

Katedra Europejskiego Prawa Konstytucyjnego  
*Jean Monnet Chair of European Constitutional Law*

# **Swoboda orzekania sądów międzynarodowych**

pod redakcją  
Anny Wyrozumskiej



Wydział Prawa  
i Administracji



Uniwersytet  
**ŁÓDZKI**

Łódź 2014

Seria wydawnicza Katedry Europejskiego Prawa Konstytucyjnego  
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Redaktor naukowy serii: prof. dr hab. Anna Wyrozumska

Monografia

© *Copyright by Adam Wiśniewski, Dorota Głowacka, Joanna Markiewicz-Stanny,  
Anna Głogowska-Balcerzak, Tomasz Lachowski, Karolina Wierczyńska, Oksana Cabaj,  
Marek Jeżewski*

Łódź 2014

ISBN 978-83-937101-1-9

# Spis treści

## Wykaz ważniejszych skrótów

### O aktywizmie sędziowskim Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

*Adam Wiśniewski* 1

### Dialog między Trybunałem Konstytucyjnym a Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w sprawach dotyczących swobody wypowiedzi

*Dorota Głowacka* 21

### Problem granic dynamicznej wykładni Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w sprawie *Stummer v. Austria*

*Joanna Markiewicz-Stanny* 34

### Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosja* – handel ludźmi a artykułu 4 EKPC

*Anna Głogowska-Balcerzak* 51

### Konceptualizacja prawa do prawdy w świetle orzecznictwa sądów międzynarodowych ze szczególnym uwzględnieniem sprawy *Srebrenicy* przed Izbą Praw Człowieka dla Bośni i Hercegowiny

*Tomasz Lachowski* 64

### Interpretacja postanowień artykułu 17 Statutu Rzymskiego – zasada komplementarności w praktyce – kasus Libii

*Karolina Wierczyńska* 79

### Między delimitacją a delineacją szelfu kontynentalnego – o kompetencji ITLOS w świetle wyroku w sprawie *delimitacji obszarów morskich między Bangladeszem i Mjanmą*

*Oksana Cabaj* 96

### Swoboda orzekania sądów międzynarodowych co do prawa krajowego ze szczególnym uwzględnieniem arbitrażu inwestycyjnego

*Marek Jeżewski* 112

## Wykaz ważniejszych skrótów

- AKPC** – Amerykańska Konwencja Praw Człowieka
- BIT** – *Bilateral Investment Treaty* / umowa o popieraniu i ochronie inwestycji
- CLS** – *Commission on the Limits of the Continental Shelf* / Komisja Granic Szelfu Kontynentalnego
- DSB** – *Dispute Settlement Body* / organ rozwiązywania sporów WTO
- EKPC** – Europejska Konwencja Praw Człowieka
- ETPC** – Europejski Trybunał Praw Człowieka
- GATT** – *General Agreement on Tariffs and Trade* / Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu
- ICC** – *International Criminal Court* / Międzynarodowy Trybunał Karny
- ICJ** – *International Court of Justice* / Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości
- ICSID** – *International Centre for Settlement of Investment Disputes* / Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych
- IPC** – Izba Praw Człowieka dla Bośni i Hercegowiny
- ITLOS** – *International Tribunal for the Law of the Sea* / Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza
- k.c.** – kodeks cywilny
- k.k.** – kodeks karny
- KG** – Konwencje genewskie prawa wojennego
- KPC** – Komitet Praw Człowieka
- KWPT** – Konwencja wiedeńska o prawie traktatów
- MKWZ** – Międzynarodowa konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami
- mm** – mile morskie
- MPPOiP** – Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych
- MTK** – Międzynarodowy Trybunał Karny
- MTKJ** – Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii
- MTPC** – Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka
- MTS** – Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości
- n.** – następne
- OECD** – *Organisation for Economic Cooperation and Development* / Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
- PCIJ** – *Permanent Court of International Justice* / Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej
- p.p.** – prawo prasowe
- PD** – protokół dodatkowy
- pkt** – punkt
- rez.** – rezolucja
- s.** – strona
- SA** – sąd apelacyjny
- SN** – Sąd Najwyższy
- SR** – sąd rejonowy
- STSM** – Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej

**TK** – Trybunał Konstytucyjny

**UNCLOS** – *United Nations Convention on the Law of the Sea* / Konwencja o prawie morza

**ust.** – ustęp

**w.** – wiek

**WTO** – *World Trade Organisation* / Światowa Organizacja Handlu

# O aktywizmie sędziowskim Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

*Adam Wiśniewski\**

## 1. Uwagi wstępne

Europejski Trybunał Praw Człowieka jest uznawany za instytucję wyjątkową, nie tylko w skali europejskiej, ale także międzynarodowej<sup>1</sup>. Określa się go mianem najbardziej efektywnego spośród wszystkich międzynarodowych trybunałów praw człowieka na świecie<sup>2</sup>. Jedną z cech wyróżniających ten międzynarodowy organ sądowy jest z pewnością progresywny charakter jego orzecznictwa. Od czasu powstania w 1959 r. Trybunał wydał już ponad 16.000 wyroków, co czyni go z pewnością najbardziej aktywnym orzeczniczo sądem międzynarodowym. Jednocześnie Trybunałowi przypisywany jest tzw. aktywizm sędziowski (*judicial activism*). Pojęcie to łączy się w przypadku ETPC nie tyle z samą ilością wydanych wyroków, ale przede wszystkim z orzeczeniami, które poszerzają zakres praw chronionych na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Co więcej, uważa się, iż bogate i różnorodne orzecznictwo strasburskie zmieniło prawny i polityczny krajobraz Europy<sup>3</sup>.

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż zjawisko aktywizmu sędziowskiego w przypadku sądów międzynarodowych nie było dotychczas przedmiotem tak dużego zainteresowania ze strony nauki prawa, jak w przypadku aktywizmu sądów krajowych<sup>4</sup>. Tymczasem, jak się wydaje, aktywizm sądów międzynarodowych wiąże się, co pokazuje przykład ETPC, z wieloma istotnymi zagadnieniami. Nasuwa się bowiem chociażby pytanie, czy nadmierny aktywizm sędziowski w przypadku ETPC stanowi zagrożenie, zwłaszcza w kontekście całego systemu prawa międzynarodowego? Sprawa aktywizmu sędziowskiego ETPC łączy się także z ważnym zagadnieniem jego legitymizacji. Aktywizm sędziowski strasburskiego Trybunału stał się, z jednej strony, jedną z jego cech charakterystycznych, z drugiej jednak strony, stanowi przedmiot krytyki. ETPC jest przy tym krytykowany także za podejście niekiedy zbyt pasywistyczne<sup>5</sup>. Paradoks ten wymaga z pewnością wyjaśnienia, chociaż przede wszystkim należałoby ustalić znaczenie pojęć „aktywizm” i „pasywizm” w odniesieniu do działalności orzeczniczej

---

\*Autor jest doktorem habilitowanym, profesorem nadzwyczajnym Uniwersytetu Gdańskiego, kierownikiem Katedry Prawa Międzynarodowego Publicznego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

<sup>1</sup> Zob. J. Christoffersen, M.R. Madsen, *Introduction: The European Court of Human Rights between Law and Politics*, (w:) J. Christoffersen, M. R. Madsen (red.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford 2011, s. 2.

<sup>2</sup> Jednak uznaje się, iż sukces skargi indywidualnej, na której opiera się system EKPC połączony z ekstensywnym charakterem orzecznictwa strasburskiego oraz poszerzeniem kręgu państw-stron tej Konwencji o państwa środkowo i wschodnioeuropejskie spowodowały, iż ETPC stał się „ofiara własnego sukcesu”. Stały napływ ogromnej ilości skarg spowodował, iż system EKPC stanął przed groźbą zapaści. Zob. m.in. L.R. Helfer, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, *The European Journal of International Law* 2008, vol. 19, nr 1, s. 126.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 126.

<sup>4</sup> Zob. F. Zarbiyev, *Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis*, *Journal of International Dispute Settlement* 2012, vol. 3, s. 247.

<sup>5</sup> Zob. P. Thielbörger, *Judicial passivism at the European Court of Human Rights*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2012, vol. 19, nr 3, s. 342.

strasburskiego Trybunału. Zdefiniowanie tych pojęć nie jest jednak, jak o tym będzie mowa, rzeczą łatwą. Wspomniane tu w zagadnienia są jedynie niektórymi z aspektów zjawiska aktywizmu sędziowskiego ETPC. Niniejsze opracowanie nie aspiruje w żadnej mierze do wszechstronnego czy też całościowego przedstawienia tego złożonego zagadnienia, wymagałoby to bowiem pogłębionych i wieloaspektowych studiów wykraczających poza jego ramy. Stanowi ono raczej głos w debacie na temat istoty oraz oceny sędziowskiego aktywizmu strasburskiego Trybunału.

## 2. Oblicza strasburskiego aktywizmu

W literaturze przedmiotu trafnie zwraca się uwagę na trudności w zdefiniowaniu, czym jest „aktywizm sędziowski”<sup>6</sup>. Trudności te niewątpliwie wiążą się z tym, iż określeniu temu, przypisywane są różne znaczenia. Podobnie rzecz się ma zresztą z pojęciem „sędziowskiego pasywizmu”. Co więcej, uważa się, iż w potocznym znaczeniu termin „sędziowski aktywizm” odnoszony do sądów krajowych ma wydźwięk pejoratywny sugerując, iż decyzje sądowe nie mają oparcia w wiernych interpretacjach postanowień konstytucji lub są wynikiem nadmiernego wpływu osobistych preferencji poszczególnych sędziów<sup>7</sup>. W ten sposób określenie to jest niejednokrotnie używane przez polityków oraz media w celu wyrażenia dezaprobaty dla określonego orzeczenia lub linii orzeczniczej<sup>8</sup>. W przypadku ETPC w podobny, pejoratywny sposób, używane jest również określenie „sędziowski pasywizm”, zazwyczaj w celu wyrażenia krytycznej oceny orzeczenia niekorzystnego dla osoby skarżącej, a zatem niestwierdzającego naruszenia EKPC przez władze krajowe w konkretnej sprawie<sup>9</sup>.

Na gruncie teorii prawa oba określenia nawiązują do dwóch podstawowych ideologii stosowania prawa: ideologii decyzji związanej oraz ideologii decyzji swobodnej. Pierwsza zakłada, iż decyzje wydawane w procesie stosowania prawa powinny być w całości zdeterminowane przez treść norm prawnych. Druga natomiast przyjmuje, że ze względu na niejednoznaczność, sprzeczność i niekompletność prawa jego stosowanie wiąże się nie z mechaniczną aplikacją, a z poszukiwaniem, a wręcz z tworzeniem prawa w procesie wydawania decyzji. Pierwszą z wymienionych ideologii, zwaną także we współczesnej filozofii prawa doktryną sędziowskiej wstrzeźliwości (pasywizmu), cechuje zatem założenie, iż sędziemu nie wolno ani tworzyć, ani nawet korygować prawa. Jego decyzja powinna być bowiem oparta wyłącznie na przepisach prawnych oraz faktach, z którymi przepisy te wiążą konsekwencje prawne.<sup>10</sup> Natomiast druga, zwana też doktryną aktywizmu sędziowskiego, zakłada, iż sędzia, podejmując decyzję, bierze pod uwagę zarówno argumenty prawne, jak i pozaprawne, a standard poprawnej decyzji określany jest nie tylko przez jej zgodność z kryteriami prawnymi, ale także pozaprawnymi. Co więcej, gdy przepisy prawne w oczywisty sposób naruszają podstawowe wymogi sprawiedliwości lub racjonalności, sędzia może skorygować w drodze wykładni istniejące normy praw-

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 342.

<sup>7</sup> Zob. B. Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2009, s. 344-345, S. Choudhry, C. E. Hunter, *Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE*, McGill Law Journal 2003, vol. 48, s. 531.

<sup>8</sup> M. de Visser, *A Cautionary Tale Some Insights Regarding Judicial Activism from the National Experience*, Maastricht 2012, s. 3.

<sup>9</sup> Tak np. P. Thielbörger (przypis 5), s. 341-245.

<sup>10</sup> L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 288-289.

ne, odstąpić od nich, a nawet ustanowić nowe reguły<sup>11</sup>. Prawo dla sędziego aktywisty to zawsze *ius*, zakłada on bowiem związek prawa z innymi normami społecznymi, w tym przede wszystkim z moralnością.

W teorii prawa rozróżnia się poszczególne formy aktywizmu. Mówi się zatem o aktywizmie reguł (i zasad) oraz aktywizmie działania, aktywizmie legalistycznym i nielegalistycznym, aktywizmie sądów wyższych i sądów niższej instancji, aktywizmie argumentacyjnym i aktywizmie politycznym oraz o aktywizmie mocnym („twardym”) i słabym („miękkim”)<sup>12</sup>. Zwłaszcza te ostatnie formy aktywizmu można uznać za przydatne do analizy zjawiska aktywizmu strasburskiego. Aktywizm twardy dotyczy sytuacji, w której sądy otwarcie tworzą nowe reguły nie posiadając do tego kompetencji. Uważa się, iż jest to najbardziej radykalna postać aktywizmu, który można byłoby również określić mianem aktywizmu prawotwórczego. Morawski stwierdza, iż znacznie częściej sądy przejawiają tzw. aktywizm słaby (interpretacyjny), którego wyrazem jest twórcza wykładnia przepisów prawnych. Granica między tymi rodzajami aktywizmu jest bardzo trudna do wytyczenia. Zwraca się jednak uwagę, iż o ile w przypadku aktywizmu prawotwórczego sąd świadomie tworzy całkowicie nowe reguły, o tyle w przypadku aktywizmu interpretacyjnego stara się je wywieść z obowiązujących norm<sup>13</sup>.

Oba rodzaje ideologii czy też doktryn, tj. aktywizmu i pasywizmu sędziowskiego, odnoszone są w literaturze przedmiotu także do sądów międzynarodowych, w tym do działalności orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zdaniem m.in. Merillsa, stopień, w jakim sąd międzynarodowy „rozwija” prawo, zależy głównie od tego, która z tych dwóch ideologii sądowych – sądowej wstrzemięźliwości (*judicial restraint*) czy sądowego aktywizmu (*judicial activism*) – przyjmowana jest przez sędziów tego sądu<sup>14</sup>. W przypadku ETPC obie ideologie w istocie ścierają się, przy czym, zdaniem Merrillsa, Trybunał w różnym stopniu nasilenia przyjął generalnie podejście sądowego aktywizmu w stosowaniu EKPC. Z tego powodu jego wyroki są często krytykowane przez stojącą na gruncie ideologii sądowej wstrzemięźliwości mniejszość, której opinii są najczęściej odzwierciedlane w opiniach odrębnych, zawartych w uzasadnieniach orzeczeń<sup>15</sup>.

Przykładem wspomnianych rozbieżności między sędziami Trybunału może być orzeczenie w sprawie *König v. Niemcy*, w której szło o to, czy art. 6 ust. 1 EKPC, w którym mowa jest o rozstrzygnięciu o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia wytoczonego w sprawie karnej, ma zastosowanie do postępowania administracyjnego. Skarżący w tej sprawie zaskarżył do sądu administracyjnego decyzję cofającą upoważnienie do wykonywania praktyki medycznej oraz do prowadzenia prywatnej kliniki. Trybunał uznał, iż art. 6 ust. 1 EKPC, ma zastosowanie, prawa bowiem dotknięte zaskarżoną decyzją były prawami prywatnymi<sup>16</sup>. W opinii odrębnej sędziego Matscher krytykując stanowisko większości stwierdził, iż „interpretacja teleologiczna, na której wyrok wydaje się zasadniczo oparty, jest ograniczona przez system Konwencji. Podstawową ideą leżącą u podstaw tej interpretacji jest to, że cel Konwencji stanowi głównie ochrona jednostek w relacji wobec władz. Jednakże, wprowadzając konkretne wnioski z tej zasady, trzeba wykazać, iż prawo, które Konwencja gwa-

<sup>11</sup> Zob. szerzej, *ibidem*, s. 285–314.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 291.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 291–292.

<sup>14</sup> J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester 1995, s. 229.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 233–238.

<sup>16</sup> Wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 1978 r. w sprawie nr 6232/73, *König v. Niemcy*, pkt 95.



rantuje, ma zastosowanie w sprawie – w przeciwnym wypadku zachodzi niebezpieczeństwo wychodzenia poza teleologiczną interpretację i wkraczania w sferę polityki legislacyjnej”<sup>17</sup>.

Z kolei w sprawie *Airey v. Irlandia* Trybunał uznał, iż chociaż artykuł 6 ust. 1 EKPC wyrażnie tego nie przewiduje, to jednak „może on w pewnych sytuacjach zmusić państwo do zapewnienia prawnika z urzędu, kiedy taka pomoc okazuje się niezbędna dla skutecznego dostępu do sądu albo ze względu na wprowadzenie przymusu adwokackiego, albo z uwagi na skomplikowany charakter procedury lub danej sprawy”<sup>18</sup>. W swojej opinii odrębnej sędzia Vilhjálmsson stwierdził, iż „wojna przeciwko biedzie nie może zostać wygrana przez stosowanie szerokiej interpretacji Konwencji (...)”. Stwierdził on dalej, iż „bez większych wahań, chociaż bezsprzecznie z żalem, doszedłem do wniosku, iż skarżąca nie posiada roszczenia na podstawie artykułu 6 ust. 1 EKPC. Nie znajduje w tym postanowieniu żadnego obowiązku po stronie umawiających się stron do zapewnienia bezpłatnego pełnomocnika z urzędu w sprawach cywilnych”<sup>19</sup>.

Można zatem mówić, jak już wspomniano, o napięciach i ścieraniu się dwóch wyróżnionych ideologii w łonie Trybunału. Nie zawsze jednak wygrywają zwolennicy sądowego aktywizmu, o czym świadczą niejednokrotnie opinie odrębne sędziów. Przykładem może być sprawa *Vo v. Francja*, w której Trybunał miał okazję rozstrzygnąć, czy prawo do życia chronione w art. 2 EKPC obejmuje także życie sześciomiesięcznego płodu. Ostatecznie Trybunał uznał, iż art. 2 Konwencji nie ma zastosowania w sprawie, uzasadniając to odwołaniem się do koncepcji marginesu oceny w związku z brakiem konsensusu wśród państw-stron Konwencji w sprawie prawnej ochrony życia poczętego<sup>20</sup>. Jednak w zdaniach odrębnych sędziowie sprzeciwili się zastosowaniu doktryny marginesu do art. 2 Konwencji. Sędzia Rees stwierdził, iż „nie może być żadnego marginesu oceny w sprawie zastosowania artykułu 2”. Natomiast sędziowie Mularoni oraz Strážnická uznali, iż art. 2 miał zastosowanie w sprawie i został naruszony, ponieważ prawo do życia nie było chronione przez pozwane państwo<sup>21</sup>.

Wspomniany już Merrills podjął próbę opisaną rozstrzygnięć strasburskiego Trybunału klasyfikując sędziów jako zwolenników albo „życzliwego liberalizmu” albo „twardego konserwatyzmu”. Ten ostatni charakteryzuje się m.in. dążeniem do zachowania istniejących instytucji oraz przywiązuje dużą wagę do historii, tradycji, ugruntowanych wartości społecznych. W sferze moralności konserwatyzm preferuje wartości takie jak rodzina oraz konwencjonalna moralność<sup>22</sup>. Z kolei „życzliwy liberalizm” cechuje m.in. przyznawanie pierwszeństwa wartości jednostki oraz postrzeganie istniejących instytucji jako ograniczenia możliwości realizacji przez jednostkę jej potencjału<sup>23</sup>.

Zdaniem Merrillsa, decyzje Trybunału oraz indywidualnych sędziów mogą odzwierciedlać trzy podejścia: aktywizm wynikający z twardego konserwatyzmu, aktywizm wynikający z życzliwego liberalizmu oraz wstrzemięźliwość<sup>24</sup>. W toku swoich rozważań autor ten doszedł m.in. do wniosku, iż aktywizm sędziów może wynikać nie tylko z liberalizmu, ale także z konserwatyzmu. Zależy to w dużej mierze od stanu rozwoju orzecznictwa Trybunału.

<sup>17</sup> *Ibidem*, opinia odrębna sędziego Matschera.

<sup>18</sup> Wyrok ETPC z dnia 9 października 1979 r. w sprawie nr 6289/73, *Airey v. Irlandia*, pkt 26.

<sup>19</sup> Wyrok ETPC (przypis 16), opinia odrębna sędziego Thóra Vilhjálmssona.

<sup>20</sup> Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2004 r., w sprawie nr 53924/00, *Vo v. Francja*, pkt 82.

<sup>21</sup> *Ibidem*, opinia odrębna sędziów Mularoni oraz Strážnická, pkt 17.

<sup>22</sup> J.G. Merrills (przypis 14), s. 238-240.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 240-242.

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 249.

W przypadku, gdy w jakimś okresie rozwija się orzecznictwo przesiąknięte wartościami liberalnymi, może to podziałać aktywizująco na sędziów konserwatystów, którzy mogą chcieć przełamać liberalny trend. Z kolei sędziowie będący zwolennikami liberalizmu, zadowoleni z dotychczasowego rozwoju orzecznictwa pod wpływem ideologii liberalizmu, mogą stać się zwolennikami sędziowskiego pasywizmu uznając, iż dalszy aktywizm nie jest już konieczny<sup>25</sup>. Okazuje się przy tym, iż sędzia, który jest zwolennikiem wstrzemięźliwości sędziowskiej, może przyjąć postawę aktywistyczną, kiedy sprawa dotyczy jakiegoś aspektu wyznawanej przez niego ideologii. Ponadto należy wziąć też pod uwagę, iż sędziowie po prostu zmieniają zdanie, nie poddając się łatwo takiej jednoznacznej klasyfikacji. W rezultacie, lepiej zatem, zamiast dokonywać jednoznacznych klasyfikacji, patrzeć na sędziów w ten sposób, iż są oni uwikłani w konflikty ideologii i wartości – między aktywizmem a pasywizmem, między liberalizmem a konserwatyzmem<sup>26</sup>.

Rozważania Merrilla dotyczą składów sędziowskich ETPC z drugiej połowy lat 80. XX w. Podziały ideologiczne wśród sędziów zasiadających w Trybunale wyglądają dzisiaj zapewne inaczej. Tym niemniej podejście zaproponowane przez tego autora ma z pewnością jedną zaletę – pozwala na głębsze spojrzenie na kwestię dylematu aktywizm czy pasywizm w strasburskim Trybunale, zwłaszcza w kontekście sporu, czy aktywizm dominuje w orzecznictwie strasburskim, czy też nie.

Charakterystyczne jest, iż w wypowiedziach osób związanych z Trybunałem (sędziów, czy też jego pracowników) wyrażany jest pogląd sugerujący, iż Trybunał nie jest w istocie ani aktywistyczny, ani pasywistyczny. Były przewodniczący ETPC, J.P. Costa, stwierdził np., iż ten organ sądowy „nieustannie dążył do uniknięcia zarówno sądowego aktywizmu, jak i nadmiernej wstrzemięźliwości”<sup>27</sup>. Z kolei były prawnik Trybunału, a od 2012 r. sędzia, Mahoney, argumentował, iż zarówno aktywizm, jak i pasywizm strasburskiego Trybunału są „istotnymi i uzupełniającymi się składnikami ciągłego procesu stosowania podstawowych konwencyjnych praw poprzez sądową interpretację”<sup>28</sup>. Zdaniem tego autora oddziaływanie tych składników zapewnia swego rodzaju równowagę w systemie konwencyjnym<sup>29</sup>. Krytycy tego stanowiska podnoszą jednakże, iż teza o stanie równowagi między sądowym aktywizmem oraz pasywizmem w łonie EPTC jest nie do utrzymania, albowiem orzecznictwo strasburskie dowodzi, iż przewagę uzyskał sędziowski aktywizm<sup>30</sup>.

W sporze o to, czy aktywizm dominuje w orzecznictwie ETPC należałoby przede wszystkim wyjaśnić, w jakim znaczeniu używane jest to pojęcie. Jeżeli mianem aktywizmu nazwiemy linię orzecznictwa Trybunału polegającą na ferowaniu wyroków na korzyść praw człowieka i związanej z tym interpretacji Konwencji *pro libertate*, to z pewnością Trybunał można

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 252.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 250.

<sup>27</sup> "In sum, the jurisprudence is both progressive and nuanced and has constantly strived to avoid both judicial activism and excessive self-restraint", J.P. Costa, *Current Challenges for the European Court of Human Rights*, A Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture in Human Rights, Leiden Law School, Saturday 10 December 2011, <http://media.leidenuniv.nl/legacy/current-challenges-for-the-european-court-of-human-rights--sackler-lecture-by-costa-doc.pdf>, s. 7.

<sup>28</sup> P. Mahoney, *Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, *Human Rights Law Journal* 1990, nr 11, s. 78.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> D. Popovic, *Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in The Jurisprudence of the European Court Of Human Rights*, *Creighton Law Review* 2009, vol. 42, nr 3, s. 361.

nazwać aktywistycznym w tym właśnie sensie<sup>31</sup>. Podejście do interpretacji EKPC, w którym ETPC stosuje rozszerzającą interpretację praw jako zasadę oraz zawężającą interpretację wyjątków czy też ograniczeń tych praw uznaje się za naturalną konsekwencją całego systemu EKPC. Przeciwnie podejście podważałoby bowiem jego zasadniczy cel, jakim jest, zgodnie z preambułą EKPC „ochrona oraz rozwój praw człowieka i podstawowych wolności”<sup>32</sup>. Problem pojawia się wówczas, jeżeli podjęta zostanie próba odróżnienia aktywizmu słabego od aktywizmu twardego w przypadku ETPC, a zatem takiego aktywizmu, który, jak już wspomniano, łączy się z tworzeniem nowych lub modyfikacją istniejących norm prawnych. Tego rodzaju aktywizm jest często przedmiotem krytyki, chociaż odróżnienie go od aktywizmu polegającego na twórczej interpretacji jest bardzo trudne. Jest tak tym bardziej, że Trybunał niejednokrotnie sam przedstawia swoje aktywistyczne orzeczenia w sensie twardym jako zwykłą interpretację Konwencji<sup>33</sup>.

Należy też pamiętać, iż specyfika strasburskiego aktywizmu łączy się ze stosunkowo dużą swobodą, jaką ETPC cieszy się w ramach systemu ochrony praw jednostki utworzonego na podstawie Konwencji. Trybunał ten orzekając na podstawie ogólnych, ramowych norm Konwencji, nie podlega, tak jak sądy krajowe, zasadzie *checks and balances*, czyli systemowi hamulców i równowagi, który polega na wzajemnej kontroli i równoważeniu się władzy ustawodawczej, wykonawczej i sędziowskiej. Nadto, jak zauważa de Blois, ETPC nie orzeka, jak sądy krajowe, w ramach rozwiniętej struktury konstytucyjnej<sup>34</sup>. W efekcie, jak pisze autor, Trybunał sam może decydować o kierunku rozwoju orzecznictwa, a jedynym sposobem korygowania jego aktywności orzeczniczej przez państwa-strony może być zmiana Konwencji lub jej protokołów, której przeprowadzenie jest trudne<sup>35</sup>.

Innym sposobem kontestacji orzecznictwa strasburskiego może być odmowa wykonywania poszczególnych wyroków przez państwo, którego dotyczy dane orzeczenie. Prowadzić to jednak może na dłuższą metę, do podważenia całego systemu EKPC, którego sukces związany jest przede wszystkim właśnie z jego skutecznością w sferze implementacyjnej. Ponadto specyfika sytuacji strasburskiego Trybunału wiąże się także z napięciem między aktywnością orzeczniczą ETPC a suwerennością państw-stron, a także z orzekaniem o standardach ochrony praw chronionych Konwencji wobec 47, istotnie niekiedy różniących się między sobą państw-stron. Nie należy też zapominać, iż Trybunałowi coraz częściej przypisuje się rolę konstytucyjną, uznając, iż powinien skoncentrować się on na wydawaniu „wyroków zasad”, decydując w istocie o sprawach polityki publicznej<sup>36</sup>.

Tak zarysowane cechy ETPC stanowią punkt wyjścia do przedstawienia w dalszej części tego opracowania krytyki strasburskiego aktywizmu i zagrożeń z nim związanych. Aktywizm

---

<sup>31</sup> Takie rozumienie aktywizmu ETPC (tj. w sensie słabym) przyjmuje np. D. Popovic, który polemizując z P. Mahoney`em broni tezy, iż w orzecznictwie strasburskiego Trybunału dominuje aktywizm. Zob. *ibidem*, s. 396.

<sup>32</sup> J.P. Costa (przypis 27), s. 7.

<sup>33</sup> Zob. wyrok ETPC z dnia 21 lutego 1975 r. w sprawie nr 4451/70, *Golder v. Zjednoczone Królestwo*, pkt. 29–30.

<sup>34</sup> M. De Blois, *The Fundamental Freedom of the European Court of Human Rights*, (w:) R. Lawson, M. de Blois, *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of G. Schermers*, Dordrecht-Boston-London 1994, vol. III, s. 44-45.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 45.

<sup>36</sup> L. Wildhaber, *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Journal* 2002, nr 21, s. 406.

ETPC łączy się ściśle z metodami interpretacji Konwencji stosowanymi przez strasburski Trybunał. Dlatego w pierwszej kolejności scharakteryzowana zostanie ta właśnie problematyka.

### 3. Konwencja jako „żywy instrument” chroniący „praktyczne i efektywne” prawa i doktryna marginesu oceny

Europejska Konwencja Praw Człowieka weszła w życie 3 września 1953 r., natomiast Europejski Trybunał Praw Człowieka ukonstytuował się w 1959 r. W ciągu pierwszych dziesięciu lat działalności ETPC wydał zaledwie 10 orzeczeń stwierdzając przy tym naruszenia Konwencji tylko w niektórych sprawach. Początkowy okres działalności Trybunału określany jest mianem „diplomacji praw człowieka” i charakteryzowany jako czas „hegemonii suwerenności państwowej”<sup>37</sup>. O wprowadzeniu tzw. dynamicznej doktryny praw człowieka w orzecznictwie Trybunału można mówić dopiero w drugiej połowie lat 70. XX w. Następuje wówczas swoiste „uwolnienie” Trybunału strasburskiego, co w literaturze przedmiotu łączone jest m.in. z zakończeniem procesu dekolonizacji<sup>38</sup>.

W tym czasie w orzecznictwie strasburskim pojawia się podejście zwane *the living instrument*, a zatem założenie, iż Konwencja jest instrumentem żywym, który powinien być interpretowany dynamicznie. W literaturze wskazuje się, iż pierwszym orzeczeniem, w którym Trybunał wyraźnie powołał się na tę metodę interpretacji był wyrok w sprawie *Tyrer v. Zjednoczone Królestwo* z 1978 r. Trybunał odwołał się tu do tej metody wykładni, nie określając jej zresztą *expressis verbis* ani mianem dynamicznej ani ewolucyjnej, jako jednego z istotnych argumentów przemawiających za stanowiskiem, iż kara chłosty wymierzona nieletnim, stanowiła naruszenie art. 3 EKPC. Trybunał stwierdził m.in., iż „Konwencja jest żywym instrumentem (...), który należy interpretować z uwzględnieniem okoliczności dnia dzisiejszego. W sprawie rozpoznawanej obecnie Trybunał nie może nie brać pod uwagę zmian oraz wspólnie zaakceptowanych standardów w polityce karnej w tym zakresie w państwach członkowskich Rady Europy”<sup>39</sup>.

Podejście oparte na doktrynie *the living instrument* połączone zostało w tym okresie z uznaniem, iż Konwencja chroni prawa, które są praktyczne i efektywne, a nie teoretyczne i iluzoryczne<sup>40</sup>, a zatem z zastosowaniem zasady efektywności, która zaczęła pełnić kluczową rolę w orzecznictwie strasburskim wspierając interpretację EKPC na korzyść praw człowieka. Zasada ta miała podstawowe znaczenie zwłaszcza w rozwoju koncepcji obowiązków pozytywnych państw-stron Konwencji. W orzecznictwie strasburskim uznano bowiem, iż obowiązki państw wynikające z Konwencji nie polegają tylko na zaniechaniu ingerencji w chronione prawa, ale w pewnych sytuacjach także na podjęciu pozytywnych działań w celu zapewnienia poszanowania tych praw<sup>41</sup>. Obowiązki pozytywne wyprowadzane są przy tym, co do zasady,

---

<sup>37</sup> M.R. Madsen, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrant Jurisprudence*, (w:) J. Christoffersen, M.R. Madsen, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, New York 2011, s. 52-54.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 59.

<sup>39</sup> Zob. wyrok ETPC z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie nr 5856/72, *Tyrer v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 93.

<sup>40</sup> P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague – Boston – London 1998, s. 74.

<sup>41</sup> Obowiązki pozytywne nie zostały przewidziane *expressis verbis* w tekście Konwencji. Jak zauważa C. Mik, ich włączenie do *corpus iuris* EKPC, a także określenie treści, zakresu i standardu kontroli wykonywania, stanowi zasługę ETPC; zob. C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów*

z niemal wszystkich postanowień materialnych EKPC i jej protokołów<sup>42</sup>. Innym przykładem sprzyjającej prawom jednostki interpretacji Konwencji jest koncepcja tzw. *implied rights*, tj. praw, które nie zostały przewidziane w Konwencji *expressis verbis*, ale są wyprowadzane z jej postanowień w drodze wykładni (np. prawo dostępu do sądu wynikające z art. 6 ust. 1 EKPC).

Aktywizm Trybunału sięgający drugiej połowy lat 70. XX w., powiązany z szerszym wprowadzeniem instrumentów interpretacyjnych sprzyjających wykładni na korzyść praw człowieka, istotnie wpłynął na rozwój ochrony praw człowieka w Europie w ciągu następnego dziesięciolecia. Nie można jednak zapominać, iż grunt pod aktywizm ETPC w drugiej połowie lat 70. XX w. został przygotowany w poprzednim okresie – dzięki dyplomacji tego Trybunału zdołał on uzyskać zaufanie państw-stron. Istotną w tym rolę odegrała doktryna marginesu oceny. Doktryna ta rozwijana w orzecznictwie strasburskim od końca lat 50. XX w., wykorzystywana była przez Trybunał do elastycznego określenia jego roli w procesie stosowania Konwencji na styku kompetencji Trybunału oraz władzy suwerennych państw-stron EKPC. Umożliwiała ona zatem od początku unikanie, jak zauważa Macdonald „szkodliwej konfrontacji między Trybunałem a państwami-stronami dotyczącej sfer ich władzy i umożliwia Trybunałowi wyważenie suwerenności państw-stron z ich zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji”<sup>43</sup>.

Konstrukcja marginesu oceny, będąca dziełem Komisji i Trybunału,<sup>44</sup> zasadniczo pozwala na uwzględnianie dyskrecjonalności władz krajowych w procesie kontroli przestrzegania Konwencji wykonywanej z poziomu Strasburga. Jest ona jednak często wykorzystywana do uzasadnienia rozstrzygnięć niekorzystnych z punktu widzenia ochrony praw człowieka i z tego względu postrzega się ją raczej jako instrument sprzyjający „pasywistycznej” wykładni i stosowaniu Konwencji. Zakres marginesu oceny przyznawanego władzom krajowym uzależniony jest od wyboru jednej z dwóch ideologii – aktywizmu lub pasywizmu przez sędziów Trybunału. Stosowanie szerokiego marginesu oceny wiąże się z pasywistyczną ideologią sędziowskiej wstrzeźliwości. Typowy jest tu argument, iż „jedynie władze krajowe są kompetentne do dokonania koniecznej oceny politycznej”<sup>45</sup>, charakterystyczne też jest optowanie za ścisłą interpretacją Konwencji. Natomiast wąski margines oceny wynika z przewagi ideologii sądowego aktywizmu, która sprzyja m.in. zwiększaniu funkcji kontrolnej EKPC, a w radykalnej wersji wyraża się w opiniach niektórych sędziów o konieczności całkowitego zarzucenia koncepcji marginesu oceny<sup>46</sup>.

Warto też zauważyć, iż stosowanie doktryny marginesu oceny łączy się w orzecznictwie Trybunału ze stosowaniem zasady konsensusu. Zgodnie z tą zasadą ETPC bada, jakie roz-

---

w dziedzinie praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, (w:) J. Białkocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeżko-Durlak (red.), *Księga Jubileuszowa Prof. dra hab. Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 260.

<sup>42</sup> L. Garlicki, *Prawo do życia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańskie Studia Prawnicze 2004, t. 12, s. 62.

<sup>43</sup> Zob. R.St.J. Macdonald, *The Margin of Appreciation*, (w:) R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht – Boston – Londyn 1993, s. 123.

<sup>44</sup> L. Garlicki określa tę koncepcję jako „czysty twór prawa sędziowskiego”. Zob. szerzej: L. Garlicki, *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 4, s. 5.

<sup>45</sup> J.G. Merrills (przypis 14) s. 237.

<sup>46</sup> *Ibidem*. Zob. szerzej także A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 350-384.

wiązania w konkretnej sprawie przyjmowane są nie tylko w pozwanym państwie, ale także w innych państwach-stronach Konwencji. Występowanie zróżnicowania między poszczególnymi państwami w danej kwestii stanowi przesłankę do przyznania władzom krajowym szerokiego marginesu oceny. Z kolei podobieństwo rozwiązań przyjmowanych przez państwa-strony w danej kwestii wpływa na zawężanie marginesu oceny władz krajowych w tym zakresie. Zasada konsensusu może być zatem postrzegana jako wyraz ostrożności ETPC i sposób ograniczania jego aktywizmu – zróżnicowanie stanowisk pośród państw-stron w danej kwestii stanowi bowiem kontrargument przemawiający przeciwko wydaniu orzeczenia aktywistycznego w danej sprawie.

Aczkolwiek doktryna marginesu oceny wynika z samej istotnej zasady subsydiarności<sup>47</sup>, jak jednak zauważył były Prezes ETPC, Costa, Trybunał nie był zobowiązany na podstawie postanowień EKPC do jej przyjęcia. Doktryna ta stanowi, jak pisze Costa, „próbę uniknięcia sędziowskiego aktywizmu i okiełznania kompetencji kontrolnych ETPC w stosunku do władz krajowych. Państwa powinny o tym pamiętać”<sup>48</sup>.

Opowiadając się za ideologią aktywizmu, Trybunał odwołuje się zatem zazwyczaj do stosowania charakterystycznych metod interpretacji, takich jak wykładnia dynamiczna (*the living instrument*), zasada efektywności, czy też wykładnia autonomiczna. Ta ostatnia polega na tym, iż niektórym pojęciom użytym w Konwencji nadaje się szczególne znaczenie w oderwaniu od znaczenia, które mają one w prawie wewnętrznym poszczególnych państw członkowskich.

Natomiast zwolennicy sądowego pasywizmu preferują zazwyczaj wykładnię tekstualną oraz doktrynę marginesu oceny. Co ciekawe, w uzasadnieniach „aktywistycznych” orzeczeń Trybunału nie zawsze dominują jednak metody wykładni wymienione jako pierwsze. Dobrym przykładem może być sprawa *Golder v. Zjednoczone Królestwo* z 1975, która dotyczyła prawa dostępu do sądu osoby osadzonej w zakładzie karnym. Pojawiło się tu istotne pytanie – czy art. 6 ust. 1 EKPC gwarantuje prawa do sprawiedliwego procesu tylko w odniesieniu do postępowań będących w toku, czy też wynika z niego również na prawo dostępu do sądu, tj. w związku z zamiarem wszczęcia postępowania? Opierając swoje rozumowanie przede wszystkim na ogólnej regule interpretacji przewidzianej w art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów<sup>49</sup>, ETPC przedstawił przekonującą argumentację, z której wynika, iż prawo dostępu do sądu zawarte jest w prawie do sprawiedliwego procesu w art. 6 EKPC, chociaż nie zostało w nim wymienione *expressis verbis*. Trzeba jednak zauważyć, iż istotną rolę w tym rozumowaniu odegrało zwłaszcza odwołanie się przez Trybunał do „przedmiotu i celu traktatu” zgodnie art. 31 ust. 1 *in fine* KWPT.

#### 4. Krytyka aktywizmu sędziowskiego ETPC

Teoretycy prawa zwracają uwagę, iż w przypadku sądów krajowych ich aktywizm stał się poważnym problemem politycznym w XX wieku w coraz większej liczbie państw. Idzie tu przy tym, przede wszystkim o państwa demokratyczne, w których aktywizm wiąże się z obroną wartości demokratycznych i liberalnych, niekiedy wbrew woli rządzących<sup>50</sup>. Niewątpliwie za podobnie problematyczny uznać również można aktywizm Trybunału strasburskiego. Cechuje go

<sup>47</sup> L. Garlicki (przypis 42), s. 5.

<sup>48</sup> J.P. Costa (przypis 27), s. 6.

<sup>49</sup> Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

<sup>50</sup> Zob. L. Morawski (przypis 10), s. 285-286.

bowiem tendencja na rzecz ochrony praw jednostki, co niejednokrotnie spotyka się ze sprzeciwem państw-stron, które chętnie powołują się na doktrynę marginesu oceny usiłując wykazać brak naruszenia Konwencji.

Krytyka aktywizmu ETPC dokonywana jest w literaturze przedmiotu z różnych pozycji. Charakterystyczne przy tym jest jednak to, iż przeciwnicy aktywizmu powołują się często na suwerenność państwa. Przykładem może być stanowisko Bossuyt, który krytykuje stopniowe rozciąganie ochrony Konwencji na sprawy dotyczące zabezpieczenia społecznego poprzez rozszerzającą interpretację art. 14 EKPC w związku z art. 1 protokołu I do EKPC.<sup>51</sup> Swoje stanowisko uzasadnia on tym, iż ETPC nie może świadomie lekceważyć intencji twórców EKPC, w przeciwnym razie naraża się na zarzut ograniczania państwowej suwerenności sam nie posiadając legitymacji demokratycznej, a także podważa zaufanie do systemu prawa międzynarodowego<sup>52</sup>. Bossuyt nie wyjaśnia, czy ta krytyka dotyczy wszystkich przypadków stosowania tzw. wykładni dynamicznej, w których Trybunał rozwija zakres praw chronionych konwencją? Czy zatem jakkolwiek aktywizm ETPC jest niedozwolony z uwagi na ograniczenia suwerenności państw-stron EKPC, czy też w jakimś zakresie ten aktywizm jest dozwolony, a jeśli tak, to w jakim? Autor ten wzywa Trybunał do zachowania sędziowskiej wstrzemięźliwości zwracając uwagę, iż rozszerzająca interpretacja EKPC polegająca m.in. na obejmowaniu jej zakresem różnych postępowań, a także praw socjalnych, skutkować będzie wzrostem ilości spraw wpływających do rozpoznania do punktu grożącego zapaścią całego systemu EKPC<sup>53</sup>.

Inny autor, Letsas, przyjmując założenia liberalnej koncepcji interpretacji EKPC, krytykuje orzecznictwo strasburskie m.in. za tendencję polegającą na inflacji konwencyjnych praw i rozciąganiu ochrony na obszary takie, jak np.: prawo konfliktów zbrojnych, interwencja humanitarna, prawa socjalne i pracownicze<sup>54</sup>. Przykładowo, w sprawie *Hatton v. Zjednoczone Królestwo*, w której skarżący zarzucali, iż polityka rządu dotycząca nocnych lotów na lotnisku Heathrow naruszała ich prawa chronione art. 8 EKPC, Trybunał wprawdzie nie doszukał się naruszenia Konwencji, uznał jednak, iż interes jednostki w korzystaniu z niezakłóconego snu wchodzi w zakres art. 8 EKPC<sup>55</sup>. Tymczasem z postulowanej przez Letsasa koncepcji liberalnej wykładni wynika, iż Trybunał nie powinien rozciągać ochrony konwencyjnej na tego typu interesy, ponieważ nie usprawiedliwia tego żadna zasada „liberalna zasada”<sup>56</sup>. Letsas argumentuje, iż legalne i liberalne prawa chronione przez Konwencję implikują zasady o charakterze liberalno-egalitarnym. O ile zatem Trybunał strasburski poszukuje tych zasad i stosuje je, nie można mu postawić zarzutu wkraczania w sferę nieuprawnionej sądowej dyskrecjonalności (*illegitimate discretion*)<sup>57</sup>. W konsekwencji za niezgodne z teorią liberalną należy uznać także, zdaniem tego autora, dopuszczanie ograniczeń praw w oparciu o moralność społeczną, czy to poprzez własną interpretację Trybunału, czy też poprzez ustępowanie oce-

---

<sup>51</sup> M. Bossuyt, *Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraing? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social Security Regulations*, Human Rights Law Journal 2007, vol. 28, nr 9-12, s. 321-332.

<sup>52</sup> *Ibidem*, s. 332.

<sup>53</sup> *Ibidem*, s. 4.

<sup>54</sup> G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights*, Oxford 2007, s. 15.

<sup>55</sup> Wyrok ETPC Izby Trybunału z dnia 2 października 2001 r. w sprawie nr 36022/97, *Hatton i inni v. Zjednoczone Królestwo*, oraz wyrok ETPC Wielkiej Izby z dnia 7 sierpnia 2003 r. w tej samej sprawie nr 36022/97, *Hatton i inni v. Zjednoczone Królestwo*.

<sup>56</sup> G. Letsas (przypis 54), s. 15.

<sup>57</sup> *Ibidem*, s. 17.

nie władz krajowych w tym zakresie. Takie stanowisko bowiem stanowi naruszenie moralnych wartości leżących u podstaw praw człowieka<sup>58</sup>.

W obliczu tej krytyki aktywizmu Trybunału w sensie interpretacyjnym można bronić argumentując, jak już wspomniano, iż orzecznictwo na korzyść praw jednostki stanowi nieuchronną konsekwencję celu systemu EKPC, jakim jest ochrona i rozwój praw człowieka. Znacznie trudniejsza jest jednak obrona aktywizmu sędziowskiego ETPC jeśliby uznać, iż jest to aktywizm w sensie twardym, a zatem aktywizm stanowiący w istocie sędziowskie prawotwórstwo. Zgodnie z klasyczną koncepcją źródeł prawa międzynarodowego podstawą tworzenia norm tego prawa jest zgoda państw. W myśl art. 38 Statutu MTS zawierającego ogólnie akceptowane w doktrynie wyliczenie źródeł prawa międzynarodowego, orzecznictwo sądowe uznane zostało za środek pomocniczy w procesie ustalania norm prawnych. Przyjmuje się w związku z tym, iż brak jest możliwości bezpośredniego łączenia orzeczenia międzynarodowego z pojęciem źródła prawa międzynarodowego<sup>59</sup>. Co więcej, z uwagi na to, iż w prawie międzynarodowym nie obowiązuje zasada *stare decisis*, odmawia się sądom międzynarodowym kompetencji do kreowania wiążących norm<sup>60</sup>.

Tym niemniej, w literaturze przedmiotu coraz częściej rozważana jest tematyka *de facto* prawotwórczej działalności sądów międzynarodowych oraz jej granic. Jak zauważył m.in. Ginsburg, "sądy międzynarodowe tworzą prawo w toku rozstrzygania sporów. Zakres owej władzy prawotwórczej zależy od zdolności państw do nakładania ograniczeń na organy sądowe". Zdaniem tego autora, trudno w praktyce doprowadzić do uchylecia wyroków sądów międzynarodowych. Jednak państwa posiadają w swojej dyspozycji różne nieformalne mechanizmy służące do komunikowania sędziom ich stanowiska<sup>61</sup>.

Analiza problematyki działalności prawotwórczej w przypadku ETPC nie jest łatwa o tyle, iż podobnie jak w przypadku wielu innych sądów, trudno jest najczęściej odróżnić aktywizm interpretacyjny od aktywizmu prawotwórczego. W uzasadnieniach swoich aktywistycznych orzeczeń Trybunał nigdy nie przedstawia ich jako orzeczeń prawotwórczych. Stara się on raczej argumentować, iż, jak już wspomniano, jego potencjalnie „prawotwórcze” rozstrzygnięcia, jak np. te dotyczące praw dorozumianych, czy pozytywnych obowiązków państw-stron, stanowią po prostu wynik interpretacji Konwencji. Jest to zrozumiałe, ponieważ w przeciwnym wypadku ETPC otwarcie przyznałby się do przekroczenia swojej kompetencji, która zgodnie z art. 32 ust. 1 EKPC obejmuje rozpoznanie wszystkich spraw dotyczących "interpretacji i stosowania Konwencji i jej protokołów".

Wydaje się też, iż z punktu widzenia krytyki sędziowskiego aktywizmu Trybunału rozróżnienie między twórczą interpretacją a sędziowskim prawotwórstwem nie ma tak dużego znaczenia. ETPC poddawany jest bowiem często krytyce z powodu aktywizmu rozumianego po prostu jako orzekanie na korzyść praw jednostki. Krytyce tak pojmowanego aktywizmu ETPC sprzyja niewątpliwie kryzys ekonomiczny, w jakim od kilku lat znajduje się Europa, któremu towarzyszy narastający eurosceptycyzm. Costa zwraca uwagę, iż aktywizm sędziowski ETPC jest z istoty ponadnarodowy i europejski, dlatego Trybunał ten staje się symbolicznym wręcz

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, s. 122.

<sup>59</sup> Zob. A. Kozłowski, *Wpływ sądownictwa międzynarodowego na rozwój prawa międzynarodowego*, (w:) J. Kolasa (red.), *Współczesne sądownictwo międzynarodowe. Tom II, Wybrane zagadnienia prawne*, Wrocław 2010, s. 53.

<sup>60</sup> *Ibidem*, s. 55.

<sup>61</sup> T. Ginsburg, *International Judicial Lawmaking*, (w:) S. Voigt, M. Albert, D. Schmitthen (red.) *International Conflict Resolution*, Tübingen 2005, s. 155.



i łatwym obiektem krytyki<sup>62</sup>. Zwraca się też uwagę na spadek popularności praw człowieka w ostatnim okresie. W tej sytuacji stanowisko orzecznicze ETPC, którego wyroki, często wbrew krajowym tendencjom, przyznają ochronę także „mniej popularnym” kategoriom społecznym włączając w to więźniów, przestępców, imigrantów, włóczęgów, czy osoby należące do mniejszości, skutkuje raczej dolewaniem przysłowiowej oliwy do ognia, aniżeli łagodzeniu tej krytyki. Za przykład mogą tu posłużyć orzeczenia Trybunału w sprawach dotyczących przywrócenia praw wyborczych więźniów, które spotkały się z kontestacją ze strony władz krajowych Zjednoczonego Królestwa. Po odmowie przyjęcia przez Izbę Gmin zmian w prawie umożliwiających wykonanie wyroku ETPC w sprawie *Hirst*, pojawiły się głosy za wycofaniem się tego kraju spod jurysdykcji ETPC<sup>63</sup>, a Minister Sprawiedliwości, Clark, zapowiedział podjęcie przez rząd Zjednoczonego Królestwa działań na rzecz zmiany relacji między strasburskim Trybunałem a władzami krajowymi. W Deklaracji z Brighton z 20 kwietnia 2012 r., której zasadniczym celem było zmniejszenie napływu ogromnej ilości skarg do ETPC, przewidziano, na skutek inicjatyw brytyjskich, zamieszczenie w preambule EKPC wzmianki o marginesie oceny przysługującym władzom krajowym. W tekście Deklaracji zwrócono też uwagę, iż Konwencja została przyjęta na podstawie m.in. „suwerennej równości państw” oraz zwrócono uwagę, iż „Trybunał działa jako zabezpieczenie na wypadek tych naruszeń, które nie zostały naprawione na poziomie krajowym”<sup>64</sup>.

Na wstępie wspomniano o paradoksie polegającym na tym, iż ETPC jest krytykowany nie tylko za orzecznictwo aktywistyczne, ale także z powodu orzeczeń uznawanych za wstrzeźliwe. W sytuacjach, gdy ETPC orzeka w sposób pasywistyczny, a zatem nie stwierdza naruszenia Konwencji przyznając np. władzom krajowym szeroki margines oceny, staje się również obiektem krytyki. Krytyka ta pochodzi jednak z innych kręgów, nie władz krajowych, ale przede wszystkim organizacji pozarządowych aktywnych w sferze ochrony praw człowieka, środowisk akademickich itp. Zgodzić się tu można ze wspomnianą już tezą Mahoneya, iż zarówno aktywizm, jak i pasywizm strasburskiego, Trybunału są składnikami ciągłego procesu stosowania praw chronionych przez EKPC poprzez sądową interpretację<sup>65</sup>. Tezę tę należałoby jednak uzupełnić o spostrzeżenie, iż interpretacji i stosowaniu Konwencji nieuchronnie towarzyszy krytyka Trybunału, co uznać należy za zjawisko normalne. ETPC rozstrzygając o standardach europejskich praw człowieka musi bowiem dokonywać wyborów, które podlegają ocenie. Rzecz w tym, aby krytyka ta działała w odniesieniu do Trybunału nie jako czynnik blokujący, ale raczej korygujący jego orzeczniczą działalność.

Podjęty tu wątek rozważań dotyczący krytyki aktywizmu ETPC łączy się bezpośrednio z problematyką zagrożeń związanych ze zjawiskiem aktywizmu sędziowskiego ETPC, o czym mowa w dalszej części tego opracowania.

---

<sup>62</sup> J.P. Costa (przypis 25), s. 12.

<sup>63</sup> Zob. wyrok ETPC z dnia 5 października 2005 r. w sprawie nr 74025/01, *Hirst v. Zjednoczone Królestwo nr 2*, Trybunał uznał, iż ogólny i automatyczny zakaz udziału w wyborach w stosunku do osób osadzonych, stanowi naruszenie EKPC. Ponieważ władze Zjednoczonego Królestwa zignorowały ten wyrok, w listopadzie 2011 (w sytuacji wniesienia ok. 2500 skarg przez osadzonych), Trybunał w sprawie *Greens and M.T.* zobowiązał Zjednoczone Królestwo do zmiany przepisów w terminie 6 miesięcy. W tej sytuacji Wielkiej Brytanii pojawiły się głosy za wycofaniem się tego kraju spod jurysdykcji Trybunału. Zob. szerzej G. Letsas, *In Defense of the European Court of Human Rights*, <http://www.ucl.ac.uk/human-rights/news/documents/prisoners-vote.pdf>.

<sup>64</sup> High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration, <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration>.

<sup>65</sup> P. Mahoney (przypis 28), s. 78.

## 5. Zagrożenia związane z aktywizmem ETPC

Aktywizm ETPC może być uznany za problematyczny z punktu widzenia zasady subsydiarności, zgodnie z którą, w pewnym uproszczeniu, to w pierwszym rzędzie do władz krajowych, należy ochrona praw jednostki. Ochrona na poziomie międzynarodowym natomiast pełni rolę uzupełniającą, wkraczając dopiero wówczas, gdy ochrona praw przewidzianych w Konwencji przez władze krajowe zawodzi. Można tu też postawić pytanie, czy aktywizm strasburskiego Trybunału stanowi zagrożenie w kontekście całego systemu prawa międzynarodowego? Idzie tu zwłaszcza o zagrożenie związane ze zjawiskiem określanym jako fragmentacja prawa międzynarodowego<sup>66</sup>. Zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego łącznie jest przede wszystkim ze wzrostem ilości międzynarodowych organów sądowych wykonujących funkcję orzeczniczą w ramach podsystemów prawa międzynarodowego. Kwiecień zauważa, iż ryzyko zagrożenia jedności i powszechności prawa międzynarodowego w wyniku zjawiska multiplikacji sądów międzynarodowych istnieje wówczas, gdy sądy regionalne, a także specjalne, orzekać będą w sposób odmienny od wzorców orzeczniczych Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Zagrożenie stanowi także rozbieżność i konflikty orzeczeń poszczególnych trybunałów międzynarodowych<sup>67</sup>.

Jak już wspomniano Trybunał strasburski począwszy od wyroku z 1975 r. w sprawie *Golder* uznał, iż obowiązują go reguły interpretacji przewidziane w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. Od tego czasu Trybunał konsekwentnie, chociaż stosunkowo rzadko, biorąc pod uwagę ilość wydawanych orzeczeń, wykorzystuje w swoim orzecznictwie zasady interpretacji KWPT. Stosowanie tych reguł służy niewątpliwie podkreśleniu związków systemu EKPC z ogólnym prawem międzynarodowym oraz legitymizacji orzecznictwa strasburskiego. Co więcej, w sprawach rozpoznawanych przez strasburski Trybunał pojawiają się coraz częściej zagadnienia związane z prawem międzynarodowym, takie m.in. jak jurysdykcja terytorialna i pozaterytorialna, prawo konfliktów zbrojnych, sukcesja państw, czy charakter prawny środków tymczasowych<sup>68</sup>. ETPC odwołuje się zatem niejednokrotnie do instytucji ogólnego systemu prawa międzynarodowego nie kontestując jego zasad. Aktywizm orzeczniczy ETPC nie powinien być zatem postrzegany jako zagrożenie z punktu widzenia systemu prawa międzynarodowego, a zwłaszcza jego jedności<sup>69</sup>. Dorobek orzeczniczy ETPC jest uznawany za ważny wkład w rozwój prawa międzynarodowego, a sam Trybunał stawiany jako przykład roli, jaką sąd międzynarodowy może odgrywać w wyjaśnianiu i rozwoju prawa międzynarodowego<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Zob. B. Simma, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, *European Journal of International Law* 2009, vol. 20, nr 2, s. 270.

<sup>67</sup> Zob. szerzej R. Kwiecień, *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego. Problemy wybrane*, Warszawa 2011, s. 99-100.

<sup>68</sup> L. Caflisch, *International Law and the European Court of Human Rights*, *Dialogue Between Judges* 2007, s. 40.

<sup>69</sup> W. Czapliński zauważa, iż nawet jeżeli sądy międzynarodowego wyspecjalizowane rozstrzygają spory z konkretnej wąskiej dziedziny prawa międzynarodowego, to i tak poruszają się na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego. Dla tego autora przejawem tego jest m.in. to, iż wszystkie sądy międzynarodowe przyjmują zasady wykładni sformułowane w KWPT. Zob. W. Czapliński, *Multiplikacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego*, (w:) J. Kolasa, A. Kozłowski, *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja?*, Wrocław 2007, s. 111.

<sup>70</sup> J.G. Merrills (przypis 14), s. 253.

Aktywizm ETPC staje się natomiast problematyczny w konfrontacji z krajowymi porządkami prawnymi. Wprawdzie, jak już wspomniano, swoją dyplomatyczną polityką orzeczniczą, charakterystyczną zwłaszcza dla pierwszego okresu działalności ETPC, organ ten zdołał sobie pozyskać zaufanie państw-stron. Autorytet, jaki zyskał sobie Trybunał jako najważniejszy międzynarodowy organ sądowy w Europie orzekający o naruszeniach praw jednostki, przyczynia się również do respektowania jego orzeczeń. O problemie legitymizacji ETPC będzie mowa w dalszej części tego opracowania. Mimo to jednak można mówić o iskrzeniu na styku kompetencji Trybunału oraz krajowych porządków prawnych. O ile doktryna marginesu oceny stanowi, jak o tym była już mowa, środek pozwalający na łagodzenie tego iskrzenia, o tyle aktywizm ETPC działa w odwrotnym kierunku i raczej iskrzenie to potęguje z kilku powodów. Po pierwsze, zasadniczy efekt aktywistycznego orzecznictwa Trybunału, tj. poszerzanie zakresu praw chronionych przez EKPC, skutkuje rozszerzaniem zakresu obowiązków państw-stron wynikających z tej Konwencji. Dobrym przykładem może tu być wspomniana już koncepcja obowiązków pozytywnych, która doprowadziła do istotnego zwiększenia wymogów w zakresie ochrony praw jednostki w odniesieniu do władz krajowych. Aktywistyczne orzecznictwo ETPC wiąże się też z tworzeniem stanu niepewności co do zakresu obowiązków państw-stron.

Po drugie, ETPC rozwijając prawo Konwencji ustala standardy w zakresie praw człowieka dla 47 demokratycznych państw europejskich sam nie pochodząc z demokratycznych wyborów. Trybunał decyduje zatem o sprawach, które na poziomie krajowym rozstrzygane są w ramach procedur demokratycznych, gdzie decyzje zapadają na zasadzie większości. Jest to jedna z przyczyn, z powodu których aktywizm ETPC postrzegany jest z pewną nieufnością z perspektywy krajowych porządków prawnych. Zwraca się przy tym uwagę, iż nieufność ta wynika ze zderzenia różnych sfer konstytucjonalizmu<sup>71</sup>. Wiąże się to zwłaszcza z tym, iż ETPC jest uznawany, jak już wspomniano, coraz częściej za trybunał o charakterze konstytucyjnym, co budzi niekiedy zastrzeżenia z punktu widzenia krajowych wartości konstytucyjnych. Prawnicy skandynawscy zwracają też uwagę na obiekcje z perspektywy krajowego konstytucjonalizmu związane z rozwijaniem standardów Konwencji przez ETPC poprzez precedensy *de facto*<sup>72</sup>. Europejski Trybunał Praw Człowieka jest bowiem "sądem precedensu", a rozwijane przez niego „prawo” Konwencji ma charakter precedensowy<sup>73</sup>. Jak trafnie zauważył były przewodniczący Trybunału, Costa, tendencja aktywistyczna ETPC stanowi źródło krytycyzmu zarówno ze strony sądów krajowych, szczególnie sądów najwyższych, które z niechęcią podchodzą do podważania ich orzeczeń przez Trybunał, a także ze stron państw-stron, które uważają, iż pewne decyzje powinny pozostawać w sferze kompetencji i odpowiedzialności rządów oraz parlamentów krajowych<sup>74</sup>.

W dniu 24 czerwca 2013 r. został otwarty do podpisu Protokół 15 do EKPC. Przewiduje on m.in. zmianę w preambule do Konwencji o następującej treści: „Potwierdzając, iż na Wysokich Układających się Stronach, zgodnie z zasadą subsydiarności, spoczywa podstawowa odpowiedzialność za zapewnienie praw i wolności określonych w niniejszej Konwencji i protokołach do niej, oraz iż czyniąc to korzystają one z marginesu oceny poddanego nadzorowi

---

<sup>71</sup> J. Husa, *Nordic Constitutionalism and European Human Rights Law – Mixing Oil with Water?*, Scandinavian Studies in Law 2011, vol. 55, s. 102.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Zob. szerzej m.in. M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, s. 143-232 i 270-271.

<sup>74</sup> J.P. Costa (przypis 27), s. 11.

jurysdykcyjnemu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ustanowionego przez Konwencję". W Raporcie wyjaśniającym do Protokołu 15 uzasadniono tę zmianę stosunkowo lakonicznie stwierdzając, iż ma ona na celu „wzmocnienie transparentności i dostępności tych cech systemu Konwencji”, tj. zasady subsydiarności oraz doktryny marginesu oceny. Idzie też o „zgodność z doktryną marginesu oceny rozwiniętą w orzecznictwie Trybunału”. Postulat ten zawarty został w Deklaracji z Brighton, która przypominała ponadto o zobowiązaniu państw-stron do zapewnienia pełnej skuteczności ich zobowiązania do zapewnienia praw i wolności określonych w Konwencji<sup>75</sup>.

Doktryna marginesu oceny jest dobrze znana państwom-stronom Konwencji, o czym świadczy częste powoływanie się na tę zasadę przez władze krajowe w postępowaniach przez ETPC. Dodanie zatem wzmianki do Preambuły Konwencji o zasadzie subsydiarności oraz doktrynie marginesu oceny przy jednoczesnym pominięciu innych zasad interpretacyjnych EKPC wypracowanych w orzecznictwie strasburskim, w tym zasady efektywności czy wykładni dynamicznej, może budzić zastrzeżenia. We kontekście wspomnianych już starań rządu Zjednoczonego Królestwa o zmianę relacji między strasburskim Trybunałem a władzami krajowymi, zabieg ten można odczytać jako położenie akcentu na konieczność zachowania sędziowskiej wstrzemięźliwości przez Trybunał przy jednoczesnym ograniczeniu przez państwa-strony aktywistycznych zapędów ze strony Trybunału.

## 6. Aktywizm sędziowski a problem legitymizacji strasburskiego Trybunału

Trybunały o charakterze międzynarodowym nie posiadają systemu egzekwowania ich orzeczeń tak, jak sądy krajowe. Uważa się, iż z tego właśnie powodu poszanowanie i wykonywanie ich orzeczeń uzależnione jest od stopnia ich legitymizacji. Uznawanie instytucji za legitymizowaną wiąże się przede wszystkim z oceną jakości jej autorytetu<sup>76</sup>. Między zjawiskiem aktywizmu sędziowskiego a problematyką legitymizacji organu sądowego, w którym ten aktywizm występuje, istnieje bezpośredni związek. W przypadku trybunałów europejskich zwraca się m.in. uwagę, iż nadmierny aktywizm sędziowski może wiązać się z osłabieniem ich autorytetu i w konsekwencji rosnącą niechęcią po stronie sądów krajowych oraz rządów państw do realizowania wyroków tych trybunałów<sup>77</sup>. Pogląd ten jednak nie jest powszechnie podzielany w doktrynie. Zauważa się bowiem, iż opiera się on raczej na pewnym stereotypowym postrzeganiu aktywizmu sędziowskiego. Jest on w związku z tym kwestionowany z naukowego punktu widzenia<sup>78</sup>.

W odniesieniu do strasburskiego Trybunału zwraca się uwagę na brak systematycznych i całościowych badań dotyczących jego legitymizacji<sup>79</sup>. Problemy z legitymizacją tego organu

---

<sup>75</sup> Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/Prot15ECHR.htm>.

<sup>76</sup> L. R. Helfer and K.J. Alter, *Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts*, *Theoretical Inquiries in Law* 2013, vol. 14, s. 4 - [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2154129](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154129).

<sup>77</sup> Zob. M. Dawson, B. De Witte, E. Mur, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham i Massachusetts 2013, s. 2-10.

<sup>78</sup> L. R. Helfer and K.J. Alter (przypis 76), s. 3.

<sup>79</sup> B. Çali, A. Koch, N. Bruch, *The Legitimacy of the European Court of Human Rights: The View from the Ground*, Strasbourg, 2011, <http://ecthrproject.files.wordpress.com/2011/04/ecthrlegitimacyreport.pdf>, s. 3.

sądowego wiążą się przede wszystkim z nadmierną ilością skarg, które wpływają do ETPC. Charakterystyczne jest jednak to, iż w raporcie z badań nad postrzeganiem legitymizacji ETPC prowadzonych ostatnio przez ośrodki akademickie ze Zjednoczonego Królestwa i Danii, w ogóle właściwie nie pojawia się zagadnienie aktywizmu strasburskiego Trybunału<sup>80</sup>. Autorzy tego raportu jako jedno z najistotniejszych ustaleń swoich badań uznali to, iż Trybunał cieszy się wysokim poziomem "konstytucyjnej legitymizacji" ze strony krajowych polityków, sędziów i prawników<sup>81</sup>. Skoro Trybunał cieszy się dużym poparciem jako instytucja interweniująca w wewnątrz krajowe decyzje dotyczące ochrony praw jednostki, legitymizacji tej nie są w stanie pomniejszyć nawet wydawane przez Trybunał niepopularne orzeczenia<sup>82</sup>.

Można zgodzić się, iż zachodzi tu swoista relacja zwrotna między legitymizacją Trybunału a wykonywaniem jego wyroków przez państwa-strony. Trybunał zyskuje bowiem na autorytecie, jeżeli państwo wykonuje jego orzeczenia, i traci, jeżeli orzeczenia te nie są wykonywane<sup>83</sup>. Przykład dotyczący odmowy wykonania przez brytyjski parlament orzeczenia Trybunału dotyczącego praw wyborczych więźniów pokazuje jednakże, iż problem legitymizacji i związanej z tym skuteczności Trybunału jest nieustannie obecny w jego działalności. W tym kontekście aktywizm ETPC polegający na wydawaniu orzeczeń coraz bardziej wymagających w stosunku do państw-stron może spowodować problemy z jego legitymizacją. Zwraca się uwagę, iż odmowa wykonania orzeczeń Trybunału ze strony tak znaczących państw-stron EKPC jak Zjednoczone Królestwo jest szczególnie dotkliwa dla prestiżu tego międzynarodowego organu sądowego. Dothan argumentuje, iż z tego powodu ETPC skłonny jest wymagać więcej od państw środkowo i wschodnioeuropejskich<sup>84</sup>. Warto przypomnieć, iż swego czasu ETPC był krytykowany za stosowanie podwójnych standardów wobec tych państw, co polegało na ich łagodniejszym traktowaniu<sup>85</sup>.

Można zgodzić się, iż kontynuowanie linii aktywizmu sędziowskiego wymaga od Trybunału pewnej dozy dyplomacji. Jednakże aktywizm sędziowski ETPC, który miałby polegać na taktyce opartej na stosowaniu nierównych wymagań w stosunku do różnych państw-stron Konwencji, budzi zasadniczy sprzeciw. Przypomnijmy, iż postulat wspomnianego już Mahoneya dotyczący konieczności zachowania równowagi w systemie Konwencji między aktywizmem i pasytywizmem wydaje się w pełni uzasadniony z punktu widzenia utrzymywania legitymizacji Trybunału na odpowiednim poziomie. Rzecz jednak w tym, iż ograniczenie aktywizmu sędziowskiego Trybunału oznaczać może po prostu stagnację całego systemu. ETPC nie został bowiem powołany wyłącznie po to, by potwierdzać zgodność z Konwencją rozstrzygnięć władz krajowych. ETPC staje zatem nieustannie wobec dylematu - rozwój i ochrona praw jednostki wymagają aktywistycznego orzecznictwa, jednak nadmierny aktywizm może podważać to, co uznaje się za jedno z najpoważniejszych osiągnięć systemu EKPC, a mianowicie jego skuteczność.

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, s. 3.

<sup>81</sup> *Ibidem*, s. 35.

<sup>82</sup> *Ibidem*, s. 35

<sup>83</sup> S. Dothan, *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, Chicago Journal of International Law, vol. 12, nr 1, s. 115.

<sup>84</sup> *Ibidem*, s. 115-116.

<sup>85</sup> Obawy te dotyczyły zwłaszcza Rosji, co do której podnoszono, iż nie jest w stanie dostosować się do minimalnych standardów ochrony praw człowieka wymaganych od członków Rady Europy. Zob. szerzej R. Harmsen, *The European Convention on Human Rights after Enlargement*, International Journal of Human Rights 2001, vol. 5, nr 4, s. 19.

## 7. Podsumowanie

Pojęciu aktywizmu sędziowskiego ETPC przypisywane są różne znaczenia, jednak podstawową rolę odgrywa z pewnością aktywizm w sensie interpretacyjnym, a zatem dokonywanie wykładni Konwencji *pro libertate*, co pozostaje wiodącą cechą orzecznictwa strasburskiego. Jest to przy tym cecha wynikająca z logiki systemu EKPC, którego celem jest, zgodnie z preambułą Konwencji, „ochrona oraz rozwój praw człowieka i podstawowych wolności”. Aktywizm ETPC nie powinien być postrzegany jako zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego, ale raczej jako problem z punktu widzenia krajowych systemów prawa. Potencjalnymi adwersarzami aktywizmu ETPC, którego efektem jest poszerzanie zakresu praw chronionych Konwencją, są przede wszystkim państwa-strony EKPC.

Aktywizm sędziowski Trybunału strasburskiego rozwijał się od drugiej połowy lat 70-tych. Przyjęcie Deklaracji z Brighton oraz Protokołu 15 do Konwencji, który wprowadza wzmiankę o korzystaniu przez państwa-strony z marginesu oceny, w obliczu trwającego kryzysu, narastającego eurosceptycyzmu i krytyki Trybunału, może oznaczać nowy etap w rozwoju orzecznictwa strasburskiego cechujący się ograniczaniem aktywizmu sędziowskiego w porównaniu z okresem ostatnich 30 lat. Trudno jednak wyobrazić sobie ETPC orzekający głównie w sposób pasywistyczny. Oznaczałoby to bowiem stagnację całego systemu i jego kryzys, a także podważałoby sens jego istnienia. Trybunał stoi dziś zatem przed poważnym wyzwaniem. Możliwość dalszego rozwijania konwencyjnych standardów wymaga zaufania i woli politycznej ze strony państw-stron EKPC. Od mądrości strasburskiego Trybunału zależeć będzie to, czy zdoła zachować swój autorytet, od czego zależy skuteczność całego systemu, nie zaprzestając jednocześnie urzeczywistniać ducha Konwencji w dynamicznym procesie rozwoju swojego orzecznictwa.

## Literatura

1. Balcerzak M., *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008.
2. Blois de M., *The Fundamental Freedom of the European Court of Human Rights*, (w:) Lawson R., de Blois M., *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of G. Schermers*, Dordrecht-Boston-London 1994, vol. III.
3. Bossuyt M., *Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social Security Regulations*, *Human Rights Law Journal* 2007, vol. 28, nr 9-12.
4. Caflisch L., *International Law and the European Court of Human Rights*, *Dialogue Between Judges* 2007.
5. Çalı B., Koch A., Bruch N., *The Legitimacy of the European Court of Human Rights: The View from the Ground*, Strasbourg, 2011, <http://ecthrproject.files.wordpress.com/2011/04/ecthrlegitimacyreport.pdf>.
6. Choudhry S., Hunter C. E., *Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE*, *McGill Law Journal* 2003, vol. 48.
7. Christoffersen J., Madsen M.R., *Introduction: The European Court of Human Rights between Law and Politics*, (w:) Christoffersen J., Madsen M. R (red.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford 2011.
8. Costa J.P., *Current Challenges for the European Court of Human Rights*, A Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture in Human Rights, Leiden Law School, Saturday 10 December 2011, <http://media.leidenuniv.nl/legacy/current-challenges-for-the-european-court-of-human-rights--sackler-lecture-by-costa-doc.pdf>.
9. Czapliński W., *Mulitplikacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego*, (w:) Kolasa J., Kozłowski A., *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja?*, Wrocław 2007.
10. Dawson M., Witte De B., Mur E., *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham i Massachusetts 2013.
11. Dothan S., *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, nr 1.
12. Friedman B., *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2009.
13. Garlicki L., *Prawo do życia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, *Gdańskie Studia Prawnicze* 2004, t. 12.
14. Garlicki L., *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2008, nr 4.
15. Harmsen R., *The European Convention on Human Rights after Enlargement*, *International Journal of Human Rights* 2001, vol. 5, nr 4.
16. Helfer L. R. and Alter K.J., *Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts*, *Theoretical Inquiries in Law* 2013, vol. 14, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2154129](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154129).
17. Husa J., *Nordic Constitutionalism and European Human Rights Law – Mixing Oil with Water?*, *Scandinavian Studies in Law* 2011, vol. 55.

18. Kozłowski A., *Wpływ sądownictwa międzynarodowego na rozwój prawa międzynarodowego*, (w:) Kolasa J. (red.), *Współczesne sądownictwo międzynarodowe. Tom II, Wybrane zagadnienia prawne*, Wrocław 2010.
19. Kwiecień R., *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego. Problemy wybrane*, Warszawa 2011.
20. Letsas G., *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights*, Oxford 2007.
21. Letsas G., *In Defense of the European Court of Human Rights*, <http://www.ucl.ac.uk/human-rights/news/documents/prisoners-vote.pdf>.
22. Macdonald R.St.J., *The Margin of Appreciation*, (w:) Macdonald R.St.J., Matscher F., Petzold H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London 1993.
23. Madsen M.R., *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrant Jurisprudence*, (w:) Christoffersen J., Madsen M.R., *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, New York 2011.
24. Mahoney P., *Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, *Human Rights Law Journal* 1990, nr 11.
25. Merrills J.G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester 1995.
26. Mik C., *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, (w:) Białkocerkiewicz J., Balcerzak M., Czeczko-Durlak A. (red.), *Księga Jubileuszowa Prof. dra hab. Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004.
27. Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005.
28. Popovic D., *Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in The Jurisprudence of the European Court Of Human Rights*, *Creighton Law Review* 2009, vol. 42, nr 3.
29. Simma B., *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, *European Journal of International Law* 2009, vol. 20, nr 2.
30. Thielbörger P., *Judicial passivism at the European Court of Human Rights*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2012, vol. 19, nr 3.
31. van Dijk P., van Hoof G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague-Boston-London 1998.
32. Visser de M., *A Cautionary Tale Some Insights Regarding Judicial Activism from the National Experience*, Maastricht 2012.
33. Wildhaber L., *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Journal* 2002, nr 21.
34. Zarbiyev F., *Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis*, *Journal of International Dispute Settlement* 2012, vol. 3.

### Orzecznictwo

1. Wyrok ETPC z dnia 2 października 2001 r. w sprawie nr 36022/97, *Hatton i inni v. Zjednoczone Królestwo*.



2. Wyrok ETPC z dnia 7 sierpnia 2003 r. nr 36022/97, *Hatton i inni przeciwko Zjednoczonym Królestwu*.
3. Wyrok ETPC z dnia 21 lutego 1975 r. w sprawie nr 4451/70, *Golder v. Zjednoczone Królestwo*.
4. Wyrok ETPC z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie nr 5856/72, *Tyrer v. Zjednoczone Królestwo*.
5. Wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 1978 r. w sprawie nr 6232/73, *König v. Niemcy*.
6. Wyrok ETPC z dnia 5 października 2005 r. w sprawie nr 74025/01, *Hirst v. Zjednoczone Królestwo nr 2*.
7. Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2004 r., w sprawie nr 53924/00, *Vo v. Francja*.
8. Wyrok ETPC z dnia 9 października 1979 r. w sprawie nr 6289/73, *Airey v. Irlandia*.

# Dialog między Trybunałem Konstytucyjnym a Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w sprawach dotyczących swobody wypowiedzi

*Dorota Głowacka\**

## 1. Uwagi wstępne

Swoboda wypowiedzi chroniona jest na mocy art. 54 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej oraz art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zarówno Trybunał Konstytucyjny jak i Europejski Trybunał Praw Człowieka traktują wolność słowa jako kluczowe prawo dla każdego demokratycznego społeczeństwa<sup>1</sup>. Bez swobody wypowiedzi nie ma niezbędnej w demokracji wymiany informacji i poglądów oraz aktywnego udziału jednostek w życiu publicznym. Można by zatem oczekiwać, że wykładnia art. 54 ust. 1 Konstytucji dokonywana przez TK prowadzić będzie do analogicznego podejścia jak wypracowane przez ETPC na gruncie art. 10 EKPC. Tymczasem spojrzenia obu Trybunałów nie zawsze są w tym zakresie całkowicie zbieżne.

Niniejszy artykuł omawia dwa przykłady pokazujące, że rozstrzygnięcia TK niekiedy kontrastują ze standardami stosowanymi w sprawach związanych ze swobodą wypowiedzi w praktyce ETPC. Pierwszy przykład dotyczy regulacji autoryzacji wypowiedzi prasowej (art. 14 w zw. art. 49 ustawy prawo prasowe<sup>2</sup>), którą w 2008 r. TK uznał za zgodną z Konstytucją (SK 52/05<sup>3</sup>). Niespełna trzy lata później ETPC, orzekając na kanwie tej samej sprawy, nie tylko stwierdził naruszenie art. 10 EKPC (sprawa *Wizerkaniuk v. Polska*<sup>4</sup>), ale jednocześnie bezpośrednio skrytykował argumentację przedstawioną w uzasadnieniu orzeczenia TK. Tego rodzaju rozstrzygnięcie jest dla państwa szczególnie dotkliwe, ponieważ nie odnosi się tylko do jednostkowej decyzji sądów, ale identyfikuje szerszy problem istniejący w praktyce stosowania prawa, a nierzadko także w krajowym ustawodawstwie. Drugi przykład odnosi się do przepisów o znieważeniu prezydenta. Tym razem stanowisko TK przedstawione w orzeczeniu o sygn. P 12/09<sup>5</sup>, stwierdzającym zgodność z Konstytucją art. 135 pkt 2 kodeksu karnego<sup>6</sup> (k.k.), wyraźnie nie koresponduje z utrwaloną już wcześniej strasburską linią orzecniczą. We wszystkich sprawach bowiem, w których ETPC rozstrzygał dotychczas dylemat między swobodą wypowiedzi a ochroną autorytetu głowy państwa, orzekał na rzecz wolności słowa, stwierdzając – w większości jednogłośnie – naruszenie art. 10 Konwencji.

## 2. Spór trybunałów o autoryzację wypowiedzi prasowej

Jerzy Wizerkaniuk, redaktor naczelny „Gazety Kościańskiej”, w 2003 r. został oskarżony

---

\* Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, koordynatorką programu „Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce” Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka.

<sup>1</sup> Zob. m. in. wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie 5493/72 *Handyside v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 49 oraz wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, pkt 2.2.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe, Dz.U. z 1984 r., Nr 5, poz. 24 ze zm.

<sup>3</sup> Wyrok TK z dnia 29 września 2008 r., SK 52/05.

<sup>4</sup> Wyrok ETPC z dnia 5 lipca 2011 r. w sprawie 18990/05, *Wizerkaniuk v. Polska*.

<sup>5</sup> Wyrok TK z dnia 6 lipca 2011 r., P 12/09.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.

o popełnienie przestępstwa niedopełnienia obowiązku autoryzacji wypowiedzi na mocy art. 49 w zw. z art. 14 p.p. Zgodnie z tą regulacją, dziennikarz, na żądanie swojego interlokutora, ma obowiązek udostępnić mu wypowiedź do autoryzacji przed publikacją. Artykuł 49 p.p. przewiduje odpowiedzialność karną za niedopełnienie tego obowiązku w postaci kary grzywny lub kary ograniczenia wolności.

Wizerkaniuk opublikował wywiad, opatrzony zdjęciem posła na Sejm RP, bez jego wyraźnej i jednoznacznej zgody. Postępowanie w sprawie przeciwko dziennikarzowi zostało warunkowo umorzone na rok, został on ponadto zobowiązany do zapłaty kwoty 1 000 zł na wskazany przez sąd cel społeczny<sup>7</sup>. Wizerkaniuk złożył skargę konstytucyjną do TK, który w wyroku z dnia 29 września 2008 r. uznał obowiązującą instytucję autoryzacji oraz wiążące się z nią sankcje karne za zgodne z Konstytucją. Zdanie odrębne do wyroku złożył sędzia Andrzej Rzepliński. W zdaniu odrębnym zauważył m. in., że: „Gdyby Oriana Fallaci miała publikować swoje wywiady w obowiązującym w Polsce reżimie prawnym, wymagającym pod groźbą odpowiedzialności karnej autoryzacji wywiadu od osoby, która świadomie udzieliła informacji dziennikarzowi – świat nie poznałby odpowiedzi na najbardziej niewygodne pytania zadawane przez nią możliwym tego świata. Po autoryzacji, ich odpowiedzi byłyby zbiorem opracowanych przez sztab zauszników komunałów”<sup>8</sup>.

W 2005 r. Wizerkaniuk skierował także skargę do ETPC. Po wyroku TK, ETPC przyjął sprawę do rozpoznania. Dnia 5 lipca 2011 r. Trybunał w Strasburgu wydał wyrok w sprawie *Wizerkaniuk v. Polska*, jednogłośnie orzekając, iż doszło do naruszenia art. 10 EKPC gwarantującego swobodę wypowiedzi. Trybunał zasądził na rzecz skarżącego łącznie ponad 8 tys. euro tytułem odszkodowania, zadośćuczynienia i zwrotu kosztów postępowania. W uzasadnieniu wyroku, ETPC nie poprzestał na krytyce konkretnych rozstrzygnięć sądów krajowych orzekających w sprawie Wizerkaniuka, ale dokonał również krytycznej analizy polskich regulacji prawa prasowego, które stały się podstawą wymierzonej dziennikarzowi sankcji. ETPC wprost zaznaczył, że przepisów o autoryzacji „nie daje się pogodzić z celami demokratycznego społeczeństwa i ze znaczeniem swobody wypowiedzi w kontekście takiego społeczeństwa” (pkt 84 wyroku). ETPC szczególnie krytycznie ocenił rozstrzygnięcie TK w niniejszej sprawie, w pełni podzielił natomiast poglądy sędziego Rzeplińskiego zawarte w zdaniu odrębnym, w dużej mierze opierając właśnie na nich swoją własną argumentację.

W świetle standardów strasburskich zastrzeżenia budzi przede wszystkim przyjęty przez TK model rozwiązania kolizji dwóch chronionych praw, jakie znalazły się w konflikcie, a więc swobody wypowiedzi (art. 54 ust. 1 Konstytucji oraz art. 10 EKPC) i ochrony prywatności, której elementem jest ochrona czci i dobrego imienia (art. 47 Konstytucji oraz art. 8 EKPC). ETPC nie zgodził się z poglądem TK, że instytucja autoryzacji bezwzględnie służy ochronie reputacji i wizerunku osoby udzielającej informacji. Obecna regulacja nie wymaga bowiem, aby sądy oceniały, czy dziennikarz niedopełniający obowiązku autoryzowania np. wywiadu, w istocie opublikował go w kształcie wypaczającym oryginalne wypowiedzi interlokutora czy też przedstawił je w fałszywym, zmanipulowanym i zagrażającym jego reputacji kontekście. Zdaniem ETPC, konstrukcja art. 14 p.p. sprawia, że w praktyce o odpowiedzialności karnej dziennikarza decyduje brak dopełnienia „technicznej” czynności uzyskania autoryzacji, a nie

---

<sup>7</sup> Wyrok SR w Poznaniu z dnia 30 kwietnia 2004 r., V K 458/04; wyrok SO w Poznaniu z dnia 6 października 2004 r., IV Ka 1523/04.

<sup>8</sup> Zdanie odrębne sędziego Andrzeja Rzeplińskiego do wyroku TK z dnia 29 września 2008 r., SK 52/05, pkt 27.

treść opublikowanego tekstu, choćby wiernie oddawał słowa osoby udzielającej informacji. W sprawie Wizerkaniuka, aspekt ten w ogóle nie był przedmiotem badania w postępowaniu sądowym na poziomie krajowym. W konsekwencji, ETPC wyraził wątpliwość, czy ingerencja w wolność słowa dokonana na podstawie obecnego brzmienia art. 14 EKPC istotnie służy realizacji jednego z uprawnionych celów wymienionych w art. 10 ust. 2 EKPC, tj. ochronie praw innych osób.

ETPC zwrócił także uwagę, że obecna regulacja autoryzacji zrównuje w zakresie obowiązku uzyskania zgody na publikację wypowiedzi pozycję osoby prywatnej oraz osoby publicznej udzielających wywiadu prasie. Przepisy te nie uwzględniają zatem szczególnego statusu funkcjonariuszy publicznych czy osób prowadzących działalność publiczną, na których ciąży wymóg udzielania informacji, i od których oczekuje się, aby byli przygotowani na to, że ich działania będą przedmiotem szczególnego zainteresowania społeczeństwa. ETPC zaznaczył, że w imię jakości debaty publicznej, osoby publiczne powinny brać odpowiedzialność za słowa i nie manipulować swoimi wypowiedziami *post factum*, tym bardziej, gdy świadomie, swobodnie i bezpośrednio udzielają informacji mediom. „Brak zróżnicowania w podejściu do osób publicznych i prywatnych w sprawie z zakresu wolności słowa w praktyce polskich sądów jest niezgodny z utrwaloną perspektywą Trybunału, który konsekwentnie akcentuje, że granice ochrony przed krytyką osób publicznych są znacznie węższe niż w przypadku innych obywateli” – podkreślił ETPC w uzasadnieniu swojego orzeczenia (pkt 79). Trybunał Konstytucyjny orzekając w przedmiocie skargi konstytucyjnej Wizerkaniuka, nie nadał tej okoliczności, jak się zdaje, wystarczająco doniosłego znaczenia.

Kolejny zarzut ETPC wiąże się z faktem, że wymóg autoryzacji stanowi łatwe narzędzie umożliwiające zablokowanie publikacji jakiegokolwiek wypowiedzi, którą z upływem czasu osoby udzielające informacji uznają za kłopotliwą, czy niewygodną. TK nie uwzględnił tego w swoim orzeczeniu. Tymczasem obowiązujące przepisy nie wymagają podania uzasadnienia dla odmowy autoryzacji, nie określają także ram czasowych na jej udzielenie, przez co osoby udzielające wywiadu mogą swobodnie odwlekać publikację. Jednocześnie ETPC wielokrotnie podkreślał, że funkcjonowanie w systemie prawnym wszelkich tzw. „uprzednich ograniczeń” (*prior restraints*) warunkujących rozpowszechnianie wypowiedzi prasowej musi być obwarowane precyzyjnymi gwarancjami chroniącymi przed arbitralnym nadużywaniem danego uprawnienia. Trybunał strasburski zaznaczył, że konsekwencje istnienia uprzednich ograniczeń dla publikacji, do których zalicza się obowiązek uzyskania autoryzacji, mogą być szczególnie dotkliwe, gdy materiał prasowy dotyczy aktualnych zjawisk i problemów społecznych. Taki materiał jest według Trybunału zanikającym dobrem (*perishable commodity*), którego wartość maleje wraz z upływem czasu<sup>9</sup>. W świetle tych argumentów, zdaniem ETPC, obowiązek autoryzacji w nieuzasadniony sposób spowalnia przepływ informacji między dziennikarzami a społeczeństwem, a także nakłada nieproporcjonalny ciężar na dziennikarzy i redakcje.

ETPC nie podzielił także argumentów przedstawionych przez TK, według których nałożenie obowiązku autoryzacji wypowiedzi nie jest ingerencją prowadzącą do naruszenia istoty wolności słowa, ponieważ dziennikarz posiada możliwość przedstawienia tych samych poglądów w sposób opisowy. Przytaczanie cudzych wypowiedzi nie jest bowiem objęte obowiązkiem autoryzacji na gruncie p.p. TK przywiązał dużą wagę do tej okoliczności,

---

<sup>9</sup> Wyrok ETPC z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie 13585/88, *Observer i Guardian v. Zjednoczone Królestwo*.

wskazując, że w związku z tym nie dochodzi do całkowitego zablokowania wypowiedzi. Jak zauważył jednak ETPC, taka regulacja jest „paradoksem” (pkt 86), który może zachęcać dziennikarzy do tego, aby unikali bezpośredniego cytowania interlokutorów z obawy, że powstrzymają oni publikację odmową autoryzacji. Z jednej strony, zdaniem ETPC, ogranicza to wolność dziennikarzy do podania dokładnej treści wypowiedzi, gdy uznają, że jest to niezbędne dla jej właściwego odbioru. Z drugiej strony, ogranicza także prawo opinii publicznej do poznania oryginalnej treści wypowiedzi. Wydaje się przecież oczywiste, że opisowe zreferowanie danej wypowiedzi zwiększa ryzyko zafałszowania wierności przekazu i, w przypadku np. polityków, może prowadzić do obniżenia transparentności życia publicznego. Zdaniem Rzeplińskiego, „zabieg z omawianiem treści ma charakter manipulacyjny i zwalnia obie strony, dziennikarza oraz jego interlokutora, z odpowiedzialności za słowo” (pkt 31 zdania odrębnego do wyroku TK). Pogląd ten podzielił w krytycznym komentarzu do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego Ireneusz C. Kamiński, wskazując na „logiczną ułomność” dokonanej w nim wykładni. Zdaniem Kamińskiego wnioskowanie TK pozostaje w sprzeczności z klasycznym prawniczym argumentem, że jeśli jest się uprawnionym „do czegoś więcej” (czyli opisu wypowiedzi), powinno się też być uprawnionym „do czegoś mniej” (czyli podania oryginału)<sup>10</sup>. Kamiński zwrócił również uwagę, że ETPC już w przeszłości kwestionował tego typu wykładnię w sprawach dotyczących wolności słowa. W orzeczeniu w sprawie *Fressoz i Roire v. Francja*<sup>11</sup> uznał na przykład za sprzeczne z EKPC ukaranie dziennikarza, gdy ten był uprawniony do upublicznienia pewnych informacji, ale nie mógł tego uczynić publikując wierne źródło, w którym ta informacja była zawarta (chodziło o dozwolone ujawnienie wysokości dochodów przy jednoczesnym zakazie publikacji zeznania podatkowego danej osoby).

ETPC podważył ponadto zasadność stosowania sankcji karnych, które grożą za niewywiązanie się z obowiązku autoryzowania wypowiedzi. Trybunał strasburski uznał, że poniesienie przez Wizerkaniuka odpowiedzialności karnej było nieproporcjonalne, a ponadto w toku procesu nie wykazano braku efektywności innych dostępnych, ale mniej dotkliwych środków prawnych. Jednocześnie ETPC zwrócił uwagę, że w polskim porządku prawnym istnieje szereg instrumentów, które pozwalają chronić interesy osób udzielających wypowiedzi mediom przed nadużyciami nierzetelnych dziennikarzy. Należą do nich m.in.: powództwo o ochronę dóbr osobistych (art. 23, 24 kodeksu cywilnego), czy prawo żądania opublikowania sprostowania (art. 31a – 33 p.p). Pogląd ten wpisuje się w utrwaloną linię orzecznictwa ETPC, który krytykuje orzekanie najsurowszych sankcji karnych (kary pozbawienia wolności) w związku z nadużyciem wolności słowa. ETPC podkreśla, że aby dały się one pogodzić z art. 10 EKPC, muszą być ograniczone do sytuacji skrajnych, wyjątkowych, tj. np. wypowiedzi nawołujących do nienawiści czy podżegających do przemocy (zob. np. *Raichinov v. Bułgaria*<sup>12</sup>, a także *Cumpăna i Mazăre v. Rumunia*<sup>13</sup>). Z kolei w sprawie *Castells v. Hiszpania*, ETPC uznał, że „sankcje karne w przypadku ingerencji w wolność wypowiedzi powinny być

---

<sup>10</sup> I.C. Kamiński, *Autoryzacja wypowiedzi a europejskie standardy swobody wypowiedzi*, (w:) A. Bodnar, D. Bychawska (red.), *Autoryzacja wypowiedzi w prawie prasowym – wyrok TK i co dalej. Materiały z konferencji*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2009, s. 24.

<sup>11</sup> Wyrok ETPC z dnia 21 stycznia 1999 r. w sprawie 29183/95, *Fressoz i Roire v. Francja*, pkt. 52-56.

<sup>12</sup> Wyrok ETPC z dnia 20 kwietnia 2006 r. w sprawie 47579/99, *Raichinov v. Bułgaria*, pkt 50.

<sup>13</sup> Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 2004 r. w sprawie 33348/96, *Cumpăna i Mazăre v. Rumunia*, pkt 115.

stosowane tylko i wyłącznie wtedy, kiedy państwa działają jako gwarant porządku publicznego<sup>14</sup>. ETPC zwracał także wiele razy uwagę na to, że sankcja karna za nadużycie wolności słowa może być uznana za nieproporcjonalną nie tylko wówczas, gdy sądy orzekają karę pozbawienia wolności, ale także, gdy zasądzają kary łagodniejsze (czemu towarzyszą liczne dolegliwości dla skazanego, m. in. wpis do Krajowego Rejestru Karnego)<sup>15</sup>.

Przedstawione wyżej racje, w ocenie ETPC sprawiają, że autoryzacja staje się środkiem „podobnym do cenzury”, tj. uniemożliwiającym zapoznanie się z oryginalną treścią wypowiedzi. Ryzyko odmowy lub przewlekania udzielenia autoryzacji oraz manipulowania wypowiedzianymi słowami, a także groźba poniesienia odpowiedzialności karnej za brak autoryzacji, mogą prowadzić do tego, że dziennikarz „aby uzyskać wywiad (...), będzie się samocenzurował, unikał zadawania niewygodnych, dociekliwych pytań, byleby zaliczyć dla swojej gazety wywiad z osobą publiczną” (pkt 28 zdania odrębnego Rzeplińskiego). ETPC podzielił w tym zakresie pogląd Rzeplińskiego, uznając, że obowiązujące przepisy dotyczące autoryzacji mogą wywierać tzw. efekt mrozący (*chilling effect*) na realizację podstawowych obowiązków i praw dziennikarskich, wpływając na samoograniczenie się mediów przy doborze poruszanych tematów w wywiadach i innych materiałach prasowych.

### 3. Zapewnianie skuteczności orzeczeniu ETPC

W kontekście rozbieżności poglądów TK i ETPC dotyczących regulacji autoryzacji w prawa prasowego warto zastanowić się, jakie mogą być skutki takiej sytuacji dla porządku prawnego i konieczności ewentualnej reformy instytucji autoryzacji. Z jednej strony wyrok TK stwierdzający zgodność z Konstytucją przepisów o autoryzacji w pewnym sensie usankcjonował obecny stan prawny. Z drugiej strony, wyroki ETPC, choć są indywidualnym aktem stosowania prawa międzynarodowego, to jednak mogą one mieć konsekwencje nie tylko dla skarżących, ale także dla całego systemu krajowego. Choć ETPC nie orzeka o zgodności (bądź jej braku) prawa wewnętrznego z tekstem Konwencji, to jednak ponieważ EKPC stanowi część polskiego porządku prawnego, należy uznać, że państwo powinno likwidować wszelkie stany prawne niezgodne z jej założeniami, m. in. poprzez stosowanie w prawie wewnętrznym standardów wynikających także z orzecznictwa strasburskiego. Zgodnie z art. 46 ust. 1 Konwencji, na państwie ciąży dwa obowiązki w związku z zapewnieniem skuteczności wyrokom ETPC: obowiązek niekwestionowania naruszenia Konwencji sformułowanego w sentencji orzeczenia i podjęcia pozytywnych działań w celu wykonania wyroku.

Na państwie spoczywa zatem zobowiązanie zapewnienia całkowitej skuteczności orzeczeń ETPC, także poprzez zagwarantowanie im odpowiedniego wpływu na praktykę krajową w jej wymiarze normodawczym, sądowym, pozasądowym. W szczególności ważne jest, by na poziomie krajowym postanowienia Konwencji stosowane były przy pełnym respektowaniu tego sposobu ich rozumienia (wykładni), który zostaje sformułowany w orzeczeniach ETPC<sup>16</sup>. Prawidłowe wykonanie wyroku ETPC nie ogranicza się zatem do zrealizowania tzw. środków indywidualnych (*individual measures*), które polegają np. na

<sup>14</sup> Wyrok ETPC z dnia 23 kwietnia 1992 r. w sprawie 11789/85, *Castells v. Hiszpania*, pkt 46.

<sup>15</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 lutego 2009 r. w sprawie 23806/03, *Długolecki v. Polska*, pkt 46.

<sup>16</sup> W. Sanetra, *Skuteczność Konwencji czy skuteczność wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) A. Wróbel (red.), *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2011, s. 77.

wypłaceniu skarżącemu słusznego zadośćuczynienia/odszkodowania przewidzianego w art. 41 EKPC, umożliwieniu wznowienia postępowania, zatarciu skazania itd. Wyrok ETPC stwierdzający naruszenie Konwencji, nakłada także na państwo zobowiązanie do przyjęcia odpowiednich „środków ogólnych” (*general measures*). Środki ogólne dotyczą wprowadzenia zmian o charakterze systemowym, np. nowelizacji wadliwego prawa, wprowadzenia potrzebnych regulacji, rozpowszechnienia treści wyroku wśród przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości, udostępnienia jej społeczeństwu, przeprowadzeniu odpowiednich szkoleń zawodowych dla prawników itd. Są to działania zmierzające przede wszystkim do zapobieżenia podobnym naruszeniom EKPC w przyszłości. Obowiązek szerokiego wykonywania wyroków ETPC, obejmujących zarówno środki indywidualne jak i ogólne, polegające w szczególności na dostosowaniu prawa krajowego do standardów ETPC wynika także z samego orzecznictwa strasburskiego, w którym utrwaliła się koncepcja tzw. „pozytywnych obowiązków państwa”<sup>17</sup>.

Powinność uwzględnienia rozstrzygnięć zawartych w wyrokach ETPC przez państwa, które ratyfikowały Konwencję w ich działalności prawodawczej dotyczy zwłaszcza tych orzeczeń, w których, tak jak w sprawie Wizerkaniuka, szeroka krytyka ETPC koncentruje się na tym, iż to przepis prawa krajowego (a nie tylko jednostkowa decyzja organów państwowych) pozostaje w sprzeczności z przepisami Konwencji. W polskim porządku prawnym, nie wprowadzono dotychczas żadnych zmian<sup>18</sup>. Jakie podjęto zatem działania? Zgodnie z zapewnieniami złożonymi przez polski rząd w „planie działania” (*action plan*), który przedstawiono Komitetowi Ministrów Rady Europy czuwającemu nad pełnym wykonaniem orzeczeń ETPC przez państwa-strony Konwencji, wytyczne zawarte w wyroku *Wizerkaniuk v. Polska* mają być uwzględniane w projektach zmian legislacyjnych dotyczących instytucji autoryzacji<sup>19</sup>. I tak w uzasadnieniu poselskiego projektu nowelizacji prawa prasowego z 23 maja 2012 r.<sup>20</sup> projektodawca rzeczywiście przywołuje na samym wstępie konieczność uwzględnienia wyroku ETPC jako jedną z głównych okoliczności leżących u podstaw potrzeby zmiany ustawy (obok konieczności dostosowania jej do szeregu wyroków TK stwierdzających niezgodność z Konstytucją innych instytucji pr. pras. uznanych za niekonstytucyjne na przestrzeni ostatnich lat<sup>21</sup>). W wyniku orzeczenia ETPC, w projekcie nowelizacji przewiduje się m. in. wykreślenie odpowiedzialności karnej za niedopełnienie obowiązku autoryzacji, co pozostaje w zgodzie z argumentacją zawartą w wyroku ETPC. W pozostałym zakresie projekt nowelizacji może budzić wątpliwości co do tego, czy w pełni uwzględnia wskazówki strasburskie. Tym niemniej, jeśli projekt nowelizacji zostałby uchwalony (choć trudno wskazać czy i kiedy to nastąpi; obecnie projekt znajduje się wciąż przed pierwszym czytaniem w komisji sejmowej<sup>22</sup>), wyrok ETPC bezpośrednio przyczyni się do usunięcia z systemu prawnego jednej z norm, która stała się podstawą ingerencji w swobodę

---

<sup>17</sup> Np. wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 2001 r. w sprawie 24699/94, *Vereingegen Tierfabriken v. Szwajcaria* (nr 1), pkt 41.

<sup>18</sup> Stan na dzień 19 marca 2013 r.

<sup>19</sup> Komitet Ministrów Rady Europy, Communication from Poland concerning the case of Wizerkaniuk against Poland, 5 listopada 2012 r., <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2246896&SecMode=1&DocId=1973984&Usage=2>, data wejścia: 19 marca 2013 r.

<sup>20</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo prasowe z 23 maja 2012 r., druk sejmowy 459.

<sup>21</sup> Wyrok TK z dnia 1 grudnia 2010 r., K 41/07; wyrok TK z dnia 14 grudnia 2011 r., SK 42/09; wyrok TK z dnia 5 maja 2004 r., P 2/03.

<sup>22</sup> Stan na dzień 19 marca 2013 r.

wypowiedzi (tj. art. 49 p.p. w zakresie odnoszącym się do odpowiedzialności za brak autoryzacji). Wdrożenie w tym przypadku jednego ze środków ogólnych wykonywania wyroków ETPC, doprowadziłoby więc ostatecznie do tego samego skutku co uznanie art. 49 w zw. z art. 14 p.p. za niekonstytucyjny przez TK.

#### 4. Ochrona autorytetu głowy państwa w świetle orzecznictwa TK i ETPC

Drugie zagadnienie, które warto przeanalizować w kontekście rozbieżności między orzecznictwem TK a standardami strasburskimi jest problematyka odpowiedzialności karnej za znieważenie prezydenta. TK wypowiedział się w tej kwestii w wyroku z 6 lipca 2011 r. (sygn. akt P 12/09) odpowiadając na pytanie prawne Sądu Okręgowego w Gdańsku. TK uznał w wydanym orzeczeniu, że art. 135 § 2 k.k. nie narusza konstytucyjnych gwarancji wolności słowa (art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji) oraz prawa do swobody wypowiedzi zagwarantowanego w art. 10 EKPC. Jednocześnie TK, choć dość szeroko odwołał się w uzasadnieniu wyroku do orzecznictwa strasburskiego, nie uwzględnił wielu utrwalonych w judykaturze ETPC poglądów wyrażonych w sprawach dotyczących ochrony czci głowy państwa.

Do czasu rozpoznania sprawy przez TK, ETPC orzekał czterokrotnie w sprawach związanych ze znieważeniem/zniesławieniem głowy państwa. Były to wyroki ws. *Pakdemirli v. Turcja*<sup>23</sup>, *Artun i Güvener v. Turcja*<sup>24</sup>, *Otegi Mondragon v. Hiszpania*<sup>25</sup> oraz *Colombani i inni v. Francja*<sup>26</sup> (w tym ostatnim przypadku ETPC analizował sankcję wymierzoną za znieważenie głowy obcego państwa). We wszystkich sprawach ETPC jednogłośnie orzekł, że doszło w nich do złamania art. 10 EKPC. Jednomyślność Trybunału w tej kwestii potwierdza najnowszy, wydany już po orzeczeniu TK, wyrok ETPC *Eon v. Francja*<sup>27</sup>, w którym stwierdzono naruszenie art. 10 EKPC w związku z ukaraniem skarżącego za znieważenie prezydenta Francji. TK, stwierdzając zgodność regulacji penalizującej znieważenie prezydenta z Konstytucją, nie dokonał jednak szczegółowej analizy wydanych wcześniej wyroków strasburskich. Wskazał bowiem, że choć „wiele interesujących poglądów zostało wyrażonych przez ETPC w związku ze stwierdzeniem naruszenia art. 10 Konwencji w sprawach dotyczących czynów skierowanych przeciwko głowie państwa”, (...) dla niniejszej sprawy znaczenie tego orzecznictwa jest ograniczone (...)”<sup>28</sup>.

Tymczasem w wyrokach ETPC podkreślano przede wszystkim, że należy dopuścić szerokie granice wolności słowa, gdy dotyczy ona kwestii politycznych bądź zagadnień o publicznym znaczeniu, w tym problematyki pełnienia funkcji publicznych. ETPC pozostawia wówczas stronom Konwencji niewielki margines swobody. Według standardów wypracowanych w ww. orzeczeniach prawidłowe sprawowanie urzędu przez prezydenta wymaga, by jego działalność mogła być poddana ocenie publicznej. Dla dobra wspólnego konieczne jest by osoba i działania głowy państwa były przedmiotem krytyki w taki sam sposób jak działania innych funkcjonariuszy publicznych i polityków. W wyroku *Otegi Mondragon v. Hiszpania*, ETPC wprost oznajmił, że przyznanie głowie państwa silniejszej

<sup>23</sup> Wyrok ETPC z dnia 22 lutego 2005 r. w sprawie 35839/97, *Pakdemirli v. Turcja*.

<sup>24</sup> Wyrok ETPC z dnia 26 czerwca 2007 r. w sprawie 7710/01, *Artun i Güvener v. Turcja*.

<sup>25</sup> Wyrok ETPC z dnia 15 marca 2011 r. w sprawie 2034/07, *Otegi Mondragon v. Hiszpania*.

<sup>26</sup> Wyrok ETPC z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie 51279/99, *Colombani i inni v. Francja*.

<sup>27</sup> Wyrok ETPC z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie 26118/10, *Eon v. Francja*.

<sup>28</sup> Wyrok TK z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. akt P 12/09, pkt. 3.4.



ochrony niż innym osobom jest co do zasady niezgodne „z duchem Konwencji”. W tym kontekście konstrukcja art.135 § 2 k.k. może budzić wątpliwości co do zgodności z art. 10 EKPC. Przepis ten gwarantuje bowiem szczególną ochronę autorytetu prezydenta RP m. in. przez surowszą odpowiedzialność sprawcy – do 3 lat pozbawienia wolności – niż w przypadku znieważenia osób prywatnych (art. 216 k.k.) czy innych funkcjonariuszy publicznych i konstytucyjnych organów Rzeczypospolitej Polskiej (art. 226 k.k. § 1 i § 3 k.k.).

TK uznając art. 135 § 2 k.k. za zgodny z Konstytucją, wyraźnie odrzucił utrwalony w orzecznictwie ETPC pogląd, że im wyżej postawiony jest funkcjonariusz publiczny, tym węższy jest zakres jego ochrony. TK stwierdził bowiem, że znieważenie prezydenta zakłóca dodatkowo ład i pokój społeczny, może osłabiać jego pozycję międzynarodową. Co więcej, TK podkreślił, że „wystąpienie przeciwko podmiotowi będącemu emanacją ustrojową dobra wspólnego, godzi w Rzeczpospolitą jako dobro wspólne wszystkich obywateli przez np. obniżenie prestiżu organów państwa, erozję zaufania obywateli do Rzeczypospolitej, i może prowadzić do stanów malejącego stopnia identyfikacji obywateli z państwem”<sup>29</sup>. Ponadto, w ocenie TK, właśnie prawnokarna ochrona przed znieważeniem jest warunkiem efektywności wykonywania urzędu prezydenta. TK przedstawił taki pogląd, pomimo że, jak wspomniano już we wcześniejszej części pracy, ETPC konsekwentnie ogranicza możliwość stosowania surowych sankcji karnych do najbardziej ekstremalnych nadużyć swobody wypowiedzi oraz często podkreśla, że odpowiedzialność karna powinna być traktowana w sprawach dotyczących wolności słowa jako środek *ultima ratio*. W świetle takich wyroków jak *Cumpăňă i Mazăre v. Rumunia*<sup>30</sup> i *Raichinov v. Bułgaria*<sup>31</sup> można zatem stwierdzić, że orzeczenie sankcji pozbawienia wolności za znieważenie głowy państwa dałoby się pogodzić z EKPC tylko wówczas, gdyby było ono związane z nawoływaniem do przemocy bądź mową nienawiści, a nie zawsze, gdy wypowiedź znieważająca wykracza jedynie poza przyjmowane standardy debaty.

Jednak główny powód, dla którego TK uznał, że znaczenie wspomnianych wyżej orzeczeń ETPC, w których rozważano kwestię ochrony autorytetu prezydenta, miało „ograniczone znaczenie” dla rozpoznania badanej sprawy, była konstatacja, iż dorobek ten „w znacznej mierze dotyczy zniesławienia, a nie znieważenia głowy państwa”<sup>32</sup>. TK uznał jednocześnie, że znieważenie zawsze pozostaje poza zakresem art. 54 Konstytucji. Tym samym odrzucił pogląd sformułowany przez ETPC m. in. w orzeczeniu *Oberschlick v. Austria*<sup>33</sup>, że nawet ostry język (obelga) w określonych okolicznościach także może zasługiwać na ochronę. Źródłem tego poglądu jest inny standard wypracowany w wyroku *Handyside v. Zjednoczone Królestwo*<sup>34</sup>, w którym stwierdzono, że „swoboda wypowiedzi nie ogranicza się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz odnosi się w równym stopniu do takich, które są głęboko krytyczne, obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój. Takie są wymagania pluralizmu i tolerancji, bez których demokracja nie istnieje”. W orzecznictwie strasburskim jako naruszenie konwencyjnej wolności słowa może być potraktowane zatem zarówno karanie za pomówienie, jak i za zniewagę.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, pkt 4.1

<sup>30</sup> Wyrok ETPC z dnia 20 kwietnia 2006 r. w sprawie 47579/99, *Raichinov v. Bułgaria*, pkt 50.

<sup>31</sup> Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 2004 r. w sprawie 33348/96, *Cumpăňă i Mazăre v. Rumunia*.

<sup>32</sup> Wyrok TK (przyapis 28), pkt 3.4.

<sup>33</sup> Wyrok ETPC z dnia 1 lipca 1997 r. w sprawie 20834/92, *Oberschlick v. Austria*, pkt 29.

<sup>34</sup> Wyrok *Handyside v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 49.

Pogląd chroniący użycie ostrego, nieumiarkowanego języka w interesie publicznym utrzymuje się w najświeższym orzecznictwie ETPC dotyczącym znieważenia głowy państwa, np. w wyroku *Eon v. Francja*. Trybunał strasburski stwierdził w nim naruszenie EKPC w przypadku mężczyzny skazanego na karę grzywny z warunkowym zawieszeniem jej wykonania za trzymanie plakatu skierowanego do Prezydenta Francji z hasłem: „Spadaj, Ty żałośny dupku” (*Cassetaipov'con*). Należy więc zauważyć, że przyjęta przez TK jednoznaczna klasyfikacja na zniesławienie i zniewagę, która miałyby skutkować odgórnym pozbawieniem ochrony wypowiedzi zakwalifikowanych do kategorii zniewag, jest sztuczna i w świetle orzecznictwa ETPC nieuzasadniona.

Na aspekt odpowiedzialności za znieważenie prezydenta zwrócili także szczególną uwagę sędziowie, którzy zgłosili zdanie odrębne do wyroku TK, Stanisław Biernat oraz Piotr Tuleja. Sędzia Biernat w zdaniu odrębnym do orzeczenia TK zgodził się co prawda z samą sentencją wyroku, ale jednocześnie przedstawił zastrzeżenia do niektórych stwierdzeń zawartych w jego uzasadnieniu, w tym również do dokonanej przez TK analizy orzecznictwa ETPC. Biernat wskazał, że w uzasadnieniu wyroku przywiązuje się nadmierną wagę do rozróżnienia zniesławienia i zniewagi w świetle judykatury ETPC, która obejmuje ochroną oba typy wypowiedzi. Zwrócił także uwagę na to, że nie ma precyzyjnie określonych granic między obiema formami ekspresji: „(K)ryteria rozróżnienia zniesławienia i zniewagi nie są tak wyraźne, jak by to mogło wynikać z uzasadnienia wyroku (TK). Przykładowo, nazwanie Prezydenta przez pewnego polityka „największym nierobem” można by kwalifikować, po pierwsze, jako zniewagę (jeśli określenie „nierób” uzna się za godzące w godność ludzką, mające na celu poniżenie człowieka), po drugie, jako zniesławienie (pomówienie o lenistwo będące właściwością, która może poniżyć w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla zajmowanego stanowiska), albo – po trzecie – jako wyrażenie krytycznej opinii w debacie publicznej co do aktywności Prezydenta, niepodlegające ściganiu karnemu przy założeniu, że politycy powinni mieć „twardą skórę” i być odporni na nieprzyjemne, choćby krzywdzące określenia”<sup>35</sup>. W tym kontekście, zdaniem sędziego Biernata sprawa *Otegi Mondragon v. Hiszpania*, której źródłem było nazwanie przez pewnego polityka króla Hiszpanii Juana Carlosa „tym, który chroni tortury i narzuca swój monarchistyczny reżim naszemu ludowi poprzez tortury i przemoc” dotyczyła zniewagi, a nie, jak uznała większość sędziów, zniesławienia głowy państwa i powinna być analizowana przez TK z takiej właśnie perspektywy.

Wśród czterech wyroków ETPC dotyczących ochrony czci głowy państwa wydanych przed orzeczeniem TK, jedynie w przypadku sprawy *Pakdemirli v. Turcja*, zdaniem TK, można uznać, że dotyczy ona problematyki znieważenia, a nie zniesławienia. Mimo to, w ocenie TK, wyrok ten również znajduje ograniczone zastosowanie przy ocenie konstytucyjności art. 135 § 2 z uwagi na to, że na skarżącego nałożono sankcję o charakterze cywilnoprawnym. W oparciu o całokształt orzecznictwa ETPC w sprawach dotyczących swobody wypowiedzi można jednak z dużym prawdopodobieństwem założyć, że skoro ETPC uznał, że sankcje cywilnoprawne naruszały EKPC, tym bardziej sprzeczne z Konwencją byłyby sankcje o charakterze karnoprawnym. Warto rozważyć zatem, czy słusznie zrezygnowano z analizy tego wyroku. Z drugiej strony, TK szeroko zbadał inny wyrok ETPC w sprawie *Tammer v. Estonia*<sup>36</sup>, w którym Trybunał strasburski uznał, iż nie doszło do naruszenia art. 10 EKPC.

---

<sup>35</sup> Zdanie odrębne sędziego TK Stanisława Biernata do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lipca 2011 r., P 12/09, pkt 3.

<sup>36</sup> Wyrok ETPC z dnia 6 lutego 2001 r. w sprawie 41205/98, *Tammer v. Estonia*, pkt. 66-68.

Istotą tego orzeczenia była jednak negatywna ocena ETPC ingerencji mediów w prywatną sferę życia skarżącego polityka, związaną ściśle z jego życiem intymnym, rodzinnym, uczuciowym, a nie ze sprawowaniem powierzonej mu funkcji publicznej. Dlatego też, orzeczenie to nie wydaje się do końca adekwatne w kontekście analizowanej problematyki znieważenia prezydenta.

Na końcu warto zwrócić uwagę na jeszcze jedno stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu wyroku TK związane z bardziej ogólną problematyką skuteczności EKPC i orzeczeń ETPC na poziomie krajowym. TK wskazał, iż nie można tracić z pola widzenia faktu, że ETPC ze swej istoty rozstrzyga o tym, czy wydane w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy orzeczenie organu krajowego (wynik stosowania przepisu w konkretnej sytuacji) jest zgodne ze standardem konwencyjnym, a nie w kwestii zgodności przepisu aktu prawa krajowego z Konwencją. Zatem poglądy formułowane przez ETPC mają bezpośrednie odniesienie jedynie do okoliczności konkretnej sprawy i związanego z nią orzeczenia organu krajowego<sup>37</sup>. W świetle argumentacji części niniejszego opracowania poświęconej zagadnieniu efektywnego wykonania wyroku *Wizerkaniuk v. Polska* (ze szczególnym uwzględnieniem „środków ogólnych” wykonywania wyroków) oraz wspomnianej koncepcji pozytywnych obowiązków państwa, trudno zgodzić się w całości z tak sformułowaną tezą. Zaprezentowana przez TK perspektywa postrzegania obowiązków państwa związanych z przestrzeganiem EKPC wydaje się zbyt wąska. Przypomnijmy, że w aktualnym orzecznictwie ETPC wymaga od państw-stron EKPC działań polegających na dostosowaniu do wymogów wynikających z Konwencji także prawa krajowego oraz praktyki jego stosowania.

## 5. Podsumowanie

W świetle rozważań na temat dwóch omówionych wyżej zagadnień analizowanych zarówno przez TK jak i ETPC, tj. autoryzacji wypowiedzi prasowej oraz problematyki znieważenia prezydenta, należy stwierdzić, że zidentyfikowane rozbieżności w orzecznictwie obu trybunałów mają swoje źródło przede wszystkim w innym sposobie konstruowania równowagi między dwiema pozostającymi w konflikcie wartościami: ochroną swobody wypowiedzi i ochroną czci, dobrego imienia innych osób lub ochroną autorytetu władzy publicznej. Nie ulega wątpliwości, że TK kładzie o wiele większy nacisk niż sędziowie strasburscy na ochronę tej drugiej wartości. Różnica standardów dotyczy przede wszystkim ochrony prywatności osób publicznych. Perspektywa ETPC w zakresie rozwiązywania kolizji między wolnością słowa a ochroną dobrego imienia także uległa ewolucji w ostatnich latach w kierunku większej ochrony prywatności. We wcześniejszym orzecznictwie ETPC konsekwentnie podkreślał, że w przypadku np. debaty o sprawach mających ogólne znaczenie, swoboda wypowiedzi (gwarantowana na mocy art. 10 ust. 1 EKPC) jest zasadą, a każde jej ograniczenie (dozwolone w art. 10 ust. 2 EKPC) to wyjątek, który należy interpretować zawężająco, i który wymaga precyzyjnego oraz przekonującego uzasadnienia<sup>38</sup>. Ochrona dobrego imienia była traktowana wyłącznie jako prawo innej osoby, jeden z „uprawnionych celów” zawarty w klauzuli limitacyjnej usprawiedliwiających ingerencję. Dopiero, jak zwraca uwagę, Kamiński, w nowszym orzecznictwie ETPC, konflikt

---

<sup>37</sup> Wyrok TK (przypis 28), pkt 3. 4.

<sup>38</sup> Wyrok ETPC z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie 13166/87, *Sunday Times v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 65.

swobody wypowiedzi i ochrony czci „traktowany jest w kategoriach równowagi dwóch konwencyjnych praw”<sup>39</sup> (art. 10 i art. 8 EKPC). Nastąpiło zatem odejście od koncepcji „zasada – wyjątek” w kierunku wprowadzenia testu dwóch równoważących się praw, którego wynik zależy od konkretnych okoliczności danego przypadku. Nadal jednak, gdy sporna wypowiedź mieści się w ramach debaty politycznej, czy też dotyczy innej kwestii budzącej uzasadnione zainteresowanie społeczeństwa, ETPC przywiązuje szczególne znaczenie do tych czynników, pozostawiając państwom niewielki margines własnej oceny i poddając wszelkie ingerencje państwa w tej sferze rygorystycznej kontroli. Tymczasem TK nie przykładą aż tak wielkiej wagi do tego, aby dyskusja we wspomnianych obszarach mogła się toczyć w sposób maksymalnie nieskrępowany i niejednokrotnie bardziej priorytetowo traktuje ochronę dobrego imienia osób prywatnych czy też ochronę autorytetu ważnych instytucji i osób publicznych. Jeśli chodzi o ochronę czci, w doktrynie pojawiają się nawet głosy określające podejście TK jako „fetyszyczację art. 47 Konstytucji”<sup>40</sup>.

Należy jednocześnie zaznaczyć, że choć interpretacja standardów strasburskich dotyczących wolności słowa dokonywana przez TK może wzbudzać niekiedy dyskusję, mimo wszystko poddaje on orzecznictwo ETPC analizie w znacznie większym stopniu niż czynią to sądy powszechne. Sądy orzekające w sprawach o zniesławienie (art. 212 k.k.), o ochronę dóbr osobistych (23, 24 k.c.) czy na gruncie p.p., w których najczęściej pojawiają się zagadnienia objęte zakresem art. 10 EKPC, bardzo rzadko odwołują się do standardów strasburskich i sporadycznie opierają na nich swoje rozstrzygnięcia<sup>41</sup>. Sądy krajowe nie uwzględniają często, o czym była już mowa, specyfiki wypowiedzi politycznej bądź mającej publiczne znaczenie. Nie zawsze dostrzegają też szczególną rolę prasy jako „publicznego kontrolera” (*public watchdog*<sup>42</sup>) i podobnie, jak w przypadku TK, przywiązują nadmierną wagę dla ochrony reputacji podmiotu poddawanego krytyce. Sądy pomijają ponadto obowiązek rozróżniania opinii od twierdzeń o faktach, które przekłada się na ocenę danej wypowiedzi i możliwość żądania wykazania jej prawdziwości (opinie, w przeciwieństwie do twierdzeń faktycznych nie poddają się bowiem wartościowaniu według kryterium prawdy i fałszu<sup>43</sup>). W praktyce sądów krajowych nie są respektowane również sformułowane przez ETPC zasady ochrony wypowiedzi ostrych, oburzających, prowokacyjnych. Sądy nie uwzględniają także w dostatecznym stopniu, istotnej z punktu widzenia ETPC, kwestii proporcjonalności nakładanych sankcji za nadużycia wolności słowa, w szczególności w kontekście stosowania instrumentów prawnokarnych mogących wywołać tzw. efekt mrozący.

Niski poziom uwzględniania standardów strasburskich w orzecznictwie krajowym odzwierciedla duża liczba spraw o naruszenie art. 10 EKPC, które Polska przegrała przed ETPC.

---

<sup>39</sup> I.C. Kamiński, *Autoryzacja wypowiedzi a europejskie standardy swobody wypowiedzi*, (w:) A. Bodnar, D. Bychawska (red.), *Autoryzacja wypowiedzi w prawie prasowym – wyrok TK i co dalej. Materiały z konferencji*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2009, s. 21.

<sup>40</sup> *Ibidem*, s. 20.

<sup>41</sup> Obserwacje wynikające z monitoringu ok. 40 spraw związanych ze swobodą wypowiedzi prowadzonego w ramach „Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce” Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Na problem zwracają także uwagę: I. C. Kamiński, R. Kownacki, K. Wierczyńska, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w polskim systemie prawnym*, (w:) A. Wróbel (red.), *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2011, s. 207.

<sup>42</sup> Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie 9815/92, *Lingens v. Austria*, pkt 44.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pkt 46.

Na 28 rozpoznanych przez Trybunał spraw przeciwko Polsce z art. 10 EKPC od początku uznania kompetencji ETPC do końca 2012 r., aż w 21 przypadkach stwierdzono naruszenie przez państwo gwarancji wolności słowa. Należy jasno podkreślić, że utrzymywanie praktyki sądów sprzecznej ze standardami strasburskimi stanowi z wielu względów bardzo niekorzystne zjawisko. Przede wszystkim decyzje polskich sądów, podjęte z pominięciem reguł wynikających z orzecznictwa ETPC, będą skutkować kolejnymi negatywnymi orzeczeniami Trybunału strasburskiego i tym samym będą narażały Polskę na odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu naruszenia zobowiązań wynikających z Konwencji.

## Literatura

1. Bodnar A., Bychawska D. (red.), *Autoryzacja wypowiedzi w prawie prasowym – wyrok TK i co dalej. Materiały z konferencji*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2009.
2. Wróbel A. (red.), *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2011.

## Orzecznictwo

1. Wyrok ETPC z dnia 26 czerwca 2007 r. w sprawie 7710/01, *Artun i Güvener v. Turcja*.
2. Wyrok ETPC z dnia 23 kwietnia 1992 r. w sprawie 11789/85, *Castells v. Hiszpania*.
3. Wyrok ETPC z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie 51279/99, *Colombani i inni v. Francja*.
4. Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 2004 r. w sprawie 33348/96, *Cumpănă i Mazăre v. Rumunia*.
5. Wyrok ETPC z dnia 24 lutego 2009 r. w sprawie 23806/03, *Długołęcki v. Polska*.
6. Wyrok ETPC z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie 26118/10, *Eon v. Francja*.
7. Wyrok ETPC z dnia 21 stycznia 1999 r. w sprawie 29183/95, *Fressoz i Roire v. Francja*.
8. Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie 5493/72, *Handyside v. Zjednoczone Królestwo*.
9. Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie 9815/92, *Lingens v. Austria*.
10. Wyrok ETPC z dnia 1 lipca 1997 r. w sprawie 20834/92, *Oberschlick v. Austria*.
11. Wyrok ETPC z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie 13585/88, *Observer i Guardian v. Zjednoczone Królestwo*.
12. Wyrok ETPC z dnia 15 marca 2011 r. w sprawie 2034/07, *Otegi Mondragon v. Hiszpania*.
13. Wyrok ETPC z dnia 22 lutego 2005 r. w sprawie 35839/97, *Pakdemirli v. Turcja*.
14. Wyrok ETPC z dnia 20 kwietnia 2006 r. w sprawie 47579/99, *Raichinov v. Bułgaria*.
15. Wyrok ETPC z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie 13166/87, *Sunday Times v. Zjednoczone Królestwo*.
16. Wyrok ETPC z dnia 6 lutego 2001 r. w sprawie 41205/98, *Tammer v. Estonia*.
17. Wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 2001 r. w sprawie 24699/94, *VereingegenTierfabriken v. Szwajcaria* (nr 1).
18. Wyrok ETPC z dnia 5 lipca 2011 r. w sprawie 18990/05, *Wizerkaniuk v. Polska*.
19. Wyrok TK z dnia 5 maja 2004 r., P 2/03.
20. Wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, pkt 2.2.
21. Wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, pkt 2.2.
22. Wyrok TK z dnia 29 września 2008 r., SK 52/05.
23. Wyrok TK z dnia 1 grudnia 2010 r., K 41/07
24. Wyrok TK z dnia 6 lipca 2011 r., P 12/09.
25. Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2011 r., SK 42/09.
26. Wyrok SR w Poznaniu z dnia 30 kwietnia 2004 r., V K 458/04.
27. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 6 października 2004 r., IV Ka 1523/04.

# Problem granic dynamicznej wykładni Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w sprawie *Stummer v. Austria*

Joanna Markiewicz-Stanny\*

## 1. Uwagi wstępne

W sprawie *Stummer v. Austria*<sup>1</sup> Europejski Trybunał Praw Człowieka po czterdziestu latach powrócił do kwestii praw socjalnych osób pozbawionych wolności w związku z ich zatrudnieniem. Jest swoistym przełomem, że tym razem Trybunał uznał dopuszczalność skargi i nie stwierdził jej oczywistej bezzasadności, jak to uczyniła w podobnej sprawie Europejska Komisja Praw Człowieka w 1968 roku<sup>2</sup>. Przyjmując, że Europejska Konwencja Praw Człowieka<sup>3</sup> może mieć zastosowanie w takich sprawach, ETPC wykorzystał w swym wyroku koncepcję „żywego instrumentu” (*living instrument*). Jednocześnie jednak dochodząc do konkluzji, iż państwo-strona nie naruszyło zobowiązań konwencyjnych, posłużył się koncepcją marginesu oceny i odwołał do europejskiego konsensusu. W tym zakresie zatem doktryna marginesu oceny spełniła swoją klasyczną rolę instrumentu samoograniczenia Trybunału<sup>4</sup>.

Stwierdzenie, iż EKPC jest żywym instrumentem, którego wykładnia powinna być dokonywana w oparciu o realia dnia dzisiejszego jest mocno ugruntowane w orzecznictwie strasburskim<sup>5</sup>. Można rzec, że obok koncepcji wykładni autonomicznej (*autonomous concept*)<sup>6</sup>, „praktycznego i skutecznego zapewnienia praw”<sup>7</sup>, a także „marginesu oceny” (*margin of appreciation*)<sup>8</sup>, jest to jeden z fundamentów interpretacji EKPC<sup>9</sup>. Używanie tych m.in. instru-

---

\* Autorka jest adiunktem w Zakładzie Polityki Publicznej Instytutu Politologii Uniwersytetu Zielonogórskiego.

<sup>1</sup> Wyrok ETPC z dnia 7 lipca 2011 r. w sprawie nr 34752/02, *Stummer v. Austria*.

<sup>2</sup> Przedmiotem zarzutów podnoszonych przez więźniów w latach sześćdziesiątych był brak wynagrodzenia za wykonywaną pracę, jak również to, że nie opłacano za nich żadnych składek z tytułu zatrudnienia – Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 6 kwietnia 1968 r., w sprawach nr 3134/67, 3172/67, 3188-3206/67, *Twenty-one Detained Persons v. Niemcy*, Collection 27, s. 97-116.

<sup>3</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950, Dz. U. 1993, Nr 61, poz. 284.

<sup>4</sup> Por. D. Spielmann, *Allowing the Right Margin The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation, Doctrine: Waiver of the Subsidiarity of European Review*, CELS Working Paper Series 2012, s.3.  
[http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf), dostęp: 10 lutego 2013 r.

<sup>5</sup> Por. Wyrok ETPC z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie nr 5856/72, *Tyrer v. Zjednoczone Królestwo*, Seria A, nr 26, pkt 31; wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie nr 28957/95, *Christine Goodwin v. Zjednoczone Królestwo*, ECHR 2002-VI, pkt 75; wyrok ETPC z dnia 23 listopada 1983 r. w sprawie nr 8919/80, *Van der Mussele v. Belgia*, pkt 32.

<sup>6</sup> Po raz pierwszy sformułowany w wyroku ETPC z dnia 8 czerwca 1976 r. w sprawach nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, *Engel i inni v. Holandia*, Seria A, nr 22, EHRR (1979-1980), s. 647.

<sup>7</sup> Jednymi z najwcześniejszych orzeczeń są w tym zakresie wyrok ETPC z dnia 23 lipca 1968 r. w sprawach nr 1474/62 1677/62 1691/62, „dotyczących niektórych aspektów prawa używania języków w edukacji w Belgii” v. *Belgia (Belgian linguistic case)*, pkt 5; a także wyrok ETPC z dnia 9 października 1978 r. w sprawie nr 6289/73, *Airey v. Irlandia*, pkt. 24-26.

<sup>8</sup> Znakomite studium tej koncepcji zob. A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Fundacja Rozwoju Uniwersytetu Gdańskiego 2008.

mentów wpisuje się w pogląd, że traktaty w zakresie praw człowieka wykazują własną specyfikę w stosunku do klasycznych umów międzynarodowych, która uzasadnia tym samym specyficzne metody ich interpretacji<sup>10</sup>. Dynamiczny charakter zobowiązań powstałych na gruncie praw człowieka znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka<sup>11</sup>, a także Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka<sup>12</sup>. Ten ostatni Trybunał stosując wykładnię dynamiczną powołuje się na opinię doradczą Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, który w sprawie Namibii stwierdził, iż międzynarodowe instrumenty powinny być interpretowane zawsze *in light of the normative framework in force at the moment the interpretation is done*<sup>13</sup>.

Powracając do problematyki europejskiej trzeba wskazać, że w orzecznictwie strasburskim istnieje silna tendencja do poszukiwania nie tyle intencji twórców tego traktatu czy też językowego znaczenia poszczególnych terminów, ile efektywności ochrony praw jednostki. ETPC stosunkowo rzadko wprost powołuje się na przepisy Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów<sup>14</sup>, znacznie częściej korzystając z własnych, wypracowanych metod interpretacji<sup>15</sup>. Nie oznacza to wszak, iż Trybunał odrzuca w ten sposób przepisy KWPT. Koncepcja żywego instrumentu jest mocno osadzona w regułach wykładni teleologicznej wynikających z art. 31 ust. 1 KWPT, który odnosi się do przedmiotu i celu traktatu. W tym jednak przypadku poszukiwanie przedmiotu i celu traktatu nie ogranicza się do poszukiwania intencji państw-stron, zawartych w materiałach źródłowych<sup>16</sup>. Jak to zostało powiedziane w sprawie *Irlandia v. Zjednoczone Królestwo*<sup>17</sup>, EKPC w przeciwieństwie do klasycznych traktatów międzynarodowych zawiera coś więcej niż tylko element zobowiązań wzajemnych państw-stron, ustana-

---

<sup>9</sup> Instrumentarium wykładni EKPC obejmuje także m.in. zasadę proporcjonalności, koncepcję zobowiązań pozytywnych, zasadę rządów prawa (*rule of law*), konstrukcję dorozumianych praw, a także dorozumianych ograniczeń. Zob. także M.A. Nowicki, Wprowadzenie do interpretacji EKPCz, Europejski Przegląd Sądowy 2010, nr 1, s. 8.

<sup>10</sup> Zob. L. Lixinski, *Treaty interpretation by the Inter American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the unity of International Law*, The European Journal of International Law 2010, vol. 21, nr 3, s. 588.

<sup>11</sup> Por. orzeczenie Komitetu Praw Człowieka z dnia 2 sierpnia 2002 r. w sprawie 829/ 1998, *Roger Judge v. Kanada*, U.N. Doc. 1998 CCP/C78 /D/829/1998. Zob. także A. Mukherjee, *The ICCPR as a 'Living instrument': The Death penalty as Cruel, inhuman and Degrading Treatment*, Journal of Criminal Law 2004, vol. 68, nr 6, s. 507-519.

<sup>12</sup> Opinia doradcza Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 lipca 1989 r., w sprawie OC-10/89, *Interpretacja Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka na podstawie art. 64 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka*, Seria A nr 10, pkt. 37; Wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, z dnia 31 sierpnia 2001 r., w sprawie *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nikaragua*, Seria C nr 79, pkt 146.

<sup>13</sup> Opinia doradcza MTS *Sprawa skutków prawnych obecności Afryki Południowej w Namibii (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970))*, ICJ Reports 1971, s. 31, pkt 53.

<sup>14</sup> Dz.U. 1990, nr 74, poz. 439. Choć należy dodać, że ETPC powołał się na art. 31 i 32 KWPT w sprawie *Golder*, zanim sama konwencja weszła jeszcze w życie, uzasadniając to tym, że przepisy te wyrażają ogólne zasady prawa międzynarodowego – wyrok ETPC z dnia 21 lutego 1975 r. w sprawie nr 4451/70. *Golder v. Zjednoczone Królestwo*, Seria A, nr 18, pkt 29.

<sup>15</sup> Na temat wzajemnych relacji między tymi regułami zob. m.in. C. Mik, *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Toruń 1994, s. 226-239.

<sup>16</sup> Trybunał zdystansował się od wyłącznego polegania na *travaux préparatoires* m.in. w wyroku z dnia 23 marca 1993 r. w sprawie nr 15318/89, *Loizidou v. Turcja (preliminary objections)*, pkt. 70-71, a także wyrok ETPC z dnia 28 lipca 1999 r. w sprawie nr 25803/94, *Selmouni v. Francja*, pkt 101.

<sup>17</sup> Wyrok ETPC z dnia 18 stycznia 1978 r. w sprawie 5310/71, *Irlandia v. Zjednoczone Królestwo*, Seria A, nr 25, s. 90, pkt 239.



wia obiektywnie istniejące obowiązki, które zgodnie z preambułą EKPC objęte są zbiorową gwarancją poszanowania praw człowieka (*collective enforcement*)<sup>18</sup>.

Niewątpliwie koncepcja *living instrument* zapobiega kostnieniu Konwencji, stwarzając pole nieustającej refleksji nad treścią standardów w niej zawartych, ale generuje konieczność ustalenia granic sędziowskiej władzy w tym zakresie. Debatę na ten temat podjął sam Trybunał w ramach seminarium w 2011 roku. Ważnym elementem toczącej się dyskusji była kwestia, w jakim zakresie ETPC może sobie pozwolić na postawę sędziowskiego aktywizmu, a na ile powinien zachowywać wstrzemięźliwość i samoograniczenie. Z jednej strony element dynamicznej interpretacji Konwencji, jest wpisany w jej preambułę, która mówi nie tylko o zapewnianiu ochrony praw człowieka (*maintenance*), ale także o ich rozwoju (*further realisation*)<sup>19</sup>. Z drugiej strony można zadać pytanie czy sędziowie strasburscy mają absolutny monopol na ustalanie dynamiki i tempa progresu w zakresie praw jednostki, skoro ich ochrona w pierwszej kolejności należy do państwa?

Jednym ze sposobów ustalenia granic dynamicznej interpretacji Konwencji, zaproponowaną przez Tulkens jest odwołanie do europejskiego konsensusu. Sędzia wskazywała w tym kontekście na potrzebę zachowywaniu stosownej równowagi, która powinna uwzględniać wymóg pewności prawa, ale z drugiej strony pozwalać na realizację fundamentalnych celów Konwencji w kontekście realiów dnia dzisiejszego<sup>20</sup>. Jednym z podstawowych zagadnień w tym obszarze jest zakres legitymacji Trybunału do wywodzenia z Konwencji praw, których nie ma w jej tekście. Należy bowiem zauważyć, że orzecznictwo ETPC nie tylko rozpoznaje prawa, co do których można mieć wątpliwości, czy twórcy Konwencji chcieli je w niej umieścić, ale również i te, których z całą pewnością nie chcieli<sup>21</sup>. Niejednokrotnie też sędziowie strasburscy podejmowali rozstrzygnięcia w sprawach, gdzie zakres przedmiotowy praw gwarantowanych zbiegał się z elementami praw socjalnych<sup>22</sup> czy prawa humanitarne<sup>23</sup>, co do zasady pozostających poza regulacją Konwencji. W ocenie niektórych przedstawicieli doktryny stanowi to przejaw swoistej inflacji praw zawartych w Konwencji<sup>24</sup>. Na tle praw socjalnych podnosi się także, iż ETPC nie powinien naruszać suwerenności państw poprzez wyprowadzanie zobowiązań, które nie leżały w intencji państw-stron konwencji, skoro sam nie posia-

---

<sup>18</sup> Zob. A. Orakhelashvili, *Restrictive interpretation of Human Rights Treaties in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, European Journal of International Law 2003, nr 14, s. 531-537.

<sup>19</sup> F. Tulkens, (w:) *Dialogue between Judges 2011, What are the limits of the evolutive interpretation of the Convention?*, Strasburg 2011, s.7.

<sup>20</sup> Por. *ibidem*, s. 10.

<sup>21</sup> Dotyczy to np. negatywnego aspektu wolności związkowej – por. wyrok ETPC z dnia 13 sierpnia 1981 r. w sprawie nr 7601/76, 7806/77, *Young, James and Webster v. Zjednoczone Królestwo*, Seria A, nr 44, 11 EHRR (1989), s. 439, pkt 52.

<sup>22</sup> A. Cassese, *Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socioeconomic Conditions?*, European Journal of International Law 1991, nr 2, s. 141.

<sup>23</sup> Wyrok ETPC z dnia 12 grudnia 2001 r. w sprawie nr 52207/99, *Bankovic i inni v. Belgia*, Reports 2001-XI.

<sup>24</sup> Por. G. Letsas, *A Theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2007, s. 7. Uwagi polemiczne zob. A. Wiśniewski, *Uwagi o teorii interpretacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, (w:) C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksja na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011, s. 15-41.

da legitymacji demokratycznej<sup>25</sup>. Sędzia Fitzmaurice w sprawie *Golder v. Zjednoczone Królestwo*, napisał wprost, że koncepcja żywego instrumentu w ściśle określonych sytuacjach rodzi pytania o pewność prawa międzynarodowego<sup>26</sup>. Pomimo, że sędzia wycofał się z tych poglądów w sprawie *Belgian Police v. Belgia*<sup>27</sup>, to nie można zaprzeczyć twierdzeniu, że z dynamiczną interpretacją wiąże się pewien stopień niejasności zobowiązań przyjmowanych przez państwa. Pojawiają się nawet głosy, iż jest to wykładnia sprzeczna z podstawowymi zasadami systemu praw człowieka, a więc przewidywalnością i pewnością prawa<sup>28</sup>. Mowbray zwraca uwagę, że argumenty Trybunału przemawiające ze ewolucyjną interpretacją konwencji mają słabe i niewielkie poparcie w danych statystycznych<sup>29</sup>.

Plowden i Kerrigan słusznie i bardzo praktycznie podnoszą, że koncepcja żywego instrumentu nie daje jeszcze odpowiedzi na pytania o to, co należy rozumieć pod pojęciem realiów dnia dzisiejszego, jakie rodzaje zmian społecznych mogą prowadzić do ewolucji treści Konwencji, a także co do tego co jest i co może być uznane za dopuszczalny dowód zmian uzasadniających rewizję podejścia do określonych problemów. Sprawą nierozstrzygniętą pozostaje także czasokres, jaki może uzasadniać uznanie, że regulacja prawna powinna ulec modyfikacji<sup>30</sup>.

Sprawa *Stummer v. Austria* stanowi dość dokładną egzemplifikację zarysowanych wątpliwości. Trybunał musiał się w niej zmierzyć z pytaniem, jak daleko sięgają prawa osób pozbawionych wolności. Nie ma wątpliwości, że zaszły istotne zmiany w postrzeganiu regulacji prawnej położenia więźniów: ze swoistej śmierci społecznej trwającej przez czas osadzenia, w stronę umożliwienia im korzystania z tych praw, których nie zostali pozbawieni<sup>31</sup>. W tym obszarze orzecznictwo ETPC co do zasady idzie w parze z treścią reguły 2 Europejskich Reguł Więziennych<sup>32</sup>, stanowiącej, iż osoby pozbawione wolności zachowują wszystkie prawa, których nie zostały pozbawione zgodnie z prawem w orzeczeniu skazującym lub decyzji o zatrzymaniu w areszcie<sup>33</sup>. Pozornie jest to dość czytelna reguła, ale w praktyce nie zawsze łatwa do zastosowania. Istnieje bogate orzecznictwo strasburskie w zakresie standardów traktowania więźniów, powstałe zwłaszcza na tle kontroli przestrzegania zakazu tortur oraz poni-

---

<sup>25</sup> Zob. M. Bossuyt, *Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraint? On the extension of the jurisdiction of European Court of Human Rights to Social Security Regulations*, Human Rights Law Journal 2007, nr 9-12, s. 321-332.

<sup>26</sup> Opinia odrębna sędziego Fitzmaurice w sprawie *Golder* (przypis 14), pkt 39.

<sup>27</sup> Stwierdził, że konwencja powinna być interpretowana *in the light of the legal environment prevailing at the time of interpretation*, Wyrok ETPC z dnia 27 października 1975 r. w sprawie nr 4464/70, *National Union of Belgian Police v. Belgia*, Opinia odrębna sędziego G. Fitzmaurice, pkt. 6-10.

<sup>28</sup> Zob. H. LM Gribnau, *Legitimacy of the Judiciary*, Electronic Journal of Comparative Law 2002, s. 36.

<sup>29</sup> Por. A. Mowbray, *The Creativity of the European Court of Human Rights*, Human Rights Law Review 2005, nr 5, s. 61.

<sup>30</sup> Por. P. Plowden, K. Kerrigan, *Advocacy and Human Rights. Using the Convention in Courts and Tribunals*, London 2004, s. 26-27.

<sup>31</sup> Zob. S. Easton, *Constructing citizenship: making room for prisoner's rights*, Journal of Social Welfare and Family Law 2008, vol. 30, nr 2, s. 127-146; M. Płatek, *Nowy etap w dyskusji nad karą pozbawienia wolności*, Państwo i Prawo 2009, nr 1, s. 32-46.

<sup>32</sup> Zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, (Rec. 2006) 2, 11 stycznia 2006 r..

<sup>33</sup> Omówienie reguł zob. M. Płatek, *Europejskie reguły więzienne z 2006 r.*, Państwo i Prawo 2008, nr 2, s. 3 i n.

zającego lub niehumanitarnego karania i traktowania<sup>34</sup>. Najczęściej przedmiotem orzekania były problemy związane z samymi warunkami odbywania kary, a więc przeludnieniem<sup>35</sup>, przetrzymywaniem w celach izolacyjnych<sup>36</sup>, przymusowym karmieniem i poddawaniem interwencjom medycznym<sup>37</sup>, warunkami sanitarnymi czy rewizjami osobistymi<sup>38</sup>. Pojawia się jednak coraz więcej skarg, gdzie kluczowy staje się zakres korzystania przez więźniów z innych praw gwarantowanych Konwencją. Ocena postępowania państwa zazwyczaj jest w tych wypadkach ściśle powiązana z marginesem oceny, a także badaniem czy w danej sprawie istnieje europejski konsensus. Wspomnieć tu wypada choćby o sprawie *Dickson v. Zjednoczone Królestwo*<sup>39</sup>, kiedy Trybunał rozpoznawał skargę małżeństwa, któremu odmówiono stworzenia warunków umożliwiających sztuczne zapłodnienie w sytuacji, gdy jedno z małżonków przebywało w więzieniu<sup>40</sup>. Dochodząc do konkluzji, iż w tym wypadku doszło do naruszenia Konwencji, ETPC odwołał się do swego rozumowania w sprawie *Hirst v. Zjednoczone Królestwo*<sup>41</sup>, w której rozstrzygał kwestię praw wyborczych więźniów<sup>42</sup>. W tym ostatnim wyroku ETPC przyjął, że niezgodne z art. 3 Protokołu nr 1 Konwencji są wszelkie rozwiązania prawne automatycznie pozbawiające więźniów praw wyborczych. Sprawa *Hirst v. Zjednoczone Królestwo* posłużyła Trybunałowi do ustalenia w sprawie *Frodl v. Austria*<sup>43</sup>, że zgodne z EKPC będą tylko te sytuacje, które będą wynikiem decyzji sądowej, przy jednoczesnym zachowaniu związku przestępstwa z wyborami demokratycznych instytucji<sup>44</sup>. ETPC stwierdził dalej, że te kryteria mają służyć traktowaniu pozbawienia praw wyborczych jako absolutnego wyjątku, nawet w przypadku więźniów. Ten pogląd został podtrzymany w sprawie *Scoppola v. Włochy*<sup>45</sup>. Niestety w wyroku pilotażowym *Greens and M.T. v. Zjednoczone Królestwo*<sup>46</sup> Trybunał odszedł od tego kierunku orzecznictwa uznając, że wymóg podjęcia decyzji przez sąd i zwią-

<sup>34</sup> Wyrok ETPC z dnia 6 marca 2001 r. w sprawie nr 40907/98, *Dougoz v. Grecja*, wyrok ETPC z dnia 21 czerwca 2007 r. w sprawie nr 37213/02, *Kantjrev v. Rosja*; wyrok pilotażowy ETPC z dnia 10 stycznia 2012 r. w sprawach nr 42525/07, 60800/08, *Annayev i in. v. Rosja*.

<sup>35</sup> Wyrok ETPC z dnia 20 października 2011 r. w sprawach nr 5774/10, nr 5985/10, *Mandic i Jovic v. Słowenia*; wyrok ETPC z dnia 20 października 2011 r. w sprawach nr 5903/10, 60003/10, 6544/10, *Strudl i inni v. Słowenia*.

<sup>36</sup> Wyrok ETPC z dnia 17 kwietnia 2012 r. w sprawie nr 20071/07, *Piechowicz v. Polska*, wyrok ETPC z dnia 17 kwietnia 2012 r. w sprawie nr 13621/08, *Horych v. Polska*.

<sup>37</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie nr 54810/00, *Jalloh v. Niemcy*, wyrok ETPC z dnia 5 kwietnia 2005 r. w sprawie nr 52825/00, *Nevmertzhitsky v. Ukraina*.

<sup>38</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 15 listopada 2001 r. w sprawie nr 25196/94, *Iwańczuk v. Polska*.

<sup>39</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 4 grudnia 2007 r. w sprawie nr 44362/04, *Dickson v. Zjednoczone Królestwo*, pkt. 82-85.

<sup>40</sup> Jak słusznie zauważa Hołda orzecznictwo strasburskie w zakresie prawa do prywatności więźnia ewoluowało i na dzień dzisiejszy co do zasady są tu dopuszczalne tylko takie ograniczenia, jakie dają się uzasadnić w świetle art. 8 par. EKPC - por. Z. Hołda, *Europejskie standardy traktowania więźniów. Kilka uwag o Europie, Radzie Europy, Polsce i prawach więźniów*, E-czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2009, z. 1, s. 111.

<sup>41</sup> Wyrok ETPC z dnia 6 października 2005 r. w sprawie nr 74025/01, *Hirst v. Zjednoczone Królestwo (nr2)*.

<sup>42</sup> Problem ten jest szeroko dyskutowany nie tylko w Europie, zob. J. Chesterman, B. Galligan, *The Politics of Rights Protection in Western Democracies*, Australian Journal of Political Science 2009, vol. 44, nr 1, s. 29-40.

<sup>43</sup> Wyrok ETPC z dnia 8 kwietnia 2010 r. w sprawie nr 20201/04, *Frodl v. Austria*.

<sup>44</sup> Por. *ibidem*, pkt 34.

<sup>45</sup> Wyrok ETPC z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie nr 126/05, *Scoppola v. Włochy* (nr 3).

<sup>46</sup> Wyrok ETPC z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie 60041/08, 60054/08, *Greens and M.T. v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 113.

zek przestępstwa z wyborami są pożądane, natomiast nie są niezbędne do zachowania wymogów Konwencji<sup>47</sup>.

## 2. Okoliczności skargi

Stummer spędził 28 lat życia w więzieniu i w tym okresie był zatrudniony przez dłuższy czas w więziennej kuchni oraz piekarni. Podniósł on zarzut dyskryminacji w związku z zakazem pracy przymusowej lub obowiązkowej, a także prawem do posiadania, ponieważ pracując przez wiele lat swojego pobytu w więzieniu nie został przez ten czas objęty systemem ubezpieczenia emerytalnego i nie nabył prawa do emerytury. Zgodnie z ustawą o ogólnym zabezpieczeniu społecznym<sup>48</sup> zatrudnienie więzienne nie jest objęte obowiązkowym ubezpieczeniem emerytalnym, a austriacki Sąd Najwyższy uznał, że więźniowie nie są pracownikami w rozumieniu art. 4 ust. 2 wskazanej ustawy<sup>49</sup>. Skarżący został natomiast objęty z dniem 1 stycznia 1994 r. ochroną systemu ubezpieczeniowego dla bezrobotnych, ze względu na okres przepracowany w więzieniu. W kontekście tej skargi trzeba wskazać, że skarżący mógł się ubezpieczyć dobrowolnie, ale zarobki, jakie otrzymywał po potrąceniu 75% wynagrodzenia zgodnie z art. 32 Ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności (*Strafvollzugsgesetz*)<sup>50</sup> nie wystarczały na zapłatę minimalnej składki.

W lutym 1999 r. skarżący złożył wniosek o przyznanie mu prawa do wcześniejszej emerytury. Wniosek ten został odrzucony, ponieważ jak stwierdzono w uzasadnieniu skarżący był ubezpieczony tylko przez 117 miesięcy (nie zostały wliczone miesiące przepracowane w więzieniu) i nie spełniał minimalnego progu 240 miesięcy. Skarżący zaskarżył tę decyzję do sądu, który powołując się na brak odpowiedniej liczby miesięcy ubezpieczenia, a także wyłączenie z obowiązkowego systemu ubezpieczenia, nie uznał zasadności roszczenia. W uzasadnieniu sąd pierwszej instancji powołał się także na orzeczenie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym praca związana z prawnym obowiązkiem, różni się od pracy wykonywanej przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W konsekwencji różnica w traktowaniu nie może być uznana za przejaw dyskryminacji<sup>51</sup>. Skarżący twierdził, iż art. 4 ust. 2 ustawy nie czyni rozróżnienia między pracą świadczoną na podstawie prawnego obowiązku a pracą wykonywaną na podstawie umowy. Ponadto wskazywał, iż to zróżnicowanie nie jest obiektywne, jeśli wziąć pod uwagę, iż pracujący więźniowie są objęci systemem ubezpieczenia od bezrobocia. Na tej podstawie wniósł apelację. Wiedeński sąd apelacyjny uznał, iż sąd pierwszej instancji prawidłowo zastosował prawo, a kwestie podnoszone przez skarżącego dotyczą polityki społecznej państwa. W tym zaś przypadku nie do sądów, lecz do państwa należy ewentualne rozstrzygnięcie o ewentualnej zmianie treści przepisów w zakresie zabezpieczenia społecznego więźniów. Sąd Najwyższy podzielił pogląd sądów niższych instancji i odrzucił

---

<sup>47</sup> Krytyczne uwagi odnośnie sprzecznych sygnałów płynących ze Strasburga zob. S. Briant, *The requirements of prisoner voting rights: mixed messages from Strasbourg*, *The Cambridge Law Journal* 2011, vol. 70, nr 2, s. 279-282.

<sup>48</sup> Allgemeines Sozialversicherungsgesetz vom 9. September 1955, BGBl Nr. 189/1955 z późniejszymi zmianami.

<sup>49</sup> Por. Orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z dnia 27 lutego 1990 r. w sprawie 10 ObS 66/90, SSV-NF4/31.

<sup>50</sup> Gesetz ueber den Vollzug der Freiheitstrafe und der freiheitentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung vom 16. Maerz 1976. BGBl I S.581, 2088, w orzeczeniu błędnie podaje się par. 44 ustawy.

<sup>51</sup> Por. *Stummer* (przypis 1), pkt 12.

pozew skarżącego<sup>52</sup>. Dnia 29 stycznia 2004 r. skarżący zakończył odsiadki ostatniego wyroku. Po wyjściu z więzienia otrzymywał zasiłek dla bezrobotnych do 29 października 2004 r., a po jego wyczerpaniu zasiłek z pomocy społecznej.

### 3. Orzeczenie Trybunału

#### 3.1. Zarzut dyskryminacji w związku prawem do posiadania

Prawo do zabezpieczenia społecznego nie jest bezpośrednio uregulowane w EKPC i jak stwierdził Trybunał nie ustanawia się w Konwencji żadnych ograniczeń w wolności decydowania przez państwo o wprowadzeniu systemu zabezpieczenia społecznego ani też jego rodzaju. Jednakże jeśli państwo-strona ustanawia prawo zapewniające wypłatę określonych świadczeń, to taka regulacja prawna musi być uznana za generującą prawa majątkowe (*proprietary interest*) wchodzące w zakres artykułu 1 Protokołu nr 1<sup>53</sup>. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału dyskryminacja oznacza różne traktowanie bez rozsądnego i obiektywnego uzasadnienia osób w sytuacji podobnej (*relevantly similar situations*). Jest to takie różnicowanie, które nie urzeczywistnia celu uprawnionego, albo nie ma rozsądnej proporcji między użytymi środkami a celami, które mają być osiągnięte<sup>54</sup>. Państwa-strony dysponują pewnym marginesem oceny co do zakresu różnic w sytuacjach podobnych, który usprawiedliwia różnice w traktowaniu<sup>55</sup>. Szeroki margines oceny jest zazwyczaj dozwolony, jeśli chodzi o ogólne środki strategii gospodarczej i społecznej, ponieważ władze krajowe mają bezpośrednią wiedzę dotyczącą potrzeb własnych społeczeństw. Są one lepiej predestynowane do oceny, co leży w publicznym interesie ze względów ekonomicznych i społecznych<sup>56</sup>. ETPC co do zasady szanuje te wybory, chyba, że są one w sposób oczywisty pozbawione podstaw<sup>57</sup>.

Trybunał nie miał wątpliwości, iż bycie więźniem stanowi jeden z aspektów *personal status* dla celów art. 14 EKPC, a najistotniejsza była w tej sprawie nie tyle natura czy cel pracy więziennej jako takiej, lecz konieczność zabezpieczenia starości. W tym zakresie pracujący więzień był w relewantnie podobnej sytuacji do zwykłych pracowników i należało ustalić czy różnica w traktowaniu odnośnie włączenia w system emerytalny była usprawiedliwiona.

Uprawnionym celem dyferencjacji było zachowanie ekonomicznej spójności i wydolności systemu emerytalnego poprzez wyłączenie z niego osób, które nie wpłacały pełnych składek<sup>58</sup>. Odnosząc się do proporcjonalności tego różnicowania sędziowie stwierdzili, że „jest rzeczą nie do pomyślenia, aby więźniowie tracili prawa gwarantowane Konwencją tylko z tego powodu że są więźniami”. Ewentualne ograniczenia ich praw konwencyjnych muszą być usprawiedliwione w każdym konkretnym przypadku. To usprawiedliwienie może wpły-

---

<sup>52</sup> Por. orzeczenie Sądu Najwyższego Republiki Austrii z dnia 16 marca 1999 r. w sprawie 10 ObS 52/99.

<sup>53</sup> Por. *Stummer* (przypis 1), pkt 82; Wyrok ETPC z dnia 12 kwietnia 2006 r. w sprawach nr 65731/01, 65900/01, *Stec i inni v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 55; wyrok ETPC z dnia 18 lutego 2009 r. w sprawie nr 55707/00, *Andrejeva v. Łotwa*, pkt 79.

<sup>54</sup> Por. *Andrejeva* (przypis 53), pkt 81; *Stec*, (przypis 53), pkt 51.

<sup>55</sup> Por. *Stummer* (przypis 1), pkt 87.

<sup>56</sup> Por. *Ibidem*, pkt 89.

<sup>57</sup> Por. *Dickson* (przypis 39), pkt 78.

<sup>58</sup> Por. *Stummer* (przypis 1), pkt 97.

wać między innymi z niezbędnych i nieuniknionych konsekwencji uwięzienia, albo z adekwatnego związku między ograniczeniami a warunkami uwięzienia.

Zważywszy, że sprawa afiliacji więźniów w systemie emerytalnym jest ściśle powiązana z polityką penalną państwa ETPC uznał, że w tym obszarze istnieje szeroki margines oceny, a Trybunał może interweniować jedynie wtedy, gdy uzna, że polityka legislacyjna w sposób oczywisty nie ma rozsądnego uzasadnienia<sup>59</sup>. W przypadku ustalania szerokości marginesu oceny, relewantnym kryterium może być istnienie, lub brak, wspólnej płaszczyzny między systemami prawnymi wysokich układających się stron<sup>60</sup>. Trybunał uznał, że konsensusu odnośnie ochrony socjalnej więźniów na razie nie ma, natomiast istnieje pewien trend, jeśli chodzi o zmianę podejścia do tych problemów. Ewolucja ta jest zauważalna choćby na tle porównania treści Europejskich Reguł Więziennych z 1987 r. i regulacji przyjętej w Europejskich Regułach Więziennych z 2006 r. Podczas gdy absolutna większość państw Rady Europy zapewnia więźniom pewien rodzaj zabezpieczenia socjalnego, tylko niewielka część z nich włącza więźniów do systemu zabezpieczenia emerytalnego, z czego kilka z nich, tak jak Austria daje taką możliwość poprzez wpłacanie dobrowolnych składek. Natomiast jest niewielka grupa państw, która w ogóle nie włącza więźniów w system emerytalny<sup>61</sup>.

Ważnym argumentem było wskazanie, że wyłączenie skarżącego z okresu zabezpieczenia socjalnego dotyczyło okresu między latami 60. a 90. XX w. W ocenie Trybunału w tym okresie nie istniała wspólna płaszczyzna porozumienia odnośnie afiliacji pracujących więźniów. Ten brak zgody był widoczny w Europejskich Regułach Więziennych z 1987 r.<sup>62</sup> Na podstawie tych ustaleń Trybunał przyjął, że system pracy więziennej i ochrona socjalna z nim związana jako całość nie są *manifestly without reasonable foundation*<sup>63</sup>. W ocenie Trybunału w kontekście zmieniających się standardów nie można czynić zarzutu państwu-stronie, że daje priorytet ubezpieczeniu przed bezrobociem, które uznawane jest za najbardziej adekwatne dla reintegracji więźnia po jego zwolnieniu. W konsekwencji, zdaniem Trybunału, państwo nie przekroczyło marginesu oceny w tej sprawie i nie doszło do naruszenia art. 14 EKPC w związku z art. 1 Protokołu nr 1 Konwencji.

### 3.2. Zarzut naruszenia zakazu pracy przymusowej lub obowiązkowej

Skarżący twierdził, że praca nie objęta systemem zabezpieczenia emerytalnego nie może być uznana za mieszczącą się w ramach dopuszczalnego wyjątku od zakazu pracy przymusowej i obowiązkowej, o którym mowa w art. 4 ust. 3 pkt a Konwencji. Zgodnie z powołanym przepisem nie jest pracą przymusową lub obowiązkową „pracę normalnie wykonywaną w zwykłym toku pozbawienia wolności”. Rozważając te elementy skargi Trybunał zasadniczo podążył utartym szlakiem ustaleń przyjętych już w poprzednich wyrokach dotyczących zakazu pracy przymusowej. Po pierwsze zatem wskazał on na uderzające podobieństwo między sposobem sformułowania ustępie 3 w art. 4 EKPC a art. 2 ust. 2 Konwencji nr 29 Międzynarodowej Organizacji Pracy; po drugie przytoczył definicję pracy przymusowej zawartą art. 2 ust. 1 tejże Konwencji, iż pracą przymusową są „wszelka praca lub usługi wymagane od ja-

<sup>59</sup> Por. *ibidem*, pkt 101.

<sup>60</sup> Por. wyrok ETPC z dnia 27 marca 1998 r. w sprawie nr 20458/92, *Petrovic v. Austria*, Reports 1998-II, pkt 38.

<sup>61</sup> Por. *Stummer* (przypis 1), pkt 106.

<sup>62</sup> Por. *ibidem*, pkt 107.

<sup>63</sup> Por. *ibidem*, pkt 109.

kiejś osoby pod groźbą kary, do których dana osoba nie zgłosiła się dobrowolnie<sup>64</sup>. Po trzeciej ETPC wskazał, iż ust. 3 artykułu EKPC służy jako wskazówka interpretacyjna dla ustępu drugiego, a cztery podpunkty w ust. 3, pomijając ich różnorodność, są oparte na ideach interesu ogólnego, solidarności społecznej i tego, co jest normalne w zwykłym toku spraw<sup>65</sup>. Trybunał w dalszym rozumowaniu nawiązał do specyficznych cech EKPC oraz faktu, że jest to żywy instrument, który powinien być odczytywany w świetle pojęć – wymogów (*notions*) obecnie dominujących w demokratycznych państwach<sup>66</sup>. ETPC stwierdził, że nie ulega wątpliwości, że skarżący wykonywał pracę wymaganą od niego pod groźbą kary, do której nie zgłosił się dobrowolnie<sup>67</sup>. Kluczową kwestią, która wymagała tu ponownej analizy jest to, czy standardy art. 4 EKPC są takie, że wymagają włączenia więźniów w system zabezpieczenia społecznego<sup>68</sup>. W tym miejscu Trybunał podtrzymał ustalenia zapadłe w przypadku pierwszego zarzutu. Zatem aczkolwiek dostrzeżono ewolucję polityki penalnej, widocznej w regule 26.17 z 2006 r., to aktualna praktyka państw – członków nie dała podstaw do uznania, że istnieje konsensus odnośnie uczestnictwa pracujących więźniów w systemie emerytalnym. Ponadto sam fakt istnienia określonych rozwiązań w regułach minimalnych nie może być przekładany na prawne zobowiązania wynikające z art. 4 Konwencji. W konsekwencji praca obowiązkowa wykonywana przez skarżącego może być uznana za mieszczącą się w rozumieniu art. 4 ust. 3a EKPC<sup>69</sup>.

#### 4. Komentarz i opinie odrębne

Stan faktyczny w przedmiotowej sprawie wymagał trudnych rozstrzygnięć, a całe spektrum rozmaitych podejść do tego problemu przedstawiają indywidualne opinie poszczególnych sędziów dołączone do wyroku. Najbardziej restrykcyjny wobec roszczeń skarżącego był sędzia Gaetano, który w opinii zbieżnej uznał, że nie doszło do naruszenia Konwencji w zakresie art. 14 EKPC w związku z art. 1 Protokołu nr 1, ponieważ pracujący więzień nie był w sytuacji relewantnie podobnej do zwykłych pracowników. Skarżący nie wykonywał pracy dla podmiotów prywatnych, zewnętrznych, ani też nie uczestniczył w produkcji dóbr na rynek zewnętrzny<sup>70</sup>. Odnośnie zakazu pracy przymusowej sędzia de Gaetano stwierdził z kolei, że praca w piekarni i kuchni nie jest szczególnie ciężka i mieści się w tym, czego normalnie wymaga się w ramach kary. Zasadniczo zatem sędzia uznał, że Trybunał poszedł za daleko w próbach traktowania więźniów, jako osób korzystających co do zasady z fundamentalnych praw i wolności gwarantowanych Konwencją.

---

<sup>64</sup> Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej nr 29 z 1930 r., Dz.U. 1959, Nr 20, poz. 122.

<sup>65</sup> Por. m.in. *Van der Mussele* (przypis 5), pkt 38; wyrok ETPC z dnia 18 czerwca 1994 r. w sprawie nr 13580/88, *Karlheinz Schmidt v. Niemcy*, Seria A, nr 291-B, pkt 22; wyrok ETPC z dnia 20 czerwca 2006 r. w sprawie nr 17209/02, *Zarb Adami v. Malta* ECHR 2006-VIII, pkt 44.

<sup>66</sup> Por. *Van der Mussele* (przypis 5), pkt 32.

<sup>67</sup> Por. *Stummer* (przypis 1), pkt. 124-125. Obowiązek wykonywania pracy przez skazanego wynikał z mocy ustawy.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pkt 127.

<sup>69</sup> Trybunał nie rozpatrywał już zarzutów odnośnie naruszenia art. 14 EKPC w związku z art. 4 EKPC ze względu na fakt, że skarżący nie podniósł żadnych nowych argumentów, a zatem ich analiza pod kątem art. 4 została uznana za wystarczającą.

<sup>70</sup> Por. opinia zbieżna sędziego Gaetano.

W pozostałych opiniach Trybunał został również skrytykowany, ale tym razem za to, że owe próby nie zakończyły się orzeczeniem o naruszeniu Konwencji. Wyrok zawiera emfaticzną frazę, że więźniowie „co do zasady kontynuują korzystanie z fundamentalnych praw i wolności gwarantowanych Konwencją”<sup>71</sup>; tymczasem efekt końcowy wywodów Trybunału jest taki, że aczkolwiek nikt w sposób zgodny z prawem więźniów emerytury nie pozbawił, to jednak na obecnie nie mogą oni korzystać z dobrodziejstw zabezpieczenia na starość. Podstawą argumentacji, która przemawiała za tym stanowiskiem, był element związany z marginesem oceny i brakiem europejskiego konsensusu w sprawie zabezpieczenia społecznego więźniów. Należy zauważyć, że Trybunał często jest krytykowany za brak klarowności i przejrzystości w odwoływaniu się do doktryny *margin of appreciation*<sup>72</sup>. Niejednokrotnie pada zarzut, że niezmiennie prowadzi ona do wyroków korzystnych dla państw-stron, co zagraża skuteczności Konwencji (*continued viability*)<sup>73</sup>. Wydaje się, że omawiane rozstrzygnięcie może dostarczyć argumentów zwolennikom tego poglądu.

Wiśniewski stwierdza, że doktryna marginesu oceny wprowadza element relatywizacji w procesie ustalania granic dopuszczalnych zachowań państwa-strony Konwencji, ale jednocześnie może pełnić funkcję pozytywną poprzez fakt, że umożliwi poszanowanie pluralizmu<sup>74</sup>. Element nieprzewidywalności i relatywizmu tego instrumentu widoczny jest np. w powołanej już sprawie *Dickson v. Zjednoczone Królestwo*. Wielka Izba Trybunału stwierdziła, że zakres marginesu jest zróżnicowany i zależy od szeregu czynników, m.in. od spraw czy czynności podlegających ograniczeniu, a także celów, w imię których dokonuje się ingerencji w prawa i wolności. Jednakże, jeśli istnieje tylko niewielki konsensus, albo jego brak, co do znaczenia i ważności tego interesu, albo co do najlepszego sposobu jego ochrony między państwami-stronami, wtedy poziom swobody będzie szerszy<sup>75</sup>. Dowodem istnienia ewolucji określonych standardów jest ustawodawstwo członków Rady Europy, a także instrumenty międzynarodowe, w których uczestniczą państwa członkowskie, nawet jeśli dane państwo nie jest ich stroną<sup>76</sup>.

W rozważaniach na temat europejskiego konsensusu podnosi się, że łączy się on ze specyficznym dyktatem większości stawiającym w niekorzystnym świetle państwo, które nie przyjęło określonych rozwiązań<sup>77</sup>. Jak się jednak okazało w tym przypadku zachowanie większości jako miara prawidłowości określonego postępowania, nie zawsze gwarantuje najwyższy poziom ochrony praw jednostki. W ocenie części przedstawicieli doktryny, prawa człowieka nie powinny zależeć od tego, czy większość państw akceptuje i obejmuje regulacją okre-

---

<sup>71</sup> Por. *Stummer* (przypis 1), pkt 99.

<sup>72</sup> Lord Lester of Herne Hill, *Universality Versus Subsidiarity: A Reply*, *European Human Rights Law Review* 1998, vol. 73, s. 75.

<sup>73</sup> T.A. O'Donnell, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Quarterly* 1982, nr 4, s. 476-477. Argumenty za tym, aby w ogóle zarzucić tę doktrynę zob. Jeffrey A. Brauch, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, *Columbia Journal of International Law* 2004, nr 11, s. 113.

<sup>74</sup> Por. A. Wiśniewski, *W sprawie koncepcji marginesu oceny w orzecznictwie strasburskim*, *Państwo i Prawo* 2008, nr 12, s. 97-104. Autor polemizuje tu m.in. z poglądami J. Kapelańskiej-Pręgowskiej, *Koncepcja tzw. marginesu oceny w orzecznictwie ETPC*, *Państwo i Prawo* 2007, nr 12, s. 87-99.

<sup>75</sup> *Dickson* (przypis 39), pkt. 78-79.

<sup>76</sup> Wyrok ETPC z dnia 13 czerwca 1979 r. w sprawie nr 6833/74, *Marckx v. Belgia*, Seria A, nr 31 1979-1980, 2 EHRR 330, pkt 41.

<sup>77</sup> Por. A. Wiśniewski (przypis 74), s. 100.



śloną sytuację<sup>78</sup>. Piechowiak zauważa iż, „sprowadzenie praw jednostki do problematyki zobowiązań państwa do prawnej ochrony stawia problematykę praw człowieka w perspektywie etatystycznej - najpierw jest państwo ze swym obowiązkiem, prawa człowieka są wtórne, określone przez obowiązki państwa<sup>79</sup>”. Z tego właśnie powodu od dłuższego czasu mając na uwadze konieczność pewnej obiektywizacji zobowiązań wynikających z Konwencji, ETPC ustalając istnienie europejskiego konsensusu sięga nie tylko do ustawodawstwa, ale też do innych instrumentów międzynarodowych<sup>80</sup>. W tym wypadku odwołał się do Europejskich Reguł Więziennych z 2006 r. Pomimo że treść reguły 26.10 wyraźnie wskazuje na konieczność zabezpieczenia emerytalnego więźniów, nie wystarczyło to do uznania, że można je wpisać w tych okolicznościach w wymogi konwencyjne. W zachowawczej postawie Trybunału dostrzec można element chłodnej kalkulacji uwzględniającej, że rozstrzygnięcie na korzyść skarżącego byłoby źle odebrane nie tylko przez zainteresowane państwo. Nie są odosobnione głosy, że jednym ze źródeł silnej pozycji ETPC jest także umiejętność unikania konfrontacji z państwami-stronami<sup>81</sup>.

Sędziowie w zdaniach odrębnych byli odważniejsi i wyartykułowali potrzebę, aby tym razem Trybunał przyjął rolę podmiotu, który wyznacza pewne uniwersalne standardy. Sędzia Tulkens w swej opinii częściowo odrębnej stwierdziła, że aczkolwiek elastyczność, wpisana w margines oceny jest kluczowym elementem, ale jak Trybunał wielokrotnie powtarzał musi iść w parze z europejskim nadzorem (*supervision*) i w tej właśnie sprawie tego nadzoru zabrakło. Do takiej konkluzji sędzia doszła używając dynamicznej interpretacji Konwencji<sup>82</sup> i stwierdziła, że tradycyjne postrzeganie pozbawienia wolności, jako pozostającego poza systemem prawa uległo zmianie, i praca bez odpowiedniego zabezpieczenia socjalnego nie może być dłużej traktowana jako normalnie wymagana<sup>83</sup>. Zarówno sędzia Tulkens jak i kolejnych sześciu sędziów w drugiej opinii częściowo odrębnej podniosło, że rozwój długoterminowej kary pozbawienia wolności spowodował znaczący wzrost liczby starszych osób przebywających w więzieniach<sup>84</sup>. Jest to nowa rzeczywistość społeczna, która niewątpliwie będzie rodziła pytania dotyczące systemu emerytalnego więźniów po momencie ich zwolnienia. Sędziowie stwierdzili, że podczas gdy młodych więźniów obejmuje ubezpieczenie zdrowotne i wypadkowe, dla starszych więźniów powinny być także gwarancje emerytalne.

---

<sup>78</sup> Głównym orędownikiem tego poglądu jest G. Letsas por. *idem* (przypis 24), s. 79, a także *The Truth in Autonomous concept: How to interpret the ECHR*, European Journal of International Law 2004, vol. 15, s. 304.

<sup>79</sup> M. Piechowiak, *Służebność państwa wobec człowieka i jego praw jako naczelną ideą Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku – osiągnięcie czy zadanie?*, Przegląd Sejmowy 2007, nr 4, s.69.

<sup>80</sup> Por. np. wyrok Wielkiej Izby ETPC, z dnia 12 listopada 2008 r. w sprawie nr 34503/97, *Deymir i Baykara v. Turcja*, pkt 85.

<sup>81</sup> R.St.J. Macdonald, *Margin of Appreciation*, (w:) R. St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London 1993.

<sup>82</sup> Sędzia Tulkens wypowiedziała się w dwóch opiniach odrębnych: sporządziła własną opinię częściową odrębną odnośnie art. 4 EKPC, a także dołączyła swój głos do drugiej opinii odrębnej, w której wypowiedzieli się sędziowie odnośnie zarzutu dyskryminacji w związku z prawem własności.

<sup>83</sup> Sędzia powołała się tu na wcześniejsze orzeczenia ETPC, w których Trybunał wskazywał, iż Konwencja jest *law-making treaty* i niezbędne jest poszukiwanie takiej jej interpretacji która jest najbardziej odpowiednia dla realizacji celu i przedmiotu traktatu, nie zaś w taki sposób, który ograniczałby możliwie daleko zobowiązania przyjęte przez państwa-strony.

<sup>84</sup> Por. Opinia częściowo odrębna sędziów: Tulkens, Kovlera, Gyulumyan, Spielmana, Dragoljuba Popovica, Malinverni, Pardalos.

W tej opinii częściowo odrębnej sędziowie zgodzili się z większością, że sytuacja skarżącego jako pracującego więźnia była podobna do sytuacji pozostałych pracowników, jeśli chodzi o potrzebę objęcia ubezpieczeniem emerytalnym<sup>85</sup>, ale ich zdaniem różnica w traktowaniu nie była uzasadniona w świetle wymogów Konwencji. Aczkolwiek argument rządu dotyczący konieczności zachowania ekonomicznej wydolności i ogólnej integralności (*overall consistency*) jest rozsądny, to jednak zdaniem sędziów doszło do wzrastającego postępu w orzecznictwie ETPC. Ponadto ekonomiczne dobro państwa, o którym mowa w art. 8 Konwencji nie pojawia się w art. 1 Protokołu nr 1, który odwołuje się do szerszego pojęcia interesu publicznego.

Na uwagę zasługuje argument, że treść Europejskich Reguł Więziennych z 2006 r. odzwierciedla trend zmierzający do włączenia pracujących więźniów w system zabezpieczenia społecznego i zawęży margines oceny państw. Chociaż rzeczywiście państwa mają swobodę wyboru sposobu implementacji tych postanowień i czasu ich realizacji, to jednak nie mogą być one całkowicie ignorowane.

Warte uwagi są rozważania sędziów odnośnie braku elastyczności systemu mającego zastosowanie w sprawie skarżącego. Wykładnia i zastosowanie art. 4 ust. 2 ustawy o ogólnym zabezpieczeniu społecznym przez sądy krajowe automatycznie wykluczały pracujących więźniów z systemu obowiązkowego zabezpieczenia emerytalnego. Wykluczenie było głównie oparte na założeniu, że więźniowie nie mają wystarczających środków do zapłaty składek. Jednakże był to rezultat rozmyślnej polityki polegającej na zatrzymywaniu 75 % wynagrodzenia na utrzymanie więźnia. Wysokość tych potrąceń była zatem bardzo wysoka i czyniła iluzorycznym korzystanie z możliwości zapłaty składek. To był kluczowy element, który skłonił sędziów do wyrażenia opinii o braku równowagi między potencjalnym interesem publicznym w zapewnieniu, że więźniowie uczestniczą w kosztach, które ponosi wspólnota jako efekt ich uwięzienia i interesem jednostkowym w postaci zabezpieczenia na stare lata.

Sędziowie zwrócili także uwagę na zachowawczą postawę austriackiego Sądu Najwyższego, który ograniczył się do stwierdzeń z lat 90. XX w., bez ponownej analizy proporcjonalności wyłączenia więźniów z systemu emerytalnego w kontekście uprawnionych celów, jak też nie dokonali oceny indywidualnej sytuacji skarżącego. W opinii odrębnej podniesiono także, że pomoc socjalna, która stanowiła wystarczającą formę ochrony skarżącego dla większości Trybunału nie powinna być porównywana z normalną emeryturą. To, co otrzymuje skarżący jest formą pomocy, natomiast emerytura łączy się z prawem. W związku z tym sędziowie uznali, że brak włączenia pracujących więźniów w system emerytalny, które stwarza ryzyko długoterminowego skutku wykraczającego poza uprawnione wymogi służące w szczególności karze pozbawienia wolności.

Wydaje się też, że ETPC bez większej refleksji podszedł do zróżnicowania pracy wolnościowej i pracy w ramach pozbawienia wolności, przyjmując, że te formy zatrudnienia są różne same w sobie ze względu na cel i z tego powodu mogą podlegać zróżnicowaniu. Zgadzam się z sędzią de Gaetano, że kwalifikacja pracy jako przymusowej nie jest powiązana z jej ewentualnym wynagrodzeniem. Tym niemniej z punktu widzenia zasad równego traktowania należałoby rozważyć następującą kwestię: czy wynagradzamy pracę ze względu na jej cel czy też ze względu na fakt wykonywania określonych czynności? Przecież w warunkach wolnościowych wynagrodzenie nie jest zależne od celu podejmowanej przez jednostkę pracy najmniejszej, lecz od charakteru wykonywanych zadań, stanowiska, odpowiedzialności itp. Obo-

---

<sup>85</sup> Por. *Stummer* (przypis 1), pkt 95.

wiązki w zakresie wynagrodzenia generuje samo wykonywanie pracy pod kierownictwem i na rzecz pracodawcy. Ponadto, cel rehabilitacyjny powinien być wzmacniany poprzez zatrudnienie w sposób maksymalnie zbliżony do warunków wolnościowych, nie zaś poprzez pozbawienie tego zatrudnienia określonych zalet materialnych, dostępnych w ramach pracy na wolności. Konieczność równego wynagradzania pracy więźniów i pracy wolnej dostrzegają Europejskie Reguły Więzienne i coraz częściej orzecznictwo krajowe<sup>86</sup>. Niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny<sup>87</sup> w 1998 r. uznał, że odkąd państwo ma konstytucyjny obowiązek wspierania rehabilitacji społecznej więźniów i wybrało obowiązkową pracę jako środek urzeczywistnienia tego celu, musi zapewnić odpowiednie wynagrodzenie takiej pracy. Dalej, stwierdził, iż byłoby niekonstytucyjnie wynagradzać więźniów nisko bez stosownej relacji do wartości pracy wykonywanej i płacy minimalnej w świecie zewnętrznym. Polski Trybunał Konstytucyjny uznał za niekonstytucyjny art. 123 ust. 2 zd. 1 Kodeksu karnego wykonawczego, zgodnie z którym zatrudniony skazany był uprawniony do pobierania połowy minimalnego wynagrodzenia<sup>88</sup>. W konsekwencji powyższego w marcu 2011 r. weszła w życie zmiana tego przepisu i w aktualnym brzmieniu ustanawia on wymóg, aby wynagrodzenie więźnia odpowiadało płacy minimalnej<sup>89</sup>.

## 5. Podsumowanie

Wydaje się, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w omawianej sprawie obawiał się rozstrzygnięcia, które byłoby rozumiane jako „prawo więźnia do emerytury”. Można odnieść wrażenie, że takie przesunięcie akcentów było powodem znaczącej ostrożności i koncentracji na aspektach związanych z ogólnie rozumianym zabezpieczeniem społecznym osób pozbawionych wolności. Spowodowało to sytuację, w której z jednej strony Trybunał zastosował dynamiczną interpretację EKPC, uznając, że w ogóle ta kwestia może być elementem ochrony praw wynikających z Konwencji. Z drugiej strony jednak obawa przed otwarciem furtki dla potencjalnych roszczeń spowodowała, że nie doszło do przyjęcia prostej i jednoznacznej konsekwencji założenia, iż więźniowie nie korzystają tylko z tych praw, których pozbawiono ich zgodnie z prawem. Ta niekonsekwencja, choć oczywista, wydaje się być gorzkim, ale rozsądnym kompromisem, jaki ETPC przyjął w imię utrzymania efektywności całego systemu Konwencji. Choć za przyjęciem rozstrzygnięcia na korzyść skarżącego przemawiały silne argumenty przedstawione w opiniach odrębnych, to jednak Trybunał powstrzymał się przed wyrokiem, który byłby interpretowany jako „narzucanie” państwu określonych wzorców w obszarze polityki zabezpieczenia społecznego. W tym wypadku ceną jest zarzut stagnacji i braku konsekwencji, zyskiem zaś brak napięć i konfliktów z państwami-stronami. Tym niemniej sędziowie w zdaniach częściowo odrębnych dość jasno postawili konkretny problem, który będzie wymagał określonej reakcji rządów i parlamentów w niedalekiej przyszłości: więzień, tak jak każdy członek współczesnego społeczeństwa, potrzebuje zabezpieczenia na starość. Oczywiście zabezpieczenie to normalnie powinno być uzyskane poprzez odpowiedni

---

<sup>86</sup> Por. reguła 26.10 Europejskich Reguł Więziennych z 2006 r.

<sup>87</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Republiki Federalnej Niemiec Bundesverfassungsgericht z dnia 1 czerwca 1998 2BvR441/90, dostępny: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980701\\_2bvr044190.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980701_2bvr044190.html)

<sup>88</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 lutego 2010 r., P 20/09, OTK ZU nr 2/A, poz. 13.

<sup>89</sup> Ustawa z 3 lutego 2011 r. o zmianie ustawy kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2011, Nr 39 poz. 202.

okres składkowy na wolności, ale ze względu na dość szerokie zastosowanie długoterminowych kar pozbawienia wolności rośnie populacja osób wyłączonych z ubezpieczenia emerytalnego przez długie lata.

## Literatura

1. Bossuyt M., *Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraint? On the extension of the jurisdiction of European Court of Human Rights to Social Security Regulations*, Human Rights Law Journal 2007, nr 9-12.
2. Briant S., *The requirements of prisoner voting rights: mixed messages from Strasbourg*, The Cambridge Law Journal 2011, vol. 70, nr 2.
3. Brauch J.A., *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, Columbia Journal of International Law 2004, vol. 11.
4. Cassese A., *Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-economic Conditions?*, European Journal of International Law 1991, vol. 2.
5. Chesterman J., Galligan B., *The Politics of Rights Protection in Western Democracies*, Australian Journal of Political Science 2009, vol. 44, nr 1.
6. Easton S., *Constructing citizenship: making room for prisoner's rights*, Journal of Social Welfare and Family Law 2008, vol. 30, nr 2.
7. Gribnau H. LM, *Legitimacy of the Judiciary*, Electronic Journal of Comparative Law 2002.
8. Hołda Z., *Europejskie standardy traktowania więźniów. Kilka uwag o Europie, Radzie Europy, Polsce i prawach więźniów*, E-czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2009, z.1.
9. Lixinski L., *Treaty interpretation by the Inter American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the unity of International Law*, The European Journal of International Law 2010, vol. 21, nr 3.
10. Letsas G., *The Truth in Autonomous concept,: How to interpret the EHCR*, European Journal of International Law 2004, vol. 15.
11. Letsas G., *A Theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2007.
12. Lord Lester of Herne Hill, *Universality Versus Subsidiarity: A Reply 1*, European Human Rights Law Review 1998, vol. 73.
13. Macdonald R. St.J., *Margin of Appreciation*, (w:) *The European System for the Protection of Human Rights*, R. St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht-Boston-London 1993.
14. Mik C., *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Toruń 1994.
15. Mowbray A., *The Creativity of the European Court of Human Rights*, Human Rights Law Review 2005.
16. Mukherjee A., *The ICCPR as a 'Living instrument': The Death penalty as Cruel, Inhuman and Degrading Treatment*, Journal of Criminal Law 2004, vol. 68, nr 6.
17. Nowicki M.A., *Wprowadzenie do interpretacji EKPCz*, Europejski Przegląd Sądowy 2010, nr 1.
18. O'Donnell T.A., *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Human Rights Quarterly 1982, vol. 4.
19. Orakhelashvili A., *Restrictive interpretation of Human Rights Treaties in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, European Journal of International Law 2003, vol. 14.

20. Piechowiak M., *Służebność państwa wobec człowieka i jego praw jako naczelną ideą Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku- osiągnięcie czy zadanie?*, Przegląd Sejmowy 2007, nr 4.
21. Plowden P., Kerrigan K., *Advocacy and Human Rights. Using the Convention in Courts and Tribunals*, London 2004.
22. Płatek M., *Europejskie reguły więzienne z 2006 r.*, Państwo i Prawo 2008, nr 2.
23. Płatek M., *Nowy etap w dyskusji nad karą pozbawienia wolności*, Państwo i Prawo 2009, nr 1.
24. Spielmann D., *Allowing the Right Margin The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation, Doctrine: Waiver of the Subsidiarity of European Review*, CELS Working Paper Series 2012, [http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf)
25. Tulkens F., Dialogue between Judges 2011, *What are the limits of the evolutive interpretation of the Convention?*, Strasburg, 2011.
26. Wiśniewski A., *W sprawie koncepcji marginesu oceny w orzecznictwie strasburskim*, Państwo i Prawo 2008, nr 12.
27. Wiśniewski A., *Uwagi o teorii interpretacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, (w:) *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksja na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, red. C. Mik, K. Gałka, Toruń 2011.

### Orzecznictwo

1. Opinia doradcza MTS *Sprawa skutków prawnych obecności Afryki Południowej w Namibii (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports 1971.
2. Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 6 kwietnia 1968 r., w sprawach nr 3134/67, 3172/67, 3188-3206/67, *Twenty – one Detained Persons v. Niemcy*.
3. Wyrok ETPC z dnia 23 lipca 1968 w sprawach nr 1474/62 1677/62 1691/62, „dotyczących niektórych aspektów prawa używania języków w edukacji w Belgii” v. *Belgia (Belgian linguistic case)*.
4. Wyrok ETPC z dnia 27 października 1975 r. w sprawie nr 4464/70, *National Union of Belgian Police v. Belgia*.
5. Wyrok ETPC z dnia 8 czerwca 1976 r. w sprawach nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, *Engel i inni v. Holandia*.
6. Wyrok ETPC z dnia 18 stycznia 1978 r. sprawie 5310/71, *Irlandia v. Zjednoczone Królestwo*.
7. Wyrok ETPC z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie nr 5856/72, *Tyler v. Zjednoczone Królestwo*.
8. Wyrok ETPC z dnia 13 czerwca 1979 r. w sprawie nr 6833/74, *Marckx v. Belgia*.
9. Wyrok ETPC z dnia 9 października 1978 r. w sprawie nr 6289/73, *Airey v. Irlandia*.
10. Wyrok ETPC, z dnia 13 sierpnia 1981 r. w sprawie nr 7601/76, 7806/77, *Young, James and Webster v. Zjednoczone Królestwo*.

11. Wyrok ETPC z dnia 23 listopada 1983 r. w sprawie nr 8919/80, *Van der Musselle v. Belgia*.
12. Wyrok ETPC z 23 marca 1993 r. w sprawie nr 15318/89, *Loizidou v. Turcja (preliminary objections)*.
13. Wyrok ETPC z dnia 27 marca 1998 r. w sprawie nr 20458/92, *Petrovic v. Austria*.
14. Wyrok ETPC z dnia 28 lipca 1999 r. w sprawie nr 25803/94, *Selmouni v. Francja*.
15. Wyrok ETPC z dnia 6 marca 2001 r. w sprawie nr 40907/98, *Dougoz v. Grecja*.
16. Wyrok ETPC z dnia 15 listopada 2001 r. w sprawie nr 25196/94, *Iwańczuk v. Polska*.
17. Wyrok ETPC z dnia 12 grudnia 2001 r. w sprawie nr 52207/99, *Bankovic i inni v. Belgia*,
18. Wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie nr 28957/95, *Christine Goodwin v. Zjednoczone Królestwo*.
19. Wyrok ETPC z dnia 6 października 2005 r. w sprawie nr 74025/01, *Hirst v. Zjednoczone Królestwo (nr2)*.
20. Wyrok ETPC z dnia 5 kwietnia 2005 r. w sprawie nr 52825/00, *Nevmertzhijsky v. Ukraina*.
21. Wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie nr 54810/00, *Jalloh v. Niemcy*.
22. Wyrok ETPC z dnia 21 czerwca 2007 r. w sprawie nr 37213/02, *Kantjrev v. Rosja*.
23. Wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2007 r. w sprawie nr 44362/04, *Dickson v. Zjednoczone Królestwo*.
24. Wyrok ETPC z dnia 8 kwietnia 2010 r. w sprawie nr 20201/04, *Frodl v. Austria*.
25. Wyrok ETPC z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie 60041/08, 60054/08, *Greens and M.T. v. Zjednoczone Królestwo*.
26. Wyrok ETPC z dnia 7 lipca 2011 r. w sprawie nr 34752/02, *Stummer v. Austria*.
27. Wyrok ETPC z dnia 20 października 2011 r. w sprawach nr 5774/10, nr 5985/10, *Mandic i Jovic v. Słowenia*.
28. Wyrok ETPC z dnia 20 października 2011 r. w sprawach nr 5903/10, 60003/10, 6544/10, *Struel i inni v. Słowenia*.
29. Wyrok pilotażowy ETPC z dnia 10 stycznia 2012 r. w sprawach nr 42525/07, 60800/08, *Annayev i in. v. Rosja*.
30. Wyrok ETPC z dnia 17 kwietnia 2012 r. w sprawie nr 20071/07, *Piechowicz v. Polska*.
31. Wyrok ETPC z dnia 17 kwietnia 2012 r. w sprawie nr 13621/08, *Horych v. Polska*.
32. Wyrok ETPC z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie nr 126/05, *Scoppola v. Włochy (nr 3)*.
33. Orzeczenie KPC z dnia 2 sierpnia 2002 r. w sprawie 829/ 1998, *Roger Judge v. Kanada*, U.N. Doc. 1998 CCP/C78 /D/829/1998.
34. Opinia doradcza MTPC z dnia 14 lipca 1989 r. w sprawie OC-10/89, *Interpretacja Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka na podstawie art. 64 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka*, Seria A, nr 10.
35. Wyrok MTPC z dnia 31 sierpnia 2001 r. w sprawie *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nikaragua*, Seria C, nr 79.
36. Orzeczenie SN Republiki Austrii z dnia 27 lutego 1990 r., 10 ObS 66/90, SSV-NF 4/31.
37. Orzeczenie SN Republiki Austrii z dnia 16 marca 1999 r., 10 ObS 52/99s, SSV- NF 4/31.
38. Wyrok TK Republiki Federalnej Niemiec z dnia 1 czerwca 1998 r., 2BvR441/90.

# Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosja* – handel ludźmi a artykuł 4 EKPC

*Anna Głogowska-Balcerzak\**

## 1. Uwagi wstępne

Choć handel ludźmi był przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego już na początku XX wieku, to jednak dopiero w 2000 r. przyjęto pierwszy uniwersalny instrument definiujący to zjawisko. W ciągu zaledwie dziesięciu lat obowiązywania Protokołu o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi został on ratyfikowany<sup>1</sup> przez ponad 150 państw<sup>2</sup>, a zawarta w nim definicja handlu ludźmi powtórzona została w wielu dokumentach dotyczących tematyki tzw. współczesnych form niewolnictwa<sup>3</sup> oraz uznana przez liczne organizacje międzynarodowe. Tak szerokie poparcie dla tej stosunkowo nowej koncepcji rodzi pytanie o jej relację z ugruntowanym w prawie międzynarodowym zakazem niewolnictwa i pracy przymusowej. Analiza definicji tych pojęć wskazuje na istnienie niezaprzeczalnego związku między nimi, jednak pomimo prób podejmowanych przez przedstawicieli doktryny oraz sądy międzynarodowe, nie udało się w sposób definitywny i jednoznaczny odpowiedzieć na pytanie o wzajemną relację tych koncepcji.

## 2. Handel ludźmi w prawie międzynarodowym

Punktem wyjścia dla niniejszego opracowania będzie definicja handlu ludźmi. Pierwsza uniwersalna definicja tego zjawiska znalazła się w Protokole o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi uzupełniającym Konwencję Narodów Zjednoczonych o międzynarodowej przestępczości zorganizowanej (Protokół z Palermo)<sup>4</sup>. W rozumieniu tego instrumentu "handel ludźmi" oznacza werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób z zastosowaniem gróźb lub z użyciem siły lub też z wykorzystaniem innej formy przymusu, uprowadzenia, oszustwa, wprowadzenia w błąd, nadużycia władzy lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia

---

\*Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, prawnikiem w łódzkim oddziale Centrum Praw Kobiet, współpracuje z Fundacją Przeciwko Handlowi Ludźmi i Niewolnictwu "La Strada".

<sup>1</sup> Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r., Dz.U. 2005 r., nr 18, poz. 160.

<sup>2</sup> Protokół wszedł w życie 25 grudnia 2003 r., status ratyfikacji tego instrumentu dostępny jest na: <http://treaties.un.org/> dostęp: 27 lutego 2013 r.

<sup>3</sup> Nie jest to termin języka prawnego; w doktrynie bywa używany jako określenie zbiorcze dla szerokiej gamy opierających się na wykorzystaniu drugiej osoby praktyk, obejmujące m.in. „klasyczne” niewolnictwo, poddaństwo, pracę przymusową, a także handel ludźmi.

<sup>4</sup> Handel ludźmi był przedmiotem międzynarodowych regulacji począwszy od 1904 r., kiedy to uchwalono Międzynarodowe porozumienie dotyczące zwalczania handlu żywym towarem; kolejne instrumenty powstawały w latach: 1910, 1921, 1933 oraz 1949. Żaden z nich nie zawierał jednak definicji tego zjawiska, a ich zakres był ograniczony w stosunku do współczesnego rozumienia terminu „handel ludźmi” – co do zasady obejmował jedynie praktyki związane z wykorzystaniem kobiet w celach prostytucji.



płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą, w celu wykorzystania. Wykorzystanie obejmuje, jako minimum, wykorzystanie prostytucji innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie<sup>5</sup> bądź usunięcie narządów<sup>6</sup>.

Definicja ta stanowi kombinację trzech elementów wskazanych czynności, użytych środków i celu polegającego na wykorzystaniu ofiary<sup>7</sup>. Element pierwszy stanowią określone za pomocą znamion czasownikowych czynności. Konstrukcja ta jest bardzo pojemna, pozwalając tym samym na objęcie zakresem definicji wszystkich osób zaangażowanych w proces handlu ludźmi. Element drugi określa środki, jakich używa sprawca. Protokół wymienia tutaj zarówno metody związane z przemocą, takie jak groźba, użycie siły czy też uprowadzenie, jak również inne, opierające się na bardziej subtelnym działaniu – podstęp, oszustwo lub wykorzystanie słabości. Element ten jest kluczowy z punktu widzenia skuteczności całej definicji, użycie którejkolwiek z wymienionych metod powoduje bowiem, że ewentualna zgoda ofiary nie ma znaczenia i nie może stanowić okoliczności wyłączającej odpowiedzialność sprawców. Element trzeci stanowi natomiast, że działanie sprawcy musi mieć na celu wykorzystanie ofiary. Termin ten obejmuje: wykorzystywanie prostytucji innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, poddaństwo albo usunięcie narządów. Użycie sformułowania „jako minimum” wskazuje jednocześnie, że nie jest to katalog zamknięty. Niezmiernie istotnym jest fakt, że definicja nie wymaga, aby cel polegający na wykorzystaniu ofiary faktycznie został osiągnięty, wystarczające jest istnienie po stronie sprawcy zamiaru jego osiągnięcia.

Podstawowym obowiązkiem, jaki Protokół z Palermo nakłada na państwa-strony jest obowiązek penalizacji określonych w nim czynów, zgodnie z danymi ONZ, definicja przestępstwa handlu ludźmi została implementowana do krajowych porządków prawnych wielu państw na całym świecie<sup>8</sup>. Ponadto, o szerokiej akceptacji przytoczonej definicji świadczyć może

---

<sup>5</sup> Zniewolenie – ang. *servitude*, co należałoby tłumaczyć raczej jako poddaństwo. Co prawda z językowego punktu widzenia termin zniewolenie nie stanowi błędu, jednak mając na uwadze tłumaczenie tego samego terminu występującego we wcześniejszych instrumentach praw międzynarodowego – w tym m.in. w EKPC (art. 4) oraz w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych (art. 8) należałoby zachować między nimi spójność i pozostać przy jednolitej terminologii. Język angielski jest przy tym jednym z sześciu języków autentycznych Protokołu z Palermo (art. 20).

<sup>6</sup> Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r., Dz.U. 2005 r., nr 18, poz. 160, art. 3.

<sup>7</sup> W przypadku handlu dziećmi, definicja ta składa się jedynie z dwóch elementów – czynności i celu polegającego na wykorzystaniu, nie ma natomiast znaczenia czy sprawca posłużył się określonymi w art. 3 metodami. Zgodnie z art. 3 pkt d Protokołu z Palermo, "dziecko" oznacza osobę, która nie ukończyła osiemnastego roku życia.

<sup>8</sup> W 2009 roku Biuro Narodów Zjednoczonych ds. Narkotyków i Przestępczości opublikowało specjalny raport dotyczący handlu ludźmi (*Global report on trafficking in persons*). Stanowi on najobszerniejsze kompendium wiedzy na temat działań podejmowanych w celu zwalczania handlu ludźmi. Raport analizuje dane pochodzące od 155 państw i wskazuje, że 45% z nich wprowadziło przestępstwo handlu ludźmi do swoich porządków prawnych po raz pierwszy dopiero po wejściu w życie Protokołu z Palermo w 2003 roku. Zgodnie z raportem, przyjęcie Protokołu spowodowało też

fakt, iż identyczną konstrukcję w Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi z 2005 r. (Konwencja RE)<sup>9</sup>, a niemal taką samą w Dyrektywie UE z 2011 r.<sup>10</sup>

### 3. Zakaz niewolnictwa, poddaństwa i pracy przymusowej lub obowiązkowej

Drugim punktem odniesienia dla dalszych rozważań jest zakazujący niewolnictwa, poddaństwa oraz pracy przymusowej lub obowiązkowej art. 4 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Konwencja)<sup>11</sup>. Zdaniem Trybunału, przepis ten uosabia jedną z najbardziej podstawowych wartości demokratycznego społeczeństwa<sup>12</sup>. Jak zauważa Garlicki, art. 4 EKPC stanowi swego rodzaju pomost między zawartym w art. 3 EKPC zakazem nieludzkiego i poniżającego traktowania, a art. 5 EKPC, którego treścią jest zakaz nieuzasadnionego pozbawiania wolności<sup>13</sup>.

Należy pamiętać, że zakaz niewolnictwa i zakaz poddaństwa mają charakter absolutny, EKPC nie przewiduje tutaj żadnych klauzul limitacyjnych, nie istnieje też możliwość tymczasowego zawieszenia obowiązywania tych norm. W sposób absolutny sformułowany został również zakaz pracy przymusowej lub obowiązkowej, choć przepis ten zawiera wyliczenie sytuacji wyłączonych poza jego zakres. Podkreślić jednak należy, że metoda enumeracji negatywnej zastosowana w ust. 3 nie stanowi tradycyjnej klauzuli limitacyjnej, wykorzystywanej w przypadku innych przepisów EKPC przez co zapewnia silniejszą ochronę praw jednostek<sup>14</sup>. W odróżnieniu od zakazów niewolnictwa i poddaństwa, zakaz pracy przymusowej lub obowiązkowej może zostać uchylony na warunkach określonych w art. 15 EKPC.

Należy podkreślić, że zawarte w EKPC i innych instrumentach ochrony praw człowieka pojęcia takie jak „niewolnictwo” i „praca przymusowa lub obowiązkowa” posiadają ukształtowaną w prawie międzynarodowym treść. Powszechnie uznaną definicję niewolnictwa zawiera w Konwencji z 1926 r. - zgodnie z art. 1 „niewolnictwo jest stanem czy położeniem jednostki, względem której stosowane jest postępowanie w całości lub części wynikające z prawa własności”<sup>15</sup>. Natomiast koncepcja pracy przymusowej pojawia się w instrumentach Międzynarodowej Organizacji Pracy, przede wszystkim w Konwencji nr 29 z 1930 r., która stanowi, iż termin „praca przymusowa lub obowiązkowa” oznacza wszelką pracę lub usługi wymagane od jakiejś osoby pod groźbą jakiegokolwiek kary, i do których dana osoba nie zgłosiła się do-

---

falę zmian w ustawodawstwach państw, które już wcześniej posiadały przepisy kryminalizujące pewne aspekty tego przestępstwa. Zob. UNODC, *Global report on trafficking in persons*, 2009, s. 24.

<sup>9</sup> Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, sporządzona w Warszawie dnia 16 maja 2005 r., Dz.U. z 2009r., nr 20, poz. 107.

<sup>10</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW, Dz.U. UE L 101 z 15 kwietnia 2011 r., s. 1.

<sup>11</sup> Podobne gwarancje znajdziemy w instrumentach o uniwersalnym zasięgu – Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (art. 4) oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 8).

<sup>12</sup> Wyrok ETPC z dnia 26 lipca 2005 r. w sprawie 73316/01 *Siliadin v. Francja*, pkt 112.

<sup>13</sup> L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, Tom I, Warszawa 2010, s. 138.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 139.

<sup>15</sup> Konwencja z dnia 25 września 1926 r. w sprawie niewolnictwa podpisana w Genewie, Dz.U. z 1931 r. nr 4 poz. 21.

browolnie<sup>16</sup>. ETPC uznał, że oba te instrumenty traktować należy jako punkt wyjścia dla interpretacji art. 4 EKPC<sup>17</sup>. Powyższe definicje mają także zastosowanie do interpretacji elementów przytoczonej powyżej definicji handlu ludźmi, wszak w ramach trzeciego jej elementu wskazane zostało *expressis verbis*, że wykorzystanie ofiary obejmować może niewolnictwo lub pracę przymusową<sup>18</sup>.

Nieco problematycznym elementem art. 4 EKPC jest pojęcie „poddania”, jak zauważa Gallagher, na gruncie prawa międzynarodowego koncepcja ta pozostaje niezdefiniowana<sup>19</sup>, jednak powszechnie uważa się, że odnosi się ona do form wykorzystania drugiej osoby, które są mniej poważne niż niewolnictwo<sup>20</sup>. Wobec braku ogólnie przyjętej definicji, próbę wyjaśnienia znaczenia tego terminu Trybunał podjął w orzeczeniu w sprawie *Van Droogenbroeck v. Królestwo Belgii*. Zdaniem ETPC, poddaństwo stanowi szczególnie dotkliwą formę zanegowania wolności, która połączona jest z obowiązkiem wykonywania określonych usług na rzecz innej osoby oraz koniecznością pobytu we wskazanym przez tę osobę miejscu, bez możliwości zmiany zaistniałej sytuacji<sup>21</sup>.

#### 4. Artykuł 4 Konwencji w orzecznictwie ETPC

Skarg z powołaniem się na naruszenie zakazu niewolnictwa, poddaństwa lub pracy przymusowej było w historii działalności Trybunału stosunkowo niewiele, dlatego też treść art. 4 wciąż dostarcza trudności interpretacyjnych. Większość orzeczeń koncentrowało się na określeniu ram pojęciowych zakazu pracy przymusowej lub obowiązkowej<sup>22</sup>, choć pojawiały się także zarzuty naruszenia zakazu poddaństwa<sup>23</sup>, a nawet niewolnictwa<sup>24</sup>. Pierwszym orze-

---

<sup>16</sup> Konwencja MOP nr 29 z 28 czerwca 1930 r. dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej, Dz.U. z 1959 r., Nr 20, poz. 122, art. 2.

<sup>17</sup> Wyrok ETPC z dnia 23 listopada 1983 r. w sprawie 8919/80, *Van der Mussele v. Belgia*, pkt 32.

<sup>18</sup> Stanowisko to nie budzi wątpliwości i wielokrotnie potwierdzane było w dokumentach ONZ. Zob.: UNODC, *Model law against trafficking in persons*, Wiedeń, 2009, s. 15, 20-22.

<sup>19</sup> Brak powszechnie uznanej definicji sprawił, że w trakcie prac nad Protokołem z Palermo część delegatów sprzeciwiała się włączeniu koncepcji poddaństwa do tego instrumentu. W odpowiedzi na ich obawy przygotowano roboczą definicję, która z niewiadomych przyczyn została jednak pominięta w ostatecznym tekście Protokołu. Zob. szerzej: A.T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press 2010, s. 37.

<sup>20</sup> Wskazówki interpretacyjne znaleźć możemy w dokumentach Biura Narodów Zjednoczonych ds. Narkotyków i Przystępczości (UNODC). „Servitude shall mean the labour conditions and/or the obligation to work or to render services from which the person in question cannot escape and which he or she cannot change.” UNODC, s. 20.

<sup>21</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 1982 r. w sprawie 7906/77 *Van Droogenbroeck v. Belgia*, pkt 58; zob. też: wyrok ETPC z dnia 26 lipca 2005 r. w sprawie 73316/01 *Siliadin v. Francja*, pkt. 123-129.

<sup>22</sup> Orzecznictwo Trybunału przyczyniło się przede wszystkim do sprecyzowania, jakiego rodzaju praktyki nie stanowią pracy przymusowej lub obowiązkowej w rozumieniu art. 4 EKPC. Zob. wyrok ETPC w sprawie *Van der Mussele v. Belgia* (przypis 17), decyzję EKPC z dnia 17 grudnia 1963 r. w sprawie 1468/62 *Iversen v. Norwegia* oraz decyzję ETPC z dnia 20 września 2011 r. w sprawie 43259/07 *Štefan Bucha v. Słowacja*.

<sup>23</sup> Kwestia rzekomego naruszenia zakazu poddaństwa była przedmiotem rozważań Trybunału w tzw. sprawach o włączegostwo – wyrok ETPC z dnia 18 czerwca 1971 r. w sprawach 2832/66; 2835/66; 2899/66 *De Wilde, Ooms i Versyp v. Belgia*; zob. też decyzję EKPC z dnia 19 lipca 1968 r. w sprawach 3435/67, 3436/67, 3437/67 3438/67 *W., X., Y., i Z v. Zjednoczone Królestwo*.

<sup>24</sup> Na naruszenie zakazu niewolnictwa powoływali się pracownicy pewnego przedsiębiorstwa na Ukrainie w związku z zaległościami w wypłacie wynagrodzeń, jednak zarzuty te Trybunał uznał za oczywiście bezzasadne. Skargi rozpatrzone zostały w oparciu o art. 6 ust. 1, 13 oraz 1 Protokołu nr 1

czeniu, w którym ETPC stwierdził, że miało miejsce bezpośrednie naruszenie art. 4 EKPC był wyrok w sprawie *Siliadin v. Francja*, który zapadł w 2005 roku.

Oddzielną, choć także nieliczną kategorię spraw stanowią orzeczenia, w których Trybunał uznał, że miało miejsce naruszenie konwencyjnego zakazu dyskryminacji i jednocześnie pośrednie naruszenie art. 4 EKPC<sup>25</sup>. Sprawy *Zarab Adami v. Malta*<sup>26</sup> oraz *Karlheinz Schmidt v. Niemcy*<sup>27</sup> koncentrowały się jednak wokół problematyki nierównego traktowania i nie wnoszą wiele do dyskursu na temat interpretacji zakazu niewolnictwa, poddaństwa i pracy przymusowej lub obowiązkowej.

#### 4.1. Handel ludźmi w orzecznictwie ETPC

Sprawy, których stan faktyczny odpowiada jednocześnie definicji handlu ludźmi zdają się dominować w nielicznym wciąż dorobku orzeczeń Trybunału, w których stwierdzono bezpośrednie naruszenie art. 4 EKPC. Przede wszystkim wyróżnić można grupę skarg dotyczących przypadków tzw. niewoli domowej (*domestic slavery*)<sup>28</sup>, pierwszą z nich była właśnie sprawa *Siliadin v. Francja*. Skarżąca, piętnastoletnia wówczas obywatelka Togo, przybyła do Francji w towarzystwie krewnej, która w zamian za pomoc w prowadzeniu domu zapewnić miała jej opiekę, pomóc dopełnić niezbędne do legalnego pobytu formalności oraz umożliwić uczęszczanie do szkoły. Po przybyciu do domu swojej opiekunki skarżącej odebrano paszport i uczyniono z niej służącą, a po kilku miesiącach nieodpłatnej pracy przekazano ją pewnemu młodemu małżeństwu. W nowym domu skarżąca pozostała niemal cztery lata, pracując za darmo w charakterze sprzątaczk i opiekunki do dzieci nawet po kilkanaście godzin na dobę, przez siedem dni w tygodniu. Opisany stan faktyczny bez wątpienia odpowiada obowiązującej definicji handlu ludźmi, skarżąca została zwerbowana, przetransportowana, a na koniec przekazana innym osobom w celu świadczenia pracy przymusowej. Ustalanie czy użyto którejkolwiek z wskazanych metod nie jest konieczne, jako że w momencie przybycia do Francji była ona osobą nieletnią<sup>29</sup>. Choć skarżąca podnosiła, że padła ofiarą handlu ludźmi<sup>30</sup>, to jednak Trybunał nie odniósł się do tego zarzutu, orzekając, iż przedstawiony stan faktyczny zakwalifikować należy jako sytuację poddaństwa i pracy przymusowej w rozumieniu EKPC. Mimo nadarzającej się wówczas okazji, w wyroku tym Trybunał nie poruszył w żaden sposób relacji między definicją handlu ludźmi a art. 4 EKPC.

---

– wyroki ETPC w sprawach: 4878/04 *Solovyev v. Ukraina*; 37296/03 *Cherginets v. Ukraina*; 32374/02 *Ananyev v. Ukraina*; 44372/02 *Vorona v. Ukraina*.

<sup>25</sup> Wyrażony w art. 14 zakaz dyskryminacji nie stanowi bowiem samoistnej podstawy orzekania i aż do chwili przyjęcia przez państwa Protokołu nr 12 wymagał wskazania innego przepisu Konwencji lub jej Protokołów dodatkowych, który został pośrednio naruszony poprzez nierówne traktowanie.

<sup>26</sup> Wyrok ETPC z dnia 20 czerwca 2006 r. w sprawie 17209/02 *Zarab Adami v. Malta*, pkt. 37-84.

<sup>27</sup> Wyrok ETPC z dnia 18 czerwca 1994 r. w sprawie 13580/88 *Karlheinz Schmidt v. Niemcy*, pkt. 22-29.

<sup>28</sup> Podobnie jak w przypadku innych form wykorzystania, dokładna skala tego zjawiska nie jest znana. Niektóre źródła wskazują, że na świecie aż 4 miliony kobiet pada ofiarą tych praktyk, choć coraz częściej wskazuje się, że wiele statystyk dotyczących handlu ludźmi może być zawyżonych. Zob. szerzej: Rekomendacja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 26 czerwca 2001 nr 1523 w sprawie niewoli domowej.

<sup>29</sup> Niezależnie jednak od wieku ofiary przytoczony stan faktyczny mieściłby się w ramach drugiego elementu definicji handlu ludźmi – obietnica zapewnienia skarżącej edukacji oraz godziwych warunków życia zakwalifikować można jako oszustwo w rozumieniu Protokołu z Palermo.

<sup>30</sup> *Siliadin* (przypis 12), pkt. 91-92.

Podobny stan faktyczny, sytuacja wykorzystania imigrantek do pracy przymusowej w prywatnych domach, z jednoczesnym ograniczeniem możliwości opuszczania miejsca zamieszkania, odebraniem dokumentów i brakiem wynagrodzenia stanowią wspólny mianownik kolejnych skarg do ETPC, w 2012 r. Trybunał orzekł o naruszeniu art. 4 EKPC w sprawach *C.N. v. Zjednoczone Królestwo*<sup>31</sup> i *C.N. i V. v. Francja*<sup>32</sup>. Powyższe sprawy, choć mieściły się w definicji handlu ludźmi, stanowiły jednocześnie naruszenie wyrażonego w Konwencji *expressis verbis* zakazu poddaństwa lub pracy przymusowej, przez co także w tym wypadku Trybunał nie był zmuszony wypowiadać się o definicji zawartej w Protokole z Palermo. Jedynym jak dotąd przypadkiem wykraczającym poza tradycyjnie rozumiane ramy art. 4 była skarga w sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosja*, wniesiona do ETPC w 2004 roku<sup>33</sup>. Orzeczenie Trybunału zapadło w 2010 r. i do dziś wyrok ten pozostaje najważniejszym dla oceny relacji między praktykami definiowanymi jako handel ludźmi a zakazem niewolnictwa, poddaństwa i pracy przymusowej lub obowiązkowej.

#### 4.2. Wyrok w sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosja*

Stan faktyczny dotyczy tragicznej śmierci dwudziestoletniej obywatelki Rosji, która prawdopodobnie padła ofiarą przestępstwa handlu ludźmi. Pani Rantseva przybyła na Cypr w 2001 r. na podstawie tzw. wizy artystycznej w celu podjęcia pracy w kabarecie. Po kilku dniach pobytu zrezygnowała z zatrudnienia i postanowiła wrócić do Rosji, jednak w wyniku zaniechań lokalnej policji trafiła z powrotem pod opiekę byłego pracodawcy, który zabrał ją do mieszkania innego pracownika kabaretu. Wkrótce potem jej ciało znaleziono na ulicy przed budynkiem, przeprowadzone przez władze cypryjskie śledztwo wykazało, że śmierć nastąpiła na skutek upadku z 6 piętra tego budynku.

Opisany stan faktyczny rozpatrywać należy w szerszym kontekście problemu handlu ludźmi na Cyprze. Wskazuje się, że kobiety z biedniejszych krajów od lat przybywały na Cypr w celu podjęcia pracy w nocnych klubach. Proceder ten funkcjonował za cichym przyzwoleniem władz, rozkwitając dzięki specjalnie stworzonemu przez państwo systemowi tzw. wiz artystycznych, który ułatwić miał uregulowanie statusu przyjeżdżających do pracy kobiet<sup>34</sup>. System działał na tyle sprawnie, że bardzo szybko określenie „tancerka” czy „hostessa” stało się synonimem prostytutki<sup>35</sup>. Sytuacja ta wielokrotnie stanowiła przedmiot zainteresowania

<sup>31</sup> Wyrok ETPC z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie nr 4239/08 *C.N. v. Zjednoczone Królestwo*.

<sup>32</sup> Wyrok ETPC z dnia 11 października 2012 r. w sprawie nr 67724/09 *C.N i V. v. Francja*. Podobnego wyroku należy oczekiwać w zawieszony obecnie sprawie *Elisabeth Kawogo v. Zjednoczone Królestwo* (skarga nr 56921/09).

<sup>33</sup> W 2009 roku do Trybunału wpłynęła też skarga *L.R. v. Zjednoczone Królestwo* (skarga nr 49113/09). Stan faktyczny odpowiadał definicji handlu ludźmi zawartej w Protokole z Palermo, skarżąca została uprowadzona do Wielkiej Brytanii gdzie wbrew swojej woli została zmuszona do pracy w charakterze prostytutki. Kiedy udało jej się uciec swojemu prześladowcy i zgłosić sprawę na policję, złożyła jednocześnie wniosek o przyznanie statusu uchodźcy. Wobec odmowy przyznania ochrony, skarżąca wniosła skargę do Trybunału, w której zarzucała Wielkiej Brytanii naruszenie art. 2, 3, 4 oraz 13 Konwencji, podnosząc, iż wykonanie decyzji o wydaleniu do Albanii naraża ją na prześladowania oraz ryzyko tego, że ponownie paść może ofiarą handlu ludźmi. Po zakomunikowaniu skargi rządowi zdecydowano o przyznaniu skarżącej statusu uchodźcy, co spowodowało, że Trybunał podjął decyzję o skreśleniu skargi z listy spraw na mocy art. 37 ust. 1.

<sup>34</sup> J. Allain, *Rantsev v. Cyprus and Russia: The European court of human rights and trafficking as slavery*, Human Rights Law Review 2010, vol. 10, nr 3, s. 547.

<sup>35</sup> Wyrok ETPC z dnia 7 stycznia 2010 r. w sprawie 25965/04 *Rantsev v. Cypr i Rosja*, pkt 83.

cypryjskiego Rzecznika Praw Obywatelskich. W swoim raporcie stwierdza on, że co prawda większość z migrujących kobiet zdaje sobie sprawę z charakteru pracy, jaką będą wykonywać, często jednak nie są świadome warunków, w jakich przyjdzie im pracować. Jednak zdaje się też, iż kobiety przyjeżdżają na Cypr licząc na podjęcie pracy w charakterze kelnerki lub tancerki, a następnie siłą lub groźbą zostają zmuszone do świadczenia usług seksualnych za pieniądze<sup>36</sup>. Dalsza część raportu wspomina o bardzo złych warunkach, w jakich kobiety te mieszkają, o ograniczeniach, jakie nakładają na nie pracodawcy oraz doświadczanej z ich strony przemocy. Choć już w latach osiemdziesiątych podjęto pewne próby ograniczenia tego procederu, to jednak ze względu na sprzeciw ze strony właścicieli kabaretów i tzw. agentów artystek, nie udało się wprowadzić w życie proponowanych zmian<sup>37</sup>. Wskazuje się ponadto, że zjawisko handlu kobietami nasiliło się znacznie po rozpadzie Związku Radzieckiego, a także w rezultacie przystąpienia Cypru do Unii Europejskiej. Problematyka handlu ludźmi na Cyprze była również tematem serii raportów Komisarza Praw Człowieka Rady Europy<sup>38</sup>.

W sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosja* ze skargą wystąpił ojciec zmarłej. Powołując się art. 2, 3, 4, 5 i 8 EKPC zarzucał Cyprovi zaniechanie podjęcia właściwych działań w celu wyjaśnienia okoliczności śmierci jego córki i ukarania odpowiedzialnych za to zdarzenie osób, wskazując jednocześnie na szereg nieprawidłowości, jakie miały miejsce podczas śledztwa w tej sprawie. Skarżący podnosił też, że cypryjska policja nie zapewniła jego córce odpowiedniej ochrony kiedy ta jeszcze żyła. Ponadto, powołując art. 2 i 4 EKPC zarzucił Rosji, państwu pochodzenia ofiary, brak przeprowadzenia dochodzenia w sprawie domniemanego przestępstwa handlu ludźmi, a zwłaszcza zaniechanie wyjaśnienia okoliczności, w jakich córka skarżącego została zwerbowana do pracy za granicą<sup>39</sup>.

W trakcie postępowania Cypr złożył jednostronną deklarację, w której uznał naruszenie pozytywnych obowiązków wynikających z art. 2, 3, 4 i 5 EKPC, oferując jednocześnie zadośćuczynienie skarżącemu<sup>40</sup>. Deklaracja ta stanowić mogła podstawę do skreślenia skargi z listy spraw, tak jak to miało miejsce w sprawie *L.R. v. Zjednoczone Królestwo*<sup>41</sup>, Trybunał postanowił jednak kontynuować postępowanie<sup>42</sup>. Uzasadniając decyzje o odrzuceniu deklaracji Cypru, ETPC wskazywał, że jego wyroki służą nie tylko rozstrzygnięciu konkretnej sprawy, ale także podnoszeniu ogólnych standardów ochrony praw człowieka. Kontynuując, Trybunał stwierdził, iż w omawianej sprawie było to szczególnie istotne ze względu na poważną naturę stawianych zarzutów i brak orzecznictwa dotyczącego interpretacji oraz stosowania art. 4 w kontekście spraw związanych z handlem ludźmi<sup>43</sup>.

#### 4.3. Handel ludźmi a art. 4 EKPC – wykładnia czy tworzenie prawa?

W związku z zarzutem naruszenia art. 4 EKPC Trybunał zbadać musiał czy stan faktyczny mieści się w zakresie tego przepisu. Stanowisko skarżącego kwestionowała strona rosyjska,

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, pkt 85.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pkt 83.

<sup>38</sup> Zob. szerzej: [http://www.coe.int/t/commissioner/Activities/countryreports\\_en.asp](http://www.coe.int/t/commissioner/Activities/countryreports_en.asp) dostęp: 27 lutego 2013 r.

<sup>39</sup> *Rantsev v. Cypr i Rosja* (przypis 35), pkt 3.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pkt 187.

<sup>41</sup> Zob. przypis nr 34.

<sup>42</sup> Trybunał mógłby wówczas skreślić skargę z listy spraw na mocy art. 37, chyba że kontynuowania wymagałoby poszanowanie praw człowieka w rozumieniu Konwencji i jej Protokołów.

<sup>43</sup> *Rantsev v. Cypr i Rosja* (przypis 35), pkt 197 i 200.

wskazując, że skarga z powołaniem się na art. 4 EKPC jest niedopuszczalna *ratione materiae*, gdyż nie miało miejsca żadne z wymienionych w treści tego artykułu zachowań, skarżąca nie była przetrzymywana w niewoli, w poddaństwie, ani też nie była zmuszana do świadczenia pracy przymusowej lub obowiązkowej<sup>44</sup>. Trybunał odrzucił stanowisko Rosji, stwierdzając, że przedmiot i cel Konwencji, ochrona praw człowieka wymagają tego, aby jej postanowienia interpretować w sposób, który sprawi, że gwarancje zawarte w tym instrumencie będą skuteczne. Podkreślił też, że brak odwołań do handlu ludźmi w Konwencji nie powinien być zaskakujący, w czasie kiedy powstawał ten instrument nie istniała bowiem uniwersalna definicja tego zjawiska. Jak wielokrotnie we wcześniejszych orzeczeniach, Trybunał zaznaczył, że Konwencja stanowi żywy instrument, który powinien być interpretowany w świetle dzisiejszych okoliczności, jest to niezmiernie istotne stwierdzenie, które pozwala przyjąć dynamiczne podejście wobec terminów użytych w Konwencji<sup>45</sup>. Jednocześnie Trybunał zwrócił uwagę na konieczność interpretowania Konwencji w zgodzie z innymi normami prawa międzynarodowego, jakie mają zastosowanie wobec stron Konwencji, a więc m.in. w zgodzie z postanowieniami Protokołu z Palermo i Konwencji RE w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi.

W konsekwencji Trybunał doszedł do wniosku, że nie zachodzi potrzeba ustalenia, czy traktowanie córki skarżącego zakwalifikować należy jako niewolnictwo, poddaństwo bądź pracę przymusową. Zamiast tego stwierdził, że handel ludźmi w rozumieniu Protokołu z Palermo jest sprzeczny z duchem i celem art. 4 EKPC i dlatego też objęty jest jego zakresem<sup>46</sup>.

Wydaje się, że stwierdzenie to mieści się w granicach dynamicznej wykładni, wszak interpretacja przepisów w świetle przedmiotu i celu EKPC zapewnić ma efektywną ochronę praw gwarantowanych przez ten instrument. Jak zauważa Garlicki, zastosowanie art. 4 EKPC nie musi ograniczać się do tradycyjnie rozumianych sytuacji niewolnictwa, poddaństwa czy pracy przymusowej, tego typu rozumowanie nadawałoby temu przepisowi charakter historyczny i mogło by ograniczać możliwości jego praktycznego zastosowania<sup>47</sup>. Art. 4 EKPC zapewnić powinien skuteczną ochronę przed współczesnymi zagrożeniami o podobnym charakterze, a handel ludźmi bez wątpienia do takowych należy. Niemniej jednak wydaje się, że konkluzja tego rodzaju wymaga rzetelnego i wyczerpującego uzasadnienia. Lakoniczne odwołanie się do ducha i celu art. 4 EKPC bez próby dogłębnej analizy definicji handlu ludźmi jest w pewnym sensie drogą na skróty, tym bardziej że stwierdzenie to ma daleko idące konsekwencje, sprawia bowiem, że przepis ten może mieć zastosowanie do całej gamy innych, opierających się na wykorzystaniu drugiej osoby praktyk, takich jak chociażby wykorzystanie do celów prostytucji czy usunięcia narządów<sup>48</sup>.

Niewątpliwie na pochwałę zasługuje decyzja Trybunału o zmierzeniu się z problematyką handlu ludźmi. Rozczarowującym jest jednak fakt, że wywód Trybunału nie przyczynia się do wyjaśnienia relacji, jaka zachodzi między definicją handlu ludźmi a praktykami takimi jak niewolnictwo, poddaństwo czy praca przymusową, tym bardziej że jest to temat, który budzi wiele kontrowersji<sup>49</sup>. Niestety niektóre fragmenty omawianego wyroku zamiast rozwiewać,

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, pkt 209.

<sup>45</sup> L. Garlicki (przypis 13), s. 139.

<sup>46</sup> *Rantsev v. Cypr i Rosja* (przypis 35), pkt 279 i 282.

<sup>47</sup> L. Garlicki (przypis 13), s. 140.

<sup>48</sup> J. Allain, *Rantsev v. Cypr* (przypis 34), s. 555.

<sup>49</sup> Zob. szerzej: J.C. Hathaway, *The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"*, Virginia Journal of International Law, 2008, vol. 49, nr 1; A.T. Gallagher, *Human Rights and Human Traffick-*

potęgują wręcz wątpliwości w tym zakresie, Trybunał stwierdza bowiem, że handel ludźmi z samej swojej natury opiera się na niewolnictwie<sup>50</sup>. Nie do końca jednak wiadomo jak należy rozumieć to stwierdzenie. Analiza funkcjonujących w prawie międzynarodowym definicji obu tych zjawisk, nie wydaje się wspierać takiej konkluzji. Relacja między tymi pojęciami jest problematyczna, pewne przypadki handlu ludźmi mieścić się będą w definicji niewolnictwa, z pewnością jednak nie wszystkie. Możliwa jest też sytuacja odwrotna, niewolnictwo stanowi bowiem element definicji handlu ludźmi.

W swoim wywodzie Trybunał przywołał wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii w sprawie *Prokurator v. Kunarac, Vukovic and Kovac*<sup>51</sup>. Zgodnie z art. 5 Statutu, MTKJ posiada jurysdykcję w odniesieniu do zbrodni przeciwko ludzkości, obejmujących m.in. czyny określone jako niewolnictwo (*enslavement*)<sup>52</sup>. Zdaniem MTKJ, tradycyjne pojęcie niewolnictwa ewoluowało i współcześnie może obejmować rozmaite formy oparte na stosowaniu względem jednostki postępowania w całości lub części wynikającego z prawa własności<sup>53</sup>. Wśród przedstawicieli doktryny znaleźć można zwolenników tak szerokiej interpretacji zakazu niewolnictwa<sup>54</sup>, którzy utrzymują, że koncepcja ta ewoluowała od czasu Konwencji z 1926 r., by objąć całą gamę współcześnie występujących i polegających na wykorzystaniu drugiej osoby praktyk. Niemniej jednak do stwierdzeń takich należy podchodzić ostrożnie, pamiętając, że zakaz niewolnictwa stanowi normę *ius cogens*<sup>55</sup>, a także zaliczany jest do kategorii zobowiązań *erga omnes*<sup>56</sup>.

Jak zauważa Gallagher, termin *enslavement* nie musi być wcale tożsamy z terminem *slavery*.<sup>57</sup> Pierwszy z nich należy do domeny prawa karnego międzynarodowego, drugi znajduje się w przede wszystkim w instrumentach ochrony praw człowieka<sup>58</sup>. Podobne stanowi-

---

*ing: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway*, Virginia Journal of International Law 2009, vol. 49, nr 4; J. Allain, *Case notes: R v. Tang, clarifying the definition of "slavery" in international law*, Melbourne Journal of International Law 2009, vol. 10 nr 3.

<sup>50</sup> "The Court considers that trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership", *Rantsev v. Cypr i Rosja* (przypis 35), pkt. 281.

<sup>51</sup> Wyrok MTKJ z dnia 12 czerwca 2002 r. w sprawie IT-96-23& IT-96-23/1-A *Prokurator v. Kunarac, Vukovic and Kovac*, pkt. 106-124.

<sup>52</sup> Statut Międzynarodowego Trybunału do Spraw Ścigania Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 roku, przyjęty dnia 25 maja 1997 r. Rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ 827 z późniejszymi zmianami, art. 5 pkt c. Zob. także art. 7 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego – wśród czynów mogących stanowić zbrodnie przeciwko ludzkości, w punktach (c) i (g) znalazły się działania takie jak „niewolnictwo”, „niewolnictwo seksualne” oraz „wymuszona prostytutka”.

<sup>53</sup> *Prokurator v. Kunarac* (przypis 51), pkt 117.

<sup>54</sup> Zwolennikami takiej interpretacji są Hathaway oraz Bales. Podobne wnioski wynikają też z raportu z 2002 r., który Weissbrodt przygotował na zlecenie działającej w ramach ONZ Grupy Roboczej do Spraw Współczesnych Form Niewolnictwa. Zob. szerzej: J.C. Hathaway (przypis 49); Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms – Report by D. Weissbrodt and Anti-Slavery International* 2002.

<sup>55</sup> A.T. Gallagher (przypis 49), s. 798.

<sup>56</sup> Wyrok MTS z dnia 5 lutego 1970 r. w sprawie *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgia v. Hiszpania), ICJ Reports 1970, s. 3, pkt 32.

<sup>57</sup> W tekstach polskojęzycznych instrumentów takich jak Konwencja w sprawie niewolnictwa (przypis 15) oraz statut MTKJ (przypis 52) nie zachowano niestety tego rozróżnienia, wydaje się jednak, że w przypadku terminu *enslavement* wskazanym byłoby przetłumaczenie go jako zniewolenie.

<sup>58</sup> A.T. Gallagher (przypis 19), s. 184.



ska prezentuje Allain, wskazując, że w obrębie prawa karnego międzynarodowego występuje tylko termin *enslavement*. Zdaniem tego autora, odnosi się on do czynów, obejmujących szeroki wachlarz praktyk związanych z wykorzystaniem drugiej osoby<sup>59</sup>. Odmiennie natomiast przedstawia się sytuacja na gruncie ogólnego prawa międzynarodowego oraz prawa międzynarodowego praw człowieka, gdzie na przestrzeni lat powstało rozróżnienie rozmaitych rodzajów i stopni praktyk opartych na eksploatacji, z których najpoważniejszą stanowi niewolnictwo (*slavery*)<sup>60</sup>. Wobec powyższych uwag, wydaje się, że w omawianej sprawie odwołanie się przez ETPC do argumentacji MTKJ nie jest do końca trafne.

W doktrynie podkreśla się, że kwestia definicji niewolnictwa i pokrewnych jej terminów wymaga wnikliwej analizy, potrzeba ta stała się szczególnie widoczna wraz z pojawieniem się definicji handlu ludźmi. Wyrok w sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosja* stanowił znakomitą okazję, aby podjąć to wyzwanie, jednak Trybunał podszedł do tej problematyki dosyć ostrożnie. Pomijając jednak pewien niedosyt, jaki pozostawia argumentacja Trybunału, należy podkreślić, że objęcie zjawiska handlu ludźmi zakresem art. 4 EKPC niesie za sobą doniosłe konsekwencje w dziedzinie pozytywnych obowiązków państw. To właśnie z tego względu wyrok w sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosja* został entuzjastycznie przyjęty w środowiskach organizacji związanych z ochroną praw człowieka i przeciwdziałaniem handlowi ludźmi<sup>61</sup>.

#### 4.4. Pozytywne obowiązki państw na gruncie artykułu 4 EKPC

Jak zauważa Lasocik, „handel ludźmi stanowi kumulację tak wielu naruszeń podstawowych praw istoty ludzkiej, immanentnie związanych z jej godnością, że nie może pozostać bez negatywnej oceny i reakcji państwa, to zaś przenosi debatę na grunt obowiązków państwa wobec jednostki”<sup>62</sup>.

Trybunał orzekł, że miało miejsce naruszenie art. 4 EKPC przez oba pozwane państwa. Do naruszenia przedmiotowego przepisu przez Rosję doszło poprzez niedopełnienie pozytywnego obowiązku współpracy z władzami Cypru w wyjaśnieniu okoliczności związanych z rekrutacją domniemanej ofiary handlu ludźmi. Trybunał podkreślił tutaj istnienie proceduralnego obowiązku, zakładającego konieczność przeprowadzenia pełnego i efektywnego śledztwa, które obejmowałoby wszystkie aspekty tego przestępstwa, począwszy od zwerbowania ofiary po jej wykorzystanie w miejscu docelowym<sup>63</sup>. Naruszenie art. 4 EKPC przez Cypr miało natomiast charakter materialny, pozytywne obowiązki materialne obligują państwa-strony Konwencji do podjęcia właściwych prewencyjnych kroków wobec osoby, której prawa mogą zostać naruszone, w sytuacji kiedy istnieją wiarygodne przesłanki uzasadniające taką

---

<sup>59</sup> Zob. też: *Elementy Definicji Zbrodni (Elements of Crime)*, mające stanowić wskazówki interpretacyjne dotyczące zbrodni określonych w statucie MTK, wskazują, że termin zniewolenie może w pewnych przypadkach obejmować praktyki takie jak praca przymusowa, poddaństwo, a także handel ludźmi. International Criminal Court, *Elements of Crimes*, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2000, art. 7(c).

<sup>60</sup> Oprócz niewolnictwa, a także poddaństwa i pracy przymusowej lub obowiązkowej wymienić można praktyki wskazane w Konwencji uzupełniającej w sprawie zniesienia niewolnictwa, handlu niewolnikami oraz instytucji i praktyk zbliżonych do niewolnictwa z 1956 roku, która w art. 1 wymienia m.in. niewolę za długi oraz przymusowe małżeństwa.

<sup>61</sup> J. Allain, *Rantsev v. Cyprus* (przypis 34), s. 557.

<sup>62</sup> Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi, zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 16.

<sup>63</sup> *Rantsev v. Cypr i Rosja* (przypis 35), pkt 307.

obawę<sup>64</sup>. Trybunał wskazywał, że kiedy córka skarżącego zjawiła się na komisariacie w towarzystwie swojego byłego pracodawcy, funkcjonariusze nie podjęli działań mających wyjaśnić okoliczności jej pobytu i pomimo licznych sygnałów wskazujących na to, że mogą mieć do czynienia z ofiarą handlu ludźmi, nie zapewnili jej właściwej ochrony. ETPC podkreślał także, że wprawdzie Cypr posiadał ustawodawstwo karne mające na celu zwalczanie handlu ludźmi, niemniej jednak istnienie systemu „wiz artystycznych” ograniczało skuteczność wszelkich działań zmierzających do eliminacji tego przestępstwa<sup>65</sup>. Jednocześnie Trybunał orzekł, że miało miejsce proceduralne naruszenie art. 2 EKPC, w związku z tym, że władze cypryjskie nie przeprowadziły skutecznego śledztwa w sprawie śmierci córki skarżącego. W tej sytuacji Trybunał uznał też, że nie zachodzi potrzeba badania odrębnego zarzutu dotyczącego proceduralnego naruszenia art. 4 EKPC przez Cypr.

Zarówno Protokół z Palermo jak i Konwencja RE odzwierciedlają wszechstronne podejście do zwalczania handlu ludźmi, instrumenty te przewidują nie tylko środki karne, ale także środki związane z przeciwdziałaniem temu zjawisku i ochroną ofiar. Nawiązując do tych instrumentów Trybunał uznał, że zakres pozytywnych obowiązków państw wynikających z art. 4 EKPC powinien być rozpatrywany w takim właśnie szerokim kontekście<sup>66</sup>. Jest to krok naprzód, w porównaniu z orzeczeniem w sprawie *Siliadin v. Francja*, gdzie obowiązki państw ograniczono do konieczności posiadania odpowiednich przepisów karnych oraz do skutecznego ścigania wszystkich aktów niewolnictwa, poddaństwa oraz zmuszania osób do świadczenia pracy przymusowej lub obowiązkowej.

## 5. Podsumowanie

Choć brak dogłębnej analizy dotyczącej definicji handlu ludźmi i jej relacji z zakazanymi na gruncie art. 4 EKPC praktykami jest nieco rozczarowujący, to jednak w pozostałym zakresie wyrok ETPC w sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosja* ocenić należy pozytywnie. Trybunał podkreślał wielokrotnie, że Konwencja stanowi żywy instrument, który odczytywany być powinien, w świetle pojęć aktualnie dominujących w państwach demokratycznych<sup>67</sup>. Definicja handlu ludźmi wyrażona w Protokole z Palermo niewątpliwie zdominowała w ostatnich latach debatę na temat współczesnych form niewolnictwa, stąd decyzja Trybunału o odwołaniu się do tej koncepcji wydaje się nie tylko w pełni uzasadniona, ale wręcz pożądana.

---

<sup>64</sup> M. Wąsek-Wiaderek, *O proceduralnych obowiązkach państwa na gruncie art. 2 i 3 Europejskiej konwencji praw człowieka – wykładnia czy tworzenie prawa?* (w:) C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa: refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011, s. 130.

<sup>65</sup> *Rantsev v. Cypr i Rosja* (przypis 35), pkt 284.

<sup>66</sup> *Rantsev*, pkt 285; szerzej: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka, Wybór Orzeczeń 2010*, Warszawa 2011, s. 18.

<sup>67</sup> *Van der Musselle v. Belgia* (przypis 17), pkt 32.

## Literatura

1. Allain J., *Rantsev v. Cyprus and Russia: The European court of human rights and trafficking as slavery*, Human Rights Law Review 2010, vol. 10, nr 3.
2. Allain J., *Case notes: R v. Tang, clarifying the definition of "slavery" in international law*, Melbourne Journal of International Law 2009, vol. 10, nr 3.
3. Gallagher A.T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge, 2010.
4. Gallagher A.T., *Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway*, Virginia Journal of International Law 2009, vol. 49, nr 4.
5. Garlicki L. (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, Tom I, Warszawa 2010.
6. Hathaway J.C., *The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"*, Virginia Journal of International Law 2008, vol. 49, nr 1.
7. Lasocik Z. (red.), *Handel ludźmi, zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006,
8. Nowicki M.A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka, Wybór Orzeczeń 2010*, Warszawa, 2011.
9. Wąsek-Wiaderek M., *O proceduralnych obowiązkach państwa na gruncie art. 2 i 3 Europejskiej konwencji praw człowieka – wykładnia czy tworzenie prawa? (w:) C. Mik, K. Gałka (red.), Między wykładnią a tworzeniem prawa: refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011.

## Orzecznictwo

1. Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 17 grudnia 1963 r. w sprawie 1468/62 *Iversen v. Norwegia*.
2. Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 19 lipca 1968 r. w sprawach 3435/67, 3436/67, 3437/67 3438/67 *W., X., Y., i Z v. Zjednoczone Królestwo*.
3. Decyzja ETPC z dnia 20 września 2011 r. w sprawie 43259/07 *Štefan Bucha v. Słowacja*.
4. Wyrok ETPC z dnia 18 czerwca 1971 r. w sprawach 2832/66; 2835/66; 2899/66 *De Wilde, Ooms i Versyp v. Belgia*.
5. Wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 1982 r. w sprawie 7906/77 *Van Droogenbroeck v. Belgia*.
6. Wyrok ETPC z dnia 23 listopada 1983 r. w sprawie 8919/80 *Van der Mussele v. Belgia*.
7. Wyrok ETPC z dnia 18 czerwca 1994 r. w sprawie 13580/88 *Karlheinz Schmidt v. Niemcy*.
8. Wyrok ETPC z dnia 26 lipca 2005 r. w sprawie 73316/01 *Siliadin v. Francja*.
9. Wyrok ETPC z dnia 29 listopada 2005 r. w sprawie 37296/03 *Cherginets v. Ukraina*.
10. Wyrok ETPC z dnia 20 czerwca 2006 r. w sprawie 17209/02 *Zarab Adami v. Malta*.
11. Wyrok ETPC z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie 44372/02 *Vorona v. Ukraina*.
12. Wyrok ETPC z dnia 30 listopada 2006 r. w sprawie 32374/02 *Ananyev v. Ukraina*.
13. Wyrok ETPC z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie 4878/04 *Solovyev v. Ukraina*.
14. Wyrok ETPC z dnia 11 października 2012 r. w sprawie nr 67724/09 *C.N i V. v. Francja*.
15. Wyrok ETPC z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie nr 4239/08 *C.N. v. Zjednoczone Królestwo*.
16. Wyrok ETPC z dnia 7 stycznia 2010 r. w sprawie 25965/04 *Rantsev v. Cypr i Rosja*.

17. Wyrok MTS z dnia 5 lutego 1970 r. w sprawie *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgia v. Hiszpania), ICJ Reports 1970, s. 3.
18. Wyrok MTKJ z dnia 12 czerwca 2002 r. w sprawie IT-96-23& IT-96-23/1-A *Prokurator v. Kunarac, Vukovic and Kovac*.

# Konceptualizacja prawa do prawdy w świetle orzecznictwa sądów międzynarodowych ze szczególnym uwzględnieniem sprawy *Srebrenicy* przed Izbą Praw Człowieka dla Bośni i Hercegowiny

*Tomasz Lachowski\**

## 1. Uwagi wstępne

Prawo do prawdy (*right to truth*) to fenomen, który obecny jest w międzynarodowym dyskursie już stosunkowo długo, bo od lat 80. XX w., w związku z poszukiwaniem możliwej odpowiedzi na skutki represji autorytarnych rządów Ameryki Łacińskiej, w szczególności zbrodni wymuszonych zaginięć. Niemniej, należy zauważyć, że teza o istnieniu autonomicznego prawa do prawdy, a co za tym idzie, określenie jego charakteru i zakresu normatywnego, wciąż budzi opór części doktryny oraz praktyków, nie wyłączając z tego katalogu również niektórych międzynarodowych sądów ochrony praw człowieka – choć w tym miejscu uogólnianie wydaje się nieuprawnione – czego znamienitym przykładem stał się Europejski Trybunał Praw Człowieka<sup>1</sup>.

Z pewnością, związane jest to z faktem niewystępowania *expressis verbis* prawa do prawdy w umowach międzynarodowych dotyczących praw człowieka. Co więcej, do czasu przyjęcia Międzynarodowej Konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami (MKWZ) w 2006 r., która gwarantuje ofiarom (i ich rodzinom) zbrodni wymuszonych zaginięć prawo do prawdy, prawo to nie występuje w żadnym wiążącym dokumencie międzynarodowym. Jednocześnie, rzeczywista polityka reżimów niedemokratycznych polegająca na negacji praw podstawowych, „wycelowana” we własnych obywateli, zdeterminowała konieczność znalezienia skuteczniejszych form ochrony praw, w tym poprzez odwołanie się m.in. do konstrukcji prawa do prawdy. Stopniowo zaczęto wypełniać treścią dość enigmatyczne, choć równocześnie doniosłe pojęcie tegoż, w czym zdecydowany prym wiódł Międziamerykański Trybunał Praw Człowieka, ale także Komitet Praw Człowieka.

Niniejszy artykuł podejmuje próbę zestawienia dotychczasowych wysiłków społeczności międzynarodowej, odnoszących się do konceptualizacji prawa do prawdy, tj. prawa ofiar i ich rodzin do poznania okoliczności danej zbrodni, w tym faktów dotyczących bezpośredniej ofiary (zwłaszcza w przypadku wymuszonego zaginięcia), jej losów, czy miejsca przebywania oraz identyfikacji sprawcy. W dalszej części zostanie przedstawiona decyzja Izby Praw Człowieka dla Bośni i Hercegowiny (IPC), instytucji post-konfliktowej *sensu stricto*, w sprawie dotyczącej Srebrenicy, zdaniem autora, mająca niebagatelne znaczenie dla rozwoju analizowanego prawa, rozumiana jako przejaw wykorzystania mechanizmów sprawiedliwości okresu przejściowego w specyficznym „wrażliwym” środowisku post-konfliktowym.

---

\*Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

<sup>1</sup> ETPC podchodzi do stwierdzenia istnienia prawa do prawdy z widoczną rezerwą. Szerzej na ten temat: pkt 2.3.1 niniejszego opracowania.

## 2. Prawo do prawdy

Debata nad istnieniem prawa do prawdy pojawia się najczęściej w świetle rozważań na temat tzw. sprawiedliwości okresu przejściowego (*transitional justice*)<sup>2</sup>, nazywanej także sprawiedliwością w okresie przemian, czy okresu transformacji, bądź sprawiedliwością tranzytywną. Dążenie społeczeństw post-konfliktowych i post-autorytarnych do dokonania prawnej i moralnej oceny „mrocznej przeszłości” bazuje na implementacji kilku mechanizmów, tak sądowych, jak i pozasądowych, wśród których, obok osądzenia sprawców naruszeń, czy wdrożenia reform instytucjonalnych, paradygmat poszukiwania i opowiadania prawdy (*truth-seeking, truth-telling*) zajmuje ważne miejsce. Należy uwypuklić, że niekoniernie najlepszym forum dla poznania prawdy na temat okoliczności naruszeń, zwłaszcza tych o wieloletnim, systemowym charakterze jest sąd. Dlatego też, często wykorzystywanym mechanizmem *transitional justice* przez społeczeństwa w okresie przejściowym<sup>3</sup> stały się komisje prawdy<sup>4</sup> i inne ciała śledczo-badawcze, zorientowane na badanie faktów, choć nieraz powoływane również dla osiągnięcia innych celów, jak pojednanie narodowe, czego najbardziej znanym przykładem jest Komisja Prawdy i Pojednania w RPA (1995 – 2002).

Prawo do prawdy, inaczej nazywane prawem do poznania prawdy lub prawem do wiedzy, jest wskazywane obok prawa do sprawiedliwości, prawa do naprawy oraz prawa – gwarancji niewystąpienia (podobnych) naruszeń w przyszłości jako najważniejsze prawo jednostki w okresie transformacji, czy to przy okazji formułowania parametrów „przejścia” z systemu autorytarnego do demokracji, czy określania strategii „wyjścia” z konfliktu zbrojnego<sup>5</sup>. Wskazanym prawom odpowiadają prawnomiędzynarodowe zobowiązania państw<sup>6</sup> dotyczące ścigania i karania sprawców najpoważniejszych przewinień, badania okoliczności zbrodni, czy naprawy skutków danych naruszeń, tak w wymiarze *stricte* materialnym, jak i symbolicznym (o indywidualnym i zbiorowym charakterze).

Zobowiązanie państwa w przedmiocie zdeterminowania okoliczności naruszeń związane bezpośrednio z istnieniem prawa do prawdy, tradycyjnie realizowane w procedurze sądowej poprzez wszczęcie właściwego postępowania (zmierzającego do ukarania sprawcy) powoduje, iż prawo do prawdy kojarzone jest z prawem do sprawiedliwości (którego odpowiednikiem jest wszak obowiązek ścigania i karania zbrodniarzy, *duty to prosecute*)<sup>7</sup>. Co więcej, w oczach części badaczy<sup>8</sup> prawo to jest integralną częścią szerszego prawa do sprawiedliwo-

---

<sup>2</sup> Szerzej na temat sprawiedliwości okresu przejściowego np. N. Kritz (red.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, US Institute for Peace Press 1995, vol. 3; R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford 2000; N. Roth-Arriaza, J. Mariezcurrena (red.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth v. Justice*, Cambridge 2006.

<sup>3</sup> Pomimo niewątpliwej ułomności językowej sformułowania „społeczeństwo tranzytywne”, w toku dalszego wywodu oznacza ono zarówno społeczeństwo post-konfliktowe, jak post-autorytarne.

<sup>4</sup> Szerzej na temat fenomenu komisji prawdy np. M. Freeman, *Truth commissions and procedural fairness*, Cambridge 2006; P.B. Hayner, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and Challenge of Truth Commissions*, New York 2011.

<sup>5</sup> Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010, pkt 1.

<sup>6</sup> Zob. M. Scharf, *The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes*, Law and Contemporary Problems 1996, vol. 59, nr 4, s. 41-61.

<sup>7</sup> Osobną sprawą jest określenie, czy istnieje w ogóle prawo do sprawiedliwości.

<sup>8</sup> Por. J.E. Méndez, *The Right to Truth*, (w:) C. C. Joyner, M. C. Bassiouni (red.), *Reining in Impunity For International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Association Inter-

ści, co miałyby przesądzać o niemożliwości samodzielnego istnienia *right to truth*. Nie ulega wątpliwości, że prawo do prawdy może być zrealizowane wspólnie z prawem do sprawiedliwości, jednak, co warto podkreślić, dorobek orzecznicy organów międzynarodowych daje asumpt do postawienia tezy o tworzeniu się w pełni autonomicznego (choć związanego z szeregiem uznanych praw konwencyjnych) prawa, nawet, co wskazują niektórzy, jako prawa zwyczajowego<sup>9</sup>.

## 2.1. Charakterystyka pojęcia

2.1.1. Próby definicji prawa do prawdy znajdziemy w szeregu dokumentów międzynarodowych, zasadniczo o niewiążącym charakterze. Przyjęta przez Komisję Praw Człowieka NZ rezolucja<sup>10</sup> potwierdziła w sposób jednoznaczny, poprzez odwołanie się wprost<sup>11</sup> do przepisów prawa międzynarodowego, prawo społeczeństwa w ogóle, a w szczególności prawo jednostki – ofiar poważnych naruszeń praw człowieka oraz ich rodzin w ramach systemu krajowego konkretnego państwa do poznania prawdy dotyczącej naruszeń (np. poprzez wszczęcie właściwego postępowania), tożsamości sprawców oraz wiedzy na temat przyczyn, przebiegu oraz okoliczności ich wystąpienia (np. poprzez dostęp do archiwów).

Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć w Komentarzu Generalnym dotyczącym prawa do prawdy<sup>12</sup>, definiowała prawo (w relacji do wymuszonych zaginięć) jako: „prawo do wiedzy na temat przebiegu i postępu postępowania, losu i lokalizacji osób zaginionych oraz okoliczności zaginięcia, a także tożsamości sprawców”<sup>13</sup>. Rozwiązanie to zostało przyjęte w artykule 24 ust. 2 MKWZ, która jednak wyłączyła z zakresu *right to truth* prawo do wiedzy na temat tożsamości sprawców<sup>14</sup>.

2.2.2. Prawo do prawdy ujmowane jest w kategorii prawa indywidualnego oraz prawa zbiorowego (kolektywnego). Co do wymiaru kolektywnego, L. Joinet, w swoim raporcie dotyczącym kwestii bezkarności sprawców naruszeń praw człowieka, zauważa, że prawo do prawdy w aspekcie zbiorowym implikuje „obowiązek zapamiętania” (*duty to remember*) hi-

---

national de Droit Penal 1998, s. 263; 276. Méndez był jednym z pierwszych badaczy stwierdzających istnienie *right to truth*.

<sup>9</sup> Zob. Eighth annual report presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37, E/CN.4/Sub.2/1995/20, Annex I, 17-19 March 1995, pkt 40.

<sup>10</sup> Rez. Komisji Praw Człowieka, Right to Truth, 2005/66. Należy dodać, że rezolucja ta została przyjęta bez głosowania.

<sup>11</sup> M.in. zobowiązania wypływające z Karty Narodów Zjednoczonych, Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, MPPOiP, Konwencji genewskich i Protokołów dodatkowych.

<sup>12</sup> Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć, General Comment on the Right to Truth in Relation to Enforced Disappearance, pkt. 1 oraz 6, dostępne na stronie [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-right\\_to\\_the\\_truth.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-right_to_the_truth.pdf) (dostęp: 17 lutego 2013 r.). Grupa Robocza NZ ds. Wymuszonych Zaginięć uznała istnienie prawa do prawdy jako prawa autonomicznego już w swoim pierwszym raporcie z 1981 r.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pkt 1.

<sup>14</sup> Grupa Robocza w Komentarzu do MKWZ wskazała m.in. na problem ujawnienia nazwisk (domniemanych) sprawców przez komisje prawdy w raportach końcowych, w sytuacji, gdy zidentyfikowani rzekomi sprawcy nie mają choćby zbliżonych „gwarancji procesowych” jak podczas regularnego postępowania sądowego. Por. *ibidem*, pkt 8.

storii represji, zwłaszcza w sytuacji systemowych i masowych naruszeń<sup>15</sup>. Można zatem założyć, że kolektywne prawo do prawdy łączy się z pojęciem *rule of law* oraz wartością prawnej i politycznej odpowiedzialności władzy przed własnymi obywatelami<sup>16</sup>.

Widoczna dwutorowość prawa do prawdy przekłada się na wykorzystywane mechanizmy przez państwo lub społeczność międzynarodową. O ile w przypadku prawa indywidualnego należy przyjąć, że najbardziej efektywnym środkiem jest zawsze postępowanie sądowe, o tyle w przypadku badania strukturalnych naruszeń praw, mechanizmy czysto sądowe mogą okazać się zawodne. Przy określaniu przyczyn, przebiegu i skutków wieloletnich naruszeń skuteczniejsze mogą być mechanizmy pozasądowe, w tym komisje prawdy, czy np. zachowanie (i rozsądne, publiczne udostępnienie) archiwów dokumentujących zbrodnie reżimu lub poszczególnych jednostek<sup>17</sup>.

## 2.2. Źródła prawa do prawdy

2.2.1. Korzenie prawa do prawdy sięgają regulacji prawa humanitarnego dotyczących losu osób zaginionych lub zmarłych podczas konfliktu. Relewantne przepisy odnajdziemy w treści Konwencji genewskich dotyczących prawa wojennego (KG) z 1949 r.<sup>18</sup> oraz Protokołów dodatkowych (PD) z 1977 r.<sup>19</sup>, a zwłaszcza I PD. Wszystkie cztery KG zawierają zbliżony zbiór regulacji odnoszących się do m.in. konieczności poszukiwania i zabrania rannych i chorych z pola walki, czy obowiązku rejestracji osób rannych, chorych i zmarłych strony przeciwnej, choć z pewnością to rozwiązania I PD poprzez podkreślenie roli wiedzy rodzin ofiar na temat osób najbliższych są bliższe współczesnemu rozumieniu prawa do prawdy. I PD w art. 32 stanowi, że „strony konfliktu oraz międzynarodowe organizacje humanitarne (...) kierują się w swej działalności przede wszystkim prawem rodzin do wiedzy o losie ich członków”, czego uszczegółowieniem (art. 33) jest zakreślenie obowiązku m.in. poszukiwania osób zgłoszonych przez państwo-stronę przeciwną, czy np. identyfikacji zmarłych w czasie konfliktu.

2.2.2. Systemowe naruszenia praw w postaci wymuszonych zaginięć, występujące na masową skalę od lat 70. XX. wieku, głównie w Ameryce Łacińskiej<sup>20</sup>, nieco „przemodelowały” pojęcie prawa do prawdy, uniezależniając jego istnienie od konfliktu zbrojnego<sup>21</sup>. Wyrazem prac i aktywności ciał międzynarodowych stały się Deklaracja o ochronie wszystkich osób

---

<sup>15</sup> Final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political), E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 czerwca 1997 r., pkt 17.

<sup>16</sup> Por. Raport Wysokiego Komisarza NZ ds. Praw Człowieka, *Right to the Truth*, A/HRC/5/7, 7 lipca 2007 r., pkt 83.

<sup>17</sup> Question of the impunity (przypis 15), pkt 18; Report of the Independent Expert to Update the Set of principles to Combat Impunity, Diane Orenlicher, *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 lutego 2005 r., s. 7.

<sup>18</sup> Np. art. 15-18 I KG, czy art. 18-21 II KG.

<sup>19</sup> To zasadniczo art. 32 i n., I PD.

<sup>20</sup> Odbiciem zainteresowania społeczności międzynarodowej stały się rezolucje przyjmowane na forum ZO ONZ, np. 3220 (XXIX) z 6 listopada 1974 r.; 45/165 (1990) z 18 grudnia 1990 r.

<sup>21</sup> Zob. Y. Naqvi, *The Right to Truth in International Law: Fact or Fiction?*, International Review of the Red Cross 2006, vol. 88, nr 862, s. 248-249.



przed wymuszonymi zaginięciami z 1992 r.<sup>22</sup> oraz – jej „przekucie” w materię traktatową – MKWZ z 2006 r.<sup>23</sup>

MKWZ, której jednym z celów jest zapewnienie prawa do prawdy co wynika z preambuły, w art. 24 gwarantuje każdej ofierze prawo do poznania prawdy na temat wymuszonego zaginięcia, przejawiającego się w prawie do bycia informowanym o: (I) okolicznościach zbrodni, (II) postępie i rezultacie wszczętego postępowania oraz (III) losie zaginionej osoby. Państwo-strona zostaje na gruncie MKWZ zobowiązane do podjęcia wszelkich właściwych kroków w tej materii, tj. wszczęcia właściwego postępowania, a także dokonania szeregu czynności faktycznych w zakresie poszukiwania, zlokalizowania i uwolnienia zaginionego lub, w przypadku jego śmierci, do zlokalizowania zwłok ofiary, odpowiedniej czci oraz zwrotu ich rodzinie.

MKWZ stała się pierwszym przejawem twardego prawa normującego materię *right to truth*, które, poza kontekstem prawa humanitarnego, istniało jedynie w niewiążących dokumentach organizacji międzynarodowych. Dla porządku warto wskazać rezolucje Rady Praw Człowieka<sup>24</sup> i ZO ONZ<sup>25</sup>, a także prace prowadzone przez Biuro Wysokiego Komisarza NZ ds. Praw Człowieka w celu klaryfikacji zakresu i charakteru prawnego prawa do prawdy<sup>26</sup>.

MKWZ jest wciąż aktem o dość marginalnym znaczeniu, co związane jest bezpośrednio z liczbą państw-stron doń. W chwili obecnej (początek 2013 r.) to tylko 37 państw, choć należy zauważyć, że aż 14 z nich (czyli ponad jedna trzecia wszystkich) to właśnie państwa z regionu Ameryki Łacińskiej, co sugeruje przynajmniej regionalne przeświadczenie o konieczności przeciwdziałania wymuszonym zaginięciom z prawem do prawdy jako ważnym i skutecznym środkiem realizacji tej polityki. Z pewnością duży wpływ w tej mierze ma orzecznictwo MTPC (być może częściowo także KPC) w obszarze „wydobycia” prawa do prawdy z treści Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka<sup>27</sup>.

2.2.3. Pewną wątpliwość może budzić odwołanie się do materii regulacji tzw. ogólnych konwencji (paktów) ochrony praw człowieka (AKPC, EKPC, MPPOiP) jako źródeł prawa do prawdy w sytuacji, gdy prawo to nie jest wymienione *explicite* w żadnym z przywołanych wyżej instrumentów. Z drugiej jednak strony, prawo do prawdy tak naprawdę „nie przebiłoby się” do świadomości społeczności międzynarodowej bez działalności międzynarodowych sądów operujących na tekstach ww. aktów prawnych. Znamienitym przykładem determinującym potrzebę analizy prawa do prawdy w świetle postanowień konwencji o charakterze ogólnym jest niedawny (2010 r.) wyrok MTPC w sprawie *Lund v. Brazylia*. W orzeczeniu tym Trybunał, niejako wieńcząc swoje, trwające ponad dwie dekady, rozważania w przedmiocie *right to truth*, stwierdził, iż „każda osoba, włączając w to osobę najbliższą, ma prawo do po-

---

<sup>22</sup> Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, rez. ZO ONZ 47/133 z 18 grudnia 1992 r.

<sup>23</sup> Polska, jak dotychczas, nie jest stroną MKWZ.

<sup>24</sup> Rez. Rady Praw Człowieka 9/11 z 2008 r., Right to the Truth, A/HRC/9/11; 12/12 z 2009 r., A/HRC/12/12.

<sup>25</sup> Np. rez. ZO ONZ 57/207 z 14 lutego 2003 r.

<sup>26</sup> Raport Wysokiego Komisarza NZ ds. Praw Człowieka (przypis 16); A/HRC/12/19, 21 sierpnia 2009 r.; A/HRC/15/33, 28 lipca 2010 r.

<sup>27</sup> Systematyczną ewolucję orzeczniczą MTPC w zakresie prawa do prawdy możemy zaobserwować praktycznie od pierwszej sprawy, która stanęła przed Trybunałem (*Velásquez-Rodríguez v. Honduras*) aż do sprawy *Lund v. Brazylia*.

znania prawdy, co w konsekwencji powinno prowadzić do zapewnienia (przez państwo) osobie najbliższej oraz całemu społeczeństwu informacji na temat (danego) naruszenia<sup>28</sup>.

Należy zauważyć, że pojawienie się prawa do prawdy w narracji dotyczącej konwencji ogólnych związane jest z koniecznością nie tylko poszanowania, ale także realnego zapewnienia wykonywania praw płynących z konwencji, a co za tym idzie klaryfikacji pozytywnych zobowiązań państw, tak o materialnym, jak i proceduralnym charakterze.

Podkreślił to MTPC w sprawie *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*<sup>29</sup>, dotyczącej systemowej praktyki wymuszonych zaginięć, stwierdzając konieczność podjęcia wszelkich działań polegających na: zapobieganiu, badaniu i karaniu (*prevent, investigate and punish*, do czego ETPC odwołał się np. w sprawie *Opuz v. Turcja*<sup>30</sup>) każdego naruszenia prawa uznanego w Konwencji (art. 1 ust. 1), nawet wówczas, gdy sprawcą naruszenia jest osoba prywatna (przejaw horyzontalnego obowiązywania AKPC). Zapewnienie pełnego korzystania z praw wymaga takiego zorganizowania aparatu władzy i struktury państwa (przy czym samo przyjęcie danej legislacji może okazać się niewystarczające), które to efektywnie umożliwią (materialny wymiar obowiązku pozytywnego), w tym poprzez wszczęcie właściwego postępowania i zbadania okoliczności naruszeń (aspekt proceduralny).

W podobny sposób rozumował KPC, analizując charakter normatywny zobowiązań państw w świetle postanowień MPPOiP. W Komentarzu Generalnym nr 31<sup>31</sup> dotyczącym wykładni art. 2, KPC zauważył, że na gruncie jego możemy wskazać zarówno zobowiązania negatywne, jak i pozytywne. Niedopełnienie pozytywnego obowiązku zapewnienia realizacji praw, polegającego m.in. na zapobieganiu, badaniu, ściganiu i karaniu naruszeń może skutkować naruszeniem Paktu.

Nie ulega wątpliwości, że również ETPC, mając na uwadze wartość rzeczywistej ochrony praw, wyprowadził z treści EKPC tak negatywne, jak i pozytywne zobowiązania<sup>32</sup>. Pamiętając jednak o wstrzeźliwości Trybunału w relacji do prawa do prawdy, należy zastanowić się, czy uprawnione jest odwoływanie się do przepisów EKPC jako źródeł tegoż, mimo iż, jak wydaje się, konstrukcyjnie byłoby to z pewnością możliwe (o czym poniżej). Być może sprawa *Janowiec v. Rosja (Katyń)* z 2012 r. stanie się zwiastunem nowego podejścia ETPC do prawa do prawdy – stwierdzenie o „pozbawianiu skarżących możliwości poznania prawdy”<sup>33</sup> o zbrodni katyńskiej – choć na razie raczej tylko w warstwie językowej.

### 2.3. Natura i zakres normatywny prawa do prawdy

2.3.1. Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka już w 1986 roku wskazywała, że każde społeczeństwo posiada niezbywalne (*inalienable*) prawo do prawdy dotyczące motywów i okoliczności „anormalnych” zbrodni, także w celu zapobiegania podobnym zdarzeniom

---

<sup>28</sup> Wyrok MTPC z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie *Gomes Lund i in. (Guerrilha Do Araguaia) v. Brazylia*, Seria C, nr 219, pkt 200.

<sup>29</sup> Wyrok MTPC z dnia 29 lipca 1988 r. w sprawie *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Seria C, nr 4, pkt 166.

<sup>30</sup> Wyrok ETPC z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie nr 33401/02, *Opuz v. Turcja*, pkt. 83-86.

<sup>31</sup> KPC, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. (2004).

<sup>32</sup> M. Klatt, *Positive Obligations under the European Convention of Human Rights*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2011, vol. 71, s. 691-718.

<sup>33</sup> Wyrok ETPC z dnia 16 kwietnia 2012 w sprawie nr 55508/07; 29520/09, *Janowiec v. Rosja*, pkt 156.

w przyszłości. Spójna „rozwojowa” linia orzecznicza Komisji, jak i MTPC, doprecyzowywały prawo do prawdy jako prawo powiązane z innymi prawami (np. do sądu, do informacji, do sądowej ochrony praw), gwarantowanymi przez AKPC (art. 1, 8, 13, 25), choć w pełni autonomiczne, czyli, jak się wydaje, mogące stanowić samodzielną podstawę skargi. W cytowanej już sprawie *Lund v. Brazylia*, MTPC oparł prawo do prawdy bezpośrednio o regulacje art. 8, 13, 25 w powiązaniu z art. 1 u. 1, przyczyniając się do „zakorzenienia” *right to truth* w treści samej Konwencji<sup>34</sup>.

ETPC, choć przynajmniej kilkakrotnie mógł odnieść się do omawianej konstrukcji (np. w sprawach czeczeńskich, czy tureckich)<sup>35</sup>, to jednak nie wy dobył prawa do prawdy z tekstu EKPC, pozostawiając konieczność odrębnego zbadania naruszenia każdego z praw, w każdym ze zbliżonych stanów faktycznych. Pewna zmiana w stosowanej retoryce, czy to w sprawie *katyńskiej*, czy np. *stowarzyszenia 21 grudnia przeciwko Rumunii* (2011 r.), kiedy ETPC podkreślił wagę „prawa ofiar i ich rodzin do upewnienia się co do prawdy”<sup>36</sup>, może przyczynić się do przemodelowania podejścia Trybunału do analizowanego fenomenu, czego domagają się organizacje pozarządowe, w szczególności pochodzące ze społeczeństw post-autorytarnych<sup>37</sup>.

2.3.2. Prawo do prawdy skorelowane jest przede wszystkim z zobowiązaniem państwa w przedmiocie badania okoliczności naruszeń (*duty to investigate*), jak i zapewnienia efektywnego środka ochrony prawnej. Obowiązek efektywnego postępowania wpływa z proceduralnego wymiaru praw konwencyjnych, w tym zasadniczo prawa do życia i prawa do niebycia poddanym torturom i nieludzkiemu traktowaniu, na gruncie wszystkich konwencji o charakterze ogólnym<sup>38</sup>. MTPC bardzo odważnie wskazał, że obowiązek zdeterminowania prawdy leży po stronie państwa, nie będąc uzależnionym od inicjatywy ofiar<sup>39</sup>.

W przywołanej sprawie *Velásquez-Rodriguez*, MTPC zaznaczył, że brak wszczęcia lub rzetelnego przeprowadzenia postępowania może rodzić odpowiedzialność prawnomiędzynarodową państwa<sup>40</sup>. Po raz pierwszy MTPC zobowiązał państwo do przeprowadzenia postępowania w sprawie *El Amparo v. Wenezuela*<sup>41</sup>, które nie może ograniczać się jedynie do formalnego przejawu zaangażowania władzy w wyjaśnienie danego naruszenia. Co ważne, obowiązek przeprowadzenia postępowania istnieje niezależnie od prawa amnestyjnego, uniemożliwiającego osądzenie sprawców<sup>42</sup>.

---

<sup>34</sup> *Lund* (przypis 28), pkt 201.

<sup>35</sup> Do czego przekonywali twórcy *amicus curiae* w sprawie *Varnava*. Na stronie <http://www.redress.org/Varnava%20Brief%20Final%20%20Oct%2008.pdf> (dostęp: 19 lutego 2013 r.).

<sup>36</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie nr 33810/07, *Association "21 December 1989" v. Rumunia*, pkt 143.

<sup>37</sup> Np. w sprawie właściwej implementacji wyroku w sprawie *stowarzyszenia 21 grudnia* w Rumunii.

<sup>38</sup> Por. Wyrok ETPC z dnia 27 września 1995 r. w sprawie nr 18984/91, *McCann i in. v. Zjednoczone Królestwo*, pkt 161.

<sup>39</sup> *Velásquez-Rodriguez* (przypis 29), pkt 177.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pkt. 171-174.

<sup>41</sup> Wyrok MTPC z dnia 14 września 1996 r. w sprawie *El Amparo v. Wenezuela*, Seria C, nr 28, pkt. 61, 64 (4).

<sup>42</sup> Wyrok MTPC z dnia 27 listopada 1998 r. w sprawie *Castillo Paez v. Peru* (reparacje), Seria C, nr 43, pkt. 105-108.

W świetle rozumowania KPC, właściwy środek ochrony prawnej dotyczy także wszczęcia postępowania – bezstronnego i bezzwłocznego<sup>43</sup>. Co istotne z perspektywy społeczeństw tranzytowych, państwo jest zobowiązane do badania naruszeń popełnianych także przez poprzedni reżim, zwłaszcza, jeśli mamy do czynienia z tak poważnymi naruszeniami, jakimi są tortury, jak KPC zauważył w sprawie *Rodriguez v. Urugwaj*<sup>44</sup>. Należy przy tym wskazać, iż pomimo warunku efektywności postępowania, to jednak faktyczna niemożność odkrycia prawdy nie powinna skutkować odpowiedzialnością państwa, ponieważ jest to zobowiązanie starannego działania, a nie rezultatu<sup>45</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że państwo winno informować zainteresowanych o przebiegu i wynikach samego postępowania<sup>46</sup>, co stanowi przykład realizacji prawa do skutecznego środka ochrony prawnej<sup>47</sup>.

2.3.3. Niedopełnienie pozytywnego obowiązku wyjaśnienia okoliczności naruszeń skutkuje także naruszeniem praw osób najbliższych bezpośrednio ofiary, które same mogą stać się ofiarami naruszeń swoich praw. Rozszerzenie pojęcia ofiary naruszeń także na osoby najbliższe (np. członkowie rodziny), dziś powszechne i akceptowalne, zależne jest jednak od zdeteminowania faktycznych więzów bliskości (w tym np. stopienia zaangażowania osoby bliskiej w zdobycie informacji na temat zaginionego)<sup>48</sup>.

Warto wypuklić, że to KPC po raz pierwszy stwierdził wprost (sprawa *Quinteros v. Urugwaj*)<sup>49</sup> prawo (skarżącej – matki) do poznania prawdy na temat losów ofiary (córci), w sytuacji jej aresztowania, a następnie wieloletniego negowania tego faktu przez władze. Niepewność co do losów bliskiej osoby, powodująca cierpienie psychiczne po stronie skarżącej, konstytuowała stan nieludzkiego traktowania, rodząc naruszenie Paktu.

Stan nieludzkiego traktowania jest konsekwencją generowania przeszkód prawnych i faktycznych (czego przykładem może być nawet ukrycie zwłok zaginionego) przez państwo, odmawiające udostępnienia informacji<sup>50</sup>, również na gruncie AKPC<sup>51</sup>, jak i EKPC<sup>52</sup>. Co więcej, omawiany stan może wywołać także brak wiedzy w przedmiocie miejsca egzekucji oraz pochówku osoby najbliższej<sup>53</sup>. Wreszcie, przedłużające się (czasem przez całe dekady) zbadanie sprawy, nawet w sytuacji, gdy państwo nie może zostać pociągnięte do odpowiedzialności za śmierć lub zaginięcie, prowadzi do naruszenia praw najbliższych, czego przykładem jest niewątpliwie sprawa *katyńska* przed EKPC<sup>54</sup>, czy szereg spraw „tureckich”<sup>55</sup>.

---

<sup>43</sup> KPC, General Comment No. 20: Replaces General Comment No. 7 Concerning Prohibition of Torture and Cruel Treatment or Punishment, (1992), pkt 14.

<sup>44</sup> Decyzja KPC z dnia 19 lipca 1994 r. w sprawie nr 322/1998, *Rodriguez v. Urugwaj*, pkt 12.3.

<sup>45</sup> J.E. Méndez, *Accountability for Past Abuses*, Human Rights Quarterly 1997, vol. 19, nr 2, s. 255-282.

<sup>46</sup> Wyrok MTPC z dnia 29 sierpnia 2002 r. w sprawie *Caracazo v. Wenezuela*, Seria C, nr 95, pkt 118.

<sup>47</sup> Wyrok ETPC z dnia 25 maja 1998 r. w sprawie nr 24276/94, *Kurt v. Turcja*, pkt 140.

<sup>48</sup> Wyrok ETPC z dnia 13 czerwca 2000 r. w sprawie nr 23531/95, *Timurtas v. Turcja*, pkt 95; wyrok MTPC z dnia 25 listopada 2000 r. w sprawie *Bámaca-Velásquez v. Gwatemala*, Seria C, nr 70, pkt 163.

<sup>49</sup> Decyzja KPC z dnia 21 lipca 1983 r. w sprawie nr 107/1981, *Quinteros v. Urugwaj*, pkt 14.

<sup>50</sup> *Bámaca-Velásquez* (przypis 48), pkt 165.

<sup>51</sup> Wyrok MTPC z dnia 24 stycznia 1998 r. w sprawie *Blake v. Gwatemala*, Seria C, nr 36, pkt 114.

<sup>52</sup> *Kurt* (przypis 47), pkt. 131-134.

<sup>53</sup> Decyzja KPC z dnia 3 kwietnia 2003 r. w sprawie nr 887/1999, *Staselovich v. Białoruś*, pkt. 1.1; 3.2.

<sup>54</sup> *Janowiec* (przypis 33), pkt 163.

Co do możliwych reparacji, interesujące wydaje się rozstrzygnięcie MTPC w sprawie *Trujillo-Oroza v. Boliwia*, w której Trybunał, w konsekwencji uporczywego zatajenia prawdy, zobowiązał państwo do dostarczenia rodzinom zwłok, wskazując, że akt ten stanowi jednocześnie formę sprawiedliwości, jak i naprawy dla osób najbliższych<sup>56</sup>. Podobnie, w sprawie *Quinteros v. Urugwaj* ujawnienie prawdy na temat losów zaginionej stanowiło w swej istocie formę reparacji<sup>57</sup>.

### **3. Wartość prawdy dla społeczeństwa post-konfliktowego – sprawa Srebrenicy przed Izłą Praw Człowieka dla BiH**

Niezwykle wartościowy, z punktu widzenia konceptualizacji prawa do prawdy, w tym także jego wymiaru kolektywnego, jest dorobek orzeczniczy Izby Praw Człowieka dla Bośni i Hercegowiny (*Dom za Ljudska Prava za Bosnu i Hercegovinu*)<sup>58</sup>, organu sądowego powołanego na mocy aneksu 6 do, kończącego wojnę w byłej Jugosławii, Porozumienia z Dayton z 1995 r.<sup>59</sup> Warto zauważyć, że IPC była władna bezpośrednio stosować przepisy EKPC.

IPC oraz jej kontynuatorka – Komisja Praw Człowieka – z całą pewnością mogą zostać zaklasyfikowane jako przykład wdrożenia sądowych mechanizmów sprawiedliwości okresu przejściowego (choć nie były to środki sprawiedliwości karnej), zwłaszcza, mając na uwadze czasowe określenie granic jurysdykcji Izby<sup>60</sup>.

Najważniejszym orzeczeniem IPC, także ze względu na wagę problemu zbrodni ludobójstwa w Srebrenicy (która do dziś rozpała polityczne, ale i zwyczajnie ludzkie emocje<sup>61</sup>), stała się decyzja w sprawie *Selimović i inni v. Republika Srpska* z 2003 r.<sup>62</sup> (sprawa *Srebrenicy*), w której pozwana została część składowa BiH, tj. Republika Srpska (RS)<sup>63</sup>.

#### **3.1. Sprawa Srebrenicy – stan faktyczny i zakres skargi**

Skarżący, 49 osób – rodzin ofiar wydarzeń w i wokoło Srebrenicy w czasie 10-19 lipca 1995 r. (spośród przyjętej i szeroko akceptowanej liczby od 7 do 8 tysięcy zmarłych lub zagi-

---

<sup>55</sup> Np. Wyrok ETPC z dnia 17 września 2009 r. w sprawie nr 16064/90, *Varnava i in. v. Turcja*.

<sup>56</sup> Wyrok MTPC z dnia 27 lutego 2002 r. w sprawie *Trujillo-Oroza v. Boliwia*, Seria C, nr 92, pkt. 115; 141 (1).

<sup>57</sup> Por. T.M. Antkowiak, *Truth as Right and Remedy in International Human Rights Experience*, Michigan Journal of International Law 2002, vol. 23, s. 993.

<sup>58</sup> Mandat Izby, która wraz z Biurem Rzecznika Praw składała się na Komisję ds. Praw Człowieka, wygasł 31 grudnia 2003 r. W miejsce Izby powołana została, w ramach Sądu Konstytucyjnego dla Bośni i Hercegowiny, Komisja Praw Człowieka.

<sup>59</sup> Pełny tekst Porozumienia z Dayton (a także, powtarzającego słowa Porozumienia, Traktatu Pokojowego zawartego w Paryżu) z 1995 r. znajduje się na stronie [http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content\\_id=380](http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=380) (dostęp: 17 lutego 2013 r.).

<sup>60</sup> Naruszenia, które powstały po 14 grudnia 1995 r., czyli po wejściu w życie Porozumienia, w dobie „budowania pokoju” – okresu przejściowego - w BiH.

<sup>61</sup> Por. <http://balkanistyka.org/wp/dodik-w-srebrenicy-nie-doszlo-do-ludobojstwa/> (dostęp: 17 lutego 2013 r.). Warto zaznaczyć, że 31 marca 2010 r. Republika Serbii (a więc nie RS) wydała Deklarację Potępiającą Zbrodnię w Srebrenicy, przeprasząc ofiary. Deklaracja nie definiowała jednak zbrodni jako ludobójstwo, lecz zbrodnię wojenną.

<sup>62</sup> Decyzja IPC z dnia 7 marca 2003 r. w sprawie nr CH/01/8365, *Selimović i in. v. Republika Srpska*.

<sup>63</sup> Obok RS, w skład Republiki BiH wchodzi również Federacja Bośni i Hercegowiny (FBiH), a także Dystrykt Brčko, znajdujący się pod kontrolą obu części składowych, a także społeczności międzynarodowej.

nionych)<sup>64</sup>, podnieśli naruszenie prawa rodzin ofiar do poznania prawdy w przedmiocie losu i miejsca przebywania ich najbliższych, poprzez niewywiązanie się przez RS z pozytywnego obowiązku ujawnienia informacji w zakresie wskazanym w skardze. Jako podstawę skargi, skarżący wskazali art. 3, 8, 13 EKPC, w powiązaniu z art. II u. 2b aneksu 6 Porozumienia z Dayton (dyskryminacja ze względu na wyznawaną religię i pochodzenie narodowe).

Skarżący wskazywali, że poprzez brak wykonania przez RS swojego prawnego obowiązku rzetelnego zbadania okoliczności zbrodni w Srebrenicy, jako członkowie bliskich rodzin bezpośrednich ofiar zbrodni, sami stali się ofiarami naruszeń ich własnych praw.

Władze RS, w odpowiedzi na skargi, przygotowały specjalny Raport<sup>65</sup> dotyczący wydarzeń w Srebrenicy, upubliczniony w 2002 r. Argumentowały, iż wydarzenia w rejonie Srebrenicy nie mogą być wyłączone spod holistycznej historyczno-społecznej analizy zbrodni popełnionych na całym obszarze BiH. Raport, w znacznym stopniu, dotyczył problematyki przedstawienia losów represjonowanych *Serbów*, począwszy od okresu II wojny światowej, koncentrując się na cierpieniach doznanych wyłącznie przez narodowość serbską, tylko w niewielkim stopniu odnosząc się do wydarzeń z lipca 1995 r., głównie poprzez zanegowanie faktu wystąpienia masakry (ludobójstwa) w Srebrenicy. W Raporcie znalazł się ustęp mówiący o tym, iż „masowe groby nie zawsze oznaczają (popełnienie) masowej egzekucji”<sup>66</sup>. Ponadto, Raport zakwestionował szacowaną liczbę ofiar, około 6-8 tysięcy, jako „ewidentnie zawyżoną”<sup>67</sup>.

### 3.2. Prawo do prawdy w decyzji IPC

IPC, uznając skargę za dopuszczalną<sup>68</sup>, stwierdziła naruszenie przez RS art. 3 i art. 8 EKPC w stosunku do skarżących (wskazując na brak konieczności odrębnego zbadania naruszenia art. 13) oraz dyskryminację ze względu na wyznawaną religię i pochodzenie narodowe. Z punktu widzenia fenomenu prawa do prawdy, jako najistotniejsze jawi się przedstawienie argumentacji IPC na gruncie art. 3 i 8 Konwencji.

3.2.1. IPC zauważyła, że brak jakichkolwiek działań RS co do wyjaśnienia okoliczności zbrodni w Srebrenicy, mając na uwadze skalę tragedii ludobójstwa z lipca 1995 r. konstytuował stan nieludzkiego traktowania (cierpienia psychicznego) po stronie skarżących (art. 3 EKPC), naruszając ich prawo do poznania prawdy (co Izba wskazała wprost). Ponadto, IPC jasno określiła, że przygotowany Raport nie spełnia wymogów stawianych dla prowadzonego postępowania (abstrahując od jego formy), głównie w związku z wyraźnie jednostronnie prowadzoną narracją<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> Warto wspomnieć, że Izba przyjęła (co do zasady) ustalenia faktyczne w odniesieniu do wydarzeń w i w okolicach Srebrenicy z lipca 1995 r. poczynione przez MTKJ w sprawie *Prokurator v. Radislav Krstić*.

<sup>65</sup> Documentation Centre of RS: Bureau of Government of RS For Relation with ICTY, *Report about Case Srebrenica (The First Part)*, Banja Luka, September 2002. Należy wskazać, że nie powstały kolejne części raportu.

<sup>66</sup> *Ibidem*, s. 31.

<sup>67</sup> *Ibidem*, s. 32-34.

<sup>68</sup> RS wskazywały na niedopuszczalność skargi ze względu na brak jurysdykcji *rationae personae*, *rationae materiae* i *rationae temporis*. Ze względu na ograniczone ramy opracowania materia ta zostanie w toku wyводу pominięta.

<sup>69</sup> *Selimović* (przypis 62), pkt. 189; 191.

Rozważając możliwość wystąpienia sytuacji niehumanitarnego lub poniżającego traktowania po stronie osób bliskich bezpośrednich ofiar zbrodni, IPC przyjęła kryteria skonstruowane w jednej ze swoich wcześniejszych spraw co do naruszenia art. 3 (*Unković v. Federacja Bośni i Hercegowiny*<sup>70</sup>), dotyczące tak skarżących, jak i władz RS<sup>71</sup>.

Test „wzrostu bliskości” między skarżącymi a bezpośrednimi ofiarami zbrodni obejmował zbadanie m.in. stopnia relacji (rodzic - dziecko), poziomu stresu i bólu członka rodziny zaginionego, czy wytrwałości w aspekcie poszukiwania informacji, na przykładzie, *inter alia*, korzystania z dostępnych środków prawnych.

Natomiast, po stronie państwa (w tym wypadku części składowej), IPC przyjrzała się m.in. „nastawieniu” RS do składanych wniosków o ustalenie losu zaginionych, postępowaniu prowadzonemu przez ten podmiot, czasowi oczekiwania na informację (w tym wobec osoby osadzonej w zakładzie karnym (areszcie), kiedy ostatnia informacja o niej pochodzi właśnie z tego okresu), czy bezpośredniemu zaangażowaniu RS w zaginięcie osoby.

IPC stwierdziła, że dokładna analiza podanych wyżej kryteriów wskazuje na ich wystąpienie, tak po stronie skarżących, jak i RS. Brak wszczęcia odpowiedniego postępowania (którego to stanu przygotowany Raport z pewnością nie sanował) oraz nieprzeprowadzenie praktycznie żadnych czynności faktycznych (jak kontakt z rodzinami ofiar, odbieranie od nich oświadczeń itd.) konstytuowało sytuację niehumanitarnego traktowania, tj. naruszenia art. 3, ze względu na nieposzanowanie prawa skarżących do poznania prawdy na temat losu i miejsca przebywania ich najbliższych.

3.2.2. Względem art. 8 EKPC, IPC skonstatowała, że w sytuacji, gdy państwo (część składowa) znajduje się w posiadaniu poszukiwanej informacji (lub ta informacja jest kontrolowana przez ów podmiot) i w sposób arbitralny, bez względu na prawidłowość wniosku osób zainteresowanych, a także bez możliwości wzruszenia takiej decyzji, nie udostępnia pożądaną przez ofiary informacji, wówczas narusza prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego<sup>72</sup>.

„Katastrofalny” efekt, wywołany brakiem wiedzy, sprzyjał stwierdzeniu naruszenia art. 8, tj. naruszenia prawa skarżących do informacji w przedmiocie losu ich bliskich, kiedy nawet całkowity brak dowodów dokumentujących tragedię (np. w wyniku ich zniszczenia) nie zwalniałby RS z wykonania pozytywnego obowiązku, wypływającego z zakresu przywołanego artykułu EKPC.

Pogwałcenie art. 8 EKPC było zatem wynikiem „wyjątkowo wysokiego” poziomu traumy rodzin ofiar, stanowiącej konsekwencję braku informacji co do losów ich bliskich, niemogących (wciąż, tj. w momencie wydania decyzji, czyli 8 lat po zdarzeniu) dojść do równowagi psychicznej i spróbować żyć bez ciągłego obciążenia.

### 3.3. Znaczenie sprawy *Srebrenicy*

Próbując pokusić się o ocenę decyzji IPC, warto zauważyć, że, pomimo iż Izba wymienia w niej „obok siebie” prawo do poznania prawdy i prawo do informacji, należy stwierdzić, iż

---

<sup>70</sup> Decyzja IPC z dnia 6 maja 2002 r. w sprawie nr CH/99/2150, *Unković v. Federacja Bośni i Hercegowiny*, pkt 114.

<sup>71</sup> *Selimović* (przypis 62), pkt. 185-186.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pkt. 178-180.

nie wpływa to negatywnie na zakres prawa do prawdy jako takiego. Wydaje się wręcz, że wskazane przez IPC parametry należy rozumieć jako współlistniejące i dopełniające się elementy *right to truth*. Fakt zakreślenia granic skargi wyłącznie w relacji do pożądanej wiedzy na temat bliskich oraz występowanie w swoim własnym imieniu przez skarżących – czujących się bezpośrednimi ofiarami naruszeń przepisów EKPC – pokazuje, iż: (I) prawo do prawdy ma swój rdzeń materialno-prawny, (II) obowiązek przeprowadzenia efektywnego postępowania (i skorelowane z nim prawo) jest środkiem proceduralnym ochrony prawa o charakterze (także) materialnym<sup>73</sup>, a (III) samo prawo może być realizowane niezależnie od prawa do sprawiedliwości, tj. postępowania karnego zmierzającego do ukarania osób odpowiedzialnych.

Co więcej, specyficzny charakter reparacji<sup>74</sup> – odpowiedni z punktu widzenia społeczeństwa post-konfliktowego – dotyczący zobowiązania RS do podjęcia wszelkich działań w celu zdeterminowania losu osób poszukiwanych oraz łożenia odpowiednich sum pieniężnych na utrzymanie cmentarza pamięci w Srebrenicy-Potočari, podkreśla istnienie zbiorowego wymiaru prawa do prawdy (prawda o wydarzeniach i jej upamiętnienie jako sposób naprawy doznanych krzywd).

Fakt ten został potwierdzony pracą specjalnej komisji śledczo-badawczej ds. zbadania wydarzeń w i wokoło Srebrenicy między 10 a 19 lipca 1995 r.<sup>75</sup>, powołanej przez RS (nie bez kontrowersji politycznych i zaangażowania Wysokiego Przedstawiciela NZ (WP NZ) w BiH), która przyniosła m.in. odkrycie 32, nieznanych dotąd, masowych grobów zbrodni w Srebrenicy, ustalenie liczby ponad 7 tysięcy zabitych lub zaginionych, czy imienne wskazanie osób podejrzanych o udział w popełnianych zbrodniach.

Dlatego też, choć IPC w samej decyzji nie wskazała sposobu realizacji postępowania zmierzającego do zdeterminowania losów zaginionych, to jednak udział WP NZ w powołaniu komisji może sugerować zasadność wykonania obowiązku odwołując się (również) do metod pozasądowych. Może mieć to niebagatelne znaczenie w sytuacji sporej liczby skarżących oraz wagi wyjaśnienia danej zbrodni dla całego społeczeństwa, choć akurat ww. komisja, z różnych przyczyn (głównie politycznych) nie spełniła wszystkich oczekiwań, jakie przed nią stawiano<sup>76</sup>. Wskazana narracja jest zbieżna, jak wydaje się, z rozumowaniem MTPC i prezentowanym przez ten Trybunał wyjątkowym „czuciem” mechanizmów *transitional justice*.

#### 4. Podsumowanie

Z całą pewnością, prawo do prawdy to nie tylko zgrabna figura retoryczna, ale potężny oręż w walce z bezkarnością sprawców najpoważniejszych zbrodni. Wartość prawdy na temat

---

<sup>73</sup> Por. *Amicus curiae* w sprawie przed MTPC, *Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) v. Gwatemala*, 10 maja 2012 r., pkt 23, na stronie <http://www.soros.org/sites/default/files/inter-american-court-diario-militar-amicus-20120827.pdf> (dostęp: 19 lutego 2013 r.).

<sup>74</sup> *Selimović* (przypis 62), pkt. 212; 217; 219.

<sup>75</sup> Komisja, jako jedyna „krajowa” instytucja z zakresu *truth-seeking* – choć niebędąca klasyczną komisją prawdy – zdołała przygotować i opublikować raport końcowy (Final Report of the Commission for Investigation of the Events in and Around Srebrenica between 10<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> July 1995, Banja Luka, June 2004).

<sup>76</sup> UNDP BiH, *Transitional Justice Guidebook for Bosnia and Herzegovina: Executive Summary*, Sarajevo 2009 r., s. 27-28.



strukturalnych, systemowych, ale też jednostkowych naruszeń jest nie do przecenienia, czego dowodzi coraz częstsze odwoływanie się do zbiorowego wymiaru prawa do prawdy.

Niekiedy, jak w przypadku słynnych „procesów prawdy” w Argentynie z końca lat 90. XX w., to jedyna możliwość zdeterminowania okoliczności zbrodni, w sytuacji obowiązywania prawa amnestyjnego, ale także nierzadko same trybunały, jak MTPC w sprawie *Lund*, odwołują się np. do komisji prawdy jako użytecznego środka realizacji prawa do prawdy<sup>77</sup>. Ewentualne uznanie prawa do prawdy przez ETPC może w przyszłości pozwolić na sięgnięcie także do zbiorowych, pozasądowych mechanizmów poszukiwania prawdy, już dziś aprobowanych przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy<sup>78</sup>.

Aktywistyczna postawa MTPC (oraz KPC), zwłaszcza w porównaniu z ETPC, umożliwia wskazanie treści prawa do prawdy, choć, jak należy przypuszczać, praca nad dookreśleniem wskazanego fenomenu jeszcze się nie zakończyła.

---

<sup>77</sup> *Lund* (przypis 28), pkt 297.

<sup>78</sup> Rez. Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1613 (2008). Komisje prawdy mogą być użyteczne w relacji do sytuacji w Czeczenii i Rosji.

## Literatura

1. Antkowiak, T.M., *Truth as Right and Remedy in International Human Rights Experience*, Michigan Journal of International Law 2002, vol. 23.
2. Freeman, M., *Truth commissions and procedural fairness*, Cambridge 2006.
3. Hayner, P.B., *Unspeakable Truths: Transitional Justice and Challenge of Truth Commissions*, New York 2011.
4. Klatt, M., *Positive Obligations under the European Convention of Human Rights*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2011, vol. 71.
5. Kritz, N. (red.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. 3, US Institute for Peace Press 1995.
6. Méndez, J.E., *Accountability for Past Abuses*, Human Rights Quarterly 1997, vol. 19, nr 2,
7. Méndez, J.E., *The Right to Truth*, (w:) C. C. Joyner, M. C. Bassiouni (red.), *Reining in Impunity For International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Association International de Droit Penal 1998.
8. Naqvi, Y., *The Right to Truth in International Law: Fact or Fiction?*, International Review of the Red Cross 2006, vol. 88, nr 862.
9. Roth-Arriaza, N., Mariezcurrena, J. (red.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth v. Justice*, Cambridge 2006.
10. Scharf, M., *The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes*, Law and Contemporary Problems 1996, vol. 59, nr 4.
11. Teitel, R.G., *Transitional Justice*, Oxford 2000.

## Orzecznictwo

1. Decyzja IPC z dnia 6 maja 2002 r. w sprawie nr CH/99/2150, *Unković v. Federacija Bošni i Hercegowiny*.
2. Decyzja IPC z dnia 7 marca 2003 r. w sprawie nr CH/01/8365, *Selimović i in. v. Republika Srpska*.
3. Decyzja KPC z dnia 19 lipca 1994 r. w sprawie nr 322/1998, *Rodriguez v. Urugwaj*.
4. Decyzja KPC z dnia 3 kwietnia 2003 r. w sprawie nr 887/1999, *Staselovich v. Białoruś*.
5. Decyzja KPC z dnia 21 lipca 1983 r. w sprawie nr 107/1981, *Quinteros v. Urugwaj*.
6. Wyrok ETPC z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie nr 33810/07, *Association "21 December 1989" v. Rumunia*.
7. Wyrok ETPC z dnia 16 kwietnia 2012 r. w sprawie nr 55508/07; 29520/09, *Janowiec v. Rosja*.
8. Wyrok ETPC z dnia 25 maja 1998 r. w sprawie nr 24276/94, *Kurt v. Turcja*.
9. Wyrok ETPC z dnia 27 września 1995 r. w sprawie nr 18984/91, *McCann i in. v. Zjednoczone Królestwo*,
10. Wyrok ETPC z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie nr 33401/02, *Opuz v. Turcja*.
11. Wyrok ETPC z dnia 13 czerwca 2000 r. w sprawie nr 23531/95, *Timurtas v. Turcja*.
12. Wyrok ETPC z dnia 17 września 2009 r. w sprawie nr 16064/90, *Varnava i in. v. Turcja*.
13. Wyrok MTPC z dnia 25 listopada 2000 r. w sprawie *Bámaca-Velásquez v. Gwatemala*, Seria C, nr 70.

14. Wyrok MTPC z dnia 24 stycznia 1998 r. w sprawie *Blake v. Gwatemala*, Seria C, nr 36.
15. Wyrok MTPC z dnia 29 sierpnia 2002 r. w sprawie *Caracazo v. Wenezuela*, Seria C, nr 95.
16. Wyrok MTPC z dnia 27 listopada 1998 r. w sprawie *Castillo Paez v. Peru* (reparacje), Seria C, nr 43.
17. Wyrok MTPC z dnia 14 września 1996 r. w sprawie *El Amparo v. Wenezuela*, Seria C, nr 28.
18. Wyrok MTPC z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie *Gomes Lund i in. ("Guerrilha Do Araguaia") v. Brazylia*, Seria C, nr 219.
19. Wyrok MTPC z dnia 27 lutego 2002 r. w sprawie *Trujillo- Oroza v. Boliwia*, Seria C, nr 92.
20. Wyrok MTPC z dnia 29 lipca 1988 r. w sprawie *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Seria C, nr 4.

# Interpretacja postanowień artykułu 17 Statutu Rzymskiego – zasada komplementarności w praktyce – kazus Libii

*Karolina Wierczyńska\**

## 1. Uwagi wstępne

Na podstawie postanowień Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego Trybunał może podjąć postępowanie w trzech przypadkach: kiedy państwo przedstawi sprawę Trybunałowi, kiedy sprawa zostanie przekazana Trybunałowi w drodze rezolucji Rady Bezpieczeństwa (RB) oraz kiedy Prokurator MTK działa z własnej inicjatywy (art. 13 i 15 Statutu). W marcu 2011 r. Prokurator MTK na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa 1970 (2011)<sup>1</sup> podjął postępowanie dotyczące sytuacji w Libii. Władze Libii, która po 42 latach pozbyła się władzy tyrana, postanowiły osądzić samodzielnie wyznaczone przez Trybunał osoby, a mianowicie Saifa Kaddafiego oraz szefa jego służb Abdullaha Al-Senussiego. Libia złożyła w tej sprawie sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK wskazując, że prowadzi aktywne postępowanie w sprawie *Kadaffiego i Al-Senussiego*, co czyni sprawę niedopuszczalną przed MTK. Dodatkowo wskazała, że opierając się na zasadzie komplementarności Trybunał powinien zachęcać, aby państwa same podejmowały postępowania przed krajowym wymiarem sprawiedliwości i w związku z tym orzec o niedopuszczalności sprawy oraz unieważnić wnioski o przekazanie w/w osób. MTK odrzucił sprzeciw Libii w odniesieniu do Kaddafiego, natomiast uznał, że jest ona zdolna aby osądzić Al-Senussiego.

Sprawa Libii odsłania wiele dylematów, które musi rozstrzygnąć MTK w swoim postępowaniu, dotyczących współpracy z RB, a także wymiaru współpracy z państwami i w końcu interpretacji zasady komplementarności, na której system MTK jest oparty.

Rozważania dotyczyć będą interpretacji kluczowej dla systemu MTK zasady komplementarności i praktycznych aspektów jej stosowania. Przedstawiona zostanie sytuacja, która doprowadziła do wniesienia sprawy Libii przed MTK. W dalszej kolejności omówione zostaną sprzeciwy wobec dopuszczalności sprawy przed MTK, wniesione przez Libię oraz sprawa *Thomasa Lubangi Dyilo* oraz tzw. standard kenijski, które dotyczą oceny przez MTK działań podejmowanych przez państwa, które są chętne i zdolne do przeprowadzenia postępowania przeciwko sprawcom zbrodni we własnym kraju. W ostatniej części przedstawiono wnioski, z których najważniejsze dotyczą współpracy MTK z państwami, tego samego postępowania państw i standardu działań państwa, wywodzonego z orzecznictwa MTK.

## 2. Zasada komplementarności w praktyce

Główną zasadą systemową działania MTK, jest zasada komplementarności<sup>2</sup>. W Statucie nie zawarto jej definicji, ale w preambule napisano, że „obowiązkiem każdego Państwa jest wykonywanie jurysdykcji karnej w stosunku do osób odpowiedzialnych za zbrodnie między-

---

\* Autorka jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

<sup>1</sup> Rez. RB ONZ 1970 (2011) z 26 lutego 2011 r. dotycząca pokoju i bezpieczeństwa w Afryce, na stronie: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1970%282011%29](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970%282011%29).

<sup>2</sup> K. Wierczyńska, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, (w:) B. Krzan (red.), *Jurisdictional Competition of International Courts and Tribunals*, Wrocław 2012, s. 263-284.

dowe" i to państwo ma pierwszeństwo w wykonywaniu jurysdykcji wobec sprawców zbrodni, a jak stanowi art. 1 Statutu „Trybunał ma charakter komplementarny w stosunku do krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych”<sup>3</sup>. Twórcy Statutu wychodzili z założenia, że to przede wszystkim państwo powinno wykonywać jurysdykcję karną, jako że to ono, będąc najbliżej „sytuacji wymagającej dochodzenia”, ma najlepsze możliwości, aby kolekcjonować dowody, czy przesłuchiwać świadków, a co za tym idzie prowadzić efektywne postępowanie krajowe. Dodatkowo, mając na uwadze doświadczenie trybunałów *ad hoc*, twórcy Statutu zdawali sobie sprawę z ograniczonych możliwości sądownictwa międzynarodowego.

Art. 17 Statutu dotyczący przesłanek dopuszczalności jest proceduralnym odbiciem zasady komplementarności, jest, można powiedzieć, narzędziem do realizacji wymienionej zasady, gdyż pozwala na ustalenie, do kogo należy jurysdykcja w danej sprawie. Kiedy stosuje się art. 17, kluczowe jest ustalenie, czy państwo w ogóle podjęło jakiegokolwiek czynności (np. śledztwo, dochodzenie, kolekcjonowanie dowodów), jeśli nie a sprawa osiąga pewien stopień powagi (popołnione czyny są wystarczająco poważne<sup>4</sup>), sprawa jest dopuszczalna do postępowania przed MTK. Natomiast, jeśli państwo podjęło działania sprawa jest niedopuszczalna przed MTK, chyba że działania państwa są pozorowane i w rzeczywistości państwo nie wyraża woli lub jest niezdolne do rzeczywistego przeprowadzenia postępowania krajowego (a zatem np. postępowanie sądu krajowego nie jest niezawisłe czy bezstronne, a jego działania mają na celu uchronienie osoby przed odpowiedzialnością karną). Państwa mają prowadzić rzeczywiste postępowanie, które osiąga przynajmniej elementarny stopień efektywności, czy też jak zauważa Robinson, obiektywnej jakości<sup>5</sup>.

Do kwestii powagi zbrodni Trybunał odniósł się w kilku sprawach zwracając uwagę przede wszystkim na to, że w kontekście powagi należy brać pod uwagę szereg czynników, w szczególności: „naturę zbrodni, sposób przeprowadzenia, czy wpływ rzekomego ataku”, gdyż te czynniki mogą mieć krytyczne znaczenie dla sprawy<sup>6</sup>. Dodał, że powagi nie powinno się determinować jedynie w oparciu o kryteria ilościowe jak liczba ofiar, ale biorąc pod uwagę kryteria jakościowe jak np. rozmiar zbrodni<sup>7</sup>. Wskazywał także, że jeśli chodzi o kryteria jakościowe nie powinno się brać pod uwagę liczby ofiar, ale znaczenie powinno mieć istnienie innych czynników obciążających czy czynników jakościowych związanych z popełnieniem zbrodni, które to czynniki czynią te zbrodnie poważnymi<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Dz.U. 2003 nr 78, poz. 708.

<sup>4</sup> Do kwestii powagi zbrodni Trybunał odniósł się między innymi w sprawie *Thomasa Lubangi Dyi-ilo*, por. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest (dalej jako *Lubanga Arrest warrant decision*), ICC-01/04-01/06-8, 10 luty 2006 r., pkt. 41-60, dostępne na stronie <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc236260.PDF> (jako Annex I), zob. także obalający tezy tej decyzji wyrok Izby Apelacyjnej: *Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58"*, ICC-01/04-169, 13 lipiec 2006 r., na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc183559.pdf>.

<sup>5</sup> D. Robinson, *The Mysterious Mysteriousness of Complementarity*, Criminal Law Forum 2010, vol. 21, s. 87.

<sup>6</sup> *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, Decision on confirmation of charges, ICC-02/05-02/09, 8 luty 2010 r., pkt 31, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc819602.pdf>.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 marca 2010 r., pkt 62, na stronie:

Tak więc test dopuszczalności sprawy przed MTK można w dużym uproszczeniu sprowadzić do dwóch elementów. Pierwszy dotyczy kwestii ustalenia, czy państwo podjęło jakieś działania w związku ze sprawą. Drugi element dotyczy powagi czynów, które zostały popełnione.

Trybunał nie bada kwestii woli państwa, czy jego zdolności do przeprowadzenia postępowania karnego, jeśli państwo nie wykazuje żadnej działalności i pozostaje nieaktywne<sup>9</sup>. W przypadku braku działania ze strony państwa (*inaction*) i oczywiście, jeśli sprawa osiąga pewien stopień powagi, MTK stwierdza, że sprawa jest dopuszczalna i może zająć się jej rozpoznaniem. Innymi słowy, w przypadku braku działania ze strony państwa MTK nie rozpoznaje kwestii braku woli czy zdolności państwa do przeprowadzenia rozprawy<sup>10</sup>. Jest to obecnie uznana interpretacja postanowień Statutu w odniesieniu do braku działań, natomiast kwestia braku woli czy zdolności państwa do przeprowadzenia postępowania nie zostały jeszcze szeroko omówione w postanowieniach MTK. Zauważyć można, że początkowo Trybunał oceniał brak działania ze strony państwa (*inaction*) w kontekście jego braku woli czy zdolności do prowadzenia postępowania. Izba Orzekająca w sprawie *Prosecutor v. Germain Katanga* wskazała, że decyzja państwa o niepodjęciu postępowania karnego czy osądzeniu danej osoby przed sądem krajowym (czyli w istocie brak aktywności państwa – dopisek mój) musi być rozpatrywana jako brak woli<sup>11</sup>. Ta interpretacja, choć przełamana później przez Izbę Apelacyjną<sup>12</sup>, była pierwszą interpretacją dotyczącą kwestii braku woli ze strony państwa, niestety rozumianej jako związanej z brakiem aktywności, co wydaje się niezbyt fortunnym kierunkiem interpretacji. Izba Apelacyjna uznała w tej sprawie, że rozważanie braku woli czy chęci osądzenia w kontekście braku działań ze strony państwa nie jest poprawną interpretacją postanowień art. 17. Dodatkowo zdaniem Izby, jest to nie do pogodzenia z celowościową wykładnią postanowień Statutu, którego celem jest walka z bezkarnością sprawców zbrodni. W praktyce bowiem rozpatrywanie braku woli w kontekście nieaktywności państwa doprowadziłoby do sytuacji, w której MTK musiałby się powstrzymać od działania pomimo braku aktywności ze strony państwa, tak długo jak państwo teoretycznie wyrażałoby chęć aby osądzić sprawców i byłoby do tego zdolne<sup>13</sup>.

Przedstawione rozumowanie Izby Orzekającej jest efektem powielonego wielokrotnie w literaturze przedmiotu błędu, dotyczącego przesłanek dopuszczalności sprawy przed MTK<sup>14</sup>, na skutek którego wśród przesłanek dopuszczalności sprawy wymieniano jedynie brak woli i niezdolność osądzenia sprawców przez państwo. Wyrok Izby Apelacyjnej nie pozostawia jednak wątpliwości co do właściwej interpretacji postanowień art. 17 Statutu, w której to brak działań ze strony państwa stanowi podstawową przesłankę dopuszczalności

---

[http://www.icc-pi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/court%20records/chambers/pretrial%20chamber%20ii/Pages/19.aspx](http://www.icc-pi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/court%20records/chambers/pretrial%20chamber%20ii/Pages/19.aspx).

<sup>9</sup> *Lubanga* (przypis 4), pkt 40.

<sup>10</sup> *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07 OA 8, 25 września 2009 r., pkt. 78-79, dostępne na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc746819.pdf>.

<sup>11</sup> *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute), ICC-01/04-01/07, 16 czerwca 2009 r., pkt 77, dostępne na stronie: <Http://www.Icc-Cpi.Int/Iccdocs/Doc/Doc711214.Pdf>.

<sup>12</sup> *Katanga* (przypis 10).

<sup>13</sup> *Ibidem*, pkt 79.

<sup>14</sup> Szerzej D. Robinson (przypis 5).

sprawy, a brak chęci czy woli osądzenia rozważa się dopiero, jeśli państwo podjęło jakiegokolwiek działania. Potwierdza to przedstawiona poniżej praktyka MTK w doniesieniu do Libii.

Podsumowując rozważania dotyczące dopuszczalności sprawy przed MTK w kontekście komplementarności należy podkreślić, że komplementarność jako zasada będąca podstawą systemu stałego trybunału międzynarodowego ma pogodzić zobowiązanie państwa do podejmowania jurysdykcji karnej wobec sprawców zbrodni i kompetencje MTK w tym samym zakresie. Ma pomóc ustalić balans między pierwszeństwem jurysdykcji karnej państwa a postanowieniami Statutu. W tym zakresie kwestię dopuszczalności należy traktować jako instrument pozwalający na wdrożenie tej zasady. Powołując się na ustalenia Izby Apelacyjnej w sprawie Katangi, należy podkreślić, że jeśli państwo nie wykonuje swojej jurysdykcji lub nie może jej wykonywać i nie prowadzi, gdy to konieczne, dochodzenia i nie osądza sprawców, Trybunał musi mieć możliwość podjęcia jurysdykcji<sup>15</sup>. I choć trudno w kontekście tych rozważań uznać, że osądzenie najwyższych rangą dowódców rozwiąże jakieś globalne problemy należy się zgodzić z tym, że ustanowienie MTK na zasadzie komplementarności wyznacza nowe kierunki dotyczące współpracy państw, ich suwerenności, czy właśnie zwalczania dotychczasowej bezkarności w kontekście masowych zbrodni.

### 3. Sprawa Libii przed MTK

Libia nie jest państwem-stroną Statutu MTK<sup>16</sup>, ale sytuacja Libii została przedstawiona Trybunałowi dnia 26 lutego 2011 r. przez Radę Bezpieczeństwa, działającą w trybie art. 13 Statutu MTK, na podstawie rezolucji 1970 zatytułowanej „Peace and security in Africa”<sup>17</sup>. Rada Bezpieczeństwa działając na podstawie rozdziału VII Karty wymagała od Libii pełnej współpracy z Trybunałem i jego Prokuratorem. Rezolucja obejmuje okres od 15 lutego 2011 r. W marcu 2011 r. Prokurator MTK podjął decyzję o rozpoczęciu postępowania<sup>18</sup> wskazując, że istnieją rozsądne podstawy aby stwierdzić, że w Libii popełniono zbrodnie wchodzące w zakres jurysdykcji MTK. W lipcu 2011 r. MTK wydał nakazy aresztowania (i dostarczenia do siedziby Trybunału) wobec Muammara i Saifa Kaddafich oraz Abdulla Al-Senussiego. Muammar Kaddafi został zabity w trakcie zamieszek, w październiku 2011 r., wobec czego dotyczące go procedury zostały w Trybunale zakończone. Pozostali mężczyźni zostali schwytani, Saif Kaddafi przez władze libijskie a Al-Senussi przez władze Mauretanii (toczyły się wobec niego postępowania ekstradycyjne na wniosek Libii, Francji i wniosek o przekazanie wydany przez MTK). Podano również do publicznej wiadomości, że na początku 2012 r. prokurator libijski rozpoczął postępowanie dotyczące Kaddafiego i Al-Senussiego.

Dnia 1 maja 2012 r. rząd Libii dostarczył sprzeciw wobec dopuszczalności *sprawy Kaddafiego* przed MTK<sup>19</sup>, wskazując, że w Libii toczy się wobec niego postępowanie dotyczące tych samych (i innych czynów), których dotyczy postępowanie Prokuratora MTK, a mianowicie

<sup>15</sup> *Katanga* (przypis 10), pkt 85.

<sup>16</sup> <http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/states+parties/>.

<sup>17</sup> Rez. RB ONZ 1970 (2011) (przypis 1). Warto zauważyć, że ta sama rezolucja dotyczy również embarga na broń, zamrożenia wkładów bankowych, zakazu podróżowania w odniesieniu do konkretnych osób, itd.

<sup>18</sup> Situation in the Libyan Arab Jamahiriya, "Decision Assigning the Situation in the Libyan Arab Jamahiriya to Pre-Trial Chamber I", Presidency, 4 March 2011, ICC-01/11-1 (with annex).

<sup>19</sup> Takie rozwiązanie przewiduje art. 19 ust. 2 pkt b Statutu, który stanowi, że państwo posiadające jurysdykcję z uwagi na to, że prowadzi w danej sprawie postępowanie karne może wnieść sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK.

morderstw i prześladowań popełnionych w ramach systematycznego i rozległego ataku przeciwko ludności cywilnej, i urastających do rangi zbrodni przeciwko ludzkości<sup>20</sup>. MTK odrzucił sprzeciw Libii dotyczący dopuszczalności sprawy w odniesieniu do Kaddafiego<sup>21</sup>. Oddzielnie toczyło się także postępowanie dotyczące Al-Senussiego. Jego bowiem pierwotnie nie mógł dotyczyć libijski sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK, gdyż w momencie jego złożenia Al-Senussi znajdował się jeszcze w Mauretanii. W odniesieniu do niego MTK uznał, że Libia jest zdolna aby samodzielnie przeprowadzić postępowanie<sup>22</sup>.

### 3.1. Sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK

Jak wskazano wyżej, państwo działając na podstawie art. 19 ust. 2 pkt b może wnieść sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK. Do tej pory państwa nie korzystały z tego uprawnienia często, gdyż w większości sprawy do MTK kierowały państwa przedstawiające swoje własne sprawy (*self-referrals*) w trybie artykułów 13 pkt a i 14 Statutu. Podczas prac nad Statutem nie przewidywano takiej sytuacji<sup>23</sup>, ale Trybunał uznał, że nie jest to niezgodne z postanowieniami Statutu<sup>24</sup>. Zaakceptowanie sprawy, kiedy państwo przedstawia sprawę „przeciwko samemu sobie” ma jednak pewne wielowymiarowe konsekwencje. Po pierwsze, takie państwo będzie bardziej skłonne, aby współpracować z Trybunałem, czego konsekwencją będzie osądzenie sprawców i brak ich bezkarności. Po drugie, można się spodziewać, że takie państwo nie będzie składać sprzeciwów wobec dopuszczalności sprawy przed MTK, co można wnioskować z dotychczasowej praktyki *self-referrals* w sprawie Demokratycznej Republiki Konga, Ugandy czy Republiki Środkowo Afrykańskiej<sup>25</sup>. W konsekwencji MTK będzie bardziej efektywny a sprawy będą toczyły się szybciej. Po trzecie, przedstawienie sprawy przez państwo ma jednak negatywne konsekwencje dla oskarżonego, gdyż stawia go w niekomfortowej sytuacji procesowej. Z jednej strony ma on co prawda prawo wnieść sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK, na podstawie art. 19 ust. 2 pkt a Statutu, ale ponieważ nie ma krajowego forum, które mogłoby go osądzić (na skutek przekazania sprawy do MTK przez państwo, które nie prowadzi postępowania w sprawie, a co za tym idzie np. nie gromadzi dowodów, nie przesłuchuje świadków) jedyne zarzuty, jakie może postawić, to pogwałcenie zasady *ne bis in idem* czy powagi zbrodni. Równocześnie to na sprawcy spo-

<sup>20</sup> Third Report of The Prosecutor of The International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UN SC res. 1970 (2011), 16 maja 2012 r., na stronie: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D313B617-6A86-4D64-88AD-A89375C18FB9/0/UNSCreportLibyaMay2012Eng.pdf>.

<sup>21</sup> *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 maja 2013 r., pkt 135, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1599307.pdf>.

<sup>22</sup> *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 października 2013 r., na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1663102.pdf>

<sup>23</sup> W. Schabas, *'Complementarity in Practice': Some Uncomplimentary Thoughts*, dostępne na stronie: <http://www.isrcl.org/Papers/2007/Schabas.pdf>, s. 3, W.W. Burke-White, S. Kaplan, *Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation* (2008), Scholarship at Penn Law, Paper 215, dostępne na stronie: [http://lsr.nellco.org/upenn\\_wps/215](http://lsr.nellco.org/upenn_wps/215).

<sup>24</sup> Por. np. sprawę *Lubangi*, w której Trybunał wskazał, że przedstawienie sytuacji przez państwo (*self referral*) wydaje się być zgodne z reżimem komplementarności, *Lubanga Arrest warrant decision* (przypis 4), pkt 35.

<sup>25</sup> Szczegóły na stronie MTK: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/Pages/situations%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/Pages/situations%20index.aspx).



czywa ciężar dowodu, on/ona musi udowodnić prawdziwość swoich twierdzeń zawartych w sprzeciwie wobec dopuszczalności sprawy. Może być to niewykonalne dla osoby pozostającej w areszcie.

Sprawy Kenii i Libii przed MTK były pierwszymi, w których państwa złożyły sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK, wskazując, że oba państwa są zainteresowane osądzeniem sprawców we własnych krajach<sup>26</sup>. Libia złożyła sprzeciw wobec jurysdykcji Trybunału łącznie z wnioskiem o odroczenie przekazania Kaddafiego do MTK. Jest to pierwsza tego typu sprawa w historii aktywności MTK – kiedy państwo chce osądzić samodzielnie tę samą osobę za te same czyny, za które postawiono ją przed MTK. Do tej pory jedynie Kenia kwestionowała dopuszczalność postępowania przez MTK, jednak Trybunał odrzucił jej sprzeciw wskazując, że nie wypełnia przesłanek testu dotyczącego tej samej osoby (*same person test*)<sup>27</sup>, o czym mowa poniżej.

### 3.2. Standard postępowania państwa

Formułując swój sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK Libia skorzystała ze standardu postępowania państwa wywiedzonego z postanowień MTK, wśród których najważniejsze miejsce zajmuje decyzja w sprawie *Thomasa Lubangi Dyilo* oraz decyzje o odrzuceniu sprzeciwu wobec dopuszczalności sprawy przed MTK złożonego przez Kenię<sup>28</sup>. Standard ten służy do oceny przez Trybunał, czy państwo aktywnie prowadzi postępowanie, jest zdolne i chętne do tego by osądzić sprawców zbrodni. Nie został on sformułowany w Statucie, jest raczej zestawem powiązanych ze sobą kryteriów dotyczących identyfikowania sprawy jak i kwestii proceduralnych, głównie dowodowych, wywiedzionych z orzecznictwa Trybunału.

W sprawie *Thomasa Lubangi Dyilo* wskazano, że MTK uzna sprawę za niedopuszczalną jeśli będzie dotyczył tej samej osoby i tego samego postępowania przed sądem krajowym (*same person / same conduct test*)<sup>29</sup>. Kenia, choć powoływała się na ten standard w sprzeciwie wobec dopuszczalności sprawy interpretowała go w ten sposób, że jej postępowanie dotyczy osób z tego samego poziomu hierarchii urzędniczej. W wyroku odrzucającym sprzeciw Kenii MTK podkreślił, że „ta sama osoba” dotyczy konkretnie i indywidualnie tej

---

<sup>26</sup> Zob. Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/09-02/11-26, 31 marca 2011 r., na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/Doc/Doc1050028.Pdf>, oraz *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11, 1 maja 2012 r., dostępne na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1405819.pdf>.

<sup>27</sup> Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya, *ibidem*, pkt 35.

<sup>28</sup> Chodzi o decyzję Izby Przygotowawczej oraz decyzję Izby Apelacyjnej w sprawie dopuszczalności sprawy przed MTK, por. *Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute*, 30 maja 2011 r., pkt 50, dostępne na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1078823.pdf> oraz *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, ICC-01/09-02/11 O A, 30 sierpnia 2011 r., pkt. 39-40, dostępne na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1223134.pdf>.

<sup>29</sup> *Lubanga* (przypis 4), pkt. 31 i 37-39.

samej osoby<sup>30</sup>, a nie osoby z tego samego poziomu hierarchii urzędniczej. Interpretacja zastosowana przez Kenię była głównym powodem odrzucenia przez MTK jej sprzeciwu. Trybunał w sprawie Kenii nie tylko potwierdził, że postępowanie państwa dotyczyć powinno tej samej osoby, ale także rozwinął test dotyczący tego samego postępowania (*same conduct*) wskazując, że powinno być to zasadniczo to samo zachowanie (*substantially the same conduct*) co, jak można zauważyć, łagodzi wymogi testu wobec państwa. Nie musi ono bowiem starać się wykazać, że postępowanie dotyczy dokładnie tego samego zestawu faktów i czynów, ale zasadniczo tych samych<sup>31</sup>.

Dodatkowo we wspomnianym wyroku w sprawie Kenii MTK wskazał, że ciężar dowodu (*burden of proof*) w przypadku sprzeciwu dotyczącego dopuszczalności spoczywa na państwie. To ono ma udowodnić, że w rzeczywistości aktywnie prowadzi postępowanie<sup>32</sup>. Nie wystarczy jedynie wskazać, że postępowanie się toczy, należy to udowodnić, w sposób który będzie miał określoną wartość dowodową, wykazać istnienie faktycznych dowodów, a także konkretne środki podjęte podczas dochodzenia, np. że przesłuchano świadków, przeprowadzono analizy naukowe<sup>33</sup>. Twierdzenie, że państwo jest przygotowane, aby prowadzić postępowanie jest niewystarczające<sup>34</sup>; ono ma je rzeczywiście prowadzić, nie pozorować działań.

Kenijski sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK został przez Trybunał odrzucony, między innymi z powodu błędnej interpretacji przez Kenię testu dotyczącego tej samej osoby, ale także dlatego, że Kenia w ogólny sposób przedstawiła dowody dotyczące faktu, że aktywnie prowadzi postępowanie. Według Izby Apelacyjnej w informacjach dostarczonych przez władze Kenii brakowało konkretnych szczegółów dotyczących sprawy, czy wyczerpującej informacji dotyczącej podjętych działań<sup>35</sup>.

Libijski sprzeciw uwzględniał te zarzuty Trybunału i dużą wagę przywiązano zarówno do testu tej samej osoby i tych samych czynów, jak i kwestii dowodowych. Libia podała nawet nazwiska osób do tej pory przesłuchanych w sprawie.

### 3.3. Sprzeciwy Libii wobec dopuszczalności sprawy przed MTK

Libia złożyła dwa sprzeciwy wobec dopuszczalności sprawy przed MTK. Pierwszy sprzeciw dotyczył Kaddafiego<sup>36</sup>, drugi Al-Senussiego<sup>37</sup>. W pierwszym przypadku uzasadniała swój sprzeciw wobec dopuszczalności tym, że sprawa jest niedopuszczalna do rozpatrzenia przed Trybunałem, jako że w Libii prowadzone jest w tej sprawie postępowanie (*actively investigating*)<sup>38</sup> i dotyczy ono tych samych osób, których dotyczy dochodzenie przed MTK

<sup>30</sup> *Kenya* (przypis 28), pkt 39.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*, por. pkt 61 wyroku: "To discharge that burden, the State must provide the Court with evidence of a sufficient degree of specificity and probative value that demonstrates that it is indeed investigating the case. It is not sufficient merely to assert that investigations are on-going".

<sup>33</sup> *Ibidem*, pkt. 61-62.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pkt 40.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pkt. 67-69.

<sup>36</sup> Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11, 1 maja 2012 r., on line at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1405819.pdf>.

<sup>37</sup> *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11-307-Red2, 2 kwietnia 2013 r., na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1575650.pdf>.

<sup>38</sup> *Saif Al-Islam Gaddafi* (przypis 21), pkt. 25.

w odniesieniu do tych samych czynów – aktów morderstw i prześladowań urastających do rangi zbrodni przeciwko ludzkości. Zdaniem władz Libii krajowe postępowanie odzwierciedla rzeczywistą chęć postawienia tych osób przed wymiarem sprawiedliwości.

W swoim sprzeciwie wobec dopuszczalności sprawy przed MTK Libia, opierając się na art. 17 Statutu, który określa przesłanki dopuszczalności sprawy przed MTK, starała się wykazać, że jej system sądowniczy jest bezstronny i niezależny a jednocześnie Libia jest zdolna i chętna do osądzenia sprawców zbrodni. Artykuł 17 Statutu wskazuje, że sprawa jest niedopuszczalna jeśli toczy się w tej sprawie postępowanie krajowe, „chyba że państwo to nie wyraża woli lub jest niezdolne do rzeczywistego przeprowadzenia postępowania karnego”. Oceniając brak woli państwa w odniesieniu do prowadzenia postępowań krajowych MTK mając na względzie zasady rzetelnego procesu będzie zwracał uwagę na to, czy postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami bezstronności i niezawisłości, i w sposób który da się pogodzić z zamiarem wymierzenia osobie sprawiedliwości; czy będzie prowadzone bez zbędnej zwłoki; i czy będzie prowadzone w sposób nie zmierzający do uchronienia osoby (wobec której prowadzone jest postępowanie) przed wymiarem sprawiedliwości<sup>39</sup>.

Libia wyraźnie odnosiła się do przesłanek sformułowanych w art. 17, a także przesłanek sformułowanych w poprzednich sprawach, które toczyły się przed MTK, ze szczególnym uwzględnieniem standardu *same person / same conduct*.

Odnosząc się do bezstronności, niezależności, zdolności swojego systemu krajowego do przeprowadzenia postępowań władze Libii wskazywały na reformy, jakie podjęto po upadku czterdziesto dwu letniej tyranii Muammara Kaddafiego. Reformy te obejmowały zarówno ustanowienie nowych władz, reorganizację sądownictwa jak i ochronę praw człowieka poprzez utworzenie Narodowej Komisji do spraw wolności obywatelskich i praw człowieka<sup>40</sup>. Libia wskazywała, że podjęła wielki wysiłek nie tylko na rzecz efektywnych i rzeczywistych dochodzeń, ale wspomagała również Trybunał w identyfikowaniu świadków, zbieraniu dowodów. Celem tych działań jest zapewnienie sprawiedliwego procesu, zgodnie z zasadami prawa i podstawowymi prawami człowieka, który doprowadzi do skazania osób, a nie do ich ochrony przed wymiarem sprawiedliwości.

Władze Libii odnosząc się do kwestii dowodowych podkreślały, że pozyskują kolejne dowody, a także przedstawiły listę przesłuchanych świadków: osób cywilnych, a także osób będących przyjaciółmi czy współpracownikami Kaddafiego, członków służb zbrojnych, czy w końcu ochotników zwerbowanych przez Kaddafiego. W odniesieniu do kwestii dowodowych Libia wskazywała także, że jej działania są bezstronne i niezależne, że sądy zapewniają szereg praw i gwarancji procesowych, z domniemaniem niewinności i zakazem karania za czyny niebędące przestępstwami włącznie. Zaznaczono również, że Libia jest stroną szeregu traktatów dotyczących ochrony praw człowieka<sup>41</sup>.

Istotną część wniosku Libii stanowi fragment określający zakres sprzeciwu wobec dopuszczalności sprawy. Libia powołując się na test ze sprawy *Thomasa Lubangi Dyilo* wskazywała, że jej postępowanie dotyczy tych samych osób, co postępowanie przed MTK, a także tych samych czynów, które są przedmiotem postępowania przed Trybunałem, a mianowicie morderstw i prześladowań, jakie są podstawą nakazów aresztowań wydanych przez Trybu-

---

<sup>39</sup> Art. 17 Statutu (przypis 3).

<sup>40</sup> *Saif Al-Islam Gaddafi* (przypis 21), pkt 30 i n.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pkt 60.

nał<sup>42</sup>. Zarzuty Libii wobec Kaddafiego i Al-Senussiego dotyczą m.in. intencjonalnych zabójstw, prześladowań, tortur, nawoływania do wojny domowej, aresztowań ludzi bez właściwej przyczyny, nieuzasadnionego pozbawiania własności, popełnionych w okresie, którego dotyczy także postępowanie przed Trybunałem<sup>43</sup>. Takie postępowanie, zdaniem Libii, czyni zadość wymogom określonym w art. 17 ust. 1 pkt a Statutu.

Władze Libii przyznały, że jej postępowanie dotyczy zbrodni, które można określić mianem zbrodni pospolitych, ale trwają prace nad inkorporacją do systemu libijskiego zbrodni międzynarodowych i form odpowiedzialności karnej oraz kar przewidzianych w Statucie Rzymskim (tu oczywiście powstaje pytanie o to, czy wprowadzenie takich rozwiązań *post factum* nie stanowi pogwałcenia zasady niedziałania prawa wstecz).

W odniesieniu do ewentualnego zarzutu, że czyny będące podstawą postępowań w Libii nie są identyczne jak czyny, o które oskarża Trybunał, władze Libii podkreślały, że chodzi o identyczne czyny w odniesieniu do ich kontekstu i powagi, o „treść” czynów (*substance*) a nie ich postać (*substance rather than form*)<sup>44</sup>. Gdyby więc nawet nie udało się do libijskiego systemu wymiaru sprawiedliwości inkorporować zbrodni międzynarodowych, osądzenie sprawców za zbrodnie pospolite nie pozbawi zarzutów stawianych sprawcom ich fundamentalnych cech: czyny sprawców miały związek z polityką państwa i ich ocena dokonana będzie w kontekście systematycznego i rozległego charakteru popełnionych zbrodni.

Zdaniem Libii, ponieważ nic w Statucie nie wskazuje, że czyny zarzucane oskarżonym muszą mieć formę zbrodni międzynarodowych, wymaganie od Libii, aby prowadzone przez nią postępowanie dotyczyło zbrodni międzynarodowych, byłoby sprzeczne z zasadą komplementarności, w szczególności w odniesieniu do państw niebędących stronami Statutu<sup>45</sup> (a więc takich, których system może się różnić od systemu MTK).

W sprzeciwie Libia starała się także wykazać, że prowadzone przez nią postępowanie ma wysoką wartość dowodową i jest wystarczająco szczegółowe, aby móc stwierdzić, że odnosi się do tej samej osoby i tego samego postępowania<sup>46</sup>.

Libia wskazywała także, że nie może być w odniesieniu do niej mowy o niechęci czy złej wierze w kontekście osądzenia sprawców zbrodni (*unwillingness*). Rząd libijski poczynił wszelkie kroki, aby w drodze rzetelnego procesu osądzić sprawców a nie zemścić się na nich<sup>47</sup>.

W odniesieniu do niezdolności (*inability*) Libii do przeprowadzenia postępowania, również ten zarzut zdaniem Libii należy odrzucić, jako że jest ona w stanie ująć oskarżonych (w rzeczywistości w momencie składania sprzeciwu Kaddafi znajdował się w więzieniu w Libii, natomiast Al-Senussi miał być dopiero wydany do Libii, co nastąpiło w październiku 2012 r.), czy uzyskać dowody czy zeznania (wiele dowodów już w momencie składania wniosków było w posiadaniu Libii, jak i przesłuchano wielu świadków), co świadczy o tym, że Libia jest zdolna do przeprowadzenia postępowania.

W sprzeciwie dotyczącym sprawy *Al-Senussiego*<sup>48</sup> Libia także wskazywała, że aktywnie prowadzi postępowanie i dotyczy ono między innymi licznych aktów zabójstw i prześladowań

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, pkt 69.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pkt 83.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pkt 86.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pkt 87.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pkt 90.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pkt 95.

<sup>48</sup> *Abdullah Al-Senussi* (przypis 37).

urastających do rangi zbrodni przeciwko ludzkości<sup>49</sup>. Ponieważ libijski kodeks karny nadal nie obejmuje zbrodni przeciwko ludzkości zarzuty wobec Al-Senussiego zostały sformułowane bardzo szeroko. Dotyczą one między innymi zabójstw, dewastacji, rzezi, grabieży, podpaleń, ukrywania zwłok, tortur, handlu narkotykami, itd.<sup>50</sup> Libia wskazała również, że jej postępowanie ma wysoką wartość dowodową, jest dostatecznie szczegółowe i na tyle stosowne, że daje podstawy do stwierdzenia, że Libia jest zdolna i chętna aby samodzielnie przeprowadzić postępowanie przeciwko Al-Senussiemu<sup>51</sup>.

### 3.4. Sprzeciw Libii a Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 1970 (2011)

Wykazując swoją zdolność i chęć do przeprowadzenia dochodzenia a potem procesów dotyczących Kaddafiego i Al-Senussiego Libia odniosła się także, w swoim sprzeciwie dotyczącym Kaddafiego, do rezolucji Rady Bezpieczeństwa 1970 (2011), w której ta przedstawiała sytuację w Libii do rozważenia Trybunałowi. Zdaniem Libii, przesłanki dopuszczalności sprawy przed MTK i przekazanie sprawy na podstawie rezolucji RB, w sytuacji w której państwo chce podjąć jurysdykcję samodzielnie, muszą być oceniane w świetle fundamentalnych zmian, które mają miejsce w tym kraju. Libia wykazuje, że cele określone w rezolucji RB zostały osiągnięte, przywrócono warunki do tego aby właściwie prowadzić śledztwo w sprawie zbrodni przeciwko ludzkości popełnionych od lutego 2011 roku<sup>52</sup>. Powołując się na zasadę komplementarności, Libia podkreślała, że priorytetem wyrażonym w Statucie MTK jest, że państwa wykonują swoją jurysdykcję samodzielnie, zaznaczyła również, że Izba Apelacyjna Trybunału sama ustaliła w sprawie *Katanga*<sup>53</sup>, że należy zachować równowagę między zasadą pierwszeństwa w wykonywaniu jurysdykcji przez państwa i ideą zlikwidowania bezkarności sprawców. Trybunał musi mieć możliwość działania, ale dopiero wtedy kiedy państwo nie prowadzi postępowania lub nie może go prowadzić i kiedy jest to konieczne nie osądza sprawców. Cel i przedmiot Statutu, zdaniem Libii, przemawiają za przyjęciem pierwszeństwa krajowej jurysdykcji w przypadku kiedy państwo prowadzi aktywne postępowanie w sprawie.

### 3.5. Decyzja MTK odrzucająca sprzeciw Libii w odniesieniu do Kaddafiego

Dnia 31 maja 2013 r., a więc ponad rok po złożeniu sprzeciwu wobec dopuszczalności sprawy w odniesieniu do Kaddafiego, MTK odrzucił go wskazując na to, że choć Libia dowiodła, że rzeczywiście prowadzi postępowanie i zauważyć można jego progresywny charakter, nie wykazała jednak wystarczająco, że postępowanie prowadzone w Libii dotyczy tej samej sprawy, co postępowanie przed Trybunałem<sup>54</sup> (*same conduct test*). Dodatkowo, Trybunał stwierdził, że Libia jest niezdolna do prowadzenia postępowania w sprawie. Co do drugiego powodu odrzucenia sprzeciwu Libii, Trybunał wskazał na niemożność zapewnienia przez Libię transferu Kaddafiego pod opiekę sił rządowych (przebywa on pod opieką milicji z Zintanu), niemożność uzyskania niezbędnych zeznań, czy w końcu zapewnienia opieki prawnika<sup>55</sup>. Try-

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, pkt 153.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pkt 154.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pkt 93.

<sup>52</sup> *Saif Al-Islam Gaddafi* (przypis 21), pkt 80.

<sup>53</sup> *Katanga* (przypis 10), pkt 85.

<sup>54</sup> *Saif Al-Islam Gaddafi* (przypis 21), pkt 135.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pkt. 207-214.

bunał wskazał, że Libia nie określiła terminu, w którym te trudności zostaną przewyżczone i że stanowią one obiektywne przeszkody dla określenia, kiedy Libia będzie zdolna osiągnąć w sprawie postęp<sup>56</sup>. Ustalwszy, że Libia jest niezdolna do prowadzenia postępowania, MTK uznał, że rozważanie kwestii niechęci (*unwillingness*) do prowadzenia postępowania nie jest konieczne<sup>57</sup>.

MTK wypowiedział się także w kwestii tego czy postępowanie krajowe powinno dotyczyć dokładnie tych samych zbrodni międzynarodowych. Trybunał potwierdził wniosek Libii, że Statut nie dokonuje rozróżnienia na zbrodnie międzynarodowe i pospolite<sup>58</sup>, dlatego też krajowe postępowanie dopóki dotyczy tych samych zachowań (*conduct*) powinno być oceniane jako wystarczające<sup>59</sup>. Odnosząc się do interpretacji testu dotyczącego tych samych czynów/zachowań MTK stwierdził, że w wydanym przez Trybunał nakazie aresztowania wskazano tylko przykłady karalnych zachowań i krajowe postępowanie nie musi odnosić się do dokładnie tych samych aktów zabójstw i prześladowań. W sprawie dotyczącej Kaddafiego Trybunał będzie oceniał czy krajowe postępowanie dotyczy czynów określonych w wydanym przez MTK nakazie aresztowania. Chodzi konkretnie o kontrolę, którą Kaddafi sprawował nad aparatem państwowym w odniesieniu do zabójstw i prześladowań osób cywilnych<sup>60</sup>. Trybunał odniósł się także do standardu dowodowego, który jest niezbędny aby ustalić standard postępowania państwa. MTK potwierdził, że państwo musi dostarczyć konkretne, sprawdzalne dowody na to, że jest rzeczywiście zdolne i chętne do prowadzenia sprawy. Takie dowody powinny wykazywać, że Libia podejmuje konkretne i progresywne kroki, aby ustalić odpowiedzialność Kaddafiego<sup>61</sup>.

Odrzucając sprzeciw Libii MTK przypomniał o konieczności wydania Kaddafiego do Trybunału. Ten obowiązek nie został przez Libię wykonany do dziś, dlatego brak współpracy w tym kontekście został zreferowany przez MTK do Rady Bezpieczeństwa.

### **3.6. Decyzja uznająca sprawę za niedopuszczalną do rozpatrzenia przez Trybunał w odniesieniu do Al-Senussiego**

Decyzja MTK w sprawie sprzeciwu odnoszącego się do Al-Senussiego jest decyzją historyczną. Trybunał uznał bowiem, że sprawa jest niedopuszczalna do rozpoznania przed Trybunałem ponieważ Libia nie jest ani niezdolna ani niechętna<sup>62</sup> i może postępowanie karne przeprowadzić samodzielnie. Trybunał uznał, że postępowanie prowadzone w Libii dotyczy tej samej osoby i tej samej sprawy<sup>63</sup>. Potwierdził, że Libia przedstawiła olbrzymią ilość dowodów potwierdzających prowadzone przez nią postępowanie<sup>64</sup>. Na decyzję Trybunału niewątpliwym wpływ miał fakt, że Al-Senussi w przeciwieństwie do Kaddafiego znajduje się „pod opieką” sił rządowych, w tym kontekście nawet omawiany w decyzji MTK brak reprezentanta prawne-

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, pkt 215.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pkt 218.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pkt 86.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pkt 88.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pkt. 80-83.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pkt 54.

<sup>62</sup> *Saif Al-Islam Gaddafi* (przypis 21), pkt. 293 i 310.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pkt 168.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pkt 303.

go<sup>65</sup> nie stanowi wystarczającej przesłanki, aby uznać że Libia jest w istocie niezdolna do przeprowadzenia postępowania.

Takie rozstrzygnięcie budzi wątpliwości. Nie tylko dlatego, że sytuacja w Libii wydaje się niestabilna, co wyraziła sędzia Van der Wyngaert w swojej dołączonej do wyroku deklaracji<sup>66</sup>, ale także dlatego, że jak wskazują komentatorzy, skoro Libia nie jest w stanie zapewnić Al-Senussemu widzeń z prawnikiem<sup>67</sup>, to stawia to pod znakiem zapytania zarówno chęć jak i zdolność Libii do przeprowadzenia postępowania rzetelnie.

#### 4. Podsumowanie

Doświadczenia Libii dotyczące współpracy z MTK pozwalają sformułować szereg wniosków odnoszących się do mocno powiązanych ze sobą kwestii, tj. zasady komplementarności, współpracy państw nie będących stronami Statutu z Trybunałem oraz standardu postępowania państwa w odniesieniu do składanych sprzeciwów wobec dopuszczalności sprawy przed MTK.

W odniesieniu do standardu postępowania państwa MTK w sprawie *Lubangi* jasno określił, że aby uznać sprawę za niedopuszczalną do rozpoznania przed Trybunałem musi ona dotyczyć tej samej osoby i tego samego postępowania (*same person / same conduct test*) w postępowaniu krajowym. Trybunał powoli doprecyzowuje ten test i w sprawie kenijskiej wskazał, że to samo postępowanie oznacza, że chodzi o zasadniczo to samo postępowanie, natomiast w sprawie libijskiej wskazał, że to samo postępowanie nie musi dotyczyć tych samych zbrodni międzynarodowych, może dotyczyć zbrodni pospolitych. Jest to wystarczające o ile obejmują one te same zachowania. Zdaniem MTK, sam fakt braku kryminalizacji zbrodni przeciwko ludzkości nie czyni sprawy dopuszczalną do postępowania przed Trybunałem<sup>68</sup>. Dodatkowo zarzuty krajowe nie muszą być oparte na dokładnie tych samych faktach, mają jedynie dotyczyć tych czynów karalnych, które przykładowo wymieniono w nakazie aresztowania.

Doprecyzowanie testu w tym kierunku, należy przyjąć z satysfakcją. W literaturze wyrażano obawy, że podejście Trybunału będzie zawężające<sup>69</sup>. Tymczasem taka interpretacja pozostawia państwom pewną swobodę. O ile krajowe postępowanie dotyczy tych samych zbrodni, nie wymaga się identyczności tego samego zestawu faktów. Jeśli MTK wymagałby, aby dochodzenia państwa dotyczyły dokładnie tych samych faktów i czynów, prawdopodobnie żadne państwo nie mogłoby sprostać tym oczekiwaniom i wnieść skutecznie sprzeciwu wobec dopuszczalności sprawy przed MTK. Tym samym żadne postępowanie nie toczyłoby się przed sądem krajowym, jeśli MTK rozpoczęłoby badanie sprawy.

Innym elementem standardu dotyczącego postępowania państw jest jakość postępowania dowodowego. Państwo ma wykazywać, że podejmuje konkretne i progresywne kroki, aby ustalić odpowiedzialność danyh osób. Przedstawiane dowody muszą przedstawiać konkretną

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, pkt 307.

<sup>66</sup> Declaration of Judge Christine van der Wyngaert, 11 października 2013 r., na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1663117.PDF>.

<sup>67</sup> Zob. dyskusję: <http://opiniojuris.org/2013/10/13/libyas-magic-security-situation/>.

<sup>68</sup> PTC I, Decision on the admissibility of the case against *Saif Al-Islam Gaddafi*, pkt 88.

<sup>69</sup> S. Nouwen, D. Lewis, *Jurisdictional Arrangements and International Criminal Procedure* (November 1, 2011), University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 50/2011, s. 13, dostępne na stronie SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1957578>.

wartość dowodową i wystarczający stopień szczegółowości. Wynika z tego, że jakość postępowania dowodowego ma być wysoka, państwo ma nie tylko wykazać gotowość jego prowadzenia, ale udowodnić, że rzeczywiście je prowadzi. Jest to warunek, który w kontekście państw podlegających w danym momencie politycznej transformacji, czy wręcz państw biednych może być trudny, jeśli nie niemożliwy do spełnienia. Nie każde państwo będzie w stanie wykazać, że prowadzi efektywne postępowanie dowodowe. Należy oczekiwać że MTK okaże państwom w tym zakresie margines swobody, aby nie zniechęcać ich od podejmowania samodzielnie jurysdykcji karnej tylko dlatego, że nie posiadają takich możliwości.

Palącym problemem okazała się konieczność uregulowania współpracy z państwami niebędącymi stronami statutu MTK. Współpracę ze stronami Statutu regulują art. 86 i 89 Statutu, nie odnoszą się one jednak do państw, niebędących jego stronami<sup>70</sup>. Brakuje także praktyki MTK odnoszącej się do tej kwestii. Do tej pory analogiczne dyskusje prowadzono przy okazji wydania przez MTK nakazu aresztowania wobec prezydenta Sudanu Omara Al-Bashira, z tym że kwestia Bashira dotyczyła głównie jego immunitetu i problemu poddania urzędującej głowy państwa pod jurysdykcję trybunału karnego. Kwestia Libii, choć też przedstawiona Trybunałowi w drodze rezolucji Rady Bezpieczeństwa, odnosi się głównie do współpracy Libii z Trybunałem i w gruncie rzeczy oprócz rezolucji RB niewiele łączy te dwie sprawy<sup>71</sup>, choćby dlatego że Sudan absolutnie nie jest zainteresowany współpracą z Trybunałem czy prowadzeniem dochodzenia, natomiast Libia od samego początku, kiedy utworzono rząd tymczasowy po wieloletnich rządach Muammara Kaddafiego, wskazuje, że chce samodzielnie osądzić zbrodniarzy. Rezolucje Rady Bezpieczeństwa, tak dotycząca Sudanu<sup>72</sup>, jak i omawiana wyżej dotycząca Libii, zobowiązują państwa do współpracy, ale nie precyzują na czym w szczególności miałyby ona polegać. Libia jest stroną Karty Narodów Zjednoczonych i musi wykonywać zobowiązania wynikające z Karty, a co za tym idzie również decyzje RB. Sugeruje się w doktrynie, że z faktu przekazania sprawy przez Radę Bezpieczeństwa do MTK może wynikać, iż państwo, którego dotyczy rezolucja, jest związane postanowieniami Statutu tak jak państwo strona Statutu MTK, tyle że swoje obowiązki wywodzi ono nie z postanowień Statutu, lecz z rezolucji Rady<sup>73</sup>. Gdyby przyjąć za właściwą niniejszą interpretację, należałoby traktować obowiązki (a także uprawnienia) państwa, niebędącego stroną Statutu, do którego odnosi się rezolucja, bardzo szeroko, analogicznie do obowiązków państw stron Statutu. W prawie traktatów, umowa może nałożyć obowiązki na państwa jedynie za zgodą pań-

---

<sup>70</sup> O współpracy państw szeroko: B. Krzan, *Immunitet głowy państwa a bezkarność za popełnienie zbrodni międzynarodowych – uwagi na tle sprawy prezydenta al Bashira przed MTK*, (w:) *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego* (red.) A. Wnukiewicz-Kozłowska, Wrocław 2011, s. 31-61; D. Akande, *The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC*, *Journal of International Criminal Justice* 2012, vol. 10, s. 299; C. Stahn, *Libya, the International Criminal Court and Complementarity. A Test for Shared Responsibility*, *Journal of International Criminal Justice* 2012, vol. 10, s. 325; Z. Wenqi, *On cooperation by states not party to the International Criminal Court*, *International Review of the Red Cross* 2006, vol. 88, nr 861.

<sup>71</sup> Warto jednak zaznaczyć, że obie sytuacje łączy także to, że RB przedstawiając sprawy Trybunałowi nie przekazała żadnych środków finansowych, aby MTK wesprzeć.

<sup>72</sup> Rez. RB ONZ 1593 (2005), na stronie: <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/sc8351.doc.htm>

<sup>73</sup> D. Akande, *The legal nature of Security Council Referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities*, *Journal of International Criminal Justice* 2009, vol. 7, s. 341-342; Z. Wenqi, *On cooperation by states not party to the International Criminal Court*, *International Review of the Red Cross* 2006, vol. 88, nr 861, s. 107.



stwa<sup>74</sup>. W systemie MTK tę zasadę można obejść w drodze rezolucji RB, która wszakże nie jest traktatem. Wydaje się jednak, że należałoby oczekiwać, aby działania Rady były w tej kwestii bardziej konkretne i doprecyzowywały w rezolucji zakres współpracy z Trybunałem, w szczególności gdy decyzja RB zmienia sytuację prawną państwa.

Z drugiej jednak strony, warto wskazać, że stronami Statutu zgodnie z art. 12 są państwa, które dobrowolnie przyjmą jego jurysdykcję lub te, które w deklaracji się na nią zgodzą. Artykuł ten nie przewiduje, że państwo może stać się stroną Statutu na skutek rezolucji uchwalonej przez Radę Bezpieczeństwa. Można zatem, akceptując ten argument, przyjąć inne bardziej minimalistyczne rozwiązanie dotyczące obowiązków państwa niebędącego stroną Statutu. Skoro zakres obowiązków nie został konkretnie określony w rezolucji, należy poddać interpretacji tylko to, co się w niej rzeczywiście znalazło<sup>75</sup>. W rezolucji Libia została zobowiązana do współpracy z Trybunałem i zapewnienia Trybunałowi niezbędnej pomocy. Współpraca taka może jednak dotyczyć bardzo wielu kwestii, począwszy od zbierania dowodów, przesłuchiwanie świadków, dostarczania osób do Trybunału czy w końcu przejęcia skazanych do wykonania kary.

W kontekście tych uwag należy oczekiwać, że MTK sformułuje zasady współpracy z państwami nie będącymi stronami Statutu, a które to sprawy (sytuacje) zostały przekazane Trybunałowi w drodze rezolucji Rady Bezpieczeństwa. Okazuje się bowiem, że przedstawienie sprawy przez RB w drodze rezolucji, nie powiązane z określeniem zakresu współpracy i obowiązków państwa nastęrcza MTK mnóstwo trudności, w kontekście tego, że sam Trybunał nie dysponuje żadnymi środkami aby przymusić jakiegokolwiek państwo do współpracy. Trudno także oczekiwać od państwa niebędącego państwem stroną Statutu, że będzie współpracować z Trybunałem tak, jak państwo, które na tę współpracę się zgodziło, ratyfikując Statut.

Podsumowując rozważania dotyczące sprawy Libii przed MTK, wydaje się rozsądne, aby zgodnie z forsowaną w doktrynie zasadą pozytywnej komplementarności<sup>76</sup> Trybunał wsparł wysiłki Libii w kontekście osądzenia Al.-Senussiego. Wsparcie Libii doprowadziłoby do uwiarygodnienia zarówno systemu krajowego, poprzez wykazanie, że jest efektywny i zdolny do przeprowadzenia postępowania zgodnie z regułami prawa, a także systemu międzynarodowego, któremu już teraz zarzuca się, że jego postępowania są dyskryminujące, ponieważ (z nielicznymi wyjątkami) dotyczą jedynie Afryki. Jeśli MTK będzie służył pomocą i zachęcał państwa będące w procesie transformacji do przejęcia jurysdykcji i przeprowadzenia procesów krajowych zdejmie to z niego stygmat sądu interweniującego w wewnętrzną politykę i naruszającego suwerenność państw biednych<sup>77</sup>.

Niewątpliwie MTK powinien jednak mieć możliwość weryfikacji działań Libii, w szczególności w aspekcie ich efektywności i czy nie są one działaniami pozorowanymi, aby w razie wątpliwości mógł przejąć jurysdykcję. Reguły sprawowania takiej kontroli powinny być jasno określone, w szczególności w odniesieniu do państw nie będących stronami Statutu. Państwo powinno wiedzieć, jakie konkretnie działania podejmować, jakie dowody zbierać, jakich prze-

---

<sup>74</sup> Art. 34 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

<sup>75</sup> Szerzej o nadinterpretacji postanowień rezolucji RB, S.Yee, *The Dynamic Interplay between the Interpreters of Security Council Resolutions*, Chinese Journal of International Law 2012, vol. 11, nr 4, s. 613-622.

<sup>76</sup> C. Stahn, *Complementarity: a tale of two notions*, Criminal Law Forum 2008, vol.13, s. 87-113.

<sup>77</sup> Oczywiście alternatywą jest także utworzenie sądu hybrydowego, ale tej opcji nie omawiamy w tym opracowaniu, jak i innych alternatywnych sposobów wykonywania wymiaru sprawiedliwości.

słuchiwać świadków, w jaki sposób (pamiętajmy, że systemy karne państw nawet tych będących stronami Statutu MTK są bardzo zróżnicowane). Standard działań państwa, którego elementy daje się zrekonstruować w oparciu o sprawę *Lubangi*, Libii i Kenii to niewątpliwe rozwinięcie postanowień Statutu. Odpowiedzialność karna i powiązane z nią obowiązki państwa w systemie międzynarodowym wymagają doprecyzowanej wykładni, a określenie standardu działań państwa to krok w dobrym kierunku.

## Literatura

1. Akande D., *The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC*, Journal of International Criminal Justice 2012, vol. 10.
2. Akande D., *The legal nature of Security Council Referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities*, Journal of International Criminal Justice 2009, vol. 7.
3. Burke-White W., Kaplan S., *Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation*, 2008; Scholarship at Penn Law. Paper 215, dostępne na stronie: [http://lsr.nellco.org/upenn\\_wps/215](http://lsr.nellco.org/upenn_wps/215).
4. Krzan B., *Immunitet głowy państwa a bezkarność za popełnienie zbrodni międzynarodowych – uwagi na tle sprawy prezydenta al Bashira przed MTK*, (w:) A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, Wrocław 2011.
5. Nouwen S., Lewis D., *Jurisdictional Arrangements and International Criminal Procedure* (November 1, 2011), University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 50/2011, dostępne na stronie SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1957578>.
6. W. Schabas, *'Complementarity in Practice': Some Uncomplimentary Thoughts*, dostępne na stronie: <http://www.isrc.org/Papers/2007/Schabas.pdf>.
7. Robinson D., *The Mysterious Mysteriousness of Complementarity*, Criminal Law Forum 2010, vol. 21.
8. Stahn C., *Complementarity: a tale of two notions*, Criminal Law Forum 2008, vol. 13.
9. Stahn C., *Libya, the International Criminal Court and Complementarity. A Test for Shared Responsibility*, Journal of International Criminal Justice 2012, vol. 10.
10. Wenqi Z., *On cooperation by states not party to the International Criminal Court*, International Review of the Red Cross 2006, vol. 88, nr 861.
11. Wierczyńska K., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, (w:) B. Krzan (red.), *Jurisdictional Competition of International Courts and Tribunals*, Wrocław 2012.
12. Yee S., *The Dynamic Interplay between the Interpreters of Security Council Resolutions*, Chinese Journal of International Law 2012, nr 4.

## Orzecznictwo

1. Decyzja z dnia 10 lutego 2006 r., *on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-8,
2. Wyrok Izby Apelacyjnej z dnia 13 lipca 2006r., *on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58"*, ICC-01/04-169.
3. Decyzja z dnia 8 lutego 2010 r., *on confirmation of charges Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09.
4. Decyzja z dnia 31 marca 2010 r., *pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19.
5. Wyrok Izby Apelacyjnej z dnia 25 września 2009 r. /Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, , ICC-01/04-01/07 OA 8.

6. Decyzja z dnia 31 maja 2013 r., on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-344-Red.
7. Decyzja z dnia 11 października 2013 r., on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-466-Red.
8. Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, z dnia 31 marca 2011 r., ICC-01/09-02/11-26.
9. Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, z dnia 1 maja 2012 r., ICC-01/11-01/11.
10. Decyzja z dnia 30 maja 2011 r., on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute.
11. Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11, z dnia 1 maja 2012 r.
12. Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, z dnia 2 kwietnia 2013 r. ICC-01/11-01/11-307-Red2.

# Między delimitacją a delineacją szelfu kontynentalnego – o kompetencji ITLOS w świetle wyroku w sprawie *delimitacji obszarów morskich między Bangladeszem i Mjanmą*

Oksana Cabaj\*

## 1. Uwagi wstępne

Wraz z rozwojem możliwości technicznych związanych z eksploracją i eksploatacją szelfu kontynentalnego nasilały się dążenia państw nadbrzeżnych do poszerzenia zasięgu ich jurysdykcji na „podwodnym terytorium”. W efekcie i, po części, za sprawą aktywizmu sędziów MTS, pojęcie szelfu kontynentalnego na gruncie międzynarodowego prawa morza zostało istotnie rozwinięte. Dzięki temu państwa nadbrzeżne – strony Konwencji o prawie morza z 1982 r. (UNCLOS)<sup>1</sup>, zyskały możliwość ustanowienia zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego mogącej wykraczać, w określonych warunkach, nawet poza 350 mil morskich od linii podstawowej.

W związku z tym, ale i wcześniej, często w powiązaniu z kwestią rozgraniczenia obszarów morskich, wywiązywały się między państwami spory o szelf kontynentalny, który bywa bogatym źródłem, żywych i nieożywionych, zasobów. Może wówczas zachodzić potrzeba rozgraniczenia szelfu kontynentalnego między państwami sąsiadującymi ze sobą bądź położonymi naprzeciw siebie, tj. delimitacji (*delimitation*) na gruncie art. 83 UNCLOS, ale też, jak w omawianej sprawie, przedmiotem sporu może być kwestia zewnętrznej „granicy prawnej” szelfu kontynentalnego danego państwa. W ostatnim przypadku chodzi o sytuację, w której szelf kontynentalny wykracza poza 200 mil morskich od linii podstawowej danego państwa<sup>2</sup> (szelf kontynentalny poza 200 mm) i „sąsiaduje” z Obszarem<sup>3</sup>, stanowiącym wspólne dziedzictwo ludzkości, pozostające poza jurysdykcją państw. Ustalenie przez państwa – strony UNCLOS przebiegu takiej granicy, powinno się odbywać w oparciu o specjalne kryteria ustanowione w art. 76 UNCLOS i z zaangażowaniem specjalnie do tego celu powołanej, Komisji Granic Szelfu Kontynentalnego (CLCS lub Komisja). Wydaje się, że proces „wyznaczania” granicy, w którym bierze udział CLCS<sup>4</sup> można

---

\*Autorka jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

<sup>1</sup> Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r.; weszła w życie dnia 16 listopada 1994 r. (UN Treaty Series, vol. 1833, s. 3). Tekst w języku polskim: Dz.U. 2002 nr 59 poz. 543.

<sup>2</sup> Tj. maksymalną, ustanowioną w UNCLOS, szerokość wyłącznej strefy ekonomicznej. Na temat relacji między reżimem prawnym wyłącznej strefy ekonomicznej i szelfu kontynentalnego zob. Ch. Lian, *Commentary to delimitation of maritime limits: Geographical and technical issues*, (w:) E.D. Brown, R.R. Churchill (red.), *The UN Convention on the Law of the Sea: Impact and Implementation*, Hawaii 1987, s. 348–350.

<sup>3</sup> Definiowanym w art. 1, ust. 1 UNCLOS, jako „dno mórz i oceanów oraz ich podziemie”.

<sup>4</sup> Inicjowany wniesieniem przez zainteresowane państwo nadbrzeżne zgłoszeń do Komisji, w myśl art. 76 ust. 8 UNCLOS a obejmujący, odrębnie uregulowaną, procedurę ich rozpatrywania w ramach powoływanych podkomisji (z możliwością przesyłania informacji uzupełniających przez państwa, kierowania not werbalnych rządu, czy organizowania spotkań z delegacjami rządu państwa), która kończy się w przypadku zaakceptowania przez państwo wytycznych przyjmowanych przez CLCS. Przy czym wyrazem akceptacji jest ustanowienie granic w ustawodawstwie wewnętrznym na podstawie

byłoby określać mianem delinacji (*delineation*)<sup>5</sup>. Na taką też podstawową, funkcję Komisji wskazuje Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza (ITLOS lub Trybunał) w omawianym wyroku.

W zakresie delimitacji obszarów morskich, w szczególności odnośnie do szelfu kontynentalnego poza 200 mm, zasadnicze znaczenie należy przypisać wyrokowi ITLOS z dnia 14 marca 2012 r.<sup>6</sup> w sprawie *delimitacji obszarów morskich między Ludową Republiką Bangladeszu a Republiką Związku Mjanmy*<sup>7</sup>. W sprawie tej Trybunał musiał, między innymi, zdecydować czy może lub czy powinien wykonać jurysdykcję w przedmiocie szelfu kontynentalnego poza 200 mm. Strony sporu nie były w tym zakresie zgodne (sędzia T.M. Ndiaye złożył zdanie odrębne<sup>8</sup>) ale też, wyjściowo, zarzucały sobie wzajemnie brak uprawnienia do szelfu poza 200 mm, co wiązało się z odmienną interpretacją postanowień UNCLOS.

Na tle omawianego wyroku, opracowanie jest próbą odpowiedzi na następujące pytania: czy państwa mają możliwość arbitralnego ustanowienia zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego poza 200 mm; jakie funkcje pełni CLCS oraz czy możliwe jest zakwestionowanie wytycznych Komisji, czy może jedynie granic ustanowionych nie na podstawie wytycznych; jaka jest funkcja ITLOS, a jaka CLCS odnośnie granic szelfu kontynentalnego? A w szczególności, czy Trybunał może rozstrzygać w przedmiocie delimitacji, zanim zakończona zostanie procedura delinacji szelfu kontynentalnego?

Są to pytania, na które brak jest jednoznacznych odpowiedzi w UNCLOS – praktyka państw i orzecznictwo międzynarodowe dopiero ją wypracowują. Przy tym należy zaznaczyć, że rozstrzygnięcie wskazanych zagadnień zasadniczo komplikują dwie kwestie. Po pierwsze, z pojęciem szelfu kontynentalnego łączą się elementy właściwe dla nauk przyrodniczych takich jak geologia, geofizyka, hydrologia, co ma wpływ na jego definicję legalną przyjętą w UNCLOS, i stanowi wyzwanie dla podmiotów interpretujących i stosujących Konwencję. I tak, w omawianej sprawie, Trybunał musiał uwzględnić argumenty Bangladeszu natury ściśle geologicznej i geomorfologicznej, jednocześnie biorąc pod uwagę specyfikę dna Zatoki

---

takich wytycznych (nie przewiduje się procedury odwoławczej od wytycznych CLCS, a jedynie możliwość złożenia nowego lub poprawionego zgłoszenia). Na temat zasad procedury Komisji zob. T. Wasilewski, *Granice szelfu kontynentalnego w świetle Konwencji Prawa Morza z 1982 roku i praktyki państw*, (w:) C. Mik, K. Marciniak (red.), *Konwencja NZ o Prawie morza z 1982 r.*, Toruń 2009, s. 193–198.

<sup>5</sup> Na temat różnych definicji delimitacji (w tym delimitacji *sensu largo*, która obejmuje również „wyznaczenie zewnętrznej granicy strefy szelfowej państw”), zob. J. Połatyńska, *Delimitacja szelfu kontynentalnego w Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza 1982 roku*, (w:) C. Mik, K. Marciniak (red.), *Konwencja NZ o Prawie morza z 1982 r.*, Toruń 2009, s. 163. Na temat ewolucji zasad rozgraniczania szelfu kontynentalnego zob. J. Symonides, *Delimitacja obszarów morskich na Morzu Barentsa i Oceanie Arktycznym między Rosją a Norwegią*, (w:) U. Jackowiak, I. Nakielska, P. Lewandowski (red.), *Współczesne problemy prawa. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdynia 2011, s. 62–69.

<sup>6</sup> Wyrok ITLOS z 14 marca 2012 r., w sprawie *Bangladesz v. Mjanma*, [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_16/C16\\_Judgment\\_14\\_03\\_2012\\_rev.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/C16_Judgment_14_03_2012_rev.pdf)

<sup>7</sup> W praktyce wciąż występuje nazwa „Birma”, zresztą uznawana za wiążącą przez część społeczności tego państwa, jednak ostatecznie, w pracy posłużono się nazwą ustaloną przez polską Komisję Standaryzacji Nazw Geograficznych poza Granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Zob. Protokół Komisji nr 59 z 30 marca 2011 r. dostępny jest na stronie: <http://ksng.gugik.gov.pl>

<sup>8</sup> Zdanie odrębne sędziego T.M. Ndiaye (Translation by the Registry):

[http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_16/C16.sep\\_op\\_Ndiaye.TR.E.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/C16.sep_op_Ndiaye.TR.E.pdf)

Bengalskiej<sup>9</sup>. Po drugie, praktyka państw w przedmiocie wyznaczania zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego jest zdywersyfikowana w poszczególnych regionach świata. Państwa w swych ustawodawstwach wewnętrznych przyjmują różne rozwiązania, stosując często odmienne kryteria, opierając się na regulacjach IV Konwencji genewskiej z 1958 r.<sup>10</sup>, która przewiduje kryterium izobaty 200 m oraz technicznej możliwości eksploatacji bądź Konwencji z Montego Bay z 1982 r. (UNCLOS), w której, jak już wskazano, przyjęto rozwiązanie pozwalające na ustanowienie zewnętrznej granicy szelfu nawet poza 350 mm<sup>11</sup>. Zdarza się także, że państwa wskazują zewnętrzną granicę szelfu określonymi współrzędnymi geograficznymi bez wskazania kryterium, jakim się kierowały, bądź w ogóle nie określają zewnętrznej granicy szelfu<sup>12</sup>. Wreszcie, można wskazać państwa, jak Stany Zjednoczone, które nie przystąpiły do UNCLOS i nie realizują wymogu z art. 76 ust. 8 UNCLOS<sup>13</sup>.

Mimo osiągnięcia społeczności międzynarodowej w postaci wypracowania i przyjęcia UNCLOS, która jest określana mianem „konstytucji oceanów”<sup>14</sup>, zagadnienie rozgraniczania obszarów morskich wciąż budzi kontrowersje zarówno w praktyce państw, jak i w akademickiej literaturze przedmiotu. W szczególności regulacje prawne dotyczące szelfu kontynentalnego<sup>15</sup>, w tym jego granic prawnych, w sytuacji, gdy szelf wykracza poza 200 mm, nie są w Konwencji ściśle określone. To sprawia, że orzecznictwo w tym zakresie cały czas się kształtuje, a mechanizmy prawne rozstrzygania sporów delimitacyjnych przechodzą swój test w praktyce. W procesie tym, sędziowie, przejawiając aktywizm bądź wstrzemięźliwość, przyczyniają się do bardziej lub mniej dynamicznego rozwoju prawa.

---

<sup>9</sup> W omawianym wyroku ITLOS przypomniał, że podczas III Konferencji Prawa Morza, Zatokę Bengalską uznano za przykład *unique situation* (pkt 444). W tym zakresie zob. mapa przedstawiająca uwarunkowania naturalne Zatoki Bengalskiej oraz argumenty natury naukowej i prawnej przedstawione m.in. przez Sri Lankę podczas wspomnianej Konferencji: P.J. Cook, C.M. Carleton, *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface*, Oxford 2000, s. 309–310.

<sup>10</sup> Konwencja o szelfie kontynentalnym sporządzona w Genewie dnia 29 kwietnia 1958 r. Weszła w życie dnia 10 czerwca 1964 r. (UN Treaty Series, vol. 499, s. 311.). Tekst w języku polskim: Dz.U. 1964, nr 28, poz. 179, załącznik.

[http://bs.sejm.gov.pl/exlibris/aleph/a18\\_1/apache\\_media/IB4SETLLNX76XI8CIG46HS4TGRIAMK.pdf](http://bs.sejm.gov.pl/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/IB4SETLLNX76XI8CIG46HS4TGRIAMK.pdf)

<sup>11</sup> Zasadnicze znaczenie w tym zakresie przypisuje się wyrokowi MTS z dnia 20 lutego 1969 r. w sprawie szelfu kontynentalnego Morza Północnego, które oceniane jest jako przejaw prawotwórczej roli MTS, wyjścia naprzeciw praktyce państw (ICJ Reports 1969).

<sup>12</sup> Zob. T. Wasilewski (przypis 4), s. 213–215.

<sup>13</sup> Na temat konsekwencji w tym zakresie, oraz o współpracy Stanów Zjednoczonych z Meksykiem (stroną UNCLOS) w obszarze delimitacji szelfu kontynentalnego zob. R.J. McLaughlin, *Maritime Boundary Delimitation and Cooperative Management of Transboundary Hydrocarbons in the Ultra-Deepwaters of the Gulf of Mexico*, (w:) S.Y. Hong, J. Van Dyke, *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Brill/Kluwer Publishing 2009, s. 218–230.

<sup>14</sup> Zob. J. Symonides, *Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza z perspektywy ćwierćwiecza*, (w:) C. Mik, K. Marciniak (red.), *Konwencja NZ o Prawie morza z 1982 r.*, Toruń 2009, s. 21.

<sup>15</sup> Zob. m.in.: L. Łukaszuk, *Współpraca i spory międzynarodowe na morzach. Wybrane zagadnienia prawa, polityki morskiej i ochrony środowiska*, Warszawa 2009, s. 46–47; J. Połatyńska (przypis 5), s. 176.

## 2. Tło sporu między Bangladeszem a Mjanmą oraz stanowiska stron na etapie postępowania przed ITLOS

Negocjacje obydwu państw<sup>16</sup> w przedmiocie rozgraniczenia ich obszarów morskich w Zatoce Bengalskiej sięgają początku lat siedemdziesiątych. W ustawodawstwie wewnętrznym obydwu państw zarysowywały się różnice w zakresie określania zewnętrznej granicy szelfu. T. Wasilewski wskazuje, że w prawie Bangladeszu, granicę szelfu określono, jako „zewnątrzną krawędź obrzeża kontynentalnego stykającą się z basenem oceanu lub abysalnym podłożem”, natomiast w prawie Birmy, jako „zewnątrzną krawędź obrzeża bądź dystans 200 mm licząc od linii podstawowych, czy też poza 200 mm – odległość 100 mm licząc od izobaty 2500 m”<sup>17</sup>.

Po dwunastu latach (1974 – 1986), w trakcie których odbyło się osiem oficjalnych rund dwustronnych negocjacji, które nie doprowadziły stron do porozumienia, wytyczenie granic morskich między tymi państwami utknęło w martwym punkcie. Następnie, po „incydencie” na wodach Zatoki Bengalskiej (w październiku 2008 r.), który spowodował napięcie we wzajemnych stosunkach sąsiadujących państw<sup>18</sup>, Bangladesz był zdecydowany na uruchomienie procedury arbitrażowej przewidzianej w Aneksie VII UNCLOS. Z kolei Mjanma optowała za rozstrzygnięciem sprawy przez ITLOS i pierwsza złożyła deklarację, w myśl której zaakceptowała jurysdykcję ITLOS do rozstrzygnięcia sporu. W efekcie, Bangladesz złożył podobną deklarację, co spowodowało, po spełnieniu wymogu przewidzianego w art. 287, ust. 1 UNCLOS, wszczęcie przez ITLOS postępowania w dniu 13 grudnia 2009 r.

Na etapie postępowania przed ITLOS, Bangladesz utrzymywał, że Trybunał posiada kompetencję do rozstrzygnięcia sporu w zakresie uprawnienia państw do szelfu kontynentalnego poza 200 mm na podstawie UNCLOS<sup>19</sup>, oraz że powinien to uczynić uwzględniając obowiązujące prawo oraz istotne naukowe i faktyczne okoliczności sprawy<sup>20</sup>. Odnośnie uprawnień do szelfu, negował prawo Mjanmy do szelfu wykraczającego poza 200 mm, powołując się na fakt braku naturalnego przedłużenia (*natural prolongation*) ze strony Mjanmy, o którym mowa w art. 76 UNCLOS i argumentując to tym, że w przypadku Mjanmy brak jest „geologicznej kontynuacji”, która mogłaby pozwalać jej na wyznaczenie szelfu na takiej odległości od linii podstawowej<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Obydwa państwa są stronami UNCLOS: Bangladesz od dnia 27 lipca 2001 r., Mjanma od dnia 21 maja 1996 r.

<sup>17</sup> T. Wasilewski, *Delimitacja szelfu kontynentalnego. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 1994, s. 64–65.

<sup>18</sup> Po tym jak jednostki marynarki wojennej Mjanmy eskortowały cztery inne statki w celach badawczych na spornym obszarze morskim, oddalonym około 50 mm na południowy zachód od Wyspy św. Marcina, Bangladesz wezwał do zaprzestania działań eksploracyjnych i zagroził użyciem siły przez swoje okręty wojenne. Z kolei, jako powody napięcia stosunków między państwami, z towarzyszącą temu determinacją do definitywnego rozgraniczenia obszarów morskich, wskazywane są odkrycia złóż surowców naturalnych w Zatoce Bengalskiej, które miały miejsce na przełomie lat 2002 – 2007 (pozwoliły one Mjanmie na rozpoczęcie inwestycji związanych z budową rurociągów, mających na celu transport ropy naftowej i gazu do Chin). Zob. R.A. Balaram, *Case Study: The Myanmar and Bangladesh Maritime Boundary Dispute in the Bay of Bengal and Its Implications for South China Sea Claims*, *Journal of Current Southeast Asian Affairs* 2012, nr 3, s. 87–88.

<sup>19</sup> *Mjanma* (przypis 6), pkt 403.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pkt 404.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pkt. 415–416. Bangladesz, swoje stanowisko (w którym twierdził, że część szelfu kontynentalnego poza 200 mm, do którego prawa rościła Mjanma, stanowi w istocie naturalne



Mjanma stała na stanowisku, że nie zachodzi potrzeba rozstrzygnięcia w zakresie uprawnień stron do szelfu kontynentalnego wykraczającego poza 200 mm, co więcej, że Trybunał nie jest do tego kompetentny, gdyż procedura rozstrzygająca o uprawnieniach do takiego szelfu powinna poprzedzać jakąkolwiek delimitację, a w tym zakresie Komisja Granic Szelfu Kontynentalnego pełni, zgodnie z art. 76 UNCLOS, kluczową rolę<sup>22</sup> (do niej Mjanma wystąpiła ze stosownym zgłoszeniem w 2008 r.). Mjanma ponadto kwestionowała prawo Bangladeszu do szelfu kontynentalnego poza 200 mm<sup>23</sup>, zaś jeśli chodzi o własne uprawnienie do takiego szelfu, uważała, że nie zależy ono od, powoływanego przez stronę przeciwną, „testu naturalnego geologicznego przedłużenia”. Powoływała się w tym zakresie na usytuowanie zewnętrznej krawędzi obrzeża, tj. na formułę Gardinera<sup>24</sup>, jednak określone szczegóły zamierzała dopiero ustalić z udziałem Komisji. Ponadto Mjanma była zdania, że zapadły wyrok może wpłynąć na prawa państw trzecich, w tym przypadku przede wszystkim, sąsiadujących z Bangladeszem, Indii<sup>25</sup>, ale także interesy ludzkości względem Obszaru i, w związku z tym, Trybunał powinien wstrzymać się z wykonaniem jurysdykcji odnośnie szelfu kontynentalnego poza 200 mm.

### **3. Definicja szelfu kontynentalnego – w poszukiwaniu zewnętrznej granicy jurysdykcji państw na ich „podwodnym terytorium”**

Szelf kontynentalny potocznie określany jest, jako przedłużenie terytorium lądowego państwa nadbrzeżnego<sup>26</sup>, znajdujące się pod wodą, do granicy głębokiego dna. Uprawnienia państwa nadbrzeżnego do szelfu kontynentalnego kształtowane były w prawie zwyczajowym, a następnie zostały skodyfikowane. I tak, obecnie, Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza jedynie potwierdza, że prawa te wynikają z samego faktu państwowości<sup>27</sup>.

Jeśli chodzi o definicję szelfu kontynentalnego na gruncie międzynarodowego prawa morza<sup>28</sup> to, jak wspomniano, wyraźnie widoczny jest w niej element nauk przyrodniczych, lecz jednocześnie widać, że jest ona determinowana potrzebą określenia granic<sup>29</sup> dla jurysdykcji państw nadbrzeżnych w zakresie eksploracji i eksploatacji zasobów dna morskiego, że ma charakter dyskrecjonalny. I tak, szelf kontynentalny państwa nadbrzeżnego, zgodnie z art. 76 ust. 1 UNCLOS obejmuje „dno morskie i podziemie obszarów podmorskich, które rozciągają się poza jego morzem terytorialnym na całej długości naturalnego przedłużenia jego terytorium lądowego aż do zewnętrznej krawędzi obrzeża kontynentalnego albo na odległość

---

przedłużenie szelfu Bangladeszu), przedstawił Sekretarzowi Generalnemu ONZ w dniu 23 lipca 2009 r. i podtrzymał je w zgłoszeniu złożonym do CLCS w dniu 25 lutego 2011 r. (pkt 418).

<sup>22</sup> *Mjanma* (przypis 6), pkt 405.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pkt 423.

<sup>24</sup> Tzw. formułę irlandzką wyrażoną w art. 76 ust. 4 pkt. a, i.

<sup>25</sup> Do kręgu zainteresowanych rozstrzygnięciem sporu państw należą również Sri Lanka i Indonezja.

<sup>26</sup> Szelf kontynentalny nie wchodzi w skład terytorium państwa.

<sup>27</sup> Wcześniej MTS uznał, że prawa państwa nadbrzeżnego w odniesieniu do szelfu kontynentalnego (...) istnieją *ipso facto* oraz *ab initio*, z mocy jego suwerennej władzy nad danym obszarem, ICJ Reports 1969, pkt. 41.

<sup>28</sup> Zob. A. Straburzyński, *Nowa prawnomiędzynarodowa definicja szelfu kontynentalnego*, Technika i Gospodarka Morska 1983, nr 9, s. 440.

<sup>29</sup> Granice niejednokrotnie stykają się z tym, co stanowi dobro wspólne społeczności międzynarodowej, a działalność w Obszarze, w myśl art. 140, ust. 1 UNCLOS, „jest prowadzona z korzyścią dla ludzkości, jako całości”.

200 mil morskich od linii podstawowych, od których mierzy się szerokość morza terytorialnego, jeżeli zewnętrzna krawędź obrzeża kontynentalnego nie sięga do tej odległości”.

Należy zaznaczyć, że w definicji legalnej szelfu kontynentalnego występuje rozróżnienie na szelf, który sięga 200 mm lub wykracza poza 200 mm, choć zasadniczo chodzi o jeden, ten sam szelf. Taki jego „podział” jest wyrazem kompromisu wypracowanego w celu ustanowienia granicy autonomii państw w procesie wytyczania zewnętrznych granic szelfu. I tak, jeżeli zewnętrzna krawędź obrzeża kontynentalnego kończy się przed 200 mm wówczas „prawa do szelfu” mogą sięgać maksymalnej szerokości wyłącznej strefy ekonomicznej, tj. 200 mm. Natomiast, jeśli zewnętrzna krawędź obrzeża kontynentalnego wykracza poza 200 mm, to, jak już wskazano, aby określić granicę „praw do szelfu” konieczne jest uwzględnienie postanowień art. 76 ust. 4-6, w tym kompetencji (wytycznych) CLCS przewidzianych w art. 76 ust. 8 UNCLOS.

W omawianej sprawie Trybunał uznał, że koniecznym jest wyjaśnienie, jak należy interpretować „naturalne przedłużenie”, ale też, jaka jest relacja tego pojęcia do „obrzeża kontynentalnego”. I tak, Trybunał wskazał, że „naturalne przedłużenie” nie stanowi niezależnej podstawy dla uprawnienia do szelfu, lecz należy je rozumieć w świetle kolejnych postanowień art. 76 UNCLOS, które dotyczą szelfu kontynentalnego i obrzeża kontynentalnego. Uprawnienie do szelfu kontynentalnego wykraczającego poza 200 mm powinno być zatem określone w odniesieniu do zewnętrznej krawędzi obrzeża kontynentalnego, ustalonej zgodnie z art. 76 ust. 4 UNCLOS. Odmienna interpretacja, jak uznał Trybunał, byłaby nieuzasadniona ze względu na treść art. 76, przede wszystkim jego przedmiot i cel<sup>30</sup>. Tym samym, Trybunał odrzucił argumenty Bangladeszu, który twierdził, że Mjanmie nie przysługiwało prawo do szelfu poza 200 mm z powodu znacznego braku geologicznej ciągłości między platformą kontynentalną Birmy i Indyjską (szelf zachodzący na siebie)<sup>31</sup>. Innymi słowy, Trybunał uznał, iż argumenty oparte na geografii wybrzeża przeważają nad argumentami, na które powoływał się Bangladesz – w szczególności odrzucił te natury geologicznej i geomorfologicznej oparte na składzie (*composition*) i ukształtowaniu (*shape*) dna morskiego, które miałyby przemawiać za, występującym po stronie Bangladeszu, „najbardziej naturalnym przedłużeniem” (*most natural prolongation*)<sup>32</sup>. Ostatecznie ITLOS uznał, że obydwa państwa są uprawnione do szelfu kontynentalnego poza 200 mm<sup>33</sup>.

#### 4. Delineacja szelfu kontynentalnego – funkcja Komisji Granic Szelfu Kontynentalnego

Jak wskazano, konwencyjne rozróżnienie na szelf „do i poza 200 mm” było wyrazem kompromisu przyjętego przez państwa i miało na celu pozbawienie ich możliwości autonomicznego wyznaczania zewnętrznych granic szelfu, w sytuacji, gdy w naturze szelf wykracza poza granicę ich wyłącznej strefy ekonomicznej<sup>34</sup>. W takiej sytuacji państwo-strona UNCLOS,

<sup>30</sup> *Mjanma* (przypis 6), pkt 437.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pkt 438.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pkt 322.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pkt 460.

<sup>34</sup> MTS w wyroku z dnia 8 października 2007 r. w sprawie terytorialnego i morskiego sporu między Nikaraguą a Hondurasem na Morzu Karaibskim, potwierdził, że „any claim of continental shelf rights beyond 200 miles must be in accordance with Article 76 of UNCLOS and reviewed by the Commission on the Limits of the Continental Shelf established thereunder”, ICJ Reports 2007, pkt. 319.

zgodnie z postanowieniami Konwencji oraz przy uwzględnieniu „Naukowych i Technicznych Wytycznych”<sup>35</sup> CLCS, jest zobowiązane do ustanowienia zewnętrznej krawędzi obrzeża kontynentalnego, poprzez wyznaczenie stałych punktów tworzących linię zewnętrzną granicy szelfu kontynentalnego<sup>36</sup>. Podstawę dla wyznaczenia takich „stałych punktów” może stanowić grubość skał osadowych u podnóża stoku kontynentalnego (formuła Gardinera, tzw. irlandzka, wyrażona w art. 76 ust. 4 pkt. a, i UNCLOS) i/bądź<sup>37</sup> odległość od „podnóża stoku kontynentalnego”, która maksymalnie może wynosić 60 mm (formuła Hedberga, wyrażona w art. 76 ust. 4 pkt. a, ii UNCLOS)<sup>38</sup>. Zasadniczo, zewnętrzna granica nie może przekraczać dystansu 350 mm, bądź linii stanowiącej dystans 100 mm od izobaty 2,500 m<sup>39</sup>. Taka zewnętrzna granica szelfu kontynentalnego, jak podsumowuje T. Wasilewski, jest „funkcją zarysu topograficznego, formy geomorfologicznej dna morskiego (oceanicznego) i podziemia, a także zdeterminowana jest uprawnieniami państw w wyłącznej strefie ekonomicznej oraz wieloma okolicznościami konkretnego przypadku”<sup>40</sup>.

Na potrzeby niniejszego opracowania należy podkreślić, że zgodnie z postanowieniami UNCLOS to państwo nadbrzeżne ustanawia „ostateczne i wiążące”, zewnętrzne granice szelfu poza 200 mm, co jednak nie może być działaniem arbitralnym, gdyż wymaga wcześniejszego uwzględnienia, wiążących, wytycznych CLCS<sup>41</sup> – międzynarodowego organu, utworzonego na podstawie art. 76 UNCLOS, który współdziała z zainteresowanymi państwami, ale też udziela wsparcia państwom, które napotykają trudności, natury technicznej czy finansowej, w złożeniu do Komisji swoich wniosków ze szczegółowymi danymi technicznymi<sup>42</sup>. Główna rola CLCS, poza doradztwem naukowym i technicznym na etapie przygotowania zgłoszeń, sprowadza się do wydawania wytycznych państwom nadbrzeżnych odnośnie przebiegu granicy takiego szelfu kontynentalnego<sup>43</sup>. Wytyczne są przekazywane Sekretarzowi Generalne-

---

<sup>35</sup> [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/documents/Guidelines/CLCS\\_11.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/documents/Guidelines/CLCS_11.htm)

<sup>36</sup> Proces ten szczegółowo opisuje i analizuje: T. Wasilewski (przypis 4), s. 193.

<sup>37</sup> Możliwe jest rozwiązanie mieszane.

<sup>38</sup> Szerzej (ilustracje wraz z definicjami) zob. <http://continentalsshelf.gov/gallery.html#graphics> (dostęp: 15 luty 2013 r.); L. Łukaszuk, *Międzynarodowe prawo morza*, Warszawa 1997, s. 67 i 69-70; M.H. Thang, *Issues Related to Delineating the Outer-Limits of Myanmar's Continental Shelf in the Context of Article 76 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*, United Nations – Nippon Foundation Fellow (22 November 2006), [https://www.un.org/Depts/los/nippon/uniff\\_programme\\_home/fellows\\_pages/fellows\\_papers/thang\\_0607\\_myanmar\\_PPT.pdf](https://www.un.org/Depts/los/nippon/uniff_programme_home/fellows_pages/fellows_papers/thang_0607_myanmar_PPT.pdf) (dostęp: 10.3.2013).

<sup>39</sup> Na temat wyjątków od reguły 350 mm zob. T. Wasilewski (przypis 4), s. 191.

<sup>40</sup> T. Wasilewski, *Wyznaczanie zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego. Studium prawnomiędzynarodowe*, Gdańsk 1999, s. 62.

<sup>41</sup> CLCS rozpoczęła działalność w 1997 r. W jej skład wchodzi niezależni ekspertów w dziedzinie geologii, geofizyki lub hydrologii, wybierani na specjalnych spotkaniach państw – stron UNCLOS przy zachowaniu słusznej reprezentacji geograficznej, na pięcioletnią kadencję. Ostatnio, na takim spotkaniu, 19.12.2012, funkcja członka CLCS została powierzona kandydatowi zgłoszonemu przez rząd RP, S. Uścińcowiczowi, pracownikowi naukowemu Oddziału Geologii Morza Państwowego Instytutu Geologicznego, Państwowego Instytutu Badawczego w Gdańsku.

<sup>42</sup> Państwo nadbrzeżne, zamierzające ustanowić granicę zewnętrzną szelfu poza 200 mm, początkowo było zobowiązane do przedstawienia takiego zgłoszenia w ciągu 10 lat od wejścia w życie konwencji w stosunku do tego państwa, jednak termin ten został wydłużony. Szerzej zob. T. Wasilewski (przypis 4), s. 199–200.

<sup>43</sup> Pkt. 375. Szerzej na temat funkcji Komisji oraz szczegółów procedury zob. T. Wasilewski (przypis 4), s. 186–187; zob. też: J. Symonides, *Status prawny i roszczenia do Arktyki oraz Bieguna Północnego*, Państwo i Prawo 2008, nr 1, s. 31–45.

mu ONZ<sup>44</sup>. Stanowią one, zgodnie z art. 76 ust. 8 UNCLOS, podstawę ustanowionych przez państwo granic, a więc powinny być przez takie państwo w całości uwzględnione. Należy zaznaczyć, że w procedurze delinacji państwo ma możliwość składania informacji uzupełniających do zgłoszenia, kierowania do Komisji not werbalnych rządu, czy brania udziału w organizowanych spotkaniach z delegacjami rządu takiego państwa, co w praktyce zwiększa szanse na zaakceptowanie „ostatecznych” wytycznych CLCS. W sytuacji, w której państwo nie zgadza się z wytycznymi lub ma jakieś zastrzeżenia, nie ma możliwości odwołania się od wiążących je ustaleń Komisji, lecz powinno dokonać zmienionego lub nowego zgłoszenia<sup>45</sup>. Jak zauważa, R.J. McLaughlin, trudno jest przewidzieć jak miałyby przebiegać czy zakończyć się sytuacja, w której zaistniałby poważniejszy spór między państwem a CLCS<sup>46</sup>. Z założenia jednak taka procedura nie ma charakteru kontradyktoryjnego. Nie przewidziano też w niej udziału innych organów konwencyjnych, takich jak Międzynarodowa Organizacja Dna Morskiego (dalej: ISA<sup>47</sup>), która została powołana w UNCLOS i jest podstawową organizacją stojącą na straży interesu wspólnoty międzynarodowej w Obszarze.

Z kolei odnośnie już ustanowionych granic, należy przyjąć, że zgodnie z art. 76 ust. 8 UNCLOS są one wiążące *erga omnes*, i mogą być kwestionowane jedynie w przypadku gdyby państwo nadbrzeżne (będące stroną UNCLOS) ustanowiło je z pominięciem CLCS lub bez uwzględnienia w całości wytycznych Komisji. Stanowiłoby to bowiem naruszenie prawa międzynarodowego, gdyż sformułowano wymóg, aby granice były ustanowione „na podstawie” wytycznych CLCS, a nie jedynie przy ich „uwzględnieniu” czy „wzięciu pod uwagę”<sup>48</sup>. Stosowny zarzut mógłby zostać podniesiony przez zainteresowane państwo w postępowaniu przed międzynarodowym sądem lub trybunałem, nie wyłączając państwa śródlądowego kierującego się interesem wspólnoty międzynarodowej, które wypełniałoby swoje konwencyjne zobowiązanie ochrony wspólnego dziedzictwa ludzkości<sup>49</sup>. L. Łukaszuk stoi na stanowisku, że takich działań prawnych nie może podjąć ani CLCS<sup>50</sup>, ani ISA<sup>51</sup>. Można też wskazywać na kwestię ochrony przez CLCS jej prerogatyw, a po stronie Trybunału na, sformułowany w omawianym wyroku, postulat współpracy organów konwencyjnych dla zapewnienia skutecznej realizacji przedmiotu i celu UNCLOS.

Należy pamiętać, że przed Komisją analizowane są informacje oraz dane o charakterze ściśle naukowo-technicznym<sup>52</sup> i choć nie mogą one przesądzać o istnieniu prawa państwa nadbrzeżnego do szelfu kontynentalnego (jak już wskazano, jeżeli tylko występuje szelf kontynentalny, to prawo państwa do szelfu jest mu przyrodzone), ale mogą mieć wpływ na przebieg zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego. To z kolei ma znaczenie ze względu na

<sup>44</sup> Art. 6, ust. 3 Aneksu II UNCLOS. Wcześniej Sekretarz Generalny ONZ, który kieruje sekretariatem CLCS, publikuje dostarczone mu przez państwo nabrzeżne mapy i informacje związane z opisem wewnętrznych granic szelfu, zgodnie z art. 76, ust. 9 UNCLOS.

<sup>45</sup> Art. 8 Aneksu II UNCLOS.

<sup>46</sup> R.J. McLaughlin (przypis 13), s. 217.

<sup>47</sup> International Seabed Authority.

<sup>48</sup> Niektóre państwa, jak Zjednoczone Królestwo, były przeciwne przyjęciu, aktualnie obowiązującego, wymogu w tym zakresie. Zob. J. Symonides, *Nowe prawo morza*, Warszawa 1986, s. 204–205.

<sup>49</sup> L. Łukaszuk (przypis 14), s. 47–48.

<sup>50</sup> Zob. też: R.J. McLaughlin (przypis 12), s. 218.

<sup>51</sup> Odnośnie ISA odmiennego zdania jest R.J. McLaughlin (przypis 13), s. 218 (por. tam: przypis 109).

<sup>52</sup> W składzie CLCS, jak już wskazano, nie ma prawnika, lecz wyłącznie specjaliści i eksperci nauk przyrodniczych.

interes społeczności międzynarodowej, w tym, z uwagi na ustanowiony w art. 82 UNCLOS obowiązek państwa nadbrzeżnego ustanawiającego szelf kontynentalny poza 200 mm do uiszczania opłat i świadczeń w naturze za eksploatację jego zasobów nieożywionych<sup>53</sup>.

Wyjściowo, państwo nadbrzeżne, w swoim zgłoszeniu do CLCS, musi przedstawić naukowe dowody na występowanie szelfu kontynentalnego poza 200 mm oraz na poparcie przyjęcia, proponowanej przez państwo, zewnętrznej granicy takiego szelfu. Zebranie i dostarczenie szczegółowych informacji, jak pokazuje praktyka państw, jest nierzadko procesem skomplikowanym i długotrwałym, który może trwać nawet kilkanaście lat<sup>54</sup>. W tym zakresie można zauważyć, że niedochowanie terminów przewidzianych w UNCLOS na ustanowienie zewnętrznych granic szelfu kontynentalnego poza 200 mm nie wpływa na prawo państwa do jego szelfu kontynentalnego, w szczególności nie może pozbawiać państwa prawa do szelfu.

Na koniec należy zaznaczyć, że w sytuacji, gdy państwo złoży wniosek do CLCS i będzie pozostawało w sporze z innym państwem odnośnie rozgraniczenia obszarów morskich, tudzież jednocześnie zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego, jak w przypadku Bangladeszu i Mjanmy, to czynności Komisji muszą pozostawać „bez uszczerbku dla kwestii dotyczących definicji granic między państwami”<sup>55</sup>. I tak, w omawianej sprawie CLCS postanowiła wstrzymać się z rozpatrywaniem zgłoszeń Bangladeszu i Mjanmy<sup>56</sup>. Tymczasem na etapie postępowania przed ITLOS pojawiły się wątpliwości, czy może to Trybunał powinien wstrzymać się ze swoim rozstrzygnięciem do czasu wydania przez Komisję wytycznych.

## **5. Kompetencja ITLOS w przedmiocie uprawnień stron do szelfu poza 200 mm oraz w procesie jego delimitacji**

W omawianej sprawie ITLOS wypowiedział się m.in. na temat własnej jurysdykcji do rozstrzygnięcia przedłożonego mu sporu (w zakresie szelfu poza 200 mm<sup>57</sup>), ale także roli CLCS.

Trybunał uznał, że posiada jurysdykcję do rozstrzygnięcia sporu na podstawie art. 83 UNCLOS. Nie podzielając argumentów Mjanmy, wbrew opinii sędziego T.M. Ndiaye<sup>58</sup>, zajął stanowisko, że jest nie tylko uprawniony, ale, co więcej, zobowiązany do wydania wyroku (zgodnie z częścią XV UNCLOS). Wskazał, że gdyby odstąpił od wykonania jurysdykcji w przedmiocie szelfu kontynentalnego poza 200 mm, to, nie tylko, nie doszłoby do rozstrzygnięcia długotrwałego sporu<sup>59</sup>, ale byłoby to również sprzeczne z przedmiotem i celem Kon-

---

<sup>53</sup> Jednym z państw, które optowały za takim rozwiązaniem były Stany Zjednoczone (które jednak do dzisiaj nie przystąpiły do UNCLOS). Szerzej: J. Symonides (przypis 48), s. 200–203.

<sup>54</sup> Przykładowo Australii zajęło to ponad dziesięć lat, a Brazylii szesnaście. Za J. Symonides, *ibidem*, s. 217.

<sup>55</sup> Art. 9 Aneksu II UNCLOS.

<sup>56</sup> Zob. Stanowiska Przewodniczącego CLCS na temat prac Komisji: CLCS/64 z dnia 1 października 2009 r., pkt 40 oraz CLCS/72 z dnia 16 września 2011 r., pkt 22.

[http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/commission\\_documents.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/commission_documents.htm)

<sup>57</sup> Bangladesz i Mjanma zgodnie zaakceptowały jurysdykcję ITLOS dla rozstrzygnięcia sporu dotyczącego delimitacji ich granicy morskiej w Zatoce Bengalskiej, zgodnie z art. 287, ust. 1 UNCLOS. Jedynie Mjanma uważała, że poza 200 mm Trybunał nie jest kompetentny.

<sup>58</sup> Zdaniem sędziego: „The Commission has to contribute to determining the definitive course of the outer limits of the continental shelf. It must also act as ethical safeguard by preventing overblown claims” (pkt 118). Zob. też (przypis 8), pkt. 106-107.

<sup>59</sup> *Mjanma* (przypis 6), pkt 391.

wencji<sup>60</sup>. Co więcej, zdaniem Trybunału, niepodjęcie przez Komisję i Trybunał stosownych działań w sprawie mogłoby pozbawić strony sporu możliwości pełnego korzystania z ich praw do szelfu kontynentalnego<sup>61</sup>.

Z drugiej strony uznał, że wykonanie jurysdykcji przez Trybunał w zakresie, w jakim odnosi się do szelfu kontynentalnego poza 200 mm, nie może być postrzegane, jako ingerencja w funkcje Komisji, bowiem nie wpływa na działania Komisji, tj. nie stanowi przeszkody dla ustanowienia zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego zgodnie z art. 76, ust. 8 UNCLOS<sup>62</sup>. W konsekwencji, Trybunał stwierdził, że nie musi czekać do czasu wydania przez Komisję wytycznych dla każdej ze stron sporu, ani tym bardziej na zajęcie stanowiska przez państwa odnośnie wytycznych Komisji.

Odnosnie samej metody delimitacji ukazanej na poniższej zamieszczonej mapie, ITLOS zauważył, że metoda delimitacji szelfu kontynentalnego „poza 200 mm” nie powinna być inna od tej „do 200 mm”, a stosowne ustalenia, pozwalające na odejście od linii równych odległości, przeprowadził opierając się na trzystopniowym teście ustanowionym dzięki międzynarodowemu orzecznictwu, które dokładnie wskazał<sup>63</sup>. Teraz ITLOS miał również okazję potwierdzić, że w przedmiocie delimitacji „mathematical precision is not required”<sup>64</sup>. Nie można tego powiedzieć o procesie delineacji, w którym „matematyczna precyzja” powinna wieść prymat.

---

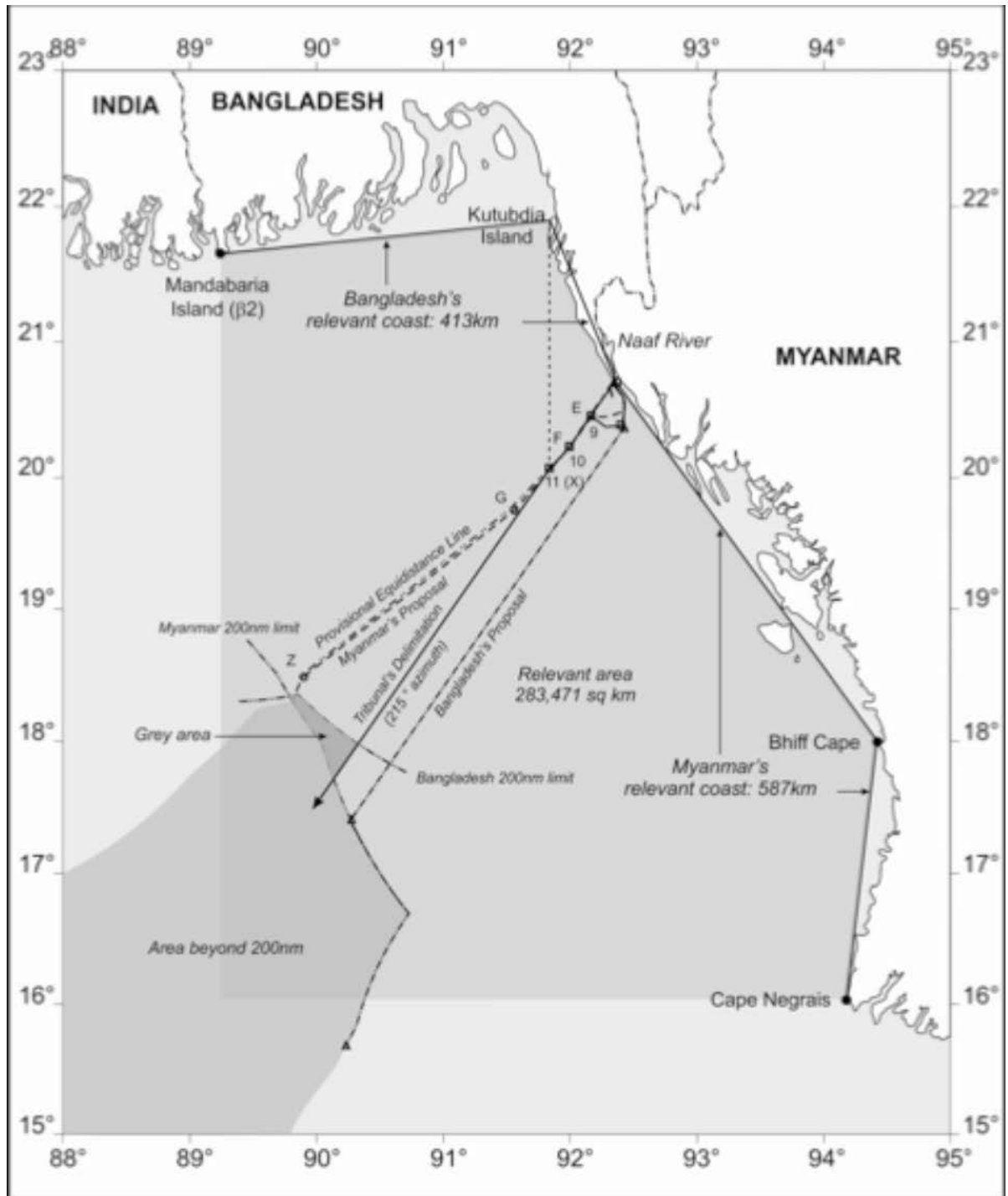
<sup>60</sup> *Ibidem*, pkt 392.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pkt 392.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pkt. 393–394.

<sup>63</sup> ITLOS wskazuje na nie w pkt. 227, 229–233. Zob. w szczególności: Wyrok MTS z dnia 3 lutego 2009 r. w sprawie delimitacji obszarów morskich na Morzu Czarnym między Rumunią i Ukrainą (ICJ Reports 2009, pkt. 116, 120 i 122).

<sup>64</sup> *Mjanma* (przypis 6), pkt 455.



Źródło: C. Schofield, A. Telesetsky, *Grey Clouds or Clearer Skies Ahead? Implications of the Bay of Bengal Case*, *Law of the Sea Reports* 2012, nr 1, s. 9.

## 6. Podsumowanie

W procesie rozgraniczania obszarów morskich, ale i szelfu kontynentalnego, państwa powołują się na różne reżimy prawne, czasem odmiennie interpretują poszczególne postanowienia UNCLOS (o ile są nimi związane), ostatecznie przyjmując często odmiennie rozwiązania w ustawodawstwie wewnętrznym.

Wobec wzbudzających wątpliwości postanowień konwencyjnych oraz występujących między Bangladeszem a Mjanmą rozbieżności, które przerodziły się w spór, nadarzyła się okazja, aby Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza doprecyzował rolę Komisji Granic Szelfu Kontynentalnego w procesie delimitacji (*delineation*) zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego poza 200 mm oraz swoją w zakresie delimitacji (*delimitation*) szelfu kontynentalnego między państwami. Uznał, że obszar natury pozaprawnej związany z delineacją zewnętrznej granicy szelfu pozostaje poza jego kompetencją i przypomniał, że to państwa, ale na podstawie wytycznych CLCS, ustanawiają „ostateczne i wiążące” granice. Państwa-strony UNCLOS nie pozostają w tej sferze autonomiczne, a w istocie ograniczeniem ich dążeń do rozciągania praw suwerennych do dna i podziemia morskiego<sup>65</sup> są prawa państw trzecich, czy też całej społeczności międzynarodowej. CLCS, poprzez swoje funkcje w procesie delimitacji, jest strażnikiem procesu wytyczania zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego zgodnie z formułami przyjętymi w art. 76 UNCLOS, a funkcją ITLOS jest rozstrzygnięcie delimitacyjnych sporów między państwami, zgodnie z art. 83 i procedurami przewidzianymi w części XV UNCLOS<sup>66</sup>. I tak, w efekcie doprecyzowania wzajemnych relacji, CLCS, po tym jak zwiesiła rozpatrywanie zgłoszeń w efekcie powstania między stronami sporu, otrzymała od ITLOS zielone światło do działania. Jeśli zaś chodzi o Trybunał to, mimo, że teoretycznie miał możliwość wstrzymania się z wydaniem ostatecznego rozstrzygnięcia, do czasu wydania przez Komisję stosownych wytycznych<sup>67</sup> (sędzia T.M. Ndiaye uważał<sup>68</sup>, podobnie jak Mjanma, że ITLOS był do tego zobowiązany), wydaje się, że podjął słuszną decyzję zważywszy na okoliczności sprawy. Przede wszystkim ITLOS kierował się uznaniem, że brak przesądzenia o zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego poza 200 mm nie wyklucza możliwości delimitacji obszaru morskiego między państwami. Stwierdził ponadto, że kompetencje ITLOS i CLCS nie nachodzą na siebie i nie są względem siebie konkurencyjne, lecz powinny się uzupełniać. Przede wszystkim zaś przyjął, że nie było potrzeby „czekania na Komisję”, gdyż nie zachodziło ryzyko orzekania o prawie państw do szelfu na podstawie hipotetycznych założeń<sup>69</sup>.

Rozstrzygnięcie sprawy było także możliwe dzięki dokonanej przez Trybunał interpretacji „naturalnego przedłużenia” szelfu kontynentalnego na gruncie art. 76 UNCLOS, która pozwoliła Trybunałowi nie uwzględnić argumentów Bangladeszu (odnośnie wymogu „geologicznej kontynuacji”) oraz uznać, że po stronie Mjanmy występuje szelf kontynentalny wykraczający poza 200 mm, co, w rezultacie, przesądza o prawie tego państwa do ustanowienia zewnętrznej granicy szelfu zgodnie z art. 76, ust. 8 UNCLOS. Jednocześnie ITLOS przypomniał, powołując się na odnośne orzecznictwo, że prawo państwa nadbrzeżnego do szelfu kontynentalnego jest prawem przyrodzonym i nie ma tu znaczenia konwencyjne różnicowanie szelfu

<sup>65</sup> Państwa nadbrzeżne, kierując się swoimi partykularnymi interesami, wytyczając zewnętrzną granicę szelfu kontynentalnego niejednokrotnie przedstawiają swoje roszczenia w sposób prowadzący do uszczuplenia obszaru będącego wspólnym dziedzictwem ludzkości.

<sup>66</sup> *Mjanma* (przypis 6), pkt 376.

<sup>67</sup> Por. R. Churchill, *The Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation*, Cambridge Journal of International and Comparative Law 2012, vol. 1, nr 1, s. 148 (oraz orzecznictwo wskazane w przypisach 48–49) – <http://www.cjicl.org.uk/journal/issue/1/1>

<sup>68</sup> Sędzia wskazywał, że „(...) the claimed entitlements are founded more on presumptions than proof” co przesądzało o wymogu zaangażowania CLCS (pkt. 119), Zdanie odrębne... (przypis 10).

<sup>69</sup> Zob. Sprawa delimitacji obszarów morskich między Kanadą i Francją, w której międzynarodowy sąd arbitrażowy stwierdził m.in., że: “it is not possible for a tribunal to reach a decision by assuming hypothetically the eventuality that such rights will in fact exist”. Decyzja z dnia 10 czerwca 1992 r., International Legal Materials 1992, vol. 31, pkt 81.



kontynentalnego na „sięgający do” i „wykraczający poza 200 mm”. Taki podział, na gruncie art. 76 UNCLOS, jest sztuczny, był podyktowany określonymi względami, i nie wpływa na prawa państwa do szelfu, ani też, jak pokazał omawiany wyrok, nie powinien różnicować metody delimitacji obszarów morskich.

Warto też odnotować, że koniec przebiegu linii delimitacyjnej nie został dokładnie określony, gdyż ITLOS ograniczył się do stwierdzenia o kontynuacji linii poza 200 mm, zgodnie z określonym kierunkiem<sup>70</sup>, „until it reaches the area where the rights of third States may be affected”<sup>71</sup>. Następnie, między stronami, które w rzeczywistości nie potrafiły porozumieć się odnośnie rozgraniczenia obszarów morskich<sup>72</sup> wyodrębniona została, w konsekwencji delimitacji<sup>73</sup>, tzw. szara strefa (ok. 1,100 km<sup>2</sup>)<sup>74</sup>. Jest to obszar, w którym prawa państw nachodzą na siebie i wymagają wspólnego użytkowania, jednak w tym zakresie brak jest jednak bezpośrednich regulacji w UNCLOS, a ITLOS stwierdził jedynie, że państwa mają do dyspozycji wiele sposobów<sup>75</sup> na określenie ram takiej współpracy, których wybór i określenie należy do stron.

Mimo pozostawienia stron sporu z nie do końca przesądzonymi kwestiami, wyrok ITLOS (który był pierwszym rozstrzygnięciem dotyczącym podziału obszarów morskich<sup>76</sup>), przyjęty został przez obydwa państwa z dużą dawką optymizmu<sup>77</sup>. Biorąc pod uwagę nie tylko stopień akceptowalności wyroku, ale również argument stosunkowo krótkiego czasu rozpatrzenia sprawy (dwa lata i trzy miesiące), wydaje się możliwym scenariusz, w którym poszukiwanie właściwej „granicy morskiej”, między względami natury, matematyczną precyzją, a tym, co sprawiedliwe i słuszne, które było domeną MTS w Hadze, zostanie przejęte przez Trybunał w Hamburgu. Wciąż wiele jest obszarów morskich, których status prawny jest przedmiotem zainteresowania lub sporu różnych państw i może wymagać wiążącego rozstrzygnięcia przez niezależny, bezstronny i wyspecjalizowany trybunał.

Prawo morza jest „żywe”, a jego dynamiczny rozwój odbywa się dzięki państwom, ale też za sprawą sądów i trybunałów międzynarodowych, które poprzez orzecznictwo również mają swój wkład w dostosowywanie prawa do potrzeb praktyki. ITLOS<sup>78</sup>, jak pokazuje omawiana sprawa, analizując okoliczności sprawy i oceniając argumenty i dowody (złożonej natury), tak pod względem zgodności z literą, jak i duchem międzynarodowego prawa morza, stoi na straży właściwej interpretacji postanowień UNCLOS, a przy tym dąży do wypracowania takiego rozstrzygnięcia, które będzie zgodne z przedmiotem i celem Konwencji, ale też przy-

---

<sup>70</sup> *Mjanma* (przypis 6), pkt. 337–340.

<sup>71</sup> Nierozstrzygnięty pozostaje podział obszarów morskich w Zatoce Bengalskiej między Indiami i Bangladeszem, które, po serii negocjacji, wkroczyły na drogę procedury arbitrażowej.

<sup>72</sup> Co też odnotował Trybunał: „The Parties differ on the status and treatment of the above-mentioned “grey area”, *Mjanma* (przypis 6), pkt 465.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pkt. 472.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pkt 464.

<sup>75</sup> Włączając, jak wskazał Trybunał: „the conclusion of specific agreements or the establishment of appropriate cooperative arrangements”, *Mjanma* (przypis 6), pkt 476.

<sup>76</sup> Wcześniej spory dotyczących obszarów morskich były przez państwa kierowane do MTS bądź do trybunałów arbitrażowych, a domeną ITLOS, na przestrzeni 16 lat działalności, były sprawy związane z rybołówstwem, przepływem i zwolnieniem zatrzymanych statków.

<sup>77</sup> Jednocześnie warto odnotować, że obydwa państwa uznały się za strony wygrane w sporze. Szczerzej: R.A. Balaram (przypis 18), s. 95–96.

<sup>78</sup> Zob. H. Tuerk, *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to International Law*, (w:) S.Y. Hong, J. Van Dyke, *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Brill/Kluwer Publishing 2009, s. 253–275.

czyni się do zwiększenia możliwości skutecznego realizowania przez państwa praw wynikających z UNCLOS.

Na koniec warto podkreślić, że wprawdzie ITLOS, w omawianym wyroku, nie sformułował odnośnej zasady, ale zaznaczył i umotywował potrzebę współpracy instytucjonalnej organów konwencyjnych. Wydaje się, że można zakładać, iż wobec wzmożonej aktywności ITLOS, któremu szczególnie po tym wyroku, można wróżyć pierwszoplanową rolę w funkcji strażnika UNCLOS, zagadnienie współpracy organów konwencyjnych nabierze nowego znaczenia<sup>79</sup>, szczególnie, że kwestie rozgraniczania obszarów morskich pozostają na styku nauk przyrodniczych i prawnych. Nowy standard w tym zakresie, jak i odnośnie „szarych stref”, ma szansę być rozwijany między innymi za sprawą sędziowskiego aktywizmu.

---

<sup>79</sup> Proponowany kształt współpracy ITLOS z CLCS, z powołaniem się m.in. na przykład instytucji pytań prejudycjalnych w systemie prawa Unii Europejskiej, wskazuje sędzia ITLOS – T.M. Ndiaye. Zob. (przypis 8), pkt 100 i 109.

## Literatura

1. Balaram R.A., *Case Study: The Myanmar and Bangladesh Maritime Boundary Dispute in the Bay of Bengal and Its Implications for South China Sea Claims*, Journal of Current Southeast Asian Affairs 2012, nr 3.
2. Churchill R., *The Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation*, Cambridge Journal of International and Comparative Law 2012, vol. 1, nr 1.
3. Cook P.J., C.M. Carleton, *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface*, Oxford 2000.
4. Lian Ch., *Commentary to delimitation of maritime limits: Geographical and technical issues*, (w:) E.D. Brown, R.R. Churchil (red.), *The UN Convention on the Law of the Sea: Impact and Implementation*, Hawaii 1987.
5. Łukaszuk L., *Międzynarodowe prawo morza*, Warszawa 1997.
6. Łukaszuk L., *Współpraca i spory międzynarodowe na morzach. Wybrane zagadnienia prawa, polityki morskiej i ochrony środowiska*, Warszawa 2009.
7. McLaughlin R.J., *Maritime Boundary Delimitation and Cooperative Management of Transboundary Hydrocarbons in the Ultra-Deepwaters of the Gulf of Mexico*, (w:) S.Y. Hong, J. Van Dyke, *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Brill/Kluwer Publishing 2009.
8. Połatyńska J., *Delimitacja szelfu kontynentalnego w Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza 1982 roku*, (w:) C. Mik, K. Marciniak (red.), *Konwencja NZ o Prawie morza z 1982 r.*, Toruń 2009.
9. Straburzyński A., *Nowa prawnomiędzynarodowa definicja szelfu kontynentalnego*, Technika i Gospodarka Morska 1983, nr 9.
10. Symonides J., *Delimitacja obszarów morskich na Morzu Barentsa i Oceanie Arktycznym między Rosją a Norwegią*, (w:) U. Jackowiak, I. Nakielska, P. Lewandowski (red.), *Współczesne problemy prawa. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdynia 2011.
11. Symonides J., *Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza z perspektywy ćwierćwiecza*, (w:) C. Mik, K. Marciniak (red.), *Konwencja NZ o Prawie morza z 1982 r.*, Toruń 2009.
12. Symonides J., *Nowe prawo morza*, Warszawa 1986.
13. Symonides J., *Status prawny i roszczenia do Arktyki oraz Bieguna Północnego*, Państwo i Prawo 2008, nr 1.
14. Thang M.H., *Issues Related to Delineating the Outer-Limits of Myanmar's Continental Shelf in the Context of Article 76 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*, United Nations – Nippon Foundation Fellow (22 November 2006), [https://www.un.org/Depts/los/nippon/unnff\\_programme\\_home/fellows\\_pages/fellows\\_papers/thang\\_0607\\_myanmar\\_PPT.pdf](https://www.un.org/Depts/los/nippon/unnff_programme_home/fellows_pages/fellows_papers/thang_0607_myanmar_PPT.pdf) (dostęp: 10 marca 2013 r.).
15. Tuerk H., *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to International Law*, (w:) S.Y. Hong, J. Van Dyke, *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Brill/Kluwer Publishing 2009.
16. Wasilewski T., *Delimitacja szelfu kontynentalnego. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 1994.

17. Wasilewski T., *Granice szelfu kontynentalnego w świetle Konwencji Prawa Morza z 1982 roku i praktyki państw*, (w:) C. Mik, K. Marciniak (red.), *Konwencja NZ o Prawie morza z 1982 r.*, Toruń 2009.
18. Wasilewski T., *Wyznaczanie zewnętrznej granicy szelfu kontynentalnego. Studium prawnomiędzynarodowe*, Gdańsk 1999.

### **Orzecznictwo**

1. Decyzja Sądu Arbitrażowego z dnia 10 czerwca 1992 r. w sprawie delimitacji obszarów morskich między Kanadą i Francją, *International Legal Materials* 1992, vol. 31.
2. Wyrok MTS z dnia 20 lutego 1969 r. w sprawie szelfu kontynentalnego Morza Północnego, *ICJ Reports* 1969.
3. Wyrok MTS z dnia 8 października 2007 r. w sprawie dotyczącej terytorialnego i morskiego sporu między Nikaraguą a Hondurasem na Morzu Karaibskim, *ICJ Reports* 2007.
4. Wyrok MTS z dnia 3 lutego 2009 r. w sprawie delimitacji obszarów morskich na Morzu Czarnym między Rumunią i Ukrainą, *ICJ Reports* 2009.

# Swoboda orzekania sądów międzynarodowych co do prawa krajowego ze szczególnym uwzględnieniem arbitrażu inwestycyjnego

*Marek Jeżewski\**

## 1. Uwagi wstępne

Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych są jednym z najbardziej żywotnych i aktualnych tematów dyskusji doktryny prawa międzynarodowego. W praktyce dotyka on przede wszystkim relacji, zarówno normatywnych, jak i relacji władzy, między międzynarodowymi organami sądowymi a państwami lub ewentualnie innymi podmiotami prawa międzynarodowego. Napięcie tego typu występuje przede wszystkim po stronie państw, gdyż działalność orzecznicza sądów międzynarodowych często odnosi się do zakresu dopuszczalnego, na podstawie prawa międzynarodowego, działania lub zaniechania państw.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony temat, niniejszy artykuł nie będzie dotyczył relacji normatywnych między prawem krajowym a prawem międzynarodowym, które często przedstawiane są w formie klasycznej, tj. dyskursu między monizmem i dualizmem. Badając bowiem działalność orzeczniczą sądów międzynarodowych co do prawa krajowego zakładamy, że prawo krajowe jest przedmiotem oceny z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Z drugiej strony pojawia się pytanie jakie, w teorii i praktyce, są granice tej oceny, poza którymi sąd międzynarodowy dopuszcza się naruszenia swojego mandatu wyznaczonego, zgodnie z zasadą pokojowego rozwiązywania sporów, przez zgodę państwa-strony w danym sporze.

Powyższe zagadnienia podlegają modyfikacjom w ramach reżimów szczególnych prawa międzynarodowego. Wiąże się to, jak się wydaje, z różnym stopniem ingerencji prawa międzynarodowego w sferę regulacji na poziomie krajowym. Międzynarodowe prawo inwestycyjne, które zostało wskazane jako kontekst niniejszego artykułu, jest tą dziedziną, w której ustalenie zakresu swobody orzekania trybunałów arbitrażowych, powołanych przede wszystkim na podstawie umów o popieraniu i ochronie inwestycji (BIT), jest szczególnie trudne. Jest to bowiem dziedzina, w której relacje między właściwością prawa międzynarodowego publicznego, prawa międzynarodowego prywatnego (rozumianego nie tylko jako reguły kolizyjne, lecz także jako prawo ujednoczone) i prawa krajowego są płynne i najczęściej zależne od konkretnego przypadku<sup>1</sup>.

Ze względu na powyższe założenia, pierwsza część artykułu zostanie poświęcona problematyce statusu prawa krajowego przed sądami międzynarodowymi, przedstawionej z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego. Następnie, ponieważ celem artykułu jest omówienie tej problematyki w konkretnym kontekście międzynarodowego prawa inwestycyjnego, konieczne wydaje się wskazanie tych cech tej dziedziny prawa międzynarodowego publicznego, z których może wynikać szczególne podejście trybunałów inwestycyjnych

---

\*Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Instytutu Prawa Międzynarodowego, Unii Europejskiej i Stosunków Międzynarodowych, Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, partnerem w Kancelarii Kocharński, Zięba, Rapala i Partnerzy.

<sup>1</sup> Szerzej na ten temat: M. Jeżewski, *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, Warszawa 2011, s. 1-55.

do zagadnienia relacji między prawem międzynarodowym i prawem krajowym z punktu widzenia praktyki stosowania prawa. Po trzecie, należy podjąć próbę wyznaczenia zakresu swobody orzekania trybunałów inwestycyjnych co do prawa krajowego, wynikającego ze specyfiki międzynarodowego prawa inwestycyjnego.

## 2. Prawo krajowe przed sądami międzynarodowymi

Co do zasady, sądy międzynarodowe nie mają kompetencji do oceny ważności czy wykładni prawa krajowego jako takiego. Jak wskazał MTS w wyroku w sprawie *Diallo*: „Trybunał przypomina, że to przede wszystkim do każdego państwa należy dokonywanie wykładni własnego prawa krajowego. Trybunał nie ma, co do zasady, kompetencji do zastępowania interpretacji dokonanej przez organy krajowe swoją własną interpretacją, zwłaszcza gdy wykładnia dokonywana jest przez najwyższe krajowe organy sądowe”<sup>2</sup>. Wyjątkowo, Trybunał dopuścił możliwość dokonania interpretacji samodzielnej wówczas, gdy wykładnia dokonana przez organ krajowy jest w sposób oczywisty niewłaściwa.

Jednocześnie, sądy międzynarodowe mają kompetencję do oceny prawa krajowego z perspektywy prawa międzynarodowego. W tym sensie prawo krajowe może, z jednej strony, stanowić element stanu faktycznego, jaki należy brać pod uwagę przy rozstrzygnięciu sporu międzynarodowego. Z drugiej strony, prawo krajowe może stanowić czyn w rozumieniu prawa odpowiedzialności państw, który może być zakwalifikowany jako czyn zabroniony przez prawo międzynarodowe. Obie sytuacje zostaną omówione poniżej. Jednocześnie należy pamiętać, że są one ze sobą ściśle związane biorąc pod uwagę, że czynem zabronionym jest zawsze określony fakt, czy to w sensie naturalnym czy w sensie normatywnym.

### 2.1. Prawo krajowe jako fakt

Dla uzasadnienia twierdzenia, że prawo krajowe stanowi fakt w świetle prawa międzynarodowego przywołuje się najczęściej wyrok Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie *Pewnych niemieckich interesów na polskim Górnym Śląsku*, w którym STSM stwierdził: „z punktu widzenia prawa międzynarodowego i trybunału będącego jego organem, prawa krajowe są jedynie faktami, które wyrażają wolę i stanowią przejaw działalności państwa na takiej samej zasadzie, jak decyzje sądowe czy administracyjne”. Jak słusznie wskazuje I. Brownlie, jest szereg norm prawa międzynarodowego, które odsyłają do statusu danego podmiotu, rzeczy czy zagadnienia z punktu widzenia prawa krajowego. Jednocześnie, Brownlie wskazuje na następujące aspekty uznania prawa krajowego za „fakt” w prawie międzynarodowym:

- a) Prawo krajowe może stanowić dowód zachowania sprzecznego z traktatem lub normą prawa zwyczajowego. Należy tu jednak wskazać, że czym innym jest traktowanie prawa krajowego jako „dowodu” czynu zabronionego, a czym innym jest sytuacja, w której prawo krajowe samo w sobie stanowi taki czyn. To drugie zagadnienie będzie przedmiotem rozważań w punkcie 2.2;
- b) Zasada *iura novit curia* nie odnosi się do prawa krajowego. W związku z tym, sąd międzynarodowy będzie wymagał dowodu zarówno co do obowiązywania, jak

---

<sup>2</sup> Wyrok MTS z dnia 30 listopada 2010 r. w sprawie *Ahmadou Sadio Diallo (Gwinea v. Kongo)*, ICJ Reports 2010, s. 665, pkt 70.

- i treści prawa krajowego, a także będzie mógł przeprowadzić badanie prawa krajowego we własnym zakresie;
- c) Interpretacja prawa krajowego dokonana przez sądy krajowe jest co do zasady wiążąca dla sądów międzynarodowych. Należy jednak zwrócić uwagę, że interpretacja ta jest jedynie o tyle wiążąca, o ile faktem przed sądem międzynarodowym jest prawo krajowe wraz z jego krajową interpretacją;
  - d) Sądy międzynarodowe przyjmują, że każda kwestia wewnątrzkrajowa, rozstrzygnięta przez nie powinna być regulowana przez odpowiednią normę prawa krajowego, której ustalenie należy do sądu międzynarodowego;
  - e) Sądy międzynarodowe nie mogą skutecznie stwierdzić wewnętrznej nieważności normy prawa krajowego<sup>3</sup>.

Szczególnie istotne wydają się jednak dwa elementy, które do pewnego stopnia stanowią utrwalone przekonanie co do statusu prawa krajowego przed sądami międzynarodowymi. Uznaje się więc, powtarzając za STSM, że prawo krajowe stanowi element stanu faktycznego, który podlega tym samym regułom, co inne fakty, zwłaszcza w zakresie ciężaru dowodu. Ponadto, wskazuje się, że sądy międzynarodowe nie dokonują wykładni prawa krajowego „jako takiego”.

Oba te stwierdzenia, w rozumieniu jakie im się przypisuje niekiedy w praktyce i doktrynie, zostały poddane istotnej, i w dużym stopniu uzasadnionej krytyce. Jak trafnie zauważył W. Jenks, sugestia by uznać prawo krajowe jedynie za fakt niepodlegający interpretacji przez sądy międzynarodowe nie może być uznana za odzwierciedlająca obowiązujący stan prawny. Jednocześnie, zdaniem Jenksa, z praktycznego punktu widzenia omawiane sformułowanie nie wnosi niczego nowego do dyskursu na temat statusu prawa krajowego przed sądami międzynarodowymi<sup>4</sup>. Z kolei Bhuiyan, uznając, że prawo krajowe istotnie powinno być traktowane jako fakt przed sądami międzynarodowymi, podkreśla przy tym jego specyfikę wynikającą z jego normatywnego charakteru<sup>5</sup>.

Pogląd Jenksa i Bhuyiana jest o tyle słuszny, że istotnie samo stwierdzenie, że prawa krajowe są jedynie faktami, nie rodzi żadnych skutków praktycznych. Z drugiej strony, sformułowanie to jest istotne wówczas, gdy pojawia się pytanie dotyczące ciężaru dowodu w zakresie obowiązywania i wykładni prawa krajowego. Ponadto, uznanie, że prawo krajowe powinno być przedmiotem dowodzenia w postępowaniu przed sądem międzynarodowym oznacza konieczność ustalenia, na kim spoczywa obowiązek dokonania oceny materiału dowodowego, jakim jest ustawa krajowa, szczególnie wówczas, gdy trzeba ustalić jaka jest treść tej ustawy. To oznacza, w praktyce, że sądy międzynarodowe dokonują wykładni prawa krajowego, aczkolwiek czynią to dla ustalenia treści zachowania państwa ocenianej z perspektywy jego zobowiązań międzynarodowych. Innymi słowy, dowód co do treści prawa krajowego oraz jego wykładni mają wspólny cel, jakim jest ustalenie zawartości prawa krajowego i jej relacji do zobowiązania międzynarodowego<sup>6</sup>. W konsekwencji, sformułowanie STSM w sprawie pewnych interesów niemieckich oznacza jedynie, że interpretacja prawa

---

<sup>3</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 2006, s. 38 i n.

<sup>4</sup> W. Jenks, *The prospects of International adjudication*, London 1964, s. 552.

<sup>5</sup> S. Bhuiyan, *National Law in WTO Law. Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*, Cambridge 2007, s. 42.

<sup>6</sup> A. Nollkaemper, *The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice*, Chinese Journal of International Law 2006, vol. 5, nr 3, s. 314.

krajowego dokonana przez sąd międzynarodowy, nie jest wiążąca z punktu widzenia krajowego porządku prawnego<sup>7</sup>.

Potwierdza to także orzecznictwo innych sądów międzynarodowych. Jak stwierdził, na przykład, Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Bosphorus*: „to przede wszystkim do władz krajowych, głównie do sądów, należy wykładnia i stosowanie prawa krajowego nawet wówczas, gdy prawo to odwołuje się do porozumień międzynarodowych”<sup>8</sup>. Tym samym sąd międzynarodowy, który będzie rozstrzygał spór zawierający w sobie elementy związane z ustawodawstwem krajowym, powinien patrzeć na to ustawodawstwo w sposób możliwie najszerszy, uwzględniając jego wykładnię i praktykę stosowania przez organy krajowe.

## 2.2. Prawo krajowe jako czyn zabroniony

Uznanie prawa krajowego za fakt przed sądem międzynarodowym ma określone konsekwencje z punktu widzenia odpowiedzialności państwa za czyn zabroniony przez prawo międzynarodowe. Zgodnie z art. 2 Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za czyny zabronione przez prawo międzynarodowe czynem takim jest zachowanie (działanie lub zaniechanie), które stanowi naruszenie zobowiązania międzynarodowego, które może zostać przypisane państwu na podstawie prawa międzynarodowego<sup>9</sup>.

Ponadto, zgodnie z Artykułami KPM czynem może być zachowanie każdego organu państwa, niezależnie od tego czy jest to organ wykonawczy, sądowniczy czy ustawodawczy oraz niezależnie od tego, jakie dany organ posiada kompetencje na podstawie prawa krajowego. W konsekwencji, państwo może ponosić odpowiedzialność w związku z prawem krajowym w każdym jego aspekcie, tj. tworzenia, egzekwowania, jak i stosowania. Potwierdza to również art. 12 Artykułów KPM, zgodnie z którym „naruszenie zobowiązania międzynarodowego ma miejsce wówczas, gdy czyn państwa jest sprzeczny z tym czego wymaga od tego państwa to zobowiązanie, niezależnie od jego źródła lub charakteru”. Tym samym, dokument ten nie wyklucza możliwości ponoszenia przez państwa odpowiedzialności za ustawodawstwo krajowe.

Podstawowym problemem związanym z odpowiedzialnością państw za ustawodawstwo jest wymóg, by rozstrzygany przez sąd międzynarodowy spór miał charakter realny, nie zaś hipotetyczny. Wyraża się to w przekonaniu, że w prawie międzynarodowym samo przyjęcie przez państwo ustawodawstwa, nawet jeśli jego treść jest *prima facie* niezgodna z treścią zobowiązania państwa, nie stanowi naruszenia tego zobowiązania, które powstaje dopiero w momencie zastosowania ustawy do konkretnego przypadku<sup>10</sup>. Z takiego założenia wyszedł też MTS w sprawie *LaGrand*,, gdy stwierdził, że zasada prekluzji procesowej, stosowana w amerykańskim procesie karnym, jako taka nie narusza art. 36 ust. 2 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych, gdyż nie jest nieodłącznie sprzeczna z zobowiązaniem

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 214; Opinia odrębna sędziego *ad hoc* P. Guggenhaima do wyroku z 6 kwietnia 1955 r. w sprawie *Nottebohm (Liechtenstein przeciwko Gwatemali)*, ICJ Reports 1955, s. 52.

<sup>8</sup> Wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2005 r. w sprawie 45036/98 *Bosphorus Hava Yollari Turizmve Ticaret Anonim Şirketi v. Irlandia*, pkt 143.

<sup>9</sup> Artykuły w sprawie odpowiedzialności międzynarodowej państw zostały przyjęte, razem z komentarzem, w ramach Komisji Prawa Międzynarodowego w czasie jej 53 sesji; zob. *International Law Commission. Report on the Work of its Fifty Third Session, Official Records of the General Assembly, Fifty sixth session 2001*, Supplement No. 10 (A/56/10).

<sup>10</sup> S. Bhuiyan (przypis 5), s. 38.



wyływającym z tego przepisu<sup>11</sup>. Z drugiej strony, MTS przyznał *in abstracto*, że nic nie stoi na przeszkodzie ustaleniu, że podstawą odpowiedzialności państwa może być ustawodawstwo krajowe<sup>12</sup>.

Należy przyjąć, że o tym czy ustawodawstwo jako takie może stanowić czyn zabroniony przez prawo międzynarodowe, za który państwo ponosi odpowiedzialność międzynarodowo prawną, decyduje treść zobowiązania. Jest to szczególnie widoczne w przypadku prawa WTO, zwłaszcza w kontekście art. XVI:4 porozumienia z Marrakeszu, który nakazuje członkom WTO „zapewnić zgodność ich ustawodawstwa, rozporządzeń i procedur administracyjnych ze zobowiązaniami wynikającymi z załączonych porozumień”. Na tej podstawie, a także na podstawie dorobku GATT'47 w zakresie oceny ustawodawstwa stron tego porozumienia, organ rozwiązywania sporów WTO („DSB” *Dispute Settlement Body*) bada ustawodawstwo członków WTO pod kątem tego czy z istoty swojej jego treść jest sprzeczna z zobowiązaniami członkowskimi<sup>13</sup>. Podobne podejście do ustawodawstwa krajowego prezentuje Europejski Trybunał Praw Człowieka, który z treści art. 1 europejskiej konwencji praw człowieka wyprowadza swoją właściwość do badania tzw. naruszeń systemowych.

### 2.3. Podsumowanie

Status prawa krajowego w orzecznictwie sądów międzynarodowych nie jest łatwy do określenia. Kategoryczne stwierdzenia, zwłaszcza te, które wykluczają normatywny charakter tego prawa, wydają się zbyt daleko idące. Status ten powinien być badany w kontekście konkretnego zobowiązania międzynarodowego oraz w kontekście czynu, który potencjalnie mógłby rodzić odpowiedzialność międzynarodową państwa. Dlatego też powyższe uwagi zostaną przedstawione w odniesieniu do specyficznej gałęzi prawa międzynarodowego, jaką jest międzynarodowe prawo inwestycyjne. Jego specyfika, pokazująca znaczenie ustawodawstwa krajowego zostanie omówiona poniżej.

## 3. Prawo krajowe jako przedmiot międzynarodowego prawa inwestycyjnego

### 3.1. Charakterystyka arbitrażu inwestycyjnego

Międzynarodowe prawo inwestycyjne można zdefiniować jako zespół norm regulujących stosunki prawne między państwami a inwestorami zagranicznymi. Normy te wynikają współcześnie przede wszystkim z zawieranych między państwami traktatów o popieraniu i ochronie inwestycji (aczkolwiek analogiczne normy można odnaleźć również w porozumieniach regionalnej integracji państw (np. NAFTA) czy porozumieniach sektorowych (np. Traktat Karty Energetycznej). Ponadto, standardy traktowania inwestorów oraz ich inwestycji wynikają również z ogólnych reguł dotyczących traktowania cudzoziemców.

Standardy traktowania inwestorów i inwestycji, wynikające z BIT-ów są ze swej istoty sformułowane w sposób ogólny. Oznacza to, że zakres takich zobowiązań, jak np. traktowania bezstronnego i słusznego (*fair and equitable treatment*) czy nawet zobowiązania do za-

<sup>11</sup> Wyrok MTS z dnia 27 czerwca 2001 r. w sprawie *LaGrand* (Niemcy v. Stany Zjednoczone Ameryki), ICJ Reports 2001, s. 513, pkt 125.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Raport panelu WTO z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie WT/DS152 *United States - Sections 301-310 of the Trade Act 1974*, pkt 7.53.

płaty odszkodowania w przypadku wyłączenia inwestycji określany jest w drodze interpretacji przez arbitrów, którzy ze względu na tę ogólność dysponują, co do zasady, szerokim zakresem swobody orzekania.

Z natury swojej, spory w arbitrażu inwestycyjnym dotyczą działalności regulacyjnej państwa. Na przykład, w sprawie *R.F.C.C. v. Maroko* przesłanką uznania zachowania państwa za wyłączenie, w odniesieniu do kontraktu zawartego z inwestorem zagranicznym było to, że czyn państwa został podjęty w ramach uprawnień regulacyjnych państwa (*avoir été prise en vertu de prérogatives de puissance publique*)<sup>14</sup>. Podobnie, w sprawie *Siemens v. Argentyna*, trybunał podkreślił, że państwo by móc ponosić odpowiedzialność międzynarodową „musi działać jako państwo, musi używać swojej władzy publicznej”<sup>15</sup>.

Ta charakterystyka zobowiązań państwa jest szczególnie widoczna w sytuacji, w której roszczenia inwestora dotyczą naruszenia kontraktów państwowych, tj. umów zawieranych między tym inwestorem a organami państwa przyjmującego inwestycję<sup>16</sup>. Takie umowy mogą przewidywać odrębny, w stosunku do arbitrażu inwestycyjnego, tryb rozwiązywania sporów. Ponadto, organy państwa zawierające taki kontrakt bardzo często działają w ramach uprawnień nie-władczych, co w praktyce oznacza teoretyczny brak możliwości oddziaływania na treść danego stosunku prawnego w drodze aktów administracyjnych przez organy publiczne. Tym samym, szczególnie istotne z punktu widzenia zrozumienia natury arbitrażu inwestycyjnego jest odróżnienie między zwykłymi naruszeniami takiego kontraktu, polegającymi na przykład na opóźnieniach lub braku płatności za wykonane usługi, a sytuacjami, w których państwo wpływa negatywnie na uprawnienia inwestora wynikające z kontraktu w drodze wykonywania uprawnień suwerennych.

Podział na roszczenia kontraktowe i traktatowe, oparty na kryterium zachowania państwa, które doprowadziło do naruszenia praw inwestora, został przedstawiony, między innymi, w sprawie *Impregilo v. Argentyna*, której przedmiotem był kontrakt dotyczący dostawy wody, jaki z prowincją Buenos Aires zawarło konsorcjum, w którego skład wchodziła spółka włoska. Jak wyraźnie podkreślił trybunał: „w kontekście BIT, obowiązki i uprawnienia kontraktowe muszą, co do zasady, zostać odróżnione od uprawnień traktatowych, a odpowiednim kryterium odróżnienia jest to czy państwo, lub jego jednostki, działa jako posiadacz uprawnień suwerennych czy jako strona kontraktu”<sup>17</sup>. Innymi słowy, przedmiotem roszczenia opartego na traktacie inwestycyjnym mogą być jedynie te zachowania państwa, które mieszczą się w granicach jego władzy suwerennej.

Warto przy tym podkreślić, że arbitraż inwestycyjny bywa krytykowany w doktrynie właśnie ze względu na fakt, że jako metoda typowa dla rozstrzygania sporów między podmiotami równoprawnymi, nie jest właściwy do rozstrzygania sporów dotyczących działalności regulacyjnej państwa<sup>18</sup>. Istotnie, w ramach arbitrażu inwestycyjnego inwestor najczęściej skarży się na to, że państwo w sposób niewłaściwy wykonywało swoje suwerenne uprawnienia

---

<sup>14</sup> Wyrok ICSID z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie ARB/00/6, *Consortium RFCC v. Maroko*, pkt 69.

<sup>15</sup> Wyrok ICSID z dnia 6 lutego 2007 r. w sprawie ARB/02/8, *Siemens A.G. v. Argentyna*, pkt 253.

<sup>16</sup> Na temat kontraktów państwowych zob. m.in. I. Alvik, *Contracting with Sovereignty. State Contracts and International Arbitration*, Oxford 2011.

<sup>17</sup> Wyrok ICSID z dnia 21 czerwca 2011 r. w sprawie ARB/07/17, *Impregilo S.p.A. v. Argentyna*, pkt 296; por. też wyrok ICSID z dnia 27 sierpnia 2009 r. w sprawie ARB/03/29, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Pakistan*, pkt 377.

<sup>18</sup> G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford 2007, s. vii.

władcze. Należy zaznaczyć więc, że roszczenie oparte na traktacie inwestycyjnym, dotyczące np. naruszenia standardu traktowania bezstronnego i słusznego (*fair and equitable treatment*) nie może oznaczać ogólnej skargi na to, że państwo wykonuje swoje typowe funkcje. Jak trafnie zauważył trybunał w sprawie *Parkerings v. Litwa*: „jest niezaprzeczalnym prawem i przywilejem każdego państwa wykonywanie uprawnień suwerennych do tworzenia prawa. Państwo ma prawo przyjmować, zmieniać lub uchylać prawo według własnej woli. Z wyjątkiem sytuacji, w której obowiązuje klauzula stabilizacyjna<sup>19</sup>, nie można kwestionować zmian wprowadzonych do ram regulacyjnych w stosunku do stanu obowiązującego w momencie rozpoczęcia inwestycji”<sup>20</sup>.

Można więc stwierdzić, że z jednej strony traktaty inwestycyjne stanowią podstawę odpowiedzialności państwa przede wszystkim za działania władcze, w tym często regulacyjne, natomiast z drugiej strony, w drodze arbitrażu inwestycyjnego inwestor nie może żądać naprawienia szkody wynikającej z samego faktu dokonania przez państwo zmian w swoim ustawodawstwie.

### **3.2. Konieczność zapewnienia równowagi między uprawnieniami regulacyjnymi a gwarancjami ochrony inwestycji**

Szczególnym wyzwaniem stojącym przed arbitrażem inwestycyjnym jest zapewnienie odpowiedniego poziomu ochrony wartości, których ochrona nie wynika z traktatów inwestycyjnych, lecz przede wszystkim z ustawodawstwa lub innych zobowiązań międzynarodowych państwa. Pojawia się bowiem zasadne pytanie, czy traktaty o ochronie i popieraniu inwestycji mogą być stosowane w sposób, który czyni inwestora i jego inwestycję wolne od konieczności przestrzegania pewnych wartości, wyrażonych jednocześnie w normach prawnych, a mających zasadnicze znaczenie z punktu widzenia aksjologii państwa jako samodzielnego podmiotu oraz jako członka społeczności międzynarodowej<sup>21</sup>.

Z punktu widzenia przedmiotu rozważań, istotne jest to na ile państwo może powoływać się na swoje ustawodawstwo krajowe by usprawiedliwić ewentualne naruszenie zobowiązań wynikających z traktatów inwestycyjnych wówczas, gdy ustawodawstwo to chroni inne, istotne z punktu widzenia tego państwa (jako podmiotu samodzielnego oraz jako członka społeczności międzynarodowej), wartości. Drugim niezbędnym filarem rozważań jest ustalenie czy wykonywanie uprawnień regulacyjnych przez państwo może oznaczać, tak jak przewidują to niektóre traktaty inwestycyjne, wyłączenie zachowania państwa spod zakresu stosowania klauzuli dotyczących zakazu wyłączenia inwestycji bez odszkodowania. Jednocześnie nie można pominąć podobieństwa między tymi dwoma zagadnieniami, które można sprowadzić do tego czy fakt, iż państwo działa w granicach swoich uprawnień regulacyjnych wpływa na powstanie lub zakres odpowiedzialności za naruszenie traktatów inwestycyjnych.

---

<sup>19</sup> Klauzule stabilizacyjne służą wyłączeniu inwestora zagranicznego z zakresu wszelkich zmian w ustawodawstwie wewnętrznym państwa przyjmującego inwestycję; por. M. Jeżewski (przypis 1), s. 115.

<sup>20</sup> Wyrok ICSID z dnia 11 września 2007 r. w sprawie ARB/05/8, *Parkerings-Compagniet AS v. Litwa*, pkt 332.

<sup>21</sup> Więcej na ten temat zob. M. Paporinskis, *Regulatory Expropriation and Sustainable Development*, (w:) M.C. Cordonier Segger, M. Gehring, A. Newcombe (red.), *Sustainable Development in World Investment Law*, New York 2011, s. 299 i n.

Zagadnienia te doskonale widać w dwóch kontekstach. Pierwszym jest uwzględnienie uprawnień regulacyjnych państwa przy ocenie czy inwestor był traktowany zgodnie ze standardem traktowania równego i sprawiedliwego. Drugim jest ustalenie czy ingerencja państwa w inwestycję może zostać uznana za pośrednie wyłączenie i tym samym rodzić zobowiązanie odszkodowawcze czy też, ze względu właśnie na charakter regulacyjny, stanowi zachowanie niedające inwestorowi prawa do odszkodowania.

Odnosnie standardu traktowania równego i sprawiedliwego warto zwrócić uwagę na jego wykładnię dokonaną przez trybunał w sprawie *Saluka v. Czechy*. W sprawie tej trybunał podkreślił, podobnie jak czyniła to większość wcześniej orzekających trybunałów, znaczenie konieczności ochrony uzasadnionych oczekiwań inwestora podejmującego decyzję o dokonaniu inwestycji. Jednocześnie, trybunał podkreślił że: „żaden inwestor nie może oczekiwać, że okoliczności towarzyszące jego decyzji o dokonaniu inwestycji pozostaną całkowicie niezmiennie. W celu stwierdzenia czy pozbawienie inwestora oczekiwań miało charakter racjonalny i usprawiedliwiony, należy również wziąć pod uwagę uzasadnione prawo państwa przyjmującego do regulowania stosunków wewnętrznych”<sup>22</sup>. W konsekwencji trybunał musiał równoważyć uzasadnione oczekiwania inwestora z uzasadnionymi interesami regulacyjnymi państwa pozwanego.

Przywołany fragment wyroku w sprawie *Saluka* jest zgodny z tą linią orzecznictwa arbitrażowego, w której podkreśla się, że inwestor dokonujący inwestycji w dowolnym państwie przyjmującym nie może się spodziewać, że istniejące na początku inwestycji ramy prawne zostaną zachowane w niezmienionym kształcie. Jak podkreślił, na przykład, trybunał w sprawie *Feldman v. Meksyk*: „rządy państw muszą mieć swobodę działania w szerszym interesie publicznym chroniąc środowisko naturalne, wprowadzając nowe lub modyfikując istniejące podatki, przyznając lub odbierając dotacje rządowe, obniżając lub podnosząc taryfy celne, wprowadzając rejonizację itp. (...)”<sup>23</sup>. Podobnie, w niektórych sprawach dotyczących kryzysu argentyńskiego z 2000 r. trybunały badały przede wszystkim czy „przyjęte środki wykraczały poza typowe uprawnienia regulacyjne państwa i naruszały uzasadnione oczekiwania inwestora”<sup>24</sup>.

Tym samym należy przyjąć, że w sporze o naruszenie standardu traktowania równego i sprawiedliwego trybunał powinien wziąć pod uwagę zarówno subiektywne, acz uzasadnione (tj. potwierdzone dowodami) oczekiwania inwestora, jak i to, co z punktu widzenia obiektywnego obserwatora mieści się w granicach rozsądnych uprawnień regulacyjnych wykonywanych w celu ochrony interesu publicznego.

Problem relacji między ochroną wynikającą z traktatów inwestycyjnych a uprawnieniami regulacyjnymi państwa jest szczególnie widoczny w przypadku zarzutu inwestora, że działania władcze państwa doprowadziły do utraty inwestycji, bądź trwałej niemożności pobierania z niej pożytków. Szczególnie istotny jest ten drugi element, mieszczący się w kategorii tzw. wyłączenia pośredniego, ponieważ działania państwa często zmierzają wprost do ograniczenia korzyści podmiotów prywatnych na rzecz różnie pojmowanego interesu publicznego.

---

<sup>22</sup> Wyrok arbitrażowy z dnia 17 marca 2006 r. w sprawie *Saluka Investments BV v. Czechy*, pkt 305.

<sup>23</sup> Wyrok ICSID z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie ARB(AF)/99/1, *Marvin Roy Feldman Karpa v. Meksyk*, pkt 103.

<sup>24</sup> Wyrok ICSID z dnia 31 października 2011 r. w sprawie ARB/03/15, *El Paso Energy International Company v. Argentyna*, pkt 402.

Jak zauważył Brownlie: „środki państwa, które *prima facie* stanowią zgodne z prawem wykonywanie kompetencji publicznych, mogą uderzać w istotnym stopniu w interesy podmiotów zagranicznych bez konieczności uznania ich za wyłączenie. W konsekwencji, aktywa należące do tych podmiotów mogą być poddane regulacjom podatkowym, ograniczeniom handlowym związanym z licencjonowaniem handlu oraz kwotami, lub ponosić konsekwencje dewaluacji”<sup>25</sup>. Podobnie, zgodnie z art. 10 ust. 5 tzw. Konwencji Sohna Baxtera z 1961 r.: „wyłączenie własności cudzoziemca, nie pociągające za sobą obowiązku odszkodowawczego lub pozbawienie go możliwości używania i pobierania pożytków z tej własności, które wynika z wykonywania prawa podatkowego, obniżania wartości waluty czy działań władz publicznych podejmowanych w celu zapewnienia porządku publicznego, zdrowia oraz moralności (...) nie mogą być uznane za sprzeczne z prawem”<sup>26</sup>. Analogicznie, według trzeciego stanowiska Instytutu Prawa Amerykańskiego dotyczącego prawa stosunków zagranicznych USA: „Państwo nie jest odpowiedzialne za utratę własności lub jakąkolwiek szkodę gospodarczą wynikającą z ogólnych regulacji podatkowych, regulacji i zwalczania przestępczości lub jakichkolwiek podobnych działań, jakie są ogólnie akceptowane jako znajdujące się w granicach uprawnień regulacyjnych państwa”<sup>27</sup>.

Wspomniane powyżej poglądy i projekty dotyczą sytuacji wyjątkowych, w których regulacja dotyczy pewnych, ściśle i wąsko określonych dziedzin działalności państwa. Współcześnie problem relacji między zakazem wyłączenia bez odszkodowania a uprawnieniami regulacyjnymi państwa jest dużo bardziej złożony i dotyczy, także, uprawnienia państwa do podejmowania środków zmierzających do szerszej rozumianego interesu publicznego, w tym do ochrony tak istotnych wartości, jak środowisko naturalne czy prawa człowieka<sup>28</sup>.

W praktyce trybunałów orzekających w arbitrażu inwestycyjnym można powyższe zagadnienie sprowadzić do sporu między tzw. doktryną opartą wyłącznie na skutku środka przyjętego przez państwo (*sole effect*) oraz poglądami, zgodnie z którymi należy przy ocenie odpowiedzialności państwa wziąć również pod uwagę cel, do jakiego ten środek zmierzał. Pierwszy z tych poglądów znalazł swój najpełniejszy wyraz w wyroku w sprawie *Tecmed v. Meksyk*, w którym skład orzekający stwierdził: „zamiar rządu jest mniej istotny niż skutki środka w stosunku do właściciela aktywów lub korzyści wynikających z tych aktywów; podobnie forma środka jest mniej istotna niż jego rzeczywiste konsekwencje”<sup>29</sup>. Drugi pogląd znalazł natomiast wyraz w sprawie *Methanex v. USA*, w której trybunał uznał, iż „zgodnie z prawem międzynarodowym, niedyskryminacyjne środki regulacyjne przyjęte dla osiągnięcia celu publicznego, które zostały przyjęte zgodnie z zasadami rzetelnego procesu, i których skutkiem jest szkoda po stronie inwestora lub jego inwestycji nie mogą być uznane za wyłączenie podlegające obowiązkowi odszkodowawczemu”<sup>30</sup>. Należy przy tym zauważyć, że cel publiczny jest również generalnym wymogiem wyłączenia zgodnego z prawem, obok

<sup>25</sup> I. Brownlie (przypis 3), s. 532.

<sup>26</sup> L.B. Sohn, R.R. Baxter, *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, American Journal of International Law 1961, vol. 55, nr 3, s. 534.

<sup>27</sup> Restatement (Third) of Foreign Relations Law, § 712.

<sup>28</sup> Szerzej zob. S. A. Spears, *Making way for the public interest in international investment agreements*, (w:) Ch. Brown, K. Miles (red.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge 2011, s. 271 i n.

<sup>29</sup> Wyrok ICSID z dnia 29 maja 2003 r. w sprawie ARB(AF)/00/2, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Meksyk*, pkt 116.

<sup>30</sup> Wyrok arbitrażowy z dnia 3 sierpnia 2005 r. w sprawie *Methanex Corporation v. USA*, pkt IV.D.7.

obowiązku odszkodowawczego. Żadne z wspomnianych podejść nie daje więc odpowiedzi na pytanie gdzie przebiega granica między takim działaniem regulacyjnym, które wymaga odszkodowania, a takim, w którym w ogóle nie dochodzi do wyłączenia.

Omawiany dylemat stał się przedmiotem istotnego opracowania Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), w którym wskazano, że z wykonywaniem przez państwo uprawnień regulacyjnych, które nie prowadzą do obowiązku odszkodowawczego po stronie państwa można mówić po uwzględnieniu następujących czynników:

- (i) Stopień ingerencji w prawo własności;
- (ii) Charakter działań regulacyjnych (cel i kontekst);
- (iii) Wpływ działań regulacyjnych na rozsądne oczekiwania inwestora<sup>31</sup>.

Jednocześnie, twórcy opracowania OECD wyraźnie podkreślili, że czynniki te nie mają charakteru bezwzględnego i mogą podlegać ewolucji. Tym samym, w obecnym stanie prawnym należy przyjąć, że istnieje potencjalna możliwość uznania, że środek państwa, który choć doprowadził do pozbawienia inwestora możliwości korzystania z inwestycji, to ze względu na jego cel nie rodzi obowiązku odszkodowawczego. Z drugiej strony trudno wyodrębnić precyzyjne kryteria odróżniające obie z wyżej wspomnianych sytuacji, co niewątpliwie nie sprzyja pewności prawa. Jednocześnie wyraźne są dwie tendencje. Państwa coraz chętniej sięgają, i należy się spodziewać, że będą sięgać, po narzędzia regulacyjne dla ochrony swoich żywotnych interesów gospodarczych (np. dla zapewnienia stabilności waluty czy bilansu handlowego) oraz szerzej rozumianego interesu publicznego (np. związanego z ochroną zdrowia).

Na tym tle szczególnie interesująco przedstawia się spór między globalnym producentem papierosów, firmą Phillip Morris, a grupą państw, które wprowadziły surowe przepisy antynikotynowe, ograniczając możliwość reklamy oraz stosując zakaz oznaczania paczek papierosów znakami firmowymi (*plain packaging*). W jednej z tych spraw, przeciwko Urugwajowi, trybunał uznał swoją jurysdykcję<sup>32</sup>. Pomimo braku merytorycznego rozstrzygnięcia, spór ten wzbudził zrozumiałe zainteresowanie właśnie w odniesieniu do omawianej relacji między wyłączeniem a działalnością regulacyjną państwa. W kontekście tego sporu interesującą opinię przedstawił Weiler w imieniu stowarzyszenia „Fizycy za wolną od dymu Kanadą”, która choć nie ma znaczenia formalnego dla rozstrzygnięcia sprawy, to może potencjalnie stanowić źródło inspiracji dla trybunału<sup>33</sup>. Podsumowując dotychczasowe orzecznictwo, Weiler stwierdził, że z obowiązkiem odszkodowawczym można mieć do czynienia wówczas, gdy inwestor zagraniczny ponosi większe ciężary regulacji państwa niż pozostałe podmioty w podobnej sytuacji<sup>34</sup>. Po dokonanych przeglądzie środków przyjętych przez Urugwaj, Weiler uznał, że środki te stanowią „uzasadnione wykonywanie władzy publicznej przez Urugwaj, przynależne suwerenowi na podstawie zwyczajowego prawa międzynarodowego.

Tym samym należy przyjąć, że kryteria przedstawione w opracowaniu OECD stanowić powinny punkt wyjścia do określenia zakresu odpowiedzialności państwa za działania regulacyjne, natomiast podstawowym czynnikiem, jaki powinien być badany, jest wpływ środka na

---

<sup>31</sup> OECD, „*Indirect Expropriation*” and the „*Right to Regulate*” in *International Investment Law*, September 2004.

<sup>32</sup> Wyrok ICSID co do jurysdykcji z dnia 2 lipca 2013 r. w sprawie ARB/10/7, *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. and ABAL Hermanos S.A. v. Urugwaj*.

<sup>33</sup> T. Weiler, *Philip Morris v. Uruguay. An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law*, 28 July 2010, źródło: [www.italaw.com](http://www.italaw.com).

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 29.

konkretnego inwestora w kontekście jego wpływu na inne podmioty na rynku. Wyraża się to przede wszystkim w uznaniu, iż tylko rozsądne oczekiwania inwestora zasługują na ochronę, a nie może do nich należeć oczekiwanie, że państwo zrezygnuje ze swoich uprawnień regulacyjnych.

### 3.3. Obowiązek zapewnienia stabilnych i przewidywalnych ram prawnych

Stabilność porządku prawnego państwa przyjmującego inwestycję oraz istnienie przewidywalnych ram prawnych, które w dodatku są stosowane w sposób spójny, niewątpliwie wzmacnia bezpieczeństwo prawne inwestycji oraz jest zgodne z głównym celem prawa inwestycyjnego, jakim jest ochrona i promowanie inwestycji<sup>35</sup>. Dlatego też, obowiązek zapewnienia stabilnych i przewidywalnych ram prawnych jest bezdyskusyjnie traktowany jako element uzasadnionych oczekiwań chronionych w ramach standardu traktowania równego i sprawiedliwego<sup>36</sup>. Z drugiej strony trafnie podnosi się, że ramy prawne mogą stanowić źródło uzasadnionych oczekiwań tylko w ograniczonym zakresie<sup>37</sup>. Jak podkreślił trybunał w sprawie *Total v. Argentyna*, istotą badania standardu traktowania równego i sprawiedliwego jest „ustalenie czy ustawodawstwo, regulacje czy przepisy powoływane przez Total stanowią wiązkę obietnic i szczegółowych zobowiązań państwu względem Total, których jednostronna modyfikacja stanowiłaby naruszenie uzasadnionych oczekiwań”<sup>38</sup>.

Należy więc przyjąć, że kluczowym elementem rozważań na temat odpowiedzialności państwa za naruszenie stabilnych ram prawnych jest ustalenie, podobnie jak w poprzedniej części artykułu, gdzie kończy się granica swobody państwa co do zmiany warunków prawnych prowadzenia inwestycji<sup>39</sup>. Pewną wskazówkę co do zakresu dopuszczalnych zmian zawarł trybunał w sprawie *PSEG v. Turcja*, w której stwierdził, że „standard traktowania równego i sprawiedliwego został naruszony przez coś, co może być określone jako efekt *roller-coaster* ciągłych zmian ustawodawstwa”<sup>40</sup>. Innymi słowy można uznać, że obowiązek zapewnienia stabilnych ram prawnych oznacza zakaz dokonywania zmiany systemu prawnego lub radykalnej zmiany środowiska normatywnego, w jakim dokonywana jest inwestycja. Pomocnym kryterium, które pojawia się jedynie *implicite* w orzecznictwie trybunałów arbitrażowych jest to, czy inwestor rozpoczynający inwestycję w określonych ramach prawnych mógł w sposób rozsądny spodziewać się danej zmiany ustawodawstwa.

Z drugiej strony, warto zwrócić uwagę na linię orzeczniczą dotyczącą kryzysu argentyńskiego, w odpowiedzi na który władze tego państwa zastosowały przede wszystkim środki o charakterze regulacyjnym. W rozpoczynającej tę linię sprawie *Continental v. Argentyna*.

---

<sup>35</sup> K. Yannaca-Small, *Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments*, (w:) A. Reinisch (red.), *Standards of Investment Protection*, Oxford 2008, s. 123.

<sup>36</sup> Wyrok ICSID z dnia 24 lipca 2008 r. w sprawie ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, pkt 602; wyrok ICSID z dnia 25 lipca 2007 r. w sprawie ARB/02/1, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentyna*, pkt 131; wyrok arbitrażowy z dnia 1 lipca 2004 r. w sprawie *Occidental Exploration and Production Company v. Ekwador*, pkt 183.

<sup>37</sup> M. Potestà, *Legitimate Expectation in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, ICSID Review 2013, vol. 28, nr 1, s. 110.

<sup>38</sup> Wyrok ICSID z dnia 27 grudnia 2010 r. w sprawie ARB/04/1, *Total S.A. v. Argentyna*, pkt 99.

<sup>39</sup> Jak wspomniano, poza zakresem rozważań pozostaje problematyka klauzuli stabilizacyjnej, która zawiera umowne zobowiązanie państwa do niedokonywania zmian warunków prawnych prowadzenia konkretnej inwestycji.

<sup>40</sup> Wyrok ICSID z dnia 19 stycznia 2007 r. w sprawie ARB/02/5, *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretimve Ticaret Limited Şirketi v. Turcja*, pkt 250.

Trybunał podkreślił, że stabilne ramy prawne mają przede wszystkim na celu promocję inwestycji, a więc dopóki zmiana tych ram nie stanowi naruszenia uzasadnionych oczekiwań inwestora związanych z konkretnymi uprawnieniami i obowiązkami wynikającymi z prawa krajowego, ich stabilność nie ma znaczenia z punktu widzenia ochrony prawnej inwestycji wynikającej z BIT<sup>41</sup>.

Jeszcze dalej posunął się trybunał w sprawie *Mobil v. Kanada*, w której wprost stwierdził: „standard nie wymaga od państw utrzymywania stabilnego środowiska prawnego i biznesowego dla inwestycji, jeśli rozumieć przez to sugestię, że reguły dotyczące inwestycji nie mogą się zmieniać, czy to w istotnym czy też mniej istotnym zakresie. Artykuł 1105 może chronić inwestora przed zmianami prowadzącymi do niestabilnego środowiska prawnego i biznesowego, lecz jedynie wówczas, gdy zmiany te mają charakter arbitralny, rażąco niesprawiedliwy lub dyskryminacyjny, lub w jakikolwiek sposób sprzeczny ze standardem zwyczajowego prawa międzynarodowego”<sup>42</sup>. Konkluzję trybunału należy powiązać z bardzo konserwatywnym podejściem do relacji między standardem traktowania równego i sprawiedliwego a zwyczajowym, minimalnym standardem traktowania cudzoziemca, wynikającej z brzmienia art. 1105 NAFTA. Podejście to zakłada, że standard ten nie zmienił się od słynnego wyroku w sprawie *Neer v. Meksyk*, rozstrzygniętej w 1928 r. przez komisję mieszaną<sup>43</sup>.

Niezależnie od przedstawionych powyżej różnic w podejściu, potwierdzających zasadniczy brak spójności orzeczniczej co do rozumienia wymogu stabilnych ram prawnych, należy przyjąć, że zobowiązania państwa względem inwestycji dotyczą również środowiska regulacyjnego, w jakim dokonywana i prowadzona jest inwestycja. Łatwo bowiem sobie wyobrazić sytuację, w której państwo zaciąga względem inwestora i jego inwestycji zobowiązanie szczegółowe, lecz nie dotyczące norm o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, a następnie modyfikuje je poprzez środek regulacyjny. Standard traktowania równego i sprawiedliwego chroni właśnie przed takimi sytuacjami, natomiast to do trybunału arbitrażowego orzekającego w konkretnej sprawie będzie należało dokonanie wyważenia racji inwestora oraz suwerennego uprawnienia państwa do dokonywania zmian w prawie.

#### **4. Zakres swobody orzekania trybunałów arbitrażowych wobec prawa krajowego**

Niezależnie od kontekstu, w jakim pojawia się prawo krajowe w sporze inwestycyjnym, zasadniczym problemem jest określenie jaki status prawny temu prawu nadać powinien trybunał arbitrażowy oraz w jaki sposób powinien je zastosować, bezpośrednio lub pośrednio, w konkretnym przypadku. W odniesieniu do prawa międzynarodowego inwestycyjnego można wyróżnić dwa podejścia do prawa krajowego. Po pierwsze, prawo krajowe może stanowić fakt, czy to stanowiący naruszenie zobowiązania międzynarodowego, czy to stanowiący inny element rozumowania trybunału. Po drugie, prawo krajowe może być prawem właściwym, które określa zakres praw i obowiązków stron sporu inwestycyjnego. Poniżej, oba te podejścia zostaną kolejno omówione.

---

<sup>41</sup> Wyrok ICSID z dnia 5 września 2008 r. w sprawie ARB/03/9, *Continental Casualty Company v. Argentyna*, pkt 258.

<sup>42</sup> Wyrok ICSID z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie ARB(AF)/07/4, *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada*, pkt 153.

<sup>43</sup> Wyrok arbitrażowy z dnia 15 października 1926 r. w sprawie *L.F.H. Neer i Pauline Neer (U.S.A.) v. Meksyk*, Repertoire of International Arbitral Awards 1926 r., vol. IV, s. 61-62.



#### 4.1. Prawo krajowe jako fakt w arbitrażu inwestycyjnym

Uznanie prawa krajowego za fakt w arbitrażu inwestycyjnym zostało poddane istotnej krytyce. Jak zauważył Douglas, główny krytyk omawianego podejścia, „oparcie się na doktrynie uznającej kwestie prawa krajowego za fakt przed trybunałami inwestycyjnymi podważa spójny rozwój międzynarodowego prawa inwestycyjnego, ponieważ znacząco upraszcza rolę prawa krajowego jako źródła uprawnień składających się na inwestycję”<sup>44</sup>. Tym samym, zdaniem Douglasa, prawo krajowe zawsze będzie stanowiło element prawa właściwego dla sporu inwestycyjnego będąc podstawą uznania jurysdykcji *ratione materiae* danego trybunału. Wydaje się jednak, że teza Douglasa jest oparta na pewnym nieporozumieniu. Uznanie prawa krajowego za fakt nie oznacza, że trybunał arbitrażowy nie stosuje go jako prawa właściwego. Ma to jednak znaczenie dla sposobu przedstawienia prawa krajowego jako elementu sporu inwestycyjnego, co w praktyce oznacza przede wszystkim konieczność rozważenia problematyki ciężaru dowodu (która ze stron musi wykazać treść i rozumienie prawa krajowego) oraz relacji między wykładnią prawa krajowego dokonaną przez krajowe organy stosowania prawa oraz przez trybunał arbitrażowy.

W obu wskazanych kwestiach wypowiedział się STSM w sprawie *pożyczek serbskich*. Odnosząc się do argumentu rządu francuskiego co do wymogów spłaty pożyczek określonych w orzecznictwie *Cour de Cassation*, sędziowie stwierdzili: „dokonywanie przez Trybunał własnej rekonstrukcji prawa krajowego i pozostawienie na boku istniejącego orzecznictwa sądowego, rodząc niebezpieczeństwo, że rekonstrukcja ta będzie sprzeczna z rekonstrukcją dokonaną przez najwyższe organy sądowe państwa, i która, zdaniem Trybunału, jest akceptowalna, nie byłaby zgodna z zadaniem Trybunału i zgodna z zasadami wyboru jego sędziów”<sup>45</sup>. Następnie, STSM wyraźnie podkreślił: „prawo francuskie obejmuje takie francuskie ustawodawstwo, jak jest ono stosowane we Francji”<sup>46</sup>.

W kontekście arbitrażu inwestycyjnego, do podobnego wniosku doszedł trybunał w sprawie *Nykomb v. Łotwa*. Badając kwestię uprawnienia strony skarżącej do wysokości opłat określonych w kontrakcie w kontekście ustawodawstwa łotewskiego, stwierdził, że: „sytuacja w ten sposób przedstawiona to fakty podlegające wykładni sądów łotewskich dotyczące sytuacji prawnej Łotwy, które mogą być brane pod uwagę przez Trybunał bez konieczności dokonania interpretacji lub zastosowania prawa łotewskiego z własnej inicjatywy”<sup>47</sup>.

Jeszcze dalej w swoim rozumowaniu poszedł trybunał w sprawie *Arif v. Mołdowa*, aczkolwiek w nieco innym kontekście. Trybunał badał bowiem możliwość uznania odpowiedzialności Mołdowy za działalność sądów w zakresie niewłaściwego zastosowania prawa krajowego. Skład orzekający odmówił przyjęcia roli organu apelacyjnego i podkreślił, że sądy arbitrażowe: „nie mogą zastępować stosowania prawa krajowego przez sądy krajowe, swoją własną interpretacją i stosowaniem tego prawa. Prowadziłoby to do rozmycia koniecznego rozróż-

---

<sup>44</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge 2009, s. 72, nb 120.

<sup>45</sup> Wyrok STSM z dnia 12 lipca 1929 r. w sprawie *sporu dotyczącego płatności różnych pożyczek serbskich zaciągniętych we Francji*, PCIJ, Seria A, nr 20, s. 46.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Wyrok arbitrażowy z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Łotwa*, pkt 3.7.

nienia między systemem instancyjnym sądownictwa krajowego a rolą sądów międzynarodowych”<sup>48</sup>.

Przedstawione powyżej rozumowanie można więc podsumować w następujący sposób. Po pierwsze, w sytuacji uznania prawa krajowego za fakt ciężar dowodu jego udowodnienia spoczywa na tej stronie, która z tego „faktu” wywodzi skutki prawne. Po drugie, standard dowodu obejmuje nie tylko treść samej ustawy lecz także jej stosowanie oraz interpretację przez organy krajowe.

Należy przy tym zauważyć, że prawo krajowe, w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie organów krajowych, stanowi środek o charakterze ogólnym, który podlega, jako taki, ocenie w sporach inwestycyjnych co do jego zgodności z zobowiązaniami państw wynikającymi z BIT czy innych traktatów inwestycyjnych. Nie zmienia to faktu, o którym wspomina Douglas, że w pewnych okolicznościach rola prawa krajowego wykracza poza uznanie go za element stanu faktycznego, a trybunały arbitrażowe są zmuszone do jego autonomicznego zastosowania do kwestii mających niekiedy fundamentalne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu.

## 4.2. Prawo krajowe jako prawo właściwe

Niewątpliwie rola prawa krajowego w arbitrażu inwestycyjnym wykracza poza klasyczne rozumienie tego prawa jako elementu stanu faktycznego. Są bowiem sytuacje, w których prawo krajowe stanowi prawo właściwe dla stosunku prawnego będącego przedmiotem sporu w tym sensie, że reguluje prawa i obowiązki stron w sposób wiążący prawnie. W niektórych przypadkach prawo krajowe określa powstanie i istnienie ochrony międzynarodowoprawnej inwestycji. W innych, może być stosowane wręcz jako prawo właściwe do ustalenia odpowiedzialności międzynarodowoprawnej państwa przyjmującego.

### 4.2.1. Inwestycja dokonana zgodnie z prawem krajowym

Międzynarodowe prawo inwestycyjne chroni inwestycje dokonane, tj. takie, które zostały dopuszczone przez państwo przyjmujące. Związane jest to niewątpliwie z suwerennym prawem każdego państwa do określania własnego systemu gospodarczego, co jest zgodne zarówno z zasadą suwerennej równości państw, jak i z zasadą samostanowienia narodów<sup>49</sup>. Nie może więc dziwić fakt, że zdecydowana większość traktatów inwestycyjnych przewiduje, jako konieczną przesłankę ochrony prawnej, dokonanie inwestycji zgodnie z prawem krajowym<sup>50</sup>. Wydaje się jednak, że nawet w przypadku nieumieszczenia *expressis verbis* takiego wymogu w treści definicji inwestycji, wymóg zgodności działalności gospodarczej z prawem krajowym należy traktować jako dorozumiany, właśnie ze względu na wyżej wspomniane zasady.

Oznacza to, że ustalenie relacji między aktywnością gospodarczą inwestora a prawem krajowym jest konieczne dla ustalenia czy ta aktywność mieści się w zakresie jurysdykcji *ratione materiae* trybunału rozstrzygającego spór. Ustalenie to ma jednocześnie dwa wymiary.

---

<sup>48</sup> Wyrok ICSID z dnia 8 kwietnia 2013 r. w sprawie ARB/11/23, *Pan Frank Charles Arif v. Mołdowa*, pkt 441.

<sup>49</sup> Rez. Zgromadzenia Ogólnego NZ Nr 2625(XXV), deklaracja zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych..

<sup>50</sup> Por. np. art. 1 pkt a BIT polsko-duńskiego.

Po pierwsze, należy rozważyć czy każde naruszenie prawa krajowego przez inwestora, polegające na przykład na uchybieniu jakiemuś wymogowi formalnemu związanemu z rejestracją spółki prowadzącej inwestycję, powoduje automatyczne wyłączenie tej inwestycji spod zakresu ochrony przewidzianej w traktacie inwestycyjnym. Po drugie, należy rozważyć jaki jest standard oceny prawa krajowego oraz jego ewentualnego naruszenia przez inwestora, dokonywanej przez trybunał arbitrażowy.

Odnosnie stopnia naruszenia prawa krajowego, koniecznego do wykluczenia stosowania traktatu inwestycyjnego dla danej inwestycji, to nie ulega wątpliwości, że z takiej ochrony wykluczone są inwestycje dokonane w sposób ewidentnie nielegalny, tj. przede wszystkim w wyniku czynu zabronionego, takiego jak korupcja czy oszustwo. Jak zauważył trybunał w sprawie *Inceysa v. Salvador*: „ponieważ inwestycja Inceysa została dokonana w sposób oczywiście bezprawny, nie może być włączona w zakres zgody wyrażonej przez Hiszpanię i Republikę Salwadoru w BIT i, w konsekwencji spory, które z niej wynikają nie podlegają jurysdykcji Centrum”<sup>51</sup>. Do podobnych wniosków dochodziły trybunały arbitrażowe między innymi w takich sprawach, jak: *Plama v. Bułgaria* („Zasada dobrej wiary obejmuje, między innymi, zobowiązanie inwestora do udzielania państwu przyjmującemu wszelkich adekwatnych i istotnych informacji dotyczących tego inwestora i jego inwestycji. Zobowiązanie to jest szczególnie istotne, gdy informacja ta ma znaczenie dla uzyskania zgody państwa na inwestycję”<sup>52</sup>) czy *World Duty v. Kenia* („byłoby obrazą publicznej świadomości przyznanie skarżącemu poszukiwanej przez niego ochrony, gdyż oznaczałoby to, że trybunał byłby postrzegany jako wspierający i zachęcający skarżącego do nielegalnego zachowania”<sup>53</sup>).

Wyżej wspomniane przypadki zachowania sprzecznego z prawem krajowym są jednak na tyle rażące, że zostały uznane równolegle za naruszające międzynarodowy porządek publiczny, którego znaczenie nie zostało jednak wyczerpująco wyjaśnione. Innymi słowy, nawet w przypadku gdyby te zachowania inwestorów były zgodne, w sensie formalnym, z prawem krajowym, trybunały odmówiłyby ochrony ze względu za naruszenie nieokreślonego międzynarodowego *ordre public*. Najbardziej było to widoczne we wspomnianej sprawie *Inceysa v. Salvador*, w której skład orzekający podkreślił, że: „niewyłączenie inwestycji Inceysa spod ochrony BIT oznaczałoby naruszenie międzynarodowego porządku publicznego, na co trybunał nie może pozwolić”<sup>54</sup>.

Zasadniczym pytaniem pozostaje jednak jakiego rodzaju inne naruszenia prawa krajowego mogłyby uzasadnić odmowę ochrony przewidzianej w traktacie inwestycyjnym, właśnie ze względu na wymóg zgodności inwestycji z tym prawem. Pewną wskazówkę zawarł trybunał w sprawie *Phoenix v. Czechy*, stwierdzając, że: „celem międzynarodowego mechanizmu ochrony inwestycji w drodze arbitrażu ICSID nie jest ochrona inwestycji dokonanych w sposób sprzeczny z prawem krajowym państwa przyjmującego lub inwestycji dokonanych z naruszeniem zasady dobrej wiary czy uzyskanych przez wprowadzenie w błąd, podstępnie czy

---

<sup>51</sup> Wyrok ICSID z dnia 2 sierpnia 2006 r. w sprawie ARB/03/26, *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Salvador*, pkt 257.

<sup>52</sup> Wyrok ICSID z dnia 27 sierpnia 2008 r. w sprawie ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v. Bułgaria*, pkt 144.

<sup>53</sup> Wyrok ICSID z dnia 25 września 2006 r. w sprawie ARB/00/7, *World Duty Free Company Limited v. Kenia*, pkt 178.

<sup>54</sup> *Inceysa* (przypis 51), par. 252.

w drodze korupcji, czy też w inny sposób stanowiących nadużycie systemu ICSID<sup>55</sup>. Następnie, skład orzekający wskazał, że „fakt sprzeczności inwestycji z prawem krajowym może być oczywisty i tym samym może pozwolić trybunałowi na odmowę uznania jurysdykcji. Fakt sprzeczności inwestycji z prawem krajowym może się również pojawić na etapie orzekania co do *meritum*”<sup>56</sup>. Tym samym należy przyjąć, że poza zakresem ochrony BIT pozostają oczywiste naruszenia prawa krajowego.

Jednocześnie, w sprawie *LESI v. Algieria*, trybunał uznał, że jedynie naruszenia „obowiązujących podstawowych zasad prawnych” (*principes fondamentaux en vigueur*) mogą uzasadniać odmowę jurysdykcji przez trybunał<sup>57</sup>. Wydaje się jednak, że taka formuła nie jest wystarczająca, gdyż zarówno traktaty inwestycyjne, które wprost odwołują się do wymogu zgodności inwestycji z prawem krajowym, jak i te, które czynią to w sposób dorozumiany, nie różnicują między zasadami podstawowymi a innymi normami prawa krajowego.

Z drugiej strony, wydaje się zasadne uznanie ochrony wynikającej z traktatów inwestycyjnych w odniesieniu do inwestycji, które co prawda naruszyły prawo krajowe, jednakże uczyniły to w stopniu na tyle niewielkim, że nie mogłyby prowadzić do wykluczenia tej inwestycji spod zakresu stosowania BIT. Takie podejście przyjął, trafnie, trybunał w sprawie *Tokios Tokèles v. Ukraina*. Odnosząc się do zarzutu Ukrainy, że inwestor nie dochował pewnych formalności w dokumentach rejestracyjnych, skład orzekający stwierdził, że „wykluczenie inwestycji ze względu na tak niewielkie błędy byłoby sprzeczne z celem i przedmiotem Traktatu”<sup>58</sup>. Należy więc przyjąć, że co do zasady inwestycja dokonana w sposób sprzeczny z jakąkolwiek normą prawa krajowego jest wyłączona spod ochrony na podstawie BIT, z wyjątkiem naruszeń o charakterze nieistotnym<sup>59</sup>.

Pewnego podsumowania rozumowania w odniesieniu do omawianego wymogu dokonał trybunał w sprawie *Quiborax v. Ekwador*, ograniczając ten wymóg do: „(i) nietrywialnych naruszeń krajowego porządku prawnego; (ii) naruszeń krajowego reżimu inwestycyjnego; oraz (iii) nadużyć – na przykład w celu zapewnienia dopuszczenia inwestycji lub zysków”<sup>60</sup>. Tak, jak była o tym mowa powyżej, wydaje się jednak, że rozumowanie trybunału w tej sprawie było zbyt wąskie.

Jeśli chodzi o standard oceny prawa krajowego przez trybunały arbitrażowe, najpełniej w tej sprawie wypowiedział się trybunał w sprawie *Kardassopoulos v. Gruzja*, w której uznał, że stan niezgodności inwestycji z prawem krajowym jest stanem obiektywnym, tj. niezależnym od oceny zachowania inwestora przez jakikolwiek krajowy organ stosowania prawa. Jak zauważył skład orzekający: „w niniejszej sprawie prawo gruzińskie jest istotne jako fakt niezbędny do ustalenia, czy inwestycja skarżącego jest objęta postanowieniami TKE (Traktatu Karty Energetycznej – przyp. MJ) i BIT. Jednakże, jakiegokolwiek może być ustalenie sądu krajowego stosującego prawo gruzińskie to niniejszej sprawy, trybunał może ocenić sporne

---

<sup>55</sup> Wyrok ICSID z dnia 15 kwietnia 2009 r. w sprawie ARB/06/5, *Phoenix Action Ltd. v. Czechy*, pkt 100.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pkt 102.

<sup>57</sup> Wyrok ICSID co do jurysdykcji z dnia 12 lipca 2006 r. w sprawie ARB/05/3, *L.E.S.I. S.p.A. oraz Astaldi S.p.A. v. Algieria*, pkt 83.

<sup>58</sup> Wyrok ICSID co do jurysdykcji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie ARB/02/18, *Tokios Tokèles v. Ukraina*, pkt 86.

<sup>59</sup> Zob. M. Jeżewski (przypis 1), s. 38-39.

<sup>60</sup> Wyrok ICSID co do jurysdykcji z dnia 27 września 2012 r. w sprawie ARB/06/2, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. oraz Alan Fosk Kaplún v. Boliwia*, pkt 266.

kwestie jedynie w zgodzie z mającymi zastosowanie normami i zasadami prawa międzynarodowego”<sup>61</sup>.

Do podobnego wniosku doszedł trybunał w sprawie *Quiborax v. Bolivia*, w której skarżący podnosił, że sprzeczność inwestycji z prawem krajowym może być stwierdzona jedynie przez sąd krajowy. Skład orzekający odrzucił ten argument podkreślając swój obowiązek potwierdzenia jurysdykcji także ze względu na wspomnianą, potencjalną sprzeczność<sup>62</sup>.

Podsumowując, należy uznać, że wymóg zapewnienia zgodności inwestycji z prawem krajowym obejmuje wszystkie nietrywialne naruszenia norm krajowych. Jednocześnie, odpowiadając na pytanie o swobodę orzekania trybunałów arbitrażowych w tym zakresie należy podkreślić, że ze względu na potencjalne skutki prawne naruszenia prawa krajowego, tj. wykluczenie inwestycji spod ochrony na podstawie BIT<sup>63</sup>, trybunał powinien potraktować prawo krajowe jako element stanu faktycznego, badany pod kątem relacji między normą krajową a zachowaniem inwestora niezależnie od tego, czy ewentualna niezgodność została stwierdzona przez jakikolwiek organ krajowy.

#### 4.2.2. Prawo krajowe jako prawo właściwe w świetle art. 42 Konwencji ICSID

Na wstępie należy zaznaczyć, że z zakresu rozważań zostały wyłączone sytuacje, w których arbitraż, ze względu na zastosowanie prawa krajowego, uzyskuje taką więź z prawem konkretnego państwa, że przestaje być traktowany jako arbitraż międzynarodowy. Fakt, że spór między inwestorem zagranicznym a państwem (ew. *statio fisci*) jest rozstrzygany na podstawie prawa krajowego oraz przy jego zastosowaniu, powoduje konieczność przyjęcia zupełnie innej metody analizy, która nie jest przedmiotem zainteresowania w niniejszym artykule.

W arbitrażu inwestycyjnym rola prawa krajowego jako elementu prawa właściwego, została określona wprost w art. 42 Konwencji ICSID, zgodnie z którym: „Trybunał rozstrzygnie spór zgodnie z takim prawem, jakie zostanie uzgodnione między stronami. W przypadku braku takiego uzgodnienia, trybunał zastosuje prawo państwa będącego stroną takiego sporu (w tym także jego reguły kolizyjne) oraz takie normy prawa międzynarodowego, jakie mogą mieć zastosowanie”<sup>64</sup>. Należy przyjąć, że właściwa interpretacja tego przepisu stawia prawo krajowe jako jeden ze składników prawa właściwego między stronami, chyba że dojdzie do jednoznacznego uzgodnienia w tym zakresie. Jak wskazał komitet *ad hoc* rozstrzygający skargę na wyrok trybunału w sprawie *Wena Hotels v. Egipt*: „znaczenie art. 42 ust. 1 zd. 2 pozwala obu reżimom prawnym (tj. prawu krajowemu i prawu międzynarodowemu – przyp. MJ) na odgrywanie roli w sporze. Prawo państwa przyjmującego rzeczywiście może być zastosowane łącznie z prawem międzynarodowym”<sup>65</sup>. W takim przypadku trybunał arbitrażowy dysponuje marginesem swobody co do oceny znaczenia prawa krajowego dla rozstrzyganego sporu. Podobnie, co zresztą stanowi konsekwencję poprzedniego stwierdzenia, trybunał arbitrażowy nie jest związany w takim przypadku wykładnią prawa krajowego proponowaną przez krajowy organ stosujący prawo.

---

<sup>61</sup> Wyrok ICSID co do jurysdykcji z dnia 6 lipca 2007 r. w sprawie ARB/05/18, *Ioannis Kardassopoluos v. Gruzja*, pkt 146.

<sup>62</sup> *Quiborax* (przypis 60), par. 262; podobnie trybunał w sprawie *Inceysa* (przypis 51), par. 225.

<sup>63</sup> Por. Z. Douglas (przypis 44), s. 53, nb. 106.

<sup>64</sup> Tekst dostępny na stronie [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid).

<sup>65</sup> Decyzja komitetu *ad hoc* ICSID z dnia 5 lutego 2002 r. w sprawie ARB/98/4, *Wena Hotels Limited v. Egipt*, pkt 941.

Warto również zauważyć, że w przypadkach, w których prawo krajowe zostało wprost wybrane przez strony jako prawo właściwe, trybunały arbitrażowe, zwłaszcza działające na podstawie Konwencji ICSID, stosują to prawo za pomocą metod używanych przy stosowaniu prawa międzynarodowego. Na przykład, w sprawie *RSM v. Granada*, trybunał z jednej strony sam uznał obowiązek uznania dokonanego przez strony wyboru prawa Granady jako prawa właściwego, z drugiej strony stwierdził jednak: „ponieważ praktyczny skutek wyboru dokonanego przez strony doprowadziłby do nienaturalnej i dziwacznej wykładni, byłoby wskazane zbadanie danego zagadnienia (znaczenia kontraktu między stronami – przyp. MJ) przez zastosowanie prawa międzynarodowego, na zasadzie analogii”<sup>66</sup>. Propozycja trybunału prowadzi do dwóch wniosków. Po pierwsze, zakładając, że w danym przypadku można mówić o arbitrażu inwestycyjnym, prawo międzynarodowe zawsze będzie odgrywało rolę co najmniej wspomagającą stosowanie prawa, nawet w przypadku wyraźnego wyboru prawa przez strony stosunku prawnego. Po drugie, prawo krajowe, nawet jeśli wprost stosowane przez sądy międzynarodowe, w arbitrażu inwestycyjnym uzyskuje znaczenie autonomiczne, tj. niezależne od jego stosowania i wykładni w systemie krajowym.

## 5. Podsumowanie

Powyższe rozważania pokazują, że w orzecznictwie sądów międzynarodowych prawo krajowe pozostaje istotnym elementem rozważań, niezależnie od przypisanej mu roli. W świetle zachodzących zmian w międzynarodowym porządku prawnym bezrefleksyjne uznanie, że prawo krajowe stanowi jedynie fakt w sporze międzynarodowym, wydaje się nieaktualne. Konieczne jest bowiem postrzeganie prawa w jego multicentrycznym wymiarze, jako zbioru norm pochodzących z różnych źródeł normatywnych, które nie zawsze podlegają koordynacji, nie mówiąc o bardziej ścisłych relacjach. Jest to szczególnie widoczne w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, gdzie okoliczności państwa przyjmującego mają ogromne znaczenie nie tylko dla oceny zachowania tego państwa względem zobowiązań wynikających z BIT, ale niekiedy także dla istnienia ochrony prawnej. Dlatego też, uznanie prawa krajowego za fakt może współcześnie mieć jedynie to znaczenie, że w przypadku sądownictwa międzynarodowego stanowi ono element procesu dowodowego, tj. strony dowodzą obowiązkiwania i znaczenia normy krajowej.

Tak rozumiana rola prawa krajowego niewątpliwie wpływa na ocenę swobody orzekania sądów międzynarodowych. Skoro bowiem strony dowodzą obowiązkiwania i znaczenie prawa krajowego, to problematyka ta podlega mechanizmowi ważenia i analizy materiału koniecznego do rozstrzygnięcia sporu. Tym samym nie można uznać, że sąd międzynarodowy związany jest interpretacją prawa krajowego dokonaną przez organy krajowe, o ile przedmiotem sporu nie jest sam proces stosowania prawa. Interpretacja taka ma jednak znaczenie pomocnicze, właśnie jako element dowodzący znaczenia prawa.

Niezależnie od powyższych rozważań, w prawie inwestycyjnym rola prawa krajowego, a tym samym rola swobody orzekania trybunałów arbitrażowych, jest większa niż w klasycznym prawie międzynarodowym. W sporach dotyczących istnienia inwestycji trybunały arbitrażowe mają obowiązek zastosowania prawa krajowego wprost, ze względu na obowiązujący wymóg zgodności inwestycji z prawem krajowym. Pomimo znaczenia prawa kra-

---

<sup>66</sup> Wyrok ICSID z dnia 11 marca 2009 r. w sprawie ARB/05/14, *RSM Production Corporation v. Granada*, pkt 379.

jowego dla jurysdykcji trybunału, metody jego stosowania i wykładni pozostają analogiczne do powszechnego prawa międzynarodowego.

Wszystkie powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że w multicentrycznym systemie prawnym rola sądów międzynarodowych wykracza i będzie wykraczać poza zwykłą subsumpcję stanu faktycznego do normy traktatowej czy zwyczajowej. Sąd międzynarodowy, korzystając z przysługującej mu swobody orzekania, będzie zmuszony do koordynowania współobowiązujących norm i wyciągania spójnych konsekwencji prawnych w kontekście konkretnego sporu. W prawie inwestycyjnym, zwłaszcza w okresie, w którym gwałtownie podkreśla się znaczenie uprawnień regulacyjnych państwa, obowiązek koordynacyjny jest i będzie odpowiednio większy.

## Literatura

1. Alvik I., *Contracting with Sovereignty. State Contracts and International Arbitration*, Oxford i Portland, Oregon 2011.
2. Bhuiyan S., *National Law in WTO Law. Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*, Cambridge 2007.
3. Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Oxford 2006.
4. Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge 2009.
5. Jenks W., *The prospects of International adjudication*, London 1964.
6. Jeżewski M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, Warszawa 2011.
7. Nollkaemper A., *The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice*, Chinese Journal of International Law 2006, vol. 5, nr 3.
8. OECD, „*Indirect Expropriation*” and the „*Right to Regulate*” in *International Investment Law*, September 2004.
9. Paparinskis M., *Regulatory Expropriation and Sustainable Development*, (w:) Cordonier Segger M.C., Gehring M., Newcombe A. (red.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn 2011.
10. Potestà M., *Legitimate Expectation in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, ICSID Review 2013, vol. 28, nr 1.
11. Sohn L.B., Baxter R.R., *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, American Journal of International Law 1961, vol. 55, nr 3.
12. Spears S. A., *Making way for the public interest in international investment agreements*, (w:) Brown Ch., Miles K. (red.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge 2011.
13. Van Harten G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford 2007.
14. Weiler T., *Philip Morris v. Uruguay. An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law*, 28 July 2010.
15. Yannaca-Small K., *Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments*, (w:) Reinisch A. (red.), *Standards of Investment Protection*, Oxford 2008.

## Orzecznictwo

1. Decyzja komitetu ad hoc ICSID z dnia 5 lutego 2002 r. w sprawie *ARB/98/4, Wena Hotels Limited v. Egipt.*
2. Wyrok arbitrażowy z dnia 1 lipca 2004 r. w sprawie *Occidental Exploration and Production Company v. Ekwador.*
3. Wyrok arbitrażowy z dnia 15 października 1926 r. w sprawie *L.F.H. Neer i Pauline Neer (U.S.A.) v. Meksyk*, Repertoire of International Arbitral Awards 1926 r., vol. IV.
4. Wyrok arbitrażowy z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Łotwa.*
5. Wyrok arbitrażowy z dnia 17 marca 2006 r. w sprawie *Saluka Investments BV v. Czechy.*
6. Wyrok arbitrażowy z dnia 3 sierpnia 2005 r. w sprawie *Methanex Corporation v. USA.*
7. Wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2005 r. w sprawie 45036/98 *Bosphorus Hava Yollari Turizmve Ticaret Anonim Şirketi v. Irlandia.*



8. Wyrok ICSID co do jurysdykcji z dnia 12 lipca 2006 r. w sprawie ARB/05/3, *L.E.S.I. S.p.A. oraz Astaldi S.p.A. v. Algieria*.
9. Wyrok ICSID co do jurysdykcji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie ARB/02/18, *Tokios Tokèles v. Ukraina*.
10. Wyrok ICSID co do jurysdykcji z dnia 6 lipca 2007 r. w sprawie ARB/05/18, *Ioannis Kardassopoluos v. Gruzja*.
11. Wyrok ICSID z dnia 11 marca 2009 r. w sprawie ARB/05/14, *RSM Production Corporation v. Granada*.
12. Wyrok ICSID z dnia 11 września 2007 r. w sprawie ARB/05/8, *Parkerings-Compagniet AS v. Litwa*.
13. Wyrok ICSID z dnia 15 kwietnia 2009 r. w sprawie ARB/06/5, *Phoenix Action Ltd. v. Czechy*.
14. Wyrok ICSID z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie ARB(AF)/99/1, *Marvin Roy Feldman Karpa v. Meksyk*.
15. Wyrok ICSID z dnia 19 stycznia 2007 r. w sprawie ARB/02/5, *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretimve Ticaret Limited Şikreti v. Turcja*.
16. Wyrok ICSID z dnia 2 lipca 2013 r. w sprawie ARB/10/7, *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. and ABAL Hermanos S.A. v. Urugwaj*.
17. Wyrok ICSID z dnia 2 sierpnia 2006 r. w sprawie ARB/03/26, *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Salvador*.
18. Wyrok ICSID z dnia 21 czerwca 2011 r. w sprawie ARB/07/17, *Impregilo S.p.A. v. Argentyna*.
19. Wyrok ICSID z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie ARB/00/6, *Consortium RFCC v. Maroko*.
20. Wyrok ICSID z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie ARB(AF)/07/4, *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Kanada*.
21. Wyrok ICSID z dnia 24 lipca 2008 r. w sprawie ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. Tanzania*.
22. Wyrok ICSID z dnia 25 lipca 2007 r. w sprawie ARB/02/1, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentyna*.
23. Wyrok ICSID z dnia 25 września 2006 r. w sprawie ARB/00/7, *World Duty Free Company Limited v. Kenia*.
24. Wyrok ICSID z dnia 27 grudnia 2010 r. w sprawie ARB/04/1, *Total S.A. v. Argentyna*.
25. Wyrok ICSID z dnia 27 sierpnia 2008 r. w sprawie ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v. Bułgaria*.
26. Wyrok ICSID z dnia 27 sierpnia 2009 r. w sprawie ARB/03/29, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Pakistan*.
27. Wyrok ICSID z dnia 29 maja 2003 r. w sprawie ARB(AF)/00/2., *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Meksyk*.
28. Wyrok ICSID z dnia 31 października 2011 r. w sprawie ARB/03/15, *El Paso Energy International Company v. Argentyna*.
29. Wyrok ICSID z dnia 5 września 2008 r. w sprawie ARB/03/9, *Continental Casualty Company v. Argentyna*.
30. Wyrok ICSID z dnia 6 lutego 2007 r. w sprawie ARB/02/8, *Siemens A.G. v. Argentyna*.

31. Wyrok ICSID z dnia 8 kwietnia 2013 r. w sprawie ARB/11/23, *Pan Frank Charles Arif v. Mołdowa*.
32. Wyrok MTS z dnia 27 czerwca 2001 r. w sprawie *LaGrand (Niemcy v. Stany Zjednoczone Ameryki)*, ICJ Reports 2001.
33. Wyrok MTS z dnia 30 listopada 2010 r. w sprawie *Ahmadou Sadio Diallo (Gwinea v. Kongo)*, ICJ Reports 2010.
34. Wyrok STSM z dnia 12 lipca 1929 r. w sprawie sporu dotyczącego płatności różnych pożyczek serbskich zaciągniętych we Francji, PCIJ, Seria A, nr 20.