z obowiązującym w Niemczech zakazem udziału funkcjonariuszy publicznych w strajku. Skarżący w sprawie są nauczycielami, zatrudnionymi w różnych niemieckich krajach związkowych w charakterze urzędników służby cywilnej, są też członkami związku zawodowego. W różnych okresach, w wyrazie poparcia dla ruchu społecznego domagającego się poprawy warunków nauki, w tym w szczególności poprawy warunków pracy nauczycieli, wzięli udział w strajku.

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona z Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: EKPCz lub Konwencja).

W konsekwencji zostali ukarani sankcjami dyscyplinarnymi. Ich skargi do sądów administracyjnych mające na celu uchylenie decyzji nie przyniosły satysfakcjonujących ich rozstrzygnięć. Po wyczerpaniu drogi sądowo-administracyjnej wszyscy skarżący wnieśli skargi konstytucyjne do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (dalej: FTK). Wskazywali w nich naruszenie wolności zrzeszania się, podkreślając, że obowiązujący w Niemczech zakaz strajkowania nauczycieli jako urzędników służby cywilnej narusza m.in. art. 11 EKPCz.

W wyroku FTK orzekł, że niemiecka ustawa zasadnicza zobowiązuje urzędników służby cywilnej do niestrajkowania, co uważa za zgodne z wymogami Konwencji i orzecznictwem trybunału strasburskiego.

W skargach wniesionych do ETPCz w 2018 r. skarżący zarzucili naruszenie art. 11, art. 14 w zw. z art. 11 oraz art. 6 ust. 1 Konwencji. Dnia 6 września 2022 r. Izba połączyła sprawy i zrzekła się właściwości na rzecz Wielkiej Izby na podstawie art. 30 EKPCz.

W wyroku z dnia 14 grudnia 2023 r. Wielka Izba ETPCz uznała jednogłośnie dopuszczalność skargi w zakresie zarzutu naruszenia art. 11 Konwencji oraz niedopuszczalność skargi w pozostałym zakresie. Większością głosów uznała natomiast, że nie doszło do naruszenia art. 11 EKPCz.

W uzasadnieniu wyroku ETPCz wyjaśnił na wstępie, że w świetle Konwencji wolność związków zawodowych nie jest osobnym prawem, ale raczej specyficznym aspektem wolności zrzeszania się chronionej art. 11 EKPCz. Artykuł 11 Konwencji przyznaje członkom związku zawodowego prawo do wysłuchania w celu ochrony ich interesów, ale nie gwarantuje im żadnego szczególnego sposobu traktowania przez państwo. W tym kontekście Trybunał uznaje, że zakazy strajkowe należy postrzegać jako ograniczenie wolności zrzeszania się zarówno związku zawodowego (ze względu na ingerencję w możliwość ochrony członków), jak i jego członków, podkreślając jednocześnie, że prawo do strajku nie ma charakteru absolutnego. Przy ustalaniu, czy ograniczenia prawa do strajku są zgodne z art. 11 Konwencji, należy zatem uwzględnić całość środków podjętych przez państwo w celu zapewnienia wolności związkowej². Dla oceny znaczenie ma też sektor, którego dotyczą ograniczenia, jak również fakt wykonywania przez pracowników służby cywilnej działań o charakterze władczym. Państwa, korzystając ze swojego marginesu oceny, wybierają środki mające na celu realizację art. 11 EKPCz pod warunkiem, że zapewnią, iż wolność związkowa nie zostanie pozbawiona swojej treści w wyniku nałożonych ograniczeń.

Europejski Trybunał Praw Człowieka przypomniał także, że przy ocenie ingerencji w korzystanie z prawa chronionego art. 11 Konwencji konieczne jest zawsze zbadanie, czy ingerencja ta była uzasadniona. Należy zatem wykazać, że ingerencja będąca przedmiotem skargi jest „przewidziana przez prawo”, realizuje jeden lub więcej celów wskazanych w art. 11 ust. 2 EKPCz i jest „konieczna w państwie demokratycznym”. Niezbędność wymaga, aby ingerencja odpowiadała na „pilną potrzebę społeczną”, a także

² Zob. analizę wcześniejszego orzecznictwa ETPCz w tym zakresie: C. Stylogiannis, *The Protection of the Right to Strike under the European Convention on Human Rights*, „UCL Journal of Law and Jurisprudence” 2017, vol. 6, no. 1.

aby powody podane przez władze krajowe dla uzasadnienia były istotne i wystarczające i aby ingerencja była proporcjonalna do zamierzonego celu.

ETPCz, dokonując analizy spełnienia tych warunków na gruncie omawianej sprawy, uznał, że choć kwestionowane ograniczenie prawa do strajku urzędników, w tym nauczycieli o takim statusie, miało poważny charakter, to w skarżonym państwie wprowadzono szereg innych gwarancji instytucjonalnych, które umożliwiają pracownikom służby cywilnej i ich związkom zawodowym ochronę ich interesów zawodowych. Trybunał zauważył, że zastosowane wobec skarżących środki dyscyplinarne nie były dotkliwe, a ich celem była ochrona innych wartości, w szczególności prawa innych osób do nauki. Dodatkowo pracownicy służby cywilnej mają zagwarantowane „adekwatne utrzymanie”, wymagalne prawo konstytucyjne do odpowiedniego wynagrodzenia oraz świadczenia emerytalnego dla pracownika oraz członków rodziny. Wprowadzone rozwiązania prawne opierają się na wskazywanym przez FTK systemie wzajemności połączonych ze sobą praw i obowiązków.

ETPCz uznał zatem, że w rozpatrywanej sprawie środki podjęte wobec skarżących nie przekroczyły marginesu oceny państwa, były proporcjonalne wobec dozwolonych celów, a zatem nie doszło do naruszenia art. 11 Konwencji.

2. Znaczenie wyroku

W omawianym orzeczeniu ETPCz zmierzył się z zagadnieniem ograniczania prawa do strajku wobec nauczycieli jako członków niemieckiej służby cywilnej. Ograniczenie to wynika z przepisów niemieckiej ustawy zasadniczej i wieloletniej praktyki orzeczniczej FTK, co dodatkowo zwiększyło znaczenie rozstrzyganej sprawy.

Trybunał, zauważając znaczenie prawa do strajku dla związków zawodowych, uznał, że nie jest to jedyny środek ochrony odpowiednich interesów zawodowych, a państwa-strony Konwencji mają pewną swobodę decydowania, jakie środki chcą podjąć w celu zapewnienia zgodności z art. 11 Konwencji w ramach swojego marginesu oceny. Prawo do strajku nie zostało więc w sposób jednoznaczny uznane za element istoty wolności związkowej.

Dla oceny orzeczenia ETPCz konieczne jest zatem także uwzględnienie dorobku organów międzynarodowych dotyczącego prawa do strajku, przywołanego częściowo również w uzasadnieniu Trybunału. W szczególności należy podkreślić, że Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ONZ (dalej: Komitet) w kolejnych uwagach końcowych kierowanych do Niemiec w ramach procedury sprawozdań wskazywał, iż państwo to powinno zweryfikować zakres zakazu strajku dla funkcjonariuszy publicznych³. Komitet rekomenduje w szczególności rewizję zakresu kategorii „podstawowych usług” w celu zapewnienia, że ci członkowie służby cywilnej, których działania nie mogą w sposób racjonalny zostać uznane za podstawowe, byli uprawnieni

³ Uwagi końcowe Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych do szóstego sprawozdania Niemiec z dnia 27 listopada 2018 r. (E/C.12/DEU/CO/6), § 44–45.

do korzystania z prawa do strajku⁴. Podobne stanowisko zajął Europejski Komitet Praw Społecznych czy Międzynarodowa Organizacja Pracy⁵.

Wskazane organy w swoich ocenach zdają się kwestionować nie tyle sam zakaz obowiązujący w Niemczech, ile raczej tak szerokie jego stosowanie. Inna jest bowiem sytuacja osób sprawujących funkcje publiczne i wykonujących zadania władcze, inna zaś nauczycieli czy pozostałych członków służby cywilnej. W odpowiedziach na *List of issues* rząd niemiecki konsekwentnie podkreślił jednak, że niemiecka konstytucja znajduje odpowiednią równowagę między zakazem strajku a szczególnymi uprawnieniami członków służby cywilnej⁶.

Takie stanowisko w glosowanym wyroku zaakceptował również ETPCz. Trybunał nie jest oczywiście związany innymi umowami międzynarodowymi czy opiniami innych organów międzynarodowych. Jednak w pewnych orzeczeniach, także tych, które dotyczą praw socjalnych, można zaobserwować większą gotowość do ich uwzględnienia przez trybunał strasburski. Choć, jak zauważa Christina Binder, w swojej praktyce ETPCz raczej odwołuje się do pewnych zasad czy koncepcji, a nie bezpośrednio do dorobku np. Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ONZ⁷.

W omawianej sprawie ETPCz orzekł jednak zdecydowanie wbrew wskazanym międzynarodowym standardom dotyczącym zakazu strajku. W mojej ocenie gotowość do zaakceptowania niemieckich rozwiązań była podyktowana dwoma kwestiami.

Po pierwsze, mimo że w orzecznictwie ETPCz widoczny jest trend polegający na rozszerzaniu ochrony na kwestie związane z prawami socjalnymi⁸, to jednak nadal są one traktowane raczej jako aspekty praw konwencyjnych, a nie jako osobne prawa⁹. Brak wskazania wprost w art. 11 Konwencji prawa do strajku daje zatem Trybunałowi większy luz decyzyjny, niż ma to miejsce w przypadku Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ONZ czy Międzynarodowej Organizacji Pracy, których stanowiska oparte są na konwencjach zawierających to prawo, ponieważ ETPCz orzekał w kontekście szerszych gwarancji wolności zrzeszania się w związkach zawodowych. Z tego względu uznał strajk za element istotny, ale nie samą istotę tej wolności.

⁴ Por. art. 8 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169) oraz Konwencję nr 87 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącą wolności związkowej i ochrony praw związkowych przyjętą w San Francisco dnia 9 lipca 1948 r. (Dz. U. z 1958 r. Nr 29, poz. 125).

⁵ Rekomendacje te zostały przedstawione w § 54–60 glosowanego wyroku.

⁶ Replies of Germany to the list of issues (List of issues in relation to the sixth periodic report of Germany), data wpływu: 6 lipca 2018 r. (E/C.12/DEU/Q/6/Add.1), § 81–84.

⁷ Zob. C. Binder, *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights – The Power of Subjective Rights: Comment with Special Focus on the Case Law of the Inter-American and the European Courts of Human Rights*, „Journal of Human Rights Practice” 2022, vol. 14, issue 1, s. 79–80.

⁸ L. Thornton, *The European Convention on Human Rights: A Socio-Economic Rights Charter?* [w:] *Ireland and the European Convention on Human Rights: 60 Years and Beyond*, eds. S. Egan, L. Thornton, J. Walsh, Dublin 2014, s. 227–256.

⁹ C. Warbrick, *Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights* [w:] *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, eds. M. Baderin, R. McCorquodale, Oxford 2007, s. 241–256.

Po drugie, orzekający w ostatniej instancji Federalny Trybunał Konstytucyjny dokonał w uzasadnieniu swojego wyroku szczegółowej analizy zgodności funkcjonującego zakazu strajku nie tylko z niemiecką ustawą zasadniczą, ale także z art. 11 Konwencji. W związku z wprowadzeniem zasady subsydiarności i doktryny marginesu oceny do preambuły EKPCz na mocy Protokołu nr 15¹⁰ wskazywano w literaturze przedmiotu, że w praktyce może to doprowadzić do szerszego stosowania tzw. proceduralnego podejścia do subsydiarności¹¹. W omawianej sprawie zostało ono użyte nie tylko dla oceny rozwiązań ustawowych, ale także w kontekście oceny wykorzystanych przez skarżącego krajowych środków odwoławczych. Jeżeli zatem sądy krajowe w sposób dogłębny dokonują analizy niezbędności wprowadzanych ograniczeń (z uwzględnieniem dorobku ETPCz), zakres swobody oceny może okazać się szerszy. Z taką sytuacją mamy do czynienia właśnie w sprawie niemieckiej: w swoim orzeczeniu FTK dokonał szczegółowej oceny zasadności zarzutów naruszenia wolności chronionej art. 11 EKPCz, uwzględniając w tym zakresie standardy stosowane przez Trybunał. W efekcie ETPCz uznał, że obowiązujące w Niemczech regulacje nie stanowią naruszenia wolności zrzeszania się, a raczej są dopuszczalnym ograniczeniem zgodnym z art. 11 ust. 2 Konwencji mieszczącym się w zakresie swobody oceny państwa. Podejście to zostało przy tym poddane krytyce w zdaniu odrębnym sędziego Serghidesa, który wskazywał, że „absolutny zakaz nie może być traktowany jako ograniczenie”.

Kolejne wątpliwości budzi fakt, że w wyroku ETPCz oparł swoją analizę na art. 11 ust. 2 zdanie pierwsze („Wykonywanie tych praw nie może podlegać innym ograniczeniom niż te, które określa ustawa i które są konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwu, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”), pomijając zupełnie zdanie drugie („Niniejszy przepis nie stanowi przeszkody w nakładaniu zgodnych z prawem ograniczeń korzystania z tych praw przez członków sił zbrojnych, policji lub administracji państwowej”) przywołanego przepisu Konwencji. Zastrzeżenia w tym zakresie zostały także wyrażone w zdaniu odrębnym sędziego Serghidesa.

Jak już wskazano, z perspektywy międzynarodowych standardów dotyczących ograniczeń prawa do strajku kluczowe jest właśnie to, czy osoby, których zakazy obejmują, są funkcjonariuszami publicznymi wykonującymi pewne działania władcze¹². W tym zakresie warto zwrócić uwagę na dwie kwestie. W swoim wyroku niemiecki FTK jednoznacznie uznał, że skarżący jako nauczyciele należący do służby cywilnej są „członkami administracji państwowej” w rozumieniu art. 11 ust. 2 zdanie drugie Kon-

¹⁰ Protokół nr 15 zmieniający konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Strasburgu dnia 24 czerwca 2013 r. (Dz. U. z 2021 r., poz. 1879).

¹¹ T. Kleinlein, *The procedural approach of the European Court of Human Rights: Between subsidiarity and dynamic evolution*, „International and Comparative Law Quarterly” 2019, vol. 68, no. 1, s. 93–95. Szerzej o stosowaniu zasady subsydiarności w praktyce orzeczniczej zob. A. Mowbray, *Subsidiarity and the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2015, vol. 15, no. 2, s. 313–342.

¹² Por. w szczególności przywoływane już rekomendacje Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ONZ.

wencji. Na ten element klauzuli limitacyjnej powoływał się także rząd Danii w ramach interwencji strony trzeciej przedłożonej w postępowaniu przed ETPCz.

Tymczasem w postępowaniu przed ETPCz rząd niemiecki wskazał, że nie opiera się „w szczególności” (*primarily*) na zdaniu drugim ust. 2 Konwencji. Trybunał w związku z tym stwierdził, że „nie jest konieczne rozstrzygnięcie, czy nauczyciele jako członkowie służby cywilnej są »członkami administracji państwowej«” w rozumieniu wskazanego przepisu. Decyzja ta jest o tyle wątpliwa, że sam ETPCz zauważył, iż zgodnie z jego orzecznictwem pojęcie to musi być interpretowane wąsko¹³. Skoro w postępowaniu krajowym oba elementy art. 11 ust. 2 Konwencji stały się podstawą rozstrzygnięcia, to Trybunał powinien był zbadać także możliwość naruszenia wolności zrzeszania się z tej perspektywy, szczególnie biorąc pod uwagę fakt, że to w tym właśnie zakresie rozwiązania niemieckie są kwestionowane przez inne organy międzynarodowe.

Literatura

- Binder C., *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights – The Power of Subjective Rights: Comment with Special Focus on the Case Law of the Inter-American and the European Courts of Human Rights*, „Journal of Human Rights Practice” 2022, vol. 14, issue 1.
- Kleinlein T., *The procedural approach of the European Court of Human Rights: Between subsidiarity and dynamic evolution*, „International and Comparative Law Quarterly” 2019, vol. 68, no. 1.
- Mowbray A., *Subsidiarity and the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2015, vol. 15, no. 2.
- Stylogianni C., *The Protection of the Right to Strike under the European Convention on Human Rights*, „UCL Journal of Law and Jurisprudence” 2017, vol. 6, no. 1.
- Thornton L., *The European Convention on Human Rights: A Socio-Economic Rights Charter? [w:] Ireland and the European Convention on Human Rights: 60 Years and Beyond*, eds. S. Egan, L. Thornton, J. Walsh, Dublin 2014.
- Warbrick C., *Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights [w:] Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, eds. M. Baderin, R. McCorquodale, Oxford 2007.

Streszczenie

Agata Hauser

Prawa socjalne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z perspektywy międzynarodowej

W wyroku w sprawie *Humpert i inni przeciwko Niemcom* Europejski Trybunał Praw Człowieka ocenił dopuszczalność funkcjonującego z Niemcami zakazu strajku dla nauczycieli będących członkami służby cywilnej. W głosowanym orzeczeniu Trybunał uznał, że nie doszło do narusze-

¹³ Por. wyroki ETPCz: z dnia 26 września 1995 r. w sprawie *Vogt przeciwko Niemcom*, skarga nr 17851/91, HUDOC, § 67 oraz z dnia 2 sierpnia 2001 r. w sprawie *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani przeciwko Włochom*, skarga nr 35972/97, HUDOC, § 31.

nia art. 11 EKPCz. Stanowisko to jest niezgodne z rekomendacjami przyjmowanymi wobec skarżonego państwa przez inne organy międzynarodowe, w szczególności Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ONZ. Wyrok ETPCz jest jednak wyrazem zastosowania zasady subsidiarności oraz szerokiego zakresu marginesu oceny w ujęciu proceduralnym. Trybunał nie zajął też jednoznacznego stanowiska w przedmiocie możliwości zakwalifikowania nauczycieli jako „członków administracji państwowej”.

Słowa kluczowe: wolność zrzeszania się, ograniczenia, margines oceny, służba cywilna.

Summary

Agata Hauser

Social Rights in the Rulings of the European Court of Human Rights from an International Perspective

In the judgment in *Humpert et al. v. Germany*, the European Court of Human Rights assessed the admissibility of the German ban on strikes for teachers who are members of the civil service. In the judgment commented on here, the Court found that there was no violation of Art. 11 of the ECHR. This position is inconsistent with the recommendations adopted towards the state by other international bodies, particularly the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. However, the ECtHR's judgment reflects the application of the principle of subsidiarity and the principle of offering a wide margin of appreciation in procedural terms. The Court also failed to take a clear position on the possibility of classifying teachers as “members of the administration of the State”.

Keywords: freedom of association, limitations, margin of appreciation, civil servants.

Varia



Lech Jamróż

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

l.jamroz@uwb.edu.pl

ORCID: 0000-0001-7409-6525

Międzynarodowa konferencja naukowa pt. „Elementy i dynamika europejskiego standardu prawnego”, Gdańsk, 18–19 kwietnia 2024 r. (sprawozdanie)

W związku z objęciem Katedry im. Eugeniusza Kwiatkowskiego w Uniwersytecie Gdańskim w roku akademickim 2023/2024 przez prof. Hannę Suchocką w dniach 18–19 kwietnia 2024 r. w Gdańsku odbyła się międzynarodowa konferencja naukowa pt. „Elementy i dynamika europejskiego standardu prawnego”. Konferencja przeprowadzona pod kierownictwem prof. Hanny Suchockiej była współorganizowana przez Uniwersytet Gdański i Komisję Wenecką (Europejską Komisję na rzecz Demokracji przez Prawo). Warto przypomnieć, że w 2024 r. przypadał jubileusz 75-lecia Rady Europy, a Komisja Wenecka jest jej organem, funkcjonującym od 1990 r. Komisja opiera swoje działania na trzech podstawowych zasadach europejskiego dziedzictwa konstytucyjnego, tj. demokracji, prawach człowieka i praworządności (*rule of law*).

Gośćmi konferencji, a jednocześnie jej aktywnymi uczestnikami byli członkinie i członkowie Komisji Weneckiej, w tym jej Przewodnicząca – Claire Bazy Malaurie, oraz przedstawiciele polskiej nauki prawa, wśród których dominowali, reprezentujący wiele krajowych ośrodków uniwersyteckich: konstytucjoniści, znawcy prawa europejskiego, teoretycy prawa, a także specjaliści z zakresu problematyki praw człowieka. W konferencji udział wzięli też praktycy oraz zaproszeni goście. Obrady zostały podzielone na pięć sesji tematycznych i odbywały się w gmachu Europejskiego Centrum Solidarności (trzy sesje pierwszego dnia) oraz w najbardziej reprezentacyjnym budynku w Gdańsku – Dworze Artusa (sesja czwarta i piąta w drugim dniu konferencji). Dominującym językiem był angielski, a uzupełniająco korzystano z języka polskiego, z tłumaczeniem symultanicznym.

Głównym celem konferencji była pogłębiona refleksja nad problematyką europejskich standardów prawa – podjęcie próby ich zdefiniowania oraz usystematyzowania, a także identyfikacja ich aksjologicznych założeń. W związku z tym analizie należało poddać charakter oraz znaczenie europejskich standardów prawa zarówno dla Rady Europy, jak i poszczególnych państw członkowskich, w tym Rzeczypospolitej Polskiej.

Konferencję w dniu 18 kwietnia 2024 r. rozpoczęło słowo wstępne prof. Hanny Suchockiej, reprezentującej Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, wieloletniej

członkini Komisji Weneckiej i jej honorowej Przewodniczącej, która po powitaniu uczestników oraz gości przedstawiła inspiracje podjęcia tytułowego zagadnienia oraz towarzyszące mu podstawowe problemy i pytania badawcze. Następnie przemówienia okolicznościowe wygłosili: prof. Piotr Stepnowski – Rektor Uniwersytetu Gdańskiego, Piotr Borawski – wiceprezydent miasta Gdańska, Claire Bazy Malaurie – Przewodnicząca Komisji Weneckiej, prof. Wojciech Zalewski – Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, sędzia Dariusz Mazur – podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości oraz Basil Kerski – Dyrektor Europejskiego Centrum Solidarności w Gdańsku. Autorem referatu wprowadzającego, poświęconego w głównej mierze aktualnym wyzwaniom dotyczącym reform wymiaru sprawiedliwości w Polsce, także w kontekście zaleceń wynikających z opinii Komisji Weneckiej, był prof. Adam Bodnar, minister sprawiedliwości. W wystąpieniu rzeczowo i syntetycznie zostały przedstawione podejmowane i planowane działania związane z reformą polskiego wymiaru sprawiedliwości oraz dylematy towarzyszące temu procesowi.

W dalszej kolejności przystąpiono do realizacji programu podzielonego na sesje, z których każda poświęcona była innemu istotnemu aspektowi europejskiego standardu prawnego.

Pierwsza sesja moderowana przez prof. Hannę Suchocką była poświęcona próbom zdefiniowania (dookreślenia) standardu prawnego. Uczestnikami tej części byli: prof. Zdzisław Kędzia (Uniwersytet WSB Merito we Wrocławiu) z referatem pt. *Standard prawny – zalety i ryzyka*, prof. Kaarlo Tuori (Komisja Wenecka) z odczytem *European standards: What are they and where do they come from*, prof. Monika Florczak-Wątor (Uniwersytet Jagielloński) z wykładem na temat *Standardu konstytucyjnego i jego specyfiki* oraz prof. Jerzy Zajadło (Uniwersytet Gdański) z referatem *Servi legum sumus, czyli wszyscy jesteśmy niewolnikami praw*.

Drugą sesję zatytułowaną „W poszukiwaniu standardu prawnego dotyczącego podziału władzy” prowadził prof. Krzysztof Skotnicki z Uniwersytetu Łódzkiego. Prelegentami w tej części byli: prof. Sławomir Patyra (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie), który zaprezentował referat *Kontrowersje wokół osobistych uprawnień Prezydenta Rzeczypospolitej wobec władzy sądowniczej (Między monarchią a republiką?)*, prof. Serhiy Holovaty (Komisja Wenecka) z referatem *Twists & Turns of the separation of powers in Ukraine and the guidance of the Venice Commission*, prof. Jerzy Jaskiernia (Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach) z wykładem *Standard podziału władzy w systemie aksjologicznym Rady Europy*, prof. Krzysztof Urbaniak (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu) z wystąpieniem pt. *Polski model systemu parlamentarno-gabinetowego a problemy podziału władzy* oraz prof. Piotr Uziębło, który przedstawił referat pt. *Stosunki pomiędzy legislatywą a egzekutywą – standardy europejskie a doświadczenia polskie*, opracowany we współautorstwie z prof. Krzysztofem Grajewskim i mgr Aleksandrą Szydzik (wszyscy reprezentujący Uniwersytet Gdański).

Trzeciej sesji, zatytułowanej „Standard prawny w zakresie władzy sądowniczej i prokuratury” przewodniczył prof. Marian Grzybowski z Uniwersytetu Jana Długosza w Częstochowie. Referaty wygłosili: prof. Ryszard Balicki z Uniwersytetu Wrocławskiego (*Wewnętrzna niezawisłość sędziego*), prof. Martin Kuijer, reprezentujący Komisję

Wenecką (*Shielding self-regulatory bodies from political interference while avoiding corporatism*), prof. Piotr Tuleja z Uniwersytetu Jagiellońskiego (*Niezależność sądów a ewolucja władzy sędziowskiej*), prof. Katarzyna Witkowska-Chrzczonek (*Standard niezależności prokuratury w Polsce i potrzeba jego konstytucjonalizacji*; referat przygotowany we współautorstwie z prof. Zbigniewem Witkowskim – oboje z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu). Ostatnim referatem w tej części było wystąpienie prof. Anny Machnikowskiej z Uniwersytetu Gdańskiego (*Nowe nurty dyskusji o prawnych granicach aktywności sędziów – przypadek Polski*). Po zakończeniu sesji tematycznych rozpoczęła się dyskusja, w której umożliwiono wypowiedź wszystkim zainteresowanym uczestnikom spotkania, a prelegenci mieli sposobność uzupełnienia lub dodatkowego skonkludowania swoich spostrzeżeń.

W drugim dniu konferencji (19 kwietnia 2024 r.) zebranych w Dworze Artusa powitała prezydent miasta Gdańska Aleksandra Dulciewicz. W swoim wystąpieniu podkreśliła m.in. znaczenie rządów prawa w demokratycznym państwie oraz funkcję standardów prawa i ich respektowania. Pani prezydent wspomniała w tym kontekście postać zmarłego tragicznie prezydenta miasta Gdańska Pawła Adamowicza, organizatora uroczystości 30-lecia działalności Trybunału Konstytucyjnego w Gdańsku w 2016 r. Następnie rozpoczęła się sesja czwarta. Motywem przewodnim tej części był „Standard prawny w zakresie sądowej kontroli konstytucyjności prawa”. Przewodnictwo sesji objął prof. Roman Wieruszewski z Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Warszawie. Referaty przedstawili kolejno: prof. Mirosław Granat z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie (*Rekonstrukcja standardu sądowej kontroli konstytucyjności prawa w warunkach polskich*), prof. Regina Kiener z Komisji Weneckiej (*The legal standards on the constitutional judiciary: Can the Constitutional Court be circumvented?*), prof. Marek Zubik z Uniwersytetu Warszawskiego (*Konstytucja – część dobra wspólnego*), dr Michał Ziółkowski z Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie (*Test racjonalności jako warunek sądowej kontroli konstytucyjności prawa*) oraz prof. Anna Rytel-Warzocho i dr Agnieszka Gajda, reprezentujące Uniwersytet Gdański (*Standard prawny w zakresie powoływania sędziów sądów konstytucyjnych*).

Moderatorem ostatniej (piątej) sesji tematycznej zatytułowanej „Znaczenie standardu prawnego dla demokratycznego państwa prawa w systemie unijnym” był prof. Andrzej Szmyt z Uniwersytetu Gdańskiego. Czynnymi uczestnikami tej części byli: prof. Krzysztof Wójtowicz, afiliowany w Wyższej Szkole Prawa we Wrocławiu (referat pt. *Cechy państwa prawnego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*), dr Władysław Józwicki z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (referat pt. *Teamwork Makes the Dream Work: The CJEU, Constitutional Courts and the Proportionality Test in the Cases Regarding the Respect of Member States’ Constitutional Identities*), prof. Cesare Pinelli, reprezentujący Komisję Wenecką (referat pt. *European standards and EU conditionality*), prof. Jan Zielonka z Uniwersytetu w Oxfordzie (referat pt. *The EU’s democratic design and practice*). Sesję zwieńczyło wystąpienie prof. Ryszarda Piotrowskiego z Uniwersytetu Warszawskiego pt. *Odpowiedzialność sędziów w demokratycznym państwie prawnym – dylematy standardu prawnego i praktyki*. Następnie uczestnicy przystąpili do dyskusji nad wygłoszonymi referatami.

Po zakończonych obradach nastąpiło podsumowanie całej konferencji, którego dokonały: Simona Granata-Menghini, Sekretarz Komisji Weneckiej, a także prof. Hanna Suchocka. W wystąpieniach podkreślono m.in. znaczenie dyskusji nad istotą standardu prawnego, nie tylko w sensie naukowym, ale przede wszystkim jako przedmiotu niezbędnego w poznaniu i komponowaniu europejskiego systemu prawa oraz jego oddziaływaniu na krajowe porządku prawne.

Bez wątpienia tematyka konferencji była nie tylko oryginalna, ale też niezwykle uzyteczna. Wplyw na to mialy dwa glowne czynniki: po pierwsze, funkcjonujemy w czasach postepujacej unifikacji prawa na poziomie europejskim, a po drugie, powolywanie sie na okreslone, demokratyczne standardy prawne jest obecne zarowno w nauce prawa, jak i w orzecznictwie sadowym. Dotyczy to sadow europejskich (Europejski Trybunal Praw Czlowieka, Trybunal Sprawiedliwosci Unii Europejskiej), jak rowniez – coraz czesciej – sadow krajowych (w szczegolnosci sadow najwyzszych oraz sadow konstytucyjnych). Mamy zreszta do czynienia ze swoistym sprzenieniem zwrotnym: coraz czestsze stosowanie w judykaturze odwoalan do standardu prawnego (standard konstytucyjny, konwencyjny, europejski, demokratyczny) sklania srodowisko naukowe do podjecia rozwazan na temat istoty standardu prawnego, jego pochodzenia, cech, a takze ewentualnych kolizji miedzy okreslonymi standardami. Sady z kolei czesto odwoლujaja sie w uzasadnieniach swoich rozstrzygnięć do ustalení poczynionych w tym obszarze przez naukę prawa. Brak definicji legalnej standardu prawnego powoduje, że jego charakter okreslany jest wlasnie przez doktrynę prawa i judykaturę. W praktyce jednak postrzeganie okreslonych norm prawnych albo tez zjawisk faktycznych, ktore sa ich następstwem, bywa dyskusyjne w kontekście ich korelacji z konkretnym standardem prawnym.

Po zakonczenu konferencji nalezy stwierdzic jednoznacznie, że zalozone przez organizatorow cele spotkania zostaly osiagniete. Konferencja stanowila forum wymiany mysli i pogladow na temat roli europejskich standardow prawa w dobie wyzwani wspolczesnosci. Bezsprzecznie spotkanie to przyblizylo charakter standardu prawa w ujeciu europejskim. Niewatpliwie problematyka ta jest tak bogata w tresci, że zasluje na stala obserwacje srodowiska naukowego i praktykow.

Slowa uznania naleza sie osobom, dzieki ktorym konferencja mogla byc zorganizowana i przeprowadzona bardzo efektywnie, ale tez efektownie, przede wszystkim: prof. Hannie Suchockiej, prof. Piotrowi Uzięble, kierownikowi Katedry Prawa Konstytucyjnego oraz jego wspolpracowniczkom i wspolpracownikom, gospodarzom najbardziej prestiowych w Gdanskumiejs, w ktorych odbywaly sie obrady, wszystkim zaangażowanym i dbajacym o wlasciwy przebieg konferencji oraz komfort uczestnikow, a takze moderatorom, prelegentom i dyskutantom, ktorzy zagwarantowali wysoki poziom naukowy. Nawiazujac do tematyki konferencji, mozna stwierdzic, że to niezwykle udane spotkanie prezentowalo europejski standard dyskusji naukowej. Gdanska konferencja stanowi przyklad nie tylko bardzo dobrej, miedzynarodowej kooperacji naukowej, niezwykle istotnej dla rozwoju polskiej nauki. Jest to takze godny nasladowania wzorzec wspolpracy samorzadu lokalnego z Uniwersytetem Gdanskim, bez watpienia z obopólnymi, biezacymi i dlugofalowymi korzyściami.