

GDAŃSKIE
STUDIA
PRAWNICZE

NR 2
2019



PROFESOR KRZYSZTOF DRZEWICKI

GDAŃSKIE STUDIA PRAWNICZE

NR 2
2019

KSIĘGA JUBILEUSZOWA
DEDYKOWANA
PROFESOROWI KRZYSZTOFOWI DRZEWICKIEMU

redakcja naukowa
ADAM WIŚNIEWSKI, PAWEŁ KWIATKOWSKI

WYDAWNICTWO
UNIwersytetu Gdańskiego

Rada Naukowa:

prof. Jurij Boszycki (Kijowski Uniwersytet Prawa)
prof. dr hab. Janina Ciechanowicz-McLean (Uniwersytet Gdański)
prof. dr hab. Jolanta Gliniecka (Uniwersytet Gdański)
prof. Karel Klima (Zachodnioczeski Uniwersytet w Pilźnie)
prof. dr hab. Tadeusz Maciejewski (Uniwersytet Gdański)
prof. dr hab. Jakub Stelina (Uniwersytet Gdański)
dr Wojciech Świada (Universidad Nacional de Tres de Febrero, Buenos Aires)
prof. Petro Steciuk (Narodowy Uniwersytet Lwowski im. Iwana Franki)
prof. Richard Warner (Chicago-Kent College of Law)
prof. dr hab. Jerzy Zajadło (Uniwersytet Gdański)

Kolegium redakcyjne

Redaktorzy Naczelni:

Andrzej Szmyt oraz *Jarosław Warylewski*

Członkowie:

Tomasz Bąkowski, Krzysztof Grajewski, Arkadiusz Wowerka, Piotr Uziębło

Sekretarze:

Maciej Łaga, Marcin Michał Wiszowaty

Tłumaczenie streszczeń na język angielski

Katarzyna Warecka, Anna Rytel-Warzocha

Korekta tekstów w języku angielskim / Proofreading

Stephen Dersley

Redaktor Wydawnictwa

Sonia Cynke

Projekt okładki

Andrzej Taranek

Skład i łamanie

Maksymilian Biniakiewicz

Czasopismo sfinansowane ze środków własnych Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego i Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.



W wypadku wykorzystania tekstów z „Gdańskich Studiów Prawniczych”
w innych publikacjach prosimy o powołanie się na nasze czasopismo

Redakcja zastrzega sobie prawo do skrótów
w tekstach nadesłanych do publikacji

© Copyright by Uniwersytet Gdański
Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego

ISSN 1734-5669

Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot
tel./fax: (58) 523 11 37, tel. 725 991 206
e-mail: wydawnictwo@ug.edu.pl
www.wyd.ug.edu.pl

Księgarnia internetowa: <http://www.kiw.ug.edu.pl>

Adres redakcji: 80-952 Gdańsk, ul. Bażyńskiego 6



SPIS TREŚCI

SYLWETKA AKADEMICKA ORAZ DOROBEK NAUKOWY I DYPLOMATYCZNY PROFESORA KRZYSZTOFA DRZEWICKIEGO	13
Allan Rosas THE ENLARGED SCOPE OF THE EU'S COMMON COMMERCIAL POLICY	25
Janusz Symonides CZY „OGÓLNE ZASADY PRAWA UZNANE PRZEZ NARODY CYWILIZOWANE” SĄ ŹRÓDŁEM PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO	45
Adam Wiśniewski PROPORCJONALNOŚĆ I <i>FAIR BALANCE</i> W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA.	57
Jerzy Jaskiernia THE PROBLEM OF PROPORTIONALITY IN USING DEROGATIONS TO DEAL WITH THE STATE OF EMERGENCY UNDER ARTICLE 15 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (THE COUNCIL OF EUROPE'S APPROACH).	71
Tadeusz Jasudowicz MEANDRY DEMOKRACJI I DOBREJ WIARY W SYSTEMIE EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA – W POSZUKIWANIU ZDROWEGO NURTU	87
Katarzyna Łasak DOMNIEMANIE RÓWNOWAŻNEJ OCHRONY A MARGINES DZIAŁANIA PAŃSTWA NA TLE WYROKU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W SPRAWIE <i>O'SULLIVAN MCCARTHY MUSSEL DEVELOPMENT LTD PRZECIWKO IRLANDII</i>	113

Kristin Henrard TAILORING STATE OBLIGATIONS REGARDING 'THE RIGHT TO EQUAL TREATMENT' IN TIMES OF FLUCTUATING SUPER-DIVERSITY: A TURN TO RELATIVE VULNERABILITY?	129
Jan Sandorski Anna Zbaraszewska STANDARDY OCHRONY OSÓB STARSZYCH I NIEPEŁNOSPRAWNYCH W ORZECZNICTWIE MIĘDZYNARODOWYM	155
Paweł Kwiatkowski PRAWO DO OCHRONY INFORMACJI GENETYCZNEJ W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA	179
Gábor Kardos THE EUROPEAN CHARTER FOR REGIONAL OR MINORITY LANGUAGES: SOME OF ITS CHARACTERISTICS AND THE FUTURE OF THE SUPERVISORY MECHANISM	193
Agnieszka Szpak LUDY TUBYLCZE I ICH PRAWO DO ZIEM JAKO WARUNEK ICH PRZETRWANIA	205
Monika Tomaszewska MIEJSCE I ZNACZENIE EUROPEJSKIEJ KARTY SPOŁECZNEJ W SYSTEMIE PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ	221
Alina Wypych-Żywicka JESZCZE O GODZIWOŚCI EMERYTURY.	229
Małgorzata Balwicka-Szczyrba Łukasz Balwicki OCHRONA DZIECI PRZED BIERNYM PALENIEM WYROBÓW TYTONIOWYCH W ŚWIETLE REGULACJI PRAWNYCH	239
Renata Kowalska CZYNNOŚCI KONSULÓW NA WNIOSEK ORGANÓW WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI – STARY MODEL OPIERAJĄCY SIĘ POTRZEBIE ZMIAN	251
Lauri Hannikainen RUSSIA AND INTERNATIONAL LAW	273

Paulina Zajadło-Węglarz R2P – NOWY PARADYGMAT PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO?	285
Kamil Zeidler PRAKSEOLOGIA MIĘDZYNARODOWA, CZYLI PRZYPOMNIENIE PEWNEGO POMYSŁU	301
Janina Ciechanowicz-McLean ZASADY GLOBALNEGO PRAWA ŚRODOWISKA.	311
Paulina Topolska PRAWO DO CZYSTEGO ŚRODOWISKA NATURALNEGO – OD DEKLARACJI SZTOKHOLMSKIEJ PO EKSPLOKACJĘ KOSMICZNĄ	325
Tomasz Bąkowski PLANY ZAGOSPODAROWANIA PRZESTRZENNEGO POLSKICH OBSZARÓW MORSKICH W KONTEKŚCIE ŹRÓDEŁ PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO	337
Andrzej Szmyt TRYBUNAŁ OBRACHUNKOWY UNII EUROPEJSKIEJ.	345
Anna Jurkowska-Zeidler SPÓR KOMISJI NADZORU FINANSOWEGO ABRIS CAPITAL PARTNERS: MIĘDZYNARODOWE UMOWY O OCHRONIE INWESTYCJI (BIT) POMIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI V. PRAWO UNII EUROPEJSKIEJ.	355
Edward Juchniewicz STOSUNEK PRAWNOPODATKOWY A HANDEL ELEKTRONICZNY	371
Tomasz Tadeusz Koncewicz PROCEDURAL FRIEND OR FOE? THE ADVOCATE GENERAL IN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION REVISITED	385
Wojciech Zalewski RWANDYJSKIE SĄDY GACACA A SĄDOWNICTWO MIĘDZYNARODOWE – PRÓBA OCENY EFEKTYWNOŚCI ROZWIĄZAŃ HYBRYDOWYCH W SPRAWACH KARNYCH NA WYBRANYM PRZYKŁADZIE.	401
Jarosław Warylewski ROZMIAR, DYNAMIKA I STRUKTURA PRZESTĘPCZOŚCI SEKSUALNEJ W POLSCE, W LATACH 1989–2017	417

Jerzy Zajadło	
LORD MANSFIELD I NARODZINY PRAWA AUTORSKIEGO.	457
Mariusz Bogusz	
DOPUSZCZALNOŚĆ WSTRZYMANIA WYKONANIA AKTU PRAWA MIEJSCOWEGO W POSTĘPOWANIU SĄDOWOADMINISTRACYJNYM	473
Anna Sylwestrzak	
SKUTKI PRAWNE PRZYNALEŻNOŚCI KREWNYCH DO TZW. WIELKIEJ RODZINY	483

Z ŻYCIA WYDZIAŁU

INFORMACJA O WYDZIALE PRAWA I ADMINISTRACJI UNIwersytetu Gdańskiego (1.01.2018 – 31.12.2018 R.).	499
KALENDARIUM WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI UNIwersytetu Gdańskiego w świetle protokołów z posiedzeń Rady Wydziału za okres sprawowania funkcji dziekana przez Jakuba Stelinę (lata 2016–2018).	505



TABLE OF CONTENTS

Allan Rosas

THE ENLARGED SCOPE OF THE EU'S COMMON COMMERCIAL POLICY 44

Janusz Symonides

WHETHER THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW RECOGNIZED
BY CIVILIZED NATIONS ARE A SOURCE OF INTERNATIONAL LAW 55

Adam Wiśniewski

PROPORTIONALITY AND FAIR BALANCE IN THE JURISPRUDENCE
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 70

Jerzy Jaskiernia

THE PROBLEM OF PROPORTIONALITY IN USING
DEROGATIONS TO DEAL WITH THE STATE OF EMERGENCY UNDER ARTICLE 15
OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN
RIGHTS (THE COUNCIL OF EUROPE'S APPROACH). 85

Tadeusz Jasudowicz

THE MEANDERINGS OF DEMOCRACY AND GOOD FAITH
IN THE SYSTEM OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS –
IN SEARCH OF A HEALTHY TREND. 111

Katarzyna Łasak

THE PRESUMPTION OF THE EQUIVALENT PROTECTION
AND THE MARGIN OF STATE MANOEUVRE IN THE LIGHT
OF THE DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
IN O'SULLIVAN MCCARTHY MUSSEL DEVELOPMENT LTD V. IRELAND 128

Kristin Henrard

TAILORING STATE OBLIGATIONS REGARDING 'THE RIGHT TO EQUAL
TREATMENT' IN TIMES OF FLUCTUATING SUPER-DIVERSITY:
A TURN TO RELATIVE VULNERABILITY?. 153

Jan Sandorski

Anna Zbaraszewska

STANDARDS OF THE PROTECTION OF THE ELDERLY
AND THE DISABLED IN INTERNATIONAL JURISPRUDENCE 178

Paweł Kwiatkowski

THE RIGHT TO PROTECT GENETIC INFORMATION IN THE LIGHT
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW 191

Gábor Kardos

THE EUROPEAN CHARTER FOR REGIONAL OR MINORITY LANGUAGES:
SOME OF ITS CHARACTERISTICS AND THE FUTURE
OF THE SUPERVISORY MECHANISM 203

Agnieszka Szpak

INDIGENOUS PEOPLES AND THEIR RIGHT TO LAND
AS A CONDITION FOR THEIR SURVIVAL. 220

Monika Tomaszewska

THE PLACE AND MEANING OF THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER
IN THE SYSTEM OF EUROPEAN UNION LAW 228

Alina Wypych-Żywicka

ONCE MORE ON THE PENSION FAIRNESS 237

Małgorzata Balwicka-Szczyrba

Łukasz Balwicki

THE PROTECTION OF CHILDREN FROM THE PASSIVE SMOKING
OF TOBACCO IN THE LIGHT OF LEGAL REGULATIONS 249

Renata Kowalska

CONSULAR FUNCTIONS AT THE REQUEST OF THE JUDICIAL AUTHORITIES –
AN OLD MODEL RESISTING THE NEED FOR CHANGE 272

Lauri Hannikainen

RUSSIA AND INTERNATIONAL LAW 283

Paulina Zajadło-Węglarz

R2P – A NEW PARADIGM OF INTERNATIONAL LAW 299

Kamil Zeidler

INTERNATIONAL PRAXEOLOGY – A REMINDER OF A CERTAIN IDEA 309

Janina Ciechanowicz-McLean

THE PRINCIPLES OF GLOBAL ENVIRONMENTAL LAW 323

Paulina Topolska	
THE RIGHT TO A CLEAN ENVIRONMENT – FROM THE STOCKHOLM DECLARATION TO SPACE EXPLORATION	335
Tomasz Bąkowski	
SPATIAL DEVELOPMENT PLANS FOR POLISH MARITIME AREAS IN THE CONTEXT OF THE SOURCES OF INTERNATIONAL PUBLIC LAW	344
Andrzej Szmyt	
THE COURT OF AUDITORS OF THE EUROPEAN UNION	353
Anna Jurkowska-Zeider	
THE DISPUTE BETWEEN THE FINANCIAL SUPERVISION AUTHORITY AND ABRIS–EMP CAPITAL PARTNERS: INTERNATIONAL AGREEMENTS ON INVESTMENT PROTECTION (BITS) BETWEEN MEMBER STATES VERSUS EUROPEAN UNION LAW	369
Edward Juchniewicz	
LEGAL FISCAL RELATIONSHIPS AND E-COMMERCE	384
Tomasz Tadeusz Koncewicz	
PROCEDURAL FRIEND OR FOE? THE ADVOCATE GENERAL IN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION <i>REVISITED</i>	399
Wojciech Zalewski	
RWANDAN GACACA COURTS AND THE INTERNATIONAL JUDICIARY – AN ATTEMPT TO EVALUATE THE EFFECTIVENESS OF HYBRID SOLUTIONS ON A CHOSEN EXAMPLE	415
Jarosław Warylewski	
THE SIZE, DYNAMICS AND STRUCTURE OF SEXUAL CRIME IN POLAND IN THE YEARS 1989–2016	456
Jerzy Zajadło	
LORD MANSFIELD AND THE BIRTH OF COPYRIGHT	471
Mariusz Bogusz	
THE ADMISSIBILITY OF SUSPENDING THE IMPLEMENTATION OF A LOCAL LAW ACT IN ADMINISTRATIVE COURT PROCEEDINGS	482
Anna Sylwestrzak	
THE LEGAL CONSEQUENCES OF RELATIVES BELONGING TO THE SO-CALLED “GREAT FAMILY”.	494
FROM THE LIFE OF THE FACULTY	497



SYLWETKA AKADEMICKA ORAZ DOROBEK NAUKOWY I DYPLOMATYCZNY PROFESORA KRZYSZTOFA DRZEWICKIEGO

Profesor Uniwersytetu Gdańskiego, doktor habilitowany Krzysztof Drzewicki rozpoczął pracę na Wydziale Prawa i Administracji naszego Uniwersytetu 1 września 1973 r. w Katedrze Prawa Konstytucyjnego, a od 1 października 1978 r. do przejścia na emeryturę 30 września 2016 r. pracował w Katedrze Prawa Międzynarodowego Publicznego.

Krzysztof Drzewicki urodził się 10 lipca 1949 r. w Katowicach. W latach 1968–1972 studiował prawo na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach, gdzie w roku akademickim 1972–1973 rozpoczął swoją pracę zawodową jako stażysta asystent w Instytucie Administracji i Zarządzania Wydziału Prawa i Administracji. W 1978 r. pod kierunkiem Pana Profesora dr. hab. Janusza Symonidesa z Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych przygotował rozprawę doktorską pod tytułem *Prawne formy międzyparlamentarnej i międzyrządowej współpracy państw skandynawskich w ramach Rady Nordyckiej i Nordyckiej Rady Ministrów*, a po jej obronie uchwałą Rady Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego z dnia 17 listopada 1978 r. uzyskał stopień naukowy doktora nauk prawnych. Jego specjalizacja naukowo-badawcza w dziedzinie prawa międzynarodowego publicznego objęła w szczególności prawo międzynarodowe praw człowieka, międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych oraz prawo organizacji międzynarodowych. Wiodące projekty badawcze dotyczą jurysdykcji i procedury Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, praw człowieka w sferze gospodarczo-społecznej i kulturalnej, praw mniejszości narodowych oraz implementacji międzynarodowego prawa humanitarnego.

W toku dalszego kształcenia i działalności naukowowo-badawczej odbył stypendia i praktyki w takich instytucjach i organizacjach, jak Międzynarodowy Instytut Praw Człowieka (Strasburg, miesięczne sesje studialne w 1979 i 1980), Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (Genewa, Wydział Prawny, 1980 i 1985), Rada Europy, (Dyrektoriat Praw Człowieka, Strasburg, 1984) oraz Sekcja Europejskiej Karty Społecznej (1991), Haska Akademia Prawa Międzynarodo-

wego (Centrum Studiów i Badań Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych, 1986), Naczelny Sąd Administracyjny (Gdańsk, 1986), Instytut Badań Pokojowych, PRIO (Peace Research Institute Oslo, 1985), Norweski Instytut Praw Człowieka (Oslo, 1988) oraz Międzynarodowa Organizacja Pracy (Departament Międzynarodowych Standardów Pracy (Genewa, 1991).

W swojej dalszej pracy naukowo-badawczej przygotował rozprawę habilitacyjną pod tytułem *Prawo do rozwoju. Studium z zakresu praw człowieka* i na jej podstawie oraz dotychczasowego dorobku naukowego po kolokwium przed Radą Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego uzyskał uchwałą z dnia 20 lutego 1989 r. stopień naukowy doktora habilitowanego nauk prawnych w zakresie prawa międzynarodowego. Następnie został mianowany przez Jego Magnificencję Rektora UG na stanowisko profesora nadzwyczajnego w Uniwersytecie Gdańskim z dniem 1 kwietnia 1992 r. na okres pięciu lat, a z dniem 1 kwietnia 1997 r. na czas nieokreślony. Konsekwentnie odmawia przyjmowania orderów i odznaczeń.

Brał udział i kierował krajowymi oraz międzynarodowymi zespołami i projektami badawczymi, uczestniczył w projekcie ONZ–Polska w ramach Programu Współpracy Technicznej dla wzmocnienia narodowej infrastruktury praw człowieka (udział w pracach Rady Projektu) w latach 1991–1993 oraz w projekcie TEMPUS JEP (Joint European Project) Unii Europejskiej na temat praw człowieka w latach 1992–1995 wespół z Uniwersytetami w Maastricht (Niderlandy), Sheffield (Wielka Brytania), UAM – Poznań i Akademia Turku/Åbo (Finlandia).

W pracy dydaktycznej w Uniwersytecie Gdańskim prowadził zajęcia dydaktyczne z prawa międzynarodowego publicznego najpierw w formie ćwiczeń, a następnie wykładów kursowych i fakultatywnych oraz seminariów magisterskich na studiach stacjonarnych i zaocznych oraz doktoranckich. Z przedmiotów do wyboru prowadził wykłady z zakresu międzynarodowej ochrony praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. Kilkakrotnie był opiekunem roku studentów i sprawował funkcję opiekuna studenckiego Koła Naukowego Prawa Międzynarodowego w latach 1979–1990. Wypromował ponad dwustu magistrów prawa, trzech doktorów oraz był recenzentem dwóch dalszych prac doktorskich i trzech prac w przewodach habilitacyjnych. Aktywnie uczestniczy w szkoleniach adwokatów, radców i sędziów z problematyki Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Gdańsk, Warszawa, Poznań, Jasło).

W pracy dydaktycznej może się także poszczycić wykładami zagranicznymi w uniwersytetach: Oslo (Norwegia), Lund (Szwecja), Sheffield, Nottingham i Aberdeen (Wielka Brytania), Barcelona – Universidad Autònoma (Hiszpania), Syracuse, stan Nowy Jork – Maxwell School of Citizenship and Public Affairs i Buffalo – Uniwersytet Stanu Nowy Jork (USA), Frankfurt n. Odrą – Uniwersytet Viadrina (Niemcy), Amsterdam – Free University (Niderlandy) oraz Strasburg

(Francja). Wykładał również na krajowych i międzynarodowych kursach międzynarodowego prawa humanitarnego w Sopocie i Warszawie (Warsaw Summer School) oraz międzynarodowej ochrony prawa człowieka (Strasburg, Poznań, Turku/Åbo, Barcelona, Luxemburg, Belgrad, Warszawa, Burg Schlaining (Austria) – OSCE Summer School, Wenecja–Lido (Włochy) – European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation – EIUC; Budapeszt (Węgry) – Global Minority Rights Summer School).

W ramach swojej specjalizacji naukowo-badawczej podjął zatrudnienie, w czasie urlopu bezpłatnego z UG, w Norweskim Instytucie Praw Człowieka (Oslo, na etacie naukowo-badawczym – *senior researcher* – od lipca 1989 r. do lutego 1991 r.), a po powrocie z Oslo równoległe z pracą w Uniwersytecie Gdańskim był zatrudniony w Biurze Zagranicznym Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność” na etacie doradcy do spraw międzynarodowych standardów pracy i praw człowieka (Gdańsk, 1991–1994).

W 1994 r. wystąpił w konkursie Ministra Spraw Zagranicznych na stanowisko Pełnomocnika MSZ do spraw reprezentowania RP przed Europejską Komisją i Trybunałem Praw Człowieka. W wyniku rozstrzygnięcia konkursu na jego korzyść został zatrudniony w służbie dyplomatycznej. Kontynuując funkcję pełnomocnika został w 1999 r. oddelegowany jako radca minister pełnomocny do Stałego Przedstawicielstwa RP przy Radzie Europy (Strasburg, 1999–2003). Wobec zrzeczenia się dalszego wykonywania funkcji pełnomocnika w 2003 r. oraz braku godnych i adekwatnych do swoich kwalifikacji propozycji ze strony MSZ zgłosił się bez pośrednictwa resortu do konkursu w Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE). W rezultacie procedury konkursowej został wyselekcjonowany spośród sześćdziesięciu kandydatów na stanowisko starszego doradcy prawnego (*senior legal adviser*) w Biurze Wysokiego Komisarza OBWE do spraw Mniejszości Narodowych (Haga, Niderlandy, 2003–2010). Po powrocie do kraju w 2010 r. z bezpłatnego urlopu w Uniwersytecie Gdańskim został zatrudniony, między innymi, w Departamencie Prawno-Traktatowym MSZ na stanowisku starszego radcy ministra aż do przejścia na emeryturę w 2016 r. w obu instytucjach.

W dorobku Profesora Krzysztofa Drzewickiego trzeba docenić rozległą działalność doradczo-konsultacyjną, badawczo-wdrożeniową oraz dyplomatyczną, którą realizował w szczególności jako:

- doradca polskiej delegacji trójstronnej, z ramienia Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność”, w 76–81 Sesji Międzynarodowej Organizacji Pracy i jego Komitecie Stosowania Standardów Międzynarodowej Konferencji Pracy w Genewie, w latach 1989–1994;
- ekspert Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność” w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (do 1994) oraz w Polskim Komitecie Trójstron-

- nym do spraw Współpracy z Międzynarodową Organizacją Pracy od jego założenia w 1990 r. do 1994 r.;
- Pełnomocnik Ministra Spraw Zagranicznych do spraw reprezentowania Rządu RP przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w latach 1994–2003;
 - ekspert rządowy w składzie delegacji polskiej na sesje Komisji Praw Człowieka ONZ, Genewa, w latach 1993 i 1995–1998;
 - ekspert rządowy Grupy Roboczej ONZ do spraw Prawa do Rozwoju, Genewa, 1996–1997, przewodniczący-sprawozdawca sesji w 1996;
 - przewodniczący polskiej delegacji rządowej na Spotkania Przegładowe Wymiaru Ludzkiego (Human Dimension Implementation Meetings – HDIM) Konferencji/Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (KBWE/OBWE), Warszawa, w latach: 1993, 1995, 1997 i 2000;
 - przedstawiciel rządu w Komitecie Zarządzającym Praw Człowieka (CDDH) Rady Europy, Strasburg; członek od 1995, zastępca przewodniczącego (1998–1999) i przewodniczący (2000–2003);
 - przedstawiciel rządu w Komitecie Ekspertów do spraw Ulepszenia Procedury Ochrony Praw Człowieka (DH-PR) Rady Europy, Strasburg, członek w latach 1993–1997 oraz wiceprzewodniczący w latach 1996–1997;
 - przewodniczący Grupy Roboczej do spraw Wspomagania Instytucji Demokratycznych Rady Państw Morza Bałtyckiego (CBSS), Warszawa, w latach 1995–1996;
 - niezależny ekspert krajowy dla potrzeb tzw. mechanizmu „wymiaru ludzkiego” KBWE/OBWE, oraz udział w tym charakterze w misji Wysokiego Komisarza do spraw Mniejszości Narodowych w Albanii (sierpień 1993);
 - członek Rady Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych w latach 2007–2009;
 - ekspert delegacji polskiej i wiceprzewodniczący Grupy Roboczej do spraw Praw Podstawowych, Praw Obywatelskich i Swobodnego Przepływu Osób, Rada Unii Europejskiej – FREMP (2010–2011);
 - zastępca członka z ramienia Polski, Europejska Komisja na rzecz Demokracji przez Prawo (komisja wenecka) Rady Europy w latach 2012–2016;
 - ekspert delegacji rządowej na posiedzenia Forum ONZ do spraw Mniejszości w latach 2012–2017;
 - ekspert rządowy na posiedzenia Międzyrządowego Procesu w sprawie Wzmocnienia Przestrzegania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego w latach 2012–2017;
 - członek redakcji kwartalnika „Security and Human Rights”, wyd. przez Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Niderlandy (od 2006);
 - członek Komisji Wspólnej Rządu i Mniejszości Narodowych i Etnicznych z ramienia Ministra Spraw Zagranicznych (2012–2016);

- członek Doradczego Komitetu Prawnego przy Ministrze Spraw Zagranicznych RP (od 2016).

W dorobku naukowym Krzysztofa Drzewickiego wyróżnia się nade wszystko problematyka międzynarodowej ochrony praw człowieka. Jeden z jego głównych projektów badawczych, którego efekty przedstawił w rozprawie habilitacyjnej, przyczynił się do opracowania teoretyczno-prawnej i metodologicznej koncepcji praw człowieka trzeciej generacji (praw tzw. solidarności międzynarodowej) na przykładzie studium prawa do rozwoju. Pomimo silnie teoretycznych wątków tego projektu doświadczenia zeń płynące okazały się również przydatne w pracach Grupy Roboczej ONZ ds. Prawa do Rozwoju, której był członkiem i współprzewodniczącym (zob. wyżej) oraz Komisji Praw Człowieka ONZ. Istota jego wkładu badawczego sprowadza się do wypracowania metodologicznych parametrów dla ewolucji normatywnej praw trzeciej generacji do systemu praw człowieka. Problematyka ta jest na tyle obecna w nauczaniu i badaniach praw człowieka, że artykuł Krzysztofa Drzewickiego, opublikowany w języku angielskim w 1984 (w: „Nordisk Tidsskrift for International Ret. Acta Scandinavica Juris Gentium”, vol. 53/ 3–4) jest do dnia dzisiejszego jego najczęściej cytowaną publikacją w literaturze światowej (zob. niżej spis publikacji).

Następnym obszarem zainteresowań Profesora Krzysztofa Drzewickiego stała się problematyka międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. W szczególności badaniom poddał kwestie implementacji jego norm. Podjął próbę opracowania założeń mechanizmu sprawozdawczego rządów państw-stron konwencji genewskich i protokołów dodatkowych dotyczącego skuteczności wprowadzania i zapewnienia zgodności ustawodawstwa krajowego z normami międzynarodowego prawa humanitarnego o charakterze niesamowytym. Projekt zakończył się częściowym tylko sukcesem, gdyż zdołano powołać w MKCK w Genewie rejestr legislacji krajowej, ale z braku woli państw nie powstał żaden mechanizm nadzoru, jakkolwiek obecnie ponownie jest dyskutowana idea wzmocnienia implementacji prawa humanitarnego. Cennym wkładem był również udział Profesora w pracach grupy ekspertów, którzy opracowali tzw. deklarację z Turku w sprawie minimalnych standardów humanitarnych (1990) mających zastosowanie we wszelkich konfliktach i napięciach międzynarodowych i krajowych oraz w sytuacjach naruszeń praw człowieka. Projektu nie zdołano jednak zrealizować ani w Komisji Praw Człowieka ONZ, ani w ramach OBWE.

Znaczna część dorobku w dziedzinie praw człowieka stanowi jego wkład w rozwój implementacyjny również w sferze międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka. Jako pełnomocnik ministra przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka stanął przed zadaniem stworzenia pierwszego po 1945 r. zespołu do spraw międzynarodowych skarg i procedur sądowych w Ministerstwie Spraw Zagranicznych. Władze komunistyczne programowo nie uznawały

bowiem żadnej z sądowych procedur międzynarodowych. Polska przez ponad siedemdziesiąt lat odmawiała złożenia klauzuli fakultatywnej dla celów uznania jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Stało się to dopiero 25 września 1990 r. To zaś oznaczało w konsekwencji, że pełnomocnik nie mógł liczyć na skorzystanie z jakiegokolwiek doświadczenia MSZ w sferze tzw. dyplomacji sądowej. W tych warunkach pełnomocnik musiał wychować specjalistyczny zespół anglojęzycznych prawników oraz stworzyć mechanizmy i wzorce dla pisemnych i ustnych postępowań skargowych, które funkcjonują z powodzeniem do dnia dzisiejszego.

Profesor Krzysztof Drzewicki przyczynił się ponadto w innych formach do urzeczywistnienia zasady stanowiącej motto jego działalności – *ubi ius ibi remedium* (gdzie prawo, tam środek prawny). Brał aktywny udział w pracach organów Rady Europy (Komitety DH-PR i CDDH – zob. wyżej) do spraw reformy procedury skargowej przed Trybunałem. Został ponadto zaproszony do udziału w grupach ekspertów, które opracowały projekty Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz Protokołu Fakultatywnego do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet. Oba protokoły wprowadzają mechanizmy skarg (zaawizowań) i zostały ostatecznie przyjęte przez odpowiednie organy ONZ (odpowiednio w 1999 r. i 2008 r.). Jako projekt prywatny natomiast Profesor Krzysztof Drzewicki opracował i opublikował założenia mechanizmu skarg zbiorowych do Konwencji ramowej Rady Europy o ochronie mniejszości narodowych (w: „Security and Human Rights”, Leiden 2010, vol. 21/2 – zob. niżej spis publikacji).

Profesor Krzysztof Drzewicki jest autorem 128 publikacji oraz ponad 40 prac niepublikowanych (referaty, ekspertyzy, projekty badawcze, tłumaczenia konwencji międzynarodowych, itd.). Wśród pozycji publikowanych znajdują się dwie książki, 42 rozdziały w książkach, 49 artykułów oraz liczne hasła encyklopedyczne, glosy i recenzje. Obok publikacji w języku polskim w jego dorobku jest kilkadziesiąt publikacji w języku angielskim, ale nadto we francuskim, norweskim, serbołużyckim, azerskim (tureckim), albańskim i chińskim. Szczególnie cenne są rozdziały w trzech międzynarodowych podręcznikach ochrony praw człowieka, do których napisania został zaproszony. Spośród jego publikacji należy wymienić książki, a następnie rozdziały w książkach oraz artykuły:

- *Prawo do rozwoju. Studium z zakresu praw człowieka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 1988 (rozprawa habilitacyjna);
- (z: C. Krause and A. Rosas), *Social Rights in a United Europe*, Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, Turku/Åbo 1994;
- (z: K. Łasak), *The Linguistic Rights of National Minorities in Poland and Its International Obligations [w:] Integration and Exclusion. Linguistic Rights of National Minorities in Europe*, ed. E. Kuzborska, Vilnius 2015;

- *Analogia w prawie karnym a ochrona praw człowieka na tle opinii doradczej trybunału haskiego w sprawie Wolnego Miasta Gdańska*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. XXXIII;
- *Minority Policies of the OSCE* [w:] *International Protection of Minorities – Challenges in Practice and Doctrine*, ed. D. Thürer, Schulthess, Zurich 2014;
- *Koncepcja mechanizmu skargowego w prawie międzynarodowej ochrony praw mniejszości narodowych* [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 1, red. J. Jaskiernia, Wydawnictwo Sejmowe i OWG, Warszawa 2014;
- *Międzynarodowe prawo humanitarne. Wyzwania u progu XXI stulecia* [w:] *X lat Polski w Unii Europejskiej: doświadczenia i perspektywy*, red. M. Borkowski i A. Friedberg, Wydawnictwo Gdańskiej Szkoły Wyższej, Gdańsk 2014;
- *Wielka Encyklopedia Prawa. IV Prawo międzynarodowe publiczne*, Fundacja ‘Ubi societas ibi ius’, Warszawa 2014 (dziewięć haseł: „Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża”, „Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych”, „Mniejszości”, „Nordycka Rada Ministrów”, „Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie”, „Plebiscyt”, „Prawo do rozwoju”, „Rada Nordycka”, „System ochrony i promocji praw człowieka”);
- *Zalecenia tematyczne Wysokiego Komisarza OBWE do spraw Mniejszości Narodowych* [w:] *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, t. 1, *Teoria i filozofia państwa i prawa oraz aksjologia demokracji i ochrony praw człowieka*, red. R.M. Czarny, K. Spryszak, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2012;
- *Prawo do pracy jako normatywny agregat międzynarodowej ochrony praw człowieka* [w:] *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga Pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*, red. M. Seweryński i J. Stelina, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2012;
- *Naczelny Sąd Administracyjny jako „Sąd” w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Refleksje na tle wyroku „Potocka i inni przeciwko Polsce”*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, t. XXVIII;
- *Triada wartości w trójkącie działań organizacji europejskich. Refleksje nad sukcesami i porażkami OBWE* [w:] *Rada Europy – Unia Europejska wobec wyzwań współczesnego świata. 20 lat Polski w Radzie Europy*, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Warszawa 2012 [wersja angielska opublikowana w tej samej książce];
- *Leksykon prawa międzynarodowego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Przyborowska-Klimczak i D. Pyć, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012 (dwa hasła: „Międzynarodowa ochrona praw mniejszości narodowych” i „Prawa człowieka”);
- *Flexibilising the Modes of Amending the European Convention on Human Rights: An Idea for a ‘Statute’ for the European Court* [w:] *Making Peoples Heard. Essays*

- on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson*, eds A. Eide, J.Th. Moller, I. Ziemele, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston 2011;
- *Confronting Two Models of Simplified Procedures for Amending the European Convention on Human Rights [w:] Concepts of General Remedy and Simplified Procedure for Amending the Convention in the Post-Interlaken Process*, 4th Warsaw Seminar, 9–10 September 2010, KSAP and Kontrast, Warsaw 2010;
 - *OSCE Lund Recommendations in the Practice of the High Commissioner on National Minorities [w:] Political Participation of Minorities. A Commentary on International Standards and Practice*, eds M. Weller and K. Nobbs, Oxford University Press, Oxford 2010;
 - *Advisability and Feasibility of Establishing a Complaints Mechanism for Minority Rights*, „Security and Human Rights” (Leiden) 2010, vol. 21, no. 2;
 - *Ten Years of the Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life – Reflections on Progress and Unfinished Business*, „International Journal on Minority and Group Rights” 2009, vol. 16, no. 4;
 - *The Concept of the “Statute of the Court” [w:] Pilot Judgment Procedure in the European Court of Human Rights and the Future Development of Human Rights’ Standards and Procedures. Third Informal Seminar for Government Agents and Other Institutions (Warsaw, 14–15 May 2009)*, Kontrast, Warsaw 2009;
 - *Minority Protection within the OSCE [w:] Managing Diversity. Protection of Minorities in International Law*, eds D. Thürer and Z. Kędzia, Schultens, Zürich–Basel–Geneva 2009;
 - *European Systems for the Promotion and Protection of Human Rights [w:] International Protection of Human Rights: A Textbook*, eds C. Krause and M. Scheinin, Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, Turku/Åbo 2009;
 - „International Journal on Minority and Group Rights” (editor-in-chief: G. Alfredsson), special issue: *Ten Years of the Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life – Five Years After and More Years Ahead* – guest editor K. Drzewicki, (Brill N.V., The Netherlands), 2009, vol. 16, no. 4;
 - (z: V. de Graaf), *The Activities of the OSCE High Commissioner on National Minorities: January 2009 to December 2009*, „European Yearbook of Minority Issues” 2009, vol. 8;
 - *National Minority Issues and the EU Reform Treaty. A Perspective of the OSCE High Commissioner on National Minorities*, „Security and Human Rights” 2008, vol. 19/ 2;
 - *The Framework Convention as a Pan-European Instrument. A Perspective of the CSCE High Commissioner on National Minorities [w:] The Framework Convention for the Protection of National Minorities: A Useful Pan-European Instrument?* eds A. Verstichel, A. Alen, B. de Witte and P. Lemmens, Intersentia, Antwerp–Oxford 2008;

- *The Enlargement of the European Union and the OSCE High Commissioner on National Minorities* [w:] *The Protection of Minorities in the Wider Europe*, eds M. Weller, D. Blacklock and K. Nobbs, Palgrave Macmillan, Hampshire 2008;
- *The OSCE High Commissioner on National Minorities – Confronting Traditional and Emerging Challenges* [w:] *OSCE and Minorities. Assessment and Prospects*, eds S. Parzymies, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warsaw 2007;
- *Improving Domestic Remedies with Particular Emphasis on Cases of Unreasonable Length of Proceedings* [w:] *The Improvement of Domestic Remedies with Particular Emphasis on Cases of Unreasonable Length of Proceedings*, Workshop held at the initiative of the Polish Chairmanship of the Council of Europe’s Committee of Ministers (Strasbourg, 28 April 2005), the Council of Europe, Strasbourg 2006;
- *Remodelling of the Treaty-Based System for European Human Rights Protection* [w:] *The European Court of Human Rights – Agenda for the 21st Century*, Information Office of the Council of Europe, Warsaw 2006;
- *Introducing Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies – a new tool for the OSCE High Commissioner on National Minorities*, „Helsinki Monitor. Quarterly on Security and Cooperation in Europe” 2006, vol. 15, no. 2;
- *Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – filozofia zmian czy zmiana filozofii?*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 6;
- *The Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life – Five Years After and More Years Ahead*, „International Journal on Minority and Group Rights” 2005, vol. 12, no. 2–3;
- (z: V. de Graaf), *The Activities of the OSCE High Commissioner on National Minorities: July 2004–June 2005*, „European Yearbook of Minority Issues” 2004/5, vol. 4;
- *Prawa socjalne w Radzie Europy* [w:] *Polska i Rada Europy 1990–2005*, red. H. Machińska, Ośrodek Informacji Rady Europy, Warszawa 2005;
- „International Journal on Minority and Group Rights” (Editor-in-Chief: G. Alfredsson), special issue: *The Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life – Five Years After and More Years Ahead* – guest editor K. Drzewicki, (Brill N.V., The Netherlands), 2005, vol. 12, no. 2–3;
- *L’activité pré-conventionnelle et para-conventionnelle du Conseil de l’Europe dans le domaine des droits sociaux* [w:] *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, ed. J.-F. Flauss, Bruylant, Bruxelles 2002;
- *Traktatowe podstawy „roszczeń zabużańskich” oraz ich kwalifikacja jako mienia w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Uwagi na tle stanowiska Rządu RP*, „Wybór Orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Sprawach Polskich” 2002, t. III, nr 4, Biuletyn Biura Informacji Rady Europy;
- *The Possible Shape of a Reporting System for International Humanitarian Law: Topics to be Addressed* [w:] *Towards a Better Implementation of International Humanitarian Law. Proceedings of an Expert Meeting Organised by the Advisory Committee on In-*

- ternational Humanitarian Law of the German Red Cross, Frankfurt/Main, May 28–30, 1999*, ed. M. Bothe, Berlin Verlag Arno Spitz GmbH, Berlin 2001;
- *The Right to Work and Rights in Work [w:] Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, eds A. Eide, C. Krause, A. Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht–Boston–London 1995, and 2nd Revised Edition, 2000 [podręcznik przetłumaczono z języka angielskiego na chiński];
 - *Koncepcja minimalnych standardów humanitarnych*, „Sprawy Międzynarodowe” 1999, nr 3 [przetłumaczono na język angielski w: „The Polish Quarterly of International Affairs” 1999, no. 3];
 - *Prawa człowieka w Karcie NZ i w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, „Sprawy Międzynarodowe” 1998, nr 3 [przetłumaczono na język angielski w: „The Polish Quarterly of International Affairs” 1998, no. 3];
 - *Zobowiązania międzynarodowe Polski w dziedzinie praw człowieka*, „Rocznik Polityki Zagranicznej” 1998 [przetłumaczono na język angielski w: „The Yearbook Polish Quarterly of International Affairs” 1999, no. 3];
 - *Wolność nauczania religii w szkołach publicznych na tle sprawy polskiej przed Europejską Komisją Praw Człowieka*, „Studia Europejskie” 1998, t. II;
 - *Protection of Human Rights and the Formation of Civil Society [w:] An Ever Larger Union. The Eastern Enlargement in Perspective*, ed. R. Dehousse, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden 1998;
 - *Prawa człowieka a prawo do rozwoju [w:] Uniwersalizm praw człowieka. Idea a rzeczywistość w krajach kultur pozaeuropejskich*, red. K. Tomala, Wydawnictwo Naukowe ASKON, Warszawa 1998;
 - *Internationalization of Human Rights and Their Juridization [w:] An Introduction to the International Protection of Human Rights. A Textbook*, eds R. Hanski, M. Suksi, Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, Turku/Åbo 1997 [przetłumaczono na język serbo-chorwacki i albański];
 - *The United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights [w:] An Introduction to the International Protection of Human Rights. A Textbook*, eds R. Hanski, M. Suksi, Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, Turku/Åbo 1997 [przetłumaczono na język serbo-chorwacki i albański];
 - *Implementation of Social and Economic Rights in Central and Eastern Europe Transforming from Planned Economy to Market Economy*, „Nordic Journal of International Law” 1995, vol. 64;
 - *Pluralism and Freedom of Association: The Case of Trade Unionism [w:] The Strength of Diversity. Human Rights and Pluralist Democracy*, ed. J. Helgesen, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht–Boston–London 1992;
 - *The Future Relations Between Eastern Europe and the Council of Europe [w:] Legal Aspects of a New European Infrastructure*, eds A. Bloed, W. de Jonge, Europa Instituut–Nederlands Helsinki Comité, Utrecht 1992;

- *Strengthening the Supervisory System of the Geneva Conventions and Their Additional Protocols* [w:] *Humanitarian Law in Today's World*, ed. A. Rosas, Finnish Red Cross, Helsinki 1992;
- *Reporting Mechanism for Supervision of National Legislation Implementing International Humanitarian Law* [w:] *Humanitarian Law of Armed Conflicts. Challenges Ahead*, eds A.J.M. Delissen, G.J. Tanja, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht–Boston–London: 1991;
- *Institutional Arrangements for Pan-European Human Rights Protection* [w:] *Perspectives of an All-European System of Human Rights Protection. The Role of the Council of Europe, the CSCE, and the European Communities. Proceedings and Recommendations of an International Conference. Poznań, Poland, 8–11 October 1990*, eds Z. Kędzia A. Korula, M. Nowak, N.P. Engel, Publisher, Kehl–Strasbourg–Arlington 1991;
- *Human Rights Challenges in Eastern Europe* [w:] *Human Rights and Fundamental Freedoms in the Trans-European Dimension. Reports of the Second European Conference Concerning the Protection of Human Rights*, ed. A.M. Revedin, CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova 1991;
- *The Human Rights Protection in Poland* [w:] *Les droits de l'homme dans la nouvelle dimension de l'Europe. Actes de la première Conférence Européenne sur la protection des droits de l'homme*, CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova 1990;
- *The Status of International Human Rights Instruments in Domestic Law* [w:] *International Human Rights Norms in Domestic Law: Finnish and Polish Perspectives*, ed. A. Rosas, Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki 1990;
- *Implementacja międzynarodowego prawa humanitarnego w ramach ustawodawstwa krajowych*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Studia Prawnoustrojowe” 1990, nr 2;
- *Sosialismens krise – nye perspektiver for demokrati og fagforeningsrettigheter*, „Mennesker og Rettigheter. Nordisk Tidsskrift om Menneskerettigheter” 1990, vol. 8, no. 3;
- *National Legislation as a Measure for Implementation of International Humanitarian Law*, [w:] *Implementation of International Humanitarian Law*, eds F. Kalshoven, Y. Sandoz, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht–Boston–London 1989;
- *Freedom of Association in One-Party Systems – A Case of Trade Unionism in East European States*, „Mennesker og Rettigheter. Nordic Journal on Human Rights” 1989, vol. 7, no. 4;
- *The Rights of Solidarity as Human Rights. Some Methodological Aspects*, „Mennesker og Rettigheter. Nordic Journal on Human Rights” 1988, vol. 6, no. 4;
- (z: A. Eide), *Perestroika and Glasnost – The Changing Profile of Soviet Union towards International Law and Human Rights*, „Mennesker og Rettigheter. Nordic Journal on Human Rights” 1988, vol. 6, no. 4;

- *International Humanitarian Law and Domestic Legislation with Special Reference to Polish Law*, „Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre” (Bruxelles) 1985, vol. XXIV, no. 1–2;
- *Koncepcja prawa do środowiska jako prawa człowieka*, „Państwo i Prawo” 1985, z. 10;
- *The Rights of Solidarity – The Third Revolution of Human Rights*, „Nordisk Tidsskrift for International Ret. Acta Scandinavica Juris Gentium” 1984, vol. 53, fasc. 3–4;
- *System instytucji wyspecjalizowanych współpracy skandynawskiej*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego” 1984, nr 12;
- *Trzecia generacja praw człowieka*, „Sprawy Międzynarodowe” 1983, nr 10;
- *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka jako inspiracja współczesnego rozwoju praw człowieka*, „Chrześcijanin w Świecie. Zeszyty ODiSS” 1983, nr 123;
- *Idea wspólnego dziedzictwa ludzkości a prawa człowieka*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1982, nr 1–3;
- *Model przedstawicielstwa do skandynawskiego zgromadzenia międzyparlamentarnego*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego” 1981, nr 9;
- *Geneza i podstawy prawne Rady Nordyckiej*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego” 1980, nr 8;
- *The Conception of Administrative Organs in the Nordic Council of Ministers*, „International Review of Administrative Sciences” (Bruxelles) 1980, vol. XLVI, no. 4;
- *Partyzantka i zbrojny ruch oporu a kodyfikacja międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1974, nr 1;
- *Indyjsko-pakistański spór przed MTS w sprawie kompetencji Rady ICAO*, „Sprawy Międzynarodowe” 1974, nr 2.

Jubilat kontynuuje na emeryturze dydaktykę w Uniwersytecie Gdańskim, Uniwersytecie w Strasburgu i na różnych kursach międzynarodowej ochrony praw człowieka oraz prowadzi badania w zakresie międzynarodowej ochrony praw człowieka i mniejszości narodowych.



Allan Rosas

Judge of the Court of Justice of the European Union
allan.rosas@curia.europa.eu

THE ENLARGED SCOPE OF THE EU'S COMMON COMMERCIAL POLICY

1. Introduction

That the European Union (hereinafter EU) is not an intergovernmental organization but a more far-reaching integration community can already be seen from the fact that the EU, in some areas, has *exclusive competence*, meaning that there is, in principle, no parallel competence for its Member States in the specific area concerned.¹ According to Article 2(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter TFEU), '[w]hen the Treaties confer on the Union exclusive competence in a specific area, only the Union may legislate and adopt legally binding acts, the Member States being able to do so themselves only if so empowered by the Union or for the implementation of Union acts.'

As can be seen from Article 3 TFEU, Union exclusive competence is also relevant in the context of EU external relations, that is, the treaty and other relations of the Union with third States.² Article 3(1) provides for 'a priori exclusivity'³ in the following areas: (a) customs union; (b) the establishing of the competition rules necessary for the functioning of the internal market; (c) monetary policy for the Member States whose currency is the euro; (d) the conservation of marine biological resources under the common fisheries policy; and (e) common commercial policy. Especially in the context of EU external relations, the common commercial policy (hereinafter CCP), regulated, apart from Article 3(1) TFEU,

¹ On the differences in competence and powers between the EU and intergovernmental organisations in general, see A. Rosas and L. Armati, *EU Constitutional Law: An Introduction*, 3rd rev. ed., Oxford 2018, notably chapter 2.

² ² On EU exclusive competence in general see, e.g. A. Rosas, *EU External Relations: Exclusive Competence Revisited*, "Fordham International Law Journal" 2016, vol. 38, p. 1073.

³ A. Dashwood, *Mixity in the Era of the Treaty of Lisbon* [in:] *Mixed Agreements Revisited: The EU and Its Member States in the World*, eds C. Hillion, P. Koutrakos, Oxford 2010, pp. 351, 356.

in Article 207 TFEU in particular, stands out as the most important category of 'a priori exclusivity'. It can safely be said that it is because of the exclusive character of the EU's competence in this area that the Union is generally considered as an important trade actor on the world arena.

If an envisaged international agreement does not fall under the common commercial policy or any of the other grounds listed in Article 3(1) TFEU, it may still fall under the EU's exclusive competence by virtue of Article 3(2) TFEU, which provides for three general criteria for determining the existence of an exclusive competence. The most important of these criteria is the so-called AETR/ERTA principle (so branded after a famous judgment of the European Court of Justice (hereinafter ECJ) of 1971 dealing with the European Road Transport Agreement ERTA⁴), according to which the conclusion of an international agreement belongs exclusively to the Union 'in so far as its conclusion may affect common rules or alter their scope', in other words could affect Union legislative or other internal legal acts. Among such agreements may be agreements that have some relevance for international trade although they are not deemed to fall under the CCP, as defined in Article 207 TFEU. If an EU competence is not exclusive, it is in most cases shared with the Member States.⁵ Agreements concluded under a shared competence usually become mixed, which means that they will be open for conclusion by not only the Union but also its Member States.⁶ In addition, EU Member States continue to conclude some international agreements in their own names, without the participation of the EU as a contracting party. Whilst the agreements concluded by Member States without formal EU participation are, in principle, part of the national law of the Member States that have concluded them and are not part of Union law as such, such agreements may become relevant for Union law purposes as well, especially if the agreement in question concerns matters falling under an EU competence.⁷

The practical importance of the distinction between exclusive and shared competence should not be exaggerated.⁸ Even in an area of exclusive competence, if

⁴ Case 22/70, *Commission v. Council*, EU:C:1971:32.

⁵ A (non-exhaustive) list of areas of shared competence is contained in Article 4(2) TFEU.

⁶ On the phenomenon of mixed agreements see, e.g. A. Rosas, *The European Union and Mixed Agreements* [in:] *The General Law of E.C. External Relations*, eds A. Dashwood and C. Hillion, London 2000, p. 200; J. Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, The Hague 2001; *Mixed Agreements Revisited: The EU and Its Member States in the World*, eds C. Hillion, P. Koutrakos, Oxford 2010.

⁷ A. Rosas, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, "Fordham International Law Journal" 2011, vol. 34, p. 1310. Despite the existence even of an exclusive competence, the EU may be barred from adhering to a given multilateral treaty, for instance because according to the agreement, only States may adhere to it.

⁸ See A. Rosas, *Exclusive, Shared and National Competence in the Context of EU External Relations: Do Such Distinctions Matter?* [in:] *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, eds I. Govaere et al., Leiden 2013, p. 17.

the EU is barred from becoming a party to an international convention or member of an international organisation, the EU may, as is envisaged in Article 2(1) TFEU, authorise the Member States to act in the interest of the Union. On the other hand, in areas of shared competence, the so-called duty of cooperation may require that the EU institutions and the Member States act jointly, preventing the Member States from acting alone.⁹

Yet, the question of whether the European Union should act alone, notably in concluding international agreements, or whether Member States' participation is allowed or called for, does have significance both in theory and in practice—not only for the relations between the EU and its Member States, but also for its relations with third States. The latter will normally prefer Union-only agreements to mixed agreements, wishing to avoid the complexities and uncertainties stemming from mixed agreements – when will the EU side be able to muster the 29 ratifications needed (the Union + 28 Member States) and who, on the EU side, is responsible for what?¹⁰ Such problems were recently brought into sharp relief in the context of the conclusion of two mixed trade and cooperation agreements: In a Dutch referendum organised in 2016 the majority voted against the adoption of an Association Agreement with Ukraine, thus triggering the perspective of Dutch non-ratification of this Agreement, and with respect to the Comprehensive Economic and Trade Agreement (hereinafter CETA) with Canada, the Belgian Walloon region in particular threatened to block its signature and provisional application, which, only after some assurances could be obtained, was finally signed and made provisionally applicable in October 2016.¹¹

This tribute to Krzysztof Drzewicki will focus on the CCP as a basis for EU exclusive competence. There will be a special emphasis on recent developments with regard to the *scope* of the CCP, as its scope has become enlarged both by modifications to what is today Article 207 TFEU and through the case law of the ECJ. Article 207(1) TFEU does spell out the basic parameters in referring to the conclusion of tariff and trade agreements relating to, inter alia, 'trade in goods

⁹ See in particular Case C-246/07, *Commission v. Sweden*, EU:C:2010:203.

¹⁰ See P. Olson, *Mixity from the Outside: The Perspective of a Treaty Partner* [in:] *Mixed Agreements Revisited...*, p. 331.

¹¹ Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, [2014] OJ L161/3; Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, [2017] OJ L11/23. See more generally, e.g. G. Van der Loo and R.A. Wessel, *The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions*, "Common Market Law Review" 2017, vol. 54, p. 735. On the discussions surrounding CETA see A. Rosas, *The EU and International Dispute Settlement*, "Europe and the World: A Law Review" 2017, vol. 1, no. 7, pp. 24–26. As part of a political agreement to allow the signature and provisional application of CETA, Belgium has requested an Opinion from the ECJ on the compatibility of the investor-to-state dispute settlement (ISDS) mechanism contained in CETA with Union law, Opinion 1/17 pending (the oral hearing took place on 26 June 2018).

and services', the 'commercial aspects of intellectual property', and 'foreign direct investment'. But what is more specifically meant, for instance, by the conclusion of 'trade agreements' relating to the 'commercial aspects' of intellectual property? How, in other words, is the line to be drawn between the regulation of intellectual property (for instance, trademarks, copyrights and patents) as part of international trade and thus belonging to the exclusive competence of the Union, on the one hand, and the regulation of intellectual property rights in general, as part of EU internal market regulation and thus belonging to an area of shared competence, on the other?

Article 207 TFEU (formerly Article 133 of the Treaty establishing the European Community) obtained its present wording through the Treaty of Lisbon (which entered into force on 1 December 2009), which implied a specification of the entirely exclusive character of trade in services and the trade-related aspects of intellectual property and added the notion of foreign direct investment to the list.¹² It should have come as no surprise that there was a perceived need to test the precise scope of the new formulations by bringing cases before the ECJ and during recent years, the Court has had to deal with some important cases relating to the scope of the concept of CCP. This development can be seen in the broader context of a number of cases concerning the application of the AETR/ERTA principle as a basis for exclusive competence, as well as some other aspects of EU external relations law.¹³ Before going into the post-Lisbon case law relating to the CCP, a few words will be said about its origins and earlier development.

2. Origins and Development

As the aims of the Treaty of Rome establishing the European Economic Community (1957) included the creation of a customs union as well as an internal market, it became almost inevitable that a common commercial policy would be provided for as well. What are today Articles 206–207 TFEU were included already in a different form in Articles 110–116 of the original Treaty of Rome. A common customs tariff was established during the 1960s while some import

¹² See, e.g. F. Hoffmeister, *Of Transferred Competence, Institutional Balance and Judicial Autonomy: Constitutional Developments in EU Trade Policy Seven Years after Lisbon* [in:] *The EU as a Global Actor Bridging Legal Theory and Practice: Liber Amicorum in Honour of Ricardo Gosalbo Bono*, eds J. Czuczai and F. Naert, Leiden 2017, pp. 309, 310–318

¹³ Concerning both the CCP and the AETR/ERTA principle, see A. Rosas, *EU External Relations...*, p. 1073. There have also been a number of cases relating to Article 218 TFEU, which regulates the procedures to be applied in the conclusion of international agreements by the EU, A. Rosas, *Recent Case Law of the European Court of Justice relating to Article 218 TFEU* [in:] *The EU as a Global Actor Bridging Legal Theory and Practice...*, p. 365.

restrictions maintained by individual Member States were abolished only much later.¹⁴

In an Opinion of 1975, the ECJ for the first time explicitly confirmed that the CCP belonged to the area of exclusive competence.¹⁵ After having considered that export credits are covered by the notion of export policy and more generally by the CCP, the Court held that in the field of export credits, accepting the concurrent competence of the Member States would distort competition between the undertakings of the various Member States and would, inter alia, prevent the Community 'from fulfilling its task in the defence of the common interest.' In subsequent case law, the Court, as far as the trade in *goods* is concerned, confirmed its fairly broad understanding of the concept of the CCP, including various sorts of restrictions or regulations such as technical, sanitary and other barriers to trade, export credits, and tariff preferences in favor of developing countries.¹⁶

In Opinion 1/94,¹⁷ the Court confirmed that not only the General Agreement on Tariffs and Trade (hereinafter GATT), but also all the multilateral agreements on trade in goods provided for in Annex 1A of the Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization (hereinafter WTO) of 1994, fall under the CCP and thus belong to the sphere of exclusive competence. There also appeared indications in the Court's case law that measures regulating international trade may belong to the sphere of exclusive competence even if they pursue other ultimate objectives (development, environment, political objectives, and so on).¹⁸ On the other hand, some later decisions are based on the idea that measures affecting trade may escape the realm of the CCP if the predominant objectives and components of the agreement are to be seen elsewhere, notably in the protection of the environment.¹⁹

As to trade in services and the trade aspects of intellectual property rights, the ECJ, in Opinion 1/94, famously ruled that matters dealt with in the WTO

¹⁴ P. Eeckhout, *EU External Relations Law*, 2nd rev. ed., Oxford 2011, pp. 11–13. On the origins of the notion of the CCP as an exclusive competence see also M. Kaniel, *The Exclusive Treaty-Making Power of the European Community up to the Period of the Single European Act*, Leiden 1996, pp. 17–19, 67–79.

¹⁵ Opinion 1/75 (Understanding on a Local Cost Standard), EU:C:1975:145.

¹⁶ See, e.g. Opinion 1/78 (International Agreement on Natural Rubber), EU:C:1979:224 (which concluded, on the other hand, that Member States' participation in a financing scheme would imply a mixed agreement); Case C-45/86, *Commission v. Council*, EU:C:1987:163; Case C-62/88, *Greece v. Council* ('Chernobyl'), EU:C:1990:153.

¹⁷ Opinion 1/94 (WTO Agreements), EU:C:1994:384.

¹⁸ See, e.g. A. Rosas, *Les relations internationales commerciales de l'Union européenne – Un aperçu juridique et développements actuels* [in:] *Liber Amicorum Bengt Broms: Celebrating His 70th Birthday 16 October 1999*, Helsinki 1999, pp. 428, 430–433.

¹⁹ See, e.g. Opinion 2/00 (Cartagena Protocol), EU:C:2001:664. Cf. Case C-94/03, *Commission v. Council*, EU:C:2006:2 (where the Court held the commercial policy objective was predominant and that the agreement in question fell under an exclusive competence).

General Agreement on Trade in Services (hereinafter GATS)²⁰ and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (hereinafter TRIPS) fell, as a general rule, outside the realm of the CCP and thus of exclusive competence. While after this Opinion a pragmatic way of dealing with WTO matters was found, giving the Commission the task of representing the Community and its Member States also in GATS and TRIPS contexts—albeit based on previous coordination between the Commission and the Member States,²¹ the formal distinction between exclusive (GATT) and shared competence (GATS and TRIPS) continued to be a source of uncertainty and concern,²² and various initiatives were taken to bring the latter under the umbrella of the CCP.

One such effort was made in the context of the Treaty of Nice of 2001, which amended, inter alia, the Treaty establishing the European Community (hereinafter ECT), including its then Article 133 relating to the CCP. Whilst Article 133(5) ECT, as amended, provided that the conclusion of international agreements in the fields of trade in services and the trade-related aspects of intellectual property rights fell under the first four paragraphs of the same Article, in other words under the CCP, this was said to be ‘without prejudice’ to Article 133(6). The latter provision stated that trade in certain sensitive service sectors (cultural and audiovisual services, educational services, and social and human health services) continued to fall under a shared competence.

In Opinion 1/08, given the day before the entry into force of the Treaty of Lisbon, the ECJ refuted the thesis of the Commission and the European Parliament according to which the exception contained in Article 133(6) ECT only concerned agreements which exclusively or predominantly covered the services belonging to the sensitive sectors listed in Article 133(6). The Court also confirmed that the transport aspects of such an agreement were not covered by Article 133 ECT at all.²³ The conclusion of the agreements made in the context of GATS thus fell within the sphere of shared competence of the Community and its Member States.

²⁰ See also Case C-360/93, *Parliament v. Council*, EU:C:1996:84, where the Court, by referring to Opinion 1/94, observed that only services which are supplied across frontiers fell within the scope of the common commercial policy (para 29) and annulled the decision to conclude an agreement on public procurement as it had been based on Article 113 ECT (now Article 207 TFEU) alone.

²¹ See, e.g. J. Heliskoski, *Joint Competence of the European Community and its Member States and the Dispute Settlement Practice of the World Trade Organization*, “Cambridge Yearbook of European Law” 1999, vol. 61, no. 2.

²² As TRIPS was considered to fall under a shared competence, the ECJ was in many cases confronted with the question of the division of competence between the Community and the Member States in order to ascertain which parts of the Agreement formed part of Community law. See, e.g. Case C-431/05, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos*, EU:C:2007:496.

²³ Opinion 1/08, EU:C:2009:739, concerned the conclusion of agreements on the grant of compensation for modification and withdrawal of certain GATS commitments following the accession of new Member States to the EU.

3. *Daiichi Sankyo*

As already noted above, the entry into force of the Lisbon Treaty changed the legal landscape in a significant manner. That the new definition of the CCP contained in Article 207(1) TFEU did not settle all possible disagreements became clear in the context of a request for a preliminary ruling submitted to the ECJ in 2011. The national (Greek) judge wanted to know whether a provision of TRIPS (Article 27) setting out the framework for patent protection fell within an area for which the Member States continued to have primary competence—in which case they would have been free to decide on the possible direct effect of the provision in question—and also put some questions relating to the interpretation of this and another provision of TRIPS.²⁴ The Court answered the first question in the negative, concluding that Article 27 TRIPS ‘falls within the field of the common commercial policy.’

This conclusion must be seen in the context of the arguments put before the Court by a number of Member States. They argued that the question should be approached in the context of the case law of the Court relating to mixed agreements, implying that there was an EU competence only to the extent that the European Union had exercised its powers and adopted provisions to implement the agreement. This was because the majority of the rules of TRIPS, such as those concerning patentability, should be considered as concerning international trade only indirectly, and hence as falling outside the field of the CCP. For these Member States, it was thus as if practically nothing had changed with the Treaty of Lisbon! Yet it had been the general understanding when the Lisbon Treaty was prepared that the Nice Treaty provision relating to the CCP did not go far enough and that the credibility, coherence and efficacy of the trade policy of the Union required a broader scope, and at the same time more streamlined wording, for the basic provision defining the scope of the CCP.

The Court could not agree with the reductionist approach proposed by some Member States, observing, *inter alia*, that TFEU Article 207 differed noticeably from Article 133 ECT. In this new situation, Opinions 1/94 and 1/08 were no longer relevant. As to Article 27 of TRIPS, the entire agreement, being as it is an integral part of the WTO system, has a specific link with international trade. This can be seen, *inter alia*, from the fact that under the WTO system, there may be ‘cross-suspension’ of concessions between TRIPS and the other WTO multilateral agreements (GATT and GATS), meaning that a violation of, say, a rule in GATT relating to trade in goods may be met with sanctions, that is suspension

²⁴ Case C-414/11, *Daiichi Sankyo*, EU:C:2013:520. See also A. Rosas, *EU External Relations...*, pp. 1081–1082.

of concessions, affecting the application of TRIPS, or vice versa.²⁵ The Court also observed that the terms used in Article 207(1) TFEU ‘correspond almost literally’ to the very title of TRIPS.²⁶

Whilst this judgment should have settled the question of the status of TRIPS, some issues were left to be clarified in future case law. Examples include the status of other international agreements relating to the protection of intellectual property rights (such as those concluded under the auspices of the World Intellectual Property Organization (WIPO) and the scope of the notion of ‘foreign direct investment’ as referred to in Article 207(1) TFEU. Moreover, Article 207(5) TFEU repeats the exclusion of transport services from the scope of Article 207, which shall continue to be subject to the transport part of the TFEU (Title VI of Part Three). As we shall see below, some of these issues have now been clarified in subsequent case law, notably Opinion 2/15 relating to a trade agreement concluded with Singapore. Before embarking upon a discussion of this important Opinion, some words should be said about other ECJ decisions following *Daiichi Sankyo* and having a bearing on the scope of the CCP.

4. Some Other ECJ Decisions Relating to the CCP

First of all, a case brought by the European Commission against the EU Council decided by the ECJ in 2013 and relating to trade in services concerned more specifically the delimitation of acts having a specific link to international trade from acts relating to the EU internal market.²⁷ The parties agreed that the international trade in services falls under Article 207 TFEU but the Council and some Member States argued that the act in question related to the internal market rather than international trade. The Council, contrary to the proposal of the Commission, had decided that the legal basis of the decision to sign a Council of Europe Convention relating to the legal protection of radio, television and information society services based on conditional access (access subject to prior individual authorisation) should be Article 114 TFEU relating to the internal market and that the Convention should accordingly be signed both by the Union and its Member States.²⁸ Before the Court, the Council, together with some Member States, argued that the Convention was primarily intended to approximate the

²⁵ See para 54 of the judgment.

²⁶ *Ibidem*, para 55.

²⁷ Case C-137/12, *Commission v. Council*, EU:C:2013:675.

²⁸ Unlike the CCP, the internal market is in Article 4(2) TFEU listed among the areas of shared competence. See also Opinion 2/92 (Third Revised Decision of the OECD on National Treatment) EU:C:1995:83 (holding that the OECD rules in question were partly covered by the Unions internal market rules and not by the rules of its CCP).

legislation of the contracting parties and that it thus concerned the EU internal market and that the fact that the Convention, unlike EU internal legislation in this field,²⁹ also affected trade in services between the European Union and third countries, was of an indirect and secondary nature only. Some Member States added that the provisions of the Convention relating to seizure and confiscation were of a criminal law nature and already for this reason fell outside the CCP.

The Court rejected this line of argument and annulled the Council decision. After a detailed analysis of the different provisions of the Convention, the Court concluded that it was supposed to help extend the application of EU internal legislation beyond the borders of the EU in order to promote the supply of services to third countries, and that the aspects of the Convention which did not clearly relate to the international trade in services were of an incidental or ancillary nature. Hence the contested decision 'primarily' pursued an objective having a 'specific connection to the common commercial policy.' That meant that the decision should have been based on Article 207(4) TFEU instead of Article 114 and that the signing of the Convention fell within the exclusive competence of the European Union.³⁰ The judgment confirms earlier case law relating to 'ancillary' provisions, implying that it is sufficient for an act to fall under the CCP if its primary objective and content is to regulate trade with third countries.³¹ This question of the 'centre of gravity' of a particular international agreement was to come up again in the context of Opinions 2/15 and 3/15, both delivered in 2017.

Opinion 3/15 came out first, in February 2017.³² At issue was not a typical trade agreement but the Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons who are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled, which constitutes a development of the basic obligation contained in Article 30(1) of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities³³ to grant persons with disabilities access to cultural materials in accessible format. The Marrakesh Treaty does have a commercial aspect to it as well, however, as it affects copyrights and was thus prepared and concluded under the auspices of the World Intellectual Property Organization.

The ECJ discussed at length the different substantive provisions of the Treaty and came to the conclusion that, whilst two of its provisions (Articles 5 and 6 in particular) did indeed apply to the exports and imports of accessible format copies for the benefit of print disabled persons as beneficiaries, these provisions, which had a limited scope, served the overall purpose of the Treaty, which was

²⁹ Council Directive 98/84, [1998] OJ L320/54.

³⁰ Case C-137/12, EU:C:2013:675, para 76.

³¹ See, e.g. A. Rosas, *The European Union and Mixed Agreements...*, pp. 204–205.

³² Opinion 3/15, EU:C:2017:114.

³³ This Convention was concluded by the EU by Council Decision 2010/48/EC of 26 November 2009, [2010] OJ L23/35.

not to promote, facilitate or govern international trade but to facilitate the access of beneficiary persons to published works, by providing for exceptions or limitations to certain copyrights. The facilitation of the cross-border exchange of accessible format copies thus appeared to be a ‘means of achieving the non-commercial objective of the Marrakesh Treaty’³⁴ and so this Treaty did not fall within the CCP.

This ruling should be seen against the background of the Court’s earlier case law, confirmed also in *Daiichi Sankyo*, according to which an EU act falls within the CCP if it ‘relates specifically to international trade’, which means 1) that ‘it is essentially intended to promote, facilitate or govern trade’ and 2) that it has ‘direct and immediate effects on trade’.³⁵ The story of the Marrakesh treaty does not end here, however. As pointed out above, an EU exclusive competence may also follow from the fact that there are EU internal legislative or other legal acts (‘common rules’) which may be affected by the conclusion of an international agreement (the so-called AETR/ERTA principle, as expressed in Article 3(2) TFEU). On this point, the Court concluded that Directive 2001/29 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society³⁶ did indeed contain common rules which would be affected by the Marrakesh Treaty. The end result, that the conclusion of this Treaty falls within the exclusive competence of the Union, is in line with three decisions of the ECJ delivered during the autumn of 2014, in which the Court equally found that the existence of certain common rules implied an exclusive Union competence to conclude international agreements affecting those rules.³⁷

Opinion 3/15 thus serves as an illustration of the fact that, as was already noted above (section 1), the AETR/ERTA principle may sometimes serve as a complement to Articles 3(1) and 207 TFEU, implying that agreements which have a trade component that is not sufficient to relate them ‘specifically to international trade’, under the test defined by the ECJ with respect to Article 207 TFEU, may fall under an exclusive competence by virtue of Article 3(2) TFEU.

³⁴ Opinion 3/15, EU:C:2017:114, para 90.

³⁵ Case C-414/11, *Daiichi Sankyo*, EU:C:2013:520, para 51; Opinion 3/2015, EU:C:2017:114, para 61.

³⁶ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, [2001] OJ L167/10.

³⁷ Case C-114/12, *Commission v. Council*, EU:C:2014:2151 (concerned negotiations on a Council of Europe draft convention relating to the protection of neighbouring rights of broadcasting organisations); Opinion 1/13 EU:C:2014:2303 (concerned the competence to accept the accession of third States to the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction); Case C-66/13, *Green Network*, EU:C:2014:2399 (concerned the competence of a Member State to conclude a bilateral agreement with a third State relating to the import of ‘green’ electricity). See also A. Rosas, *EU External Relations...*, pp. 1084–1094.

The AETR/ERTA principle also became an important issue in the context of Opinion 2/15, to which we shall now turn.

5. Opinion 2/15

Opinion 2/15, relating to the competence to conclude a free trade agreement with Singapore,³⁸ is no doubt one of the most important decisions the ECJ has been asked to take in this field. It raises questions both relating to the scope of the CCP and to the application of the AETR/ERTA principle (in the latter case, concerning those parts of the agreements which, despite being parts of a comprehensive trade agreement, cannot be deemed to fall under the CCP).

Opinion 2/15 should be seen against the background of the vivid debate which has been going on in recent years on how EU trade policy should be conducted. On the one hand, concerns have been expressed as to the negative effects that the liberalization of trade and the protection of private investment may have on societal values such as health and the environment and these concerns are usually accompanied by a preference for mixed agreements, so as to guarantee that the national parliaments of each Member State have a full say in the conclusion of the agreement. On the other hand, there are also voices stressing the need for an effective EU trade policy to counter the other major trade actors (such as China, Japan, Mercosur and the United States) and this approach often leads to a preference for a Union exclusive competence, with a view to avoiding lengthy internal EU discussions and the risk of the conclusion of an agreement being held hostage to opposition expressed in one or two Member States only. As noted above (section 1), the recent difficulties surrounding the conclusion of a trade agreement with Canada (the Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA) were accentuated by the fact that at least in one Member State (Belgium) such a veto power belongs not to the federal Government or Parliament but to a sub-federal region.

Whilst the Commission, mainly out of political considerations, accepted that CETA be concluded as a mixed agreement,³⁹ it decided to fight the issue in the context of the draft agreement negotiated with Singapore and consequently brought the question of competence before the ECJ in the form of a request for an Opinion from the Court.⁴⁰ The Commission asked the Court to rule that

³⁸ Opinion 2/15 (Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore), of 16 May 2017, EU:C:2017:376.

³⁹ G. Van der Loo and R.A. Wessel, *The Non-Ratification of Mixed Agreements...*, p. 737.

⁴⁰ According to Article 218(11) TFEU, a Member State and any of the three main political institutions of the Union may obtain the opinion of the Court as to whether an 'agreement envisaged' is 'compatible with the Treaties'. This formulation has been considered to cover also the question of

all the provisions of the envisaged agreement, with the sole exception of those concerning cross-border transport services and non-direct investment ('portfolio investment'), fall within the scope of the CCP. With respect to cross-border transport services and portfolio investment, the Commission argued in favour of an exclusive competence of the Union on the basis of the AETR/ERTA principle recognised in Article 3(2) TFEU. According to the Commission, the entire agreement thus belonged to the area of exclusive competence. In the following, the discussion will be limited primarily to the question of the scope of the CCP.

With respect to the provisions of the draft agreement which contain commitments relating to market access of goods and services, it suffices to note here that the Court, essentially basing itself on earlier case law, confirmed that they all, with the exception of transport services, belong to the sphere of the CCP.⁴¹ The exclusion of transport services stems from Article 207(5) TFEU, according to which the negotiation and conclusion of international agreements 'in the field of transport' shall be subject to the part of the TFEU dealing with transport (Articles 90-100) rather than Article 207 itself. As to services in general, the Opinion confirms that Article 207(1) TFEU covers all four modes of services (that is, cross-border supply, supply in the Member State of the service provider, commercial presence (establishment) in another Member State and temporary presence in another Member State).⁴² In this context, it can also be noted that all the commitments of the agreement relating to competition were considered by the Court to fall within the field of the CCP.⁴³

While with respect to the above parts of the draft agreement the outcome was fairly obvious, the main discussion centred on those parts of the agreement which provided for commitments relating to investment, intellectual property protection and sustainable development. As far as investment is concerned (regulated in chapter 9 of the agreement), the Court easily came to the conclusion that the words 'foreign direct investment' in Article 207(1) TFEU must mean something and so the Court concluded that non-direct (portfolio) investment falls outside Article 207, pointing out that the use by the authors of the Treaty of the word 'direct' 'is an unequivocal expression of their intention not to include other foreign investment in the common commercial policy'.

Even with respect to direct investment,⁴⁴ however, some Member States tried to argue that the CCP only relates to the admission of new investment and not to

competence (exclusive or shared) to conclude an agreement, see, e.g. Opinion 1/03 (New Lugano Convention), EU:C:2006:81, para 112; Opinion 2/15, EU:C:2017:376, para 28.

⁴¹ Opinion 2/15, EU:C:2017:376, paras 40–77. In the draft agreement, the commitments relating to market access appear in chapters 2 to 8 and chapter 10.

⁴² *Ibidem*, paras 54–55.

⁴³ *Ibidem*, paras 131–138 (these commitments are contained in chapter 12 of the draft agreement).

⁴⁴ The Court, at para 80 of the Opinion, recalled its case law relating to the notion of direct

the protection of existing investment. The Court refuted this thesis, as well as the argument that certain provisions of the agreement enabling derogations with a view to safeguarding public order, public security and other public interests, or providing for guarantees that expropriations or criminal law, tax law or social security legislation be applied in a fair manner, would belong to an area of exclusive competence of the Member States.⁴⁵ Without going into the details of the Court's reasoning, it would appear that the Court adopted a holistic approach, based on the idea that the inclusion of 'foreign direct investment', without any qualifications or limitations, in Article 207 TFEU must mean that in principle all provisions of a trade agreement which aim at creating a level playing field for foreign investors (fair and equitable treatment, principle of non-discrimination, etc.) are integral parts of a contemporary trade policy.

This approach would apply to provisions relating to foreign direct investment of a substantive character. As to the institutional and procedural question of dispute settlement, Opinion 2/15 makes an important distinction between state-to-state and investor-to-state (hereinafter ISDS) dispute settlement.⁴⁶ While the former should follow the solution as regards the substantive commitments (in other words, a dispute settlement between the EU and Singapore falls within the CCP as far as direct investment is concerned, whilst the settlement of disputes concerning portfolio investment would belong to the sphere of shared competence), the Court viewed the question of ISDS differently. It ruled that the ISDS provisions of the draft agreement, whether relating to direct or non-direct investment, fall within a competence shared between the EU and its Member States, in so far as the private investor, by submitting a dispute to ISDS, would create a situation which would remove the dispute from the jurisdiction of the courts of the Member State. Such a system, according to the Court, 'cannot ... be established without the Member States' consent'.⁴⁷ No further explanation of this view is provided.

As to the commitments relating to intellectual property rights, the Court, in the same vein as it had done in *Daiichi Sankyo*, concluded that they all belong to the sphere of the CCP. The Court pointed out, inter alia, that these commitments 'enable entrepreneurs of the [EU] and Singapore to enjoy, in the territory of the other Party, standards of protection of intellectual property rights

investment, which consists in investments 'which serve to establish or maintain lasting and direct links between the persons providing the capital and the undertakings to which that capital is made available'. With respect to companies limited by shares, the investment becomes of a direct nature 'where the shares held by the shareholder enable him to participate effectively in the management of that company or in its control'.

⁴⁵ *Ibidem*, paras 101–109.

⁴⁶ On these concepts see A. Rosas, *The EU and International Dispute Settlement...*, pp. 18–19, 23–26.

⁴⁷ Opinion 2/15, EU:C:2017:376, para 292. The dispute settlement system of the draft agreement is discussed at paras 285–304.

displaying a degree of homogeneity and thus contribute to their participation on an equal footing in the free trade of goods and services between the [EU] and the Republic of Singapore'.⁴⁸ This reasoning also applied to the provisions relating to the implementation and enforcement of intellectual property rights (it should be added that similar provisions are to be found in TRIPS, which the Court, as noted above, in *Daiichi Sankyo* had considered to contain commitments belonging to the sphere of the common commercial policy). One specific point of this part of the Opinion still merits a comment: Some Member States had argued that a reference in a provision of the draft agreement relating to copyrights and related rights to certain multilateral conventions which included a provision on 'moral rights' rendered that particular provision 'non-commercial' in nature. The Court, without taking a stand on the commercial or non-commercial nature of moral rights as such, simply discarded the argument by observing that the reference in question was not enough to render that part of the draft agreement, which in itself 'does not mention moral rights', non-commercial in nature.⁴⁹

Coming back to Opinion 2/15, the Court dealt at length with the nature of the commitments concerning sustainable development.⁵⁰ These commitments relate to a certain number of provisions of the draft agreement having an economic, social and environmental dimension, in particular the social protection of workers and environmental protection. In concluding that these provisions, too, fall with the common commercial policy, the Court, *inter alia*, underlined that according to the second sentence of Article 207(1) TFEU, 'the common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action'.⁵¹ These principles and objectives, again, are stated above all in Article 21 TEU, which refers, *inter alia*, to sustainable development. In considering the relevant commitments contained in the draft agreement, the Court concluded that they did not serve to harmonise the labour or environment standards of the parties but were intended to 'govern trade by making liberalisation of that trade subject to the condition that the Parties comply with their international obligations concerning social protection of workers and environmental protection'.⁵² The Court thus recognised, in following the arguments put forward by the European Parliament, that the aim of the negotiations with Singapore, 'was to reach agreement on a "new generation" free trade agreement, that is to say, a trade agreement including – in addition to the classical elements in such agreements, such as the reduction of tariff and non-tariff barriers to trade

⁴⁸ *Ibidem*, para 122. The part of the Opinion dealing with intellectual property protection is to be found in paras 111–130.

⁴⁹ *Ibidem*, para 129.

⁵⁰ Opinion 2/15, EU:C:2017:376, paras 139–167.

⁵¹ *Ibidem*, para 142.

⁵² *Ibidem*, para 166.

in goods and services – other aspects that are relevant, or even essential, to such trade'.⁵³

Finally, it should be noted that the part of Opinion 2/15 dealing with the AETR/ERTA principle as expressed in Article 3(2) TFEU presents a mixed outcome. As far as transport (which, as was noted above, does not fall under the CCP) is concerned, the Court ruled that all the provisions dealing with transport belong to the field of exclusive competence as existing Union legislation would affect those common rules or alter their scope. As was already noted above, the Court came to a different conclusion with respect to portfolio investment, as the Court did not accept that the 'common rules' referred to in Article 3(2) TFEU could include primary EU law (such as Article 63 TFEU relating to capital movement) and as there was no secondary EU legislation that could have been affected by the provisions of the Singapore agreement. The end result was that the free trade agreement with Singapore falls within the exclusive competence of the Union (on the basis of either Article 3(1) or 3(2) TFEU), with the exception of the substantive commitments relating to non-direct (portfolio) investment, some ancillary provisions of an institutional nature relating to portfolio investment as well as the ISDS provisions of the investment chapter of the agreement.

6. Intellectual Property Rights Once Again

A more recent case, brought by the Commission against the Council, can be seen as a follow-up to *Daiichi Sankyo* and Opinion 2/15 (to the extent that the latter dealt with intellectual property rights), considered in Sections 3 and 5, respectively. The Court was thus once again called upon to rule on the scope of the CCP as far as intellectual property rights are concerned.⁵⁴ The case arose from the fact that the Council had taken a decision authorising the opening of negotiations on a revised Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications based on the premise that the draft revised agreement should be concluded as a mixed agreement.

The Council and all the intervening Member States argued that the draft revised agreement did not fall within the field of the CCP as it did not display 'a specific link with international trade'. This view was essentially based on the following three considerations: First, the agreement was to be administered by the World Intellectual Property Organization (WIPO), which had as its primary objective to facilitate the efficient protection of intellectual property and to harmonise national legislation in this field rather than to promote international

⁵³ *Ibidem*, para 140.

⁵⁴ Case C-389/15, *Commission v. Council*, EU:C:2017:798.

trade. Second, the objective of the draft revised agreement itself was to establish a mechanism for protecting traditional products and providing information to consumers that would apply to all contracting parties, including the EU, rather than to facilitate international trade. Third, as its purpose was to establish a uniform procedural framework for the protection of appellations of origin and geographical indications, it fell within the area of internal market competence covered by Article 114 TFEU.⁵⁵

The Court once again disagreed with this line of reasoning. In order to determine the aim of the draft agreement, it was important to consider the existing international agreements forming its context, namely the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 1883 with subsequent modifications and the above-mentioned Lisbon Agreement, which the draft agreement was meant to revise. According to the Court, the equivalent and homogeneous protection of industrial property rights which the Paris Convention grants is ultimately designed to enable the nationals of the contracting parties to participate in international trade on an equal footing. As to the Lisbon Agreement, the specific system enabling appellations of origin protected in one of the contracting parties to benefit from an international registration guaranteeing them protection in all contracting parties against usurpation or imitation is not an end in itself but a means to the end of developing trade between the contracting parties in a fair manner. Since the main objective of the revised draft agreement was to strengthen this body of international agreements, it must be regarded as being intended to facilitate and govern trade between the EU and the third States parties to the Lisbon Agreement.⁵⁶

As regards the content of the draft revised agreement, its system of reciprocal protection of appellations of origin and geographical indications was, in essence, based on three sets of provisions, that is, a body of substantive law, obligations to establish, in each legal order, certain procedural guarantees, and a mechanism for a single registration that was to be valid in all States parties. The required specific link with international trade was to be seen, *inter alia*, in the single registration mechanism to be established, which would dispense manufactures from the obligation of having to lodge an application for registration of the appellations of origin and geographical indications that they use with the competent authorities of each of the contracting parties. The Court, in this context, also referred to what it had already observed in Opinion 2/15 concerning a single registration mechanism for geographical indications and a system of reciprocal protection of those indications against acts of unfair competition.⁵⁷ Also in this case, the Court

⁵⁵ *Ibidem*, paras 42–43.

⁵⁶ *Ibidem*, paras 52–62.

⁵⁷ *Ibidem*, paras 65–72.

concluded that the draft agreement was a trade agreement and that its negotiation thus fell within the exclusive competence of the Union, in accordance with Articles 3(1) and 207(1) TFEU.

7. Concluding Remarks

There can be no doubt that the case law of the ECJ from 2013 onwards relating to the question of competence in EU external relations has made an important contribution to the interpretation and application of the relevant provisions of Union primary law, notably Articles 3 and 207 TFEU, as they result from the Treaty of Lisbon. Five decisions in particular, that is *Daiichi Sankyo* (on the notion of trade-related intellectual property rights), *Commission v. Council* (on the distinction between international trade and the internal market in the area of services), Opinion 3/15 (on the distinction between international trade and derogations from intellectual property rights for non-commercial purposes), Opinion 2/15 (on several issues relating to the scope of Article 207 TFEU in the context of a bilateral trade agreement) and *Commission v. Council* (on intellectual property rights, more specifically appellations of origin and geographical indications), have clarified the Court's approach to the scope of the CCP. Four of these decisions were rendered by the Grand Chamber of the Court while Opinion 2/15 was even submitted to the full Court, a formation consisting of, in principle, all 28 judges of the ECJ and which is used only on very rare occasions.

This case law suggests that the Court favours a broad interpretation of Article 207(1) TFEU, recognising that contemporary trade policy requires a number of 'flanking' measures which do not constitute trade in goods and services in the strict sense but which serve to support trade by contributing to a level playing field between the parties to international trade agreements, be they multilateral (such as TRIPS) or bilateral (such as the agreement with Singapore). In the light of this case law, it can be asked whether the mere fact of including provisions on, say, services or intellectual property rights in an international agreement could be deemed to create the presumption that these provisions fall within Article 207 TFEU. If such provisions are included in an agreement concluded by the EU with third States, could it not be assumed that the objective is to facilitate international trade?

The consequences of this case law may be particularly important for bilateral trade agreements, as during the last 20 or so years it has become the rule (albeit with some exceptions) that bilateral trade and cooperation agreements are on the EU side concluded as mixed agreements, with the participation of all EU

Member States as contracting parties.⁵⁸ In the light of the Court's recent case law, this practice may now have to be changed, provided that the bilateral agreement envisaged excludes non-direct (portfolio) investment as well as an ISDS dispute settlement mechanism of the kind to be found in the Singapore or Canada agreements (that said, also trade agreements covering these aspects of investment protection *could* probably be concluded by the Union alone, provided that the EU Council decided to exercise a shared competence with a view to concluding a Union-only agreement⁵⁹).

To what extent does the Court's recent case law suggest a change in approach, as compared to the situation before the entry into force of the Treaty of Lisbon? First of all, if there is a change, this should be largely attributed to the new provisions contained in the TFEU, and Articles 3 and 207 in particular. Second, this case law does not in any case seem to constitute any radical rupture with the past but rather a return to the Court's original approach to the concept of common commercial policy. In early case law, starting with Opinion 1/75, the common commercial policy was understood in a broad sense⁶⁰ and it was only with Opinions such as 1/94 and 2/00 that a more restrictive view seemed to gain ground. A similar development can be seen with regard to the AETR/ERTA principle, as the rather restrictive approach taken in Opinion 1/94 has been largely put to rest with Opinions 1/03, 1/13, 2/15 and 3/15 as well as the 2014 judgments in *Commission v. Council* and *Green Network*.⁶¹

This fairly recent case law will arguably imply that the EU will start concluding more Union-only trade agreements than has hitherto been the case. To the extent that such trade agreements fall within the scope of the CCP or become exclusive by virtue of the AETR/ERTA principle, the conclusion of a Union-only agreement becomes a legal necessity. Also, if there is a shared competence, a Union-only agreement could be envisaged,⁶² but in this case the Council (and the Member States' representatives composing it) may well decline to accept the

⁵⁸ See A. Rosas, *Exclusive, Shared and National Competence...*, pp. 18–19.

⁵⁹ It is true that Opinion 2/15, EU:C:2017:376 (see paras 110 and 244 in particular), contains some formulations which could be interpreted to imply that the EU could exercise a competence only if it is of an exclusive nature. That was not the intention, however, and the relevant paragraphs of Opinion 2/15 have to be seen in the context of the particular circumstances of the case and the arguments of the Member States and the Council, which were based on the assumption that if the agreement did not fall within the area of exclusive competence, it should be concluded as a mixed agreement. Any doubts which may have existed in this respect were subsequently dispelled by the judgment of 5 December 2017 in Case C-600/14, *Germany v. Council*, EU:C:2017:935, in which the ECJ confirmed that the Union may exercise also externally a shared competence even if it has not before been the subject of internal rules.

⁶⁰ See A. Rosas, *Les relations internationales commerciales...*

⁶¹ See Section 2 above and A. Rosas, *EU External Relations...*, *passim*.

⁶² See note 59 above.

exercise of the shared competence and insist on a mixed agreement instead. To avoid paralysis in international trade relations, the Commission has begun to propose the conclusion of separate agreements for trade in goods, services and intellectual property, together with some flanking policies, on the one hand, and investment, on the other, taking into account that portfolio investment and ISDS mechanisms for dispute settlement do not belong to the area of exclusive competence. This approach has been endorsed by the Council, albeit with some reservations.⁶³

It is obvious that the new approach has to be seen against the background of the recent case law from the ECJ. Does this post-Lisbon case law imply that most, if not all, contentious questions have now been settled? The answer seems to be in the negative. EU external relations are a both complex and dynamic field and also in the future will the ECJ most probably be seized with new problems, or re-formulations of old problems. To mention but one pending case relating to EU external trade relations: Belgium has asked the Court to give an Opinion on the compatibility of the ISDS mechanism contained in CETA, the new trade agreement with Canada, with Union law. It should be underlined that this case, contrary to the cases considered above, does not address the question of competence (exclusive or shared?) but requires the Court to judge whether the ISDS mechanism of this agreement is in conformity with the Union's constitutional order, including the crucial role played by the national courts of EU Member States in ensuring respect for Union law. To underline the importance of this question, the ECJ decided to allocate the case to the full court, as it had done before with respect to Opinion 2/15 relating to the Singapore agreement. The Opinion, which can be expected to be given at the beginning of 2019,⁶⁴ at the latest, will probably constitute one more important component of the changing architecture of EU trade relations.

⁶³ See Draft Council conclusions on the negotiation and conclusion of EU trade agreements, EU Council doc 8622/18 of 8 May 2018, adopted on 22 May 2018. The Council reserves its right to decide whether to open negotiations on the basis of two separate agreements, one covering trade belonging to the area of Union exclusive competence and the other relating to investment and to decide, on a case-by-case basis, on such splitting of trade agreements.

⁶⁴ The oral hearing was held on 26 June 2018 and an opinion of the Advocate General can be expected in October.

Allan Rosas

THE ENLARGED SCOPE OF THE EU'S COMMON COMMERCIAL POLICY

The aim of the study is to focus on the CCP as a basis for EU exclusive competence with a special emphasis on recent developments with regard to the scope of the CCP as it has become enlarged both by modifications to what is today Article 207 TFEU and through the case law of the ECJ. Article 207 sec. 1 TFEU provides basic parameters in regard to the conclusion of tariff and trade agreements relating to, inter alia, 'trade in goods and services', 'commercial aspects of intellectual property' and 'foreign direct investment'. This development can be seen in the broader context of a number of cases concerning the application of the AETR/ERTA principle as a basis for exclusive competence, as well as some other aspects of EU external relations. The regulation obtained its current wording in the Treaty of Lisbon which implied a specification of the entirely exclusive character of trade in services and the trade-related aspects of intellectual property and added the notion of foreign direct investment to the list.



Janusz Symonides

Spoleczna Akademia Nauk

januszsymonides@poczta.onet.pl

CZY „OGÓLNE ZASADY PRAWA UZNANE PRZEZ NARODY CYWILIZOWANE” SĄ ŹRÓDŁEM PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

1. Debata i kontrowersje dotyczące pojęcia „ogólne zasady prawa”

Użyte w art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) określenie „ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane” stało się przedmiotem sporów w doktrynie prawa międzynarodowego. Wprawdzie do zasad ogólnych prawa odwoływano się w arbitrażu międzynarodowym jeszcze przed przyjęciem Statutu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej, jednak dopiero jego wejście w życie i utworzenie Trybunału zapoczątkowało trwającą do dzisiaj debatę i powstanie pokaźnej literatury poświęconej tej kwestii¹. Przyczyn rozbieżności przy próbach wyjaśnienia samego pojęcia „ogólnych zasad prawa” i funkcji, jakie mają one spełniać w prawie międzynarodowym, jest kilka. I tak, o ile dla zwolenników prawa natury zasady ogólne są wyprowadzane z porządku naturalnego, obiektywnej sprawiedliwości czy

¹ J. Barberis, *Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional*, „Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos” 1991, vol. 14, s. 11–41; M. Bogdan, *General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations*, „Nordic Journal of International Law” 1977, s. 37–53; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London 1953; G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest 1969; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London 1927; H. Mosler, *To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Art. 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice* [w:] *International Law and the Grotian Heritage*, The Hague 1985, s. 173–185; F.O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden 2008; M. Virally, *Le rôle des “principes” dans le développement du droit International* [w:] *Recueil d’études de Droit International: en hommage à Paul Guggenheim*, Genève 1968, s. 531–554. P. Weiss, *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts*, „Archiv des Völkerrechts” 2001, Bd. 39, s. 383–431.

świadomości prawnej, to dla pozytywistów zasady te są efektem woli państw i stanowią pochodną tworzonych przez nie norm. O ile dla zwolenników koncepcji monistycznej, stojącej na gruncie jedności norm prawnych, pytanie, do jakiego porządku prawnego, wewnętrznego czy międzynarodowego, należą zasady, nie ma większego znaczenia, o tyle dla dualistów, traktujących prawo wewnętrzne i międzynarodowe jako dwa odrębne systemy, jest to pytanie istotne. W polskiej nauce prawa międzynarodowego Ludwik Ehrlich za zasady ogólne w rozumieniu art. 38 uznaje „zasady uznane za podstawowe dla rozumowania prawniczego, tak że z natury rzeczy muszą znaleźć zastosowanie i w prawie narodów”². Za takie uznaje m.in.: *ne bis in idem*; *lex specialis derogat generali*; *audiatur et altera pars*. Jedną z bardziej znanych prób usystematyzowania zasad ogólnych prawa przedstawili: Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier i Alain Pellet. Wymieniają oni sześć kategorii zasad odnotowanych w orzecznictwie międzynarodowym: zasady odnoszące się do ogólnej koncepcji prawa, do umów międzynarodowych, odpowiedzialności, procedury sądowej, praw człowieka i reżimu aktów prawnych³. Oscar Schachter z kolei wskazuje na cztery, niezwiązane z orzecznictwem międzynarodowym, kategorie zasad ogólnych: a) istniejące w wewnętrznych porządkach prawnych państw świata; b) wynikające ze specyficznej natury społeczności międzynarodowej; c) związane nierozdzielnie z ideą prawa; oraz d) związane i wynikające z prawa natury oraz naturalnej sprawiedliwości⁴.

Zasadniczą osią sporu w nauce stała się nie tyle kwestia katalogu czy klasyfikacji poszczególnych zasad, ale odpowiedź na pytanie, czy wymienione w art. 38(1)(c) „zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane” to zasady prawa wewnętrznego wykształcone *in foro domestico* i akceptowane przez społeczność międzynarodową, czy są to zasady prawa międzynarodowego. Analiza dyskusji prowadzonych w Doradczym Komitecie Prawników (dalej: Komitet), który przygotował projekt Statutu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM), pozwala stwierdzić, że dyskusja skoncentrowała się wokół propozycji przewodniczącego E. Deschamps, który sugerował, by przyjąć sformułowanie mówiące o regułach uznanych przez świadomość prawną narodów cywilizowanych⁵. Propozycja ta spotkała się ze sprzeciwem pozytywistów i nie uzyskała akceptacji. Komitet nie dyskutował szczegółowo kwestii, czy ogólne

² L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, wyd. IV, Warszawa 1958, s. 24.

³ Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris 1999, s. 349. Do przedstawionego wyliczenia można dodać jeszcze kilka innych kategorii, jak choćby zasadę interpretacji. Autorzy pomijają całkowicie zasady prawa międzynarodowego także powoływane przez orzecznictwo międzynarodowe.

⁴ O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, New York 1992, s. 50–55.

⁵ Permanent Court of International Justice [dalej: PCIJ], Advisory Committee of Jurists, Proceedings of the Committee, June 16th–July 24th 1920, The Hague 1920, s. 308–311.

zasady prawa to zasady prawa wewnętrznego czy prawa międzynarodowego. Jedyne Lord Phillimore wyraził pogląd, „że są to zasady zaakceptowane przez wszystkie narody *in foro domestico*”, a Albert de Lapradelle dodał, że takie zasady są także źródłem prawa międzynarodowego, jeżeli uzyskały jednomyślne lub quasi-jednomyślne poparcie. Można przyjąć, że takie było w istocie stanowisko także pozostałych członków Komitetu.

Zwolennicy poglądu, że zasady ogólne prawa w nie obejmują zasad prawa międzynarodowego powołują się na pominięcie w art. 38(1)(c) określenia „międzynarodowego”, które jest użyte w odniesieniu do umów i zwyczaju. Z kolei sprzeciw wobec uznania zasad ogólnych za zasady prawa wewnętrznego uzasadniany jest zmianą, jaka została wprowadzona do Statutu MTS. O ile Statut STSM w pierwszym zdaniu art. 38 mówił zwięźle „Trybunał będzie stosował”, to Statut MTS zastąpił tę frazę stwierdzeniem: „Trybunał, którego funkcją jest rozstrzygać zgodnie z prawem międzynarodowym przedłożone mu spory, będzie stosował”. Tak więc MTS winien opierać swoje orzecznictwo na zasadach prawa międzynarodowego a nie na zasadach prawa wewnętrznego⁶. Jak wynika z debaty prowadzonej w Doradczym Komitecie Prawników nie było jednak wątpliwości już w pracach nad statutem, że odwołanie się do zasad prawa wewnętrznego oznacza ich przeniesienie i obowiązywanie w prawie międzynarodowym. Muszą one bowiem spełniać szereg warunków. Muszą nadawać się do zastosowania w stosunkach międzynarodowych, muszą uwzględniać specyfikę społeczności międzynarodowej, muszą być uznane przez tę społeczność i są stosowane przez analogię. Tak więc można przyjąć, że zasady ogólne prawa obejmują zarówno zasady ukształtowane *in foro domestico*, ale spełniające określone warunki, jak i zasady prawa międzynarodowego. Mogą to także być zasady wspólne dla obu porządków prawnych. Antycypując dalsze wywody, można dodać, że orzecznictwo międzynarodowe potwierdza słuszność tej konkluzji.

2. Krytyka terminu „narody cywilizowane” w art. 38 Statutu MTS

Statut MTS powtórzył mechanicznie za Statutem STSM zwrot mówiący o uznaniu zasad ogólnych prawa przez „narody cywilizowane”⁷. Termin ten,

⁶ Sprzeciw wobec stosowania zasad prawa wewnętrznego, po zmianie sformułowania art. 38 był silnie artykułowany w doktrynie radzieckiej, która kwestionowała taką interpretację także z uwagi na różnice ustrojowe i prawne, por. M. Koreckij, „Obszczyje principy prawa” w *międzunarodnom prawie*, Kijew 1957; D.B. Lewin, *Osnownyje problemy sowremiennogo międzunarodnogo prawa*, Moskwa 1958; G.I. Tunkin, *Tieoria międzunarodnogo prawa*, Moskwa 1970.

⁷ W literaturze polskiej na ten temat piszą: J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Olsztyn 2005, s. 96; A. Klafkowski, *Prawo międzynarodowe publiczne...*, s. 125; S. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, Warszawa 1967, s. 383–384; A. Wasilkowski, *Pojęcie narodów cywilizowanych w doktrynie prawnej*, „Studia Prawnicze INP PAN” 1963, z. 20, s. 139–158.

związany z akceptacją w klasycznym prawie międzynarodowym dopuszczalności kolonizowania ludów „niecywilizowanych”, dość często używany w XIX w., znalazł jeszcze refleks w Pakcie Ligi Narodów⁸. W art. 22 pakt mówił o „świętym posłannictwie cywilizacji” zapewnienia dobrobytu i rozwoju ludom kolonii i terytoriów niezdolnych do samodzielnego rządzenia. Z momentem utworzenia Narodów Zjednoczonych, wraz z odrzuceniem i potępieniem kolonializmu oraz przyznaniem ludom kolonialnym prawa do samostanowienia, termin ten stał się anachronizmem, przejawem europocentryzmu, pozostającym w oczywistej sprzeczności z obecnym składem społeczności międzynarodowej, złożonej w większości z byłych kolonii i terytoriów zależnych Afryki i Azji, które uzyskały niepodległość i stały się pełnoprawnymi członkami społeczności międzynarodowej.

Podział na narody cywilizowane i niecywilizowane stoi w jawnej sprzeczności z zasadą suwerennej równości wszystkich państw członkowskich sformułowaną w art. 2 (1) Karty Narodów Zjednoczonych, a także z poszanowaniem zasady równości i samostanowienia narodów wymienionych w jej art. 1 (2). Żadne różnice w systemie politycznym, odrębności kulturowe czy różnice w rozwoju ekonomicznym poszczególnych państw nie mogą prowadzić do kwestionowania ich równości wobec prawa. Podział państw na cywilizowane i niecywilizowane jest też niezgodny z art. 9 Statutu MTS, który zobowiązuje przy wyborze członków Trybunału do zapewnienia w nim przedstawicielstwa „głównych form cywilizacji i najważniejszych systemów prawa”. Tak więc uznaje on różnorodność cywilizacyjną i prawną za wartość pozytywną i pożądaną, służącą zapewnieniu respektowania prawa, a nie za stwarzającą zagrożenie i wymagającą eliminacji. Ani w orzecznictwie międzynarodowym, ani w doktrynie nie da się obecnie wskazać jakiegokolwiek próby obrony i utrzymania podziału państw na cywilizowane i niecywilizowane.

W nauce prawa międzynarodowego przekonywającą krytykę sformułowania o narodach cywilizowanych przedstawił sędzia libański F. Ammuna w opinii odrębnej załączonej do orzeczenia w sprawach szelfu kontynentalnego Morza Północnego⁹. Wskazując na zasadniczą sprzeczność tego terminu z Kartą NZ, przypomniał on, że w debatach nad artykułem 38(1)(c) Statutu STSM, jakie się toczyły w Komitecie Prawników, amerykański przedstawiciel E. Root proponował początkowo, by zamiast formuły o uznaniu zasad ogólnych przez narody cywilizowane przyjąć określenie o „powszechnie uznanych zasadach prawa”. Jednak większość Komitetu złożona z prawników europejskich pod wpływem idei przedstawionych na konferencji haskiej w 1907 r. zdecydowała się na przyjęcie obecnego sformułowania. Nie ulega wątpliwości, że użycie terminu

⁸ Traktat pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami, podpisany w Wersalu dnia 28 czerwca 1919 roku (Dz. U. z 1920 r. Nr 35, poz. 200).

⁹ Court of International Justice [dalej: ICJ], Reports 1969, s. 134–36.

„narody cywilizowane” jest zasadniczo niezgodne z Kartą NZ. Propozycja, by określenie „narody cywilizowane”, jako relik kolonializmu, zostało wykreślone ze Statutu MTS, zgłosiło kilka państw w 1973 r. w odpowiedzi na przesłany przez Sekretarza Generalnego kwestionariusz dotyczący znaczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości¹⁰. Niestety, nie podjęto żadnych dalszych kroków w sprawie wprowadzenia odpowiedniej zmiany do art. 38 Statutu MTS bądź to przez usunięcie zwrotu o narodach cywilizowanych, bądź przez jego zastąpienie sformułowaniem mówiącym o uznaniu zasad ogólnych prawa przez „społeczność międzynarodową”.

3. Zasady ogólne prawa w orzecznictwie STSM i MTS¹¹

Doradczy Komitet Prawników, kiedy rozważał w 1920 r. celowość wprowadzenia do Statutu STSM postanowienia dotyczącego zasad ogólnych prawa, był zgodny w uznaniu, że główną ich funkcją miało być zapobieżenie powstaniu sytuacji, w której Trybunał musiałby stwierdzić *non liquet* (niejasność lub brak podstawy prawnej do rozstrzygnięcia). Musiałby zatem w braku wyraźnej normy konwencyjnej czy zwyczajowej stwierdzić istnienie luki prawnej i tym samym niemożność rozstrzygnięcia na gruncie prawa międzynarodowego przedłożonego mu sporu. O tym, że nie jest to tylko hipotetyczna możliwość, przekonuje opinia doradcza MTS z 1996 r. dotycząca legalności groźby i użycia broni nuklearnej¹². Trybunał stwierdził w niej, że nie jest w stanie odpowiedzieć na pytanie czy istnieje norma prawa międzynarodowego dopuszczająca lub zakazująca groźby czy użycia broni nuklearnej w sytuacji samoobrony, kiedy samo istnienie państwa jest zagrożone.

¹⁰ United Nations, doc. A 8383, s. 23–25.

¹¹ P. Benvenuti, *Principi generali del diritto, giurisdizioni internazionali e mutazioni sociali nella vita di relazione internazionale* [w:] *Studi di Diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples 2004, s. 295–312; W. Czaplinski, A. Wyrozumski, *Zasady ogólne w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych*, Warszawa 2014, („Prawo Międzynarodowe Publiczne”), s. 131–143; B.C.A. Ford, *Judicial Discretion in International Jurisprudence: Article 38(1)(C) and “General Principles of Law”*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 1994–1995, vol. 5, s. 35–86; J. Gilas, *Zasady ogólne prawa w pracach MTS*, „Zeszyty Naukowe UMK”, Prawo VI, 1966, s. 29–48; A. Kozłowski, *Estoppel jako ogólna zasada prawa międzynarodowego*, Wrocław 2009; L.M. Scerni, *I Principi Generali di Diritto Riconosciuti dalle Nazioni Civili, nella Giurisprudenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale*, Padova 1932; A. Verdross, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, RCADI 1935, vol. 52, s. 195–250; N. Tsagourias, *The Constitutional Role of General Principles of Law In International and European Jurisprudence* [w:] *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, ed. N. Tsagourias, Cambridge 2007, s. 71–106.

¹² ICJ, Reports 1996, para 105. Opinia doradcza z dnia 28 lipca 1996 r. została przyjęta w tej kwestii głosem prezesa MTS przy siedmiu sędziach głosujących za i siedmiu przeciwnych.

Ani STSM, ani MTS nie wydały orzeczenia czy opinii doradczej w całości i wyłącznie opartej na zasadach ogólnych. Tym niemniej oba trybunały w swym orzecznictwie, sędziowie w opiniach odrębnych i indywidualnych oraz strony wiodące spór powołują się na nie. Raczej wyjątkowo jednak odwołują się do sformułowania art. 38(1)(c) mówiącego o „zasadach ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane”. Tylko w kilku przypadkach sformułowanie to jest powołane przez strony i rozważane przez MTS¹³. Analiza orzecznictwa STSM i MTS dowodzi także znacznych rozbieżności terminologicznych. Obok „zasad” używane są także zamiennie takie terminy, jak: „reguły”, „normy” czy nawet „koncepcje”. Dodatkowe trudności stwarza brak w wyrokach i opiniach doradczych całościowej definicji czy wyjaśnienia zasad ogólnych. Analiza orzecznictwa, zwłaszcza MTS, pozwala jednak stwierdzić, że zasady ogólne prawa są powoływane w nim w trojakim znaczeniu: a) jako zasady prawa wewnętrznego, wykształcone *in foro domestico*, uznane jednak przez państwa i nadające się do „przeniesienia” do prawa międzynarodowego poprzez analogię przy uwzględnieniu jego specyfiki; b) są to zasady będące zarówno zasadami prawa wewnętrznego, jak i prawa międzynarodowego oraz c) są zasadami prawa międzynarodowego stosowanymi tylko w porządku międzynarodowym. Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej odwołuje się do zasad prawa wewnętrznego, kiedy w sprawie statku *Lotus* mówi o zasadzie stojącej u podstaw wszystkich ustawodawstw karnych¹⁴. Ma to również miejsce, kiedy mówi o zasadach procesowych wykształconych i powszechnie uznanych w prawie wewnętrznym, jak: „nikt nie jest sędzią we własnej sprawie”¹⁵, „nikt nie może być równocześnie sędzią i stroną” czy „nikt nie może odnosić korzyści z naruszenia prawa”¹⁶. Odwołania te obejmują także zasady odnoszące się do ustalania odszkodowania i interpretacji umów¹⁷. Zasady ogólne prawa wewnętrznego nadające się do przeniesienia do prawa międzynarodowego uwzględnia także, choć rzadziej, MTS. W orzeczeniach i opiniach doradczych obu trybunałów można także znaleźć odwołanie się do zasad prawa międzynarodowego ze wskazaniem, że zasady te są równocześnie zasadami prawa wewnętrznego. W sprawie fabryki chorzowskiej STSM mówi o zasadzie zaakceptowanej zarówno przez arbitraż międzynarodowy, jak i przez sądy krajowe. W sprawie cieśniny Korfu MTS uznał dopuszczalność

¹³ W czterech sprawach strony powołały się przed MTS na zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane: w sprawie *przejścia przez terytorium indyjskie* (1960); w sprawie *Afryki Południowo-Zachodniej* (1962/64); w sprawie *szelfu kontynentalnego Morza Północnego* (1969) i w sprawie *Aveny i innych obywateli meksykańskich* (2001). MTS zakwestionował jednak argumentację Portugalii w sprawie *przejścia przez terytorium indyjskie* odwołującej się do sformułowania art. 38(1)(c). Nie zgodził się także ze stanowiskiem stron w trzech pozostałych sprawach.

¹⁴ Sprawa *statku Lotus*, PCIJ, seria A, nr 10, s. 20.

¹⁵ Sprawa *granicy turecko-irackiej*, PCIJ, seria B, nr 16, 12, s. 32.

¹⁶ Sprawa *fabryki chorzowskiej*, PCIJ, seria A, nr 17, s. 29.

¹⁷ Sprawa *wytyczenia granicy polsko-czechosłowackiej*, PCIJ, seria B, nr 8, s. 37.

pośredniego dowodu za zasadę uznaną przez wszystkie systemy prawa¹⁸, a więc tak przez prawo międzynarodowe, jak i prawo wewnętrzne. Również powoływane w orzecznictwie trybunałów haskich zasady dobrej wiary, słuszności czy estoppel są zasadami prawa międzynarodowego, ale także zasadami znanymi prawu wewnętrznemu.

W wielu wyrokach MTS odwołuje się do zasad ogólnych prawa rozumianych jako zasady prawa międzynarodowego i to niemających odpowiednika w wewnętrznych systemach prawa. W sprawie cieśniny Korfu (*Wielka Brytania przeciw Albanii*) za takie uznaje zasadę wolności komunikacji morskiej i obowiązek niedopuszczania do używania terytorium w sposób godzący w prawa innych podmiotów i związany z tym wymóg zawiadamiania o grożących niebezpieczeństwach¹⁹. W sprawie Nikaragui przeciw Stanom Zjednoczonym (militarne i paramilitarne działania przeciwko Nikaragui) Trybunał kilkakrotnie powołuje się na ogólne zasady prawa humanitarnego i podstawowe zasady prawa międzynarodowego²⁰. Zasada *uti possidetis* w sporze granicznym między Burkina Faso a Mali jest uznana za ugruntowaną zasadę prawa międzynarodowego w kontekście dekolonizacji²¹.

W kilku orzeczeniach i opiniach doradczych MTS podkreśla znaczenie zasady samostanowienia. Czyni to w orzeczeniu (1995) w sprawie Timoru Wschodniego między Portugalią a Australią²², uznając zasadę samostanowienia za jedną z głównych zasad współczesnego prawa międzynarodowego. Jej znaczenie jest podkreślone także w opiniach doradczych w sprawie: Namibii²³, Sahary Zachodniej²⁴ oraz konsekwencji prawnych wznoszenia muru²⁵. Również inne zasady prawa międzynarodowego, jak zakaz użycia siły, zasada nieinterwencji w sprawy wewnętrzne czy zasada słuszności przy delimitacji obszarów morskich, są powoływane przez Trybunał.

Porównanie orzecznictwa obu trybunałów haskich pozwala na sformułowanie tezy, że o ile STSM głównie odwoływał się do zasad ogólnych prawa rozumianych jako zasady ukształtowane w prawie wewnętrznym i nadając się do przeniesienia do prawa międzynarodowego, choć w kilku przypadkach uwzględnił też zasady prawa międzynarodowego, o tyle MTS głównie powołuje zasady prawa międzynarodowego, nie rezygnując jednak z możliwości odwołania się do zasad będących zasadami prawa wewnętrznego. To pewne przesunięcie

¹⁸ ICJ, Reports 1949, s. 18.

¹⁹ *Ibidem*, s. 22.

²⁰ ICJ, Reports 1986, s. 106–107, 113–115, 129–1230.

²¹ *Ibidem*, par. 20–26.

²² ICJ, Reports 1995, s. 201.

²³ ICJ, Reports 1971, s. 31.

²⁴ ICJ, Reports 1975, s. 31–35.

²⁵ ICJ, Reports 2004, s. 271.

akcentów, jest zrozumiałe w kontekście rozwoju, który nastąpił w prawie międzynarodowym po utworzeniu Narodów Zjednoczonych, kodyfikacji i rozwoju wielu jego nowych dziedzin, jak prawa człowieka, prawo humanitarne, ochrona środowiska, prawo kosmiczne czy prawo morza. Analiza orzecznictwa trybunałów haskich dowodzi także, że tak żywo dyskutowana w nauce kwestia, czy zasady ogólne należy rozumieć wyłącznie jako zasady prawa wewnętrznego spełniające wymogi dla ich przeniesienia do prawa międzynarodowego, czy tylko jako zasady prawa międzynarodowego, nie była przedmiotem kontrowersji w praktyce orzeczniczej. I jedna i druga są w niej równocześnie lub z osobna powoływane.

4. Zasady ogólne prawa w systemie źródeł prawa międzynarodowego

Przedmiotem rozbieżności w nauce prawa międzynarodowego jest także kwestia, czy zasady ogólne prawa wymienione w art. 38 Statutu MTS są formalnym, samodzielnym źródłem prawa międzynarodowego, czy nie. Część doktryny, jak Hans Kelsen²⁶, podaje to w wątpliwość, uznając wymienianie zasad za zbędne. Inni, jak Hanna Bokor-Szego²⁷, odnotowując wprawdzie upoważnienie MTS do stosowania zasad uznanych przez państwa *in foro domestico*, odrzucają możliwość uznania ich za źródło prawa międzynarodowego. Wyrażany jest też pogląd, że zasad ogólnych nie można odróżnić od prawa zwyczajowego lub umownego, stanowią one ich część i nie mogą zatem być uznane za odrębne źródło prawa międzynarodowego. Wszystkie te sugestie doktrynalne stoją jednak w sprzeczności ze sformułowaniami art. 38 Statutu MTS i jego tekstualną interpretacją. Skoro wymienia on obok umów i zwyczaju międzynarodowego zasady ogólne prawa jako trzecie, odrębne źródło prawa międzynarodowego i to uznaje je za źródło, a nie za „pomocniczy środek ustalania norm prawnych”, to nie ma innej możliwości interpretacyjnej, jak przyjęcie, że są one samodzielnym, odrębnym źródłem prawa międzynarodowego. Nie było co do tego wątpliwości ani przy akceptacji Statutu STSM, ani na konferencji w San Francisco, gdy przyjmowano statut MTS. Jak słusznie stwierdza M. Shaw, większość doktryny uznaje obecnie zasady ogólne za odrębne źródło prawa, choć o stosunkowo ograniczonym zakresie²⁸. Za takie uznawane są one w umowach międzynarodowych i aktach jednostronnych państw.

²⁶ H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York 1952.

²⁷ H. Bokor-Szego, *General Principles of Law* [w:] *International Law: Achievements and Prospects*, ed. M. Bedjaoui, UNESCO – Paris 1991, s. 217.

²⁸ M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge 2003, s. 94.

Autonomicznie, niezależnie od norm zwyczajowych i umownych, zasady ogólne prawa są powoływane przez arbitraż i sądownictwo międzynarodowe. W kilku orzeczeniach MTS wyraźnie podkreślił odrębność zasad ogólnych od norm zwyczajowych. W orzeczeniu z 1970 r. w sprawie Barcelona Traction stwierdza istnienie absolutnych obowiązków wynikających nie tylko z postawienia poza prawem agresji i ludobójstwa, lecz również z zasad i reguł dotyczących podstawowych praw osoby ludzkiej²⁹. W wyroku w sprawie działań militarnych i paramilitarnych przeciwko Nikaragui w 1986 r. podkreśla wagę zakazu użycia siły i zauważa, że zakaz ten jest wymieniany przez państwa nie tylko w kontekście prawa zwyczajowego, lecz również uznawany jest za podstawową zasadę prawa mającą charakter *ius cogens*³⁰. W orzeczeniu w sprawie cieśniny Korfu MTS stwierdza, że zakaz wykorzystywania swego terytorium w celach sprzecznych z prawami innych państw opiera się nie tylko na VIII konwencji haskiej, która obowiązuje w czasie wojny, ale również na pewnych zasadach ogólnych i dobrze znanych, obowiązujących tak w czasie pokoju, jak i wojny³¹. Możliwość traktowania zasad prawa międzynarodowego jako odrębnego od prawa zwyczajowego i umownego źródła prawa międzynarodowego jest również konsekwencją powoływania i formułowania ich przez Zgromadzenie Ogólne NZ w rezolucjach, które nie są wymienione w art. 38 jako źródło prawa międzynarodowego. Zasady wymienione w art. 2 Karty przyjętej w 1945 r. są sformułowane w umowie międzynarodowej. Jednak Deklaracja zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych, uchwalona dwadzieścia pięć lat później w 1970 r.³², nie jest umową, a jest rezolucją określającą obowiązki państw. Rezolucja ta i rozwinięte w niej zasady mogą być uznana za „równoległe” źródło prawa międzynarodowego. Zostały one potwierdzone w kolejnych rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego: Deklaracji Milenijnej przyjętej 18 września 2000 r. oraz w Dokumencie Końcowym z 15 września 2005 r.

Dynamiczny rozwój prawa międzynarodowego prowadzi czasem do powstawania luk, które mogą być wypełniane nie tylko przez zasady prawa międzynarodowego, ale i przez zasady ogólne ukształtowane *in foro domestico*, przeniesione do prawa międzynarodowego. Widoczne jest to w odniesieniu do międzynarodowego prawa karnego. Świadczy o tym orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii. Możliwość odwołania się do zasad prawa wewnętrznego i prawa międzynarodowego została jednoznacznie dopuszczona przez Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, który w art. 21 stanowi: „1. Trybunał stosuje: a) w pierwszej kolejności niniejszy

²⁹ ICJ, Reports 1970, s. 32.

³⁰ ICJ, Reports 1986, s. 100.

³¹ ICJ, Reports 1949, s. 22.

³² United Nations, General Assembly, A/RES/25/2625.

Statut, Elementy Definicji Zbrodni, Reguły Procesowe i Dowodowe; b) w drugiej kolejności odpowiednie traktaty oraz zasady i reguły prawa międzynarodowego, łącznie z zasadami międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych; c) w razie braku a) i b) – ogólne zasady prawa wyinterpretowane przez Trybunał z praw krajowych różnych systemów prawnych świata [...]”³³. Uwzględnienie zasad ogólnych prawa wykształconych w wewnętrznych porządkach prawnych umożliwia wypełnianie luk także w międzynarodowym prawie administracyjnym, jeśli chodzi o relacje między funkcjonariuszami i organizacjami międzynarodowymi, jak również w międzynarodowym prawie ekonomicznym w odniesieniu do kontraktów czy inwestycji. Potrzeba odwołania się do zasad ogólnych wykształconych w prawie wewnętrznym może powstawać w stosunkach między osobami fizycznymi i prawnymi z jednej strony, a państwami oraz organizacjami międzyrządowymi z drugiej, zwłaszcza w przypadku arbitrażu międzynarodowego.

Zasady ogólne prawa, zarówno te przenoszone z prawa wewnętrznego, jak i będące zasadami prawa międzynarodowego, są samodzielnym, odrębnym od umów i zwyczaju, źródłem prawa międzynarodowego. Ich funkcja nie ogranicza się tylko do wypełniania luk w prawie w sytuacjach, gdy sądy i trybunały międzynarodowe nie znajdują norm konwencyjnych czy umownych umożliwiających rozstrzygnięcie przedłożonych im sporów i kwestii prawnych. Mogą niekiedy, jak w wypadku deklaracji zasad przyjmowanych przez Zgromadzenie Ogólne, określać reguły postępowania państw. Spełniają one także trzy dodatkowe funkcje: a) służą do interpretowania istniejących norm; b) mogą być inspiracją do tworzenia nowych norm konwencyjnych i zwyczajowych, jak w przypadku uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne dnia 13 grudnia 1963 r. Deklaracji zasad prawnych regulujących działalność państw w badaniu i wykorzystywaniu przestrzeni kosmicznej; oraz c) służą jako środek wertykalnej i horyzontalnej unifikacji i koordynacji międzynarodowego porządku prawnego³⁴. Jednak ich znaczenie i rolę w prawie międzynarodowym należy widzieć we właściwych proporcjach. Nie dają one w sformułowaniu art. 38 legitymacji do poszukiwania przez sądownictwo międzynarodowe „zasad obiektywnej sprawiedliwości” czy „świadomości prawnej ludzkości”, ani przyznania im priorytetu przed prawem umownym i zwyczajowym czy uznania ich za podstawę, za fundament

³³ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708).

³⁴ M. Koskenniemi, *General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law* [w:] *idem, Sources of International Law*, Aldershot 2000, s. 359–408; J.G. Lammers, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations* [w:] *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. Van Panhuys*, eds F. Kalshoven, P.J. Kuypers, J.G. Lammers, Alphen aan den Rijn 1980, s. 53–75; A. Pellet, Article 38 [w:] *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford 2006, s. 764–783.

„międzynarodowego prawa ludzkości”, jak to postuluje Antonio Augusto Cancado Trindade³⁵.

Janusz Symonides

WHETHER THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW RECOGNIZED BY CIVILIZED NATIONS ARE A SOURCE OF INTERNATIONAL LAW

When Article 38 of the Statute of the Permanent Court was being drafted, the Commission of Jurists was concerned that in some cases the future Court might find that the issues in dispute before it were not governed by any treaty, and that neither could any established rule of customary law be found to determine them. It was thought undesirable that the Court should be obliged to declare a *non liquet* – a finding that a particular claim could neither be upheld nor rejected, for lack of any existing applicable rule of law. That was the main reason why the phrase about the general principles was added.

The Court was empowered to apply a third source that was something more than treaties and custom, the general principles of law recognized by civilized nations. However, it could not apply general and vague «principles of objective justice» or «the legal conscience» but only those principles which were clearly laid down in the municipal law systems and could be applied in international law and international relations.

At present it has become apparent that the new areas of international law contained gaps, therefore a third source of international law has been revitalized. This applies to international administrative law, international human rights and the protection of environment. It has particular importance for international criminal law. The recently established *ad hoc* international criminal tribunals have frequently resorted to general principles of criminal law recognized in the principle legal systems of the world. Also Article 21 of the ICC Statute envisages the possibility that the Court might resort to such a source.

While the Commission of Jurists may have primarily had in mind the legal principles shared by municipal legal orders, the principles to be applied by the Court also include general principles applicable directly to international legal relations - general principles of international law. It seems that M.N. Shaw is right when he states that: «...most writers are prepared to accept that the general principles do constitute a separate source of law but of fairly limited scope, and this is reflected in the decisions of the Permanent Court of International Justice and International Court of Justice». However, it is not clear in all cases, whether it is a general principle of law appearing in municipal systems or a general principle of international law applied.

³⁵ A.A. Cancado Trindade, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, Boston–Leiden 2010.



Adam Wiśniewski

Uniwersytet Gdański

praaw@wp.pl

PROPORCJONALNOŚĆ I *FAIR BALANCE* W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

Wstęp

O proporcjonalności ani też pojęciu *fair balance* nie wspomniano wprost w postanowieniach Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC lub Konwencja) ani w żadnym z protokołów dodatkowych do tej Konwencji. Tym niemniej należą one bodajże do najczęściej przywoływanych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Zarówno proporcjonalność, jak i *fair balance* zasłużyły z pewnością na miano zasad z uwagi na ich szczególne znaczenie w procesie wykładni i stosowania Konwencji¹. Są to przy tym zasady wyprowadzane z postanowień EKPC, gdzie nie zostały wprost wyrażone, w orzecznictwie Trybunału strasburskiego.

Zasada proporcjonalności zaliczana jest do jednego z najważniejszych narzędzi interpretacyjnych stosowanych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka². Jednak orzecznictwo ETPC jest stosunkowo kazuistyczne i trudno w nim odnaleźć podłoże do konceptualizacji tej zasady. Istotną rolę w tym zakresie może odegrać doktryna praw człowieka. Blisko związane ze stosowaniem zasady proporcjonalności pozostaje pojęcie *fair balance* pojawiające się w orzecznictwie strasburskiego Trybunału. Kwestią dyskusyjną jest status *fair balance*. Według niektórych autorów jest to odrębna zasada³, zdaniem innych jest

¹ Zob. S. Greer, *Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights*, OJLS 2003, vol. 23, no. 3, s. 408–410.

² J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden–Boston, 2009, s. 1.

³ Zob. np. A. Mowbray, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2010, vol. 10, no. 2, s. 289–317.

ona swego rodzaju „testem”⁴ lub po prostu szerokim ujęciem zasady proporcjonalności. Nie przesądzając kwestii statusu obu zasad, zauważyć w tym miejscu należy, iż trudno z pewnością prowadzić rozważania na temat zasady proporcjonalności w oderwaniu od zasady *fair balance*.

Stosowaniu zasad proporcjonalności oraz właściwej równowagi w orzecnictwie ETPC, ich relacjom w odniesieniu do innych zasad i metod wykładni towarzyszy wiele znaków zapytania. Ograniczone ramy tego opracowania nie pozwalają na przeanalizowanie wszystkich aspektów obu zasad. Tym niemniej zastosowanie zasady proporcjonalności oraz właściwej równowagi na gruncie EKPC wymaga w szczególności wyjaśnienia ich znaczenia, określenia kryteriów służących ustaleniu, czy została zachowana właściwa równowaga lub proporcjonalność, rozważenia relacji pomiędzy tymi zasadami a pozostającą z nimi w ścisłym związku doktryną marginesu oceny oraz określenia roli zasad proporcjonalności oraz właściwej równowagi w procesie interpretacji i stosowania Konwencji.

1. Znaczenie zasad proporcjonalności i *fair balance*

Zasada właściwej (słusznej, stosownej) równowagi (*fair balance*) dotyczy przede wszystkim relacji pomiędzy wymaganiami ogólnego interesu społeczności i potrzebą ochrony fundamentalnych praw jednostki. W orzeczeniu z 1968 r. w *belgijskiej sprawie językowej* Trybunał stwierdził, iż „z Konwencji wynika właściwa równowaga pomiędzy ogólnym interesem społeczeństwa a poszanowaniem w odniesieniu do fundamentalnych praw człowieka przy przywiązaniu szczególnej wagi do tych ostatnich”⁵, a w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ETPC uznał, iż „całą Konwencję przenika poszukiwanie właściwej równowagi pomiędzy potrzebami ogólnego interesu społeczności oraz wymogami ochrony fundamentalnych praw jednostki”⁶.

Omawiana tu zasada sięga do fundamentalnego dylematu związanego z ochroną praw człowieka dotyczącego napięcia pomiędzy potrzebą ochrony praw jednostki z jednej strony, a z drugiej, interesami zbiorowymi, interesem państwa czy społeczeństwa⁷. Zasada równoważenia interesów indywidualnych

⁴ J. Christoffersen, *Fair Balance...*, s. 27.

⁵ Wyrok ETPC z dnia 23 lipca 1968 r. w *belgijskiej sprawie językowej* (*Belgian Linguistic Case*) – sprawa „dotycząca pewnych aspektów praw o stosowaniu języków w edukacji w Belgii” *przeciwko Belgii*, 1474/62 i in., par. B.5.

⁶ Wyrok ETPC z dnia 7 lipca 1989 r. w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 14038/88, par. 89.

⁷ Zob. np. L. Morawski, *Prawa jednostki a dobro ogólne (liberalizm versus komunitaryzm)*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 11.

lub zbiorowych zakłada, iż stosunki między jednostką a wspólnotami nie mogą być postrzegane w sposób spolaryzowany, czyli taki, aby orzekać autorytatywnie, iż w każdej sytuacji priorytet należy dać interesom jednostki, albo odwrotnie – wspólnoty⁸. Dążyć zatem należy do tego, aby utrzymać słuszną, właściwą równowagę pomiędzy tymi interesami. Tak rozumiana zasada została wykształcona, jak pisze Cezary Mik, zwłaszcza w systemie europejskim na szerokiej podbudowie orzeczniczej⁹. Autor ten zauważa ponadto, iż na gruncie EKPC zasada ta pełni funkcję reguły kolizyjnej nakazującej poszukiwanie słusznej równowagi w przypadku konfliktu pomiędzy wartościami społeczeństwa demokratycznego a wartościami indywidualnymi. Nie przyznaje ona priorytetu jednemu rodzajowi wartości, ale nakazuje je ważyć w konkretnych sprawach¹⁰.

Zasada ta odgrywa także szczególną rolę przy wyprawdaniu pozytywnych obowiązków państwa z postanowień Konwencji, kiedy to zdaniem Trybunału należy mieć na względzie „właściwą równowagę pomiędzy interesem ogólnym społeczeństwa a interesem jednostki”¹¹.

Jak już wspomniano na wstępie, kwestia wyodrębnienia zasad *fair balance* oraz proporcjonalności jako odrębnych zasad pozostaje kontrowersyjna. Niekiedy bowiem proporcjonalność w szerokim znaczeniu łączona jest właśnie z wyważaniem konkurencyjnych interesów czy też wartości przy orzekaniu o naruszeniu jednego z praw przewidzianych w Konwencji. Przykładowo w sprawie *Ezelin* ETPC stwierdził z kolei, iż zasada proporcjonalności wymaga odszukania równowagi pomiędzy konkurującymi interesami oraz właściwej równowagi pomiędzy z jednej strony wymogami generalnego interesu społeczeństwa a z drugiej – wymogami ochrony fundamentalnych praw¹².

Orzecznictwo strasburskie odwołuje się również często do zasady proporcjonalności (*proportionality principle*) rozumianej *sensu stricte* w kontekście relacji pomiędzy realizowanym celem oraz środkami użytymi do osiągnięcia tego celu¹³. Tak rozumiana zasada proporcjonalności znajduje najczęściej zastosowanie w tych przypadkach, gdzie Konwencja przewiduje możliwość wprowadzania ograniczeń wykonywania praw i wolności. Dotyczy to przede wszystkim praw z grupy artykułów 8 do 11 Konwencji oraz art. 2 Protokołu 4, gdzie w klauzulach

⁸ C. Mik, *Zbiorowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1992, s. 237.

⁹ *Ibidem*, s. 237.

¹⁰ Zob. C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, s. 239.

¹¹ Zob. np. w odniesieniu do art. 8 Konwencji wyrok ETPC z dnia 17 października 1986 r. w sprawie *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 9532/81, par. 37.

¹² Wyrok ETPC z dnia 26 kwietnia 1991 r. w sprawie *Ezelin przeciwko Francji*, 11800/85, par. 52.

¹³ Niektórzy autorzy wskazują, iż zasada proporcjonalności dotyczy potrzeby odnalezienia właściwej równowagi pomiędzy różnymi konkurującymi interesami, stawiając tym samym znak równości pomiędzy zasadami proporcjonalności oraz właściwej równowagi, zob. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Haga-Boston-London 1998, s. 80.

limitacyjnych zawartych w ustępach drugich tych artykułów (w przypadku art. 2 Protokołu 4 jest to ust. 3) przewidziany został test konieczności. Zasada proporcjonalności stanowi jeden z elementów czy też cząstkowy składnik tego testu, obok m.in. wymogu ustalenia „naglącej potrzeby społecznej”, a także „istotnego i wystarczającego usprawiedliwienia zastosowania ingerencji władzy publicznej”¹⁴. Zasada proporcjonalności znajduje zastosowanie także m.in. w wypadku art. 14 Konwencji, przy stosowaniu klauzuli derogacyjnej zawartej w art. 15 ust. 1 EKCP, a także np. w odniesieniu do art. 2 Protokołu 1¹⁵.

O ile przyjąć, iż zasada proporcjonalności oraz właściwej równowagi to dwie powiązane ze sobą, ale jednak różne zasady, pojawia się pytanie o relację pomiędzy nimi. Stanowisko Trybunału nie jest tu jednolite. Z niektórych orzeczeń można wywnioskować, iż zasada *fair balance*, zwana też „testem właściwej równowagi”, stanowi składnik testu konieczności, a nie oddzielną zasadę. Na przykład w sprawie *Lithgow i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* EPTC uznał, iż środek polegający na pozbawieniu osoby jej własności nie tylko powinien realizować uprawniony cel, ale także „powinna zachodzić rozsądna relacja proporcjonalności pomiędzy zastosowanymi środkami oraz realizowanym celem. Ten ostatni wymóg został wyrażony w innych słowach we wspomnianej sprawie *Sporrong i Lönnroth* dzięki pojęciu właściwej równowagi (*fair balance*), jaka musi zostać osiągnięta pomiędzy wymaganiami ogólnego interesu społeczeństwa a wymogami ochrony fundamentalnych praw jednostki. Wymagana równowaga nie zostanie osiągnięta, jeżeli jednostka będzie musiała ponieść jednostkowy i nadmierny ciężar”¹⁶. Z kolei w sprawie *Young, James i Webster przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał stwierdził, iż uszczerbek poniesiony przez skarżących „przekroczył poza to, co było wymagane, aby osiągnąć właściwą równowagę pomiędzy pozostającymi w konflikcie interesami i nie może być uznawany za proporcjonalny do realizowanych celów”¹⁷. Również w doktrynie można spotkać stanowisko, iż zarówno *fair balance*, jak i *proportionality* dotyczą tej samej zasady proporcjonalności¹⁸.

¹⁴ Zob. szerzej T. Jasudowicz, *Standard konieczności we współczesnym prawie międzynarodowym ze szczególnym uwzględnieniem międzynarodowego prawa humanitarnego i praw człowieka* [w:] *Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Symonidesowi*, red. E. Haliżak, R. Kuźniar, Warszawa 2003, s. 74–76.

¹⁵ Dokonując przeglądu zakresu zastosowania zasady proporcjonalności, M.A. Eissen zauważa, że zasada ta znajduje zastosowanie m.in. także do art. 4, 6 oraz 12 EKPC, art. 2 i 3 Protokołu 1, zob. szerzej M.A. Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights* [w:] *The European System for the Protection of Human Rights*, eds R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, London 1993, s. 125–146.

¹⁶ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie *Lithgow i i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 9006/80 i in., par. 120.

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 13 sierpnia 1981 r. w sprawie *Young, James i Webster przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 7601/76 i in., par. 65.

¹⁸ Zob. m.in. J.J. Cremona, *The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* [w:] *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, hrsg. v. U. Beyerlin et al., Berlin 1995, s. 323–330; także Y. Arai-Takahashi, *The Mar-*

Warto jednak zauważyć, że z niektórych orzeczeń dotyczących np. art.1 Protokołu 1 wynika, że zasada proporcjonalności jest traktowana nie jako tożsama z zasadą właściwej równowagi, ale raczej jako jeden z jej elementów czy też przejawów. Na przykład w sprawie *Broniowski* w jednym z punktów uzasadnienia wyroku zatytułowanym „zasada właściwej równowagi” (*principle of a fair balance*) Trybunał stwierdził m.in., iż „zarówno ingerencja w spokojne korzystanie z własności, jak i powstrzymanie się od działania powinny odpowiadać równowadze, jaką należy osiągnąć pomiędzy wymaganiami ogólnego interesu społeczeństwa a wymogami ochrony fundamentalnych praw jednostki [...]. Troska o osiągnięcie tej równowagi została odzwierciedlona w strukturze artykułu 1 Protokołu 1 jako całości. W szczególności powinna zachodzić rozsądna relacja proporcjonalności pomiędzy zastosowanymi środkami oraz celem realizowanym jakimikolwiek środkami stosowanymi przez państwo”¹⁹.

Wydaje się, iż zasada właściwej równowagi powinna być ujmowana jako zasada o bardziej podstawowym charakterze, sięgająca fundamentalnych napięć towarzyszących stosowaniu postanowień EKPC – zasada proporcjonalności natomiast może być postrzegana jako wyraz zasady *fair balance* w jej zastosowaniu zwłaszcza do relacji środek–cel. Ze względu na to, że zasada właściwej równowagi dotyczy szerszej perspektywy, określenie właściwej relacji pomiędzy środkami a celami powinno następować w kontekście relacji jednostka–interes ogółu lub innych jednostek.

2. Kryteria służące ustaleniu, czy została zachowana właściwa równowaga i proporcjonalność

Jednym z najtrudniejszych zagadnień związanych ze stosowaniem zasad właściwej równowagi oraz proporcjonalności wiąże się z kwestią określenia parametrów lub też innymi słowy, warunków progowych, od których spełnienia zależy, czy właściwa równowaga czy proporcjonalność zostanie zachowana. Typowe sytuacje, w której zasada *fair balance* znajduje zastosowanie, wiążą się z koniecznością wyważania różnych konkurujących wartości, interesów. Już na wstępie można zauważyć, iż próby określenia w sposób precyzyjny kryteriów, które pozwalałyby jasno określać zachowanie lub też nie proporcjonalności jest o tyle rzeczą niemożliwą, iż niemożliwe jest określenie za pomocą jednoznacznych parametrów, o ile jedno dobro czy wartość jest ważniejsza od drugiego. Proces wyważania jest zatem w tym sensie nieunikniony, decydowanie bowiem

gin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Antwerp–Oxford–New York 2002, s. 14–15 oraz P. van Dijk, G.J.H van Hoof, *Theory and Practice...*, s. 80.

¹⁹ Wyrok ETPC z dnia 22 czerwca 2004 r. w sprawie *Broniowski przeciwko Polsce*, 31443/9, par. 150.

o tym, która z konkurujących wartości powinna w danej sytuacji wziąć górę, zależy od konfiguracji czynników występujących w danej sytuacji, zatem określenie proporcjonalności musi przebiegać *ad casum* z uwzględnieniem konkretnych okoliczności danej sprawy.

W przypadku oceny stosowanych ograniczeń w orzecznictwie Trybunału wymaga się przedstawienia zastosowanych środków. Władze krajowe powinny przedstawić „wystarczające przyczyny” uzasadniające proporcjonalność tych środków w stosunku do uprawnionego celu. Uznaje się przy tym, iż najbardziej intensywny standard proporcjonalności związany jest ze stosowaniem testów „mniej restrykcyjnej” lub też „najmniej restrykcyjnej alternatywy”, według której państwa-strony Konwencji powinny zastosować najmniej uciążliwy środek, który w równym stopniu może prowadzić do osiągnięcia realizowanego celu²⁰. Warto przy tym zwrócić uwagę, że test mniej uciążliwego środka stosowany jest także w odniesieniu do tych postanowień, w których nie występuje typowa klauzula limitacyjna. Przykładowo, rozpatrując zgodność pozbawienia wolności osoby z art. 5 ust. 1 EKPC Trybunał, uznając, iż „zatrzymanie jest tak poważnym środkiem, że jest usprawiedliwione jedynie, gdy mniej uciążliwe środki zostały rozważone i uznane za niewystarczające do zabezpieczenia jednostkowego lub publicznego interesu, który mógłby wymagać zatrzymania danej osoby”²¹.

W swoim orzecznictwie Trybunał nie jest jednak konsekwentny, jeśli idzie o stosowanie tego testu. Zwraca się uwagę, iż już w *Belgijskiej sprawie językowej* Trybunał uznał, że cel zastosowanych środków krajowych był „sam w sobie wiarygodny” oraz, że „nie jest zadaniem Trybunału ustalać, czy jest możliwe zrealizowanie tego celu w innych sposób”²². Podobnie test mniej uciążliwego środka został odrzucony w sprawie *James i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, w której skarżący podnosili, że wywłaszczenie było środkiem zbyt dalego idącym, ponieważ zastosowane przepisy mogłyby uznać za proporcjonalne tylko wówczas, gdyby nie istniał „mniej drastyczny środek” dostępny dla władz krajowych²³. Trybunał uznał jednak, iż dostępność alternatywnych rozwiązań nie czyni zastosowanej reformy niesprawiedliwą. „Dostępność ta stanowi jedynie jeden z czynników istotnych dla ustalenia, czy wybrane środki można uznać za uzasadnione i dostosowane do osiągnięcia zamierzonego celu zgodnego z prawem, biorąc pod uwagę potrzebę osiągnięcia »właściwej równowagi«. Pod warunkiem, że ustawodawca pozostał w tych granicach, to Trybunał nie powinien określać, czy ustawodawstwo w tym przypadku stanowi najlepsze rozwiązanie dla potrzeb rozwiązania problemu transakcji lub czy dyskrecjonalność władzy

²⁰ Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 15.

²¹ Wyrok ETPC z dnia 4 kwietnia 2000 r. w sprawie *Litwa przeciwko Polsce*, 26629/95, par. 78

²² Wyrok ETPC z dnia z dnia 23 lipca 1968 r. w *belgijskiej sprawie językowej*, par. 13.

²³ Wyrok ETPC z dnia 21 lutego 1986 r. w sprawie *James i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 8793/79, par. 51.

legislacyjnej mogła zostać wykonana w inny sposób”²⁴. Takie podejście Trybunału słusznie poddawane jest krytyce. Jak słusznie zauważa Jonas Christoffersen, trudno wyobrazić sobie proporcjonalność, jeżeli test mniej uciążliwych środków nie musi być stosowany²⁵. Brak konsekwencji Trybunału w tym przypadku osłabia znaczenie zasad właściwej równowagi oraz proporcjonalności, co w połączeniu z często niejasnym zastosowaniem doktryny marginesu oceny czyni jego orzecznictwo niejednokrotnie mało przewidywalnym.

Przy ocenie spełnienia kryterium oceny proporcjonalności ETPC sięga także do praktyki państw członkowskich Rady Europy w ramach tzw. podejścia komparatystycznego. Aczkolwiek komparatystyce stosowanej przez Trybunał zarzuca się niejednokrotnie powierzchowność i ograniczanie się do ogólnikowych stwierdzeń, np. o obecności lub braku konsensusu w prawie państw-stron²⁶, to jednak stanowi ona nierzadko istotny czynnik przy ocenie konieczności zastosowania danego środka²⁷. Metoda komparatystyczna może być w takich przypadkach stosowana łącznie z metodą wykładni dynamicznej²⁸.

Przy ocenie proporcjonalności Trybunał odwołuje się również do tzw. doktryny odstraszonego efektu (ang. *the chilling efekt doctrine*), co jest widoczne zwłaszcza w sprawach dotyczących wolności wypowiedzi. Doktryna ta polega na przyjęciu swoistego domniemania niezgodności z art. 10 Konwencji tych ograniczeń, które mogą potencjalnie skutkować odstraszeniem czy też zniechęceniem do udziału w debacie publicznej. Tym samym zostaje ograniczony margines oceny władz krajowych w tym zakresie. Przykładem zastosowania tej doktryny może być orzeczenie w sprawie *Lingens przeciwko Austrii*, gdzie ETPC stwierdził, iż sankcja karna za publikację artykułu w kontekście debaty politycznej „mogłaby odstraszyć dziennikarzy od udziału w dyskusji publicznej na tematy mogące oddziaływać na życie społeczeństwa. Taka sankcja mogłaby zatem stanowić przeszkodę dla prasy przy wykonywaniu przez nią funkcji dostarczyciela informacji lub strażnika publicznego”²⁹. Uznanie w orzecznictwie strasburskim szczególnej funkcji prasy w demokratycznym społeczeństwie tłumaczy wąski margines oceny, jaki jest pozostawiany państwom przy wprowadzaniu środków dotyczących samych podstaw wolności prasy, takich jak wprowadzanie uprzednich

²⁴ *Ibidem*, par. 66.

²⁵ J. Christoffersen, *Fair Balance...*, s. 111.

²⁶ Np. w sprawie *Sunday Times* ETPC ograniczył się do stwierdzenia, iż „krajowe prawo i praktyka w tej sferze wykazuje całkiem istotny stopień podobieństwa”. Wyrok ETPC w sprawie *Sunday Times*, pkt 59.

²⁷ Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 194.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie *Lingens przeciwko Austrii*, 9815/82, par. 44.

ograniczeń wolności wypowiedzi³⁰, ograniczenie poufności źródeł informacji³¹ oraz ingerencja państwa w wybór technik przekazu dziennikarskiego³².

W orzecznictwie ETPC widać ścisły związek zasad proporcjonalności oraz właściwej równowagi z doktryną marginesu oceny, co uzasadnia bliższe przyznanie się temu zagadnieniu w odrębnym punkcie.

3. Zasada proporcjonalności a doktryna marginesu oceny

W orzecznictwie strasburskim zauważyć można związek pomiędzy zasadą proporcjonalności a marginesem oceny. Zdaniem Franza Matschera funkcję czynnika korygującego i ograniczającego zasadę marginesu oceny pełni zasada proporcjonalności³³. Według niektórych autorów proporcjonalność należy traktować wręcz jako drugą stronę marginesu oceny³⁴. Teza ta wynika ze stwierdzonej prawidłowości, że im bardziej intensywny standard proporcjonalności, tym węższy staje się margines oceny przyznawany państwom. W związku z tym proponuje się, aby zasadę proporcjonalności uczynić podstawowym narzędziem służącym do stwierdzania, czy władze krajowe przekroczyły swój margines oceny. Jeżeli zatem, jak pisze Yutaka Arai Takahashi, zostaje osiągnięta rozsądna równowaga pomiędzy zastosowanymi środkami a realizowanym uprawnionym celem, uznaje się, iż władze krajowe pozostały w ramach marginesu oceny³⁵. Intensyfikacja kontroli marginesu oceny przez Trybunał oznacza, zdaniem Y. Arai-Takahashiego, stosowanie „intensywniejszego standardu proporcjonalności”, co z kolei skutkuje zawężeniem marginesu przyznawanego władzom krajowym³⁶. Najbardziej intensywny standard proporcjonalności związany jest ze stosowaniem doktryny „mniej restrykcyjnej alternatywy”. Według niej państwa-strony Konwencji powinny zastosować najmniej uciążliwy środek, który w równym stopniu może prowadzić do osiągnięcia realizowanego celu³⁷.

³⁰ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 26 listopada 1991 r. w sprawie *Observer i Guardian przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 13585/88, par. 60.

³¹ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie *Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 28957/95, par. 39 i 40.

³² Zob. np. wyrok ETPC z dnia 23 września 1994 r. w sprawie *Jersild przeciwko Danii*, 15890/89, par. 31; zob. szerzej S.C. Prebensen, *The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*, „Human Rights Law Journal” 1998, vol. 19, no. 1, , s. 14.

³³ F. Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention* [w:] *The European System for the Protection of Human Rights*, eds R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht 1993, s. 79.

³⁴ Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 14, 15.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, s. 14.

³⁷ *Ibidem*, s. 15.

Działanie zasady proporcjonalności jest zauważalne w wypadku ograniczania marginesu oceny przy stosowaniu testu konieczności, gdyż zasada ta jest jednym z jego elementów (ustępy 2 art. 8, 9, 10, 11 oraz art. 2 Protokołu 4). Stosowana jest ona także w przypadku art. 1 Protokołu 1, a także m.in. jako jedno z kryteriów oceny ingerencji w tzw. *implied rights*, tj. prawa, 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).

Nie można też zapomnieć, iż zasada właściwej równowagi kształtuje granice marginesu oceny przy realizacji pozytywnych obowiązków spoczywających na państwach i przy regulacji konfliktów pomiędzy interesami jednostki i społeczeństwa oraz interesami jednostki i osób trzecich. W orzecznictwie uznaje się bowiem, że obowiązki pozytywne nie powinny być interpretowane jako nakładające niemożliwy lub nieproporcjonalny ciężar na władze krajowe³⁸.

W sprawach dotyczących art. 8, 9, 10 oraz 11 Konwencji oraz art. 2 Protokołu 4 obowiązkiem państwa jest zatem „wykazanie, iż konieczność ingerencji w korzystanie z prawa rzeczywiście istniała, tj. wykazanie nie tylko proporcjonalności, ale szerzej – istnienia naglącej potrzeby społecznej”³⁹, a także, że przyczyny przywołane dla usprawiedliwienia zaskarżonych środków były „istotne i wystarczające”⁴⁰ albo też przedstawienie „przekonujących przyczyn” przemawiających za ingerencją w chronione prawo⁴¹.

Zasada „właściwej równowagi” znajduje natomiast, jak już wspomniano, zastosowanie do marginesu oceny władz krajowych przy realizacji przez nie zarówno obowiązków negatywnych, jak i obowiązków pozytywnych, które wynikają z art. 8 Konwencji⁴². W pierwszym przypadku stanowi ona kryterium przy badaniu testu konieczności wynikającego z art. 8 ust. 2⁴³. W drugim natomiast służy Trybunałowi przy ocenie realizacji przez władze krajowe ich pozytywnych obowiązków zgodnie z ustępem pierwszym tego artykułu⁴⁴. W obu przypadkach zasada ta stanowi wiodącą dyrektywę dotyczącą procesu wyważania kon-

³⁸ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 29 października 1998 r. w sprawie *Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 116.

³⁹ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 12 listopada 2002 r., w sprawie *Płoski przeciwko Polsce*, 9532/81, par. 35.

⁴⁰ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 7 sierpnia 1996 r. w sprawie *Johansen przeciwko Norwegii*, 17383/90, par. 73.

⁴¹ Wyrok w sprawie ETPC z dnia 2 grudnia 1995 r. Z. *przeciwko Finlandii*, 22009/93, par. 113.

⁴² Zob. np. wyrok ETPC z dnia 21 lutego 1990 r. w sprawie *Powell i Rayner przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 9310/8, par. 41 oraz z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie *von Hannover przeciwko Niemcom*, 59320/00, par. 57.

⁴³ Zob. m.in. wyrok ETPC z dnia 9 grudnia 1994 r. w sprawie *López Ostra przeciwko Hiszpanii*, 16798/90, par. 51.

⁴⁴ *Ibidem*.

kurujących względów. Z orzecznictwa strasburskiego wynika, że to od władz krajowych wymaga się, aby dokonały „wyważenia” konkurujących interesów⁴⁵. Konkurujące interesy w sprawach dotyczących art. 8 Konwencji dotyczą przy tym nie tylko relacji: interes jednostki–interes publiczny. W sprawach dotyczących praw rodzicielskich i dostępu do dziecka rodziców naturalnych chodzi np. o wyważanie pomiędzy interesem rodziców naturalnych oraz interesem ich dziecka. Jeżeli np. kontakty z rodzicami mogą zagrozić interesom dziecka, do władz krajowych należy znalezienie właściwej równowagi pomiędzy interesami rodziców oraz dziecka⁴⁶. Wyważanie to może dotyczyć także interesów związanych z prawami chronionymi przez Konwencję i pozostającymi w danej sprawie ze sobą w konflikcie. W sprawie *von Hannover przeciwko Niemcom* Trybunał uznał, iż „sądy niemieckie nie osiągnęły »właściwej równowagi« pomiędzy konkurującymi interesami” związanymi z ochroną prawa do prywatności z jednej strony oraz z wolnością wypowiedzi z drugiej⁴⁷.

Wprawdzie władzom krajowym pozostawia się zarówno ocenę proporcjonalności jako składowego elementu testu konieczności w ramach dokonywania „początkowej” oceny „konieczności” ingerencji⁴⁸, jak i ustalenie właściwej równowagi pomiędzy konkurującymi ze sobą interesami, to jednak ostateczna weryfikacja spełnienia tych kryteriów zastrzeżona jest, co do zasady, do kompetencji Trybunału w ramach jego kompetencji nadzorczej⁴⁹.

Pomimo pełnienia funkcji czynnika korygującego granice marginesu oceny zasada proporcjonalności nie powinna być traktowana jako główny miernik marginesu oceny⁵⁰. Podejście takie prowadzi bowiem do pomniejszania czy też zacierania znaczenia innych, istotnych czynników determinujących krajową dyskrecjonalność oraz jej granice w świetle nadzoru nad nią sprawowanego przez ETPC. Czynniki te działają na różnych płaszczyznach, w tym m.in. na płaszczyźnie zasad oraz metod interpretacji i stosowania Konwencji. Istotne znaczenie ma też działanie zasady priorytetu praw i związanej z nią zasady efektywności, a także metod wykładni ewolucyjnej i autonomicznej w wypadku czynników, które można zaliczyć do płaszczyzny zasad oraz metod interpretacji i stosowania Konwencji. Przykładowo w przypadku spraw dotyczących naruszeń art. 10

⁴⁵ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 18 stycznia 2001 r. w sprawie *Chapman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 27238/95, par. 104 i 114; z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie *von Hannover von przeciwko Niemcom*, 59320/00, par. 57, 58 i 79; a także z dnia 21 lutego 1990 r. w sprawie *Powell i Rayner*, par. 41; *Keegan*, par. 49 oraz z dnia 27 kwietnia 2000 r. w sprawie *K. i T przeciwko Finlandii*, 25702/94, par. 164.

⁴⁶ Zob. wyrok ETPC z dnia 27 kwietnia 2000 r. w sprawie *K. i T.*, par. 164.

⁴⁷ Zob. wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie *von Hannover*, par. 76–79.

⁴⁸ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 25 września 1996 r. w sprawie *Buckley przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 20348/92, par. 74.

⁴⁹ Zob. m. in. wyrok ETPC z dnia 22 października 1981 r. w sprawie *Dudgeon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 7525/76, par. 59 oraz z dnia 18 stycznia 2001 r. w sprawie *Chapman*, par. 114.

⁵⁰ Zob. Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 14–15.

czy 11 EKPC na zawężenia granic marginesu oceny władz krajowych wpływa w dużym stopniu zasada społeczeństwa demokratycznego. Istotne znaczenie korygujące szerokość marginesu oceny ma też działanie zasady priorytetu praw i związanej z nią zasady efektywności, a także metod wykładni ewolucyjnej i autonomicznej⁵¹.

4. Rola zasad proporcjonalności oraz właściwej równowagi w procesie interpretacji i stosowania Konwencji

Zasada proporcjonalności odgrywa ważną rolę przy rozstrzyganiu przez Trybunał, czy doszło do naruszenia Konwencji. Stwierdzenie braku proporcjonalności pomiędzy realizacją uprawnionego celu a zastosowanym środkiem skutkuje wnioskiem, że doszło do naruszenia Konwencji⁵². Zasady proporcjonalności oraz właściwej równowagi, jak już wspomniano, pełnią funkcję czynnika korygującego i ograniczającego margines. Skłania to niektórych autorów do tego, aby zasadę proporcjonalności uznawać za posiadającą kluczowe znaczenie przy ustalaniu, czy władze krajowe przekroczyły granice przysługującego im marginesu oceny⁵³.

Rozpatrując znaczenie obu zasad, należy przede wszystkim zauważyć, iż proces rozstrzygania spraw przez ETPC bardziej zbliża się raczej do modelu argumentacyjnego niż sylogistycznego. Wyrazem tego jest sięganie przez Trybunał do wyważania, w ramach którego jest dokonywana kumulatywna ocena argumentów *pro* oraz *contra*, przy uwzględnieniu ogółu mających znaczenie w sprawie czynników i kontekstu sprawy, a także wchodzących w grę w danej sprawie zasad i metod interpretacji. Wyważanie przeprowadzane w ramach strasburskiego systemu ochrony praw człowieka powinno, co do zasady, opierać się na preferencji interesów jednostki. Jednakże, jak pokazuje orzecznictwo strasburskie, przyznawanie preferencji interesom zbiorowym czy też publicznym wcale nie należy do rzadkości⁵⁴. Prawa chronione przez Konwencję nie mają bowiem najczęściej charakteru absolutnego i muszą niekiedy ustąpić przed interesem ogółu. Wiodącą regułą kolizyjną w procesie wyważania jest zasada „słusznej równowagi” (*fair balance*). Wyważanie przeprowadzane przez ETPC wykazuje cechy wyważania opartego na zasadach oraz na wcześniejszych orzeczeniach traktowanych jako precedensy, wprawdzie niewiążące, ale jednak wytyczające uporządkowany

⁵¹ Zob. szerzej A Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 360–377.

⁵² Zob np. wyrok ETPC z dnia 26 września 1995 r. w sprawie *Vogt przeciwko Niemcom*, A/323, par. 68.

⁵³ Zob. np. Y. Arai-Takahashi, *The Margin...*, s. 192.

⁵⁴ C. Mik, *Koncepcja normatywna...*, s. 233.

kierunek orzecznictwa⁵⁵. Warto zauważyć, że krytykom metody *balancing* nie udaje się jednak zaproponować innej metody rozstrzygania w obliczu antynomii występujących w sprawach rozstrzyganych przez strasburski Trybunał⁵⁶. Wydaje się zatem, że wyważanie jest, z jednej strony, nieuniknione, a z drugiej może być postrzegane jako wyraz dążenia do zapewnienia, na ile to jest możliwe, spójności rozstrzygnięcia z zasadami systemu EKCP oraz dotychczasowym orzecznictwem w konkretnych okolicznościach danej sprawy.

Zasada właściwej równowagi ma szczególne znaczenie w procesie interpretacji i stosowania Konwencji, a zwłaszcza w procesie tzw. wyważania. Przy podejmowaniu rozstrzygnięć przez Trybunał istotną rolę odgrywa przede wszystkim dokonywanie argumentacyjnie uzasadnionych wyborów⁵⁷, odbywających się właśnie w procesie wyważania sprzecznych interesów i wartości⁵⁸.

W literaturze przedmiotu wyróżnia się dwa rodzaje wyważania: oparte na zasadach (*principled balancing*) oraz wyważanie *ad hoc*⁵⁹. O wyważaniu opartym na zasadach mówimy w wypadku, gdy jego podstawą jest formuła, która może być zastosowana w podobnych sprawach⁶⁰, podczas gdy wyważanie *ad hoc* nie opiera się na żadnej ogólnej formule. Uznaje się, iż wyważanie oparte na zasadach powinno być preferowane przed wyważaniem *ad hoc*⁶¹. Wydaje się, iż wyższość wyważania opartego na zasadach polega przede wszystkim na tym, iż jest ono, przynajmniej w pewnym stopniu, przewidywalne. Wyważanie przeprowadzane przez ETPC wykazuje cechy wyważania opartego na zasadach pozwalających prognozować, do pewnego przynajmniej stopnia, wynik procesu *balancing*. Warto w tym kontekście również pamiętać o roli ukształtowanych w orzecznictwie standardów w procesie wyważania. Trybunał odwołuje się do swoich rozstrzygnięć w podobnych sprawach, traktując swoje orzeczenia jako precedensy, wprawdzie niewiążące, ale jednak wytyczające uporządkowany kierunek orzecznictwa. Odstąpienie od precedensu jest wyraźnie akcentowane i musi być uzasadnione „przekonującymi przyczynami” związanymi w szczególności

⁵⁵ Zob. wyrok ETPC z dnia 27 września 1990 r. w sprawie *Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 10843/84, par. 35; zob. także M. Balcerzak, *Precedens w prawie międzynarodowym praw człowieka a zagadnienia wybrane* [w:] *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, red. C. Mík, Toruń 2005, s. 77–91.

⁵⁶ Zob. np. B. Cali, *Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions*, „*Human Rights Quarterly*” 2007, vol. 29, no. 1, s. 251–270.

⁵⁷ Zob. T. Morawski, *Główne problemy...*, s. 199.

⁵⁸ Zob. np. B. Cali, *Balancing...*, s. 251–270.

⁵⁹ A. Barak, *The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice* [w:] *Judicial Discretion in European Perspective*, ed. O. Wiklund, Stockholm 2003, s. 25.

⁶⁰ Formuła wyważania odzwierciedla względny charakter konkurujących wartości, zob. *ibidem*.

⁶¹ A. Barak, *The Nature...*, s. 25..

z zapewnieniem, iż interpretacja Konwencji „odzwierciedla zmiany społeczne oraz pozostaje w zgodzie z aktualnymi warunkami”⁶².

Zasada *fair balance* nie jest zasadą o znaczeniu materialnym, tak jak zasada społeczeństwa demokratycznego czy zasada praw człowieka, które odgrywają wiodącą rolę w ramach wykładni teleologicznej. Jednak w przypadku nieuchronnych konfliktów pomiędzy tymi zasadami, to właśnie zasada właściwej równowagi, wsparta bogatymi standardami orzecznictwymi, ukierunkowuje sposób rozwiązania zaistniałego konfliktu w procesie wyważania.

Wnioski

Trudno przecenić znaczenie zasad proporcjonalności oraz *fair balance* – przenikają one bowiem cały proces interpretacji Konwencji. Pomimo że w świetle orzeczeń EPTC można niejednokrotnie odnieść wrażenie, iż obie zasady się pokrywają – to za uzasadniony można uznać postulat ich wyodrębnienia. W proponowanym w niniejszym opracowaniu ujęciu zasada właściwej równowagi powinna być ujmowana jako zasada o bardziej podstawowym charakterze, która odnosi się do fundamentalnych napięć towarzyszących stosowaniu postanowień EKPC. Z kolei zasada proporcjonalności powinna być postrzegana *sensu stricto* w kontekście relacji pomiędzy realizowanym celem oraz środkami użytymi do osiągnięcia tego celu.

Słusznie zwraca się uwagę, iż w całej strukturze Konwencji istnieje rodzaj wbudowanego mechanizmu wyważania⁶³. Proces wyważania odgrywa często kluczową rolę w rozumowaniu ETPC zawartym w uzasadnieniach jego orzeczeń. W obliczu nieuniknionych, jak się wydaje, antynomii i związanych z nimi dylematów, przed którymi staje ETPC, stosując Konwencję i rozwijając europejskie standardy praw człowieka, omawiane tu zasady mogą być postrzegane jako jeden z podstawowych instrumentów służących osiągnięciu właściwej równowagi pomiędzy konkurującymi interesami. Można je w związku z tym zaliczyć do naczelnych zasad wykładni EKPC⁶⁴.

Krytyka stosowania obu zasad wiąże się z widocznym niekiedy brakiem konsekwencji po stronie Trybunału, co przejawia się w szczególności w odrzucaniu tzw. testu mniej restrykcyjnych środków. Tymczasem ETPC, który jak się wydaje, powinien podążać w kierunku sądu konstytucyjnego Europy, powinien używać tak istotnych zasad w sposób rozważny, konsekwentny i spójny zasadami, na

⁶² Zob. wyrok ETPC z dnia 27 września 1990 r. w sprawie *Cossey*, par. 35. Na temat znaczeniu precedensu w orzecznictwie strasburskim zob. także M. Balcerzak, *Precedens w prawie międzynarodowym...*, s. 77–91.

⁶³ J.J. Cremona, *The Proportionality Principle...*, s. 323.

⁶⁴ Zob. P. van Dijk, G.J.H van Hoof, *Theory and Practice...*, s. 80–81.

jakich oparty jest cały system EKPC. Od strasburskiego Trybunału zatem zależy nadanie obu zasadom takiej rangi w procesie stosowania i interpretacji Konwencji, na jaką zasługują.

Adam Wiśniewski

PROPORTIONALITY AND FAIR BALANCE IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The principles of proportionality and *fair balance* can be said to permeate the whole process of the Convention's interpretation. Although in the light of the ECtHR's rulings it often seems that these principles overlap, in this study the Author proposes to treat them separately. According to the approach proposed by the Author, the principle of a proper balance should be recognized as a more fundamental principle which refers to the fundamental tensions accompanying the application of ECHR provisions. On the other hand, the principle of proportionality should be perceived in a strict sense, in the context of the relationship between the pursued objective and the means used to achieve this goal.

The criticism concerning the application of both principles is connected with the apparent lack of consistency on the part of the Strasbourg Court, which is manifested in particular in the rejection of the so-called less restrictive measures. The ECtHR, which seems to be evolving towards being the constitutional court of Europe, should use such important principles in a prudent and consistent manner, on the basis of the principles on which the entire ECHR system is based. It is therefore up to the Strasbourg Tribunal to give both principles such importance in the process of applying and interpreting the Convention as they deserve.

The balancing process often plays a key role in the reasoning of the ECtHR included in the justifications of its rulings. In the face of the seemingly inevitable antinomies and related dilemmas faced by the ECtHR while applying the Convention and developing European human rights standards, the principles discussed by the Author can be perceived as one of the basic instruments to strike the right balance between competing interests. They can therefore be included in the guiding principles of the ECHR.



Jerzy Jaskiernia

Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach
jerzyj@hotmail.pl

THE PROBLEM OF PROPORTIONALITY IN USING DEROGATIONS TO DEAL WITH THE STATE OF EMERGENCY UNDER ARTICLE 15 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (THE COUNCIL OF EUROPE'S APPROACH)

1. Introductory observations

Professor Krzysztof Drzewicki belongs to the group of the best specialists in the field of human rights protection in Europe. This conclusion is based not only on K. Drzewicki's scholarly achievements of in this area. His most important achievements deal with right to development¹ and the analysis of social rights,² solidarity rights³ and other rights of the third generation.⁴ He is the author of publications dealing with universal human rights law,⁵ humanitarian law⁶ and

¹ K. Drzewicki, *Prawo do rozwoju. Studia z zakresu praw człowieka*, Gdańsk 1988.

² *Social rights in the Council of Europe* [in:] *Polska i Rada Europy*, ed. K. Machińska, 1990–2005, Warszawa 2005, pp. 134–156.

³ *The Right of the Solidarity as a Human Rights. Some Methodological Aspects*, "Nordic Journal of Human Rights" 1988, no. 4.

⁴ *Trzecia generacja praw człowieka*, „Sprawy Międzynarodowe” 1983, nr 10.

⁵ *Prawa człowieka w Karcie NZ i w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, „Sprawy Międzynarodowe” 1998, nr 3, pp. 9–24; *Protection of Human Rights and the Formation of Civil Society* [in:] *En Even Larger Union? The Eastern Enlargement In Perspective*, ed. R. Dehouse, Baden–Baden 1998; *Internationalization of Human Rights and their Juridization* [in:] *An Introduction to the International Protection of Human Rights. A Textbook*, eds R. Hanski, M. Suksi, 2nd ed., Turku–Åbo 1999, pp. 25–27.

⁶ *Koncepcja minimalnych standardów humanitarnych*, „Sprawy Międzynarodowe” 1999, nr 3, pp. 59–70; *Międzynarodowe prawo humanitarne: wyzwania u progu XXI stulecia* [in:] *X lat Polski w Unii Europejskiej: doświadczenia i perspektywy*, pp. 255–274.

Polish obligations in the area of human rights protection.⁷ He published several articles on the relations between the Council of Europe and Central and Eastern Europe⁸ and the functioning of the European Convention of Human Rights,⁹ including reforms of the European Court “on Human Rights.”¹⁰ He wrote original publications “concerning the Organization on Security and Cooperation in Europe (OSCE),¹¹ especially on its activity with regard to minority rights protection,¹² and the functioning of the OSCE High Commissioner on National Minority.”¹³ We cannot neglect K. Drzewicki’s activity in the Ministry of Foreign Affairs. He was a successful representative of the Polish Government in the European Court of Human Rights in Strasbourg. He also served, for example, in the office of the OSCE High Commissioner on National Minorities and was a deputy member of the Venice Commission.

These facts invite me to offer a paper dealing with the European system of the protection of human rights. One of the important problems concerning the European Convention on Human Rights is a question of derogations permitted under Article 15 of the Convention.¹⁴ The Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) discussed this issue recently in the context of derogations dealing with states of emergency, which was a basis for a resolution¹⁵ and

⁷ *Zobowiązania międzynarodowe Polski w dziedzinie praw człowieka, “Sprawy Międzynarodowe”* 1999, nr 3, pp. 59–70.

⁸ *The Future Relations between Eastern Europe and the Council of Europe* [in:] *Legal Aspects of a New Infrastructure*, eds A. Bloed, W. de Jonge, Netherland Helsinki Committee 1992.

⁹ *Wolność nauczania religii w szkołach publicznych na tle sprawy polskiej przed Europejską Konwencją Praw Człowieka, “Studia Europejskie”* 1997, t. 2, pp. 201–220; *Naczelny Sąd Administracyjny jako „sąd” w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka: refleksje na tle wyroku „Potocka i inni przeciwko Polsce”, “Gdańskie Studia Prawnicze”* 2012, t. 28, pp. 99–111.

¹⁰ *Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: filozofia zmian czy zmiana filozofii?, “Europejski Przegląd Sądowy”* 2006, nr 6, pp. 4–13; *Flexibility the Modes of Amending the European Convention on Human Rights: An Idea of a „Statute” for the European Court*, eds A. Eide, J.T. Möller, I. Ziemele, Leiden–Boston, pp. 248–250.

¹¹ *Triada wartości w trójkącie działań organizacji europejskich. Refleksje nad sukcesami i porażkami OBWE* [in:] *20 lat Polski w Radzie Europy. Rada Europy – Unia Europejska wobec wyzwań współczesnego świata*, Warszawa 2012, pp. 68–70.

¹² *Minority Protection within OSCE* [in:] *Managing Diversity Protection of Minorities in International Law*, eds D. Thürer, Z. Kędzia, Basel–Geneva 2009, pp. 103–104.

¹³ *Zalecenia tematyczne Wysokiego Komisarza OBWE do spraw Mniejszości Narodowych* [in:] *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, t. 1, *Teoria i filozofia państwa i prawa oraz aksjologia demokracji i ochrony praw człowieka*, eds R.M. Czarmy, K. Spryszak, Toruń 2012, pp. 620–643.

¹⁴ L. Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford 2011, p. 89.

¹⁵ PACE Resolution 2209(2018) State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights. Assembly debate on 24 April 2018 (12th Sitting) (see Doc. 14506, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, rapporteur: Mr Raphaël Comte). Text adopted by the Assembly on 24 April 2018 (12th Sitting).

recommendation.¹⁶ Those documents are worth analyzing because they offer not only the general viewpoints of PACE's attitude to that problem, but this is also discussed in the context of recently claimed derogations by Ukraine, France and Turkey. That observation may lead to important arguments concerning proportionality when derogations are used in states of emergency.¹⁷

2. General attitudes of the Council of Europe towards using derogations under Article 15 of the European Convention concerning times of emergency

The Parliamentary Assembly has previously noted that it is the State's responsibility to take preventive measures to protect the interests of society in time of war or other public emergency threatening the life of the nation.¹⁸ Such situations may even require restrictive measures that exceed what is normally permitted under the European Convention on Human Rights¹⁹ ("the Convention"). Without appropriate guarantees, such measures create serious risks for democracy, human rights and the rule of law. Applying the proportionality test to both negative and positive obligations under the Convention may undermine any margin of appreciation of the Member States. This gives rise to the problem of overdetermination.²⁰ It also opens the way to the question of limits to evolutive interpretation of the Convention.²¹ The question is raised of whether the margin of appreciation doctrine means that European Court is simply waiving its power of review, or is it attributing responsibility to the domestic courts in the interest of healthy subsidiarity?²²

"The Convention is adaptable to any and all circumstances, continuing to regulate the State's actions even in the event of a national crisis. Article 15 of the

¹⁶ CMCE Recommendation 2125 (2018) State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights. Assembly debate on 24 April 2018 (12th Sitting) (see Doc. 14506, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, rapporteur: Mr Raphaël Comte). Text adopted by the Assembly on 24 April 2018 (12th Sitting).

¹⁷ J. Jaskiernia, *Bezpieczeństwo państwa a ochrona praw i wolności jednostki* [in:] *Świat wobec współczesnych wyzwań i zagrożeń*, ed. J. Symonides, Warszawa 2010, pp. 274.

¹⁸ PACE Resolution 1659 (2009) on the protection of human rights in emergency situations.

¹⁹ ETS No 5.

²⁰ M. Klatt, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht" 2011, Nr. 4, p. 693.

²¹ J.E. Helgensen speech: *What are the Limit of Evolutive Interpretation of the European Convention?*, "The European Court of Human Rights Strasbourg", January 28, 2011, p. 2.

²² D. Spelmann, *Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review*, "Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 2011/2012, vol. 14, p. 416.

Convention allows States to derogate from certain of their obligations in time of war or other public emergency threatening the life of the nation".²³ "In no circumstances, however, does it allow national authorities to act without constraint. There can be no derogation at all from certain rights, as specified in Article 15; nor may derogations from other rights violate international humanitarian law or peremptory norms of international law, or procedural guarantees in such a way as to circumvent the protection of non-derogable rights. Fundamental safeguards of the rule of law, in particular legality, effective parliamentary oversight, independent judicial control and effective domestic remedies, must be maintained even during a state of emergency. Due democratic process, including separation of powers, as well as political pluralism and the independence of civil society and the media must also continue to be respected and protected".²⁴

Our societies have the choice between two roads: the growth of the extremes, withdrawal behaviour, nationalism, escalation of intolerance, even civil wars between cultural or ethnical or religious groups inside the population – or a multidimensional integration to guarantee security both for the state and human beings, the survival of our freedom-based societies and our values. To help European States to choose the second path, the European Court of Human Rights should be a helpful instrument, because it supposed to put forward measures to control genuine abuses and prevent states from authoritarian drifts. Therefore, it is important to study the case law on states' derogation in time of emergency, to see if it contains the conditions for the European Court of Human Rights to constrain member states to be reasonable.²⁵

Article 15 is a derogation clause. It affords to Contracting States, in exceptional circumstances, the possibility of derogating, in a limited and supervised manner, from their obligations to secure certain rights and freedoms under the Convention.²⁶ The text of Article 15 is based on the draft Article 4 of the United Nations draft Covenant on Human Rights, which later became Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

The Court holds that the practice when lodging a derogation has been for the Contracting State to state that the measures it is taking "may" involve a derogation from the Convention. For this reason, in any case where an applicant complains that his or her Convention rights were violated during a period of

²³ PACE Res. 2209 (2018), B. Latos, *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Warszawa 2008, p. 98.

²⁴ PACE Res. 2209 (2018), § 2–3.

²⁵ M. Toulhier, *The European Court of Human Rights' Control over States' Derogation in Time of Emergency: Example of Effectiveness of the Lessons Learned from WW2*, "International Comparative Jurisprudence" 2017, no. 1, p. 18.

²⁶ European Court of Human Rights, *Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights. Derogation in time of emergency. Updated on 30 April 2018*, Strasbourg 2018, p. 3.

derogation, the Court will first examine whether the measures taken can be justified under the substantive articles of the Convention; it is only if it cannot be so justified that the Court will go on to determine whether the derogation was valid (for instance).²⁷ The Court has not been required to interpret the meaning of “war” in Article 15 § 1; in any case, any substantial violence or unrest short of war is likely to fall within the scope of the second limb of Article 15 § 1, a “public emergency threatening the life of the nation”. The natural and customary meaning of “public emergency threatening the life of the nation” is clear and refers to “an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed”.²⁸ The emergency should be actual or imminent; a crisis which concerns only a particular region of the State can amount to a public emergency threatening “the life of the nation”.²⁹ The crisis or danger should be exceptional, meaning that the normal measures or restrictions permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order are plainly inadequate.³⁰ The Court’s case-law has never, to date, explicitly incorporated the requirement that the emergency be temporary and, indeed, cases demonstrate that it is possible for a “public emergency” within the meaning of Article 15 to continue for many years.³¹ Generally, the Convention organs have deferred to the national authorities’ assessment as to whether such an exceptional situation exists. As the Court stated in *Ireland v. the United Kingdom*: “it falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of [its]nation’, to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’”. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle better placed than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of the derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities. Nevertheless, the Court

²⁷ *A. and Other v. the United Kingdom*, Application no. 3455/05, 19 February 2009, § 161; *Lawless v. Ireland* (no. 3), Application no. 332/57 (A/3), [1961], § 15.

²⁸ *Lawless v. Ireland* (no. 3), § 28.

²⁹ *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 205; *Aksoy v. Turkey*, ap. 21987/93, 18 December 1996, § 70.

³⁰ *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* (the “Greek case”). *Denmark v. Greece*, Application no. 3321/67; *Norway v. Greece*, Application no. 3322/67; *Sweden v. Greece*, Application no. 3323/67; *Netherlands v. Greece*, Application no. 3344/67; report of the Commission, vol. 2, p. 1–2, § 153.

³¹ *Ireland v. the United Kingdom*, *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, Eur. Ct. HR, Series A, No. 258-B (1993) at para. 45; *Marshall v. the United Kingdom*, 10 July 2001, Application no. 41571/98) para 18 above; *A. and Others v. the United Kingdom*[GC], § 178.

had emphasised that States do not enjoy an unlimited discretion in this respect. The domestic margin of appreciation is accompanied by European supervision.³²

Beyond these constraints, the overarching principle of proportionality limits the action that may be taken, via the stringent test of what is “strictly required by the exigencies of the situation”. Normal measures or restrictions permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order must be plainly inadequate before derogatory, emergency measures are permissible. A state of emergency that requires derogation from the Convention must be limited in duration, circumstance and scope. Emergency powers may be exercised only for the purposes for which they were granted. The duration of emergency measures and their effects may not exceed that of the state of emergency.³³

The State must, without any unavoidable delay, inform the Secretary General of the Council of Europe of the measures taken and the reasons for them, and of the date when such measures have ceased to operate and the Convention is again being fully applied.³⁴

3. Derogations used by the Member States and recommendations of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe

3.1. Derogation by Ukraine

Ukraine notified the Secretary General of its derogation on 9 June 2015. It stated that the “public emergency threatening the life of the nation” consisted of the “ongoing armed aggression of the Russian Federation against Ukraine,³⁵ together with war crimes and crimes against humanity committed both by regular Armed Forces of the Russian Federation³⁶ and by the illegal armed groups guided, controlled and financed by the Russian Federation”.³⁷ Ukraine’s derogation

³² *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, § 91; *Şahin Alpay v. Turkey*, § 75; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, § 43. See: *Guide on Article 15...*, p. 6–7.

³³ PACE Res. 2209 (2018), § 4.

³⁴ PACE Res. 2209 (2018), § 5.

³⁵ T. Kuzio, *Russia – Crimea – Ukraine: Triangle of Conflict*, London 1994, p. 48; D. Kiryukhin, *Russia and Ukraine: the Clash of Conservative Projects*, “European Politics and Society” 2016, no. 4, p. 459; D. Averre, *The Ukraine Conflict: Russia’s Challenge to European Security Governance*, “Europe–Asia Studies” 2016, no. 4, p. 721.

³⁶ PACE Resolution 2132 (2016), Political consequences on Russian aggression in Ukraine, Assembly debate on 12 October 2016 (33rd Sitting) (see Doc. 14130, report of the Committee on Political Affairs and Democracy, rapporteur: Ms Kristýna Zelenková). Text adopted by the Assembly on 12 October 2016 (33rd Sitting).

³⁷ PACE Resolution 2145 (2017), The functioning of democratic institutions in Ukraine, Assembly debate on 25 January 2017 (6th Sitting) (see Doc. 14227, report of the Committee on the Honouring of

concerns four specific laws adopted on 12 August 2014. It extends only to certain specified localities in the Donetsk and Luhansk oblasts. The notification specifies the Convention rights from which Ukraine derogates and indicates the nature of the circumstances in which the derogation may be withdrawn.³⁸

In this context, the Assembly reiterated its condemnation of the Russian aggression in Ukraine, in violation of international law and the principles upheld by the Council of Europe, and recalls the credible reports of violations of international human rights and humanitarian law by all sides to the conflict.³⁹ However, the Assembly was concerned about the provision in one of the Ukrainian laws permitting preventive detention for up to 30 days. Whilst it seems that this provision was not applied, its potential duration was assessed as possibly disproportionate. The Assembly was also concerned about the manner in which some of the other laws were applied, in particular administration of and material conditions at the crossing points between government-controlled and non-government-controlled territory, and the functioning of courts transferred from non-government-controlled territory to government-controlled territory.⁴⁰

The Assembly therefore recommended that Ukraine:

- 1) reconsider the utility and hence the necessity of maintaining the provision on 30-day preventive detention, which the Constitutional Court should be given the opportunity of examining;
- 2) make further efforts to enhance material conditions for people in the Donetsk and Luhansk regions using the crossing points between government-controlled territories and territories temporarily under the effective control of the Russian authorities;
- 3) make further efforts to ensure the proper functioning of, and sufficiency of resources for, courts transferred from territories in the Donetsk and Luhansk regions temporarily under the effective control of the Russian authorities;
- 4) ensure that parliamentary scrutiny of the emergency measures is sufficient and effective.⁴¹

Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), co-rapporteurs: Mr Jordi Xuclà and Mr Axel Fischer). Text adopted by the Assembly on 25 January 2017 (6th Sitting).

³⁸ PACE Res. 2209 (2018), § 7.

³⁹ PACE Res. 2209 (2018), § 8. See also: PACE Resolution 2198 (2118) Humanitarian consequences of the war in Ukraine, Assembly debate on 23 January 2018 (4th Sitting) (see Doc. 14463, report of the Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, rapporteur: Mr Egidijus Vareikis). Text adopted by the Assembly on 23 January 2018 (4th Sitting). See also Recommendation 2119 (2018). PACE Resolution 2231 (2018), Ukrainin citizens detained as a political prisoners by the Russian Federation, Assembly debate on 28 June 2018 (25th Sitting) (see Doc. 14591, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, rapporteur: Mr Emanuelis Zingeris). Text adopted by the Assembly on 28 June 2018 (25th Sitting).

⁴⁰ PACE Res. 2209 (2018), § 9.

⁴¹ PACE Res. 2209 (2018), § 18.1.

3.2. Derogation by France

France notified the Secretary General of its derogation on 24 November 2015. The notification recalls that “on 13 November 2015, large-scale terrorist attacks took place in the Paris region” and asserts that “the terrorist threat in France is of a lasting nature”; later notifications prolonging the derogation refer also to “an imminent danger resulting from serious breaches of public order”.⁴² France’s derogation relates to its application of Law No. 55–385 of 3 April 1955 on the state of emergency (“the 1955 Law”), which grants a range of restrictive powers to the administrative authorities throughout metropolitan France and its overseas territories. The state of emergency has been prolonged on several occasions, sometimes with modifications made to the 1955 Law and its application. The notifications do not specify the Convention rights from which France derogated, this not being a requirement of Article 15.⁴³

The Assembly reiterated its condemnation of these terrorist attacks, which target the very values of democracy and freedom, recalling that since November 2015, France has repeatedly suffered further such atrocities.⁴⁴

“The Assembly noted with concern the various criticisms made of the state of emergency in France, including its use of subjective and insufficiently precise terms to define the scope of application and its reliance on posterior judicial review by the administrative courts, including on the basis of intelligence reports, instead of the prior authorisation by the ordinary courts required under criminal law. It is also concerned about the cases of improper behaviour by police during administrative searches and the application of emergency measures to situations not directly related to the grounds for the state of emergency. It noted that these matters have been carefully examined by the competent domestic courts. It welcomed the structured, continuous parliamentary oversight of the state of emergency and the close scrutiny given to it by national human rights structures, civil society and the media, to whose criticisms the government remained attentive”.⁴⁵

On 30 October 2017, France adopted a new law on “reinforcing domestic security and the fight against terrorism” (“the 2017 Law”), including measures with a similar aim to some of those previously available under the state of emergency, subject to enhanced legal guarantees. This permitted the lifting of the state of emergency and the withdrawal of the derogation. The Assembly, recognising the

⁴² S. Brouard, P. Vasilopoulos, M. Foucault, *How Terrorism Affects Political Attitudes: France in the Aftermath of the 2015–2016 Attacks*, “West European Politics” 2018, no. 5, p. 1084; A. Bogain, *Security in the Name of Human Rights: the Discursive Legitimation Strategies of the War on Terror in France*, “Critical Studies on Terrorism” 2017, no. 3, p. 498.

⁴³ PACE Res. 2209 (2018), § 10.

⁴⁴ PACE Res. 2209 (2018), § 11.

⁴⁵ PACE Res. 2209 (2018), § 12.

legal and political complexities involved, welcomed the end of the state of emergency in France, whose duration had become questionably long. It encourages the French authorities to ensure that the 2017 law is applied in full compliance with Council of Europe standards, including those of the Convention.⁴⁶

The Assembly recommended that France:

- review the 1955 Law, which remains on the statute books and could be used again in future, in light of recent criticisms and the availability of comparable measures under the 2017 Law, examining in particular concerns relating to definitions used in certain provisions, the effectiveness of judicial oversight, individual remedies for damage or misconduct committed by the authorities when implementing emergency measures and the possibility of using emergency measures for purposes without a direct link to the situation that gave rise to the declaration of a state of emergency;
- to this end, conduct a careful review of the implementation in practice of the recent state of emergency, involving representatives of the executive and administrative authorities, the legislature, local authorities, the judiciary and civil society;
- ensure that the 2017 Law is applied in full compliance with Council of Europe standards, in particular those of the Convention.⁴⁷

3.3. Derogation by Turkey

Turkey notified the Secretary General of its derogation on 21 July 2016, stating that the measures taken may involve derogation from the obligations under the Convention, permissible under Article 15. The notification refers to the failed coup attempt of 15 July 2016 and its aftermath, which, “together with other terrorist acts have posed severe dangers to public security and order, amounting to a threat to the life of the nation in the meaning of Article 15 of the Convention”.⁴⁸ Turkey’s derogation relates to the successive emergency decree-laws that have been passed under the state of emergency that was declared on 20 July 2016 and prolonged on several occasions since.⁴⁹ Turkey has notified the Secretary General of all prolongations of the state of emergency and of all the decree-laws. It has not explained whether there were particular circumstances to justify the pro-

⁴⁶ PACE Res. 2209 (2018), § 13.

⁴⁷ PACE Res. 2209 (2018), § 18.2.

⁴⁸ H. Taş, *The 15 July Abortive Coup and Post-Truth Politics in Turkey*, “Southeast European and Black Sea Studies” 2018, no. 1, p. 17.

⁴⁹ PACE Resolution 2156 (2018), The functioning of democratic institutions in Turkey, Assembly debate on 25 April 2017 (12th Sitting) (see Doc. 14282 and addendum, report of the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), rapporteurs: Ms Ingebjørg Godskesen and Ms Marianne Mikko). Text adopted by the Assembly on 25 April 2017 (12th Sitting).

longations. The notifications do not specify the Convention rights from which Turkey derogates, this not being a requirement of Article 15.⁵⁰

After the failure of the abortive coup in 2016, Turkey announced that it would derogate from the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the European Convention on Human Rights (ECHR) during the pronounced state of emergency. While it was claimed that the derogation was necessary to eliminate the remaining hostile factions, a sweeping purge followed, and human rights organisations have raised concerns over the deteriorating situation. This raises the question of whether human rights can actually be derogated or suspended during coup situations.⁵¹

“The Assembly reiterated its firm condemnation of the criminal attempt to overthrow Turkey’s democratically elected institutions and again fully acknowledges that these events were traumatic for Turkish society. It also reiterates its recognition of the multiple threats and challenges facing Turkey, the existence of a legitimate reason to declare a state of emergency, and Turkey’s right and duty to fight terrorism and address security issues in order to protect its citizens and its democratic institutions. The Assembly also firmly condemns terrorist attacks, which target the very values of democracy and freedom, recalling that since the coup attempt, Turkey has repeatedly suffered further such atrocities”.⁵²

The Assembly recalled the conclusions it reached on the state of emergency in Turkey.⁵³ It also recalls the relevant positions taken by the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe, the Council of Europe Commissioner for Human Rights, the Conference of International Non-governmental Organisations and the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), among others. On this basis, it considers that Turkey’s response to the unquestionably serious situation described in the derogation is disproportionate on numerous grounds, in particular:

- “1) the powers granted to the government have been used for certain purposes going beyond what is strictly required by the exigencies of the situation giving rise to the state of emergency;
- 2) the duration of the state of emergency has exceeded what is strictly required;
- 3) emergency powers have been used, without effective parliamentary or judicial oversight, to make permanent changes both to the status and rights of natural and legal persons and to legislation, including in areas of particular political and legal significance;

⁵⁰ PACE Res. 2209 (2018), § 14.

⁵¹ I.Y. Nagraha, *Human Rights Derogation during Coup Situations*, “The International Journal of Human Rights” 2018, no. 2, s. 195.

⁵² PACE Res. 2209 (2018), § 15.

⁵³ PACE Resolution 2156 (2017) on the functioning of democratic institutions in Turkey.

- 4) the overall impact of emergency measures on natural and legal persons has been excessive in scope, by failing to distinguish between different degrees of alleged culpability and by being permanent in effect;
- 5) delays in implementing a timely, effective remedy for such a large number of cases have unduly prolonged the impact of emergency measures on persons who may have been wrongly affected".⁵⁴

"The Assembly also reiterated its concerns about the wider situation in Turkey concerning political pluralism, local democracy, the judiciary, the situation of human rights defenders and civil society and the media, notably in relation to the application of anti-terrorism laws. This background heightens the Assembly's concerns in relation to the disproportionality of measures taken under the state of emergency; the Assembly will continue to follow up this issue. The Assembly is particularly concerned about the fact that on 18 April 2018, the President of Turkey called for the presidential and parliamentary elections, previously expected in November 2019, to be brought forward to 24 June 2018, just hours before the Turkish Parliament renewed the state of emergency for three months. In this respect, the Assembly recalls the clear position of the Venice Commission against the holding of elections or referenda under a state of emergency, when normal democratic freedoms may be severely restricted, as is currently the case in Turkey".⁵⁵

The Assembly recommended that Turkey:

- "1) immediately inform the Secretary General of all outstanding decree-laws introduced under the state of emergency;
- 2) review as a matter of the utmost urgency all dismissals of public officials based only on indirect or questionable evidence, with a view to the immediate reinstatement of those whose dismissal was not justified to a high standard of proof;
- 3) in order to ensure the timely availability of effective domestic remedies, expedite examination of outstanding applications by the Inquiry Commission for State of Emergency Measures, whilst ensuring its independence, impartiality and transparency, and by the administrative and superior courts of any subsequent appeals; and expedite examination by the administrative courts of appeals by other public officials dismissed under the state of emergency;
- 4) refrain from issuing any further decree-laws unless strictly required by the immediate exigencies of the situation as defined in the original notification of derogation;
- 5) use normal administrative and legislative processes for the introduction of any future measures that may be required;

⁵⁴ PACE Res. 2209 (2018), § 16.

⁵⁵ PACE Res. 2209 (2018), § 17.

- 6) continue its expert-level dialogue with the Council of Europe on state of emergency measures with a view to producing further concrete results such as the establishment of the Inquiry Commission for State of Emergency Measures;
- 7) bring an end to the state of emergency at the expiration of the current period, withdrawing the derogation to the Convention and thereafter using normal procedures to adopt any future measures that may be needed to address the security situation in the country, in conformity with Council of Europe standards, including those of the Convention as applied in full".⁵⁶

4. General PACE's recommendation to all parties of the European Convention of Human Rights dealing with using derogations

Beyond the particular cases of Ukraine, France and Turkey, the Parliamentary Assembly offered several general recommendations to all parties of the European Convention of Human Rights dealing with the using of derogations.

The Assembly recommended that all State parties:

- "1) exercise the utmost caution and restraint when adopting measures that might necessitate derogation from the Convention, and before doing so, explore every possibility for responding to the emergency situation using normal measures;
- 2) liaise with the Secretary General, as depositary of the Convention, to ascertain whether derogating is necessary and, if so, strictly delimit the scope of any derogation;
- 3) should derogation be necessary, ensure that the Secretary General is notified immediately and, in any case, without any unavoidable delay, not only of the measures taken and the reasons therefore, as required by the Convention, but also of the Convention rights affected; and explain the justification for any extension of a derogation in time, circumstance or scope in the relevant notification to the Secretary General;
- 4) should a state of emergency be declared, constantly review the necessity of maintaining it and any measures taken under it, with, at the expiration of every period, a presumption against extending the state of emergency or, if it is extended, in favour of repealing it or, if not repealed, further limiting the scope of measures taken under it;
- 5) on the basis of such review, periodically provide information to the Secretary General, including in the context of any inquiry under Article 52 of the

⁵⁶ PACE Res. 2209 (2018), § 18.3.

Convention, on the evolution of the emergency situation and the implementation of the state of emergency, with a view to engaging in dialogue on the compatibility of the state of emergency with Convention standards;

- 6) ensure that the normal checks and balances of a pluralistic democracy governed by the rule of law continue to operate to the maximum extent possible, respecting democratic process and the authority of parliament and local authorities, the independence of the judiciary and national human rights structures, and the freedoms of association and expression, especially of civil society and the media.⁵⁷

The Assembly also recommended to the Secretary General of the Council of Europe:

- 1) as depository of the Convention, provide advice to any State Party considering the possibility of derogating on whether derogation is necessary and, if so, how to limit strictly its scope;
- 2) open an inquiry under Article 52 of the Convention in relation to any State that derogates from the Convention;
- 3) on the basis of information provided in response to such an inquiry, engage in dialogue with the State concerned with a view to ensuring the compatibility of the state of emergency with Convention standards, whilst respecting the legal competence of the European Court of Human Rights".⁵⁸

In the recommendation addressed to the Council of Europe's Committee of Ministers the Assembly recommended that the Committee of Ministers examine State practice in relation to derogations from the European Convention on Human Rights (ETS No. 5), in the light of the requirements of Article 15 and the case law of the European Court of Human Rights, the requirements of international law and the Assembly's findings and recommendations in Resolution 2209 (2018), with a view to identifying legal standards and good practice and, on that basis, adopt a recommendation to member States on the matter.⁵⁹

Final comments

Using the derogations in the state of emergency is permitted under the Article 15 of the European Convention of Human Rights. However, this situation brings about potential serious consequences in the area of human rights protection. The European Court of Human Rights has offered very precise interpretation of how to legitimately use those derogations. The activity of the Parliamentary Assembly

⁵⁷ PACE Res. 2209 (2018), § 19.

⁵⁸ PACE Res. 2209 (2018), § 20.

⁵⁹ CMCE Rec. 2125 (2018), § 2.

on the question of using derogations seems to signal that that right may be over-used by the Member States of the Council of Europe. The use of derogations by Ukraine, France and Turkey was carefully analyzed by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which has offered several precise recommendations not only addressed to the above states, but having general meaning as well. The Assembly stated that all States Parties to the Convention “should a state of emergency be declared, constantly review the necessity of maintaining it and any measures taken under it, with, at the expiration of every period, a presumption against extending the state of emergency or, if it is extended, in favour of repealing it or, if not repealed, further limiting the scope of measures taken under it”. It also has asked the States to “ensure that the normal checks and balances of a pluralistic democracy governed by the rule of law continue to operate to the maximum extent possible, respecting democratic process and the authority of parliament and local authorities, the independence of the judiciary and national human rights structures, and the freedoms of association and expression, especially of civil society and the media”. The most important is that the Assembly has recommended that the Committee of Ministers examine State practice in relation to derogations from the European Convention on Human Rights (ETS No. 5), in the light of the requirements of Article 15 and the case law of the European Court of Human Rights, the requirements of international law and the Assembly’s findings and recommendations in Resolution 2209 (2018), with a view to identifying legal standards and good practice and, on that basis, adopt a recommendation to member States on the matter”.

This activity confirms the role of the Parliamentary Assembly as a “soul of Europe”,⁶⁰ which signal dangerous developments which have occurred in the area of democracy, the rule of law and the protection of human rights. It has also exposed the role of the parliamentarians to control the development in the field of human rights protection. This parliamentary dimension may bring about an important value and help to improve the functioning of the European system of human rights protection.

⁶⁰ J. Jaskiernia, *The Parliamentary Assembly of the Council of Europe*, Information Office of the Council of Europe, Warsaw 2003, p. 59.

Jerzy Jaskiernia

**THE PROBLEM OF PROPORTIONALITY IN USING DEROGATIONS
TO DEAL WITH THE STATE OF EMERGENCY UNDER ARTICLE 15
OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
(THE COUNCIL OF EUROPE'S APPROACH)**

The Author analyzes the consequences of Article 15 sec. 1 of the European Convention on Human Rights, which stipulates that "In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law". The application of repeal measures can have serious consequences for the protection of human rights. The case law of the European Court of Human Rights provides precise instructions in this regard. However, research carried out by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe indicates that this instrument may be abused in practice. Based on the analysis of its recent application by Ukraine, France and Turkey, the Parliamentary Assembly has made a number of recommendations aimed at preventing the abuse of extraordinary states to derogate from obligations in a way that undermines the essence of human rights protection. In particular, it is important not to undermine the system of checks and balance and to ensure a pluralistic democracy based on the rule of law, the implementation of competences of the parliament and local authorities, independent judiciary, freedom of assembly, information and media.



Tadeusz Jasudowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

tjasud@poczta.onet.pl

MEANDRY DEMOKRACJI I DOBREJ WIARY W SYSTEMIE EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA – W POSZUKIWANIU ZDROWEGO NURTU

Uwagi wstępne

Na wstępie muszę się wytłumaczyć z powyższego tytułu. Otrzymałszy – jakże zaszczytne – zaproszenie do autorskiego udziału w księdze jubileuszowej Profesora Krzysztofa Drzewickiego, długo się zastanawiałem nad wyborem mojego prezentu naukowego na Jego 70-lecie. Przypomniałem sobie, że moje zainteresowanie prawami człowieka ucieleśniło się w wymiarze międzynarodowym na poznańskiej konferencji międzynarodowej na temat „Perspektywy Wszech-Europejskiego Systemu Ochrony Praw Człowieka”¹, przy okazji której otrzymałem w darze pokonferencyjną księgę poświęconą problemowi „Demokracja a prawa człowieka”².

Część powrotnej podróży koleją na trasie Poznań–Bydgoszcz odbywałem razem z dzisiejszym Jubilatem, dzieląc się naszymi wrażeniami i doświadczeniami w zakresie tworzenia w Gdańsku i Toruniu naszych Katedr Praw Człowieka. W ten sposób umiejscowił mi się dzisiejszy Jubilat na złączu demokracji i praw człowieka.

¹ Por. *Perspectives of an All-European System of Human Rights Protection. The Role of the Council of Europe, the CSCE, and the European Communities. Proceedings of the Poznań Conference*, eds Z. Kędzia, A. Korula, M. Nowak, All-European Human Rights Yearbook 1991, vol. 1.

² Por. *“Democracy and Human Rights”. Proceedings of the Colloquy organised by the government of Greece and the Council of Europe in co-operation with the ... Law of [...], Thessaloniki 24–26 September 1987*, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington 1990.

Był on zarazem – podobnie jak ja – związany z ideałami i doświadczeniami polskiej „Solidarności”, których to ideałów – w przeciwieństwie do wielu „odszczępieńców” – po dziś dzień nie zdradził, w dobrej wierze je przechowywał i pielęgnował. W ten z kolei sposób związał się nasz Jubilat z ideałem dobrej wiary, a właściwie z „trójideałem” praw człowieka, demokracji i dobrej wiary, istotnym – moim zdaniem – dla pielęgnacji i uprawy praw człowieka. Z tego też punktu widzenia postanowiłem spojrzeć na owoce europejskiego systemu ochrony praw człowieka, zwłaszcza orzecznictwa strasburskiego.

Niegdyś na początkowym stadium z bezkrytycznym podziwem i uznaniem spoglądałem na dokonania Europejskiej Komisji Praw Człowieka (dalej: Komisja) i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał). Komisja zdążyła „zgasnąć”, zanim się zdeprawowała. Po wejściu w życie Protokołu XI do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC lub Konwencja) „posprzątała po sobie” i przeszła w niebyt. Trybunał, którym byłem najpierw oczarowany, wzbudził pierwsze moje wątpliwości w kontekście wyroku w sprawie *Open Door and Dublin Well Woman przeciwko Irlandii*, w której bezpośrednie wszechstronne usługi na rzecz wycieczek aborcyjnych Irlandek do Wielkiej Brytanii sprowadził do kwestii „moralności seksualnej” i gwarancji wolności ekspresji³; nie bacząc na to, że efektem tych wycieczek była śmierć kolejnych dzieci poczętych, nie był łaskaw spojrzeć na problem z perspektywy art. 2 EKPC.

Słusznie skądinąd przyjmując ewolucyjną interpretację Konwencji w świetle aktualnych warunków, nie dostrzegając przerażających zagrożeń ewolucji założeń prawno-politycznych w Europie, bezwolnie zaczął poddawać się dyktatom modnej ideologii europejskiej przyjmowanej i promowanej przez porządek wspólnotowy/unijny. Nierozważnie i bezpodstawnie, moim zdaniem, przyjął założenie o zgodności porządku prawnego Unii Europejskiej (dalej: Unia) z wymaganiami EKPC, co Unia i jej Trybunał skrzętnie zaczęły wykorzystywać, poczuwając się do niczym nieusprawiedliwionego priorytetu w dziedzinie praw człowieka. Na wcześniej przygotowany grunt prymatu prawa wspólnotowego w relacji z prawem krajowym zasiewano coraz szersze, arbitralnie przejmowane przez Unię kompetencje, bardzo już dalekie od pierwotnych ideałów międzynarodowej integracji gospodarczej, a coraz bliższe wizji groźnego europejskiego superpaństwa, politycznie de facto zdominowanego przez tych „najrówniejszych”.

Poprzez ostatnie dziesięciolecie XX wieku i w pierwszych siedemnastu latach obecnego stulecia, jakby stosując pokrętną maksymę „lepiej źle, lecz konsekwentnie”, uporczywie posuwał się Trybunał na drodze amputowania i rozbrajania prawa do życia, zwłaszcza u jego początku, jak też u jego kresu. Coraz

³ Wyrok ETPC z dnia 29 października 1992 r. *Case of Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*; por. T. Jasudowicz, *Sprawa Open Door i Dublin Well Woman przeciwko Irlandii przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1994, z. 2, s. 157–170.

więcej obszarów przynależnych tradycyjnie do prawa do życia przenosił Trybunał w obszar prywatności, towarzyszącej postępom europejskiego permisywizmu. W efekcie najczęściej ucierpiało właśnie prawo do życia, wypaczone zostaje prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, nadużywając rozrasta się wspomniana prywatność, ekskulpująca wszystko, co nieprawe i groźne. Nie dba przy tym Trybunał o pogłębienie i spójność w swoim orzecznictwie, popadając często w sprzeczności i niekonsekwencje, gubiąc głębię człowieczeństwa albo w ogóle się na nią nie otwierając.

Nie ma jasnych linii orzeczniczych, nieraz trudno znaleźć w orzecznictwie zdrowy nurt; i stąd w tytule pojawiają się „meandry” na oznaczenie owych krętych zakoli i groźnych wirów niesprzyjających bezpiecznej żegludze po falach orzecznictwa strasburskiego.

Rekonstrukcja obu tytułowych pojęć „demokracji” i „dobrej wiary” w systemie Konwencji wcale nie jest łatwa, a wymaga skupienia się nie tylko na tym, co da się wyłuskać z samego orzecznictwa strasburskiego.

Ochrona demokracji

Na pierwszy rzut oka wydawałoby się, że Europejska Konwencja Praw Człowieka w nikłym tylko zakresie i stopniu odnosi się do demokracji. Badając język Konwencji, stwierdzić można, że w klauzulach limitacyjnych zawartych w ust. 2 art. 8, 9, 10 i 11 samej Konwencji oraz w art. 2 ust. 3 Protokołu IV⁴ do niej pojawia się ważka kategoria „demokratycznego społeczeństwa” (*democratic society*), wyznaczająca miarę dopuszczalności ograniczeń praw człowieka, a dokładniej dopuszczalności ingerencji władzy publicznej w korzystanie z danego prawa człowieka, a zarazem interpretacji wartości przez państwo chronionych, zwanych celami prawowitymi (*legitimate aims*), w których obronie – zgodnie z kryterium konieczności, właśnie w demokratycznym społeczeństwie – ingerencja jest podejmowana. Kategoria „demokratycznego społeczeństwa” pojawia się także w postanowieniu art. 6 ust. 1 jako miara dopuszczalności ograniczeń jawności rozprawy sądowej⁵.

Niewątpliwie o demokrację też chodzi, gdy w preambule Konwencji mówi się o „podstawowych wolnościach, które są podstawą sprawiedliwości i pokoju na świecie”, a „których utrzymaniu najlepiej służy, z jednej strony, prawdziwie

⁴ Polski tekst Konwencji i Protokołu IV w: *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s.125 i nn., 144 i nn., odpowiednio; por. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe 1991, s. 2 i nn., 32 i nn., odpowiednio.

⁵ Głosi się w nim: „[...] press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society [...]”.

demokratyczny ustrój polityczny, a z drugiej strony, wspólne podejmowanie i przestrzeganie praw człowieka, od których one zależą⁶. Można to – i trzeba, moim zdaniem – kojarzyć z następnym ustępem preambuły, w którym autorzy Konwencji określają siebie jako „rządy państw europejskich, działających w tym samym duchu i posiadających wspólne dziedzictwo tradycji politycznych, ideałów wolności i rządów prawa [...] zdecydowane podjąć pierwsze kroki dla zbiorowego urzeczywistnienia niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji”⁷.

Warto zwrócić uwagę na to, że Konwencja w swojej preambule aż trzykrotnie odnosi się do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, karmi się jakby nią i przejmuje od niej podstawowe założenia teoretyczne i aksjologiczne⁸. W badanym tu zakresie istotne jest to, że już w generalnej klauzuli limitacyjnej zawartej w art. 29 ust. 2 Deklaracji pojawia się standard „demokratycznego społeczeństwa”⁹. Przyjęty on został również w klauzulach limitacyjnych Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych^{10, 1}.

Zastanawiające jest użycie formuły „demokratyczne społeczeństwo” zamiast formuły „demokratyczne państwo”. Jak powiada Olivier Jacot-Guillarmod: „Dwojaki charakter zjawiska demokracji, która zarówno komplementuje prawa człowieka, jak i przeczy im, w sposób szczególnie został zaznaczony w prawie międzynarodowym od 1945 roku w opozycji pomiędzy »demokratycznym państwem« a »demokratycznym społeczeństwem«”¹¹; jego zdaniem, „»demokra-

⁶ Tłumaczenie to (ust. 4) co nieco odbiega od oryginału: „[...] fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the human rights upon which they depend”.

⁷ Także tutaj (ust. 5) warto przypomnieć oryginał: „the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law [...]”.

⁸ Por. ust. 1–2 i 5 preambuły. Szerzej na ten temat zob.: T. Jasudowicz, *Refleksje na tle preambuły Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Prawo i Więź” 2013, nr 4/6, s. 16–39, zwłaszcza s. 19–23.

⁹ Poprzedzony on jest wymowną formułą Karty OPA co do wymogu „politycznej organizacji tych państw na podstawie skutecznej realizacji demokracji przedstawicielskiej”. Zwraca na to uwagę O. Jacot-Guillarmod, *The Relationship between Democracy and Human Rights* [w:] „*Democracy and Human Rights*”..., s. 43 i nn., na s. 47. Przypomina też o standardzie „demokratycznego społeczeństwa” charakteryzującym generalną klauzulę limitacyjną w art. 4 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, *ibidem*, s. 48.

¹⁰ Zob. art. 21 oraz art. 22 ust. 2; por. O. Jacot-Guillarmod, *The Relationship*..., s. 48. W Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka zwrot „konieczne w demokratycznym społeczeństwie” występuje w klauzulach limitacyjnych wolności zgromadzania się, zrzeszania się oraz poruszania się i zamieszkania (art. 15, 16 i 22, odpowiednio), nie ma go natomiast przy wolności sumienia i wyznania oraz myśli i wypowiedzi (por. art. 12 i 13).

¹¹ *Ibidem*, s. 46. Powołuje się on na pogląd A. Auera, że „demokracja ma dwojaki charakter: jest ona zarówno formą organizacji władzy politycznej, a jednocześnie społeczną percepcją takiej organizacji”. To i tak uboga wizja bogactwa zjawiska demokracji – por. np. K. Dobrzeńcki, hasło *Demokracja* [w:] *Leksykon ochrony praw człowieka*, red. M. Balcerzak, S. Sykuna, Warszawa 2010, s. 30 i nn.

tyczne państwo« odnosi się w pierwszym rzędzie i przede wszystkim do państw w sensie najbardziej formalnym, to znaczy w sensie instytucjonalnym” i dlatego w prawie krajowym mogła się rozwinąć „klasyczna koncepcja praw człowieka jako mechanizmu obronnego przed państwem”, podczas gdy „»demokratyczne społeczeństwo« oznacza raczej społeczną, psychologiczną oraz wyimaginowaną percepcję demokracji przez jednostki, które postrzegają ją jako kompromis pomiędzy indywidualnymi a zbiorowymi interesami członków życia publicznego”¹². Jedno jest pewne, nie wolno postawić znaku równości pomiędzy pojęciami „demokratycznego państwa” i „demokratycznego społeczeństwa” i tylko to drugie pojęcie jest właściwe jako miara limitacji korzystania z praw człowieka¹³.

Orzecznictwo strasburskie, zajmując się testem konieczności w demokratycznym społeczeństwie, otwierało się także na dywagacje o demokracji jako takiej, demokracji w ogóle. Niewątpliwie, nie znalazła potwierdzenia sugestia o tautologii, że „terminy »demokracja« i »prawa człowieka« są ekwiwalentne, ponieważ demokracja wymaga właściwego systemu ochrony praw człowieka, a system taki zakłada demokrację”¹⁴. W wyroku w sprawie *Zjednoczonej Komunistycznej Partii Turcji i innych* ETPC nadzwyczaj wyraziście stwierdził: „Demokracja jest niewątpliwie podstawową cechą europejskiego porządku publicznego. Wynika to, po pierwsze, z preambuły do Konwencji, która ustanawia bardzo wymowny związek między Konwencją a demokracją [...], dziedzictwo polityczne tradycji i ideałów oraz rządów prawa tkwi u podstaw wartości zawartych w Konwencji [...], a sama Konwencja ma za zadanie utrzymywanie i promocję ideałów i wartości demokratycznego społeczeństwa”¹⁵.

¹² O. Jacot-Guillarmod, *The Relationship...*, s. 46–47. Ostatecznie sprowadza on swoją wizję do „często harmonijnych, a często kolizyjnych relacji pomiędzy trzema koncepcjami: koncepcjami demokratycznego państwa, demokratycznego społeczeństwa i praw człowieka”.

¹³ Nie jest więc właściwym włączenie do generalnej klauzuli limitacyjnej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP pojęcia demokratycznego państwa zamiast demokratycznego społeczeństwa, zob. T. Jasudowicz, *Granice korzystania z praw człowieka – rozwiązania Konstytucji RP na tle standardów europejskich* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 1999.

¹⁴ Por. G. Tenekides, *The Relationship between Democracy and Human Rights* [w:] *“Democracy and Human Rights”...*, s. 9.

¹⁵ Wyrok ETPC z dnia 30 stycznia 1998 r., *Case of United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, pkt 45. Podkreślił przy tym, że ingerencja w korzystanie z praw umocowanych w art. 8–11 Konwencji „musi podlegać ocenie miarą tego, co jest »konieczne w demokratycznym społeczeństwie«, dodając: „The only type of necessity capable of justifying an interference with any of those rights is, therefore, one which may claim to spring from »democratic society«. Democracy thus appears to be the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it”; por. identycznie: wyrok ETPC z dnia 9 kwietnia 2002 r., *Case of Yazar and others v. Turkey*, pkt 47; wyrok ETPC z dnia 17 czerwca 2004 r., *Affaire Zdanoka c. Lettonie*, pkt 78; wyrok ETPC z dnia 19 października 2004 r., *Case of Melnychenko v. Ukraine*, pkt 53; wyrok ETPC z dnia 11 stycznia 2007 r., *Case of Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others v. Russia*, pkt 47.

Znaczenie standardu demokratycznego społeczeństwa nie ogranicza się do sfery praw, w których klauzulach limitacyjnych jest on wyraźnie umocowany. Przenika on całość systemu ochronnego Konwencji. Tak np. Trybunał stwierdza, że „art. 3 Konwencji wpisuje jedną z najbardziej fundamentalnych wartości demokratycznego społeczeństwa”¹⁶, jak również mówi o art. 2, że „wraz z art. 3, uświęca on jedną z fundamentalnych wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy”¹⁷. Podobnie uznaje, że art. 4 „uświęca jedną z fundamentalnych wartości demokratycznych społeczeństw”¹⁸. Jak widać, Trybunał postrzega trzy fundamentalne niederogowalne prawa umocowujące gwarancje życia, integralności i wolności człowieka w charakterze „wartości demokratycznych społeczeństw”.

Inna terminologia i kwalifikacja towarzyszy dalszym prawom gwarantującym wolność religii, ekspresji oraz zgromadzeń i zrzeszania się. W wyroku *Kokkinakis* Trybunał z całą mocą podkreślił, że „wolność myśli, sumienia i religii jest jedną z podwalin »demokratycznego społeczeństwa«” w znaczeniu Konwencji, [...] to od niej zależy nieodłączny od demokratycznego społeczeństwa pluralizm, o który przez wieki ofiarnie walczono”¹⁹.

Ze szczególną częstotliwością i intensywnością akcentował Trybunał w kontekście art. 10, że „wolność ekspresji stanowi jedną z zasadniczych podwalin demokratycznego społeczeństwa”²⁰, zazwyczaj dodając: „[...] i jeden z podstawowych warunków jego postępu oraz samorealizacji każdej jednostki”²¹. W wyroku *Remuszko* przypomniał „kluczowe znaczenie wolności ekspresji jako jednej

¹⁶ Por. wyrok ETPC z dnia 5 lutego 2015 r., *Case of Ogorodnik v. Ukraine*, pkt 74.

¹⁷ Por. wyrok ETPC z dnia 17 lutego 2015 r., *Affaire Ion Balasoiu c. Roumanie*, pkt 94.

¹⁸ Por. wyrok ETPC z dnia 26 lipca 2005 r., *Affaire Siliadin c. France*, pkt 112; por. też wyrok ETPC z dnia 9 lutego 2016 r., *Affaire Meier c. Suisse*, pkt 62.

¹⁹ Wyrok ETPC z dnia 25 maja 1993 r., *Case of Kokkinakis v. Greece*, pkt 31; por. m.in.: wyrok ETPC z dnia 18 lutego 1999 r., *Case of Buscarini and others v. San Marino*, pkt 34; wyrok ETPC z dnia 20 października 2000 r., *Case of Hasan and Chaush v. Bulgaria*, pkt 60.

²⁰ Por. *Affaire Fressoz et Roire c. France*, wyrok 21 stycznia 1999, pkt 45.i; wyrok ETPC z dnia 3 października 2000 r., *Affaire Roy et Malaurie c. France*, pkt 27.i; wyrok ETPC z dnia 21 grudnia 2004 r., *Case of Busuioc v. Moldova*, pkt 56.

²¹ Por. wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r., *Handyside Case*, pkt 49; wyrok ETPC z dnia 21 stycznia 1999 r., *Case of Janowski v. Poland*, pkt 30.i; wyrok ETPC z dnia 20 maja 1999 r., *Case of Rekenyi v. Hungary*, pkt 42.i.; wyrok ETPC z dnia 25 listopada 1999 r., *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, pkt 43; wyrok z 29 lutego 2000 r., *Case of Fuentes Bobo v. Spain*, pkt 43.i; wyrok ETPC z dnia 2 maja 2000 r., *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, pkt 48; wyrok ETPC z dnia 6 lutego 2001 r., *Case of Tammer v. Estonia*, pkt 59; wyrok ETPC z dnia 27 maja 2003 r., *Case of Skalka v. Poland*, pkt 32; wyrok ETPC z dnia 27 maja 2004 r., *Case of Vides Aizsardzibas Klubs v. Latvia*, pkt 40.a; wyrok ETPC z dnia 29 czerwca 2004 r., *Affaire Chauvy et autres c. France*, pkt 63; wyrok ETPC z dnia 3 kwietnia 2012 r., *Case of Gillberg v. Sweden*, pkt 82; wyrok ETPC z dnia 26 listopada 2013 r., *Case of Blaja News sp. z o.o. v. Poland*, pkt 49; wyrok ETPC z dnia 30 października 2014 r., *Case of Shvydka v. Ukraine*, pkt 31; wyrok ETPC z dnia 13 stycznia 2015 r., *Case of Rubins v. Latvia*, pkt 75; wyrok ETPC z dnia 17 września 2015 r., *Case of Langner v. Germany*, pkt 42.i.

z przesłanek funkcjonowania demokracji”²². W wyroku *Rekvenyi* Trybunał wskazał: „prowadzenie działalności o charakterze politycznym wchodzi w zakres art. 10, w zakresie, w jakim wolność debaty politycznej stanowi szczególny aspekt wolności ekspresji. A właśnie wolność debaty politycznej znajduje się w samym rdzeniu koncepcji demokratycznego społeczeństwa”²³.

O wiele rzadziej taka narracja występowała w kontekście art. 11 Konwencji. W sprawie Helsińskiego Komitetu Praw w Armenii Trybunał – raczej wyjątkowo – stwierdził, że „wpisane w art. 11 prawo do pokojowego zgromadzania się stanowi w demokratycznym społeczeństwie prawo fundamentalne oraz – podobnie jak wolność ekspresji – jedną z podwalin takiego społeczeństwa”²⁴.

Wcale to nie znaczy, jakoby prawo to z perspektywy demokracji było mniej istotne. Oto już w sprawie greckiej Europejska Komisja Praw Człowieka uznała, że ograniczenia prawa zgromadzania się w Grecji nie były zgodne z art. 11 Konwencji, a rząd pozwany „nie wykazał, iżby były one „konieczne w demokratycznym społeczeństwie”²⁵. Co więcej, orzekła, że stosowanie przez policję i wojsko środków restrykcyjnych „bez żadnego jasnego przepisu prawnego co do sposobu wykonywania kompetencji dyskrecjonalnej i bez późniejszej kontroli nad tym, jest tworzeniem państwa policyjnego, które stanowi antytezę »demokratycznego społeczeństwa«”²⁶.

Trybunał ze swej strony nieraz przypomina, że „pomimo swej autonomicznej roli i specjalnej sfery zastosowania, art. 11 musi być również rozważany w świetle art. 10”, jako że „ochrona poglądów i swobody ich wyrażania jest jednym z celów wolności zgromadzeń i zrzeszania się wpisanej w art. 11. Tym bardziej odnosi się to do partii politycznych z uwagi na ich istotną rolę w zapewnieniu pluralizmu oraz właściwego funkcjonowania demokracji. Nie ma demokracji bez pluralizmu”²⁷.

Na tle art. 10 i 11 EKPC można by sformułować konkluzje następująco; po pierwsze: Trybunał postrzega je jako podwaliny demokratycznego społeczeństwa; po drugie, one wzajemnie się wspierają, w szczególności art. 11 ma być odczytywany i badany w świetle art. 10; po trzecie, standard demokratycznego społeczeństwa jest miarą dopuszczalności ingerencji w korzystanie z tych praw;

²² Wyrok ETPC z dnia 16 lipca 2013 r., *Case of Remuszko v. Poland*, pkt 61.

²³ *Case of Rekvenyi v. Hungary*, pkt 26. Co do znaczenia zwrotu „działalność polityczna” – por. *ibidem*. pkt 35–37.

²⁴ Wyrok ETPC z dnia 31 marca 2015 r., *Case of Helsinki Committee of Armenia v. Armenia*, pkt 45.

²⁵ Raport EKPC z dnia 5 listopada 1969 r., *Greek Case*, „Digest of the Strasbourg Case-Law” 1984, vol. 3, s. 502–503.

²⁶ *Ibidem*, s. 503; por. T. Jasudowicz, *Dyskrecjonalne kompetencje administracji w świetle orzecznictwa strasburskiego* [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, red. M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska, Toruń 2011, s. 163 i nn.

²⁷ *Yazar and others*, pkt 46; por. *Socialist Party and others*, pkt 41; *United Communist Party of Turkey*, pkt 42–44; *Helsinki Committee of Armenia*, pkt 34.

po czwarte – na co w niniejszym opracowaniu miejsca się nie znajdzie – orzecznictwo strasburskie na tle tych artykułów wnosi sporo elementów do szczegółowej koncepcji demokracji, w tym dotyczących pluralizmu, równości i niedyskryminacji, obowiązków i lojalności funkcjonariuszy publicznych itd.

Wolne wybory a demokracja

Odrębnej refleksji z perspektywy demokracji wymaga art. 3 Protokołu I do EKPC. Trybunał nawiązał w jego kontekście do zawartego w preambule standardu „skutecznej demokracji politycznej” i przyznał temu artykułowi „pierwszorzędne znaczenie w systemie Konwencji”, a to dlatego, że „wpisuje on charakterystyczną zasadę demokracji”²⁸. W innej serii wyroków ETPC stwierdzał, że: „Prawa gwarantowane przez art. 3 Protokołu I są istotne dla ustanowienia i utrzymywania podstaw rzeczywistej demokracji rządzącej się prymatem prawa”²⁹. W jednym z wyroków przeciwko Rosji doprecyzował Trybunał, że: „Wspólne zasady europejskiego dziedzictwa konstytucyjnego, które stanowią podstawę każdego autentycznie demokratycznego społeczeństwa, określają prawo do głosowania jako możliwość oddania głosu w regularnie odbywanych, powszechnych, równych, wolnych, tajnych i bezpośrednich wyborach”³⁰.

Warto odnotować, że w orzecznictwie strasburskim postulatowi ochrony praw prawdziwie efektywnych, praktycznych i skutecznych, który bywa systematycznie przypomniany także w kontekście art. 3 Protokołu I, towarzyszy – jak widać z powyższego – założenie o „efektywnej demokracji politycznej” i „autentycznie demokratycznym społeczeństwie”³¹. To nie ma być demokracja byle jaka; to ma być prawdziwa demokracja

²⁸ Wyrok ETPC z dnia 28 stycznia 1987 r., *Case of Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, pkt 47; por. m.in.: wyrok ETPC z dnia 18 lutego 1999 r., *Case of Matthews v. the United Kingdom*, pkt 42; wyrok ETPC z dnia 19 października 2004 r., *Case of Melnychenko v. Ukraine*, pkt 53; wyrok ETPC z dnia 19 lipca 2007 r., *Case of Krasnov and Skuratov v. Russia*, pkt 39; wyrok ETPC z dnia 3 grudnia 2009 r., *Case of Seyidzadze v. Azerbaijan*, pkt 27; wyrok ETPC z dnia 27 kwietnia 2010 r., *Case of Tanase v. Moldova*, pkt 154; wyrok ETPC z dnia 23 października 2010 r., *Case of Greens and M.T. v. the United Kingdom*, pkt 99.

²⁹ Por.: wyrok ETPC z dnia 15 czerwca 2006 r., *Case of Lykourazos v. Greece*, pkt 51; wyrok ETPC z dnia 2 marca 2010 r., *Case of Affaire Grossaru c. Roumanie*, pkt 43; wyrok ETPC z dnia 8 kwietnia 2010 r., *Case of Namat Aliyev v. Azerbaijan*, pkt 70 *in fine*; wyrok ETPC z dnia 30 września 2010 r., *Case of Kerimova v. Azerbaijan*, pkt 42 *in fine*; wyrok ETPC z dnia 4 lipca 2013 r., *Case of Anchugov and Gladkov v. Russia*, pkt 94.

³⁰ *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others*, pkt 70.

³¹ Por. m.in.: *United Communist Party of Turkey*, pkt 33; *Matthews*, pkt 34; *Ždanoka*, pkt 82 *in fine*; *Melnychenko*, pkt 59; *Lykourazos*, pkt 56; *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others*, pkt 50; *Krasnov and Skuratov*, pkt 42; wyrok ETPC z dnia 2 marca 2010 r., *Affaire Grosaru c. Roumanie*, pkt 47; *Namat Aliyev*, pkt 72; *Kerimova*, pkt 44.

Trybunał przypomina jednak, że: „art. 3 Protokołu I implikuje prawa podmiotowe: prawo do głosowania i prawo do kandydowania w wyborach”, które „aczkolwiek ważne, nie są absolutne” i „jest miejsce na dorozumiane ograniczenia”, wobec czego państwa mają kompetencję ustalania warunków realizacji prawa do głosowania i prawa do kandydowania, „którym art. 3 w zasadzie nie stoi na przeszkodzie”; „korzystają one w tej dziedzinie z szerokiego marginesu oceny”³². Zdaniem Trybunału, „Warunki takie nie mogą zniweczyć swobodnego wypowiedzenia się ludności w wyborze władzy ustawodawczej – innymi słowy, muszą one odzwierciedlać bądź nie mogą przeczyć konieczności utrzymywania integralności i efektywności procedury wyborczej mającej na względzie zidentyfikowanie woli ludności w trybie powszechnego głosowania”³³.

„Pluralistyczne debaty publiczne” dotyczą nie tylko „okresu wyborczego [...], ponieważ proces demokratyczny to ciągłość dożywania przez cały czas poprzez swobodną i pluralistyczną debatę”; dlatego „warto przypomnieć bogactwo historycznych, kulturalnych i politycznych różnic w Europie, wobec czego do każdego państwa należy ukształtowanie swojej własnej wizji demokratycznej”³⁴.

Nie chodzi o jakikolwiek jednolity wzorzec ani żadną sztampę wyborczą; historia i aktualne potrzeby dyktują różnorodność rozwiązań wyborczych. Już w wyroku belgijskim z lat 80. ubiegłego wieku Trybunał podkreślił, iż „każdy system wyborczy musi być oceniany w świetle ewolucji politycznej danego kraju; elementy które byłyby nie do przyjęcia w kontekście jednego systemu, mogą dawać się usprawiedliwić w kontekście drugiego systemu, przynajmniej tak długo, jak długo dany system zapewnia warunki, które zapewniają »swobodne wyrażenie opinii ludności w wyborze władzy ustawodawczej«”³⁵. Tytuł państwa

³² Wyrok ETPC z dnia 9 kwietnia 2002 r., *Affaire Podkolzina c. Lettonie*, pkt 33, ak. I. Oczywiście, towarzyszy temu „nadzór europejski”, a Trybunał – rozstrzygając ostatecznie o przestrzeganiu wymogów Protokołu I – „musi się upewnić, że wspomniane warunki nie redukują praw, o które tu chodzi, w takim stopniu, że sama ich substancja doznaje szwanku i zostają one pozbawione swej skuteczności, że kierują się one celem prawowitym oraz że środki użyte nie są dysproporcjonalne” – *ibidem*, *in fine*. Dodaje Trybunał, że: „przyznany państwu margines manewru zawsze ograniczony jest obowiązkiem poszanowania fundamentalnej zasady art. 3, a mianowicie »swobodnego wyrażania opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego«” – *ibidem*, ak. II, *in fine*; por. też: *Ždanoka*, pkt 82; *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others*, pkt 48; *Namat Aliyev*, pkt 71; *Kerimova*, pkt 43; wyrok ETPC z dnia 17 września 2013 r., *Case of Soyler v. Turkey*, pkt 33.

³³ *Namat Aliyev*, pkt 71 *in fine*; por. też: *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, pkt 52; wyrok ETPC z dnia 1 lipca 1997 r., *Affaire Gitonas et autres c. Grece*, pkt 39; wyrok ETPC z dnia 28 marca 2006 r., *Case of Suchovietskiy v. Ukraine*, pkt 49; *Lykourazos*, pkt 51; wyrok ETPC z dnia 13 lipca 2006 r., *Affaire Vincenzo Taiani c. Italie*, pkt 50; *Krasnov and Skuratov*, pkt 40–41; *Seyidzadze*, pkt 27; *Grosaru*, pkt 47; *Tanase*, pkt 131; *Greens and M.T.*, pkt 100; *Case of Anchugov and Gladkov v. Russia*, wyrok ETPC z dnia 4 lipca 2013 r., pkt 103; wyrok ETPC z dnia 15 kwietnia 2014 r., *Affaire Oran c. Turquie*, pkt 49; wyrok ETPC z dnia 21 lutego 2017 r., *Case of Orlovskaya Iskra v. Russia*, pkt 111 ak. 1.

³⁴ *Case of Orlovskaya Iskra v. Russia*, pkt 111 ak. 2.

³⁵ *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, pkt 54 ak. 5. A warunki takie – jak wyjaśnia Trybunał – „zasadniczo implikują – poza wolnością ekspresji (chronioną już na podstawie art. 10 Konwencji) – zasadę

do kształtowania „własnej wizji demokracji” jest często przez Trybunał akcentowany³⁶.

Towarzyszy temu bogactwo i różnorodność wartości, w których obronie państwo może wprowadzić ograniczenia w korzystaniu z praw obywatelskich. Trybunał zauważył, że „art. 3 Protokołu I nie jest ograniczony do konkretnej listy »celów prawowitych«, takich jak cele wyliczone w art. 8–11; państwa mają zatem swobodę opierania się na celu nie zawartym w takiej liście dla usprawiedliwienia ograniczenia, pod warunkiem że cel ten daje się pogodzić z zasadą *rule of law* i z ogólnymi celami Konwencji”³⁷.

Jeśli chodzi o prawo do głosowania, Trybunał zajął się nim specjalnie w sprawie *Rosyjskiej Konserwatywnej Partii Przedsiębiorców*, uznając, że: „wolność głosowania jest kamieniem węgielnym ochrony przyznawanej przez art. 3 Protokołu I”; wyróżniając w niej dwa aspekty: wolność kształtowania poglądów oraz wolność wyrażania tych poglądów”; dokonując wreszcie przeglądu swego orzecznictwa na tle woli głosowania³⁸. Europejski Trybunał Praw Człowieka nie zaakceptował blankietowych zakazów głosowania w stosunku do osób pozbawionych wolności³⁹ czy bankruta⁴⁰, nie wykazał też zrozumienia dla unie możliwienia głosowania ze względów organizacyjnych⁴¹.

Komisja wykazała zrozumienie dla pozbawienia prawa go głosowania osoby skazanej za brak lojalności i wierności w czasie II wojny światowej⁴², a Trybu-

równości traktowania wszystkich obywateli w korzystaniu z ich prawa do głosowania oraz ich prawa do kandydowania w wyborach” – *ibidem*, pkt 111 ak. 3; por. też: *Suchovietskiy*, pkt 51; *Lykourezos*, pkt 51–52; wyrok ETPC z dnia 22 grudnia 2009 r., *Case of Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, pkt 44; *Grosaru*, pkt 43–44; *Tanase*, pkt 156–158.

³⁶ Por. m.in.: *Lykourezos*, pkt 51; *Grosaru*, pkt 53; *Greens and M.T.*, pkt 102; *Anchugov and Gladkov*, pkt 95; *Oran*, pkt 75; *Soyler*, pkt 33.

³⁷ *Sejdzadzze*, pkt 27; por.: *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others*, pkt 58; *Żdanoka*, pkt 82; *Suchovietskiy*, pkt 62. W sprawie *Tanase*, pkt 164, Trybunał uznał za ważne cele prawowite: zapewnienie lojalności funkcjonariuszy wobec państwa, obronę niepodległości i bytu państwa oraz zagwarantowanie jego bezpieczeństwa, zaś w sprawie *Krasnov and Skuratov*, pkt 44. „wymaganie od kandydata do parlamentu narodowego przedłożenia prawdziwych informacji o jego zatrudnieniu i afiliacji partyjnej”. Przeciwnie, w sprawie *Vincenzo Taiani*, pkt 35, Trybunał uznał, że zastosowany środek „miał na celu jedynie poniżenie bankruta i stanowił dlań moralny blamaż”; „nie kierował się zatem celem prawowitym”.

³⁸ *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others*, pkt 71–74, odpowiednio.

³⁹ Por. m.in.: *Greens and M.T.*, pkt 73 i 76; *Anchugov and Gladkov*, pkt 47 i 97–103; *Soyler*, pkt 21 i 33–36. Szczególnie kwestia głosowania osób tymczasowo aresztowanych zob. wyrok ETPC z dnia 15 listopada 2001 r., *Case of Iwańczuk v. Poland*, pkt 54–60.

⁴⁰ *Vincenzo Taiani*, pkt 34–35.

⁴¹ Wyrok ETPC z dnia 18 marca 1999 r., *Case of Matthews v. the United Kingdom*, pkt 34–44. Trybunał uznał Parlament Europejski za „władzę ustawodawczą” w rozumieniu art. 3 Protokołu I – *ibidem*, pkt 48–54.

⁴² Decyzja ETPC z dnia 19 grudnia 1974 r., *X. v. the Netherlands*, „Decisions and Reports”, no. 1, s. 89–90.

nał – za brak wniesienia depozytu wyborczego⁴³. Zarazem, zdaniem Trybunału, „prawa do głosowania nie wolno interpretować jako powszechnej gwarancji, że każdy wyborca znajdzie na liście wyborczej nazwisko kandydata czy partii, na których chciałby głosować”, aczkolwiek – „swobodnego wyrażania opinii ludności nie da się zrozumieć bez wielości partii politycznych reprezentujących nurty opinii panujące wśród ludności danego kraju”⁴⁴.

Sporo uwagi poświęcał Trybunał prawu do kandydowania. Według niego, „państwa mają szerokie możliwości ustanawiania praw konstytucyjnych dotyczących statusu członków parlamentu, w tym kryteriów uniemożliwiających im kandydowanie. Kryteria te są zmienne, zależnie od historycznych i politycznych czynników charakterystycznych dla każdego z państw. Z punktu widzenia stosowania art. 3 wszelkie ustawodawstwo wyborcze musi być oceniane w świetle ewolucji politycznej danego kraju, w związku z czym zjawiska, które zdawałyby się nie do przyjęcia w kontekście jednego z systemów, mogą okazać się usprawiedliwione w kontekście innego systemu”⁴⁵.

Ta różnorodność systemów wiąże się z szerokim marginesem oceny państwa, które dysponuje „znaczną swobodą ustalania w swoim porządku konstytucyjnym norm dotyczących statusu parlamentarzysty, w tym kryteriów dyskwalifikacji”⁴⁶. To z kolei ma związek z koncepcją ochrony praw praktycznych i skutecznych, albowiem – jak wyjaśnia Trybunał – „Prawo do kandydowania w wyborach [...], które należy do koncepcji reżimu prawdziwie demokratycznego, byłoby iluzoryczne, gdyby ktoś mógł być arbitralnie w każdej chwili go pozbawiany”⁴⁷.

Wielce specyficzna była sprawa bośniacka, zaistniała na tle nadzwyczajnych podstaw konstytucyjnych Bośni i Hercegowiny (BiH), stanowiących aneks do porozumienia pokojowego z Dayton, uzależniających kwalifikacje do kandydowania do Izby Ludowej BiH od zgłoszenia „przynależności do ludu ustawodawczego” (*constituent people*), obejmującego Bośniaków, Chorwatów i Serbów. Skarżący – pochodzenia romskiego i żydowskiego – wymogu tego nie spełniali i do kandydowania się nie kwalifikowali. Zdaniem Trybunału, kryterium *constituent people*, być może zrozumiałe bezpośrednio po wojnie, powinno być z biegiem czasu przez państwo wyeliminowane, a „dalszemu nie-kwalifikowaniu się

⁴³ *Suchovietskiy*, pkt 61–73.

⁴⁴ *Oran*, pkt 57.

⁴⁵ *Seyidzadze*, pkt 29.

⁴⁶ *Podkolzina*, pkt 33. Trybunał uznał, że procedura kwalifikacji w wyborach nie spełniała wymagań słuszności proceduralnej i pewności prawnej, a skreślenie skarżącej było środkiem dysproporcjonalnym – *ibidem*, pkt 37–38; por. też: *Lykourazos*, pkt 56–58.

⁴⁷ *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others*, pkt 50; por. *Namat Aliyev*, pkt 72; *Kerimova*, pkt 44; *Krasnov and Skuratov*, pkt 432.

skarżących do kandydowania do Izby Ludowej BiH brakuje obiektywnego i rozsądnego usprawiedliwienia [...]”⁴⁸.

Podsumowując, należy stwierdzić, że – choć pozornie właściwie nieobecna w tekście Konwencji – demokracja jest wartością centralną, jakby przyrodzoną, z racji zarówno „wspólnego dziedzictwa tradycji”, jak też Statutu Rady Europy, wspólnych założeń aktualnych i celów na przyszłość państw członkowskich Rady Europy. Jest pożądanym środowiskiem politycznym dla promocji i ochrony praw człowieka; one z kolei – praktyczne i skuteczne – potwierdzają jej jakość, są dla niej niezbędne. Nie wszystkie w tej samej mierze, bo fundamentalnymi dla niej są wolności zgromadzeń i zrzeszania się, żywiące się w ich zbiorowej realizacji dobrodziejstwami wolności ekspresji. Są one konsekwentnie nazywane przez Trybunał „podwalinami demokratycznego społeczeństwa”, a „konieczność w demokratycznym społeczeństwie” – obok zgodności z prawem i realizacji celu/ów prawowitego/tych – stanowi zaś miarę dopuszczalności ingerencji państwa w korzystanie z tych praw.

Między demokracją a nadużyciem prawa

System Konwencji – pomimo akcentu na efektywną ochronę praw praktycznych i skutecznych – nie stawia na skrajny indywidualizm ani egoizm, skoro wśród celów prawowitych zawsze pojawia się „ochrona praw i wolności innych osób”, a wśród bardziej konkretnych kryteriów „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” zawsze istnieje wymóg osiągnięcia *fair balance* pomiędzy interesem społeczeństwa jako całości, który można kojarzyć z ogólnymi wymaganiami demokracji, a interesem skarżącego/skarżących w dysponowaniu skuteczną ochroną jego/ich praw. Ani skrajny indywidualizm, ani nadużywający kolektywizm: nie wolno na ołtarzu demokracji poświęcać praw i wolności człowieka; podobnie jak – z drugiej strony – nie wolno poświęcić demokracji w imię nadużywająco pojmowanych praw człowieka. Troską i dbałością należy otaczać nie tylko jednostki, osoby, lecz także rodzinę, wspólnotę, społeczeństwo i naród.

Człowiek jest bytem wspólnotowym, a to rodzi konsekwencje moralne i społeczne, które daje się przełożyć na literę norm prawnych, mianowicie w postaci dopuszczalnych ograniczeń w korzystaniu z praw człowieka, w tym dopuszczalnych ingerencji władzy publicznej w tym zakresie, stosownie do warunków klauzul limitacyjnych. Kolejne testy legalności (normy chroniące) i celowości (wartości/interesy chronione) obrazują demokratyczne państwo prawne (oparte

⁴⁸ *Seidic and Finci*, pkt 50, w zw. z pkt 42–49. Zdaniem Trybunału, „żadna różnica traktowania, która opiera się wyłącznie bądź w decydującym zakresie na etnicznym pochodzeniu osoby, nie może być obiektywnie usprawiedliwiona we współczesnym demokratycznym społeczeństwie zbudowanym na zasadach pluralizmu i poszanowania różnych kultur” – *ibidem*, pkt 44.

na *rule of law*), broniące (indywidualnych i zbiorowych) potrzeb i interesów „demokratycznego społeczeństwa”, które to pojęcie można postrzegać jako specyfikację suwerena.

Ów suweren raz – w kontekście wyborów w art. 3 Protokołu I – zostanie określony jako „ludność”, czy raczej „lud” (*people*), innym razem – w klauzuli derogacyjnej art. 15 ust. 1 Konwencji – jako „naród” (*nation*), którego byt i przetrwanie ma zabezpieczyć państwo w sytuacjach ekstremalnych, włączając w to stany nadzwyczajne. Różnica tylko na pozór bardzo wyrazista, zwłaszcza gdy *people* w art. 3 Protokołu I tłumaczy się jako „ludność”. Radykalnie się ona pomniejsza, gdy tłumaczy się *people* jako „lud” i gdy się pamięta, że w Karcie Narodów Zjednoczonych (dalej: Karta) to właśnie *peoples of the United Nations* jawią się jako twórcy Karty oraz że to właśnie im przysługuje prawo do samostanowienia. *People* to nie jakiś ciemny nieokrzesany motłoch, lecz podmiot równoznaczny z „narodem”, prawdziwy suweren, składający się z ogółu obywateli, a nie tylko z owych „jaśnie oświeconych”, a w istocie nierozsądnych, głupio się wyróżniających jako „przeintelektualizowany plebs”.

W aspekcie podmiotowym ochrona demokracji ogarnia zarówno wymiar indywidualny, a więc realizację praw politycznych obywateli (art. 3 Protokołu I, w związku z art. 8–11 Konwencji), które w postaci praw wyborczych stanowią „cegielki wszelkiego demokratycznego budowania”, jak i wymiar wspólnotowy/zbiorowy, a więc urzeczywistnianie woli suwerena: ludu/narodu, który za pośrednictwem praw wyborczych swoich członków realizuje *ad hoc* swoje samostanowienie. I to jest korzeń demokracji, którego negocjować ani lekceważyć nie wolno, zwłaszcza w imię rzekomej obrony demokracji. Niestety, na naszych oczach zrodziła się w Polsce sytuacja, gdy w imię rzekomej obrony demokracji brutalnie się gwałci jej podstawy, a więc wolną wolę ludności w wyborze ciała ustawodawczego.

Na szczęście system Konwencji zawiera dodatkowe zabezpieczenia włączone doń z racji konkretnych bolesnych doświadczeń historycznych, jak i – równie u progu lat 50. XX wieku konkretnych – zagrożeń na przyszłość. *Travaux preparatoires* Konwencji nader wyraziście pokazują, że jej autorzy mieli na względzie przede wszystkim dwojako rozumianą potrzebę walki z totalizmem i zapobieżenia zagrożeniom demokracji: po pierwsze, nie dopuścić do odrodzenia się czy też do rozwoju totalizmu w którymkolwiek z państw-stron; po drugie, uniemożliwić postępy totalizmu ze Wschodu, od strony totalitarnego Związku Sowieckiego.

Tej pierwszej potrzebie zdecydowanie dawała wyraz zwłaszcza przyjęta w Ustawie Zasadniczej RFN konstrukcja „demokracji zdolnej do samoobrony” (*wehrhafte Demokratie*), badana przez Trybunał i w pełni przezeń zaakceptowana⁴⁹.

⁴⁹ Por. wyrok ETPC z dnia 26 września 1995 r., *Case of Vogt v. Germany*, pkt 51, w zw. z pkt 58–59.

W sprawie *De Becker* Komisja co do zasady uznała, że „nakładanie na osoby skazane za zdradę czasu wojny totalnej dożywotniej niedopuszczalności publikowania ich opinii politycznych może dać się usprawiedliwić na podstawie art. 10 ust. 2 jako sankcja odstrasżająca i prewencyjny środek bezpieczeństwa publicznego”⁵⁰. Na tle próby założenia we Włoszech ruchu politycznego o doktrynie, programie i emblematach partii faszystowskiej, Komisja zaakceptowała wprowadzony przez Włochy zakaz reorganizacji w jakiegokolwiek formie partii faszystowskiej jako „środek konieczny w demokratycznym społeczeństwie”, uznała dopuszczalność odmienności traktowania „osób inspirujących się ideologią faszystowską” jako kierującej się „celem prawowitym, a mianowicie ochroną instytucji demokratycznych”⁵¹.

Poza „obowiązkami i odpowiedzialnością”, jakie w kontekście korzystania z wolności ekspresji akcentuje art. 10 ust. 2 Konwencji, na pomoc w ochronie demokracji przychodzi postanowienie jej art. 17, które m.in. „dla jakiegokolwiek państwa, grupy czy osoby” wyklucza „prawo do angażowania się w jakąkolwiek działalność bądź dokonanie jakiegokolwiek czynu mających na celu zniweczenie któregokolwiek z praw i wolności tam umocowanych [...]”⁵². Jak stwierdziła Komisja o „klauzuli generalnej art. 17” w decyzji dotyczącej rozwiązania Komunistycznej Partii Niemiec: „To fundamentalne postanowienie ma chronić prawa wpisane w Konwencję przez zagwarantowanie swobodnego funkcjonowania instytucji demokratycznych”⁵³. Toteż, zdaniem Komisji, „organizacja i metody działania Komunistycznej Partii Niemiec stanowią działalność tego rodzaju, która objęta jest przez art. 17”⁵⁴.

⁵⁰ Raport EKPC z dnia 8 stycznia 1960 r. *De Becker Case*. Komisja jednak spostrzegła, że: „Takie dożywotnie i wszechogarniające pozbawienie wolności ekspresji trudno pogodzić z ideałami i tradycjami demokracji w Radzie Europy oraz – zdaniem Komisji – wykracza ono poza to, co jest »konieczne w demokratycznym społeczeństwie« [...]”; por. co do pozbawienia prawa do głosowania na podstawie kolaboracji w czasie II wojny światowej – decyzja EKPC z dnia 19 grudnia 1974 r., *X. v. The Netherlands*, „Decisions and Reports”, no. 1, s. 87 i nn., na s. 89–90.

⁵¹ Decyzja EKPC z dnia 21 maja 1976 r., *Case of X. v. Italy*, „Decisions and Reports”, no. 5, s. 83 i nn., na s. 85; szerzej na ten temat zob.: M. Jastrzębski, *Partie polityczne a prawa człowieka – prawo i praktyka polska na tle standardów międzynarodowych*, Toruń 2010, s. 195 i nn.; por. art. 13 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.

⁵² W tekście angielskim: „for any State, group or person” „any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein”.

⁵³ Decyzja Komisji o dopuszczalności skargi nr 250/57 z dnia 20 lipca 1957 r. „Digest of the Strasbourg Case-Law” 1985, vol. 4, s. 239. Komisja przytoczyła zarazem fragment raportu Zgromadzenia Konsultacyjnego Rady Europy z 1949 r., w którym stwierdza się: „Konieczne jest uniemożliwienie nurtom totalitarnym wykorzystywania – w ich własnych interesach – zasad ogłoszonych w Konwencji, tj. powoływania się na prawa i wolności celem zniweczenia praw człowieka”.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 244. Komisja wyjaśniła, że: „Odwoływanie się do dyktatury dla ustanowienia reżimu nie da się pogodzić z Konwencją, ponieważ oznacza to zniszczenie niektórych praw i wolności gwarantowanych przez Konwencję”. Czołowi autorzy holenderscy krytykują stanowisko Komisji jako „oparte wyłącznie na zamiarach, a nie na rzeczywistej działalności Komunistycznej Partii Nie-

Podobnie, w związku z ulotką głoszącą plan utworzenia Netherlandse Volks Unie dla obrony „białego ludu holenderskiego” i pozbycia się z Holandii „niepożądanych cudzoziemców”, Komisja uznała, że „polityka broniona przez skarżących [...] oczywiście zawiera elementy dyskryminacji rasowej, która na podstawie Konwencji i innych porozumień międzynarodowych jest zakazana”, a „wyrażanie idei politycznych skarżących stanowi oczywiście działalność w rozumieniu art. 17 Konwencji”⁵⁵.

Według komentatorów belgijskich „art. 17 nie jest postanowieniem niezbędnym”, jako że dla radzenia sobie z działalnością godzącą w prawa i wolności konwencyjne wystarczą klauzule limitacyjne, art. 17 zaś można potraktować jako „prostą regułę interpretacyjną” tych klauzul⁵⁶. Moim zdaniem, przeciwnie, art. 17 stanowi w Konwencji prawdziwe *jus necessarium*, pożyteczne i niezbędne.

Sami ci komentatorzy uznają przecież, że demokratyczne państwo prawne „nie jest państwem bezsilnym”, a jego wartości „nie wykluczają stanowczości wobec wrogów wolności” i właśnie dlatego „art. 17 Konwencji i art. 5 ust.1 MPPoiP⁵⁷ pozwalają państwu zanegować prawa uznane tymi dokumentami każdej grupie czy jednostce, których działalność lub czyny zmierzają ku zniszczeniu samych tych praw”⁵⁸.

Moim zdaniem, tak jak z jednej strony klauzule limitacyjne *per se* nie wystarczają i w systemie ochronnym Konwencji muszą być wsparte na wypadek sytuacji ekstremalnych mechanizmem derogacji zobowiązań, tak – z drugiej strony – podobnie nie wystarczają one *per se* i muszą mieć wsparcie w klauzuli art. 17 Konwencji i uzupełniającej ją klauzuli art. 18. Nie wystarczy je „interpretować”; trzeba je uzupełnić i wzmocnić. To „koło ratunkowe demokracji” zabezpieczające przed „wrogami wolności”, zarówno co do „grup i jednostek” niszczyielskich dla praw człowieka, jak też co do samego państwa, które przecież również może

mieć” – P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Deventer–Boston 1990, s. 564; por. J. Velu, R. Ergec, *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruxelles 1990, s. 139 pkt 177.

⁵⁵ Decyzja EKPC z dnia 11 października 1979 r., *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, „Decisions and Reports”, no. 18, s. 187 i nn., na s. 196. W duchu tego artykułu Komisja wyjaśniła: „The applicants are essentially seeking to use Article 10 to provide a basis under the Convention for a right to engage in these activities which are, as shown above, contrary to the text and spirit of the Convention and which right, if granted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms referred above”; por. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice...*, s. 564–565; J. Velu, R. Ergec, *La Convention Européenne ...*, s. 139, pkt 178.

⁵⁶ J. Velu, R. Ergec, *La Convention Européenne...*, s.138–139, pkt 176. Przestrzegają też przed ryzykiem „zastosowań niebezpiecznych”, czego dowodem – ich zdaniem – była sprawa Komunistycznej Partii Niemiec.

⁵⁷ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 138, pkt 175.

podjąć taką działalność czy ograniczyć prawa „w większym zakresie, niż jest to przewidziane w Konwencji”⁵⁹.

Meandry dobrej wiary

Jacques Velu i Rusen Ergec, zastanawiając się nad „pożytkiem z art. 17 i 18 jako postanowień dyscyplinujących cele limitacji wolności” i kojarząc je z instytucjami nadużycia władzy jako instytucjami wspólnymi systemom krajowym większości państw-stron Konwencji, przyjmują za Alfredem Verdrossem⁶⁰, że „w prawie międzynarodowym znajdują one swój wyraz w zasadzie dobrej wiary”⁶¹.

W polskiej doktrynie sąznicze i cenne dzieło poświęcił ostatnio tej zasadzie Marcin Kałduński. Znajduje on dowody tej zasady zarówno w traktatach międzynarodowych, jak też w prawie zwyczajowym, zasadach ogólnych prawa, uchwałach organizacji międzynarodowych, w orzecznictwie i doktrynie⁶². Co warte odnotowania, przedmiotem oddzielnych rozdziałów monografii są: „Pozytywna zasada dobrej wiary” oraz „Negatywna zasada dobrej wiary”, a w ramach tej ostatniej przedmiotem oddzielnych podrozdziałów są: „Zasada zakazująca nadużycia prawa” oraz „Zasada czystych rąk”, w tym m.in. „Zasada czystych rąk i prawo międzynarodowe praw człowieka”⁶³.

I chociaż to w rozdz. V.3.III. *Spis treści* sugeruje on wkroczenie w obszar praw człowieka, w istocie to w rozdz. V.2. M. Kałduński kompetentnie uwzględniła ustalenia z zakresu funkcjonowania europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Jego zdaniem: „literalna wykładnia przepisu art. 17 prowadzi do wniosku, że skarżący musi wykazać złą wiarę po stronie państwa-strony Konwencji”, jednakże „ta sama interpretacja art. 18 prowadzi do wniosku, że nie jest konieczne udowodnienie złej wiary po stronie państwa dla stwierdzenia nadużycia prawa”⁶⁴. Moim zdaniem dorobek orzecznicy Europejskiej Komisji Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na tle art. 17, ostatnio przez Trybunał nieomal zapomnianego, nie potwierdza powyższego ustalenia,

⁵⁹ Szerzej na temat zob. art. 17 i 18 Konwencji; por.: P van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice...*, s. 562 i nn.; J. Velu, R. Ergec, *La Convention Européenne...*, s. 135 i nn.; W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2010, s. 611 i nn., 623 i nn., odpowiednio.

⁶⁰ A. Verdross, *Bona fides* [w:] *Wörterbuch des Völkerrechts*, t. 1, s. 223.

⁶¹ J. Velu, R. Ergec, *La Convention Européenne...*, s. 136, pkt 172.

⁶² M. Kałduński, *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2017, rozdz. II, *Zasada dobrej wiary i źródła prawa międzynarodowego*, s. 51–116.

⁶³ *Ibidem*, rozdz. IV, s. 159–218; rozdz. V, s. 219–292; par. 2, s. 221–254; par. 3, s. 254–292; par. 3.III, s. 264–268.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 244.

a samo domniemanie dobrej woli państwa zostało przez Trybunał sformułowane i było uzupełniane surowymi wymaganiami dowodowymi właśnie w kontekście art. 18, a nie art. 17.

Wyjątkowo w sprawie *Perincek przeciwko Szwajcarii* skarżący zarzucał naruszenie art. 10 Konwencji, a to w związku z sankcjami nałożonymi nań z tytułu kwestionowania przezeń ludobójstwa Ormian w 1915 r. Już Izba ETPC w swym orzeczeniu z urzędu zbadła kwestie odrzucenia skargi na podstawie art. 17 Konwencji, ale doszła do wniosku, iż „skarżący nie korzystał z wolności ekspresji dla celów sprzecznych z tekstem i duchem Konwencji”⁶⁵. Wielka Izba z kolei postanowiła dołączyć tę kwestię do meritum zarzutu skarżącego na podstawie art. 10⁶⁶. Po bardzo dokładnym zbadaniu doszła ona do wniosku, że „nie było koniecznym w demokratycznym społeczeństwie poddawać skarżącego karze kryminalnej celem ochrony wchodzących w niniejszej sprawie w grę praw Wspólnoty Ormiańskiej”⁶⁷; doszło więc do naruszenia art. 10, „nie ma zaś żadnych podstaw dla stosowania art. 17 Konwencji”⁶⁸.

Najnowsza historia dobrej wiary w orzecznictwie strasburskim wiązała się z badaniem spraw na podstawie art. 18. Preludium dla niej stanowił wyrok w sprawie *Gusinskiy przeciwko Rosji*, w którym Trybunał stwierdził naruszenie art. 18, w związku z art. 5, ponieważ „ograniczenie wolności skarżącego dozwolone na podstawie art. 5 ust. 1c zostało dokonane nie tylko celem postawienia go przed kompetentną władzą prawną pod rozsądnym zarzutem popełnienia przestępstwa, ale także z innych powodów”, mianowicie „dla zastraszenia go”⁶⁹. Wyraźnie o dobrej wierze państwa nie wspomniano, jednakże de facto miał miejsce jakby dowód jego złej wiary.

Modelowym rozstrzygnięciem w tej mierze stał się wyrok w sprawie *Khodorkovskiy*, w którym Trybunał przypomniał, że „the whole structure of the Convention rests on the general assumption that public authorities in the member States act in good faith”, ale że jednocześnie „any public policy or an individual measure may have a “hidden agenda”, and the presumption of good faith is rebuttable”, tyle że „A mere suspicion that the authorities used their powers for

⁶⁵ Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 2015 r., *Affaire Perincek c. Suisse*, pkt 53, w zw. z pkt 44–52.

⁶⁶ Wyrok ETPC z dnia 15 października 2015 r., *Case of Perincek v. Switzerland*, pkt 115, w zw. z pkt 104 (przypomnienie wyroku Izby).

⁶⁷ *Ibidem*, pkt 280 *in fine*, w zw. z pkt 196–280.

⁶⁸ *Ibidem*, pkt 281–282. Przeciwnie, czterej sędziowie, po zbadaniu podejść Trybunału do art. 17, uważali, że: „[...] mowę rasistowską i negację ludobójstwa [...] można jako takie charakteryzować jako działalność mającą na celu zniweczenie praw i wolności umocowanych w Konwencji, w rozumieniu art. 17” oraz że: „zamiar napaści na pamięć ofiar ormiańskiego ludobójstwa był oczywisty” – *ibidem*, *Additional Dissenting Opinion of Judge Silvis, joined by judges Casadevall, Berro and Kuris*, s. 91 i nn., na s. 92 pkt 8–9.

⁶⁹ Por. wyrok ETPC z dnia 19 maja 2004 r., *Case of Gusinskiy v. Russia*, pkt 76–79.

some other purpose than those defined in the Convention is not sufficient to prove that Article 18 was breached”⁷⁰.

Stwierdził też Trybunał przy okazji, że skarżący „must convincingly show that the real aim of the authorities was not that proclaimed (or as can be reasonably inferred from the context)”, przy czym Trybunał stosuje „a very exacting standard of proof”⁷¹. Nie stwierdził Trybunał naruszenia art. 18, uznając, że skarżący nie dostarczył wymaganego dowodu, chociaż sam dostrzegął, iż „zbiór wspomnianych wyżej czynników kazał wielu ludziom wierzyć, że ściganie skarżącego kierowało się życzeniem usunięcia go ze sceny politycznej i – jednocześnie – przywłaszczenia jego fortuny”⁷².

W kilku późniejszych wyrokach przeciwko Rosji Trybunał raczej wyjątkowo stwierdzał brak naruszenia art. 18 mimo obecności różnorodnych czynników podających w wątpliwość dobrą wiarę w działaniach państwa rosyjskiego⁷³. Od 2014 r. zaczął dominować nowy model, w ramach którego Trybunał odnotowywał dopuszczalność zarzutu opartego na art. 18, w związku z wcześniej zbadanymi prawami, potwierdzał fakty naruszeń pasujące właśnie do art. 18, jednakże uznawał, iż nie ma konieczności odrębnego badania kwestii jego naruszenia⁷⁴. I tak, w sprawie Nemtsova Trybunał stwierdził, że skarżący „został arbitralnie i bezprawnie zatrzymany, aresztowany i skazany za przestępstwo administracyjne oraz że miało to za skutek zapobieżenie czy zniechęcenie jego i innych osób do uczestnictwa w wiecach protestacyjnych i aktywnego angażowania się w politykę opozycyjną”⁷⁵.

O dziwo, w sprawach dotyczących nie Rosji, lecz państw mniej znaczących Trybunał decydował się na badanie zarzutów opartych na art. 18 i stwierdzał jego naruszenie. Tak np. w wyroku *Lutsenko* Trybunał uznał, że władze ścigania

⁷⁰ Wyrok ETPC z dnia 31 maja 2011 r., *Case of Khodorkovskiy v. Russia*, pkt 255.

⁷¹ *Ibidem*, pkt 255–256. Co więcej, Trybunał nie dopuścił do złagodzenia tego standardu, uznając, że: „there is nothing in the Court’s case-law to support the applicant’s suggestion that, where a prima facie case of improper motive is established, the burden of proof shifts to the respondent Government”, jako że „the burden of proof in such a context should rest with the applicant” – *ibidem*, pkt 256 *in fine*. Dodał potem, że chodzi o „an incontrovertible and direct proof” – *ibidem*, pkt 260.

⁷² *Ibidem*, pkt 261, 260 i 259, odpowiednio.

⁷³ Por.: wyrok ETPC z dnia 20 września 2011 r., *Case of OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, pkt 665–666; wyrok ETPC z dnia 25 lipca 2013 r., *Case of Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, pkt 908–909 w zw. z pkt 897–899.

⁷⁴ Por.: wyrok ETPC z dnia 31 lipca 2014 r., *Case of Nemtsov v. Russia*, pkt 128–130; wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2014 r., *Case of Navalnyy and Yashin v. Russia*, pkt 115–117; wyrok ETPC z dnia 5 stycznia 2016 r., *Case of Frumkin v. Russia*, pkt 171–173; wyrok ETPC z dnia 4 października 2016 r., *Case of Yaroslav Belousov v. Russia*, pkt 186–188; wyrok ETPC z dnia 11 października 2016 r., *Case of Kasparov v. Russia*, pkt 72–74; wyrok ETPC z dnia 13 grudnia 2016 r., *Case of Kasparov and Others v. Russia (No. 2)*, pkt 54–55; wyrok ETPC z dnia 30 stycznia 2018 r., *Case of Polikhovich v. Russia*, pkt 84–86.

⁷⁵ *Nemtsov*, pkt 129. Identycznie w: *Navalnyy and Yashin*, pkt 116; *Frumkin*, pkt 172; *Yaroslav Belousov*, pkt 187; *Kasparov and Others*, pkt 54; *Polikhovich*, pkt 85; podobnie zaś w: *Kasparov*, pkt 73.

uzasadniały zatrzymanie skarżącego tym, że komunikował się on z mediami, dyskredytował te władze i chciał wyrzucić wpływ na wyrok sądu, a takie ich rozumowanie „jasno wykazuje ich próbę ukarania skarżącego za publiczny sprzeciw wobec kierowanych przeciwko niemu oskarżeń i dowodzenie jego niewinności”, a więc zarazem dowodzi, iż ograniczenie wolności zastosowano „nie tylko celem postawienia go przed kompetentną władzą prawną pod rozsądnym podejrzeniem popełnienia przestępstwa, lecz także z innych powodów”; to wystarczyło zarazem do stwierdzenia naruszenia art. 18, w związku z art. 5 Konwencji⁷⁶.

Jeszcze bardziej wyraziście przejawił swoje stanowisko Trybunał w wyroku Mammadov przeciwko Azerbejdżanowi, uwzględniając różne opinie sugerujące, iż skarżący „podlegał politycznie motywowanemu ściganiu”, a „władze nie potrafiły wykazać, że działały w dobrej wierze”, ale dla stwierdzenia naruszenia art. 18 poszukiwał „dowodu, że działania władz rzeczywiście się kierowały niewłaściwymi powodami”⁷⁷. Trybunał nie doszukał się niczego, co by wskazywało, iż władze ścigania „dysponowały jakimikolwiek obiektywnymi informacjami rodzącymi w tym czasie *bona fide* podejrzenie przeciwko skarżącemu”, wobec czego stwierdził, że „restriction of the applicants liberty was applied for purposes other than bringing him before a competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence, as prescribed by Article 5 par.1/c of the Convention”⁷⁸.

W nowszej sprawie azerskiej Trybunał, po przypomnieniu domniemania dobrej woli państwa i wymagającego standardu dowodu ciężącego na skarżącym oraz po merytorycznym zbadaniu zarzutów⁷⁹, doszedł do wniosku, że „założenie, iż władze działały w dobrej wierze, zostało podkopane”, wobec czego trzeba „dowodu na to, iż działania władz rzeczywiście się kierowały niewłaściwymi powodami”⁸⁰.

⁷⁶ Wyrok ETPC z dnia 3 lipca 2012 r., *Case of Lutsenko v. Ukraine*, pkt 108 *in fine* oraz pkt 109–110, w zw. z pkt 106–107; por. wyrok ETPC z dnia 30 kwietnia 2013 r., *Case of Tymoshenko v. Ukraine*, pkt 299 *in fine* oraz pkt 300–301, w zw. z pkt 294–296; tu, zdaniem Trybunału, zarówno kontekst faktyczny, jak i rozumowanie władz sugeruje, iż rzeczywistym celem tego środka było ukaranie skarżącej za brak poszanowania sądu, co – jak stwierdzono – manifestowała ona swoją postawą podczas procesu – *ibidem*, pkt 299.

⁷⁷ Wyrok ETPC z dnia 22 maja 2014 r., *Case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, pkt 140–141.

⁷⁸ *Ibidem*, pkt 142 *in fine* i pkt 143. Uznał to za „wystarczającą podstawę dla stwierdzenia naruszenia art. 18 Konwencji w związku z art. 5” – *ibidem*, pkt 144.

⁷⁹ Wyrok ETPC z dnia 17 marca 2016, *Case of Rasul Jafarov v. Azerbaijan*, pkt 153, 154 i 155–156, odpowiednio.

⁸⁰ *Ibidem*, pkt 157. Zbadawszy dowody, ustalił, że „Caość powyższych okoliczności wskazuje, iż autentycznym celem zarzucanych środków było wymuszenie milczenia i ukaranie skarżącego za jego działalność w dziedzinie praw człowieka”, a więc cele inne niż wskazane w art. 5 ust. 1c Konwencji – *ibidem*, pkt 162, w zw. z pkt 159–161.

Tak więc w badanych w ostatnich latach sprawach ukraińskich i azerskich Trybunał poszukiwał dowodu i znajdował go, stwierdzając istnienie „celów innych” oraz „niewłaściwych powodów” i – co za tym idzie – naruszenie art. 18, podczas gdy w sprawach rosyjskich na takie stwierdzenie się nie zdobywał, acz wskazywał de facto owe „niewłaściwe powody”. Czyżby to – mierzona czynnikiem siły – poprawność polityczna Trybunału? Tak czy inaczej spotkanie w orzecznictwie strasburskim kategorii „demokracji” i „dobrej wiary” w kontekście art. 17 i 18 Konwencji nie płynie jasnym, prostym i pewnym nurtem, lecz przejawia zakola i zawirowania, budząc sporo wątpliwości.

Poszukiwanie zdrowego nurtu

Ma zapewne rację M. Kałduński, gdy stwierdza, że „zasada dobrej wiary jest zasadniczo traktowana jako istotna norma prawa, mająca związki z etyką i moralnością”, jest „normą o normach (metazasadą), która zapewnia prawidłowe funkcjonowanie międzynarodowego porządku prawnego⁸¹. Można, moim zdaniem, postawić parę kroków dalej – chodzi o każdy porządek prawny, a nawet o wszelkie stosunki międzyludzkie. Zawsze i wszędzie istnieje potrzeba dobrej wiary, rodząca oczekiwanie i powinność dobrej wiary, po stronie każdego i jakiegokolwiek podmiotu, swoiste uniwersalne *ius necessarium* (przy bardzo szerokim i elastycznym rozumieniu *ius*).

W orzecznictwie strasburskim można napotkać różnorodne odniesienia do dobrej wiary, a to w związku z popełnieniem przez skarżącego „błędu w dobrej wierze”⁸², domniemaniem działania podatnika w dobrej wierze⁸³, działalnością informacyjną dziennikarzy⁸⁴, czy też działalnością sądów krajowych „rozsądnie, w dobrej wierze i w granicach marginesu oceny pozostawionego Umawiającym się Państwom przez art. 10 ust. 2”⁸⁵. W głównej mierze jednak Trybunał kojarzył obowiązki dobrej wiary z działalnością państwa: „czy państwo wypełniało swe

⁸¹ M. Kałduński, *Zasada dobrej wiary...*, s. 116.

⁸² *Krasnov and Skuratov*, pkt 49. Zdaniem Trybunału jednak, skarżący „świadomie przedłożył nieprawdziwe informacje o swoim zatrudnieniu” – *ibidem*, *in fine*.

⁸³ Wyrok ETPC z dnia 15 grudnia 2014, *AO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, Skarga nr 14902/04, *Partly Dissenting Opinion of Judge Jebens*, s. 94. Zdaniem sędziego, działania spółki na rzecz opóźnienia inspekcji podatkowej „można było kwalifikować jako *bad-faith conduct*” – *ibidem*.

⁸⁴ Wyrok ETPC z dnia 21 lutego 2017 r., *Case of Orlovskaya Iskra v. Russia*, pkt 109. To wymóg związany z „obowiązkami i odpowiedzialnością”, o których mowa w art. 10 ust. 2 Konwencji, a dotyczący działania „w dobrej wierze celem zapewnienia dokładnej i godnej zaufania informacji, zgodnie z etyką dziennikarską” – *ibidem*.

⁸⁵ Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r., *Handyside Case*, pkt 47; por. wyrok ETPC z dnia 10 lipca 2018 r., *Case of Vasilevskiy and Bogdanov v. Russia*, pkt 24.

zadania w sposób rozsądny, baczny i w dobrej wierze”⁸⁶ bądź „czy państwo korzystało ze swej kompetencji dyskrejonalnej w sposób rozsądny, baczny i w dobrej wierze”⁸⁷. Zwracam uwagę, że Trybunał w tej mierze nie bierze za punkt wyjścia domniemania dobrej wiary państwa, lecz raczej obowiązek wypełniania w dobrej wierze funkcji, zadań czy dyskrejonalnych kompetencji państwa i rozlicza państwo z wypełniania tego obowiązku.

Da ist der Hund begraben! – od razu kojarzy się nam z tym fundamentalna zasada prawa międzynarodowego umocowana w art. 2 ust. 2 Karty Narodów Zjednoczonych, a dotycząca wykonywania właśnie w dobrej wierze zobowiązań międzynarodowych, kojarzona ze słynną paremią *pacta sunt servanda*⁸⁸. Potwierdza ją jako normę fundamentalną art. 26 Wiedeńskiej Konwencji Praw Traktatów⁸⁹. Nieraz postrzega się normę *pacta sunt servanda* jako zastosowanie zasady dobrej wiary – jako „normy nadrzędnej” – do wykonania traktatów⁹⁰. Jest więc dobra wiara fundamentalnym i nieusuwalnym komponentem zobowiązań międzynarodowych państw, w tym państw-stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, i świętym ich obowiązkiem, którego muszą przestrzegać.

Nic wtedy dziwnego, że Trybunał się przygląda, czy państwa-strony dochodzą wymogów dobrej wiary przy wypełnianiu swoich „funkcji”, „zadań” lub „kompetencji dyskrejonalnych”. Jest to normalny aspekt badania wypełniania przez państwa ich zobowiązań na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, między innymi i poniekąd w szczególności z związku z dopuszczalnymi z mocy Konwencji ingerencjami władz publicznych w korzystanie z praw człowieka, które nie powinny przekraczać tego, czego wymaga i co dopuszcza demokracja, a więc tego, co jest „konieczne w demokratycznym społeczeństwie”. Rzecz by można, dobra wiara jest normalnym i zawsze obecnym elementem funkcjonowania standardów praw człowieka w demokratycznym państwie prawnym. Państwo jest do niej zobligowane; nie domniemywa się jej, lecz bada się ją, czy jest ona dochowywana. Na złą wiarę po prostu miejsca nie ma!

⁸⁶ *United Communist Party of Turkey and Others*, pkt 47; por. wyrok ETPC z dnia 10 lipca 1998 r., *Case of Sidiropoulos and Others v. Greece*, pkt 40 (zamiast „zadań” pojawiają się tu „funkcje” państwa).

⁸⁷ *Case of Rekenyi v. Hungary*, pkt 42.iii; *Helsinki Committee of Armenia*, pkt 47; por. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice...*, s. 590–591.

⁸⁸ Por. treść zas. VII Deklaracji zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych z dnia 24 października 1970 r.; a także zas. X Aktu Końcowego KBWE z dnia 1 sierpnia 1975 r.; por. M. Kałduński, *Zasada dobrej wiary...*, rozdz. II.2, *Zasada dobrej wiary w umowach międzynarodowych*, s. 53 i nn.; rozdz. IV.2, *Zasada pacta sunt servanda*, s. 160 i nn.

⁸⁹ O dobrej wierze – poza kontekstem PSS – jest też mowa w ust. 3 jej preambuły oraz w art. 31 (interpretacja traktatów), art. 46 ust. 2 (konsekwencje naruszenia traktatu) i art. 69 ust. 2b (konsekwencje nieważności traktatu); szerzej omawia to M. Kałduński, *Zasada dobrej wiary...*, s. 53 i nn.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 55; por. *Wnioski – ibidem*, s. 114–116.

Jeżeli państwo – w perspektywie art. 17 Konwencji – dopuszcza się działalności bądź dokonania czynu zmierzających do zniweczenia jakichkolwiek praw i wolności umocowanych w Konwencji bądź ich ograniczenia w stopniu większym niż to przewiduje Konwencja, wykracza – moim zdaniem – poza ramy dobrej wiary, działa więc w złej wierze i – tym samym – zagraża demokracji. Podobnie rzecz się przedstawia, jeśli państwo – w perspektywie art. 18 Konwencji – wykorzystuje dopuszczalne na podstawie Konwencji ograniczenia w innych celach niż te, dla których zostały one przewidziane. To także obszar potencjalnej złej wiary państwa. Nie wolno, moim zdaniem, właśnie w takim obszarze szermować domniemaniem dobrej woli państwa.

Trudno się więc dziwić, że orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka kończące się uznaniem przezeń braku naruszenia art. 18 bądź – częściej – braku potrzeby badania zarzutów opartych na art. 18 Konwencji po stwierdzeniu naruszenia prawa zasadniczego, z którym zarzuty te były powiązane, często wzbudzały uzasadnioną krytykę czy zgół sprzeciw części składu orzekającego⁹¹.

W opinii zbieżnej sędzieja Pinto de Albuquerque, chociaż wyraźnie nie oparł się na art. 18, lecz bazował na wymogach art. 11 Konwencji, w konkluzji końcowej stwierdził, że: „wolność zgromadzeń skarżących została drastycznie naruszona, ponieważ zostali oni arbitralnie zatrzymani i aresztowani przy opuszczaniu planu zgromadzenia w Czystyje Prudy”; „skarżący podlegali rozmyślnej arbitralności policji, którą sądy krajowe wybaczyły”; „Zważywszy na polityczny charakter wypowiedzi skarżących, takie sądowe wybaczenie stanowi »a grave disservice to democracy, which may foster or magnify a culture of silence among the opposition«”. Ocena ta bardziej pasuje do litery i ducha art. 18 Konwencji.

Szczególnie cenne z punktu widzenia niniejszych badań są uwagi sędzi Helen Keller w sprawach *Kasparov przeciwko Rosji*. Przypomnijmy, że w odnośnych wyrokach Trybunał – poza zaakcentowaniem arbitralności pozbawienia skarżących wolności – podkreślał, że: „this had the effect of preventing and discouraging him and others from participating in protest rallies and engaging actively in opposition politics”⁹². Trybunał dostrzegał więc, że zdarzyło się coś więcej niedobrego dla praw człowieka niż li tylko naruszenie gwarancji art. 5 Konwencji; niestety, nie przypisywał temu żadnego znaczenia prawnego.

Tymczasem sędzi Keller słusznie zauważa, że badana sprawa „rodzi na podstawie art. 18 zagadnienie odrębne”, a badane tu okoliczności „stanowią

⁹¹ Nawet w wyroku, w którym Trybunał uznał naruszenie art. 18 Konwencji, w zw. z jej art. 5, sędziowie mniejszości wskazywali na niedostatki zarówno samej koncepcji dobrej wiary, jak też standardów dowodowych – por. *Tymoshenko. Joint Concurring Opinion of Judges Jungwirth, Nussberger and Potocki*, s. 47 ak. 2 oraz ak. 3–8, odpowiednio.

⁹² Por.: *Nemtsov*, pkt 129; *Frumkin*, pkt 172; *Yaroslav Belousov*, pkt 187; *Polikhovich*, pkt 85; *Kasparov and Others*, pkt 85. Jedynie w wyroku *Kasparov*, pkt 73 Trybunał podkreślił, że arbitralne zatrzymanie „prevented him from participating in an opposition rally”.

paradygmatyczny przykład takiego zagadnienia⁹³. Jego zdaniem: „Podobnie jak art. 14 Konwencji, inne postanowienie akcesoryjne, art. 18 musi być pojmowany jako chroniący interes prawny odrębny od interesu chronionego przez inne prawa i wolności wpisane w Konwencję. Zapobieganie niestosownym ograniczeniom praw to coś odrębnego i dodatkowego w stosunku do ochrony samych tych praw, podobnie jak zapobieganie dyskryminacyjnym ograniczeniom praw jako interes prawny to coś odrębnego i dodatkowego w stosunku do ochrony samych tych praw. Wszelki inny wniosek pozbawiałby art. 18 rozsądnego zakresu zastosowania⁹⁴.”

Istotne znaczenie mają również kolejne stwierdzenia sędziego Kellera. Jego zdaniem: „[...] art. 18 ma na celu umożliwienie Trybunałowi zajmowania się specyficzną niesprawiedliwością, a mianowicie podkopywaniem praw konwencyjnych, gdziekolwiek prawowite usprawiedliwienia są niestosownie powoływane jako pretekst dla zamaskowania skrytego motywu. Autorzy Konwencji wiedzieli, że ingerencja państwa w sferze praw konwencyjnych potencjalnie może prowadzić do nadużycia fundamentalnych praw i wolności, kierując się »racją stanu« bądź celem zabezpieczenia panującego reżimu przed aktorami opozycyjnymi⁹⁵.”

W kolejnej sprawie sędzia Keller dzieli się słusznym spostrzeżeniem, iż „Trybunał spowodował niezwykłą trudność osiągnięcia przez skarżących stwierdzenia naruszenia art. 19”, wobec czego istnieje „an urgent need to address the instrumentalization of legal proceedings in order to target and silence dissidents and oppositional actors in certain member States⁹⁶”. Zwraca on uwagę, że przyjęte przez Trybunał podejście „pozbawia art. 18 rozsądnego zakresu stosowania”, co jest „alarmujące, zważywszy na tendencje takie, jak leżące u podłoża niniejszej sprawy, sprzeczne z wymaganiami demokratycznego społeczeństwa”, jak również na to, że postanowienie to „represents the most adequate avenue for responding to undemocratic tendencies⁹⁷”.

⁹³ *Kasparov. Partly Dissenting Opinion of Judge Keller*, s. 15, pkt 2. Dodał przy tym: „Chociaż – mocą swego tekstu – art. 18 jest postanowieniem akcesoryjnym, nie można tego traktować jako oznaczającego, iż postanowienia tego nie trzeba badać, gdy Trybunał stwierdza naruszenie prawa czy wolności, w związku z którym został on powołany” – *ibidem*, pkt 3.

⁹⁴ *Ibidem*, pkt 3 *in fine*. Na zakończenie swej opinii sędzia Keller stwierdził: „the Court’s failure to examine complaints under Article 18 on the merits not only fails to do justice to the victims of targeted criminal proceedings, but it also reinforces the relegation of Article 18 to an insignificant role in which it is not being used for its intended purpose” – *ibidem*, pkt 9 *in fine*; por. *Kasparov and Others. Partly Dissenting Opinion of Judge Keller*, s. 13, pkt 2–3.

⁹⁵ *Kasparov*, pkt 4. Miało więc umożliwić Trybunałowi „to address the improper limitation of rights or, in other words, the illegitimate restriction of Convention rights through »pseudo-legitimate means«” – *ibidem*, *in fine*.

⁹⁶ *Kasparov and Others. Partly Dissenting Opinion...*, pkt 4.

⁹⁷ *Ibidem*, pkt 5.

Zauważmy, że badane orzeczenia dotyczyły Federacji Rosyjskiej w erze Putina. Przecież już wcześniej Rada Europy niejednokrotnie wytykała Rosji brak poszanowania zobowiązań wynikających ze Statutu Rady i z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁹⁸, orzecznictwo Trybunału zaś – choćby na tle spraw czeczeńskich dotyczących pozbawienia życia czy tajemniczych zaginięć, spraw dotyczących wydalenia lub ekstradycji, spraw dotyczących pozbawienia wolności i standardów traktowania osób pozbawionych wolności, spraw dotyczących wolności ekspresji oraz wolności zgromadzeń i zrzeszania się itd. – pełne jest alarmujących wskazań na niedostatki w funkcjonowaniu demokracji i dobrej wiary. Nie jest właściwym, a nawet nie godzi się przyjmować – właśnie wobec tego, a nie innego państwa i w takich kontekstach – domniemania dobrej wiary. Moim zdaniem, zostało ono przez Rosję skutecznie zniweczone i żadna poprawność polityczna nie usprawiedliwia aż takiej przychylności Trybunału wobec Rosji w kontekście art. 18 Konwencji.

Warto też spojrzeć „na drugą stronę medalu” dotyczącą owych „aktorów opozycyjnych”. Także w tej perspektywie jakakolwiek sztampana, jakiegokolwiek puste uprzednie założenie nie musi, a nawet nie może się sprawdzić. Gdyby bowiem owi „aktorzy opozycyjni” stanęli na gruncie radykalnego negocjowania wyników demokratycznych wyborów władzy ustawodawczej, gdyby – np. w imię hasła „ulica i zagranica” – w sposób niegodny i podły radykalnie utrudniali czy zgoła uniemożliwiali normalne funkcjonowanie parlamentu, prezydenta i rządu, gdyby – kompletnie bezpodstawnie – dopatrywali się populizmu czy zgoła faszyzmu, uznając jednocześnie wyborców, a więc funkcjonującego suwerena za „ciemną masę”, i gdyby ze wszystkimi swoimi „bólami” wciąż się uciekali „pod obronę” niekoniecznie najwłaściwszych ciał międzynarodowych to *summa summarum* dopuszczaliby się – zgodnie z treścią art. 17 Konwencji – działalności zmierzającej do zniweczenia nie pojedynczego prawa, lecz całego szeregu praw, nie w stosunku do jakiejś jednostki, lecz całego narodu, w szczególności negując ową – gwarantowaną w art. 3 Protokołu I – wolną wolę ludności w wyborze władzy ustawodawczej. Niestety, w tym wszystkim bierze nader aktywny udział owa „nadzwyczajna kasta ludzi”, jaką stanowią sędziowie, wspierani przez instytucjonalne gremia adwokatów i radców prawnych.

Zdarza się, że moi dawni uczniowie ślą do mnie maile, oczekując ode mnie aktywnego włączenia się do tego „prawniczego mainstreamu”. A ja po prostu wstydzę się – i za nich, i za ten „nurt”, który zdrowym niewątpliwie nie jest. Niestosowna i arbitralna uzurpacja przez Unię Europejską kompetencji i odpowiedzialności w dziedzinie demokracji, rządów praw i praw człowieka, w tym jej wtrącanie się w suwerenne kompetencje Polski bądź kontrolne kompetencje

⁹⁸ Por. np. Rezolucja 1455(2005) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 22 czerwca 2005 r. „Poszanowanie zobowiązań Federacji Rosyjskiej”.

Rady Europy, zasługuje na odrębne opracowanie. Unia de facto się „od-europeizowała”, niewiele ma wspólnego z prawdziwym dziedzictwem Europy i nie rokuje dobrze dla jej przyszłości.

Tadeusz Jasudowicz

**THE MEANDERINGS OF DEMOCRACY AND GOOD FAITH
IN THE SYSTEM OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS –
IN SEARCH OF A HEALTHY TREND**

The European Convention on Human Rights specifically refers to the category of democracy twice, mentioning in the preamble the “truly democratic political system” and adopting the test of “necessity in a democratic society” in the mechanism for the limitation of the use of human rights. The European Court of Human Rights has repeatedly indicated the importance of democracy for the realization of conventionally protected rights, associating it mainly with the implementation of rights under Articles 9–11 of the Convention, and above all with guaranteeing free elections, as well as active and passive electoral law. The role of democracy is particularly clear in the context of the abuse of law or the abuse of goals which the restrictions of rights are supposed to serve to (Articles 17 and 18). The Author calls this a “life-saving circle of democracy”, which is supposed to protect democracy against its exploitation against human rights, especially when the Tribunal – credulously and too abundantly – presumes the defendant’s good faith, which can undesirably result in shifting the burden of proof to the applicant, even in the areas covered by the full and exclusive competence and knowledge of the state. Similarly, in the Author’s opinion, the Court is too eager to use the assumption of compliance with the Convention and good faith of the European Union, whereas good faith is a sacred duty of the state, the implementation of which should be assessed by the Court while considering the complaints it receives, not forgetting that the criterion of good faith is an important element of the basic international law principle *pacta sunt servanda*.



Katarzyna Łasak

Uniwersytet Gdański

k.lasak@prawo.ug.edu.pl

DOMNIEMANIE RÓWNOWAŻNEJ OCHRONY A MARGINES DZIAŁANIA PAŃSTWA NA TLE WYROKU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W SPRAWIE *O'SULLIVAN MCCARTHY MUSSEL DEVELOPMENT LTD* *PRZECIWKO IRLANDII*

1. Wstęp

Domniemanie równoważnej ochrony i korespondujący z nim mechanizm marginesu działania państwa wiążą się z zagadnieniem współpracy międzynarodowej w ramach organizacji międzynarodowych, ze szczególnym uwzględnieniem tych, które mają charakter ponadnarodowy. Zważywszy, że każda organizacja międzynarodowa kształtuje własny system prawny, powstaje problem rozstrzygnięcia kolizji między normami przez nie generowanymi.

Pierwsze sprawy we wskazanym zakresie badała już Europejska Komisja Praw Człowieka (EKPC). Skargi dotyczyły reprezentatywności związków zawodowych oraz warunków zatrudnienia w różnych instytucjach Wspólnot Europejskich (WE). Wnoszono je przeciwko WE bądź przeciwko konkretnym państwom oraz WE, łącznie lub indywidualnie. Europejska Komisja Praw Człowieka uzasadniając ich niedopuszczalność, stwierdzała, iż państwo, biorąc udział w decyzjach WE, nie wykonuje jurysdykcji w rozumieniu art. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r.¹ (Konwencja). Jednocześnie EKPC uznawała się za niewłaściwą *ratione personae* w takim zakresie, w jakim skargi zostały wniesione przeciwko WE².

¹ European Treaty Series (ETS) No. 005.

² Decyzje Europejskiej Komisji Praw Człowieka (EKPC) o dopuszczalności: skargi z dnia 10 lipca 1978 r. *Confédération française démocratique du travail przeciwko Wspólnotom Europejskim*, 8030/77 oraz

Trzecia z dyskutowanej grupy spraw była skierowana tylko i wyłącznie przeciwko państwu będącemu stroną Konwencji, mając za przedmiot rzetelność postępowania egzekucyjnego wszczętego w związku z naruszeniem przez skarżącego prawa antykartelowego WE. Europejska Komisja Praw Człowieka uznała tę skargę za niedopuszczalną *ratione materiae*. W decyzji pojawia się jednak zdanie inspirujące nowy kierunek wykładni odnoszący się do relacji między *ultima ratio*, jakim dla Rady Europy jest Konwencja, a prawem wspólnotowym czy szerzej źródłami prawa innych organizacji międzynarodowych. Europejska Komisja Praw Człowieka stwierdziła, iż przekazanie kompetencji państwa organizacji międzynarodowej nie jest niezgodne z Konwencją, o ile taka organizacja zapewnia prawom podstawowym równoważną ochronę³.

Pojęcie równoważnej ochrony, ewoluując⁴, przyjęło formę domniemania w sprawie *Bosphorus*⁵, gdzie na skutek wprowadzenia sankcji gospodarczych, które Irlandia, jako członek Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ), a także Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (EWG), miała bezwzględny obowiązek wykonać, przewoźnik lotniczy nie mógł prowadzić rutynowej działalności.

Zastosowanie domniemania równoważnej ochrony w odniesieniu do systemu prawnego Unii Europejskiej (UE) wymaga aktualnie spełnienia dwóch warunków. Po pierwsze, rzekoma ingerencja w wykonywanie danego prawa człowieka musi stanowić w sposób niewątpliwy następstwo zobowiązania państwa wynikającego z prawa międzynarodowego, z wyłączeniem marginesu działania po stronie jego władz publicznych. Drugi warunek polega na pełnym wykorzystaniu potencjału mechanizmów kontroli przewidzianych prawem UE, a które uznaje się za oferujące ochronę równoważną do przewidzianej Konwencją⁶. Sprawa *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd* ilustruje niemożność zastosowania domniemania równoważnej ochrony z uwagi na niespełnienie pierwszego z wymienionych kryteriów⁷.

z dnia 19 stycznia 1989 r. skargi *Dufay przeciwko Wspólnotom Europejskim*, 13539/88. Przywoływane w niniejszym artykule orzecznictwo Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) zostały zaczerpnięte z bazy HUDOC.

³ Decyzja EKPC z dnia 9 lutego 1990 r. o dopuszczalności skargi *M. & Co. przeciwko Republice Federalnej Niemiec*.

⁴ Np. wyrok ETPC z dnia 18 lutego 1999 r. w sprawie *Waite i Kennedy przeciwko Niemcom*, 26083/94.

⁵ Wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2005 r. w sprawie *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi przeciwko Irlandii*, 45036/98, § 155.

⁶ Wyrok ETPC z dnia 7 czerwca 2018 r. w sprawie *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd przeciwko Irlandii*, 44460/16, § 110.

⁷ *Ibidem*, § 112.

2. Fakty

O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd (skarżący) specjalizuje się w corocznym odłowieniu małży w postaci niedojrzałej i transporcie ich dla celów dalszej hodowli w różnych częściach portu Castlemaine⁸. Spółka prowadzi tę specyficzną działalność gospodarczą od 1971 r.

W Irlandii odławianie małży w postaci niedojrzałej odbywa się zawsze w okresie letnim, w terminach określonych przez właściwy akt prawa. Podmiot chcący realizować tego rodzaju działalność gospodarczą musi, stosownie do postanowień prawa wewnętrznego, posiadać liczne i różnie nazywane upoważnienia⁹, wydawane przez Ministra ds. Rolnictwa, Wyżywienia i Gospodarki Morskiej (Minister). Nadto, jeżeli połów małży ma się dokonywać w obszarze chronionym, wówczas zgodnie z prawem UE należy uzyskać decyzję środowiskową.

W 1993 r. właściwe władze publiczne ogłosiły w krajowym dzienniku urzędowym, że 12 terenów, w tym port Castlemaine, uznaje za specjalne obszary ochrony (SPO), tak jak stanowi prawo krajowe transponujące dyrektywę Rady i Parlamentu Europejskiego 79/409/EWG z dnia 2 kwietnia 1979 r. w sprawie ochrony dzikiego ptactwa¹⁰. Z obwieszczenia wynikało, że zmiany będą dotyczyły sposobu korzystania z przedmiotowych terenów. Klasyfikacja obejmująca porty morskie zaczęła być implementowana w 1994 r. Skarżący kontynuował dotychczasową działalność gospodarczą, uzyskując stosowne zgody i pozwolenia.

W 2000 r. władze krajowe zaliczyły port Castlemaine do specjalnych obszarów ochrony (SAC) w rozumieniu prawa wewnętrznego dokonującego transpozycji dyrektywy Rady i Parlamentu Europejskiego 92/43/EWG z dnia 21 maja 1992 r. w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych oraz dzikiej fauny i flory¹¹. Tym samym port morski Castlemaine podlega w zakresie ochrony środowiska dwóm dyrektywom UE, mając status terenu „Natura 2000”.

W 2004 r. Komisja Europejska (KE) wszczęła przeciwko Irlandii postępowanie o naruszenie prawa wspólnotowego (unijnego) na podstawie art. 226 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej z 1957 r.¹² (obecnie art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 2007 r.)¹³ w związku z rzekomo niewłaściwą transpozycją i nieprzestrzeganiem wyżej wymienionych dyrektyw. Aspekt tej sprawy, który miał szczególne znaczenie dla firmy O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd

⁸ Hrabstwo Kerry, Irlandia.

⁹ Np. wystawiane na okres 10 lat pozwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej na morzu.

¹⁰ Tzw. dyrektywa ptasia, (Dz. Urz. WE L 103 z 25.04.1979).

¹¹ Tzw. dyrektywa siedliskowa, (Dz. Urz. WE L 206 z 22.07.1992).

¹² Wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006.

¹³ Wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016.

dotyczył wydawania pozwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej na morzu w obszarach chronionych bez wymaganej oceny jej następstw dla środowiska naturalnego. W dniu 13 grudnia 2007 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), w wyroku w sprawie *KE przeciwko Irlandii*¹⁴, uznał, że Irlandia nie wykonuje swoich zobowiązań wynikających zarówno z dyrektywy siedliskowej, jak i ptasiej. W orzeczeniu podkreślono, że odnośne władze irlandzkie, wydając pozwolenia na poławianie małży w postaci niedojrzałej w obszarach chronionych, nie biorą pod uwagę potencjalnych negatywnych skutków prowadzenia tego rodzaju działalności gospodarczej dla środowiska naturalnego, w tym utraty żerowisk przez dzikie ptactwo. Nawet jeżeli taka działalność jest prowadzona w ramach SPO, w niewielkim zakresie chroni się ptasie siedliska¹⁵.

W następstwie wyroku TSUE Minister stwierdził, że nie jest możliwe wydawanie pozwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej we wskazanych obszarach, dopóki nie zostanie przeprowadzona wymagana prawem UE ocena sytuacji. Odpowiednio, wydając pozwolenia na odławianie małży w postaci niedojrzałej w okresie od 9 czerwca do 1 lipca 2008 r., objął zakazem prowadzenia takiej działalności 24 miejsca, w tym port Castlemaine. Spółka została poinformowana o tej decyzji w dniu 6 czerwca 2008 r. Tego samego dnia skarżący napisał do premiera, podkreślając, że zagraża ona możliwości samodzielnego utrzymania się przez tych, których dotyczy. Firma powołała się na warunki prowadzenia działalności gospodarczej tego szczególnego rodzaju, ustalone w 1993 r. i wyjaśniła, iż właśnie dokonała zakupu nowej łodzi na kwotę 1 miliona euro. W odpowiedzi udzielonej przez Ministerstwo ds. Rolnictwa, Wyżywienia i Gospodarki Morskiej (Ministerstwo) podkreślono nowy kierunek wykładni prawa UE, konieczność dostosowania prawa i praktyki krajowej w tym zakresie oraz poszukiwanie porozumienia z KE co do możliwości udzielania zgody w okresie przejściowym.

Z datą od 23 sierpnia 2008 r. skarżący otrzymał zgodę na wznowienie połowu małży w postaci niedojrzałej. Pozwolenie zawierało szereg warunków, w tym niedopuszczalność odłowu w obszarach, gdzie obowiązuje ogólny zakaz takiej działalności. Zakaz objął 22 lokalizacje, włącznie z portem Castlemaine. Zakaz miał charakter czasowy i dotyczył jedynie połowu małży w postaci niedojrzałej. Nie objął on małży wcześniej odłowionych i hodowanych.

Skarżący napisał do Ministerstwa w dniu 23 sierpnia 2008 r., ostrzegając, że zasoby małży w postaci niedojrzałej w porcie Castlemaine są wyjadane przez dzikie ptactwo oraz że będzie dochodził odpowiedzialności za wszystkie wiążące

¹⁴ Wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie *KE przeciwko Irlandii*, 418/04. Przywoływane w niniejszym artykule orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) pochodzą z witryny internetowej: EUR-Lex.

¹⁵ Wyrok ETPC w sprawie *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd...*, pkt 239.

się z tym straty. Firma zażądała satysfakcjonującego rozwiązania w przeciągu 10 dni, grożąc podjęciem stosownych kroków prawnych.

W efekcie negocjacji z KE, w dniu 3 października 2008 r., Minister uchylił zakaz połowu małży w postaci niedojrzałej w porcie Castlemaine. Skarżący mógł wznowić działalność gospodarczą od dnia 3 października 2008 r. w tym obszarze, jednakże do tego czasu dzikie ptactwo zdziesiątkowało znajdujące się tam zasoby. Biorąc pod uwagę, że małże osiągają dojrzałość w ciągu 2 lat, finansowe konsekwencje tymczasowego zakazu ich połowu w postaci niedojrzałej w porcie Castlemaine z roku 2008 były odczuwalne w roku 2010. W tym właśnie roku skarżący nie miał małży na sprzedaż, ponosząc straty w wysokości 289 599 euro.

Firma utrzymywała, że nie istniał sensowny sposób odnowienia zasobów lokalnych małży w postaci niedojrzałej w porcie Castlemaine poprzez działalność człowieka. Wcześniejsze próby polegające na przewożeniu małży z innych miejsc nie powiodły się z powodu ich dużej śmiertelności, a także dużych kosztów transportu. Według niej jej działalność gospodarcza jest w pełni uzależniona od zasobów lokalnych. Skarżący twierdził, iż gdyby ostrzeżono przed wprowadzonymi w 2008 r. ograniczeniami, nie dokonałby tak dużej inwestycji jak zakup tego roku nowej łodzi.

W 2009 r. otwarto port Castlemaine dla połowów małży w postaci niedojrzałej w okresie od 30 kwietnia do 14 maja i od 15 września do 23 grudnia. Spółka dokonała połowów w zwykłej wysokości.

W sierpniu 2009 r. Minister, stosownie do postanowień prawa UE, wprowadził nowy warunek dla połowów w SPO i SAC, pozwolenie „Natura”.

W 2010 r. zezwolono na połów małży w postaci niedojrzałej w okresie od 29 kwietnia do 25 maja i od 30 sierpnia do 2 grudnia. Skarżący nie mógł poławiać w pierwszym z wymienionych terminów, ponieważ nie uzyskał pozwolenia „Natura” w tym zakresie. Kiedy rozpoczął połowy z końcem sierpnia, okazało się, iż ponownie zasoby zostały znacznie przetrzebione przez dzikie ptactwo, aczkolwiek firma ostatecznie dokonała zbiorów w pewnej ilości. Straty za ten okres określiła na poziomie 119 941 euro.

Rząd wyjaśniał sytuację, odnosząc się do wyroku TSUE i do działań, które podjął jeszcze przed jego ogłoszeniem w celu dostosowania prawa i praktyki krajowej do dyrektyw siedliskowej i ptasiej. Skarżący nie kwestionował tego faktu. Rząd wskazał na podjęcie współpracy w wymaganym zakresie przez instytucje krajowe mające kompetencje w obszarze gospodarki morskiej, badań naukowych na morzu oraz odpowiedzialnych za ochronę przyrody w kwietniu 2008 r.

W piśmie z dnia 30 lipca 2008 r. skierowanym do KE, Irlandia oficjalnie ustosunkowała się do wyroku TSUE. Rząd irlandzki uznał, że ocena jest konieczna w odniesieniu do połów i że niezbędne dane będą musiały być zgromadzone we wskazanych obszarach. W odpowiedzi wskazano również, że władze Irlandii będą wnioskować do KE o wyrażenie zgody na akceptację warunków

połowowych na tymczasowych zasadach. W dniu 2 października tego samego roku do KE trafiły opracowania zawierające ocenę wpływu połowów małży w postaci niedojrzałej w porcie Castlemaine na ochronę środowiska naturalnego tego terenu. Z punktu widzenia KE, niezależnie od konieczności podjęcia dalszych kroków, za zgodne z prawem uznano otwarcie portu Castlemaine, co nastąpiło na podstawie decyzji Ministra z dnia 3 października 2008 r.

Pod koniec 2008 r. i na początku 2009 r. KE ponowiła wezwania pod adresem rządu irlandzkiego do opracowania wieloletniego planu działań zapewniających prawidłową implementację prawa UE w zakresie objętym wyrokiem TSUE, uzależniając w ten sposób zgodę na kontynuowanie połowów na warunkach tymczasowych.

W styczniu 2009 r. Irlandia zapewniła KE o przygotowywaniu trzyletniego planu mającego zapewnić zgodność z przedmiotowymi dyrektywami w zakresie połowów i gospodarki morskiej. Wskazano o przeznaczeniu na zebranie wymaganych danych w okresie 2009–2010 kwoty 2 mln euro. W marcu 2009 r. przedstawiono KE plan, w jaki sposób rząd irlandzki zapewni wykonanie wyroku TSUE. Komisja Europejska podtrzymała zgodę na połowy na tymczasowych warunkach.

Właściwa ocena środowiska naturalnego portu Castlemaine została ukończona przez Instytut Gospodarki Morskiej w kwietniu 2011 r. Liczący ponad 130 stron dokument oceniał wpływ różnych aspektów prowadzonej działalności gospodarczej na morzu. Z wniosków wynika, że nie ma podstaw, by antycypować jakiegokolwiek negatywne następstwa dla środowiska będące skutkiem odławiania małży w postaci niedojrzałej.

W lutym 2009 r. skarżący wniósł pozew do właściwego w I instancji sądu krajowego przeciwko państwu, zarzucając, między innymi, brak realizacji uzasadnionej ekspektatywy połowów oraz naruszenie zagwarantowanego przez ustawę zasadniczą prawa do samodzielnego utrzymywania się przez pracę swobodnie wybraną.

Sąd I instancji orzekł na korzyść spółki. W pierwszej kolejności w wyroku wskazano, że nie zrealizowano uzasadnionej ekspektatywy połowów, ponieważ rząd Irlandii zapewnił, iż nie dojdzie do zamknięcia przedsiębiorstwa skarżącego bez mocnych podstaw naukowych lub też konsultacji przed podjęciem tego rodzaju decyzji. W przekonaniu sądu I instancji doszło również do zaniechania przez kompetentne władze krajowe przeprowadzenia badań naukowych czy też kontroli koniecznych do uzyskania danych wymaganych przez prawo UE.

Skarżący wniósł o odszkodowanie za utratę korzyści spowodowanych ograniczeniami wprowadzonymi w latach 2008 i 2010, które oszacował odpowiednio na kwotę 289 599 euro i 119 941 euro, co łącznie dawało sumę 409 450 euro. Pozwany zakwestionował podstawę i sposób obliczenia kwoty mającej stanowić odszkodowanie. Sąd I instancji zdecydował o obniżeniu żądanej kwoty o jedną

trzecią, przyznając ostatecznie firmie 275 000 euro za straty poniesione w ciągu dwóch wskazanych lat.

W dniu 16 lipca 2008 r. Minister odwołało się do Sądu Najwyższego co do istoty własnej odpowiedzialności, jak i wysokości odszkodowania. Spółka wniosła powództwo wzajemne co do oceny wysokości odszkodowania.

Sąd Najwyższy jednogłośnie uchylił wyrok sądu I instancji w zakresie ekspektatywy. Sąd ten zauważył, że Minister nie ma kompetencji dotyczącej prawa UE tak, ażeby zezwolić na niezakłóconą kontynuację tradycyjnie prowadzonej działalności gospodarczej w obszarach chronionych, dopóki nie przeprowadzono by właściwej, wymaganej przez prawo UE oceny. Minister nie mógł udzielić większych gwarancji niż te, które w jego późniejszym przekonaniu nie stwarzałyby problemów dla takiej działalności.

3. Postępowanie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka

Spółka podniosła w skardze do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) zarzuty naruszenia art. 8 Konwencji i art. 1 Protokołu dodatkowego do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1952 r.¹⁶ (P-1) z uwagi na wpływ, jaki miał czasowy zakaz odłowu małży w postaci niedojrzałej wprowadzony w 2008 r. na prawo do samodzielnego zarabiania na życie przez pracę swobodnie wybraną. Rząd Irlandii zakwestionował zarzuty, a ETPC zdecydował o rozpoznaniu skargi jedynie pod kątem domniemanego naruszenia art. 1 P-1.

Zasadniczym argumentem rządu irlandzkiego było, że skarga nie mieści się w zakresie przedmiotowym art. 1 P-1 w całej rozciągłości. Akceptacja takiego stanowiska skutkowałaby uznaniem skargi za oczywiście bezzasadną w rozumieniu art. 35 § 3(a) Konwencji i co konsekwentnie doprowadziłoby do jej odrzucenia.

W takich wypadkach ETPC odwołuje się do ustalonej w orzecznictwie koncepcji mienia, odnosząc ją do istoty skargi. Według przyjętego kierunku wykładni „mienie”, tak jak się je rozumie w art. 1 P-1, ma własne, właściwe systemowi Konwencji znaczenie, które nie ogranicza się do własności dóbr materialnych oraz ma charakter niezależny od typologii, jakie mogą funkcjonować w prawie wewnętrznym. Niektóre bowiem inne prawa i interesy związane z posiadanymi aktywami także mogą być uważane za prawa majątkowe, a co za tym idzie i za „mienie” dla celów art. 1 P-1. Bada się zatem, czy okoliczności sprawy dają skarżącemu tytuł do podmiotowego uprawnienia chronionego tymże artykułem¹⁷.

¹⁶ ETS No. 009.

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 29 marca 2010 r. w sprawie *Brosset-Triboulet i inni przeciwko Francji*, 34078/02, § 65.

Podsumowania orzecznictwa dotyczącego warunków licencjonowania działalności gospodarczej, ETPC dokonał w sprawie *Malik przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*¹⁸.

W sprawach dotyczących przyznawania licencji czy udzielania pozwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej ETPC wskazywał, że cofnięcie bądź unieważnienie pozwolenia bądź licencji stanowi ingerencję w wykonywanie prawa do niezakłóconego korzystania z mienia¹⁹. Zwłaszcza w sprawie *Tre Traktörer AB* ETPC podkreślał, że posiadanie licencji było zasadniczym warunkiem prowadzenia przez firmę skarżącego działalności gospodarczej i że jej cofnięcie miało negatywne następstwa dla oceny wartości przedsiębiorstwa rozumianej również jako jego dobre imię²⁰.

O ile ETPC wydawał się w niektórych przypadkach uznawać, że licencja sama w sobie stanowi „mienie” dla celów art. 1 P-1, należy stwierdzić, że równocześnie kwestia ta nie miała wówczas charakteru spornego, tak iż ETPC nie musiał dokonywać szerokiej analizy istoty mienia w poszczególnych przypadkach. Wyjaśniał natomiast, że cofnięcie ważnej licencji na prowadzenie działalności gospodarczej stanowi ingerencję w prawo do niezakłóconego korzystania z mienia²¹. W tych przypadkach istniał związek między posiadaniem licencji a prowadzeniem działalności gospodarczej.

W sytuacjach zawieszenia bądź odwołania pozwolenia czy licencji lub też dokonania wpisu na listę osób uprawnionych do wykonywania pewnego rodzaju zawodu ETPC zazwyczaj uznaje za „mienie” przedmiotową działalność gospodarczą lub możliwość wykonywania konkretnego zawodu. Ograniczenia dotyczące rejestracji, pozwoleń lub licencji w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej albo praktyki zawodowej są co do zasady traktowane przez ETPC jako ingerencja w taką działalność gospodarczą czy praktykę zawodową.

Biorąc pod uwagę powyższe, sprawa skarżącej się spółki również dotyczyła „mienia”, mianowicie działalności gospodarczej prowadzonej w ramach szeroko pojmowanej gospodarki morskiej. Rząd Irlandii zwrócił uwagę, że wszystkie licencje i upoważnienia pozostawały w 2008 r. w mocy. W tym zakresie zatem sprawa różni się od wcześniej przywołanych, gdzie doszło do cofnięcia albo unieważnienia pozwolenia lub licencji i w efekcie do zakończenia działalności gospodarczej²². Jednakże w jednej ze spraw ETPC uznał, że art. 1 P-1 stosuje się,

¹⁸ Wyrok ETPC z dnia 13 marca 2012 r., 23780/08, § 91, 92, 94.

¹⁹ Wyrok ETPC z dnia 18 lutego 1991 r. w sprawie *Fredin przeciwko Szwecji* (no. 1), 12033/86, § 40, w odniesieniu do pozwolenia na eksploatację zwirowiska.

²⁰ Wyrok ETPC z dnia 7 lipca 1989 r. w sprawie *Tre Traktörer AB przeciwko Szwecji*, 10873/84, § 43, 53.

²¹ Wyroki ETPC: z dnia 10 lipca 2007 r. w sprawie *Bimer S.A. przeciwko Mołdawii*, 15084/03, § 49, oraz z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie *Megadat.com SRL przeciwko Mołdawii*, 21151/04, § 62, 63.

²² Wyrok ETPC w sprawie *Tre Traktörer AB przeciwko Szwecji...*, zamknięcie restauracji wskutek cofnięcia licencji na sprzedaż napojów alkoholowych.

pomimo że licencji nie cofnięto, lecz pozbawiono ją faktycznie jakiegokolwiek znaczenia²³.

W dyskutowanej sprawie ETPC przyznał, że czasowy zakaz odłowu małży w postaci niedojrzałej w wymienionych wyżej okresach 2008 r. może być poprawnie uznany za ograniczenie pozwolenia, tj. upoważnienia do odłowu małży w postaci niedojrzałej wydanego w 2008 r. związanego ze zwykłym prowadzeniem działalności gospodarczej firmy. Okoliczności sprawy zaś wskazują na ingerencję władz publicznych w wykonywanie przez skarżącą się spółkę w prawo do niezakłóconego korzystania z mienia, w tym czerpania zysków generowanych w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Odpowiednio skarga mieściła się w zakresie przedmiotowym art. 1 P-1.

Europejski Trybunał Praw Człowieka nie zgodził się jednakże ze stanowiskiem skarżącego, iż w jego przypadku ingerencja wyglądała jak *de facto* wywłaszczenie. Należałoby ją raczej postrzegać w kategoriach „regulowania sposobu korzystania z własności”, jak stanowi art. 1 P-1 w drugim ustępie²⁴.

3.1. Zgodność z prawem i cel ingerencji

W kwestii legalności ingerencji ETPC odwołał się do orzeczenia Sądu Najwyższego Irlandii, gdzie wykazano, że czasowe zamknięcie portu dla połowów małży w postaci niedojrzałej nastąpiło na podstawie będącego w mocy prawa wtórnego UE w celu realizacji przez państwo jego obowiązków tymże prawem ustanowionych.

Niemniej skarżący podnosił, że niektóre z decyzji Ministra nie spełniały warunku pewności prawnej w takim zakresie, w jakim nie były wystarczająco jasno sformułowane. Zwrócił on również uwagę na fakt, że jedna z tych decyzji została opublikowana dopiero dwa tygodnie po jej wejściu w życie.

Pojęcie „prawo” użyte w art. 1 P-1 odzwierciedla istotę pojęcia, które pojawia się w innych miejscach Konwencji. Konsekwentnie, oprócz warunku polegającego na zgodności z normami prawa krajowego, prawo dopuszczające pozbawienie własności musi spełniać przesłanki dostępności, precyzyjności oraz przewidywalności, jeśli chodzi o skutki jego zastosowania. Co się tyczy pojęcia: „przewidywalność”, jego zakres zależy od treści konkretnego instrumentu prawnego, przedmiotu regulacji oraz liczby i statusu adresatów²⁵.

²³ Wyrok ETPC z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie *Centro Europa 7 S.r.l. i Di Stefano przeciwko Włochom*, 38433/09, § 177, 178.

²⁴ Wyrok ETPC z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie *Werra Naturstein GmbH & Co KG przeciwko Niemcom*, 32377/12, § 41.

²⁵ Wyrok ETPC z dnia 25 października 2012 r. w sprawie *Vistiņš i Perepjolkins przeciwko Łotwie*, 71243/01, § 95–99.

Europejski Trybunał Praw Człowieka nie przychylił się do argumentacji skarżącego, iż istniała jakakolwiek niepewność, co do istoty i zakresu ograniczeń zastosowanych w 2008 r. czy też co do jego podstaw prawnych. Spółka pozostawała w stałym kontakcie z Ministerstwem i została natychmiast poinformowana o decyzji Ministra, że odnośny port zostanie zamknięty dla połowów małży w postaci niedojrzałej od dnia 9 czerwca. Spółka nie sugerowała, że inne aspekty jej działalności nieobjęte ograniczeniem zostały dotknięte przez niepewność prawną. Przeciwnie, z dokumentacji dotyczącej dochodów firmy za rok 2008 wynikało, że nadal normalnie prowadziła swoją działalność. Co się tyczy zarzutu o zwłokę w opublikowaniu decyzji Ministra, trzeba wskazać, że skarżący był w pełni świadomy, iż port będzie nadal zamknięty, ponieważ protestował przeciwko zaistniałej sytuacji w piśmie skierowanym do Ministerstwa z dnia 28 sierpnia 2008 r. Ponadto, biorąc pod uwagę prawo pierwotne i wtórne UE, będące przedmiotem sporu dyrektywy i wyrok TSUE, stosunkowo krótkotrwała zwłoka w publikacji nie stanowi wystarczającej podstawy do kwestionowania zgodności z prawem ingerencji. Nie ulega dyskusji fakt, że spółka była na bieżąco informowana o rozwoju sytuacji. Wreszcie, będąc od lat aktywnym podmiotem gospodarczym w sektorze gospodarki morskiej, skarżący wiedział o przedłużającym się sporze między Irlandią a KE i wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2007 r., który w sposób szczególny dotyczy tego właśnie wymiaru gospodarki państwa.

Pierwszoplanowym celem ingerencji była ochrona środowiska, ETPC niejednokrotnie powtarzał, że celowi temu poświęca się w dzisiejszych społeczeństwach coraz więcej uwagi, jest on stałym przedmiotem zainteresowania ze strony jego członków, a więc i władz publicznych²⁶. Władze publiczne ponoszą odpowiedzialność za ochronę środowiska, co w praktyce powinno skutkować interwencją w takim czasie, ażeby przyjęte dla potrzeb ochrony środowiska rozwiązania prawne nie stały się bezużyteczne²⁷. Nadto w niniejszej sprawie środki kwestionowane przez skarżącego zastosowano po to, ażeby zapewnić realizację obowiązków państwa wypływających z prawa UE, co ETPC uważał za zgodny z prawem cel o istotnym znaczeniu²⁸.

²⁶ Wyrok ETPC z dnia 15 grudnia 2015 r. w sprawie *Matczyński przeciwko Polsce*, 32794/07, § 101.

²⁷ Wyrok ETPC z dnia 13 grudnia 2016 r. w sprawie *S.C. Fiercolect Impex S.R.L. przeciwko Rumunii*, 26429/07, § 65.

²⁸ Wyroki ETPC: w sprawie *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi...*, § 150; z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie *Lohuis i inni przeciwko Królestwu Niderlandów*, 37265/10, § 54; z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie *Michaud przeciwko Francji*, 12323/11, § 100; oraz decyzja ETPC z dnia 10 października 2012 r. w sprawie dopuszczalności skargi *Coopérative des agriculteurs de la Mayenne and Coopérative laitière Maine-Anjou przeciwko Francji*, 16931/04.

3.2. Proporcjonalność ingerencji

3.2.1. Zastosowanie domniemania ze sprawy *Bosphorus*

Z niniejszej sprawy wynika, że zasadniczo obowiązek Irlandii wypływał z art. 6 (3) dyrektywy siedliskowej. Zaniechanie tego obowiązku stało się powodem wszczęcia postępowania przed TSUE oraz zobowiązania Irlandii do wykonania jego wyroku oraz zapewnienia zgodności z badanym prawem wtórnym UE. O ile zatem było jasne, że państwo musi przestrzegać dyrektywy i wykonać niezwłocznie wyrok TSUE, to w jaki sposób zrealizować oba cele, nie zostało określone w sposób wiążący.

Władze Irlandii nie zostały pozbawione marginesu działania w tym zakresie. Przeciwnie, pozostawała możliwość negocjowania, jakie kroki podjąć z KE. Stąd propozycja rządu irlandzkiego priorytetowego traktowania i wprowadzenia środków tymczasowych w porcie Castlemaine, implementowana za zgodą KE.

Tak jak we wcześniejszym orzecznictwie ETPC stwierdził, że istnienie marginesu działania państwa utrudnia zastosowanie domniemania ze sprawy *Bosphorus*²⁹. Pozostawił otwartą kwestię, czy wyrok TSUE wydany w trybie art. 258 TFUE w innych okolicznościach pozostawiałby jego adresatowi margines działania, ale uznał, że w okolicznościach dyskutowanej sprawy, co się tyczy konieczności zapewnienia skuteczności właściwym dyrektywom UE, domniemania tego nie stosuje się.

3.2.2. Uzasadnienie ingerencji

Fundamentalny zarzut w niniejszej sprawie koncentrował się na tym, iż skarżącemu nie wypłacono odszkodowania za zysk utracony w roku 2010. Sąd Najwyższy Irlandii stwierdził, że spółka nie oparła swojego roszczenia o przesłanki naruszenia prawa UE scharakteryzowane w sprawie *Francovich i inni przeciwko Włochom*³⁰.

W postępowaniu przed ETPC skarżący dążył na podstawie art. 1 P-1 do ustalenia odpowiedzialności za szkodę, którą rzekomo wyrządziło wprowadzenie poprawne, lecz spóźnione wprowadzenie środków zmierzających do wykonania prawa UE. Europejski Trybunał Praw Człowieka uwzględnił, że w roku 2008 od spółki nie wymagano zaprzestania jej działalności gospodarczej w całej rozciągłości, oraz że w roku 2009 mógł wznowić ją we wszystkich wymiarach z uwagi na zgodę uzyskaną przez rząd irlandzki w trakcie negocjacji z KE na tym etapie rozwoju sprawy.

²⁹ Wyroki ETPC: w sprawie *Michaud...*, § 113 oraz z dnia 21 stycznia 2011 r. w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*, 30696/09, § 338.

³⁰ Wyrok ETS z dnia 19 listopada 1991 r. w sprawie *Francovich i inni przeciwko Włochom*, 6/90 oraz 9/90.

Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał doniosłość celów, do których realizacji dążyły władze Irlandii oraz wagę interesu ogólnego w państwie pozwany polegającym na zapewnieniu pełnej zgodności z prawem UE w zakresie ochrony środowiska. Nie stwierdził, iżby ingerencja, do jakiej doszło w sprawie, stanowiła jednostkowy i nadmierny ciężar dla skarżącego lub też, że pozwany rząd zaniechał wysiłków znalezienia należytej równowagi między ogólnym interesem społecznym a ochroną praw jednostek.

W konsekwencji ETPC nie stwierdził naruszenia art. 1 P-1.

4. Wnioski

Dyskutowana sprawa jest kolejną z rozpatrywanych przez ETPC, która dotyczy wpływu oraz zakresu oddziaływania prawa zewnętrznego nie tylko w stosunku do prawa własnego państwa, ale również i systemu Konwencji na sytuację prawną i faktyczną jednostki podlegającej obu reżimom prawnym. W sprawie *Bosphorus* ETPC sformułował wytyczne oceny postępowania państwa co do realizacji praw i wolności wynikających z Konwencji w sytuacjach nakładania się zespołów norm prawnych wywodzących się z odmiennych źródeł i pozostających w różnym usytuowaniu hierarchicznym.

Tak w sprawie *Bosphorus*, jak i w sprawie *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd* skarżyły się przeciwko Irlandii podmioty prowadzące określoną działalność gospodarczą z powodu domniemanego naruszenia art. 1 P-1. W pierwszej ze spraw problem kierunku wykładni prawa własności w Konwencji wygenerowała rezolucja Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (RB ONZ) wprowadzająca sankcje przeciwko Federalnej Republice Jugosławii (Serbia i Czarnogóra – FRJ)³¹. Rezolucję implementowano rozporządzeniem EWG³². W sprawie *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd* sprzężenie zwrotne między zgodnością z dyrektywami UE a poprawnością realizacji prawa z art. 1 P-1, chociaż zaznacza się wyraźniej, ma tę samą konotację należytego wykonania przez państwo zobowiązań ciężących na nim na mocy prawa międzynarodowego.

Zgodnie z ustalonym orzecznictwem ETPC władze państwowe, ze szczególnym uwzględnieniem sądów, w pierwszej kolejności dokonują wykładni oraz stosują prawo krajowe także wówczas, gdy odwołuje się ono do prawa międzynarodowego. Podobna reguła znajduje zastosowanie w odniesieniu do

³¹ Rezolucja 820 (1993) z dnia 17 kwietnia 1993 r., <https://www.nato.int/ifor/un/u930417a.htm> [dostęp: 12.09.2018].

³² Rozporządzenie Rady (EWG) nr 990/93 z dnia 26 kwietnia 1993 r. (Dz. Urz. WE L 102 z 28.04.1993).

kompetentnych organów UE, co się tyczy prawa stanowionego w ramach organizacji. Zadanie ETPC polega natomiast na ocenie, czy efekt działania władz krajowych lub organów UE nie prowadzi do naruszenia Konwencji³³. Bez względu ile warstw i rodzajów norm oddziaływałyby na realizację ustanowionych Konwencją praw i wolności, to ostatecznie ETPC rozstrzyga o jej poprawności.

O ile wzmiankowana rezolucja RB ONZ nie należała do katalogu źródeł prawa w Irlandii, o tyle taki status miało wykonujące ją rozporządzenie EWG 820 (1993), a także dyrektywy UE: siedliskowa i ptasia. Wymienione instrumenty prawne mają wiążący charakter, a ich zakres podmiotowy obejmuje co do zasady wszystkie państwa członkowskie. Rozporządzenie i dyrektywa stają się częścią porządku krajowego po ich opublikowaniu w dzienniku urzędowym UE. Oczywiście jest konieczność wykonania wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości czy tak, jak w drugiej z porównywalnych spraw TSUE. W obu przypadkach skarżący nie tyle kwestionowali treść prawa europejskiego, co kierunek jego implementacji przez władze Irlandii.

Z drugiej strony Konwencja, istniejąc w ramach prawa międzynarodowego i je współtworząc, podlega interpretacji zgodnie z jego zasadami zawartymi przede wszystkim w Konwencji o prawie traktatów z 1969 r.³⁴, w tym z kluczową *pacta sunt servanda*³⁵. Skoro Konwencja funkcjonuje w określonym środowisku normatywnym, tym samym zarówno kształtuje je, jak i podlega jego wpływom, zachodzącym w nim zmianom – czy to bardziej postępowym, czy też regresywnym. Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie wykorzystywał istotę tego zjawiska dla przyjęcia określonej linii wykładni Konwencji. Jednak w omawianej sprawie, podobnie jak w sprawie *Bosphorus*, problem polegał na czymś innym, mianowicie nie na wykreowaniu i ustawieniu odpowiedniego dla zrozumienia przepisu Konwencji kontekstu, lecz na rozstrzygnięciu, na ile jeden system prawa (prawo wspólnotowe/UE) może stawiać granice albo raczej stanowić barierę dla zastosowania normy pochodzącej z innego systemu prawa (Konwencja). Tak zdefiniowane zagadnienie ma priorytetowe znaczenie dla intensyfikującej się współpracy między organizacjami międzynarodowymi, zwłaszcza jeżeli jedna z nich ma charakter ponadnarodowy³⁶. Konieczność zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemów prawnych takich organizacji spowodowała uznanie przez ETPC, iż przestrzeganie przez Irlandię prawa wspólnotowego/UE stanowi uzasadniony interes o charakterze ogólnym z art. 1 P-1.

³³ Wyrok ETPC z dnia w sprawie *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Niemcom*, 34044/96, 35532/97 i 44801/98, § 49, HUDOC.

³⁴ 8 International Legal Materials 679.

³⁵ Artykuł 31 § 3 (c).

³⁶ Wyrok ETS z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie *Costa przeciwko Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL)*, 6/64.

Konwencja nie zakazuje państwom będącym jej stronami włączania się w proces współpracy międzynarodowej w formule tworzenia i przystępowania do organizacji międzynarodowych bez względu na ich rodzaj oraz niezależnie od ewentualnej konieczności przekazania danej organizacji międzynarodowej w określonym zakresie ich suwerennych kompetencji³⁷. Mimo to nie staje się ona odpowiedzialna za naruszenie Konwencji spowodowane działaniem własnych organów z uwagi na brak statusu strony³⁸. Strona natomiast, stosownie do postanowień art. 1 Konwencji, ponosi odpowiedzialność za działanie i zaniechania jej organów niezależnie od tego, czy działanie bądź zaniechanie było wynikiem stosowania prawa krajowego czy też międzynarodowego. Artykuł 1 nie czyni rozróżnienia między rodzajem normy albo wdrożonego środka i nie wyłącza żadnego z obszarów działania strony z oceny jego zgodności z Konwencją³⁹.

Podejmując próbę ustalenia zakresu, w jakim działanie strony można usprawiedliwić obowiązkiem respektowania zobowiązań stanowiących konsekwencję członkostwa w organizacji ponadnarodowej, ETPC uznał, że zwolnienie państwa w całej rozciągłości z odpowiedzialności za przestrzeganie Konwencji w obszarach objętych transferem suwerenności na rzecz takiej organizacji pozostawałoby w sprzeczności z celem i przedmiotem Konwencji. Przyjęcie przeciwnego stanowiska oznaczałoby, że gwarancje ochrony praw człowieka ustalone Konwencją mogłyby być dowolnie ograniczane, a nawet uchylane, co prowadziłoby do zakwestionowania ich peremptoryjnego charakteru i pozbawiłoby je praktycznego znaczenia⁴⁰.

W myśl stanowiska zajętego przez ETPC, działania podejmowane przez państwo w celu wykonania zobowiązań wypływających z członkostwa w ponadnarodowej organizacji międzynarodowej da się uzasadnić z perspektywy Konwencji, o ile można stwierdzić, że taka organizacja chroni podstawowe prawa i wolności człowieka tak w aspekcie materialnym, jak i formalnym w sposób co najmniej równoważny z ochroną, jaką przewiduje Konwencja⁴¹. Przez równoważność ETPC rozumie porównywalność ochrony. Jednocześnie wskazał on, że stawianie warunku identyczności mogłoby nie służyć międzynarodowej

³⁷ Wyrok ETPC z dnia 18 lutego 1999 r. w sprawie *Matthews przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, 24833/94, § 32.

³⁸ Decyzje EKPC o dopuszczalności skarg: *Confédération française démocratique du travail...*, oraz *Dufay...*

³⁹ Wyrok z dnia 30 stycznia 1998 r. w sprawie *United Communist Party of Turkey i inni przeciwko Turcji*, § 29.

⁴⁰ Decyzja EKPC o dopuszczalności skargi *M. & Co...*; wyrok ETPC w sprawie *Waite i Kennedy...*, § 67.

⁴¹ Decyzja EKPC o dopuszczalności skargi *M. & Co...*; Stanowisko zaakceptowała w sprawie *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi...* Komisja Europejska oraz strony.

współpracy. Równoważność nie jest cechą uznaną za definitywną. Podlega ona ocenie wraz ze zmianą przepisów składających się na ochronę praw człowieka⁴².

Przyjęcie, że równoważna ochrona istnieje, tworzy domniemanie, że państwo przestrzega Konwencji, gdy nie czyni nic ponad wykonywania zobowiązań państwa członkowskiego organizacji międzynarodowej. Tego rodzaju domniemanie może zostać obalone, jeżeli okoliczności konkretnej sprawy wskazują, że ochrona praw i wolności ustanowionych Konwencją nie była wystarczająca. W takich sytuacjach interes międzynarodowej współpracy musi ustąpić przed funkcją, którą pełni Konwencja z uwagi na swój status „konstytucyjnego instrumentu europejskiego porządku prawnego”⁴³ w obszarze praw człowieka⁴⁴. Państwo ponosi pełną odpowiedzialność za nieprzestrzeganie Konwencji za działania bądź zaniechania niemieszczące się ściśle w ramach jego zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego⁴⁵.

Jednakże zastosowanie domniemania równoważnej ochrony wymaga uprzedniej oceny, czy państwo dysponowało marginesem działania i w jakim zakresie. Kryterium marginesu działania odnosi się do rodzaju źródła zobowiązania prawa europejskiego, jakie państwo członkowskie WE/UE, a zarazem strona Konwencji ma wykonać. W sprawie *Bosphorus* podstawę działania państwa stanowiło rozporządzenie EWG, w przypadku którego żadne z państw członkowskich organizacji nie mogło się uchylić od stosowania go w sposób literalnie zgodny z jego treścią. Jeżeli zatem nakazywało ono zajęcie statków powietrznych na terytorium państw członkowskich EWG stanowiących własność FRJ lub zarejestrowanych w tym państwie, Irlandia tak właśnie musiała postąpić. Państwo będące stroną Konwencji nie miało w tym wypadku jakiegokolwiek marginesu działania i, odpowiednio, ETPC mógł zastosować domniemanie równoważnej ochrony. Co się tyczy dyrektyw WE/UE, państwa mają możliwość wyboru form i metod ich realizacji. W sprawie *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd* Irlandia dysponowała, przynajmniej do pewnego stopnia, marginesem działania co do kierunku wykonania obu dyrektyw, tj. siedliskowej i ptasiej. Tym samym domniemanie równoważnej ochrony nie mogło w tej sprawie zostać zastosowane. Postępowanie Irlandii w efekcie ETPC weryfikował według klasycznych wytycznych dotyczących implementacji art. 1 P-1.

⁴² Wyrok ETPC w sprawie *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi...*, § 155.

⁴³ Wyrok ETPC z dnia 23 marca 1995 r. w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji*, § 75.

⁴⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi...*, § 156.

⁴⁵ *Ibidem*, § 157; a także wyrok ETPC z dnia 28 września 1995 r. w sprawie *Procola przeciwko Luksemburgowi*.

Katarzyna Łasak

**THE PRESUMPTION OF THE EQUIVALENT PROTECTION
AND THE MARGIN OF STATE MANOEUVRE IN THE LIGHT
OF THE DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
IN O’SULLIVAN MCCARTHY MUSSEL DEVELOPMENT LTD V. IRELAND**

The case of *O’Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland* is one of the increasing number of cases which indicate the complexity of cooperation between states under the auspices of international organizations, at least one of which is transnational. Such situations raise questions of how to assess the relationship between the legal systems of relevant organizations, that is between the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 (Convention) and various legal sources created within the European Union (EU). In the case-law concerning the Convention, it has been found that the basic rating test in such cases is the presumption of equivalent protection. However, as decided in the case under discussion, this presumption may be revoked when the state has a choice as to the measures to be taken in order to fulfill the obligations arising from EU membership.



Kristin Henrard

University of Rotterdam
khenrard@yahoo.com

TAILORING STATE OBLIGATIONS REGARDING 'THE RIGHT TO EQUAL TREATMENT' IN TIMES OF FLUCTUATING SUPER-DIVERSITY: A TURN TO RELATIVE VULNERABILITY?

Against the background of ever increasing and fluctuating population diversity in ever more countries due to intense and multiple migration patterns, the question arises of how governments should address the resulting fluid cultural diversity in their societies, also in the light of the incessant rise of right-wing movements. The 'new' reality of a mobile world implies that while some migrants still opt to settle in the country where they migrated to, others choose to move on to another country, or move back to their country of origin. Consequently, the population diversity in countries is 'fluctuating' at a rate that is difficult for governments to predict. In other words, the reality of the 'mobile world' adds to the complexity of the cultural diversity that governments are confronted with, and thus increases the challenges that governments are faced with in this respect.

This paper aims to explore the potential of 'vulnerability' as a relevant marker for the development of government policies in relation to fluctuating super-diversity. To this end, the paper starts by sketching the frame of overarching governmental goals and commitments, as well as the type of policy questions governments are faced with in relation to population diversity in general. In the latter respect governments juggle their overarching concern with 'integration', and the ideal of an 'integrated society', with their commitment to respect fundamental rights in all their policies and practices. The concerns of population groups with 'different' ethnic identities and the corresponding governmental policies can be roughly grouped into three categories: 1) an effective protection against invidious discrimination grounded on the different ethnic identity,

2) preventing the separate identity from amounting to a hurdle for effective access to rights, institutions, and participation more generally through measures of reasonable accommodation, and 3) the active protection and promotion of the separate ethnic identities concerned.

Secondly, the paper provides a close analysis of the first two categories of measures and policies in relation to population groups with different ethnic identities, namely the prohibition of invidious discrimination and duties of reasonable accommodation, and considers where in the related human rights analysis 'vulnerability' could play a role. These so-called 'attachment points' are identified with special reference to (the supervisory practice of) the European Convention on Human Rights. This may concern a regional instrument (the Council of Europe), and the extensive and solid jurisprudence of the European Court of Human Rights is generally considered a source of inspiration for other human rights courts.

Thirdly, the paper conjectures on the way in which 'vulnerability' could be used to 1) evaluate and strengthen the effectiveness of the protection against discrimination, and 2) delineate the appropriate ambit of duties of reasonable accommodation in the current complex diversity settings. Regarding the former, special attention goes to so-called intersectional discrimination (and its relation to super-diversity). When determining the fair scope of duties of reasonable accommodation, various relevant considerations are identified that are relevant when balancing reasonability (from the perspective of those who need to accommodate) and vulnerability (of those that seek the accommodation). While regard is had to the extent to which vulnerability already features in the supervisory practice of ECtHR, the emphasis in this paper is especially on how 'vulnerability' could be used in a way that allows an appropriate response to be made to the multicultural question in a mobile world, and its fluctuating super-diversity.

I. Framing the 'multicultural question': governmental concerns and commitments versus the 'needs' of population groups with a separate 'cultural' identity

Governments always need to juggle various concerns. When confronted with cultural diversity, population groups with different, distinctive cultural identities, governments in liberal democracies are committed to respect fundamental rights, while pursuing an integrated society, a society in which the distinctive population groups are integrated.¹ When taking a closer look at 'integration',

¹ See also E. Anderson, *The Imperative of Integration*, Princeton 2010; T. Hadden, *Integration and Separation: Legal and Policy Choices in implementing Minority Rights*, [in] *Minorities, Peoples and Self-Determination: Essays in Honour of Patrick Thornberry*, eds N. Ghanea & A. Xanthaki, Leiden 2004, p. 200.

and the related academic literature, it becomes clear that there is considerable overlap between these two respective concerns. Traditionally, four integration dimensions have been distinguished, namely structural, social, cultural and identificational integration.² Structural integration is particularly relevant here since it revolves around questions of rights and status, and is thus primarily concerned with guaranteeing proper access (inter alia to education, employment, social services) and, more generally, participation in society. The prohibition of discrimination tends to be considered essential in this respect, and the effective protection against discrimination is more generally considered a linchpin for successful integration.³ The literature on segmented integration⁴ notwithstanding, structural integration and the effective protection of a range of rights are often considered a pre-condition for the other dimensions of integration. It is indeed through effective access to education and employment that one gets opportunities to interact and establish relationships with people (social integration), and thus also to share (to some extent) the dominant culture and values (cultural integration), ultimately leading to a sense of belonging and identification with the society at large.⁵ There are ongoing controversies with regard to the multicultural question. The central question, which is the source of considerable discord, is whether full, successful integration is possible when people maintain a separate cultural identity, or whether all distinctiveness should be discarded in favour of assimilation.⁶

While the focus in this paper is predominantly on the human rights paradigm, and the demands it imposes on governments in relation to population groups with a distinctive cultural identity living on its territory, integration perspectives can and do find their way into human rights analysis, more particularly in the assessment of limitations to human rights and the related balancing of interests.

² These dimensions of integration are often used in the sociological analysis of integration processes. See also the Migration Integration Policy Index discussed in *Legal Frameworks for the Integration of Third-Country Nationals*, eds J. Niessen & T. Huddleston, Leiden 2009.

³ Inter alia T. Hadden, *Integration and Separation: Legal and Political Choices in Implementing Minority Rights*, [in] *Minorities, Peoples and Self-Determination: Essays in Honour of Patrick Thornberry*, eds N. Ghanea & A. Xanthaki, Leiden 2004, pp. 173–192; and the work done on the construction of the Migrant Integration Policy Index (J. Niessen, *Construction of the Migrant Integration Policy Index*, [in] *Legal Frameworks for the Integration of Third Country Nationals*, eds J. Niessen & T. Huddleston, Leiden 2009, pp. 2–3. See also J. Friedrichs & W. Jagodzinsky, *Theorien Sozialer Integration*, "Kolner Zeitschrift für Sociologie und Socialpsychologie" 1999, no. 33, p. 17.

⁴ A. Portes & M. Zhou, *The New Second Generation Segmented Assimilation and its Variants*, "Annals of the American Academy of Political and Social Sciences" 1993, no. 530, p. 74 and next.

⁵ See also Hadden 2004.

⁶ Inter alia *Towards Assimilation and Citizenship: Immigrants in Liberal Nation-States*, eds C. Joppke & E. Morawska, Basingstoke 2003. See also the discussion of various responses that have been devised over time to address population diversity in society, inter alia in *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation*, ed. S. Choudry, Oxford 2008.

Human rights, including the prohibition of discrimination, may be called ‘fundamental’ (rights), but they are seldom absolute. In other words, there is room for states to limit the enjoyment of these fundamental rights. The special status of ‘fundamental rights’ does imply that such limitations need to respect particular requirements in order to be considered legitimate. The requirements for legitimate limitations can be found in the corresponding limitation clauses of fundamental rights. While there are differences between these limitation clauses, there tend to be requirements pertaining to ‘legitimate aims’ and a proportionality (between the limitation and the legitimate aim invoked).⁷ The proportionality requirement plays a particularly key role in the jurisprudence of human rights courts, and certainly the ECtHR, when evaluating limitations to fundamental rights.⁸ Assessing the proportionality requirement implies a balancing of the respective interests, namely the interest on the side of the individual that his/her human rights are respected, and more general public interests on the side of the government.⁹

Notwithstanding the emergence of particular lines of jurisprudence and relevant criteria and parameters to determine the margin of appreciation and assess the proportionality principle, the ECtHR emphasizes that the actual outcome in a case is always determined by all the relevant circumstances.¹⁰ The Court has furthermore developed a steady jurisprudence, following which it grants states a margin of appreciation in the assessment of the proportionality principle. The actual extent of this margin plays an important role in determining the level of scrutiny adopted by the Court, and thus the actual level of protection that is ensuing: a broad margin for states goes hand in hand with a low level of scrutiny and vice versa.¹¹

The balancing of interests in terms of the proportionality principle implies an interpretation of this principle. This interpretation is not static but rather evolutive, in that it develops in line with changes in society, in order to remain relevant

⁷ This is particularly well developed in the case law of the European Court of Human Rights and of the Human Rights Committee which monitors compliance with the International Covenant on Civil and Political Rights: inter alia N. Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge 2002.

⁸ See also G. Huscroft, B.W. Miller & G. Webber, *Introduction*, [in] *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justifications, Reasoning*, eds G. Huscroft et al., Cambridge 2014, p 1–3, 11.

⁹ See also R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2001, p. 397; J. Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, “Cambridge Law Journal” 2006, no. 65, pp. 191–201.

¹⁰ See also ECtHR, *Gafgen v. Germany*, no. 22978/05, 1 June 2014, para 88. See also A. Mowbray, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, “Human Rights Law Review” 2010, no. 10(2), pp. 302–304.

¹¹ There is an abundance of literature on the margin of appreciation doctrine developed by the ECtHR, see inter alia Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECtHR*, Antwerp 2002; J.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 European Law” 2005, no. 11, p. 113 and next.

and effective.¹² Interpretation is more generally essential for the determination of the actual levels of protection emanating from fundamental rights. Indeed, such rights are often framed in very general language, and the actual scope of application of fundamental rights only becomes visible through the interpretation of these rights in the case law. Hence, the cases before human rights courts often concern questions about what exactly is protected, and to what extent.

The interplay of the margin of appreciation doctrine, the evolutive interpretation principle, and the need to take into account all relevant circumstances, arguably entails some indeterminacy. The related flexibility has the advantage that it can give ample scope to the living instrument doctrine, and thus also allows taking into account new realities like the 'mobile world' and related shifts in demographics, and other developments that may play a role in determining whether a particular 'accommodation for minorities' is still reasonable. The downside of indeterminacy is that it does not sit well with the requirement of legal certainty and predictability, held so dear in liberal democracies under the rule of law.¹³

In other words, liberal democracies are committed to having fundamental rights guide their policies and practices, also in relation to questions pertaining to cultural diversity and integration. The ECtHR has developed a rich jurisprudence which certainly provides such guidance to states. At the same time, this jurisprudence leaves a certain level of indeterminacy. Particularly in relation to cultural diversity and the protection of (persons with) separate cultural identities, the ECtHR's jurisprudence has often erred on the side of indeterminacy, leaving states a considerable margin of appreciation.¹⁴ This paper sets out to investigate whether 'vulnerability' could be used a relevant parameter, thus providing more guidance and improving legal certainty for both states/governments and persons belonging to groups with a distinctive cultural identity.

In order to delineate further the scope of this paper, a distinction can be made between the three categories of measures that can be adopted in relation to three types of human rights threats encountered by persons belonging to groups with different ethnic identities. While the proportionality principle plays a central role in the determination of the ambit of state obligations in respect of all three types of measures, the way in which and the extent to which cultural diversity and separate cultural identities matter differs significantly between the categories.

¹² The European Court of Human Rights has developed its famous 'living instrument' interpretation principle: G. Letsas, *The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy*, [in] *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, eds A. Føllesdal, B. Peters & G. Ulfstein, Cambridge 2013, p. 106 and next.

¹³ On the rule of law, see inter alia T. Bingham, *On the Rule of Law*, London 2011.

¹⁴ See inter alia K. Henrard, *A patchwork of 'successful' and 'missed' synergies in the jurisprudence of the ECHR*, [in] *Synergies in Minority Protection*, eds K. Henrard & R. Dunbar, Cambridge 2008, p. 314 and next.

The analysis below will reveal that ‘vulnerability’ is more likely to be used in relation to some of these categories of human rights measures than others. Arguably one can be vulnerable in a range of respects,¹⁵ and some vulnerabilities seem to generate a higher level of acceptance and ‘currency’ than others.

The first category of measures aims at *protecting* groups with different ethnic identities *against invidious discrimination* because of their different identity. In other words, persons belonging to these distinctive cultural groups are protected against disadvantageous treatment grounded in their separate cultural identity, without a reasonable or objective justification. This first category sets out to shield the persons concerned from negative treatment that is causally related to their separate cultural identity.

The second category of measures goes one step further by adopting special measures, attuned to the distinctive cultural identity of groups, in order to prevent that separate identity from blocking their effective access to rights and institutions, and thus hamper their (socio-economic) participation. These special measures do not promote the separate identity because it is considered valuable and important as such, they rather result from *duties of reasonable accommodation*. The reasonable accommodations concerned are meant to address barriers to participation confronting particular (groups of) persons due to the interaction between the physical or social environment on the one hand and the inherent personal characteristics of the persons concerned on the other. Duties of reasonable accommodation are explicitly recognized in international law in relation to disability, but can also be more generally devised for persons with a distinctive language, religion, or cultural identity.¹⁶

Finally, the third category of measures concerns the *active promotion of the separate cultural identities*, because of the inherent value of cultural diversity. Especially in relation to general fundamental rights, there remains considerable controversy and thus uncertainty about the extent to which such positive state obligations would exist.

This article, and its exploration of the potential role of ‘vulnerability’ as relevant parameter for the assessment of states’ human rights obligations in relation to cultural diversity, particularly in the current ‘mobile world’, focuses on the

¹⁵ See also A.H.E. Morawa, *Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law*, “Journal of International Relations and Development” 2003, no. 6(2), p. 143.

¹⁶ M. Jézéquel, *The Reasonable Accommodation Requirement: Potential and Limits*, [in] *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralist Society*, ed. Council of Europe, Strasbourg 2010, pp. 4–27. See also G. Bouchard & C. Taylor, *Building the Future. A Time for Reconciliation* (abridged report), Quebec 2008, p. 68, where it is emphasised that accommodations are, above all, intended to protect minorities against shortcomings in the laws of the majority, not the opposite. The related forms of different treatment do not amount to granting a privilege, but are meant to engage in a reasonable adaptation to counteract the rigidity of certain rules or their uniform application, regardless of the specific traits of individuals.

first two categories of measures, namely the prohibition of invidious discrimination and the duties of reasonable accommodation.

II. Where in human rights analysis could vulnerability be used as a relevant factor/variable?

Prior to investigating where in the human rights analysis of the prohibition of invidious discrimination and duties of reasonable accommodation (relative) 'vulnerability' could have a place as a relevant marker, some considerations are required concerning the relevance of 'vulnerability' in human rights analysis.

II.A. Vulnerability – why?

Groundbreaking work on 'vulnerability' has been produced in philosophical thinking about the human condition and related thoughts about the 'ethical foundations for law and politics'.¹⁷ Martha Fineman¹⁸ has done important pioneering work in this respect, in which she identified vulnerability as universal because it is central to the human condition. She emphasized that vulnerability could be employed as a heuristic device, more particularly to expose the constructed nature of institutions and ingrained biases towards the dominant norm. Through the critical perspectives that vulnerability enables one to adopt concerning existing institutions and law, vulnerability can act as a tool facilitating substantive equality, leading to equal opportunity and access. Fineman also warns against the adoption of negative associations of dependency and lack of autonomy, and highlights the rather constructive role of vulnerability as indicating the more robust positive obligation of states towards transformation and substantive equality.

Although Fineman's account of vulnerability may explicitly set out to move away from a focus on particular groups and identities, emphasizing the universal nature of vulnerability, she does nevertheless acknowledge that vulnerability is at the same time 'particular', and that persons may be vulnerable to different

¹⁷ The concept 'vulnerability' has also played a central role in discussions on research ethics (inter alia C.H. Coleman, *Vulnerability as a Regulatory Category in Human Subject Research*, "Journal of Law, Medicine and Ethics" 2009, no. 37(1), p. 12–18) and bioethics (inter alia H. Ten Have, *Respect for Human Vulnerability: The Emergence of a New Principle in Bioethics*, "Bioethical Enquiry" 2015, no. 12(3), pp. 395–408).

¹⁸ M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, "Yale Journal of Law and Feminism" 2008, no. 20, pp. 1–23; M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, "Research Paper" no. 10–30, Emory University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series 2010, no. 60, available at: <https://ssrn.com/abstract=1694740>.

degrees.¹⁹ While she criticizes the focus of non-discrimination law on particular grounds, granting heightened protection (through higher levels of scrutiny) to some personal characteristics, she does admit that particular groups are especially vulnerable precisely because of bias in institutions and because they have suffered more discrimination.²⁰

In the end she does seem to accept that there is also room in her account of vulnerability for the recognition that members of particular social and/or culturally determined groups may encounter clusters of disadvantage and thus are especially vulnerable.²¹ Not surprisingly, this special vulnerability of particular groups of persons tends to be considered the reason that category-specific human rights (instruments) have been developed in addition to general human rights, the latter including not only children, women, persons with disabilities but also ethnic minorities and indigenous peoples.²² Similarly, it has been noted that human rights courts, including the ECtHR, seem to merge the group-based approach with the universal approach advocated by Fineman.²³

The focus adopted here on relative vulnerability (and then further narrowed down to particular ethnic groups) is also arguably in line with the way Fineman conceives of vulnerability as a heuristic device. Pointing to vulnerability analysis as a means for interrogating the institutional practices that produce identities and inequalities in the first place, seems to contain a hint at duties of reasonable accommodation. She returns to this type of reasoning several times in her work, namely when she points out that a vulnerability analysis should be used by the state to ensure that a vulnerability analysis enables and obliges the state to ensure that institutions and structures within its control do not inappropriately benefit or disadvantage certain members of society,²⁴ and to address the distor-

¹⁹ See L. Peroni & A. Timmer, *Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, "ICON- International Journal of Constitutional Law" 2013, no. 11(4), p. 1058.

²⁰ M.A. Fineman, *Equality, Autonomy and the Vulnerable Subject in Law and Politics*, [in] *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, eds M.A. Fineman & A. Grear, London 2013, p. 16.

²¹ Fineman 2013, p. 21.

²² See also E. Reichert, *Understanding Human Rights: An exercise book*, Thousands Oaks 2006, pp. 77–78. The groups referred to here would encompass two categories of vulnerability distinguished by Sijniensky, namely intrinsically vulnerable groups (e.g. children) and 'inequality related groups' related to structural discrimination (having historical, social and/or cultural roots): R.I. Sijniensky, *From the Non-Discrimination Clause to the Concept of Vulnerability in International Human Rights Law: Advancing on the Need for Special Protection of Certain Groups and Individuals*, [in] *The Realisation of Human Rights: When Theory Meets Practice*, ed. Y. Haeck, Cambridge 2014, pp. 265–267. Of course, there is an overlap between these two categories, e.g. in relation to persons with a disability, particularly a mental disability.

²³ See also Peroni & Timmer 2013, p. 1061.

²⁴ Fineman 2013, p. 14 and 20; see also Fineman's research paper *supra* note 18, p. 16 where she

tions that have arisen as a result of privileging some in society at the expense of others.²⁵

II.B. Vulnerability – where could it be used (in human rights analysis)?

This paragraph sets out to identify at what junctures in human rights analysis vulnerability could potentially be used as a relevant marker, with specific regard to the prohibition of invidious discrimination on the one hand, and duties of reasonable accommodation on the other. First, the relevant factors and doctrines developed in the jurisprudence of the ECtHR will be identified and discussed. Subsequently, the ECtHR jurisprudence regarding persons belonging to groups with a different ethnic, religious, linguistic identity will be analysed in this light.

II.B.1. The Jurisprudence of the ECHR and ECtHR

The ECtHR case law regarding the prohibition of discrimination has clarified that states do not only have negative state obligations in relation to the prohibition of invidious discrimination but also positive state obligations. Obviously, state officials should not engage in invidious discrimination. In addition, the Court has identified a range of positive obligations for state authorities, including obligations to address invidious discrimination by private parties, and to investigate alleged instances of discrimination (both by private and public parties).²⁶ Members of groups with a distinct ethnic identity would benefit from effective protection against invidious discrimination on the basis of this separate ethnic identity, whether it originates from public or private parties. While it would be beyond the scope of this article to engage in a discussion on the parameters of 'effectiveness', in relation to the protection against discrimination effectiveness is often linked to the level of scrutiny adopted by supervisory bodies. Indeed, effective protection against discrimination presupposes that a sufficient level of scrutiny is adopted in relation to complaints about discriminatory treatment.²⁷

In this respect it needs to be recalled that according to the steady jurisprudence of the ECtHR, (invidious) discrimination concerns disadvantageous treatment without reasonable and objective justification. Differential treatment could be acceptable (justified) as long as it has a legitimate aim and is proportionate to that legitimate aim. The level of scrutiny adopted plays a role particularly in relation to the proportionality requirement, and is inversely related to the margin of

refers to 'systemic and historical inequalities lurking in the status quo.

²⁵ Fineman 2013, p. 26.

²⁶ See inter alia ECtHR, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Nos. 43577/98 and 43579/98, 6 July 2005, para 168; ECtHR, *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, 9 June 2009.

²⁷ See also R. O'Connell, *Cinderella comes to the Ball: Art. 14 and the right to non-discrimination*, "Legal Studies" 2009, no. 29(2), p. 224.

appreciation the Court leaves to states in the matter.²⁸ Put differently, when the ECtHR chooses to scrutinize strictly, it leaves states a narrow margin of appreciation, while granting a wide margin of appreciation implies that the Court opts for light scrutiny.

Over the years, the Court has demanded ‘very weighty reasons’ in order to justify differentiations on particular grounds, because such differentiations are rarely considered acceptable, and are indeed suspect.²⁹ The Court has not yet devised a coherent theory on criteria to identify these suspect grounds, but grounds for which the Court tends to demand ‘very weighty reasons’ include grounds such as gender, race/ethnicity, and sexual orientation.³⁰ Suspect grounds thus tend to refer to grounds that are (de facto) immutable and that go hand-in-hand with deep-seated prejudice, stereotypes and histories of discrimination.

This enhanced scrutiny of state obligations would apply to negative and positive state obligations alike. For suspect grounds, the Court would not easily accept a justification put forward by state authorities for differential treatment, and at the same time it would be demanding regarding the level of action undertaken by state authorities in relation to their positive obligations.

The traditional focus on the suspect nature of a particular ground of differentiation may allow for evolutive interpretation, in the sense that the grounds that are considered suspect expand, in response to changes in society. Nevertheless, the focus on suspect grounds to determine the level of scrutiny for the prohibition of invidious discrimination might not properly capture the fluidity and flexibility in demographics and the related emergence of prejudices and stereotypes. Furthermore, this focus on a particular (suspect) ground of differentiation does not do justice to the heightened levels of diversity that characterize current societies. Nowadays societies are increasingly characterized as ‘super-diverse’ and ‘mobile’, which gives ever more rise to instances of *intersectional discrimination*. Intersectionality refers to the intersection of several group identities,

²⁸ The margin of appreciation did not feature in the original convention and was a judicial construct (until it was explicitly included in the convention framework in 2013, with protocol 15). Nevertheless, it refers to judicial deference, the Court leaving particular matters to the discretion of the contracting parties. See also A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford 2012, pp. 3, 61–64.

²⁹ The idea that particular grounds of differentiation are inherently suspect and call for a heightened level of scrutiny derives from the rich jurisprudence of the US Supreme Court. This terminology is not used as such by the ECtHR or the Court of Justice of the EU, but one does find the underlying idea in the stricter or heightened scrutiny that the Court exercises in relation to particular grounds.

³⁰ See for an overview of lead cases in this regard the chapter on Discrimination Grounds in D. Schiek, L. Waddington & M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford 2007; in addition to the ECtHR case law, also CJEU case law and some national case law is included. Admittedly, the list of suspect grounds is not set in stone but rather dynamic or evolutive: so far the list of suspect grounds has only expanded, now also including disability and HIV status: ECtHR, *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, 10 March 2011, para 63–64.

exposes differences within groups and allows consideration of especially vulnerable groups within groups.³¹ In so far as intersectionality highlights the multiplicity of relevant markers that are at play in a given instance, and points to the existence of numerous subgroups within groups, it can be related³² to the concept 'super-diversity' coined by Vertovec in relation to the diversification of migration, and within migrant groups, along various axes (some of which are related to ethnicity but others, such as migration channel and legal status, are not).³³ However, intersectionality focuses more on the related social inequalities, and has fed into the concept of intersectional discrimination. Crenshaw talks in this respect about 'intersecting patterns of kinds of discrimination'³⁴ Intersectional discrimination can be understood as referring to discrimination based on several grounds at the same time, with these grounds of discrimination interacting and producing very specific and complex experiences of discrimination.³⁵ Intersectional discrimination tends to be related to persons/groups experiencing heightened disadvantage, subordination, marginalization, and indeed also vulnerability.³⁶ As will be argued more fully below, vulnerability, and more particularly relative vulnerability, could play a role in relation to the level of scrutiny

³¹ K. Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, "Stanford Law Review" 1991, no. 43, p. 1242.

³² See inter alia R. Humphris, *IRIS key concepts roundtable series: Intersectionality and superdiversity: what's the difference?*, Report of 30 April 2015, available at: https://www.researchgate.net/publication/281346702_Intersectionality_and_superdiversity_What's_the_difference. See also K. Arnaut & M. Spotti, *Superdiversity Discourse*, Working Papers in Urban Language and Literacies 2014, Paper no. 122. For an in-depth discussion of how 'intersectionality' has moved across time, disciplines, issues and geographic and national boundaries, see D.W. Carbedo, K.W. Crenshaw, V.M. Mays & B. Tomlinson, *Intersectionality: mapping the movements of a theory*, "Du Bois Review" 2013, no. 10(2), p. 303 and next.

³³ S. Vertovec, *Super-diversity and its implications*, "Ethnic and Racial Studies" 2007, no. 29(6), p. 1024 and next. Vertovec and Meissner document the wide variety of ways in which the concept of superdiversity is now used by scholars across disciplines, several of which stray from the original intended meaning: S. Vertovec & F. Meissner, *Comparing Super-diversity*, "Ethnic and Racial Studies" 2015, no. 38(4), pp. 541–555.

³⁴ *Supra* note 28, p. 1243.

³⁵ T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalised to the Fore*, Turku 2002, p. 9. In his study, Timo Makkonen distinguishes (at p. 10) different types of intersectional discrimination namely multiple discrimination, compound discrimination and intersectional discrimination *stricto sensu*. Multiple discrimination would refer to 'the accumulation of distinct discrimination experiences'. Compound discrimination would refer to discrimination on the basis of two or more grounds, adding to one another. Intersectional discrimination (*sensu stricto*) would capture 'a situation involving discrimination which is based on several grounds operating and interacting with each other at the same time, and which produces very specific types of discrimination'. In this paper intersectional discrimination is used in reference to compound discrimination and intersectional discrimination (*sensu stricto*).

³⁶ Inter alia Makkonen 2002, pp. 23–28; K. Crenshaw, *Mapping the margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color*, Stanford Law Review 1991, no. 43(6), pp. 1247–1250.

adopted for the prohibition of discrimination, also taking into account and doing justice to experiences of intersectional discrimination.

Duties of reasonable accommodation are clearly geared towards substantive equality more particularly related to full participation in society, with its underlying ratio said to be equal opportunities.³⁷ Indeed, reasonable accommodation measures are intended to even out barriers to such full participation that are due to an interaction between an individual's inherent characteristics and the physical and social environment.³⁸ Duties of reasonable accommodation thus seem to be firmly embedded in the framework of equality the equality frame. However, such duties can also be conceived in terms of positive state obligations aimed at the effective enjoyment of particular fundamental rights. Good examples of the latter would include rights pertaining to education, employment, healthcare and social services, with duties of reasonable accommodation aiming at effective and equal access to these rights.³⁹ Put differently, duties of reasonable accommodation could also be grounded in particular substantive rights.

In so far as duties of reasonable accommodation would be put in the equality frame, here questions of intersectionality could also arise, thus opening the door for arguments about relative vulnerability as relevant for the determination of the level of scrutiny for the proportionality requirement. In so far as duties of reasonable accommodation are based on the interpretation of substantive rights, and more particularly positive state obligations under these articles, questions of vulnerability could similarly influence the fair balance test under the proportionality requirement. The increased vulnerability of particular persons and/or groups would then go hand in hand with a higher level of positive state obligations.

The jurisprudence of the ECtHR has only recently recognized duties of reasonable accommodation as a dimension of the prohibition of discrimination, and so far only in relation to disability.⁴⁰ This explicit recognition was preceded by a de

³⁷ See inter alia M. Jezequel, *The Reasonable Accommodation Requirement: Potential and Limits*, [in] *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralist Society*, ed. Council of Europe, Strasbourg 2010, pp. 4–27. See also J. Jackson-Preece, *Emerging Standards of Reasonable Accommodation towards Minorities in Europe?*, [in] *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralist Society*, ed. Council of Europe, Strasbourg 2010, pp. 111 and 123; E. Bribiosa, J. Ringelheim & I. Rorive, *Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Anti-Discrimination Law*, *Maastricht Journal* 2010, no. 17, pp. 147–148.

³⁸ P. Bosset & M.C. Foblets, *Accommodation Diversity in Quebec and Europe: Different Legal Concepts, Similar Results?*, [in] *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralist Society*, ed. Council of Europe, Strasbourg 2010, p. 37.

³⁹ Inter alia M. Jézéquel, *The Reasonable Accommodation Requirement: Potential and Limits*, [in] *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralist Society* ed. Council of Europe, Strasbourg 2010, pp. 24–27.

⁴⁰ ECtHR, *Guberina v. Croatia*, no. 23682/13, 22 March 2016, concerned the lack of accommodation of the special housing needs of a family with a disabled child and ECtHR, *Cam v. Turkey*, no. 51500/08, 23 February 2016, the denial of a place at a music academy of a disabled child due to lack of facilities.

facto identification of duties of reasonable accommodation, mainly in relation to persons with a disability.⁴¹ While there have been several de facto instances of duties of reasonable accommodation in favour of persons of a particular religion, these are all realized in terms of the right to religious freedom under Article 9 ECHR, and not in terms of the prohibition of discrimination.⁴² It remains to be seen to what extent the Court will be willing to extend its case law on duties of reasonable accommodation as a dimension of the prohibition of discrimination to grounds other than disability. The discussion below will reveal whether and to what extent the Court has actually engaged in 'vulnerability' reasoning in its analysis of the related state obligations (so far).

The preceding analysis has clarified that vulnerability could be taken into account by the ECtHR, and human rights courts more generally, in relation to the proportionality principle which is used to distinguish acceptable differential treatment from (prohibited instances of) invidious discrimination, and to demarcate the scope of positive state obligations to provide 'reasonable accommodation' for particular persons (members of particular groups). The relative vulnerability of the person concerned could be a relevant interest to be balanced in the proportionality test, in the sense that increased vulnerability would add weight on the side of the applicant (alleged victim), requiring stronger justifications by the government for disadvantageous treatment or pointing to the increased responsibilities (including positive obligations) of the public authorities. At a minimum, relative vulnerability could trigger a procedural requirement, in the sense that states need to be able to demonstrate that they have taken the particular vulnerability of a person into account.⁴³ Alternatively, the relative vulnerability of the application could be a relevant factor for the determination of the width of the margin of appreciation left to states, and thus also the level of scrutiny adopted by the Court. In other words, if an applicant were particularly vulnerable (increased vulnerability), the Court would be more demanding in its scrutiny of the justification put forward by the government for a disadvantageous treatment, and of the level of positive obligations adopted by the state.⁴⁴

⁴¹ For a more detailed discussion of earlier developments in relation to the grounds of disability and religion, see K. Henrard, *Duties of Reasonable Accommodation on grounds of Religion in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: A Tale of (baby) steps forward and missed opportunities*, ICON – International Journal of Constitutional Law 2016, no. 14(4), p. 961 and next.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ See also Timmer 2013, p. 164 who describes this procedural proportionality requirement as the bottom line that has emerged in the Court's case law .

⁴⁴ *Inter alia* Peroni & Timmer 2013, pp. 1075–1076.

III. Vulnerability as relevant marker for the analysis of the prohibition of invidious discrimination and claims of reasonable accommodation in 'mobile' societies

This section starts with an overall account of the extent to which the ECtHR uses the language of vulnerability in its respective supervisory practice. Subsequently, the analysis turns to the use of vulnerability as a marker in relation to the assessment of the prohibition of invidious discrimination, and subsequently duties of reasonable accommodation. In relation to both categories of measures, the analysis starts with some general, more theoretical considerations, then considers the case law of the ECtHR

III.A. The use of the language of vulnerability in the supervisory practice of the ECtHR

A broader analysis of the ECtHR's case law has revealed that the ECtHR increasingly turns to the language of 'vulnerability' to include the concerns of marginalized people more fully in its analysis.⁴⁵ However, the Court has not yet provided a definition of vulnerability, let alone developed a theory of the way in which vulnerability is measured and is actually weighed in its analysis.

Throughout the Court's case law on vulnerability the Court links vulnerability to human dignity, and thus confirms the universal nature of vulnerability.⁴⁶ In this respect, it should also be highlighted that the Court does not only use vulnerability considerations in relation to socio-economic rights, but also regularly for civil and political rights, which are after all the core of the ECHR.⁴⁷ Finally, vulnerability tends to feature as cause, as one of the causes of human rights violations, or at least as the reason that exacerbates such violations.

Importantly, the Court's case law acknowledges that particular groups are especially vulnerable.⁴⁸ The groups recognized as such tend to concern examples of marginalized (socially excluded) and stigmatized subjects that tend to encounter invidious discrimination on account of their group membership. These factors are indeed reminiscent of relevant considerations for the determination

⁴⁵ Y. Al Tamimi, *The protection of vulnerable groups and individuals by the European Court of Human Rights*, Master Thesis at Utrecht University 2015; A. Timmer, *A Quiet Revolution: Vulnerability in the ECtHR*, [in] *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, eds M.A. Fine-man & A. Grear, Ashgate 2013. The analysis conducted by Al Tamimi reveals that the number of cases of the ECtHR that contain the language of vulnerability has steadily increased from 12 in 2003 to 70 in 2013.

⁴⁶ Timmer 2013, p. 150, who refers to Grear, who describes vulnerability as the presuppositional core of human dignity, aligning human dignity with vulnerability.

⁴⁷ Timmer 2013, pp. 150–151.

⁴⁸ See also Peroni & Timmer 2013, p. 1062.

of suspect grounds of differentiation.⁴⁹ Groups that are regularly singled out as especially vulnerable include non-nationals, asylum seekers, people with mental disabilities, people living with HIV, and Roma.⁵⁰ However, the Court's haphazard identification of vulnerable groups (so far) has failed to include groups that are similarly vulnerable, such as other national minorities and religious minorities.⁵¹ However, it should be highlighted that the Court also identifies some categories as inherently vulnerable, such as detainees and children, where vulnerability would go beyond the traditional suspect ground approach.⁵²

In order for 'vulnerability' to become a factor that can properly be used in human rights analysis, and more particularly the evaluation of the proportionality requirement for the prohibition of invidious discrimination and duties of reasonable accommodation, more consistent and coherent criteria regarding the determination of vulnerability need to be developed. Furthermore, even when a group is considered vulnerable, this does not mean that it is equally vulnerable in all respects. Vulnerability could also be relative in this regard. This more nuanced understanding of vulnerability would be particularly apposite in relation to the current superdiverse and mobile society. In order to make vulnerability operational in the human rights analysis, supervisory bodies should furthermore consider a more principled manner to include vulnerability considerations in the proportionality analysis.

III.B. Effective protection against invidious discrimination in the 'mobile world' era and 'vulnerability'

III.B.1. Theoretical considerations

Effective protection against invidious discrimination is arguably a pre-condition for one's actual inclusion in society, participation in society and thus also to one's integration. As was already hinted at supra, where the various integration dimensions are discussed, structural integration, and the related access rights, provide important opportunities to have contacts and build relationships across population groups, thus having positive implications for social and cultural (and

⁴⁹ See also Sijniensky 2014, pp. 263, 266–267.

⁵⁰ Inter alia ECtHR, *D.H. and Others v. Czech Republic*, no. 57325/00, 13 November 2007; ECtHR, *Alajos Kiss v. Hungary*, no. 38832/06, 20 May 2010; ECtHR, *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, 10 March 2011; ECtHR, *MSS v. Belgium and Greece*, no. 30696/09, 21 January 2011.

⁵¹ Inter alia L. Peroni, *Erasing X, W and Y: Erasing cultural differences*, [in] *Diversity and European Human Rights*, ed E. Brems, Cambridge 2013, p. 445 on Kurds and the use of the Kurdish language in official Turkish documents. Consider also the intervener's invocation of veiled women as a vulnerable minority in France (at para 97), which the Court failed to respond to in its own reasoning.

⁵² Examples of case law include ECtHR, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, no. 13178/03, 12 October 2006, para 51; ECtHR, *Salman v. Turkey*, no. 21986/93, 27 June 2000, para 99; ECtHR, *G. v. France*, no. 27244/09, 23 February 2012, para 77. See also Al Tamimi 2015, p. 11.

eventually also identificational) discrimination. A close link has indeed been postulated between (structural) discrimination, a lack of structural integration and vulnerability: 'the situation of structural discrimination ... that causes vulnerability is usually reinforced by a situation of exclusion due to a lack of empowerment of the group, that is lack of access to positions of power, whether economic or representative, within a certain society'.⁵³

Effective protection against invidious discrimination is relevant and important for both the concerns of governments in liberal democracies, namely their commitment to respect fundamental rights and their goal of an integrated society. The effectiveness of the prohibition of discrimination is often linked to the level of scrutiny adopted by (international) courts in this respect. Traditionally, the determination of the level of scrutiny in a particular case greatly depended on the grounds for the differentiation used. Notwithstanding the evolutive nature of the determination of grounds of differentiation that are suspect, reflecting changes in society, ethnicity is firmly recognized as a suspect ground in the jurisprudence of the ECtHR.⁵⁴ The mobility of population groups as such is not going to change that, certainly not in the sense that 'ethnicity' would become less suspect.

Nevertheless, there are at least two reasons why it merits investigating whether 'vulnerability' has the potential to develop into an important variable for the determination of the level of scrutiny for alleged instances of invidious discrimination. First of all, while the suspect nature of the grounds for differentiation may be the most important criteria for the level of scrutiny adopted by the Court in relation to discrimination cases, in a range of cases the Court has used other factors to further modify the level of scrutiny.⁵⁵ Heightened vulnerability (of persons belonging to a particular ethnic group) may develop into a variable that is systematically used by the Court in this respect. Such a use of vulnerability has particular importance in relation to differentiations based on religion⁵⁶

⁵³ R.I. Sijniensky, *From the non-discrimination clause to the concept of vulnerability in international human rights law: Advancing the need for special protection of certain groups and individuals*, [in] *The Realisation of Human Rights: When Theory meets Practice: Studies in honour of Leo Zwaak*, eds Y. Haeck, B. McGonigle Leyh, C. Burbano Herrera & D. Contreras Garduno, Antwerp 2014, p. 267.

⁵⁴ The ECtHR's traditional reluctance to rule on racial discrimination entailed that initially only tentative indications were given of the suspect nature of the ground 'race', and it was only in the 2005 *Timishev v. Russia* judgment (13 December 2005) that the Court adopted a clear position. For a more detailed analysis, see K. Henrard, *A Patchwork in Successful and Missed Synergies in the Jurisprudence of the ECtHR*, [in] *Synergies in Minority Protection*, eds K. Henrard & R. Dunbar, Cambridge 2008, pp. 325–328.

⁵⁵ See inter alia in relation to regulations on parental leave: notwithstanding the long jurisprudence on the suspect nature of gender, the Court nevertheless granted states a broad margin of appreciation in regulations on parental leave because there would not be a European consensus on this particular matter: ECtHR, *Petrovic v. Austria*, no. 20458/92, 27 March 1989.

⁵⁶ The ECtHR de facto tends to scrutinize invidious discrimination on religious grounds religion strictly, but avoids as much as possible explicit recognitions of a religion's suspect status: see inter alia

and language, as these grounds are not (yet) recognized as suspect grounds by the Court. Secondly, in current 'mobile' societies and the related high degree of ever shifting population diversity, the focus on particular suspect grounds cannot capture the complex layers of disadvantage and stereotypes.⁵⁷

Furthermore and relatedly, in such societies intersectional discrimination will become ever more prevalent. In relation to intersectional discrimination, it makes less sense to focus on one particular ground and its degree of suspectness. When different grounds intersect in a particular case, it is less obvious for courts to work with levels of suspectness of the differentiation. Hence, the relative vulnerability of an applicant in the particular context in which the contested differentiation occurs may be considered a (more) suitable variable for the level of scrutiny to be adopted. It is worth pointing out that intersectional discrimination has been intrinsically linked to the idea of 'compounded' or enhanced or heightened vulnerability. By way of example, it has been estimated that the convergence of discrimination on different grounds per se entails heightened vulnerability.⁵⁸ Hence, it merits reflecting on the potential of 'vulnerability' as a marker in the Court's analysis of the proportionality requirement, particularly for cases of intersectional discrimination concerning persons with a different ethnic identity.

III.B.2. ECtHR case law, the prohibition of (intersectional) discrimination and vulnerability

When considering the Court's case law on alleged discrimination against persons that are recognized by the Court as being vulnerable, the Court has in some cases identified this vulnerability as the reason for reducing the margin of appreciation of the state in the case concerned, and thus to scrutinize the differential treatment more strictly. This type of reasoning was very explicit in *Kiyutin v Russia*, which pertained to a person with HIV who was denied a residence permit because he was HIV positive, where the Court underscored:

*if a restriction on fundamental rights applies to a particularly vulnerable group in society that has suffered considerable discrimination in the past, then the State's margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question.*⁵⁹

ECtHR, *Savez Crkava and others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, 9 December 2010, para 88; ECtHR, *Religiongemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria*, no. 40825/98, 31 July 2008, para 92. Admittedly, in an isolated case the Court has used the very weighty reasons language it requires for differentiations on suspect grounds, see ECtHR, *Vojnity v. Hungary*, no. 29617/07, 12 February 2013, para 36.

⁵⁷ See also the arguments above on some categories of persons being inherently vulnerable, such as children and detainees.

⁵⁸ Makkonen 2002, p. 58; Morawa 2003, p. 142.

⁵⁹ ECtHR, *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, 10 March 2011, para 63.

However, the Court has not developed a steady line of jurisprudence that recognizes a direct causal connection between the degree of vulnerability on the one hand and the extent of the margin of appreciation on the other. Instead, the Court's case law regarding the prohibition of discrimination continues to focus on the suspect nature of the grounds involved.

Thus far, the Court has not explicitly engaged with intersectional (or multiple) discrimination, notwithstanding explicit references by interveners.⁶⁰ Nevertheless, the Court has acknowledged that persons that combine various characteristics could be considered as 'extremely vulnerable', 'doubly vulnerable' etc. Examples in the case law include cases concerning detainees that are disabled,⁶¹ children that are detained in asylum centres⁶² and a Roma who is mentally disabled and HIV positive.⁶³ Without there being clear criteria, let alone a consistent theory about the legal implications of (enhanced) vulnerability and how this vulnerability factor relates to the question whether a suspected ground of differentiation is in play, it needs to be noted that in some case the Court allows this kind of compounded vulnerability to trump state interests.⁶⁴ Unfortunately, the Court does not explicitly address the interplay of the range of relevant grounds that are applicable in a case, or what this interplay means in terms of relative vulnerability for the Court's balancing act (weighing of all relevant interests in the proportionality test).

Operationalizing 'vulnerability' as a factor in the determination of the margin of appreciation and/or the actual balancing exercise in discrimination cases would obviate the need for the Court to juggle intersecting grounds of differentiation, with potentially different degrees of suspectness. Put differently, intersectional discrimination cases could become more manageable for the Court if it found a way to identify the relevant 'vulnerability markers' and the impact these markers should have on determining the margin of appreciation, and thus also on the subsequent weighing exercise.

What does the preceding argumentation imply for the potential usefulness of vulnerability as relevant marker for the proportionality test in cases of alleged discrimination against persons with a different ethnic identity? It has already been highlighted that the Court has so far not been generous in the determination of vulnerable groups or persons on the basis of a specific cultural or ethnic

⁶⁰ Inter alia ECtHR, *S.A.S. v. France*, no. 43835/11, 1 July 2014, para 97: 'intersectional discrimination on grounds of religion and sex.'

⁶¹ Inter alia ECtHR, *Raffray Taddei v. France*, no. 36435/07, 21 December 2010.

⁶² Inter alia ECtHR, *Mubilanzia Mayeka and Kaniki Matunga v. Belgium*, no. 13178/03, 12 October 2006.

⁶³ ECtHR, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania*, no. 47848/08, 14 July 2014, para 104.

⁶⁴ Timmer 2013, pp. 161–162.

identity, whereas these groups surely seem to qualify.⁶⁵ Roma may be the notable exception, but even in this case the Court does not always explicitly denote that a Roma claimant is vulnerable.⁶⁶

Furthermore, the Court's case law does not always demonstrate whether vulnerability has an actual impact on the determination of the margin of appreciation, or on the actual balancing. To some extent this is due to the Court simply not making its reasoning explicit. One is then stuck with reading between the lines and drawing inferences from the way in which the Court is actually balancing the relevant interests. To some extent this problem is not unique to 'vulnerability' as potential marker, but is rather one more manifestation of the flawed way in which the Court employs the margin of appreciation doctrine. It has been noted several times that the Court may have identified factors that are relevant for the determination of the margin of appreciation, but it remains impossible to identify a consistent and coherent, and thus a predictable, practice.⁶⁷ In other words, and as will be further elaborated upon in the conclusion, for vulnerability to become a meaningful marker in the Court's jurisprudence, several steps need to be taken, some of which imply addressing more general flaws in the doctrines of the ECtHR.

III.C. Duties of reasonable accommodation in the 'mobile world' era and vulnerability

III.C.1. Theoretical considerations

As was clarified above, the focus of duties of reasonable accommodation is clearly on inclusion of the persons concerned, thus building on the achievements of the fight against invidious discrimination. Especially in the current 'mobile world' era, duties of reasonable accommodation deserve renewed attention, particularly in relation to 'the multicultural question', as they are more malleable and can more easily be tailored to the ever changing circumstances and fluctuating population diversity.

Whether duties of reasonable accommodation are grounded on the prohibition of discrimination or on substantive rights, proportionality considerations play a key role either way. Also here the notion of (relative) vulnerability can certainly be argued to be one of the relevant markers that could help identify

⁶⁵ See also Peroni & Timmer 2013, p. 1070.

⁶⁶ ECtHR, *Aksu v. Turkey*, no. 41029/04, 15 March 2012. See also Peroni & Timmer 2013, p. 1070.

⁶⁷ See inter alia S. Greer, *Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate*, "Cambridge Law Journal" 2004, no. 63(2), pp. 223–225; P. Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, "Human Rights Law Journal" 1998, no. 19(1), p. 1; J. Schokkenbroek, *The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the case law of the ECHR*, "Human Rights Law Journal" 1998, no. 19, p. 30 and next.

what is 'reasonable' in a particular situation/setting, in the sense that reasonability is determined also in light of the relative 'vulnerability' of the persons/group concerned.

When demarcating duties of reasonable accommodation in relation to groups with a different ethnic identity in the current 'mobile world' era, the ensuing fluctuating 'ethnic' demographics need to be taken into account in the (fair) balance. More particularly, vulnerability (of the person seeking accommodation) would need to be balanced with reasonability (from the perspective of the persons/institutions who need to make the accommodation). Especially when the accommodation is resource intensive, reasonability considerations would imply having regard to the overall numbers and territorial concentration of the groups for whose benefit the accommodation would work.⁶⁸ At first sight, when the numbers of the group concerned would markedly decrease, the level of accommodation that can reasonable be accepted from the public authorities would similarly decrease. However, this actually depends on the type of accommodation measure concerned. When the accommodation measure concerns, for example, the use of a particular language in communication with the authorities, the initial training of the staff etc. may be resource intensive, but the maintenance of such measures much less so. In other words, once a measure is set in place, it is easier to maintain, and it should only be dispensed with if there is a sharp and sustained decrease in numbers. Furthermore, mobility does not necessarily imply a sharp reduction in numbers: indeed, some may leave, but new ones may be arriving.

When the accommodation is not resource intensive, for example because it concerns flexible working hours or accepting particular religiously inspired garments, a mere reduction in numbers of the group availing themselves of the accommodations would not necessarily call for a reduction of these measures from a 'reasonability' perspective. The latter would be particularly unsuitable when the population at large has in the meantime grown used to this type of accommodation. Furthermore, from a 'vulnerability' perspective, the smaller the group becomes, the more vulnerable it is to pressures from the dominant society. Would such heightened vulnerability rather support the maintenance of the accommodation measure, especially in light of the pre-existing capacity, and adaptations that have become part of the norm? Clearly there is not one size fits all answer to the interplay of reasonability and vulnerability, but it merits including considerations underlying both concerns in the relevant decision-making processes.

⁶⁸ See in this respect also the formulation of particular minority specific rights that are resource intensive, such as language rights in communication with the public authorities or in topographical indications, see Articles 10 and 11 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities.

III.C.2. The ECtHR, duties of reasonable accommodation and vulnerability

It has already been highlighted that the ECtHR has only recently incorporated explicit the language of 'duties of reasonable accommodation' into its jurisprudence, and only in relation to disability grounds. The fragmentary developments in the direction of the recognition of de facto duties of reasonable accommodation on other grounds mostly occur in terms of positive state obligations under substantive rights. However, the comments made above regarding the proportionality principle, and more particularly the margin of appreciation doctrine, also apply here.

Accommodations sought by ethnic (including religious) minorities are often controversial, particularly when perceived to touch/threaten matters pertaining to 'national identity'. The Court then tends to focus on factors that allow it to grant states a broad margin of appreciation, because the accommodations concern either general policy decisions, or 'church-state relations' about which little European consensus exists.⁶⁹ As a broad margin for states implies that the ECtHR adopts a very low level of scrutiny adopted, the Court actually does not develop assessment criteria and does not devise guidelines for the contracting states. The latter is clearly visible in relation to case law on Roma and their own way of life (in caravans), and in numerous cases concerning religious minorities.⁷⁰

Morawa rightly points to the seminal *Chapman* judgment⁷¹ as providing a nice theoretical basis for state duties of reasonable accommodation in relation to groups with different ethnic identities.⁷² *Chapman* concerns a complaint from Roma who want to live on their own plot of land, in caravans, but are prohibited from doing so due to zoning regulations aimed at the protection of the environment. To some extent this judgment seems to concern positive promotion of the separate ethnic identity concerned, more particularly where the Court identifies a positive obligation on states to facilitate the gypsy way of life (par. 96). Nevertheless, ultimately this case concerns duties of reasonable accommodation since it is all about hurdles to housing (accommodation) due to the interaction between a characteristic of one's identity (a way of life involving caravans) and the

⁶⁹ See *infra* on the *Chapman* case which is one in a string of cases pertaining to Roma's own way of life (in caravans) that conflict with the UK's general zoning regulation, and the succinct overview of the Court's case law pertaining to claims to accommodate on grounds of religion.

⁷⁰ For a more detailed discussion with ample references to case law, see K. Henrard, *A critical appraisal of the margin of appreciation left to states pertaining to 'church-state relations' under the jurisprudence of the ECtHR*, [in] *A Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, eds M.C. Foblets et al., Ashgate 2012, pp. 59–86; K. Henrard, *A critical Analysis of the Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, in particular about rights to a traditional way of life and to a healthy environment: A Call for an Alternative Model of International Supervision*, "Yearbook on Polar Law" 2012, pp. 365–413.

⁷¹ ECtHR, *Chapman v. UK*, no. 27238/95, 18 January 2001.

⁷² Morawa 2003, pp. 146–147.

general (zoning) regulations of the state. In this respect, the Court made a (now famous statement) that ‘the vulnerable position of Gypsies as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory planning framework and in reaching decisions on particular cases’ (par. 96).

Strikingly, the Court establishes a causal connection between the vulnerable position of a group, the Roma, and the obligation of the public authorities to take that into account in their laws and practice. In other words, the Court seems to consider ‘vulnerability’ a relevant factor in the determination of the positive obligations of the public authorities in relation to the vulnerable group concerned. In subsequent case law on Roma (also when not concerning caravans), the Court has regularly repeated the *Chapman* theoretical principle about the need to take into account Roma’s special needs when making and applying laws, but has, so far, not identified any concrete obligations for states to actually amend a particular (existing) legislative framework.

In the *Chapman* case, the very promising theoretical principle that the Court announced was completely diluted by the operation of the margin of appreciation doctrine. Indeed, the Court focuses on the fact that zoning laws concern general policy decisions, a factor that leads to the grant of a (very) broad margin, while disregarding other factors that point to a narrow margin, such as the extent to which this way of life goes to the very core of the Roma identity of the applicant(s).⁷³

Admittedly, in the more recent ‘caravan’ case of *Winterstein v France*, pertaining to the traveller community in France, the Court actually did reduce the margin of appreciation of France in relation to the expulsion order it has issued, because the rights concerned are crucial for the identity of the persons concerned. The Court further highlights that the national authorities, when balancing the rights of persons belonging to a minority with public interests, need to properly weigh the group dimension of the minority, and the several years of peaceful residence. The illegality of the residence should not be decisive.⁷⁴ Hence, the Court’s reasoning in *Winterstein* clearly provides a heightened protection against evictions for Roma that are living in caravans that are not placed in accordance with the legal regulations. The Court furthermore explicitly highlights the applicants’ vulnerability and highlights that this was not taken into account by the authorities in relation to the eviction procedure (par. 161). Nevertheless, there is no hint at the extent to which States should contemplate developing the legislative framework in a way which provides more legal possibilities for Roma to

⁷³ For a critical analysis, see inter alia Morawa 2003, p. 147; J. Ringelheim, *Chapman Redux: The ECtHR and Roma Traditional Lifestyle*, [in] *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgements of the European Court of Human Rights*, ed. E. Brems, Cambridge 2013.

⁷⁴ ECtHR, *Winterstein et al v. France*, no. 27013/07, 17 October 2013, para 150–152.

live in caravans. Apparently, the Court is not yet ready to use the vulnerability factor to impose concrete positive obligations on states to adapt their legislative framework to accommodate the special needs and concerns of ethnic minorities.

In relation to demands of reasonable accommodation by religious minorities, the Court is not even ready to make a promising theoretical statement of a general nature similar to the one made in *Chapman*. In such cases the Court rather points to the broad margin of appreciation due to states regarding matters pertaining to 'the delicate relations between religions and state' because of the lack of (European) consensus the Court has identified in this respect. A closer analysis of the Court's case law on religious themes conducted elsewhere⁷⁵ has revealed that the Court is actually willing to identify de facto state duties to accommodate in matters such as conscientious objection, and the obligation to in principle provide prisoners with food that is in line with their religion's prescripts. It is notable that in regard to these particular religious matters there exists an outspoken European consensus. In relation to accommodations on other religious themes, such as the relative visibility of religions in public institutions, and reasonable accommodations in the work sphere, the Court remains particularly hesitant to interfere with the related state choices.⁷⁶ Put differently, the differences in the degree to which the Court is willing to identify de facto duties of reasonable accommodation on religious grounds do not seem in any way related to the enhanced vulnerability of the applicants. The margin of appreciation doctrine plays again a decisive role, but the factor that gets most weight in the determination of the width of the margin is rather attuned to the concerns of State parties and not so much to the nature of the right and its importance for the applicant, elements which could be translated in terms of vulnerability.

IV. Some concluding thoughts on the potential of 'vulnerability' as marker in human rights analysis

The preceding analysis of the practice of the ECtHR has revealed that as yet no doctrine has been developed a pertaining to vulnerability as a relevant marker in human rights analysis.

⁷⁵ Inter alia Henrard 2016.

⁷⁶ It has been postulated that the Court's use of the broad margin of appreciation concerning 'church –state relations' allows the Court to avoid pronouncing a position on matters that states consider so closely bound up with their national identity, that they would rebel against interferences by international courts. See inter alia D. Augenstein, *Religious Diversity and National Constitutional Traditions in Europe*, [in] *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, eds C. Ungureanu & L. Zucca, Cambridge 2012, pp. 261–280. The Lautsi saga forms a good illustration of a case in which states actually rebelled and the Court retreated from its position accordingly.

Notwithstanding the marked increase in the use of vulnerability terminology in the ECtHR's jurisprudence, it is not clear at all how the vulnerability factor plays and actually influences the Court's reasoning. Some of the case law suggests that an applicant's vulnerability leads to the reduction of the state's margin of appreciation, but this is anything but a steady line of jurisprudence. Other case law indicates there is a causal relation between the vulnerable position of an applicant and a noticeable increase in the state's positive obligations in this respect, but no steady pattern can be discerned here either. Nevertheless, some further thoughts and suggestions are in order, both in relation to the evaluation of alleged instances of invidious discrimination and regarding claims for reasonable accommodation

When evaluating alleged instances of invidious discrimination, the Court's level of scrutiny is still predominantly determined by the suspect nature of the ground of differentiation. Admittedly, the Court has so far not developed any set criteria for the identification of suspect grounds, but a history of discrimination on a particular ground, which is not relevant for one's functioning in society, appear to be the common denominator of the grounds the Court has so far recognized as suspect. These characteristics could arguably be framed in terms of vulnerability as well, while 'relative vulnerability' allows the appropriate level of scrutiny to be further fine-tuned, going beyond grounds that have been recognized as suspect. Furthermore, using relative vulnerability as an overarching criterion for the level of scrutiny could also be used for cases regarding intersectional discrimination, with several intersecting grounds of discrimination.

In relation to claims for reasonable accommodation, the case law pertaining to ethnic minorities reveals how the applicant's vulnerability ultimately did not lead to a reduction in the state's margin of appreciation, due to the fact that general policy decisions were in play. Nevertheless, also here some minor developments can be noted, in the sense that the Court in more recent cases appears to be ready to determine the margin of appreciation more in relation to the nature of the right concerned and its importance for the applicant, at times even explicitly referring to the vulnerability of the applicant. While the 'vulnerability' of the applicant (and the group he/she belongs to) has not yet persuaded the Court to oblige states to actually adapt their legislation, the Court seems increasingly swayed to allow vulnerability to influence its balancing in relation to the state's interference.

Overall, the ECtHR's case law appears to contain several pointers that 'vulnerability' could be used more explicitly as marker in human rights analysis for cases on persons with a separate ethnic identity. 'Relative vulnerability' would be particularly helpful as marker to suitably tailor human rights analysis in cases dealing with fluctuating super-diversity. In any event, for vulnerability to actually be used as marker in human rights analysis, more work needs to be done on

the questions of measurement and quantification. Furthermore, the preceding analysis clearly underscored how the current flaws and problems with the margin of appreciation doctrine of the ECtHR also negatively impact on the potential role of 'vulnerability' in the Court's human rights analysis.

Kristin Henrard

**TAILORING STATE OBLIGATIONS REGARDING
'THE RIGHT TO EQUAL TREATMENT'
IN TIMES OF FLUCTUATING SUPER-DIVERSITY:
A TURN TO RELATIVE VULNERABILITY?**

This paper explores to what extent 'relative vulnerability' has the potential to assist in fine-tuning the proportionality review inherent in the right to equal treatment so that it better captures the new realities of fluctuating super-diversity (referring to different and intersecting layers and forms of diversity).

Against the background of fluctuating population diversity, due to intense and multiple migration patterns – some migrants settling, others moving on or returning to the country of origin-, the question arises of how governments should address the resulting fluid super-diversity in their societies.

In both respects, the right to equal treatment and the related questions of inclusion and exclusion take center stage. Two dimensions of the right to equal treatment are particularly relevant in relation to fluid population diversity, namely the prohibition of invidious discrimination; and the duties of reasonable accommodation. The former protects persons from exclusion or differential treatment (without reasonable and objective) justification. The latter is similarly aimed at inclusion, but rather by differential treatment, which accommodates the specific needs and circumstances of the persons concerned.

The proportionality review of the *prohibition of invidious discrimination* is traditionally determined by the ground of differentiation: differentiation on so-called suspect grounds – such as race or gender, trigger heightened scrutiny – and are difficult to justify. Courts have used other factors to adjust the level of scrutiny related to the grounds. Here it is investigated whether relative vulnerability could not function more generally as a fine-tuning factor for the level of scrutiny.

Similarly, regarding the positive state obligations, such as *duties of reasonable accommodation*, the fluctuating levels of population diversity render the proportionality review more challenging. The paper explores what considerations can be treated as relevant when balancing reasonability (from the perspective of those who need to accommodate) and the relative vulnerability (of those that seek accommodation).



Jan Sandorski

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Anna Zbaraszewska

Wyższa Szkoła Pedagogiki i Administracji im. Mieszka I w Poznaniu
o.zbaraszewska@interia.pl

STANDARDY OCHRONY OSÓB STARSZYCH I NIEPEŁNOSPRAWNYCH W ORZECZNICTWIE MIĘDZYNARODOWYM

I. Słowo wstępne na tle statystyki

Pojęcia „osoba starsza” (*older person*) i „osoba niepełnosprawna” (*disabled person*) są do siebie zbliżone, ale nie tożsame. Przypominają nachodzące na siebie, ale nie identyczne kręgi. Nie każda osoba starsza jest niepełnosprawna i nie każda osoba niepełnosprawna jest osobą starszą. Obie grupy osób z punktu widzenia statystyki mają jednak w skali światowej jedną wspólną cechę – odnotowany jest ich gwałtowny przyrost.

Według ustaleń Departamentu Spraw Gospodarczych i Społecznych Sekretariatu ONZ co dziesiąty obywatel świata liczy obecnie ponad 60 lat. Jeśli nie dojdzie do rewolucji demograficznej (w co można wątpić), to wskaźnik ten w 2050 r. wyrazi się stosunkiem 1 do 5. Tak więc do grona osób powyżej 60. roku życia należy teraz 11% populacji ziemskiej, a w 2050 r. wskaźnik ten wzrośnie do 21%¹.

Zwolnił swój bieg mechanizm starzenia się dzięki najnowszym osiągnięciom medycyny. Mechanizm ten, co prawda, nie do końca został rozszyfrowany i nie

¹ Tak: „Gazeta Wyborcza”, 1.10.2014 r.; zob. szerzej Z. Woźniak, *Problemy starzenia się i starości wyzwaniem dla polityki społecznej na progu III tysiąclecia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, z. 1, s. 285 i nn.

wiadomo, w jakim stopniu winne tu są produkowane przez mitochondria „wolne rodniki”, a jakie znaczenie odgrywają uwarunkowania genetyczne. Zidentyfikowanie „genu wieku” jeszcze bardziej może podnieść średnią wieku osób rozstających się z życiem.

Niepokojące są dane statystyczne dotyczące niepełnosprawności. Zgodnie z ustaleniami Światowej Organizacji Zdrowia 15% populacji światowej należy zaliczyć do grona osób niepełnosprawnych. I ten wskaźnik przejawia gwałtowne cechy wzrostowe, głównie ze względu na starzenie się społeczeństw oraz wzrost zapadalności na choroby przewlekłe, a w szczególności na cukrzycę i niewydolność krążenia. W Polsce w 2011 r. liczba osób niepełnosprawnych wzrosła do 4,7 mln, tj. 12,9% ludności kraju.

Państwa dążą z różnym powodzeniem do wykreowania systemów opieki społecznej, które zapewnią ludziom starszym i niepełnosprawnym bezpieczeństwo socjalne i bezpłatną lub świadczoną po obniżonych cenach opiekę medyczną. Systemy te były tworzone z głęboką wiarą, że w przyszłości utrzyma się liczbowa przewaga ludzi młodych lub w średnim wieku nad ludźmi starszymi. Obniżający się wskaźnik zgonów spowodował, że z czasem systemy te znalazły się „pod napięciem”. Co ciekawe, wskaźnik ten ma tendencje zniżkowe zarówno w krajach rozwiniętych, jak i gospodarczo słabszych, co na całym świecie powoduje obniżenie zdolności rządów i społeczeństw do zapewnienia opieki ludziom starszym.

W tych okolicznościach prawa ludzi starszych znajdują się w niebezpieczeństwie. Pogłębia je powszechne przekonanie, że ludzie starsi są bezużyteczni w stechnokratyzowanym świecie, ulegającym w szybkim tempie globalizacji.

II. Krótko o doktrynalnych klasyfikacjach praw osób starszych i niepełnosprawnych

Prawa ludzi starszych i niepełnosprawnych dzieli się w literaturze przedmiotu na trzy kategorie. W pierwszej mieszczą się prawa do ochrony (*protection*), w drugiej do uczestnictwa (*participation*), a w trzeciej do wizerunku (*image*).

W pierwszej kategorii znalazły się prawa zapewniające fizyczne, psychiczne i emocjonalne bezpieczeństwo człowieka starszego, które uwzględniają jego szczególne uwrażliwienie na krzywdę i złe traktowanie. Prawa drugiej kategorii mają gwarantować aktywność społeczną ludzi starszych. Pozornie mniej pierwszoplanowe wydają się prawa trzeciej kategorii. Ich celem jest wykreowanie wizerunku osoby starszej nieobciążonego balastem dyskryminacji i drugorzędności.

Wymienione wyżej kategorie praw stały się obiektem zainteresowań powszechnych i regionalnych organizacji międzynarodowych, takich jak:

Organizacja Narodów Zjednoczonych (ONZ)², WHO, UNESCO, Rada Europy, Unia Europejska (UE) oraz Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE).

Podstawą i punktem wyjścia praw człowieka starszego jest art. 25 ust. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, który m.in. głosi, że: „[...] każda osoba ma [...] prawo do zabezpieczenia (*right to security*) na wypadek [...] podeszłego wieku (*old age*)”³.

Komponentem prawa do zabezpieczenia jest prawo do opieki zdrowotnej (*right to healthcare*). Prawo to jest ostatnio poważnie zagrożone ze względu na rosnącą liczbę osób starszych oraz wzrastające koszty leczenia. Wiąże się ono z prawem do poziomu życia odpowiadającego potrzebom zdrowia (*right to a standard of living adequate for the health*). Także to prawo napotyka problemy realizacyjne ze względu na mankamenty istniejących na świecie systemów opieki medycznej.

Często w stosunku do osób starszych naruszane jest prawo do niedyskryminacji (*right to non-discrimination*) i prawo do uczestnictwa (*right to participation*). Naruszenia drugiego z tych praw wynikają najczęściej ze zbyt pochopnie stanowiących przepisów uniemożliwiających ludziom starszym bycie produktywnym członkiem społeczeństwa. Tymczasem rządy są zobowiązane do zapewnienia osobom starszym uczestnictwa we współtworzeniu społeczeństw, w których żyją.

Aktywność organizacji międzynarodowych na rzecz ochrony wymienionych praw jest przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego artykułu.

III. Prawa osób starszych i niepełnosprawnych w pracach ONZ

System ochrony praw człowieka ONZ został rozbudowany na bazie art. 55 Karty Narodów Zjednoczonych⁴, który zobowiązywał państwa członkowskie do powszechnego przestrzegania ludzkich praw. Myśl w nim zawartą rozwijała Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 20 grudnia 1948 r. W jej art. 25 po raz pierwszy w dokumentach ONZ znaleźć można sformułowania *expressis verbis* odnoszące się do osób w podeszłym wieku i niepełnosprawnych. Artykuł ten głosi, że „każda osoba ma prawo do poziomu życia odpowiadającego potrzebom

² Por. A. Janiszewska, *Problem jakości życia ludzi starych w dokumentach międzynarodowych i krajowych* [w:] *Jakość życia ludzi starych – wybrane problemy*, red. A. Janiszewska, Łódź 2015, „Space – Society – Economy”, z. 14, s. 63–81.

³ Cyt. za: K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, wyd. 2, Wrocław–Warszawa 1972, s. 101.

⁴ Tekst zawarty w: A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, wyd. 4, Lublin 1998, s. 7 i nn.

zdrowia i dobrobytu, jak również prawo do zabezpieczenia na wypadek bezrobocia, choroby, niezdolności do pracy, wdowieństwa, podeszłego wieku”⁵.

Pojęcie „podeszły wiek” (*old age*) znalazło się nieco później także w art. 24 konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r.⁶ Nakładał on na państwa-strony obowiązek zapewnienia ubezpieczenia społecznego dla uchodźców w wypadku choroby, niezdolności do pracy lub podeszłego wieku.

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r.⁷ nie zawiera przepisów wyraźnie wymieniających osoby starsze, ale wiele z nich (np. art. 9, 11, 12) odnosi się do kwestii dotyczących ludzi starszych (prawo do zabezpieczenia społecznego, prawo do odpowiedniego poziomu życia, prawo do korzystania z najwyższej osiągalnego stanu zdrowia fizycznego i psychicznego).

Istotnym krokiem naprzód w procesie rozwoju praw ludzi starszych i niepełnosprawnych było uchwalenie przez Zgromadzenie Ogólne ONZ deklaracji o prawach osób niezdolnych do pracy (*disabled persons*)⁸. Bez wątplenia osoby starsze często są dotknięte inwalidztwem i z tego względu zasady ujęte w deklaracji także je chronią. Deklaracja zapewnia im życie w warunkach najbardziej zbliżonych do poziomu, na jakim żyją ludzie zdrowi w ich wieku.

W latach osiemdziesiątych XX w. zainteresowanie problematyką „starzenia się” świata gwałtownie wzrosło. Wiadomym wyrazem tego zjawiska było przyjęcie w 1982 r. Międzynarodowego Planu Działania w sprawie Starzenia się (Vienna International Plan of Action on Ageing)⁹. Został on zatwierdzony przez Zgromadzenie Ogólne ONZ. Znalazły się w nim 62 rekomendacje dla państw, nawiązujące do postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych¹⁰.

Do postanowień Paktu nawiązywały i były z nim skorelowane przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne w 1991 r. zasady Narodów Zjednoczonych na rzecz osób starszych¹¹. Tekst tego dokumentu został podzielony na pięć sekcji

⁵ K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów...*, s. 101.

⁶ Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515).

⁷ Tekst zawarty w: A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne...*, s. 184 i nn.

⁸ Declaration on the Rights of Disabled Persons, Resolution 3447 (XXX), UN General Assembly, 2433rd plenary meeting, 9 December 1975, s. 88–89, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/001/60/IMG/NR000160.pdf?OpenElement>> [dostęp: 1.10.2018].

⁹ The Vienna International Plan of Action on Ageing, adopted by the World Assembly on Ageing held in Vienna, Austria from 26 July to 6 August 1982, <<http://www.un.org/en/events/elderabuse/pdf/vipaa.pdf>>; [dostęp: 1.10.2018].

¹⁰ Report of the World Assembly on Ageing, 26 July–6 August 1982, United Nations Publications, No. E.82.I.16.

¹¹ UN General Assembly Resolution 46/91. Implementation of the International Plan of Action on Ageing and related activities, A/RES/46/91, 74th plenary meeting, 16 December 1991, <<http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r091.htm>> [dostęp: 2.10.2018].

zatytułowanych: niezależność (*independence*), uczestnictwo (*participation*), opieka (*care*), samorealizacja (*self-fulfilment*) i godność (*dignity*). W sekcji poświęconej niezależności ludzi starszych znalazły się prawa do wyżywienia, wody, schronienia, ubioru i opieki zdrowotnej wzbogacone prawem do współuczestniczenia w decydowaniu, kiedy i po jakim okresie nastąpi wycofanie się z rynku pracy (*withdrawal from the labour force*). Wyodrębniono tu także prawo ludzi starszych do uczestniczenia w programach edukacyjnych i szkoleniowych oraz do zamieszkiwania w domu rodzinnym tak długo, jak jest to tylko możliwe. Uczestnictwo w świetle ogólnych zasad oznacza integrację ze społeczeństwem oraz aktywne współdziałanie przy formułowaniu i implementacji polityki społecznej, która bezpośrednio dotyczy ich godziwej egzystencji. Podkreślono tu również prawo ludzi starszych do działania w charakterze wolontariuszy bądź aktywnych członków na rzecz wspólnot, które ich otaczają. Sekcja ogólnych zasad dotycząca opieki obejmowała prawo korzystania z opieki rodziny i służby zdrowia oraz z praw człowieka i podstawowych wolności podczas przebywania w schroniskach i zakładach opiekuńczo-leczniczych. Pod pojęciem „prawa do samorealizacji” w ogólnych zasadach kryła się możliwość pełnego rozwoju potencjału ludzi starszych poprzez dostęp do edukacji, kultury i zasobów duchowych oraz rekreacyjnych ich społeczeństw. Sekcja zatytułowana godność mówiła o prawie ludzi starszych do godnego i bezpiecznego życia, wolnego od wyzysku, fizycznych i psychicznych prześladowań oraz do sprawiedliwego traktowania bez względu na wiek, płeć, pochodzenie etniczne i rasę, sytuację materialną oraz inne przyczyny dyskryminacji.

W dziesiątą rocznicę przyjęcia Międzynarodowego Planu Działania w sprawie Starzenia się Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło 16 października 1992 r. Proklamację w sprawie starości¹². Zdając sobie sprawę z niewielkiego postępu w dziedzinie opieki nad ludźmi starszymi, Zgromadzenie Ogólne wezwało do zintensyfikowania inicjatyw narodowych. W dokumencie dano wyraz potrzebie zróżnicowania troski o starsze kobiety i troski o starszych mężczyzn. W odniesieniu do kobiet domagano się w proklamacji, by państwa udzielały im poparcia dla rozwijania ich powszechnie niedocenianego wkładu w należyte funkcjonowanie społeczeństwa. Mężczyźni winni być zachęceni do rozwijania ich umiejętności socjalnych, kulturalnych i emocjonalnych, które nabyli w trakcie wykonywania pracy zawodowej. W proklamacji ogłoszono, że rok 1999 będzie Rokiem Ludzi Starszych na znak uznania demograficznej „pełnoletniości” (*coming of age*) ludzkości¹³.

¹² UN General Assembly Resolution 47/5. Proclamation on Ageing, A/RES/47/5, 42nd plenary meeting, 16 October 1992, <<http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r005.htm>> [dostęp: 2.10.2018].

¹³ *Ibidem*.

IV. Prawa ludzi starszych na tle Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r. nie wspomina w swych przepisach o ludziach starych (*older persons*). Termin ten pojawia się jednak w innych dokumentach międzynarodowych, które oprócz niego stosują takie pojęcia, jak: „wiekowi” (*the aged*), „starsi” (*the elderly*), „trzeci wiek” (*the third age*), „starość” (*the ageing*), a także w odniesieniu do osób, które przekroczyły 80. rok życia – „czwarty wiek” (*the fourth age*). Według statystyk ONZ osobą starszą jest każdy, kto przekroczył sześćdziesiąty rok życia, ale organ statystyczny UE – EUROSTAT jest dla ludzi w średnim wieku łaskawszy i za wiek graniczny przyjmuje sześćdziesiąty piąty rok życia.

Brak w Międzynarodowym Pakcie nawiązania *expressis verbis* do praw ludzi starszych nie oznacza, że nie korzystają oni ze wszystkich praw w nim zawartych. Zarówno w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r., jak i w Pakcie z 1966 r. nie wymienia się także *explicite* podeszłego wieku jako przyczyny dyskryminacji, co daje się wytłumaczyć faktem, iż w latach, gdy te dokumenty uchwalono, problemy demograficzne związane ze starzeniem się ziemskiej populacji nie były tak wyraźnie jak dziś dostrzegane. Nie ulega wątpliwości, że prawo wewnętrzne wielu krajów zawiera przepisy o charakterze dyskryminacyjnym wobec ludzi starszych. Tytułem przykładu wymienić można regulacje wyznaczające terminy przymusowego przejścia na emeryturę czy uniemożliwiające edukację po przekroczeniu określonego wieku. Obecnie można zauważyć tendencję do odchodzenia od takich rozwiązań prawnych, chociaż walka z bezrobociem wśród młodych kategorii wiekowych jest czynnikiem ją osłabiającym.

W przeciwieństwie do praw kobiet i dzieci prawa ludzi starszych nie zostały jak dotychczas ujęte w obszernej konwencji międzynarodowej i nie stworzono regulacji prawnych, które kreowałyby wiążący państwa-strony system kontroli przestrzegania tych praw. W tych okolicznościach łagodną formę kontroli realizacji praw ludzi starszych wykonuje, przy okazji oceniania sprawozdań państw, Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Został on utworzony przez Radę Gospodarczą i Społeczną ONZ w 1985 r. – dziesięć lat po wejściu w życie w 1977 r. Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Składa się on z 18 niezależnych ekspertów, którzy przedstawiają Radzie raporty z postępów implementacji Paktu, sporządzane na podstawie sprawozdań państw.

Sprawozdania państw nie zawierały systematycznych informacji dotyczących sytuacji ludzi starszych. W 1995 r. Komitet zażyczył sobie, by w przyszłości państwa umieszczały w swych sprawozdaniach dane ilustrujące realizację

poszczególnych praw zawartych w Pakcie w odniesieniu do ludzi starszych¹⁴. Od tego czasu Komitet dokonuje przeglądu wykonywania ich praw ze szczególnym uwzględnieniem równości praw mężczyzn i kobiet (art. 3 Paktu), praw dotyczących pracy (art. 6, 7, 8), prawa do zabezpieczenia społecznego (art. 9), ochrony rodziny (art. 10), prawa do odpowiedniego poziomu życia (art. 11), prawo do zdrowia (art. 12) oraz kultury i edukacji (art. 13, 14, 15).

V. Konwencja ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami

Z punktu widzenia standardów ochrony praw osób starszych oraz niepełnosprawnych istotne znaczenie od 2006 r. ma przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ konwencja o prawach osób z niepełnosprawnościami, której angielski tytuł brzmi: *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*¹⁵. W tytule francuskim pojawia się jednak „*droits des personnes handicapées*”, czyli „prawa osób niepełnosprawnych” i tym wzorem posłużył się polski tłumacz oficjalnego tekstu zamieszczonego w *Dzienniku Ustaw*¹⁶.

Przyjęcie konwencji napotkało na opory wynikające z faktu, iż oponenci byli zdania, że ogólne i wiążące traktaty praw człowieka chronią każdą istotę ludzką i zakazują dyskryminacji zarówno osób starszych, jak i niepełnosprawnych nawet wówczas, kiedy *expressis verbis* nie wspominają o starości czy niepełnosprawności jako przyczynie nierównego traktowania.

Mimo zgłaszanych zastrzeżeń w dniu 13 grudnia 2006 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło jednogłośnie konwencję i przedstawiło państwom członkowskim do podpisu 30 marca 2007 r. W przeciwieństwie do Paktów Praw Człowieka członkowie ONZ szybko konwencję podpisali i złożyli dwadzieścia ratyfikacji niezbędnych dla jej wejścia w życie¹⁷. Polska ratyfikowała konwencję dopiero po ponad pięciu latach, w dniu 6 września 2012 r.¹⁸ Polska dyplomacja uzasadniała długotrwałość procesu ratyfikacyjnego koniecznością dokonania zmian w ustawach o rehabilitacji zawodowej i społecznej, o zatrudnieniu osób niepełnospraw-

¹⁴ CESCR General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, adopted at the Thirteenth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 8 December 1995, s. 3, <<http://www.refworld.org/pdfid/4538838f11.pdf>> [dostęp: 2.10.2018].

¹⁵ *Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol* <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>> [dostęp: 2.10.2018]

¹⁶ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r. (Dz. U. z 2012 r., poz. 1169) [dalej: konwencja].

¹⁷ Na dzień 2 października 2018 r. liczba ratyfikacji konwencji wynosiła 177. Podano za: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>> [dostęp: 2.10.2018].

¹⁸ Zob. szerzej: M. Szreniawska, *Znaczenie ratyfikacji Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, „Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania” 2012, nr 3, s. 5–16.

nych oraz w ustawie o służbie cywilnej i prawie wyborczym. Do 2012 r. zdołano znowelizować kodeks cywilny (zwolnienie osób niewidomych z obowiązku oświadczenia woli w formie aktu notarialnego) i uchwalić ustawę o języku migowym oraz innych środkach komunikowania się. Argument – który rzekomo miał tłumaczyć długotrwałość procesu ratyfikacyjnego tym, że konieczne jest dostosowanie prawa wewnętrznego do wymogów konwencji – był wysoce nieprzekonujący. Stosowne zmiany można było dokonać już po ratyfikacji, bowiem art. 35 ust. 1 konwencji wymaga złożenia wstępnego sprawozdania z wdrożenia jej przepisów w ciągu dwóch lat od zdeponowania dokumentu ratyfikacyjnego. I tak nie zdołano przed ratyfikacją dokonać istotnych zmian w zakresie instytucji ubezwłasnowolnienia w duchu ujętej w art. 12 konwencji zasady równości wobec prawa (ubezwłasnowolnienie całkowite jako przeszkoda zawarcia małżeństwa, prawa wyborcze osób ubezwłasnowolnionych)¹⁹.

Polska nie podpisała i, co za tym idzie, nie ratyfikowała jeszcze protokołu fakultatywnego do konwencji, który wykreował procedurę skarg indywidualnych do Komitetu Praw Osób z Niepełnosprawnościami. Protokół ten ratyfikowały dotychczas 92 państwa²⁰.

Ratyfikacja konwencji przez Polskę oznaczała przyjęcie nie tylko zobowiązań substancjalnych, zmierzających do ochrony konkretnych praw, lecz także wprowadzenia zmian instytucjonalnych, takich jak utworzenie w strukturach urzędowych ciał pilnujących, by konwencja była skutecznie wdrażana, działania kompetentnych resortów należycie koordynowane, a program działania szeroko promowany i monitorowany²¹.

Należy zwrócić uwagę na fakt, iż Polska, ratyfikując konwencję, zgłosiła istotne zastrzeżenie. Dotyczyło ono interpretacji art. 23 ust. 1 b) oraz art. 25 a). Polska oświadczyła, iż artykułów tych nie będzie interpretowała jako potwierdzające prawo jednostki do aborcji i nakładające na państwo obowiązek jej udostępnienia. Można żywić nadzieję, że w zastrzeżeniu zawierającym wyraźnie zarysowane tło ideologiczne nie chodziło o wykluczenie prawa osób niepełnosprawnych do traktowania ich na równi z osobami pełnosprawnymi i o uniemożliwienie im dostępu do legalnie przeprowadzonego zabiegu przerywania ciąży²². Jeśli

¹⁹ Por. Fundacja Instytut Rozwoju Regionalnego, *Polska droga do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych ONZ*, Kraków 2008, *passim*.

²⁰ <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>> [dostęp: 2.10.2018] r.

²¹ Szerzej na temat systemu monitorowania: *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Guidance for human rights monitors*, New York and Geneva 2010 („Professional Training Series” no. 17), <https://www.ohchr.org/documents/Publications/disabilities_training_17en.pdf> [dostęp: 2.10.2018].

²² A. Śledzińska-Simon, *Ratyfikacja Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych – komentarz*, <<http://www.hfhr.pl/ratyfikacja-konwencji-onz-o-prawach-osob-niepelnosprawnych-komentarz/>> [dostęp: 2.10.2018].

nadzieja ta pokrywa się z rzeczywistością, to można uznać, iż złożenie zastrzeżenia było zbędne i zrodziło niepotrzebne wątpliwości co do intencji rządu RP. Wątpliwości te mają swe uzasadnienie także w fakcie wieloletniej zwłoki w procesie ratyfikacyjnym. Trudno się dziwić, że społeczność międzynarodowa podejrzewa władze polskie o ideologizowanie ich stosunku do aktów dotyczących międzynarodowej ochrony praw człowieka. Podejrzenia te mają swe źródło w fakcie negatywnego stosunku Polski do art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE), który głosi, że „Unia uznaje prawa, wolności i zasady określone w Kartach podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 roku w brzmieniu dostosowanym 12 grudnia 2007 roku w Strasburgu, która ma taką samą wartość prawną jak traktaty”²³. Polska i Wielka Brytania przyjęły protokół nr 30 w sprawie stosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej: Karta) do Polski i Zjednoczonego Królestwa²⁴. Protokół ten stwierdzał, że Karta nie rozszerza zdolności Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) ani żadnego sądu lub trybunału obu państw do stwierdzenia, że prawo lub praktyka wewnętrzna sygnatariuszy protokołu jest niezgodna z prawami, wolnościami i zasadami potwierdzonymi w Kartach. W efekcie protokół uniemożliwił wnoszenie przez Komisję Europejską lub inne państwo członkowskie skarg przeciw Polsce, a TSUE stwierdzenia sprzeczności między polskim prawem krajowym a Kartą. Polska ustawiła się dzięki protokołowi w wygodnej pozycji państwa, które może skarżyć innych za naruszenie Karty, a samo pozostaje poza krytyką. Helsińska Fundacja Praw Człowieka trafnie określiła manewry polskiej dyplomacji związane z przyjęciem konwencji z 2006 r. oraz tzw. protokołu brytyjskiego jako wstydlivy przykład małego zaangażowania rządu RP w postęp w zakresie ochrony praw człowieka²⁵.

Głównym celem konwencji z 2006 r. nie było wykreowanie nowych praw osób niepełnosprawnych, lecz doprecyzowanie antydyskryminacyjnych norm prawa międzynarodowego do potrzeb tych osób i ich skatalogowanie w celu uświadomienia władzom i społeczeństwom państw członkowskich ONZ ich obowiązków wobec tych osób. Konwencja kładzie nacisk na te obowiązki, a więc nie pozostawia troski o niepełnosprawnych w sferze charytatywnych działań społeczeństw, których efektywność i powszechność zależy od woli dobroczyńców, lecz czyni z niej powinność gwarantowaną prawem. W tym kontekście na drugi plan schodzi długotrwałe upośledzenie przejawiające się niesprawnością fizyczną, umysłową bądź intelektualną, a na pierwszym planie pojawia się

²³ Tekst zawarty w: M. Muszyński S. Hambura, *Traktat o Unii Europejskiej. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Załączniki. Protokoły. Deklaracje. EURATOM. Wersje skonsolidowane po wejściu w życie Traktatu z Lizbony*, Bielsko-Biała 2010.

²⁴ *Ibidem*, s. 357.

²⁵ Zob. K. Kurowski, *Wolności i prawa człowieka i obywatela z perspektywy osób z niepełnosprawnościami*, Warszawa 2014, *passim*.

konieczność zwalczania wszelkich barier, które uniemożliwiają lub utrudniają udział osób niepełnosprawnych w życiu społecznym zgodnie z zasadą równości wszystkich ludzi i zakazem dyskryminacji z jakichkolwiek przyczyn.

Autorzy konwencji przemodelowali podejście do problemu niepełnosprawności. W miejsce zinstytucjonalizowanego patronatu państwa prowadzącego niejednokrotnie do separacji i segregacji niepełnosprawnych pojawia się idea ich „włączenia społecznego”. Przykładem realizacji tej idei jest art. 2 konwencji, który za przejaw dyskryminacji uznaje odmowę dokonania „racjonalnych usprawnień” umożliwiających niesprawnym wykonywanie niektórych zawodów. Obowiązek dokonywania „racjonalnych usprawnień” winien być spełniony nie tylko przez państwa w drodze stanowienia prawa, jego postępowego rozwoju oraz monitoringu (płaszczyzna wertykalna), ale także przez osoby fizyczne i prawne zatrudniające i współdziałające z osobami niepełnosprawnymi (płaszczyzna horyzontalna).

Elementem idei „włączenia społecznego” są postanowienia art. 12 ust. 2 nakładające na strony konwencji obowiązek uznania zdolności do czynności prawnych osób niepełnosprawnych, co zrównuje je z osobami pełnosprawnymi. Zakres tego uznania winien być jak najszerszy, co oznacza, że instytucja ubezwłasnowolnienia winna być maksymalnie ograniczona lub zlikwidowana. Przedstawiciele ustawowi nie powinni zastępować swoich podopiecznych, lecz pomagać im w podjęciu wymaganych decyzji w tak ważnych życiowych sprawach, jak zawarcie związku małżeńskiego, dysponowanie majątkiem, udział w wyborach, edukacja, prokreacja (art. 23 ust. 1 pkt b) konwencji), a także zapłodnienie *in vitro*. W świetle konwencji nawet osoby LGBT winny mieć możliwość korzystania z technik sztucznego zapłodnienia. Istotnym elementem konwencji są przepisy dotyczące dostępności do wszystkich obszarów życia społecznego, a więc likwidacji wszystkich barier zawodowych, edukacyjnych, architektonicznych, komunikacyjnych i innych.

Zawarcie konwencji z 2006 r. ma ciekawy aspekt z punktu widzenia międzynarodowego prawa traktatów. Otóż konwencję tę podpisała 30 marca 2007 r. i ratyfikowała 23 grudnia 2010 r. Unia Europejska. Stało się tak z inicjatywy Komisji Europejskiej, która zgodnie z art. 218 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)²⁶ z upoważnienia Rady Unii Europejskiej prowadzi negocjacje w sprawie zawarcia umów międzynarodowych z państwami trzecimi lub organizacjami międzynarodowymi. Celowość stania się przez UE stroną konwencji uzasadnia art. 151 TFUE, który w ramach realizacji celów polityki społecznej nakłada na organizację obowiązek przeciwdziałania wykluczeniu. Na tym tle UE współpracuje z Radą Praw Człowieka ONZ oraz z Trzecim Komitetem Zgromadzenia Ogólnego tej organizacji. Efektem tej współpracy było wynegocjowanie

²⁶ Tekst zawarty w: M. Muszyński, S. Hambura, *Traktat o Unii Europejskiej...*, s. 165 i nn.

przez państwa członkowskie ONZ przy współudziale UE konwencji z 2006 r. oraz jej podpisanie. Z chwilą ratyfikacji przez Radę UE wszystkie państwa członkowskie winny respektować jej postanowienia. Powstaje więc pytanie, czy Polska już w 2010 r. nie była związana regulacjami zawartymi w konwencji? Pytanie to jak na razie nie znajduje w doktrynie wyczerpującej odpowiedzi. Nie ulega natomiast wątpliwości, że unijne prawo wtórne oraz polityka społeczna UE muszą być zgodne z konwencją, co powoduje, że państwa członkowskie muszą do niej dostosować swoje prawo wewnętrzne.

Konwencja z 2006 r. w art. 3 wylicza podstawowe zasady, na których bazują prawa i wolności osób niepełnosprawnych. Zasady te to: poszanowanie godności ludzkiej, niedyskryminacja, pełne i efektywne uczestnictwo w życiu społecznym, poszanowanie dla odmienności, równe szanse, dostępność, poszanowanie potencjału dzieci niepełnosprawnych i poszanowanie ich prawa do tożsamości. Wynikające z przyjętych zasad prawa i wolności najczęściej znane są już z wcześniejszych aktów katalogujących międzynarodowe prawa praw człowieka. Niektóre z nich przybrały jednak nowatorski kształt. Przykładowo wymienić można art. 19 konwencji, który mówi o prawie do samodzielnego życia i integracji społecznej. Jego korzenie sięgają jednak do dobrze znanego prawa do życia prywatnego i rodzinnego, prawa do swobodnego przemieszczania się, a więc w tym do wyboru miejsca zamieszkania oraz wolności osobistej.

Analiza art. 19 konwencji pozwala zwrócić uwagę na coraz częściej pojawiające się zjawisko zacierania różnicy między prawami człowieka pierwszej i drugiej generacji. Różnicę tę wyraźnie zakreślili w 1966 r. autorzy obu Paktów Praw Człowieka. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych²⁷ zawierał prawa i wolności, których realizacja przez państwa-strony musiała nastąpić natychmiast po związaniu się tym Paktem. Prawa drugiej generacji mieściły się w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, którego regulacje wprowadzano w życie stopniowo i z tego względu określane były mianem „praw programowych” (*program rights*). Strony tego Paktu miały więc obowiązek dążenia do wyznaczonego w jego regulacjach celu w drodze stopniowego dochodzenia do zaprogramowanego stanu. Pakt obowiązywał jednak strony, by wykorzystywały w sposób maksymalny wszystkie środki, które były dla nich dostępne na danym etapie ich rozwoju gospodarczego i społecznego.

Można byłoby przypuszczać, że prawa wynikające z art. 19 i dotyczące integracji społecznej należą do praw drugiej generacji. Tymczasem podlegają one procedurze skargowej i dlatego należy je zakwalifikować do grona praw wymagających natychmiastowej realizacji. Opisane zjawisko można zaobserwować także w odniesieniu do innych artykułów konwencji.

²⁷ Tekst zawarty w: A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne...*, s. 160 i nn.

VI. Międzynarodowa kontrola przestrzegania praw ujętych w konwencji z 2006 r.

Państwa, a także organizacje międzynarodowe (dotychczas jedynie UE), które są stronami konwencji, mają obowiązek składania sprawozdań dotyczących implementacji postanowień w niej zawartych. Sprawozdania uznawane są za najłagodniejszy środek kontroli międzynarodowej, ale umożliwiają zdyscyplinowanie państw-stron i w razie konieczności postawienia ich pod pręgierzem światowej opinii publicznej. Sprawozdania są oceniane przez ustanowiony na mocy konwencji Komitet do spraw Praw Osób Niepełnosprawnych (dalej: Komitet), który po dyskusji z udziałem przedstawicieli państwa, a także pochodzących z tego państwa organizacji pozarządowych opracowuje zalecenia o charakterze niewiążącym. Fakt, iż w skład Komitetu wchodzi niezależni od państw eksperci, powoduje, że zalecenia nie nabierają charakteru politycznego.

Znacznie silniejszym środkiem kontrolnym jest procedura prowadząca do przyjęcia przez Komitet tzw. opinii (*view*). Jest ona odwzorowaniem procedury przyjętej w Komitecie Praw Człowieka kontrolującym przestrzeganie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Na mocy protokołu fakultatywnego do konwencji z 2006 r. osoby oraz grupy osób mają prawo składania skarg do Komitetu na państwa, które ratyfikowały konwencję i protokół, a naruszyły prawa niepełnosprawnych. Mają jednak obowiązek przestrzegania zasady wyczerpania dróg prawa wewnętrznego (*principle of exhaustion of local remedies*), znanej zarówno z prawa opieki dyplomatycznej, jak i z procedur obowiązujących przy przyjmowaniu skarg do organów sądowych i traktatowych składanych wskutek naruszenia praw człowieka²⁸. Niewykorzystanie istniejących w prawie wewnętrznym środków odwoławczych grozi oddaleniem złożonej skargi.

Niezrozumiałe nieratyfikowanie przez Polskę protokołu fakultatywnego (*optional protocol*) powoduje, że osoby poszkodowane na tle swej niepełnosprawności na terytorium polskim wskutek nieprzestrzegania na nim postanowień konwencji nie mogą składać skarg do Komitetu.

Dotychczasowe orzecznictwo Komitetu do spraw Praw Osób Niepełnosprawnych świadczy o tym, że wymaga on od państw nader skrupulatnego przestrzegania postanowień konwencji i większość z nich traktuje jako samowynikonalne (*self-executing*), ponieważ wyraźnie i precyzyjnie formułują one prawo osób niepełnosprawnych do posiadania wskazanych w przepisach uprawnień.

²⁸ J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Poznań 2006, s. 189–250.

Do 2015 r. Komitet rozpatrzył jedenaście spraw²⁹. Na szczególną uwagę zasługuje opinia wydana 11 kwietnia 2014 r. w sprawie wywołanej skargą (*communication*) obywatela argentyńskiego Mr. X. Sprawa dotyczyła praw osoby niepełnosprawnej, czasowo pozbawionej wolności, bez należytego dostępu do opieki medycznej i rehabilitacji. Autor skargi został tymczasowo aresztowany w związku z toczącym się przeciwko niemu postępowaniem karnym. Cierpiał on na poważną kontuzję kręgosłupa. Za zgodą sądu został zoperowany, bowiem konieczne było wprowadzenie do jego organizmu płytki chirurgicznej w miejsce usuniętego wcześniej wskutek wypadku drogowego dysku. Dzień po operacji autor skargi doznał udaru, utracił zmysł równowagi, a także przejawiał szereg innych zaburzeń neurologicznych. Uskarżał się także na ostre bóle w kręgosłupie i niepokojącą ruchomość zainstalowanej płytki. Początkowo zmieniono mu areszt w zakładzie karnym na areszt domowy, bowiem mógł się poruszać jedynie na wózku inwalidzkim przy asyście opiekuna. Z tego względu zakwalifikowano go jako osobę niepełnosprawną. Po pewnym czasie sąd federalny odrzucił jego wniosek o prolongowanie aresztu domowego, co spowodowało, że został osadzony w szpitalu więziennym bez odpowiedniego zaplecza medycznego. Jego wniosek został jednak odrzucony, mimo że lekarze wyrazili opinię, iż konieczna jest operacja i usunięcie płytki, która groziła przy intensywniejszym ruchu przerwaniem rdzenia kręgowego. Poprawie uległy jedynie warunki przebywania w szpitalu więziennym dzięki zainstalowaniu dzwonka alarmowego i likwidacji utrudniających poruszanie się progów. W swej skardze autor wyznawał, że nie wyczerpał wszelkich środków odwoławczych, ale tłumaczył to faktem, iż utracił wiarę w ich skuteczność, a potem obawiał się, że stawanie przed sądem, wiążące się z długotrwałym transportem ambulansem, grozi mu poważnymi konsekwencjami zdrowotnymi. W tych okolicznościach skarżący domagał się,

²⁹ CRPD – 7th session (16 to 20 April 2012) Geneva: *H.M. V. Sweden*, CRPD/C/7/D/3/2011 (opinia stwierdzająca naruszenie). CRPD – 8th session (17 to 28 September 2012) Geneva: *Kenneth McAlpine v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, CRPD/8/D/6/2011 (niedopuszczalność skargi). CRPD – 9th session (15 to 19 April 2013) Geneva: *Szilvia Nyusti, Péter Takács and Tamás Fazekas v. Hungary*, CRPD/C/9/D/1/2010 (opinia stwierdzająca naruszenie). CRPD – 10th session (2 to 13 September 2013) Geneva: *Zsolt Bujdosó and five others v. Hungary*, CRPD/C/10/D/4/2011. CRPD – 11th session (31 March to 11 April 2014) Geneva: *Liliane Gröninger et al. v. Germany*, CRPD/C/D/2/2010 (opinia stwierdzająca naruszenie) oraz *Mr. X. v. Argentina*, CRPD/C/11/D/8/2012 (opinia stwierdzająca naruszenie). CRPD – 12th session (15 September to 3 October 2014) Geneva: *Ms. S.C. v. Brazil*, CRPD/C/12/D/10/2013 (niedopuszczalność skargi) oraz *Ms. Marie-Louise Jungelin v. Sweden*, CRPD/C/12/D/5/2011 (opinia stwierdzająca brak naruszenia). CRPD – 13th session (25 March to 17 April 2015) Geneva: *A.M. v. Australia*, CRPD/C/13/D/12/2013 (niedopuszczalność skargi) oraz *A.F. v. Italy*, CRPD/C/13/D/9/2012 (opinia stwierdzająca brak naruszenia). CRPD – 14th session (17 August to 4 September 2015) Geneva: *Mr. F. v. Austria*, CRPD/C/14/D/21/2014 (opinia stwierdzająca naruszenie). Podano za: <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/jurisprudence.aspx>> [dostęp: 2.10.2018].

by przywrócono mu areszt domowy i umożliwiono należyte leczenie w specjalistycznym zakładzie medycznym³⁰.

Głównym kontrargumentem przedstawionym przez pełnomocników władz argentyńskich był kierowany pod adresem skarżącego zarzut, iż nie wyczerpał tzw. „toku instancji”, bowiem nie odwołał się do Sądu Najwyższego.

Komitet uznał, że autor skargi składał wielokrotnie apelacje od decyzji sądów i będąc w krytycznym stanie zdrowia, nic więcej nie mógł uczynić. Równocześnie Komitet uznał, że autor był ofiarą dyskryminacji ze względu na stan zdrowia i stwierdził, że władze argentyńskie są zobowiązane do zapewnienia skarżącemu takich warunków, by nie czuł się dyskryminowany i jego standard życia zrównał się ze standardem innych zdrowych więźniów. Komitet orzekł, że państwo-strona jest zobowiązane do podjęcia działań, które uniemożliwią ponowne, analogiczne naruszenie praw osób niepełnosprawnych, które zostały pozbawione wolności. Ponadto zobowiązał władze Argentyny do przeszkolenia sędziów, jak również służby więziennej i personelu medycznego w duchu konwencji o prawach osób niepełnosprawnych.

VII. Ochrona ludzi starszych i niepełnosprawnych w systemie prawnym Unii Europejskiej

W latach dziewięćdziesiątych XX w. zaczęła funkcjonować w UE Europejska Strategia Zatrudnienia (European Employment Strategy), która promuje aktywne starzenie się poprzez pozostawienie ludzi starszych na rynku pracy³¹. W Zielonej (2010 r.) i Białej (2012 r.) Księdze Komisja Europejska zaleciła dopasowanie wieku emerytalnego do stale rosnącej średniej długości życia obywateli państw członkowskich UE. Coraz bardziej widoczny w tych państwach staje się konflikt pokoleń ze względu na bezrobocie ludzi młodych. Rozpowszechnia się jednak popularny w amerykańskiej doktrynie społecznej pogląd o wcześniejszym, obowiązkowym przechodzeniu na emeryturę jako naruszeniu godności człowieka. Przyjęta zostaje dyrektywa Rady 2000/78 z dnia 27 listopada 2000 r. o ogólnych warunkach ramowych równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy³². Dyrektywa ma charakter antydyskryminacyjny i sprzeciwia się deprecjonowaniu pracowników ze względu na wiek (art. 6). Odmienne traktowanie pod kątem wieku nie stanowi dyskryminacji, o ile celom towarzyszy właściwa i konieczna polityka zatrudnienia. W świetle dyrektywy jest dopuszczalne określenie ra-

³⁰ *Mr. X. v. Argentina*, CRPD/C/11/D/8/2012, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/11/D/8/2012&Lang=en> [dostęp: 2.10.2018].

³¹ Zob. <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=en>> [dostęp: 2.10.2018].

³² Dz. Urz. UE L 303/16, z 2.12.2000, s. 79 i nn.

cyjnego okresu zatrudnienia przed przejściem na emeryturę oraz różnych granic wieku dla pracowników lub ich kategorii. Przepis art. 6 dyrektywy był krytykowany za odniesienie się głównie i jedynie do wieku metrykalnego, nie uwzględniającego cech indywidualnych pracowników.

Karta praw podstawowych UE *explicite* wskazuje w art. 21 ust. 1, iż „zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na [...] niesprawność i wiek”³³. O prawach osób starszych i o integracji osób niepełnosprawnych głośzą w tytule III *Równość* art. 25 i 26. Ten pierwszy stwierdza, że „Unia uznaje i szanuje prawo osób w podeszłym wieku do godnego i niezależnego życia oraz do uczestniczenia w życiu społecznym i kulturalnym”³⁴. Drugi stanowi, że „Unia uznaje i szanuje prawo osób niepełnosprawnych do korzystania ze środków mających zapewnić im samodzielność, integrację społeczną i zawodową oraz udział w życiu społeczności”³⁵. Jak już wspomniano, rząd polski uchylił się od związania Kartą praw podstawowych UE poprzez podpisanie protokołu nr 30, zwanego protokołem brytyjskim. Ideologiczny opór wobec Karty wynikał głównie, ale nie wyłącznie, z brzmienia zawartego w tytule II pt. *Wolność* art. 9 o tytule: *Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny*. Głosi on, że „Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw”³⁶. Krytycy tego artykułu podnosili, iż odbiega on od brzmienia art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. stanowiącego, że „mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”³⁷. Z tego względu krytycy sugerowali, że art. 9 Karty dopuszcza, by po ewentualnej zmianie ustawodawstwa polskiego zaistniała zgodna z Kartą możliwość zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci. W celu wykluczenia takiej możliwości, pod presją kręgów wyznaniowych, zablokowano przyjęcie mocy wiążącej Karty praw podstawowych UE. Tym samym sparaliżowano możliwość wykorzystywania przez osoby starsze i niepełnosprawne żyjące w Polsce art. 25 i 26 Karty w obronie ich praw.

VIII. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w odniesieniu do osób starszych

Nader często wykładnia dyrektywy 2000/78/WE oraz przepisy krajowe są przedmiotem orzecznictwa preudycjalnego TSUE w związku z wiekiem

³³ M. Muszyński, S. Hambura, *Traktat o Unii Europejskiej...*, s. 221.

³⁴ *Ibidem*, s. 222.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, s. 219.

³⁷ A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne...*, s. 236.

emerytalnym. Zapotrzebowanie na to orzecznictwo zwiększa się ze względu na rosnący rozróż między przepisami krajowymi a zjawiskiem aktywizacji zawodowej starzejących się obywateli państw członkowskich UE. Dobrze ilustruje ten problem sprawa *Werner Mangold* (wyrok z dnia 22 listopada 2005 r.)³⁸. Skarżący, 56-letni Niemiec, zakwestionował zgodność niemieckiego prawa z dyrektywą 2000/78/WE. Prawo to zezwalało na zawarcie jedynie na czas ograniczony umowy o pracę z osobą powyżej 52. roku życia. Trybunał przyznał rację skarżącemu i za ogólną zasadę UE uznał zakaz dyskryminacji ze względu na wiek. W sprawie *Gisela Rosenblatt* (wyrok z dnia 12 października 2010 r.)³⁹ skarżąca kwestionowała zgodność z dyrektywą 2000/78/WE prawa niemieckiego sankcjonującego automatyczne zwolnienie ze stanowiska sprzątaczkę po ukończeniu 65. roku życia. Trybunał nie podzielił jej stanowiska. W sprawie *Prigge, Fromm i Lambach* (wyrok z dnia 13 września 2011 r.)⁴⁰ skarżący uznali za dyskryminację zwolnienie ich z pracy przez Deutsche Lufthansa w chwili, gdy przekroczyli jako piloci 60. rok życia. Decyzja pracodawcy miała podstawę w układzie zbiorowym o pracę. Trybunał uznał racje skarżących, stwierdzając, że całkowity zakaz pracy jest nieproporcjonalny i niekonieczny z punktu widzenia bezpieczeństwa lotów. Sprawy *Wasil Iwanow Georgiew* (wyrok z dnia 18 listopada 2010 r.)⁴¹ i *Domnica Petersen* (wyrok z dnia 12 stycznia 2010 r.)⁴² miały wiele cech wspólnych. W tych sprawach dotyczących naukowca i dentystki Trybunał uznał, że brakuje podstaw do skargi, bowiem przepisy krajowe Bułgarii i Niemiec realizowały słuszny cel,

³⁸ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 22 listopada 2005 r., wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Arbeitsgericht München – Niemcy, sprawa C-144/04, *Werner Mangold przeciwko Rüdiger Helm*, <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56134&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=519943>> [dostęp: 2.10.2018].

³⁹ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 12 października 2010 r., wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Arbeitsgericht Hamburg – Niemcy, sprawa C-45/09, *Gisela Rosenblatt przeciwko Oellerking Gebäudereinigungsges.mmbH*, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78726&pageIn dex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=520473>> [dostęp: 2.10.2018].

⁴⁰ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 13 września 2011 r., sprawa C-447/09, *Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach przeciwko Deutsche Lufthansa AG*, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=109381&doclang=PL>> [dostęp: 2.10.2018].

⁴¹ Wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 18 listopada 2010 r., wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Rajonen syd Płowdiw, sprawy połączone C-250/09 i C-268/09, *Wasil Iwanow Georgiew przeciwko Technicheski universitet — Sofija, filiał Płowdiw*, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CA0250&from=PL>> [dostęp: 2.10.2018].

⁴² Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 12 stycznia 2010 r., wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Sozialgericht Dortmund, sprawa C-341/08, *Domnica Petersen przeciwko Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0341:PL:HTML>> [dostęp: 2.10.2018].

jakim była troska o jakość nauczania i danie młodszemu pokoleniu szansy wykonywania zawodu w służbie państwowej⁴³.

Z orzecznictwa TSUE wynika, że przyjęcie kompromisowego stanowiska zadowalającego wszystkie grupy zawodowe w sprawie przejścia na emeryturę jest bardzo trudne. Ze względu na starzenie się Europy konieczne jest „przewentylowanie” przepisów krajowych i ukształtowanie nowych systemów emerytalnych.

IX. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w odniesieniu do osób niepełnosprawnych

Orzecznictwo TSUE w sprawach związanych z niepełnosprawnością nie jest liczne, ale ma istotne znaczenie dla pełnego zrozumienia skomplikowanych problemów, które pojawiają się przed sądami. Z reguły rodził się przed Trybunałem problem, czy zaistniał fakt dyskryminacji na tle niepełnosprawności. Odpowiedź na to pytanie wymagała doprecyzowania terminu „niepełnosprawność”.

Przyczyny, dla których tak doktryna, jak i praktyka sądowa zarówno krajowa, jak i międzynarodowa boryka się od dawna z pojęciem niepełnosprawności wynikają z faktu, iż stosowne przepisy rodziły się w zróżnicowanych warunkach politycznych i z tego względu opierały się na różnych zasadach ustrojowych. Na tym tle pojawia się częstokroć nie tylko niespójność przepisów w poszczególnych aktach prawnych, lecz także w wykreowanych przez państwa systemach. Łatwo zauważalna jest więc niezborność terminologiczna, „diaspora” przepisów rozrzuconych po różnych aktach prawnych i, co gorsza, ich niestabilność wynikająca z rozlicznych, często nie do końca przemyślanych, nowelizacji. Ich intencje są nie raz szlachetne i mają na celu zwiększenie ochrony, objęcie nią większego grona niepełnosprawnych, uniknięcie zróżnicowania praw dla osób o identycznej niepełnosprawności, uaktywnianie, zatrudnianie i umożliwianie partycypowania w różnych dziedzinach życia zbiorowego, przeciwdziałanie izolowaniu i stygmatyzowaniu, etc. Za nader istotny cel uznawano też wspomaganie, a nie wyręczanie osób niepełnosprawnych i umożliwianie wykonywania im obowiązków zamiast ograniczania lub z nich zwalniania⁴⁴.

Wszystkim tym intencjom nie sprzyjał fakt, iż brakowało i nadal brakuje jednoznacznej i precyzyjnej definicji niepełnosprawności. Na ten problem zwrócił uwagę TSUE w pierwszej sprawie dotyczącej osób niepełnosprawnych już w 2006 r.

⁴³ Szersze omówienie wymienionych powyżej spraw z istotnym komentarzem zob.: B. Mikołajczyk, *Wiek emerytalny w sprawach przed Trybunałem Sprawiedliwości UE*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2012, vol. X, s. 9–20.

⁴⁴ Przed tym ostatnim rozwiązaniem przestrzegał Pełnomocnik do spraw Osób Niepełnosprawnych i Polityki Socjalnej w styczniu 1997 r. Cytuje go Anna Dębniak w monografii: *Polska wobec europejskich standardów praw człowieka*, red. T. Jasudowicz, Toruń 2001, s. 192.

Chacón Navas (wyrok z dnia 11 lipca 2006 r.)⁴⁵ wniosła do hiszpańskich sądów wniosek o uznanie jej za niepełnosprawną, kiedy została zwolniona z pracy za nieobecność ze względu na fakt ośmiomiesięcznego przebywania w szpitalu. Trybunał uznał, że aby można było mówić o niepełnosprawności, to musi się ona wiązać z naruszeniem funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które stanowi dla danej osoby istotną przeszkodę w uczestniczeniu w życiu zawodowym i musi równocześnie się pojawić prawdopodobieństwo, że przeszkoda ta będzie istnieć przez dłuższy czas. Trudno uznać sformułowanie użyte w wyroku Trybunału za próbę definicji „niepełnosprawności”, tym bardziej że odnosiło się ono do kwestii wykonywania zawodu. Sam Trybunał stwierdził w wyroku, że konieczne jest wypracowanie „harmonijnej definicji unijnej” tego pojęcia.

Do problemu definicji TSUE wrócił przy okazji wydania orzeczenia w połączonych sprawach *Ring i Skouboe Werge* (wyrok z dnia 11 kwietnia 2013 r.)⁴⁶. Występujący w imieniu obu pań duński związek zawodowy twierdził, że pracodawcy mieli obowiązek zaproponowania redukcji czasu pracy ze względu na niepełnosprawność i nie wolno im było rozwiązań stosunku pracy w terminie krótszym niż miesiąc. Na tym tle związek wnosił o zdefiniowanie terminu „niepełnosprawność” i o wyjaśnienie, czy redukcja czasu pracy może być traktowana jako przysługujące niepełnosprawnym „racjonalne usprawienie”. Trybunał nie podjął próby zdefiniowania kluczowego terminu, ale wyjaśnił, że istotną dla sprawy dyrektywę 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r., ustanawiającą ogólne warunki równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, należy interpretować w duchu Konwencji ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnościami.

Równocześnie Trybunał podkreślił, że redukcja czasu pracy jest „racjonalnym usprawieniem”, które umożliwi osobom niepełnosprawnym korzystanie z dostępu do pracy i efektywnego w niej uczestnictwa.

⁴⁵ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 11 lipca 2006 r., wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid – Hiszpania, sprawa C-13/05, *Sonia Chacón Navas przeciwko Eurest Colectividades SA*, <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56459&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=522776>> [dostęp: 2.10.2018].

⁴⁶ *HK Danmark*, działający w imieniu *Jette Ring przeciwko Dansk almennyttigt Boligselskab*, sprawa C-335/11; i *HK Danmark*, działający w imieniu *Lone Skouboe Werge przeciwko Dansk Arbejdsgiverforening* działającemu w imieniu *Pro Display A/S*, sprawa C-337/11; wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 11 kwietnia 2013 r., wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożone przez Sø- og Handelsretten, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136161&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=523268>> [dostęp: 2.10.2018].

X. Ochrona ludzi starszych w systemie Rady Europy

Losem ludzi starszych od dłuższego czasu zajmuje się Rada Europy⁴⁷. Dokumenty tej organizacji zwracają uwagę na fakt, iż obowiązki państw członkowskich wobec ich zaawansowanych wiekiem obywateli wynikają z art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., który określa prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Na prawa osób starszych Rada Europy zwróciła uwagę w nawiązaniu do ogłoszonego przez Wspólnotę Europejską roku 1993 Europejskim Rokiem Osób Starszych i Solidarności między Generacjami (European Year of Older People and Solidarity between the Generations) i umieszczenia tej problematyki w agendzie prac Rady UE, składającej się z ministrów spraw socjalnych⁴⁸.

W rekomendacji nr R (94) 9 Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącej ludzi starszych z dnia 10 października 1994 r. podkreślono, że ze względu na stale rosnącą liczbę osób starszych dochodzi do zasadniczych zmian demograficznych w Europie⁴⁹. Nadal występują różnice w standardach życiowych mężczyzn i kobiet, co może doprowadzić do wykluczenia socjalnego starzejących się kobiet „szczególnie wówczas, gdy są one samotne” („especially for older women living alone”)⁵⁰. Rekomendacja zwracała też uwagę na konieczność objęcia szczególną troską osób poszkodowanych na zdrowiu (*disadvantaged people*), których sytuacja znacznie pogarsza się z upływem czasu.

Do rekomendacji dołączono załącznik, w którym znalazły się wytyczne (*guiding principles*), które winny być brane pod uwagę przy wprowadzaniu przepisów dotyczących ludzi starszych. Wytyczne te podzielono na siedem grup.

W pierwszej grupie znalazły się definicje dotyczące starzenia się i starości. Starzenie się jest procesem, który uzależniony jest zarówno od indywidualnych warunków życia, jak i od środowiska, w którym człowiek spędza ostatni etap życia. Z tego względu mija się z celem podejmowanie prób zdefiniowania „starości” i wyznaczenia momentu, w którym się ona zaczyna.

⁴⁷ Np. Tymczasowa umowa europejska w sprawie systemu ubezpieczeń społecznych dotyczących osób starszych, inwalidów i osób ocalałych z dnia 19 grudnia 1953 r. (European Interim Agreement on Social Security relating to Old Age, Invalidity and Survivors), Council of European Treaty Series, 1953, no. 12; Rekomendacje Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy: z 1987 r. w sprawie zabezpieczenia sytuacji osób starszych (przedłużenie życia wysokiej jakości), R (87) 22; z 1994 r. o społecznej zwartości i jakości życia (dotycząca kwestii wykluczenia kobiet starych), R (94) 9; z 1994 r. o medycznych i bytowych prawach osób starszych, R 1254; z 1999 r. o przyszłości osób starszych, R 1428.

⁴⁸ OJCE93/C340/01, 12.12.1993.

⁴⁹ Human Right Learning Centre, *Study Guide on the Human Rights of the Aged*, <<http://www.hrea.org/learn/guides/aged/.html>> [dostęp: 02.10.2018]

⁵⁰ Council of Europe, Committee of Ministers, 518th meeting of Minister's Deputies.

W drugiej grupie umieszczono zalecenia dotyczące wzmocnienia znaczenia osób starszych oraz solidarności międzygeneracyjnej. Punktem wyjścia jest tu stwierdzenie, że ludzie starsi są dla społeczeństwa ważnym źródłem ludzkiego, społecznego i ekonomicznego potencjału. Solidarność między generacjami ma więc ogromne znaczenie i winna być utrwalana zarówno w rodzinie, jak i na płaszczyźnie życia prywatnego, a także publicznego. Do zadań społecznych ludzi starszych należy przekazywanie ich doświadczenia i wiedzy młodszym pokoleniom.

Trzecia grupa wytycznych wiąże się z ochroną ludzi starszych i jakości ich życia. Polityka prewencyjna państw winna zmierzać do zagwarantowania godnego starzenia się (*enabling people to age well*) i unikania uzależnienia ludzi starszych od otoczenia. W tym celu należy zapewnić im jak najdłuższą aktywność społeczną i zawodową oraz poczucie bezpieczeństwa, a także jak najwyższą jakość życia (*quality of life*).

Prawom ludzi starszych poświęcone są wytyczne zawarte w czwartej grupie. Kluczowym prawem jest tu prawo do godności na tym samym poziomie co godność młodszych generacji. Ten cel winna ułatwić współczesna technologia, której wiodącym zadaniem jest między innymi umocnienie autonomii ludzi starszych.

Piąta grupa wytycznych obejmuje grupę zaleceń związanych z partycypacją ludzi starszych w społecznym, kulturalnym i politycznym życiu społeczeństwa. W tej grupie mieszczą się wytyczne zobowiązujące władze publiczne do tworzenia płaszczyzn partycypacji i przeciwdziałania izolacji społecznej ludzi starszych. Za szczególnie istotne uznali autorzy dokumentu odpłatną lub nieodpłatną aktywność ludzi starszych, co winno zapewnić im sens życia, integrować ze społeczeństwem i przeciwdziałać samotności.

Szоста grupa wytycznych nawiązuje do celów określonych w grupie piątej i wskazuje na kroki, które należy podjąć w celu zwalczania i przeciwdziałania wykluczeniu społecznemu (*fighting against and preventing social exclusion*). W tych ramach państwo, organizacje obywatelskie, wspólnoty lokalne i rodziny winny promować społeczną integrację ludzi starszych i przeciwdziałać ich wykluczeniu na tle etnicznym, rasowym, językowym, religijnym, socjalnym czy też statusu rodzinnego. Państwo musi także uwzględniać szczególną sytuację emigrantów i uchodźców.

Siódma grupa wytycznych uwypukla rolę informacji i edukacji skierowanej do rodzin, wolontariuszy, służb profesjonalnych, wspólnot oraz samych osób starszych.

Problem osób starszych pojawił się ponownie na szeroką skalę w rekomendacji nr 1796 (2007) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy. W rekomendacji skoncentrowano uwagę na kwestii podniesionej w trakcie zorganizowanego pod auspicjami ONZ Drugiego Światowego Zgromadzenia na temat Starzenia się, które odbyło się w 2002 r. w Madrycie. Zgromadzenie to uznało, że „ludzie

starsi winni mieć możliwość pracy tak długo, jak długo chcą i są w stanie pracować⁵¹. Idąc tym tropem, Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy zwróciło się do Komitetu Ministrów tej Rady z zaleceniem, by Komitet wystąpił do państw członkowskich z apelem o umożliwienie ludziom starszym kontynuowania pracy mimo zaawansowanego wieku. W tym celu państwa członkowskie winny wprowadzić regulacje prawne ustanawiające dogodny dla osób starszych czas pracy oraz zachęcające organy samorządowe do wprowadzenia w życie projektów umożliwiających emerytom i rencistom uczestniczenie w podejmowaniu decyzji samorządowych dotyczących wzmocnienia solidarności międzygeneracyjnej. Za istotne dla standardów życiowych ludzi starszych Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy uznało tworzenie płaszczyzn wymiany doświadczeń międzygeneracyjnej w dziedzinie edukacji, sztuki, historii i tradycji, popieranie wolontariatu oraz prewencyjnej i paliatywnej opieki zdrowotnej.

XI. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących osób starszych i niepełnosprawnych

Europejska Karta Socjalna z 1961 r. nie mówi *expressis verbis* o prawach osób starszych i niepełnosprawnych, aczkolwiek art. 11, 12, 13 i 14 dotyczą ważnych dla nich spraw związanych z ubezpieczeniem społecznym i opieką medyczną. To samo można powiedzieć o Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. i jej Protokołach Dodatkowych. Artykuł 14 Konwencji nie wspomina o wieku lub niepełnosprawności jako przyczynach dyskryminacji, aczkolwiek w jego tekście *in fine* znalazła się formuła mówiąca o dyskryminacji „z jakiegokolwiek innej przyczyny”.

Utworzony na mocy art. 19 Konwencji Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) niejednokrotnie rozstrzygał w sprawach o naruszenie praw osób z niepełnosprawnościami. Najczęściej pojawiały się przed Trybunałem skargi osób, które albo były hospitalizowane w szpitalach psychiatrycznych niezgodnie z prawem, albo warunki w tych szpitalach urągały wszelkim minimalnym standardom opieki medycznej⁵². Zdarzały się też sprawy dotyczące naruszenia praw osób niepełnosprawnych w trakcie aresztowania⁵³. Ofiarami były osoby

⁵¹ Recommendation 1796 (2007). The situation of elderly persons in Europe, <<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17545&lang=en>> [dostęp: 2.10.2018].

⁵² Judgment of 22 January 2013, Case of *Lashin v. Russia*, Application no. 33117/02, <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-116020&filename=001-116020.pdf>> [dostęp: 2.10.2018]; Judgment of 17 January 2012, Grand Chamber, Case of *Stanev v. Bulgaria*, Application no. 36760/06, <https://www.escr-net.org/sites/default/files/caselaw/decision_on_stanev_v_bulgaria_0.pdf> [dostęp: 2.10.2018].

⁵³ Judgment of 21 December 2010, Third Section, Case of *Jasinskis v. Latvia*, Application no. 45744/08, <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-102393&filename=001-102393.pdf>> [dostęp: 02.10.2018]; Judgment of 8 November 2012, Case

głuchonieme i upośledzone umysłowo, które wskutek trudności w nawiązaniu kontaktu z policjantami zmarły bądź poniosły uszczerbek na zdrowiu.

Rozstrzygając wspomniane wyżej sprawy, Trybunał często powoływał się na postanowienia konwencji z 2006 r., traktując je jako wyznaczniki istniejących międzynarodowych standardów⁵⁴. Z tej przyczyny Trybunał, ferując swoje wyroki, przytaczał regulacje Konwencji dotyczące zdolności do czynności prawnych osób niepełnosprawnych (art. 12 ust. 4), zakazu tortur (art. 3), dostępu do wymiaru sprawiedliwości (art. 13), rewizji orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu (art. 6 ust. 1).

Mając na względzie praktykę orzecniczą ETPC, można założyć, że osoba niepełnosprawna, której prawa zostały naruszone na terytorium RP, może złożyć skargę do Trybunału Strasburskiego, powołując się na naruszenie wobec niej stosownych przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (np. art. 4 zakazującego dyskryminacji) i równocześnie wskazując na czyny lub zaniechania sprzeczne z postanowieniami konwencji z 2006 r. W ten sposób pokrzywdzone osoby niepełnosprawne mogą ograniczyć skutki braku ratyfikacji przez Polskę protokołu fakultatywnego, który pozbawił ich możliwości składania skarg do Komitetu do spraw Praw Osób Niepełnosprawnych⁵⁵.

Podsumowanie

Istnieje powiedzenie, że starość i młodość mają takie same apetyty, tylko zęby nie te same. Istnieje więc ze względu na starzenie się społeczeństw potrzeba zapewnienia ludziom w podeszłym wieku, a także osobom niepełnosprawnym „należytej opieki stomatologicznej”, która uczyni ich egzystencję lżejszą i pogodniejszą. Nie wystarczy czasami dostarczyć im szczoteczek do zębów, by sami sobie pomogli. Konieczne jest równoczesne likwidowanie barier, które uniemożliwiają dostęp do dentysty. Międzynarodowe prawo praw człowieka służy co najmniej do podkopywania tych barier.

Czy należy to prawo rozwijać i mnożyć? Artur Bloch w *Prawniczych prawach Murphy'ego* napisał, że prawnicy tworzący prawo są podobni do lekarzy

of *Z. H. v. Hungary*, Application no. 28973/11, <http://mdac.info/sites/mdac.info/files/zh_v_hungary.pdf> [dostęp: 2.10.2018].

⁵⁴ Szerzej: J. Kapelańska-Pręgowska, *Wdrażanie, stosowanie i kontrola wykonywania Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych* [w:] *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych. Regulacje prawne*, red. A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz, Warszawa 2014, s. 33–35.

⁵⁵ Zob. *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich” 2012, nr 10, *passim*; Rzecznik Praw Obywatelskich, *Komitet ONZ bada wykonanie przez Polskę Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/komitet-onz-po-raz-pierwszy-bada-wykonanie-przez-polske-konwencji-o-prawach-osob-z-niepelnosprawnościami> [dostęp: 2.10.2018].

wymyślających choroby⁵⁶. Można więc przypuszczać, że gdyby nie prawnicy – żylibyśmy bez trosk, a gdyby nie lekarze – byłibyśmy zdrowi. A więc rodzi się pytanie, czy warto rozmnażać *ad infinitum* normy międzynarodowego prawa praw człowieka? Można odnotować wiele sceptycznych poglądów uczonych przekonanych, że świat „puchnie” od nadmiaru szczegółowych konwencji, rezolucji, rekomendacji, dyrektyw i wytycznych. Ich zdaniem są one zbędne, istnieją bowiem ogólne deklaracje i pakt, z których można wyinterpretować poszczególne prawa człowieka. Z przedstawionych powyżej wywodów wynika, że autorzy niniejszego artykułu nie należą do grona tych uczonych. I uważają, że dobrze się stało, iż Polska ratyfikowała konwencję o prawach osób z niepełnosprawnościami z 2006 r., a jeszcze lepiej się stanie, gdy jak najszybciej zrobi to samo z protokołem fakultatywnym do tej konwencji. Wycofanie się z protokołu nr 30 blokującego prawa osób starszych i niepełnosprawnych zawarte w unijnej Karcie praw podstawowych byłoby także ze wszech miar pożytecznym krokiem polskiej dyplomacji w stronę upowszechniania humanistycznych ideałów kultywowanych w UE.

Można się zastanawiać, czy idąc śladem konwencji ONZ z 2006 r. o prawach osób niepełnosprawnych, nie należałoby postulować przyjęcia przez społeczność międzynarodową uniwersalnej konwencji o prawach osób starszych. Uznając za celowe kodyfikowanie praw człowieka w węższych zakresach niż czynią to ogarniające pełne ich spectrum konwencje uniwersalne i regionalne, sądzić można, że w oparciu o dotychczasowy dorobek ONZ i Rady Europy oraz orzecznictwo międzynarodowe można się pokusić o przygotowanie stosownego projektu konwencji. Polska dyplomacja ma bogaty dorobek w dziele rozwijania i kodyfikowania praw człowieka, czego najlepszym przykładem jest konwencja o prawach dziecka z 1989 r.⁵⁷ Wyrazem uznania na gruncie międzynarodowym był wybór w 2013 r. ambasadora Polski w Genewie dr. Achillesa Henczela na stanowisko przewodniczącego Rady Praw Człowieka ONZ.

Wystąpienie z inicjatywą kodyfikacji praw osób starszych byłoby ważkim krokiem politycznym nawiązującym do dotychczasowych osiągnięć RP. W Polsce istnieją prężne ośrodki naukowe zajmujące się prawami człowieka, takie jak kierowane przez wiele lat przez prof. Romana Wieruszewskiego Poznańskie Centrum Praw Człowieka PAN czy funkcjonująca pod auspicjami UNESCO i „dowodzona” przez prof. Tadeusza Jasudowicza Katedra Praw Człowieka na Uniwersytecie im. Mikołaja Kopernika w Toruniu. Międzynarodowe prawo praw człowieka jest kultywowane w kilku ośrodkach uniwersyteckich (m.in. gdańskim, krakowskim, śląskim, warszawskim i poznańskim). Wiele zasług na tym polu ma prowadzone od lat przez dr Hannę Machińską warszawskie Biuro Rady Europy. W oparciu

⁵⁶ A. Bloch, *Prawnicze prawa Murphy'ego*, Wydawnictwo Zysk i S-ka, 2000, *passim*.

⁵⁷ Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).

o ten potencjał polska dyplomacja mogłaby przygotować i przedstawić społeczności międzynarodowej *draft articles* konwencji o prawach osób starszych. Przekształcenie takiego projektu w normy stanowiące prawa międzynarodowego nie będzie należało do rzeczy łatwych. Pożytek społeczny winien jednak z nadmiarem wynagrodzić koszt wniesiony w realizację zamierzenia.

Jan Sandorski

Anna Zbaraszewska

STANDARDS OF THE PROTECTION OF THE ELDERLY AND THE DISABLED IN INTERNATIONAL JURISPRUDENCE

The purpose of the article is to present the standards of protection of the rights of the elderly and people with disabilities adopted at the universal (United Nations) and regional (Council of Europe, the European Union) levels, with special emphasis on international law. Considerations start with the presentation of statistics showing a worrying trend of population aging and an increase in the incidence of chronic diseases that often result in disability. On a comparative basis, the catalogues of the rights of elderly and disabled persons appearing in the most important international documents are discussed.

Within the UN acquis the most important are: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966 and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006. The latter modified the fixed approach to the problem of disability. Instead of the institutionalized patronage of the state, the idea of "social inclusion" was adopted, requiring the recognition of the legal capacity of disabled persons. The objections raised by Poland to the Convention of 2006, as well as the protracted ratification process and the fact of non-ratification of the Optional Protocol to the Convention establishing a procedure for individual complaints to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, should be negatively assessed.

In the legal system of the European Union, the protection of the rights of the elderly and the disabled is derived from the EU Charter of Fundamental Rights, supplemented by the rich jurisprudence of the EU Court of Justice. In the light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights, it is reasonable to assume that an elderly or a disabled person, whose rights have been violated in the territory of the Republic of Poland may submit an individual complaint referring to a breach of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, with a simultaneous indication of acts or omissions incompatible with the provisions of the 2006 Convention.

The postulates include the adoption of a universal convention on the rights of older people by the international community. It seems advisable to codify human rights in a narrower scope than that employed by universal and regional conventions. The first step on this road should be the preparation of draft articles of the Convention on the Rights of the Elderly



Paweł Kwiatkowski

Uniwersytet Gdański

pawel.kwiatkowski@prawo.ug.edu.pl

PRAWO DO OCHRONY INFORMACJI GENETYCZNEJ W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

Polityka społeczności międzynarodowej podąża za ewolucją nowoczesnej struktury społecznej, tworząc standardy bioetyczne w ramach międzynarodowego prawa praw człowieka. W jej kształcie odzwierciedlenie znajdują echa ocen wyrażonych na temat sposobów posługiwania się wytworami nauk o życiu dotyczące konsekwencji, które dotyczą sfer ludzkiej aktywności. Konsekwencje te sięgają także poziomu mikrostrukturalnego, wpływając na wymiary życia jednostki, które podlegają ochronie prawa międzynarodowego. Na przestrzeni ostatnich dwóch dekad uwagę poświęca im orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które podąża za przeobrażeniami kontekstu społecznego, dokonując wykładni przepisów Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹. Aktywizm ten znalazł odzwierciedlenie w nowym sposobie postrzegania treści prawa do poszanowania życia prywatnego, którego zakres objął także ochronę ludzkich danych genetycznych.

Międzynarodowe standardy ochrony informacji genetycznej

Źródła międzynarodowych standardów ochrony informacji genetycznej zostały ukształtowane w ramach inicjatyw podjętych przez państwa członkowskie Organizacji Narodów Zjednoczonych i Rady Europy. Ich wyraz stanowią postanowienia Międzynarodowej deklaracji w sprawie danych genetycznych

¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) [dalej: Konwencja].

człowieka przyjętej przez Konferencję Generalną UNESCO w dniu 16 października 2003 roku² oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny, przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy dnia 9 listopada 1996 roku³.

Międzynarodowa deklaracja w sprawie danych genetycznych człowieka⁴ formułuje zasady obowiązujące „przy zbieraniu, przetwarzaniu, wykorzystywaniu i przechowywaniu ludzkich danych genetycznych, ludzkich danych proteomicznych i próbek biologicznych, z których pochodzą, zgodnie z zasadami równości, sprawiedliwości i solidarności, z należyтым uwzględnieniem wolności myśli i słowa, w tym wolności badań naukowych”⁵. Akt ten przypisuje specjalny status danym genetycznym człowieka, które charakteryzuje poprzez wyróżnienie ich cech. Cechy te to: możliwość określania genetycznych predyspozycji jednostek, zdolność do wpływania na potomstwo człowieka, kulturowy wymiar oraz status nośnika informacji, której znaczenie może zostać poznane po przeprowadzeniu testów genetycznych. Akt ten postuluje zapewnienie właściwego poziomu ochrony zarówno samym danym, jak i próbkom biologicznym, z których można je pozyskać. Określa cele i procedury zbierania, przetwarzania, wykorzystywania oraz przechowywania. Obejmują one w szczególności diagnostykę, opiekę zdrowotną, badania naukowe, praktykę w zakresie medycyny sądowej, a także prowadzone postępowania karne oraz cywilne. Deklaracja dopuszcza również cele zbierania, przetwarzania, wykorzystywania oraz przechowywania inne niż te, które zostały w niej enumeratywnie wymienione, ustanawiając warunek zgodności z jej postanowieniami i międzynarodowym systemem praw człowieka. Te związane z posługiwaniem się ludzkimi danymi genetycznymi oraz proteomicznymi procedury muszą odpowiadać normom etycznym, a sama polityka prowadzona w tym zakresie powinna uwzględniać zdanie wyrażone przez społeczeństwo. W polityce tej istotną rolę odgrywają komitety etyczne. Instytucjom tym – funkcjonującym na szczeblu krajowym, regionalnym, lokalnym oraz instytucjonalnym – przypisana została rola konsultantów wyrażających opinię w procesie stanowienia regulacji normujących działania podejmowania wobec

² Międzynarodowa deklaracja w sprawie danych genetycznych człowieka przyjętej przez Konferencję Generalną UNESCO w dniu 16 października 2003 r., SHS/EST/BIO/06/1.

³ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy dnia 9 listopada 1996, CETS No. 164.

⁴ Zob. J. Symonides, *Międzynarodowe instrumenty prawne w dziedzinie bioetyki i biotechnologii* [w:] *Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii*, red. L. Kondratiewa-Bryzik, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2013, s. 22; A. den Exter et al., *International health law and ethics*, Apeldoorn–Antwerpen–Portland 2009, s. 355; J.A. Bovenberg, *Property rights in Blood, Genes and Data. Naturally yours?*, Leiden–Boston 2006, s. 12.

⁵ Art. 1. SHS/EST/BIO/06/1.

ludzkich danych genetycznych, proteomicznych i próbek biologicznych oraz ich wykorzystywania w poszczególnych projektach.

Warunkiem podjęcia działań wobec ludzkich danych genetycznych jest wyrażenie zgody przez osobę zainteresowaną. Wola tej osoby musi zostać wyrażona w sposób świadomy, dobrowolny i bezpośredni, po wcześniejszym otrzymaniu informacji o celu zbierania, przetwarzania, wykorzystywania oraz przechowywania danych, konsekwencjach związanych z tymi działaniami oraz możliwości cofnięcia zgody na każdym etapie postępowania. Wzorem Powszechnej deklaracji w sprawie genomu ludzkiego i praw człowieka również Międzynarodowa deklaracja w sprawie danych genetycznych człowieka dopuszcza wyjątek od tej zasady, który wiąże z powodami o istotnym znaczeniu dla stanu zdrowia osoby zainteresowanej w przypadku braku zdolności do wyrażenia świadomej zgody. Deklaracja stanowi, że ingerencję tę określają przepisy prawa krajowego i musi ona nastąpić w zgodzie z międzynarodowym systemem ochrony praw człowieka, przy jednoczesnym uwzględnieniu nadrzędnego charakteru interesu jednostki. Z interesem tym deklaracja wiąże również uprawnienia dotyczące poradnictwa oraz informacji o wynikach badań. Są to: prawo do decydowania o otrzymywaniu lub nieotrzymywaniu informacji o wynikach badań oraz prawo do skorzystania z fachowej porady przy rozpatrywaniu możliwości poddania się testom genetycznym. Co do zasady zakazane jest więc zabranianie jednostce dostępu do jej własnych danych. Warunku tego nie stosuje się jednak w wypadku nieodwracalnego odcięcia od identyfikowalnego źródła lub stanu stanowiącego zagrożenie dla zdrowia, porządku publicznego lub bezpieczeństwa narodowego.

Deklaracja zobowiązuje państwa do podjęcia działań na rzecz ochrony prywatności danych genetycznych poprzez ustanowienie – zgodnych z międzynarodowym systemem ochrony praw człowieka – przepisów prawa krajowego. W tym kontekście formułuje zestaw dyrektyw, które obejmują:

- zakaz ujawniania lub udostępniania osobom trzecim ludzkich danych genetycznych, proteomicznych oraz próbek biologicznych, które są powiązane z identyfikowalną osobą,
- nakaz niewiązania ludzkich danych genetycznych, proteomicznych oraz próbek biologicznych zbieranych do celów naukowo-badawczych z identyfikowalną osobą, za wyjątkiem gdy jest to niezbędne dla charakteru prowadzonych badań, przy jednoczesnym zapewnieniu ochrony prywatności tych danych oraz ograniczonym do koniecznego minimum okresie przechowywania,
- nakaz zapewnienia dokładności, wiarygodności, bezpieczeństwa i jakości zarówno danych, jak i próbek biologicznych, kierowany do osób i jednostek organizacyjnych odpowiedzialnych za ich przetwarzanie.

Zasady współpracy międzynarodowej w zakresie przepływu danych i próbek określają trzy dyrektywy:

- nakaz uregulowania przepływu ludzkich danych genetycznych, proteomicznych i próbek biologicznych, zgodnego z przepisami prawa krajowego i międzynarodowego, w sposób zapewniający sprawiedliwy dostęp do tych danych, adresowany do państw,
- nakaz dołożenia starań w zakresie rozwoju upowszechniania wiedzy naukowej, dotyczącej ludzkich danych genetycznych i proteomicznych na poziomie międzynarodowym, adresowany do państw,
- nakaz dołożenia starań na rzecz budowy współpracy dotyczącej ludzkich danych genetycznych i proteomicznych z zastrzeżeniem ograniczeń sformułowanych przez niniejszą deklarację, kierowany do naukowców.

Współpraca ta związana jest z nakazem dzielenia się wynikami badań naukowych wykorzystujących ludzkie dane genetyczne, proteomiczne i próbki biologiczne zarówno z obywatelami, jak i społecznością międzynarodową, z zastrzeżeniem ograniczeń stanowionych przez przepisy prawa krajowego i umowy międzynarodowe. Przykładowymi sposobami realizacji tego celu są:

- ustanowienie form specjalnej pomocy, udzielanej poszczególnym osobom i grupom, uczestniczącym w badaniach,
- zagwarantowanie dostępu do opieki medycznej,
- wykorzystanie wyników badań, w celu zapewnienia nowych metod diagnostycznych, sposobów leczenia oraz leków,
- udzielenie wsparcia dla służby zdrowia,
- udzielenie pomocy krajom rozwijającym się w zakresie badań,
- inne formy działania odpowiadające zasadom deklaracji.

Danym genetycznym poświęcono także wybrane postanowienia Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny⁶, która reguluje relacje pomiędzy prawami człowieka a praktycznym wymiarem funkcjonowania nauk biologicznych i medycznych⁷. Akt ten postuluje się terminem informacji na temat zdrowia, którego zakres

⁶ M. Grzymkowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009; O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011; A. Plomer, *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, London–Sydney–Portland 2005, s. 75; J. Symonides, *Międzynarodowe instrumenty...*, s. 30

⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny reguluje problematykę związaną z wyrażaniem zgody przez osobę zainteresowaną na przeprowadzenie interwencji o charakterze naukowym lub medycznych, z prywatnością i prawem do informacji, genomem ludzkim, prowadzeniem badań naukowych, pobieraniem narządów i tkanek od żyjących dawców dla celów transplantacji oraz zakazem komercjalizacji ludzkiego ciała.

znaczeniowy krzyżuje się z pojęciem danych genetycznych. Ich ochronę gwarantują przepisy rozdziału III, które określają:

- przysługujące każdemu człowiekowi prawo poszanowania życia prywatnego w kontekście informacji na temat jego zdrowia,
- przysługujące każdemu człowiekowi prawo do zapoznania się z informacjami, dotyczącymi jego zdrowia, które może zostać ograniczone w interesie osoby zainteresowanej przez przepisy prawa wewnętrznego.

Poza gwarancją poszanowania prywatności w sferze informacji genetycznej Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny ustanawia ochronę ludzkiego genomu. Ochrona ta rozwija nie tylko w kontekście zakazu ingerencji w strukturę genetyczną jednostki, ale także w ramach ochrony danych, uzyskanych na podstawie analizy próbek biologicznych. Drugi z wyróżnionych wymiarów dotyczy zakazu dyskryminacji oraz zasady przeprowadzania testów prognozujących.

Ewolucja linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na tle rozwoju międzynarodowych standardów bioetycznych

Rozwojowi bioetycznych standardów normatywnych, tworzonych przez społeczność międzynarodową, towarzyszy ewolucja linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W rozpoznawanych przez organ ten skargach znalazły odzwierciedlenie echa naruszeń związanych z praktycznym wymiarem funkcjonowania technicznych możliwości nauk o życiu. Rozpatrując podnoszone w nich zarzuty, Trybunał zinterpretował postanowienia Konwencji, kierując się dynamiką zmian, zachodzących w nowoczesnej strukturze społecznej. Zmiany te – związane z przedmiotem skarg skierowanych na przestrzeni ostatnich dwóch dekad – objęły problematykę praw reprodukcyjnych⁸, medycznie

⁸ Wyrok ETPC z dnia 6 października 2005 r. w sprawie *Draon przeciwko Francji*, 1513/03; wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2014 r. w sprawie *A.K. przeciwko Łotwie*, 33011/08; wyrok ETPC z dnia 20 marca 2007 r. w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce*, 5410/03; wyrok ETPC z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie *A, B i C przeciwko Irlandii*, 25579/05; wyrok ETPC z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie *R.R. przeciwko Polsce*, 27617/04; wyrok ETPC z dnia 30 października 2012 r. w sprawie *P. i S. przeciwko Polsce*, 57375/08; wyrok ETPC z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie *Z. przeciwko Polsce*, 46132/08; wyrok ETPC z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie *Ternovszky przeciwko Węgrom*, 67545/09; wyrok ETPC z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie *Dubská i Krejzová przeciwko Czechom*, 28859/11.

wspomaganej prokreacji⁹, surogacji¹⁰, eutanazji¹¹, zgody na przeprowadzenie badań i poddanie terapii¹², transpłciowości¹³, przechowywania odcisków linii papilarnych, próbek biologicznych i danych na temat profilu genetycznego¹⁴ oraz biologicznej tożsamości człowieka¹⁵. Śledząc przywołaną dynamikę zmian społecznych, Trybunał poświęcił uwagę znaczeniu prawa do życia, zakazu tortur, prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, prawa do rzetelnego procesu sądowego, prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, zakazu dyskryminacji oraz ochrony własności, uzupełniając jednocześnie przyjętą interpretację art. 2, 3, 5, 6, 8, 14 Konwencji oraz art. 1 protokołu 1 Konwencji o wymiar bioetyczny. Szczególne miejsce w procesie tym zajęła prywatna sfera życia jednostki.

⁹ Wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r. w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 6339/05; wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2007 r. w sprawie *Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 44362/04; wyrok ETPC z dnia 3 listopada 2011 r. w sprawie *S.H. i inni przeciwko Austrii*, 57813/00; wyrok ETPC z dnia 28 sierpnia 2012 r. w sprawie *Costa i Pavan przeciwko Włochom*, 54270/10.

¹⁰ Wyrok ETPC z dnia 26 lipca 2014 r. w sprawie *Manneson przeciwko Francji*, 65192/11; wyrok ETPC w sprawie *Labassee przeciwko Francji* z dnia 26 lipca 2014 r., 65941/11; wyrok ETPC w sprawie *Foulon i Bouvet przeciwko Francji* z dnia 21 lipca 2016 r., 9063/14 i 10410/14; wyrok ETPC z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie *Paradiso i Campanelli przeciwko Włochom*, nr 25358/12.

¹¹ Wyrok ETPC z dnia 19 lipca 2005 r. w sprawie *Koch przeciwko Niemcom*, 497/09.

¹² Wyrok ETPC z dnia 9 marca 2004 r. w sprawie *Glass przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 61827/00; wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie *Jalloh przeciwko Niemcom*, 54810/00; wyrok ETPC z dnia 23 marca 2010 r. w sprawie *M.A.K. i R.K. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 45901/05 i 40146/06; Wyrok ETPC z dnia 24 grudnia 2013 r. w sprawie *Arskaya przeciwko Ukrainie*, 45076/05; wyrok ETPC z dnia 19 lutego 2015 r. w sprawie *M.S. przeciwko Chorwacji*, 75450/12; Wyrok ETPC z dnia 23 lipca 2015 r. w sprawie *Bataliny przeciwko Rosji*, 10060/07; wyrok ETPC z dnia 17 marca 2009 r. w sprawie *Salmanoğlu and Polattaş przeciwko Turcji*, 15828/03; wyrok ETPC z dnia 9 października 2014 r. w sprawie *Konovalova przeciwko Rosji*, 37873/04; wyrok ETPC z dnia 11 listopada 2011 r. w sprawie *V.C. przeciwko Słowacji*, 18968/07.

¹³ Wyrok ETPC z dnia 10 marca 2015 r. w sprawie *Y.Y. przeciwko Turcji*, 14793/08.

¹⁴ Wyrok ETPC z dnia 18 kwietnia 2013 r. w sprawie *M.K. przeciwko Francji*, 19522/09; wyrok ETPC z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie *Elberte przeciwko Łotwie*, 61243/08.

¹⁵ Wyrok ETPC z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie *Jäggi przeciwko Cyprowi*, 58757/00; wyrok ETPC z dnia 20 grudnia 2007 r. w sprawie *Phinikaridou przeciwko Finlandii*, 23890/02; wyrok ETPC z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie *Gronmark przeciwko Finlandii*, 17038/04; wyrok ETPC z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie *Backlund przeciwko Chorwacji*, 36498/05; wyrok ETPC z dnia 21 lipca 2011 r. w sprawie *Krušković przeciwko Chorwacji*, 46185/08; wyrok ETPC z dnia 15 września 2011 r. w sprawie *Schneider przeciwko Niemcom*, 17080/07; wyrok ETPC z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie *A.M.M. przeciwko Rumunii*, 2151/10; wyrok ETPC z dnia 22 marca 2012 r. w sprawie *Kautzor przeciwko Niemcom*, 23338/09; wyrok ETPC z dnia 22 marca 2012 r. w sprawie *Ahrens przeciwko Niemcom*, 23338/09.

Ochrona informacji genetycznej na tle interpretacji art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Artykuł 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności gwarantuje prawo do poszanowania prywatnej sfery życia jednostki, zakazując jednocześnie ich naruszania poprzez ingerencję władz publicznych¹⁶. Pod pojęciem tym kryją się cztery wymiary ludzkiej autonomii, których zakres znaczeniowy krzyżuje się w praktyce orzeczniczej. Są to: życie prywatne, życie rodzinne, mieszkanie oraz korespondencja. Model ochrony przyznany wyróżnionym sferom odpowiada konstrukcji art. 8 Konwencji, która opiera się na rozróżnieniu pomiędzy ogólną treścią prawa zagwarantowanego w ustępie pierwszym, a katalogiem przesłanek precyzującym zakres przyznanej mu ochrony w ustępie drugim. Zakaz ingerencji państwa w prywatne sfery życia jednostki, podlegający ograniczeniu wynikającemu z budowy art. 8 Konwencji, dotyczy: „przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”. Pomimo przyjętych ograniczeń Konwencja pozostawia Trybunałowi możliwość rozszerzenia zakresu ochrony przyznanej prywatnej sferze życia jednostki, co znajduje odzwierciedlenie w ewolucji jego linii orzeczniczej. Praktyka ta – poruszając się w ramach postanowień Konwencji – precyzuje znaczenie wyróżnionych wymiarów ludzkiej autonomii, rozszerzając jednocześnie katalog związanych z nimi praw człowieka.

Sposób interpretowania wyróżnionych sfer determinuje treść praw zagwarantowanych na mocy art. 8 Konwencji. Pierwsza z nich – życie prywatne – wymyka się definicyjnym ramom, co znajduje odzwierciedlenie w linii orzeczniczej Trybunału¹⁷. Organ ten kształtuje znaczenie poszanowania życia prywatnego, identyfikując przypadki, które odpowiadają jego zakresowi. Rezygnacja z zamknięcia go w ramach precyzyjnego ujęcia charakteryzuje dynamiczne podejście do interpretacji przepisów Konwencji, które dopuszcza możliwość rozszerzenia zakresu ochrony przyznanej sferze życia prywatnego. Jej ramowe ujęcie

¹⁶ Zob. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017; L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010; U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-Examination*, „European Human Rights Law Review” 2008, issue 44.

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 29 kwietnia 2002 r. w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 2346/02, § 61; wyrok ETPC z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie *Y.F. przeciwko Turcji*, 24209/94; wyrok ETPC z dnia 16 grudnia 1992 r. w sprawie *Niemietz przeciwko Niemcom*, 13710/88, § 29.

podporządkowane jest idei psychofizycznej integralności osoby ludzkiej, której towarzyszy gwarancja autonomii jednostki. Ideę tę urzeczywistnia:

- prawo do tożsamości, które chroni imię, nazwisko, pochodzenie, płeć i orientację seksualną¹⁸,
- zakaz dyskryminacji¹⁹,
- zakaz naruszania integralności psychofizycznej i autonomii, dopuszczająca możliwość swobodnego kształtowania sposobu życia i podejmowania decyzji²⁰,
- ochronę wizerunku i reputacji²¹,
- standardy dotyczące gromadzenia, przechowywania i udostępniania danych,
- prawo do środowiska²².

Drugi z wyróżnionych wymiarów ludzkiej autonomii dotyczy instytucji rodziny. Ochrona przyznana relacjom panującym pomiędzy osobami, które łączą więzi rodzinne, obejmuje wymiar socjalny, kulturowy, moralny i materialny²³. Pojęcie to dotyczy zarówno formalnie ustanowionych więzi, jak i relacji faktycznych²⁴. Do sfery życia rodzinnego zaliczają się trzy grupy stosunków społecznych. Pierwsza związana jest z instytucją małżeństwa. Druga natomiast wiąże się z relacją pomiędzy rodzicami a dziećmi. Trzecia z kolei obejmuje sytuacje szczególnego podporządkowania dotyczące osób pozbawionych wolności i cudzoziemców. Poza nakazem poszanowania życia prywatnego i rodzinnego art. 8 Konwencji gwarantuje ochronę miejsca zamieszkania jednostki, z którym łączą ją określone więzi. Miejscu temu odpowiada termin *domicile* użyty we francuskiej wersji językowej Konwencji, którego odpowiednikiem jest pojęcie „dom”, obecne w tekstach przedstawicieli polskiej doktryny prawa międzynarodowego²⁵. Zakres przedmiotowy prawa do poszanowania „domu” – ukształtowany w orzecznictwie Trybunału – obejmuje miejsce zamieszkania, w którym jednostka prowadzi życie prywatne lub rodzinne, oraz pomieszczenia zawodowe i handlowe. Jego zakres podmiotowy dotyczy natomiast osób prywatnych i fizycznych. Poza prawem do poszanowania „mieszkania” art. 8 Konwencji zapewnia ochronę korespondencji. Pojęcie to Trybunał powiązał z katalogiem form komunikacji, obejmującym jej techniczne i tradycyjne odsłony. W dokonanej przez

¹⁸ L. Garlicki, *Komentarz do art. 8 [w:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 493–499.

¹⁹ *Ibidem*, s. 499–500.

²⁰ *Ibidem*, s. 500–506.

²¹ *Ibidem*, s. 506–507.

²² *Ibidem*, s. 508–518.

²³ Wyrok ETPC z dnia 22 grudnia 2004 r. w sprawie *Merger i Cros przeciwko Francji*, 68864/01, § 46.

²⁴ Wyrok ETPC z dnia 13 czerwca 1979 r. w sprawie *Marckx przeciwko Belgii*, 6833/74, A. 31, § 31.

²⁵ L. Garlicki, *Komentarz do art. 8...*, s. 537.

organ ten wykładni zarysowały się następując znaczenia terminu korespondencja, związane z:

- tradycyjnymi formami komunikacji listownej²⁶,
- technicznymi formami służącymi przekazywaniu wiadomości²⁷,
- formami przekazywania wiadomości zarówno za pośrednictwem urządzeń prywatnych²⁸,
- formami przekazywania wiadomości zarówno za pośrednictwem urządzeń publicznych²⁹,
- przekazywaniem wiadomości przez osoby poddane szczególnemu reżimowi podporządkowania³⁰.

Wyróżnionym odślonom komunikacji odpowiada zarówno stopień przyznanej ochrony, jak i zakres dopuszczalnych ograniczeń możliwych do nałożenia przez organy władzy publicznej.

Analizując zakres prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, Marek Antoni Nowicki wskazuje, że pod pojęciem ochrony jednostki przed arbitralną ingerencją władz publicznych kryje się tak negatywny, jak i pozytywny wymiar obowiązków ciążących na państwach – stronach Konwencji³¹. Pierwszy z wyróżnionych wymiarów dotyczy zakazu podejmowania działań naruszających autonomię człowieka. Drugi natomiast koncentruje się na zapewnieniu prawa do ochrony prywatnej sfery życia jednostki poprzez zastosowanie zabezpieczających je środków. O treści tego pozytywnego zobowiązania ciążącego na organach władzy publicznej decyduje natura danej sfery życia jednostki i położenie skarżącego oraz kontekst, który wyznacza praktyka panująca w danym państwie. Jej ustalenie koncentruje się z kolei na ocenie tych determinantów przez pryzmat zasady rządów prawa³². Pozostawiony w tym zakresie margines pozwala Trybunałowi na dynamiczną wykładnię przepisów Konwencji, któremu towarzyszy przekonanie, że praktyka orzecznicza ma podążać za zmianami dokonującymi się w obrębie struktury społecznej. Stwarza to możliwość rozszerzania zakresu znaczenia materialnej treści gwarancji przewidzianych w Konwencji o prawa przysługujące jednostce, której towarzyszy precyzowanie zobowiązań ciążących na państwach. Wykładnia ta podporządkowana jest

²⁶ *Ibidem*, s. 542.

²⁷ Postanowienie ETPC z dnia 29 czerwca 2006 r. w sprawie *Weber i Saravia przeciwko Niemcom*, 54934/00.

²⁸ Wyrok ETPC z dnia 25 czerwca 1997 r. w sprawie *Halford przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 20605/92.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Wyrok ETPC z dnia 21 lutego 1975 r. w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 4451/70.

³¹ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*

³² *Ibidem*.

zasadom, których podstawy ukształtował wyrok Trybunału z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*³³. Należy do nich wymóg szczególnej ochrony praw zagwarantowanych na mocy art. 8, 9, 10 i 11 Konwencji motywowany ich podstawowym znaczeniem dla funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa; przypisanie państwowym formom ograniczenia tych praw statusu wyjątków wymagających „przekonującego” uzasadnienia oraz założenie stanowiące, że mogą być one stosowane tylko w tych celach, dla których zostały ustanowione³⁴. Rozpatrzenie zarzutu naruszenia art. 8 Konwencji wymaga oceny przedstawionego stanu faktycznego pod kątem sprawdzenia, czy obejmuje go zakres zastosowania tego przepisu. Towarzyszy temu analiza postępowania władz publicznych, której celem jest sprawdzenie, czy doszło do ingerencji w sferę życia prywatnego. Dostrzeżenie takiej ingerencji kieruje z kolei Trybunał ku ocenie formalnych i materialnych przesłanek, której towarzyszy pytanie, czy ingerencja ta była konieczna w realiach funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa.

Szczególne znaczenie dla ustalenia treści i zakresu zastosowania prawa do ochrony danych genetycznych ma ten element konstrukcji art. 8 Konwencji, który dotyczy poszanowania sfery życia prywatnego. Problematyce tej Trybunał poświęcił uwagę w decyzji w sprawie *Van der Velden przeciwko Niderlandom* z dnia 7 grudnia 2006 r.³⁵ oraz wyroku w sprawie *S. i Marper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 4 grudnia 2008 r.³⁶ Uznając skargę Van der Veldena za bezzasadną, Trybunał udzielił jednocześnie przeczącej odpowiedzi na pytanie, czy gromadzenie próbek biologicznych i danych genetycznych osoby skazanej za popełnienie czynu zabronionego stanowi karę w rozumieniu art. 7 Konwencji. Podkreślił tym samym, że działanie to nie podlega zasadzie *nulla poena sine lege*. Pogląd ten uzupełnił następnie o spostrzeżenia dotyczące możliwości ograniczenia prawa do ochrony danych osób skazanych za popełnienie czynu zabronionego o określonym ciężarze gatunkowym, kształtując jednocześnie podstawy zasad pobierania próbek biologicznych w celu określenia profilu genetycznego. Trybunał stwierdził, że ingerencja ta – wkraczająca na pole sfery życia prywatnego objętej ochroną na mocy art. 8 Konwencji – wiąże się z wymogiem uznania za konieczną w demokratycznym społeczeństwie.

Stanowisko wyrażone w sprawie *Van der Velden przeciwko Niderlandom* znalazło rozwinięcie w praktyce orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

³³ Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 5493/72.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Decyzja ETPC z dnia 7 grudnia 2006 r. w sprawie *Van der Velden przeciwko Niderlandom* – decyzja Trzeciej Sekcji ETPC, 29514/05.

³⁶ Wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2008 r. w sprawie *S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii*, 30562/04 i 30566/044.

Rozpatrując sprawę *S. i Marper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał poświęcił uwagę normom wyznaczającym standardy w zakresie przechowywania materiału biologicznego i odcisków linii papilarnych³⁷. Stwierdzając, że doszło w tym przypadku do naruszenia art. 8 Konwencji, Wielka Izba Trybunału ugruntowała jednocześnie przyjętą linię interpretacyjną, wskazując, że zakres zastosowania przepisu gwarantującego prawo do poszanowania życia prywatnego obejmuje także ochronę informacji genetycznej. Zgodnie z treścią wydanego orzeczenia przechowywanie tych danych po zakończeniu postępowania karnego wyrokiem uniewinniającym lub umorzeniem narusza prawo zagwarantowane w art. 8 Konwencji.

W 2001 r. *S. i Marper* zostali postawieni w stan oskarżenia. *S.* przedstawił zarzut usiłowania rozboju. *Marpera* oskarżono o znęcanie się nad partnerką. W toku prowadzonych postępowań pobrano odciski linii papilarnych oraz próbki biologiczne, służące określeniu ich profilu genetycznego. Sprawa *S.* zakończyła się wyrokiem uniewinniającym, a *Marpera* – umorzeniem przez prokuratora. Po zakończeniu prowadzonych postępowań skarżący zwrócili się z wnioskiem o zniszczenie pobranych materiałów. W związku z odmową skierowali sprawę do rozpoznania w ramach sądowej kontroli. Sąd Administracyjny w orzeczeniu z dnia 22 marca 2002 r. nie przychylił się jednak do ich wniosku. W tym samym roku orzeczenie to zostało utrzymane w mocy przez Sąd Apelacyjny. Dwa lata później stanowisko zarysowane w ramach kontroli sądowej poparła także Izba Lordów, odrzucając zażalenie wniesione przez skarżących. W uzasadnieniu decyzji o odmowie zniszczenia pobranych materiałów organy powołały się na przepisy sekcji 64 (1A) ustawy o dowodach policyjnych i kryminalnych³⁸, która reguluje zasady postępowania z próbkami biologicznymi i odciskami linii papilarnych po zakończeniu postępowania karnego. Akt ten dopuszcza możliwość pozostawienia tych materiałów w bazie organów śledczych na potrzeby działań prowadzonych w zakresie prewencji, wykrywania sprawców przestępstw, postępowania przygotowawczego oraz występowania z aktem oskarżenia, nawet jeżeli cel, dla którego zostały one pozyskane, został już wcześniej zrealizowany, a procedura karna zakończona. Zakres przedmiotowy tej regulacji obejmuje dane osób postawionych w stan oskarżenia, co w realiach brytyjskiego systemu prawa krajowego objęło także próbki pobrane od skarżących.

Bazując na przywołanym stanie faktycznym, skarżący podnieśli zarzut naruszenia art. 8 i art. 14 w związku z art. 8 Konwencji. W skargach skierowanych do Trybunału *S. i Marper* wskazali, że doszło do naruszenia ich prawa do prywatności poprzez nieuzasadnione przechowywanie pobranych materiałów biologicznych i biometrycznych poza celem zakończonego postępowania karnego, co

³⁷ Wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2008 r. w sprawie *S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii*, 30562/04 i 30566/044.

³⁸ Police and Criminal Evidence Act 1984, 1984 c. 60.

jednocześnie spełnia przesłankę naruszenia zakazu dyskryminacji. W odpowiedzi na stanowiska wyrażone przez S. i Marpera, w skargach 30562/04 i 30566/044, strona brytyjska powołała się na cel publiczny, realizowany przez system prawa karnego wspólnoty za pośrednictwem ustawy o dowodach policyjnych i kryminalnych. Rozpatrując przedstawione zarzuty, Trybunał przychylił się do stanowiska skarżących w części dotyczącej naruszenia prawa do poszanowania prywatności w związku z zachwianiem równowagi pomiędzy ochroną interesu publicznego a prawem jednostki, poprzez nieuzasadnione przechowywanie materiału komórkowego, danych genetycznych i odcisków linii papilarnych po zakończeniu prowadzonego postępowania karnego. Trybunał podkreślił jednocześnie, że odrębne rozpatrywanie zarzutu naruszenia art. 14 Konwencji jest bezzasadne. Zgodnie z przyjętą konkluzją:

Blankietowy i bezkrytyczny charakter uprawnień do zatrzymania odcisków palców, próbek komórek i profili DNA osób podejrzanych, lecz nie skazanych za popełnienie przestępstwa, jak to miało miejsce w przypadku skarżących w niniejszej sprawie, nie zachowuje sprawiedliwej równowagi pomiędzy konkurującymi interesami publicznymi i prywatnymi, a pozwane Państwo przekroczyło jakikolwiek dopuszczalny margines uznania w tej mierze. W związku z tym przedmiotowe zatrzymywanie danych osobowych stanowi nieproporcjonalną ingerencję w prawo skarżących do poszanowania ich życia prywatnego i nie może zostać uznane za konieczne w demokratycznym społeczeństwie³⁹.

W uzasadnieniu przedstawionego stanowiska Trybunał rozgraniczył argumenty dotyczące materiału komórkowego i związanych z nim danych genetycznych od spostrzeżeń na temat odcisków linii papilarnych. Problematyka zakresu ochrony informacji genetycznej człowieka, rozpatrywana na tle interpretacji art. 8 Konwencji, wiedzie ku argumentacji poświęconej pierwszej z dwóch wyróżnionych perspektyw. W argumentacji tej Trybunał podkreślił wagę obaw jednostki dotyczących potencjalnych możliwości wykorzystania tych danych w przyszłości dla ustalenia, czy doszło do naruszenia prawa zagwarantowanego w art. 8 Konwencji. Organ ten powołał się również na znaczenie informacji osobowych, których nośnikiem są próbki komórkowe, wskazując, że ich przechowywanie stanowi ingerencję w poszanowanie życia prywatnego. Argument ten uzupełniony został o stwierdzenie, że informacje te należy rozpatrywać w szerszym kontekście, odnosząc je nie tylko do dawcy materiału biologicznego, ale także osób pozostających z nim w związku genetycznym. Analizując charakter tych danych, Trybunał zaznaczył, że mogą one służyć także ustaleniu pochodzenia etnicznego człowieka. Argumenty te – zdaniem Wielkiej Izby – prowadzą do wniosku, że przechowywanie danych genetycznych wymaga spełnienia

³⁹ Wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2008 r. w sprawie *S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii*, 30562/04 i 30566/044.

kryterium proporcjonalności i powinno być poddane reżimowi czasowego ograniczenia.

Treść prawa do ochrony informacji genetycznej została ukształtowana w praktyce orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na tle wykładni art. 8 Konwencji. Zakres normatywnej ochrony danych genetycznych i próbek biologicznych wpisuje się w ramy przyjętej linii interpretacyjnej, której wyraz stanowi rozstrzygnięcie w sprawie *Van der Velden przeciwko Niderlandom* oraz *S. i Marper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Konstrukcja tej gwarancji odpowiada modelowemu ujęciu prawa do poszanowania życia prywatnego. Gwarancja ta służy ochronie informacji genetycznej każdego człowieka, co dotyczy zarówno danych profilowych, jak i próbek biologicznych służących ich poznaniu. Oceniając, czy doszło do naruszenia, Trybunał koncentruje się na formalnych i materialnych przesłankach oraz na analizie postępowania władz publicznych, której celem jest sprawdzenie, czy doszło do ingerencji w sferę życia prywatnego. W razie stwierdzenia ingerencji, dalszy przebieg postępowania zostaje poświęcony pytaniu, czy była ona konieczna w realiach funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa. Trybunał wiąże taką możliwość z celem prowadzonego postępowania karnego oraz funkcjonowaniem bazy profili DNA osób skazanych za popełnienie czynu zabronionego o określonym ciężarze gatunkowym, podkreślając jednocześnie konieczność przestrzegania stosownego reżimu czasowego. Szczególny charakter przedmiotu ochrony, który pozwala na poznanie genetycznych determinantów warunkujących psychofizyczny wymiar jednostki, postęp w zakresie mapowania genomu, otwierający dostęp do nowych informacji o człowieku oraz rozwój potencjalnych możliwości ich wykorzystania w przyszłości rodzi pytanie o kierunek rozwoju linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Czy praktyka ta podąży za dynamiką wykładni, która rozszerza zakres ochrony gwarancji ustanowionych w Konwencji, czy też skieruje się ku rozwijaniu katalogu ingerencji władz publicznych koniecznych w realiach funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa?

Paweł Kwiatkowski

THE RIGHT TO PROTECT GENETIC INFORMATION IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW

The development of human rights law to embrace a bioethical perspective is connected with the policy of international subjects focusing on the technical possibilities of the life sciences, covering the way they function in the modern social structure. Bearing in mind this assumption, the aim of the paper was to analyze the right to protect genetic information in the context of the European Court of Human Rights case law. The Court held that

genetic information is protected under the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. The model of the right to respect for private life is reflected in its shape, as the Court noted in the *Van der Velden v. The Netherlands* and *S. and Marper v. The United Kingdom* cases. This leads to the conclusion that the provision of Article 8 of the Convention provides the right to protect genetic information, subject to certain restrictions that are "in accordance with law" and "necessary in a democratic society".



Gábor Kardos

University of Budapest

kardos@ajk.elte.hu

THE EUROPEAN CHARTER FOR REGIONAL OR MINORITY LANGUAGES: SOME OF ITS CHARACTERISTICS AND THE FUTURE OF THE SUPERVISORY MECHANISM

Foreword

Time goes by fast... I first met Krzysztof Drzewicki at an ICRC school in Warsaw during exciting times in 1980. We learnt from him not only about international humanitarian law but Polish politics. One day the two Hungarian participants, the only ones from the Eastern block, left the lectures and went to the cinema. We saw Wajda's excellent movie, *Man of Iron*. It was the ultimate lesson from our whole stay in Poland. I mentioned to Krzysztof that what we had done. He looked into my eyes and shook my hand without a word. Later we met in Turku and Oslo. I remember we had discussions on how human rights had become international, and on trade-union rights, on an island near Turku. Professor Drzewicki's brilliant works have always been starting points for me when I collect literature on international humanitarian law, human rights and minority rights law. It was a great pleasure to listen to his lecture in Budapest not long ago.

Introduction: time to evaluate or Vingt Ans Après

Language, as an envelope, defends vulnerable human existence, as do the walls woven by norms and customs surrounding civilized humanity.¹ Moreover, there is only one home: language.²

¹ N. Elias, *A civilizáció folyamata. (Über den Prozess der Zivilisation)* Budapest, Gondolat 1987, p 78.

² S. Márai, *Európa elrablása. (Europe's Abduction)*, Budapest 2008, (originally in 1946) p. 99.

In 2018 we celebrate two important dates concerning the European Charter for Regional or Minority Languages. The Charter came into force on 1 March 1998, following the Framework Convention for the Protection of National Minorities a month previously. Both international treaties are the instruments of Council of Europe and this shows the leading role that has been taken by the old continent, and the Council of Europe, in the field of the protection of minority languages and the rights of minorities. The Framework Convention for the Protection of National Minorities expressly protects – among other minority rights – the language rights of minorities, and the European Charter for Regional or Minority Languages as a part of the European cultural heritage not only protects but also promotes minority languages. Thus, it may seem justified to talk about a breakthrough, not just in terms of the protection of minority rights in international law, but also with regard to the fact that majority-minority multilingualism has won a battle in Europe. In fact the breakthrough is symbolic and rhetorical, since pre-modern societies in Europe have been generally multilingual in everyday life, and maintaining monolingualism requires huge normative work for the modern nation-state, at the cost of large sacrifices.³ This heritage of modernism is more persistent than the optimistic expectations of like-minded people have thought in the time of the entry into force of the Framework Convention and the Charter, although there are undeniable positive achievements associated with its implementation.

Anyway, in the past twenty years enough experience has been gathered for us to be able to evaluate how the mechanism works. Here I concentrate only on two issues: on certain inherent characteristics of the Charter which make its implementation and the supervision of this implementation more difficult; and on enhancing the development of the Charter's supervisory mechanism. But first I address the question why the Charter is important.

The challenge: why do we need the Charter?

Looking back to the early 1990s it is possible to identify four general reasons why the Framework Convention and Charter were concluded. The 1990s posed a challenge to the European states. Serious ethnic conflicts in former Yugoslavia and the former Soviet Union made it clear to the European states that there was a need for regional rules to protect minorities. European states recognized that within a foreseeable future there would be no UN Convention on Minority

³ S. Oeter, *Mehrsprachigkeit als Last oder Bereicherung?* [in:] *Minderheiten als Mehrwert*, Hrsg. M.Th. Vogt, J. Sokol, D. Bingen, J. Neyer, A. Löh, Frankfurt am Main 2010 (Schriften des Collegium Pontes), p. 141.

Rights. There was a failure to adopt an Additional Protocol on Minority Rights related to the European Convention on Human Rights. There was an agreement on Chapter IV of the OSCE Document on the Humanitarian Dimension Conference in Copenhagen (1990) containing a catalogue of minority rights. Admittedly, it was not internationally legally binding. However, despite the failure of the draft Additional Protocol, there were grounds for hope.

If we are trying to find specific reasons, we may refer to two other causes that led to the Charter. One of them is its previous form: the Charter had existed as a resolution of the predecessor to the current Congress of Local and Regional Authorities, the Standing Conference of Local and Regional Authorities of Europe.⁴ The other is the preservationist ideology⁵ which mainly manifested in the fields of environment and cultural traditions. The Charter in its Preamble says: “the protection of the historical regional or minority languages of Europe, some of which are in danger of eventual extinction, contributes to the maintenance and development of Europe’s cultural wealth and traditions”. In 2003 the growing interest in cultural preservation led to the UNESCO’s Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage and its Article 2 (2) clearly covers minority languages.

Answering the question whether those reasons are still relevant I am afraid the answer is yes. The ethnic conflicts in Europe are not bloody today, but they definitely exist. There is no UN Convention, and no Additional Protocol to the ECHR either. Moreover, the consensus standing behind the Council of Europe treaties seem to be shrinking, clear signs of this are the halt of the ratification process of the Charter and the significant delay of the reports of the state parties, both in the case of the Framework Convention and the Charter. It is also important that the question of asylum seekers and immigrant communities overwhelm the legal protection of national minorities who have historically lived together, and that serious attempts to gain independence (Scotland, Catalonia) in the past few years has also increased the backward tendency in some European states.

Furthermore, the international protection of linguistic rights is still not satisfactory. The protection of the linguistic rights of minorities as a part of binding international law – as demonstrated by the foregoing examples – is mostly indirect, relying on the prohibition of language-based discrimination, and if the protection is direct, it has a rather weak normative power. It is not clear from the *wording* of Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights that the right of minorities to use their own language also covers public life in addition to private life. Under Article 14, paragraph 2, of the Council of Europe

⁴ Resolution 192 (1988) on the regional or minority languages.

⁵ Robert Dunbar refers directly to an ecological attitude, given that international ecological diversity is also a highly protected value. See R. Dunbar, *Minority Language Rights in International Law*, “International and Comparative Law Quarterly” January 2001, vol. 50, p. 94.

Framework Convention for the Protection of National Minorities, the majority state can easily find an excuse for not properly guaranteeing the right to learn in a minority language.

If the language aspect of a human right is implicit, the wording is too narrow. For example, as a part of the right to a fair trial defendants have the right to understand the proceedings, so they has the right to an interpreter. But if they understand the language of the procedure, even if their mother tongue is different, they have no right to interpretation. To be entitled in such a case, a separate minority language right is needed, because the courts may be reluctant to recognize the minority language aspect in practice.

As an illustration I only refer to the case of *Cyprus v. Turkey*⁶. Turkey occupied the northern part of Cyprus in 1974, where the Turkish Republic of Northern Cyprus was later established. This generally not recognized state has allowed Greek-language primary schools to operate but banned Greek-language schools. Those Greek students living there who wanted to pursue their studies at high school level had to choose between education either in Turkish or in English. The case concerned whether Turkey – which, according to the European Court of Human Rights exercised effective control over the territory – violated the Greek students' right to education under Article 2 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights.

The Court ruled in principle – on the basis of the *Belgian language case* – that Article 2 of the Additional Protocol does not define the language in which the right to education is to be respected. Consequently, the right to education in the mother tongue is not part of the right to learn. (But the quasi-first instance procedure conducted by the European Commission on Human Rights led to the conclusion that the Greeks of Northern Cyprus are entitled to have a *wish* to secure the education of their children according to their cultural and ethnic traditions.) Finally, the Court concluded that the policy of the North-Cypriot authorities' can be regarded as having the effect of denying the essence of the right to education, as the students had to travel to the Greek part to pursue their studies there. As an analyst of the case correctly pointed out, the Court did not respect the Greek language, its decision was a not recognition of the right to learn in mother tongue, but it was arrived at because of the particular circumstances of the case. The Court took the view that the complaint had to be accepted because the sensitive political context confirmed it.⁷

Consequently, in similar cases we should wait for a sensitive political context. The conveyed message is not that it is better to avoid such a context, just the opposite.

⁶ *Cyprus v. Turkey*, ECHR appl. 25781/1994, judgment 10 May, 2001.

⁷ M. Paz, *The Failed Promise of Language Rights: A Critique of the International Language Rights Regime*, „Harvard International Law Review” 2013, vol. 54, no. 1, pp. 199–200.

The response: the Charter. Some of its characteristics

The implementation of the Charter, and supervision of its implementation, are obstructed by some characteristics of the treaty. This is not a retrograde criticism of the founding fathers of the Charter. It seems to be obvious that certain compromises were definitely needed to conclude the treaty especially to avoid the obstruction of its implementation, but this noble effort failed in practice.

As we have seen, the Charter does not protect minority language rights, but minority or regional languages as part of the European cultural heritage. So, it may be seen as a kind of indirect response to the challenge. The subject of protection is therefore not the language minorities or their rights, but rather the minority or regional languages of European culture that are at risk. The Charter does not include the terms “national minorities”, “*volksgruppen*” or “*groupes ethniques*”; it does not even mention linguistic communities. The Charter addresses, inter alia, the “users” of minority or regional languages. However, since a language cannot exist without the people using it, the Charter still recognizes the rights of those who speak it.⁸

Therefore, given the sensitivity of some European states, the Charter is deliberately seeking to pursue a goal which seems to be neutral on the surface. The basic concept of the Charter is the protection of regional or minority languages forming a part of the European cultural heritage. Its aim is benevolent and noble: to remove the protection of minority language from the highly politicized debate over individual or collective minority rights, and to make the whole business more attractive to certain European states. The latter means that the Charter keeps the protection of minority languages and cultures separate from the concept of minority rights, which is always associated with the “horrible” concept of political power-sharing in the eyes of the political elite of certain European states. .

This aim of the Charter, namely to maintain a separation between public political sensitivities and the protection of minority languages and cultures, thus guaranteeing their high level of protection, can only be partially successful, at best. Language is a political affair – language policy is also essential for the traditional areas and concepts of political theory⁹ – and remains the same when dressed up in the airy robe of cultural heritage protection. Politicians easily see through the airy robe. It is not difficult to prove the truth of this statement, so here I will only refer to some evidence.

⁸ D. O’Riagáin, *The political importance of the European Charter for Regional or Minority Languages* [in:] *Implementation of the European Charter for Regional or Minority Languages*, „Regional or Minority Languages” 1999, no. 2, Council of Europe Publishing, p.16.

⁹ W. Kymlicka, A. Patten, *Language Rights and Political Theory*, „Annual Review of Applied Linguistics” 2003, vol. 23, p. 3.

Those states which did not ratify the Charter were not friends of the rights of national minorities. Thus, even though France signed and made a declaration of commitment, it did not ratify the Charter, as the French Constitutional Council hindered the process, confirming that the Charter was seen as incompatible with the idea of a united and indivisible Republic.¹⁰ Every sign indicates we can not expect a Greek or Turkish ratification. Certain former socialist states of Central and Eastern Europe took a rather long time to consider the ratification.

In the nineties in newly independent states like Croatia, Bosnia, Montenegro or Slovakia, the new state language became the symbol of independent statehood, a language which was not the same as, but not very much different to, the former common language. There was a strong political wish for linguistics to prove those different characteristics of the new state language and to separate them, as much as was possible, from the common language of the recently disappeared federations. Words and phrases were invented or reinvented to strengthen the highest political phenomenon, the independent state.

A further example is the sometimes-mysterious object of the protection. The Charter protects regional and minority languages, but this protection does not extend to local variants, to different dialects. In many cases, answering the question whether we are dealing with a dialect or a separate language is not a simple matter. As stated in the official *Explanatory Report* to the Charter, the answer depends not only on linguistic considerations, but also on psychological-sociological factors and political affairs.¹¹ The Charter leaves it to the authorities of States Parties to decide what they consider an independent minority language, in accordance with their domestic democratic processes. The decision to classify it as a separate language or a dialect is political and non-linguistic, given that linguists mockingly say the difference between a language and a dialect lies in the fact that a language is supported by parliament, the army, the government, in other words, by sovereignty.

Consequently, the majority state fulfills its obligations under the Charter if it only teaches the literary language but not the local version – the true mother tongue. However, this can alienate users of the local version, and their true language can get lost. On the other hand, it is also true that the Committee of Experts in certain cases expressly calls for the protection of dialects, as for example, in the case of the various dialects of the Sámi language.¹²

Finally, I would like to draw the attention to the fact that in some cases, but more and more frequently, there are bitter political debates over the draft recommendations elaborated by the supervisory organs of the Framework Convention

¹⁰ Look at, for example, The Constitutional Council of France, Decision 99-412 DC OF 15 June 1999, European Charter for Regional or Minority Languages.

¹¹ Explanatory Report, para 32.

¹² In the case of Norway, for example.

and the Charter in the Council of Ministers. The long debates on the political level lead to further delays in the monitoring processes.

The *a la Carte* system of the protection is the other main characteristic feature of the Charter. The *a la Carte* system is not a deficiency; it is a tool to adapt the obligations to the specificities of the minority languages which have very different background situations and to protect them this way, but it should be done in good faith.

The trouble with the *á la Carte* system is twofold. First, the Council of Europe never found the courage to return the ratification document for further consideration, pointing out that for one or another minority language, due to the objective position of the language, other selection would be needed. Although the Council of Europe cannot force a Member State to change its ratification, a warning before the conclusion of the process could have had a beneficial effect on policy makers. On the other hand, the Committee of Experts has repeatedly criticized the selection of certain States Parties, because they did not take into account the different positions of each minority language in their ratification documents, but the findings of the Committee of Experts are not legally binding, and in addition, they are *post festa* observations in terms of the ratification. (A State Party may, of course, change its ratification document at any time, but this has only been the case in a few cases.¹³)

Second, if you take into consideration that in the State Parties there many different minority languages having very different features, such as geographical concentration, the number of speakers, educational and cultural infrastructure, the level of recognition and protection and the *a la Carte* system, it is understandable why it is difficult for the Expert Committee of the Charter to be consistent in their supervisory work. It can happen that roughly the same situation is evaluated differently in different cases. The position of the minority languages is different, but the instrument of ratification may be the same and sometimes it is difficult to recall the reasons which have led to this or that different conclusion. Anyway, an article by article General Commentary would be of great help, as was the case in the work of the Advisory Committee of the Framework Convention.

The Charter does not protect the official languages which are in a minority position. If a regional or minority language is an official language, it will only be protected under the Charter if the State Party makes a voluntary commitment to that effect, referring to it as a lesser used official language.¹⁴ However, an official language in a minority position should automatically receive protection, since,

¹³ Slovakia, Hungary and Germany, Austria (in certain Landern) extended the Part III protection to Roma languages.

¹⁴ The lesser used official language is the Irish formula. During the preparation of the text, the Irish delegation wanted to ensure that they could protect Irish which was an official language in Ireland. The irony is that Ireland has yet to ratify the Charter.

despite being recognized as an official language, its position is essentially determined by its minority status. According to the Committee of Experts, if a lesser used official language gets Part III protection, it includes Part II protection as well. This seems to limit the right of States Parties to protect a less widely used official language under the Charter. However, while this may not be in line with the text of Charter, it is line with the spirit of it. It would be strange if an official language, even if a lesser used one, does not get Part II protection under the Charter.¹⁵ Cooperation with the Charter presupposes an internal high-level legal minority language protection and cultural support, which is not cheap at all, or, as a Russian politician stated, “very expensive”.¹⁶

The costly nature of maintaining minority linguistic infrastructure is problem even in times of economic prosperity. The problem actually is the dependence on the state budget, especially with the fashionable allocation mechanisms of our time. Primarily, this is a tendering system that is increasingly not merely covers the financing of individual projects, but also maintenance costs. This problem is aggravated by two further problems today. One of them is that the minority linguistic communities are demographically shrinking, which makes the majority state think about cutting costs. This is related to the still existing negative effects of the financial crisis in certain State Parties.

On enhancing the development of the Charter’s supervisory mechanism

The Charter has been ratified by 25 European states. This number is significantly lower than the number of those states which ratified the Framework Convention. There are different reasons why this is the case. Unfortunately, the Charter is still seen as less important than the Framework Convention. Furthermore, in the case of the Charter, the West did not put any significant political pressure on the former Eastern Bloc countries to ratify it. Serbia only pays attention to it due to the EU accession process. More ratification is needed to further strengthen the Charter and to provide wider interest in enhancing the supervisory mechanism.

For members of minority language communities to use their mother tongue, three things are needed: capacity, opportunity, and desire to do so. Practical prerequisites are are crucially important for the desire, because bilingual speakers

¹⁵ J.-M. Woehrling, *The European Charter for Regional or Minority Languages. A critical commentary*, Strasbourg 2007, pp. 79–80.

¹⁶ P. Thornberry, *The charter and the role and responsibility of the state* [in:] *From Theory to Practice: The European Charter for Regional or Minority Languages*, „Regional or Minority Languages” 2002, no. 3, Council of Europe Publishing, p. 21.

use their mother tongue only if they think it will help them to achieve something.¹⁷

The Committee of Experts carries out examinations of the conditions for effective minority language use in the State Parties. The deeply-held belief of the Committee of Experts is that a State Party should make not only legal rules for the implementation but should also provide infrastructural conditions for the actual implementation.¹⁸ So it is true that the Committee of Experts, by overcoming legal formalism, devotes sufficient attention to sociolinguistic relations.¹⁹

The supervision process based on government reports not only guarantees the possibility of continuous dialogue between the States Parties, the Committee of Experts and the minority language advocacy organizations, but it also provides an objective reflection on the minority policy of the scrutinized state and puts forward international expectations of pro-active behavior. International rules can never take over the role of internal constitutional guarantees, but the expectations based on the interpretation of them may well align the states' minority policies.

There are three main problems with the practical functioning of the existing reporting system: the delays in governments submitting their reports, political pressure to soften the draft recommendations in the Council of Ministers, and the fact that the adopted recommendations are not implemented.

As far as delays are concerned, government agencies refer to reasons such as they have too many international reporting duties at the same time, the small number of people working in the staffs, the cumbersome nature of the internal legislative process or a change of government, and more and more frequently they are simply asking for benevolent understanding. It is true that the three-year periodicity might be too demanding. The main concern is the risk of a delay in the reporting periods, and as a consequence the assessment responds to a situation that does not exist any more. The Committee of Experts seeks to urge governments with informal and political pressure, which is not really effective. If there is no governmental report, it would be necessary to base the assessment and the draft recommendations of the Committee on the NGO materials alone, since this would give an incentive to the governments to comply with the deadlines. However, this has not been made possible for the Committee, simply because the Council of Europe is not strong enough, and the States Parties are

¹⁷ F. Grin, *Language Policy Evaluation and the European Charter for Regional or Minority Languages*, New York 2003, pp. 43–44.

¹⁸ The notion of infrastructural offer has been used in the debates of the Expert Committee by Steafn Oeter.

¹⁹ R. Dunbar, *Definitely interpreting the European Charter for Regional or Minority Languages: the legal challenges* [in] *The European Charter for Regional or Minority Languages: Legal Challenges and Opportunities*, „Regional or Minority Languages“ 2008, no. 5, Council of Europe Publishing, p. 60.

tolerant towards each other: they are completely aware that “today for me, tomorrow for you”.

Although, in an international legal sense, the States Parties all have the right to re-formulate the texts of the draft recommendations prepared by the Committee of Experts, the ultimate meaning of the review of the Expert Committee – the independent professional scrutiny – is severely compromised through frequent modification or deletion of certain recommendations.

It is a problem that the review mechanism between two reporting rounds is inactive. As the recent example of Ukraine shows, a lot of things can happen between two reporting periods which justify remedying the intermediate freeze of the review.

The Charter is not designed to be directly enforced through an internal court procedure, so it is necessary to have internal legislation for implementation. In the issue of ignoring of the recommendations, States Parties try to explain their behavior in diverse ways. Reference is made to the fact that to anticipate the necessary changes will require a longer time, or to the fact that a new government has come to power, which needs time, and besides, there are other priorities. Another approach is to recall how well the legal situation is in line with the requirements, ignoring the fact that in the most cases the legal regulation is fine, or at least acceptable, but the failure to implement comes from the lack of necessary human and material infrastructure. Governments, of course, would like to point out that this issue is a matter for local governments, forgetting that the state is a unified and responsible unity in international law, represented by a government. They also do not forget the consequences of the economic and financial crisis and, in addition to referring to unfavorable demographic trends, emphasize that there are no real needs for certain developments and investments.

Finally, *ceterum censeo*, I would like to mention that the Charter lacks an optional complaint mechanism. There are arguments against such a mechanism. First, the Charter does not contain rights, only state obligations. This is true, but if you look closely at the text of the UN Rights of the Child Convention, it basically only refers to state obligations, and it has an optional complaint procedure. Second, you could say the Charter has an *al a Carte* system, and that this makes the whole thing very complicated, but in the case of the European Social Charter this has not been an obstacle. Moreover, it is possible to argue that the language of the Charter is not really suitable for such a mechanism, but even the UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights has been supplemented by such a protocol. Feasibility related arguments lead to a preference for a collective complaints system over the individual one, as is the case with the Framework Convention.²⁰

²⁰ K. Drzewicki, *Advisability and feasibility of establishing a complaints mechanism for minority rights*, „Security and Human Rights” 2010, vol. 21, issue 2, pp. 93–107.

Instead of conclusions

Would not it be time to review the Charter (and the Framework Convention) at a conference, since in the last two decades enough experience has been accumulated for this? Unfortunately, a positive spirit and willingness seem to be lacking. As I have heard in the Council of Europe, negotiating the two treaties would never take place today.

Gábor Kardos

THE EUROPEAN CHARTER FOR REGIONAL OR MINORITY LANGUAGES: SOME OF ITS CHARACTERISTICS AND THE FUTURE OF THE SUPERVISORY MECHANISM

In 2018 we celebrated an important anniversary of the European Charter for Regional or Minority Languages. The Charter entered into force on 1 March 1998. The Author presents the reasons which led to the conclusion of the Charter, and discusses issues which prove its importance today. He comes to the conclusion that the implementation and the supervision over the implementation of the Charter are obstructed by some characteristics of the treaty and tries to clarify those features of the international instrument. The article also contributes to the discussion on the question of how to improve the efficiency of the Charter's implementation mechanism.



Agnieszka Szpak

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
aszpak@umk.pl

LUDY TUBYLCZE I ICH PRAWO DO ZIEM JAKO WARUNEK ICH PRZETRWANIA

Wprowadzenie

Populacja ludów tubylczych na świecie wynosi około 370 mln osób, co stanowi 5% światowej populacji, a zarazem aż 15% ludności żyjącej w skrajnym ubóstwie. Ludy tubylcze świata żyją w ponad 70 państwach¹, przy czym dwie trzecie z nich mieszka w Azji. Przykładowe i chyba najbardziej znane ludy tubylcze to Maorysi z Nowej Zelandii, Aborygeni z Australii, Indianie amerykańscy, Yanomami z Brazylii, Ajnowie z Japonii, Masajowie z Kenii i Tanzanii, Twa (znani jako Pigmeje) z Rwandy i Ugandy, San (znani jako Buszmeni) z rejonu Kalahari czy Samowie (określani jako Lapończycy) i Innuici (określani jako Eskimosi) z dalekiej północy.

Przez wiele lat ludy tubylcze, ich potrzeby, prawa, kultura, język i tożsamość były zaniedbywane i niszczone. Mimo to ludy te były w stanie stawić temu opór i przetrwać do dziś. W czasie kolonizacji ludy tubylcze utraciły większość ziem swoich przodków: było to efektem podboju, cesji lub okupacji. Ziemie ludów tubylczych były traktowane jako *terrae nullius* (ziemie niczyje), mimo że były one zamieszkane i ludy te dysponowały własnym rozwiniętym systemem politycznym, społecznym, ekonomicznym i kulturowym. Utrata ziem spowodowała utratę tożsamości części ludów tubylczych, ich marginalizację i ubóstwo.

¹ UN Resource Kit on Indigenous Peoples' Issues, Department of Social and Economic Affairs, New York 2008, s. 10, http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/resource_kit_indigenous_2008.pdf [dostęp: 22.06.2018]; zob. też: J. Symonides, *Prawa ludów tubylczych w regulacjach międzynarodowych* [w:] *Ludy tubylcze. Czwarty Świat, dziedzictwo kolonializmu, skanseny świata czy partnerzy narodów?*, Warszawa 2007, s. 235; H. Schreiber, *Ludy tubylcze jako nowy aktor we współczesnych stosunkach międzynarodowych* [w:] *Jednostka-społeczeństwo-państwo wobec megatrendów współczesnego świata*, red. G. Piwnicki, S. Mrozowska, Gdańsk 2009, s. 206.

W okresie dekolonizacji doktryna *terra nullius* znalazła kontynuację w doktrynie *uti possidetis*, zgodnie z którą nowo powstałe państwa niejako „dziedziczyły” granice kolonialne, tzn. powstawały w granicach dawnych kolonii. Można to uznać za kontynuację dziedzictwa kolonialnego, gdyż ludów tubylczych nie uznano za nosicieli suwerenności i państwowości. Ziemie ludów tubylczych weszły w skład nowoczesnych państw i zostały uznane za ich własność przy równoczesnej odmowie prawa ludów tubylczych do ziem, które ludy te zajmowały, zanim powstały te państwa. Ludy tubylcze świata znalazły się wśród niekorzystnie sytuowanych grup i to niemalże pod każdym względem: dochodu, edukacji, standardu mieszkania, stanu zdrowia i opieki zdrowotnej oraz oczekiwanej długości życia. Z tego też powodu często określano ludy tubylcze jako „czwarty świat”. Zadaniem dziś obowiązującego prawa, w tym prawa międzynarodowego, jest pokonanie negatywnych skutków kolonizacji i zadośćuczynienie za nie².

Niniejszy artykuł skupi się na, wciąż jednej z najbardziej marginalizowanych grup, ludach tubylczych i ich prawach do ziem. Prawa te mają charakter zbiorowy i są warunkiem niezbędnym ich przetrwania i rozwoju. Na wstępie przedstawię pokrótce definicję ludów tubylczych oraz ogólnie status prawny tych ludów. Na tym tle skoncentruję się na prawie ludów tubylczych do ich ziem, wybranych przykładach realizacji tego prawa oraz przykładach naruszeń tegoż. Wreszcie wskażę, dlaczego prawo to jest tak istotne dla ludów tubylczych.

Członkowie ludów tubylczych korzystają z praw człowieka, które można uznać za prawa indywidualne, ale przysługują im też pewne specyficzne prawa, głównie o charakterze zbiorowym. To jest jedna z cech odróżniających te ludy od mniejszości narodowych, którymi Pan Profesor Krzysztof Drzewicki zajmował się naukowo teoretycznie i praktycznie, m.in. jako doradca prawny Wysokiego Komisarza OBWE ds. Mniejszości Narodowych w Hadze. Tym poniekąd motywuję wybór tematu artykułu, licząc, że spodoba się on Jubilatowi. Przy okazji pragnę zaznaczyć, że Pan Profesor Drzewicki zawsze okazywał mi tylko życzliwość i dobroć. Niech to więc będzie też okazja do złożenia Jubilatowi życzeń dalszych sukcesów i wszelkiej pomyślności.

1. Definicja i prawa ludów tubylczych

Obecnie sytuacja ludów tubylczych powoli zmienia się w praktyce, podczas gdy na papierze w międzynarodowych instrumentach z zakresu „twardego” i „miękkiego” prawa międzynarodowego można znaleźć przepisy zapewniające

² R. Kuppe, *The Three Dimensions of the Rights of Indigenous Peoples*, „International Community Law Review” 2009, no. 11, s. 108; K. Göcke, *Protection and Realization of Indigenous Peoples’ Land Rights at the National and International Level*, „Goettingen Journal of International Law” 2013, no. 5, s. 90.

poszanowanie praw rdzennej ludności, takich jak m.in. prawo do samostanowienia w jego politycznym, ekonomicznym i społecznym wymiarze, włączając w to szeroką autonomię, prawo do poszanowania ich tradycji i zwyczajów, kultury i języka, prawo do udziału w podejmowaniu decyzji dotyczących spraw, które mają wpływ na ich prawa, prawo do ziem, prawo do poprawy ich pozycji społecznej i gospodarczej, prawo do zachowania i rozwoju ich tożsamości kulturowej, duchowości i tradycyjnego stylu życia lub prawo do podtrzymywania i rozwijania ich tradycyjnej wiedzy. Ludy te są także uprawnione do rozgraniczenia ich ziem oraz do ich posiadania, kontroli i użytkowania. Wiele z tych praw zostało zagwarantowanych w niewiążącej ONZ-owskiej deklaracji praw ludów tubylczych (dalej także jako deklaracja ONZ) przyjętej w 2007 r.³ i w prawnie wiążącej Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP) nr 169 z 1989 r. w sprawie ludów tubylczych i plemiennych w krajach niezależnych⁴. W odniesieniu do regulacji prawnych można więc stwierdzić, że istnieją przepisy prawne chroniące ludy autochtoniczne, ale niestety prawo w książkach (*law in books*) nie zawsze przekształca się w prawo w działaniu (*law in action*)⁵. Problemem jest więc implementacja prawa. W raporcie na temat sytuacji ludów tubylczych na świecie z 2016 r. stan ten nazwano wręcz implementacyjną przepaścią (*implementation abyss*)⁶.

Już na wstępie należy stwierdzić, że brakuje formalnej i powszechnie akceptowanej definicji ludów tubylczych. Najczęściej podawaną definicją ludów tubylczych jest ta Specjalnego Sprawozdawcy ONZ, Jose Martineza Cobo: „tubylcze społeczności, ludy i narody to te, które – posiadając historyczną ciągłość z przedinwazyjnymi i przedkolonialnymi społeczeństwami, które rozwinęły się na ich terytoriach – uważają się za odrębne od innych części społeczeństw obecnie przeważających na tych terytoriach lub ich części. Stanowią one obecnie niedominujące części społeczeństwa i są zdeterminowane, aby chronić, rozwijać

³ Deklaracja praw ludów tubylczych ONZ przyjęta w dniu 13 września 2007 r. rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 61/295 [dalej: deklaracja praw ludów tubylczych], <http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/61> [dostęp: 22.06.2018]. Powołując się w dalszej części mojej pracy na tę deklarację, będę korzystać z tego źródła.

⁴ Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP) nr 169 w sprawie ludów tubylczych i plemiennych w krajach niezależnych (1989) [dalej: Konwencja MOP], http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169 [dostęp: 22.06.2018]. Powołując się w dalszej części mojej pracy na tę konwencję, będę korzystać z tego źródła.

⁵ A. Szpak, *Status of Indigenous Peoples in International Law* [w:] *Philosophy of Law in the Arctic*, ed. D. Bunikowski, Rovaniemi 2016, s. 108; *eadem*, *Sytuacja społeczno-ekonomiczna ludów tubylczych w Azji w świetle standardów prawnych ONZ*, „Sprawy Międzynarodowe” 2017, nr 3, s. 117.

⁶ *The Indigenous World 2016*, eds D. Vinding, C. Mikkelsen, International Work Group for Indigenous Affairs, Copenhagen 2016, s. 10, https://www.iwgia.org/images/publications/0740_THE_INDIGENOUS_WORLD_2016_final_eb.pdf [dostęp: 22.06.2018]; zob. również: S. Wiessner, *The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges*, „European Journal of International Law” 2011, vol. 22, no. 1, s. 138.

i przekazywać następnym pokoleniom ziemię ich przodków oraz ich tożsamość etniczną jako podstawę ich dalszego istnienia jako ludów, zgodnie z ich własnymi wzorcami kulturowymi, instytucjami społecznymi i systemami prawnymi”⁷. Definicja ta jest dość wąska, przede wszystkim z powodu wymogu „historycznej kontynuacji z przedinwazyjnymi i przedkolonialnymi społecznościami, które rozwinęły się na ich terytoriach”⁸.

Jedyna prawnie wiążąca definicja ludów tubylczych oraz dodatkowo plemiennych została zawarta w Konwencji MOP nr 169 w sprawie ludów tubylczych i plemiennych w krajach niezależnych. Jeżeli chodzi o ludy tubylcze zawiera ona bardziej połączony wymóg historycznej kontynuacji, gdyż nie wspomina się w nim o okresie sprzed inwazji ani kolonizacji. Zgodnie z Konwencją MOP ludy tubylcze to „ludy w niepodległych państwach, które są uznawane za tubylcze z uwagi na ich pochodzenie od ludności zamieszkującej to państwo czy region geograficzny (do którego państwo to należy) i które, niezależnie od ich statusu prawnego, zachowały pewne własne społeczne, ekonomiczne, kulturalne i polityczne instytucje” (art. 1b)⁹. Artykuł 1a podaje z kolei definicję ludów plemiennych, zgodnie z którą należy je traktować jako te, „których społeczne, kulturalne i ekonomiczne warunki odróżniają od innych części wspólnoty narodowej i których status jest w całości lub części określany przez ich własne zwyczaje lub tradycje albo specjalne prawa i regulacje”¹⁰. Z przepisów tych wynika, że ludy tubylcze mają te same cechy co ludy plemienne, ale dodatkowo wykazują się historyczną kontynuacją z ludami żyjącymi na tych obszarach przed okresem powstania państw narodowych oraz posiadają własne instytucje, a nie tylko zwyczaje i tradycje¹¹.

Ponadto, według ONZ-owskiej deklaracji z 2007 r., samoidentyfikacja jest podstawowym kryterium przy określaniu tubylczego/rdzennego charakteru danego ludu¹². O samoidentyfikacji wspomina także amerykańska deklaracja praw ludów tubylczych przyjęta w 2016 r.¹³

⁷ J.M. Cobo, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7, New York: UN 1986/7 (wszystkie tłumaczenia z języka angielskiego zostały wykonane przez autorkę, chyba że zaznaczono inaczej); zob. też: United Nations Development Group, *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, New York–Geneva 2009, s. 8–10, https://undg.org/wp-content/uploads/2016/10/UNDG_guidelines_EN.pdf [dostęp: 22.06.2018].

⁸ Zob. również: H. Jodelka-Schreiber, *Międzynarodowa ochrona kultury i dziedzictwa kulturowego ludów tubylczych*, „Stosunki Międzynarodowe – International Relations” 2007, nr 1–2, s. 149–150.

⁹ Konwencja MOP nr 169, tłum. za: J. Symonides, *Prawa ludów tubylczych...*, s. 242.

¹⁰ *Ibidem* – tłum. za: J. Symonides, *Prawa ludów tubylczych...*, s. 242.

¹¹ A. Szpak, *Sytuacja...*, s. 118.

¹² Wyraźnie o tym stanowi Konwencja MOP nr 169 (art. 1.2).

¹³ Art. 1 (2), American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2016), <http://www.iitc.org/program-areas/treaties-standard-setting/the-oas-american-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples/> [dostęp: 22.06.2018].

Janusz Symonides wskazuje na trzy aspekty widoczne w definicji ludów tubylczych: historyczny, zgodnie z którym „ludy te występowały przed kolonizacją, przed formowaniem się państwa narodowego, i drugi [tożsamościowy – przyp. A.Sz.] – wskazujący na specyficzne cechy odróżniające je od reszty społeczeństwa: język, religię, kulturę, zwyczaje i organizację społeczną”¹⁴. Trzeci element obejmuje samoidentyfikację tych ludów jako tubylcze oraz uznawanie ich za takie przez innych¹⁵.

Zastosowanie kryterium historycznej kontynuacji i pierwszeństwa w czasie może nie być adekwatne w każdych warunkach (np. w Azji i Afryce)¹⁶. Jak zauważa Hanna Schreiber, pojęcie „ludy tubylcze” jest dziś stosowane „także wobec tych ludów, które nie doświadczyły „klasycznej” europejskiej kolonizacji (właśnie Azja, Afryka). „Klasyczna” kolonizacja Ameryki i Australii (doktryna „słonej wody”) związana była bowiem z olbrzymim napływem osadników, podczas gdy w większości afrykańskich i azjatyckich kolonii jedynie administracja i eksport były w rękach Europejczyków, a istniejąca tubylcza struktura społeczna pozostała względnie nienaruszona”¹⁷. Tak więc podejście funkcjonalne do definicji ludów tubylczych może być bardziej wskazane, które jako kryteria określenia, czy dana grupa jest ludem tubylczym, wskazuje: warunek poddania dominacji i wyzyskowi oraz zabór terytorium przez państwa obce kulturowo. Termin „ludy tubylcze” jest więc symbolem oporu, praw człowieka i społecznej transformacji, hasłem jednoczącym ruchy ludzi z wielu różnych środowisk¹⁸.

Podsumowując, wśród cech charakterystycznych składających się na wspomnianą koncepcję ludów tubylczych wymienić można takie, które są wspólne i jednocześnie nie zawężają definicji tylko do amerykańsko-australijskiego kontekstu:

1. Ludy takie same identyfikują się jako tubylcze i są jako takie akceptowane – na poziomie indywidualnym – przez członków tej grupy (na poziomie indywidualnym tubylcem jest osoba, która należy do ludu tubylczego poprzez fakt samoidentyfikacji z taką grupą i uznanie jej za taką przez grupę)¹⁹.

¹⁴ J. Symonides, *Prawa ludów tubylczych...*, s. 235.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ B. Kingsbury, „Indigenous Peoples” in *International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy* [w:] *The Concept of Indigenous Peoples in Asia. A Resource Book*, Transaction Publishers, ed. Ch. Erni, Copenhagen 2008, s. 125. Por. H. Schreiber, *Ludy tubylcze jako nowy aktor...*, s. 154.

¹⁷ H. Jodełka-Schreiber, *Międzynarodowa ochrona kultury...*, s. 144. Definicja uwzględniająca historyczną ciągłość jest więc odpowiednia dla Europy, Australii i obu Ameryk jako terytoriów zajmowanych przez ludy tubylcze zanim przybyły do nich inne grupy.

¹⁸ *Are there Indigenous Peoples in Asia?*, „Cultural Survival Quarterly Magazine”, September 2000, <https://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/are-there-indigenous-peoples-asia> [dostęp: 22.06.2018]; A. Szpak, *Sytuacja...*, s. 121.

¹⁹ K. Hossain, *Status of Indigenous Peoples in International Law*, „Miskolc Journal of International Law” 2005, no. 1, s. 12. Takie ujęcie samoidentyfikacji wskazuje, że ma ona dwa poziomy – indywi-

2. Cechują ich silne związki z ziemią i zasobami naturalnymi.
3. Zachowują, przynajmniej w części, odrębne społeczne, ekonomiczne i polityczne systemy.
4. Zachowują, przynajmniej w części, odrębne języki, kulturę, wierzenia i systemy wiedzy.
5. Są zdeterminowane zachować i rozwijać swoją tożsamość oraz odrębne społeczne, ekonomiczne, kulturowe i polityczne instytucje.

Wymogi historycznej ciągłości i pierwszeństwa w czasie należy uznać za niekonieczne, a raczej za dodatkowe czynniki pozwalające stwierdzić/potwierdzić rdzenny charakter danej grupy. Inne czynniki, które należy wziąć pod uwagę dla identyfikacji ludów tubylczych, obejmują: fakt uznania danych grup za ludy tubylcze w prawie krajowym (w konstytucji lub innych ustawach) i przyznania im określonych praw²⁰. Przede wszystkim jednak podstawowym kryterium identyfikacji ludów tubylczych jest samoidentyfikacja, a więc konieczny jest udział samych ludów tubylczych, jeżeli bierze się pod uwagę specyfikę i konkretne okoliczności każdej grupy²¹.

2. Prawo ludów tubylczych do ich ziem – przykłady realizacji i naruszeń

Odmowa prawa dostępu i korzystania z ich ziem oraz do kontrolowania ich rozwoju zgodnie z ich własnymi koncepcjami, bardzo często różnymi od dominującego modelu rozwoju ekonomicznego, stanowi dziś wciąż jedno z największych zagrożeń i wyzwań, którym muszą stawić czoła ludy tubylcze²². Odmowa prawa do życia na ich ziemiach i do zarządzania zasobami naturalnymi tych ziem w zrównoważony sposób wciąż przyczynia się do ciągłej marginalizacji i wykluczenia ludów tubylczych²³. Prawa do ziem ludów tubylczych i kontrola nad ich zasobami naturalnymi są konieczne dla przetrwania, rozwoju i dobrobytu tych ludów. Te ziemie i terytoria mają materialne, kulturowe i duchowe znaczenie dla ludów tubylczych, a dzięki głębokiemu zrozumieniu i związkom

dualny i zbiorowy. W pierwszym wypadku dana osoba określa się jako członka ludu tubylczego, a w drugim lud tak się określa i akceptuje daną osobę jako członka (akceptacja przez grupę). Jest to zgodne z art. 9 deklaracji praw ludów tubylczych, który stanowi, że osoba ma prawo być członkiem ludu zgodnie z tradycjami i zwyczajami tego ludu; zob. też: L. Heinämäki i in., *Actualizing Sámi Rights: International Comparative Research*, Prime Minister's Office, 25.01.2017, Publications of the Government's analysis, assessment and research activities 4/2017, s. 442.

²⁰ *UN Resource Kit on Indigenous Peoples' Issues...*, s. 9.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, s. 10.

²³ *Ibidem*.

z naturą i ich ziemiami ludy tubylcze były i są w stanie w sposób zrównoważony zarządzać środowiskiem naturalnym. Dlatego też zabezpieczenie praw ludów tubylczych do ich ziem jest kluczowe dla realizacji pozostałych praw tych ludów, takich jak: prawo do życia, zdrowia, edukacji, ochrony i rozwijania ich tradycyjnej wiedzy, integralności kulturowej i samostanowienia, a także do zapewnienia ochrony różnorodności kulturowej. Zabezpieczenie praw ludów tubylczych do ich ziem wymaga więcej niż tylko uznania zajmowania tych ziem przez ludy tubylcze. Wymaga to zrozumienia wyjątkowego charakteru społecznych, kulturowych i duchowych związków takich ludów z ziemiami tradycyjnie przez nie zajmowanymi oraz zasobami tych ziem²⁴. Aby przetrwać, ludy tubylcze muszą mieć dostęp do swoich ziem i znajdujących się tam zasobów naturalnych i, co istotne, prawo to ma charakter zbiorowy (przysługuje ludom tubylczym jako zbiorowości)²⁵. Współczesne standardy prawne uznają prawa ludów tubylczych do ich ziem, m.in. art. 25 i 26 deklaracji praw ludów tubylczych i art. 14 Konwencji MOP nr 169. Zgodnie z deklaracją, ludy tubylcze mają prawo utrzymywać i wzmacniać swój wyjątkowy związek duchowy z ich tradycyjnie lub w inny sposób zajmowanymi ziemiami, terytoriami, wodami, przybrzeżnymi morzami i innymi zasobami. Ludy tubylcze mają prawo do posiadania, użytkowania, rozwijania i kontrolowania ziemi, terytoriów i zasobów z racji ich tradycyjnego zajmowania lub użytkowania, jak również tych, które ludy te nabyły w inny sposób. Państwa powinny uznać i ochraniać te ziemie, terytoria i zasoby. Takie uznanie powinno mieć miejsce z poszanowaniem zwyczajów, tradycji i systemów własności gruntów danego ludu tubylczego²⁶. W orzeczeniu Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Awas Tingni* Trybunał podkreślił, że konieczne są także delimitacja i demarkacja ziem ludów tubylczych oraz potwierdzenie ich tytułu prawnego do ich ziem²⁷. Warto w tym miejscu zauważyć, że deklaracja praw ludów tubylczych niestety nie zawiera obowiązku jasnego rozgraniczenia ziem ludów tubylczych. Zawiera jednak art. 27, zgodnie z którym państwa powinny ustanowić i wdrożyć, w porozumieniu z zainteresowanymi ludami tubylczymi, sprawiedliwy, niezależny, bezstronny, otwarty i transparentny proces mający na celu uznanie i określenie praw tych ludów do ich ziem, terytoriów i zasobów naturalnych, włączając w to te, które tradycyjnie zajmowały lub użytkowały.

²⁴ B. Tobin, *Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters*, New York 2014, s. 102.

²⁵ *UN Resource Kit on Indigenous Peoples' Issues...*, s. 13.

²⁶ Deklaracja praw ludów tubylczych, art. 25 i 26.

²⁷ Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka, sprawa *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2011 (*Merits, Reparations, and Costs*), par. 153, 164, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf [dostęp: 22.06.2018]. Podobne stanowisko zajął Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of August 24, 2010 (*Merits, Reparations, and Costs*), par. 109, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_ing.pdf [dostęp: 22.06.2018].

W procesie tym należy uwzględnić prawa, zwyczajowe, tradycje i systemy posiadania ziemi ludów tubylczych, a ludy tubylcze powinny w nim uczestniczyć.

Bardzo często dominujący model rozwoju jest postrzegany przez ludy tubylcze jako źródło ich problemów (jako nowa forma kolonizacji). Bardzo często to właśnie projekty czy też przedsięwzięcia, które w założeniu mają na celu osiągnięcie rezultatów powszechnie uważanych za pożądane, np. złagodzenie skutków zmian klimatu, częściowo je pogłębiają poprzez podważanie lub naruszanie praw człowieka ludów tubylczych, na przykład poprzez tworzenie obszarów chronionych, takich jak rezerваты przyrody czy parki narodowe lub projekty odnawialnych źródeł energii w postaci budowy tam dla celów energetycznych²⁸. Ogólnie, przedsięwzięcia hydroenergetyczne zalewają ziemie ludów tubylczych i niszczą różnorodność biologiczną. Specjalna Sprawozdawczyni ONZ ds. praw ludów tubylczych Vicky Tauli-Corpuz stwierdziła, że ludy tubylcze padają ofiarą działań podejmowanych dla ochrony środowiska²⁹. Takie przedsięwzięcia są często realizowane bez uprzedniej swobodnej i świadomej zgody ludów tubylczych (*free, prior and informed consent*), mimo że na ich tradycyjnych ziemiach i terytoriach³⁰.

Poza wyżej wspomnianymi projektami przede wszystkim to jednak działalność wydobywcza, energetyczna i przemysłowa wywiera negatywny wpływ na środowisko i stanowi jedno z większych wyzwań w zakresie ochrony ziemi i terytoriów ludów tubylczych, a często także zagrożenie dla ich fizycznego i kulturowego przetrwania. Działalność wydobywcza (np. w postaci kopalń), produkcja energii (np. budowa zapór wodnych) lub wyręb lasów pod plantacje (np. palmy olejowej, trzciny cukrowej, kauczuku) odbywają się bez konsultacji z ludami tubylczymi i bez uwzględniania ich praw i interesów³¹. Funkcjonowanie kopalń doprowadziło do wysiedleń, alienacji ziemi oraz do ograniczenia dostępu do pewnych obszarów leżących na tradycyjnych terytoriach ludów tubylczych³².

Na przykład w Kambodży w 2007 r. przyznano co najmniej 25 koncesji (w 2012 r. – 98), na działalność wydobywczą na terytoriach ludów tubylczych³³. Na niszczycielski wpływ funkcjonowania kopalń na Filipinach zwracał uwagę

²⁸ J. Eisen, *Vicky-Tauli-Corpuz: "The better protected areas are those where indigenous peoples live!"*, http://www.theecologist.org/Interviews/2988254/vicky_taulicorpuz_the_better_protected_areas_are_those_where_indigenous_peoples_live.html [dostęp: 22.06.2018].

²⁹ *Statement of Ms. Victoria Tauli-Corpuz, Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, at the 71st session of the General Assembly, New York, 17 October 2016*, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20748&LangID=E> [dostęp: 13.08.2017].

³⁰ *Delivering on Paris Promise. Combating Climate Change While Protecting Rights*, 2017, s. 2, <https://www.deliveringonparis.com/> [dostęp: 22.06.2018].

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*; A. Szpak, *Sytuacja...*, s. 122.

³³ *Indigenous Peoples and ASEAN Integration...*, s. 27.

były Specjalny Sprawozdawca ONZ ds. praw ludów tubylczych, Rodolfo Stavenhagen. Takie działania są podejmowane bez uprzedniej, świadomej i dobrowolnej zgody ludów tubylczych³⁴. Kiedy mieszkańcy protestują przeciwko niszczeniu ich ziem i zasobów naturalnych, spotykają się ze zbrojną reakcją skutkującą śmiercią, bezprawnymi aresztowaniami, prześladowaniami, niszczeniem domów i własności oraz torturami³⁵. Filipiny posiadają jedne z największych złóż złota i miedzi, a 60% rejonu Cordillera, zamieszkanego głównie przez ludy tubylcze, poddane jest działalności wydobywczej³⁶. W Wietnamie w 2010 r. ponad 90 tys. osób, głównie etnicznych Tajów, zostało przesiedlonych, aby zrobić miejsce dla hydroelektrowni Son La³⁷. W Bangladeszu odbieranie ziemi doprowadziło do wysiedleń. Dla przykładu, w 2015 r. 26 domostw rdzennych mieszkańców zostało spalonych, a kolejnych 65 ograbionych. Ponadto 44 osoby zostały zaatakowane lub zranione podczas sporów o ziemię, a jedna osoba została zabita (miało to miejsce w regionie Gór Czatgańskich)³⁸.

Terytoria ludów tubylczych w Malezji i Indonezji są grabione i przeznaczane na plantacje palmy olejowej. Malezja ma ok. 4 mln hektarów upraw, podczas gdy w Indonezji jest to ponad 7,5 mln hektarów³⁹. W grudniu 2015 r. w regionie Sarawak udało się jednak – po latach protestów – zablokować budowę tamy Baram, która zalałaby domy 20 tys. rdzennych mieszkańców⁴⁰. Przykładów skutecznego protestu ludów tubylczych jest jednak zdecydowanie mniej niż negatywnych, w których głos ludów zignorowano. W Malezji budowa i uruchomienie tamy Bakun (Bakun Dam) spowodowała przymusowe wysiedlenie 5–8 tys. tubylców poprzez wycięcie 80 tys. hektarów lasów deszczowych⁴¹.

W Ameryce Południowej prawa ludów tubylczych do ziem także są naruszane. Dla przykładu, w Brazylii – pomimo licznych protestów – planowana jest budowa ogromnej tamy Belo Monte na rzece Xingu, w Amazonii. Jej budowa

³⁴ Szerzej na ten temat zob. C. Hill, S. Lillywhite, M. Simon, *Guide to Free Prior and Informed Consent*, Oxfam 2010, www.culturalsurvival.org/sites/default/files/guidetofreepriorinformedconsent_0.pdf [dostęp: 22.06.2018].

³⁵ *Indigenous Peoples and ASEAN Integration...*, s. 31.

³⁶ *Ibidem*, s. 49.

³⁷ *Ibidem*, s. 47.

³⁸ *The Indigenous World 2016...*, s. 318; A. Szpak, *Sytuacja...*, s. 123.

³⁹ *Indigenous Peoples and ASEAN Integration...*, s. 48; A. Meijknecht, B.S. de Vries, *Is There a Place for Minorities' and Indigenous Peoples' Rights within ASEAN? Asian Values, ASEAN Values and the Protection of Southeast Asian Minorities and Indigenous Peoples*, „International Journal on Minority and Group Rights” 2010, no. 17, s. 80; zob. też. artykuły na temat ludu Korowajów w Indonezji: *Zawieszani na drzewach*, „Forum” 2004, nr 21, s. 70–74 oraz Asmatów, rdzennych mieszkańców Papui-Nowej Gwinei (jest ich ok. 70 tys.): *Białych duchów nie lubimy*, „Forum” 2015, nr 11, s. 67–71.

⁴⁰ *Success for Sarawak tribes as dam shelved*, „Survival”, 8.12.2015, www.survivalinternational.org. [dostęp: 22.06.2018].

⁴¹ *Indigenous Peoples in the Asian region...*; A. Szpak, *Sytuacja...*, s. 123–124.

spowoduje zalanie ziem ludów tubylczych i zniszczenie bioróżnorodności. Budowa uzyskała zielone światło i ma zostać zakończona do 2019 r.⁴² Można jednak także wskazać pozytywne przykłady, których – jak już wspomniano – jest znacznie mniej. W 2017 r. Sąd Najwyższy Kostaryki zatrzymał budowę tamy dla celów hydroenergetycznych, gdyż mimo że projekt miał być realizowany na ziemiach zamieszkałych przez ludy tubylcze, nie dopełniono wymaganego prawem obowiązku konsultacji z ludami tubylczymi⁴³. Przykłady te wskazują, że hydroenergetyka nie zawsze produkuje „czystą” energię, gdyż w jej koszt wliczyć należy utratę ziem ludów tubylczych i bioróżnorodności.

Inny przykład, tym razem z europejskiego „podwórka”, dotyczy budowy ogromnej farmy wiatrowej w rejonie Piteå, w północnej Szwecji, która będzie miała negatywny wpływ na Samów, którzy mają tam swoje zimowe pastwiska dla reniferów. W 2010 r. Szwecja wydała pozwolenie na jej budowę (projekt jest w trakcie realizacji). W odpowiedzi na obawy o naruszenie praw Samów szwedzka administracja stwierdziła, że nawet jeśli proponowana budowa farmy wiatrowej uniemożliwi społeczności Samów kontynuowanie hodowli reniferów, interes narodowy związany z walką ze zmianami klimatu ma pierwszeństwo⁴⁴. Tym samym przedsięwzięcia związane z odnawialnymi źródłami energii mogą prowadzić do ograniczenia zasięgu pastwisk reniferów, a prawa i interesy Samów w tym zakresie są ignorowane. Paradoksalnie więc, nie tylko zmiany klimatu stanowią zagrożenie dla bezpieczeństwa ludzkiego Samów, ale także działania podejmowane dla zapobieżenia lub złagodzenia tych zmian. Powyższe przykłady stanowią również dowód na to, że bardzo często wymóg uprzedniej dobrowolnej i świadomej zgody nie jest w praktyce realizowany⁴⁵.

Brendan Tobin wskazuje jednak, że uprzednia dobrowolna i świadoma zgoda jest powszechnie uważana za obowiązkową w przedsięwzięciach z zakresu przemysłu naftowego, gazowego i wydobywczego, pozyskiwania drewna, oleju palmowego, obszarów chronionych, programów łagodzenia skutków zmian klimatu, energii i budowania tam, a także dostępu do zasobów genetycznych, tradycyjnej wiedzy i innych aspektów dziedzictwa kulturowego ludów

⁴² Szerzej zob. *Belo Monte dam*, <https://www.survivalinternational.org/about/belo-monte-dam> [dostęp: 23.06.2018].

⁴³ J. McPhaul, *Costa Rica's Supreme Court Stops Hydroelectric Project for Failing to Consult Indigenous Peoples*, Cultural Survival, January 2017, <https://www.culturalsurvival.org/news/costa-ricas-supreme-court-stops-hydroelectric-project-failing-consult-indigenous-peoples> [dostęp: 23.06.2018].

⁴⁴ I.L. Stoyanova, *The Saami facing the impacts of global climate change* [w:] *Climate Change and Indigenous Peoples: The Search for Legal Remedies*, eds R. Abate, E.A. Kronk, Cheltenham UK–Northampton 2013, s. 296; zob. też: *The Indigenous World 2016...*, s. 33.

⁴⁵ James Anaya wskazuje wręcz, że brak odpowiedniego wdrożenia przez państwa ich obowiązku konsultowania się z ludami tubylczymi przy podejmowaniu decyzji ich dotyczących jest powszechnym problemem na całym świecie – podano za: B. Tobin, *Indigenous Peoples...*, s. 46.

tubylczych⁴⁶. Z tym wiąże się także obowiązek wynikający z art. 7 (3) Konwencji MOP nr 169 przeprowadzania oceny oddziaływania na środowisko, zgodnie z którym państwa strony zapewniają przeprowadzanie badań, we współpracy z zainteresowanymi ludami, w celu oceny społecznego, duchowego, kulturowego i ekologicznego wpływu na te ludy planowanych działań rozwojowych. Wyniki tych badań uznaje się za podstawowe kryterium realizacji tych działań. Przewodzenie takich badań stanowi zabezpieczenie gwarantujące, że ograniczenia nałożone na ludy tubylcze lub plemienne w odniesieniu do ich prawa własności, w sytuacji, kiedy zostaną przyznane koncesje na ich terytorium, nie pociągają za sobą odmowy ich przetrwania jako ludu⁴⁷.

Obowiązek taki wyraźnie potwierdził Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Xákmok Kásek*, gdzie stwierdził, że państwo musi podjąć kroki niezbędne do zapewnienia, że ustanowienie obszarów chronionych nie będzie stanowiło przeszkody w zwrocie ludom tubylczym ich ziem⁴⁸. Konieczne jest zapewnienie zgodności ustanawiania obszarów chronionych z odpowiednim użytkowaniem przez ludy tubylcze ich tradycyjnych ziem. W tym zakresie Trybunał uznał, że chroniony obszar przyrody nie obejmuje jedynie wymiaru biologicznego, ale także społeczno-kulturowy, a jako taki obszar ten wymaga partycypacyjnego podejścia, uwzględniającego ludy tubylcze. Ludy te mogą odegrać istotną rolę w ochronie i zachowaniu środowiska, gdyż – co do zasady – ich tradycyjne praktyki wpisują się w koncepcję zrównoważonego korzystania z przyrody. Poszanowanie praw ludów tubylczych może więc mieć korzystny wpływ na ochronę środowiska. W konsekwencji prawa ludów tubylczych i prawo ochrony środowiska powinny być traktowane jako komplementarne, a nie przeciwstawne⁴⁹. Tak więc ludy tubylcze są częścią procesu ochrony środowiska⁵⁰. Dlatego też ustanawianie, zarządzanie i monitorowanie obszarów chronionych powinno mieć miejsce tylko przy pełnym i rzeczywistym uwzględnieniu ludów tubylczych i społeczności lokalnych i przy poszanowaniu ich praw⁵¹. Afrykański Trybunał Praw Człowieka również uznał, że odmowa dostępu do i eksmisja ludu tubylczego Ogiek z lasu Mau (ziem tradycyjnie przez nich zamieszkiwanych, na których znajdują się ich święte miejsca i który jest podstawą

⁴⁶ B. Tobin, *Indigenous Peoples...*, s. 48.

⁴⁷ Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka, sprawa *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Judgment of June 27, 2012 (*Merits and Reparations*), par. 204, 205, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_ing.pdf [dostęp: 22.06.2018].

⁴⁸ *Ibidem*, par. 172. Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of August 24, 2010 (*Merits, Reparations, and Costs*), par. 337 (26) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_ing.pdf, [dostęp: 22.06.2018].

⁴⁹ Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, par. 173.

⁵⁰ *Ibidem*, par. 175.

⁵¹ *Ibidem*, par. 178.

ich łowiecko-zbierackiego trybu życia) nie mogą zostać uznane za konieczne ani proporcjonalne dla osiągnięcia rzekomego celu zachowania naturalnego ekosystemu lasu Mau⁵². Innymi słowy, uzasadnienie ochrony środowiska naturalnego nie może być podstawą do odmowy ludom tubylczym dostępu do ich ziem.

Pozytywnym przykładem w zakresie ustanawiania obszarów chronionych i wspólnego zarządzania takimi obszarami (obejmującymi obszary hodowli reniferów) jest program „Laponia World Heritage” (wpisanie Laponii na listę Światowego Dziedzictwa Kultury UNESCO). Zapewnia on udział hodowców reniferów w zarządzaniu tym obszarem⁵³.

Również w kontekście działalności wydobywczej i interesu ekonomicznego państw Komitet ds. eliminacji dyskryminacji rasowej stwierdził, że państwo ma obowiązek uzyskania uprzedniej zgody ludów tubylczych na realizację wydobycia zasobów naturalnych oraz zapewnienia, że ochrona praw ludów tubylczych przeważa nad interesem ekonomicznym i handlowym⁵⁴.

Jak słusznie wskazuje Rebecca Adamson, pisząc o roli ludów tubylczych dla zachowania bioróżnorodności, bardziej opłacalnym i rozsądnym z punktu widzenia ochrony środowiska rozwiązaniem jest uwzględnianie ludów tubylczych w kontroli i zarządzaniu obszarami chronionymi, na których już mieszkają. W końcu ludy te posiadają bogatą tradycyjną wiedzę, której używały do zachowania swoich ziem przez tysiąclecia⁵⁵. Obszary chronione mają na celu zachowanie bioróżnorodności, ale – jak wspomniano – ich tworzenie bardzo często prowadzi do naruszania indywidualnych i zbiorowych praw ludów tubylczych, które są usuwane z ich tradycyjnych terytoriów, a ich kultura jest niszczone. Przez ponad stulecie taki był cel projektów konserwacyjnych: ustanowienie chronionych obszarów, które obejmują nieskazoną obecnością człowieka naturę⁵⁶. Ar-

⁵² Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów, *Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów przeciwko Kenii (sprawa ludu Ogiek)*, 26.05.2017 r., pkt 130, 145, 155, 158, <http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Application%20006-2012%20-%20African%20Commission%20on%20Human%20and%20Peoples%E2%80%99%20Rights%20v.%20the%20Republic%20of%20Kenya..pdf> [dostęp: 22.06.2018].

⁵³ *Laponian Area*, <http://whc.unesco.org/en/list/774> [dostęp: 22.06.2018].

⁵⁴ *Individual communication submitted under the Optional Protocol to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Lars-Anders Ågren i inni przeciwko Szwecji (sprawa Rönnbäcken)*, pkt 5.10, <http://sverigesradio.se/diverse/appdata/isidor/files/2327/13804.docx> [dostęp: 22.06.2018].

⁵⁵ R.L. Adamson, *Indigenous Stewardship Preserves Biodiversity at Less Cost*, 2007, <http://www.firstpeoples.org/news/EGAJournalSpring2007.pdf> [dostęp: 10.03.2017]; zob. również: *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, 19.01.2017 r., <http://www.refworld.org/docid/58ad9dd4.html> [dostęp: 22.06.2018].

⁵⁶ V. Tauli-Corpuz, *Report to the UN General Assembly on Conservation and indigenous peoples' rights*, 29.07.2016, par. 13, <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/documents/annual-reports/149-report-ga-2016> [dostęp: 22.06.2018].

gument o „nieskażonej/dziewiczej naturze” łatwo podważyć, powołując się na wcześniejsze długotrwałe zamieszkiwanie tych ziem przez ludy tubylcze, które utrzymywały ich bioróżnorodność na wysokim poziomie. Taki model konserwacji przyrody można określić jako „zachodni”, a jako taki z perspektywy ludów tubylczych był/jest postrzegany jako wyraz kolonializmu lub neokolonializmu. W rezultacie krytyki tego podejścia podczas ostatnich dwóch dekad zaszła istotna zmiana i pojawił się nowy paradygmat ochrony środowiska. W jego ramach znaczenie ludów tubylczych w zachowaniu bioróżnorodności i łagodzeniu zmian klimatu zostało w końcu właściwie uznane. Było to efektem rosnącej świadomości osób zajmujących się ochroną środowiska na temat wagi wiedzy ludów tubylczych dotyczącej ochrony przyrody. Nowy paradygmat łączy ochronę środowiska z poszanowaniem praw ludów tubylczych, w tym zbiorowych praw do ich ziem. Jednakże, pomimo tych wszystkich oznak postępu, problemem jest brak skutecznej implementacji praw ludów tubylczych, wciąż nawet dziesięć lat po przyjęciu deklaracji praw ludów tubylczych⁵⁷. W tym kontekście warto także podkreślić, że rdzenne terytoria są obszarami, w których różnorodność biologiczna jest zachowana w najwyższym stopniu (nawet 80% obszarów z najlepiej zachowaną bioróżnorodnością jest równocześnie ziemiami ludów tubylczych)⁵⁸. Od wieków ludy tubylcze skutecznie zarządzały gatunkami morskimi i lądowymi. Zbudowały bogate systemy kulturowe i społeczne oparte na ich duchowej i bliskiej relacji z naturą⁵⁹. Co do zasady od wieków opracowały mechanizmy wykorzystywania zasobów naturalnych w taki sposób, aby zagwarantować ich zrównoważone użytkowanie bez naruszania potrzeb przyszłych pokoleń. Ludy tubylcze przyczyniały się do zachowania natury dzięki ich tradycyjnej wiedzy i praktykom, które były uprawiane i rozwijane przez wieki i przekazywane z pokolenia na pokolenie⁶⁰. Prawa do ziem, które przysługują ludom

⁵⁷ *Ibidem*, par. 18, 36 (wskazanie, że obszary chronione są postrzegane nawet jako instrument przymusowej asymilacji ludów tubylczych), 43.

⁵⁸ R.L. Adamson, *Indigenous Stewardship...*; J. Robbins, *Native Knowledge: What Ecologists Are Learning from Indigenous People*, April 2018, <https://e360.yale.edu/features/native-knowledge-what-ecologists-are-learning-from-indigenous-people> [dostęp: 23.06.2018].

⁵⁹ Na temat ochrony niematerialnego dziedzictwa kultury kulturalnego, w tym dziedzictwa ludów tubylczych zob.: A. Przyborowska-Klimczak, *Międzynarodowa ochrona niematerialnego dziedzictwa kulturalnego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2005, t. 3, s. 5–21; K. Collier-Wise, *Identity Theft: A Search for Legal Protections of Intangible Indigenous Cultural Property*, „Great Plains Natural Resources Journal” 2010, no. 13, s. 85–101; *Promotion and protection of the rights of indigenous peoples with respect to their cultural heritage. Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, 19.08.2015 r., http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session30/Documents/A_HRC_30_53_ENG.docx [dostęp: 22.06.2018]; H. Jodelka-Schreiber, *Międzynarodowa ochrona kultury...*, s. 141–160.

⁶⁰ J. Woodman, *Conservation and the rights of tribal people must go hand in hand*, „Guardian”, <https://www.theguardian.com/environment/2015/apr/23/conservation-and-the-rights-of-tribal-people-must-go-hand-in-hand> [dostęp: 22.06.2018].

tubylczym, mają charakter bliższy relacji opiekuna niż taki jak w rozumieniu prawa własności w zachodnich systemach prawnych⁶¹. Dlatego ludy rdzenne są często określane jako rdzenni strażnicy środowiska, którzy dbają o ziemie przodków dla przyszłych pokoleń⁶².

Warto także dodać, że Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Xákmok Kásek* podsumował swoje orzecznictwo dotyczące własności ziem ludów tubylczych, wskazując, że tradycyjne posiadanie przez ludy tubylcze ich ziem ma takie same skutki jak tytuł pełnego prawa własności przyznany przez państwo. Tradycyjne posiadanie ponadto daje ludom tubylczym prawo do żądania urzędowego uznania ich własności i rejestracji tejże. Państwo musi przeprowadzić delimitację i demarkację ziem tubylczych oraz przyznać członkom ludów tubylczych zbiorowy tytuł do tych ziem. Z kolei członkowie rdzennych ludów, którzy z przyczyn będących poza ich kontrolą, opuścili swoje ziemie lub je stracili, zachowują prawa własności, nawet bez formalnego tytułu prawnego, chyba że ziemie zostały legalnie przekazane stronie trzeciej działającej w dobrej wierze. Ludy tubylcze, które wbrew ich woli utraciły swoje ziemie, a te zostały legalnie przekazane osobom trzecim działającym w dobrej wierze, mają prawo je odzyskać lub uzyskać inne ziemie tego samego rozmiaru i jakości⁶³.

Wśród pozytywnych przykładów realizacji prawa do ziem ludów tubylczych (a w zasadzie szerzej autonomii kulturowej) można wskazać norweski Finmark, zamieszkiwany przez Samów. W 2005 r. Norwegia przyjęła Finmark Act, na mocy którego przyznała Samom dodatkowe prawa – 95% obszaru Finmarku zostało poddane wspólnemu zarządowi sprawowanemu przez Finmark Estate, który jest w zasadzie niezależnym prywatnym właścicielem ziem. Ustawa ta reguluje prawo własności ziem i zasobów naturalnych w Finmarku, zamieszkanym głównie przez Samów. Celem ustawy jest ułatwienie zarządzania ziemiami i zasobami naturalnymi w hrabstwie Finnmark w zrównoważony ekologicznie sposób z korzyścią dla mieszkańców hrabstwa. W szczególności zrównoważone zarządzanie ma służyć jako podstawa kultury Samów, hodowli reniferów, wykorzystania obszarów nieuprawnych, działalności komercyjnej i życia społecznego⁶⁴. Zarząd nad Finmarkiem sprawuje Rada Zarządu Finmarku (zarządza ziemiami

⁶¹ B. Gunn, *Protecting Indigenous Peoples' Lands: Making Room for the Application of Indigenous Peoples' Laws within the Canadian Legal System*, „Indigenous Law Journal” 2007, no. 6, s. 69.

⁶² F. Berkes, *Sacred Ecology*, New York–London 2012, s. 19; *Guidelines for Considering Traditional Knowledges in Climate Change Initiatives*, 2014, s. 247, <https://climatetkw.wordpress.com/> [dostęp: 22.06.2018].

⁶³ *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of August 24, 2010 (Merits, Reparations, and Costs)*, par. 109, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_ing.pdf [dostęp: 22.06.2018].

⁶⁴ M. Fitzmaurice, *The New Developments Regarding the Saami Peoples of the North*, „International Journal on Minority and Group Rights” 2009, no. 16, s. 100; szerzej na ten temat zob. *ibidem*, s. 100–113; L. Heinämäki i in., *Actualizing Sámi Rights...*, s. 317.

i zasobami naturalnymi Finmarku), która składa się z sześciu osób: połowę mianuje parlament Samów, a połowę Rada hrabstwa Finmark. W przypadku osób wybieranych przez parlament Samów co najmniej jedna osoba i jej zastępca powinni reprezentować hodowców reniferów⁶⁵.

Najistotniejszą cechą ustawy o Finmarku jest zakres obowiązku konsultacji z parlamentem Samów co do zarządzania ziemiami nieuprawnymi. W sprawach dotyczących zmiany korzystania z obszarów nieuprawnnych władze centralne i na poziomie hrabstwa muszą ocenić znaczenie tych zmian m.in. dla kultury Samów i hodowli reniferów, ale także działań komercyjnych i życia społecznego. W ocenie wpływu zmian na Samów należy uwzględnić wytyczne parlamentu Samów, które są jednak niewiążące. Co istotne, w ustawie wskazano także, że poprzez długotrwałe użytkowanie ziem i wód Samowie nabyli – zbiorowo i indywidualnie – prawa do ziem Finmarku⁶⁶.

Norwegia jako jedyne państwo nordyckie przyjęła takie prawo. Mimo pewnej krytyki⁶⁷ ustawa ta w nowatorski sposób reguluje relacje między Samami a państwem w odniesieniu do praw do ziem i zasobów naturalnych. Bierze ona pod uwagę interesy Samów, choć nie mają oni decydującego głosu w podejmowaniu decyzji dotyczących Finmarku. Obowiązek uwzględnienia ich stanowiska oznacza raczej obowiązek konsultacji niż uzyskania zgody Samów.

Inne przykłady obejmują terytorium Nisga'a (na mocy aktu prawnego z 1998 r., w życie wszedł w 2000 r.) i Nunavut (powstałe w 1999 r.) w Kanadzie, gdzie ludy tubylcze korzystają nie tylko z praw do ich ziem, ale szerzej z autonomii i to nie tylko językowo-kulturowej, ale terytorialnej. Terytorium Nisga'a leży w północno-zachodniej Kolumbii Brytyjskiej; Nisga'a tworzą własne prawo, które ma pierwszeństwo, mają własny rząd, legislatywę, sądy, kulturę, edukację, język, własną administrację, policję i podatki. Istnieje także obywatelstwo Nisga'a⁶⁸. Z kolei Nunavut, zamieszkałe przez Inuitów, ma własnego premiera i lokalny rząd, ciało ustawodawcze (Legislative Assembly of Nunavut), językiem dominującym jest inuktitut. Innuci sprawują kontrolę nad lokalnymi zasobami i lokalną policję. Działa także lokalny sąd. Funkcjonuje, co prawda, Komisarz ds. Nunavut, lecz jego funkcja jest symboliczna⁶⁹. Te ostatnie przykłady wykraczają jednak poza wąsko pojęte prawo do ziem i obejmują szersze prawo do najdalej idącej formy autonomii, autonomii terytorialnej.

⁶⁵ M. Fitzmaurice, *The New Developments Regarding...*, s. 102.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 101; zob. też: G. Bonusiak, *Status Samów w państwach nordyckich w świetle międzynarodowych standardów ochrony praw ludów rdzennych*, Rzeszów 2016, s. 315.

⁶⁷ Zob. zwłaszcza: H.P. Graver, G. Ulfstein, *The Sami People's Right to Land in Norway*, „International Journal on Minority and Group Rights” 2004, vol. 11, s. 356–377.

⁶⁸ Szerzej zob.: <https://www.nisgaanation.ca/> [dostęp: 22.06.201].

⁶⁹ Szerzej zob.: <https://www.gov.nu.ca/> [dostęp: 22.06.201].

Zakończenie

Dla zapewnienia przetrwania i rozwoju ludów tubylczych konieczne jest formalne uznanie, rozgraniczenie i ochrona ich ziem i terytoriów. Państwa, w których ludy te mieszkają, powinny podjąć wszelkie możliwe wysiłki, aby zagwarantować ludom tubylczym możliwość podejmowania decyzji odnośnie do działań, które mają być podejmowane na ich ziemiach, zwłaszcza jeśli mogą powodować poważne konsekwencje dla środowiska naturalnego i świętych miejsc ludów tubylczych. Na przykład prawa do ziem i zasobów naturalnych ludów tubylczych muszą zastąpić dominującą doktrynę kontroli państwa i otwartego dostępu do ziem i zasobów naturalnych. Ciągły wzrost gospodarczy i interes ekonomiczny państw nie mogą być jedynymi (a nawet głównymi) i decydującymi wyznacznikami decyzji o przeznaczeniu ziem zajmowanych przez ludy tubylcze. Dlatego też niezbywalne prawa ludów tubylczych do ziem i zasobów naturalnych wiążą się z koniecznością przywrócenia lub wzmocnienia politycznej kontroli nad ich własnymi sprawami (innymi słowy, należy uznać prawo do samostanowienia i autonomii tych ludów i to nie tylko w warstwie deklaratywnej). Istotne jest także przeciwdziałanie dyskryminacji ludów rdzennych, które można osiągnąć poprzez zapewnienie im lepszego dostępu do ważnych kulturowych i ekonomicznych stanowisk oraz politycznej partycypacji w życiu państwa⁷⁰.

Agnieszka Szpak

INDIGENOUS PEOPLES AND THEIR RIGHT TO LAND AS A CONDITION FOR THEIR SURVIVAL

The article focuses on one of the most marginalized groups – indigenous peoples and their rights to lands. These rights are collective and are a prerequisite for their survival and development. At the beginning, the Author presents the definition of indigenous peoples and their legal status. Against this background, she focuses on the right of indigenous peoples to their land and presents selected examples of the implementation and the violation of this right. Finally, she indicates why the right to land is so important for indigenous peoples.

⁷⁰ R. Kuppe, *The Three Dimensions of the Rights...*, s. 111–112.



Monika Tomaszewska

Uniwersytet Gdański

m.tomaszewska@prawo.ug.edu.pl

MIEJSCE I ZNACZENIE EUROPEJSKIEJ KARTY SPOŁECZNEJ W SYSTEMIE PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ

1. Unifikacja i konstytucjonalizacja podstawowych praw socjalnych

a) Uwarunkowania powstania koncepcji zasad ogólnych

Skoncentrowanie Wspólnoty Europejskiej wokół współpracy gospodarczej i całkowite pominięcie w pierwotnym tekście traktatów założycielskich materii związanej z prawną ochroną jednostki spowodowało dość naturalne zwrócenie się sędziów luksemburskich w kierunku międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka. Powyższe standardy Europejski Trybunał Sprawiedliwości wykorzystywał jako materialnoprawny element rozstrzygnięcia konkretnego precedensu. Wzorce, na których opierał się ETS przy włączaniu nowych praw podstawowych do zasad ogólnych, pochodziły z „konstytucyjnych zasad wspólnych dla wszystkich państw”¹, „konstytucyjnej tradycji wspólnej dla państw członkowskich”² oraz „międzynarodowych umów dotyczących ochrony praw

¹ Orzeczenie Sądu z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, Zb. Orz. 1970, s. 1125.

² Orzeczenie Sądu z dnia 14 maja 1974 r. w sprawie *Drugi Nold v. Komisja*, C-4/73, Zb. Orz. 1974, s. 0491. W ochronie praw podstawowych ETS „jest zobowiązany czerpać inspirację z konstytucyjnych tradycji wspólnych dla wszystkich państw członkowskich i nie może utrzymywać w mocy środków, które są niezgodne z podstawowymi prawami ustalonymi i gwarantowanymi przez konstytucje tych państw”. Podobne uzasadnienie zawierało orzeczenie Sądu z 1 lutego 1996 r. w sprawie postępowania karnego przeciwko Gianfranco Perfilii, C-177/94, Zb. Orz. 1996, s. I-0161.

człowieka, w których tworzeniu państwa członkowskie uczestniczyły lub których były sygnatariuszami”³. W ten oto sposób Trybunał nawiązywał do całkiem sporego dorobku międzynarodowego, jak też krajowego katalogu praw, tyle że konstruując prawa podstawowe, sięgał przede wszystkim do praw pierwszej generacji, a więc praw obywatelskich oraz politycznych. W tym czasie Parlament Europejski przyjął rezolucję noszącą nazwę Konstytucyjne podstawy Unii Europejskiej⁴, wyznaczając kierunek jasnego unormowania praw podstawowych, w tym o socjalnym wymiarze.

Inną drogą kształtował się katalog praw socjalnych. W latach 90. ubiegłego wieku Komitet Ekonomiczny i Społeczny wraz z Parlamentem Europejskim podjął dyskusję nad opracowaniem zbioru podstawowych praw socjalnych. Wówczas przygotowano projekt specjalnej dyrektywy kompleksowo regulującej wszystkie prawa pracowników (niezależnie od podstawy zatrudnienia). W jej zakres miały wchodzić: prawo do negocjacji (obejmujące porozumienia zbiorowe), ochrona zdrowia, prawo do zasiłków w ramach funduszy socjalnych, a także prawa pracowników do uczestnictwa w organizacji i partycypacji w przedsiębiorstwach. Proponowana wersja dyrektywy nie zyskała jednakże przychylności państw członkowskich. Wymaganej do przyjęcia dyrektywy determinacji nie przejawiały również instytucje⁵.

Stan prawny co do podstawowych praw socjalnych został utrzymany na niezmiennym poziomie od czasu przyjęcia Jednolitego Aktu Europejskiego. Wtedy to państwa członkowskie wyraziły akceptację na wprowadzenie do preambuły Aktu deklaracji o wzajemnym współdziałaniu na rzecz demokracji i uznaniu praw zawartych w Konwencji Europejskiej oraz w **Europejskiej Karcie Społecznej** Rady Europy⁶. Z kolei opcję przystąpienia (wtedy) Wspólnoty Europejskiej do Europejskiej Karty Społecznej⁷ Parlament Europejski zaopiniował negatywnie! Z innych względów (a więc poza polityką i akcentowaniem

³ Orzeczenie Sądu z dnia 14 maja 1974 r. w sprawie *Drugi Nold v. Komisja*, C-4/73, „Międzynarodowe traktaty ochrony praw człowieka, przy tworzeniu których państwa członkowskie współpracowały lub których są sygnatariuszami, mogą dostarczać wytycznych, które powinny być stosowane w granicach prawa wspólnotowego”.

⁴ Rezolucja w sprawie konstytucyjnych podstaw Unii Europejskiej (Dz. Urz. C 019 z 28.01.1991, s. 65), a także późniejsze rezolucje przyjęte przez PE świadczą o jego zaangażowaniu w rozwiązanie prawnego statusu praw podstawowych, por. rezolucja w sprawie przestrzegania praw człowieka w Unii Europejskiej (1995) (Dz. Urz. C 320 z 28.10.1996, s. 36); rezolucja z dnia 10 lutego 1994 r. w sprawie Konstytucji Unii Europejskiej (Dz. Urz. C 61 z 8.02.1994, s. 155); rezolucja w sprawie projektu Karty Podstawowych Praw Unii Europejskiej C5-0058/1999–1999/2064 (COS), a także rezolucja Rady Europejskiej z dnia 16 września 1999 r. w sprawie projektu Karty Podstawowych Praw (Dz. Urz. C 54 z 25.02.2000, s. 93).

⁵ Por. L. Betten, *The Protection of Fundamental Social Rights...*, s. 9.

⁶ Tłumaczenie Jednolitego Aktu Europejskiego w T. Przyborowska-Klimczak, E. Skrzydło-Tefalska: *Dokumenty Europejskie*, t. 1, Lublin 1996, s. 290 i nn.

⁷ L. Betten, *The Protection of Fundamental Social Rights...*, s. 13.

odrębności systemów prawnych dwóch organizacji międzynarodowych) było utrudnione z prawnego punktu widzenia. **Europejska Karta Społeczna**, jako umowa międzynarodowa, jest otwarta do ratyfikacji jedynie dla państw członkowskich Rady Europy, nie zaś dla organizacji międzynarodowych.

b) Podstawowe prawa socjalne – od Wspólnotowej Karty Socjalnych Praw Pracowników (1989) do Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej

W odróżnieniu od praw podstawowych prawa socjalne pracowników zostały skatalogowane w już w 1989 r. w postaci Karty Podstawowych Praw Socjalnych Pracowników. Szybko jednak zauważono brak wyraźniej ich systematyki czy jednoznacznego kryterium wydzielenia praw socjalnych spośród innych praw. Samo pojęcie zostało klarownie wyodrębnione zarówno w dotychczas obowiązującym Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską. Jednakże trudno doszukać się choćby jednego koherentnego ujęcia praw pracowników, czego dowodzi chociażby zbiór *Social and Labour Rights*, w którym przedstawiciele doktryny odnotowują brak wspólnych założeń dla tej kategorii praw⁸. Wspólnotowa Karta połączyła bowiem w jedną całość prawa, cele socjalne (istotne z uwagi na gwarancje tych pierwszych) i dążenia programowe (powiązane ściśle z uwarunkowaniami społeczno-ekonomicznymi), rozmywając różnice jakościowe pomiędzy tymi pojęciami⁹. Uczyniło to wspomniany dokument mało przejrzystym i nieczytelnym, co skrzętnie wykorzystali przeciwnicy „nadmiernego rozbudowywania praw pracowniczych”.

Zastanawiać może także status praw socjalnych zawartych we Wspólnotowej Karcie. Przez dłuższy czas przedstawiciele doktryny nie byli skłonni uznawać praw socjalnych za prawa podstawowe¹⁰(!), a zarazem za zasady ogólne prawa wspólnotowego/unijnego¹¹. Wspólnotowa Karta bowiem, choć została proklamowana podczas szczytu państw członkowskich w Strasburgu w 1989 r., nie była instrumentem prawa unijnego ani też umową podpisaną przez wszystkie

⁸ G. Andersen, *Labour Law in a Globalising World*, „Modern Law Review” 2003, vol. 66(4), s. 64–649; a także *Social and Labour Rights in a Global Context: International and Comparative Perspectives*, ed. B. Hepple, Cambridge 2002, s. xxi + 273.

⁹ Analizę charakteru prawnego Karty oraz systematyki dokonuje B. Bercusson, *European Labour Law*, London 1996, s. 575.

¹⁰ Report of the Expert Group on Fundamental Rights, *Affirming Fundamental Rights in the European Union. Time to Act*, Brussel 1999, s. 10.

¹¹ Wyjątek może tutaj stanowić zasada równości i niedyskryminacji płacowej oraz kobiet i mężczyzn, lecz one znalazły swoje podstawy wprost w Traktacie.

państwa członkowskie¹², w których to przypadkach ETS byłby uprawniony do badania zgodności prawa unijnego z zasadami określonymi we Wspólnotowej Karcie¹³. Wspólnotowa Karta, która została włączona do protokołu w sprawie Polityki Społecznej stanowiącej załącznik do traktatu z Maastricht, stanowiła jedynie, że „11 państw członkowskich postanawia iść śladem wytyczonym przez Wspólnotową Kartę”¹⁴. Wbrew jednak założeniom Komisji¹⁵, Wspólnotowa Karta nie została wykorzystana przez ETS przy wykładni celowościowej znowelizowanego przez Traktat Amsterdamski art. 136 TWE ani też innych przepisów uważanych jako wchodzące w zakres wspólnotowego/unijnego prawa pracy. Wobec powyższego **to nie Wspólnotowa Karta dała podbudowę do konstytucjonalizacji praw socjalnych jako praw podstawowych, lecz właśnie Europejska Karta Społeczna**, o czym poniżej.

Argumentem za rozłącznym traktowaniem praw podstawowych i podstawowych praw socjalnych aż do traktatu nicejskiego było ówczesne brzmienie przepisów traktowych. I tak, nawet po zmianach wniesionych do traktatów założycielskich w 1999 r. (traktat amsterdamski) nadal utrzymany został podział na prawa podstawowe (preambuła do TUE oraz art. 6 TUE) i podstawowe prawa socjalne pracowników (preambuła do TUE, preambuła do TWE oraz art. 136 TWE).

Dopiero Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej wspomniany podział na prawa podstawowe będące zasadami ogólnymi oraz prawa socjalne miała w zamierzeniu znieść, nadając wszystkim status praw podstawowych. Jednak wbrew zamierzeniom nie stało się to możliwe poprzez traktat nicejski (2001), z tego względu, że Karta Praw Podstawowych nie została włączona do przepisów traktatowych. Udaną próbę nadania wiążącej mocy Karcie Praw Podstawowych zrealizowano poprzez traktat lizboński w 2009 r. Co ciekawe, zrewidowana wersja traktatów w dalszym ciągu – chyba siłą rozpędu – utrzymuje podział w nazewnictwie na prawa podstawowe, gdzie część praw jest wzorowana na Konwencji Europejskiej oraz na podstawowe prawa socjalne wzorowane przede wszystkim na Europejskiej Karcie Społecznej. Jednak tym razem nie różni ich status prawny, lecz etymologia powstania każdej z generacji praw podstawowych.

¹² Commission of the European Communities, *First report on the application of the Community of the Fundamental Rights of Workers*, COM (91) 511 final.

¹³ L. Betten, *EG-Handvest van sociale Grondrechten: een hol vat*, „Sociaal Maandblad Arbeid” 1990, s. 127.

¹⁴ COM (95) 184 final.

¹⁵ M. Fuchs, *The Bottom Line of European Labour Law (Part I)*, „The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations” 2004, vol. 1, s. 15–176.

2. Koncepcja podstawowych praw socjalnych w prawie Unii Europejskiej

Podczas kongresu Europejskich Związków Zawodowych (European Trade Union Confederation; ETU) w Sztokholmie w 1988 r. ówczesny przewodniczący Komisji Europejskiej Jacques Delors zdefiniował podstawy praw socjalnych, nawiązując właśnie do Europejskiej Karty Społecznej, która jak się wyrażono, miała stanowić ich materialnoprawną część tychże praw¹⁶. Wspomniano wcześniej, że Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie uznawał, że dane prawo podstawowe ma swoje podstawy prawne w różnych zobowiązaniach międzynarodowych, przy których tworzeniu współpracowały państwa członkowskie. Z tego powodu są one określane w judykaturze Trybunału Sprawiedliwości jako **zobowiązania międzynarodowe wspólne państwom członkowskim**. Powyższe kryterium spełnia zatem **Europejska Karta Społeczna**, nie wypełnia zaś **Wspólnotowa Karta z 1989 r.**, gdyż nie stała się ona wewnętrzną umową międzynarodową państw członkowskich UE z uwagą na odmowę jej podpisania przez Wielką Brytanię.

Potwierdzeniem tej tezy jest szeroko komentowany wyrok, w którym rozważano prawo do strajku jako element wolności związkowej. Zgodnie z wyrokiem ETS (C-438/05) w sprawie *Viking*¹⁷: „prawo do prowadzenia działania zbiorowego, obejmujące prawo do strajku, jest prawem uznanym zarówno przez wiele międzynarodowych aktów prawnych, przy których tworzeniu państwa członkowskie współpracowały lub do których przystąpiły, takich jak Europejska Karta Społeczna, podpisana w Turynie w dniu 18 października 1961 r., wymieniona wyraźnie w art. 136 WE, oraz konwencja nr 87 dotycząca wolności związkowej i ochrony praw związkowych, przyjęta w dniu 9 lipca 1948 r. przez Międzynarodową Organizację Pracy, jak i akty ustanowione przez same państwa członkowskie na szczeblu wspólnotowym lub w ramach Unii, takie jak Wspólnotowa karta socjalnych praw podstawowych pracowników przyjęta podczas posiedzenia Rady Europejskiej w Strasburgu w dniu 9 grudnia 1989 r., również wymieniona w art. 136 WE oraz Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, proklamowana w dniu 7 grudnia 2000 r. w Nicei (Dz. Urz. C 364, str. 1)”.

W cytowanym wyroku pojawia się co prawda nawiązanie do Wspólnotowej karty socjalnych praw podstawowych pracowników, tyle że elementy treściowe prawa do strajku zostały oparte na międzynarodowych standardach ochrony praw socjalnych, takich jak Europejska Karta Społeczna z 1961 r. czy konwencja nr 87 dotycząca wolności związkowej MOP. Jest to jeden z wielu przykładów

¹⁶ Cyt. za: J.T. Addison and W.S. Siebert, *The Social Charter of the European Community: Evolution and Controversies*, „Industrial and Labor Relations Review” 1991, vol. 44, no. 4, s. 607.

¹⁷ Wyrok ETS z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie *Viking*, *International Transport Workers Federation, Finnish Seamen’s Union przeciwko Viking Line ABP, OU Viking Line Eesti*, C-438/05, Zb. Orz. 2007, s. I-10779.

zapożyczeń koncepcji podstawowych praw socjalnych z Europejskiej Karty Społecznej, za to przykład najlepiej znany i opisywany w literaturze przedmiotu.

Czy wobec tego można mówić o jednolitej koncepcji podstawowych praw socjalnych w unijnym porządku prawnym? Wydaje się, że na to pytanie można odpowiedzieć twierdząco. W raporcie opublikowanym przez grupę ekspertów zaznacza się, że **podstawowe prawa socjalne** przysługują poszczególnym obywatelom, a więc mają charakter praw indywidualnych, można natomiast je wykonywać wyłącznie w związku z innymi członkami tej samej grupy czy społeczności. Część praw, jak chociażby **prawa solidarnościowe** (np. prawa związkowe), z definicji mają zespołowy charakter i są ustanowione w interesie lub w celu ochrony podmiotu o grupowym charakterze (związki, stowarzyszenia, organizacje itp.). Koniecznym elementem wprowadzenia, a później przestrzegania podstawowych praw socjalnych, jest konieczność uwzględnienia szerszego kontekstu funkcjonowania jednostki i взгляд nie tylko na ochronę jej samej, ale też zwrócenie uwagi na środowisko, w którym ona przebywa, w tym zwłaszcza środowiska pracy¹⁸.

3. Relacja pomiędzy Europejską Kartą Społeczną Kartą Praw Podstawowych UE

W **Karcie Praw Podstawowych UE** pochodzenie praw podstawowych ograniczono na te, które zostały zapożyczone z krajowego i międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka oraz na te o samoistnej proveniencji. Podział ten – jak się okazuje – wpływa na zakres i interpretację praw zawartych w Karcie.

W sześciu rozdziałach zawarto katalog praw podstawowych, systematyzując je według następujących grup związanych z określoną kategorią dobra chronionego: 1. Godność człowieka, 2. Wolność, 3. Równość, 4. Solidarność, 5. Prawa obywateli i 6. Prawa sądowe. Spośród nich prawa określone w rozdziale pierwszym zostały całkowicie odwzorowane na Konwencji Europejskiej, w pozostałych częściach, tj. od 2. do 6., takiej prawidłowości już nie ma, co zmusza do osobnej analizy każdego artykułu z rozbiciem na poszczególne paragrafy. Przykładowo można wskazać kilka praw podstawowych o identycznym z Konwencją Europejską brzmieniu: art. 2 Karty odpowiada art. 2 Europejskiej Konwencji, art. 4 odpowiada art. 3 Europejskiej Konwencji, art. 5 (1) i (2) Karty zaś nawiązuje do art. 4 Europejskiej Konwencji, z kolei art. 6 odpowiada art. 5 Europejskiej Konwencji, natomiast art. 7 – art. 8 Konwencji Europejskiej, art. 10 (1) – art. 9 Europejskiej Konwencji, art. 11 – art. 10 Europejskiej Konwencji bez naruszenia

¹⁸ European Parliament, Directorate General for Research, Fundamental Social Rights in Europe, PE 168.629.

ograniczeń, które może prawo wspólnotowe nakładać na prawa państw członkowskich przez zawarte ustalenia odnoszące się do trzeciego zdania art. 10 ust. 1 tejże Konwencji, art. 17 nawiązuje do art. 1 Protokołu nr 1 Europejskiej Konwencji, art. 19 (1) zaś – art. 4 Protokołu nr 4, art. 19 (2) odpowiada art. 3 Europejskiej Konwencji w interpretacji ETPC, art. 48 – art. 6 (2) i (3) Europejskiej Konwencji, art. 49 (1) (poza wyjątkiem ostatniego zdania) i (2) odpowiada art. 7 Europejskiej Konwencji. Szerzej od swojego europejskiego prawzoru Karta Praw Podstawowych Unii unormowała prawa zawarte w art. 9, 12 (1), 14 (1), 14 (3), 50.

Pozostałe prawa podstawowe, a więc głównie o wymiarze społeczno-ekonomicznym, wywodzą się wprost z postanowień traktatów założycielskich, dla przykładu wskazując art. 8 Karty, który nawiązuje do art. 289 TWE, czy art. 12 ust. 2 Karty, który jest odzwierciedleniem art. 191 TWE. Artykuł 14 statuujący prawo do edukacji, które łączy w sobie wiele standardów prawnej ochrony praw człowieka, a więc postawienia Europejskiej Konwencji jak i obu Kart Społecznych. Część z tych praw uzyskała status zasad ogólnych w wyniku wydanych orzeczeń, np.: art. 11 ust. 1 Karty mówiący o swobodzie wyrażania poglądów i wolności informacji, który nawiązuje do orzeczenia w sprawie *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* (C-288/89)¹⁹; art. 15 Karty statuujący zasadę wolności pracy i zawodu, który z kolei opiera się na orzeczeniach w sprawie *Nold* (C-4/73)²⁰, w sprawie *Hauer* (C-44/79)²¹ czy w sprawie *Keller* (C-234/85)²², ale także na art. 1 par. 2 Europejskiej Karty Społecznej i pkt 4 Wspólnotowej Karty Podstawowych Praw Socjalnych Pracowników, na koniec włączając do jego części materialnoprawnej także art. 40 TWE²³.

Wnioski

Na obecnym etapie rozwoju prawa unijnego można wyodrębnić jednolitą koncepcję podstawowych praw socjalnych będących częścią praw podstawowych Unii Europejskiej. W dziele konstytucjonalizacji tychże praw znaczącą rolę odegrała Europejska Karta Społeczna wykorzystywana do ustalenia materialnoprawnej części praw socjalnych w prawie unijnym. Prawa społeczne są też niezbędnym uzupełnieniem praw i wolności obywatelskich, ponieważ nie można korzystać z tych praw bez minimalnego zabezpieczenia społecznego.

¹⁹ Zb. Orz. 1991, s. 1–4007.

²⁰ Zb. Orz. 1974, s. 12–14.

²¹ Zb. Orz. 1979, s. 3727.

²² Zb. Orz. 1986, s. 2897.

²³ Szerzej na ten temat M. Tomaszewska: *Zasada wolności pracy w europejskim prawie wspólnotowym*, Poznań 2003.

W przeciwieństwie do praw i wolności obywatelskich podstawowe prawa socjalne oznaczają nie tyle wolność od państwa, ale możliwość korzystania ze swobody wolności przy państwowej pomocy. Są to zatem prawa podstawowe, które są wyrażane w postaci uprawnień²⁴. Oczywistym wydaje się przy tym, że podstawowych praw socjalnych nie należy utożsamiać z polityką socjalną, która stanowi pewne założenia programowe powiązane ściśle z uwarunkowaniami społeczno-ekonomicznymi.

Monika Tomaszewska

THE PLACE AND MEANING OF THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER IN THE SYSTEM OF EUROPEAN UNION LAW

At the current stage of the development of EU law, a uniform concept of basic social rights as a part of the European Union's fundamental rights can be distinguished. In the act of the constitutionalisation of these rights, the European Social Charter was used to establish the substantive part of social rights. Social rights are also a necessary complement to civil rights and freedoms because they cannot be exercised without a minimum of social security. In contrast to civil rights and freedoms, fundamental social rights mean not only freedom from the state, but also the possibility of exercising freedom with the state's help. Therefore, those fundamental rights are expressed in the form of entitlements. It seems obvious that fundamental social rights should not be identified with social policy which proclaims that some program assumptions are closely dependent on socio-economic determinants.

²⁴ European Parliament, Directorate General for Research, Fundamental Social Rights in Europe, PE 168.629



Alina Wypych-Żywicka

Uniwersytet Gdański

a.wypych@prawo.ug.edu.pl

JESZCZE O GODZIWOŚCI EMERYTURY

I. Jednym z najczęściej używanych zwrotów w dyskusji nad emeryturami jest ich godziwość¹. Podnosi się, że świadczenie, jakie uzyskuje ubezpieczony po co najmniej 20-letnim lub dłuższym okresie odprowadzania składek do funduszu emerytalnego (w systemie zdefiniowanej składki), winno być godziwe. Problem w tym, że żaden z aktów prawnych regulujących świadczenia z ubezpieczenia społecznego nie posługuje się tym zwrotem, a gremia dyskutantów nie potrafią wskazać podstaw dla ocen, na podstawie których weryfikuje się świadczenie w kategorii godziwe, niegodziwe. Intuicyjne wiązanie wysokości emerytury z zapewnieniem ubezpieczonemu godziwych warunków życia utrudnia ustalenie znaczenia tego terminu. Odwołujemy się bowiem do zwrotu, którego zakres znaczeniowy podobnie jak przy emeryturze nie jest określony i próbujemy za jego pomocą ustalić denotację drugiego.

Temat godziwości emerytury był już wielokrotnie analizowany w literaturze. Podejmowano próbę zarówno ustalenia znaczenia tego terminu, jak i wskazania mechanizmów, za pomocą których możliwe byłoby utrzymanie świadczenia na poziomie godziwym. Z tego względu ponowna szczegółowa analiza zagadnienia wydaje się zbyteczna. Temat ten jednak wymaga kilku uwag uzupełniających.

Podstawową kwestią staje się pytanie, czy emerytura – świadczenie z ubezpieczenia społecznego, którego wysokość zależna jest od wysokości wniesionych składek – może być rozpatrywana w kategoriach godziwości. Czy przypadkiem nie jest tak, że wartość aksjologiczna w postaci godziwości świadczenia,

¹ Tej tematyce zostało poświęcone I Gdańskie Seminarium Zabezpieczenia Społecznego w październiku 2017 r. Referaty tam wygłoszone zostały opublikowane w roczniku pod red. A Wypych-Żywickiej „Z Zagadnień Zabezpieczenia Społecznego” Gdańsk 2018, nr 7; por. *Mały słownik języka polskiego*, red. E. Sobol, Warszawa 1999, s. 227. W języku potocznym godziwość oznacza, że coś jest ‘odpowiednie, właściwe, słuszne dozwolone, rzetelne, uczciwe’.

powiązana z godnością człowieka, winna towarzyszyć świadczeniom z pomocy społecznej, a nie świadczeniom z ubezpieczeniowej techniki zabezpieczenia społecznego?

To przy pozyskaniu świadczenia z pomocy społecznej, mając na uwadze sposób badania potrzeb osób, które nie są w stanie np. z powodu niezdolności do pracy lub zaawansowanego wieku zdobywać środków utrzymania, reguły towarzyszące trybowi przyznawania świadczenia mogą prowadzić do naruszenia godności człowieka.

Warto zatem zastanowić się, czy faktycznie jest zasadne, by oceniać emeryturę w kategoriach: „godziwa, niegodziwa” – jeżeli jej wysokość zależy od przezorności samego ubezpieczonego. Znaczenie ma tu nie tylko dochód, jaki uzyskuje ubezpieczony, od którego w ustawowo określonym procencie odprowadzane są składki, ale czas gromadzenia tych ostatnich. Jeżeli przyjmiemy takie założenie, to twierdzenie, że emerytura wynosząca 4 grosze czy 20 groszy w systemie zdefiniowanej składki dla urodzonych po 31 grudnia 1948 r. i ocenianie jej w kategorii świadczeń niegodziwych nie jest słuszne. Zgromadzenie „wkładu” stanowiącego podstawę wyliczenia emerytury w takiej wysokości jest bowiem konsekwencją postępowania ubezpieczonego, który podlegał ubezpieczeniu przez stosunkowo krótki czas, a przez to zgromadził proporcjonalnie mało składek.

Warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. W dokumentach i komunikatach komisji europejskiej zajmującej się systemami emerytalnymi nie znajdziemy wyjaśnienia dla terminu „emerytura godziwa”, ponieważ nie jest on stosowany. Jeżeli problem godziwości emerytury jest sygnalizowany – to w kontekście gwarancji pracy dla starszych pracowników i utrzymania aktywności zawodowej do momentu osiągnięcia ustawowego wieku emerytalnego, a w konsekwencji uzyskania adekwatnej emerytury. Można byłoby uznać, że adekwatność emerytury czyni emeryturę świadczeniem godziwym².

Skoro dostrzeżę się, że przyszła emerytura podmiotu aktywnego zawodowego, aż do osiągnięcia ustawowo określonego wieku emerytalnego, stanowi świadczenie godziwe, warto zastanowić się, czy istnieje zależność (a jeżeli tak – to jaka) między adekwatnością³ a godziwością świadczenia.

Z przytoczonej wyżej wypowiedzi komisji europejskiej można wyprowadzić wniosek, że adekwatność emerytury decyduje o jej godziwości. Zatem każda emerytura adekwatna (wypracowana przez ubezpieczonego, przy założeniu osiągnięcia ustawowego wieku emerytalnego i stosunkowo długiej aktywności

² Komisja Europejska – Komunikat prasowy – Adekwatne emerytury: nowe sprawozdanie wzywa do podjęcia środków umożliwiających pracę, aż do osiągnięcia wieku emerytalnego, Bruksela, 5 października 2015 r., <http://www.google.com> –adekwatne emerytury-Europa EU [dostęp: 28.07.2018].

³ *Mały słownik...*, s. 3. W języku potocznym adekwatność oznacza ‘dokładnie przystosowany, ściśle dopasowany, odpowiedni, zgodny’.

zawodowej) jest emeryturą godziwą. Pytanie tylko, czy relacje te możemy odwrócić. Czy można uznać, że każda emerytura godziwa, jest równocześnie emeryturą adekwatną? Czy ta relacja działa tylko w jedną stronę? Odpowiedź na tak postawione pytanie jest trudne, zważywszy na to, że z punktu widzenia ubezpieczonego emerytura, która jest świadczeniem adekwatnym (w stosunku do wypracowanych lat) niekoniecznie uznawana jest za świadczenie godziwe.

Inaczej godziwość świadczenia jest postrzegana przez ubezpieczyciela – przez ZUS. Wprawdzie nie podejmuje się określenia znaczenia „godziwość świadczenia”, ale czyni to przez pryzmat struktury świadczenia. W efekcie o godziwej emeryturze można mówić, gdy ta składa się ze świadczenia wyliczonego przez ubezpieczyciela i świadczenia uzyskanego z dobrowolnego ubezpieczenia w III filarze lub z innego zabezpieczenia na starość⁴.

Przywołana sugestia ubezpieczyciela jest o tyle interesująca, że nie odnosi kwestii godziwości jedynie do kwoty emerytury wyliczonej z funduszu ubezpieczeń społecznych, ale do łącznej kwoty świadczenia ze wszystkich dostępnych źródeł jego finansowania, nawet tych, które nie mieszczą się w ramach ubezpieczeń społecznych.

W literaturze zgłoszono zapatrywanie, zgodnie z którym adekwatność emerytury winna być postrzegana przez pryzmat celu, jaki realizuje system emerytalny. Jeżeli przyjmiemy, że celem systemu jest gwarancja środków utrzymania dla osób, które zakończyły swoją aktywność zawodową, to miarą adekwatności świadczenia jest stopa zastąpienia. Stanowi ona relację emerytury do dochodów, jakie uzyskiwał ubezpieczony wcześniej, wyrażoną w procentach⁵. W takim układzie może się zdarzyć, że wyliczona emerytura jest adekwatna do osiągniętych uprzednio dochodów (o czym wspomniano wcześniej), ale nie jest świadczeniem godziwym. Jej wysokość może być w rzeczywistości niższa niż kwota minimalnego świadczenia⁶.

Jeżeli jednak uznamy, że takim celem powinno być przeciwdziałanie ubóstwu (możliwość pokrywania wydatków na towary i usługi konsumpcyjne), może się okazać, że wraz z upływem czasu przebywania na emeryturze, przy wzroście potrzeb związanych z wiekiem i wynikającą z tego niepełnosprawnością, świadczenie emerytalne, chociaż było adekwatne w dacie nabycia do niego prawa, nie będzie godziwe.

⁴ Informacja ZUS, www.poranny.pl/praca/art/5216118 [dostęp: 27.07.2018].

⁵ Na ten temat K. Bielawska, *Miary adekwatności świadczeń emerytalnych – czy obecne standardy odpowiadają wyzwaniom przyszłości?*, „Z Zagadnień Zabezpieczenia Społecznego”, red. A. Wypych-Żywicka, Gdańsk 2018, nr 7, s. 10 i 12.

⁶ Spowoduje to podwyższenie świadczenia do przyjętej minimalnej kwoty emerytury. Gwarancje minimalnych norm zabezpieczenia społecznego przewiduje ratyfikowana w 2005 r. przez Polskę Konwencja MOP Nr 102 z 1952 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 93, poz. 775); G. Uścińska, *Świadczenia z zabezpieczenia społecznego w regulacjach międzynarodowych i polskich*, Warszawa 2005, s. 223.

Czy zatem adekwatność emerytury jest pojęciowo zbliżona do godziwości? Czy jeżeli uznamy, że emerytura jest adekwatna, a w konsekwencji jest godziwa, czy mierniki decydujące o adekwatności świadczenia winny być stosowane do uznania jego godziwości? Trudno kwestionować, że emerytura nie jest godziwa, jeżeli z założenia jej minimalna wysokość zapewnia pewien poziom życia dla emerytów (zwłaszcza na początku okresu pobierania świadczenia).

Uwzględniając powyższe, wydaje się, że oceny w kategoriach „świadczenie godziwe” i „świadczenie adekwatne” funkcjonują w dwóch różnych płaszczyznach. Adekwatność ma istotne znaczenie w sferze finansowej, godziwość w sferze socjalnej, stąd wątpliwość, czy mogą być ze sobą porównywane.

Warto zwrócić uwagę na jeszcze jedno. O ile dopuszcza się badanie systemów emerytalnych w układzie: bardziej lub mniej adekwatny, o tyle można mieć wątpliwości co do oceny świadczenia w kategoriach: bardziej lub mniej godziwy. Świadczenie albo jest godziwe, albo nie spełnia tego warunku.

Wróćmy jednak do godziwości emerytury z ubezpieczenia społecznego. Skoro, jak wspomniano wcześniej, brak jest w aktach prawnych zarówno krajowych, jak i unijnych wskazówek pomocnych w ustaleniu terminu „emerytura godziwa”, wydaje się zasadne poszukiwanie dookreślenia znaczenia w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych.

Analiza zarówno tez wyroków, jak i uzasadnień dotyczących emerytur nie przynosi jednak żadnych efektów. Okazuje się bowiem, że orzecznictwo SN nie podejmuje się wskazania, jaka emerytura jest świadczeniem godziwym i jakie mierniki winny być uwzględniane przy określeniu jego znaczenia. Co więcej, w analizie stanu faktycznego i późniejszym uzasadnieniu trudno doszukać się odwołania do tego zwrotu. Pewnym odstępstwem jest tu uzasadnienie do wyroku SA w Warszawie z dnia 28 maja 2014 r.⁷, które wskazuje na prawo beneficjenta do godziwej emerytury. Nie wyjaśnia jednak, jakie kryteria konstruuje tę właściwość świadczenia.

Problem świadczenia godziwego nie stanowił novum w ubezpieczeniach społecznych. Był dostrzegany, ale wiązano go ze świadczeniami krótkookresowymi – zasiłkami.

I tak zgodnie z wyrokiem SN z dnia 9 sierpnia 2005 r. (III UK 89/05)⁸ uznano, że nadmierne podwyższanie wynagrodzenia pracownika może być w zakresie prawa ubezpieczeń społecznych postrzegane jako działanie mające na celu nadużycie prawa do świadczeń. Zdaniem Sądu podstawę wymiaru składki ubezpieczonego będącego pracownikiem może stanowić wyłącznie wynagrodzenie godziwe, a więc należne, właściwe, odpowiednie, rzetelne, uczciwe i sprawiedliwe, zachowujące cechy ekwiwalentności względem pracy. Zwrócono uwagę,

⁷ Wyrok SA w Warszawie z dnia 28 maja 2014 r., III AUa 1073/13, LEX nr 1442848.

⁸ Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2005 r., III UK 89/05, OSNP 2006, nr 11–12, poz. 192.

że z racji istniejącej zasady solidaryzmu⁹ płaca stanowiąca podstawę wymiaru składki nie może być ustalana ponad granicę płacy słusznej, sprawiedliwej zapewniającej godziwe utrzymanie. Przy tak ustalonej składce kwota świadczenia byłaby postrzegana jako nienależna. Podobne stanowisko zajął SN w wyroku z dnia 5 czerwca 2009 r. (I UK 19/09)¹⁰ i w wyroku z dnia 23 stycznia 2014 r. (I UK 302/13)¹¹, a także Sądy Apelacyjne w Białymstoku¹², Katowicach¹³ i Rzeszowie¹⁴. W orzeczeniach tych ostatnich zwrócono uwagę na wysokość podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne, która stanowiła granicę płacy słusznej, sprawiedliwej. Zdaniem sądów tylko taka podstawa wymiaru pozwoliłaby na określenie składki mającej wpływ na świadczenie. Innymi słowy ustalenie składki od takiego wynagrodzenia nie przekładałoby się na świadczenie w kwocie nienależnej.

Analiza orzeczeń pozwala uznać, że godziwe wynagrodzenie stanowi podstawę ustalenia składki warunkującej wypłatę godziwego świadczenia. Jako że samo jest bytem godziwym, to co zostaje od niego wyprowadzone, również winno posiadać taki sam status.

Obok wskazanych wyżej orzeczeń warto zwrócić uwagę na wyrok TK z dnia 18 listopada 2008 r. P 47/07. Wprawdzie Trybunał nie posługuje się ani w tezie wyroku, ani w uzasadnieniu do niego terminem „godziwa emerytura” zwraca jednak uwagę na to, że wypłacane świadczenie musi pozostawać w pewnej proporcji do wysokości zarobku, jakim ubezpieczony dysponował przed przejściem na emeryturę, które winno zaspokajać podstawowe jego potrzeby, co mieści się w pewnym sensie w potocznym rozumieniu „godziwości” (jako „odpowiedni, właściwy, słuszny”)¹⁵. To zaspokajanie podstawowych potrzeb beneficjenta ma zagwarantować mu pewien poziom życia, odpowiedni dla jednostki ludzkiej.

Problemem przy ustalaniu godziwości emerytury staje się nie tyle wskazanie kwoty, która wypełniałaby treść terminu „godziwy”, ale ustalenie progu, poniżej którego świadczenie należałoby uznać za niegodziwe. Minimalne standardy wysokości emerytury zostały przewidziane chociażby w ratyfikowanej przez Polskę konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy Nr 102 z 1952 r., z której wynika, że relacja emerytury do wynagrodzenia przy założeniu, że beneficjent ma pełny

⁹ Nie chodzi tu o kierunek społeczno-polityczny funkcjonujący od połowy XIX w., ale o zasadę solidarności społecznej – jedną z zasad ubezpieczeń społecznych.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 5 czerwca 2009 r., I UK 19/09, LEX nr 515697.

¹¹ Wyrok SN z dnia 23 stycznia 2014 r., I UK 302/13, LEX nr 1503234.

¹² Wyrok SA w Białymstoku z dnia 28 stycznia 2015 r., III AUa 1127/14, [www:/orzeczenia.bialystok.sa.gov.pl/](http://www.orzeczenia.bialystok.sa.gov.pl/) [dostęp: 15.10.2017 r.].

¹³ Wyrok SA w Katowicach z dnia 9 maja 2014 r., III AUa 2111/13, [www:/orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/](http://www/orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/) [dostęp: 15.10.2017 r.].

¹⁴ Wyrok SA w Rzeszowie z dnia 26 marca 2015 r., III AUa 970/14, LEX nr 1665850.

¹⁵ Zob. *Mały Słownik...*, s. 227.

okres stażu ubezpieczenia, winna wynosić co najmniej 40% wynagrodzenia¹⁶. Założenie to ma zastosowanie również do wynagrodzenia minimalnego. Przywołanie tego parametru nie rozwiązuje jednak problemu, ponieważ ustalona w ten sposób kwota emerytury może się okazać niższa niż minimum socjalne .

Warto wskazać, że wysokość minimum socjalnego w 2017 r. dla jednoosobowego gospodarstwa emeryckiego kształtowało się na poziomie 1124,47 zł, minimum egzystencji natomiast dla tego samego podmiotu zamykało się kwotą 544,03 zł. Przy założeniu, że w tym okresie wysokość najniższej emerytury wynosiła 1000 zł, można uznać, że świadczenie to przewyższało minimum egzystencji, ale było niższe niż określona wysokość minimum socjalnego¹⁷. Podobny proces można zaobserwować w odniesieniu do gospodarstw emeryckich dwuosobowych.

II. Problem godziwości emerytury inaczej przedstawia się w wypadku świadczeń przyznanych w szczególnym trybie.

Zgodnie z art. 82 ustawy emerytalnej Prezes Rady Ministrów w szczególnie uzasadnionych przypadkach może przyznać emeryturę na warunkach i w wysokości innej niż określona w ustawie. Podobną taką możliwość ma Prezes ZUS. Warunki przyznawania przez niego świadczenia są jednak bardziej rygorystyczne od tych, jakie przewidziano w art. 82. Zgodnie z treścią art. 83 ustawy emerytalnej ubezpieczonym, którzy wskutek szczególnych okoliczności nie spełniają warunków wymaganych w ustawie do uzyskania prawa do emerytury, nie mogą – ze względu na całkowitą niezdolność do pracy lub wiek – podjąć pracy lub działalności objętej ubezpieczeniem społecznym i nie mają niezbędnych środków utrzymania, Prezes ZUS może przyznać w drodze wyjątku świadczenia w wysokości nieprzekraczającej odpowiednich świadczeń w ustawie.

Pierwsze pytanie, jakie wiąże się z treścią art. 82 i 83, dotyczy określenia techniki organizacyjno-finansowej, w jakiej są realizowane wskazane wyżej świadczenia. Gromadzenie środków materialnych na zabezpieczenie starości w okolicznościach wskazanych wyżej nie odbywa się na zasadzie gromadzenia składek przez ubezpieczonych. Tym samym wyklucza to technikę ubezpieczeniową. Ponieważ po stronie beneficjenta istnieje określona potrzeba lub zasługa, a środki przeznaczone na realizację świadczeń pochodzą z budżetu państwa, należy przyjąć, iż mamy tu do czynienia z techniką zaopatrzeniową.

¹⁶ Konwencja MOP Nr 102 z 1952 r. dotycząca minimalnych norm zabezpieczenia społecznego (Dz.U. z 2005 r. Nr 93, poz. 775). Ratyfikacja przez Polskę nastąpiła dopiero w 2005 r.

¹⁷ Zob. www.ipiss.com.pl (minimum socjalne, minimum egzystencji) [dostęp: 28.07.2017]. Szczególną uwagę zwracają tu pojęcia: minimum egzystencji i minimum socjalne. To pierwsze określa kwotę, konieczną na zabezpieczenie podstawowych potrzeb, minimalnego poziomu życia, poniżej którego następuje biologiczne zagrożenie życia. Wielkość ta umożliwia jedynie przeżycie. Z kolei minimum socjalne oznacza zaspokojenie potrzeb konsumpcyjnych na relatywnie niskim poziomie, zalecając nauki w zakresie wyżywienia.

Uwagę zwraca fakt korzystania przez ustawodawcę z klauzul generalnych dla uzasadnienia przyznania świadczeń. Zwroty „w szczególnie uzasadnionych przypadkach”, jak również „w szczególnych okolicznościach” jako zwroty nieodkreślone pozwalają uprawnionym podmiotom na swobodę uznania w kwestii przyznania prawa do świadczenia i jego wypłatę.

Warto zwrócić uwagę na dwie kwestie. Pierwsza dotyczy wysokości przyznanych emerytur przez Prezesa RM i Prezesa ZUS, druga uzasadnień towarzyszących przyznaniu świadczenia w postaci emerytury. (Zauważmy, że podobnie i tu ustawodawca przy emeryturach przyznawanych w szczególnym trybie nie odwołuje się do terminu świadczenie godziwe).

Niezależnie zatem, czy emerytura została przyznana przez Prezesa RM, czy Prezesa ZUS możemy mieć do czynienia z różnymi modelami godziwego świadczenia, mając na uwadze jego wysokość¹⁸. Ustawa nie określa wysokości świadczenia przyznanego przez Prezesa RM, w przeciwieństwie do wysokości emerytury przyznawanej przez Prezesa ZUS. Wysokość tej drugiej ogranicza się jedynie do stawki najniższej, określonej w ustawie emerytalnej. Dochodzi zatem do sytuacji, w której świadczenia przyznane zarówno przez Prezesa RM, jak i Prezesa ZUS winny być traktowane jako świadczenia godziwe. O ile godziwość świadczeń przyznanych przez Prezesa ZUS ma swój wymiar, o tyle nie da się go ustalić w odniesieniu do świadczeń przyznawanych przez Prezesa RM. W konsekwencji może się okazać, że każda wysokość przyznanej przez Prezesa RM emerytury spełnia warunek „godziwej”¹⁹.

Warto dostrzec, że jedynie w odniesieniu do emerytury przyznanej na podstawie art. 82 ust. 2 ustawy emerytalnej orzecznictwo TK i NSA wskazuje, że przyznana w tym trybie emerytura zapewnia godziwe warunki życia²⁰.

Znamienne jest tu stanowisko TK wyrażone w wyroku z dnia 17 października 2006 r., w którym stwierdzono „[...] że przyznanie takiego świadczenia to uhonorowanie i zapewnienie godziwych warunków bytowych osobom, które mają wybitne indywidualne, także w znaczeniu „niepowtarzalne”, zasługi i osiągnięcia w określonej dziedzinie aktywności [...]”²¹. Równocześnie TK zwrócił uwagę na dopuszczalność odmiennego traktowania podmiotów uprawnionych do świadczeń, które nie należą do tej samej kategorii czy klasy. W konsekwencji uzasadnienie wysokości emerytury przyznanej przez Prezesa RM, która zapewnia godziwe warunki bytowania, czego nie ma przy emeryturach

¹⁸ Zróżnicowane są również warunki nabycia świadczenia.

¹⁹ A. Wypych-Żywicka, *Godziwa...*, s. 323

²⁰ Przykładowo wyrok NSA z dnia 25 lutego 2014 r., I OSK 2667/13, Legalis nr 909174; wyrok NSA z dnia 24 czerwca 2014 r., I OSK 434/14, Legalis nr 1328052; wyrok NSA z dnia 9 maja 2017 r., I OSK 2052/16, Legalis nr 1625241; wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 maja 2017 r., II SA/Wa 2150/16, Legalis nr 1630879; wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 maja 2017 r., II SA/Wa 2165/16, Legalis nr 1709465.

²¹ Wyrok TK z dnia 17 października 2006 r., P 38/05, OTK-A 2006, nr 9, poz. 123.

„wypracowanych”, jest dopuszczalne, gdyż beneficjenci świadczeń nie należą do tej samej klasy, grupy podmiotów uprawnionych, zgodnie z treścią art. 2 ustawy emerytalnej. O ile można zgodzić się z przyjętą argumentacją wiążącą przyznanie emerytury np. z uwagi na wybitne osiągnięcia, to uzasadnienie przyznanego prawa (zapewnienie dla podmiotów uprawnionych godziwych warunków życia) może budzić społeczną dezaprobatę. Fakt ten uzasadnia pytanie, dlaczego warunki życia, jakie ma gwarantować emerytura, mają tak istotne znaczenie przy świadczeniach przyznawanych w szczególnym trybie z art. 82 ustawy emerytalnej, a nie zwraca się na nie uwagi w momencie ustalania wysokości emerytury „wypracowanej”. W każdym razie nie stanowią one parametrów wyliczenia kwoty emerytury.

III. Analiza godziwej emerytury pozwala odnieść się do dwóch zagadnień, a mianowicie kwestii godziwość świadczenia a praw pochodnych oraz zbiegu prawa do emerytury wypracowanej i emerytury przyznanej w szczególnym trybie.

Przyjęcie założenia, że o godziwości świadczenia można mówić, jedynie mając na uwadze jego strukturę źródeł, z jakich jest finansowane, budzi zastrzeżenia. Takie świadczenie opiera się bowiem o składki realizowane nie tylko w systemie ubezpieczenia społecznego, ale również z III filara niemieszczącego się w systemie ubezpieczeń społecznych²². Jak w takim wypadku określić charakter renty rodzinnej świadczenia pochodnego od emerytury, której wysokość może być ustalona jedynie od części zgromadzonych składek u ubezpieczyciela, pomniejszonej o część środków znajdujących się na subkoncie, zgodnie z zasadą wyrażoną w treści art. 73 ust. 3 i 3a ustawy emerytalnej.

Bardziej przekonująca jest teza, która łączy godziwość emerytury z osiągniętym wiekiem emerytalnym i określonym stażem ubezpieczeniowym. Przy takim założeniu świadczenie po zakończeniu aktywności zawodowej kwalifikowane w poczet godziwych pozwala uznać, że świadczenie pochodne w postaci renty rodzinnej również posiada ten sam status. Skoro status godziwego ma świadczenie pierwotne, świadczenie pochodne nie może mieć odmiennego charakteru. Stąd godziwość emerytury winna gwarantować godziwość renty rodzinnej. Może się jednak okazać, że po ustaleniu wysokości renty świadczenie będzie niższe od najniższego. W konsekwencji spełni warunek świadczenia adekwatnego, natomiast nie spełni warunku godziwego.

Zagadnieniem budzącym zastrzeżenia jest kwestia zbiegu emerytur z ubezpieczenia emerytalnego i emerytury przyznanej w szczególnym trybie z art. 82 ustawy emerytalnej. W doktrynie i orzecznictwie zgłoszono wątpliwości

²² Wątpliwości budzi również filar II niemieszczący się w formule ubezpieczeń społecznych, por. W. Sanetra, *Aksjologiczne podstawy prawa ubezpieczeń społecznych* [w:] *Ubezpieczenia społeczne w procesie zmian. 80 lat Zakładu Ubezpieczeń Społecznych*, red. K.W. Friske, E. Przychodaj, Warszawa 2014, s. 33, 34.

odnośnie do prawa do dwóch emerytur – wypracowanej przez ubezpieczonego (przy spełnieniu przesłanek koniecznych do nabycia świadczenia) i przyznanej z uwagi na np. szczególne zasługi podmiotu, mającej na celu gwarantować temu ostatniemu „godziwe warunki życia”²³.

Analiza ustawy emerytalnej, zwłaszcza treść art. 95 ust. 1, wskazuje wyraźnie na regułę prawa do jednego świadczenia wyższego lub wybranego przez zainteresowanego. Potwierdza to sformułowanie użyte przez ustawodawcę „w razie zbiegu u jednej osoby prawa do kilku świadczeń przewidzianych w ustawie [...]”. Wynika z tego, że ustawodawca nie ogranicza się jedynie do świadczeń przyznanych w trybie powszechnym, ale odwołuje się do wszystkich przewidzianych w ustawie bez względu na tryb jego uzyskania. Jeżeli tak, to zasadą winno być, że beneficjent ma prawo do jednego świadczenia, zgodnie z rozwiązaniami przyjętymi w brzmieniu wskazanego wyżej przepisu.

IV. Wątpliwości, jakie rodzą się w związku z „godziwą emeryturą”, stawiają pytanie o zdefiniowanie terminu. Obecnie zakreślenie ustawowe zakresu znaczeniowego nie wydaje się konieczne. Intuicyjnie bowiem rozumiemy jego znaczenie. Znacznie lepiej sprawdziłoby się przybliżenie – nie tylko grupie beneficjentów gromadzących składki na emeryturę, ale również ludziom młodym niepodlegającym jeszcze ubezpieczeniom – jakie warunki i mechanizmy przewidziane prawem mają wpływ na wysokość przyszłej emerytury, by ta mogła spełniać wymóg świadczenia godziwego. Dotyczy to nie tylko rozwiązań przyjętych przez prawo ubezpieczeń społecznych, ale również innych form gromadzenia funduszy na starość. Dużą rolę w tej kwestii powinien odegrać ubezpieczyciel i rzetelnie przeprowadzona akcja informacyjna. Dopóki wskazane zadanie nie zostanie konsekwentnie i systematycznie (a nie akcjami) realizowane, będzie funkcjonować stwierdzenie, że wypracowaną przez uprawnionego emeryturę trudno uznać za świadczenie godziwe, zapewniające godziwe warunki życia.

Alina Wypych-Żywicka

ONCE MORE ON THE PENSION FAIRNESS

The concepts of the adequacy and fairness of pensions can be perceived in two different dimensions. They are not synonyms. The meaning of the term fair pension should be sought in the social field, in which the dominant issue is to determine the amount of

²³ Powyższa kwestia nie dotyczy emerytury wypracowanej i świadczenia przyznanego w trybie art. 83 ustawy emerytalnej. Zobacz poglądy przywołane w: *Emerytury i renty z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Emerytury pomostowe. Komentarz*, red. B. Gudowska i K. Ślebzak, Warszawa 2013 s. 568.

the benefit that would provide the beneficiary with an adequate standard of living. The concept of an adequate pension belongs to the sphere of finance in which the amount of the benefit depends on the "value" of the collected contributions.



Małgorzata Balwicka-Szczyrba

Uniwersytet Gdański

m.balwicka@prawo.ug.edu.pl

Łukasz Balwicki

Gdański Uniwersytet Medyczny

lukasz.balwicki@gumed.edu.pl

OCHRONA DZIECI PRZED BIERNYM PALENIEM WYROBÓW TYTONIOWYCH W ŚWIETLE REGULACJI PRAWNYCH¹

Wstęp

Palenie papierosów jest w Polsce powszechnym zjawiskiem – pali 29% dorosłych Polaków (34% mężczyzn, 23% kobiet)². Istotny problem społeczny stanowi równocześnie narażenie osób niepalących na dym tytoniowy, a zwłaszcza gdy narażone osoby są jeszcze małoletnie. W świetle badań przeprowadzonych w 2015 r. co czwarty palący Polak przyznał, że pali w obecności dzieci i kobiet ciężarnych, z kolei ponad jedna trzecia badanych (39%) deklarowała, że w ich domach pali się tytoń³.

Szczególne szkodliwość narażenia dzieci na dym tytoniowy nie budzi wątpliwości w świetle doniesień medycznych. Nie istnieje bowiem bezpieczny poziom biernej inhalacji⁴. Ekspozycja dzieci na szkodliwe substancje zawarte w wyro-

¹ Niniejszy artykuł powstał przy wsparciu Polskiej Ligii Walki z Rakiem, w wykonaniu projektu eksperckiego realizowanego w ramach konkursu ONKOGRANTY II.

² *Globalny sondaż dotyczący używania tytoniu przez osoby dorosłe (GATS) Polska 2009–2010*, Ministerstwo Zdrowia, Warszawa 2010, s. 9.

³ D. Kachaniak, A. Trząsalska, U. Krassowska, *Raport z ogólnopolskiego badania ankietowego na temat postaw wobec palenia tytoniu*, Warszawa 2015, s. 13.

⁴ World Health Organization, *Protection from Exposure Exposure to Second-hand Tobacco Smoke. Policy Recommendations*, 2007, www.who.int [dostęp: 20.03.2019].

bach tytoniowych ma związek z większą zachorowalnością na choroby dolnych dróg oddechowych (m.in. zapalenie płuc), częstszymi przypadkami zapalenia ucha środkowego, astmy, a także narażeniem na nagłą śmierć noworodków. Ekspozycja dzieci na dym tytoniowy może przyczyniać się do rozwoju nowotworów w wieku dorosłym⁵.

Celem niniejszego artykułu jest analiza najważniejszych unormowań obowiązujących w Polsce w kontekście problematyki ochrony zdrowia dzieci przed biernym paleniem wyrobów tytoniowych. Wymaga jednocześnie zaznaczenia, iż mówiąc w niniejszym artykule o dzieciach za art. 1 Konwencji o prawach dziecka, przyjęto, iż dziecko oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej 18 lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono pełnoletniość wcześniej. Zgodnie z prawem polskim kobieta może uzyskać pełnoletniość, poza przypadkami ukończenia 18. roku życia, przez zawarcie małżeństwa (art. 10 ust. 2 k.c.)⁶.

1. Prawo dziecka do ochrony zdrowia

Warto na wstępie pokrótce odnieść się do problematyki prawa dziecka do ochrony zdrowia. Zasygnalizowanie tego zagadnienia nadaje szczególnego zabarwienia dokonywanym rozważaniom, albowiem uzasadnia podejmowanie działań zmierzających do realizacji tego prawa.

Prawa człowieka mają swoje źródło w przyrodzonej godności ludzkiej, ich przestrzeganie można wywodzić także z norm moralnych. Prawa te mają charakter powszechny, przyrodzony i niezbywalny, w kontekście normatywnym cechuje je uniwersalizm⁸. Prawo do ochrony zdrowia jest podstawowym prawem człowieka⁹, jest ono chronione na gruncie prawa międzynarodowego i krajowego¹⁰.

⁵ American Academy of Pediatrics, Committee on Environmental Health, *Environmental Tobacco Smoke: A Hazard to Children*, „Pediatrics”, April 1997, vol. 99, issue 4, <http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/99/4/639.full.pdf> [dostęp: 20.03.2019].

⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1025) [dalej: k.c.].

⁷ Dotyczy to kobiet, które w okolicznościach określonych w art. 10 § 1 k.r.o. (ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. z 2017 r., poz. 682, ze zm.) mogą za zezwoleniem sądu zawrzeć małżeństwo po ukończeniu 16. roku życia.

⁸ Zob. K. Kobylński, *Czy prawa człowieka są/powinny być uniwersalne* [w:] *Konstytucyjne podstawy ochrony praw człowieka*, red. R. Koper, Katowice 2017, s. 13 i nn.

⁹ Na temat prawa do zdrowia zob. szerzej m.in. R. Tabaszewski, *Prawo do zdrowia w systemach praw człowieka*, Lublin 2016, s. 19 i nn.

¹⁰ Prawo do ochrony zdrowia przewiduje także m.in. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r. (art. 25); Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r. (art. 12); Europejska Karta Socjalna z 1960 r. (art. 7 i 8).

Na gruncie prawa międzynarodowego warto w szczególności wskazać na art. 3 w zw. z art. 24 Konwencji o prawach dziecka, które daje podstawę do twierdzenia, iż we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną jest najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka, co dotyczy także najwyższego poziomu ochrony ich zdrowia i udogodnień w zakresie leczenia chorób oraz rehabilitacji zdrowotnej. W nauce trafnie się zauważa, iż tak rozumiane dobro dziecka jest dobrem, które, poza sytuacjami szczególnymi, powinno mieć pierwszeństwo przed innym, ważnym w danej sytuacji dobrem¹¹. Z kolei zaspokajanie potrzeb dziecka w zakresie ochrony zdrowia jest traktowane jako sprawa priorytetowa¹². Wywodzi się, że państwo powinno zapewniać jak najlepsze warunki do ochrony zdrowia dzieci, w tym warunki środowiskowe¹³.

Prawo do ochrony zdrowia wynika z uregulowań Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹⁴ (art. 68 ust. 1 Konstytucji RP) i jest zaliczane do podstawowych praw człowieka¹⁵. Pomimo że charakter tego unormowania jest sporny¹⁶, w nauce przeważa pogląd, że art. 68 Konstytucji jest przepisem wyrażającym prawo podmiotowe, tj. prawo do ochrony zdrowia, na które obywatel może powołać się w postępowaniu przed sądem (w pozwie, skardze, skardze kasacyjnej itp.) lub Trybunałem Konstytucyjnym (w skardze konstytucyjnej)¹⁷. Nie budzi jednak wątpliwości, że każdy, w tym dziecko, ma konstytucyjne prawo do ochrony jego zdrowia. Z kolei adresatem normy konstytucyjnej z art. 68 są przede wszystkim władze publiczne, które poprzez swoje działania, w tym poprzez zapewnienie opieki zdrowotnej, powinny te prawo realizować. Wymaga równocześnie zasygnalizowania, że norma konstytucyjna z art. 68 traktuje dzieci jako szczególne

¹¹ Zob. m.in. A. Łopatka, *Dziecko i jego prawa*, Warszawa 2000, s. 27.

¹² Tak m.in. K. Wojtczak, *Prawo dziecka do ochrony zdrowia* [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smoczyński, Poznań 1999, s. 310.

¹³ *Ibidem*, s. 310.

¹⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁵ Zob. szerzej M. Dróżd-Żyła, K. Pilarz, *Ochrona praw dziecka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Konstytucyjne podstawy ochrony praw człowieka*, red. R. Koper, Katowice 2017, s. 99.

¹⁶ Zob. szerzej na ten temat M. Dercz, *Konstytucyjne prawo dziecka do szczególnej opieki zdrowotnej*, Warszawa 2016, s. 155 i nn.

¹⁷ Tak m.in. J. Trzciński, M. Wiązek [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, M. Zubik, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 733; L. Bosek [w:] *Konstytucja RP, tom I. Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safian, M. Bosek, Warszawa 2016, s. 1549. Przeciwnie jednak m.in. w wyroku NSA w Warszawie z dnia 23 maja 2017 r., I OSK 3457/15, LEX nr 2323369, że przepisy Konstytucji stanowią jedynie pewien wzorzec określający w sposób ogólny ramy zabezpieczenia społecznego oraz realizowania prawa do ochrony zdrowia, kierunki polityki państwa są adresowane głównie do organów prawodawczych. Przepisy te stanowią zatem źródło gwarancji, ale nie praw podmiotowych obywatela dla zabezpieczenia społecznego, które dopiero konkretyzują się w ustawach, w tym przypadku w ustawie o pomocy społecznej.

podmioty, którym należy zapewnić opiekę zdrowotną w zakresie szerszym niż pozostałym podmiotom¹⁸. Szczególne wyeksponowanie w Konstytucji dzieci jako podmiotów, którym należy się ochrona, uzasadnia podejmowanie szeroko rozumianych działań w celu realizacji ich praw.

Należy również zaznaczyć, iż zdrowie jest dobrem osobistym chronionym przez prawo cywilne (w szczególności art. 23 i 24 k.c.), które to przepisy stanowią podstawę roszczeń, o charakterze niemajątkowym i majątkowym, przysługujących w razie jego naruszenia. Zdrowie jako dobro osobiste jest atrybutem każdej osoby fizycznej, jest ono nierozłącznie związane z człowieczeństwem, bez względu na wiek. W kodeksie cywilnym brak definicji zdrowia. Z kolei szerokie rozumienie pojęcia „zdrowie” przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) jako stanu zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie braku choroby lub ułomności, uniemożliwia sformułowanie wyczerpującej jego definicji¹⁹. Warto zaznaczyć, iż zdrowie jako dobro osobiste jest funkcjonalnie powiązane z takimi dobrami, jak życie i nietykalność cielesna²⁰. Życie i godność są z kolei klasyfikowane jako dobra zajmujące naczelną miejsce w hierarchii dóbr osobistych²¹. Konieczność ochrony zdrowia jest więc szczególnie uzasadniona także na gruncie prawa cywilnego.

2. Ramowa konwencja WHO a ochrona dzieci przed biernym paleniem

Rzeczpospolita Polska jest stroną Ramowej konwencji Światowej Organizacji Zdrowia o ograniczeniu użycia tytoniu, sporządzonej dnia 21 maja 2003 r. (dalej: Ramowa konwencja WHO)²². Jej celem, określonym w art. 3, jest ochrona dzisiejszych i przyszłych pokoleń przed zgubnymi zdrowotnymi, społecznymi, środowiskowymi i ekonomicznymi następstwami konsumpcji wyrobów tytoniowych i narażenia na dym tytoniowy poprzez przedstawienie ram dla środków ograniczenia użycia tytoniu, jakie strony będą wprowadzać na szczeblu krajowym, regionalnym i międzynarodowym w celu ciągłego i znacznego ograniczenia rozpowszechnionej konsumpcji wyrobów tytoniowych i narażenia na dym tytoniowy.

¹⁸ M. Drózd-Żyła, K. Pilarz, *Ochrona praw dziecka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Konstytucyjne podstawy ochrony praw człowieka*, red. R. Koper, Katowice 2017, s. 100.

¹⁹ Zob. m.in. S. Kalus [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz, tom I. Część ogólna*, red. M. Hajdas, M. Fras, Warszawa 2018, s. 108.

²⁰ Zob. min. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 159.

²¹ Tak T. Sokołowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz, tom I, Część ogólna*, red. A. Kidyba., Warszawa 2009, s. 113.

²² Dz. U. z 2007 r. Nr 74, poz. 487.

Ramowa konwencja WHO wprowadza obszarowe (przedmiotowe) ograniczenia dotyczące używania wyrobów tytoniowych, a odnoszące się do miejsc publicznych. Jej strony zobowiązały się przyjąć i wdrażać skuteczne środki ustawodawcze, wykonawcze, administracyjne lub inne, przewidujące ochronę przed narażeniem na dym tytoniowy w zamkniętych miejscach pracy, środkach transportu publicznego, zamkniętych obiektach publicznych oraz, w odpowiednich przypadkach, w innych miejscach publicznych.

Pomimo że w swym brzmieniu Ramowa konwencja WHO nie wprowadza innych ograniczeń, w tym zwłaszcza takich, które polegałyby na zakazie palenia wyrobów tytoniowych w obecności dzieci, zaleca się jej stronom podejmowanie dalszych działań poszerzających wskazane powyżej zakazy. W świetle art. 1 ust. 2 Ramowej konwencji, w celu lepszej ochrony zdrowia człowieka, strony konwencji są zachęcane do wprowadzenia środków wykraczających poza środki wymagane na mocy tego aktu normatywnego i protokołów do niego.

W ostatnich latach należy odnotować silny trend związany z akcentowaniem zależności między wprowadzaniem dalszych ograniczeń w zakresie używania wyrobów tytoniowych a ochroną praw człowieka. Między innymi podczas siódmej sesji państw – stron konwencji – w dniu 13 kwietnia 2017 r. podkreślono niewątpliwą zależność stosowania odpowiednich narzędzi ochrony przed negatywnym wpływem używania wyrobów tytoniowych a tymi prawami, wskazując, iż pełne wdrożenie zobowiązań wynikających z Ramowej konwencji WHO powinno wiązać się z należyłą ochroną praw człowieka do zdrowia w kontekście kontaktu ze szkodliwym wpływem tytoniu²³. Beneficjentami tejże ochrony powinny być przede wszystkim dzieci jako osoby narażone na bierne palenie, które w przyszłości same mogą stać się uzależnione od tytoniu. Istnieją bowiem badania wykazujące, że dzieci narażone na bierne palenie z większym prawdopodobieństwem zostaną palaczami²⁴.

Zaprezentowany powyżej kierunek i uzasadnienie dalszych zmian w zakresie regulacji dotyczącej używania wyrobów tytoniowych potwierdza podpisana przez liczne stowarzyszenia i organizacje międzynarodowe, a także ekspertów, deklaracja kapsztadzka z dnia 9 marca 2018 r.²⁵ (Cape Town Declaration on Human Rights and a Tobacco-free World). W jej pkt. A1 wyraźnie się akcentuje, iż produkcja i sprzedaż tytoniu naruszają prawo człowieka do zdrowia. W związku z tym potwierdza się wartość preambuły Ramowej konwencji Światowej Organizacji Zdrowia, w której strony wyrażają swoją determinację do „przyzna-

²³ R.A. Daynard, *Allying tobacco control with human rights: invited commentary*, „Tobacco Control”, 14 February 2018.

²⁴ Z badań Eurostatu wynika, że około 75% palaczy zaczyna palić przed 18. rokiem życia, <http://ec.europa.eu/eurostat> [dostęp: 20.03.2019].

²⁵ Zob. na stronie: https://ash.org/wp-content/uploads/2018/02/Cape-Town-Declaration-on-Human-Rights-and-a-Tobacco-free-World_FINAL-May-23.pdf [dostęp: 20.03.2019].

nia pierwszeństwa prawu do ochrony zdrowia publicznego” i szanują prawo wszystkich do korzystania z najwyższego możliwego do osiągnięcia standardu zdrowia fizycznego i psychicznego wyrażonego w art. 12 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r.

W świetle powyższego należy akcentować, iż dalsze wprowadzanie ustawowych ograniczeń w zakresie używania wyrobów tytoniowych, w tym w obecności dzieci, powinno być silnie uwarunkowane koniecznością ochrony praw człowieka, w tym zwłaszcza prawa do ochrony zdrowia.

3. Polska regulacja ograniczająca palenie wyrobów tytoniowych a ochrona dzieci przed biernym paleniem

Podstawowym polskim aktem prawnym dotyczącym omawianej problematyki jest ustawa z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych²⁶ (dalej: ustawa antytytoniowa). Stanowi ona istotne narzędzie prawne do walki z uzależnieniem od tytoniu i wyrobów tytoniowych, ma ona również na celu ochronę innych osób przed skutkami tzw. biernego palenia²⁷.

Analizując unormowania zawarte w tejże ustawie, należy podkreślić, iż brak w niej przepisów wprowadzających wprost zakaz palenia wyrobów tytoniowych w obecności dzieci. Z całokształtu jej unormowań można jednak wyprowadzić zasadę ochrony dzieci przez szkodliwym wpływem używania tychże wyrobów. Obowiązanie tej zasady uwidacznia się na poniższych, najważniejszych płaszczyznach.

Po pierwsze, ustawa antytytoniowa w art. 6 wprowadza zakaz sprzedaży wyrobów tytoniowych, papierosów elektronicznych lub pojemników zapasowych wyrobów osobom poniżej 18 roku życia. Wprowadza równocześnie zakaz wprowadzania do obrotu tychże wyrobów na terenie: podmiotów wykonujących działalność leczniczą w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, szkół i placówek oświatowo-wychowawczych oraz obiektów sportowo-rekreacyjnych, a także w automatach. Powyższe ograniczenia i obowiązki z nimi związane niewątpliwie służą ochronie dzieci przed szkodliwym wpływem dymu tytoniowego.

²⁶ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 957.

²⁷ Należy zaznaczyć, iż istnieją także inne regulacje prawne stanowiące narzędzie do walki z uzależnieniem od tytoniu i wyrobów tytoniowych, w tym m.in. narzędzia przyznane ustawą z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz. U. z 2009 r. Nr 3, poz. 11, ze zm.), ustawą z dnia 1 lipca 2005 r. o ustanowieniu programu wieloletniego „Narodowy program zwalczania chorób nowotworowych” (Dz. U. z 2005 r. Nr 143, poz. 1200, ze zm.), ustawą z dnia 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wyrobów tytoniowych (Dz. U. z 2001 Nr 32, poz. 353, ze zm.).

Po drugie, ustawa o ochronie zdrowia w art. 5 zakazem palenia wyrobów tytoniowych, w tym palenia nowatorskich wyrobów tytoniowych i palenia papierosów elektronicznych, obejmuje obszary publiczne, w których przebywają dzieci, w szczególności: teren jednostek organizacyjnych systemu oświaty; pomieszczenia obiektów kultury i wypoczynku do użytku publicznego czy ogólnodostępne miejsca przeznaczone do zabaw dzieci. Co istotne, właściciel lub zarządzający obiektem lub środkiem transportu, w którym obowiązuje zakaz palenia wyrobów tytoniowych i palenia papierosów elektronicznych, jest obowiązany umieścić w widocznych miejscach odpowiednie oznaczenie słowne i graficzne informujące o zakazie palenia wyrobów tytoniowych i palenia papierosów elektronicznych na terenie obiektu lub w środku transportu. Celem tego unormowania jest ochrona przed biernym paleniem. Przepis ten ma również walor edukacyjny, kształtujący świadomość o szkodliwości biernego palenia.

Po trzecie, ustawa w art. 5 ust. 4 przyznaje radom gminy kompetencję do rozszerzenia dla terenu gminy, w drodze uchwały, obszarów wolnych od dymu tytoniowego o inne miejsca użytku publicznego niż te objęte zakazem z mocy prawa. Z uwagi na powyższe katalog obszarów wolnych od dymu tytoniowego może być dla danej gminy określony szerzej od katalogu ustawowego²⁸. Przykładowo zakazem palenia zostały na mocy uchwały Rady Gminy Miasta Gdańska nr XXXVI/1030/09²⁹ objęte plaże i kąpieliska miasta Gdańska jako miejsca, gdzie przebywają i bawią się dzieci. Istotne jest, że treść uchwały nie może przekraczać przyznanej radom gminy kompetencji ustawowej. Artykuł 5 ust. 4 ustawy nie upoważnia przede wszystkim do określenia wysokości kary grzywny za nieprzestrzeganie zakazu palenia wyrobów tytoniowych w miejscach objętych tym zakazem³⁰. Należy dlatego podkreślić, iż uchwała rady gminy nie mogłaby wprowadzać generalnego zakazu palenia w obecności dzieci, a jedynie poszerzać obszary objęte tymże zakazem na miejsca, w których przebywają dzieci. Takimi obszarami mogą stać się np. parki, plaże czy kąpieliska.

Odnosząc się do polskiej ustawy antytytoniowej, trzeba zaznaczyć, iż pomimo że zasada ochrony dzieci przed skutkami używania wyrobów tytoniowych jest realizowana przez ustawę, zakres ograniczeń związanych z paleniem wyrobów tytoniowych w obecności dzieci jest niewystarczający do pełnej ochrony ich zdrowia. W szczególności w omawianej ustawie brak jest zakazów palenia

²⁸ W zakresie ustawodawstwa antytytoniowego aktywność rad gmin w latach 1996–2009 należy uznać za niewielką, zob. M. Balwicka-Szczyrba, Ł. Balwicki, *Praktyka korzystania przez rady gminy z kompetencji do wprowadzania stref wolnych od dymu tytoniowego*, „Samorząd Terytorialny” 2010, nr 9, s. 59–65.

²⁹ Uchwała Nr XXXVI/1030/09 Rady Miasta Gdańska z dnia 28 maja 2009 r. (Dz. Urz. Województwa Pomorskiego z 2009 r. Nr 89).

³⁰ Zob. rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody podlaskiego z dnia 11 lipca 2008 r., Nr NK.II AŁ.0911-139/08, LEX nr 488149.

tychże wyrobów w obecności dzieci w przestrzeni innej niż publiczna, a zwłaszcza w innych niż publiczne pomieszczeniach zamkniętych, gdzie narażenie na dym tytoniowy jest szczególnie duże. Wydaje się dlatego, iż dalsze zmiany ustawowe, poszerzające obszary objęte zakazem palenia wyrobów tytoniowych poza obszary publiczne, są niezbędne do pełnej realizacji prawa dzieci do ochrony zdrowia. Dobrym przykładem regulacji poszerzającej ustawy zakaz palenia wyrobów tytoniowych jest zakaz palenia w samochodach osobowych przewożących dzieci.

4. Zakaz palenia w samochodach przewożących dzieci – przykład ustawodawstw obcych

Miejszem szczególnego narażenia na bierne palenie są pomieszczenia zamknięte, z uwagi na ograniczoną wentylację powietrza. Takim miejscem są w szczególności samochody osobowe, którymi przewożone są dzieci, gdzie stężenie szkodliwych substancji jest wysokie, a dzieci nie mają możliwości ich opuszczenia³¹. Badania udowodniły istnienie alarmujących poziomów środowiskowego dymu tytoniowego zaledwie po 5 minutach palenia papierosów w pojeździe niezależnie od funkcjonującej wentylacji³². Wykazano także, że nawet jazda z otwartym oknem w czasie palenia powoduje, że powietrze w środku ma w dalszym ciągu 5-krotnie wyższe stężenie groźnych substancji niż powietrze na zewnątrz³³. W pomieszczeniach zamkniętych mamy równocześnie do czynienia z tzw. paleniem z trzeciej ręki (*third hand smoking*). Dym tytoniowy osadza się na powierzchni tapicerek i naraża niepalącego zarówno na bezpośredni kontakt z toksynami dymu i wchłanianie przez skórę, jak i ich wdychanie przez długi czas po zakończeniu palenia³⁴.

Doświadczenia niektórych Państw obcych wskazują na pozytywne skutki społeczne, odnoszące się do ochrony dzieci przed szkodliwym oddziaływaniem dymu tytoniowego, pod wpływem poszerzania ustawowych zakazów palenia

³¹ W. Ott, N. Klepeis, P. Switzer, *Air change rates of motor vehicles and in-vehicle pollutant concentrations from secondhand smoke*, „Journal of Exposure Science and Environmental Epidemiology” May 2008, vol. 18, issue 3, s. 312–325.

³² V.W. Rees, G.N. Connolly, *Measuring Air Quality to Protect Children from Secondhand Smoke in Cars*, „American Journal of Preventive Medicine” October 2006, vol. 31, issue 5, s. 363–368.

³³ R. Edwards *et al.*, *Highly hazardous air quality associated with smoking in cars: New Zealand pilot study*, „The New Zealand Medical Journal” October, 2006, vol. 119, no. 1244, <http://www.nzma.org.nz/journal/119-1244/2294/> [dostęp: 20.03.2019].

³⁴ Badania wykazały znacząco wyższe poziomy nikotyny w powietrzu, kurzu i na powierzchniach pojazdów palaczy w porównaniu z pojazdami, w których nie palono, zob. G.E. Matt *et al.*, *Residual tobacco smoke pollution in used cars for sale: air, dust, and surfaces*, „Nicotine and Tobacco Research”, September 2008, vol. 10 issue 9, s. 1467–1475.

wyrobów tytoniowych na samochody osobowe przewożące dzieci. Taki zakaz został wprowadzony m.in. w 10 z 13 prowincji Kanady, w niektórych stanach USA, Australii, Cyprze, na Mauritiusie czy w Wielkiej Brytanii i Francji³⁵. Ustawowe uregulowania tego zakazu w konkretnych krajach wykazują odmienności, zwłaszcza co do wieku przewożonych w samochodach dzieci. Na przykład w Wielkiej Brytanii zakazuje się palenia w samochodach przewożących dzieci poniżej 18 roku życia³⁶. Z kolei australijski prawodawca wprowadził taki zakaz w samochodach przewożących dzieci poniżej 16. roku życia³⁷. Istnieją także prawodawstwa, gdzie obowiązuje generalny zakaz używania wyrobów tytoniowych w samochodach korzystających z dróg publicznych³⁸.

W krajach, gdzie poszerzono ustawowe zakazy używania wyrobów tytoniowych na inne miejsca niż publiczne, odnotowano znaczącą zmianę zachowań społecznych, przy przeważającej przychylności palaczy odnośnie do dokonywanych zmian. Większość palaczy popierała zakaz używania wyrobów tytoniowych w obecności dzieci podczas jazdy samochodem. Akceptacja dla zakazu była najwyższe w Australii (83%), następnie w Wielkiej Brytanii (75%) i Kanadzie (74%) oraz w USA (60%)³⁹. Zgodnie z przeprowadzonymi badaniami wsparcie zakazu było najwyższe wśród palaczy, którzy mieli silniejsze intencje rzucenia palenia, byli lżejszymi palaczami, mieli niższe wykształcenie, nie mieli dzieci w domu, wierzyli, że dym papierosowy jest niebezpieczny dla niepalących i może powodować astmę u dzieci, a także obawiali się rozpoczęcia palenia przez dzieci w przyszłości.

Powyższe argumenty zdrowotne, prawne i socjologiczne mogą być wykorzystane w debacie nad zakresem regulacji antytytoniowej w Polsce. Niewątpliwie poszerzenie obowiązujących w Polsce ustawowych zakazów palenia wyrobów tytoniowych na samochody osobowe przewożące dzieci, na wzór wskazanych powyżej prawodawstw, przyniosłoby pozytywne rezultaty w zakresie ochrony zdrowia dzieci przed biernym paleniem. Dokonana zmiana ustawowa miałaby także istotny walor edukacyjny, odnoszący się do świadomości palaczy co do konieczności ochrony zdrowia osób przebywających z nimi podczas palenia.

³⁵ Zob. na ten temat: R. Cunningham, *Laws Banning Smoking in Vehicles Carrying Children – International Overview*, Canadian Cancer Society, 30 August 2011.

³⁶ Tak brytyjska ustawa *The Smoke-free (Private Vehicles) Regulations 2015* (S.I. 2015 No. 286).

³⁷ *Smoking in Cars with Children (Prohibition) Act 2011*, <http://www.legislation.act.gov.au/a/2011-40/default.asp> [dostęp: 20.03.2019].

³⁸ Tak np. Government Notice No. 263 of 2008, *The Public Health Act*, Mauritius.

³⁹ S.C. Hitchman, G.T. Fong, M.P. Zanna, A. Hyland, M. Bansal-Travers, *Support and correlates of support for banning smoking in cars with children: findings from the ITC Four Country Survey*, „European Journal of Public Health”, June 2011, vol. 21, issue 3, s. 360–365.

Podsumowanie i zestawienie najważniejszych wniosków

W niniejszym artykule dokonano analizy obowiązujących w Polsce najważniejszych unormowań odnoszących się do problematyki ochrony zdrowia dzieci przed biernym paleniem. Przeprowadzone rozważania mają charakter ogólny i stanowią podstawę dalszych, pogłębionych badań w zaprezentowanym obszarze, w którym konieczność realizacji prawa dzieci do ochrony zdrowia znajduje tak szczególne uzasadnienie. Zaprezentowana w opracowaniu analiza daje podstawę do wyciągnięcia następujących wniosków:

1. Doniesienia medyczne niewątpliwie wskazują na dużą szkodliwość palenia wyrobów tytoniowych w obecności dzieci.
2. Prawo do ochrony zdrowia jako prawo człowieka jest chronione na gruncie regulacji międzynarodowych i krajowych.
3. Ramowa konwencja WHO, której Polska jest stroną, zachęca do poszerzenia zakazów palenia wyrobów tytoniowych na inne obszary niż obiekty publiczne.
4. Pomimo że w ustawie z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych brak normy generalnej zakazującej palenia wyrobów tytoniowych w obecności dzieci, to ochrona przed biernym paleniem jest jednym z celów tejże ustawy, a z całości kształtu jej uregulowań można wyprowadzić zasadę ochrony dzieci przed szkodliwym wpływem dymu tytoniowego.
5. W naszej ocenie, wobec istniejących praktyk społecznych, obecny zakres ustawowego ograniczenia palenia wyrobów tytoniowych jest niewystarczający do pełnej ochrony zdrowia dzieci. W szczególności w omawianej ustawie brak jest zakazów palenia tychże wyrobów w obecności dzieci w przestrzeni prywatnej, a zwłaszcza w pomieszczeniach zamkniętych, gdzie narażenie na ich działanie jest wysokie.
6. Należy postulować, aby polski prawodawca podjął działania interwencyjne w celu ochrony zdrowia dzieci przed szkodliwym wpływem dymu tytoniowego poprzez poszerzenie ustawowych zakazów używania tytoniu i wyrobów tytoniowych na obszary inne niż publiczne. Zwłaszcza jest uzasadnione poszerzenie zakazu na samochody osobowe, którymi przewożone są dzieci.
7. Dalsze pogłębione badania oraz dyskusja naukowa w zakresie ochrony zdrowia przed następstwami używania wyrobów tytoniowych są niezbędne dla określenia optymalnego kształtu regulacji prawnych w tym obszarze.

8. Działaniom prawnym powinna towarzyszyć intensywne kampania społeczna⁴⁰. W zakresie podjętego tematu badawczego należy bowiem akcentować istotne znaczenie edukacji w zakresie szkodliwości biernego palenia w obecności dzieci, co ma również związek z edukacyjną funkcją ustawowych zakazów palenia wyrobów tytoniowych.

Małgorzata Balwicka-Szczyrba
Łukasz Baltwicki

**THE PROTECTION OF CHILDREN
FROM THE PASSIVE SMOKING OF TOBACCO
IN THE LIGHT OF LEGAL REGULATIONS**

The aim of the paper is to analyze the most important regulations currently in force in Poland in the context of the protection of children from the passive smoking of tobacco products. The considerations lead to the conclusion that the current scope of the statutory limitation on smoking these products is insufficient to fully implement the right of children to health protection. It is justified to postulate the extension of the statutory bans on the use of tobacco and tobacco products to non-public areas, and in particular the introduction of such a ban in passenger cars in which children are transported.

⁴⁰ Zob. G. Thomson, S. Hudson, N. Wilson, R. Edwards, *A qualitative case study of policy maker views about the protection of children from smoking in cars*, „Nicotine & Tobacco Research”, September 2010, vol. 12, issue 9, s. 970–977.



Renata Kowalska

Konsul Generalny

Ambasada RP w Królestwie Niderlandów

renata.kowalska@msz.gov.pl

CZYNNOŚCI KONSULÓW NA WNIOSEK ORGANÓW WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI – STARY MODEL OPIERAJĄCY SIĘ POTRZEBIE ZMIAN¹

I. Wstęp

W 2015 r. weszła w życie nowa ustawa dotycząca działalności polskich konsulów, zastępując obowiązującą ponad trzydzieści lat ustawę z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej² (dalej: u.f.k.). Ustawa z dnia 31 sierpnia 2015 r. – Prawo konsularne³ (dalej: prawo konsularne) unowocześniła otoczenie prawne związane z wykonywaniem funkcji konsularnych. Dostosowała je do panującego standardu konstytucyjnego⁴ i europejskich zobowiązań Rzeczypospolitej⁵.

¹ Niniejszy tekst dedykuję Profesorowi Krzysztof Drzewickiemu, dziękując za wzór podejścia do pracy, który nie dopuszcza braku pasji, intelektualnej rutyny i kompromisów. Dziękuję za naukę prawa, poruszania się w świecie organizacji międzynarodowych i dyplomacji oraz wielu innych umiejętności. Poglądy wyrażone w niniejszym tekście są jedynie opiniami autora.

² Dz. U. z 2015 r., poz. 389, 539, 1137.

³ Dz. U. z 2015 r., poz. 1274, ze zm.

⁴ Zasadniczym osiągnięciem ustawy w aspekcie zgodności z obowiązującym modelem konstytucyjnym jest uregulowanie w akcie prawa powszechnie obowiązującego trybu postępowania przed konsulem. We wcześniejszym stanie prawnym był on regulowany w drodze zarządzenia ministra, co zostało zakwestionowane przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 października 2014 r. (K 8/2014), zgodnie z którym moc obowiązującą utraciły ówczesne przepisy dotyczące trybu postępowania przed konsulem.

⁵ Prawo konsularne wdraża postanowienia dyrektywy Rady (UE) 2015/637 z dnia 20 kwietnia 2015 r. w sprawie środków koordynacji i współpracy mających ułatwić ochronę konsularną niereprezentowanych obywateli Unii w państwach trzecich oraz uchylającej decyzję 95/553/WE (Dz. Urz. UE L 106 z 24.04.2015, s. 1).

Nowa regulacja scaliła w jednym akcie zagadnienia organizacyjne urzędów konsularnych, funkcje konsularne, postępowanie przed konsulem, opłaty konsularne oraz problematykę konsulów honorowych. Konsolidując tak rozległą materię, wcześniej rozproszoną w aktach prawnych różnej rangi, wprowadziła wymagany ład legislacyjny, podkreślając jednocześnie odrębność sfery konsularnej w prawie krajowym.

Prawo konsularne, choć przyniosło liczne nowości, dopuszcza kontynuację utrwalonego zakresu usług konsularnych dla obywateli i sposobu ich świadczenia. Tak jak w poprzednim stanie prawnym na gruncie u.f.k., oferta konsularna pozostaje skierowana na umożliwienie Polakom, podczas ich pobytów za granicą, korzystania z jak najszerszego spektrum usług konsula, aby w maksymalnym zakresie niwelować niedogodności związane z oddaleniem od krajowych organów, instytucji oraz ich mechanizmów. W ustawie zdecydowano się też utrzymać „opiekuńczy” model usług konsularnych świadczonych w dużej mierze nieodpłatnie, zakładający aktywizm konsula oraz jego wielozadaniowość.

Warto odnotować, że polska oferta konsularna odbiega wyraźnie od przyjętych w innych państwach, w szczególności w tzw. starych państwach Unii Europejskiej. Te często się zasadzają na zgoła odmiennym podejściu opartym na założeniu, że poprzez fakt pobytu za granicą obywatel nie nabywa gwarancji szczególnej troski ze strony państwa pochodzenia. Zadania konsulów ogranicza się do koniecznego minimum zamykającego się w obszarze takich spraw, jak: rejestracja stanu cywilnego, sprawy notarialne, wydawanie dokumentów podróży dla obywateli oraz wiz dla cudzoziemców. Pomoc konsularna polega na wsparciu informacyjnym lub doraźnej pomocy w sytuacjach szczególnie tego wymagających, jak: najpoważniejsze wypadki, akty przemocy, zgony za granicą, etc. Za innego rodzaju aktywności, które urząd konsularny zdecyduje się podjąć, przewiduje się opłaty i/lub zwrot poniesionych wydatków⁶.

⁶ Na przykład służba konsularna Wielkiej Brytanii nalicza należności według stawek godzinowych za pracę swoich urzędników lub pracowników konsularnych (według brytyjskiej taryfy opłat konsularnych z 6.06.2018 r. obowiązującej w Holandii godzina świadczenia usług konsularnych jest wyceniana na 176 EUR lub 150 GBP). W wypadku konsulów holenderskich czynność polegająca na przekazaniu osobie pozbawionej wolności w państwie przyjmującym kwoty pochodzącej od jej bliskich podlega, w 2018 r., opłacie w kwocie 50 EUR. Dla porównania polski obywatel pozbawiony wolności za granicą, w analogicznej sytuacji, może liczyć nie tylko na bezpłatny transfer środków przez konsula i pokrycie przez niego kosztów bankowych, ale nadto na bezwrotną zapomogę (zob. art. 48 prawa konsularnego).

II. Polski model oferty konsularnej w perspektywie zmieniających się uwarunkowań

W obliczu zmienionych okoliczności, jakie stwarza współczesne instrumentarium prawne oraz zdobywcze cywilizacyjne, które czynią społeczeństwa bardzo mobilnymi, a jednocześnie bardziej samodzielными i samowystarczalnymi, warto przeanalizować, czy utrwalony zakres i charakter oferty polskich urzędów konsularnych, we wszystkich jego aspektach, zasługuje na utrzymanie czy zmianę.

Z perspektywy praktyki wydaje się, że w niektórych obszarach zapotrzebowanie na usługi konsula jest w większym stopniu wynikiem pewnego przywiązania do dobrze znanych mechanizmów niż rzeczywistej konieczności. Dziś bowiem w coraz większej liczbie spraw, w których dawniej udział czy pośrednictwo konsula było nieodzowne, możliwe jest efektywne procedowanie z jego pominięciem (np. poprzez możliwość składania wniosków do organów w kraju za pomocą środków komunikacji elektronicznej, dzięki powszechnej, łatwej dostępności takich usług, jak: notarialne, tłumaczeniowe, bankowe, etc.). Współczesna infrastruktura prawna jest kolejnym czynnikiem pozwalającym na eliminowanie roli urzędników konsularnych (np. w sprawach związanych z postępowaniami prowadzonymi przez organy wymiaru sprawiedliwości, w sprawach legalizacyjnych, etc.).

Warto również rozważyć, czy wszystkie aktywności, które teraz na dużą skalę prowadzą polskie urzędy konsularne, powinny pozostawać ich udziałem i nie mogą zostać zastąpione w taki sposób, aby obywatele nie musieli osobiście pojawiać się przed konsulem. Warto w szczególności zwrócić uwagę na działania konsułów w charakterze organów paszportowych. Na przestrzeni ostatnich lat urzędy ulokowane w państwach, w których zamieszkują najliczniejsze grupy pracowników migrujących z Polski, stają się przede wszystkim dużymi biurami paszportowymi. W wypadku części urzędów (np. w Wielkiej Brytanii, Niemczech, Holandii, USA) wolumen zwykłych czynności paszportowych (a więc takich, które nie dotyczą wydawania dokumentów w miejsce utraczonych podczas krótkoterminowego pobytu za granicą) wielokrotnie przewyższa liczbę wszystkich innych podejmowanych spraw i aktywności konsularnych⁷. Stale rosnące zapotrzebowanie na czynności paszportowe za granicą, któremu z racji ograniczonych zasobów kadrowych i infrastrukturalnych z trudem mogą sprostać urzędy konsularne, winno skłaniać do poszukiwania rozwiązań alternatywnych, np. na wzór stosowanych w innych państwach, które umożliwiają

⁷ Według Raportu służby konsularnej za rok 2017 r. (zob. <https://www.gov.pl/web/dyplomacja/raporty-konsularne> [dostęp: 24.03.2019]) konsulowie wykonali łącznie 246 093 czynności paszportowych. Najbardziej obciążony tą kategorią spraw konsul w Londynie wykonał ich w skali roku aż 52 304.

występowanie o paszport na odległość (korespondencyjnie lub elektronicznie) czy poprzez zlecenie niektórych czynności w ramach usług paszportowych podmiotom zewnętrznym (outsourcing) według modelu stosowanego w wypadku obsługi wniosków wizowych.

Ważną kwestią wymagającą ewaluacji jest także polski model świadczenia pomocy konsularnej. Prawo konsularne (zob. art. 20), dążąc do ograniczenia jej zakresu, stanowi, że pomoc konsula udzielana jest akcesoryjnie i dla ochrony jedynie istotnych praw i interesów obywateli polskich. Ustawa egzemplifikuje sytuacje, które w szczególności winny angażować konsula do działań pomocowych⁸. Norma tym samym daje klarowne wskazówki, jakie typy zdarzeń mogą być punktem wyjścia do korzystania z pomocy. Praktyka jednak opiera się dążeniu ustawodawcy. Jako należną egzekwuje się daleko posuniętą dyspozycyjność konsulów dla zabezpieczenia potrzeb obywateli za granicą, także w sprawach błahych lub takich, w których należałoby oczekiwać ich samodzielności (np. w kwestiach konfliktów z zagranicznymi pracodawcami, odpowiedzialności za wykroczenia drogowe, związanych z ochroną mienia ruchomego, rodzinnych, leczenia w zagranicznych placówkach medycznych, etc.).

Sygnalizując jedynie kilka aspektów aktywności konsularnej, które z perspektywy praktyka zasługują na rzeczową analizę pod kątem ich dalszej użyteczności lub możliwości redefinicji, chciałabym poniżej odnieść się do materii związanej z zobowiązaniami konsula w zakresie współpracy z organami wymiaru sprawiedliwości. W polskim prawie i praktyce dziedzina ta zdaje się być jedną z bardziej opornych wobec możliwości zmiany.

III. Prawne ramy działalności konsula na rzecz organów wymiaru sprawiedliwości państwa wysyłającego

1. Krajowe prawo konsularne

Zadania konsula w ramach współpracy z organami wymiaru sprawiedliwości reguluje art. 26 prawa konsularnego⁹, który w ust. 1 stanowi, że:

„Na wniosek organu administracji publicznej w Rzeczypospolitej Polskiej, sądu lub prokuratora konsul:

⁸ Zgodnie z art. 20 prawa konsularnego konsul udziela pomocy obywatelom polskim, w szczególności w razie poważnego wypadku lub ciężkiej choroby, aresztowania lub zatrzymania, aktów przemocy, których padli ofiarą, zgonu, jak również w sytuacji konieczności nagłego powrotu osób pozbawionych środków finansowych do Rzeczypospolitej Polskiej albo państwa zamieszkania.

⁹ Uregulowana w art. 26 kwestia współpracy konsula z organami administracji publicznej nie będzie przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu, albowiem w praktyce konsularnej występuje ona sporadycznie.

- 1) doręcza pisma i inne dokumenty;
- 2) przesłuchuje strony, uczestników postępowania, świadków i podejrzanych;
- 3) przekazuje wnioski o udzielenie pomocy prawnej sądom i innym organom państwa przyjmującego”.

Czynności powierzone na podstawie tej normy określa się jako wykonywanie wniosków o pomoc prawną lub rekwizycje¹⁰.

Zgodnie z ust. 2 cytowanej normy doręczenia i przesłuchania przeprowadzone przez konsula mają walor przeprowadzonych przez organ wzywający. Warunkiem dopuszczalności ich dokonania jest posiadanie przez odbiorcę pisma lub innego dokumentu oraz osobę, która ma być przesłuchana obywatelstwa polskiego oraz jej zgoda na przyjęcie korespondencji lub złożenie zeznań albo wyjaśnień. Realizując wnioski, konsul stosuje odpowiednio właściwe przepisy prawa polskiego. Należy przy tym podkreślić, że wykonując wszystkie powierzone mu czynności, w tym te na wniosek organów wymiaru sprawiedliwości, konsul zobowiązany jest ogólną dyrektywą z art. 17 ustawy nakazującą mu uwzględnienie, poza przepisami prawa polskiego, prawa międzynarodowego, prawa Unii Europejskiej oraz zwyczajów międzynarodowych.

Czynności opisane w art. 26 mają swój pierwowzór w ustawie o organizacji konsulatów i o czynnościach konsułów¹¹. Akt ten w art. 18 ust. 4 stanowił, że konsulowie: „na wezwanie władz sądowych polskich przesłuchują strony, świadków i znawców bez przysięgi i pod przysięgą, dokonują doręczeń, wezwań, pokwitowań, itp., przestrzegając trybu postępowania i formy, obowiązujących władzę wzywającą, o ile rozporządzenia nie dopuszczają wyjątków; czynności konsułów i sporządzane przez nich protokoły w tym zakresie mają tę samą moc i skutki, jak czynności i protokoły właściwych polskich władz sądowych”.

Zakres zacytowanej normy obejmował, inaczej niż obecnie, wykonywanie czynności jedynie „na wezwanie” sądów. Poza zasięgiem regulacji pozostawały wystąpienia organów administracji publicznej i prokuratorów. Ustawodawca z 1924 r. nie przewidywał także roli dla konsułów w odniesieniu do przekazywania wniosków o pomoc prawną adresowanych do sądów i organów w państwie przyjmującym.

¹⁰ Terminu „rekwizycje” używa się najczęściej do opisanego adresowanych do konsula żądań udzielenia pomocy w prowadzonych przed sądami postępowaniach dowodowych. Zgodnie z definicją słownikową znaczenie tego pojęcia jest jednak szersze i obejmuje ogólnie wezwania skierowane przez organ władzy lub administracji do innego organu z żądaniem udzielenia wszelkiej pomocy lub poparcia. Takim też rozumieniem rekwizycji posłużyłem się w niniejszym artykule, przyjmując, że słowo rekwizycje odnosi się do wszelkich wezwań o udzielenie pomocy pochodzących od organów administracji publicznej, sądów i prokuratur. Wypada odnotować, że w polskim języku prawnym są dostrzegalne terminologiczne niekonsekwencje na tle używania pojęcia rekwizycje.

¹¹ Ustawa z dnia 11 listopada 1924 r. o organizacji konsulatów i o czynnościach konsułów (Dz. U. z 1924 r. Nr 103, poz. 944).

W późniejszej ustawie o funkcjach konsulów (zob. art. 18) zakres i charakter zobowiązań konsula w materii pomocy prawnej został ukształtowany w sposób, który powiela obecna ustawa. Tworząc prawo konsularne ustawodawca nie zdecydował się na redefinicję zobowiązań rekwizycyjnych konsula. Ograniczył się do drobnych, legislacyjnych korekt pierwowzoru.

2. Uwarunkowania prawnomiędzynarodowe i europejskie

Wykonywanie przez konsulów wezwań sądów i prokuratorów dla potrzeb prowadzonych przez nie w kraju postępowań poczytywane jest jako odstępstwo od zasady suwerenności terytorialnej i jurysdykcyjnej opierające się na swego rodzaju zwierzchnictwie personalnym¹². W konsekwencji źródło uprawnienia do realizowania czynności o takim charakterze nie może pochodzić wyłącznie z ustawy krajowej.

Podstawową regulacją prawa międzynarodowego pozwalającą na wykonywanie zadań rekwizycyjnych jest Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych sporządzona w Wiedniu dnia 24 kwietnia 1963 r.¹³ (dalej: konwencja wiedeńska), która w art. 5 (j) stanowi ogólnie o dopuszczalności przesyłania przez konsula sądowych i pozasądowych dokumentów oraz wykonywania rekwizycji sądowych zgodnie z obowiązującymi umowami międzynarodowymi lub, w braku takich umów, w sposób zgodny z ustawami i innymi przepisami państwa przyjmującego. Podobne regulacje, najczęściej o walorze doprecyzowującym postanowienia z konwencji wiedeńskiej, zawierają wiążące Polskę dwustronne konwencje konsularne¹⁴. Uprawnienia konsulów do doręczania pism oraz przeprowadzania czynności dowodowych wynikają ponadto z dwustronnych umów o obrocie prawnym.

Poza umowami z zakresu stosunków konsularnych materia realizowania szeroko rozumianych rekwizycji jest uregulowana w sektorowych umowach wielostronnych o zasięgu uniwersalnym odnoszących się do spraw cywilnych i handlowych wypracowanych w ramach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego. Wśród nich należy wymienić: konwencję dotyczącą procedury cywilnej¹⁵, konwencję o doręczaniu za granicą dokumentów sądowych

¹² Zob. M. Muszyński, *Konwencja Wiedeńska o stosunkach konsularnych. Komentarz*, Bielsko-Biała 2003, s. 40.

¹³ Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych sporządzona w Wiedniu dnia 24 kwietnia 1963 r. (Dz.U. z 1982 r. Nr 13, poz. 98).

¹⁴ Zob. art. 25 pkt h oraz i Konwencji konsularnej między Rządem PRL i Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki podpisana w Warszawie dnia 31 maja 1972 r. (Dz. U. z 1973 r. Nr 30, poz. 173); art. 38 Konwencji konsularnej między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Francuską, podpisana w Paryżu dnia 20 lutego 1976 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 19, poz. 76), etc.

¹⁵ Konwencja dotycząca procedury cywilnej, podpisana w Hadze dnia 1 marca 1954 r. (Dz. U. z 1963 r. Nr 17, poz. 90).

i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych¹⁶ i konwencję o przeprowadzaniu dowodów za granicą w sprawach cywilnych lub handlowych¹⁷.

Konwencja dotycząca procedury cywilnej, której RP jest stroną od 1963 r., reguluje m.in. doręczanie pism sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych oraz wykonywanie rekwizycji, tj. próśb o przedsięwzięcie określonych czynności procesowych bądź innych czynności sądowych (zob. art. 8 konwencji). Stanowi ona, że wnioski w jej trybie przesyłane za pośrednictwem konsula (art. 1 i 9 konwencji). Nie sprzeciwia się jednocześnie bezpośredniemu doręczaniu pism sądowych i pozasądowych drogą pocztową (art. 6 ust. 1 pkt 1) oraz przez przedstawicieli konsularnych (art. 6 ust. 1 pkt 3). Konwencja dopuszcza również samodzielne wykonywanie przez konsula rekwizycji (art. 15, chodzi o rekwizycje w rozumieniu art. 8). Uprawnienia do działania bezpośredniego, bez angażowania władzy w państwie przyjmującym, przysługuje, gdy zezwala ją na to umowy albo – w wypadku ich braku – gdy państwo, na którego terytorium czynność ma zostać zrealizowana, nie wnosi sprzeciwu.

Konwencja o doręczaniu za granicą dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych przewiduje jeden główny kanał przekazywania dokumentów (za pośrednictwem organu centralnego) i kilka alternatywnych. Do tych należą doręczenia bezpośrednie drogą pocztową (art. 10 (a)), kanałami dyplomatycznymi i konsularnymi (bezpośrednie i pośrednie – art. 8 (1) i art. 9), bezpośrednio przez urzędników sądowych, funkcjonariuszy lub inne właściwe osoby (art. 10 (b)) oraz bezpośrednio pomiędzy zainteresowanymi osobami i urzędnikami sądowymi, funkcjonariuszami lub innymi właściwymi osobami w państwie przeznaczenia (art. 10 (c)). Konwencja przewiduje możliwość wywiedzenia sprzeciwu wobec korzystania z niektórych kanałów przekazywania dokumentów.

Konwencja o przeprowadzaniu dowodów za granicą w sprawach cywilnych lub handlowych z 1970 r. przewiduje, że wystąpienia o przeprowadzenie dowodów przekazywane są, co do zasady, przez organ centralny państwa zobowiązanego (art. 2). Dopuszcza jednocześnie, że urzędnik konsularny, bez stosowania przymusu, może przeprowadzić dowody dotyczące obywateli państwa wysyłającego (art. 15 ust. 1) albo obywateli państwa przyjmującego lub państwa trzeciego (art. 16). Wykonanie takich czynności jest możliwe pod warunkiem uzyskania zgody państwa przyjmującego, chyba że to oświadczy inaczej.

Odrębny system norm, w którym znajdują się odniesienia do materii rekwizycji, stanowią uregulowania prawa Unii Europejskiej. W prawie UE kwestię

¹⁶ Konwencja o doręczeniu za granicą dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych, sporządzona w Hadze dnia 15 listopada 1965 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 87, poz. 968).

¹⁷ Konwencja o przeprowadzaniu dowodów za granicą w sprawach cywilnych lub handlowych, sporządzona w Hadze dnia 18 marca 1970 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 50, poz. 582).

doręczeń reguluje rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych („doręczanie dokumentów”) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000¹⁸. Wprowadza ono możliwość doręczania pism przez dedykowane jednostki przyjmujące w poszczególnych państwach członkowskich (art. 4). Rozporządzenie nadto stanowi dogodną podstawę do bezpośredniego doręczania pism i dokumentów drogą pocztową – listem poleconym za potwierdzeniem odbioru lub równoważną przesyłką (art. 14). Dopuszcza jednocześnie możliwość doręczania dokumentów sądowych przez urzędy konsularne (art. 13), zastrzegając, że państwo członkowskie może oświadczyć, iż nie wyraża zgody na takie procedowanie na swoim terytorium, chyba że dokumenty są przeznaczone do doręczenia obywatelowi państwa wysyłającego.

3. Regulacje w zakresie trybu postępowania

W prawie krajowym dopuszczalność odwoływania się przez organy wymiaru sprawiedliwości do korzystania z pomocy prawnej konsulów w przypadku doręczenia pism za granicą lub konieczności przeprowadzenia czynności w postępowaniu dowodowym regulują odpowiednio przepisy kodeksowe właściwe w procedurze cywilnej i karnej.

W sprawach cywilnych podstawę do występowania z wnioskami rekwizycyjnymi stanowi art. 1134 kodeksu postępowania cywilnego¹⁹. Norma ta przewiduje możliwość występowania przez sądy w sprawach cywilnych do polskiego przedstawicielstwa dyplomatycznego lub urzędu konsularnego o przeprowadzenie dowodu lub o doręczenie pisma, jeżeli osoba mająca być przesłuchana lub odbiorca pisma jest obywatelem polskim przebywającym za granicą.

W procedurze karnej właściwą normą uprawniającą sądy i prokuratorów do występowania do polskich przedstawicielstw dyplomatycznych lub urzędów konsularnych o doręczenie pisma osobie przebywającej za granicą lub o przesłuchanie takiej osoby w charakterze oskarżonego, świadka lub biegłego jest art. 586 kodeksu postępowania karnego²⁰.

W procedurze sądowo-administracyjnej prowadzonej na podstawie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²¹, z racji jej specyfi-

¹⁸ Dz. Urz. UE L 324 z 10.12.2007, s. 79, ze zm.

¹⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1822 ze zm.) (dalej: k.p.c.).

²⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 ze zm.).

²¹ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2017 r., poz. 1369 ze zm.) (dalej: p.p.s.a.).

ki opartej na modelu jurysdykcji rewizyjnej, która generalnie nie przewiduje samodzielnego prowadzenia przez sąd postępowania dowodowego, zasadność odwoływania się do pomocy przedstawicielstwa dyplomatycznego lub urzędu konsularnego może w praktyce dotyczyć jedynie doręczania pism. Gdy wystąpi konieczność skorzystania z pomocy w związku z prowadzonym postępowaniem, odpowiednie zastosowanie będzie miała norma z art. 1134 k.p.c. na mocy odesłania przewidzianego w art. 300 p.p.s.a.

Szczegółowe czynności sądów w sprawach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego oraz karnego określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 2002 r.²² Tryb występowania przez jednostki prokuratury o zagraniczną pomoc prawną, w tym o pomoc prawną realizowaną przez konsula, określa Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek prokuratury²³.

Na tle przywołanego stanu prawnego chciałabym przedstawić spostrzeżenia, które w mojej ocenie powinny skłaniać do zmiany podejścia wobec angażowania konsułów w procedury doręczania dokumentów za granicą oraz przesłuchiwania. Udział konsułów w tych czynnościach jest ciągle szeroko postulowany przez krajowe organy wymiaru sprawiedliwości. Dzieje się tak, chociaż w przeważającej większości przypadków nie jest on wynikiem prawnej czy faktycznej konieczności. Wydaje się, że bez przeszkód mógłby zostać wyeliminowany. Na skutek jednak swoistego przywiązania do praktykowanego od lat modelu, z powodu niechęci do korzystania z międzynarodowych i europejskich instrumentów dedykowanych, a może z braku zaufania do skuteczności alternatywnych sposobów wykonywania doręczeń i przesłuchań, sądy i prokuratury niechętnie rezygnują z pomocy konsula. Gdyby owo przywiązanie do współpracy z konsulami można było postrzegać jedynie jako wyraz zaufania i potwierdzenie użyteczności instytucji, nie byłoby uzasadnienia dla zabiegania o zmianę *modus operandi*. Praktyka pokazuje jednak obraz sprawy z innej perspektywy. Urzędy konsularne są na granicy wytrzymałości, jeśli chodzi o zdolność sprawnej obsługi wniosków w ramach współpracy z organami wymiaru sprawiedliwości. Wymiar ich zaangażowania w tej materii może i powinien ulec znacznemu zredukowaniu.

²² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 2002 r. w sprawie szczególnych czynności sądów w sprawach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego oraz karnego w stosunkach międzynarodowych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1657) (dalej: r.s.c.s.m.).

²³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek prokuratury (Dz. U. z 2017 r., poz. 1206).

IV. Doręczenia

Jeszcze w końcowym okresie obowiązywania u.f.k. powstała kontrowersja wokół praktyki wykonywania przez konsulów doręczeń pism i dokumentów sądowych w sprawach cywilnych. Wzmożony udział Polaków w procesach migracyjnych spowodował poważny wzrost obciążenia urzędów konsularnych czynnościami doręczeniowymi. W szczególności stał on się dostrzegalny w części państw członkowskich UE oraz Stanach Zjednoczonych i Kanadzie. Zamiennie przy tym, że zapotrzebowanie na pośrednictwo urzędów konsularnych przy doręczeniach pochodziło przede wszystkim ze strony sądów cywilnych. Wystąpienia sądów orzekających w sprawach karnych czy jednostek prokuratury były i pozostają sporadyczne.

1. Starania na rzecz przekonania sądów do rezygnacji z doręczeń konsularnych

Sprawna obsługa zwiększającego się wolumenu tego rodzaju spraw generowała narastające trudności kadrowe i organizacyjne. Niebagatelnie wzrosły też koszty ponoszone przez placówki zagraniczne wynikające z konieczności opłacania usług pocztowych. Stąd w 2012 r. Ministerstwo Spraw Zagranicznych podjęło starania, aby zachęcić sądy do ograniczenia angażowania konsulów w wykonywanie doręczeń. Między innymi resort pisemnie zwrócił się do wszystkich prezesów sądów okręgowych w kraju, argumentując na rzecz zasadności zmiany praktyki doręczeniowej. Ministerstwo zalecało jak najszerze korzystanie przez sądy z doręczeń bezpośrednich za pomocą poczty, wskazując, że co do zasady doręczenie bez udziału konsula jest prawnie dopuszczalne, a nadto mniej czasochłonne i tańsze. Objasniano, że pośrednictwo doręczeniowe konsulów nie było tak powszechnie jak w wypadku Polski wykorzystywane w żadnym innym państwie członkowskie UE²⁴. Zwracano też uwagę na bardzo wysoki globalny roczny koszt doręczeń²⁵.

Inicjatywa MSZ wzbudziła zainteresowanie, ale spotkała się z powściągliwą reakcją sądów i resortu sprawiedliwości. Argumentacja, zgodnie z którą funkcja konsula w zlecanych im doręczeniach pism i dokumentów sprowadza się do wykonywania czasochłonnych, biurokratycznych czynności – jedynie wydłużających czas trwania postępowań i zwielokrotniających koszty przesyłek, nie wpływając na podniesienie poziomu bezpieczeństwa przekazywania korespondencji – nie stanowiła przekonującego impulsu do pełnej rezygnacji z utartej praktyki.

²⁴ W praktyce innych państw członkowskich Unii angażowanie konsulów w doręczenia sądowe miało miejsce sporadycznie, z reguły jedynie w sprawach szczególnych z uwagi na osoby stron czy ważny interes skarbow państw.

²⁵ W 2012 r. roczne wydatki MSZ na usługi pocztowe związane z obsługą doręczeń szacowano na ok. 300 tys. EUR. Kwota tych wydatków w całości obciążała budżet państwa.

Nie można jednak uznać, że akcja ministerstwa nie przyniosła jakiegokolwiek rezultatu. Statystyki wykonywanych czynności pokazywały, że część sądów skłaniało się do rezygnacji z procedowania z doręczeniami konsularnymi. W ich miejsce zaczęto powszechniej stosować doręczenia bezpośrednie. W rezultacie liczba adresowanych do konsułów wniosków zaczęła zauważalnie maleć (w najbardziej obciążonych tymi czynnościami urzędach spadła o ponad 40%), choć nadal pozostawała niebagatelna.

Wobec umiarkowanej skuteczności zachęt MSZ postanowiono odstąpić od praktykowanej wcześniej daleko idącej przychylności na rzecz wykonywania doręczeń. Wedle zaleceń ministerstwa konsulowie wdrożyli regułę skrupulatnego weryfikowania warunków dopuszczalności wniosków. Zaczęli też w sposób bardziej sformalizowany podchodzić do ich wykonania. Prze wszystkim domagano się od sądów aktywnego wykazania, że odbiorca przesyłki jest obywatelem polskim²⁶. Jeśli do wniosku nie został dołączony dowód posiadania przez odbiorcę obywatelstwa polskiego (np. w postaci informacji z rejestrów państwowych, kopii paszportu lub dowodu osobistego), konsul, uznając wniosek za niespełniający warunków przewidzianych w ustawie, wzywał sąd do jego uzupełnienia. Wymóg wykazywania polskiego obywatelstwa adresata przesyłki okazał się dalece kłopotliwy dla sądów. Na różne sposoby starano się go unikać, przekonując na przykład, że polskie obywatelstwo adresata można wywieść w oparciu o jego polsko brzmiące nazwisko lub na podstawie „całokształtu okoliczności sprawy”. Swoistą metodą na obejście konieczności wykazania statusu obywatelskiego adresata stało się powoływanie postanowień umów międzynarodowych lub prawa europejskiego jako bezpośredniej podstawy wniosków doręczeniowych. Regulacje zawarte w tych instrumentach sądy uznawały za korzystniejsze, bo dopuszczające doręczenia konsularne bez względu na obywatelstwo adresatów²⁷. Można mieć jednak wątpliwości, czy stosowanie takiego zabiegu dla obejścia ograniczenia wynikającego z prawa krajowego jest zgodne z duchem i celem instrumentów międzynarodowych, którymi się posługiwano. W każdym razie powoływanie się przez sądy wobec konsułów na akty inne niż ustawy krajowe, aby utrzymać doręczeniowe *status quo*, wskazuje na determinację przeciw możliwej zmianie.

²⁶ Na podstawie art. 18 u.f.k. i obecnego art. 26 prawa konsularnego doręczenie przez konsula jest możliwe, tylko jeżeli odbiorca pisma lub innego dokumentu jest obywatelem polskim.

²⁷ Jako podstawę wniosków o doręczenia sądy wskazują np. art. 8 (1) Konwencji o doręczaniu za granicą dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych z 1965 r., który przewiduje możliwość doręczania korespondencji kanałami dyplomatycznymi i konsularnymi bez względu na obywatelstwo jej adresata. Jako innej podstawy wniosków do konsula o realizację doręczeń używa się art. 13 rozporządzenia nr 1393/2007 dotyczącego doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych.

2. Praktyka wykonywania doręczeń pism i innych dokumentów

Po przyjęciu prawa konsularnego praktyka w obszarze doręczeń nie uległa istotnym zmianom. Artykuł 26, który stanowi dla konsulów podstawę do wykonywania tych czynności, nie zmienił charakteru tej instytucji. Zgodnie z art. 26 ust. 2 konsulowie warunkują wykonanie doręczenia koniecznością wykazania polskiego obywatelstwa odbiorcy pisma lub innego dokumentu. Jeśli wniosek nie spełnia wymogów, sąd jest wezwany do uzupełnienia wystąpienia. Jeśli wymogi spełni, konsul pisemnie zwraca się do odbiorcy przesyłki o wyrażenie zgody na jej przyjęcie. W zapytaniu dokładnie identyfikuje rodzaj korespondencji i jej nadawcę. Po otrzymaniu zwrotnej informacji potwierdzającej gotowość przyjęcia pism lub dokumentów konsul wysyła pocztą na wskazany mu przez sąd adres (za zwrotnym potwierdzeniem odbioru w sposób umożliwiający stwierdzenie daty odbioru) pismo sądowe opatrzone jego listem przewodnim. Alternatywnie, o ile nie wiąże się to z nadmiernymi niedogodnościami dla odbiorcy przesyłki, zaprasza się zainteresowanego do osobistego odbioru pism w siedzibie urzędu konsularnego. Następnie, po wręczeniu korespondencji, lub po otrzymaniu jej zwrotnego potwierdzenia odbioru, konsul pisemnie zawiadamia (pocztą za zwrotnym potwierdzeniem odbioru) sąd o sposobie i dacie doręczenia. Jeśli wykonanie doręczenia nie jest możliwe (np. z uwagi na brak zgody na doręczenie, błędne wskazanie odbiorcy, etc.) korespondencja jest zwracana do organu wnioskującego z objaśnieniem przyczyn, dla których czynność nie mogła zostać skutecznie przeprowadzona.

Średni czas potrzebny konsulowi na zrealizowanie doręczenia wynosi co najmniej jeden miesiąc. Okres ten, w niektórych przypadkach może się wydłużać na przykład z uwagi na opóźnioną reakcją zainteresowanego na wystąpienie konsula o zgodę na doręczenie, wadliwie wykonaną usługę pocztową, etc. Na potwierdzenie zrealizowania doręczenia lub informacje o braku możliwości wykonania czynności przez konsula sąd oczekuje przeciętnie od półtora do dwóch miesięcy.

Korzystanie z pośrednictwa konsula przy doręczeniach jest zatem czynnikiem sprzyjającym wydłużaniu procedur sądowych. Poprzez skorzystanie z metody doręczenia bezpośredniego czas potrzebny na wykonanie czynności zostałby istotnie skrócony. Przeciętnie wynosiłby, w zależności od miejsca doręczenia i sprawności operatorów pocztowych, od jednego do dwóch tygodni.

Niebagatelnie niższy byłby też koszt tej czynności. Wybierając doręczenia za pośrednictwem konsula, obciąża się budżet, tylko za usługi operatorów pocztowych kwotą, co najmniej trzykrotnie wyższą niż ta, którą należałoby ponieść, doręczając pisma bezpośrednio.

Preferencja dla odwoływania się do pośrednictwa konsula wydaje się ignorować dopuszczalność i oczywiste korzyści płynące ze stosowania doręczeń

bezpośrednich. Ma ona jednak swoje praktyczne uzasadnienie. Zaangażowanie urzędów konsularnych uwalnia sądy od potrzeby samodzielnego weryfikowania pod względem formalnym prawidłowości doręczeń przez zagranicznych operatorów pocztowych (w tym analizowania potwierdzeń odbioru korespondencji, odczytywania adnotacji doręczycieli na przesyłkach, procedowania z reklamacjami, etc.). Uciążliwości związane z wadliwie lub w sposób niekompletny wykonanymi usługami pocztowymi występują powszechnie i obciążają podmiot bezpośrednio realizujący doręczenie. Korzystając z pośrednictwa konsułów ciężar ten spoczywa na urzędzie konsularnym, który jest zobowiązany nie tylko do faktycznego przesłania pism lub innych dokumentów, ale także do urzędowego poinformowania sądu o szczegółowym sposobie wykonania czynności.

3. Doręczenia z udziałem konsula powinny być wyjątkiem, a nie regułą

Choć obecnie liczba wpływających do urzędów konsularnych wniosków o doręczenia przestała rosnać, jak miało to miejsce przed rokiem 2012–2013, obserwuje się wręcz tendencję spadkową²⁸, to nadal pozostaje niebagatelna. Nie kwestionując potrzeby utrzymania w prawie krajowym rozwiązania (jak obecny art. 26 ust. 1 pkt 1 i ust. 2) umożliwiającego sądom i prokuratorom korzystanie z pośrednictwa konsułów przy doręczaniu pism i innych dokumentów, należy postulować, aby uprawnione podmioty odwoływały się do tego rozwiązania z większym umiarem. Kierując się zasadą szybkości postępowania oraz biorąc pod uwagę interes ekonomiczny, udział urzędów konsularnych przy doręczeniach trudno uznać za zawsze uzasadniony. W większości spraw, bez przeszkód, może on zostać zastąpiony doręczeniami bezpośrednimi. Nie podlega przy tym kwestii, że w niektórych sytuacjach, np. z uwagi na sytuację w państwie przyjmującym (np. jeśli brak wiarygodnych usługodawców pocztowych lub istnieje poważne zagrożenie naruszenia tajemnicy korespondencji) czy w sprawach szczególnej wagi (np. z uwagi na interes ekonomiczny Skarbu Państwa) angażowanie konsułów w doręczenia nie powinno być kwestionowane. Taka też jest praktyka innych państw członkowskich Unii Europejskiej.

Doręczenia konsularne nie powinny być traktowane jako podstawowy sposób na przekazywanie korespondencji sądowej do adresatów za granicą. Takie podejście jednak nadal wydaje się być właściwe dla części sądów. Nie dostrzega się przy tym, że jego akceptacja determinowałaby konieczność stałego rozbudowywania struktur kadrowych i infrastruktury urzędów konsularnych i zwiększania ponoszonych na nie nakładów. Taka tendencja wypaczałaby, z gruntu uzasadnioną, rolę urzędów i instytucję prawną.

²⁸ Liczba wystąpień o doręczenia korespondencji skierowanych do konsula RP w Hadze w 2017 r. była o 50% niższa niż liczba takich wniosków w 2013 r.

O pośrednictwo doręczeniowe urzędu konsularnego powinno się postulować w sposób pozbawiony automatyzmu i z troską o nienadużywanie instytucji. Zlecenie doręczeń konsulom nie powinno być wreszcie sposobem na unikanie przez administrację sądową potencjalnych trudności natury technicznej w relacjach z operatorami pocztowymi. Taki cel sądy mogą osiągnąć, współpracując z urzędami konsularnymi bez bezpośredniego angażowania ich w czynności doręczeniowe.

Pozostaje zachęcać sądy, które nadal nie są skłonne do akceptacji zmiany modelu procedowania, aby zechciały uwzględnić rewizję swoich praktyk. Dopuszczenie przez sądy alternatywnej optyki będzie dostatecznym czynnikiem dla urzeczywistnienia, jak starałam się wywieść, racjonalnej zmiany. Nie wydaje się w każdym razie, aby w materii doręczeń była konieczna jakkolwiek zmiana na poziomie legislacyjnym.

V. Przesłuchania

Charakteryzując zadania konsulów w obszarze rekwizycji, w tym przede wszystkim przesłuchań, zwykło się określać je jako jedne z najdonioślejszych. Istotnie, nie sposób odmówić im takiego waloru. Przede wszystkim z racji znaczenia ich skutków dla indywidualnych praw i interesów osób zainteresowanych. Nadto z uwagi na fakt, że dla ich przeprowadzenia konsul, jak żaden inny krajowy podmiot publiczny, może korzystać z unikalnych uprawnień właściwych organów krajowych, co nakłada na niego istotną odpowiedzialność. W ostatnich latach doniosłość zadań konsulów w obszarze rekwizycji wynika także z rosnącego wolumenu tych spraw.

Trzeba przy tym odnotować, że we współczesnym obrocie prawnym z zagranicą funkcja konsula w transgranicznych postępowaniach dowodowych powinna tracić na znaczeniu jako możliwa do zastąpienia w oparciu o dedykowane międzynarodowe mechanizmy sądowej i pozasądowej współpracy prawnej. Nie bez znaczenia pozostają także liczne rozwiązania prawne, które uelastyczyły właściwość sądów, ułatwiając osobom zamieszkującym poza państwem ich obywatelstwa odwoływanie się do miejscowych sądów i organów rozstrzygających. Tej tendencji może sprzyjać także postępująca globalizacja z właściwymi jej udogodnieniami służącymi przepływowi osób i informacji.

1. Przesłuchania przez konsula jako element oferty pomocowej urzędów konsularnych

W polskiej praktyce konsularnej nie dostrzega się symptomów wskazujących na osłabianie znaczenia czynności konsula w ramach prowadzonych w kraju

postępowania dowodowych. Przeciwnie, zwiększone migracje Polaków powodują wzrost zapotrzebowania na czynności konsularne polegające na przesłuchaniu obywateli RP w charakterze stron, uczestników postępowania, świadków i podejrzanych dla potrzeb postępowania prowadzonych przed krajowymi organami. Osoby przenoszące swoje centrum życiowe za granicę, ale także Polacy od dawna żyjący poza krajem, częstokroć, z różnych względów i w różnym charakterze, pozostają zaangażowani w postępowania prowadzone w kraju. Aby ułatwić im czynny udział w takich procedurach, przewidziano dopuszczalność składania zeznań lub wyjaśnień przed konsulem. Możliwość poddania się przesłuchaniu w takim trybie jest istotnym udogodnieniem. Zainteresowani, bez konieczności odbywania podróży do kraju i ponoszenia związanych z tym niebagatelnych niekiedy kosztów, mogą uczestniczyć w postępowaniu dowodowym przed krajowym organem bez opuszczania państwa pobytu.

Dopuszczalność przesłuchań przed konsułami jest dogodnym rozwiązaniem także z punktu widzenia organów krajowych. Ułatwia przeprowadzanie dowodów, usuwając przeszkody związane z zapewnieniem obecności strony, uczestników postępowania, świadków lub podejrzanych bezpośrednio przed prowadzącymi postępowanie sądem, prokuratorem lub organem administracji. Walorem przesłuchań konsularnych jest także łatwość ich inicjowania. Postulowanie w trybie umów międzynarodowych lub na podstawie prawa UE o przeprowadzenie czynności w postępowaniu dowodowym do zagranicznych organów jest bardziej złożone. Może wymagać zaangażowania organu centralnego lub jednostki przekazujące, zawsze wiąże się z koniecznością przetłumaczenia dokumentów i jest czasochłonne. Wnioskowanie do konsula jako nieobarczone takimi trudnościami jest znacznie prostsze, a przez to preferowane.

Realizowanie przesłuchań, głównie na wniosek sądów oraz jednostek prokuratury, stało się codziennością bardzo wielu urzędów konsularnych. Niektóre, nie radząc sobie z masowym napływem takich wystąpień, borykają się ze sporymi opóźnieniami. Podobnie jak w wypadku doręczeń najczęściej wniosków wpływa do urzędów konsularnych w państwach członkowskich UE oraz Stanach Zjednoczonych i Kanadzie. Ich wolumen bezpośrednio determinuje liczba Polaków zamieszkujących w okręgach konsularnych. Nie bez znaczenia jest nadto, czy polską diasporę w państwie przyjmującym stanowią, przede wszystkim, osoby nowo przybyłe, czy też osiadłe w odleglejszej przeszłości. W przypadku okręgów z przewagą nowej migracji, a więc osób, które niedawno przenieśli centrum swoich życiowych interesów, częstokroć pozostawiając niezakończone sprawy przed organami w Polsce, zapotrzebowanie na pośrednictwo konsula w kontaktach z sądami czy innymi organami jest adekwatnie większe.

2. Ograniczenia prawne i faktyczne w odniesieniu do przesłuchań

Zgodnie z art. 26 prawa konsularnego konsul na wniosek organu administracji publicznej w Rzeczypospolitej Polskiej, sądu lub prokuratora przesłuchuje strony, uczestników postępowania, świadków i podejrzanych. Analogicznie do procedury doręczeniowej czynności te wykonuje się, stosując odpowiednio właściwe przepisy prawa polskiego, jeżeli osoba, która ma być przesłuchana, jest obywatelem polskim i zgadza się dobrowolnie złożyć zeznanie lub wyjaśnienie.

Ograniczenia wynikające z podstawowej dla konsula regulacji w materii przesłuchań nie są powszechnie znane. Stąd zdarza się, że wnioski o przesłuchanie kierują do konsula same strony, uczestnicy lub świadkowie w postępowaniach. Ponieważ ustawa nakazuje działanie wyłącznie na wniosek uprawnionego podmiotu, wystąpienia pochodzące od podmiotów nieuprawnionych nie mogą zostać uwzględnione. Aby przesłuchanie mogło odbyć się w urzędzie konsularnym, krajowy organ musi dopuścić taki tryb przeprowadzenia dowodu i skierować stosowne wystąpienie do urzędu konsularnego. Godne odnotowania jest także przewidziane w ustawie odesłanie do odpowiedniego stosowania w czasie przesłuchania krajowych przepisów właściwych dla danej sprawy. W tym aspekcie także zdarzają się nieporozumienia. Bywa że wnioskujący zwracają się do konsula o przeprowadzenie czynności w trybie właściwym dla prawa miejsca wykonania czynności. Błędne wskazywanie jako właściwego prawa obcego może wynikać z braku rozróżniania specyfiki wniosków o pomoc prawną adresowanych do konsulów od tych podlegających wykonaniu w ramach tzw. międzynarodowej pomocy prawnej i kierowanych do organów w państwie przyjmującym.

W świetle regulacji ustawowej istotną przesłanką warunkującą dopuszczalność przesłuchania jest posiadanie obywatelstwa polskiego przez przesłuchiwanego. Wobec cudzoziemca nie jest możliwe zrealizowanie przesłuchania w trybie prawa konsularnego.

O ile w postępowaniu krajowym zaistnieje potrzeba odebrania zeznań lub wyjaśnień od osoby nieposiadającej obywatelstwa polskiego, właściwy organ może sięgnąć do dedykowanych mechanizmów dostępnych w instrumentach prawa międzynarodowego lub europejskiego.

Dalszym ważnym warunkiem dopuszczalności przesłuchań jest zapewnienie gwarancji ich dobrowolności. Osoba, której wniosek dotyczy, może zostać poddana czynności tylko, jeśli wyrazi zgodę. Dla zrealizowania przesłuchania nie jest możliwe stosowanie przez konsula jakichkolwiek form nacisku albo przymusu. Zawiadomieniom o terminie przesłuchania zwykło się nadawać bardziej postać zaproszeń niż wezwań. Zamiast pouczeń o skutkach niestawiennictwa zawierają one objaśnienie w sprawie dobrowolności złożenia zeznań lub wyjaśnień przed konsulem.

3. Praktyka wykonywania przesłuchań

W praktyce konsularnej wnioski o przesłuchanie procedowane są kilkietapowo. W pierwszej kolejności bada się spełnienie podstawowych przesłanek dopuszczalności. W szczególności, czy wniosek pochodzi od uprawnionego podmiotu (np. czy został skierowany przez właściwy sąd lub jednostkę prokuratury zgodnie z § 14 r.s.c.s.m. lub § 266 Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek prokuratury), czy dotyczy czynności, która może zostać wykonana przez konsula (zdarza się, że organ wzywający postuluje, aby przy sposobności przesłuchania konsul przeprowadził jednocześnie czynności, na których wykonanie ustawa mu nie pozwala, jak na przykład, by pobrał od podejrzanego próbki materiału genetycznego, odciski linii papilarnych czy go sfotografował) oraz czy wniosek dotyczy obywatela polskiego. W odniesieniu do tej ostatniej przesłanki przyjmuje się, że ostateczna weryfikacja jej spełnienia będzie miała miejsce w dniu wykonania przesłuchania na podstawie okazanego konsulowi ważnego polskiego dokumentu tożsamości. Na wstępnym etapie weryfikowania wniosku bada się także inne aspekty, które mają znaczenie dla prawidłowego jego wykonania, tj. czy konsul jest miejscowo właściwy, a więc, czy osoba, która ma złożyć zeznania lub wyjaśnienia, przebywa w okręgu konsularnym, czy wskazany we wniosku adres jest kompletny i umożliwi nawiązanie kontaktu z zainteresowanym, a także, czy organ prawidłowo przygotował wniosek, w szczególności wykaz pytań, które należy postawić przesłuchiwanemu²⁹.

Gdy na podstawie wstępnej weryfikacji wniosek zostanie oceniony jako niespełniający wymogów, konsul pisemnie zwraca się do sądu lub prokuratora z prośbą o usunięcie braków. Jeśli nie istnieją przeszkody wykluczające przesłuchanie, konsul pisemnie zawiadamia osobę, której wystąpienie dotyczy i zaprasza do skontaktowania się z urzędem konsularnym dla uzgodnienia daty przeprowadzenia czynności. Osoba zainteresowana jest na tym etapie informowana, że poddanie się przesłuchaniu odbywa się na zasadzie dobrowolności i może dotyczyć jedynie obywateli polskich. Jeśli zainteresowany zgodzi się na przesłuchanie, powinien przybyć do urzędu konsularnego z ważnym polskim dokumentem tożsamości.

Odmowa poddania się przesłuchaniu lub brak reakcji na skutecznie doręczone zaproszenie do skontaktowania się z konsulem w celu umówienia terminu jest podstawą do powiadomienia organu w kraju o braku możliwości wykonania wniosku.

²⁹ Niejednokrotnie organy zamiast wykazu pytań przesyłają kopie pism procesowych stron z propozycją pytań, bez wskazania, które z nich zostały dopuszczone. Mają też miejsce przypadki przesyłania konsulom odpowiedzi akt sprawy z dyspozycją przesłuchania wskazanej osoby ogólnie na okoliczności związane ze zdarzeniem będącym przedmiotem rozpatrywania.

W przypadku zgody na przesłuchanie konsul przeprowadza czynność w uzgodnionym terminie. Co do zasady ma to miejsce w siedzibie urzędu konsularnego. Zdarzają się jednak odstępstwa, na przykład w odniesieniu do osób pozbawionych wolności w państwie przyjmującym. Zgodnie z wnioskiem organu krajowego konsul poucza osobę, która ma zostać przesłuchana, o przysługujących jej prawach i obowiązkach. Jeśli taka jest dyspozycja sądu, może odebrać od przesłuchiwanego przyrzeczenie. Odpowiedzi udzielane na zawarte we wniosku pytania są protokolowane. Po zakończeniu przesłuchania protokół jest odczytywany i podpisywany. Protokół wraz z towarzyszącymi mu dokumentami (np. oświadczeniami o prawidłowym pouczeniu przesłuchiwanego o przysługujących mu prawach i obowiązkach, etc.) jest przesyłany pocztą za zwrotnym potwierdzeniem odbioru do wnioskodawcy, co kończy postępowanie w sprawie przesłuchania.

Opisany powyżej model realizowania przesłuchań został zaprezentowany w sposób ramowy, bez zagłębiania się w kwestie szczegółowe, które niejednokrotnie czynią te zadania wielce kłopotliwymi. Bywa że na tle sposobu wykonywania przesłuchań powstają kontrowersje pomiędzy konsułami i krajowymi organami wymiaru sprawiedliwości. Powracającą kwestią wywołującą dyskusję jest na przykład udział pełnomocników i obrońców podczas przesłuchań³⁰. Przedmiotem kontrowersji bywają próby rozszerzania zadań konsułów związanych z przesłuchaniami poprzez obligowanie ich do powiadamiania wszystkich stron postępowania o planowanej dacie i miejscu przeprowadzenia czynności. Powracające polemiki pomiędzy konsułami i jednostkami prokuratury wywołują wystąpienia o umożliwienie przesłuchania świadka lub podejrzanego w urzędzie konsularnym w drodze telekonferencji.

Wieloetapowość procedury przesłuchań, trudności interpretacyjne natury prawnej i faktycznej z nimi związane, a wreszcie rosnąca liczba tych zadań czynią ich wykonywanie obarczone poważnymi obciążeniami. Otrzymujące największą liczbę wystąpień o przesłuchania urzędy potrzebują do ich wykonania okres od trzech do sześciu miesięcy. Z punktu widzenia wnioskujących wielomiesięczne oczekiwanie na przeprowadzenie czynności przyczynia się do przewlekania procedur. Z perspektywy konsułów brak jest natomiast możliwości przyspieszenia realizacji tych zadań. Wpływających wniosków jest bowiem tak wiele, że terminy przesłuchań ustala się często z wielomiesięcznym wyprzedzeniem. W efekcie rozwiązanie prawne, które ma ułatwiać zainteresowanym udział w postępowaniach w kraju i je przyspieszać, w ograniczonym zakresie realizuje swój cel. W praktyce konsularnej można nawet spotkać się z głosami, że podmioty zainteresowane przewlekaniem postępowań krajowych z rozmysłem

³⁰ Zob. na ten temat: Ł.D. Dąbrowski, *Dowód z przesłuchania stron i innych uczestników procesu przez konsula* [w:] *Polskie prawo konsularne w okresie zmian*, red. W. Burek, P. Czubik, Warszawa 2015, s. 33–42.

występują do sądów lub prokuratorów o skorzystanie w postępowaniu dowodowym z przesłuchania świadka lub uczestnika przed konsulem z przekonaniem, że wymiennie przyczyni się to do przedłużenia postępowania na korzyść ich klientów.

4. Forma przesłuchań konsularnych a ich wartość dowodowa

Analizując praktykę przesłuchań konsularnych, wypada objaśnić faktyczny charakter zaangażowania konsula w tych sprawach i jego konsekwencje dla wartości dowodów pozyskanych w tym trybie. Realizując przesłuchania, konsul działa jako pomocnik organu prowadzącego postępowanie w kraju. W tym celu korzysta z niektórych jego uprawnień (np. do udzielania pouczeń, odebrania przyrzeczenia). Służyć ma to jedynie prawidłowemu wykonaniu wąsko zdefiniowanej czynności. Realizując przesłuchanie, konsul nie nabywa uprawnień do niezależnego przeprowadzenia części postępowania dowodowego. Jego zadanie polega li tylko na rzetelnym wykonaniu precyzyjnie określonej we wniosku czynności. Stąd w pełni związany jest wykazem pytań, jakie należy zadać osobie przesłuchiwanej, a także listą pouczeń, których musi udzielić. Konsul nie jest uprawniony do rozszerzania lub ograniczania zakresu zleconego mu przesłuchania. Nie jest on bowiem organem prowadzącym postępowanie dowodowe, a jedynie wykonującym czynność zleconą w ramach tego postępowania.

Takie ukształtowanie charakteru zaangażowania konsula ma swoje konsekwencje w kontekście wartości pozyskanego z jego udziałem dowodu. Przesłuchanie strony, uczestnika postępowania, świadka lub podejrzanego bezpośrednio przed organem prowadzącym postępowanie dowodowe, w obecności i przy aktywnym udziale stron lub ich przedstawicieli, często mogłoby mieć większą wagę dla ustalenia okoliczności faktycznych lub prawnych sprawy. Przesłuchanie konsularne jest pozbawione dynamiki, jaką charakteryzuje się ta sama czynność procedowana wprost przed organem prowadzącym postępowanie. W wypadku korzystania z przesłuchania konsularnego organ krajowy, co szczególnie ważne, jeśli chodzi o sądy i prokuratorów, pozbawia się możliwości obserwowania reakcji osoby składającej wyjaśnienia lub zeznania, zadawania jej pytań uzupełniających, postulowania o rozbudowanie wypowiedzi w określonych wątkach czy adekwatnego, dynamicznego reagowania na podejrzenie, że przesłuchiwany może unikać podawania prawdy lub się z nią mijać. Wymienione czynniki skutkują, w moim przekonaniu, pewnego rodzaju ułomnością takiego trybu pozyskiwania dowodów. W każdym razie w niektórych sprawach wartość dowodowa zrealizowanych przez konsułów przesłuchań jest ograniczona. Wydaje się, że powinno to skłaniać, w szczególności organy wymiaru sprawiedliwości, od których pochodzi największa liczba wniosków o przesłuchania,

do brania tego czynnika pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o skorzystaniu z przesłuchania przed konsulem.

5. Przesłuchanie przed konsulem w kontekście ekonomii pozyskania dowodu

Doświadczenie pokazuje, że w wielu przypadkach przesłuchanie przed konsulem mogłoby zostać, z korzyścią dla prowadzonego w kraju postępowania i bez uszczerbku dla zainteresowanych, zastąpione przesłuchaniem przeprowadzonym bezpośrednio. Czynność zrealizowana w kraju mogłaby odbyć się w krótszym niż w urzędzie konsularnym terminie, bez uszczerbku dla bezpośredniości przeprowadzonego dowodu oraz przy zapewnieniu wszelkich gwarancji należnych stronom i uczestnikom postępowania, które w wypadku przesłuchań konsularnych podlegają limitowaniu. Wartość pozyskanego dowodu miałyby szanse być wyższa. W kwestii potencjalnych niedogodności dla osób zainteresowanych związanych z koniecznością udawania się do kraju trzeba mieć na uwadze, że współczesna łatwość podróżowania i komunikowania się w istotnym zakresie je znosi. Koszty podróżowania z większości państw europejskich, a nawet ze Stanów Zjednoczonych i Kanady, przestają dla wielu być czynnikiem uniemożliwiającym przybycie do Polski. Z Holandii, Wielkiej Brytanii czy Niemiec do dowolnego miasta w Polsce można dojechać w krótkim czasie i ponosząc koszty nie większe niż podczas przejazdu na średnim dystansie wewnątrz kraju.

6. Unikanie automatyzmu przy wyborze trybu przesłuchania w urzędzie konsularnym

Biorąc powyższe te elementy pod uwagę, trudno przyjąć, że rosnąca liczba wniosków do konsulów o przeprowadzenie przesłuchań jest warunkowana tylko rzeczywistością i nagłą potrzebą, a nie pewnego rodzaju przywiązaniem organów do tradycyjnego korzystania z utartego mechanizmu. Jeśli na wykonanie przesłuchania przez konsula w bliskim kraju europejskim trzeba czekać nawet do sześciu miesięcy, wartość tak pozyskanego dowodu może być ograniczona, a z racji łatwości podróżowania możliwość dotarcia osoby, która ma zostać przesłuchana bezpośrednio przed organ w kraju, nie napotyka przeszkód, to wybór skorzystania z przesłuchania konsularnego wydaje się być nieoczywisty. Z pewnością inaczej mogą rozkładać się argumenty odnośnie do potrzeby przesłuchania osób przebywających w odległych okręgach konsularnych.

W każdym razie, opierając się na wnioskach z praktyki konsularnej, należy zachęcać, przede wszystkim organy wymiaru sprawiedliwości, jako najliczniej występujące o przesłuchania, do brania pod uwagę zmieniające się uwarunkowania i unikania automatyzmu przy dokonywaniu wyborów trybu wykonywania tych czynności. Nadmierne przywiązanie do utartych mechanizmów może

nie sprzyjać interesom prowadzonych postępowań. Z punktu widzenia funkcjonowania urzędów konsularnych sprostanie potrzebom współpracy z organami wymiaru sprawiedliwości w tym aspekcie staje się coraz trudniejszym wyzwaniem. Ten czynnik nie powinien być pomijany przez prokuratury i sądy, które decydują się na zaangażowanie konsula przy czynności przesłuchania.

VI. Wnioski

Na przykładzie dwóch przewidzianych w ustawie aktywności w ramach współpracy z organami sprawiedliwości starałam się przybliżyć konsularną perspektywę postrzegania ich stosowania. Przedstawiając praktykę urzędów konsularnych przy procedowaniu doręczeń i przesłuchań na podstawie art. 26 prawa konsularnego, mam nadzieję skłonić do krytycznej analizy ugruntowanych praktyk organów wymiaru sprawiedliwości odnoszących się do angażowania konsułów w prowadzone przez nie postępowania.

Pełniąc usługowe funkcje wobec obywateli, urzędy konsularne powinny być angażowane wówczas, kiedy ich udział w sprawie może przynieść wymierną korzyść osobie zainteresowanej lub posłużyć interesom prowadzonych w kraju postępowań. Jeżeli, jak w wypadku uparcie zleczanych przez sądy cywilne doręczeń, generuje jedynie zwiększone koszty dla budżetu, wydłuża postępowanie i nie ma realnego wpływu na podniesienie bezpieczeństwa przesyłki, należy z niego po prostu zrezygnować. Podobnie, jeśli chodzi o przesłuchania. Automatyzm sięgania przez organy wymiaru sprawiedliwości do takich rozwiązań jest nadmierny. Nie zawsze też z wyprzedzeniem analizuje się potencjalną wartość dowodową zeznań lub wyjaśnień złożonych w szczególnych warunkach oferowanych przez konsula. Organy zdają się także pomijać współczesne uwarunkowania, w tym dostępność i łatwość szybkiego i nieobarczonego wygórowanymi kosztami podróżowania. Niepokojące jest, że przywiązanie organów do sięgania po utarte rozwiązania angażujące konsula może być w złej wierze wykorzystywane przez tych, którzy dostrzegając ułomności systemu, mogą z kolei to wykorzystywać jako sposób na obstrukcję wymiaru sprawiedliwości, w tym przede wszystkim metodę na umyślne przyczynianie się do przewlekłości.

Warto też zwrócić uwagę, że utrzymane w prawie konsularnym rozwiązania dotyczące doręczeń i przesłuchań oraz wypracowane na ich podstawie praktyki organów wymiaru sprawiedliwości mają swoje źródło w dawnym porządku prawnym i dawnej mentalności organów państwowych, które czyniły wiele, aby w urzędach konsularnych skupiać sprawy obywateli żyjących za granicą, w tym wiedzę o ich udziale w postępowaniach zawisłych przed innymi organami. Współcześnie nie ma takiej potrzeby. Sam ten czynnik może posłużyć jako przesłanka skłaniająca do krytycznej refleksji na temat użyteczności szerokiego

angażowania konsułów w sprawach przed polskimi organami wymiaru sprawiedliwości.

Niebagatelną kwestią jest też potrzeba dostrzeżenia, że służba konsularna dysponuje ograniczonym potencjałem. Ten element jest rzadko uwzględniany, chociaż istotnie limituje zdolności sprawnego realizowania wszystkich zadań. Poza oczywistą kwestią ograniczonej liczebności służby konsularnej wypada też zwrócić uwagę, że stanowią ją osoby o różnym profilu zawodowym. Zaledwie ograniczony odsetek polskich urzędników konsularnych legitymuje się wykształceniem prawniczym. Doświadczenie sądowe lub prokuratorskie konsułów należy do wyjątków. Dla osób o pozaprawniczych kwalifikacjach realizowanie trudnych spraw w ramach współpracy z organami sprawiedliwości jest niebagatelnym wyzwaniem. Okoliczności te wymuszają starania o racjonalizację i jurydyzację potencjału służby. Stąd kierowane do krajowych organów zachęty na rzecz redefinicji niektórych aspektów współpracy z urzędami konsularnymi. Programowa niechęć części partnerów wobec możliwości wyeliminowania przestarzałych mechanizmów i konfrontacyjne reagowanie na próby zmian nie ułatwiają kooperacji i nie przynoszą korzyści.

Renata Kowalska

CONSULAR FUNCTIONS AT THE REQUEST OF THE JUDICIAL AUTHORITIES – AN OLD MODEL RESISTING THE NEED FOR CHANGE

The paper examines the manner in which consuls, at the request of the Polish judicial authorities, carry out their functions in regard to transmitting judicial documents and taking evidence from the hearings of parties, participants, witnesses in proceedings or suspects. While presenting the consular perspective and explaining the practices in place, an attempt is made to question the legitimacy and the need to engage consular posts by courts and public prosecutors to transmit documents and interrogate abroad. The Author concludes that current legal instruments and the accessibility of modern civilizational achievements should lead to abandoning the use of consular assistance and encourage Polish judicial authorities to use available direct actions in relation to the entities residing abroad involved in domestic proceedings, which are more effective, faster and cheaper. Persisting demand for consular services in this sphere is now to a large extent a result of certain commitment to the well-established mechanisms rather than real necessity.



Lauri Hannikainen

University of Helsinki

lauri.hannikainen@helsinki.fi

RUSSIA AND INTERNATIONAL LAW

Nowadays, Western scholarship dominates heavily in leading international law books, journals etc. One seldom finds the writings of Russian scholars in those publications. It appears that Russian scholars confine most of their activities to their home country. Correspondingly, only a very small number of Western scholars are familiar with what happens in Russian scholarship of international law. It would appear that the language barrier is the main reason.

One of the few Western experts who has extensive knowledge of Russian international law scholarship is Professor Lauri Mälksoo, from Tartu University, Estonia. Recently, he published a monograph 'Russian Approaches to International Law' (2015).¹ In it, Mälksoo focuses mostly on Russian scholars. This compact book contains a lot of relevant information and analyses in its 195 pages. He dedicates one chapter to the practice of the Russian Federation. In the first half of this article, I will introduce and analyze Mälksoo's book and will then proceed to discuss most recent developments in Russian studies of international law.

Russian scholarship before the Creation of the Russian Federation

In Mälksoo's Chapter 2, which deals with history, a central theme is the study of two different approaches to international law in imperial Russia – the West-oriented and the Slavophile/Eurasian schools. Mälksoo addresses this theme through the examination of the works of five important scholars. The first scholar is N.Y. Danilevsky, who, in his book on Europe and Russia (1865), regarded Europe and Russia as two distinct and mutually hostile historical-cultural civilizations. The second scholar, F.F. Martens (from Estonia), is regarded by Mälksoo

¹ L. Mälksoo, *Russian Approaches to International Law*, Oxford University Press 2015.

as the founder of the European school of Russian international law. When Martens died in 1909, his successor as professor of international law at Saint Petersburg Imperial University, and a proponent of Russia's belonging to Europe, was M. von Taube. After the Bolshevik revolution, von Taube emigrated from Russia and dedicated his research to the history of international law in Russia and Byzantium. He himself was strongly Europe-oriented but regarded the Russian population as too uncivilized to attain European legal consciousness. The revolution had plunged Russia back to the Muscovite period of its history. The fourth scholar is F.I. Kozhevnikov, who was quite influential in the Soviet Union. He argued that during the eighteenth and nineteenth centuries Russia had selflessly served the interests of the balance of power in Europe. Mälksoo concludes that Kozhevnikov supported the 'Eurasianist' idea of Russia's civilizational distinctiveness and, in particular, its moral superiority to Germanic Europe. Kozhevnikov's study was written under the overwhelming emotional influence of World War II, which had caused unprecedented human suffering and material damage in the Soviet Union.

Mälksoo's last writer is V.E. Hrabar, whose encyclopedic study of the history of international law scholarship in Russia was published in 1958, in Moscow. Whereas Martens, von Taube and Kozhevnikov primarily analysed the history of international law and Russia's role in it, Hrabar's main focus was directed to the history of international law scholarship in Russia. Hrabar did not take a clear stand on the question of Russia as a European State, or as something distinct from Europe, but Mälksoo estimates that he was closer to the European school of thought. After the five writers, Mälksoo introduces later views on the history of international law in Russia. He concludes that, historically, international law has been a thoroughly 'civilizational' affair in Russia, i.e. that it has had a civilizing effect in Russia. This appears to have been true even elsewhere: Martti Koskeniemi's analysis of important Western scholars of international law between 1870 and 1960 (published in 2009) bore the main title 'The Gentle Civilizer of Nations'.

Mälksoo gives reasons why he did not go into details of the Soviet concept of international law: excellent, detailed Western Studies on the subject already exist – from the 1970's. He briefly discusses the Soviet theory of international law on several occasions, but I regret that he did not add the unquestionably leading international law expert of the Soviet Union, Grigory Tunkin, as the sixth writer in his study of leading theoreticians. This would have been appropriate, since the Russian Federation appears to have inherited quite a lot of its international law doctrine from the Soviet Union.

'Conservative' v. 'Progressive' in Russian/Soviet Scholarship

One leading theme in Mälksoo's Chapter 3 is his view on the relationship between, on one hand, State sovereignty and, on the other hand, human rights and the individual's status as a subject of international law. Mälksoo considers that, like the Soviet Union, the Russian Federation emphasizes the leading status of State sovereignty. He regards this position as *conservative* (in the case of Russia this is correct). Instead, it is more *progressive* to emphasize the importance of human rights and not to dismiss out of hand the individual as a subject of international law, even though he admits that there is no single correct and universal answer to the question whether individuals, non-governmental organizations and transnational corporations can be subjects of international law. There is much truth in Mälksoo's view, but I find it too simplistic to make the discrepancy between sovereignty and human rights such a central question, without any discussion on the contents of the category of human rights. I myself have been a human rights activist for decades and want to emphasize the broadness of the category of human rights. Many Western States understand this category in a fairly narrow sense and emphasize only the obligatory nature of traditional civil and political rights – which is very important as such. Although, from a personal perspective this limited category would be enough for experts like Mälksoo and myself, who were born on the sunny side of the street, but it is not enough for the majority of people in the world.

The conservative/progressive question rises again, when Mälksoo discusses State sovereignty vs. the powers of transnational corporations in international economic law. Though he faithfully explains the critical views of Russian authors on the overwhelming role of leading Western States and their big corporations in economic relations, he seems to think that the role of corporations is progressive and that to defend sovereignty is conservative. He admits that even in the West a 'legitimacy crisis' in investor-State arbitration has emerged, because private interests appear to be predominant. However, Mälksoo does not discuss at all the contemporary problems of tax havens and tax evasion by transnational corporations (perhaps Russian experts have not discussed tax havens). It appears to me that globalization, based on neo-liberalist ideology, has resulted in serious problems for many national economies or the lower classes in societies. There is ample reason to defend State sovereignty. In the words of Shumilov, as quoted by Mälksoo: "The main problem today is to accommodate sovereignty with the need to lower administrative thresholds in conditions where globalization is carried out by the financial-economic rule of a narrow group of countries of the Western type of civilization".

A third case where the conservative/progressive character of Russia's attitude emerges is when Mälksoo discusses the prohibition on the use of force. He writes

that in Soviet times and the immediate post-Soviet period, Russian scholars took a straightforward conservative view on what Article 2 para. 4 and Articles 42 and 51 of the United Nations Charter imply. In their view, the use of military force is only legal if it is carried out in self-defence against an armed attack, or when authorized by the SC. At least until Russia's invasion and annexation of Crimea in March 2014, this position was the view shared by the majority of international law scholars in Russia.

Now, in 2018, I am puzzled by Mälksoo's characterization of the strict interpretation of the UN Charter's prohibition of the use of force as conservative. His text provides no clues as to what a progressive interpretation would be. In another context, Mälksoo expresses support for the responsibility to protect (humanitarian intervention), which he apparently regards as a progressive innovation. I would do the same, if I could be convinced that the intervening States would have the patience to limit their armed activities strictly to humanitarian purposes – that appears to have been true only in some rare cases. I regard one armed intervention – the NATO States' intervention into Kosovo/Serbia in 1999 – as humanitarian even though, admittedly, many scholars do not share this view. On the other hand, when the Security Council authorized a humanitarian intervention in the Libya crisis, what did the NATO States do? They did not limit themselves to humanitarian action but their main goal became the removal of Muammar Gaddafi from power. That meant, at least for the time being, the death of humanitarian intervention in international law. Mälksoo refers to the opinion of Primakov, who argues that the West went too far from the mandate of the Security Council in Libya. I conclude that most experts of international law in the world support the strict interpretation of the UN Charter's prohibition on the use of force. It is vain to characterize it as conservative.

How about the Soviet Period?

I wish that Mälksoo had taken the Soviet period more comprehensively into consideration in his analysis, since the Russian Federation appears to have inherited quite a lot of its international law doctrine from the Soviet Union. I myself would divide the last hundred years of Russia's role in the international arena into the following time categories:

- 1) The post-revolution years, when the Soviet Union was excluded from international relations.
- 2) The Stalinist era, when the Soviet Union was very authoritarian and at times aggressive but had, during World War II and for several years after it, good relations with the West.

- 3) The first part of the Cold War period, when the Soviet Union was recognized as one of the two superpowers. This period started with heightened tensions, but as early as the 1960s led to peaceful coexistence and even cooperation between the West and the East.
- 4) The 1970s and early 1980s, when the socialist countries united with the non-aligned movement of new States and together held a powerful position at the United Nations. Leading Western States – most of which had been colonial masters – were pushed to the defensive. A telling sign was the USA's defeat in Vietnam, notwithstanding massive bombing and devastation of the people and environment of Vietnam. This was the period when the non-Western States were demanding equal rights, for example by adopting the New International Economic Order and the Charter on Economic Rights and Duties of States over the opposition of leading Western States. These instruments were, however, only non-binding resolutions of the UN General Assembly.
- 5) The years of weakness during the first fifteen years of the existence of the Russian Federation, when Russia assumed the role of protector of international law. The West, as the only meaningful power block, assumed leadership in international relations.
- 6) The years from 2007 onwards, when Russia felt that it had grown strong again and could challenge the leading role of the United States. The Russian leadership also concluded that since the West was ready to violate the prohibition on the use of force, Russia could do the same to pursue its interests. This culminated in the annexation of Crimea, a gross violation of the sovereignty of Ukraine. Has Russia become a troublemaker in the sphere of international law?

The fourth period in the above list was perhaps the best period of the Soviet Union. The West was no longer dominating, and cooperation between the socialist bloc and the movement of non-aligned States led to a situation in which the international community of States was more democratic than ever. The Soviet Union was a world power, which helped newly independent States to realize their *de facto* sovereignty. At that time, it was possible to regard the Soviet Union as a progressive promoter of changes to international law that would lead to a more equal community of States, whereas the West tried to defend its privileged position, which had been created before the decolonization period. Mälksoo's characterization of the Soviet Union as "the main propagandist and flag bearer or the anti-colonial and anti-Western camp in the context of international law" has a biased tone.

For the Socialist countries of Eastern Europe, the fourth period was not very positive. Or should one take as a positive sign the Soviet Union's abstention from staging a military intervention in Poland in the early 1980's? I know that the

Poles will answer no. Only when Mikhail Gorbachev came to power did the the Soviet Union adopt a more respectful policy towards Poland.

The Russian Federation and International Law

In Chapter 4 of his book, Mälksoo focuses on the practice of the contemporary Russian State. He outlines the Russian view that the Russian Federation is, in fact, the protector of international law. This view is reflected in Russia's official Foreign Policy Concept and National Security Strategy. Mälksoo estimates that no permanent member of the Security Council has referred so consistently to international law in its national security documents as Russia. When Mälksoo moves to examine Russian practice in more detail, Russia's reliance on international law diminishes. Russia has submitted to the compulsory jurisdiction of international courts only to a very limited extent, and in those cases in which it has been a party to a legal dispute it has often behaved inappropriately.

Mälksoo's book examines three examples in more detail. Regarding human rights and Russia's ratification of the European Convention on Human Rights, Mälksoo reports that Russia has been almost constantly on record as a source of controversies, problems, tensions and human rights backlashes in the Council of Europe. Over recent years, the member with the biggest share of pending applications in Strasbourg has been the Russian Federation, although it does not have the largest share of cases compared to the size of its population.

The second example concerns international economic law – Russia's takeover of foreign assets in a way that did not treat Western investors and trade-partners fairly. Mälksoo reports that leading Russian scholars have concluded that Russian legislation on foreign investment is not always compatible with that country's obligations under treaties. That is proved by the fact that Russia has suffered several defeats before international arbitration tribunals.

The third example focuses on the prohibition on the use of force and discusses its violations by the Russian Federation. Mälksoo, of course, takes a very critical view on Russia's role in the armed conflict with Georgia in 2008 and Russia's annexation of Crimea in 2014. Mälksoo also discusses Russia's role in the so-called frozen conflicts in the territory of the former Soviet Union.

Leaving Mälksoo aside now, I quote here the English summary of a study report that was written by my junior colleague Tero Lundstedt and myself to the Finnish Ministry of Defence in 2015-16 on the role of international law of Russia. In the summary we write about the Russian Federation as follows:

Contemporary Russian foreign and defense policy has three main goals: 1) safeguarding its vital defensive interests in the former USSR area; 2) domination of its 'near

abroad', consisting of ex-USSR states (excluding the Baltic states), by reintegrating them in certain international organizations – most importantly the Collective Security Treaty Organization and the Eurasian Union – and at the same time preventing these states from joining NATO or the EU; and 3) to safeguard its Great Power status in the future multipolar world. To accomplish the first and second goals, Russia has resorted to distorted interpretations of international law.

A prime example of such distorted interpretations is Russia's 'special rights' in the near abroad states over their sovereignty, demanding that they take Russia's Great Power status into account when making important foreign policy decisions. At the same time that Russia insists that Western powers have to treat it as an equal, it rejects the equality of former Soviet states. This view has no basis in contemporary international law. The former Soviet states are sovereign UN member states without any kind of legal subordinate role to Russia.

Russia has seen the Russian diaspora communities in the near abroad countries of close to 30 million people as a useful tool to increase its influence in these states. It has used the need to protect its citizens or 'compatriots' (an appropriately ambiguous formulation) as a pretext, or as an exaggerated justification, for armed intervention to mask its real, imperialistic goals. To corroborate its legal position Russia has been dealing out passports to minority peoples in several states that are not on good terms with Moscow.

Previously, Russia's stance on the self-determination of peoples was that this principle is subordinated to the territorial integrity of states – therefore for example Chechnya had no right to secede from Russia. However, after Russia was disappointed with Kosovo's declaration of independence and the International Court of Justice's advisory opinion on the matter, it has changed its stance radically. Russia has been applying the alleged Kosovo 'precedent' in some territorial conflicts in the countries of the near abroad in an arbitrary manner when it suits its political goals. Russia is at the same time interpreting this 'precedent' in a deliberately false manner in order to be able to claim to have a right to actively assist separatist minorities to secede and to achieve independence.

These Russian views have received very limited international support. Manifestations of this can be seen in the collective non-recognition of the Abkhazian, South Ossetian and Crimean independences. Additionally, the Russian initiative in 2014 for an international conference with a goal of 'rewriting international law' has been ignored.²

² L. Hannikainen, T. Lundstedt, *Kansainvälisen oikeuden rooli nyky-Venäjän ulkopolitiikassa – erityisesti valtiosuvereenisuuden, asevoiman käytön kiellon ja kansojen itsemääräämisoikeuden valossa*, Puolustusministeriö 2016. The English summary is at the beginning of the report on pp. v-vii, the quotation is from p. vi. See https://www.defmin.fi/files/3498/Tutkimusraportti_Hannikainen_Lundstedt_2016.pdf.

New Worrying Developments

After the Russian Federation annexed Crimea in 2014, experts outside Russia began to wonder how their Russian colleagues would analyze the takeover. After a few months, we received the collective answer from the leading Russian scholars. In June, the Russian Association of International Law sent an open letter to the prestigious International Law Association. The open letter, signed by Professor Anatoly Kapustin, expressed the collective opinion of leading Russian international law scholars on the Ukraine crisis and the annexation of Crimea. They subscribed fully to the view of the Russian President and the Government on the legality of the annexation, even going beyond international law and accusing the West of not respecting the Crimean people's right to self-determination. No criticism was directed at the hasty manner the referendum had been organized. Nothing was said about the critical views of the UN and OSCE.³ The open letter meant a full U-turn from the analyses that had been made by Russian experts before the Ukraine crisis.

The open letter signified a total scholarly sell-out, reflecting the 'right or wrong, my country' thinking. In the view of non-Russian scholars, their Russian colleagues simply discredited themselves and did, as scholars, a disservice to themselves outside Russia. The open letter may become a classic example of how scholars of international law sell out the principles on which they have built their analyses.

The Russian leadership and leading scholars have developed certain 'legal' concepts to increase Russia's ability to control its smaller neighbors that belonged to the Soviet Union before its dissolution – all others (11) apart from the three Baltic States. Russia has produced two key concepts – 'color revolution' and the 'destruction of statehood'. My colleague Tero Lundstedt gives definitions to these two concepts⁴, first for that of color revolution: "color revolution means an externally funded and directed illegal regime-change used to remove pro-Russian politicians from power under the guise of democracy".

Russia has in mind such revolutions as the one that took place in Georgia in 2003 (the rose revolution) and in Ukraine in 2014 (the orange revolution) when massive demonstrations led to the withdrawal of pro-Russian leaders and to their replacement with pro-Western leaders. Russia regards all popular revolutions in the countries mentioned as movements instigated and directed by the West. It excludes the possibility that the people were simply fed up with their

³ Circular letter to the Executive Council of the International Law Association (June 2014), <http://www.ilarb.ru/html/news/2014/5062014.pdf>.

⁴ T. Lundstedt, *The Destruction of Statehood and the Color Revolutions under the Russian International Law Doctrine*, a manuscript for an article, August 2018.

corrupt leaders, as happened in Ukraine in 2014. The Russian government is also worried about mass demonstrations against itself.

In the light of international law, it is not forbidden for a government in power to invite an external State to send in armed troops to help the government to put down a rebellion or maintain public order in the country. Traditional international law viewed this as legitimate and no rules denying this right have been accepted in general international law. However, an external State must deliberate carefully on whether it is advisable to answer affirmatively to the invitation. If the inviting government is corrupt and very unpopular, an external State interfering in the conflict may end up of being regarded by the people as their enemy. The action of Russia in Ukraine is a telling example: now it is regarded as the worst enemy by the Ukrainians (with the exception of the ethnic Russian minority).

Lundstedt provides the following definition of the destruction of statehood: "Russia reserves its right to 'un-recognize' a target State if it categorizes the situation as an illegal regime change that has destroyed its statehood".

Russia was of the opinion that the revolution in Ukraine in 2014 led to an illegal situation and to the destruction of the statehood of Ukraine. This gave the grounds for Russia to declare that all its treaties with Ukraine had lost their force, since the other party to them had ceased to exist. This view is completely at odds with the practice of the UN. In a number of cases, the UN has denied the regime of some State the right to represent that State in UN organs, but the question of destruction of statehood has come up only in such cases when a State has dissolved. International law does not deny people the right to bring about a revolution. After President Yanukovich fled, an acting president was immediately nominated by the parliament. Presidential and parliamentary elections soon followed. The statehood of Ukraine was not destroyed.

A New Strategy Declared by the Collective Security Treaty Organization

Russia is the leading member in a number of regional organizations created after the dissolution of the Soviet Union to bring together a number of newly independent States. These organizations are the Commonwealth of Independent States (CIS), the Collective Security Treaty Organization (CSTO) and the Eurasian European Union (EAEU). CSTO has six members: Russia, Armenia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, and Tadjikistan. EAEU has the same membership as the CSTO except Tadjikistan. CIS is the largest organization, which, in addition to the six CSTO members, also has Azerbaijan, Moldova and Uzbekistan as members.

In October 2016, the CSTO accepted a new Collective Security Strategy⁵, according to which the organization shall not tolerate threats to its member States – neither from outside nor from inside. The Strategy is meant to be in force until 2025. The key political matters are hidden inside the long text. According to the Strategy paper, the members of the CSTO are ready to prevent activities aimed at disorganizing the State power and changing the constitutional order in these States (section 3.1). They are also ready to prevent destructive efforts to influence the socio-political and socio-economic environment, as well as manipulating public consciousness in them (section 3.2).

The Strategy paper also provides (in section 6.6) that in the sphere of counter-acting modern, combined forms of influence on the CSTO member states with the aim of destroying their statehood, destabilizing the internal political situation or changing political regimes, the following actions will be carried out: 1) to study and analyze the practice of applying the so-called ‘color revolutions’ and ‘hybrid wars’ technologies, and 2) to form a collective response system.

The leading purposes in the Strategy are to react in a collective way to external threats and to threats against the governments in power by demonstrators, preventing such revolutions as took place in Ukraine in 2014 and in Georgia in 2003. Armed force would be used if necessary. All the member States of CSTO have autocratic governments and do not appear to have fair elections. These governments want to ensure that the people do not succeed in ousting them. It is grim that one of these members is Belarus, which, due to its dictatorship, is prevented from becoming a member of the all-European Council of Europe (with 47 member States) – Belarus being the only such State in Europe.

Russia pays a lot of lip-service to its respect for international law, but in fact it has violated international law, and is ready to violate again, notwithstanding the poor quality of its arguments that do not convince the international community and experts on international law.

⁵ The original Russian text of the Strategy can be found on CSTO’s web-page http://odkb-csto.org/documents/detail.php?ELEMENT_ID=8382. (The information provided here about the Strategy is based on an informal English translation done by my colleague Tero Lundstedt. We do not guarantee that all the terms used here are the best English translations of the terms of the original Strategy paper).

Lauri Hannikainen

RUSSIA AND INTERNATIONAL LAW

The starting point of the article is Lauri Mälksoo's recent book 'Russian Approaches to International Law'. He focuses on Russia before and after the period of the Soviet Union. Mälksoo knows his theme extremely well and discusses both the scholarship and State practice. Regarding the period of the Russian Federation, the Author of the article picks up his understanding of 'progressive' and 'conservative' in Russian thinking – in human rights law, in economic law, and regarding the use of armed forces – and disagrees with him to some extent. Unlike Mälksoo's book, this article also comments on the position of international law in the foreign policy of the Soviet Union and divides its 70 years – together with the Russian Federation's 25 years – into six different periods. The Author then leaves Mälksoo and focuses on international law in the foreign policy of the Federation during this decade, including the full U-turn of the leading Russian experts to support the illegal Russian annexation of Crimea. The latest cause for concern comes from the Russian-led international Collective Security Treaty Organization (CSTO – having six members), where, according to the new Collective Security Strategy, the parties agree to take joint action to prevent any 'color revolutions' like the Maidan revolution in Ukraine, where the people challenged the corrupt President. None of the members of the CSTO are democratic.



Paulina Zajadło-Węglarz

Uniwersytet Gdański

pzajadlo@prawo.ug.edu.pl

R2P – NOWY PARADYGMAT PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO?

Żyjemy w czasach, które przyniosły rewolucje w sferze stosunków międzynarodowych. Na przestrzeni stulecia świat obserwował wybuch dwóch wojen na skalę światową, powołanie i upadek Ligi Narodów, powołanie Organizacji Narodów Zjednoczonych, ukonstytuowanie się społeczności międzynarodowej, powstanie i zagładę systemu imperialnego (upadek imperium sowieckiego w 1989 r.), proces dekolonizacji, rozwój systemu ochrony praw człowieka, niezliczone interwencje w imię ochrony wartości gloryfikowanych przez system oenzetowski i pojawienie się terrorystycznego islamizmu wraz z rozprzestrzenianiem broni masowego rażenia. I to oczywiście tylko tytułem przykładu. Podobnie koniec zimnej wojny okazał się olbrzymim wyzwaniem dla badaczy stosunków międzynarodowych. Dotychczasowy ład legł w gruzach i pozostały pytania o nową wizję historii. Uważano, że czeka nas teraz epoka względnej stabilności i dobrobytu, choć inni z kolei twierdzili, że musimy zmierzyć się z nowym rodzajem wyzwań. Po 11 września 2001 r. okazało się, że pytań jest jeszcze więcej, a przyszłość świata jest jeszcze mniej jasna, niżby mogło się wydawać. Wojna na Bałkanach, ludobójstwa w Rwandzie, wojna iracka, jak również polityka Stanów Zjednoczonych w walce z terroryzmem i interwencja w Afganistanie prowadzą do podstawowego pytania o rolę prawa międzynarodowego i możliwości działania Narodów Zjednoczonych w światowej polityce. Narzuca się wątpliwość, czy wyzwania, które są tak charakterystyczne dla współczesnego, zglobalizowanego świata, mogą być konfrontowane z regułami i strukturami pochodzącymi z czasów powojennych.

Nie ulega wątpliwości, iż w ostatnich latach obserwujemy zjawiska upoważniające do refleksji nad ewentualnym procesem aksjologicznego i normatywnego

przekształcania paradygmatu prawa międzynarodowego¹. *In genere* mamy do czynienia z próbą konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, które ewoluuje od prymitywnego zbioru reguł pierwszego stopnia w kierunku szeroko pojętego systemu o złożonej strukturze wewnętrznej. Według niektórych autorów można też wręcz mówić o narodzinach prawa globalnego (*ingelaere*)² nadbudowanego nad tradycyjnym prawem międzynarodowym, inni określają to mianem prawa ludzkości (*humanity's law*)³. Trzeba przyznać, że konstytucjonalizacja jest dziś pojęciem wyjątkowo atrakcyjnym, ale nadal stanowi „nierozwiązaną zagadkę”⁴. W doktrynie wskazuje się też na proces do pewnego stopnia odwrotny – fragmentację prawa międzynarodowego spowodowaną coraz powszechniejszą dyferencjacją poszczególnych dziedzin współpracy międzynarodowej⁵. Powstają autonomiczne systemy normatywne regulujące poszczególne dziedziny stosunków międzynarodowych, obejmujące normy o charakterze materialnym, jak i normy proceduralne. Współczesne prawo międzynarodowe nie ogranicza się już jedynie do rozstrzygania konfliktów międzypaństwowych, lecz awansowało do rangi wszechstronnego narzędzia regulującego szeroko pojęte stosunki międzynarodowe. Prawo międzynarodowe, do niedawna operujące przede wszystkim w sferze dogmatyki prawa, by stać się efektywnym narzędziem, musi się jednak otworzyć na inne dziedziny wiedzy: etykę, filozofię prawa, filozofię polityki, teorię stosunków międzynarodowych etc.⁶ Najbardziej kontestowaną próbę rewizji podstawowych kategorii prawa międzynarodowego stanowi bez wątpienia przewartościowanie zasady suwerenności. Okazuje się, że wspólne działania podejmowane przez społeczność międzynarodową w celu zażegnania problemów zagrożenia pokoju lub bezpieczeństwa oraz naruszeń praw człowieka występują wbrew legalnej naturze suwerenności wpisanej w podstawowe zasady prawa międzynarodowego. Liczba zwolenników nowej teorii suwerenności państwa w stosunkach międzynarodowych jest prawie dokładnie taka sama jak liczba oponentów jakichkolwiek zmian. Należy jednak stanowczo podkreślić, że koncepcja odpowiedzialności za ochronę nie stanowi zamachu na niezależność państwową. Wręcz przeciwnie, jak utrzymywał Sekre-

¹ J. Zajadło, *Aksjologia prawa międzynarodowego a filozofia prawa (uwagi na marginesie doktryny Responsibility to Protect)* [w:] *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, red. A. Wnukiewicz-Kozłowska, Wrocław 2011, s. 307 i nn.

² J. Zajadło, *Konstytucjonalizacja prawa międzynarodowego* [w:] *Leksykon prawa międzynarodowego publicznego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Przyborowska-Klimczak, D. Pyc, Warszawa 2012, s. 131–138; por. m.in. R. Domingo, *The New Global Law*, New York 2011.

³ R.G. Teitel, *Humanity's Law*, Oxford–New York 2011.

⁴ I. de la Rasilla del Moral, *The Unsolved Riddle of International Constitutionalism*, „International Community Law Review” 2010, vol. 12, no. 1, s. 81–110.

⁵ A. Wiśniewski, *Fragmentacja prawa międzynarodowego* [w:] *Leksykon prawa międzynarodowego publicznego...*, Warszawa 2012, s. 65–68.

⁶ J. Zajadło, *Aksjologia prawa międzynarodowego...*, s. 8

tarz Generalny Kofi Annan, stanowi raczej wsparcie i wzmocnienie autonomii państwa. Pomimo wielopłaszczyznowych powiązań wspólnoty międzynarodowej i postępującego rozwoju prawa międzynarodowego zasada suwerenności państwowej nadal pozostaje centralną kategorią stosunków międzynarodowych. Mamy jednak do czynienia z progresywnym procesem zmian, którego odzwierciedleniem jest między innymi R2P. Rola państw nie jest już wyłącznie oparta na całościowości i samowładności (by odwołać się do retoryki Cezarego Berezowskiego), lecz generuje odpowiedzialność. Co więcej, doktryna coraz śmielej zaczyna iść w kierunku upodmiotowienia jednostki, oczywiście wyposażając ją jedynie w pewne elementy zdolności uczestnictwa w stosunkach międzynarodowych⁷. Więcej nawet – nie brakuje też głosów próbujących przyznać podmiotowość społeczności międzynarodowej jako całości⁸.

Nowy świat to nowe wyzwania. Aby sprostać takim wyzwaniom prawo międzynarodowe musi dostosować się to współczesnych realiów. Narody Zjednoczone potrzebują reformy instytucji i procesów decyzyjnych. Zbiór pojęć i teorii tworzących system prawa międzynarodowego musi zostać zredefiniowany. Szansą na zmiany, choć nie lekarstwem na wszystkie problemy, może okazać się koncepcja odpowiedzialności za ochronę – znana również pod postacią akronimu R2P.

Koncepcja odpowiedzialności za ochronę zrodziła się z problemu „prawa do interwencji”, który powstał w latach 90. XX w. pod wpływem wydarzeń w Rwandzie i Bośni. Analizując współczesną literaturę z zakresu szeroko pojętych stosunków międzynarodowych, śmiało można uznać, że R2P jest jednym z najczęściej używanych terminów w języku współczesnej polityki międzynarodowej. Po doświadczeniach interwencji w Kosowie i późniejszych kontrowersjach odnośnie do legitymacji działań NATO ówczesny Sekretarz Generalny Kofi Annan wystąpił ze słynnym przemówieniem na forum Zgromadzenia Ogólnego w 1999 r., rzucając humanitarnej interwencji wyzwanie. Państwa członkowskie ogarnął niepokój, a reakcja była tak paniczna, że poszczególni członkowie ONZ zwątpili w efektywność Kofiego Annana na stanowisku Sekretarza Generalnego ONZ. Po kilku latach funkcjonowania R2P na forum debaty o stanie współczesnych stosunków międzynarodowych okazuje się, że jest to wyjątkowo wartościowe osiągnięcie. Geneza pojęcia odpowiedzialności za ochronę wiąże się ściśle z debatą na temat relacji zachodzących pomiędzy suwerennością państwową, użyciem siły w stosunkach międzynarodowych i prawami człowieka⁹.

⁷ A. Peters, *Humanity as A and Ω [Omega] of Sovereignty*, „European Journal of International Law” 2009, vol. 20, no. 3, s. 513–544.

⁸ A.A.C. Trynidade, *International Law for Humankind*, Boston–Leiden 2010, s. 275–288, zwłaszcza rozdz. XI *Humankind as a Subject of International Law*.

⁹ Szerzej na ten temat J. Zajadło, *Aksjologia prawa międzynarodowego...*, s. 307–337.

Podczas kryzysu w Kosowie w 1999 r., Sekretarz Generalny Kofi Annan napisał słynny artykuł w magazynie „The Economist”, w którym przedstawił dwie wizje suwerenności. Tradycyjne założenia, sugerował Annan, przedstawiają państwo jako głównego beneficjenta przywilejów płynących z zasady suwerenności niezależnie od sposobu, w jaki traktuje ono swoich obywateli. Jednakże Sekretarz Generalny przyjął, iż: „Suwerenność państwowa, w swoim najbardziej podstawowym znaczeniu, jest obecnie redefiniowana – zwłaszcza przez siły globalizacji i międzynarodowej współpracy. Państwa dziś są postrzegane jako instrument na usługach obywateli, a nie odwrotnie. Jednocześnie indywidualna suwerenność – przez którą mam na myśli fundamentalną wolność każdej jednostki, chronioną w Karcie NZ oraz późniejszych międzynarodowych traktatach – została uwydatniona przez odnowioną i szerzącą się świadomość indywidualnych praw. Gdy dziś czytamy Kartę NZ, jesteśmy bardziej niż kiedykolwiek przekonani, że jej zadaniem jest ochrona jednostki ludzkiej, a nie jej oprawców”¹⁰.

Zgodnie z takim założeniem suwerenność pociąga za sobą zarówno prawa, jak i zobowiązania. Tylko państwo, które troszczy się, opiekuje i chroni fundamentalnych praw własnych obywateli i jednocześnie wypełnia swoje suwerenne obowiązki, jest uprawnione do korzystania z pełni praw przysługujących z tytułu suwerenności. W takim rozumieniu suwerenność jako odpowiedzialność opiera się na dwóch podstawach: niezbywalnych prawach jednostki oraz koncepcji, że rządy państw mają pierwszorzędnny obowiązek ochrony praw własnej ludności, a gdy naruszają zobowiązania lub nie są w stanie im sprostać, społeczność międzynarodowa nabywa zobowiązanie do wkroczenia w zgodzie z Kartą Narodów Zjednoczonych.

Humanitarna interwencja była działaniem kontrowersyjnym zarówno, gdy ją stosowano, jak i wtedy, gdy do niej nie dochodziło. Rwanda w 1994 r. obnażyła pełnię horroru bezczynności¹¹. Co gorsze, struktury ONZ miały prawo przypuszczać, iż nieuchronnie może dojść do eskalacji konfliktu w wyniku akcji planowanych przez urzędników związanych z ówczesnym rządem. Rada Bezpieczeństwa odmówiła jednak podjęcia odpowiednich kroków pomimo obecność sił ONZ w Rwandzie. Była to niestety porażka międzynarodowej woli i obywatelskiej postawy na najwyższym poziomie. Konsekwencją braku działania była katastrofa humanitarna dotykająca nie tylko Rwandę, gdyż destabilizowała ona również cały rejon Wielkich Jezior, aż do po dzień dzisiejszy. W następstwie tych wydarzeń wielu obywateli Afryki doszło do wniosku, że

¹⁰ J. Zajadło, *Aksjologia prawa...*, s. 96.

¹¹ Przekonywająco na temat tragedii w Rwandzie pisał Romeo Dallaire, bezpośredni uczestnik działań w Rwandzie. Szerzej na ten temat zob. R. Dallaire, *Shake Hands with the Devil: The Failure of Humanity in Rwanda*, New York 2004.

przy całej retoryce prowadzonej wokół uniwersalności praw człowieka, nie każde życie ludzkie jest jednakowe i równie istotne¹².

Kosowo – gdzie interwencja humanitarna miała miejsce w 1999 r. – skupiło uwagę na odmiennych argumentach. Operacja podniosła ważny problem legitymacji i legitymizacji interwencji zbrojnej w innym suwerennym państwie. Czy argument słusznej przyczyny w wypadku zagrożenia, a ostatecznie dokonania naruszeń praw człowieka przez władze belgradzkie, były wystarczająco poważne, aby zastosować siły z zewnątrz? Czy poprzez szukanie sposobu na rozdział państwa władze Kosowa zmanipulowały zewnętrzne siły w celu ugruntowania własnych politycznych celów? Czy wszystkie pokojowe środki rozwiązywania konfliktów zostały wykorzystane? Czy interwencja otrzymała odpowiednią autoryzację? Jak próba obejścia i zmarginalizowania roli ONZ przez *Coalition of Willing*, działającą bez zgody Rady Bezpieczeństwa, mogła być usprawiedliwiona? Czy sposób, w jaki akcja została przeprowadzona, w rzeczywistości pogorszył sytuację? Ostatecznie, czy Kosowo bez interwencji ze strony NATO w najlepszym wypadku nie byłoby miejscem ciągłych, krwawych i destabilizujących wojen domowych lub co gorsza okazją do popełnienia rzezi ludobójstwa, jaka miała miejsce cztery lata wcześniej w Bośni? Jak widać Kosowo pobudziło tak wiele problemów, że ostatecznie przyznano mu status rewolucji w kontekście użycia siły w stosunkach międzynarodowych¹³. Można się wręcz spotkać z nieformalnym podziałem interwencji na te, które miały miejsce przed i po Kosowie.

Bośnia – szczególnie nieudana akcja ONZ, podjęta w celu niedopuszczenia masakry tysięcy cywilów szukających schronienia w „bezpiecznych strefach” ONZ w Srebrenicy w 1995 r., jest kolejną porażką, która miała ogromny wpływ na współczesną polityczną debatę o humanitarnej interwencji w celu ochrony ludzkiego życia. Jednocześnie podniesiono, że interwencja miała być spełnieniem obietnicy dla ludzi w potrzebie, obietnicą faktycznie niedotrzymaną. Inny przypadek totalnej porażki społeczności międzynarodowej i nieudanych działań pokojowych sił ONZ to Somalia w latach 1992–1993, gdzie międzynarodowa interwencja w celu ratowania życia i przywrócenia porządku została zaprzeczona przez błędne planowanie, słabe wykonanie i nadmierną zależność od sił zbrojnych. Wszystkie cztery przypadki wystąpiły w czasie, gdy świat miał najwyższe oczekiwania wobec efektywnych akcji zbiorowych podejmowanych po końcu zimnej wojny. Wszystkie cztery przypadki – Rwanda, Kosowo, Bośnia i Somalia – miały zasadniczy wpływ na postrzeganie, analizę i charakterystykę problemu interwencji. Niestety, okazało się, że główne założenia politycznej

¹² International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Responsibility to Protect*, Ottawa 2001, par. 1.1.

¹³ Na temat precedensowego charakteru interwencji w Kosowie wypowiada się m.in. Fernando Tesón. Szerzej na ten temat zob. E.R. Tesón, *Kosovo: A Powerful Precedent For The Doctrine Of Humanitarian Intervention*, „Amsterdam Law Forum” 2009, vol. 1, no. 2.

debaty wciąż na nowo rozpatrywane przez ONZ, zostały wystarczająco zgaszzone. Dla niektórych społeczność międzynarodowa nie interweniuje w sposób wystarczający, dla innych interwencji jest zbyt wiele. Dla jednych głównym problemem jest zagwarantowanie, aby interwencja była efektywna, w innych kwestia dotycząca legalności, procesu i możliwego nadużycia precedensu budzi największy niepokój. Dla jednych interwencje zwiastują przewartościowanie świata, w którym prawa człowieka mają przewagę nad suwerennością państwową, dla innych interwencje wprowadzają w świat, w którym wielkie mocarstwa nie liczą się z mniejszymi państwami, manipulując retoryką humanitaryzmu i praw człowieka¹⁴. Polemika wniosła jasny podział pośród społeczności międzynarodowej. W interesie wszystkich ofiar cierpiących i ginących, gdy siły przywódcze państw zawodzą, kluczowe jest, aby takie różnice zostały wyjaśnione.

Relacja pomiędzy koncepcją odpowiedzialności za ochronę a doktryną humanitarnej interwencji nie wydaje się szczególnie skomplikowana. Międzynarodowa Komisja do spraw Interwencji i Suwerenności Państwowej (International Commission on Intervention and State Sovereignty– ICISS) w 2001 r. przyjęła raport *Responsibility to Protect* odpowiadający na problemy współczesnej polityki światowej. Raport komisji ICISS opierał się na długiej historii interwencji i jej poszczególnych zastosowań¹⁵. Chcąc jednak uniknąć zarzutów o kamuflowanie kontrowersyjnej instytucji humanitarnej interwencji, członkowie komisji ICISS postawili sobie za zadanie nie tylko modyfikację terminologiczną, ale przede wszystkim ideową problemu. Zmieniając oś rozważań z „interwencji” na „suwerenność jako odpowiedzialność” koncepcja R2P stanowi efekt długich i burzliwych debat nad legalnością i legitymizacją humanitarnej interwencji. Nowością koncepcji było oparcie jej na trzech filarach: odpowiedzialność za prewencję (*responsibility to prevent*), odpowiedzialność za działanie (*responsibility to react*) oraz odpowiedzialność za odbudowę (*responsibility to rebuild*). Oczywiście użycie siły powinno być ostatnim z możliwych kroków podejmowanych zgodnie z kryteriami podanymi przez raport, a wyprowadzonymi wprost z kryteriów wojny sprawiedliwej. Od momentu powstania koncepcji układ na linii R2P a humanitarna interwencja przeszedł trzy etapy: inkorporację humanitarnej interwencji przez R2P na gruncie raportu komisji ICISS w 2001 r., równoległą obecność obu tych idei w połowie pierwszej dekady XX w. oraz ostatecznie próbę wykluczenia humanitarnej interwencji z szeregów R2P. Taki układ mógłby wskazywać

¹⁴ Szerzej na temat wątpliwości, jakie budzi możliwość stosowania humanitarnej interwencji i rodząca się koncepcja odpowiedzialności za ochronę zob. R. Kwiecień, *Jednostka i jej prawa a państwo w świetle doktryny Responsibility to Protect. Ku nowej idei prawa międzynarodowego?* [w:] *Księga życia i twórczości. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Romanowi A. Tokarczykowi*, t. V, *Prawo*, red. Z. Władek, Lublin 2013, s. 193–202.

¹⁵ The International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility...*, s. 9.

na powolne zanikanie humanitarnej interwencji w stosunkach międzynarodowych¹⁶.

Po atakach na Stany Zjednoczone 11 września 2001 r. wydawało się, że R2P umrze śmiercią naturalną. W czasie, gdy cały świat zaangażował się w wojnę z terroryzmem oraz wojnę w Afganistanie, trudno było przebić się z tak nowatorską teorią i uważano, że zostanie ona pochowana na cmentarzysku historii¹⁷. Jednakże grupa zaangażowanych ludzi na całym świecie wyętyżyła siły, próbując promować R2P. Ogromnym sprzymierzeńcem tej sprawy okazał się Sekretarz Generalny ONZ Kofi Annan, rekomendując koncepcję na forum ONZ oraz prezentując ją w raporcie *A More Secure World: Our Shared Responsibility* w 2004 r. oraz *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All* w 2005 r. Ogromnym sukcesem okazał się Szczyt Światowy ONZ w 2005 r., na którym państwa członkowskie poparły tworzącą się koncepcję R2P. Analizując jednak postanowienia raportów z 2004 i 2005 r. oraz Dokumentu Końcowego Szczytu Światowego, jasno wynika, że to właśnie użycie siły stało się przedmiotem największego sporu pośród członków społeczności międzynarodowej. Humanitarna interwencja nie została jednoznacznie uznana za nielegalną¹⁸, a tym samym potwierdzono kryteria legitymowanego użycia siły¹⁹. Dokument Końcowy Szczytu Światowego stosował jednak zachowawcze słownictwo, nie odwołując się bezpośrednio do użycia siły i nieautoryzowanych interwencji humanitarnych, a jedynie do gotowości społeczności międzynarodowej²⁰. Społeczność międzynarodowa, działając za pośrednictwem ONZ, zobowiązała się do użycia wszelkich właściwych dyplomatycznych, humanitarnych oraz innego rodzaju środków pokojowych, w zgodzie z postanowieniami rozdziału VI i VII Karty NZ, w celu pomocy w ochronie ludności przed ludobójstwem, zbrodniami wojennymi, czystkami etnicznymi oraz zbrodniami przeciw ludzkości. Państwa

¹⁶ Po 11.09.2001 r. i weryfikacji argumentów podejmowanych interwencji zaczęto nawet się zastanawiać nad koniecznością podejmowania tego tematu. Szerzej zob. T.G. Weiss, *The Sunset of Humanitarian Intervention? The Responsibility to Protect in the Unipolar Era*, „Security Dialog” 2004, vol. 35, no. 2, s. 135–153; N. MacFarlane, C.J. Thielking, T.G. Weiss, *The Responsibility to Protect: is anyone interested in humanitarian intervention?*, „Third World Quarterly” 2004, vol. 25, no. 5, s. 977–992; Sung-han Kim, *The End of Humanitarian Intervention?*, „Orbis – A Journal of World Affairs” 2003, s. 721–736.

¹⁷ M. Newman, *Revisiting the Responsibility to Protect*, „The Political Quarterly” 2009, vol. 80, no. 1, s. 92.

¹⁸ V. Bilková, *The Responsibility to Protect – New beginning or end of the road for humanitarian intervention?*, „Czech Yearbook of International Law” 2010, vol. 1, s. 82.

¹⁹ Szerzej na ten temat raporty K. Annan, *A more Secure World*, par. 207 oraz *idem*, *In Larger Freedom*, par. 126.

²⁰ „[...] we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations as appropriate, should peaceful means be inadequate and national authorities are manifestly failing to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity”.

członkowskie wyraziły swoją gotowość do podjęcia działania w sytuacji, gdy środki pokojowe okażą się niewystarczające, a władze krajowe wyraźnie i jednoznacznie niezdolne do ochrony swej ludności przed ludobójstwem, zbrodniami wojennymi, czystkami etnicznymi oraz zbrodniami przeciw ludzkości.

Pod koniec pierwszej dekady XXI w. implementacja koncepcji nabrała szybszego tempa, ale łączyło się to z modyfikacją jej pierwotnych założeń. W 2006 r. Rada Bezpieczeństwa powołała się na R2P w rezolucji 1674²¹ *O ochronie ludności cywilnej w trakcie konfliktów zbrojnych*. Kolejnym krokiem była rezolucja 1706²² dotycząca sytuacji w Darfurze. W szeregach ONZ pojawiły się zróżnicowane głosy na temat możliwości stosowania jednostronnej akcji zbrojnej w celach humanitarnych. Pojawiły się również głosy, że R2P stopniowo zastępuje humanitarną interwencję²³. Współczesne podejście skłania się w ku eliminacji unilateralnego zastosowania siły oraz umacniania struktur prewencyjnych. Tym niemniej realia (Darfur czy Syria) pokazują, że dopóki R2P nie zostanie wzmocniona i realizowana w praktyce, widmo humanitarnej interwencji będzie ciążyć nad polityką międzynarodową i niewykluczone, że powróci.

Wiosną 2008 r. w szeregach Sekretariatu ONZ trwały wytężone prace nad porozumieniem w kwestii wzmocnienia doktryny odpowiedzialności za ochronę. Istniały obawy, że skoro Sekretariat nie jest w stanie przyjąć jednostronnego stanowiska w tak potencjalnie problematycznej sprawie, tym bardziej będzie to niemożliwe w szerokim gronie 193 państw członkowskich ONZ. Efektem prac był raport Sekretarza Generalnego wydany 20 stycznia 2009 r. pod nazwą *Implementing the Responsibility to Protect*²⁴. Raport jest pierwszym tak obszernym dokumentem ONZ na temat R2P opublikowanym w myśl zobowiązania się Sekretarza do zainicjowania aktywnego procesu implementacji oraz promowania oficjalnej polityki organizacji²⁵.

Po publikacji dokumentu końcowego Szczytu Światowego okazało się jasne, że pomimo poparcia udzielonego dla samej koncepcji R2P państwa członkowskie nie były już tak jednoznacznie skłonne, aby przyjąć strukturę (prewencja – odpowiedź – odbudowa) proponowaną przez komisję ICISS. Debata na forum Zgromadzenia Ogólnego ujawniła wątpliwości państw w odniesieniu do konkretnych zastosowań koncepcji. Raport Sekretarza Generalnego z 2009 r. był efektem starannej interpretacji zapisów paragrafów 138 i 139 i stworzył nową

²¹ Rezolucja 1674, S/RES/1674.

²² Rezolucja 1706, S/RES/1706.

²³ V. Bilková, *The Responsibility to Protect...*, s. 84.

²⁴ B. Ki-moon, *Implementing the responsibility to protect*, A/63/677.

²⁵ Wystąpienie Sekretarza Generalnego w Kigali 29 stycznia 2008 r., http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/statments_full.asp?statID=179#.URuNA5YrXM0; szerzej na ten temat zob. J.A. Bellamy, *Global Politics and the Responsibility to Protect: From Words to Deeds*, London–New York 2011, *passim*.

wizję koncepcji odpowiedzialności za ochronę. Po kilku latach nieustannych kontrowersji²⁶ wokół tematu oraz wielostronnych zarzutów o zbyt duże pokrewieństwo z humanitarną interwencją Sekretarz Generalny zmodyfikował operacjonalizację R2P, nadbudowując nową teorię ponad przyjęte przez ICISS trzy filary odpowiedzialności za prewencję, reakcję i odbudowę²⁷. Według Ban Ki-moona filar pierwszy, będący fundamentem idei, stanowi, że to przede wszystkim państwo ma pierwszeństwo w odpowiedzialności za ochronę swojej ludności przed ludobójstwem, zbrodniami wojennymi, czystkami etnicznymi oraz zbrodniami przeciwko ludzkości. Filar drugi określa zobowiązanie społeczności międzynarodowej do zapewnienia państwom wsparcia w dążeniu do ochrony ludności – na tym etapie najważniejszą rolę odgrywają organizacje regionalne. Raport zakłada, że najistotniejszym krokiem jest pomoc państwom w wyjściu z kryzysu, a nie tylko reakcja *post factum* dokonanej tragedii. Ostatni element koncepcji koncentruje się na odpowiedzialności społeczności międzynarodowej za szybką i zdecydowaną akcję, mającą na celu powstrzymanie zbrodni, gdy państwo jawnie uchyla się przed ochroną własnych obywateli. Z kolei ewentualna odpowiedź społeczności międzynarodowej powinna polegać na zastosowaniu wielu narzędzi, którymi dysponuje ONZ na podstawie rozdziałów VI, VII i VII Karty.

Raport *Implementing the Responsibility to Protect* jest nową wersją starej koncepcji. Sekretarz Generalny, analizując dokument Szczytu Światowego oraz opinie poszczególnych państw, postanowił zmodyfikować R2P przedstawioną przez komisję ICISS. Filar pierwszy określił, że to państwa mają pierwszorzędny obowiązek ochrony ludności przed ludobójstwem, zbrodniami wojennymi, czystkami etnicznymi oraz zbrodniami przeciwko ludzkości i jest to absolutną podstawą założeń odpowiedzialności za ochronę. Aby zapewnić implementację dokumentu końcowego Szczytu Światowego z 2005 r., Sekretarz Generalny zaproponował, aby państwa zapewniły skuteczne mechanizmy prowadzenia rozmów na szczeblu krajowym, wspierały wzajemne poszanowanie wśród przeciwnych grup oraz popierały ochronę praw kobiet, dzieci i mniejszości. Idealne forum do dialogu i współpracy w realizowaniu zobowiązań na polu odpowiedzialności za ochronę stanowi Rada Praw Człowieka ONZ. Państwa powinny ponadto wdrażać instrumenty prawa międzynarodowego z zakresu praw człowieka, międzynarodowego prawa humanitarnego i prawa uchodźców, a ostatecznie

²⁶ Szerzej na ten temat zob. N. Chomsky, *The skeleton in the closet: the responsibility to protect in history* [w:] *Critical Perspectives on the Responsibility to Protect*, ed. P. Cunliffe, New York 2011, s. 11–18; D. Chandler, *Understanding the gap between the promise and reality of the responsibility to protect* [w:] *Critical Perspectives...*, s. 19–34; J.E. Alvarez, *The Schizophrenias of R2P* [w:] P. Alston, E. Macdonald, *Human Rights, Intervention and the Use of Force*, New York 2008, s. 275–284; A. de Waal, *No Such Thing as Humanitarian Intervention: Why We Need to Rethink How to Realize the “Responsibility to Protect” in Wartime*, „Harvard International Review”, 21.03.2007.

²⁷ Szerzej na ten temat zob. A.J. Bellamy, *Global Politics and the Responsibility to Protect...*, s. 35 i nn.

ratyfikować Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego. Konstruktywna autokrytyka poszczególnych państw pozwoli na zrozumienie zasad rządzących odpowiedzialnością za ochronę i możliwością zastosowania jej w stosunku do krajowych standardów i wartości. Ponadto cała społeczność międzynarodowa powinna poddać poszczególne działania samoocenie, mającej na celu uniknięcie ryzyka prowadzącego do masowych zbrodni. Skutecznym środkiem poprawy jakości stosunków wewnątrzpaństwowych może być przyzwolenie na pracę międzynarodowych i krajowych organizacji nad wzmacnianiem lokalnych podmiotów, jak policja, wojsko, sądownictwo i ustawodawstwo, oraz jednostek nadzorujących implementację standardów praw człowieka w szczególności, gdy państwo nie radzi sobie z podstawowymi funkcjami. W przypadkach państw podatnych na klęski humanitarne należy zapewnić indywidualne podejście np. poprzez reintegrację dzieci-żołnierzy, pomoc ofiarom konfliktów i zbrodni lub stworzenie międzynarodowej struktury sieci „ocalonych” mającej na celu pomoc i ochronę przed ponownym występowaniem zbrodniczego zjawiska.

Filar drugi określa zobowiązanie się społeczności międzynarodowej do zapewnienia pomocy państwom w tworzeniu zdolności ochrony ich ludności przed ludobójstwem, zbrodniami wojennymi, czystkami etnicznymi i zbrodniami przeciwko ludzkości oraz wspieraniu tych państw, które są na granicy kryzysu lub wybuchu konfliktu. Sekretarz Generalny ograniczył pomoc do czterech możliwości: zachęcania państw do spełniania obowiązku wynikającego z pierwszego filaru koncepcji, pomocy państwom w wypełnianiu zobowiązań, budowania zdolności państwa do ochrony własnych obywateli przed zbrodniami oraz wspierania państw balansujących na granicy kryzysu. Sekretarz jednocześnie wskazał, że ta część koncepcji w dużej mierze jest możliwa do zastosowania, gdy państwo i jego polityczni przywódcy są „słabi, podzieleni i niepewni”²⁸ i nie mają rozmyślnych planów popełnienia zbrodni. Podkreślając potrzebę współpracy pomiędzy różnymi partnerami (zarówno państwami członkowskimi, organami regionalnymi, jak i subregionalnymi, społeczeństwem cywilnym oraz sektorem prywatnym), filar drugi wskazuje jednocześnie na instytucjonalną siłę i relatywną przewagę systemu Narodów Zjednoczonych. Wprowadzając proces implementacji R2P na realne tory, Sekretarz Generalny stanowczym głosem przemówił do państw członkowskich, aby wspierały mechanizmy ONZ i subregionalnych organizacji w dążeniu do dialogu, właściwej edukacji i szkolenia z zakresu praw człowieka i standardów humanitarnych. Aby skutecznie zapobiegać przyszłym tragediom i łagodzić napięcia etniczne, należy wzmocnić promocję procesów pomocy międzyregionalnej w zakresie popularyzacji istniejących systemów prewencyjnych i szybkiego reagowania oraz wspierać zdolności cywilnych organizacji regionalnych i subregionalnych. W sytuacjach konfliktowych

²⁸ B. Ki-moon, *Implementing...*, par. 29.

natomiast nie zawsze użycie siły jest pożądanym rozwiązaniem i wpiery należy odwołać się do pokojowych środków w postaci dobrych usług czy kanałów oficjalnej dyplomacji. Główny nacisk, jaki Sekretarz Generalny położył na działania prewencyjne, przewidywał również tworzenie rezerwowych systemów szybkiego reagowania na kryzysowe sytuacje oraz czynny udział w zbiorowej pomocy wojskowej i tworzenie stałych misji pokojowych. Każde państwo powinno w szczególny sposób kontrolować i wzmacniać własne systemy bezpieczeństwa, zapewniając ogólną stabilizację pozostałym członkom społeczności międzynarodowej. Sekretarz zaapelował do państw, aby silnie zaangażowały się w prace nowopowstałej Komisji Budowania Pokoju (Peacebuilding Commission) i pomocą państwom w wypełnianiu ich zobowiązań, przy czym sama komisja mogłaby zapewniać fundusze na rzecz kryzysowych sytuacji.

Trzeci filar koncentruje się na odpowiedzialności społeczności międzynarodowej za szybkie i zdecydowane działanie mające na celu zapobieganie i zatrzymanie ludobójstwa, czystek etnicznych, zbrodni wojennych oraz zbrodni przeciwko ludzkości, gdy państwo w sposób rażący zaniedbuje ochronę własnych obywateli. Odpowiedź na gruncie filaru trzeciego powinna zawierać przede wszystkim pokojowe środki przewidziane w rozdziale VI Karty, współpracę z regionalnymi i subregionalnymi organizacjami w zgodzie z rozdziałem VIII Karty, a w ostateczności środki przymusowe autoryzowane przez Radę Bezpieczeństwa. Zgromadzenie Ogólne powinno realizować komplementarną rolę w stosunku do Rady Bezpieczeństwa i mieć możliwość działania na podstawie funkcji przypisanych mu w art. 10 i 14 Karty w toku procedury *Uniting for Peace*²⁹. Sekretarz Generalny zaproponował szereg kroków w procesie implementacji trzeciego filaru, które powinny być przedsięwzięte przez ONZ oraz przez regionalne i subregionalne organizacje. Główna odpowiedzialność spoczywa na barkach ONZ – szczególnie Rady Bezpieczeństwa, która wraz ze Zgromadzeniem Ogólnym powinny w pierwszej kolejności powołać rozpoznawczą misję do ustalenia, potwierdzenia i raportowania ewentualnych naruszeń prawa międzynarodowego. Podobnie Rada Praw Człowiek powinna utworzyć w ramach swoich kompetencji misje pokojowo-obszernościowe i ustanowić specjalnego sprawozdawcę informującego na bieżąco o zaistniałej sytuacji. Poszczególne misje powinny stosować terminowe ostrzeżenie państw o braku realizacji zobowiązań wynikających z odpowiedzialności za ochronę. Jednocześnie pozwoli to na dostarczenie wiadomości i szybką reakcję ze strony odpowiednich organów, m.in. Zgromadzenia Ogólnego, Rady Bezpieczeństwa, Międzynarodowego Trybunału Karnego, Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka, Wysokiego Komisarza ds. Uchodźców oraz Specjalnego Przedstawiciela ds. Zapobiegania Zbrodni

²⁹ Szerzej na ten temat zob. K. Hossain, *The Complementary Role of the United Nations General Assembly in Peace Management*, „Review of International Law and Politics” 2008, vol. 4, no. 13, s. 77–93.

Ludobójstwa. Ważne, aby członkowie Rady Bezpieczeństwa, w szczególność pięciu stałych członków, powstrzymali się przed stosowaniem lub groźbą zastosowania prawa weta w sytuacjach jawnego niedotrzymywania zobowiązań wynikających z odpowiedzialności za ochronę, zapisanych w par. 139 Dokumentu Końcowego Szczytu Światowego i jednocześnie dążyli do porozumienia w celu osiągnięcia zamierzonego celu. Dopuszczalne jest stosowanie ukierunkowanych sankcji dyplomatycznych oraz embarga broni, co zapewni państwom członkowskim działanie zgodne z założeniami Dokumentu Końcowego Szczytu Światowego w odniesieniu do odpowiedzialności za ochronę. Społeczność cywilna może ponadto wywierać nacisk i wpływać na inwestorów zarówno prywatnych, indywidualnych, jak również publicznych, aby wycofywali się z zagranicznych inwestycji, gdy działanie państwa jest niezgodne z prawem międzynarodowym. Istotną funkcję powierzono również Sekretarzowi Generalnemu ONZ, który ma pozostać organem odpowiedzialnym za zapewnienie członkom Rady Bezpieczeństwa i Zgromadzenia Ogólnego informacji na temat domniemyanych sytuacji wymagających zastosowania R2P oraz zapewnienia, że mogą działać w sposób szybki i stanowczy. Misją całej społeczności międzynarodowej powinna pozostać ochrona przed nakłanianiem do ludobójstwa, zbrodni wojennych, czystek etnicznych i zbrodni przeciwko ludzkości oraz zobowiązanie, że jakiegokolwiek działanie prowadzące do wymienionych zbrodni będą zgłaszane do Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Problemy i troski XXI w. niosą ze sobą często zupełnie odmienne zagadnienia od tych, z jakimi borykał się świat w 1945 r., gdy powstawało ONZ. Wraz z nowymi warunkami i wyzwaniem pojawiły się nowe nadzieje na działanie oraz nowatorskie standardy postępowania w sferze narodowych i międzynarodowych stosunków. Od czasu ataków z 11 września 2001 r. na WTC i Pentagon stało się jasne, że wojna z terroryzmem musi trwać – na wielu nieokreślonych frontach i z wysoce nieuchwytnym wrogiem – i jest wojną, jakiej świat wcześniej nie widział. Powstało wiele nowych międzynarodowych instytucji przystosowanych do nowych potrzeb. W kluczowych sprawach mandat i możliwości międzynarodowych struktur niestety nie nadążają za współczesnymi potrzebami i oczekiwaniami. Ponadto problem interwencji międzynarodowej dla ochrony praw człowieka jest oczywistym i istotnym przykładem konieczności wspólnego działania niezbędnego do zastosowania międzynarodowych norm i instytucji w odpowiedzi na międzynarodowe zapotrzebowanie. Współczesna dyskusja nad interwencją dla ochrony praw człowieka jest wynikiem tego, jak wiele się zmieniło od czasów powstania ONZ. Debata toczy się wokół stosunków licznych państwowych, pozapaństwowych i instytucjonalnych uczestników oraz ich wyraźnego wzajemnego oddziaływania i uzależnienia. To jest debata, która odsłania nowe zbiory problemów i nowe powody do niepokoju. To debata, która jest prowadzona w ramach nowych standardów zachowania państw i jednostek oraz

w kontekście ogromnych oczekiwań wobec podejmowanych akcji. W końcu jest to debata w obszarze instytucjonalnych struktur, które od czasów zakończenia zimnej wojny stworzyły nadzieje na efektywną wspólną akcję międzynarodową kierującą sprawy pokoju, bezpieczeństwa, praw człowieka i zrównoważonego rozwoju na skalę o charakterze globalnym.

Z nowymi uczestnikami – nie tylko nowymi państwami w ramach rozszerzającego się grona z 51 państw ONZ w 1945 r. do 193 dziś – pojawiły się nowe poglądy, perspektywy, zainteresowania, doświadczenia i aspiracje. Nowi uczestnicy wnieśli różnicowanie do niezwykle bogatej materii międzynarodowej społeczności oraz ważną instytucjonalną wiarygodność i wiedzę praktyczną. Do wiodących spośród grona nowych uczestników należą instytucje i mechanizmy, w szczególności te z obszaru praw człowieka i bezpieczeństwa. Są to przede wszystkim Wysoki Komisarz ds. Praw Człowieka i międzynarodowe trybunały karne (dla byłej Jugosławii z 1993, dla Rwandy z 1994 oraz Sierra Leone z 2001 r.) oraz Międzynarodowy Trybunał Karny stworzony w 1998 r., który rozpoczął działanie, gdy statut ratyfikowało 60 państw członkowskich w 2002 r. Ponadto instytucje już istniejące, jak stanowisko Wysokiego Komisarza ONZ ds. Uchodźców, Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża oraz Międzynarodowy Ruch Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężyca wzmogły swoje działania. Równie ważne, jak powstanie nowych niepaństwowych członków stosunków międzynarodowych, rosnąca liczba międzynarodowych mediów i instytucji akademickich o ogólnościowym zasięgu było tworzenie się zróżnicowanych szeregów uzbrojonych państwowych i niepaństwowych ruchów, zorganizowanych grup przestępczych i terrorystycznych. Oni wszyscy, zarówno ci źli, jak i dobrzy, dali impuls do dyskusji nad interwencją dla ochrony praw człowieka i przenieśli ją na szerszą, publiczną płaszczyznę, dodając tym samym kilka nowych elementów.

Najlepszym przykładem aktualności debaty toczącej się wokół koncepcji Odpowiedzialności za ochronę są liczne w ostatnim czasie publikacje na ten temat. Analiza poruszanych w doktrynie zagadnień oscylujących w sferze nowych wyzwań wobec współczesnego prawa międzynarodowego znacznie wykraczałaby poza ramy opracowania, tym bardziej jest wskazane ograniczenie się do kilku głównych tendencji międzynarodowego dyskursu na temat R2P.

Po pierwsze, mamy do czynienia z widoczną zmianą paradygmatu prawa międzynarodowego. Wskazują na to chociażby symptomatyczne tytuły wybranej literatury: *The Responsibility to Protect (R2P): A new Paradigm of International Law?*³⁰, *The Responsibility to Protect in International Law. An emerging paradigm*

³⁰ P. Hilpold, *The Responsibility to Protect (R2P): A new Paradigm of International Law?*, Leiden–Boston 2014.

*shift*³¹ czy też zbiorowa praca *Theorising the Responsibility to Protect*³² pod redakcją Ramesha Thakura (zaliczanego do grona „ojców” koncepcji Odpowiedzialności za ochronę) i Williama Maleya.

Po drugie, pojawiają się coraz częściej głosy w doktrynie, że mamy do czynienia z przekształceniem się normy moralnej w normę prawną³³. Podczas gdy postanowienia Szczytu Światowego z 2005 r. (par. 138 i 139 Dokumentu Końcowego) są postrzegane jako *soft law* w najlepszym znaczeniu tego terminu³⁴ lub przejaw *opinio iuris* kolektywnego działania państw w duchu tworzącej się normy R2P³⁵, tak trudno dyskutować z faktem, że implementacja tej koncepcji dziś nosi znamiona legalnej normy. Wskazuje na to chociażby tytuł najnowszej publikacji Andreas S. Kolb *The UN Security Council Members' Responsibility to Protect*³⁶. Gareth Evans z kolei, przeglądowo analizując rozwój R2P, jej implementację i instytucjonalne zaangażowanie ze strony społeczności międzynarodowej, wyraźnie wskazuje na ewolucję w kierunku funkcjonującej normy,³⁷ a Luke Glenville dowodzi, że norma R2P ma dostrzegalny wpływ na zachowanie państw, szczególnie gdy w grę wchodzi użycie siły³⁸. Ewentualna normatywność R2P nie pozostaje również pod ostrzałem krytyki, chociażby ze strony Aidan Hehir w publikacji *Hollow Norms and the Responsibility to Protect*³⁹.

Po trzecie, coraz skuteczniej są stosowane narzędzia, którymi dysponuje społeczność międzynarodowa w ramach zastosowania trzeciego z filarów R2P⁴⁰ (czyli reakcji społeczności międzynarodowej): sankcje ekonomiczne, embarga broni, ukierunkowane sankcje dyplomatyczne, efektywne sądownictwo karno-międzynarodowe, współpraca z regionalnymi i subregionalnymi organizacjami,

³¹ S. Breau, *The Responsibility to Protect in International Law. An emerging paradigm shift*, London–New York 2016.

³² *Theorising the Responsibility to Protect*, eds R. Thakur, W. Maley, Cambridge 2015.

³³ P.G. Ercan, *Debating the Future of the 'Responsibility to Protect': The Evolution of a Moral Norm*, London 2016.

³⁴ J. Welsh, *Norm Contestation and the Responsibility to Protect*, „Global Responsibility to Protect” 2013, vol. 5, issue 4, s. 376.

³⁵ A. Bloomfield, *Resisting the Responsibility to Protect [w:] Norm Antipreneurs and the Politics of Resistance to Global Normative Change*, eds A. Bloomfield, S.V. Scott, London–New York 2017, s. 20–39.

³⁶ A.S. Kolb, *The UN Security Council Members' Responsibility to Protect. A Legal Analysis*, Berlin–Heidelberg 2018.

³⁷ G. Evans, *The evolution of the Responsibility to Protect...*, s. 16–37.

³⁸ L. Glenville, *Does R2P matter? Interpreting the impact of a norm*, „Cooperation and Conflict” 2016, vol. 51, issue 2, s. 184–199.

³⁹ A. Hehir, *Hollow Norms and the Responsibility to Protect*, Springer International Publishing, 2019.

⁴⁰ Filar trzeciej koncepcji R2P zawarty w raporcie Sekretarza Generalnego z 20.01.2009 r. pod nazwą *Implementing the Responsibility to Protect* koncentruje się on na odpowiedzialności społeczności międzynarodowej za szybkie i zdecydowane działanie mające na celu zapobieganie i zatrzymanie ludobójstwa, czystek etnicznych, zbrodni wojennych oraz zbrodni przeciwko ludzkości, gdy państwo w sposób rażący zaniedbuje ochronę własnych obywateli.

a w ostateczności środki przymusowe autoryzowane przez Radę Bezpieczeństwa. Współczesne tragiczne wydarzenia (i tylko tytułem przykładu można wymienić Libię, Syrię czy konflikt w Republice Środkowoafrykańskiej) pokazują, jak potrzebna jest dyskusja nad skutecznością stworzenia i stosowania realnych instrumentów w ramach trzeciego filaru koncepcji R2P. Autorzy zbiorowej publikacji *The Responsibility to Protect and the Third Pillar*⁴¹ zmierzali się z próbą analizy operacjonalizacji tworzącej się normy Odpowiedzialności za ochronę w ramach trzeciego filaru: legitymacji, proporcjonalności i efektywności zastosowanych działań.

Po czwarte, coraz większe zainteresowanie budzi zastosowanie koncepcji R2P na poziomie regionalnym, a najlepszym tego przykładem jest kontynent afrykański i Unia Afrykańska jako organizacja regionalna. W literaturze znalazło to swoje odzwierciedlenie w publikacji *Humanitarian Intervention and the AU-ECOWAS Intervention Treaties Under International Law*⁴². Ta tendencja wydaje się zrozumiała, ponieważ na tym poziomie łatwiej czasami o skuteczną operacjonalizację pomiędzy państwami połączonymi tą samą kulturą, tradycją lub poziomem rozwoju gospodarczego i politycznego. Ponadto pojawiają się głosy wskazujące na ukierunkowane stosowanie koncepcji przez niektóre środowiska w odniesieniu do poszczególnych zagrożeń⁴³.

Paulina Zajądło-Węglarz

R2P – A NEW PARADIGM OF INTERNATIONAL LAW

We live in a time that brought about revolutions in the sphere of international relations. It is doubtful whether the challenges that are so characteristic for the modern, globalized world can be confronted with rules and structures from post-war times. There is no doubt that in recent years we have been observing phenomena allowing us to reflect on the possible axiological and normative process of transforming the paradigm of international law.

The concept of the Responsibility to Protect arose from the problem of the “right to intervene”, which was created in the 1990s in response to events in Rwanda and Bosnia. Analyzing the literature in the field of broadly understood international relations, it can safely be claimed that the R2P is one of the most frequently used terms in the language of contemporary international politics. The best examples of the current debate surrounding the concept of the Responsibility to Protect are recent numerous publications on the subject.

⁴¹ *The Responsibility to Protect and the Third Pillar. Legitimacy and Operationalization*, eds D. Fiott, J. Koops, Palgrave Macmillan, 2015.

⁴² J.M. Iyi, *Humanitarian Intervention and the AU-ECOWAS Intervention Treaties Under International Law. Towards a Theory of Regional Responsibility to Protect*, Springer International Publishing, 2016.

⁴³ A. Jansen, *Anti-genocide Activists and the Responsibility to Protect*, Routledge, 2017.



Kamil Zeidler

Uniwersytet Gdański

kamil.zeidler@prawo.ug.edu.pl

PRAKSEOLOGIA MIĘDZYNARODOWA, CZYLI PRZYPOMNIENIE PEWNEGO POMYSŁU

1. Ważnym i niezwykle pomysłowym polskim wkładem w XX-wieczną filozofię jest rozwinięcie prakseologii, czyli nauki o skutecznym działaniu, co zawdzięczamy w głównej mierze Tadeuszowi Kotarbińskiemu¹, a także środowisku, które zapalone jego propozycją, podążyło jego śladami². W szerszym kontekście myśl prakseologiczna stworzyła solidny fundament pod teorie organizacji, mające aspiracje do naukowości, nie tylko rudymen tarnej poradnikowości. Co godne odnotowania, ogólna teoria skutecznego działania zwróciła także uwagę nauki prawa międzynarodowego, gdzie przywołania wymaga zarówno artykuł Janusza Gilasa pt. *Przesłanki prakseologiczne badań stosunków międzynarodowych*³, jak i jego autorstwa hasło „Prakseologia międzynarodowa” w znanej *Encyklopedii prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych*⁴. Później pomysł ten – choć

¹ Zob.: T. Kotarbiński, *Wybór pism*, t. 1, *Myśli o działaniu*, Warszawa 1957; *idem*, *Traktat o dobrej robocie*, Wrocław 1975; *idem*, *Hasło dobrej roboty*, Warszawa 1975; *idem*, *Dzieła wszystkie. Prakseologia*, cz. 2, Wrocław 2003; zob. też: *idem*, *Sprawność i błąd (z myślą o dobrej robocie nauczyciela)*, Warszawa 1970; *idem*, *Drogi dociekań własnych. Fragmenty filozoficzne*, Warszawa 1986; *idem*, *Myśli o ludziach i ludzkich sprawach*, Warszawa 1986; jak pisze T. Pszczołowski: „Właściwym twórcą słownictwa prakseologicznego jest prof. dr Tadeusz Kotarbiński, który budując zręby prakseologii, zaprojektował jej terminologię”, zob. T. Pszczołowski, *Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1978, s. 5.

² Zob. w szczególności: T. Pszczołowski, *Mała encyklopedia prakseologii...*; *idem*, *Zasady sprawnego działania. Wstęp do prakseologii*, Warszawa 1982; *idem*, *Dylematy sprawnego działania*, Warszawa 1982; zob. też: W. Gasparski, *Prakseologia – wariacje na temat...*, „Prakseologia” 2010, nr 150, s. 25–34; R. Banajski, *Jak uobecniła się prakseologia w Polsce?*, „Prakseologia” 2015, nr 157, s. 5–22.

³ J. Gilas, *Przesłanki prakseologiczne badań stosunków międzynarodowych*, „Studia Nauk Politycznych” 1975, nr 4.

⁴ J. Gilas, *Prakseologia międzynarodowa* [w:] *Encyklopedia prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych*, red. A. Klafkowski, J. Simonides, R. Frelek, J. Gilas, M. Perczyński, Warszawa 1976, s. 300.

prakseologia międzynarodowa pojawiała się w literaturze⁵ – nie rozwinął się jednak tak, jakbyśmy mogli tego oczekiwać. A szkoda! Sięganie bowiem do myśli prakseologicznej, także w jej normatywnym wymiarze, jest ze wszech miar zasadne i celowe w bodaj każdej dziedzinie ludzkiej aktywności. Niestety, wydaje się jednak, że dziś pomysł i dorobek prakseologiczny polskich filozofów idzie w zapomnienie, podobnie jak często marginalizuje się logikę, zapominając chyba, że to ona dostarcza narzędzi służących poprawności każdej pracy umysłowej⁶. A przecież polska myśl prakseologiczna rozwijała się przez pewien czas – także już po śmierci T. Kotarbińskiego – bardzo dynamicznie, czego przykłady można znaleźć w periodyku naukowym pt. „Prakseologia”⁷. Celem niniejszego artykułu jest przypomnienie „hasła dobrej roboty” w odniesieniu do prawa w ogólności, a prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych w szczególności⁸. Tym bardziej to okazja trafiona, że Szanowny Jubilat Profesor Andrzej Drzewicki istotną część swej kariery zawodowej poświęcił właśnie praktyce prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych; a to właśnie tej praktyki prakseologia dotyczy się w pierwszej kolejności.

2. Prakseologia jest to ogólna teoria sprawnego działania, czy też inaczej nauka o skutecznym i celowym działaniu⁹. Poszukując najszerszych uogólnień odnoszących się do wszelkich form świadomego i celowego działania rozpatrywanego

⁵ Zob.: J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Olsztyn 2005, rozdz. I, podrozdz. 5.2. *Prakseologia międzynarodowa*; T. Wasilewski, *Stosunek wzajemny: porządek międzynarodowy, prawo międzynarodowe, europejskie prawo wspólnotowe, prawo krajowe*, Toruń 2010 (rozdz. I, podrozdz. 3. *Prakseologia międzynarodowa a prawo międzynarodowe*); A. Szpak, *Prawo międzynarodowe, moralność międzynarodowa, normy polityczne i prakseologia międzynarodowa – wzajemne relacje*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2010, nr 26, ss. 161–176; A. Szpak, *Stosunki międzynarodowe a prawo międzynarodowe* [w:] *Stosunki międzynarodowe. Wokół zagadnień teoretycznych*, red. K. Kaćka, Toruń 2014, s. 207–230; M. Sułek, *Prakseologiczna teoria stosunków międzynarodowych*, „Przeegląd Strategiczny” 2012, nr 1, s. 35–49.

⁶ Zob.: B. Czernecka-Rej, *Pogranicze logiki i prakseologii w pracach Ewy Żarneckiej-Biały*, „Prakseologia” 2011, nr 151, s. 223–235; *eadem*, *Praktyczny aspekt logiki (Stanowisko Kazimierza Ajdukiewicza)*, „Prakseologia” 2012, nr 152, s. 227–239.

⁷ „Prakseologia” jest ogólnopolskim czasopiśmie naukowym ukazującym się od 1962 r. (na początku jako „Materiały Prakseologiczne”) wydawanym przez Instytut Filozofii i Socjologii Polskiej Akademii Nauk; zob. R. Banajski, *Jubileusz „Prakseologii”*, „Prakseologia” 2010, nr 150, s. 11–24.

⁸ Prawo międzynarodowe i stosunki międzynarodowe w ujęciu prakseologicznym muszą być traktowane łącznie, a to dlatego, że: „Prawo międzynarodowe bowiem nie może być oderwane od stosunków międzynarodowych, od rzeczywistości, w której obowiązuje. Z kolei stosunki międzynarodowe – nie uwzględniające prawa międzynarodowego – są pozbawione fundamentu, na którym możliwe jest funkcjonowanie społeczności międzynarodowej. Istnienie normatywnych podstaw stosunków międzynarodowych, konieczność przestrzegania norm prawa międzynarodowego nie ulegają wątpliwości”, *Od redakcji* [w:] *Encyklopedia prawa międzynarodowego ...*, s. 5.

⁹ Piszę o tym: K. Zeidler, *Prakseologia* [w:] *Leksykon retoryki prawniczej. 100 podstawowych pojęć*, red. P. Rybiński, K. Zeidler, wyd. 2, Warszawa 2018, s. 136–137.

ze względu na sprawność, konstruuje i uzasadnia dyrektywy praktyczne, czyli nakazy i zakazy oraz zalecenia i przestrogi dotyczące wzmaganania sprawności i unikania niesprawności w działaniu. Przedmiotem zainteresowania prakseologii są wszelkie formy usprawnienia sposobów działania wspólne dla wszelkich umiejętności praktycznych¹⁰. Do najważniejszych działów prakseologii należą: teoria organizacji, ogólna teoria walki, epistemologia pragmatyczna, metodologia projektowania i inne; szczególnie zaś jest ona powiązana z logiką, metodologią, aksjologią, ogólną teorią działania, ogólną teorią zdarzeń, ogólną teorią systemów, a także z teorią gier, teorią podejmowania decyzji, teorią informacji i wieloma naukami szczegółowymi¹¹. Naczelnym postulatem prakseologii jest kierowanie się przede wszystkim wymogami skuteczności działania w zakresie osiągnięcia zamierzonych celów. Prakseologia dotyczy wszystkich sfer ludzkiej aktywności, którą nakazuje badać z punktu widzenia sprawności i skuteczności działań.

Nadrzędnym celem prakseologii jest jednak przede wszystkim jej adaptowalność do problemów szczegółowych, co w dalszej konsekwencji – po stworzeniu prakseologii jako ogólnej teorii sprawnego działania – prowadzi do prakseologii szczegółowych, tworzonych w ramach poszczególnych rodzajów i sfer ludzkiej aktywności, podobnie jak ogólna metodologia nauk dostarcza narzędzi, które są uszczegółowiane już w ramach poszczególnych nauk¹². Wyciągnięcie wniosków ogólnych, stworzenie spójnego zespołu sądów generalizujących jest więc po to, aby móc następnie poddać go testowi praktycznego działania na różnych polach ludzkiej pracy umysłowej i różnego rodzaju działań praktycznych. I tu następuje sprzężenie zwrotne (tzw. *feedback*), gdzie przydatność zaleceń ogólnych weryfikuje praktyka tak, aby znów móc ulepszony zespół twierdzeń aplikować w praktyce. Taki jest więc cel refleksji ogólnej dotyczącej skuteczności ludzkich działań, aby po opracowaniu zaleceń generalnych szukać ich adaptacji na gruncie praktycznym, czego efektem jest tworzenie prakseologii szczegółowych – tak jak ma to miejsce w wypadku prakseologii międzynarodowej.

3. Janusz Gilas pisze, że: „Podmioty działające w sferze międzynarodowej kierują się w pierwszym rzędzie wymogami skuteczności działania w zakresie

¹⁰ Por.: P. Cabała, *Prakseologiczna analiza działania*, „Prakseologia” 2007, nr 147, s. 9–17.

¹¹ T. Pszczołowski, *Mala encyklopedia...*, s. 180.

¹² T. Kotarbiński pisze: „Pojęcie uzasadniania prowadzi do dziedziny metodologii nauk. Dzieli się ona na ogólną i szczegółową. Ogólna metodologia nauk zajmuje się ogólnymi metodami pracy naukowej, przede wszystkim zaś metodami uzasadniania twierdzeń i metodami konstrukcji systemów naukowych. Rozważa w tym celu m.in. pojęcie rozumowania i wyróżnia odmiany rozumowania. Analizuje metodę dedukcyjną i metodę indukcyjną budowania systemów naukowych. Metodologia szczegółowa bierze za punkt wyjścia klasyfikację nauk i zastanawia się nad odrębnościami ich poszczególnych rodzajów [...]. Do jej dziedziny dociekań należy także klarowanie pojęć właściwych danej kategorii nauk”, T. Kotarbiński, *Kurs logiki dla prawników*, Warszawa 1975, s. 8.

osiągania założonych celów”¹³, a: „Zbiór zasad skutecznego działania w stosunkach międzynarodowych określić można jako prakseologię międzynarodową”¹⁴, co więcej: „Motyw sprawności występuje w działalności zespołów ludzkich reprezentujących państwa w stosunkach międzynarodowych, jak mężów stanu, dyplomatów, podobnie jak w działalności państw lub tworów aspirujących do uzyskania własnej państwowości, spełnia też ważną rolę w działalności organizacji międzynarodowych, wtedy gdy stawiają one sobie za zadanie osiągnięcie uzgodnionych celów wobec jakiegoś państwa lub grupy państw”¹⁵. Można to uzupełnić stwierdzeniem Agnieszki Szpak, że: „Stosunki międzynarodowe regulowane są nie tylko przez prawo międzynarodowe, ale również przez moralność międzynarodową, normy polityczne, prakseologię międzynarodową, a nawet normy kurtuazji międzynarodowej”¹⁶.

Te cztery cytaty wystarczą, aby nie tylko zrozumieć, ale też z przekonaniem potwierdzić, że z jednej strony skuteczność jest – a przynajmniej winna być – podstawowym celem działań podejmowanych w sferze stosunków międzynarodowych zarówno przez podmioty prawa międzynarodowego, członków społeczności międzynarodowej w ogólności, jak i poszczególnych przedstawicieli państw w ich różnych rolach międzynarodowych, a także przedstawicieli i pracowników organizacji międzynarodowych. Skuteczność to równocześnie kryterium oceny takich działań.

Dalej J. Gilas dzieli reguły prakseologiczne na te, które dotyczą kooperacji, oraz te, które dotyczą konfliktów¹⁷. Nie dzieląc ich według tego kryterium, podaje przykłady reguł prakseologicznych w stosunkach międzynarodowych: 1) reguła, by w rokowaniach międzynarodowych rozszerzyć w taki sposób krąg problemów stanowiących ich przedmiot, aby druga strona mogła także uzyskać jakąś korzyść; 2) reguła prowadzenia rokowań tajnie; 3) reguła prowadzenia działań w zespole państw, by zminimalizować efekty ewentualnej porażki; 4) reguła uciekania się do techniki faktów dokonanych; 5) reguła niewiązania się zobowiązaniami międzynarodowymi, aby uzyskać jak najszerszą swobodę ruchu; 6) reguła przerwania inicjatywy na przeciwnika¹⁸. Przykłady te można po wielokroć mnożyć, rozbudowując równocześnie katalog takich reguł; a doświadczony dyplomata będzie zapewne potrafił ich listę uzupełniać, czerpiąc ze swej praktyki i obycia międzynarodowego.

¹³ J. Gilas, *Prakseologia...*, s. 300.

¹⁴ *Ibidem*, s. 300.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ A. Szpak, *Stosunki międzynarodowe...*, s. 217.

¹⁷ Kryterium to nie będzie miało tu jednak zastosowania, bowiem niektóre z przywołanych dalej reguł mogą być równocześnie regułami kooperacji i regułami konfliktu; por. T. Kotarbiński, *Z Zagadnień ogólnej teorii walki* [w:] *idem, Wybór pism*, t. I, *Myśli o działaniu*, Warszawa 1957, s. 547 i nn.

¹⁸ J. Gilas, *Prakseologia ...*, s. 300.

Z drugiej jednak strony skuteczność w stosunkach międzynarodowych nie jest wartością bezwzględną i nieograniczoną. A w określonych sytuacjach postulat skuteczności działania może stać w sprzeczności nie tylko z normami prawnymi, ale także normami etycznymi (moralnością międzynarodową). To właśnie prawo międzynarodowe wprowadza liczne ograniczenia realizacji założonego lub choćby potencjalnego celu działań członków społeczności międzynarodowej. Janusz Gilas pisze wprost, że: „Moralność międzynarodowa i prawo międzynarodowe starają się ograniczyć także sposoby osiągnięcia założonych celów, które są szczególnie groźne dla społeczności międzynarodowej”¹⁹. Stąd można reguły prakseologiczne dalej porządkować na takie, które są zgodne z prawem międzynarodowym, a co najmniej nie naruszają prawa międzynarodowego, i takie, które stanowią naruszenie norm prawa międzynarodowego.

Wprowadzając powyższe rozróżnienie, A. Szpak wymienia pośród reguł zgodnych z prawem międzynarodowym i – jak autorka dodaje – moralnością międzynarodową następujące: 1) prowadzenie rokowań na możliwie najniższym szczeblu, tak aby zachować możliwość manewru na wypadek fiaska; można wówczas obarczyć winą za niepowodzenie takich rokowań przedstawiciela państwa, który rokowania prowadził, co byłoby utrudnione, gdyby toczyły się one na wysokim szczeblu (np. ministra lub wicepremiera); co więcej, przedstawiciela niskiego szczebla można odwołać w trakcie trwania negocjacji, gdy te zmierzają w niesatysfakcjonującym kierunku; 2) tajne prowadzenie rokowań; szczególnie w kwestiach delikatnej materii, takich jak rozbrojenie czy negocjacje z terrorystami; gdyby rokowania toczyły się jawnie, wówczas do wiadomości publicznej przedostawałyby się informacje, których ujawnienie nie służyłoby tak samym rokowaniom, jak i interesom stron; co więcej, przeciągające się negocjacje mogą wywoływać niezadowolenie opinii publicznej; w końcu jawne

¹⁹ *Ibidem*, s. 300; *ad exemplum* pisze on dalej: „Na tle zakazu groźby użycia siły, zawartego w Kartach Narodów Zjednoczonych, prawo międzynarodowe przeciwstawia się realizacji celów niezgodnych z normami tego prawa już we wstępnych stadiach działania danego państwa. Wyprowadzić stąd można zasadę przeciwstawiania się przez zorganizowaną społeczność międzynarodową przeprowadzaniu prób diagnostycznych i prób ćwiczebnych, jeśli ich wykonanie zawiera element groźby użycia siły. Zakaz prób konatywnych zmierzających do realizacji celów sprzecznych z normami prawa międzynarodowego ma natomiast charakter bezwzględny. W wypadku prób zmierzających do zajęcia terytorium może dojść do uznania ich za akt agresji, a co za tym idzie – zostaną zastosowane sankcje. Prawo międzynarodowe nie zostało jednak w pełni dostosowane do wymogów przeciwstawiania się niebezpiecznym, choć skutecznym środkom działania. Np. nie ma obowiązkowej jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Szereg norm zapobiegających niebezpiecznym technikom prakseologicznym znajduje się jeszcze w stadium rozwoju, jak np. instytucja stref bezatomowych zapobiegająca technice faktów dokonanych, instytucje kontroli lub gwarancji międzynarodowych”. Warto zauważyć przy tym, że od czasu, gdy słowa te zostały napisane, doszło do istotnego rozwoju współczesnego prawa międzynarodowego, a także pojawiały się nowe problemy w stosunkach międzynarodowych, w reakcji na które podejmowane były bardzo różne próby radzenia sobie z tymi problemami.

negocjacje są narażone na różne naciski ze strony przeróżnych podmiotów i grup interesów; 3) rozszerzenie podmiotowe, które polega na tym, że jeśli osiągnięcie celu nie jest możliwe w danej grupie państw, a włączenie innych zwiększa szanse, to należy je włączyć; 4) rozszerzenie przedmiotowe, które polega na tym, że jeżeli dane państwo chce osiągnąć cel zależny od zgody lub przyzwolenia innego państwa lub grupy państw, to należy tak skonstruować żądanie, aby to inne państwo znalazło w tym jakąś korzyść dla siebie; 5) niewiązanie się wielostronnymi umowami międzynarodowymi, gdy państwo chce osiągnąć cel, który choćby potencjalnie może stać w sprzeczności z normami prawa międzynarodowego zawartymi w takich umowach; związanie się taką umową może narazić na zarzut łamania prawa międzynarodowego²⁰. Do reguł prakseologii międzynarodowej niezgodnych z prawem międzynarodowym i moralnością międzynarodową autorka zalicza: „w zasadzie metodę faktów dokonanych, zgodnie z którą najpierw osiąga się założony cel (niejako bez względu na jakikolwiek sprzeciw i normy prawa międzynarodowego), a później minimalizuje się negatywne skutki działań. Jako przykłady można wskazać: zajęcie Kuwejtu przez Irak, zajęcie części Cypru przez wojska tureckie”²¹. Warto przy tym dodać, że tak jak w przypadku sposobów erystycznych (o czym także pisał T. Kotarbiński), o ostatecznej kwalifikacji reguły prakseologii międzynarodowej będzie decydowało jej użycie *ad causum*, w konkretnej sytuacji, w określonym stanie faktycznym, niejako wypełnienie jej treścią; wówczas dopiero będzie można orzec ostatecznie, czy dana reguła w danej sytuacji jest zgodna z prawem międzynarodowym, czy stanowi naruszenie norm prawa międzynarodowego.

Równocześnie jednak J. Gilas zauważa, że: „Prawo międzynarodowe nie ogranicza się jednak do zapobiegania szczególnie niebezpiecznym technikom walki, lecz przyczynia się istotnie do wzmocnienia współpracy międzynarodowej, wprowadzając do swego systemu szereg norm dających rękojmię sprawnego działania”²². W pełni należy się z tym zgodzić.

Ciekawie sprawę stawia A. Szpak, pisząc, że: „Reguły prakseologii międzynarodowej dotyczą (tzn. mają większe znaczenie) przede wszystkim państw małych i średnich, gdyż od sprawności ich działań w dużej mierze zależy osiągnięcie przez nie celu. Państwa te – w przeciwieństwie do wielkich mocarstw

²⁰ Tu jako przykład można podać zwłokę Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych w ratyfikacji konwencji haskiej z 14 maja 1954 r. o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego.

²¹ A. Szpak, *Stosunki międzynarodowe...*, s. 227–229.

²² J. Gilas, *Prakseologia...*, s. 300. Choć od razu autor ten stawia dyskusyjną tezę, pisząc: „Dla przykładu, prawo międzynarodowe ze względów prakseologicznych uznaje uprzywilejowaną pozycję wielkich mocarstw”; A. Szpak pisze: „wpływ prawa międzynarodowego na moralność międzynarodową przejawia się przy nadawaniu normom prakseologii międzynarodowej charakteru norm prawnych; normy moralne są tu wypierane przez normy prawne (o charakterze prakseologicznym, np. instytucja wielkich mocarstw sprzeczna z zasadą równości państw)”, A. Szpak, *Stosunki międzynarodowe...*, s. 222.

i państw dużych – nie dysponują odpowiednim potencjałem militarnym ani ekonomicznym, stąd też zasady sprawnego działania dla osiągnięcia celu są dla nich szczególnie przydatne”²³. Tylko po części mogę się z tym zgodzić, bowiem przydatność reguł prakseologii międzynarodowej dotyczy tak mocarstw i dużych państw, jak i średnich, i małych; to co je różni, to skala działania i stawianych sobie celów, ale równocześnie i skala problemów, z jakimi się spotykają w stosunkach międzynarodowych²⁴; natomiast wsłuchiwanie się w zalecenia prakseologii jest przydatne uniwersalnie i dotyczy każdego podmiotu, który zamierza podjąć określone celowe i skuteczne działania. Ma jednak rację A. Szpak, że w braku innych narzędzi, reguły prakseologii międzynarodowej winny pozostawać tym, na co zwraca się szczególną uwagę.

W obu tych aspektach, czyli: 1) porządkowania i katalogowania reguł prakseologicznych, tak aby można było ich skutecznie używać oraz 2) wprowadzania norm zapobiegających niebezpiecznym „technikom prakseologicznym” – można podejmować interesujące badania właśnie dzięki narzędziom prakseologii rozumianej jako ogólna nauka o skutecznym działaniu. Co więcej, w punkcie drugim pojawia się kolejny problem prakseologiczny, który dotyczy skuteczności owych norm reglamentujących dane niebezpieczne zachowania w sferze międzynarodowej. To wszystko – i zapewne jeszcze więcej – czyni z prakseologii co najmniej interesujące narzędzie badania, a dalej także ulepszania prawa międzynarodowego oraz twórczego i świadomego uczestniczenia w stosunkach międzynarodowych.

4. W osobnym punkcie można odnieść się do zagadnienia ważnego ze względu na praktykę stosunków międzynarodowych, którym jest protokół dyplomatyczny rozumiany jako zespół zasad i procedur dotyczących form postępowania i zachowania się w stosunkach międzynarodowych, ukształtowany historycznie i przyjęty zwyczajowo, będący jednym z narzędzi wykorzystywanych w realizacji polityki zagranicznej państwa²⁵. Protokół dyplomatyczny,

²³ A. Szpak, *Stosunki międzynarodowe...*, s. 227.

²⁴ Choć T. Kotarbiński pisze, że: „Analogie nie są dowodami” (T. Kotarbiński, *Życie zacnie*, Warszawa 1989, s. 17), to na poparcie stwierdzenia A. Szpak można rzec, że w przypadku rywalizacji fizycznej w sporcie, takim jak zapasy, judo, czy karate, zawodnik, który jest lżejszy, mniejszy, słabszy fizycznie, musi wykazać się lepszą techniką i timingiem, aby pojedynek wygrać, niż zawodnik, który przeważa wagowo. Podobnie więc mocarstwo czy duże państwo ma – generalizując oczywiście – korzystniejszą sytuację, rywalizując w jakiejś sferze z państwem średnim lub małym.

²⁵ Piszę to tym: K. Zeidler, *Protokół dyplomatyczny* [w:] *Leksykon prawa międzynarodowego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Przyborowska-Klimczak, D. Pyć, Warszawa 2012, s. 383–385; zob. szerzej: E. Pietkiewicz, *Protokół dyplomatyczny*, Warszawa 1998; C. Ikonowicz, J.W. Piekarski, *Protokół dyplomatyczny i dobre obyczaje*, Warszawa 2004; T. Orłowski, *Protokół dyplomatyczny. Ceremoniał & etykieta*, Warszawa 2005; S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Leksykon prawa i protokołu dyplomatycznego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2011; T. Orłowski, *Protokół dyplomatyczny. Między tradycją a nowoczesnością*, Warszawa 2015; J. Sutor, *Etykieta dyplomatyczna z elementami protokołu i ceremoniałów*, Warszawa 2016; zob. też:

który jest przejawem kurtuazji międzynarodowej, zawiera zalecenia z zakresu organizowania i prowadzenia kontaktów pomiędzy przedstawicielami państw, przygotowywania i przeprowadzania uroczystości o charakterze oficjalnym oraz szerzej właściwego uczestnictwa w kontaktach publicznych. Protokół dyplomatyczny reguluje wiele zagadnień związanych z praktyczną stroną działalności przedstawicieli państw i organizacji międzynarodowych w stosunkach międzynarodowych, obejmując w szczególności zewnętrzne formy działalności dyplomatycznej²⁶.

Warto pamiętać, że na protokół dyplomatyczny składa się kilka zasad pierwszoplanowych (metazasad), w szczególności zasada procedencji (pierwszeństwa)²⁷, która dotyczy kolejności, w jakiej najważniejsze osoby w państwie uczestniczą w oficjalnych uroczystościach i ceremoniach oraz szereg zaleceń szczegółowych wynikających tak z zasad pierwszoplanowych, jak i z reguł ogólnych dotyczących etykiety czy zwyczajnie dobrych obyczajów. Protokół dyplomatyczny służy także zapewnieniu odpowiedniej atmosfery dla kontaktów międzynarodowych, a dzięki ustalonym procedurom pozwala na przewidywalność zdarzeń od strony formalnej, zapewniając zarazem możliwość odpowiedniego zachowania i postępowania. Jeśli zasady protokołu dyplomatycznego nie wynikają wprost z norm prawnych, to i tak winny być przestrzegana w praktyce dyplomatycznej. Wszystko to jest więc uszczegółowieniem pewnych zaleceń formułowanych na gruncie prakseologii – czyli przejściem od prakseologii do prakseologii szczególnej.

Protokół dyplomatyczny w wymiarze praktycznym ma więc charakter normatywny w tym sensie, że składają się na niego wypowiedzi wyznaczające wzorce zachowań (określony adresat w określonych okolicznościach winien jest zachować się w wyznaczony sposób). Tu także w sposób narzucający się jest widoczny praktyczny wymiar prakseologii w ogólności, jak też prakseologii normatywnej w relacji do norm protokołu dyplomatycznego.

5. W ostatniej części warto więc zadać pytanie, dlaczego nie naucza się w wystarczającym zakresie młodych adeptów prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych, tak samo jak w ogóle studentów prawa, podstawowych

K. Bretoni, *Praktyka dyplomatyczna i konsularna*, Kraków 1947; B. Filipowicz, *Ogólne zasady protokołu dyplomatycznego*, Warszawa 1969; J. Sutor, *Leksykon dyplomatyczny*, Warszawa 2005; J. Barcz, B. Libera, *Urzędnik i biznesmen w środowisku międzynarodowym. Wybrane aspekty pragmatyki służbowej*, Warszawa 2007; E. Koczorowski, J. Koziarski, R. Pluta, *Ceremoniał morski i etykieta jachtowa*, Warszawa 2008.

²⁶ Co obejmuje w szczególności znajomość obyczajów obowiązujących w świecie dyplomatycznym, umiejętność odpowiedniego prowadzenia korespondencji i rozmów, urządzania spotkań i przyjęć, posługiwania się biletami wizytowym i wiele innych.

²⁷ Zasada pierwszeństwa łączy się bezpośrednio z jedną z najważniejszych zasad prawa międzynarodowego, jaką jest zasada suwerennej równości państw i winna służyć jej praktycznej realizacji.

zasad skutecznego działania, które – co podkreślałem powyżej – są adaptowalne w niemal wszystkich rodzajach ludzkiej aktywności. Skoro więc postulat profesjonalizacji działań podmiotów profesjonalnych – czyli mówiąc prościej, aby odpowiednie osoby, wypełniając odpowiednie funkcje zawodowe, postępowały w odpowiedni (w rozumieniu najbardziej skuteczny) sposób – to dlaczego nie sięga się do gotowej recepty? Przecież T. Kotarbiński postulował: „by mniej było dookoła objawów bezładu, nieporadności, brakoróbstwa, marnotrawienia czasu, zasobów i energii. Wszystko to gruntuje się na założeniu, że można wiele osiągnąć pod tymi względami przez uświadomienie analityczne treści pojęć i zagadnień, uświadamianych na ogół tylko pocuciowo, oraz przez systematyzację spostrzeżeń i zaleceń, znanych na ogół, lecz uświadamianych zwykle tylko w rozsypanie niejako, przy różnych przypadkowych okazjach”²⁸.

Na koniec jeszcze kilka zdań uszczegółowienia tego właśnie ważnego zalecenia dotyczącego sięgania do dorobku prakseologii w zakresie prawoznawstwa. Wielu prawników o różnorodnej aktywności zawodowej czerpie z prakseologii bądź też – innymi słowy – wykształciło swe prakseologie szczególne. Podajmy tylko dwa przykłady. Jak już podkreśliłem, prakseologia dotyczy wszystkich sfer ludzkiej aktywności, w tym i retoryki, gdzie jakże ważna i badana jest skuteczność działań perswazyjnych²⁹. W innym zaś, szerszym ujęciu, prakseologia dotyczy praktyki prawniczej w ogólności – także w zakresie prawa międzynarodowego i uczestniczenia w stosunkach międzynarodowych – w ramach której to prakseologii prawniczej formułuje się zalecenia dotyczące praktyki prawniczej właśnie.

Kamil Zeidler

INTERNATIONAL PRAXEOLOGY – A REMINDER OF A CERTAIN IDEA

Praxeology is a science of efficient and effective action. Seeking the broadest generalizations referring to all forms of conscious and purposeful action considered for reasons of efficiency, it constructs and justifies practical directives, that is, orders and prohibitions as well as recommendations and warnings, regarding the enhancement of efficiency and the avoidance of its lack in action.

Such a normative system (a set of practical recommendations) is adaptable to all kinds of human activity the goal and value of which is effectiveness. This also applies to international law and international relations, to which Janusz Gilas drew attention in the 1970s.

²⁸ T. Kotarbiński, *Sprawność i błąd (z myślą o dobrej robocie nauczyciela)*, Warszawa 1970, s. 5.

²⁹ Zob.: T. Pszczołowski, *Umiejętność przekonywania i dyskusji*, Gdańsk 1998; J. Jabłońska-Bonca, K. Zeidler, *Prawnik a sztuka retoryki i negocjacji*, wyd. 2, Warszawa 2016.

In regard to both the organization and cataloguing of praxeological rules in international law and international practice for the purpose of their effective use, and the introduction and application of norms preventing dangerous “praxeological techniques” – interesting research can be undertaken thanks to the tools of praxeology understood as a general theory of efficient and effective action.



Janina Ciechanowicz-McLean

Uniwersytet Gdański

prajcm@ug.edu.pl

ZASADY GLOBALNEGO PRAWA ŚRODOWISKA

1. Charakterystyka globalnego prawa środowiska

Przedstawiając główne zagadnienia globalnego prawa środowiska, należy wskazać na proces globalizacji, który w XXI w. stał się głównym motorem rozwoju społeczeństwa i współczesnej gospodarki światowej. Już w XX w. wskazywano na objawy niszczenia środowiska, które przybrały na sile wraz z zaawansowanym rozwojem techniki oraz znaczącym przyrostem demograficznym. Wprowadzone i masowo stosowane techniki nasiliły negatywny wpływ produkcji na otaczające środowisko. Wojny światowe i konflikty regionalne również przyczyniły się do degradacji środowiska poprzez jego fizyczne zniszczenie oraz nadmierną eksploatację bogactw naturalnych. Dodatkowo tempo rozwoju przemysłu i rozpowszechnienie chemizacji rolnictwa przyczyniły się do pogorszenia jakości wód i gleb oraz spotęgowały skutki efektu cieplarnianego, wywołując zmiany klimatu.

Na tym tle pojawiło się pojęcie globalnych problemów środowiskowych¹. Aby zaradzić tym problemom, została zaktywizowana współpraca międzynarodowa w dziedzinie ochrony środowiska szczególnie w ramach systemu Organizacji Narodów Zjednoczonych.

We współczesnym świecie, w tym również w Europie, obok poszanowania różnorodności kultur i języków powszechne jest również poszanowanie i ochrona wspólnego dobra, jakim jest środowisko. Potrzeba ochrony środowiska

¹ Charakterystykę i klasyfikację globalnych problemów środowiska przedstawiła M. Król, *Ochrona środowiska jako problem globalny* [w:] *Administracja a środowisko. Prace dedykowane prof. zw. dr hab. Markowi Górskiemu z okazji 45-lecia pracy naukowej*, red. P. Korzeniowski, A. Barczak, „Rozprawy i Studia. Uniwersytet Szczeciński” 2016, t. 1021, s. 475–493.

została wraz z instrumentami ekonomicznymi planowania i rozwoju gospodarczego włączona do treści wielu aktów prawnych.

Oto przykłady kilku z ponad kilkudziesięciu najważniejszych międzynarodowych konwencji z zakresu ochrony środowiska o globalnym charakterze i zasięgu:

- konwencja o prawie morza z 1982 r.,
- konwencja o różnorodności biologicznej z 1992 r.,
- konwencja waszyngtońska o ochronie gatunków zagrożonych wyginięciem – CITES z 1973 r.,
- konwencja wiedeńska o ochronie warstwy ozonowej z 1985 r.,
- konwencja genewska w sprawie transgranicznego zanieczyszczenia powietrza na dalekie odległości z 1979 r.,
- konwencja helsińska o ochronie i użytkowaniu cieków transgranicznych i jezior międzynarodowych z 1992 r.,
- konwencja bazylejska o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych 1989 r.,
- konwencja z Espoo o ocenach oddziaływania na środowisko w kontekście transgranicznym z 1981 r.,
- konwencja helsińska w sprawie transgranicznych skutków awarii przemysłowych z 1992 r.,
- konwencja z Aarhus o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących ochrony środowiska z 1998 r.,
- konwencja ramsarska o obszarach wodno-błotnych mających znaczenie międzynarodowe, zwłaszcza jako środowisko życiowe ptactwa wodnego z 1971 r.,
- konwencja bazylejska o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych z 1989 r.

Konwencje o zasięgu globalnym charakteryzują się co najmniej jedną z dwóch cech. Pierwszą z nich jest bardzo duża liczba ich ratyfikacji, często ponad sto, co w efekcie powoduje, że wiele państw przepisy konwencji implementuje do swoich krajowych porządków prawnych. Dzięki temu zabiegowi ponad znacząca liczba państw stanowiąca większość państw systemu ONZ stanowi i przestrzega prawa środowiskowego o zasięgu światowym, dotyczących ochrony środowiska morskiego, ochrony bioróżnorodności, zakazu przemieszczania odpadów, ochrony przed zmianami klimatu i innych elementów środowiska.

Drugą cechą wyróżniającą konwencje o charakterze globalnym jest ich szeroki zakres przedmiotowy, który obejmuje: bądź środowisko jako całość, bądź wybrane elementy środowiska, czy też pewne powszechnie występujące ekosystemy i gatunki. Większość powyżej wymienionych konwencji może służyć jako przykłady wielostronnych konwencji środowiskowych, tzw. Multilateral

Environment Agreements – MEA, gdyż spełniają one oba wymienione kryteria i przez ten fakt możemy je umiejscowić w badanym zbiorze – globalne prawo środowiska.

Fundamentalną zasadą, na której opiera się porządek prawny i funkcjonowanie globalnego prawa środowiska jest zasada zrównoważonego rozwoju.

Jako cel główny globalnego prawa środowiska określam budowę międzynarodowego bezpieczeństwa ekologicznego dla obecnych i przyszłych pokoleń według zasad znanych międzynarodowemu prawu środowiska². Zasady te są znane w doktrynie i orzecznictwie od wielu lat, ale obecnie są weryfikowane przez nowy projekt zasad zawartych w Globalnym Pakcie na rzecz Środowiska. Projekt ten jest wynikiem prac grupy 100 ekspertów z całego świata, koordynowanej przez Klub Prawników francuskiej Rady Konstytucyjnej, który został ogłoszony na Sorbonie w dniu 24 czerwca 2017 r. Jednym z ważnych celów Paktu jest wzmocnienie efektywności zasad prawa ochrony środowiska przez zmianę ich statusu z zasad *soft law* na zasady *hard law* w drodze przyjęcia wielostronnego traktatu międzynarodowego³. W związku z tym planuje się, że Paktowi powinien towarzyszyć mechanizm kontrolny w postaci komitetu monitorującego, aby zapewnić skuteczność jego przepisów.

Jako wartość aksjologiczną globalnego prawa środowiska uważam poszanowanie prawa człowieka do środowiska, ochronę ludności tubylczej, sprawiedliwość międzypokoleniową i wewnątrzpokoleniową oraz sprawiedliwość środowiskową – *environmental justice*. W tekście preambuły do Paktu wymieniono powody, dla których ten dokument powstał. Podkreśla się tam rosnące zagrożenia dla środowiska, np. utratę bioróżnorodności i konieczność zareagowania na to na szczeblu globalnym. Tamże powołano się na kilka ważnych aktów *soft law* z zakresu środowiska, dodając ponadto Ramową Konwencję Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu z 1992 r. oraz Porozumienie paryskie z 2015 r. Jako cel fundamentalny Paktu wyraźnie wskazano unifikację zasad prawa środowiska.

2. Geneza globalnego prawa środowiska

Początkowo pojęcie ochrony środowiska było ograniczone tylko do ochrony przyrody i ochrony środowiska naturalnego otaczającego człowieka, a dopiero z czasem uległo rozszerzeniu. Objęło nie tylko glebę, wodę i powietrze,

² O globalnym wymiarze bezpieczeństwa ekologicznego pisze m.in. M. Nyka, *Instrumenty ograniczania wpływu handlu na środowisko. Studium z prawa międzynarodowego*, Warszawa 2018, s. 112 i nn.

³ www.pactenvironment.org. Projekt Paktu: *Global-Pact-for-the-Environment-project-24-June-2017* www.ucbs.uw.edu.pl (pdf) [dostęp: 7.08.2018].

ale również planowanie przestrzenne, odpady, gospodarkę surowcami, rolnictwo, budownictwo i inne dziedziny życia człowieka i eksploracji przestrzeni kosmicznej. Jak pisze Genowefa Grabowska: „Ochrona środowiska oznacza zespół takich działań i zachowań jednostek, organów i państw, które zmierzają do zapewnienia obecnym i przyszłym pokoleniom korzystnych warunków życia i realizację ich prawa do korzystania z zasobów środowiska i zachowania jego wartości, a zwłaszcza zachowanie lub przywrócenie równowagi przyrodniczej”⁴.

Ochroną powinny być objęte wszystkie elementy środowiska, to znaczy powierzchnia ziemi, łącznie z glebą, kopalinami, wodami, fauną, florą, krajobrazem i klimatem, walory estetyczne środowiska, indywidualnie i we wzajemnym oddziaływaniu. W celu zapobiegania i przeciwdziałania niekorzystnym wpływom są podejmowane działania na rzecz ochrony przed hałasem i wibracjami, odpadami, promieniowaniem, substancjami chemicznymi, organizmami genetycznie zmodyfikowanymi oraz przed nadzwyczajnymi zagrożeniami wywołanymi siłami przyrody, działalnością inwestycyjną, produkcyjną lub techniczną. Stopniowo zaczęły powstawać normy i zasady prawne określające zachowanie zarówno jednostek, jak i państw wobec środowiska, co doprowadziło w konsekwencji do wyodrębnienia się nowego działu prawa – prawa ochrony środowiska, nazywanego zamiennie prawem środowiska, które może być prawem krajowym – wewnętrznym albo międzynarodowym. Środowisko jako dobro wspólne niestety przegrywa najczęściej z indywidualnym prawem własności i swobodą działalności gospodarczej. Ochrona środowiska najczęściej ujmowana jest jako obowiązek państwa, a nie prawo podmiotowe. O mankamentach współczesnego prawa środowiska pisze Marcin. Stoczkiewicz w Raporcie ClientEarth i wymienia następujące kwestie:

1. niska skuteczność instytucjonalnych rzeczników środowiska jako dobra wspólnego,
2. ograniczone uprawnienia proceduralne społeczeństwa,
3. dwuznaczna rola administracji, na której spoczywa główny ciężar ochrony środowiska, a która nierzadko prowadzi do jego zanieczyszczenia przy realizacji innych celów publicznych,
4. niska efektywność wdrażania prawa środowiskowego⁵.

Prawo środowiska postrzegane jest jako szybko rozwijający się zespół norm regulujących prawa i obowiązki podmiotów (państw, organizacji, jednostek) w zakresie wykorzystania ochrony środowiska przez nie same, ich organy lub inne jednostki działające w ich imieniu lub z ich upoważnienia. Rozwój tego

⁴ G. Grabowska, *Europejskie prawo środowiska*, Warszawa 2001, s. 21; A. Jakubowska, *Ochrona środowiska – aspekty prawne zagadnienia*, „Mazowsze. Studia Regionalne” 2008, nr 1, s. 110–115. Historia prawa ochrony środowiska została przedstawiona m.in. w: E. Hey, *Advanced Introduction to International Environmental Law*, Cheltenham 2016, s. 1–8.

⁵ Raport ClientEarth, www.pl.clientearth.org/ [dostęp:17.07.2018].

prawa jest widoczny na płaszczyźnie zarówno wewnętrznej, regionalnej, jak i międzynarodowej.

Jeśli chodzi o płaszczyznę międzynarodową, to rozwój prawa środowiska zapoczątkowały pojedyncze państwa, które podejmowały indywidualne działania zmierzające do utrzymania podległych terytoriów lub ich części w należytym, przyjaznym człowiekowi stanie. Przykładem tego może być Anglia, która z mocy prawa chroniła krajobraz, ptaki czy lasy tropikalne nie tylko na swoim terytorium, ale również podległych jej kolonii. Z czasem, gdy państwa uświadomiły sobie, że ich granice nie stanowią wystarczających barier przed zanieczyszczeniami, sięgnęły po umowy międzynarodowe, przy pomocy których regulowały lub rozwiązywały wspólne, często graniczne problemy. Jako przykład można tu wskazać Umowę wielostronną w sprawie ochrony łośia w dorzeczu Renu z 1886 r. podpisaną przez Niemcy, Luksemburg, Holandię i Szwajcarię.

Następny trzeci etap rozwoju prawa środowiska to już najwyżej zorganizowany stopień ochrony środowiska, regionalnej i międzynarodowej, charakteryzujący się zwoływaniem w tym celu konferencji, instytucji i organizacji międzynarodowych. Przykładem, który zapoczątkował tę formę prawa środowiska, jest Konferencja Narodów Zjednoczonych w sprawie środowiska człowieka, która odbyła się w Sztokholmie 5–16 czerwca 1972 r., gdzie uchwalono deklarację zawierającą 26 zasad międzynarodowej ochrony środowiska. Dwadzieścia lat później w 1992 r. na kolejnej ważnej Konferencji Narodów Zjednoczonych „Środowisko i rozwój” w Rio de Janeiro, uchwalono kolejną deklarację zawierającą 27 zasad dotyczących ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju. Te dwa akty zapoczątkowały i wytyczyły kierunek rozwoju i etapy międzynarodowego prawa środowiska.

O nowym globalnym porozumieniu środowiskowym, które wypełniłoby luki w międzynarodowym prawie środowiska, wyraźnie mówi się od 2017 r., po konferencji 24 czerwca 2017 r. we Francji, a następnie przedstawieniu tego tematu w dniach 18–20 września 2017 r. na 72. Sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ w Nowym Jorku. Projekt ten ma na celu wzmocnienie skuteczności, efektywności i egzekwowalności międzynarodowego prawa środowiska. Jego dotychczasowy rozwój był w znacznym stopniu oparty na miękkim prawie – *soft law*, czego dobitnym przykładem są takie dokumenty międzynarodowe:

- deklaracja sztokholmska z 1972 r.,
- deklaracja z Rio de Janeiro 1992 r.,
- Światowa Karta Ochrony Przyrody przyjęta przez ZO ONZ w 1982 r.,
- deklaracja z New Delhi w sprawie zasad prawa międzynarodowego dotyczącego zrównoważonego rozwoju przyjęta przez Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego w 2002 r.,
- Międzynarodowy Pakt na rzecz Środowiska i Rozwoju, projekt zaproponowany przez Międzynarodową Unię Ochrony Przyrody – IUCN z 2015 r.,

- dokument przyjęty przez ZO ONZ z 25 września 2015 r. pt: *Cele zrównoważonego rozwoju*.

Projekt Globalnego Paktu na rzecz Środowiska uwzględnia rezultaty wielu poprzednich działań z zakresu prawa i polityki ochrony środowiska i uważany jest za zwieńczenie dotychczasowych wysiłków społeczności międzynarodowej w tym przedmiocie. Ambitne plany dotyczące przyszłej umowy międzynarodowej zakładają, że zostaną w niej zebrane i zharmonizowane dotychczasowe ustalenia międzynarodowego prawa środowiska. Pakt ma w zamierzeniu doprowadzić jego autorów do kodyfikacji zasad międzynarodowego prawa ochrony środowiska, co może być pierwszym krokiem w stronę globalizacji standardów ochronnych w tej dziedzinie życia.

3. Powstanie i treść Globalnego Paktu na rzecz Środowiska

Zgromadzenie Ogólne ONZ powołało do życia grupę roboczą o charakterze otwartym. Jej celem będzie określenie luk w prawie ochrony środowiska, które po zidentyfikowaniu miałyby być usunięte w Globalnym Pakcie na rzecz Środowiska (dalej: Pakt) – taka jest nazwa robocza tego dokumentu. Podstawą negocjacji dla stworzenia nowego porozumienia jest wyżej wymieniony projekt Globalnego Paktu na rzecz Środowiska, który stanął na porządku dziennym 72. Sesji Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych w dniu 18 września 2017 r. Inicjatywa ta jest krokiem w kierunku wzmocnienia spójności oraz integracji zbioru istniejących wielkiej ilości porozumień międzynarodowych i aktów *soft law* w zakresie środowiska. Cały system NZ, społeczność międzynarodowa, sektor prywatny i akademicy, i organizacje pozarządowe powinny się włączyć w tę ambitną inicjatywę. Polska również ją poparła.

Dokument ten składa się z 26 artykułów, z których 21 zawiera najważniejsze zasady prawa środowiska. Podkreślono w nim dwie ważne zasady, można by rzec metazasady: integracji oraz zrównoważonego rozwoju. W projekcie Paktu znalazły się również inne zasady: zasada zanieczyszczający płaci, udziału społeczeństwa w podejmowaniu decyzji środowiskowych i dostępu do informacji o środowisku. Istnienie tych zasad obecnie nie budzi wątpliwości, ponieważ są one artykułowane w wielu regionalnych i sektorowych umowach z zakresu ochrony środowiska. Jednak dotychczas w pełnej formie nie udało się zawrzeć tych i innych zasad w akcie tak wysokiej rangi- umowy o zasięgu globalnym, który byłby prawnie wiążący i zobowiązujący.

Pakt powinien pełnić taką rolę dla środowiska, jaką dla praw człowieka pełni Powszechna Deklaracja Praw Człowieka. Kodyfikacja i ujednoczenie podstawowych zasad międzynarodowego prawa środowiska będzie podstawą globalnego procesu zarządzania środowiskiem. Zakłada się, że ekologicznie czyste

środowisko ma być uniwersalną wartością i prawem, którego bronić będą sądy na szczeblu lokalnym, krajowym i międzynarodowym. Ma także dać obywatelom instrumenty do sprawowania kontroli nad polityką ochrony środowiska.

Do projektu Paktu została załączona biała księga *Ku Globalnemu Paktowi dla Środowiska*⁶. Tak zwane białe księgi są dokumentami, które towarzyszą działaniom prawotwórczym różnych zaangażowanych i zainteresowanych podmiotów, wyjaśniając powody podjęcia inicjatywy prawotwórczej w danej przestrzeni prawnej, jak też jej generalne cele. Białe księgi pozwalają poznać również tok rozumowania autorów projektu aktu prawnego i *ratio legis* dla przyjęcia określonej treści i formy danego dokumentu. Dla projektu Paktu biała księga jest jednocześnie komentarzem do przepisów, które na etapie projektu mają jeszcze charakter otwarty.

Zdaniem twórców projektu Paktu na rzecz Środowiska proponowany katalog zasad prawnie wiążących powinien skutecznie uzupełnić luki w systemowym podejściu do prawa środowiska. Włączenie zasad międzynarodowego prawa środowiska do prawnie wiążącego porozumienia o powszechnym zasięgu powinno przyczynić się do zapewnienia ich bezpośredniej skuteczności, oczywiście w zależności od tego, jak prawo międzynarodowe jest wprowadzone do prawa krajowego i tam implementowane. Sądy krajowe są najlepszym miejscem, w którym orzeczenia będą uwzględniały krajową specyfikę w ustalaniu znaczenia ogólnych zasad zawartych w Pakcie, orzekając w sprawach dotyczących zgodności zachowań państwa z tymi zasadami. Sędziowie skonfrontowani z problemem odnoszącym się do przepisów Paktu będą musieli precyzyjnie ustalić zawartość danego przepisu, wyjaśnić pojęcia i dokonywać ich subsumpcji do danych okoliczności.

4. Zasady prawa środowiska zawarte w Globalnym Pakcie na rzecz Środowiska

Zasady prawa środowiska wymienione są w artykułach od 1. do 21. wśród 26 artykułów projektu Paktu. Głównym punktem odniesienia twórców tych zasad jest deklaracja z Rio de Janeiro, przyjęta w trakcie Szczytu Ziemi w 1992 r., ponieważ zawarte w niej przepisy stanowią już zaakceptowany przez społeczność

⁶ Omówienie Białej Księgi i Paktu przedstawiła M.M. Kenig-Witkowska w Raporcie ClientEarth, s. 12 i nn. Zasady międzynarodowego prawa środowiska omówione zostały w: M.M. Kenig-Witkowska, *Międzynarodowe prawo środowiska. Wybrane zagadnienia systemowe*, Warszawa 2011, s. 53–75; J. Ciechanowicz-McLean, *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska*, Warszawa 2001, s. 22–37; M. Nyka [w:] J. Ciechanowicz-McLean, M. Nyka, *Environmental Law*, Gdańsk–Warszawa 2016, s. 63–123.

międzynarodową katalog zasad o uznanej pozycji normatywnej, potwierdzonej ich obecnością w wielu aktach prawa pozytywnego i zwyczajowego.

W projekcie Globalnego Paktu na rzecz Środowiska wymieniono następujące zasady:

- prawo do życia w ekologicznie odpowiednim środowisku (art. 1),
- ochrona środowiska jako *ius cogens* (art. 2),
- integracja i zrównoważony rozwój (art. 3),
- sprawiedliwość międzypokoleniowa (art. 4),
- zapobieganie i prewencja (art. 5),
- ostrożność i przezorność (art. 6),
- szkoda w środowisku (art. 7),
- zanieczyszczający płaci (art. 8),
- dostęp do informacji (art. 9),
- udział społeczny (art. 10),
- dostęp do sprawiedliwości w sprawach ochrony środowiska (art. 11),
- edukacja ekologiczna (art. 12),
- badania i innowacyjność dla środowiska (art. 13),
- rola podmiotów pozapaństwowych w ochronie środowiska (art. 14),
- skuteczność norm dotyczących środowiska (art. 15),
- zdolność do zachowania ekosystemów (art. 16),
- nieregresywne podejście do istniejącego poziomu ochrony środowiska (art. 17),
- współpraca w zakresie spraw środowiskowych (art. 18),
- konflikty zbrojne (art. 19),
- zróżnicowanie państw (art. 20),
- monitorowanie wdrażania Globalnego Paktu na rzecz Środowiska (art. 21).

Za najważniejsze zasady uważane są dwa przepisy projektu Paktu na rzecz Środowiska zawarte w dwóch pierwszych artykułach: prawo do życia w ekologicznie odpowiednim środowisku i obowiązek dbania o środowisko. Te przepisy tworzą podstawę dla wymienionych innych zasad w Pakcie zawierających szereg praw i obowiązków o wymiarze horyzontalnym. Tworzą one bazę dla uznania, że projekt Paktu daje podstawy dla kodyfikacji prawa do środowiska jako trzeciej generacji praw człowieka. Jak wspomniałam, większość przepisów Paktu stanowią zasady, które już znajdują potwierdzenie w wielu przepisach powszechnego prawa międzynarodowego, jak np. zasady zrównoważonego rozwoju, sprawiedliwości międzypokoleniowej, prewencji i przezorności, zanieczyszczający płaci, dostępu do informacji, dostępu do wymiaru sprawiedliwości, społecznego udziału w ochronie środowiska. W Pakcie zawarto również zasady, które są mniej rozpoznawalne w prawie międzynarodowym i w związku z tym ich wyartykułowanie może przyczynić się do postępowego rozwoju tego prawa.

W niniejszym artykule z uwagi na jego skromne ramy zostaną przedstawione bliżej tylko dwie pierwsze zasady, ale dla całego Paktu: prawo do środowiska jako prawo człowieka oraz obowiązek dbania o środowisko jako *ius cogens*.

5. Prawo do środowiska jako prawo człowieka trzeciej generacji

Profesor Krzysztof Drzewicki jako pierwszy w polskiej literaturze prawniczej przedstawił i omówił trzecią generację praw człowieka⁷. Wskazał on, że od wielu lat w społeczności międzynarodowej funkcjonują tzw. prawa człowieka, czyli powszechne, fundamentalne prawa przysługujące wszystkim ludziom bez względu na czas, miejsce, narodowość, pochodzenie, status społeczny, religię, rasę i kolor skóry. Wartości chronione normami praw człowieka są wspólne dla całej ludzkości, niezależnie od podziałów i różnic kulturowych, politycznych, religijnych i pozostałych.

Katalog tych szczególnych praw, potwierdzonych licznymi traktatami wielostronnymi i regionalnymi, stopniowo się rozszerza i jest przedmiotem regulacji zarówno prawa międzynarodowego, jak i prawa wewnętrznego. We wstępie do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka uchwalonej w 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych prawa człowieka zostały scharakteryzowane jako wspólny najwyższy cel wszystkich ludzi i wszystkich narodów.

Uznane prawa człowieka można sklasyfikować jako tzw. generacje, na podstawie wspólnych cech, jakimi odznaczają się pewne ich zbiory. Obecnie można wyróżnić trzy generacje praw człowieka:

Pierwsza generacja praw człowieka obejmuje prawa i wolności polityczne oraz wolności osobiste, czyli tzw. klasyczne prawa człowieka.

Druga generacja praw człowieka obejmuje prawa gospodarcze, społeczne, kulturalno-oświatowe, czyli tzw. prawa społeczne albo socjalne.

Trzecia generacja obejmuje prawa solidarności, których skuteczna realizacja wymaga wspólnych i solidarnych wysiłków wszystkich uczestników współczesnego życia międzynarodowego, aby zrealizować takie prawa solidarności, jak:

- prawo do rozwoju,
- prawo do pokoju,

⁷ K. Drzewicki, *Trzecia generacja praw człowieka*, „Sprawy Międzynarodowe” 1983, nr 10. O zagadnieniu tym pisali również: M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2001, rozdz. XIV; M. Freeman, *Prawa człowieka*, Warszawa 2007, s. 177 i nn.; *Ochrona praw człowieka w wymiarze uniwersalnym. Aksjologia-institucje-nowe wyzwania – praktyka*, red. J. Jaskiernia i K. Spryszak, Toruń 2017, s. 382–393; E. Reid, *Balancing Human Rights, Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU Experience*, Oregon 2015, s. 3–12. Na temat prawa do wody jako prawa człowieka zob. P. Szewedo [w:] *idem*, *Transgraniczny handel wodą w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2017, s. 318–331.

- prawo do środowiska,
- prawo własności nad wspólnym dziedzictwem ludzkości,
- prawo do komunikowania się.

Warunkiem realizacji dóbr i wartości o globalnym charakterze jest współpraca międzynarodowa.

Koncepcja prawa do środowiska występować może pod postacią grupy szczególnych praw środowiskowych, jak np. prawo do czystej wody, gleby, prawo do nieskażonego otoczenia, lub jako ich synteza, np. jako prawo do zdrowego i niezanieczyszczonego środowiska, prawo do równowagi ekologicznej czy jako – najpowszechniej używane – prawo do środowiska.

Powiązanie pomiędzy prawami człowieka a środowiskiem zyskuje coraz większe uznanie prawne poprzez jego stopniową normatywizację. W płaszczyźnie powszechnego prawa międzynarodowego prawo do środowiska znajduje się na etapie tzw. prawa miękkiego (*soft law*), na które składają się liczne rezolucje, deklaracje i uchwały organizacji międzynarodowych niemające charakteru wiążącego w stosunku do swoich sygnatariuszy. Egzystują one niejako obok innych międzynarodowych aktów prawnych promujących prawo człowieka do środowiska. Są nimi obowiązujące konwencje międzynarodowe i liczne porozumienia dotyczące przede wszystkim ochrony mórz, wybranych gatunków fauny i flory, usuwania szkodliwych odpadów, ochrony gleby, wód, powietrza, klimatu, składające się na tzw. prawo twarde (*hard law*).

Dotychczasowy rozwój koncepcji prawa do środowiska wykazuje dążność do sytuowania jednostki w charakterze uprzywilejowanego podmiotu. Znajduje to swoje odbicie w rozwiązaniach narodowych i w Radzie Europy oraz w deklaracji sztokholmskiej, gdzie w art. 1 przedstawia się formułę podmiotowego indywidualizmu. Człowiek ma podstawowe prawo do wolności, równości i odpowiednich warunków życia, w środowisku takim, które pozwalałoby na przyzwoite życie w dobrobycie. Człowiek ponosi poważną odpowiedzialność za ochronę i poprawę środowiska naturalnego dla obecnych i przyszłych pokoleń. W sferze realizacji prawa człowieka do środowiska trudne jest, moim zdaniem, zastosowanie tradycyjnych środków korzystania z praw człowieka przez jednostki. Aby prawo do środowiska było efektywne, należy odwołać się do idei podmiotowości zbiorowej. Jednostka powinna być reprezentowana przez przedstawicieli kolektywnych jako swoich reprezentantów w organizacjach społecznych o zasięgu krajowym lub międzynarodowym⁸. Szeroko rozumiane roszczenia, wyrażające dążenia społeczne, mogą być kierowane do rządów państw bądź za ich pośrednictwem do ich ugrupowań, a zwłaszcza do kompetentnych organizacji międzynarodowych. Realizacja prawa do środowiska stwarza obowiązki przede

⁸ Zagadnienia te zostały omówione w monografii M. Zakrzewskiej, *Model prawny udziału organizacji społecznych w ochronie środowiska*, Warszawa 2018, *passim*.

wszystkim po stronie państwa i jego organów oraz zorganizowanych form społeczności międzynarodowej. Jednak w koncepcji prawa do środowiska pozostaje nadal wiele elementów niesprecyzowanych. Wielopodmiotowy charakter prawa do środowiska, powiązany z niepodzielnością i jednością ekosystemu, rzutuje na różnorodność środków mających zapewnić zadowalające korzystanie z nowego prawa człowieka oraz kierunek adresowania wpływających z niego roszczeń społecznych.

Zagadnienia tego nie podjęto niestety na Konferencji Narodów Zjednoczonych „Środowisko i rozwój” w Rio de Janeiro w 1992 r. W deklaracji z Rio w zasadzie pierwszej stwierdza się, że ludzie są celem zrównoważonego rozwoju i mają prawo do zdrowego i produktywnego życia w harmonii z naturą. Także na podstawie innych dokumentów tej konferencji można zauważyć, że koncentrowała się ona raczej na sprawach dotyczących suwerennych państw niż na prawach jednostek.

Niezależnie od tego faktu nadal rozwija się tendencja do łączenia dwóch dziedzin praw człowieka i ochrony środowiska na gruncie prawa międzynarodowego. W 1994 r. w Podkomisji NZ do spraw Zapobiegania Dyskryminacji i Ochrony Mniejszości przedstawiono raport końcowy dotyczący praw człowieka i ochrony środowiska. Zawiera on projekt zasad związanych z tymi kwestiami, opierający się na koncepcji, zgodnie z którą prawa człowieka, ekologicznie czyste środowisko naturalne, zrównoważony rozwój oraz pokój są wzajemnie powiązane i nierozzerwalne. Ponadto zawarto w nim twierdzenie, że wszyscy mają prawo do bezpiecznego, zdrowego i ekologicznie czystego środowiska naturalnego. Prawo to oraz inne prawa człowieka są uniwersalne, wzajemnie zależne i trwałe.

6. Ochrona środowiska jako obowiązek *ius cogens* w prawie międzynarodowym

Obowiązek ochrony i dbania o środowisko spoczywa na każdym państwie, instytucji prawa międzynarodowego, osobie prawnej i osobie fizycznej. Jest on obecny w prawie międzynarodowym w *soft law*, np. deklaracji sztokholmskiej, jak i w *hard law*, np. w konwencji o prawie morza z 1982 r. W deklaracji z Rio de Janeiro zaś w zasadzie drugiej stanowi się, że państwa zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych i zasadami prawa międzynarodowego są odpowiedzialne za zapewnienie, że działalność prowadzona w ramach ich prawa lub kontroli nie spowoduje zniszczeń środowiska naturalnego innych państw lub obszarów znajdujących się poza granicami narodowych uregulowań prawnych.

Problem zanieczyszczeń wód śródlądowych, rzek i jezior jest tym działem prawa międzynarodowego środowiska, w którego zakresie istnieje największa

liczba postanowień traktatowych, precedensów i doktryn. Stosunkowo najlepiej problem ten jest uregulowany w prawie morza. W zwalczaniu zanieczyszczeń transgranicznych zastosowanie znalazła zasada dobrego sąsiedztwa, aby tak użytkować wody przez jedno państwo, aby nie powodowało to szkód państwu sąsiedniemu. Zgodnie z tą zasadą państwo ma obowiązek ochraniać inne państwa przed szkodliwą działalnością prowadzoną przez osoby prywatne i prawne pozostające pod jego jurysdykcją państwową. Zasadę tę przyjęła Międzynarodowa Komisja do spraw Ochrony Renu przed Zanieczyszczeniem. Komisja ta została powołana w dniu 29 kwietnia 1963 r. w Bernie, jej członkami są: Francja, Luksemburg, Szwajcaria, Niemcy i Holandia.

Zasada dobrego sąsiedztwa sprawdziła się w przypadku Renu, który był swego czasu najbardziej zanieczyszczoną rzeką w Europie. Umowa zawarta pomiędzy państwami, przez które przepływa Ren (plus Luksemburg) ogranicza zrzut ścieków przemysłowych i komunalnych do rzeki, ustala warunki, jakim muszą odpowiadać instalacje filtrujące. Ustala też maksymalną zawartość substancji trujących, którą mogą zawierać wody tej rzeki. Każde państwo zobowiązało się do wprowadzenia w tej materii stosownej regulacji wewnętrznej.

Na zasadę dobrego sąsiedztwa jako zasadę regulującą użytkowanie wód powoływano się w kilku dokumentach organizacji międzynarodowych, m.in. w Deklaracji o użytkowaniu rzek międzynarodowych dla celów przemysłowych i rolniczych, przyjętej w Montevideo w 1933 r., a także w przyjętych przez Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego regulach helsińskich z 1967 r. Tamże w art. XI twierdzi się, że w przypadku spowodowania istotnych szkód zanieczyszczeniem wód w dorzeczu państwo ponosi odpowiedzialność i w związku z tym powinno w miarę możliwości przywrócić stan uprzedni oraz zrekompenzować wyrządzone szkody.

Zasada dobrego sąsiedztwa tworzy zakaz prawny w zakresie sposobu korzystania z suwerenności nad zasobami naturalnymi i pewien obowiązek współpracy w tym zakresie wynikający z Karty Narodów Zjednoczonych oraz normy *soft law*. Chodzi tu o uchwały organizacji międzynarodowych, np. UNEP-u Programu Narodów Zjednoczonych do spraw Środowiska. Są one ważnym elementem procesu powstawania twardego prawa ochrony środowiska, gdyż często prowadzą do powstania normy zwyczajowej lub do zawarcia umowy międzynarodowej.

Zakaz nadużycia prawa wyrażany jest często zasadą prawa rzymskiego *sic utero tuo ut alienum non laedas*, co oznacza zakaz używania prawa w sposób ograniczający prawa innych podmiotów. Zakaz ten był wyrażony dobitnie w wyrokach sądowych w sprawie Jeziora Lanoux czy rzeki Odry⁹.

⁹ Z. Brodecki, *The Modern Law of Transboundary Harm*, Ossolineum, Wrocław 1993, s. 88; K. Burczak, A. Dębiński, M. Jońca, *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, Warszawa 2018, s. 281; J. Osiejewicz, *Globalne zarządzanie zasobami ropy i gazu w perspektywie prawnomiędzynarodowej*, Warszawa 2018, s. 43–53

7. Zamiast zakończenia

Komisja Europejska poprosiła Radę UE o mandat do wynegocjowania międzynarodowego Globalnego Paktu na rzecz Środowiska w imieniu Unii Europejskiej¹⁰. Wniosek w formie zalecenia pojawił się po przedstawieniu tej inicjatywy na 72. Sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ w Nowym Jorku w 2017 r. Zalecenie Rady ma na celu zapewnienie, że wszystkie państwa członkowskie UE działają wspólnie, zapewniając przestrzeganie europejskich polityk i przepisów środowiskowych. Nadmienić należy, że UE ma jedną z najbardziej zaawansowanych i wszechstronnych polityk środowiskowych na świecie i zobowiązuje się do promowania zrównoważonego rozwoju na całym świecie. Jest silnym podmiotem globalnym, który przewodzi w wielu procesach i negocjacjach ONZ, jak 2030 Agenda for Sustainable Development i Porozumienie paryskie w sprawie działań w dziedzinie klimatu. Zdaniem komisarza do spraw środowiska, gospodarki morskiej i rybołówstwa Kamenu Vella negocjacje w sprawie globalnego paktu stanowią okazję do skonsolidowania kluczowych zasad ochrony środowiska w jednym międzynarodowym tekście, nadając im rangę globalnych zasad środowiska.

Janina Ciechanowicz-McLean

THE PRINCIPLES OF GLOBAL ENVIRONMENTAL LAW

One of the basic tools of environmental protection on a global scale is international law. It covers over five hundred international agreements (hard law) in this field and many declarations and resolutions (soft law), the most important of which are the Stockholm Declaration of 1972 and the Rio Declaration of 1992. Their content includes various principles of international environmental law. However, this law is considered to be ineffective. In 2017, the draft of the Global Pact for the Environment was presented at the United Nations. The pact would codify in a single international document twenty-one basic principles of international environmental law, including two very important ones: the right to an ecologically healthy environment and the obligation to care for the environment. Professor Krzysztof Drzewicki was the first in the Polish legal literature to analyze the third generation of human rights, including the human right to the environment.

¹⁰ Zalecenie Decyzja Rady upoważniająca do rozpoczęcia negocjacji w sprawie Światowego paktu na rzecz środowiska, Bruksela, dnia 19.3.2018, COM(2018) 138 final. O kompetencjach UE w zakresie ochrony środowiska pisze M. Lee, *EU Environmental law, Governance and Decision-Making, Second Edition*, Oregon 2014, s. 2–12.



Paulina Topolska

Uniwersytet Gdański

paulina.topolska@prawo.ug.edu.pl

PRAWO DO CZYSTEGO ŚRODOWISKA NATURALNEGO – OD DEKLARACJI SZTOKHOLMSKIEJ PO EKSPLOMACJĘ KOSMICZNĄ

1. Wstęp

Prawo do czystego środowiska naturalnego jest gwarantowane przez III generację praw człowieka. Stanowi ono podstawę, dzięki której mogą być realizowane inne prawa. W toku nowych działalności podejmowanych przez ludzkość koniecznym staje się postrzeganie trzech generacji jako komplementarnych, uzupełniających się standardów, które gwarantują pełną, kompleksową ochronę praw człowieka.

2. III generacja praw człowieka

Prawa człowieka stanowią gwarancję poszanowania wszystkich jednostek bez względu na jakiegokolwiek kryterium. Ujęte w trzy generacje miały niejako odzwierciedlać triadę sformułowaną podczas Rewolucji Francuskiej „Wolność – Równość – Braterstwo”. Pierwsza z nich, mówiąca o prawach fundamentalnych, obywatelskich i politycznych jest rezultatem rewolucji liberalnych (XVII–XIX w.), druga, odnosząca się do praw ekonomicznych, społecznych i kulturalnych, jest efektem działalności ruchów robotniczych i partii socjalistycznych występujących w krajach kapitalistycznych (do drugiej połowy XIX w.), trzecia zaś miała być konsekwencją współczesnego etapu rozwoju ludzkości czy też rezultatem wspólnych dla całej ludzkości problemów i wyzwań, z jakimi musiała się

ona zmierzyć w ostatnich dziesięcioleciach¹. Jednym z praw zawartych właśnie w trzeciej generacji jest prawo człowieka do czystego środowiska naturalnego.

Po raz pierwszy idea III generacji praw człowieka zaprezentowana została w 1979 r. przez Karela Vasaka. W jego zamyśle, aby na jej podstawie wskazywać pożądane kierunki rozwoju praw człowieka dla dobra całej ludzkości, miała ona uwzględniać najnowsze tendencje w stosunkach międzynarodowych oraz zmierzać ku syntezie uniwersalnych aspiracji ludzkich². Według profesora Krzysztofa Drzewickiego, koncepcja III generacji praw człowieka opiera się na czterech podstawowych założeniach: dynamizmie rozwoju praw człowieka, generacyjnym rozwoju praw człowieka, partycypacjonizmie i kolektywizmie praw człowieka oraz solidaryzmie praw człowieka³. Są to zatem prawa kolektywne, które służą tylko w drodze współdziałania, wyrażając ideę ogólnoludzkiej solidarności i braterstwa. Wyznaczają cele, do których powinna dążyć ludzkość w kontekście aktualnych wyzwań i problemów współczesnego świata⁴.

Na arenie międzynarodowej istnieje jednak przekonanie, że prawa ujęte w III generacji znajdują się ciągle w sferze deklaracji. Powodem tego jest brak odpowiednich i skutecznych mechanizmów do ich egzekucji⁵.

¹ R. Kuźniar, *Prawa człowiek – prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, Warszawa, 2002, s. 50.

² J. Plis, *Wprowadzenie do problematyki koncepcji praw człowieka trzeciej generacji Karela Vasaka*, http://iusetadministratio.eu/wp-content/Zeszyty_naukowe/2014/1_2014/1_2014_3_Jan_Plis.pdf [dostęp: 27.07.2018].

³ K. Drzewicki, *Prawo do rozwoju. Studium z zakresu praw człowieka*, Gdańsk, 1988, s. 12–21.

⁴ Zob. T. Lachowski, *III generacja praw człowieka*, <https://liberte.pl/iii-generacja-praw-czlowieka/> [dostęp: 27.07.2018].

⁵ Podstawowym problemem, z powodu którego prawo człowieka do czystego środowiska nie nabrało tak uniwersalnego charakteru jak np. prawo do pokoju czy prawo do rozwoju, jest fakt, iż obok praw człowieka istnieją międzynarodowe normy dotyczące ochrony środowiska, rozwijane jako odrębna gałąź prawa międzynarodowego (*international environmental law*). Co więcej, obie te dziedziny stosują podobne mechanizmy regulacji. Bezpośrednie określanie zatem statusu prawnego osób i rzeczy, które znajdują się przecież pod jurysdykcją państw, występuje zarówno w przypadku praw człowieka, jak i ochrony ludzkiego środowiska. Mamy w związku z tym do czynienia z niebagatelną ingerencją prawa międzynarodowego w sferę kompetencji wewnętrznej państw, które mimo powszechnej akceptacji znajdują mechanizmy powstrzymujące taką ingerencję. Profesor Zdzisław Galicki prognozuje jednak, iż najważniejsze tezy deklaracji sztokholmskiej, które odnoszą się do prawa człowieka do zdrowego i odpowiedniego środowiska, zostaną przekształcone w normy konwencyjne, zob. Z. Galicki, *Prawa człowieka i ochrona środowiska* [w:] *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska XXI wieku*, red. Z. Galicki, A. Gubrynowicz, Warszawa, 2013, s. 27; R. Kuźniar, *Prawa człowieka...*, s. 55.

3. Formowanie się prawa człowieka do czystego środowiska naturalnego

Początkowo społeczność międzynarodowa nie poświęcała należytej uwagi środowisku naturalnemu. Sytuacja ta zmieniła się wraz z końcem XX w., kiedy świat ogarnął kryzys gospodarczy, polityczny i społeczny, który z kolei wpłynął negatywnie na środowisko od lat powiązane z gospodarką oraz bezpieczeństwem światowym⁶.

Pierwszym aktem międzynarodowym, który oprócz samej ochrony środowiska naturalnego uformował zasadę, iż każdy człowiek ma prawo do czystego środowiska naturalnego stała się uchwalona rezolucją nr 2997 z 16 grudnia 1972 r. Deklaracja Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie naturalnego środowiska Człowieka nazywana deklaracją sztokholmską. Podniosła ona ochronę środowiska do rangi podstawowej funkcji państwa. Na konferencji tej utworzono również Program Narodów Zjednoczonych Ochrony Środowiska (UNEP), agencję, której celem stała się ochrona środowiska oraz monitorowanie jego stanu na świecie⁷. Już w pierwszym artykule możemy przeczytać, że „człowiek ma podstawowe prawo do wolności, równości i odpowiednich warunków życia w środowisku o jakości pozwalającej na życie w godności i dobrobycie”⁸. Ponadto deklaracja formułuje jeszcze jedną ważną zasadę, czyniąc człowieka odpowiedzialnym za świadomy udział w poszanowaniu i ochronie środowiska.

Kolejna deklaracja zawarta w 1992 r. w Rio de Janeiro nie odnosiła się już do samego prawa, lecz wymieniała instrumenty, które na takie prawo się składały: prawo do informacji o stanie środowiska, do uczestnictwa w podejmowaniu decyzji mających wpływ na środowisko oraz prawo dostępu do drogi administracyjnej lub sądowej dla zaskarżania takich decyzji. Był to trafny zabieg dla państw, które od tego momentu mogły przerzucić ciężar odpowiedzialności i troski o środowisko na swoich obywateli.

Skutkiem tych działań było powołanie regionalnej konwencji o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska, czyli tzw. konwencji z Aarhus z 1998 r. Jest to niezwykle ważny dokument, który jako pierwszy wyraźnie i wprost sformułował szczegółowe prawa obywateli wobec środowiska oraz władz publicznych⁹.

⁶ Por. H. Machińska, *Prawa człowieka i środowisko – perspektywa sformułowania prawa do środowiska w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [w:] *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska...*, s. 35.

⁷ M. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2011.

⁸ <http://www.un-documents.net/unchedec.htm> [dostęp: 27.07.2018].

⁹ G. Grabowska, *Dostęp do informacji w systemie międzynarodowego prawa środowiska*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 2, s. 45; zob. A. Haładyj, *Udział społeczeństwa w ochronie środowiska w prawie publicznym międzynarodowym jako gwarancja procesowa prawa do środowiska* [w:] *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska...*, Warszawa, 2013, s. 45–54.

4. Związek prawa do czystego środowiska naturalnego z innymi fundamentalnymi prawami człowieka

W doktrynie panuje przekonanie, iż prawo do zdrowego środowiska naturalnego wynika bezpośrednio z najważniejszego prawa człowieka – prawa do życia¹⁰. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż zanieczyszczenia środowiska naturalnego mogą wprost wpływać na zdrowie i życie człowieka. Inaczej ujmując, życie człowieka jest uzależnione od warunków środowiska, w jakim żyje. Należy przy tym zaznaczyć, iż prawo do życia jest pierwotnym i nadrzędnym prawem człowieka, z którego wynikają pozostałe prawa¹¹. Jeżeli zatem jego realizacja jest uzależniona od właściwych warunków środowiska, to taki sam mechanizm występuje w związku z pozostałymi prawami¹².

Skoro więc prawo do życia podlega niezaprzeczalnej ochronie, to tym bardziej należy uznać prawo do czystego środowiska naturalnego jako bezpośrednio z nim związane i oddziałujące. Co więcej, realizacja prawa do życia ma na celu nie tylko zapobieżenie utraty życia przez człowieka, ale również ochronę przed jakimkolwiek jego zagrożeniem¹³.

5. Prawo do czystego środowiska naturalnego a normy konwencyjne

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka nie gwarantuje prawa do czystego środowiska. Jednak na przestrzeni ostatniego dziesięciolecia Rada Praw Człowieka ONZ podjęła wiele działań związanych z prawem do czystego środowiska. W 2011 r. został opublikowany analityczny raport dotyczący relacji między prawami człowieka a środowiskiem. Najważniejsza jego teza wzywa do uznania prawa do czystego środowiska. W wyniku raportu powołano Niezależnego Eksperta ds. Praw Człowieka i Środowiska, który w grudniu 2012 r. przedstawił wstępne sprawozdanie. Stwierdził w nim, iż „[...] gdyby dziś formułowano Powszechną Deklarację Praw Człowieka, łatwo jest sobie wyobrazić, iż zawierałaby ona postanowienia zawarte w wielu krajowych konstytucjach oraz umowach

¹⁰ Zob. Z. Galicki, *Prawa człowieka...*, s. 23–33; R. Kuźniar, *Prawa człowieka...*, s. 55; P.T. Przybysz, *Prawo człowieka do środowiska w świetle postanowień Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r.* [w:] *O prawach człowieka w podwójną rocznicę paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie profesor Annie Michalskiej*, red. T. Jasudowicz, C. Mík, Toruń, 1996, s. 257–258.

¹¹ Zostało to zaakcentowane w deklaracji haskiej z 1989 r. „[...] Prawo do życia jest prawem, z którego wywodzą się inne prawa. Zagwarantowanie tego prawa jest najważniejszym obowiązkiem przywódców innych państw na całym świecie [...]”, 28 ILM 1326 (1989).

¹² Z. Galicki, *Prawa człowieka...*, s. 24.

¹³ S. Weber, *Environmental Information and the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Law Journal” 1991, vol. 5, s. 180; P.T. Przybysz, *Prawo człowieka do środowiska...*, s. 258.

regionalnych [...]”¹⁴. Raport ujawnił również, iż pewne obowiązki dotyczące prawa do zdrowego środowiska już istniały i powinny one zostać doprecyzowane. Stwierdzono w nim, iż wyjaśnienie zobowiązań w zakresie praw człowieka związanych z korzystaniem z bezpiecznego, czystego, zdrowego i zrównoważonego środowiska jest konieczne, aby państwa i ich obywatele mogli lepiej zrozumieć, czego wymagają te obowiązki i zapewnić ich pełne wykonanie, na każdym szczeblu, od lokalnego po międzynarodowy¹⁵.

Europejska Konwencja Praw Człowieka nie zawiera żadnych postanowień odnoszących się do prawa człowieka do czystego środowiska naturalnego. Wydaje się to zaskakujące zwłaszcza w sytuacji, kiedy jest ono wymieniane przez Protokół z San Salvador do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r. (dalej: Konwencja) („Każdy ma prawo do życia w zdrowym środowisku i dostępu do podstawowych usług publicznych. Państwa – Strony powinny popierać ochronę, zachowanie oraz ulepszanie środowiska naturalnego”)¹⁶ oraz Afrykańską Kartę Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z roku 1981 („Wszystkie ludy mają prawo do ogólnie zadowalającego, sprzyjającego ich rozwojowi środowiska naturalnego”)¹⁷.

Nie należy jednak przyjmować, iż był to zabieg celowy. W latach 50. XX w. bowiem, kiedy tworzona była Konwencja, ochrona środowiska nie wzbudzała jeszcze zainteresowania i nie upatrywano w niej jakiegokolwiek wpływu na poziom zdrowia i życia ludzi, a tym samym oddziaływania na prawa człowieka. Jednak w miarę upływu lat kwestie środowiskowe zaczęły zyskiwać na znaczeniu, a życie, zdrowie i samopoczucie człowieka uzależniono od warunków, w jakich ten żyje. Mimo to sama Konwencja nie zawiera postanowień, które przejrzysto określiłyby, czy naruszenia stanu środowiska naturalnego mogą być postrzegane jako szkodliwe i tym samym łamiące prawa człowieka¹⁸.

¹⁴ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights: Analytical study on the relationship between human rights and the environment, A/HRC/19/34, <http://srenvironment.org/wp-content/uploads/2013/05/Analytical-study-OHCHR-PDF.pdf> [dostęp: 29.07.2018].

Specjalny raport ONZ wskazał listę 61 państw, w których znalazły się takie postanowienia, zob. F. Ksentini, Annex III in: Review of Further Developments in Fields with which the Sub-Commission Has Been Concerned, Human Rights and the Environment, 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/0, <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/05/REVIEW-OF-FURTHER-DEVELOPMENTS-IN-FIELDS-WITH.pdf> [dostęp: 29.07.2018].

¹⁵ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights: Analytical study on the relationship between human rights and the environment, A/HRC/19/34.

¹⁶ Art. 11 Protokołu z San Salvador, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html> [dostęp: 29.07.2018].

¹⁷ Art. 24 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12108381350.pdf> [dostęp: 29.07.2018].

¹⁸ Zob. D. Gomien, *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 1991, s. 52–58.

Pomimo braku jednoznacznych regulacji w konwencji, Europejski Trybunał Praw Człowieka rozstrzygnął dotychczas ponad 80 spraw odwołujących się do ochrony środowiska¹⁹. W swoim orzeczeniu postanowił oprzeć się nie na przepisach literalnych, a na celu, który przyświeca istnieniu Konwencji. W orzeczeniu w sprawie *Tyrer v. Wielka Brytania* z 25 kwietnia 1978 r. Trybunał określił, iż „[...] Konwencja jest żywym instrumentem, który należy interpretować w oparciu o aktualne warunki [...]”²⁰. Trybunał argumentował, iż gdyby współcześnie stosować konwencję w oparciu o cele występujące w momencie jej tworzenia, to przez zmieniające się warunki gospodarcze, polityczne i społeczne, nie byłyby one adekwatne i tym samym całkowicie straciły na znaczeniu. Konwencja ma być gwarantem praw w sposób praktyczny i skuteczny, a nie teoretyczny. Należy zatem zadbać o ochronę praw człowieka w kontekście aktualnych wydarzeń i warunków²¹.

Pierwszym przełomowym orzeczeniem, w którym Trybunał niejako uznał prawo do czystego środowiska naturalnego, było orzeczenie w sprawie *Lopez Ostra v. Hiszpania*. Powołując się na art. 8 Konwencji, Trybunał znalazł podstawę dla ochrony prawa do środowiska, określił jego przesłanki oraz granice korzystania²². Dokonał on wykładni, w której wskazał, iż zanieczyszczanie środowiska naturalnego stanowi naruszenie prawa człowieka do życia prywatnego i rodzinnego ustanowionego przez Konwencję.

Kolejna sprawa zasługująca na uwagę to sprawa *Guerra v. Włochy*. Skarżący domagali się uznania naruszenia ich prawa do życia oraz wolności wypowiedzi i prawa do informacji. W orzeczeniu wydanym 19 lutego 1998 r. Trybunał wprawdzie orzekł, iż nie znajduje podstawy do tego, aby uznać, iż działalność fabryki i pochodzące z niej zanieczyszczenia zagrażały życiu ludzi i tym samym doprowadziły do złamania art. 10 Konwencji, to jednak rozstrzygnął, iż władze

¹⁹ Zob. m.in. *Leander v. Szwecja*; *Gaskin v. Wielka Brytania*; *Di Sarno v. Włochy*; *Dubetska v. Ukraina*; *Fadeyeva v. Rosja*.

²⁰ Sprawa *Tyrer v. Wielka Brytania*, nr 5856/72.

²¹ *Airey v. Irlandia*, nr 6289/73; *Loizidou v. Turcja*, nr 15318/89; A. Mancewicz, *Ochrona środowiska naturalnego prawem człowieka? Prawo do czystego środowiska w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „In gremio” 2007, nr 9 (41), s. 16–17.

²² „[...] silne zanieczyszczenie środowiska może wpływać na dobre samopoczucie osób i uniemożliwiać tym osobom korzystanie ze swoich domów w taki sposób, że negatywnie wpływa to na ich życie prywatne i rodzinne”; „[...] mimo marginesu swobodnego uznania pozostawionego Państwu, Trybunał uważa, że Państwo nie osiągnęło sukcesu w zapewnieniu uczciwego balansu pomiędzy interesem gospodarczego dobrobytu miasta – posiadanie zakładu do przetwarzania odpadów i oczyszczania ścieków a efektywnym korzystaniem z prawa do miru domowego, życia prywatnego i rodzinnego przez skarżącą. W związku z tym naruszono art.8”; „[...] poważne zanieczyszczenie środowiska może wpływać na dobre samopoczucie osób i uniemożliwiać im korzystanie z domów w sposób, który negatywnie wpływa na ich życie prywatne i rodzinne”, sprawa *Lopez Ostra v. Hiszpania*, nr 16798/90.

ograniczyły obywatelom informacje dotyczące potencjalnych szkodliwych substancji²³.

Trybunał, orzekając na rzecz osób walczących o prawo do czystego środowiska naturalnego, wchodzi w kompetencje dotychczas zarezerwowane wyłącznie dla państw. Zdaje on sobie przy tym sprawę z tego, że niejako interpretując cel Konwencji, a nie jej konkretne przepisy, naraża się na sprzeciw ze strony państw z racji z nałożonych na nie obowiązków. Wyrokując, Trybunał stara się pogodzić dwie często przeciwstawne kwestie, a mianowicie zapewnienie odpowiedniego standardu ochrony praw człowieka oraz poszanowanie suwerenności państw członkowskich Konwencji.²⁴

Ukazuje to konflikt pomiędzy prawem jednostki do czystego środowiska naturalnego z interesem ekonomicznym państwa. Z jednej strony jednostka ma prawo do zdrowego środowiska i tym samym zagwarantowania go dla przyszłych pokoleń (co jest zgodne z koncepcją zrównoważonego rozwoju), z drugiej zaś państwa mają prawo korzystać ze swoich zasobów dla zagwarantowania m.in. rozwoju państwa na różnych płaszczyznach (w tym ekonomicznej, społecznej, kulturalnej).

Jedynym kompleksowym rozwiązaniem w celu zapobiegnięcia tym rozbieżnościom jest wdrożenie zmian w Konwencji postulowanych przez wielu naukowców²⁵.

W doktrynie ugruntował się słuszny pogląd dotyczący ścisłych więzów pomiędzy ochroną praw człowieka a międzynarodowym prawem ochrony środowiska²⁶. Profesor Zdzisław Galicki wyróżnia w tym względzie dwa podstawowe kierunki, w których powinna zacieśniać się ta synergia. Pierwszym z nich jest kontynuacja rozwoju międzynarodowych norm dotyczących ochrony środowiska, które odnoszą się do warunków niezbędnych do realizacji prawa człowieka do życia. Drugim zaś jest konieczność finalizacji procesu formułowania prawa do zdrowego i nienaruszonego środowiska jako prawnie wiążącego prawa człowieka²⁷.

²³ „[...] Podobnie jak skarżący, Komisja była zdania, że udostępnianie informacji społeczeństwu było obecnie jednym z podstawowych środków ochrony dobrostanu i zdrowia ludności w sytuacjach, w których środowisko naturalne było zagrożone. W związku z tym wyrazi »Prawo to obejmuje wolność [...] do otrzymywania informacji [...]« w art. 10 ust. 1 należy interpretować jako przyznające rzeczywiste prawo do otrzymywania informacji, w szczególności od właściwych organów, przez społeczność, która została lub może zostać dotknięta przez działalność przemysłową lub inną stanowiącą zagrożenie dla środowiska”, nr 14967/89.

²⁴ A. Mancewicz, *Ochrona środowiska...*, s. 19.

²⁵ Zob. m.in.: Z. Galicki, *Prawa człowieka...*, s. 27; H. Machińska, *Prawa człowieka i środowisk...*, s. 41–44; T. Przybysz, *Prawo człowieka do środowiska...*, s. 257–258.

²⁶ Zob. Z. Galicki, *Prawa człowieka...*, s. 23–33.

²⁷ *Ibidem*, s. 23.

Prawa człowieka są wartością same w sobie, lecz wymagają konkretnych instrumentów dla ich realizacji. W przypadku m.in. omawianego już wyżej prawa do życia niezbędnym elementem jest zapewnienie jego gwarancji. Bezspornie jedną z takich gwarancji jest czyste środowisko naturalne, a co za tym idzie, regulacje, które je zapewniają. Innymi prawami człowieka, które w szerszym zakresie odnoszą się do istnienia człowieka w ramach środowiska naturalnego, są m.in.: prawo każdego do odpowiedniego poziomu życia, do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia fizycznego i psychicznego, prawo każdego do korzystania ze sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy czy prawo każdego do korzystania z osiągnięć postępu naukowego i jego zastosowań²⁸. Przy czym to ostatnie nieodłącznie wiąże się z korzystaniem z rozwoju działalności człowieka w przestrzeni kosmicznej.

6. Prawo do czystego środowiska przestrzeni kosmicznej

Wystrzelenie pierwszego sztucznego satelity było ogromnym sukcesem ludzkości, który wprowadził ją w erę eksploracji przestrzeni kosmicznej. Odtąd człowiek rozpoczął działalność w sferze dotychczas niezbadanej i nieobjętej żadnym reżimem prawnym. Sytuacja ta stopniowo się zmieniła w miarę powstawania kolejnych traktatów regulujących tę działalność. W chwili obecnej działalność kosmiczna nabrała rozpędu, zapewniając ludzkości niespotykany dotąd rozwój technologiczny. Ogrom inwestycji kosmicznych udowadnia nam, że jest to aktywność, która wciąż będzie się rozwijać i w niedalekiej przyszłości stanie się celem większości państw. W związku z tym dążeniem ludzkości powinno być zachowanie czystego środowiska przestrzeni kosmicznej, którego gwarantem może stać się prawo człowieka do czystego środowiska naturalnego.

Postęp technologiczny, który umożliwił ludzkości działania w przestrzeni kosmicznej, niestety nie jest w stanie zapewnić jej równocześnie ochrony środowiska kosmicznego. Co więcej, rozwój technologii kosmicznych powoduje równoczesny wzrost problemów środowiska kosmicznego. Szkody te zostały dostrzeżone już w latach 50. XX w.²⁹ Pomimo tego, że przestrzeń kosmiczna staje się dla nas coraz bardziej dostępna, to kwestia zanieczyszczenia jej środowiska nie uległa zmianie. Ponadto jego ogrom stanowi nie tylko zagrożenie³⁰ dla samej

²⁸ *Ibidem*, s. 25.

²⁹ Został wówczas utworzony specjalny Komitet ds. zanieczyszczenia przez eksplorację pozaziemską (Committee on Contamination by Extraterrestrial Exploration, CETEX), a następnie Komitet ds. badań kosmicznych (Committee on Space Research, COSPAR), który utworzył specjalną grupę doradczą ds. potencjalnie szkodliwych skutków eksperymentów kosmicznych oraz potencjalnie szkodliwych dla środowiska działań w przestrzeni kosmicznej.

³⁰ Największym problemem dla środowiska kosmicznego są śmieci/szczątki kosmiczne. Termin ten odnosi się do wszystkich namacalnych materiałów wytworzonych przez człowieka. Są to m.in.:

przestrzeni kosmicznej, ale przede wszystkim dla ludzkiej działalności w przestrzeni, a nawet życia na Ziemi. Prawdą jest, że zagrożenia dla zdrowia stwarzane przez działania kosmiczne ludziom na Ziemi mogą wydawać się obecnie hipotetyczne. Jednak sytuacja ta może się radykalnie zmienić – przynajmniej szybciej niż społeczność międzynarodowa jest obecnie w stanie skutecznie zareagować. Środowisko przestrzeni kosmicznej, w przeciwieństwie do środowiska ziemskiego, nie jest w stanie się regenerować, dlatego w obliczu takich wyzwań konieczne są regulacje, które nie tylko będą świadczyć o zbiorowej odpowiedzialności za działalność w przestrzeni kosmicznej, ale również zagwarantują prawo do czystego środowiska również poza Ziemią.

Obecnie podstawowym przepisem dla ochrony środowiska przestrzeni kosmicznej jest art. IX Traktatu o przestrzeni kosmicznej. Stanowi on, iż:

[...] Państwa Strony Układu prowadzą studia i badania przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi, w taki sposób, aby uniknąć ich szkodliwego zanieczyszczenia, jak również niekorzystnych zmian w środowisku ziemskim, wynikających z wprowadzenia substancji pozaziemskich, a w razie konieczności podejmują właściwe kroki w tym celu. Jeżeli Państwo Strona Układu ma podstawy do przypuszczenia, że działalność lub doświadczenie w przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi, zaplanowane przez nie lub jego obywateli mogą stanowić potencjalne zakłócenie działalności innych Państw Stron Układu w zakresie pokojowych badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi, podejmie ono odpowiednie konsultacje międzynarodowe przed przystąpieniem do takiej działalności lub takiego doświadczenia [...].³¹

Zawiera on zasadę współpracy i wzajemnej pomocy w badaniu i użytkowaniu przestrzeni kosmicznej, która może służyć jako podstawa obowiązku państw do zapobiegania zanieczyszczeniom. Niestety, pomimo zagwarantowanego

zużyte satelity, osłony instrumentów, fragmenty obiektów kosmicznych, wycieki paliwa, chłodziwa, płatki farby, narzędzia upuszczone podczas spacerów kosmicznych, śmieci wyrzucone w przestrzeń kosmiczną. Według Europejskiej Agencji Kosmicznej (ESA), która szacuje, iż obecnie na orbicie krąży około 23 tys. obiektów z około 5 tys. wystrzeżeń (od 2012 r.), około 65% skatalogowanych obiektów jest wynikiem 250 rozpadów na orbicie i około 10 kolizji. Agencja donosi, że zderzenie obiektu kosmicznego z cząstką o wielkości już 10 cm może być katastrofalne w skutkach. Kolizje tworzą coś, co nazywa się syndromem Kesslera, który opisuje efekt kaskadowy: gruzy tworzą więcej śmieci, które tworzą więcej i dalej. Wszystko, co jest większe niż jeden centymetr, może uszkodzić lub zniszczyć satelity. Obiekty o rozmiarach milimetra mogą natomiast wyłączyć systemy satelitarne. Stanowią one zagrożenie nie tylko dla samych statków kosmicznych czy satelitów, ale przede wszystkim dla astronautów. Ponadto takie szczątki są również niebezpieczne dla mieszkańców Ziemi. Część z nich spala się w ziemskiej atmosferze, jednak w wypadku bardzo zwartych i masywnych satelitów wykorzystuje się materiały o wysokiej temperaturze topnienia, takie jak stal nierdzewna lub tytan, które w momencie spadania mogą sięgać Ziemi, zob. N. Mortillaro, *Space debris: How dangerous is it to people on Earth?*, <https://globalnews.ca/news/2453752/space-debris-how-dangerous-is-it-to-people-on-earth/> [dostęp: 30.07.2018].

³¹ Art. IX Układu o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi (traktat o przestrzeni kosmicznej).

w Konwencji prawa do zażądania konsultacji międzynarodowych, prawo nie daje żadnych instrumentów oraz sankcji, które gwarantowałyby ochronę. Traktat nie upoważnia państwa naruszającego do zaprzestania swych działań, brak jest jakichkolwiek procedur czy terminów konsultacji, a w końcu brak jest jakichkolwiek odniesień do tego, czy muszą one prowadzić do jakiegokolwiek rezultatu. Podobne problemy występują w przypadku traktatu księżycowego³².

Pomimo zatem faktu, iż traktaty kosmiczne wielokrotnie odnoszą się do kwestii środowiska przestrzeni kosmicznej, brak jest instrumentów, które pozwalałyby faktycznie dbać o jego stan. Ponadto wydaje się, że najwyższy czas, aby ponownie rozważyć podstawowe przesłanki, na których opierają się wszystkie działania człowieka w przestrzeni kosmicznej. Im bardziej naglące stają się zagrożenia środowiskowe związane z użytkowaniem przestrzeni kosmicznej, tym częściej pojawia się głęboka kwestia legitymacji nowoczesnego sektora kosmicznego. W związku z tym międzynarodowe zasady ochrony środowiska i zintegrowane z nimi prawo człowieka do czystego środowiska naturalnego mogą i powinny służyć jako podstawowe zasady, które nie tylko wyznaczają kierunki dla modyfikacji aktualnie istniejących regulacji prawa kosmicznego, ale same w sobie zapewnią środowisku kosmicznemu ochronę.

Już w tym momencie można zauważyć tendencje, iż idea przestrzeni kosmicznej jako *res communis* oraz zasada wspólnego dziedzictwa ludzkości zyskują dalsze znaczenie, jakim jest ochrona i zachowanie wartości, którą jest środowisko kosmiczne³³. W świetle przytoczonych argumentów jest to niezbędne dla zagwarantowania czystego środowiska kosmicznego, które nie rodzi zagrożeń dla człowieka i zapewnia mu odpowiedni poziom ochrony jego praw. Co więcej, liczne instrumenty podejmowane na arenie międzynarodowej już teraz odnoszą się do potrzeby zachowania środowiska przestrzeni kosmicznej nie tylko dla potrzeb ludzi współczesnych, ale również dla przyszłych pokoleń.

Podsumowanie

Środowisko to naturalne bogactwo ludzkości, które w ostatnim czasie ulega coraz większej degradacji z uwagi na rozwój cywilizacyjny. Wraz ze swymi zasobami stanowi podstawowy parametr określający kierunek działalności gospodarczej. Idea jego ochrony jest zatem swego rodzaju zasadą moralną, która powinna determinować każdy akt ustawodawczy dotyczący tej działalności.

³² Zob. też art. IV, VII, IX traktatu księżycowego; art. V i XXI Konwencji o odpowiedzialności za szkody kosmiczne; Konwencja o rejestracji obiektów kosmicznych.

³³ Ch. Pinto, *Some Thoughts on the Making of International Environmental Law: a Cautionary Tale* [w:] *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*, eds N. Schrijver, F. Weiss, Leiden–Boston 2004, s. 39–51.

W początkowym okresie działalności gospodarczej człowieka zagadnienia z zakresu ochrony środowiska były pomijane. Ludzkość skupiała się na zaspokajaniu swych doraźnych potrzeb, nie dostrzegając konieczności zachowania zasobów przyrodniczych dla przyszłych pokoleń. Obecnie kwestie środowiskowe zyskują na znaczeniu dzięki próbie łączenia standardów ochrony środowiska z gwarancjami ochrony praw człowieka.

W konsekwencji należy stwierdzić, iż koniecznym zabiegiem jest włączenie prawa do czystego środowiska naturalnego do sfery prawnie wiążących praw człowieka i powinno być tym samym poddane tym samym reżimom prawnym co podstawowe prawa człowieka. Jest to zabieg o tyle istotny, iż gwarantuje wachlarz metod i instrumentów służących jego kontroli i egzekwowaniu.

Idąc za Profesorem Galickim, jeżeli prawo do środowiska zostanie umieszczone na tej samej płaszczyźnie co pozostałe prawa człowieka, to każde jego pogwałcenie będzie rozpatrywane na podstawie tych samych metod co w wypadku podstawowych praw człowieka, nawet z możliwością uznania niektórych z najbardziej dotkliwych naruszeń prawa do środowiska za zbrodnie przeciwko ludzkości³⁴. Wydaje się to szczególnie istotne z punktu widzenia rozwijającej się działalności człowieka w przestrzeni kosmicznej powodującej znaczące zagrożenia dla jej środowiska i tym samym całej ludzkości.

Podejmowanie działań na arenie międzynarodowej jest zwykle długotrwałe i nie stanowi priorytetu. Proponowane rozwiązanie, przenoszące część odpowiedzialności na jednostki, znacznie przyspieszy i zwiększy poziom ochrony środowiska, a co za tym idzie ochrony życia i zdrowia.

Paulina Topolska

THE RIGHT TO A CLEAN ENVIRONMENT – FROM THE STOCKHOLM DECLARATION TO SPACE EXPLORATION

The right to a clean environment is guaranteed by the Third Generation of Human Rights. It is the basis on which other laws can be implemented. In the course of new activities undertaken by humanity, it is necessary to perceive the three generations as complementary and supplementary standards that guarantee the full and comprehensive protection of human rights. Currently, one of the rapidly growing areas is space activity, which has recently accelerated, providing humanity with unprecedented technological development. The vastness of space investments proves that it is an activity that will continue to develop and will become the goal of most countries in the near future. Taking into account threats that may follow, humanity should aim to keep clean space environment, which may guarantee a human right to a clean natural environment.

³⁴ Z. Galicki, *Prawa człowieka...*, s. 31.



Tomasz Bąkowski

Uniwersytet Gdański

tomasz.bakowski@prawo.ug.edu.pl

PLANY ZAGOSPODAROWANIA PRZESTRZENNEGO POLSKICH OBSZARÓW MORSKICH W KONTEKŚCIE ŹRÓDEŁ PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO¹

Przepisy ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym² (dalej: u.p.z.p.), zawarte w rozdziale 6. „Zmiany w przepisach obowiązujących”, znowelizowały między innymi ustawę z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej³ (dalej: u.o.m.), wprowadzając nieznaną dotąd prawu polskiemu regulację, przewidującą objęcie polskich obszarów morskich planami zagospodarowania przestrzennego. Nowe uregulowania zostały zamieszczone w dodanym do działu II u.o.m. rozdziale 9 zatytułowanym „Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne obszarów morskich wód wewnętrznych, morza terytorialnego i wyłącznej strefy ekonomicznej”. Przez kolejne dziesięć lat regulacje te (zresztą bardzo lakoniczne, bo składające się ledwie z dwóch artykułów) nie znajdowały swojego odzwierciedlenia w życiu społecznym i ekonomicznym Państwa⁴. Zmiana w podejściu do realizacji przepisów normujących zasady i tryb obejmowania obszarów morskich planami zagospodarowania przestrzennego nastąpiła za sprawą dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/89/UE z dnia 23 lipca 2014 r.,

¹ Niniejsze opracowanie prezentuje fragment wyników realizacji projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki nr 2015/19/B/HS5/03240 – „Administracyjnoprawne problemy planowania i zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich Rzeczypospolitej Polskiej”.

² Tekst pierwotny: Dz. U. Nr 80, poz. 717; obecnie tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1073 ze zm.

³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 2205, ze zm.

⁴ Szerzej na temat zob. T. Bąkowski, *Wybrane problemy planowania i zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich Rzeczypospolitej Polskiej wynikające z obowiązującego porządku prawnego* [w:] *Navigare necesse est. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Adamczakowi*, red. D. Pyć, Gdańsk 2014 („Gdańskie Studia Prawnicze”, t. XXXII), s. 53–62.

ustanawiającej ramy planowania przestrzennego obszarów morskich⁵ (dalej: dyrektywa 2014/89). Nałożyła ona na państwa członkowskie Unii Europejskiej, posiadające dostęp do morza, obowiązek wprowadzenia do swoich wewnętrznych porządków prawnych do 18 września 2016 r. przepisów „ustawowych, wykonawczych i administracyjnych”, umożliwiających realizację jej celów w terminie oraz „opracowania planów zagospodarowania obszarów morskich jak najszybciej, a najpóźniej do dnia 31 marca 2021 r.”

Wychodząc naprzeciw ustaleniom dyrektywy 2014/89, polski ustawodawca rozbudował przepisy dotyczące planowania morskiego⁶, na ich podstawie zaś właściwe organy administracji publicznej oraz współdziałające z nimi instytucje podjęły działania prowadzące do objęcia polskich obszarów morskich planami zagospodarowania przestrzennego. I tak obecnie krajowe zasady i warunki, elementy treści oraz tryb sporządzania i wprowadzania do obrotu prawnego planów zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich zostały szczegółowo określone w rozdziale 9 działu II u.o.m. oraz w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej oraz Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 17 maja 2017 r. w sprawie wymaganego zakresu planów zagospodarowania przestrzennego morskich wód wewnętrznych, morza terytorialnego i wyłącznej strefy ekonomicznej⁷.

Według obowiązującego obecnie porządku prawnego plany zagospodarowania przestrzennego mają obejmować obszary morskich wód wewnętrznych, morza terytorialnego oraz wyłącznej strefy ekonomicznej. Trzeba przy tym zwrócić uwagę na to, że zgodnie z art. 2 ust. 1 u.o.m. na obszary morskie Rzeczypospolitej Polskiej, określne również w tej ustawie mianem polskich obszarów morskich, składają się nie tylko wyżej wymienione obszary, ale także strefa przyległa. Uwzględniając jednak, że w polskich uwarunkowaniach geograficznych i prawnych strefę przyległą w ujęciu przestrzennym w całości wchłania wyłączna strefa ekonomiczna⁸, należy uznać, iż przepisy u.o.m., w zgodzie z dyrektywą 2014/89, mimo niewymienienia *expressis verbis* w art. 37a ust. 1 u.o.m. strefy

⁵ Dz. Urz. UE L 257 z 23.07.2014, s. 135.

⁶ Najważniejsze zmiany w dotychczasowej regulacji dotyczącej morskiego planowania przestrzennego zostały wprowadzone ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i Administracji morskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1642).

⁷ Dz. U. z 2017 r., poz. 1025.

⁸ Tak też D. Pyć, *Strefa przyległa jako obszar morski kontroli prewencyjnej* [w:] *Problemy prawa prywatnego i publicznego w pierwszych dekadach XXI wieku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Ciszewskiemu*, red. J. Kruczałak-Jankowska, Gdańsk 2016, („Gdańskie Studia Prawnicze”, t. XXXVI), s. 392. Uregulowania prawne w tym zakresie zostały ujęte w art. 13a u.o.m. oraz w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 stycznia 2017 r. w sprawie szczegółowego przebiegu linii podstawowej, wewnętrznej granicy morza terytorialnego oraz zewnętrznej granicy strefy przyległej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2017 r., poz. 183).

przyległej, przewidują objęcie planami zagospodarowania przestrzennego całość polskich obszarów morskich.

Zgodnie z art. 37b ust. 1 u.o.m. projekty planów zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich sporządzają właściwi terytorialnie (miejscowo) dyrektorzy urzędów morskich. Procedura sporządzania tych projektów przewiduje współdziałanie dyrektorów urzędów morskich z innymi podmiotami z i spoza systemu władzy publicznej (por. art. 37e ust. 1 u.o.m.). Po przeprowadzeniu przewidzianych w tych przepisach czynności plany zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich, w myśl art. 37a ust. 1 u.o.m., są przyjmowane w drodze rozporządzenia ministra właściwego do spraw gospodarki morskiej oraz ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa w porozumieniu z ministrami właściwymi do spraw: środowiska, gospodarki wodnej, kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, rolnictwa, rybołówstwa, transportu, wewnętrznych oraz Ministrem Obrony Narodowej.

Na tle obowiązującej regulacji u.o.m. oraz wskazanego wyżej rozporządzenia pojawiło się szereg nowych problemów badawczych godnych naukowej refleksji⁹. Do nich – patrząc z perspektywy jurydycznej – należałoby zaliczyć problem prawnego charakteru ustaleń planów zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich, w tym ich wpływu na prawny status tych obszarów. Wypada bowiem w tym miejscu przypomnieć, że ów prawny status w znacznym stopniu stanowi wypadkową rozwiązań wyprowadzanych z norm międzynarodowego prawa publicznego, a w szczególności z prawa morza, będącego jednym z działów tej gałęzi prawa¹⁰. Z tego też względu zasadne wydaje się spojrzenie na plany zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich i prawne konsekwencje ich ustaleń przez pryzmat źródeł międzynarodowego prawa publicznego w celu uchwycenia i próby określenia relacji zachodzących między tym ustaleniami a regulacją prawnomiędzynarodową.

Termin „źródło prawa” w doktrynie międzynarodowego prawa publicznego, podobnie zresztą jak w teorii prawa oraz w poszczególnych dogmatykach prawniczych, jest terminem wieloznacznym. Dlatego też posługiwanie się nim zwykle wymaga wyjaśnienia poprzez wypracowane przez teorię prawa powszechnie przyjęte dookreślenia, takie jak: źródła prawa w sensie materialnym, źródła prawa w sensie formalnym, samoistne bądź niesamoistne (niezorganizowane)

⁹ Zob. m.in. J. Zaucha, *Gospodarowanie przestrzenią morską*, Warszawa 2018; T. Bąkowski, *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne polskich obszarów morskich (problematyka administracyjnoprawna)*, Gdańsk 2018.

¹⁰ Por. M.H. Koziński, *Morskie prawo publiczne*, Gdynia 2015, s. 13 i nn.; D. Pyć, *Prawo morza* [w:] *Leksykon prawa morskiego. 100 podstawowych pojęć*, red. D. Pyć, I. Zużewicz-Wiewiórowska, Warszawa 2013, s. 455.

źródła prawa czy też źródła poznania prawa¹¹. Precyzując zatem znaczenie źródeł międzynarodowego prawa publicznego, w którego kontekście zostanie podjęta próba określania pozycji ustaleń planów zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich, należy przyjąć, że chodzi tu o źródła prawa w sensie formalnym. Do nich zaś w płaszczyźnie międzynarodowego prawa publicznego zalicza się przede wszystkim umowy międzynarodowe i zwyczaj¹². Sporną kwestią w doktrynie pozostaje to, czy za formalne źródła międzynarodowego prawa publicznego należy uznać również orzecznictwo sądów międzynarodowych oraz akty – uchwały organizacji międzynarodowych¹³.

Trzeba jednak zaznaczyć, że z punktu widzenia niniejszych rozważań, koncentrujących się na prawnych podstawach statusu obszarów morskich, kluczowe znaczenie odgrywają umowy międzynarodowe, determinujące krajowe porządki prawne w zakresie prawnej regulacji obszarów morskich państw będących stronami takich umów, chociaż wypada odnotować, że materia planowania i zagospodarowania przestrzeni morskiej cieszy się również – zwłaszcza w basenie Morza Bałtyckiego – dużą popularnością i aktywizuje w różnym stopniu sformalizowane fora międzynarodowe¹⁴.

Podstawowymi źródłami międzynarodowego prawa publicznego normującego prawny status obszarów morskich są: Konwencja o morzu pełnym, sporządzona w Genewie dnia 29 kwietnia 1958 r.¹⁵ oraz Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r.¹⁶ określana powszechnie skrótem UNCLOS (United Nations Convention on the Law of the Sea). Oba te akty zakreślają ramy reżimów prawnych odpowiednio

¹¹ Por. m.in.: L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1999, s. 106 i nn.; J. Nowacki [w:] J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Katowice 1999, s. 109 i nn.; S. Wronkowska [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 141 i nn.; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2018, s. 113 i nn.

¹² Zob. R. Bierzanek [w:] R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005, s. 76.

¹³ *Ibidem*; zob. też. M. Barczewski, *Źródła prawa międzynarodowego* [w:] *Leksykon międzynarodowego prawa publicznego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Przyborowska-Klimczak, D. Pyć, Warszawa 2012, s. 590–593 oraz powoływaną tam literaturę.

¹⁴ Inspiratorami swoistych źródeł legislacji w omawianym zakresie są organizacje międzynarodowe tak o zasięgu globalnym, jak Międzynarodowa Organizacja Morska (zob. konwencję o Międzynarodowej Organizacji Morskiej [wcześniej o Międzynarodowej Morskiej Organizacji Doradczej], podpisaną dnia 6 marca 1946 r. – Dz. U. z 1961 r. Nr 14, poz. 74 ze zm.), jak i regionalnym, czego przykładem jest Komisja Ochrony Środowiska Morskiego Bałtyku HELCOM (zob. Konwencja o ochronie środowiska morskiego obszaru morza Bałtyckiego sporządzona w Helsinkach dnia 22 marca 1974 r. – Dz. U. z 1980 r. Nr 18, poz. 64) oraz bałtycką inicjatywę VASAB – Vision and Strategies Around the Baltic Sea, obejmującą wszystkie państwa bałtyckie oraz Norwegię i Białoruś, zob. <http://www.vasab.org/> [dostęp: 28.08.2018].

¹⁵ Dz. U. z 1963 r. Nr 33, poz. 187.

¹⁶ Dz. U. z 2002 r., Nr 59, poz. 543.

morza pełnego oraz wprowadzonych do obowiązującego porządku prawnomiędzynarodowego poszczególnych kategorii obszarów, w tym: morskich wód wewnętrznych, morza terytorialnego i strefy przyległej, a także wyłącznej strefy ekonomicznej. Państwa strony konwencji, tym przypadku zwłaszcza konwencji UNCLOS, kierując się wynikającymi z niej zasadami, wypełniają je szczegółową treścią przepisów prawa krajowego, co obrazują regulacje u.o.m. oraz wydane na jej podstawie akty wykonawcze. W taki też sposób należałoby postrzegać relacje zachodzące między regulacjami UNCLOS i ustaleniami planów zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich. Te ostatnie właśnie w myśl przepisów art. 37a ust. 2 u.o.m. rozstrzygają między innymi o zakazach i ograniczeniach korzystania przykładowo z obszarów morza terytorialnego, przez które statki wszystkich państw, zgodnie z art. 17 UNCLOS, korzystają z prawa nieszkodliwego przepływu. Przy czym, jak z powyższej konwencji wynika, korzystanie to nie ma charakteru absolutnego, ale jest określone zarówno w niej samej, jak i w uregulowaniach państwa nadbrzeżnego. Oznacza to, że plany zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich, a ściślej rzecz ujmując, zawarte w nich ustalenia, są tymi „przepisami prawa państwa nadbrzeżnego”, o których mowa w art. 21 i 22 UNCLOS.

Zgodnie z dyrektywą 2014/89 oraz z wprowadzonymi dla realizacji jej celów przepisami u.o.m. plany zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich mają obejmować również wyłączną strefę ekonomiczną, co jest szczególnie istotne z przyjętej w tym opracowaniu perspektywy. Jeśli bowiem chodzi o pozostałe obszary, jakimi są morskie wody wewnętrzne oraz morze terytorialne, to mimo objęcia ich regulacją prawnomiędzynarodową są one, zgodnie z przepisami UNCLOS, obszarami, nad którymi rozciąga się suwerenna władza państwa nadbrzeżnego, zaś odstępstwa od tej zasady przewidziane w umowach międzynarodowych są traktowane jako wyjątkowe. Wyłączna strefa ekonomiczna natomiast, według art. 55 UNCLOS oraz pozostających z nim w zgodzie art. 14–22 u.o.m., jest obszarem położonym poza granicami państwa nadbrzeżnego, do którego uprawnienia władcze tego państwa nie wynikają bynajmniej z tytułu sprawowanej nad nim suwerennej władzy, ale „ze stosownych postanowień” UNCLOS. Te zaś, oprócz określonych wprost uprawnień państwa nadbrzeżnego¹⁷ oraz praw innych państw¹⁸ w wyłącznej strefie ekonomicznej,

¹⁷ Zgodnie z art. 56 UNCLOS na prawa państwa nadbrzeżnego w wyłącznej strefie ekonomicznej składają się w szczególności uprawnienia do badania eksploatacji i ochrony zasobów naturalnych, zarówno żywych, jak i nieożywionych, wód morskich pokrywających dno, a także dna morskiego i jego podziemia oraz w celu gospodarowania tymi zasobami, jak również w odniesieniu do innych przedsięwzięć w zakresie gospodarczego badania i eksploatacji strefy, takich jak wytwarzanie energii poprzez wykorzystanie wody, prądów i wiatrów.

¹⁸ Według art. 58 ust. 1 UNCLOS, z zastrzeżeniem stosownych postanowień niniejszej konwencji, wszystkie państwa, zarówno nadbrzeżne, jak i śródlądowe, korzystają w wyłącznej strefie ekonomicznej z wymienionych w art. 87 wolności żeglugi i przelotu, układania podmorskich kabli

sankcjonują rozwiązania ustawowe oraz wynikające z innych przepisów prawnych państwa nadbrzeżnego, zgodne z UNCLOS i innymi normami prawa międzynarodowego, zobowiązując inne państwa do ich przestrzegania przy korzystaniu ze swoich praw na tym obszarze. Świadczy to o tym, że również i w wyłącznej strefie ekonomicznej, a więc poza terytorium państwa nadbrzeżnego, postanowienia UNCLOS dają podstawy do współkształtowania reżimu prawnego między innymi ustaleniami planów zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich. W literaturze jest nawet prezentowany pogląd, że przepisy UNCLOS, w tym art. 123¹⁹, należy traktować jako delegację do sporządzania planów zagospodarowania obszarów morskich²⁰. Oczywiście stanowisko to nie daje podstaw do uznania relacji zachodzących pomiędzy jakimikolwiek postanowieniami UNCLOS i ustaleniami planów zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich za analogiczne do tych, które łączą przepisy ustawy zawierające upoważnienie do wydania aktu wykonawczego. Należy jednak przyjąć, że stanowią one materialną podstawę do wprowadzenia szczegółowych regulacji prawnych państwa nadbrzeżnego, mieszczących się w ramach wytyczonych treścią postanowień UNCLOS oraz innych konwencji międzynarodowych. To stawia zaś „ustawy i inne przepisy prawne”, o których mowa w UNCLOS między innymi w powoływanym art. 58 ust. 3, w roli aktów współkształtujących system prawa morza, a co z tym idzie rodzących prawnie doniosłe konsekwencje w sferze międzynarodowego prawa publicznego. Godząc się z tak sformułowanym stwierdzeniem, należałoby konsekwentnie uznać przewidziane w art. 37a ust. 1 u.o.m. rozporządzenie w sprawie przyjęcia planów zagospodarowania przestrzennego morskich wód wewnętrznych, morza terytorialnego i wyłącznej strefy ekonomicznej, a ściślej ustalenia przyjętych tym rozporządzeniem planów, za faktyczny komponent źródeł publicznego prawa międzynarodowego.

Na przedstawionym przykładzie, który – co należy podkreślić – nie jest przypadkiem odosobnionym, można dostrzec ściśle normatywne związki i wzajemne

i rurociągów oraz innych, zgodnych z prawem międzynarodowym, sposobów korzystania z morza, jakie wiążą się z tymi wolnościami w związku z używaniem statków morskich i powietrznych oraz podmorskich kabli i rurociągów, o ile jest to zgodne z innymi postanowieniami niniejszej konwencji.

¹⁹ Zgodnie z przywołanym przepisem: „Państwa położone nad morzami zamkniętymi lub półzamkniętymi powinny współpracować ze sobą w wykonywaniu swoich praw i obowiązków, przewidzianych przez niniejszą konwencję. W tym celu dążą one, bezpośrednio lub za pośrednictwem właściwej organizacji regionalnej, do: (a) koordynacji działań związanych z gospodarowaniem żywymi zasobami morza, ich zachowaniem, badaniem i eksploatacją; (b) koordynacji wykonywania swoich praw i obowiązków w zakresie ochrony i zachowania środowiska morskiego; (c) koordynacji swojej polityki badań naukowych i podejmowania, gdy jest to celowe, wspólnych programów badań naukowych na danym obszarze; (d) do zapraszania, gdy jest to celowe, innych zainteresowanych państw lub organizacji międzynarodowych do współpracy w stosowaniu postanowień niniejszego artykułu”.

²⁰ J. Zaucha, *Gospodarowanie...*, s. 86; F. Maes, *The international legal framework for marine spatial planning*, „Marine Policy” 2008, vol. 32, s. 799, za: J. Zaucha, *Gospodarowanie...*, s. 86.

oddziaływania zachodzące pomiędzy różnymi gałęziami prawa publicznego włącznie z międzynarodowym prawem publicznym. Z perspektywy prawa publicznego „krajowego” zdają się być one oczywiste i niepodlegające dyskusji. Za równie uprawnione twierdzenie należy przyjąć i to (pojawiające się powszechnie w publikacjach o charakterze podręcznikowym), że umowy międzynarodowe stanowią w poszczególnych gałęziach „krajowego” prawa publicznego, a więc prawa: konstytucyjnego, administracyjnego, finansowego, gospodarczego publicznego czy też ochrony środowiska, niekwestionowaną kategorię źródeł wymienionych gałęzi prawa²¹.

Jednak z punktu widzenia międzynarodowego prawa publicznego oraz tradycyjnego podejścia do jego źródeł trudno byłoby mówić o istnieniu stanu zbliżonego do symetrii w omawianej kwestii. Co prawda zjawisko wzajemnych (w niektórych przypadkach bardzo ścisłych) powiązań międzynarodowego prawa publicznego z pozostałymi gałęziami prawa publicznego nie od dziś jest w nauce dostrzegane i stanowi nawet przedmiot badań przedstawicieli różnych dziedzin nauki prawa, czego dobitnym przykładem jest koncepcja międzynarodowego prawa administracyjnego²², z tym że nawet w tym nurcie, poza krytykowaną teorią skutków transgranicznych Karla Neumeyera, związaną ze stosowaniem obcego prawa administracyjnego²³, badania te skupiają się głównie na analizie poszczególnych konstrukcji prawa administracyjnego w płaszczyźnie prawnomiędzynarodowej.

Podjęmowane obecnie działania, obejmujące sporządzanie i przyjmowanie planów zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich przez państwa nadbrzeżne Unii Europejskiej w celu realizacji dyrektywy 2014/89, każą na nowo pochylić się nad wskazanymi powyżej wzajemnymi oddziaływaniami, w tym nad wpływem prawa krajowego na prawny reżim międzynarodowego prawa publicznego. Delegowanie przez przepisy UNCLOS na szczebel aktów prawa państw nadbrzeżnych określania szczegółowych rozwiązań w zakresie prawnego statusu obszarów morskich, zwłaszcza tych pozostających poza granicami stanowiących je państw, czyni krajowe akty normatywne, w tym przypadku o stricte administracyjnoprawnej proweniencji fragmentem międzynarodowego porządku prawnego. Czy zatem nie należałoby takich aktów traktować jako źródeł międzynarodowego prawa publicznego, choćby z wyraźnym dookreśleniem

²¹ Zob. odpowiednio: J. Kuciński, *Konstytucyjny ustrój państwowy, Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 37–42; J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 128–129; W. Wójtowicz, *Źródła prawa finansowego* [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, red. W. Wójtowicz, Warszawa 2008, s. 24–25; M. Zdyb, *Publiczne prawo gospodarcze*, Kraków 1998, s. 150–152; J. Ciechanowicz-McLean, *Prawo ochrony i zarządzania środowiskiem*, Warszawa 2015, s. 18–19 oraz 80 i nn.

²² Szerzej na ten temat zob. M. Zieliński, *O pojęciu międzynarodowego prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 9, s. 16–30, tam też stosowne odesłania do literatury krajowej i zagranicznej; zob. też D. Pyć, *Administracyjne prawo międzynarodowe* [w:] *Leksykon...*, s. 1–4.

²³ Zob. M. Zieliński, *O pojęciu międzynarodowego prawa...*, s. 27–28.

„sensu largo”? Obowiązywanie planów zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich poza granicami państw, z których pochodzą, staje bowiem normatywną rzeczywistością.

Tomasz Bąkowski

SPATIAL DEVELOPMENT PLANS FOR POLISH MARITIME AREAS IN THE CONTEXT OF THE SOURCES OF INTERNATIONAL PUBLIC LAW

Directive 2014/89/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014, establishing a framework for maritime spatial planning, imposes on Member States which have access to the sea the obligation to develop maritime spatial plans. These plans are to cover marine areas within the borders of a coastal state, as well as exclusive economic zones outside these borders. Against this background, there is a problem of co-shaping the legal status of these areas by international conventions (in particular the United Nations Convention on the Law of the Sea, drawn up in Montego Bay on 10 December 1982) which are the sources of international public law and the normative acts of individual states. According to the solutions adopted in Poland, such a normative act shall have the form of a regulation of the minister competent for maritime economy and the minister responsible for construction, planning, spatial development and housing, issued in agreement with the ministers responsible for the environment, water management, culture and the protection of national heritage, agriculture, fisheries, transport, the Minister of Internal Affairs and the Minister of National Defense regarding the adoption of spatial development plans for internal sea waters, territorial sea and the exclusive economic zone. The provisions of the plans included in such a regulation, which is a source of law of a lower legal force than a statute, affects the legal status of sea areas and also binds third country entities. At the same time, they do not fall into the classical perception of the sources of international public law, despite the fact that, as pointed out above, they shape the issues pertaining to international law.



Andrzej Szmyt

Uniwersytet Gdański

andrzej.szmyt@prawo.ug.edu.pl

TRYBUNAŁ OBRACHUNKOWY UNII EUROPEJSKIEJ

Proces rozwoju integracji europejskiej, w tym coraz większa skala środków finansowych pozostających w gestii Unii Europejskiej, zrodził konieczność ustanowienia reguł kontrolnych w tym zakresie. Zadania w tej materii najpierw realizowane były w systemie rozproszonym¹. Na mocy traktatu brukselskiego (22 lipca 1975 r. utworzono jednolity Europejski Trybunał Obrachunkowy (ETO) (franc. – Cour des Comptes, ang. – Court of Auditors). Rozpoczął on działalność od 18 października 1977 r., wówczas jako organ wspólnotowy. Europejski Trybunał Obrachunkowy (ETO) od początku swego istnienia siedzibę ma w Luksemburgu. Od traktatu z Maastricht (7 listopada 1992 r.) uzyskał rangę „instytucji” Wspólnot Europejskich. Dziś jest jedną z siedmiu instytucji Unii Europejskiej – obok Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Komisji Europejskiej, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Europejskiego Banku Centralnego (art. 13 traktatu o Unii Europejskiej – w wersji skonsolidowanej)². Postanowienia bezpośrednio określające status ETO znajdują się w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 285–287 w wersji skonsolidowanej aktu; dawne art. 246–248 TWE)³. Wyraźny wzrost znaczenia i autorytetu ETO jest widoczny zwłaszcza po 1999 r.⁴

Zgodnie z art. 285, ETO „sprawuje kontrolę rachunków Unii”. Rozwinięciem regulacji są przepisy z art. 287. Tak więc ETO kontroluje rachunki wszystkich dochodów i wydatków Unii. Kontroluje również rachunki wszystkich dochodów

¹ Szerzej zob. A. Sylwestrzak, *Trybunał Obrachunkowy i Europejski Trybunał Obrachunkowy w Unii Europejskiej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIV, s. 19 i nn.

² Dz. Urz. UE 2016 C 202 z. 7.06.2016, s. 1.

³ *Ibidem*.

⁴ S. Mitrowski, *Europejski Trybunał Obrachunkowy – zewnętrzny kontroler Unii Europejskiej*, „Studia Europejskie” 2012, nr 2, s. 83 i nn.

i wydatków wszystkich organów lub jednostek organizacyjnych utworzonych przez Unię – tu w takim zakresie, w jakim akt założycielski nie wyklucza takiej kontroli. Istota funkcji ETO w pełni odpowiada nieodzownej – we współczesnym rozumieniu demokracji i praworządności – zasadzie istnienia niezależnej instytucji kontrolującej gestora środków publicznych.

Europejski Trybunał Obrachunkowy w szczególności przedkłada Parlamentowi Europejskiemu i Radzie „poświadczenie wiarygodności” rachunków, ale również legalności i prawidłowości operacji leżących u ich podstaw. Poświadczenie to (zwane DAS – od franc. *declaration d'assurance*) jest publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Może ono także zostać uzupełnione przez szczegółowe „oceny” każdego z głównych obszarów działalności Unii. Kontrole koncentrują się na budżecie Unii i politykach unijnych, zwłaszcza na kwestiach wzrostu i gospodarczego zatrudnienia, finansów publicznych oraz ochrony środowiska i przeciwdziałania zmianom klimatu. Kontrola przeprowadzona przez ETO skupia się głównie na Komisji Europejskiej, która jest głównym organem odpowiedzialnym za wykonanie budżetu UE. Jednak współpracuje też z organami krajowymi państw członkowskich, gdyż większość funduszy UE (około 80%) zarządzanych jest przez Komisję wspólnie z tymi organami.

Europejski Trybunał Obrachunkowy kontroluje prawidłowość zarówno dochodów, jak i wydatków oraz upewnia się co do należytego zarządzania finansami. Czyniąc to, ETO w szczególności sygnalizuje wszelkie nieprawidłowości. Kontrola dochodów jest przeprowadzana zarówno na podstawie założeń dochodowych, jak również płatności przekazanych Unii. Kontrolę wydatków ETO przeprowadza tak na podstawie podjętych zobowiązań, jak i dokonanych wypłat. Co istotne, kontrole te mogą być przeprowadzane także nawet jeszcze przed zamknięciem rozliczeń w danym roku budżetowym.

Po zamknięciu każdego roku budżetowego ETO ma obowiązek sporządzenia „rocznego sprawozdania”. Sprawozdanie roczne jest przesłane innym instytucjom Unii. Jest ono także publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Co istotne, jest ono publikowane wraz z odpowiedziami tych instytucji na uwagi ETO. Obok sprawozdań rocznych, które zawierają przede wszystkim wyniki kontroli finansowych i kontroli zgodności w zakresie budżetu Unii i europejskich funduszy rozwoju, ETO sporządza odrębnie sprawozdania roczne dotyczące agencji, organów zdecentralizowanych oraz innych organów Unii. Roczne sprawozdanie z wykonania budżetu Unii jest najważniejszym dokumentem przygotowanym przez ETO.

Europejski Trybunał Obrachunkowy ma ponadto prawo przedstawić w każdej chwili swoje uwagi, zwłaszcza w formie „sprawozdań specjalnych” w poszczególnych sprawach. Zwykle jest ich kilkanaście rocznie. ETO może też wydawać „opinie” na żądanie którejkolwiek z pozostałych sześciu instytucji Unii. Sprawozdania specjalne zawierają wyniki kontroli w wybranych obszarach

działalności Unii lub w kwestiach zarządzania. Przede wszystkim są one efektem kontroli wykonania zadań. Jest to kontrola następująca *ex post*.

Europejski Trybunał Obrachunkowy pomaga Parlamentowi Europejskiemu i Radzie w wykonywaniu ich funkcji kontrolnych w zakresie wykonania budżetu. Swoje priorytety kontroli ETO wyznacza z wyprzedzeniem, określając wieloletnie strategie. Stara się zwiększyć swój wkład w rozliczalność publiczną Unii i umacniać profesjonalizm kontroli. Kontrole ETO są przeprowadzane zgodnie z międzynarodowymi standardami i dobrymi praktykami kontroli. Wyniki kontroli ETO wykorzystują nie tylko pozostałe instytucje Unii, ale także państwa członkowskie dla sprawowania nadzoru nad wykonaniem budżetu Unii. Wyniki prac ETO w poważnej mierze stanowią wsparcie dla corocznej procedury udzielania absolutorium Komisji Europejskiej przez Parlament Europejski. Komisja Europejska w znacznym stopniu akceptuje zalecenia ETO, choć jednak nie zawsze. Stanowią one jednak istotny element – nawet na dalszą przyszłość – debaty publicznej, zwłaszcza w Parlamencie Europejskim⁵.

Każda z instytucji Unii ma prawo wystąpić do ETO o sporządzenie opinii – z punktu widzenia aspektów finansowych – w sprawie projektowanych aktów prawnych. Zgodnie z prawem unijnym Komisja Europejska ma w takim przypadku obowiązek zasięgnięcia opinii ETO. Częste są w tej materii wnioski Parlamentu Europejskiego, ewentualnie jego komisji. Opinie ETO nie są wprawdzie prawnie wiążące, ale w praktyce mają – z racji profesjonalnego autorytetu – duże znaczenie dla prowadzonych prac legislacyjnych. Jest to swoista kontrola poprzedzająca (*ex ante*).

Zgodnie z przywołanym art. 285 w skład ETO wchodzi jeden obywatel z każdego państwa członkowskiego. Zasada ta jako obowiązująca prawnie została wprowadzona traktatem z Nicei (2003 r.), a wcześniej miała charakter zwyczajowy. „Rozszerzenie się” Unii skutkowało każdorazowo powiększaniem składu ETO, ale też każde państwo ma do dyspozycji tylko jedno miejsce. Europejski Trybunał Obrachunkowy liczy aktualnie 28 członków.

Członkostwo w ETO ma – co do zasady – charakter kadencyjny. Członkowie ETO są mianowani na okres 6 lat. Rada – po konsultacji z Parlamentem Europejskim – przyjmuje listę członków ETO, sporządzoną zgodnie z propozycjami każdego z państw członkowskich. Nominacje państw członkowskich mają charakter indywidualny, ale Rada mianuje skład *en block*. Wspomniana wyżej opinia Parlamentu Europejskiego nie jest wiążąca ani dla państwa członkowskiego, ani dla Rady. W praktyce nominację kandydata na członka ETO uważa się za sprawę w gestii danego państwa. Mandat członków ETO jest odnawialny, nie ma więc prawnych przeszkód dla sprawowania go dłużej niż przez jedną kadencję, choć nie dopuszcza się kandydowania na trzecią kadencję. Poza przypadkami

⁵ *Ibidem*, s. 86.

normalnej wymiany lub śmierci funkcje członka ETO kończą się z chwilą jego rezygnacji lub dymisji, orzeczonej przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Jedynie Trybunał Sprawiedliwości – na żądanie ETO – władny jest stwierdzić, że członek ETO przestał odpowiadać wymaganym warunkom lub czynić zadość zobowiązaniom wynikającym z jego urzędu. Stwierdzenie takie może oznaczać zwolnienie z funkcji lub pozbawienie prawa do emerytury bądź innych podobnych korzyści. Z wyjątkiem przypadku dymisji członkowie ETO pełnią swoje funkcje do chwili ich zastąpienia. W przypadku śmierci, dymisji lub rezygnacji członka ETO jest on zastępowany na okres pozostający do zakończenia mandatu.

Mimo nominowania osoby do składu ETO przez państwo członkowskie członkowie ETO są w pełni niezależni w wykonywaniu swoich obowiązków, w ogólnym interesie Unii (art. 285). Są oni wybierani (art. 286) spośród osób, które wchodzi lub wchodziły w swych państwach w skład organów kontroli zewnętrznej lub mających szczególne kwalifikacje do zajmowania tego stanowiska. Ich niezależność musi być niekwestionowana. W wykonywaniu swych obowiązków członkowie ETO nie zwracają się o instrukcje ani ich nie przyjmują od żadnego rządu lub jakiegokolwiek organu. Jak widać, przepisy przywiązują tu szczególne znaczenie do takich cech, jak niezależność i kwalifikacje członków ETO.

Spójny jest tu także wymóg powstrzymywania się przez członków ETO od wszelkich czynności niezgodnych z charakterem ich funkcji. Nie mogą oni podczas pełnienia swych funkcji wykonywać żadnej innej zarobkowej lub niezarobkowej działalności zawodowej. Obejmując stanowiska, uroczyście zobowiązują się szanować, w trakcie pełnienia funkcji i po ich zakończeniu, zobowiązania z nich wynikające. Chodzi tu zwłaszcza o obowiązki uczciwości i roztropności przy obejmowaniu pewnych stanowisk lub przyjmowaniu pewnych korzyści po zakończeniu funkcji. Do członków ETO stosuje się także te postanowienia „Protokołu w sprawie przywilejów i immunitetów Unii Europejskiej”, które mają zastosowanie do sędziów Trybunału Sprawiedliwości UE. Rada ustala warunki zatrudnienia członków (także prezesa) ETO, a zwłaszcza ich uposażeń, dodatków, emerytur oraz wszelkich należności płatnych zamiast wynagrodzenia. Członkowie ETO są zobowiązani do złożenia deklaracji majątkowej przy rozpoczęciu i zakończeniu kadencji.

Przepisy art. 286 przewidują, że członkowie ETO wybierają spośród siebie, na okres 3 lat, prezesa ETO. Jego mandat także jest odnawialny. Nie jest przewidziany jego szczególny status. Prezes ETO jest więc tylko *primus inter pares*, czyli pierwszy wśród równych sobie. W praktyce zwłaszcza przewodniczy on posiedzeniom ETO, czuwa nad należytyim zarządzaniem instytucją i jej funkcjonowaniem, reprezentuje ETO na zewnątrz, czuwa nad wprowadzeniem w życie podjętych decyzji.

Przywołane wyżej przepisy przewidują, że ETO przyjmuje swe sprawozdania i opinie większością głosów członków wchodzących w jego skład, jest więc instytucją kolegialną, o równych prawach wszystkich swoich członków. *Explicite* jednak dopuszczono, że ETO może ustanowić wewnętrzne izby – w celu przyjmowania pewnych kategorii sprawozdań lub opinii, na warunkach określonych w regulaminie wewnętrznym ETO. Europejski Trybunał Obrachunkowy wprowadził sam uchwałę swój regulamin wewnętrzny, ale – zgodnie z art. 286 – regulamin ten wymaga zatwierdzenia przez Radę⁶.

Zgodnie z regulaminem wewnętrznym, ETO jest podzielony na 5 izb (grup kontroli), do których przypisani są poszczególni członkowie ETO i kontrolerzy. Członkowie każdej izby wybierają przewodniczącego na dwuletnią, odnawialną kadencję. Każda z izb odpowiada za określony obszar wydatków i dochodów Unii. Izba pierwsza – kontroluje użytkowanie zasobów naturalnych. Izba druga – kontroluje inwestycje na rzecz spójności, wzrostu i włączenia, społecznego. Izba trzecia – ma w swym zakresie działania zewnętrzne, bezpieczeństwo i wymiar sprawiedliwości. Izba czwarta – obejmuje regulację rynków i konkurencyjności gospodarki. Izba piąta – ma w swej pieczy finansowanie i administrację Unii, w tym przygotowanie zbiorczego projektu sprawozdania rocznego ETO. Do każdej z nich należy uchwalanie sprawozdań specjalnych, specjalnych sprawozdań rocznych oraz opinii. Należy do nich także przyjmowanie projektów części sprawozdań rocznych, dotyczących budżetu UE i europejskich funduszy rozwoju, które są uchwalane przez ETO *in pleno*.

Regulamin wewnętrzny ETO przewiduje także istnienie dwóch komitetów: Komitetu ds. Jakości Kontroli oraz Komitetu Administracyjnego. Najwyższym rangą urzędnikiem jest Sekretarz Generalny, mianowany przez ETO także na sześcioletnią, odnawialną kadencję. Sekretarz Generalny odpowiada za funkcjonowanie Sekretariatu ETO oraz kierowanie około 900-osobowym personelem całej instytucji, a jedna trzecia personelu to osoby o bogatym doświadczeniu zawodowym w dziedzinie księgowości, zarządzania finansami, kontroli zewnętrznej i wewnętrznej, prawa i ekonomii. Od początku 2016 r. wydzielono w ETO dziesięć dyrekcji zadaniowych, w ramach których działają elastyczne zespoły tworzone *ad hoc*.

Zgodnie z przywoływanym art. 28 kontrola sprawowana przez ETO dotyczy dokumentów, ale w razie potrzeby przeprowadzana jest na miejscu – w innych instytucjach Unii, w pomieszczeniach każdego organu lub jednostki organizacyjnej zarządzających dochodami i wydatkami w imieniu Unii; także jednak w państwach członkowskich, w tym w pomieszczeniach każdej osoby fizycznej lub prawnej otrzymującej płatności z budżetu.

⁶ Obowiązujący obecnie regulamin wewnętrzny ETO opublikowano w Dz. Urz. UE L 103 z 23.04.2010.

Kontrolę w państwach członkowskich przeprowadza się w powiązaniu z krajowymi instytucjami kontrolnymi lub – jeśli nie mają one niezbędnych uprawnień – z właściwymi służbami krajowymi. ETO oraz krajowe instytucje kontrolne państw członkowskich współpracują na zasadzie wzajemnego zaufania, zachowując przy tym swoją niezależność. Instytucje te lub właściwe służby zawiadamiają ETO, czy zamierzają uczestniczyć w kontroli.

Na żądanie ETO wszystkie zobowiązane podmioty przekazują mu wszelkie dokumenty lub informacje niezbędne do wykonywania jego zadania. Podmioty te to inne instytucje Unii, organy lub jednostki organizacyjne zarządzające dochodami i wydatkami w imieniu Unii, osoby fizyczne lub prawne otrzymujące płatności z budżetu, a także krajowe instytucje kontrolne bądź – jeżeli nie mają one niezbędnych uprawnień – właściwe służby krajowe.

W odniesieniu do działalności Europejskiego Banku Inwestycyjnego, związanej z zarządzaniem dochodami i wydatkami Unii, prawo dostępu ETO do informacji posiadanych przez Bank jest regulowane umową zawartą między ETO, Bankiem oraz Komisją. W przypadku braku umowy ETO ma wszakże dostęp do informacji niezbędnych do przeprowadzania kontroli dochodów i wydatków Unii zarządzanych przez Bank.

Przepisy unijne nie określają bezpośrednio organizacji aparatu państwa członkowskiego, w tym organu kontroli w systemie organów wewnętrznych – jego miejsca, zakresu kompetencji, organizacji wewnętrznej, sposobów działania. Założeniem wynikającym z zasad ogólnych jest jednak przyjęcie konieczności istnienia w poszczególnych państwach członkowskich najwyższego organu kontroli, należycie usytuowanego, zorganizowanego i wyposażonego w odpowiednie kompetencje⁷. Warunkuje to zdolność wykonywania obowiązków wynikających z członkostwa w Unii. Z przepisu przywołanego w art. 287 wyraźnie, choć pośrednio, wynika taki obowiązek.

Wprawdzie traktatowa formuła z art. 287 o przeprowadzaniu kontroli przez ETO „w powiązaniu” (*in liaison with*) z krajowymi instytucjami kontrolnymi jest mało jurydyczna, dość niedookreślona, ale wyraża założenie współpracy opartej na wspólnej dobrej woli obu stron. Jedynie przykładowym przejawem minimum współpracy jest wyraźne wskazanie w tym że przepisie skonkretyzowanych obowiązków; po stronie ETO jest to obowiązek poinformowania krajowego organu kontroli o zamiarze przeprowadzenia kontroli na terytorium państwa członkowskiego, po stronie tegoż organu krajowego zaś obowiązek poinformowania ETO o tym, czy krajowy organ kontroli zamierza wziąć udział w tejszej kontroli. U podstaw takiej koncepcji leży jednak ogólna zasada współpracy i lojalności w relacjach między Unią a państwem członkowskim. W praktyce tryb

⁷ Szerzej zob. J. Mazur, *Współdziałanie najwyższego organu kontroli państwa członkowskiego Unii Europejskiej z Europejskim Trybunałem Obrachunkowym*, „Kontrola Państwowa” 2004, nr 6.

współdziałania najwyższych organów kontroli państw członkowskich z ETO określa szereg niewiążących prawnie, często nienazwanych ustaleń wspólnego „Komitetu Kontaktowego”.

Warto też zauważyć, że czasem ETO decyduje się na drogę sądową w celu ochrony swych uprawnień. Przykładem może być wystąpienie ETO – za pośrednictwem Komisji Europejskiej – do Trybunału Sprawiedliwości UE z wnioskiem o stwierdzenie wadliwości odmowy przez państwo członkowskie wglądu w dokumenty, o który wystąpił podczas kontroli. W sprawie, o której mowa, Trybunał Sprawiedliwości EU wyrokiem z dnia 15 listopada 2011 r. uznał zasadność argumentów ETO⁸.

Swoje zadania ETO realizuje w oparciu o międzynarodowe standardy i dobre praktyki kontrolne, dbając o ich doskonalenie i upowszechnianie, łącznie z opracowaniem fachowych podręczników i wytycznych. Europejski Trybunał Obrachunkowy planuje swoją pracę na podstawie strategicznych planów wieloletnich i szczegółowych planów rocznych. Dobór tematów kontroli następuje na podstawie oceny ryzyka, interesu publicznego oraz oczekiwanego oddziaływania. Etapem przedkontrolnym jest analiza wstępna oraz ocena przydatności i sensowności proponowanej kontroli (*preliminary study*), a po jej aprobachie na szczeblu właściwej izby – ogólny program kontroli (APM – Audit Planning Memorandum). Na gruncie zatwierdzonego przez izbę programu ogólnego odpowiedni zespół kontrolerów opracowuje program szczegółowy oraz określa sposób działania. O ile w analizie wstępnej chodzi zwłaszcza o ocenę wykonalności proponowanego zadania kontrolnego oraz jego oddziaływania, to w ramowym programie szczegółowym chodzi o określenie etapów kontroli, aby zapewnić wydajność i skuteczność całego procesu kontroli tak, aby móc zrealizować cel badania kontrolnego. Celem takim jest uzyskanie wystarczających, istotnych i wiarygodnych danych, pozwalających na wyciągnięcie odpowiednich wniosków. Dane te (dowody) uzyskiwane są w toku prac kontrolnych w terenie (w trakcie wizyt na miejscu w instytucjach, agencjach i organach zdecentralizowanych Unii, w organach administracji krajowej lub u innych odbiorców środków unijnych). Podejście do kontroli musi być całościowe i systemowe.

Zakończenie kontroli wieńczy opracowanie – przez zespół kontrolerów – szczegółowych wniosków. O wstępnych ustaleniach zawiadamia się jednostki kontrolowane, umożliwiając im ustosunkowanie się do ustaleń ETO. Chodzi tu zwłaszcza o potwierdzenie zasadności tychże ustaleń, ewentualnie zanegowanie ich trafności, a także możliwość przedłożenia dalszych informacji. Po etapie uzgadniania faktów z jednostką kontrolowaną ETO sporządza projekt sprawozdania z kontroli, który następnie konsultuje z jednostką kontrolowaną w trybie

⁸ S. Mitrowski, *Europejski Trybunał...*, s. 83–84 o przywołanej sprawie *Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec* (C-539/09).

bilateralnych rozmów. Projekt sprawozdania zawiera nie tylko informacje o celu kontroli i poczynionych ustaleniach, ale także wnioski z zaleceniami dla poprawy kontrolowanej sytuacji. Ostatecznie ETO przygotowuje końcowy tekst swego sprawozdania i po przyjęciu go *in pleno* publikuje – wraz z oficjalnymi odpowiedziami (wyjaśnieniami) kontrolowanej jednostki. Całość przedsięwzięcia ETO wieńczy procedura post-kontrolna, polegająca na monitorowaniu działań podjętych w następstwie zrealizowanej kontroli (sprawdzanie po dwóch–trzech latach, w jakim zakresie zrealizowane zostały zalecenia)⁹.

W przypadkach podejrzenia nadużycia finansowego, korupcji lub innej nielegalnej działalności przynoszącej szkodę unijnym interesom finansowym, ETO informuje zawsze Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych (OLAF), który jest odpowiedzialny za zwalczanie nadużyć finansowych w Unii oraz ochronę unijnych interesów finansowych. Szacuje się, że problem potencjalnych nadużyć czy defraudacji może dotyczyć około 10% wartości ogólnego budżetu Unii.

Europejski Trybunał Obrachunkowy jest odpowiedzialny za kontrolę finansów Unii. Jako zewnętrzny kontroler przyczynia się też do poprawy zarządzania finansami unijnymi. Chodzi więc zarówno o kontrolę rozliczeń, jak i poprawę jakości zarządczej organów odpowiedzialnych za finanse publiczne Unii. Europejski Trybunał Obrachunkowy wspiera zwłaszcza Parlament Europejski i Radę w kontroli realizacji budżetu, głównie w ramach procedury udzielania absolutionum.

Europejski Trybunał Obrachunkowy istotnie doskonali swoje procedury i metodykę działania. Dokonuje w tym celu zwłaszcza samooceny zarządzania i działalności kontrolnej. Służą temu celowi istotnie także partnerskie przeglądy tych zagadnień, dokonywane – na prośbę ETO – przez najwyższe organy kontroli wybranych państw.

Wszystkie kolejne reformy wspólnotowe systematycznie umacniały rolę instytucjonalną organu kontroli finansowej¹⁰.

⁹ *Ibidem*, s. 81–82.

¹⁰ Niniejszy tekst z drobnymi zmianami został wykorzystany w wersji anglojęzycznej jako *European Court of Auditors* [w:] *Stanowлення та розвиток науки європейського права в Україні*, red. K. Sminrnowej, Kijów–Odessa 2017, s. 29–37.

Andrzej Szmyt

THE COURT OF AUDITORS OF THE EUROPEAN UNION

The Court of Auditors is one of the seven institutions of the European Union. According to the Treaty on the Functioning of the EU (Article 285), the Court “shall carry out the Union’s audit”. It consists of one national from each Member State and is independent from other authorities. The Court’s significance has considerably increased since 1999. The Author discusses the specific competences of the Court, its composition, rules of operation and practice, including cooperation with the relevant bodies of the European Union Member States.



Anna Jurkowska-Zeidler

Uniwersytet Gdański

anna.jurkowskazeidler@prawo.ug.edu.pl

SPÓR KOMISJI NADZORU FINANSOWEGO ABRIS CAPITAL PARTNERS: MIĘDZYJARODOWE UMOWY O OCHRONIE INWESTYCJI (BIT) POMIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI V. PRAWO UNII EUROPEJSKIEJ

I. Wprowadzenie

Bankowe regulacje nadzorcze są na poziomie europejskim w zasadniczym stopniu maksymalnie zharmonizowane, po kryzysie finansowym z 2008 r. nastąpiła bowiem istotna przebudowa ram regulacyjnych i nadzorczych wewnętrznego rynku finansowego UE¹. Spowodowało to także wzmocnienie krajowych organów nadzoru oraz szersze uzasadnienie dla stosowania będących w ich dyspozycji środków nadzorczych.

W ramach sprawowania nadzoru nad rynkiem finansowym Komisja Nadzoru Finansowego (dalej: KNF lub Komisja) 8 kwietnia 2014 r.² zakazała wykonywania prawa głosu z akcji FM Bank PBP S.A. przez PL Holdings S.à.r.l. oraz jej spółkę dominującą Abris–EMP Capital Partners Limited (dalej: Abris Capital Partners) oraz decyzją z 18 listopada 2014 r. nakazała zbycie wszystkich akcji banku posiadanych przez PL Holdings w terminie do dnia 30 kwietnia 2015 r.³ Decyzje te spotkały się z szerokim zainteresowaniem praktyki i mediów.

¹ Zob. szerzej A. Jurkowska-Zeidler, *Rynek bankowy Unii Europejskiej* [w:] *System prawnofinansowy Unii Europejskiej*, red. A. Drwiłło, A. Jurkowska-Zeidler, Warszawa 2017, s. 220, 234 i nn.

² Komunikat z 211. posiedzenia Komisji Nadzoru Finansowego w dniu 8 kwietnia 2014 r., https://www.knf.gov.pl/popzednie_lata/komunikaty?articleId=52864&p_id=18 [dostęp: 10.09.2018].

³ Zob. Komunikat z 241. posiedzenia Komisji Nadzoru Finansowego w dniu 18 listopada 2014 r., https://www.knf.gov.pl/popzednie_lata/komunikaty?articleId=52864&p_id=18 [dostęp: 10.09.2018].

Decyzja w sprawie nakazu zbycia akcji banku krajowego w wyznaczonym terminie jest jednym z najbardziej dolegliwych środków nadzoru, którego wykorzystanie powinno być zarezerwowane do sytuacji wyjątkowych⁴. Przy wykorzystaniu tego środka organ nadzoru może niejako eliminować z akcjonariatu danego banku podmioty, które to – w jego ocenie – wywierają negatywny wpływ na prawidłowe funkcjonowanie banku, a w sensie prawnym „jeżeli jest to uzasadnione potrzebą ostrożnego i stabilnego zarządzania bankiem krajowym” (art. 25n ust. 1 i 4 ustawy Prawo bankowe)⁵. Przedmiotowa decyzja rozpoczęła spór dotyczący wywłaszczenia funduszu Abris z akcji FM Banku poprzez wymuszenie przez publiczny organ nadzoru – Komisję Nadzoru Finansowego (jako *statio fisci* Skarbu Państwa) – ich sprzedaży. Fundusz wniósł swoje roszczenie na podstawie art. 4 umowy o ochronie inwestycji zawartej między Polską, Belgią i Luksemburgiem⁶ o stwierdzenie bezprawnego wywłaszczenia do Trybunału Arbitrażowego przy Izbie Handlowej w Sztokholmie⁷, domagając się od rządu RP odszkodowania w wysokości 2,131 mld zł za wywłaszczenie z 99,6% akcji FM Banku. Roszczenie obejmowało także straty poniesione wskutek wywłaszczenia oraz utracone korzyści. W ramach postępowania arbitrażowego Polska podniosła zarzut braku jurysdykcji sądu polubownego. W tym względzie argumentowano, że z powodu przystąpienia Polski do Unii 1 maja 2004 r. wszczęcie postępowania przed sądem polubownym jest niezgodne z prawem Unii. Wątpliwości budziła w szczególności zgodność zawartego w Bilateral Investment Treaty (BIT) zapisu na sąd polubowny z art. 344 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).

Trybunał odrzucił tę argumentację i w wyroku z 28 czerwca 2017 r. przesądził o odpowiedzialności Polski za naruszenie umowy o ochronie inwestycji, a w wyroku z 28 września 2017 r. zasądził 760 mln zł odszkodowania dla funduszu Abris. Obecnie rząd polski jest w postarbitrażowym procesie sądowym o uchylenie wyroku arbitrażowego w sporze z funduszem. Prokuratoria Generalna

⁴ P. Wajda, *Decyzja administracyjna nakazująca zbycie akcji banku krajowego w wyznaczonym terminie* [online]. Publikacje Elektroniczne ABC, 2018-06-20, <https://sip.lex.pl/#/publication/469957413> [dostęp: 10.09.2018].

⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1876, ze zm.).

⁶ Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Królestwa Belgii i Rządem Wielkiego Księstwa Luksemburga w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 19 maja 1987 r. (Dz. U. z 2001 r. Nr 15, poz. 153).

⁷ Trybunał Arbitrażowy przy Izbie Handlowej w Sztokholmie (Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce; SCC) odgrywa wyjątkową rolę w międzynarodowym systemie dwustronnej i wielostronnej ochrony inwestycji na całym świecie. Według danych SCC: w co najmniej 120 obecnych dwustronnych traktatach inwestycyjnych (BIT) Szwecja lub SCC są wymieniane jako forum rozstrzygania sporów między inwestorami a państwem. Jest to druga co do wielkości instytucją na świecie w rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych w ramach arbitrażu międzynarodowego, <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/> [dostęp: 10.09.2018].

(wykonująca czynności zastępstwa za Skarb Państwa) zaskarżyła dwa wyroki Trybunału Arbitrażowego do Sądu Apelacyjnego w Sztokholmie (Svea hovrätt), który rozpatruje skargi o uchylenie wyroków wydanych przez szwedzkie trybunały arbitrażowe, w tym Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

Tę przedmiotową sprawę należy rozpatrywać na szerszym tle roli i mocy obowiązującej dwustronnych umów o ochronie i popieraniu inwestycji (Bilateral Investment Treaty, BIT), zawieranych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, z której to zarzut o wyłączeniu stanowi istotę sporu pomiędzy państwem polskim (naruszenie prawa przez KNF) a funduszem Abris Capital Partners. Bilateral Investment Treaty stanowi, że spory pomiędzy jednym z umawiających się państw i inwestorem drugiego z umawiających się państw muszą być rozstrzygane ugodowo lub, jeśli do tego nie dojdzie, przed sądem polubownym. Dlatego też inwestor zagraniczny może w każdej sytuacji, w której uzna, że doznał szkód, pozwać kraj przed międzynarodowy arbitraż, co stanowi wyjątek od jurysdykcji sądów umawiających się stron. Istotą problemu stanowi zatem kwestia zgodności bądź niezgodności BIT z prawem Unii Europejskiej.

Kapitałne znaczenie dla ostatecznego rozstrzygnięcia sporu Polski z Abris Capital Partners ma wyrok z 6 marca 2018 r. w sprawie *Slovakische Republik przeciwko Achmea BV* (C-284/16) (sprawa *Achmea*), w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) orzekł, że model rozstrzygania sporów na drodze arbitrażu przewidziany w umowie inwestycyjnej między Słowacją i Holandią jest niezgodny z prawem Unii Europejskiej. Wyrok ten zasadniczo może utrudnić dalsze funkcjonowanie BIT zawieranych pomiędzy państwami członkowskimi. Ta sytuacja sprzyja polskiemu stanowisku przed Sądem Apelacyjnym w Sztokholmie w sprawie z Abris Capital Partners i również dążeniom do wypowiedzania przez Polskę umów o ochronie inwestycji z państwami członkowskimi UE.

Ostateczne rozstrzygnięcie w sporze KNF (państwo polskie) z funduszem Abris Capital Partners ma znaczenie precedensowe dla prawa rynku finansowego. Dotyczy bowiem generalnie skuteczności nadzoru i zarządzania kryzysowego na unijnym wewnętrznym rynku finansowym. Mamy obecnie do czynienia z federalizacją prawa rynku finansowego UE⁸. Federalizacja ta oznacza transfer suwerennych uprawnień z poziomu krajowego na ponadnarodowy. Zmiana ta nie dotyczy przy tym jedynie architektury instytucjonalnej, ale także ram prawnych dla podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje finansowe (świadczenia usług finansowych) na unijnym rynku finansowym, w szczególności w obszarze nadzoru ostrożnościowego i zarządzania kryzysowego. Oznacza to także, że na poziomie UE scentralizowano także więcej kompetencji

⁸ Zob. szerzej A. Jurkowska-Zeidler, *EU financial market law: from minimal harmonization to federalization* [w:] *The financial law towards challenges of the XXI century*, eds M. Radvan, J. Gliniecka, T. Sowiński, P. Mrkývka, Masaryk University, theoretical series, edition Scientia, file no. 580, Brno 2017, s. 379–393, https://www.law.muni.cz/sborniky/Radvan_Financial_challenges.pdf [dostęp: 10.09.2018].

i uprawnień wykonawczych w oparciu o nowe organy regulacyjne i decyzyjne oraz w pełni zharmonizowane prawodawstwo UE.

Ewentualne uznanie, że w zakresie nadzorczej ingerencji w prawa obligatariuszy i właścicieli banków obowiązuje nie prawo UE, ale umowa o popieraniu i ochronie inwestycji zawarta pomiędzy państwami członkowskimi – istotnie osłabia skuteczność prawnych instrumentów nadzoru i zarządzania kryzysowego, co może mieć negatywne skutki dla stabilności i bezpieczeństwa rynku finansowego.

II. Decyzje nadzorcze KNF i przegrany arbitraż

Fundusz Abris Capital Partners (a precyzyjnie PL Holdings zarządzający funduszem) w 2013 r. połączył dwa oddzielnie kupione banki PBP Bank i FM Bank w jeden: FM Bank S.A. Komisja Nadzoru Finansowego uznała, że rada nadzorcza FM Banku ma zbyt duże uprawnienia. Zastrzeżenia organu nadzoru budziła także forma zatrudnienia (kontrakty menadżerskie), zaistniała także obawa o konflikt interesu zarządzających bankiem. Mimo że fundusz aktywnie reagował na zarzuty KNF, dokonując zmiany w sposobie zarządzania, m.in. zmienił formę zatrudnienia i kompetencje rady nadzorczej, to jednak Komisja zakazała Abris Capital Partners wykonywania prawa głosu z akcji w FM Banku (decyzja KNF z 8 kwietnia 2014 r.), co następnie podtrzymała decyzją z 24 lipca 2014r. wydaną na skutek złożonego przez PL Holdings S.à.r.l. wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Fundusz próbował podważyć decyzję KNF przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Warszawie, ale bezskutecznie. W dniu 21 października 2016 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oddalił w całości skargę dotyczącą zakazu wykonywania prawa głosu z akcji FM Banku PBP SA (sygn. akt VI SA/Wa 3127/14).

Komisja Nadzoru Finansowego wydała także w dniu 18 listopada 2014 r. decyzję nakazującą zbycie wszystkich akcji FM Banku PBP S.A. posiadanych przez PL Holdings S.à.r.l. w terminie do dnia 30 kwietnia 2015 r. Decyzja ta jednak została uchylona decyzją KNF z dnia 20 października 2015 r., a postępowanie administracyjne zostało umorzono z uwagi na brak przedmiotu postępowania, ponieważ w dniach 7 i 8 października 2015 r. została zawarta transakcja nabycia 100% akcji FM Banku PBP S.A. przez AnaCap Group Holdings Limited z Guernsey za pośrednictwem Porto Group Holdings Limited z Guernsey. Nowy właściciel przekształcił go w Nest Bank.

Decyzję o nakazie sprzedaży akcji w sprawie Abris Capital Partners wydano na podstawie art. 25n ust. 1 i 4 w związku z art. 25h ust. 2 i 3 ustawy – Prawo bankowe. W postępowaniu administracyjnym stwierdzono niewypełnianie przez PL Holdings S.à.r.l. oraz Abris–EMP Capital Partners Limited zobowiązań

inwestorskich złożonych wobec KNF, co w ocenie Komisji miało negatywny wpływ na ostrożną i stabilną działalność banku. Zdaniem KNF właściciel nie dawał ręką „ostrożnego i stabilnego zarządzania bankiem”.

Postępowanie w arbitrażu międzynarodowym zostało formalnie wszczęte przez luksemburski PL Holdings S.à.r.l. (spółka zależna Abris Capital Partners) pod koniec 2014 r. na podstawie art. 4 umowy o ochronie inwestycji zawartą między Polską, Belgią i Luksemburgiem o stwierdzenie bezprawnego wywłaszczenia i zapłatę odszkodowania w wysokości przeszło 2,1 mld zł.

Trybunał Arbitrażowy przy Izbie Handlowej w Sztokholmie – w składzie: przewodniczący George A. Bermann (Stany Zjednoczone), Julian D.M. Lew (Wielka Brytania, arbiter spółki), Michael E. Schneider (Niemcy, arbiter strony polskiej) – przed którym toczył się spór w ramach arbitrażu inwestycyjnego, wydał 28 czerwca 2017 r. wyrok częściowy SCC Arbitration No.: V 2014/163⁹, niekorzystny dla strony polskiej, stwierdzając, że Rzeczpospolita Polska dopuściła się wobec inwestora bezprawnego wywłaszczenia. Należy zauważyć, że pojęcie „wywłaszczenia” w prawie międzynarodowym znacząco odbiega od jego rozumienia w krajowych systemach prawa, w tym prawa polskiego¹⁰. Orzecznictwo sądów arbitrażowych i doktryna prezentują jednolitą linię, że stwierdzenie zaistnienia wywłaszczenia powinno być oparte na skutkach, jakie wywarło określone zachowanie państwa na prawach inwestora wynikających z umowy. Uznaje się, że wywłaszczenie prawa umownego następuje jedynie wtedy, gdy państwo w wyniku wykonywania uprawnień władczych pozbawia inwestora określonego prawa albo czyni je bezwartościowym¹¹. Niewątpliwie muszą być spełnione dwa warunki, by można było uznać, że doszło do *wywłaszczenia praw obligacyjnych inwestora*, tj., by: 1) prawa zostały całkowicie unicestwione (tzn. inwestor został pozbawiony możliwości ich dochodzenia), oraz 2) unicestwienie to było skutkiem wykonania uprawnień władczych przez państwo (czyli takich, którymi nie może posłużyć się każda inna strona umowy niebędąca państwem)¹².

Trybunał odrzucił zarzuty strony polskiej o niezgodności pomiędzy BIT, w ramach której toczyła się sprawa, a prawem UE. Jednocześnie uznał, że organ państwa polskiego, jakim jest KNF, nakazując pozbycie się przez inwestora z akcji banku, naruszył umowę o ochronie inwestycji zawartą między Polską, Belgią i Luksemburgiem. Orzekł, że za szkodę spowodowaną bezprawnymi działaniami

⁹ Arbitration No.: V 2014/163, PL Holdings S.à.r.l./ Republic of Poland, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber Of Commerce, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9378.pdf> [dostęp: 10.09.2018].

¹⁰ Zob. G. Domański, M. Świątkowski, *Pojęcie „wywłaszczenia” w umowach międzynarodowych o ochronie inwestycji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 3, s. 12–20.

¹¹ Zob. G. Domański, M. Świątkowski, *Kwestia naruszenia prawa międzynarodowego przez Polskę w świetle uzasadnienia wyroku w sprawie Eureko*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 2, s. 4–17.

¹² *Ibidem*.

KNF Polska ma zapłacić inwestorowi odszkodowanie w wysokości 760 mln zł¹³. Jednocześnie Trybunał zobowiązał strony do polubownego ustalenia do 28 lipca 2017 r. dokładnej wysokości kwoty odszkodowania należnego Abris Capital Partners. Wskutek braku wspólnych ustaleń Trybunał, tak jak zapowiadał, przyjął wysokość szkody ustaloną przez biegłych w kwocie 760 mln zł i wydał 28 września 2017 r. wyrok końcowy o takiej właśnie kwocie odszkodowania.

Polska nie zgodziła się z takim rozstrzygnięciem – zarówno w zakresie naruszenia umowy, jak i zasądzonej kwoty. Konsekwentnie została zatem złożona do Sądu Apelacyjnego w Sztokholmie skarga o uchylenie obu wyroków arbitrażowych na podstawie zarzutów przewidzianych w prawie szwedzkim jako podstawy do takiego orzeczenia¹⁴.

Nie ma oficjalnych informacji o przyjętej przez Prokuratorię Generalną RP strategii procesowej. Pomimo tego, że brak jest szczegółowych informacji na temat argumentów strony polskiej podnoszonych przed Trybunałem Arbitrażowym, to wiele z nich wyszło na jaw w związku z interpelacją posła Jacka Wilka skierowaną we wrześniu 2017 r. do ówczesnej premier Beaty Szydło, gdzie znalazło się ponad dwadzieścia szczegółowych pytań na temat sprawy. Na interpelację w imieniu premier odpowiedział w październiku 2017 r. ówczesny wiceminister finansów Leszek Skiba, ujawniając sporo szczegółów dotyczących przegranego arbitrażu¹⁵.

Wyrok arbitrażowy Trybunału w Sztokholmie (na podstawie art. 9 ust. 6 umowy o ochronie inwestycji zawartej między Polską, Belgią i Luksemburgiem) będzie „ostateczny i wiążący” dla stron w sporze, a podstawy do dochodzenia

¹³ Kwota, której inwestor domagał się w postępowaniu – to 2,131 mld zł. Wyższą kwotę w podobnej sprawie wywalczyło jedynie holenderskie Eureko, domagające się odszkodowania za niedotrzymanie umowy dotyczącej prywatyzacji PZU. Eureko złożyło skargę do Międzynarodowego Trybunału Arbitrażowego w Londynie, który w 2005 r. rozstrzygnął spór na niekorzyść Polski. Do ustalenia pozostała wysokość odszkodowania, którą holenderska spółka szacowała na 36 mld zł. Ostatecznie strony zawarły ugodę, w myśl której skarb państwa wypłacił Eureko 3,5 mld zł.

¹⁴ Istotne jest także i to, że zasądzono odsetki od wyroku w wysokości 7% w skali roku, zwłoka w jego wykonaniu oznacza dla Polski dodatkowe koszty budżetowe w wysokości ok. 140 tys. zł dziennie.

¹⁵ Odpowiedź Leszka Skiby: Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Finansów na interpelację Nr 15392 Pana Posła Jacka Wilka, dotyczącą wyroku Trybunału Arbitrażowego przy Sztokholmskiej Izbie Gospodarczej z dnia 28 czerwca 2017 r., Ministerstwo Rozwoju i Finansów, Warszawa, dnia 26 października 2017 r., <http://orka2.sejm.gov.pl/INT8.nsf/kucz/658C47F0/%24FILE/i15392-o1.pdf> [dostęp: 10.09.2018]. Wiceminister w odpowiedzi na interpelację ujawnił m.in., jakie wydatki poniosło państwo polskie w związku z arbitrażem. „Są to koszty odpowiadające zwykłym kosztom, ponoszonym w toku każdego postępowania arbitrażowego”. Wynagrodzenia „zewnątrznych pełnomocników” wyniosły 1 915 978,12 zł oraz 60 tys. funtów. Opinie ekspertów kosztowały 4 990 884,98 zł. Tytułem zaliczek na postępowanie arbitrażowe, ustalonych przez Trybunał Arbitrażowy przy Izbie Handlowej w Sztokholmie, zapłacono 897 454,20 zł. Do tego trzeba dodać koszty udziału świadków oraz przedstawicieli strony w rozprawie, tłumaczenia dokumentów oraz zeznań świadków na angielski, drukowania dokumentów, wynajęcia sali i zorganizowania rozprawy.

przed sztokholmskim sądem apelacyjnym stwierdzenia nieważności lub uchynienia wyroku są bardzo wąsko ustalone, co powoduje, że można mieć uzasadnione wątpliwości co do ostatecznego wyniku postępowania odwoławczego, mając także na uwadze statystyki postępowań odwoławczych od wyroków tego Trybunału¹⁶.

Te czarne prognozy rozjaśnił jednak niedawny precedensowy wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 6 marca 2018 r. w sprawie *Achmea* (C-284/16)¹⁷. W świetle tego wyroku utrzymanie klauzul arbitrażowych (zapisów na sąd polubowny) znajdujących się w wewnątrzunijnych umowach inwestycyjnych (intra-EU BIT) pomiędzy państwami członkowskimi są niezgodne z prawem UE, ponieważ wyłączają spod mechanizmu kontroli sądowej prawa Unii spory mogące dotyczyć stosowania lub wykładni tego prawa. Dlatego też utrzymanie tych klauzul w mocy grozi naruszeniem zobowiązań wynikających z prawa Unii.

Trzeba także zauważyć, że liczba sporów pomiędzy państwami a zagranicznymi inwestorami na tle ochrony inwestycji od kilku lat wyraźnie wzrasta. Dotyczy to także Polski. Ministerstwo Skarbu Państwa 25 lutego 2016 r. przedstawiło oficjalną „Analizę umów o wzajemnym popieraniu inwestycji”, uznając za potrzebne zrewidowanie utrzymywania w mocy tych umów zawartych przez Polskę¹⁸.

III. Umowy o popieraniu i ochronie inwestycji a prawo Unii Europejskiej. Sprawa *Achmea* (C-284/16)

Dnia 6 marca 2018 unijny Trybunał wydał wyrok w sprawie pomiędzy Królestwem Niderlandów – holenderskim koncernem *Achmea* (dawniej *Eureko*) specjalizującym się w ubezpieczeniach – a Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną (C-284/16). W 2004 r. Słowacja otworzyła swój rynek finansowy dla prywatnych ubezpieczycieli, po czym dwa lata później częściowo wycofała się z liberalizacji tego rynku. W 2008 r. *Achmea* pozwała Słowację w ramach arbitrażu międzynarodowego przewidzianego w BIT zawartym z Holandią. Trybunał arbitrażowy we Frankfurcie nad Menem uznał odpowiedzialność Słowacji i w konsekwencji

¹⁶ Biorąc pod uwagę statystyki sporządzone przez instytut arbitrażowy SCC, zmiana / nieważność / unieważnienie wyroku arbitrażowego, czy to w całości, czy w części przez Sąd Odwoławczy odpowiada tylko około 6% wszystkich spraw' <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2015/challenge-of-arbitral-awards-before-courts-of-appeal/> [dostęp: 10.09.2018].

¹⁷ ECLI:EU:C:2018:158.

¹⁸ Przy okazji MSP ujawniło, że przeciwko Polsce toczy się 11 sporów w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym, w których łączna kwota roszczeń wynosi 7–9 mld zł oraz że skarb państwa przeznaczą na obsługę jednego sporu ok. 3–4 mln zł, <https://www.msp.gov.pl/pl/media/aktualnosci/30941,Analiza-umow-o-wzajemnym-popieraniu-inwestycji.html> [dostęp: 10.09.2018].

w 2012 r. zasądził dla Achmea 22 mln euro odszkodowania. Słowacja wniosła skargę na to rozstrzygnięcie do niemieckiego sądu (właściwego ze względu na siedzibę trybunału arbitrażowego) o uchylenie tego orzeczenia jako sprzecznego z prawem UE. W toku postępowania Bundesgerichtshof (niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości) zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości UE z pytaniem prejudycjalnym, czy klauzula arbitrażowa o rozwiązywaniu sporów między państwem a inwestorem (Investor-State Dispute Settlement; ISDS) zawarta w holendersko-słowackim BIT – jeżeli umowa o ochronie inwestycji została zawarta przed przystąpieniem jednego z umawiających się państw do Unii, ale postępowanie przed sądem polubownym zostało wszczęte dopiero po przystąpieniu – jest zgodna z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (w szczególności art. 344 TFUE)¹⁹. Klauzule te służą zabezpieczeniu interesów zagranicznych inwestorów przed nacjonalizacją ich mienia, dyskryminacją bądź wywłaszczeniem. Umożliwiają, z pominięciem krajowego systemu sądownictwa, dochodzenie roszczeń od państwa, które wyrządziło im szkodę przed niezależnym sądem arbitrażowym

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej 6 marca 2018 r. orzekł, że zapis na sąd polubowny zawarty w BIT narusza autonomię prawa Unii i w konsekwencji nie jest zgodny z tym prawem. Trybunał stwierdził, że zawierając BIT, Słowacja i Holandia ustanowiły mechanizm rozstrzygania sporów, który nie gwarantuje, że takie spory będą rozstrzygane przez sąd należący do systemu sądowego Unii, a jedynie taki sąd może zapewnić pełną skuteczność prawa Unii. Trybunał podniósł też, że sądy arbitrażowe nie są elementem systemów sądowniczych państw członkowskich, a ponieważ w swoich orzeczeniach mogą interpretować prawo UE w sposób niepodlegający kontroli Trybunału, ich orzeczenia naruszają zasadę autonomii tego prawa. Należy jednak mieć na uwadze, że w sprawie polskiego sporu z Abris Capital Partners Trybunał Arbitrażowy, rozstrzygając kwestię swojej jurysdykcji, odrzucił interpretację zarówno państw członkowskich, jak i Komisji Europejskiej, że sądy europejskie mają monopol na interpretację i stosowanie prawa UE oraz że żadne inne sądy i trybunały nie mogą uczestniczyć w tym postępowaniu²⁰.

Trybunał Sprawiedliwości nadał przedmiotowemu wyrokowi przymiot rozszerzonej skuteczności, co oznacza, że stwierdzona przez Trybunał niezgodność wewnątrzunijnych BIT z prawem UE powinna być uwzględniana przez sądy państw członkowskich w ramach sprawowanej przez nie kontroli nad wyrokami arbitrażowymi za samoistną podstawę do uchylenia, odmowy uznania lub

¹⁹ Art. 344 TFUE wyraża zasadę autonomii systemu prawnego Unii, nad której przestrzeganiem czuwa Trybunał Sprawiedliwości. Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie zobowiązują się nie poddawać sporów dotyczących wykładni lub stosowania traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w tych traktatach przewidziana.

²⁰ Arbitration No.: V 2014/163, PL Holdings S.à.r.l./Republic of Poland, pkt 315.

odmowy wykonania wyroków arbitrażowych²¹. Trybunał nie zastrzegł także w wyroku jego prospektywnej skuteczności, co oznacza że wywołuje on wsteczne skutki prawne²².

Wyrok w sprawie *Achmea* nie prowadzi jednak do unieważnienia klauzul ISDS zawartych w BIT²³ – sporny zapis i ogólniej zapisy podobnego rodzaju powszechnie wykorzystywane w 196 BIT obowiązujących obecnie między państwami członkowskimi UE²⁴. Niewątpliwie jednak umacnia uzasadnienie dla zakończenia ich obowiązywania. Jest to podejście spójne z wcześniejszymi zaleceniami Komisji Europejskiej dla państw członkowskich, by wypowiadały intra EU-BIT ze względu na niezgodność ISDS z prawem UE²⁵. Problem dotyczy szczególnie państw członkowskich, które przystąpiły do UE po 2004 r., gdyż art. 351 TFUE nakazuje eliminację postanowień umów zawartych przed przystąpieniem do Unii, jeśli są niezgodne z unijnymi traktatami.

Dla Polski wyrok TSUE w sprawie *Achmea* jest niezwykle ważny²⁶. W 2016 r. Polska rozpoczęła wypowiedzanie BIT, wyrok TSUE jest w tym sensie korzystny, gdyż daje silne uzasadnienie dla podejmowania dalszych takich działań²⁷. Uznaje się nawet, że jednym z obszarów najwyższej aktywności aktualnego rządu w polityce zagranicznej okazało się wypowiedzanie umów o popieraniu i ochronie inwestycji²⁸. Należy jednak pamiętać, że nawet skuteczne jednostronne wypowiedzenie umowy nie powoduje zakończenia obowiązywania jej

²¹ L. Bosek, P. Szewdo, *Różnice interesów: eksporterzy i importerzy kapitału*, „Rzeczpospolita” 20.03.2018.

²² <https://www.prokuratoria.gov.pl/wewnatrzunijne-umowy-bit-niezgodne-z-prawem-unii-europejskiej,new,mg,21.html,57> [dostęp: 10.09.2018].

²³ Zob. M. Wąsiński, Sz. Zaręba, *Decyzja Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie dwustronnych umów inwestycyjnych wewnątrz UE*, „Biuletyn Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych”, nr 58, 19.04.2018, https://www.pism.pl/files/?id_plik=24353 [dostęp: 10.09.2018].

²⁴ Najstarszy jest BIT Niemcy/Grecja (1961 r.), a najmłodszy BIT Litwa/Chorwacja (2008 r.).

²⁵ Zob. Komunikat KE: *Komisja wzywa państwa członkowskie do rozwiązania zawartych przez nie wewnątrzunijnych dwustronnych umów inwestycyjnych*, Bruksela, 18 czerwiec 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_pl.htm [dostęp: 10.09.2018].

²⁶ Prokuratura Generalna, we współpracy z MSZ, opracowała pisemne uwagi, brała udział w rozprawie oraz przygotowała wniosek o ponowne otwarcie rozprawy mający na celu wykazanie formalnej wadliwości niekorzystnej opinii rzecznika generalnego Melchiora Watheleta przedstawionej w dniu 19 września 2017 r. (ECLI:EU:C:2017:699). Wniosek zyskał wsparcie Czech i Węgier, a w konsekwencji Trybunał Sprawiedliwości odrzucił opinię Rzecznika, co nie zdarza się często, zob. <https://www.prokuratoria.gov.pl/wewnatrzunijne-umowy-bit-niezgodne-z-prawem-unii-europejskiej,new,mg,21.html,57> [dostęp: 10.09.2018].

²⁷ RP jest obecnie stroną umów intra-EU BIT zawartych z prawie wszystkimi państwami członkowskimi UE, z wyjątkiem Irlandii i Malty, z którymi RP nigdy nie zawarła tego typu umów, oraz Włoch, z którymi umowa wygasła w dniu 9 stycznia 2013 r. na skutek wypowiedzenia przez Włochy.

²⁸ Zob. M. Wąsiński, Sz. Zaręba, *Decyzja...*; także *Wejście w życie kolejnych 11 ustaw o wypowiedzeniu polskich BITów*, Blog „Przegląd Prawa Międzynarodowego”, 30.08.2018, <http://przegladpm.blogspot.com/2018/08/wejscie-w-zycie-kolejnych-11-ustaw-o.html#more> [dostęp: 10.09.2018]. Jako podstawę wypowiedzenia BIT wskazuje się niezgodność umowy z prawem UE.

postanowień na skutek specyficznych przepisów przewidujących dalsze jej stosowanie przez kolejne 10–20 lat (w zależności od umowy) do inwestycji poczynionych przed dokonaniem ich wypowiedzenia (tzw. klauzula przedłużonego obowiązywania umowy, *sunset clause*). Oznacza to, że inwestorzy będą mogli nadal na ich podstawie wszczynać nowe postępowania arbitrażowe. Stąd też o wiele lepszym sposobem jest dążenie do rozwiązywania umów intra-EU BIT na podstawie porozumień dwustronnych, które przewidywałyby rezygnację z klauzuli przedłużonego obowiązywania umowy.

Od wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Achmea* (C-284/16) przyszłość arbitrażu inwestycyjnego w UE nie przestaje budzić kontrowersji. Jest to szczególnie istotne, bo nie jest ostatecznie przesądzony sposób przełożenia tego orzeczenia na toczące się i przyszłe postępowania arbitrażowe w ramach wewnątrzunijnych umów o ochronie inwestycji²⁹. Obrazuje to choćby sprawa szwedzkiego koncernu energetycznego Vattenfall przeciwko Niemcom³⁰, gdzie zapadło pierwsze orzeczenie arbitrażowe wydane po wyroku w sprawie *Achmea*. Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (International Centre for Settlement of Investment Disputes; ICSID) 31 sierpnia 2018 w sprawie *Vattenfall AB i inni przeciwko Republice Federalnej Niemiec* („Decision on the Achmea issue”)³¹ odrzuciło argumenty strony niemieckiej oparte o ustalenia TSUE³². Co więcej, wcześniej ten sam trybunał, orzekając na podstawie The Energy Charter Treaty (ECT) w sprawie *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*³³ orzekł, że wyrok w sprawie *Achmea* pozostaje bez wpływu na ar-

²⁹ W wielu wcześniejszych postępowaniach arbitrażowych między inwestorami i państwami członkowskimi, kiedy to Komisja Europejska występowała w charakterze *amicus curiae* w celu poparcia swego twierdzenia, zgodnie z którym wewnątrzunijne BIT są niezgodne z traktatem FUE – tezę tę sądy polubowne konsekwentnie oddalały jako bezzasadną. Zob. przyp. 7 w opinii Rzecznika Generalnego Melchiora Watheleta przedstawionej w dniu 19 września 2017 r. w sprawie *Achmea* (C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699), gdzie są podane najważniejsze postępowania arbitrażowe pomiędzy inwestorami i państwami członkowskimi, w których sądy polubowne miały sposobność wypowiedzenia się w przedmiocie zgodności z traktatem FUE BIT-u wewnątrzunijnego lub wielostronnej umowy inwestycyjnej, których stronami są Unia Europejska i jej państwa członkowskie.

³⁰ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12. Przedmiotem sprawy jest kwestia odpowiedzialności odszkodowawczej rządu niemieckiego za przyspieszenie wygaszenia programu energetyki jądrowej będące reakcją na katastrofę w Fukushima. Szwedzki inwestor Vattenfall (będący własnością skarbu państwa) dochodzi 4,7 mld euro odszkodowania z tytułu Energy Charter Treaty za szkody wyrządzone tą decyzją rządu RFN. Zdaniem Vattenfall (oraz E.ON i RWE) zmuszenie inwestorów do wygaszenia inwestycji do 2022 r. faktycznie było równoznaczne z wywłaszczeniem inwestycji, <https://www.italaw.com/cases/1654> [dostęp: 10.09.2018].

³¹ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf> [dostęp: 10.09.2018].

³² S. Perry, *Vattenfall tribunal rejects Achmea objection*, „Global Arbitration Review”, 3.09.2018, <https://globalarbitrationreview.com/article/1173702/vattenfall-tribunal-rejects-achmea-objection> [dostęp: 10.09.2018].

³³ ICSID Case No. ARB/14/, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1> [dostęp: 10.09.2018].

bitraż ustalony w ECT. Jest to zatem kolejny dramatyczny zwrot w kwalifikacji prawnej BIT i toczących się w ich ramach postępowaniach arbitrażowych. Gdyby ICSID zgodził się z argumentacją Niemiec, a inne trybunały arbitrażowe przyjęły taką samą wykładnię, to mogłoby to konsekwentnie doprowadzić do faktycznego uniemożliwienia prowadzenia postępowań arbitrażowych między inwestorem a państwem członkowskim UE.

Konsekwencje wyroku TSUE w sprawie *Achmea* znalazły także odbicie w postępowaniu postarbitrażowym w sporze KNF–Abris Capital Partners. Postanowieniem z 13 czerwca 2018 r. Sąd Apelacyjny w Sztokholmie wstrzymał wykonalność wyroku końcowego trybunału arbitrażowego wydanego w sprawie z powództwa PL Holdings (spółka zależna Abris Capital Partners) przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej³⁴. We wniosku o wstrzymanie wykonalności wyroku strona polska powołała się na dwie przesłanki zawarte w szwedzkiej ustawie o postępowaniu polubownym, tj.: wysokie prawdopodobieństwo uwzględnienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego oraz zagrożenie wystąpienia znacznej szkody w przypadku wykonania wyroku arbitrażowego. Wstrzymanie wykonalności wyroku zasądzającego odszkodowanie oznacza, że Polska nie jest zobowiązana do jego wykonania (wypłaty zasądzonego odszkodowania), a inwestor nie może skutecznie go egzekwować. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Sztokholmie o wstrzymaniu wykonalności wyroku końcowego trybunału arbitrażowego ma charakter tymczasowy. Sąd wstrzymał wykonalność wyroku do czasu rozpoznania skarg Rzeczypospolitej Polskiej o uchylenie wyroków Trybunału Arbitrażowego (tj. wyroku częściowego i końcowego).

W dniu 22 lutego 2019 r. Sąd Apelacyjny w Sztokholmie częściowo oddalił skargę Rzeczypospolitej Polskiej o uchylenie wyroków Trybunału Arbitrażowego z siedzibą w Sztokholmie, odmawiając zarówno uchylenia, jak i stwierdzenia nieważności zaskarżonych wyroków, uchylając jedynie rozstrzygnięcie Trybunału Arbitrażowego w sprawie odsetek za okres poprzedzający wydanie wyroku (zgodnie z żądaniem RP). Rzeczpospolita Polska została również zobowiązana do pokrycia 2/3 kosztów postępowania przed szwedzkim sądem poniesionych przez PL Holdings, w wysokości 538 696 EUR. Polska nie zgodziła się z tym wyrokiem i złożyła przysługującą jej skargę do szwedzkiego Sądu Najwyższego³⁵.

³⁴ <https://www.prokuratoria.gov.pl/sad-apelacyjny-w-szwecji-wstrzymal-wykonalnosc-wyroku-zasadzajacego-odszkodowanie-od-rzeczypospolitej-polskiej-na-rzecz-pl-holdings-spolka-zalezna-abris-capital-partners,new,mg,21.html,76> [dostęp: 10.09.2018].

³⁵ <https://prokuratoria.gov.pl/postepowanie-o-uchylenie-wyrokow-arbitrazowych-wydanych-w-postepowaniu-arbitrazowym-wszczetym-przez-pl-holdings-sarl-przeciwko-rzeczypospolitej-polskiej-reprezentowanej-przez-ministra-finansow,new,mg,21.html,122> [dostęp: 19.03.2019].

IV. Intra-EU BIT a efektywność prawa rynku finansowego UE

Ewentualne uznanie, że w zakresie nadzorczej ingerencji w prawa obligatariuszy i właścicieli banków obowiązuje nie prawo UE, ale umowa o ochronie inwestycji zawarta pomiędzy państwami członkowskimi – istotnie osłabia skuteczność tych instrumentów prawnych, co może mieć negatywne skutki dla stabilności i bezpieczeństwa rynku finansowego. Ma to szczególne znaczenie dla skuteczności nowych instrumentów prawnych zarządzania kryzysowego w ramach restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków (*resolution*), które przewiduje dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (2014/59/UE)³⁶ oraz implementująca ją w krajowym porządku prawnym ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji³⁷. Celem nadrzędnym *resolution* jest ochrona stabilności finansowej i zaufania do systemu finansowego (przesłanka interesu publicznego), a nie zaspokojenie wierzycieli banku³⁸. Najdotkliwszym instrumentem *resolution*, który jednocześnie budzi najwięcej kontrowersji ze względu na możliwość dyskrecjonalnej ingerencji publicznego organu przymusowej restrukturyzacji w prawa akcjonariuszy i obligatariuszy, jest umorzenie albo konwersja zobowiązań (*bail-in*)³⁹. Jego celem jest dokapitalizowanie podmiotu znajdującego się w przymusowej restrukturyzacji (bądź podmiotu przejmującego działalność podmiotu w restrukturyzacji) w sposób gwarantujący obciążenie kosztami postępowania właścicieli i wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji poprzez umorzenie lub konwersję instrumentów dłużnych⁴⁰. Istotne jest, że o zastosowaniu

³⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (Dz. U. L 173 z 12.6.2014, s. 190–348).

³⁷ Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1937, ze zm.).

³⁸ Rozwiązania prawne (europejskie i krajowe) przewidziane dla przymusowej restrukturyzacji banków mają służyć przede wszystkim utrzymaniu stabilności finansowej, ochronie środków powierzonych podmiotowi przez jego klientów oraz zapewnieniu szybkiego i sprawnego procesu restrukturyzacji zagrożonego upadłością banku w celu utrzymania i kontynuacji realizowania funkcji krytycznych, tj. zapewnienia możliwości niezakłóconego świadczenia usług finansowych.

³⁹ Zgodnie z krajową ustawą o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (art. 70 ust. 1 i 2) mechanizm *bail-in* będzie można stosować w dwóch sytuacjach: w ramach postępowania przymusowej restrukturyzacji lub niezależnie od niego. W tym drugim przypadku do umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych może dojść bez wydania decyzji BFG o wszczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji, jednak tylko w ściśle określonych sytuacjach, tj. gdy podmiot jest zagrożony upadłością, a działania te są niezbędne w interesie publicznym.

⁴⁰ Niemniej jednak w ramach samej procedury *resolution* jedną z podstawowych zasad jest zasada niepogarszania sytuacji wierzycieli (*no creditor worse off*) – która oznacza, że wierzyciele nie mogą

tęgo instrumentu w sytuacji konkretnego banku zagrożonego upadłością będzie decydował krajowy organ przymusowej restrukturyzacji (w Polsce funkcję tę pełni Bankowy Fundusz Gwarancyjny), a nie bank objęty tym postępowaniem. Przymusowa restrukturyzacja w założeniu ma bowiem ograniczyć zaangażowanie lub prawdopodobieństwo zaangażowania środków publicznych (a więc pieniędzy podatników) wobec rynku finansowego lub jego poszczególnych uczestników – banków, w przypadku problemów któregośkolwiek z nich.

Istotne jest także, że nowe regulacje w sferze podejmowania i nadzorowania działalności na wewnętrznym rynku finansowym oraz zarządzania kryzysowego są jednolite na poziomie UE – integracja prawa opiera się na rozporządzeniach i dyrektywach maksymalnej harmonizacji. W tym sensie wewnątrzunijne dwustronne umowy inwestycyjne powodują fragmentację jednolitego rynku przez nadawanie praw niektórym unijnym inwestorom na zasadzie dwustronnej. Postanowienia BIT nakładają się zatem na przepisy prawa jednolitego rynku UE dotyczące inwestycji transgranicznych (także na rynku finansowym) i stoją w sprzeczności z tymi regulacjami. Swobodny przepływ kapitału i swoboda przedsiębiorczości uregulowane jednolicie na poziomie UE w prawie rynku finansowego nie powinny zatem być naruszane obowiązującymi w tej samej materii postanowieniami BIT. Przekonującymi w tym zakresie są argumenty KE, że historycznie zmienił się cel i status prawy BIT⁴¹. Większość z nich pochodzi z lat 90. XX w., kiedy jeden lub oba kraje będące stronami tych umów nie były jeszcze członkami UE. Przewidziane w BIT zwiększenie ochrony inwestorów (zwłaszcza za pomocą odszkodowań za wywłaszczenie oraz procedur arbitrażowych służących do rozstrzygania sporów inwestycyjnych) nie jest obecnie potrzebne, ponieważ wszystkie państwa członkowskie podlegają tym samym unijnym przepisom na jednolitym rynku, w tym w sprawie inwestycji transgranicznych (w szczególności swobody przedsiębiorczości oraz swobodnego przepływu kapitału). Tym samym doszło do zmiany otoczenia prawnego (głównie zmieniła się wykładnia prawa UE) między podpisaniem BIT a obecnymi realiami funkcjonowania rynku wewnętrznego. Jeżeli umowy te, naruszają zasady rynku wewnętrznego, nie powinny być stosowane, nawet jeśli obowiązują. Prawo UE ma prymat przed prawem wewnętrznym państw.

Zgodnie z również utrwalonym orzecznictwem Trybunału autonomia prawa Unii, zarówno w kontekście prawa państw członkowskich, jak i prawa międzynarodowego, znajduje uzasadnienie w zasadniczym charakterze Unii i jej prawa w odniesieniu do konstytucyjnej struktury Unii, jak również do samej natury owego prawa. Prawo Unii charakteryzuje się bowiem tym, że pochodzi z niezależnego źródła, jakie stanowią traktaty, swoją nadrzędnością względem prawa

stracić więcej niż w przypadku upadłości danej instytucji. Zob. art. 34 ust. 1 lit. g) i art. 73 dyrektywy 2014/59/UE.

⁴¹ Komunikat KE, *Komisja wzywa państwa członkowskie...*

państw członkowskich oraz bezpośrednią skutecznością szeregu przepisów znajdujących zastosowanie do pochodzących z nich jednostek i nich samych. Owe cechy charakterystyczne prawa Unii doprowadziły do powstania ustrukturyzowanej sieci zasad, przepisów i wzajemnie zależnych od siebie stosunków prawnych wiążących wzajemnie samą Unię i jej państwa członkowskie, jak również te państwa między sobą⁴².

Należy także podkreślić systemowe znaczenie dla architektury regulacyjnej i nadzorczej orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE, które ustalają nową wykładnię i interpretację regulacji stanowiących prawo rynku finansowego UE. Nadanie prymatu stabilności finansowej i konieczności zachowania funkcjonowania jednolitego rynku finansowego jest aktualnym paradygmatem stanowienia w UE federalnego prawa rynku finansowego i nowych instytucjonalnych ram jego regulacji i nadzoru⁴³.

Zakończenie

W sporze Komisji Nadzoru Finansowego z Abris Capital Polska ma obecnie dwie wniesione skargi o uchylenie orzeczenia wydanego przez Trybunał Arbitrażowy w Sztokholmie do Sądu Apelacyjnego w Sztokholmie: pierwsza skarga dotyczy wyroku częściowego, druga – wyroku końcowego. Prokuratoria Generalna reprezentująca RP uważa, że szwedzki sąd jest teraz bezpośrednio związany orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Achmea*, w którym w sentencji wyraźnie stwierdzono, że nie tylko BIT słowacko-holenderski, ale wszystkie dwustronne umowy inwestycyjne zawierają bezprawne (naruszające Traktat o funkcjonowaniu UE) klauzule arbitrażowe.

Od wydania w marcu 2018 r. przez Trybunał Sprawiedliwości UE wyroku w sprawie *Achmea* przyszłość arbitrażu inwestycyjnego w UE nie przestaje budzić zainteresowania zarówno regulatorów, przedstawicieli doktryny prawa, jak i praktyków. Na razie nie jest jednak przesądzony los wewnątrzunijnych traktatów o ochronie inwestycji. Skutki, jakie wyrok TSUE odniesie dla toczących się i nowych postępowań arbitrażowych, nie są jednak oczywiste. Pozywane państwa będą z pewnością powoływać się na jego ustalenia, kwestionując jurysdykcję trybunałów arbitrażowych. Nie oznacza to jednak, jak już pokazuje praktyka, że wszystkie trybunały zaakceptują ten argument i odmówią wydawania

⁴² TSUE w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Achmea* wskazał w tym zakresie na opinię 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r., EU:C:2014:2454, pkt 165–167 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁴³ A. Jurkowska-Zeidler, *Stabilność finansowa i integracja prawna rynku finansowego UE jako przedmiot rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości [w:] Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, red. J. Glińiecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński, Warszawa 2015, s. 511–521.

orzeczeń w ramach postępowań arbitrażowych wszczętych na podstawie BIT. Jest z kolei wysoce prawdopodobne, że sądy krajowe pozwanych państw będą odmawiać wykonania orzeczeń arbitrażowych, kierując się zasadą pierwszeństwa prawa UE.

Niewątpliwie wykorzystywanie klauzul arbitrażowych istniejących w umowach BIT obowiązujących pomiędzy państwami członkowskimi znacząco może obniżyć skuteczność prawa rynku finansowego UE, które szczególnie po globalnym kryzysie finansowym z 2008 r. wzmacnia regulacyjne i nadzorcze ramy funkcjonowania rynku finansowego, nadając instytucjom sieci bezpieczeństwa finansowego (bankom centralnym, organom nadzoru, organom restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji) szczególne uprawnienia w sferze ochrony dobra publicznego, jakim jest stabilność i bezpieczeństwo rynku finansowego. Szeroki zakres ingerencji w prawa właścicieli i wierzycieli w trybie nadzoru oraz procedury *resolution* jest uzasadniony ze względu na szczególny status banków jako instytucji zaufania publicznego oraz konieczność ochrony stabilności finansowej w sytuacji, gdy podmiot znajdzie się na progu upadłości.

Tak ukształtowana autonomia prawa UE w sferze regulacji i nadzoru rynku finansowego wymaga ochrony i nie powinna być naruszana przez postanowienia BIT zawieranych pomiędzy państwami członkowskim ani poddana kontroli międzynarodowych sądów polubownych. Szczególną rolę dla skuteczności norm prawa rynku finansowego oraz doniosłe „systemowe” znaczenie ma tutaj zwłaszcza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE dotyczące architektury regulacyjnej i nadzorczej jednolitego rynku finansowego UE i kluczowej relacji między stabilnością finansową a integracją prawną.

Anna Jurkowska-Zeider

**THE DISPUTE BETWEEN THE FINANCIAL SUPERVISION AUTHORITY
AND ABRIS-EMP CAPITAL PARTNERS: INTERNATIONAL AGREEMENTS
ON INVESTMENT PROTECTION (BITS) BETWEEN MEMBER STATES
VERSUS EUROPEAN UNION LAW**

The dispute between the Polish Financial Supervision Authority and the Abris-EMP Capital Partners Limited fund is of precedential significance for financial market law. In the article, the Author presents the essence of the case and the status of international investment protection agreements (BITS – Bilateral Investment Treaties) in the legal order of the European Union, which was the key issue for its final resolution. The Author analyzes the supervisory decisions of the Polish Financial Supervision Authority towards PL Holdings S.à.r.l. (a subsidiary of Abris Capital Partners) due to the failure of the fund to fulfill its investment obligations towards the Polish supervisory authority, and the arguments put

before the Arbitration Tribunal at the Chamber of Commerce in Stockholm, before which the dispute had been ongoing within the investment arbitration. The Tribunal issued two unfavorable judgments in 2017, stating that the Republic of Poland had violated the investment protection agreement concluded between Poland, Belgium and Luxembourg by committing an unlawful expropriation to the investor. The Tribunal awarded 760 million PLN from Poland as compensation. The General Prosecutor's Office appealed against this decision to the Stockholm Court of Appeal and the post-arbitration proceedings have yet to be completed. The judgment of 6 March 2018 in Case C-284/16 Achmea, in which the Court of Justice of the European Union ruled that the arbitration model of resolving disputes provided for in investment agreements between Member States is incompatible with European Union law, is of paramount importance for the final resolution of this case.



Edward Juchniewicz

Uniwersytet Gdański

e.juchniewicz@prawo.ug.edu.pl

STOSUNEK PRAWNOPODATKOWY A HANDEL ELEKTRONICZNY

Wprowadzenie

W prawie występują różne określenia stosunków prawnych, które także mają specyfikę właściwą dla poszczególnych gałęzi prawa¹. Stosunek prawny stanowi więź lub zespół więzi prawnych łączących strony (podmioty) stosunku prawnego. Następstwem stosunku prawnego jest powstawanie jakichś następstw prawnych. Przykładowo, aby nadać relacjom międzyludzkim (stosunkom społecznym) status stosunku prawnego, zawsze muszą powstać jakieś następstwa prawne. Dlatego nie wszystkie stosunki społeczne mogą mieć charakter stosunków prawnych². Stosunki prawnopodatkowe stanowią rodzaj stosunków finansowo-prawnych, a ich wyodrębnienie następuje zawsze ze względu na cele i zadania państwa w zakresie działalności finansowej. W stosunku finansowo-prawnym mamy zawsze do czynienia z zachowaniem organu finansowego oraz zachowaniem podmiotu biernego. Zachowania te dotyczą własnych uprawnień i obowiązków. Będąc zobowiązanym, można mieć uprawnienia do zachowania się drugiego podmiotu,

¹ Według podziału prawa na gałęzi możemy mówić o stosunku cywilnoprawnym, stosunku administracyjnoprawnym, stosunku prawnopodatkowym (w szerszym ujęciu finansowoprawnym). Należy mieć świadomość, że sam podział jest dyskutowany w literaturze, tak jak podział na samodzielne gałęzie prawa, zob. także Н.Н. Вопленко, *Правовые отношения: понятие и классификация*, „Вестник ВолГУ. Серия 5: Юриспруденция” 2003, n. 6, <http://cyberleninka.ru/article/n/pravovyye-otnosheniya-ponyatie-i-klassifikatsiya> [dostęp: 26.06.2018]; por. Э.И. Иванов, *Правовое отношение как особый вид общественных отношений*, „Пробелы в российском законодательстве” 2011, n. 2, <http://cyberleninka.ru/article/n/pravovoe-otnoshenie-kak-osobyiy-vid-obschestvennyh-otnosheniy> [dostęp: 26.06.2018].

² Zob. И.Б. Ломакина, А.В. Дашин, В.Ф. Мартынов, *Виды обычно-правовых отношений*, „Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России” 2005, n. 3, <http://cyberleninka.ru/article/n/vidy-obychno-pravovyh-otnosheniy> [dostęp: 26.06.2018].

polegające na możliwości żądania od niego, by zachował się w sposób nakazany mu przez obowiązek ustalony dla niego w normie prawnej³.

Transformacja stosunków społecznych spowodowana konkurencją w gospodarce wolnorynkowej doprowadziła do przekształcenia konstrukcji prawnej i treści stosunku prawnopodatkowego. Rozwój stosunków prawnopodatkowych jest ściśle powiązany z różnymi teoriami opodatkowania. Wybierając z różnych teorii opodatkowania koncepcję umowy społecznej, według której społeczeństwo jako kolektywny płatnik otrzymuje pewne dobra bądź usługi państwowe po ustalonych cenach (albo wybierając traktowanie podatków jako koszty produkcji, za pomocą których możemy stymulować przyrost zasobów finansowych), odczytamy odmienne treści od współczesnych treści stosunków prawnopodatkowych. We współczesnym prawie podatkowym w określeniu stosunków prawnopodatkowych akcentujemy przede wszystkim cechę podporządkowania jako główną cechę stosunków prawnopodatkowych.

Występujący w teorii prawa pogląd, że stosunki prawne mogą wiązać podmioty zarówno w warunkach świadomości, jak i nieświadomości stanowi szczególnie przykładowy przykład dla handlu elektronicznego. Z uwagi na jego pewne novum stosunki prawne związane z prowadzeniem działalności gospodarczej poprzez sieci komputerowe oraz ich treści często wiążą te podmioty w sposób dla nich nieświadomy. Złożony charakter transakcji i środowisko, w którym działalność gospodarcza jest prowadzona, są powodami nieświadomionego uczestnictwa w stosunkach prawnych.

Stosunki prawne w Internecie

Specyfiką handlu elektronicznego jest to, że przedmiotem regulacji są stosunki prawne odbywające się w cyberprzestrzeni (Internecie). Jak wspomniano, istota cyberprzestrzeni (Internetu) jest skomplikowana sama w sobie oraz ma cechy właściwe tylko dla siebie. Wychodząc poza zakres handlu elektronicznego, przez pojęcie stosunków prawnych w Internecie należy rozumieć stosunki społeczne, które powstają w związku z wykorzystaniem sieci komputerowych (Internetu). Innym sposobem rozumowania można określić wszelkie stosunki prawne z elementem Internetu. Na wzór stosunków międzynarodowych Internet stanowi cechę odróżniającą je od innych stosunków prawnych. Na treść tych stosunków składają się przetwarzane przez komputery i inne środki teleinformatyczne informacje. W szeroki zakres tej definicji należy włączyć wszelkie

³ Więcej zob.: C. Kosikowski, *Stosunki finansowo-prawne* [w:] E. Ruśkowski (red.), C. Kosikowski, *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2006, s. 40–41. Różne koncepcje naukowe dotyczące stosunku prawnopodatkowego oraz jego ewolucji zob. M. Kalinowski, *Narodziny i kształtowanie się współczesnej koncepcji stosunku podatkowego*, „Toruński Rocznik Podatkowy” 2013, s. 4–15.

stosunki prawne, które zapewniają tworzenie oraz funkcjonowanie sieci Internet. Zasięg tych ostatnich jest także zróżnicowany, w zasadzie może przybierać formy właściwe dla handlu elektronicznego, tj. np. sprzedaż przez providera dostępu do sieci Internet. Warto podkreślić, że w całej skali ten rodzaj stosunków prawnych stanowi mały odsetek relacji powstających w sieci Internet.

Szeroki zakres niejednorodnych stosunków prawnych w Internecie można próbować sklasyfikować. Do pierwszej kategorii zaliczymy najważniejszą kategorię stosunków prawnych obejmujących relacje podmiotów w związku z zawarciem umów dotyczących świadczenia usług i sprzedaży towarów w sieci Internet. Druga kategoria stosunków dotyczy realizacji publicznych praw w zakresie różnych gałęzi prawa, w tym także prawa podatkowego. Klasycznym przykładem może być relacja pomiędzy podatnikiem a organem podatkowym, dotycząca wypełnienia i złożenia deklaracji podatkowej oraz zapłaty podatku poprzez Internet. W związku z rozwojem nowych technologii zakres praw publicznych może dotyczyć prawa konstytucyjnego, administracyjnego, rodzinnego, karnego, własności intelektualnej itd. Należy też wspomnieć o stosunkach prawnych w zakresie prawa do informacji w Internecie. Prawo do informacji nie jest pojęciem nowym, zostało już opisane w literaturze⁴. Zakres stosunków prawnych wykracza poza znane nam pojęcie prawa do informacji, gdzie podmiot może być przedmiotem tych informacji, które są udostępniane w Internecie⁵. W ostatnią kategorię należy włączyć stosunki prawne zachodzące pomiędzy państwami, w związku z transferem danych (informacji) poprzez urzędy i środki komunikacji znajdujące się na terytorium poszczególnych państw. W tej też kategorii trzeba umieścić stosunki prawne zachodzące pomiędzy państwami i organizacjami międzynarodowymi w związku z przydzielaniem domen internetowych, bezpieczeństwem informacyjnym itd. Należy przyznać, że klasyfikacja ta nie jest doskonała, a zachodzące pomiędzy różnymi podmiotami relacje mogą być jednocześnie zaliczone do co najmniej dwóch różnych kategorii⁶.

⁴ Prawo do informacji, jedno z podstawowych praw i wolności obywatelskich, usankcjonowane szeregiem dokumentów międzynarodowych, w tym m.in. w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Deklaracji podstawowych praw i wolności, Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych. Prawo to obejmuje wolność poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych, bez względu na granice państw. Gwarantuje ono również prawo do dostępu i sprostowań odnośnie do dokumentów administracyjnych i danych, które ich dotyczą. Więcej zob. *Prawo do informacji* [w:] R. Smolski, M. Smolski, E.H. Stadtmüller, *Słownik encyklopedyczny. Edukacja obywatelska*, Wrocław 1999.

⁵ Zob. prawo do bycia zapomnianym: Factsheet on the Right to be forgotten ruling C-132/12, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf [dostęp: 26.08.2018].

⁶ Zob. inną, bardziej rozbudowaną, klasyfikację stosunków prawnych w sieci Internet: I.M. Рассолов, *Право и Интернет. Теоретические проблемы*, Москва 2003, s. 55; В.А. Копылов, *Информационное право*, Москва 2002, s. 238–239; М.С. Дашян, *Право информационных магистралей: вопросы правового регулирования в сфере Интернет*, Москва 2007, s. 21.

Inny podział stosunków prawnych w Internecie to podział na stosunki o charakterze ekonomicznym i nieekonomicznym. Przedmiotem klasyfikacji jest aktywność podmiotów w sieci Internet. Każda aktywność o charakterze ekonomicznym (gospodarczym) stanowi treść ekonomicznych stosunków prawnych. Wszystkie inne relacje zachodzące pomiędzy podmiotami poza działalnością gospodarczą w Internecie są zaliczane do nieekonomicznych stosunków prawnych⁷.

Stosunki prawnopodatkowe w Internecie

Regulacje prawnopodatkowe nie udzielają odpowiedzi na pytanie, czym są stosunki prawnopodatkowe, brak także regulacji prawnych określających cechy właściwe dla stosunków prawnopodatkowych. W świetle ustawy do ordynacji podatkowej można włączyć stosunek prawnopodatkowy do kategorii stosunków publicznoprawnych. Ustawodawca niejednokrotnie posługuje się pojęciem „publicznoprawny”: w odniesieniu do podatków jako świadczenia publicznoprawnego, zobowiązań o charakterze publicznoprawnym oraz stosunków publicznoprawnych. Przez niepodatkowe należności budżetowe rozumie się niebędące podatkami i opłatami należności stanowiące dochód budżetu państwa lub budżetu jednostki samorządu terytorialnego, wynikające ze stosunków publicznoprawnych. Ustawodawca w prawie podatkowym nie wymienia cech stosunków publicznoprawnych. Należy przyznać, że kategorię stosunku publicznoprawnego w świetle prawa podatkowego należałoby traktować w szerszym znaczeniu. Do tego rodzaju można zaliczyć stosunki powstałe w związku z: ustanowieniem podatków i opłat publicznych; opodatkowaniem (tzw. zobowiązaniowy stosunek prawnopodatkowy); prowadzeniem czynności sprawdzających i kontroli podatkowych; zaskarżeniem decyzji i postanowień organów podatkowych; udzielaniem informacji podatkowych; tajemnicą skarbową – oraz stosunki powstające w momencie pociągnięcia do odpowiedzialności podatkowej⁸.

Przez stosunki prawnopodatkowe (w znaczeniu zobowiązaniowego stosunku prawnopodatkowego) rozumie się zespół powstających więzi pomiędzy

⁷ Więcej zob. A.A. Тедеев, *Информационное право (право Интернета): учебное пособие*, Москва 2005, s. 32–35.

⁸ Zakres ustawy ordynacja podatkowa zob. w art. 1 tejże ustawy. Zob. komentarz Cezarego Kosikowskiego dotyczący treści art. 1 ustawy ordynacja podatkowa w: J. Brolik *et al.*, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2018. Artykuł 1 omawianej ustawy nie miał na celu i nie może całościowo ująć zakresu stosunków prawnopodatkowych – z założenia były zupełnie inne cele danej regulacji prawnej. Definicję stosunków prawnopodatkowych zob. M.B. Кустова, О.А. Ногина, Н.А. Шевелева, *Налоговое право России. Общая часть*, Москва 2001, s. 32. Rozważania dotyczące pojęcia stosunku prawnopodatkowego zob. A. Nita, *Porozumienia w prawie podatkowym. Horyzontalne metody determinacji powinności podatkowej*, LEX 2018.

podatnikiem a organem podatkowym (państwem *sensu largo*). Istotę stosunków prawnopodatkowych można przedstawić przez zachodzące stosunki społeczne powstające pomiędzy podmiotami publicznymi (podmiot publiczny) a podmiotami prywatnymi (podmiot bierny), związane z gromadzeniem środków publicznych na podstawie ustawy oraz zgodnie z zasadami sprawiedliwości podatkowej i powszechności opodatkowania (jako podstawowych zasad prawa podatkowego).

Problematyka stosunków prawnopodatkowych w handlu elektronicznym jest pomijana. Przedmiot analizy i badań należy ograniczyć do stosunków prawnopodatkowych powstających w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej za pomocą technologii teleinformatycznych (sieci komputerowych). Istotne jest wyodrębnienie dwóch głównych elementów właściwych dla stosunku prawnopodatkowego w handlu elektronicznym: transakcji oraz realizacji tej transakcji (umowy) za pośrednictwem technologii teleinformatycznych. Umowa jako główny element stosunku prawnego rodzi różne pytania w świetle stosunków prawnych, którym szczególną uwagę poświęca doktryna prawa cywilnego. Zawarcie umowy cywilnoprawnej jest zdarzeniem prawnym, które powoduje powstanie u stron umowy zespołu uprawnień i obowiązków. Z kolei uprawnienia i obowiązki mogą być regulowane zarówno normami prawa prywatnego, jak i publicznego. Zakres problemów prawnych dotyczy prawa publicznego i prywatnego. W prawie prywatnym w handlu elektronicznym należy wymienić zagadnienia dotyczące zawarcia umów za pośrednictwem sieci teleinformatycznych (sieci komputerowych), prawa własności intelektualnej, prawa ochrony danych osobowych, zagadnienia dotyczące rozliczeń elektronicznych itd. W sferze prawa publicznego znajdują się zagadnienia z zakresu opodatkowania dochodu z działalności gospodarczej prowadzonej za pośrednictwem sieci komputerowych oraz ewentualnie zagadnienia dotyczące zapłaty podatków pośrednich. W tej samej kategorii mogą być ewentualne zagadnienia dotyczące odpowiedzialności prawnej związane z prowadzeniem handlu elektronicznego (z wyjątkiem spraw z zakresu odpowiedzialności cywilnoprawnej).

Prawa i obowiązki podatników w polskim prawie podatkowym zostały określone w ordynacji podatkowej i ustawach podatkowych. Nawiązując do rozważań dotyczących definicji handlu elektronicznego w prawie podatkowym, należy zaznaczyć, że brakuje odrębnych regulacji dotyczących praw i obowiązków podmiotów realizujących swoją działalność gospodarczą przez sieci komputerowe. Ustawodawca wychodzi z założenia, iż prawa i obowiązki tych podmiotów powinny być regulowane na ogólnych zasadach właściwych dla wszystkich podatników. Prawa i obowiązki podmiotów (podatników) prowadzących działalność gospodarczą poprzez sieci komputerowe nie różnią się od praw i obowiązków innych podmiotów. Takie same uprawnienia i obowiązki posiadają organy podatkowe wobec tych podmiotów. Stąd treść stosunku prawnopodatkowego

zachodzącego w handlu elektronicznym nie będzie się różnić od treści stosunków powstałych przy prowadzeniu tradycyjnej działalności gospodarczej.

Podmiotami stosunków prawnopodatkowych są podmioty, które łączy stosunek prawny, uregulowany przepisami prawa podatkowego. Dla kategorii handlu elektronicznego podmioty stosunku prawnopodatkowego (stosunku prawnego zobowiązania podatkowego) można podzielić na dwie kategorie: podmioty prowadzące działalność gospodarczą w Internecie (podatnicy) oraz organy podatkowe. W stosunku prawnym zobowiązania podatkowego w charakterze podmiotu (strony) stosunku prawnego występuje podatnik, który na mocy przepisów podatkowych podlega obowiązkowi podatkowemu. Obowiązek podatkowy rodzi się po powstaniu faktów prawnych, stanowiących treść obowiązku w zakresie zapłaty podatku⁹. Dla handlu elektronicznego oznacza to szeroko pojętą sprzedaż towarów i usług za pośrednictwem sieci komputerowych.

Nie należy zapominać także o zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnej – obu instytucjach prawa ściśle związanych z problematyką podmiotowości w prawie. W kategoriach handlu elektronicznego jest tu mowa o zdolności podatkowej (zdolności bycia podatnikiem) przy realizacji transakcji handlu elektronicznego. W handlu elektronicznym, a w szczególności Internecie, w klasycznym ujęciu analizujemy zdolność osób fizycznych oraz osób prawnych do bycia podmiotem praw i obowiązków w cyberprzestrzeni. Wychodząc z ogólnego założenia, że osoba fizyczna uzyskuje zdolność prawną z chwilą urodzenia, należy ustalić, czy jest to równoznaczne z uzyskaniem statusu prawnego w środowisku wirtualnym (Internecie). Za szczególną cechę zdolności prawnej w Internecie trzeba uznać moment uzyskania zdolności prawnej. Teoretycznie można przypuszczać, że osoba fizyczna od chwili urodzenia istnieje jedynie w świecie rzeczywistym, stąd moment uzyskania dostępu do świata wirtualnego (Internetu) może być utożsamiany z datą urodzenia. Sytuację komplikuje aspekt uzyskania dostępu do Internetu: np. może on być uzależniony od zgody pewnych organów państwowych, może być legalny bądź nielegalny. Wydaje się, że nie zawsze będzie można zastosować analogię z zakresu teorii prawa właściwą dla zdolności prawnej w świecie rzeczywistym. Należy przyznać, że wymiar zdolności do czynności prawnej jest w zasadzie zbliżony do świata rzeczywistego.

Treść handlu elektronicznego, jak podkreślono w opisanych już rodzajach transakcji i różnych definicjach handlu elektronicznego, nie jest jednorodna. Istnieje szereg rodzajów handlu elektronicznego. Na przykład dla ekonomicznej literatury właściwy jest podział uzależniony od poszczególnych uczestników handlu elektronicznego, co w świetle prawa podatkowego oznacza próbę

⁹ Obszerne opracowanie dotyczące treści stosunku prawnofinansowego zob. И.В. Рукавишников, *Метод финансового права: Монография*, Москва 2004, s. 520.

określenia poszczególnych podmiotów (podatników) stosunków prawnopodatkowych. Przyjęto klasyfikację składającą się z pięciu różnych relacji zachodzących pomiędzy uczestnikami handlu elektronicznego: B2B (ang. Business to Business)¹⁰ – transakcje handlu elektronicznego są realizowane między podmiotami gospodarczymi (profesjonalnymi uczestnikami rynku), B2C (ang. Business to Consumer)¹¹ – transakcje zawierane między podmiotami gospodarczymi a konsumentami, C2C (ang. Consumer to Consumer) – transakcje zawierane między konsumentami, G2B (ang. Government to Business)¹² – transakcje zawierane między Skarbem Państwa (*sensu largo*) a podmiotami gospodarczymi, G2C (ang. Government to Consumer)¹³ – transakcje zawierane między Skarbem Państwa a konsumentami¹⁴. W tej samej kategorii należy umieścić stosunkowo nowy wyodrębniony model biznesu w handlu elektronicznym, jakim jest P2P¹⁵ (ang. Peer to Peer Business model¹⁶). Polega on na udostępnieniu platformy dla innych użytkowników sieci komputerowych w celu realizacji handlu elektronicznego zasadniczo przez B2B, B2C albo C2C.

¹⁰ Często nazywany jako klasyczny rodzaj handlu elektronicznego. Ekonomiczną charakterystykę handlu elektronicznego zob. T.F. Siems, *B2B E-Commerce: Why the New Economy Lives*, „Southwest Economy” 2001, July/August, <http://ssrn.com/abstract=278284> [dostęp: 26.06.2018].

¹¹ W tej samej kategorii należy umieścić B2E (ang. Business to Employee) – rodzaj szeroko pojętej komunikacji, w tym także w handlu elektronicznym, łączącej przedsiębiorstwo ze swoimi pracownikami.

¹² W niektórych publikacjach spotkamy określenie B2A (ang. Business to Administration), zob. np. J. Banasikowska, I. Woźniak, *Transakcje elektroniczne i czynniki wpływające na ich rozwój*, http://www.swo.ae.katowice.pl/_pdf/84.pdf [dostęp: 26.06.2018].

¹³ Dla tych samych relacji stosowane są określenia C2G (ang. Citizen to Government) oraz C2A (ang. Consumer to Administration); na temat pojęcia G2G (ang. Government to Government) zob. K.K. Bajaj, D. Nag, *E-commerce: The Cutting Edge of Business*, New Delhi 2000, s. 20–21. Występująca w opisach instytucja rządu (władzy) w ujęciu stosunków prawnych jest opisywana w znacznie szerszym zakresie. Na potrzeby wszelkiej aktywności państwa w środowisku wirtualnym pojawiło się określenie – *electronic government* (rząd elektroniczny), który oznacza całodobowe i stałe współdziałanie państwa i jego obywateli. Internet pozwala obywatelom załatwiać różne sprawy, z kolei państwo może nieustannie świadczyć im różne usługi.

¹⁴ Podana klasyfikacja i terminologia znajduje zastosowanie również w publikacjach nie dotyczących problematyki handlu elektronicznego, zob. np. M.W. Hesselink, J.W. Rutgers, T.Q. de Booy, *The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract Law*, „Centre for the Study of European Contract Law Working Paper” 2007, no. 4, <http://ssrn.com/abstract=1091119> [dostęp: 26.06.2018].

¹⁵ Należy pamiętać, że P2P ma zastosowanie przede wszystkim do określenia kanału informacji między komputerami w sieci Internet. Klasycznym przykładem był program NAPSTER, który umożliwiał jego użytkownikom wymianę muzyki w sieci. Istotą P2P polega na tym, że osobą pobierającą informację z sieci Internet automatycznie staje się podmiotem rozpowszechniającym tę informację, czyli jest to rodzaj sieci służącej do bezpośredniej wymiany plików między użytkownikami. Przykłady sieci i aplikacji P2P: Kazaa, Napster, BearShare, Gnutella, Win MX, Bit Torrent, Overnet, Grokster, FastTrack, eDonkey. Zob. *Słownik komputerowy i encyklopedia informatyczna*, <http://www.i-slovník.pl/1057,p2p-lub-peer-to-peer-peer-to-peer/> [dostęp: 26.06.2018].

¹⁶ Więcej zob.: A. Gbemisola, *How Peer to Peer Companies Change the Business Model Canvas*, <http://i360institute.com/2014/06/peer-peer-companies-change-business-model-canvas/> [dostęp: 26.06.2018].

W związku z tym wśród uczestników handlu elektronicznego można wyodrębnić podmioty prowadzące działalność gospodarczą, konsumentów oraz Skarb Państwa (w transakcjach handlu elektronicznego występują organy państwowe albo inne podmioty korzystające z osobowości prawnej Skarbu Państwa). Przyjmując założenie, że handel elektroniczny odbywa się jedynie na terytorium Polski, podmiotowość prawnopodatkowa tych podmiotów jest oparta na tych samych zasadach właściwych dla relacji podmiotów występujących w stosunkach tradycyjnych. Pewne wątpliwości mogą wynikać z transferu informacji na potrzeby krajowego handlu elektronicznego przez inne kraje – biorąc pod uwagę, że w danym momencie optymalny dla technicznych potrzeb przesłania informacji może być transfer informacji przez sieci wychodzące poza granice Polski.

Jedną z cech handlu elektronicznego jest jego eksterytorialny charakter. W praktyce oznacza to, że realizacja transakcji elektronicznej w handlu elektronicznym z podmiotem zagranicznym jest tak samo łatwa jak z podmiotem z Polski. Specyfika stosunków prawnopodatkowych w handlu elektronicznym polega na tym, że są one skomplikowane przez obecność obcego elementu. Z perspektywy prawa podatkowego może to być zarówno podmiot, jak i przedmiot transakcji (np. zagraniczny podmiot stosunku prawnopodatkowego albo zagraniczny przedmiot transakcji w sprzedaży poprzez podmiot krajowe). Zagraniczny element stanowi fundament odróżniający zakres regulacji krajowych od międzynarodowych oraz prawo krajowe od międzynarodowego¹⁷. Dla wyjścia z jurysdykcji krajowego prawa podatkowego wystarczające jest wystąpienie jednej z podanych cech: obecność w stosunku prawnopodatkowym jednego z zagranicznych podmiotów (nierezydent podatkowy), znajdowanie się przedmiotu transakcji (realizacji treści stosunku prawnopodatkowego) poza granicami kraju. Do katalogu cech charakterystycznych dla międzynarodowego prawa podatkowego należy zaliczyć: zbiór historycznie zmieniających się reguł zachowania (norm prawa krajowego i norm traktatowych) regulujących stosunki finansowe między państwami; charakter koordynacyjny, ponieważ podmiotami są przede wszystkim państwa, których relacje są oparte na zasadach równości; zakres stosowania międzynarodowego prawa podatkowego to cała przestrzeń międzynarodowa¹⁸.

¹⁷ Więcej zob. С.В. Пелькова, И.А. Седов, *Соотношение национального и международного законодательства в целях избежания двойного налогообложения*, „Международный журнал прикладных и фундаментальных исследований” 2015, n. 2, <http://cyberleninka.ru/article/n/sootnoshenie-natsionalnogo-i-mezhdunarodnogo-zakonodatelstva-v-tselyah-izbezhanija-dvoynogo-nalogooblozheniya> [dostęp: 26.06.2018].

¹⁸ Zob. ogólne uwagi dotyczące zakresu międzynarodowego prawa podatkowego: Reuven S. Avi-Yonah, *International Tax as International Law*, „Public Law Research Paper”, no. 41, <http://ssrn.com/abstract=516382> [dostęp: 26.06.2018]. Problem zakresu jurysdykcji podatkowej w innym znaczeniu niż nakładanie i pobór podatków pojawił się z wprowadzeniem podpisanego w 2010 r. w Stanach Zjednoczonych prawa pt. Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA). Eksterytorialny

Współcześnie nie ma możliwości technicznych, aby wiarygodnie zidentyfikować uczestników handlu elektronicznego, w szczególności nie można ustalić ich tożsamości i rzeczywistej lokalizacji na podstawie adresu IP¹⁹. W najlepszym przypadku adres IP pozwala na ustalenie tylko kraju i miasta, z którego odbyło się połączenie. Ponadto istnieją specjalne programy i usługi sieciowe (np. TOR)²⁰, które umożliwiają ukrywanie rzeczywistego adresu IP komputera albo wykazywanie fałszywego. Rzeczywistej lokalizacji uczestników transakcji zawieranych w Internecie nie można również ustalić na podstawie lokalizacji wydawcy kart płatniczych, za pomocą których dokonywane są rozliczenia pieniężne. Nie będzie również pomocna waluta płatności, gdyż różne waluty mogą być stosowane jednocześnie w różnych krajach jako prawny środek płatniczy. Potencjalna transakcja sprzedaży w handlu elektronicznym może wyglądać w taki sposób, że kupujący – obywatel jednego państwa, ale mieszkający w zupełnie innym państwie – dokonuje zakupu w sklepie internetowym mającym siedzibę w trzecim państwie oraz dokonuje płatności za pomocą karty płatniczej wydanej przez bank mający siedzibę w czwartym państwie przy użyciu waluty, która w żaden sposób nie jest powiązana z państwem zamieszkania bądź obywatelstwa kupującego albo sprzedającego. Przy założeniu, że mamy pełną informację o tożsamości i miejscu lokalizacji sprzedającego, powstaje pytanie, jak dokonać kontroli transakcji sprzedaży realizowanych w Internecie dla celów ustalenia zobowiązań podatkowych. W ujęciu abstrakcyjnym z perspektywy prawa i rachunkowości

charakter tego prawa podatkowego oddziałuje na sprawozdawcze obowiązki różnych podmiotów poza granicami USA. Brak wypełnienia tych obowiązków skutkuje z kolei powstaniem nowych obowiązków podatkowych (stawka 30) od wszelkich transferów finansowych dokonywanych z terytorium Stanów Zjednoczonych. Sposób realizacji tych obowiązków sprawozdawczych wymaga od poszczególnych podmiotów podpisania stosownych umów z organem podatkowym w USA (IRS), co pozwala na wykonywanie postanowień FATCA. Więcej zob.: J.R. (Dick) Harvey, *Offshore Accounts: Insider's Summary of FATCA and its Potential Future*, „Villanova Law Review” 2012, vol. 57, no. 3, <http://ssrn.com/abstract=1969123> [dostęp: 26.06.2018]; I. Grinberg, *Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System*, <http://ssrn.com/abstract=1996752> [dostęp: 26.06.2018]; por. D. Marsan, *FATCA: The Global Financial System Must Now Implement a New U.S. Reporting and Withholding System for Foreign Account Tax Compliance, Which Will Create Significant New Exposures – Managing this Risk (Part I)*, „Taxes – The Tax Magazine” 2010, vol. 88, no. 7, s. 27–92, <http://ssrn.com/abstract=1645527> [dostęp: 26.06.2018]. Krytyczne uwagi dotyczące zasad jurysdykcji podatkowych osób prawnych w USA zob.: O.Y. Marian, *Jurisdiction to Tax Corporations*, „Boston College Law Review” 2013, vol. 54, s. 1613, <http://ssrn.com/abstract=2245802> [dostęp: 26.06.2018].

¹⁹ Na temat innych zagadnień prawnych związanych z adresem IP zob. J.J. McIntyre, *Balancing Expectations of Online Privacy: Why Internet Protocol (IP) Addresses Should be Protected as Personally Identifiable Information*, „DePaul Law Review” 2011, vol. 60, no. 3, <http://ssrn.com/abstract=1621102> [dostęp: 26.06.2018].

²⁰ Oficjalna strona: <http://www.torproject.org>. Więcej na temat anonimowości w sieci zob.: M. Rady, *Anonymity Networks: New Platforms for Conflict and Contention*, „MIT Political Science Department Research Paper” 2013, no. 5, <http://ssrn.com/abstract=2241536> [dostęp: 26.06.2018]; J.E., Elizabeth, *Privacy Protests: Surveillance Evasion and Fourth Amendment Suspicion*, „Arizona Law Review” 2013, vol. 55, no. 4, <http://ssrn.com/abstract=2285095> [dostęp: 26.06.2018].

odpowiedź wydaje się prosta – poszczególne transakcje powinny być odpowiednio zaksięgowane. Z kolei z perspektywy kontroli podatkowej – organy podatkowe musiałyby stale monitorować dane w Internecie składające się na różnego rodzaju transakcje w ramach handlu elektronicznego. Jednym z argumentów o charakterze technicznym jest objętość informacji przekazywanej w sieci Internet. Należy zaznaczyć, że informacje przekazywane przez Internet osiągnęły tak olbrzymie rozmiary²¹, że poszczególne państwa nie są w stanie ich kontrolować, a poza tym nie mają do tego prawa, ponieważ swoboda przesyłania informacji jest jednym z podstawowych praw i wolności człowieka. Ponadto informacje w Internecie są przesyłane jako pakiety danych (*big data*)²². Od technicznej strony oznacza to konieczność ustalenia zawartości poszczególnych pakietów danych w celu ich dalszej kontroli, w tym także podatkowej. Poza tym informacje przesyłane przez Internet mogą być chronione przez kodowanie. Współcześnie kontrola podatkowa transakcji zawieranych w Internecie jest możliwa jedynie na podstawie danych rachunkowych sporządzonych i udostępnionych przez uczestników handlu elektronicznego²³. W tej sytuacji należy brać pod uwagę, czy informacje przedstawione przez uczestników handlu elektronicznego są rzetelnie i wiarygodne²⁴.

Eksterytorialność Internetu a suwerenność podatkowa

Eksterytorialność (łac. *exterritorium*) Internetu w świetle podatków trzeba rozpatrywać w relacji z głównymi zasadami (instytucjami) prawa podatkowego – zasadą suwerenności podatkowej i zasadą terytorialności (podstawy

²¹ Rozmiary informacji według danych z 2012 r. osiągnęły 2,8 zettabitów, a według prognoz w 2020 r. mają osiągnąć ok. 40 zettabitów, zob. http://www.webopedia.com/quick_ref/just-how-much-data-is-out-there.html [dostęp: 26.06.2018].

²² W dosłownym tłumaczeniu *big data* oznacza dużą ilość danych pozyskanych za pomocą technologii informatycznych, których analiza i zarządzanie nimi pozwalają na wykorzystanie tych danych do realizacji różnorodnych zadań, zob. np. A.J. Cockfield, *Big Data and Tax Haven Secrecy*, „Florida Tax Review” (Forthcoming), <http://ssrn.com/abstract=2670156> [dostęp: 26.06.2018].

²³ Z perspektywy i doświadczenia polskiego handlu elektronicznego jest możliwa pewna kontrola za pośrednictwem administratorów serwisów, na których odbywa się handel elektroniczny (np. www.allegro.pl). Pomocne mogą być informacje uzyskane w wypadku zmaterializowanych towarów i usług stanowiących sprzedaż w ramach handlu elektronicznego, od firm kurierskich, poczty i banków.

²⁴ Uwagi dotyczące możliwości kontroli transakcji w ramach handlu elektronicznego z perspektywy amerykańskich organów podatkowych (IRS) zob. J.T. Mohr, *From the garage to the information superhighway: tax consequences for individual ebay users and IRS policy toward the online marketplace*, „Widener Law Review” 2008, vol. 14, s. 297–322, <http://widenerlawreview.org/files/2008/10/10-mohr-final.pdf> [dostęp: 26.06.2018].

międzynarodowego prawa podatkowego)²⁵. Termin suwerenności podatkowej (ang. *fiscal sovereignty or tax sovereignty*) występuje w literaturze przedmiotu jako samodzielna instytucja prawa podatkowego²⁶. Jednak często jest przedstawiany jako tożsamy z pojęciem jurysdykcji²⁷ podatkowej²⁸. Mając na uwadze specyfikę norm prawa międzynarodowego, dotyczących wzajemnych praw i zobowiązań poszczególnych państw, w szczególności suwerenne prawo do rozporządzania swoimi zasobami naturalnymi oraz całą działalnością gospodarczą w skali kraju, tworzą pojęcie ekonomicznej suwerenności państwa²⁹. Do niej należy zaliczyć jako węższe pojęcie suwerenność podatkową. Samo pojęcie suwerenności podatkowej jest oparte na klasycznym ujmowaniu w prawie międzynarodowym suwerenności państwa, które oznacza zdolność do samodzielnego, niezależnionego od innych podmiotów sprawowania władzy podatkowej na określonym terytorium. Władztwo podatkowe w ogólnym znaczeniu oznacza prawa nakładania i pobierania podatków, w tym także objęcie władzą (podporządkowanie) wszelkich podmiotów (osób fizycznych, osób prawnych i jednostek nieposiadających osobowości prawnej) w granicach terytorium danego państwa³⁰.

²⁵ Zob. A. Christians *et al.*, *Taxation as a Global Socio-Legal Phenomenon*, „ILSA Journal of Int'l and Comp. Law” 2008, vol. 14, s. 3030, <http://ssrn.com/abstract=1088455> [dostęp: 26.06.2018]. Rozważania na temat suwerenności w kontekście globalizacji zob. L. Grinin, *Transformation of Sovereignty and Globalization*, <http://ssrn.com/abstract=1446647> [dostęp: 26.06.2018]; zob. także P. Genschel, *Globalization and the Transformation of the Tax State*, „European Review” 2005, no. 13. Rozważania dotyczące współdziałania krajowego i międzynarodowego prawa zob. И.И. Лукашук, *Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации*, „Журнал российского права” 2002, n. 3. Na temat filozoficznej koncepcji suwerena i suwerenności zob. A. Dyrda, *Kompetencja i podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, LEX 2018.

²⁶ Zob. także W. Łączkowski, *Suwerenność prawodawcy państwowego w sprawach finansowych* [w:] *Nauka prawa finansowego po I dekadzie XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*, red. I. Czaja-Hliniak, Kraków 2012, s. 229–237. Można przywołać opisany w historii model sprawowania władzy podatkowej w starożytnym Rzymie, zgodnie z którym państwo brało, co chciało, ile chciało i gdzie chciało. Więcej zob. К. Робертус-Ягцов, *Налоговая система в Римской империи*, Москва 2012, s. 77.

²⁷ W ogólnym znaczeniu słowo „jurysdykcja” jest bliskoznaczne z wyrazem „kompetencja”, który zasadniczo został zastąpiony pojęciem jurysdykcji.

²⁸ Zob. używanie pojęć w: P.S. Berman, *The Globalization of Jurisdiction*, „University of Pennsylvania Law Review” 2002, vol. 151, s. 311–529, <http://ssrn.com/abstract=304621> [dostęp: 26.06.2018]; A. Christians, *Sovereignty, Taxation, and Social Contract*, „Minnesota Journal of International Law” 2008, vol. 18, <http://ssrn.com/abstract=1259975> [dostęp: 26.06.2018]; E.T. Laity, *The Competence of Nations and International Tax Law*, <http://ssrn.com/abstract=897082> [dostęp: 26.06.2018].

²⁹ И.Н. Блищенко, Ж. Дориа, *Понятие экономического суверенитета государства*, „Правоведение” 2000, n. 1.

³⁰ Zob. W.J. Wolpiuk, *Niepodległość i suwerenność. Dystynkcje pojęciowe*, Warszawa 1998. Współczesne dylematy suwerenności podatkowej zob.: D.M. Ring, *What's at Stake in the Sovereignty Debate? International Tax and the Nation-State*, „Virginia Journal of International Law” 2008, vol. 49, no. 1, <http://ssrn.com/abstract=1120463> [dostęp: 26.08.2018]; J. Li, *Tax Sovereignty and International Tax Reform*, „Canadian Tax Journal” 2004, vol. 52, no. 1, s. 141–148, <http://ssrn.com/abstract=2078975> [do-

Wśród wszystkich podmiotów prawa międzynarodowego jedynie państwa są nosicielami bezwarunkowej suwerenności podatkowej. Koncepcja zasady suwerenności zasadniczo jest przedstawiana w literaturze międzynarodowego prawa publicznego w znaczeniu ogólnym oraz zawiera filozoficzne, socjologiczne, polityczne i prawne formy zrozumienia tego pojęcia. W kontekście norm międzypaństwowych i zasad suwerenności jest nieodłączną cechą każdego państwa. W ujęciu prawa podatkowego (i nie tylko) oznacza to, że posiadanie pełni praw i obowiązków w nakładaniu i pobieraniu podatków jest możliwe tylko w przypadku w pełni suwerennego państwa, które taki status nabyło zgodnie z powszechnie uznanymi normami i zasadami prawa międzynarodowego. To uzasadnia twierdzenie, że współczesny świat nie miał i nadal nie ma podatków o charakterze międzynarodowym, a tym bardziej globalnych.

Zasada terytorialności jest określona międzynarodowym prawem podatkowym jako zasada zwierzchnictwa terytorialnego państwa na jego terytorium. W ujęciu międzynarodowego prawa podatkowego uzasadnia prawo opodatkowania dochodu nierezydentów podatkowych. Terytorialna suwerenność stanowi integralną część państwowej suwerenności. Realizacja jej oznacza, po pierwsze, że władza państwowa, w tym w dziedzinie podatków, jest najwyższą władzą w stosunku do wszystkich osób znajdujących się na terytorium danego państwa, a po drugie, że na terytorium tego państwa jest wykluczone działanie władz publicznych państwa obcego. Wyjątki od tej zasady mogą powstać jedynie za zgodą państwa, udzieloną w zawartych pomiędzy państwami umowach międzynarodowych³¹.

Wnioski

Handel elektroniczny ma charakter transgraniczny i w ogólnym znaczeniu nie jest związany z określonym obszarem geograficznym, czyli w konsekwencji nie dotyczy terytorium jakiegokolwiek państwa. W rezultacie ustalenie zależności między działalnością gospodarczą a jakimkolwiek państwem staje się bardzo trudne. Tradycyjne mechanizmy i narzędzia podatkowe w istocie tracą swoją efektywność w handlu elektronicznym. Należy jednak przyznać, że handel ten posiada pewne umiejscowienia albo odniesienia przestrzenne. Tak więc osoby zaangażowane w handel elektroniczny (pośrednio bądź bezpośrednio) zawsze będą się znajdować na terytorium danego kraju, a realizacja transakcji i dochodów z tych transakcji nastąpi w pewnym czasie na terytorium jakiegoś państwa.

step: 26.06.2018].

³¹ Krytyczne uwagi dotyczące nierozgraniczania pojęć „suwerenność podatkowa” i „jurysdykcja podatkowa” zob. И.А. Хаванова, *Фискальный (налоговый) суверенитет и его границы в интеграционных образованиях*, „Журнал российского права” 2013, n. 11.

Handel elektroniczny zaistnieje zawsze na terytorium jednego lub kilku krajów, nigdy nie będzie mieć charakteru dosłownie pozaprzestrzennego.

Należy przyjąć, że współczesna gospodarka finansowa już obejmuje sferę regulacji podatkowych wychodzących poza klasyczną gospodarkę państwa. W kategoriach abstrakcyjnych doświadczamy zmiany zakresu stosunków prawnych przez ich rozszerzenie do świata wirtualnego oraz będziemy doświadczać zmiany w zakresie podmiotowym, chociażby przez tworzenie pewnych fikcji podatkowych (np. wirtualnych postaci – podatników³²) jedynie na potrzeby opodatkowania handlu elektronicznego. Za początek tych tendencji należy traktować zmianę zakresu podmiotowego zakładu podatkowego w międzynarodowym prawie podatkowym. W praktycznym znaczeniu teoretyczny problem zmiany przedmiotu prawa podatkowego należy wiązać z jednej strony z problematyką dochodów budżetowych, a z drugiej – ze zmianami podstawy opodatkowania w zakresie tradycyjnych obszarów gospodarki.

Teoretycznoprawna analiza prawnopodatkowych stosunków prawnych, powstających w handlu elektronicznym, wskazuje na to, że stosunki te mają własną specyfikę. Cechy szczególne tych stosunków prawnych dotyczą podmiotów oraz faktów prawnych, których pojawienie się skutkuje powstawaniem stosunków prawnych. Istnieje duże prawdopodobieństwo, że w trakcie realizacji treści stosunków prawnych dokonywanych poprzez sieci komputerowe pojawią się elementy zagraniczne. Należy z założenia przyjmować, że wszelkie regulacje i dalsze badania powinny uwzględniać fakt, iż takie stosunki prawne mogą być przedmiotem regulacji podatkowych co najmniej dwóch państw. Swoista anonimowość transakcji handlu elektronicznego z perspektywy podmiotów tychże stosunków prawnych oraz brak pośredników w handlu elektronicznym nie pozwala na dokładną identyfikację tych podmiotów (podatników). W związku z tym jest utrudnione właściwe stosowanie przepisów międzynarodowego prawa podatkowego i realizowanie obowiązków podatkowych.

³² W zupełnie innym kontekście Linda Sugin używa w swojej publikacji pojęcia „niewidzialni podatnicy” – dotyczy ono przede wszystkim zagadnień proceduralnych, gdy podatnik w pewnym sensie znika. Biorąc pod uwagę podatki wirtualne, należy sobie wyobrazić, że podatnik również będzie przybierał postać niewidzialną. Więcej zob. L. Sugin, *Invisible Taxpayers*, New York University School of Law, Spring 2015, Colloquium on Tax Policy and Public Finance, February 24, 2015, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Linda%20Sugin.pdf [dostęp: 26.06.2018].

Edward Juchniewicz

LEGAL FISCAL RELATIONSHIPS AND E-COMMERCE

The specificity of e-commerce is that it concerns legal relations taking place in cyberspace (the Internet). The essence of cyberspace is complicated in itself and has unique features. The Author of the paper analyzes fiscal legal relationships and outlines problems related to the taxation of e-commerce.



Tomasz Tadeusz Koncewicz

Uniwersytet Gdański

Fernand Braudel Senior Fellow, European University Institute, Florence

tomasz.koncewicz@eui.eu

ttkoncewicz@tomasz-koncewicz.eu

PROCEDURAL FRIEND OR FOE? THE ADVOCATE GENERAL IN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION *REVISITED*

To Sir Professor David Edward, former Judge of the
Court of Justice, with friendship and gratitude.

When it comes to the EU law and unearthing the secrets
behind the office of the Advocate General, for me it all
started with Him back in December 1998

The Advocate General in the Court of Justice merits special attention as an institutional *novum* peculiar to the Court. The Advocate General shares with judges the conditions and requirements for appointment. Judges and Advocates rank equally in precedence according to their seniority in office. In the case of equal seniority in office, precedence is determined by age. What distinguishes the Advocate General from a Judge is his function in the procedure and decision-making process of the Court. Bearing in mind that the function of Advocate General is *sui generis*, insistence on definition at all costs might be misleading. Suffice it to say that he acts as a voice of European Union law, a highly-qualified *amicus curiae*, guided by the objectives of consistency, justice and the coherence of European Union law¹. The Advocate General provides an ideal test case for applying our

¹ On the Advocate General, see in general N. Burrows, R. Greaves, *Advocate General in the Court of Justice*, Oxford 2007; K. Borgsmidt, *The Advocate General at the European Court of Justice: A comparative study*, "European Law Review" 1988, vol. 13, p. 107; M. Darmon, *The Role of the Advocate General in the Court of Justice of the European Communities*, [in] *The role of Courts in society*, ed. S. Shettreet, Leyden 1988;

theoretical construction of fair procedures in the context of the Court, since he is an integral part of the Court. This has particularly been the case in recent years, because his function has come under scrutiny as a result of various challenges brought before the European Court of Human Rights against judicial officers. The question is whether his voice might be indeed prejudicial to parties' procedural rights and guarantees.

1. The Advocate General under procedural strain?

In the first place, we should locate the criteria of fairness that could be relevant in an assessment of the Advocate General office. The right to a fair trial (legal process), using the Court's terminology is an overarching concept – an ideal that all procedural arrangements are to conform with. It remains, however, an open question as to what should make up the ideal. In *Krombach*, it was the right to be defended, in *Baustahlgewebe* it was the right to a hearing within a reasonable timeframe, in *Emesa* (discussed in detail below) the right to adversarial proceedings. Such an incremental approach and the resulting dynamism of the right to fair trial in European Union allows the Court to add gradually to the ideal of just (fair) procedure. The Court's receptiveness and procedural attentiveness is all the more necessary in this regard, in view of the procedural tests and standards to which its own procedure is subjected. In other words the Union model of procedural justice, always dynamic and evolving, comes to a point of reckoning. The question is the following one: does the Advocate General in the Court of Justice withstand the test of fair trial exigencies? In other words: is procedural justice properly *applied*?

When it comes to the procedural assessment of the office of Advocate General, the principle of equality of arms occupies a prominent place. Summers and Bayles also underscore the importance of this guarantee for the overall fairness

A.A. Dashwood, *The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities*, "Legal Studies" 1982, vol. 2, p. 202; N. Fennelly, *Reflections of an Irish Advocate General*, "Irish Journal of European Law" 1996, vol. 5, p. 1509; T. Tridimas, *The role of the Advocate General in the development of European Union law: Some reflections*, "Common Market Law Review" 1997, vol. 34, p. 1349; More recently, C. Ritter, *A New Look at the Role and Impact of Advocates – General – Collectively and individually*, "Columbia Journal of European Law" 2006, vol. 12, p. 751; A. Hinarejos, *Social Legitimacy and the Court of Justice of the EU. Some reflections on the role of the Advocate General*, "Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 2012, vol. 14, p. 615; M. Bobek, *A Fourth in the Court: why Are There Advocates General in the Court of Justice?*, "Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 2012, vol. 14, p. 529. More recently monograph by L. Clément-Wilz, *La fonction de l'avocat général près de la Cour de justice*, Bruylant 2011. In Polish literature T.T. Koncewicz, *Urząd Adwokata Generalnego w Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, "Radca Prawny" 2000, vol. 1, cz. I, vol. 2, cz. II; *Rzecznik generalny w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Konfrontacja sądów czy proceduralne przewartościowanie?*, "Palestra" 2010, t. 7–8; *Rzecznik Generalny to głos wspólnotowego prawa*, "Rzeczpospolita", 31.08.2006.

of procedure². If we turn to the jurisprudence of the Court of Human Rights on the fairness of proceedings, two components are given special recognition: equality of arms³ and the right to an adversarial process. According to the former, each party must be afforded reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage *vis-à-vis* his opponent. According to the latter, the right to adversarial proceedings is respected when the parties are given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed or the evidence obtained by the other party. This case law will be now analyzed in order to trace its relevance for the Advocate General in the Court.

1.1. Relevant Case Law of the European Court of Human Rights⁴

The case of *Borgers v Belgium*⁵ dealt with the department of *Procureur Général* during the criminal proceedings before the Belgian Court of Cassation whose Member – *Avocat Général* – participated in the Court’s proceedings as an adviser to the Court. He made his submissions in open court and then participated in the deliberations. The question was whether it was compatible with the right to fair trial and the principle of equality of arms. The Court said it was not. Recommendations made by *Avocat Général* to the Court entailed that he became an opponent of the applicant in the proceedings. Mr. Borgers did not have a right to reply to these submissions and his situation was further weakened by the participation of the *Avocat Général* in the Court’s deliberations. In this way he was given “an additional opportunity to promote, without fear of contradiction by the applicant, his submissions to the effect that the appeal should be dismissed”⁶. A second Belgian case, *Vermeulen*, involved civil proceedings culminating in the Court of Cassation. The question was whether *Borgers dicta* should be extended to civil proceedings. Following the *Borgers* precedent, the ECtHR agreed with Mr. Vermeulen’s allegation that his right to a fair trial has been violated. What

² R.S. Summers, *Evaluating and improving legal process – a plea for process values*, “Cornell Law Review” 1974–1975, vol. 60, p. 1.

³ For equality of arms as an integral element of procedural justice see *supra*.

⁴ The ECHR is the international court created within the Council of Europe and charged protecting human rights as guaranteed in the European Convention of Human Rights. For the not always smooth interaction and mutual influence of Luxembourg (the Court of Justice of the EU) on Strasbourg (ECHR) and *vice versa*, see S. Douglas-Scott, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, “Common Market Law Review” 2006, vol. 43, p. 629. For a recent attempt by the EU to accede to the European Convention of Human Rights see the Court of Justice in Opinion 2/13, available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d51ca327e1f59e4ab69d4dc201c1e3d57a.e34KaxiLc3eQc40LaqxqMbn4PaNuTe0?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=998799>.

⁵ App. No. 12005/86, (1993) 15 EHRR 92.

⁶ However, we should bear in mind the powerful dissenting opinions of judges Martens and Vilhjálmsón.

mattered was that the *Avocat Général* was intending to advise and consequently influence the Court of Cassation. The impossibility of the applicant being able to reply to the submissions made by *Avocat Général* infringed the applicant's right to adversarial procedure. This right meant "[...] the opportunity for the parties [...] to have knowledge of and comment on *all* evidence adduced or observations filed, *even by an independent* member of the national legal service, with a view to *influencing* the court's decision"⁷ (emphasis added).

Of special relevance for the Advocate General in the Court of Justice is the judgment of the ECtHR in the French case of *Kress*⁸. This concerned the compliance with Article 6 of the Convention of the *Office of Commissaire du Gouvernement in the Conseil d'Etat*. The importance of this decision stems from the simple fact that the office of the Advocate General in the Court of Justice was modeled on that of the *Commissaire du Gouvernement*⁹. The ECtHR held that the unquestionable status of independence and impartiality enjoyed by the *Commissaire* is not "sufficient to justify that the non-disclosure of his submissions to the parties and the fact that it is impossible for the parties to reply to them are not capable of offending against the principle of a fair trial". Therefore, it was necessary to identify other factors which might guarantee observance of the right to a fair trial. The French legal system contains three elements which pertinent in this regard. Firstly, the tenor of the submissions of the *Commissaire du Gouvernement* is communicated to the parties' lawyers at their request prior to the hearing. Secondly, the parties may reply to his submissions by way of a memorandum for the deliberations (the so-called *note en délibéré*). Thirdly, should the *Commissaire du Gouvernement* raise an issue not relied on by the parties, the presiding judge would adjourn the case and communicate them to the parties, so that they could take a stance on it. To this end, a new hearing would be scheduled. Bearing in mind these extra features and procedural guarantees, the ECtHR found that the right to a fair hearing had been respected¹⁰.

By way of recapitulation, we may say that the crucial point boils down to the "influence factor". In other words, the test applied is whether the "officer

⁷ The Belgian cases were completed by case of *Van Orshoven* App. No. 20122/92. I used the text of the judgment available at www.echr.coe.int.

⁸ Already within the context of the French Court of Cassation and the Advocate General, the ECtHR held that his role is to advise the Court and influence, through the authority of his office, judges' decision in a way "that is either favourable or runs counter to the case put forward by the appellants" – case *Reinhardt and Slimane Kaïd v. France*, (App.No. 45130/98), para 105, available at www.echr.coe.int.

⁹ In particular A. Barav, *Le commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat français et l'Avocat Général près la Cour de Justice des Communautés européennes*, "Revue Internationale de Droit Comparé" 1974, vol. 26, p. 809; K. Borgsmidt, *The Advocate General at the European Court of Justice: A comparative study*, "European Law Review" 1988, vol. 13, p. 107.

¹⁰ However the violation was found on other grounds: attendance of the Advocate at the Court's deliberations which in the view of the Advocate General in the Court of Justice is only of secondary importance for my analysis.

in question can influence the court in a particular case. If so, then the case-law relating to the right to adversarial proceedings and equality of arms comes into play¹¹. How then does the Advocate General in the Court of Justice fit into this Strasbourg-drawn picture?

1.2. The Court of Justice: Message Received?

As early as in *Alvarez* case the argument was made that the oral part of the proceedings should be reopened so that the defendant Parliament would have a chance to respond to a plea raised in the opinion of the Advocate General, which in the Parliament's opinion went beyond the subject matter of the case¹². The Court disagreed, pointing out that to grant such a request would be tantamount to enabling the parties to discuss the Advocate General's opinion.

However, it was not until 2000 that the Court had to look more seriously at the challenges directed at its Advocate General. The test case was that of *Emesa Sugar*¹³. Relying on the case-law of the Strasbourg court, the applicant argued that there had been a violation of Article 6 of the Convention, since the parties were not given opportunities to respond to the observations of the Advocate General. In the order of 4th February 2000, the Court distinguished the Advocate General from law officers who came under the critical scrutiny of the Strasbourg Court¹⁴. It said that Advocates General are members of the Court, equipped with total independence and impartiality. The opinion does not form a part of the proceedings between the parties. Rather it opens the deliberations of the Court. It is not addressed to the Court or to the parties but stems from an authority outside the Court. It is rather an individual reasoned opinion from a member of the Court of Justice. The Advocate General takes part publicly and individually in the process by which the Court reaches its judgment. The Court pointed out that the parties' right to reply to the opinion of the Advocate General would cause serious difficulties and considerably extend the length of procedure (at the same time noting, however, that a special constraint of a procedural nature should not justify a violation of a fundamental right). According to the Court, the possibility of reopening the oral procedure is sufficient to guarantee the parties' right to fair trial.

¹¹ N. Burrows, R. Greaves, *The Advocate General and EC Law*, Oxford 2007, p. 47.

¹² Case 206/81, *Alvarez v. Parliament*, [1982] ECR 3369.

¹³ Case C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Aruba*, [2000] ECR I-655.

¹⁴ It is to be remembered that after the negative order of the Court of Justice, *Emesa* brought an action against the Netherlands in Strasbourg. The decision of the Court of Human Rights was awaited with eagerness but unfortunately, the Court did not rule on the merits since the case did not concern a dispute about civil rights and obligations – App. No. 62023/00 (admissibility decision of 13 January 2005).

After *Emesa Sugar*, several attempts were made, always with implicit or explicit reference to Article 6 of the Convention, to sway the Court towards greater procedural receptiveness and considering its procedure from the perspective of a fair trial. All failed and the Court limited itself to repeating the now standard “*Emesa formula*”, which states that it was in possession of all the necessary facts to be able to answer the questions¹⁵.

The line of reasoning arguing for reopening the oral procedure in order to reply to the submissions of the Advocate General was slightly different in *Vick*¹⁶. It was argued there that the opinion had not been delivered in the prescribed manner since the operative part thereof had been read at the sitting of the Fifth Chamber, not of the Sixth Chamber, to which the case was assigned. The Court saw nothing wrong in this practice (which is widely used in Luxembourg). It said that the manner in which the opinion was delivered involved no infringement of the rules applicable to the Court or any rights enjoyed by the parties in the main proceedings¹⁷. The Judges of the Sixth Chamber hearing the case were apprised of the opinion of the Advocate General through the deposit of the opinion with the Registry. This, coupled with the reading of the operative part of the opinion at a public sitting, was sufficient to make the opinion public. Thus, there had been no irregularity in the delivery of the opinion.

This point resurfaced recently in the *Slob* case¹⁸. Mr. Slob sought leave from the Court to submit written observations following the opinion of the Advocate General, pointing out that whilst the Rules of Procedure do not provide the parties with the possibility of making such written submissions, they do not expressly rule out such possibility. He thus requested that the Court reopen the oral procedure. This case is particularly interesting because Mr. Slob’s argument did not stop with these two conventionally made arguments. He added one more alternative, which invited the Court to show creativity in the interpretation of its procedure. Namely, he requested that Court enable him to respond to the Advocate General in such a manner as to enable him to guarantee his fundamental right to an adversarial procedure. In response, the Court merely recalled the order in *Emesa Sugar*: the lack of the parties’ possibility to respond to the opinion of the Advocate General does not prejudice an individual’s right to an adversarial procedure.

¹⁵ Case C-309/99, *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] ECR I-1577; case C-184/01, *Peter Hirschfeldt v. European Parliament*, [2002] ECR I-10173; case C-209/01, *Schilling v. Finanzamt*, [2003] ECR I-13389; case 181/02P, *Commission v. Kvaerner Werft GmbH*, [2004] ECR-5703.

¹⁶ Case C-234/96, *Deutsche Telekom Advocate General v. Agnes Vick*, [2000] ECR I-799.

¹⁷ Para 26.

¹⁸ Case C-496/04, *J. Slob v. Productschap Zuivel*, the judgement of 14th September 2006, available at www.curia.europa.eu.

2. The Advocate General in the Court of Justice: Procedural Justice under Strain?

The judgment of the ECtHR in the *Kress* case allows us to formulate three conditions which, when complied with, makes proceedings fair. Firstly, the opportunity available to parties and lawyers to discover the tenor of the opinion of the *Commissaire du Gouvernement* prior to the hearing. Secondly, the possibility of presenting the Court with a *note de délibéré* prior to its deliberations. Thirdly, the possibility open to the Court to adjourn the case if the *Commissaire du Gouvernement* introduces arguments not raised by the parties. These three conditions should form the yardstick for our assessment of the Advocate General in the Court of Justice from the perspective of procedural justice. As far as the first condition is concerned, in proceedings before the Court of Justice, there is no possibility of seeking the tenor of the submissions of the Advocate General prior to the hearing. Similarly, the parties are barred from submitting a memorandum for the deliberations. The Court satisfies itself with only one possibility: that of reopening an oral procedure when “it considers that it lacks sufficient information, or that the case must be dealt with on the basis of an argument which has not been debated by the parties”. The general practice of the Court shows that it is very reluctant to reopen oral procedures¹⁹. That is why the Court’s insistence on the possibility of guaranteeing fairness through this device should be read in the light of sparing use of reopening, and the discretion it enjoys when deciding on the issue²⁰. It is up to the parties to establish facts of decisive importance that came to their attention only after the closure of oral proceedings. Mere differences between the parties and the opinion do not suffice for reopening the oral procedure. In reality anything short of *force majeure*, that is, the existence of unforeseeable circumstances, independent of the diligent parties²¹. When the case is reopened, the parties have the opportunity to address the issues that were the cause of the reopening and the Advocate General delivers his second opinion on

¹⁹ L.N. Brown, T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, London 2000; and N. Burrows, R. Greaves, *The Advocate General...*, p. 52.

²⁰ Art. 83 of the Rules of Procedure of the Court of Justice provides: “The Court may at any time, after hearing the Advocate General, order the opening or reopening of the oral part of the procedure, in particular if it considers that it lacks sufficient information or where a party has, after the close of that part of the procedure, submitted a new fact which is of such a nature as to be a decisive factor for the decision of the Court, or where the case must be decided on the basis of an argument which has not been debated between the parties or the interested persons referred to in Article 23 of the Statute”.

²¹ K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, London 2006, p. 556,

the case²². In this way there is a divergence between the two courts²³. The independence and impartiality of the Advocate General have never been questioned, but, as the ECtHR's case-law shows²⁴, they are not in themselves enough to ensure that the right to a fair trial is respected, with the right to adversarial proceedings and the principle of equality of arms. The justness of the proceedings requires procedural safeguards that would enable the parties to submit their point of view and arguments on any issue that might be of relevance for the decision of the Court. Of growing importance is the emerging doctrine of appearances. This has arisen from an increased public sensitivity to fair administration of justice. If the law officer recommends certain solution(s) to a court, or participates in the deliberations, he becomes, objectively speaking and if only to outward appearances, an ally or opponent of one of the parties, regardless of the acknowledged objectivity and impartiality of the office²⁵. Could we apply 'the ally or opponent' theory to the Advocate General in the Court of Justice? The case of *Arben Kaba* suggests an affirmative answer to this question²⁶. *Kaba* was a second reference from the Immigration Adjudicator. Mr. Kaba had argued, before the domestic court which referred the first case, that the first preliminary ruling had been based on the Advocate General's misunderstanding of the facts and the national law. He claimed that the Court of Justice might have been influenced by the Advocate General, without giving the parties any opportunity to rectify the alleged mistakes made by the Advocate General. Therefore, when hearing his case the Adjudicator made a second reference to the Court of Justice, asking this time about possible mechanisms available to the parties or the national court to ensure that the totality of the proceedings comply with the obligations under Article 6 of the Convention. Again, the Court was unmoved. This time it reversed the order of questions asked by the Adjudicator and answered the substantive questions that dealt with the European Union law by simply reiterating its ruling in the first *Kaba* case. Then it concluded that, given this answer, there is no point

²² For example see case C-304/02, *Commission v. France* with comments by L. Clement-Wilz, *Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son avocat général*, "Cahiers de droit européen" 2005, nr. 5-6; and P. Wennerås, *A New Dawn for Commission Enforcement Under articles 226 and 228 EC: General and Persistent (GAP) Infringements, Lump Sums and Penalty Payments*, "Common Market Law Review" 2006, vol. 43, p. 31.

²³ R. Lawson, *Current Trends in the Relationship between Strasburg and Luxemburg*, ERA Trier, 2-3 June, 2005, pp. 5-6.

²⁴ In *Borgers* it was confirmed explicitly that the Advocate General had acted with full independence and yet abreach of Article 6 of the Convention was found.

²⁵ It is to be noted that the Commissaire du gouvernement in *Kress* was called into question on the basis of a "doctrine of appearances".

²⁶ Judgment of the Full Court in case C-466/00, *Arben Kabav. Secretary of State for the Home Department* and case note by Marton Varju, "Common Market Law Review" 2004, vol. 41, p. 851.

in replying to the question about the application of Article 6 of the Convention to the Advocate General²⁷.

The Court is wrong to say that Article 6 of the Convention, as interpreted by the European Court of Human Rights, and the parties' right to an adversarial procedure, do not entail the right to respond to the opinion of the Advocate General²⁸. It clearly emerges from the ECtHR case law that the fairness of the proceedings would militate in favor of such a right. The right to adversarial procedure is understood differently by the two Courts. Luxembourg defines it through reference to its purpose and sees it as an instrument preventing the Court from being influenced in its decision by an argument which the parties have been unable to discuss²⁹, whereas the ECtHR defines this right as "the opportunity for the parties to a civil or criminal trial to have knowledge and comment on *all* evidence adduced or observations filed *even by an independent member of the national legal service*"³⁰ (emphasis added). In this way we have a situation known already from "Hoechst-case law" in which a divergent line of case-law on Article 8 of the Convention was maintained by the Court of Justice and the ECtHR³¹. It is only recently that the Court of Justice has decided to bring its jurisprudence into line with that of Strasbourg³². However, with regard to the right to the understanding of adversarial process, we even have signals that this divergence is by no means accidental. In the *Gerry Plant* case³³ two separate actions were brought. In one case, the Court of First Instance ruled the action out of time, basing this decision on the documents submitted in the other action. It was argued by the applicants on appeal that the Court of First Instance breached "an elementary principle of natural justice and a rule inherent in the right to procedural fairness" since it did not give the applicant an opportunity either to consider the evidence or reply to it. The Advocate General drew a distinction between the Anglo-Saxon and continental legal systems. He said that, according to the former, adversarial proceedings demonstrate great resistance to anything

²⁷ Of interest in this second case is the opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer. Having recalled the *Emesa Sugar* precedent, he drew particular attention to the possibility of the Court reopening the oral procedure also at the request of the parties. He was of the opinion that the present system of Union administration of justice does not violate the right to a fair trial. On the contrary, the opinions help to publicise, and to promote the transparency of the judicial function assigned to the Court of Justice (para 115 of the opinion).

²⁸ Most recently case C-496/04, *Slob*, para 30.

²⁹ Case C-496/04, *Slob*, para 32.

³⁰ *Vermeulen v. Belgium*, App. No. 19075/91, (1996) ECHR 1996-I, para 33.

³¹ For details, see P.Craig, G.de Burca, *EU Law. Text. Cases. Materials*, Oxford 2003.

³² For a detailed account of the case law, see M. Lienemeyer, D. Waelbroeck, *Case note on C-94/00, Roquette Frères SA*, "Common Market Law Review" 2003, vol. 40, p. 1481.

³³ Case C-480/99P, *Gerry Plant and others v. Commission* Rec 2002, I-265 (english version also available at www.curia.europa.eu).

deemed inquisitorial, which might affect the outcome of the proceedings and which is not instigated by the parties. According to the latter, the scope of the right to adversarial proceedings is more limited, for two reasons. Firstly, the maxim *iura novit curia* enables questions relating purely to the application of the law to be excluded from the adversarial process. Secondly, the presumed impartiality of judicial bodies extends to measures such as a request for an internal report or the adducing specific evidence, therefore reducing the need for the parties to respond. He criticized (crucially, by referring to *Vermeulen* case) the ECtHR for adopting the common-law model and accepting the parties' rights to comment on all the evidence adduced or observations filed, even by an independent member of the national legal service, with a view to influencing the court's decision³⁴. His understanding of adversarial proceedings was much more limited. It only comes into play in relation to evidence submitted by one party for scrutiny by a judicial body. Such external evidence cannot be presumed to be impartial and independent, thus parties must have a right to be heard, failing which their rights of defense are not observed. His opinion is interesting for three reasons. First, he clearly favors and accepts departure from the ECtHR's understanding of the right to adversarial process. The parties do not have the right to submit observations on *all* evidence, but only when failure to observe the requirements of an adversarial process results in a breach of a fundamental right. Therefore, not every departure from these requirements will automatically lead to a breach of a fundamental right. Secondly, there is the aspect of externality. Only evidence that is external to the Court brings the right to an adversarial process into play. How should we perceive an opinion of the Advocate General from this perspective? Is it a document external to the Court? The case law above shows that the Court treats the opinion as a document emanating from a member of the Court, enjoying total independence and impartiality, thus obviating the parties' right to comment on it. Thus, the right to adversarial proceedings thus understood is not breached. Thirdly and finally, were we to accept in European Union law the *iura novit curia*, it would be very difficult for the parties to request the reopening of the oral procedure and take advantage of this only available channel of responding to the opinion. The parties would be barred from arguing that the advocate general misunderstood the law, since we presume that "the Court knows the law" anyway³⁵. Today we have a situation in which the Court of Justice is unwilling to consider its procedure from the perspective of fair trial, as

³⁴ Paras 34 and 36 of the opinion.

³⁵ Commenting on the *Kabacase*, M. Varjupoints out that should we accept in the preliminary ruling proceedings that national law is a fact to be proven, the Union courts should remain open to all consideration of the parties. In such a case "an argument that Advocate General misapprehended the national law should serve as a strong basis for reopening the oral procedure". If, however, we accept the *iuranovit curia* also with regard to national law, the Court could do away with the parties' observations on national law; "Common Market Law Review" 2004, vol. 41, pp. 851, 858–859.

far as the Advocate General is concerned³⁶. This is not to say of course that the Court is insensitive to procedural human rights and guarantees. It simply means that the protection of these rights is deemed sufficient, and the presence and function of the Advocate General do not endanger the principle of equality of arms and the right to an adversarial procedure. However, the evolving case law of the ECtHR (from the negative *Delcourt* case in 1970 to the positive *Kress* case in 2000) shows that Luxembourg should pay greater attention to the doctrine of appearances and increased public sensitivity to the fair administration of justice. Strasbourg case-law proves that even acting with the strictest objectivity is not enough to take the office in question out of the reach of Article 6 of the Convention. What matters is whether the function of the officer under consideration is to advise and consequently influence the court in favor of a given proposition. If the answer is yes, then his function should fall within the guarantees of Article 6. Nobody questions that the Advocate General in the Court acts with the utmost independence and impartiality. Similarly, nobody questions that his main task is to defend the integrality of European Union law. Yet equally, nobody would deny that he is one of the most influential members of the Court. The Judges themselves confirm that his opinion³⁷ is the starting point for their deliberations³⁷. His opinion is delivered in open court and without doubt influences the judges. Even in cases in which they do not agree with his submissions, the opinion resonates during the deliberations and is analyzed in depth. Bearing in mind the importance of procedure for the legitimation of courts on the one hand, and the parties' perception of how their rights and duties are handled on the other, it is of crucial importance that any doubts as to the fairness of the procedure should be removed. Equality of arms calls for giving the parties voice on every document in the case-file on the basis of which the Court will decide on their rights and obligations³⁸. Mere formal guarantees like impartiality and independence are not enough to conclude that the right to a court is respected. Additional safeguards must be in place in order to make sure that this is indeed the case in reality³⁹.

The Court of Justice has always been in favor of interpreting the right to a judge extensively, underlining its importance as a fundamental Union right. The same should be the case here when the fairness of its own procedure is questioned, and at times when the role of the Advocate General changes towards his selective participation in only the most important cases. In light of increasing challenges to

³⁶ See also the critical remarks made by D. Spielmann, *L'indépendance de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes face à l'égalité des armes et au principe du contradictoire*, "Revue trimestrielle des droits de l'homme" 2000, vol. 585.

³⁷ A. Tizzano, *Les conclusions représentent le véritable point de départ du délibéré et un moyen essentiel de compréhension de l'arrêt*, "Europe" 2007, no. 4, p. 13.

³⁸ See case *Marlene Kress* (Apl. No. 39594/98) available at www.echr.coe.int.

³⁹ The Court of Human Rights adopted a global assessment of the office of *commissaire du gouvernement*, going beyond its formal status – paras 44, 48, 49.

the fairness of the procedure before the Court of Justice, there should be no doubt that sooner or later the ECtHR will get a chance to look more closely at the fairness of the Court's procedure. Criteria present in the ECtHR case law provide a strong indication that present status of the Advocate General, insulated from the parties' comments, could not withstand the scrutiny in the light of Article 6 standards.

The question is then how to preempt this danger? Taking a cue from the ECtHR's *Kress* judgment, a solution might be found in enabling the parties to submit a memorandum for the deliberations of the Court. It would not require the reopening of the oral procedure, as parties would be obliged to submit their observations in writing within one week after the delivery of the opinion. We should realize that this is important not only for overall procedural justice before the Court of Justice. As was argued by the national court in the second *Kaba* case, and confirmed by the long-standing case law of the Court, preliminary ruling proceedings in the Court form an integral part of the proceedings before national court(s). As a result, the national court would be responsible for any infringement of the European Convention during the procedure in the Court! This is indeed a very strong argument. The functional perspective sees national courts and the Court as players in one process: ensuring that European Union law is the same in all Member States⁴⁰. Finally, procedural justice requires the Court to justify its decision in a convincing and complete fashion. Justice must not only be seen to be done, but also be done in an understandable way. This is so-called transparency through reasoning, and it is submitted that there remains a lot of room for improvement on the part of the Court. In all the cases in which the parties requested the reopening of the oral procedure, the Court made short shrift of their arguments in one (or at most two) paragraphs of the judgment. This is unsatisfactory, since some arguments about alleged unfairness and lack of procedural guarantees remain unanswered. "Procedural justice effect" tells us that parties that are dissatisfied with the outcome are more willing to accept it, if they are convinced that the procedure leading to it was just. This is why the Court should pay more attention to explaining the reasons for its action, rather than repeating in every case laconic *dicta* from *Emesa Sugar* without any attempt to distinguish the cases under consideration. A complaint by *Emesa Sugar* to the ECtHR lodged in the wake of the order by the Court of Justice remains always a serious warning sign, and an indication of how things might turn ugly should the ECtHR hold the element of fair trial rights to be missing in Luxembourg.

Most recently, though, the ECtHR dismissed a complaint from the Dutch company *PO Kokkelvisserij*⁴¹. The company had claimed that its right to a fair

⁴⁰ This is the true *raison d'être* of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union. For example, see case 166/73 *Rheinemuhlen (II)*, [1974] ECR 33, para 2.

⁴¹ Judgment of 20 January 2009, *Case PO Kokkelvisserij v. The Netherlands*, (Application No. 13645/05).

trial had been violated by the intervention of the Advocate General in a case before the Court of Justice and by the Court's refusal to reopen the oral hearing of the Court. The case was a 267 TFEU referral from the Dutch Council of State. During the preliminary ruling procedure in Luxembourg, the company had argued that reopening the oral procedure was of the utmost importance because certain arguments of the Advocate General were factually and legally erroneous. The Court dismissed the claim that Article 6 of the ECHR had been violated by the lack of a procedural possibility of submitting written observations to the Advocate's General opinion. In doing so, the Court recalled Article 61 of the Rules of Procedure, which state that the Court is entitled to reopen the oral procedure at the request of either the Advocate General or the parties involved, or on its own initiative. Such a reopening is justified only if the Court had been insufficiently informed or if the case was about to be decided on the basis of an argument not yet discussed by the parties. In the case under consideration, the Court found no basis for such a reopening as the applicant company had not provided precise information that would make such reopening useful or necessary for deciding the case. Having rejected the request to reopen the oral proceedings, the Court proceeded to answer the questions submitted to it by the Dutch Council of State⁴². When the case was sent back to the Council for a decision on the merits, the applicant company continued to argue that the preliminary ruling of the Court of Justice must be disregarded on the ground that the applicant's procedural right to respond to the opinion of the Advocate General has been violated, and that breach in turn vitiated the ruling of the Court of Justice. The Council of State likewise dismissed these allegations and decided the case in line with the preliminary ruling given by the Court of Justice.

However, the applicant company did not give up and lodged the complaint against the Netherlands to the ECtHR. Importantly, the ECtHR pointed out that Article 61 of the Court of Justice's Rules of Procedure provided a realistic rather than a merely theoretical possibility of reopening the debates since the Court of Justice would scrutinize such requests on their merits. The ECtHR was convinced that the applicant's rights has been respected, as its request was subject to the scrutiny by the Court of Justice. *Kokkelvisserij* corroborates that while being aware of sometimes uneasy relationship, both European courts pay due deference to each other and are interested in constructive dialogue. From the perspective of the Court of Justice, its order in *Emesa Sugar* constituted a reaffirmation of the significance of ECtHR case law to the Union Law, because the Court felt obliged to answer the allegations that its procedures did not live up to the standards established in the case law of Strasbourg court. The ECtHR, for its

⁴² Case C-127/02, *Waddenvereniging en Vogelbeschermingvereniging v. Deputy Minister of the Netherlands*, [2004] ECR-7405.

part, appears to abstain in *Kokkelvisserij* from interfering too intrusively with the internal affairs of the Court of Justice. This is apparent in the flexible reading of its former case law on adversarial proceedings and the restraint applied when establishing the effectiveness of the Article 61 procedure and its compatibility with Article 6 of the ECHR⁴³. For now at least, questioning the legality of the Court of Justice by the ECtHR seems very unlikely.

* * * * *

*In the realm of judicial behaviour, what judges say,
what rules they announce and/or threaten to announce
is often a more significant aspect of their behaviour
than how they vote*

M. Shapiro⁴⁴

While the story of *Van Gend den Loos* has been told and retold on numerous times, the present analysis aimed to move beyond what has been said and written elsewhere⁴⁵. Instead, its focus has been *par excellence* procedural. The “rights” that the Court is referring to in *Van Gend* must also include procedural guarantees. Denial of these guarantees would be tantamount to a procedural denial of justice⁴⁶. For vigilant individuals, awareness of the available procedures and remedies is as important as awareness of substantive entitlements. While understanding the importance of the substantive entitlements as part of this unique new legal order, this paper deals with the procedural dimension of this order. One ought to realize how the world we live in is getting smaller and smaller. This observation also holds true for the legal world, where the phrase best describing the current state of affairs is “legal interrelationship”: there are more and more laws and courts, and case-law is getting more nuanced and complicated⁴⁷. The

⁴³ C. Van de Heyning, *PO Kokkelvisserij v. The Netherlands Application No. 13645/05, judgement of 20 January 2009*, “Common Market Law Review” 2009, vol. 46, pp. 2117, 2125.

⁴⁴ M. Shapiro, *Can Judges Deliberate?*, Third Annual Walter W. Murphy Lecture in American Constitutionalism, Princeton University, 29 April 2003, p. 3 (paper on file with the Author).

⁴⁵ See J.H.H. Weiler, *Rewriting Van Genden Loos: Towards a Normative Theory of ECJ Hermeneutics*, [in] *Judicial Discretion in European Perspective*, ed. O. Wiklund, 2003.

⁴⁶ For detailed analysis and the relevance of the concept, see J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge 2005, p. 5.

⁴⁷ On the phenomenon of the proliferation of the courts, see R. Higgins, *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, “International Comparative Law Quarterly” 2006, vol. 55, p. 791; N. Lavranos, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part I*, “European Environmental Law Review” 2005, vol. 14, p. 213; *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part II*, “European Environmental Law Review” 2005, vol. 14, p. 240; *The MOX Plant Judgment of the ECJ: How exclusive is the jurisdiction of the ECJ?*,

claimants assume that their problems can and will be solved by neutral, competent and independent judges. The result is “judicialization” and “juridification”, which means that more and more laws must be interpreted by courts in order to meet the growing expectations of the parties involved. In a globalized and complex world, people have greater expectations of judges. When politicians fail and disappoint, individuals turn to procedures they consider impartial, objective and effective, and to open-minded and creative judges to ensure that justice is indeed being done⁴⁸.

The procedural chain novel of the European Union proceeds incrementally and its authors (courts aided by empowered individuals) are aware of both the opportunities and limitations along the way. In order to understand the chain novel of the Advocate General, the caveat *incremental* is crucial here because “[...] the core of incremental doctrine is respect for the status quo and movement from the status quo only in short, marginal steps carefully designed to allow for further modifications in the light of further developments [...] Incrementalism is a theory of freedom and limitation”⁴⁹.

Nowadays not only politicians but also judges have promises to fulfil: to make sure that the aggrieved party finds equitable solution in the court of law and, what is more, convince the party that loses the case that it was heard with due diligence, that their right to present all their arguments was respected and considered. This symbolic act of delegating trust renders judges “*gardienne de promesses*”⁵⁰. In this way the role of lawyers, law and procedures must evolve accordingly and search for a common denominator linking various judicial *fora*, interpretive approaches and judicial philosophies. The evolution of the office of the Advocate General, changing self-perception of the incumbents of the office over the years, and, most importantly, understanding by the individuals of the true role that the Advocate General plays in the judicial proceedings and in the legal order of the Union, all serve as a testament to this subtle and incremental normative change.

“European Environmental Law Review” 2006, vol. 15, p. 291; *Protecting Its exclusive Jurisdiction: The Mox Plant-judgment of the ECJ*, “Law and Practice of International Tribunals” 2006, p. 479. More recently his *On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals*, EUI Working Papers Max Weber Programme, MWP 2009/14 available http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11484/MWP_2009_14.pdf.

⁴⁸ For various approaches and perspectives, see Ph.P. Wiener, *Dictionary of Selected Pivotal Ideas*, vol. I, *Despotism to Common Law*, and vol. III, *Concept of Law to Protest Movements*, 1980; *Justice*, ed. W. Sadurski; O. Höffe, *Political Justice. Foundations for a Critical Philosophy of Law and the State*, Blackwell 1995; P. Ricœur, *Le Juste*, Paris 1995; N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, 1986; J.N. Shklar, *The Faces of Injustice*, Yale 1990.

⁴⁹ M. Shapiro, *Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or stare decisis*, “Law in Transition Quarterly” 1965, vol. II, no. 3, pp. 156–157 (emphasis in the original).

⁵⁰ This expression comes from A.Garapon’s, *Le Gardien de promesses—justice et démocratie*, Paris 1996.

Tomasz Tadeusz Koncewicz

PROCEDURAL FRIEND OR FOE? THE ADVOCATE GENERAL IN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION REVISITED

The Advocate General in the Court of Justice merits special attention as an institutional *novum* peculiar to the Court of Justice. It shares with judges the conditions and requirements for appointment. However, what distinguishes the Advocate General from a Judge is his function in the procedure and decision-making process of the Court. Remembering that his function is *sui generis*, insistence on definition at all costs might be misleading. Suffice it to say that he acts as a voice of European Union law, a highly-qualified *amicus curiae*, guided by the objective of the consistency, justice and coherence of European Union law. However, in recent years his function has come under closer scrutiny as a result of various challenges brought before the European Court of Human Rights and gave rise to fascinating exchange in the politics of law between Luxembourg and Strasbourg. As such, the office of the Advocate General provided the most fertile ground for judicial dialogue and mutual learning between Europe's two highest courts. While this analysis asks the question of whether the voice of Advocate General might be indeed prejudicial to parties' procedural rights and guarantees, this more general systemic and dialogic dimension should not be lost to the world.



Wojciech Zalewski

Uniwersytet Gdański

wojciech.zalewski@prawo.ug.edu.pl

RWANDYJSKIE SĄDY GACACA A SĄDOWNICTWO MIĘDZYNARODOWE – PRÓBA OCENY EFEKTYWNOŚCI ROZWIĄZAŃ HYBRYDOWYCH W SPRAWACH KARNYCH NA WYBRANYM PRZYKŁADZIE

Wstęp

Zbrodnia ludobójstwa w Rwandzie jest dobrze znana i została wieloaspektowo opisana nie tylko w piśmiennictwie naukowym, ale również publicystyce i mediach popularnych. Mniej znany w Polsce, lecz dobrze opisany naukowo, jest fenomen sądów Gacaca, który Rwandyjczycy wykorzystali w procesie przywracania sprawiedliwości i jedności w swoim kraju. Sądy te fascynują z wielu powodów. Oto kraj odbudowujący się po tragedii sięga do swych korzeni, aby odbudować jedność, ukarać sprawców i zadośćuczynić ofiarom. Sądy Gacaca to jednak nie tylko lokalny fenomen, lecz również praktyczna odpowiedź na dysfunkcje i nieefektywność sądownictwa międzynarodowego. Odpowiedź niepokojąca, gdyż pesymistyczna dla wspólnoty międzynarodowej w zakresie jej możliwości skutecznego działania bez udziału poszczególnych państw. Narzuca się teza, że efektywnie w dużej skali może działać jedynie państwo. Rwandyjskie Gacaca to więc również swoiste votum nieufności wobec międzynarodowego systemu, ale i swoista zapowiedź powstania trybunałów hybrydowych. Są również manifestacją współczesnego podejścia do prawa w ogóle i praw człowieka, wpisując się w określoną koncepcję życia we wspólnocie, które wymaga zaangażowania wszystkich uczestników życia zbiorowego: jednostek, państw oraz osób

prywatnych i publicznych. Warto przypomnieć, że prawa człowieka III generacji są oparte między innymi na partycypacyjnym, kolektywizmie i solidaryzmie¹.

Tło historyczne

Konflikt rwandyjski tlił się i wybuchał z różną intensywnością od dawna. W rejonie Wielkich Jezior Afrykańskich od stuleci mieszkali trzy ludy: Hutu, Tutsi i Twa. Najlicniejsza grupa to Hutu – 85–90% ludności. Jednak rządy w państwie sprawowali Tutsi, mimo że było ich jedynie 10–15%. Lud Twa to myśliwi i zbieracze, stanowiący około 1% ludności. Co ciekawe, podziały nie były ściśle plemienne, ale również ekonomiczne. Zubożały Tutsi mógł być uznany za Hutu, a bogaty Hutu mógł się stać Tutsi. W okresie kolonialnym zwłaszcza rządzący z mandatu Ligi Narodów od 1922 r. Belgowie podsycaли lokalne animozje, w myśl zasady „dziel i rządź”. Awans społeczny Hutu był ograniczony. Tutsi przy wsparciu administracji belgijskiej przeprowadzili reformę rolną i parcelację gruntów, która uderzyła ekonomicznie w Hutu. Tragiczne konsekwencje przyniosło wprowadzenie w latach 30. dowodów osobistych z adnotacją o narodowości. Rywalizacja między Hutu i Tutsi narastała. W 1959 r. wybuchło powstanie Hutu skierowane przeciwko władzy elit Tutsich i wspieranemu przez nich królowi. Władzę przejął Grégoire Kayibanda z Hutu, a Rwanda w 1962 r. uzyskała niepodległość. Niepodległość nie przyniosła stabilizacji. Walki wybuchły w 1963 i 1966 r., aż w 1973 r. doszło do przewrotu wojskowego i władzę przejął generał Juvénal Habyarimana, ugruntowując władzę Hutu na kolejne dwadzieścia lat. Prześladowania i walki doprowadziły do powstania sporej diaspory w sąsiednich państwach, a największa znalazła się w Ugandzie. To w tym kraju powstał RFP, czyli Ruandyjski Front Patriotyczny stworzony przez Tutsich. W 1990 r. wybuchła w Rwandzie wojna domowa. Rebelianci RFP z gen. Fredem Rwigyemą na czele przekroczyli granicę, jednak ponieśli klęskę. Dowódca buntowników zginął, a rządzący autorytarnie Habyarimana otrzymał wsparcie wojskowe z Francji, Belgii i Zairu. Wojna trwała w kolejnych trzech latach, RFP wsparli bowiem logistycznie Amerykanie. Uznaje się, że ludobójstwo, do którego doszło w 1994 r., było celowym działaniem wymierzonym w ostateczne wyniszczenie Tutsich przez Hutu. Pod naciskiem wspólnoty międzynarodowej reżim podjął co prawda pozorowane próby demokratycznych reform w duchu pluralizmu, jednak równocześnie organizowano szowinistyczny ruch Hutu Power. Zbrojnym ramieniem ruchu były bojówki Interahamwe (Pracujący razem) oraz Impuzamugambi (Mający wspólny cel). Reżim pozornie poszedł na ugodę, podpisując porozumienie w Aruszyw w Tanzanii, na mocy którego rządzący

¹ Por. K. Drzewicki, *Prawo do rozwoju. Studium z zakresu praw człowieka*, Gdańsk 1988, s. 30–37.

Rwandą Narodowy Rewolucyjny Ruch na Rzecz Rozwoju (MRND) miał oddać władzę, ogłoszono zawieszenie broni, RFP miała zostać zdemilitaryzowana, miała powstać jedna armia narodowa, w okresie przejściowym do wyborów krajem miał rządzić wybrany koncyliacyjnie przez obie strony premier, a uchodźcy mieli powrócić do kraju. Deklaracje pozostały na papierze. Jeszcze w trakcie rozmów do kraju powrócił pułkownik Theoneste Bagosora, który na konferencji prasowej przed odlotem stwierdził, że „jedzie przygotować drugą apokalipsę”².

Zapalnikiem ludobójstwa stało się zestrzelenie przez nieznaną sprawców 6 kwietnia 1994 r. samolotu z prezydentami Ruandy i Burundi na pokładzie. Rzezie ludności cywilnej Tutsi trwały od kwietnia do lipca 1994 r. Zabójstw dopuszczali się członkowie wskazanych bojówek, ale również gwardia prezydencka i wojsko. Po zestrzeleniu samolotu z Habyarimaną dowództwo nad armią przejął pułkownik Bagorosa. Wedle szacunków zamordowano od około 800 tys. do 1,1 mln osób. W czasie zajęć dopuszczano się licznych okrucieństw, gwałtów i podpaleń. Kres mordom przyniosły: ofensywa RFP wzmocnionych, wyszkolonych i dozbrojonych przez Amerykanów oraz interwencja zbrojna Francji (operacja *Turquoise*) wspierającej dotąd Hutu. Operacja ta uzyskała mandat ONZ (Rezolucja RB ONZ nr 929) 22 czerwca 1994 r. Francuzi utworzyli Bezpieczną Strefę Humanitarną (*Safe Humanitarian Zone – SHZ*), zwaną potocznie Hutulandem, w której przebywało około 1,5 mln Hutu i poprzez którą przywódcy kraju, w tym ci odpowiedzialni za zbrodnie na Tutsi, uciekali przed ofensywą RFP. Dnia 18 lipca 1994 r. po zdobyciu stolicy kraju – Kigali – przywódca RFP Paul Kagame zakończył wojnę. Stworzono rząd jedności narodowej reprezentujący zarówno Hutu, jak i Tutsi. Prezydentem kraju został mianowany Pasteur Bizimungu z Hutu. Skalę dokonanych zbrodni doskonale obrazuje fakt, że wymordowano około trzy czwarte ludności Tutsi. Po wojnie z kraju do sąsiedniego Zairu (obecnie Kongo) zaczęli natomiast uciekać Hutu³.

Tło międzynarodowo-prawne

Wobec nadzwyczajnej sytuacji wspólnota międzynarodowa podjęła nadzwyczajne środki. Rada Bezpieczeństwa ONZ 8 listopada 1994 r. przy powszechnym poparciu uchwaliła rezolucję nr 955 o powołaniu Międzynarodowego Trybunału

² Por. szerzej K. Bieniek, *Neveragain! Problematyzacja kwestii ludobójstwa w Ruandzie w 1994 roku* [w:] *Krwawy cień genocydu. Interdyscyplinarne studia nad ludobójstwem*, red. nauk. B. Machul-elus, U. Markowska-Manista, L.M. Nijakowski, Kraków 2011, s. 181 i nn.; K. Głowacka, *Ludobójstwo w Ruandzie i jego polityczne konsekwencje*, „*Poliarchia*” 2015, nr 1(4), s. 27 i nn.

³ Por. szerzej K. Bieniek, *Neveragain!...*, s. 181 i nn.; J. Zajadło, *Dylematy humanitarnej interwencji*, Gdańsk, 2005, s. 162 i nn.

Karnego dla Rwandy (MTKR)⁴. Tak tryb powołania, jak i statut były odzwierciedleniem Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii przyjętego w 1991 r.

Prace MTKR od początku budziły zastrzeżenia. Wadliwe wydawało się zarówno określenie *ratione temporis*, jak i *ratione personae*, a więc zakresów działania temporalnych i personalnych Trybunału. W statucie wskazano datę początkową i końcową zakresu zainteresowania przedmiotowego MTKR (1 stycznia–31 grudnia 1994 r.), a przecież zbrodni dokonywano również wcześniej, pierwsze zaplanowane masakry, zrealizowane planowo przez bojówki Hutu Powers, miały miejsce już co najmniej w 1993 r. W statucie wskazano tzw. wyłączny cel prac (*sole purpose*), jakim miało być osądzenie osób najbardziej odpowiedzialnych za popełnienie zbrodni na terytorium Rwandy oraz państw sąsiadujących, co *ab initio* wykluczało możliwość osądzenia innych sprawców, nawet najpoważniejszych zbrodni, ale niemieszczących się w rezolucyjnej formule definicyjnej osób „najbardziej odpowiedzialnych”. Kraj po tragedii, wyniszczony długotrwałą wojną domową nie był w stanie sprawnie funkcjonować w żadnej dziedzinie, a zwłaszcza w wymiarze sprawiedliwości, a tym samym rozliczyć przeszłości samodzielnie w oparciu o państwowy wymiar sprawiedliwości. Z góry rodziły się wątpliwości co do osądzenia większości przestępstw, a więc problem braku odpowiedzialności.

Z czasem zaczęły pojawiać się kolejne okoliczności wpływające na ocenę efektywności i rzetelności. Pierwszą z nich było tempo prac. Do 15 września 1998 r., a więc po czterech latach funkcjonowania MTKR, zakończył wyrokami dwie sprawy. W kolejnych latach liczba zakończonych spraw nieco wzrosła, jednak tempo prac nadal nie było imponujące. Po dwudziestu latach w MTKR mógł się pochwalić liczbą 75 przeprowadzonych procesów, w których postawiono w stan oskarżenia 93 osoby, uzyskano 61 wyroków skazujących, w tym wobec: premiera, czterech ministrów, jednego prefekta, pięciu burmistrzów i innych ważnych postaci reżimu, sił zbrojnych i Interahamwe, przeprowadzono liczne czynności dowodowe; w tym 27 tys. godzin przesłuchań, 20 tys. innych dowodów itd.⁵ Łącznie skazano jednak zaledwie 59 osób, a 14 uniewinniono⁶.

⁴ Por. szerzej P. Milik, *Międzynarodowe trybunały karne ad hoc dla byłej Jugosławii i dla Rwandy* [w:] *idem, Komplementarność jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego i trybunałów hybrydowych*, Warszawa 2012, s. 27 i nn.; D. Heidrich, *Przyszłość międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc. Strategie zakończenia oraz rozwiązania rezydualne, ze szczególnym uwzględnieniem Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii*, „Studia Europejskie” 2013, nr 3, s. 162 i nn.

⁵ Por. krytycznie S. Kendall, S.M.H. Nouwen, *Speaking of Legacy: Toward an Ethos of Modesty at the International Criminal Tribunal for Rwanda*, „The American Journal of International Law”, vol. 110, no. 2 (April 2016), s. 212–232.

⁶ Por. B. Hola, H. Nyseth Brehm, *Punishing Genocide: A Comparative Empirical Analysis of Sentencing Laws and Practices at the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Rwandan Domestic Courts, and Gacaca Courts*, *Genocide Studies and Prevention*, „An International Journal” 2016, vol. 10, s. 61.

Kolejne przedłużenia czasu trwania prac MTKR nie przyniosły rezultatu, a najwięksi płatnicy domagali się ich rychłego zakończenia, a tym samym określenia końca rosnących wydatków. W efekcie po długich dyskusjach przyjęto skomplikowane rozwiązanie polegające na powołaniu wspólnego dla MTKJ i MTKR tzw. Mechanizmu Rezydualnego dla Trybunałów Karnych mocą rezolucji nr 1966 z 22 grudnia 2010 r., którego celem jest zakończenie prac obu instytucji⁷. Ostatecznie rwandyjski Trybunał oficjalnie zakończył swoją działalność 31 grudnia 2015 r., a MTKJ zakończył prace 21 grudnia 2017 r.⁸

Kolejne wątpliwości wiążą się z selektywnością i jednostronnością czynności. Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy skoncentrował swoje działania na zbrodniach Hutu wobec Tutsich, co jest zrozumiałe. Nie można jednak prze-milczeć, że również RPF dokonywał mordów. Alison Desforges, szacuje że Tut-si po przejęciu władzy zamordowali co najmniej około 30 tys. osób⁹, w innych szacunkach mówi się o 100 tys.¹⁰ Czyny te jednak nie zostały osądzone przez Trybunał.

Trzeci poważny powód krytyki dotyczył finansowania MTKR. Oba trybunały *ad hoc*, a więc jugosłowiański i rwandyjski, były finansowane z budżetu regularnego ONZ jako organy pomocnicze Rady Bezpieczeństwa powołane przez nią jako środki przymusu w rozumieniu rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych. Średni roczny koszt funkcjonowania trybunałów wynosił przeszło 100 mln dolarów rocznie. Również po ich likwidacji na lata 2018–2019 zaplanowano budżet Mechanizmu Rezydualnego dla trybunałów karnych na kwotę 87,8 mln dolarów (80 mln netto)¹¹. Tylko do 2012 r. na oba trybunały wydano około 4,5 mld dolarów, czyli roczny budżet ONZ. Średnie procentowe wydatki wynosiły 10–15% całego budżetu organizacji, a kwota ta nie obejmuje innych źródeł finansowania¹².

Pracom MTKR towarzyszyła nieufność¹³, nie może więc dziwić, że wobec ogromu zbrodni postanowiono w Rwandzie przyjąć inne, bardziej efektywne,

⁷ Por. P. Milik, *Międzynarodowe trybunały karne ad hoc...*, s. 36; D. Heidrich, *Przyszłość międzynarodowych trybunałów karnych...*, s. 166 i nn.

⁸ <http://unictr.irmct.org/en/tribunal>, <http://www.icty.org/> [dostęp: 29.09.2018].

⁹ Por. A. Desforges, *Leave None to Tell the Story. Genocide in Rwanda, Human Rights Watch Report*, March 1999, s. 558; por. także V. Peskin, *Victor's justice revisited: Rwandan patriotic front crimes and the prosecutorial endgame at the ICTR* [w:] *Remaking Rwanda: State Building and Human Rights after Mass Violence*, University of Wisconsin Press 2011, s. 173–183.

¹⁰ K. Bieniek, *Neveragain!...*, s. 193.

¹¹ Fifth Committee Recommends \$5.4 Billion Budget for 2018–2019 Biennium as It Concludes Main Part of Seventy-Second Session, <https://www.un.org/press/en/2017/gaab4270.doc.htm> [dostęp: 29.09.2018].

¹² Por. bliżej B. Krzan, *Finansowanie międzynarodowych trybunałów karnych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Oeconomia” 2008, nr 16, s. 87 i nn.

¹³ Por. M. Matysik, P. Domagała, *Międzynarodowe Trybunały karne oraz inne instrumenty sprawiedliwości tranzytywnej*, Warszawa 2012, s. 105 i nn.

krajowe rozwiązanie. Nie mogło ono polegać jedynie na odbudowie sądów państwowych. Tradycyjny system sędziowski nie był sprawny. W styczniu 1995 r. Prokurator Generalny Rwandy miał do dyspozycji na terenie całego kraju zaledwie 12 prokuratorów i 244 sędziów śledczych¹⁴. Brakowało wszystkiego, w tym miejsc w aresztach i zakładach karnych dla dziesiątek tysięcy podejrzanych o udział w ludobójstwie¹⁵. Mimo ogromnych wysiłków w latach 1997–2004 sądy państwowe rozstrzygnęły 10 026 spraw, co należy uznać za liczbę imponującą, ale dalece niewystarczającą. Szacowano, że pracując w dotychczasowym tempie zarówno MTKR, jak i sądy krajowe będą w stanie osądzić wszystkie zbrodnie najwcześniej za 100 lat¹⁶. Alternatywą stało się wprowadzenie na dużą skalę tzw. sądów Gacaca.

Stare i nowe Gacaca

O sądach Gacaca w Rwandzie postgenocydalnej mówi się jako o „tradycji, która została wymyślona na nowo”. Sędownictwo Gacaca stworzone na użytek rozliczenia ludobójstwa w wielu punktach różniło się od tradycji. Aby dobrze zrozumieć te różnice, trzeba, chociaż skrótowo, omówić historię.

Stara Gacaca była odzwierciedleniem hierarchii społecznej i zwyczajów Rwandy. Niekiedy wskazuje się, że tradycja Gacaca sięga co najmniej XIII w.¹⁷ W wieku XVII Rwanda była podzielona na kilka mniejszych terytoriów zarządzanych przez królów (*mwami*). Król rządził sprawami doczesnymi, ale również decydował w kwestiach transcendencji i kontaktów z przodkami. Dla współplemieńców był nie tylko uosobieniem władzy, ale również sprawiedliwości i wiedzy. Król był najwyższym arbitrem, a władza polityczna i sądowa nie były rozdzielone. *Mwami* rozstrzygał sprawy z udziałem doradców – strażników tradycji *abiru*. Zanim jednak sprawa trafiła przed oblicze króla, zająć się nią musieli mędrcy. Stosowano mechanizm selekcji i hierarchię spraw. Rozstrzygnięciu spraw bieżących służyły zgromadzenia Gacaca. Przyjęło się, że Gacaca nazywane są sądami na trawie. W istocie termin *gacaca* pochodzi od słowa *umugaca*, a więc nazwy rośliny trawiastej, tworzącej kobierce, na których zwykli siadać mieszkańcy poszczególnych domostw (*inzu*), aby rozstrzygać sprawy swych rodów

¹⁴ Por. H.N. Brehm, Ch. Uggen, J.-D. Gasanabo, *Genocide, Justice and Rwanda's Gacaca Courts*, „Journal of Contemporary Criminal Justice” 2014, vol. 30(3), s. 335. Przed 1994 r. w Rwandzie pracowało 70 prokuratorów i 758 sędziów.

¹⁵ Por. K. Bieniek, *Neveragain!...*, s. 193.

¹⁶ Por. K. Banasik, *Trybunały 'Gacaca' w Rwandzie*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2011, nr 16 (3), s. 8.

¹⁷ Por. P.Ch. Bornkamm, *Rwanda's Gacaca Courts, Between Retribution and Reparation*, Oxford 2012, s. 84 inn.

lub rodzin (*umuryango*). Sesje odbywały się spontanicznie, nie miały określonej procedury, były nieformalne, restoratywne i miały charakter partycypacyjny. Gacaca nie mogły polegać na żadnych instytucjach publicznych, by wymusić szacunek dla swoich decyzji. Egzekucja wypracowanego rozwiązania zależała od ogólnej akceptacji jako wyniku realizacji mechanizmu pojednawczego, od tradycyjnych rytuałów praktykowanych w celu potwierdzenia rozstrzygnięcia sporu oraz od społecznej presji wywieranej przez społeczność. W czasie sesji Gacaca nie postępowano zgodnie z wcześniej ustaloną procedurą, nie można też było dokonać wyraźnego rozróżnienia pomiędzy stronami konfliktu, świadkami i publicznością. Sesje były zwoływane i przewodniczyli im starsi klanu za każdym razem, gdy pojawiał się spór w społeczności. Proces Gacaca dotyczył nie tylko indywidualnych skarżących i pozywanych, ale także ich klanów i rodzin. Odpowiedzialność prawna była kolektywna i spoczywała na pozwanym/oskarżonym występującym wspólnie z całym klanem lub rodziną. Konflikt we wspólnocie nie obejmowałby jednak jedynie dwóch grup. Każde zakłócenie porządku społecznego uznawano za przedmiot troski całej społeczności. Cała populacja mężczyzn aktywnie uczestniczyła w spotkaniach Gacaca. Kobiety nie brały udziału, chyba że kobieta była zaangażowana w spór. Chociaż Gacaca zazwyczaj zajmowały się sprawami dotyczącymi sporów dotyczących gruntów, praw spadkowych, szkód majątkowych, małżeńskich sporów lub sporów dotyczących zobowiązań umownych; sprawy mogły dotyczyć również przestępstw¹⁸.

Paul Bornkamm wskazuje, że „stare” Gacaca skupiały się generalnie na naprawie szkód, a sankcje miały na celu reintegrację i pojednanie. Tym niemniej czyny przeciwko mieniu w rolniczej i pasterskiej Rwandzie, takie jak kradzież i celowe niszczenie mienia, uznawano za tak poważne pogwałcenia wspólnotowej solidarności, że często ich sprawcy byli karani śmiercią. W przypadku morderstwa rodzina ofiary starała się najczęściej o krwawą odpłatę. Akt zemsty mógł zostać skierowany przeciwko każdemu mężczyźnie należącemu do rodziny sprawcy. Jednak nawet takie kwestie jak te mogły być również rozstrzygane pokojowo, na przykład przez małżeństwo. Mężczyzna z rodziny ofiary poślubił kobietę z drugiej rodziny i uznawano, że kobieta rodzi dzieci jako „odszkodowanie” za zmarłego. Zwykle jednak to król – *mwami* lub lokalny wódz zajmował się sprawcami poważnych przestępstw i to on wymierzał sprawiedliwość¹⁹.

W poważnych sprawach, które europocentrycznie nazwać można „karnymi”, nadrzędnym celem zgromadzeń, jak podaje Bert Ingelaere, było przywrócenie porządku i społecznej harmonii, a w mniejszym stopniu poznanie pełnej prawdy o tym, co zaszło, ukaranie sprawcy czy kompensacja, niekiedy

¹⁸ *Ibidem*; por. B. Ingelaere, *The Gacaca courts in Rwanda [w:] Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*, eds L. Huyse, M. Salter, Stockholm 2008, s. 33 i nn.

¹⁹ Por. PCh. Bornkamm, *Rwanda's Gacaca Courts...*

nawet symboliczna. Te ostatnie elementy mogły być częścią rozwiązania, jednak były subsydiarne wobec przywrócenia harmonii i oczyszczenia porządku społecznego²⁰.

W czasach kolonialnych tradycyjne formy sprawiedliwości w Rwandzie przetrwały, lecz przeszły pewną transformację, zwłaszcza w zakresie jurysdykcji. Gacaca formalnie nadal funkcjonowały, ale organizacyjnie zostały zmarginalizowane. Władze kolonialne rozwijały system dualny, jednak z przewagą wymiaru sprawiedliwości w stylu zachodnim. To do sądów kolonialnych trafiały najpoważniejsze sprawy, w tym te o zabójstwo. Po odzyskaniu niepodległości Gacaca stopniowo ewoluowały w instytucje powiązane i nadzorowane przez władze państwowe. Nowe elity polityczne po 1962 r., które powstały w wyniku uzyskania niepodległości, miały podobne podejście do belgijskiej administracji, wierząc, że takie tradycyjne organy są relikdami czasów prymitywnych. Rósł formalizm, określono pewne elementy proceduralne, spotkania zaczęto protokołować, odbywały się w określonych dniach tygodnia, we wskazanych godzinach itd. Stały się instytucją semi-państwowo-administracyjną, semi-tradycyjną. Gacaca stanowiły pewną barierę dla stron w tym sensie, że dokonywano na nich selekcji spraw trafiających do sądów państwowych. Większość drobnych spraw rozwiązywano na tym najniższym szczeblu poprzez porozumienia, odciążając system od nadmiaru spraw. Mimo pewnego sformalizowania nadal koncyliacja i nieformalny charakter uznawane były za kamień węgielny Gacaca²¹.

Po 1994 r. Gacaca zostały „odkryte” na nowo. Tuż po tragicznych wydarzeniach w niektórych prowincjach stare praktyki zostały spontanicznie odbudowane, a np. we wschodniej prowincji Kibungo zachęcała do tego lokalna administracja. Dostrzeżono ten fakt i w raporcie Wysokiego Komisarza ONZ do spraw Praw Człowieka (UNHCHR) z 1996 r. wymieniano szereg rekomendacji. Wskazano, że z uwagi na skalę przemocy podczas ludobójstw i masakr sądy ludowe nie powinny i nie mogą służyć za forum rozstrzygnięć. UNHCHR zalecał jednakowoż wykorzystanie Gacaca jako swoistych komisji prawdy, na których gromadzono by informacje, a następnie przekazywano stosownym władzom. Gacaca mogą również służyć do zjednoczenia Rwandyjczyków wokół wspólnych wartości²².

Szybko odkryto, że system sprawiedliwości nie radzi sobie z nadmiarem spraw, a Gacaca należy przebudować i wykorzystać. Zalecenia takie sformułował prezydent Rwandy Pasteur Bizimungu. Ciągłe nierozwiązaną i szczególnie palącą kwestią było około 130 tys. osób oczekujących na orzeczenie w zakładach

²⁰ Por. B. Ingelaere, *The Gacaca courts in Rwanda [w:] Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*, eds L. Huyse, M. Salter, Stockholm 2008, s. 33 i nn.

²¹ Por. *ibidem*.

²² United Nations High Commissioner for Human Rights (UNHCHR), *Gacaca: Le Droit Coutumier au Rwanda* (Kigali, 1996).

karnych. Pomiędzy majem 1998 r. i marcem 1999 r. co niedziela odbywały się w pałacu prezydenckim spotkania ze społeczeństwem – Urugwiro, gdzie podnoszono węzłowe problemy. Ich efektem było przygotowanie specjalnego raportu²³. Wskazano w nim szereg rekomendacji w zakresie mocnych i słabych stron systemu Gacaca, a który *de facto* zaprojektowano wówczas od nowa. W systemie przełożono akcenty, gdyż rekoncylacja i pojednanie, charakterystyczne dla sprawiedliwości naprawczej, z której Gacaca wyrosły, ustąpiły na rzecz retributywizmu. Gacaca odąd miały nie tylko ujawniać prawdę, jak chciał Wysoki Komisarz, ale przede wszystkim karać. Paradoksalnie wymierzanie sprawiedliwości karnej przez nieprzygotowanych, często słabo wyedukowanych obywateli nie uznawano za zagrożenie, ale za szansę. Nadrzędnym celem miało się bowiem stać przerwanie z kulturą nieodpowiedzialności (*to stop the culture of impunity*) i przywrócenie jedności narodu²⁴.

Do wprowadzenia systemu przygotowywano się przez kilka lat. Najpierw w 1998 r. prowadzono Gacaca w więzieniach. W roku 2002 r. rozpoczęto pilotaż w 751 jednostkach samorządowych. W dniu 26 stycznia 2001 r. Tymczasowe Zgromadzenie Narodowe uchwaliło ustawę organiczną nr 40/2000 jako podstawę prawną zmodernizowanego systemu Gacaca, krótko po tym, jak Sąd Najwyższy ogłosił projekt ustawy konstytucyjnej, którą przyjęto w 2003 r. Aby zachęcić oskarżonych do wyjawiania prawdy, w 2003 r. wprowadzono dekret prezydencki, mocą którego czynny żal w postaci ujawnienia prawdy miał skutkować znaczącymi redukcjami kar wobec skruszonych sprawców. Ostatecznie nowy system Gacaca wprowadzono w 2004 r., a potem zmodyfikowano go w marcu 2007 r.²⁵ Nowy system nazwano *inkikogacaca*²⁶.

Współczesna „nowa” Gacaca była i jest systemem złożonym tak przedmiotowo, jak również organizacyjnie (hierarchicznie). Gacaca na płaszczyźnie lokalnej występują na dwóch poziomach: podstawowym *akagari* (komórka – *cellule*) i odwoławczym (sektor – *sekteur*). Komórki stanowią odpowiednik bliskiego sąsiedztwa, najbliższej wspólnoty. Sektor odpowiada wiosce albo grupie komórek. Do tego nastąpił podział merytoryczno-funkcjonalny. W niektórych parafiach praktykuje się religijne Gacaca, gacaca-nkristu, polegające na spowiadaniu codziennych grzechów grupie. Najbardziej znaczącym potomkiem tradycyjnych Gacaca jest instytucja Abunzi. Abunzisa wspólnotowymi komitetami mediacyjnymi pod przewodnictwem ławników. Zostały one utworzone w 2004 r. zgodnie z artykułem 159 Konstytucji z 2003 r. Każda wspólnota ma swój własny komitet mediacyjny, który składa się z 12 wolontariuszy – mediatorów zwanych

²³ Report on the Reflection Meetings Held in the Office of the President of the Republic from May 1998 to March 1999, Kigali: Office of the President of the Republic, 1999.

²⁴ Por. B. Ingelaere, *The Gacaca courts in Rwanda...*

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Por. <http://gacaca.rw/> [dostęp: 29.09.2018].

inyangamugayo. Abunzi ma jurysdykcję w odniesieniu do niektórych sporów cywilnych i drobnych przestępstw. Decyzje podejmowane przez komisje mediacyjne można zaskarżyć przed komisją na poziomie sektora. Dopiero wtedy można wnieść sprawę do zwykłego sądu. Abunzi mają zmniejszyć obciążenie pracą zwykłych sądów, pośrednicząc w zawieraniu porozumień między stronami konfliktu²⁷.

Nowe Gacaca miały zajmować się rozliczeniem zbrodni, a więc sprawami karnymi. Dla ułatwienia pracy niezawodowym sędziom podzielono sprawców na trzy zasadnicze kategorie o relatywnie intuicyjnie ujętych granicach każdego zbioru. Sprawcy kategorii pierwszej to: organizatorzy, sprawcy kierowniczy (*ringleaders*), osoby sprawujące stanowiska kierownicze w strukturze władzy, ale także dobrze znani zabójcy (*well-knownkillers*), sprawcy zgwałceń, tortur, dopuszczający się aktów bezczeszczenia zwłok i ćwiartowania. Druga kategoria ma dualną strukturę: wyróżniono w niej trzy stopnie. Sprawcy kategorii drugiego i pierwszego stopnia to osoby, które: dopuścili się zwykłych zabójstw (*ordinarykillers*), sprawcy, którzy usiłowali popełnić zabójstwo. Sprawcy kategorii drugiej trzeciego stopnia to ci, co dopuścili się przestępstw przeciwko życiu, ale bez zamiaru zabójstwa. Kategoria trzecia to sprawcy przestępstw przeciwko mieniu. W przygotowanych tabelach powiązano kategorie z określonymi sankcjami. Właściwość rzeczową określono w ten sposób, że sądy państwowe miały orzekać w sprawach sprawców z kategorii pierwszej, a sądy Gacaca w pozostałych, z tym podziałem, że sądy sąsiedzkie (komórki) miały orzekać co do kategorii trzeciej, a w pozostałych orzekały Gacaca poszczególnych sektorów, które pełniły też funkcję sądów odwoławczych. Sprawcy wszystkich kategorii mogli liczyć na znaczące złagodzenie kar w wypadku ujawnienia okoliczności czynu i przyznania się do winy (*confession*). Stopień łagodzenia kary zależał od etapu postępowania, na którym doszło do „spowiedzi”. Przykładowo, wobec sprawców pierwszej kategorii, którzy nie przyznali się do winy (*without confession*) sądy państwowe mogły orzekać nawet karę śmierci (aż do jej abolicji w 2007 r.), lecz wobec sprawców tej samej kategorii pierwszej, którzy się przyznali do winy, kary nie mogły przekraczać 30 lat (zazwyczaj 25–30)²⁸.

Ogromnym przedsięwzięciem organizacyjnym było powołanie sędziów Gacaca. Musieli oni spełniać wysokie standardy moralne, nie mogli prowadzić żadnej działalności politycznej ani pełnić żadnej oficjalnej funkcji. Co najważniejsze i oczywiste – nie mogli uczestniczyć w żaden sposób w ludobójstwie. Pomimo ogromnych poświęceń, np. niektórzy z nich spędzają dwa dni w tygodniu na sesjach Gacaca, nie mówiąc o ich przygotowaniu – sędziowie nie otrzymują zapłaty. Głosowanie w sprawie o wybór sędziów zostało zorganizowane przez tak

²⁷ Por. PCh. Bornkamm, *Rwanda's Gacaca Courts...*

²⁸ Por. B. Ingelaere, *The Gacaca courts in Rwanda...*, s. 40 i nn.

zwanych *nyumbakumi*, liderów grupy dziesięciu gospodarstw domowy *chakagari*. Nyumbakumi musieli zaproponować kandydatów i zmobilizować ludność do wzięcia udziału w wyborach. Dzięki ich zaangażowaniu, ale także naciskowi ze strony sił bezpieczeństwa, frekwencja wyborcza wyniosła prawie 90%. Ostatecznie wybrano ponad 254 tys. sędziów na 11 tys. sądów Gacaca, które zostały utworzone na podstawie ustawy organicznej nr 40/2000. Chociaż kandydatki płci żeńskiej były w większości, to ostatecznie mężczyźni przeważyli liczebnie w korpusie sędziów. Tłumaczy się to wyższym średnim poziomem wykształcenia wśród mężczyzn, a nadto okolicznością, iż wielu konserwatywnych Rwandyjczyków nadal uważa mężczyzn za bardziej odpowiednich do bycia sędzią. W kwietniu i maju 2002 r. Departament Jurysdykcji Gacaca zorganizował sześć tygodni szkolenia dla *inyangamugayo*. 781 instruktorom, w większości sędziom i studentom prawa ostatniego roku, którzy sami przeszli odpowiednie szkolenia, zostały powierzone grupy szkoleniowe od 70 do 90 sędziów, przy czym każda grupa otrzymywała instrukcje przez sześć dni. Sędziowie zostali specjalnie przeszkoleni w zakresie funkcjonowania systemu Gacaca, a także podstawowych zasad prawa, zarządzania grupą i rozwiązywania konfliktów. Po zmianach ustaw Gacaca w latach 2004, 2007 i 2008 sędziowie zostali poinformowani o nowych przepisach. Departament Jurysdykcji Gacaca ponadto, we współpracy z organizacją pozarządową *Avocats Sans Frontières* (ASF), wydał podręcznik w językach *kinyarwanda* i francuskim, wyjaśniając w prosty sposób, jak przygotować i prowadzić sesje Gacaca i wydawać orzeczenia²⁹.

Sądy zazwyczaj organizowały swoje sesje co tydzień. Podczas pierwszego etapu fazy pilotażowej sędziowie, wspierani przez miejscową ludność, zgromadzili wszystkie dostępne informacje o popełnionych zbrodniach, a także o ofiarach i sprawcach. Drugi etap obejmował wyrokowanie, poprzedzone sporządzaniem akt spraw dla tych, którzy popełnili zbrodnie w danej celi i kategoryzowanie ich zgodnie z powagą ich zbrodni. Prace te trwały znacznie dłużej niż przewidywano, ponieważ wymagane kworum 100 obywateli obecnych na „rozprawie” często nie mogło zostać osiągnięte, co skutkowało tym, że sesja musiała być odroczona. Po fazie pilotażowej trwającej dwa i pół roku, system wprowadzono w całym kraju. Jednym z głównych wyzwań dla władz nadzorujących sądy w Gacaca było nadal zapewnienie aktywnego udziału ludności. Tylko przez zebranie maksymalnie wielu naocznych świadków sądy były w stanie sobie poradzić ze sprawą w szybki sposób. Równocześnie było jasne, że Gacaca może mieć efekt pojednawczy, tylko pod warunkiem że populacja danej wspólnoty jest w znacznym stopniu zaangażowana w ten proces. Udział w sesjach był zatem obowiązkowy. Każdy Rwandyjczyk ma różową kartę wskazującą, czy brał

²⁹ Por. P.Ch. Bornkamm, *Rwanda's Gacaca Courts...*; a także raport pt. *Justice Compromised. The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts*, z 31 maja 2011, Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/> [dostęp: 29.09.2018].

udział w sesjach Gacaca w swojej domowej *akagari* i w swoim sektorze. Na wczesnych etapach pracy sądów ludzie byli ciekawi natury postępowania i pojawili się na sesjach Gacaca. Jednak po kilku tygodniach wielu z nich przestało uczestniczyć w spotkaniach, co utrudniło osiągnięcie wymaganego kworum. Często lokalne władze używały siły, aby zebrać niezbędną liczbę uczestników lub nakładały grzywny na nieobecnych. Jest rzeczą więcej niż oczywistą, że praktyka ta jest całkowicie sprzeczna z dobrowolnym i pojednawczym charakterem Gacaca. Nie było też podstawy prawnej do sankcjonowania nieobecności w sądach Gacaca. Alternatywnym sposobem przekonania ludzi o potrzebie wzięcia udziału w projekcie Gacaca są kampanie „uwrażliwiające”, jednak w ocenie władz były kosztowne, długotrwałe i mało efektywne³⁰.

Mimo wskazanych niedogodności nowa Gacaca okazała się skuteczna. W ciągu 10 lat rozstrzygnięto 1 958 634 spraw, z czego 60 552 z kategorii pierwszej, 557 528 kategorii drugiej i 1 320 554 sprawy z kategorii trzeciej. Zdecydowana większość spraw to przestępstwa przeciwko mieniu, które zostały zamknięte przez orzeczenie grzywny (*fine*) płaconej pokrzywdzonemu i jego rodzinie. Średnia grzywna (czy może lepiej –nawiązka) wynosiła 7100 franków rwandyjskich (RWE) co odpowiada około 11 dolarom amerykańskim. Tak niska wartość wynika po części z tego, że blisko jedna czwarta grzywien była symboliczna i wynosiła równowartość około 1 dolara amerykańskiego, tylko 1% wszystkich grzywien płaconych na rzecz pokrzywdzonych przekroczył wartość 1000 dolarów amerykańskich, czyli kwotę ponad 680 tys. RWE. Procedura szacowania grzywien była specyficzna, lecz wpisująca się w filozofię sprawiedliwości naprawczej³¹. Ofiara lub jej rodzina przygotowywała listę utraconego lub uszkodzonego mienia, która to lista była następnie publicznie odczytywana na rozprawie. Każdy z obecnych mógł się do niej odnieść i ją zmienić, poszerzyć. Było to szczególnie ważne w sytuacji, gdy większość rodziny ofiary została zamordowana, brak było jakichkolwiek dowodów własności, np. dokumentacja spłonęła lub została w inny sposób utracona. Wtedy w szacowaniu wysokości szkód pomagali sąsiedzi. Jeśli nie udało się ustalić żadnych ocalałych pokrzywdzonych, kwota grzywny za mienie utracone wpłacana była na specjalny fundusz i oczekiwano na wypłatę na rzecz ustalonych w późniejszym terminie spadkobierców. Około 9% spraw rozwiązano poprzez ugodę (*ubwumvikane*), która była wynikiem uzgodnień pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym. W ramach ugód dochodziło do pojednania z możliwością uzyskania przez sprawcę przebaczenia ze strony pokrzywdzonego, 2,3% spraw, czyli około 25 tys. zamknięto procedurą *gusonerwa*, a więc formą zwolnienia z części zobowiązania połączonego z wybaczeniem. W piśmiennictwie przedstawia się przykład sprawy, w której sprawca ukradł

³⁰ P.Ch. Bornkamm, *Rwanda's Gacaca Courts...*

³¹ Por. bliżej np. W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza*, Gdańsk 2006.

dwie krowy, wycenione w trakcie procesu na 80 tys. RWE. Mimo że sprzedał niemal cały swój majątek, uzbierał jednak jedynie 60 tys., obiecując spłatę reszty w późniejszym terminie. Rodzina pokrzywdzonego doceniła starania i doszła do wniosku, że wybacza sprawcy i zwalnia go z reszty długu. Jedynie 1% spraw udało się rozwiązać poprzez zwrot skradzionych dóbr (zwierząt, narzędzi, wyposażenia wewnątrz itd.) lub dóbr tego samego rodzaju (nasion, płodów rolnych itd.). Istotną częścią każdej z form Gacaca jest prośba o wybaczenie (*imbabazi*). Strony mogły dojść do porozumienia na warunkach przez siebie przyjętych i wybrać naprawienie szkody np. poprzez jej odpracowanie na rzecz pokrzywdzonego (wybudowanie domu)³².

W sprawach najpoważniejszych 93% orzeczeń stanowiły kary pozbawienia wolności w wymiarze od kilku miesięcy do 30 lat, a 5% (15 444) spraw zakończono orzeczeniem kary dożywotniego pozbawienia wolności. Również w sprawach o przestępstwa przeciwko życiu zawierano ugody (329). Często orzekana karą przez sądy Gacaca była kara pracy na cele społeczne (91 556)³³.

Podsumowanie

Pod adresem sądów Gacaca podnoszono szereg zarzutów dotyczących ich organizacji, standardów przestrzegania prawa (nawet zachowania podstawowych zasad), zwłaszcza procesowego, braku zabezpieczenia prawa do prywatności uczestników, braku bezstronności, realizowania w istocie tzw. sprawiedliwości zwycięzców, gdyż oskarżonymi byli niemal wyłącznie Hutu, a nie Tutsi, podatność na korupcję itd.³⁴ Najbardziej dotkliwe wydają się wątpliwości związane z samą istotą i celem Gacaca, czyli brakiem realizacji fundamentalnego zadania w postaci przywrócenia społecznego ładu i pojednania³⁵.

Wskazana krytyka wydaje się jednak w dużej części nieuzasadniona. Trudno uznać zwłaszcza za w pełni zasadną krytykę tego, że sądy „ludowe”, nie są tradycyjnymi sądami karnymi w zachodnim stylu, gdyż od początku nie miały nimi być. Rację ma Phil Clark, gdy powiada w tytule swej monografii, że sądy Gacaca to „sprawiedliwość bez prawników”. Sądy Gacaca w swej istocie stanowią hybrydę tak celów, jak i metod ich realizacji, stąd ich ocena wymaga bardziej

³² Por. H.N. Brehm, Ch. Uggen, J.-D. Gasanabo, *Genocide...*, s. 340 I nn.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Por. szeroki przegląd wypowiedzi krytycznych L.C. Nwoye, *Partners or Rivals in Reconciliation? The ICTR and Rwanda's Gacaca Courts*, „San Diego International Law Journal” 2014, vol. 16, s. 183 i nn.

³⁵ Por. P. Clark, *Hybridity, Holism and "Traditional" Justice: The Case of the Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda*, „George Washington International Law Review” 2007, no. 39, s. 765 I nn.; *idem*, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda. Justice without Lawyers*, Cambridge-New York 2010, s. 308 i nn.

zniuansowanego podejścia³⁶. Afrykańskie podejście do prawa i praw człowieka jest nieco inne niż europejskie. Marek Jan Wasiński wskazuje na kontekst kulturowy, który pomaga owe odrębności zrozumieć. Wykładowcy praw człowieka w Afryce zwykli mawiać: „We are, therefore I am”, czyli „My jesteśmy, dlatego i ja jestem”. W Afryce jednostka funkcjonuje jedynie jako część pewnej grupy, a sama poza wspólnotą nie znaczy wiele, jest zawsze postrzegana jako część pewnej grupy rodzinnej, plemiennej czy społecznej, stąd inaczej postrzega się np. ochronę prywatności³⁷.

Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy nie projektowano jako trybunału hybrydowego³⁸, zwykło się przyjmować, że był on tzw. trybunałem ad hoc. Uznaje się, że trybunały hybrydowe są powoływane do życia w celu wspomoczenia wewnętrznego systemu wymiaru sprawiedliwości, gdy jest on niewydolny i potrzeba wsparcia społeczności międzynarodowej, mają charakter tymczasowy, doraźny³⁹. Nie wdając się w typologiczne dystynkcje, wydaje się bezspornym, że system stworzony dla rozliczenia rwandyjskiego ludobójstwa miał pluralistyczny i hybrydowy charakter, nawet jeśli samego MTKR nie uznajemy za hybrydę. Sądy Gacaca okazały się wydolniejsze i tańsze niż MTKR. Łączny koszt systemu według deklaracji władz wyniósł około 45 mln dolarów i został pokryty ze środków pomocy zagranicznej, z czego sama Belgia wpłaciła około 8 mln⁴⁰. MTKR nie spełnił jednak pokładanych w nim nadziei. Był typowym sądem karnym, którego celem nie było jednanie, lecz karanie. Sądem odległym geograficznie i politycznie od społeczeństwa rwandyjskiego, a do tego trybunałem drogim i niewydolnym. Sprawcy osądzeni przez MTKR nie odbywali kar w Rwandzie, ale np. we Włoszech i byli warunkowo zwalniani wedle prawa włoskiego, w związku z czym trudno mówić o funkcji wychowawczej czy odstraszającej kar przez Trybunał orzekanych. Tym niemniej ukarano prowodyrów ludobójstwa z zachowaniem procedur prawnych. Sądy Gacaca były tymczasem bliskie Rwandyjczykom, wpisywały się w tradycyjne formy sprawiedliwości naprawczej i odegrały, mimo swych licznych mankamentów, rolę w pojednaniu jednostek i grup etnicznych.

Czy Gacaca to niespełniona obietnica? Przykład rwandyjski zapowiada zmiany w podejściu do rozwiązywania problemów powstających w przestrzeni krajowej i międzynarodowej, wskazując na doniosłe znaczenie rekoncylacji

³⁶ Por. P. Clark, *Hybridity, Holism and "Traditional" Justice...*, s. 806–807.

³⁷ Por. M.J. Wasiński, *Prawo i pięść: ochrona praw człowieka przez afrykańskie trybunały subregionalne*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2015, nr 6, s. 244.

³⁸ O podziałach typologicznych trybunałów por. P. Milik, *Komplementarność jurysdykcji...*, s. 40 i nn.; M. Płachta, *Międzynarodowe trybunały karne: próba typologii i charakterystyki*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 3, s. 17.

³⁹ Por. P. Milik, *Komplementarność jurysdykcji...*, s. 40 i nn.

⁴⁰ Por. K. Banasik, *Trybunały 'Gacaca'...*

i partycypacji obywatelskiej w wychodzeniu z kryzysów nawet tej skali co ludobójstwo. Podejście odgórne i retrybucyjne nie wystarcza. Gacaca to dowód triumfu etyki użyteczności (*ethics of usefulness*) właściwej dla okresu przejściowego. Jak powiada Bert Ingelaere, „naród raniony gwałtowną przeszłością i ponownie zbudowany na prawie najsilniejszego i etyki użyteczności wydaje się mniej stabilny w porównaniu do społeczeństwa zakorzenionego w niezbywalnych wartościach i zasadach, takich jak inkluzja i rządy prawa”⁴¹. Tym niemniej dialog instytucji krajowych i międzynarodowych stworzył pluralistyczny, hybrydowy mechanizm, dzięki któremu stała się możliwa odbudowa kraju i pojednanie społeczne. Trwałe zmiany wymagają jednak nie tylko zaangażowania w wymierzanie sprawiedliwości, ale również zmian politycznych i społeczno-ekonomicznych.

Wojciech Zalewski

RWANDAN GACACA COURTS AND THE INTERNATIONAL JUDICIARY – AN ATTEMPT TO EVALUATE THE EFFECTIVENESS OF HYBRID SOLUTIONS ON A CHOSEN EXAMPLE

The article is devoted to a critical analysis of the institutional framework of criminal justice on the basis of the example of the Rwandan courts of Gacaca, the revival of which is related to the trials concerning the crimes of genocide committed in Rwanda. The Author evaluates international solutions and local initiatives aimed at bringing justice for the Rwandan crime of genocide in the light of the historical approach to the conflict and the international legal perspective. In this context, the Author evaluates the effectiveness of the functioning of the International Criminal Tribunal for Rwanda established by the international community and compares it with the new vision of the Gacaca courts which originate from the African local tradition. The Author considers this local example in the context of a change in the approach to solving problems arising in the national and international space, pointing to the important role of reconciliation and civic participation in emerging from crises, even on the same scale as genocide.

⁴¹ B. Ingelaere, *The Gacaca Courts in Rwanda: Contradictory Hybridity*, 4.05.2014, <https://www.e-ir.info/> [dostęp: 29.09.2018].



Jarosław Warylewski

Uniwersytet Gdański

jaroslaw.warylewski@prawo.ug.edu.pl

ROZMIAR, DYNAMIKA I STRUKTURA PRZESTĘPCZOŚCI SEKSUALNEJ W POLSCE, W LATACH 1989–2017

1. Wprowadzenie

Na temat rozmiarów przestępczości seksualnej w ogóle oraz w stosunku do poszczególnych typów przestępstw z rozdziału XXV kodeksu karnego z 1997 r. („Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”) funkcjonuje wiele mitów oraz w zasadzie jeden stereotyp, często powtarzany: mamy do czynienia ze zwiększającą się liczbą przestępstw seksualnych i stanowią one coraz większe zagrożenie dla społeczeństwa. Zwykle w uzasadnieniach projektów nowelizujących przepisy rozdz. XXV k.k. znajdujemy też m.in. taką właśnie przesłankę kryminalizacji i penalizacji (w tym zwiększenia surowości dotychczasowych zagrożeń karnych).

Dlatego też wiedza na temat rzeczywistego obrazu statystycznego przestępczości kryminalnej jest niezwykle ważna. Pozwala ona bowiem m.in. diagnozować jej stan oraz weryfikować przywoływane przez autorów nowelizacji rozdz. XXV k.k. przesłanki kryminalizacyjne i penalizacyjne. Bez wiedzy na temat rozmiarów, struktury i dynamiki przestępczości seksualnej, bez porównania z innymi krajami, właściwie nie sposób prowadzić racjonalnej polityki karnej w zakresie zapobiegania i zwalczania tego rodzaju przestępczości¹. Mimo tego, w ten właśnie sposób, a nie na podstawie badań i ich analizy, a na podstawie ideologii i utrwalonych przekonań (stereotypów) kształtowana i realizowana jest polityka karna w Polsce.

¹ Zob. J. Błachut, *Problemy związane z pomiarem przestępczości*, Warszawa 2007, s. 11–18.

Tytułem wprowadzenia należy przywołać kilka uwag o charakterze terminologicznym, odnośnie do niżej przytaczanych pojęć z zakresu statystyki kryminalnej.

Przestępstwa stwierdzone to przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, objęte postępowaniem przygotowawczym zakończonym, w wyniku którego potwierdzono popełnienie czynu zabronionego.

Przestępstwo wykryte jest to przestępstwo stwierdzone, w którym ustalono przynajmniej jednego podejrzanego w zakończonym postępowaniu przygotowawczym.

Wskaźnik wykrywalności jest to iloraz liczby przestępstw wykrytych przez ogólną liczbę przestępstw stwierdzonych powiększoną o liczbę przestępstw wykrytych po podjęciu postępowań umorzonych w roku ubiegłym lub latach poprzednich – wyrażony w procentach.

Podejrzany to osoba, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów albo której bez wydania postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego i została zarejestrowana w Krajowym Systemie Informacyjnym Policji (KSIP).

Wskaźnik dynamiki (WD) jest to iloraz odpowiadających sobie liczb w roku bieżącym i ubiegłym lub w innych okresach porównawczych – wyrażony w procentach².

Ciemna liczba to liczba przestępstw nieujawnionych, a faktycznie popełnionych, o których żadna informacja nie dotarła do organów ścigania i nie zostały one zarejestrowane. Badania z zakresu statystyki kryminalnej wskazują na istnienie pewnej stałej zależności między liczbą przestępstw ujawnionych, a nieujawnionych, zarówno w odniesieniu do poszczególnych kategorii czy też typów przestępstw, jak i w stosunku do ogólnej liczby wszystkich przestępstw³.

Pewnym remedium na oszacowanie przestępczości nieujawnionej są badania wiktymizacyjne⁴, najczęściej przeprowadzane na podstawie ankiet (wywiadów), wśród potencjalnych ofiar przestępstw (tzw. *survey wiktymizacyjny*)⁵. Jeżeli chodzi o przestępstwa seksualne to ciemna liczba jest szacowana na ok. 80–90%. Jest ona najwyższa w przypadku zgwałcenia, sięgając ok. 95% – co oznacza, że ujawniane jest jedynie co dwudzieste zgwałcenie.

² Zob. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2014 r.*, Warszawa 2015, s. 384–385.

³ Szacuje się, że ciemna liczba dla wszystkich kategorii przestępstw to ok. 50%. W Polsce, w zależności od województwa, od 43,2% do 53,5%. Zob. A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości w Polsce 4*, Warszawa 2009.

⁴ A. Siemaszko, *Kogo biją, komu kradną. Przestępczość nie rejestrowana w Polsce i na świecie*, Warszawa 2001.

⁵ Do innych badań wiktymizacyjnych należy eksperyment badawczy i obserwacja uczestnicząca.

Zwracam uwagę na to, że głównym źródłem danych statystycznych wykorzystanych w tym opracowaniu, obok danych pochodzących z Ministerstwa Sprawiedliwości, Centralnego Zarządu Służby Więziennej (CZSW) i Głównego Urzędu Statystycznego (GUS), są informacje pochodzące z Komendy Głównej Policji (KGP)⁶. Od 1997 r. do 2012 r. dane te były gromadzone i przetwarzane w ramach Policyjnego Systemu Statystyki Przestępczości „Temida” (PSSP Temida), a od 1 stycznia 2013 r. w Krajowym Systemie Informacji Policji (oba systemy mają charakter komputerowy)⁷. Wprawdzie KGP zapewnia o porównywalności danych gromadzonych w tych systemach, jednak wskutek dokonywania przez nią korekt dotyczących danych z lat ubiegłych należy liczyć się z tym, że w piśmiennictwie mogą występować różnice dotyczące poszczególnych danych, w zależności od daty ich wprowadzenia, weryfikacji bądź korekty. Osobiście, korzystając z PSSP Temida i KSIP, danych Ministerstwa Sprawiedliwości i Eurostatu, od ponad 20 lat gromadzę dane statystyczne dotyczące przestępczości seksualnej i dokonuję ich własnej, suwerennej analizy, interpretacji i weryfikacji, z zastosowaniem powszechnie uznanych metod statystycznych. Przedstawione w tym opracowaniu dane w większości dotyczą okresu 1989–2017, czyli 29 lat. Wydaje się, że jest to okres wystarczająco długi, by na jego podstawie wnioskować o długofalowych, a nawet trwałych tendencjach, dotyczących również lat przyszłych, w zakresie przestępczości seksualnej w Polsce.

Przykładowo, obrazując nieprawdziwe tezy i argumenty kryminalizacyjno-penalizacyjne, w uzasadnieniu rządowego projektu nowelizacji kodeksu karnego z dnia 31 października 2008 r. podniesiono, iż: „Skala zjawiska przestępczości przeciwko wolności seksualnej w okresie ostatnich kilku lat jest na tyle duża, że wymaga podjęcia zdecydowanych działań”. Na pewno nie chodzi tu o rozmiary czy też wzrost przestępczości seksualnej w porównaniu do wszystkich popełnianych w Polsce przestępstw w ostatnich latach, bo niezmiennie od lat taki udział przestępstw seksualnych wynosi od 0,3 (w 2004 r.) do 0,7% (w 2016 r.), dla porównania w 1999 r. było to 0,4%. W 2016 r. popełniono w Polsce 748 464 przestępstw, w tym 5463 z rozdziału XXV k.k., co daje 0,7%. W 2017 r. popełniono w Polsce ogółem 753 963 przestępstw, w tym 4760 przestępstw seksualnych (liczba przestępstw stwierdzonych), co stanowiło 0,63% wszystkich stwierdzonych przestępstw (zob. tabela nr 2). Może więc chodzi o dynamikę wzrostu przestępczości seksualnej w ostatnich latach? Bez przedstawienia i znajomości danych statystycznych z zakresu przestępczości seksualnej nietrudno o pochopną i mało rzetelną diagnozę kryminologiczną tego zjawiska.

⁶ W tym miejscu chciałbym podziękować pracownikom Gabinetu Komendanta Głównego Policji za zrozumienie i życzliwe wyszukanie oraz udostępnienie danych, o które występowałem, a które nie są powszechnie dostępne (publikowane).

⁷ Dane za lata wcześniejsze, tj. przed 1997 r. występują wyłącznie w formie papierowej i są dostępne w Głównym Archiwum Policji (Warszawa, ul. Puławska 148/150).

Przyjrzyjmy się więc statystyce. W tabelach nr 1 i 3 przedstawione zostały rozmiary przestępczości seksualnej obejmującej przestępstwa z rozdz. XXV k.k. (z wyłączeniem art. 200a i 200b, które zaczęły obowiązywać dopiero od dnia 8 czerwca 2010 r.) w latach 1989–2017. Zarówno ogólna liczba popełnianych przestępstw seksualnych, jak i liczba przestępstw określonego typu raczej utrzymuje się na stałym poziomie w ciągu ostatnich 29 lat.

Tabela 1. Liczba stwierdzonych przestępstw seksualnych w Polsce w latach 1989–1999

Art. k.k.	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
168	1660	1840	1921	1919	1976	2039	2267	1985	2260	2174	2029
169	64	56	87	67	83	97	66	73	110	93	145
170	18	22	15	23	23	47	33	43	29	47	52
173	18	24	111	64	15	21	18	43	40	97	68
174	3	11	4	423	29	96	122	140	217	182	203
175	48	33	46	51	84	110	75	101	68	87	59
176	1157	824	907	1151	1476	1492	1477	1737	2210	1876	1673
177	142	50	110	125	156	145	161	214	204	156	–
Razem	3110	2860	3201	3823	3842	4047	4219	4336	5138	4712	4229

Źródło: na podstawie informacji uzyskanych z KG Policji – dawnego Wydziału Analiz i Statystyki Przestępczości. Dla 1998 i 1999 r. podane liczby obejmują sumę przestępstw stwierdzonych według przepisów k.k. z 1969 r. (dalej d.k.k.) i ich odpowiedników w nowym kodeksie karnym (art. 168 d.k.k. – art. 197 k.k.; art. 169 d.k.k. – art. 198 k.k.; art. 170 d.k.k. – art. 199 k.k.; art. 173 d.k.k. – art. 202 k.k.; art. 174 d.k.k. – art. 203 i 204 k.k.; art. 175 d.k.k. – art. 201 k.k.; art. 176 d.k.k. – art. 200 k.k.), art. 177 k.k. z 1969 r. nie ma odpowiednika w kodeksie karnym z 1997 r.

Tabela 2. Udział przestępstw seksualnych w przestępstwach stwierdzonych ogółem w Polsce w latach 1988–2017

Rok	1988	1989	1990	1991
p. ogółem	475 237	547 589	883 346	866 095
p. seksualne	2975	3110	2860	3201
odsetek	0,63%	0,57%	0,32%	0,37%
Rok	1992	1993	1994	1995
p. ogółem	881 076	852 507	906 157	974 941
p. seksualne	3823	3842	4047	4219
odsetek	0,43%	0,45%	0,45%	0,43%
Rok	1996	1997	1998	1999
p. ogółem	897 751	992 373	1.073 042	1.121 545
p. seksualne	4336	5138	4712	4229
odsetek	0,48%	0,52%	0,44%	0,38%

Rok	2000	2001	2002	2003
p. ogółem	1 266 910	1 390 089	1 404 229	1 466 643
p. seksualne	4 436	4 661	4 576	4 828
odsetek	0,35%	0,33%	0,32%	0,33%
Rok	2004	2005	2006	2007
p. ogółem	1 461 217	1 379 962	1 287 918	1 152 993
p. seksualne	4 953	4 799	4 901	5 027
odsetek	0,34%	0,35%	0,38%	0,43%
Rok	2008	2009	2010	2011
p. ogółem	1 082 057	1 129 577	1 138 523	1 159 554
p. seksualne	4 452	5 871	4 550	4 172
odsetek	0,41%	0,52%	0,40%	0,36%
Rok	2012	2013	2014	2015
p. ogółem	1 119 803	1 061 239	867 855	799 779
p. seksualne	5 264	5 984	5 621	3 263
odsetek	0,47%	0,56%	0,65%	0,41%
Rok	2016	2017	2018	2019
p. ogółem	748 459	753 963	?	?
p. seksualne	5 124	4 760	?	?
odsetek	0,68%	0,63%	?	?

Źródło: obliczenia własne na podstawie danych uzyskanych z KGP.

Tabela 3. Liczba stwierdzonych przestępstw seksualnych w Polsce w latach 1989–2017 (statystyka policyjna)

Rok	Art. 197	Art. 198	Art. 199	Art. 200	Art. 201	Art. 202	Art. 203	Art. 204	Razem
2017	1262	129	89	1324	14	1657	28	247	4760
2016	1383	93	99	1241	18	1908	25	357	5124
2015	1144	104	46	1096	11	503	22	337	3263
2014	1254	99	80	1104	26	2767	30	261	5621
2013	1362	108	87	1454	18	2476	17	462	5984
2012	1432	95	81	1344	21	1886	26	379	5264
2011	1498	100	84	1533	27	584	19	327	4172
2010	1567	104	90	1532	46	697	28	486	4550
2009	1530	118	94	1657	51	1967	33	401	5871
2008	1611	98	143	1683	28	663	35	265	4452

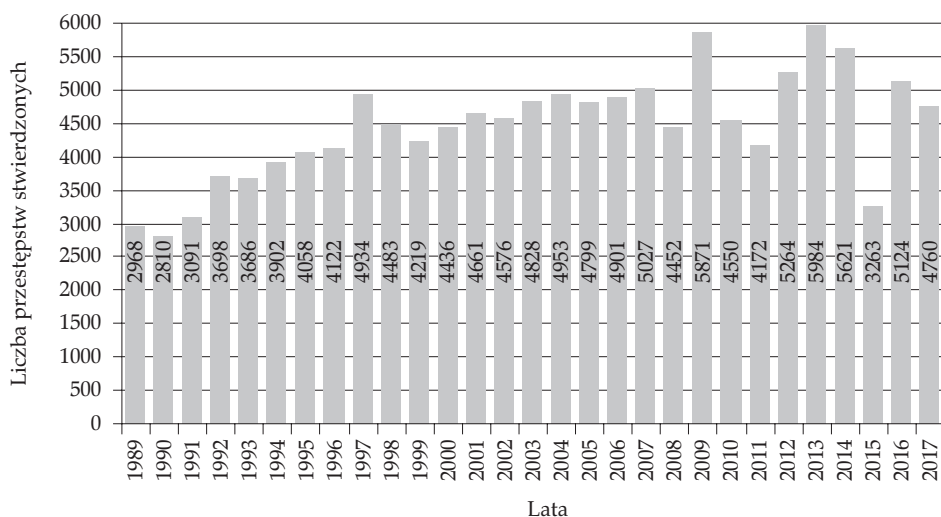
Rok	Art. 197	Art. 198	Art. 199	Art. 200	Art. 201	Art. 202	Art. 203	Art. 204	Razem
2007	1827	125	82	1882	47	697	55	316	5027
2006	2001	120	70	1687	26	719	42	237	4901
2005	1987	126	54	1697	49	367	35	484	4799
2004	2176	104	46	1923	55	178	46	425	4953
2003	2322	96	64	1817	48	147	47	287	4828
2002	2345	107	62	1485	37	112	63	365	4576
2001	2339	137	52	1460	46	90	48	489	4661
2000	2399	102	56	1518	52	79	26	204	4436
1999	2029	145	42	1673	59	68	24	179	4219
1998	2174	93	47	1876	14	97	7	175	4483
1997	2260	110	29	2210	68	40	217		4934
1996	1985	73	43	1737	101	43	140		4122
1995	2267	66	33	1477	75	18	122		4058
1994	2039	97	47	1492	110	21	96		3902
1993	1976	83	23	1476	84	15	29		3686
1992	1919	67	23	1151	51	64	423		3698
1991	1921	87	15	907	46	111	4		3091
1990	1840	56	22	824	33	24	11		2810
1989	1660	64	18	1157	48	18	3		2968

Źródło: Opracowanie własne wszystkich tabel i wykresów zawartych w tekście na podstawie danych z systemu Temida z KG Policji, danych z Wydziału Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości, danych Biura Informacji i Statystyki CZSW oraz na podstawie danych GUS publikowanych w rocznikach statystycznych. Informacje dotyczące krajów obcych na podstawie danych Eurostatu (Urząd Statystyczny Unii Europejskiej z siedzibą w Luksemburgu).

Jeżeli chodzi o najcięższe kategorie przestępstw seksualnych to liczba zgwałceń w 2015 r. była najniższa w całym ostatnim 25-leciu (zob. tabela nr 1 i wykres nr 1); liczba przestępstw polegających na seksualnym wykorzystaniu małoletniego poniżej 15 lat utrzymywała się niezmiennie na tym samym poziomie od wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 r., w ostatnich latach wyraźnie maleje, zaś np. kazirodce obcowanie to absolutny margines – kilkadziesiąt stwierdzanych rocznie przestępstw i udział w całej przestępczości seksualnej w okolicach 0,5–1% (zob. rys. nr 1, 2 i 3); nie można też mówić o żadnym praktycznie wzroście biorąc pod uwagę ogólną, całkowitą liczbę przestępstw z rozdziału XXV k.k.: w 2010 i 2011 r. liczba wszystkich stwierdzonych przestępstw z tego rozdz. (tzw. przestępstw seksualnych) była niższa od liczby stwierdzonych przestępstw

w roku uchwalenia obecnie obowiązującego kodeksu karnego, a w roku 2015 spadła do poziomu sprzed uchwalenia tego kodeksu.

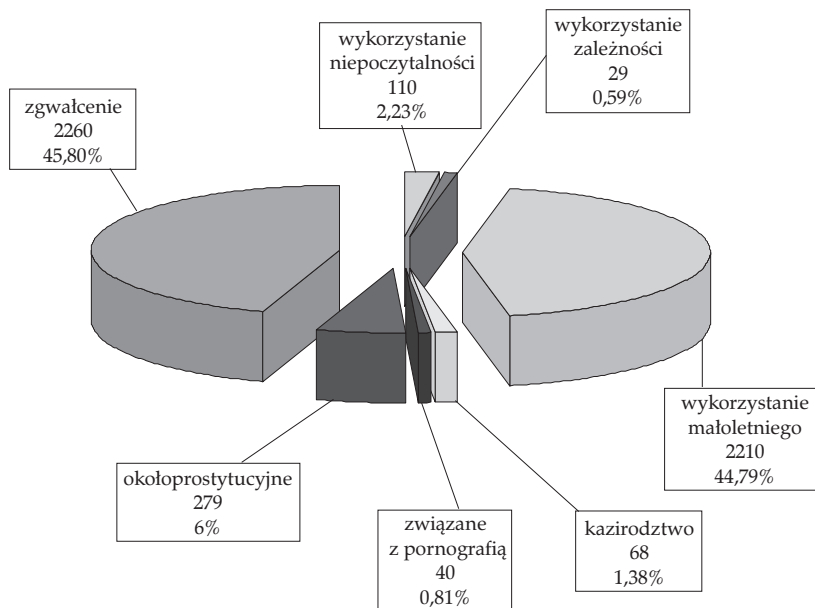
Gdyby to rzeczywiste rozmiary przestępczości seksualnej, jej dynamika wzrostu i struktura miały decydować, to większość zmian dokonanych w przepisach rozdz. XXV k.k. pozbawiona była uzasadnienia. Struktura przestępczości seksualnej i jej zmiany na przestrzeni ostatnich lat ukazują rys. od 1 do 5. Zgwałcenie i seksualne wykorzystanie małoletniego poniżej 15 lat to do 2011 r. niezmiennie ok. 75% wszystkich przestępstw seksualnych, a obecnie nadal ponad połowa seksualnych nadużyć (51% w 2016 r.).



Wykres 1. Rozmiary przestępczości seksualnej w Polsce ogółem w latach 1989–2017 (przestępstwo z rozdz. XXV k.k.)

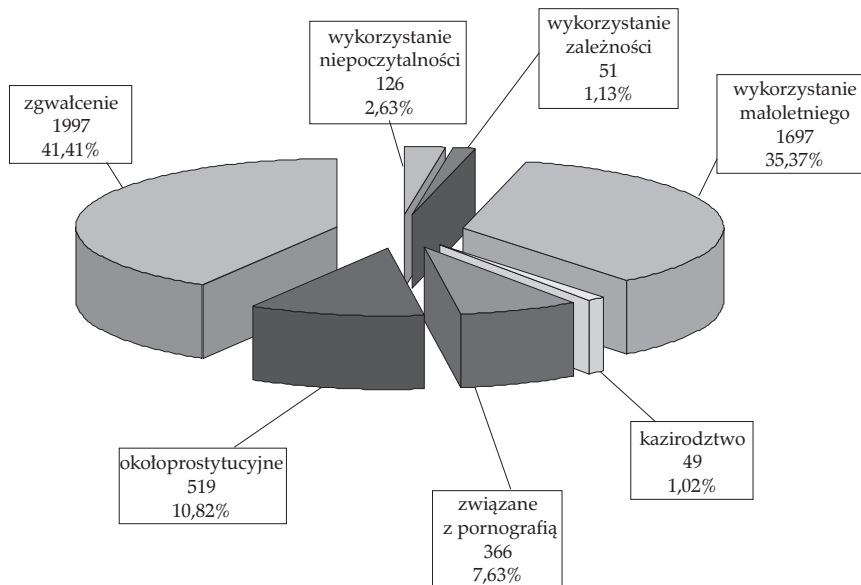
Źródło: opracowanie własne.

Najmniejszy udział w stwierdzonych przestępstwach seksualnych równie niezmiennie ma kazirodztwo (maksymalnie od 0,5 do ok. 1%) oraz seksualne wykorzystanie stosunku zależności lub krytycznego położenia (art. 199 k.k.) – od 0,5 do 1,13%. Od czasu uchwalenia kodeksu karnego z 1997 r. daje się zauważyć wzrastający w strukturze przestępstw seksualnych tych, które związane są z naruszaniem zakazów dotyczących pornografii: od 0,81% w 1997 r., poprzez 7,63% w 2005 r., do 13% w 2011 r. i 37% w 2016 r. Dający się zauważyć wyraźny wzrost w tej kategorii przestępstw po 2005 r. wiązać należy raczej z bardziej restrykcyjną polityką kryminalną i bardziej surowymi przepisami (art. 202 k.k. nowelizowany był już 3 razy, za każdym razem poszerzając katalog zabronionych zachowań i surowość zagrożeń) niż z rzeczywistym zagrożeniem wynikającym z wzbierającej fali zakazanych treści pornograficznych.



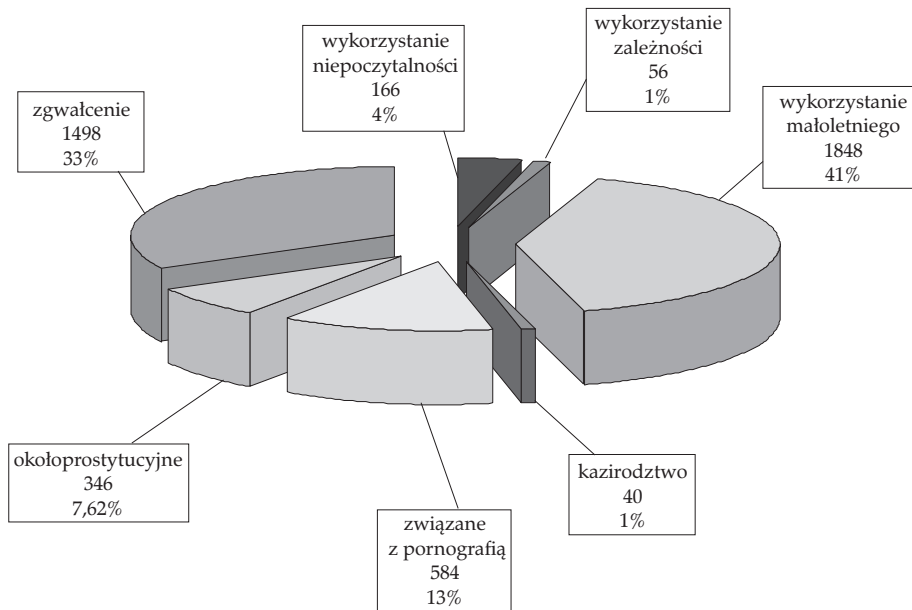
Rys. 1. Struktura przestępczości seksualnej w Polsce w 1997 r. – liczba przestępstw stwierdzonych; odsetek

Źródło: opracowanie własne.



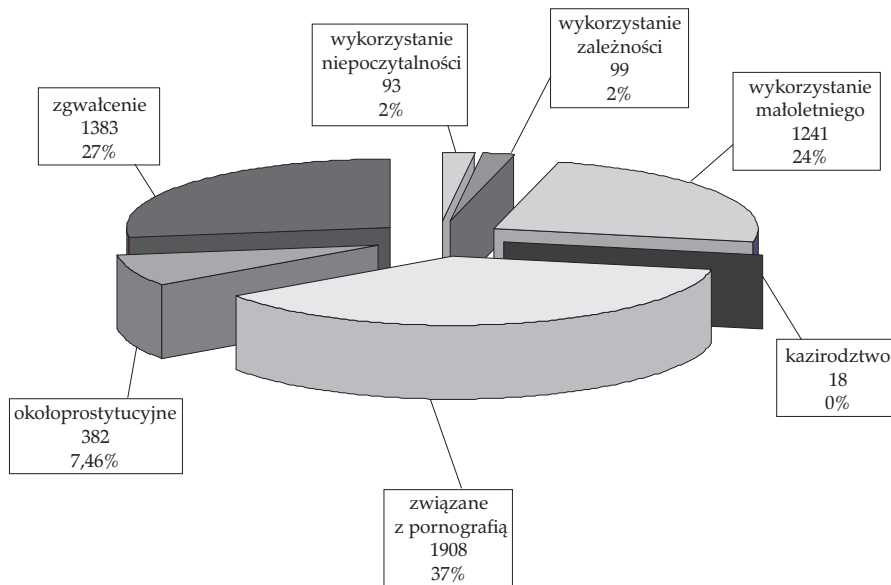
Rys. 2. Struktura przestępczości seksualnej w Polsce w 2005 r. – liczba przestępstw stwierdzonych; odsetek

Źródło: opracowanie własne.



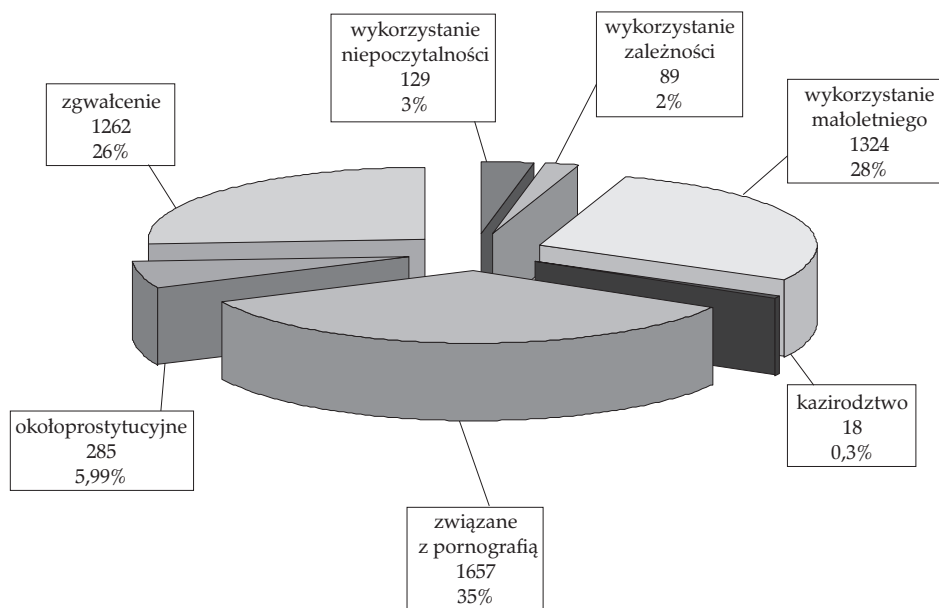
Rys. 3. Struktura przestępczości seksualnej w Polsce w 2011 r. – liczba przestępstw stwierdzonych; odsetek

Źródło: opracowanie własne.



Rys. 4. Struktura przestępczości seksualnej w Polsce w 2016 r. – liczba przestępstw stwierdzonych; odsetek

Źródło: opracowanie własne.



Rys. 5. Struktura przestępczości seksualnej w Polsce w 2017 r. – liczba przestępstw stwierdzonych; odsetek wszystkich przestępstw z rozdz. XXV k.k.

Źródło: opracowanie własne.

Wzrostu zagrożenia przestępczością seksualną nie potwierdza również liczba prawomocnie skazanych w ostatnich latach. Przykładowo, z art. 200 k.k. prawomocnie skazano w 1999 r. – 529 osób, w 2000 r. – 458, w 2001 r. – 526, w 2002 r. – 503, w 2003 r. – 575, w 2004 r. – 914, w 2005 r. – 749, w 2006 r. – 722 osoby, w 2007 r. – 666 osób, a w 2008 r. – 808 osób. Natomiast z art. 197 § 3 k.k. prawomocnie skazano w 2001 r. – 169 osób, w 2002 r. – 186, w 2003 r. – 212, w 2004 r. – 210, w 2005 r. – 182, w 2006 r. – 152 osoby, w 2007 r. – 147 osób, a w 2008 r. – 143 osoby⁸. Za wszystkie przestępstwa z rozdz. XXV k.k. prawomocnie skazano: w 2003 r. – 1807 osób, w 2004 r. – 2538 osób, w 2005 r. – 2315 osób, w 2006 r. – 2032 osób, w 2007 r. – 1851 osób, a w 2008 r. – 2259 osób.

Tymczasowo aresztowanych i skazanych za wszystkie przestępstwa seksualne w zakładach karnych było: w 2002 r. – 3519 osób, w 2003 r. – 3692, w 2004 r. – 3583, w 2005 r. – 3658, w 2006 r. – 3852, w 2007 r. – 3676, w 2008 r. – 3365, w 2009 r. – 3711 osób, w 2010 r. – 3418 osób, a w 2011 r. – 3374 osoby, co stanowiło 4,15% wszystkich osadzonych (zob. tabela nr 2)⁹. W ciągu ostatnich 10 lat liczba

⁸ Na podstawie danych uzyskanych z Ministerstwa Sprawiedliwości.

⁹ Na podstawie danych uzyskanych z CZSW. Stany na koniec każdego roku uwzględniają oskarżonych i skazanych za popełnienie przestępstw seksualnych z rozdz. XXV k.k. z 1997 r. i z art. 168 k.k. z 1969 r., przebywających we wszystkich jednostkach penitencjarnych.

skazanych i tymczasowo aresztowanych za przestępstwa seksualne nie wzrosła i mamy do czynienia raczej z trendem stabilizacyjnym niż z wyraźną zmianą w tym zakresie.

Tabela 4. Skazani i tymczasowo aresztowani za przestępstwa seksualne z rozdz. XXV k.k., przybywający w polskich zakładach karnych w latach 1998–2017

Rok	Art. 168 § 1 i 2 k.k. z 1969 r.	Art. 197 § 1	Art. 197 § 2	Art. 197 § 3	Art. 197 § 4	Art. 198–204	Ogółem z rozdz. XXV k.k.
2017	1	1439	119	544	53	1261	3417
2016	2+1	1229	93	569	66	1043	3000
2015	6+1	1134	79	617	82	965	2877
2014	5+1	1222	80	735	×	1034	3077
2013	10+2	1320	95	741	×	998	3166
2012	15+5	1460	105	730	×	1036	3348
2011	13+3	1494	95	718	×	1051	3374
2010	10+9	1482	143	686	×	1088	3418
2009	14+9	1621	126	706	×	1235	3711
2008	11+11	1363	188	619	×	1173	3365
2007	28+17	1405	232	647	×	1347	3676
2006	45+18	1504	234	750	×	1301	3852
2005	51+27	1383	197	767	×	1233	3658
2004	64+41	1337	181	846	×	1114	3583
2003	109+62	1390	179	930	×	1022	3692
2002	170+91	1292	151	852	×	963	3519
2001	270+151	1088	158	785	×	844	3296
2000	435+225	907	161	636	×	665	3029
1999	606+321	524	81	361	×	365	2258
1998	1346+790	155	16	98	×	131	2536

Źródło: opracowanie własne.

W 2016 r. na 3000 osadzonych za przestępstwa seksualne było jedynie 17 kobiet, z czego 7 odbywało karę za zgwałcenie. Skazanych zakwalifikowanych do oddziałów terapeutycznych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych było na dzień 31 grudnia 2016 r. – 297, zaś na dzień 31 grudnia 2017 – 326 (w tym ani jednej kobiety). Według najnowszych danych, w dniu 30 czerwca 2018 r. skazanych zakwalifikowanych do oddziałów terapeutycznych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych było 341, w tym nadal ani jednej kobiety. W 2017 r. osadzonych w zakładach karnych było ogółem 73 822 (31 grudnia

2017 r.), w tym za przestępstwa seksualne (z rozdz. XXV k.k.) 3417 osób, z tego zaledwie 36 to kobiety (11 skazane za zgwałcenie, 25 za pozostałe przestępstwa z rozdz. XXV k.k.), a 75 osób to młodociani (56 skazanych za zgwałcenia i 19 za pozostałe przestępstwa z rozdz. XXV k.k.).

W dniu 31 grudnia 2017 r. 55 578 osób oczekiwało na odbycie wyroku w zakładzie karnym, jednak co symptomatyczne, wśród tej liczby było jedynie 226 sprawców przestępstw seksualnych. Należy przypomnieć, że nie wszystkie przestępstwa z rozdz. XXV k.k. mają charakter seksualnych wymuszeń. Tylko część z nich związana jest z użyciem przemocy. Porównując liczbę osadzonych sprawców przestępstw seksualnych z użyciem przemocy z danymi dotyczącymi innych krajów europejskich, okazuje się, że przy niezbyt wysokiej liczbie tych przestępstw (zob. dalej) w polskich zakładach karnych i aresztach śledczych przebywa tyle osadzonych, co w krajach o najwyższym poziomie przestępczości seksualnej w Europie. W 2016 r. takich sprawców było osadzonych w Polsce 2425, a w tym samym czasie w Niemczech 2333, Anglii i Walii – 6596, Grecji – 208, Szwecji – 14, Bułgarii – 225, Czechach – 199, Danii – 60.

Średni wymiar kary pozbawienia wolności prawomocnie orzeczonej wobec dorosłych sprawców wyniósł w 2003 r., w zakresie wszystkich przestępstw z rozdz. XXV k.k.: 25,7 miesiąca (w tym: bez zawieszenia – 32,9, z zawieszeniem 16,2) i odpowiednio w 2008 r.: [26,3–35,9–17,5]¹⁰. Dla porównania: w 2003 r. średni wymiar kary za przestępstwa z rozdz. XIX k.k. (przeciwko życiu i zdrowiu) wyniósł 14,5 [12,6] miesiąca (w tym bez zawieszenia – 33,0 [27,6] i z zawieszeniem 11,1 [10,0]), a za przestępstwa przeciwko mieniu odpowiednio: 13,6 [12,3] – 19,3 [17,6] i 12,1 [11,1]. Dane te wskazują, że przestępstwa seksualne spotykają się ze szczególnie surową reakcją karną w porównaniu do innych przestępstw, która dodatkowo w ostatnich latach zdecydowanie narastała, czego nie można zaobserwować w stosunku do innych kategorii przestępstw.

Za czyn z art. 197 §1 k.k.: 26,1 [33,6] miesięcy (w tym bez zawieszenia – 32,2 [39,2] i z zawieszeniem – 17,2 [20,8]), za czyn z art. 197 § 2 k.k.: 16,7 [18,7] miesiąca (w tym bez zawieszenia – 19,4 [24,9], a z zawieszeniem – 15,0 [14,7]), za czyn z art. 197 § 3 k.k.: 35,5 miesiąca [43,4] (w tym bez zawieszenia – 39,0 [45,5] i z zawieszeniem 20,8 [20,3]), za czyn z art. 197 § 3 w zw. z art. 197 § 1 k.k.: 40,3 [45,5] miesiąca (w tym bez zawieszenia – 44,4, z zawieszeniem – 21,0), za czyn z art. 197 § 3 k.k. w zw. z art. 197 § 2 k.k.: 24,9 miesiąca (w tym: bez zawieszenia – 26,1, z zawieszeniem – 21,0). W 2008 r. średni wymiar kary pozbawienia wolności za czyn z art. 197 § 4 k.k. wyniósł 93,8 miesiąca. Jednak Polska należy do krajów, w których orzeka się za zgwałcenie najwięcej kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania – ok. 40% wszystkich orzekanych kar za zgwałcenie. Zbliżona struktura występuje w Portugalii (37%), Czechach

¹⁰ Niżej w nawiasach kwadratowych podano dane za 2008 r.

(41%), Niemczech (42%) i Finlandii (47%). Krajem, gdzie orzeka się w Europie za zgwałcenie najwięcej kar pozbawienia wolności w zawieszeniu, jest Grecja – 81% (14% – ograniczenie wolności, 5% – grzywna). Na drugim biegunie są kraje, w których stosuje się najsurowsze w Europie kary za zgwałcenie: w Irlandii Północnej – 100% kar bezwzględnego pozbawienia wolności, w Bułgarii 98% takich kar, Anglii i Walii – 93%, Szkocji – 91%, Holandii – 88%, Szwecji – 87%, Francji – 81%. Na tle państw europejskich Polska lokuje się wśród krajów o umiarkowanej polityce karnej wobec sprawców zgwałcenia, zarówno biorąc pod uwagę strukturę orzekanych kar (ich rodzaje), jak i ich długość. W Polsce większość kar pozbawienia wolności (81%) za zgwałcenia orzekanych jest w granicach od 1 roku do 5 lat. Podobnie jest w Czechach, Niemczech, Chorwacji, Bułgarii, Szwecji i Finlandii. Kary powyżej 5 lat pozbawienia wolności to ok. 15% orzekanych kar, zaś kary poniżej 1 roku to ok. 3%.

Za czyn z art. 198 k.k. średni wymiar kary pozbawienia wolności wyniósł: 20 [20,5] miesięcy (w tym: bez zawieszenia – 26,3 [25,6] i z zawieszeniem – 16,1 [17,5]).

Za czyn z art. 199 k.k. średni wymiar kary wyniósł: 13,5 [36] miesiąca (w tym bez zawieszenia – 27,0 i z zawieszeniem – 10,1). W 2008 r. średni wymiar kary pozbawienia wolności za czyn z art. 199 § 1 k.k. wyniósł 12,4 miesiąca, z art. 199 § 2 k.k. wyniósł 15,8 (w tym bez zawieszenia – 12,0 i z zawieszeniem – 18,3), a z art. 199 § 3 k.k. wyniósł 14,5 miesiąca.

Za czyn z art. 200 § 1 k.k. średni wymiar kary pozbawienia wolności wyniósł: 24,5 [26,5] miesiąca (w tym bez zawieszenia – 31,2 [33,6] i z zawieszeniem – 16,3 [20,3]), a za czyn z art. 200 § 2 k.k.: 21 [21,6] miesięcy.

Za czyn z art. 201 k.k. średni wymiar kary wyniósł: 15,0 [17,4] miesiąca (w tym bez zawieszenia – 21,0 [25,3] i z zawieszeniem – 13,5 [14,6]).

Za czyn z art. 202 § 2 k.k. średni wymiar kary wyniósł w 2003 r.: 11,1 miesiąca [11,1] (w tym bez zawieszenia – 12,0 [12,0] i z zawieszeniem – 11,0 [11,0]), z art. 202 § 3 k.k.: 12,2 miesiąca [15,3]. W 2008 r. za czyn z art. 202 § 4 k.k. średni wymiar kary wyniósł: 19,8 miesiąca (w tym bez zawieszenia – 42,9 i z zawieszeniem – 13,6), a za czyn z art. 202 § 4a k.k.: 12, 6 miesiąca (w tym bez zawieszenia – 17,0 i z zawieszeniem – 12,5).

Za czyn z art. 203 k.k. w 2003 r. średni wymiar kary pozbawienia wolności wynosił: 20,7 [19,2] miesiąca (w tym bez zawieszenia – 23,3 [22,1] i z zawieszeniem – 17,7 [15,2]).

Za czyn z art. 204 § 1 k.k. średni wymiar kary kształtował się następująco: 11,8 [13,5] miesiąca (w tym bez zawieszenia 10,5 [18,6] – i z zawieszeniem – 12,0 [12,0]); za czyn z art. 204 § 2 k.k.: 13,1 [13,9] miesiąca (w tym bez zawieszenia 15,3 [15,0] – i z zawieszeniem 12,6 [13,5]); za czyn z art. 204 § 3 k.k.: 16,4 [17,0] miesiąca (w tym bez zawieszenia – 21,0 [12,0] i z zawieszeniem – 15,7 [17,6]). Za czyn z art. 204 § 4 k.k.: 18 [16] miesięcy pozbawienia wolności.

2. Informacje statystyczne dotyczące zgwałcenia

Szczegółowe dane z zakresu statystyki kryminalnej w sprawach o zgwałcenie, z lat poprzedzających wejście w życie k.k. z 1969 r., zostały zaprezentowane przez Juliusz Leszczyńskiego. W 53 tablicach autor ten uwzględnił informacje o wykształceniu, zawodzie, pochodzeniu społecznym, stanie cywilnym, majątkowym i wieku skazanych, o miesiącach, a nawet godzinach, w których dopuszczano się zgwałcenia¹¹. Opracowanie to jest niezwykle cenne i pozwala na dokonywanie porównań z wynikami badań dotyczących lat 1989–2017.

Wbrew wyrażanym niekiedy opiniom liczba stwierdzonych zgwałceń nie uległa jakiemuś wydatnemu zwiększeniu w ostatnich latach¹². Podzielał pogląd, że liczba przestępstw wykazywanych w oficjalnych statystykach pozostaje w pewnej mierzalnej relacji do liczby przestępstw faktycznie popełnianych¹³. Biorąc pod uwagę procent niezgłaszanych zgwałceń, który wynosi ok. 90%, szacunkowe określenie ich liczby w każdym roku wymaga pomnożenia podanych niżej (w tabeli nr 3) wartości przez 10. Przykładowo można szacować, że w 1999 r. popełniono w Polsce ok. 20 tys. przestępstw zgwałcenia, a w 2011 r. ok. 15 tys. Oznacza to, że każdego dnia zgwałconych zostaje ok. 55 osób, co daje 2,28 osoby na godzinę. Wyprowadzanie tezy o dużej dynamice wzrostu przestępstw zgwałcenia jest bardzo ryzykowne, wręcz nieprawdziwe. Gdyby przyjąć za podstawę liczbę stwierdzonych przestępstw w 1969 lub 1971 r., to okaże się, że w ciągu ostatnich 5 lat popełniono ich — biorąc pod uwagę dane w liczbach bezwzględnych — nieco mniej każdego roku. Jeżeli zaś porównywać współczynnik na 100 tys. mieszkańców, to spadek jest znaczny: z 6,9 w 1971 r. i 6,8 w 1972 r. do 5,2 w 1999 r. Nigdy zaś, w okresie 45 lat, wskaźnik ten nie osiągnął poziomu z roku 1973 (7,4), w którym popełniono 2474 zgwałceń. Tym bardziej należy zachować powściągliwość w formułowaniu tez na podstawie danych wyłącznie z okresów kilku- lub kilkunastoletnich.

¹¹ Zob. J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973, s. 185–252.

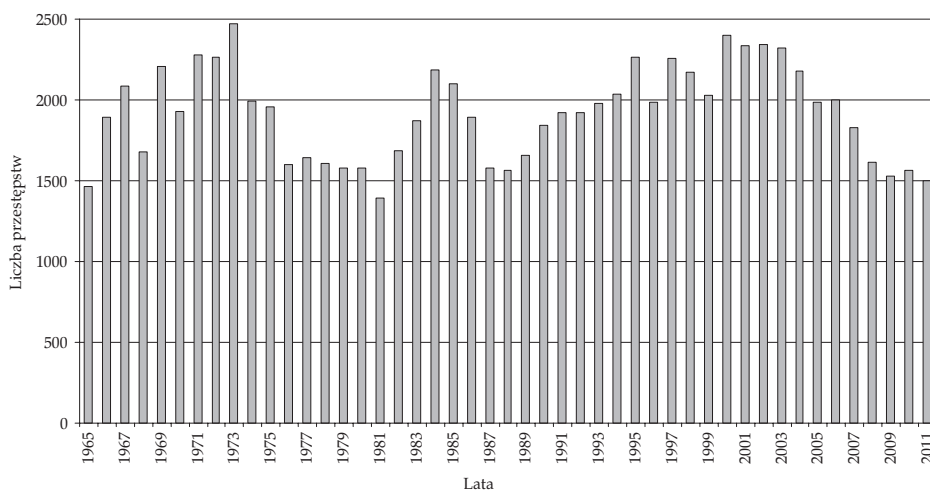
¹² Szczegółowe dane statystyczne dotyczące zgwałceń w latach 1970–1981 zostały zaprezentowane przez E. Bieńkowską. Zob. E. Bieńkowska: *Wpływ zachowania ofiary na rozstrzygnięcie sprawy o zgwałcenie*, Wrocław–Warszawa 1984, s. 34–56.

¹³ Por. J. Jasiński: *Statystyka kryminalna a badania rzeczywistych rozmiarów przestępczości*, „Problemy Kryminalistyki” 1959, nr 19.

Tabela 5. Liczba stwierdzonych zgwałceń w Polsce w latach 1965–2017 (do 1998 r. – art. 168 d.k.k.; obecnie art. 197 k.k.)

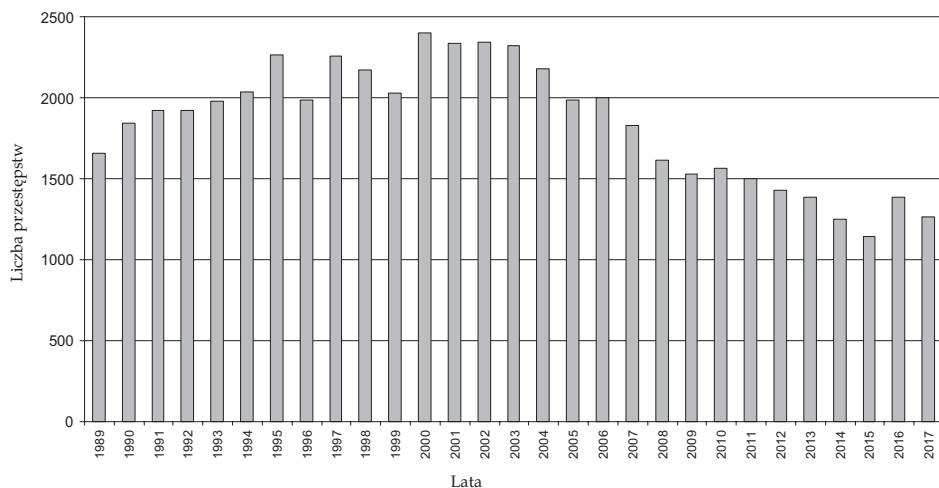
Rok	Liczba zgwałceń	Rok	Liczba zgwałceń	Rok	Liczba zgwałceń
1965	1462	1983	1875	2001	2339
1966	1895	1984	2184	2002	2345
1967	2084	1985	2102	2003	2322
1968	1675	1986	1896	2004	2176
1969	2208	1987	1578	2005	1987
1970	1926	1988	1564	2006	2001
1971	2280	1989	1660	2007	1827
1972	2265	1990	1840	2008	1611
1973	2474	1991	1921	2009	1530
1974	1996	1992	1919	2010	1567
1975	1957	1993	1976	2011	1498
1976	1599	1994	2039	2012	1432
1977	1644	1995	2267	2013	1383
1978	1605	1996	1985	2014	1249
1979	1578	1997	2260	2015	1144
1980	1576	1998	2174	2016	1383
1981	1395	1999	2029	2017	1262
1982	1684	2000	2399	2018	?

Źródło: Opracowanie własne.



Wykres 2. Liczba stwierdzonych zgwałceń w Polsce w latach 1965–2011 (obecnie art. 197 k.k.)

Źródło: opracowanie własne.



Wykres 3. Liczba stwierdzonych zgwałceń w Polsce w latach 1989–2017 (obecnie art. 197 k.k. do 1998 r. art. 168 d.k.k.)

Źródło: opracowanie własne.

Tabela nr. Zgwałcenie z art. 197 k.k.; przestępstwa stwierdzone, wykryte oraz procent wykrywalności

Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba przestępstw wykrytych	% wykrycia	Średni procent wykrywalności wszystkich przestępstw
2017	1262	1 050	82,7	71,7
2016	1383	1 116	80,5	66,5
2015	1144	896	77,6	64,7
2014	1249	983	78,1	65,2
2013	1362	1 164	84,1	67,0
2012	1432	1209	83,3	67,8
2011	1498	1230	80,1	68,7
2010	1567	1305	82,3	67,9
2009	1530	1268	82,6	67,1
2008	1611	1315	81,1	65,9
2007	1827	1549	84,2	64,6
2006	2001	1665	82,7	62,4
2005	1987	1678	84,1	58,6
2004	2176	1818	82,7	56,2
2003	2 322	2 021	85,7	55,2
2002	2 345	2 032	85,3	54,9
2001	2 339	1 972	83,9	53,8
2000	2 399	2 075	85,9	47,8
1999	2 029	1 715	83,7	45,0

Tabela 7. Wykrywalność i struktura przestępstwa zgwałcenia w Polsce, w latach 1999–2011

Rok	Wykrywalność w %	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych		
			197 § 1 i 2	197§3 i 4	ogółem
2011	80,1	1784	1498		1498
2010	82,3	1759	1567		1567
2009	82,6	1816	1429	101	1530
2008	81,1	2041	1526	85	1611
2007	84,2	2027	1707	120	1827
2006	82,7	2212	1829	172	2001
2005	84,1	2137	1773	214	1987
2004	82,7	2126	1962	214	2176
2003	85,7	2084	2033	289	2322
2002	85,3	1972	2088	257	2345
2001	83,9	1947	2016	323	2339
2000	85,9	1999	2008	391	2399
1999	83,7	1803	1740	289	2029

Źródło: opracowanie własne.

Zdecydowana większość sprawców zgwałcenia jest identyfikowana i ustalana. Wykrywalność sprawców zgwałcenia jest ponadprzeciętna, tzn. wyższa od wykrywalności ogółem dla wszystkich przestępstw (zob. tabela nr 6). Wynosi ok. 80% i jest stabilna od wielu lat. Jeżeli chodzi o pozostałe przestępstwa z rozdz. XXV k.k., to biorąc pod uwagę dane za lata 2013–2017, prawie 100% wykrywalności dotyczy art. 199 § 1, 2 i 3 k.k. Najniższy odsetek wykrywalności występuje w przypadku art. 202 § 1 k.k. (ok. 70%) oraz art. 200a i 200b k.k. (ok. 60%).

Tabela 8. Podejrzani o zgwałcenie według płci w latach 1992–2011

Rok	Podejrzani ogółem	Kobiety	Mężczyźni
2011	893	13	880
2010	833	11	822
2009	950	15	935
2008	1021	7	1014
2007	1111	15	1096
2006	1215	10	1205
2005	1183	10	1173
2004	1253	8	1.245
2003	1449	13	1436
2002	1476	17	1459
2001	1524	12	1512

Rok	Podjezrani ogółem	Kobiety	Mężczyźni
2000	1481	12	1.469
1999	1306	9	1297
1998	1412	13	1399
1997	1631	8	1623
1996	1388	8	1380
1995	1692	4	1688
1994	1609	13	1596
1993	1381	27	1354
1992	1242	22	1220

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 9. Podjezrani o zgwałcenie według płci w latach 2013–2017

Art. k.k.	2013		2014		2015		2016		2017	
	kobie- ty	męż- czyźni	kobie- ty	męż- czyźni	kobie- ty	męż- czyźni	kobie- ty	męż- czyźni	kobie- ty	męż- czyźni
197 § 1	-	402	1	419	-	343	1	369	2	397
197 § 2	2	179	2	179	1	181	4	217	3	197
197 § 3	-	1	-	1	-	-	-	-	-	-
197 § 3 pkt 1	-	36	2	50	4	57	5	53	2	34
197 § 3 pkt 2	2	42	-	43	-	54	-	51		63
197 § 3 pkt 3	1	12	-	11	1	15	1	11		14
197 § 4	-	1	-	6	-	1	-	3		1

Źródło: opracowanie własne.

Wśród podejrzanych o popełnienie przestępstwa zgwałcenia kobiety stanowią jedynie 1–2% wszystkich podejrzanych. Sprawcami zgwałcenia są prawie zawsze mężczyźni. Właściwie dotyczy to wszystkich przestępstw z rozdz. XXV k.k., za wyjątkiem przestępstw okołoprostytycyjnych z art. 204 k.k. Wśród tych przestępstw odsetek podejrzanych kobiet to ok. 50%. Jeżeli chodzi o miejsce zatrudnienia i wykonywane zajęcia (pracę) przez sprawców zgwałcenia oraz innych przestępstw z rozdz. XXV k.k., to statystyki policyjne za lata 2013–2017 właściwie nie uwzględniały tych danych (pole nie było obowiązkowe do wypełnienia).

Tabela 10. Nietrzeźwi sprawcy zgwałcenia w latach 1999–2012

Rok	Podejrzani					
	dorośli			nieletni		
	ogółem	liczba podejrzanych z ustaloną trzeźwością	– w tym nietrzeźwi	Ogółem	liczba podejrzanych z ustaloną trzeźwością	– w tym nietrzeźwi
2012	749	353	227	106	32	9
2011	766	343	245	127	32	7
2010	768	374	250	73	29	14
2009	852	447	288	98	36	9
2008	924	462	307	97	32	8
2007	857	476	321	99	52	8
2006	1.056	609	409	159	60	17
2005	1.089	601	403	94	48	13
2004	1.153	671	441	100	41	10
2003	1.311	742	467	138	65	17
2002	1.304	809	537	172	101	22
2001	1.343	772	521	181	105	21
2000	1.309	788	554	172	96	25
1999	1.172	673	500	134	71	26

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 11. Podejrzani o zgwałcenie w stanie nietrzeźwości i odurzenia w latach 2013–2017

Art. k.k.	2013		2014		2015		2016		2017	
	nietrzeźwi	odurzeni	nietrzeźwi	odurzeni	nietrzeźwi	odurzeni	nietrzeźwi	odurzeni	nietrzeźwi	odurzeni
197 § 1	112	1	136	1	91		103	1	94	2
197 § 2	33		34		36		35		39	1
197 § 3			1							
197 § 3 pkt 1	19		14		16		17		3	
197 § 3 pkt 2	3		6		7		5		4	
197 § 3 pkt 3	1		2		4		4		2	
197 § 4	1		1						1	

Źródło: opracowanie własne.

Znaczny odsetek (liczba) nietrzeźwych bądź odurzonych narkotykami sprawców zgwałcenia jest bardzo charakterystyczny. W przypadku pozostałych przestępstw z rozdz. XXV k.k. jedynie wyjątkowo, w jednostkowych przypadkach,

podejrzani, a później ustaleni sprawcy, byli nietrzeźwi albo odurzeni. Jedynym wyjątkiem od tego są sprawcy czynów z art. 200 § 1 k.k., gdyż w tym przypadku liczba sprawców z zaburzonym stanem świadomości wynosi każdego roku ok. 40.

Tabela 12. Wybrane miejsca popełnienia przestępstwa zgwałcenia (liczba przestępstw stwierdzonych) w latach 2000–2010

Miejsce	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001	2000
Budynek samodzielny	239	308	280	307	352	348	274	815	911	718	776
Budynek wielorodzinny	573	432	451	577	605	569	677				
Dom letni wypożyczkowy	9	9	8	8	18	4	12	29	40	41	38
Centrum handlowe	2	0	2	3	0	1	5	11	9	5	–
Zakład usługowy	1	1	1	2	1	2	5	Brak danych			
Restauracja, bar, pub	10	7	12	13	15	16	38				
Sklep, butik	3	5	4	9	4	3	10				
Pociąg, wagon	2	3	2	2	4	6	2				
Hotel, zajazd	15	Brak danych						15	21	23	21
Komórka, piwnica, strych	Brak danych						25	29	33	35	62
Las, park							127	259	288	280	295
Ulica, droga							–	285	246	286	237
Cmentarz							–	3	1	5	9
Szkoła, internat							–	34	43	46	46

Źródło: opracowanie własne.

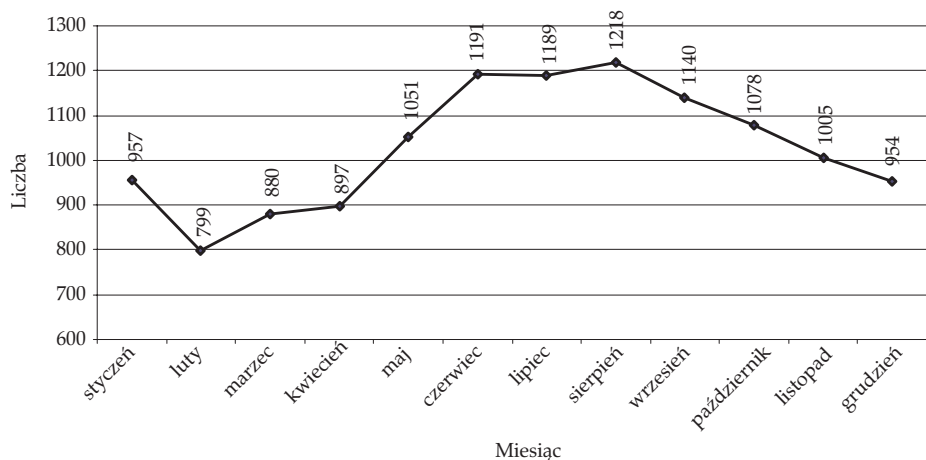
W latach następnym zmieniono nomenklaturę i system gromadzenia danych o miejscu popełnienia przestępstwa (podział na 16 grup, przy czym w każdej grupie znajduje się aż kilkanaście różnych miejsc), co właściwie uniemożliwia dokładne określenie miejsca popełnienia przestępstwa. Do większości zgwałceń dochodzi w budynkach (mieszkaniach) – ok. 60% odnotowanych miejsc (zob. tabela nr 12). W 2017 r. w budynkach mieszkalnych popełniono 3226 przestępstw z rozdz. XXV k.k., w 2016 r. – 3320, w 2015 r. – 1395, w 2014 r. – 2638, a w 2013 r. – 2371 przestępstw. Do znacznej liczby zgwałceń dochodzi też na tzw. wolnym powietrzu (las, park, droga) – ok. 30% odnotowanych miejsc. Pozostałe miejsca (obiekty sportowe i rekreacyjne, sklepy, warsztaty etc.) stanowią niewielki odsetek wśród miejsc, gdzie dochodzi do zgwałcenia – ok. 10%. Najmniej przestępstw seksualnych popełnianych jest w budynkach administracji publicznej (urzędach) oraz w miejscach kultu i im podobnych (kościół, klasztor, plebania, cmentarz). Nie zawsze statystyki odnotowują miejsce popełnienia tych przestępstw. Jako

swego rodzaju ciekawostkę, a przynajmniej nowość, jeżeli chodzi o miejsce popełniania przestępstw, należy odnotować, iż coraz więcej przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności jest popełnianych w sieci komputerowej (w Internecie lub innej sieci komputerowej). W 2017 r. w tzw. cyberprzestrzeni popełniono 1134 przestępstwa z rozdz. XXV k.k., w 2016 r. – 578 takich przestępstw, w 2015 r. – 162, w 2014 r. – 932, a w 2013 r. – 1158.

Tabela 13. Wszczęte postępowania karne o zgwałcenie w poszczególnych miesiącach roku w latach 2004–2009

Miesiąc/Rok	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Razem
styczeń	137	166	150	198	176	130	957
luty	138	132	125	151	141	112	799
marzec	153	138	164	154	117	154	880
kwiecień	151	166	152	146	145	137	897
maj	180	176	190	204	160	141	1051
czerwiec	196	226	183	198	210	178	1191
lipiec	191	211	209	174	205	199	1189
sierpień	249	213	226	160	198	172	1218
wrzesień	220	208	208	161	185	158	1140
październik	172	169	213	184	174	166	1078
listopad	178	167	216	153	161	130	1005
grudzień	161	165	176	144	169	139	954

Źródło: opracowanie własne.



Wykres 4. Liczba wszczętych postępowań karnych z art. 197 k.k. w latach 2004–2009 w poszczególnych miesiącach

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 14. Wiek podejrzanych o zgwałcenie

Art. K.k.	2013						2014						2015					
	Wiek podejrzanych						Wiek podejrzanych						Wiek podejrzanych					
	17-20 lat	21-24 lat	25-29 lat	30-49 lat	< =16 lat	> = 50	17-20 lat	21-24 lat	25-29 lat	30-49 lat	< =16 lat	> = 50	17-20 lat	21-24 lat	25-29 lat	30-49 lat	< =16 lat	> = 50
197 § 1	30	51	66	167	27	61	45	39	58	201	19	58	32	30	51	165	13	52
197 § 2	21	17	17	70	30	26	27	14	23	52	30	35	14	13	21	61	35	38
197 § 3				1					1									
197 § 3 pkt 1	6	8	9	9	1	3	13	8	7	17	3	4	9	8	10	27	6	1
197 § 3 pkt 2	7	4	5	15	4	9	6	4	4	17	6	6	4	1	6	27	10	6
197 § 3 pkt 3	2		2	5	2	2	1	2		5	1	2	2	1	1	6	3	3
197 § 4				1			2			3		1				1		
Art. K.k.	2016						2017											
	Wiek podejrzanych						Wiek podejrzanych											
	17-20 lat	21-24 lat	25-29 lat	30-49 lat	< =16 lat	> = 50	17-20 lat	21-24 lat	25-29 lat	30-49 lat	< =16 lat	> = 50						
197 § 1	27	54	51	175	11	52	29	47	59	181	18	65						
197 § 2	18	16	32	85	25	45	17	18	17	76	21	51						
197 § 3																		
197 § 3 pkt 1	22	5	10	12	8	1	4	6	6	12	7	1						
197 § 3 pkt 2	5	5	4	21	7	9	2	8	10	23	8	12						
197 § 3 pkt 3		2		6	2	2	1	1		7	1	4						
197 § 4				3				1										

Źródło: opracowanie własne.

Najwięcej zgwałceń popełnianych jest w miesiącach letnich (lipiec, sierpień, wrzesień), najmniej w miesiącach zimowych (grudzień, styczeń, luty). Jest to wyraźnie zauważalna i powtarzalna każdego roku prawidłowość. Zapewne jest to związane z uwarunkowaniami klimatycznymi oraz z przypadającym na miesiące letnie okresem urlopów i wakacji. Z dużą ostrożnością należałoby natomiast traktować poważnie wpływ temperatury na libido i wiązać to z liczbą popełnianych zgwałceń.

Podejrzani o zgwałcenia oraz sprawcy zgwałcenia mają najczęściej od 30 do 49 lat (zob. tabela nr 14). To prawidłowość, którą można obserwować na przestrzeni co najmniej ostatnich kilkunastu lat (od 1999 r.). W 2012 r. na ogólną liczbę 514 podejrzanych o zgwałcenie z art. 197 § 1 w wieku 30–49 lat było 240 osób. W dalszej kolejności największy udział w zgwałceniu mają osoby między 25 a 29 rokiem życia. Niejako na trzecim miejscu, w zależności od roku, znajduje się grupa sprawców w wieku od 21 do 24 lat albo w wieku powyżej 50 roku życia.

3. Informacje statystyczne na temat pozostałych przestępstw z rozdz. XXV k.k.

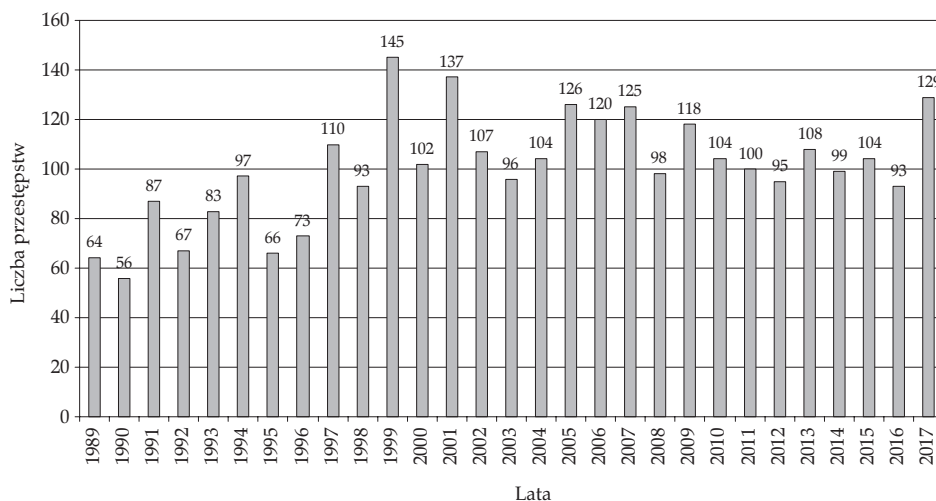
Zgwałcenie z art. 197 k.k. jest najpoważniejszym przestępstwem seksualnym. Dlatego nieprzypadkowo informacje statystyczne dotyczące tego czynu zabronionego (umieszczone powyżej) zajmują znaczną część tego opracowania. Jednak w rozdz. XXV k.k. znajdują się też inne przepisy typizacyjne (od art. 198 do art. 204), których znamiona konstytuują dalsze przestępstwa seksualne. Informacje statystyczne dotyczące tych przestępstw przedstawiam poniżej, ograniczając do niezbędnego komentarz do prezentowanych danych. Jestem pewien, że zamieszczenie w jednym opracowaniu takich informacji, aktualnych, zweryfikowanych i obejmujących kilkadziesiąt lat, jest samoistną wartością, która może i powinna być wykorzystana przy badaniach naukowych nad przestępczością seksualną w Polsce.

Przestępstwem seksualnym, które znajduje się poza rozdz. XXV k.k., jest niewątpliwie zabójstwo związane ze zgwałceniem (art. 148 § 2 pkt 2 k.k.) oraz zabójstwo motywowane seksualnie (art. 148 § 1 lub 2 k.k.) – dawniej zabójstwa takie nazywano zabójstwami z lubieżności. Statystyki policyjne odnotowują każdego roku od kilku do nawet kilkadziesiątu takich zabójstw. Ich wykrywalność wynosi od 80% do 100%. W 1997 r. popełniono 30 zabójstw o charakterze seksualnym (kwalifikowanych jeszcze na podstawie k.k. z 1969 r.), w 1998 r. 20 zabójstw o charakterze seksualnym (art. 148 § 1 k.k. z 1969 r.) i 4 zabójstwa o motywie seksualnym (art. 148 § 1 k.k. z 1997 r.), w 1999 r. odnotowano 28 zabójstw motywowanych seksualnie (art. 148 § 1 lub 2 k.k.), w 2000 r. – 28, w 2001 r. – 22, w 2002 r. – 22, w 2003 r. – 33, w 2004 r. – 25, w 2005 r. – 19, w 2006 r. – 22, w 2007 r. – 21,

w 2008 r. – 19, w 2009 r. – 14, w 2010 r. – 11, w 2011 r. – 14, w 2012 r. – 7, w 2013 r. – 11, w 2014 r. – 6, w 2015 r. – 6, w 2016 r. – 2, a w 2017 r. – 12 zabójstw o charakterze seksualnym.

Tabela 15. Liczba stwierdzonych przestępstw seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności w latach 1989–2017 (obecnie art. 198 k.k.)

Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych	Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba postępowań wszczętych
1989	64	2004	104	143
1990	56	2005	126	150
1991	87	2006	120	168
1992	67	2007	125	159
1993	83	2008	98	153
1994	97	2009	118	161
1995	66	2010	104	165
1996	73	2011	100	166
1997	110	2012	95	197
1998	93	2013	108	195
1999	145	2014	99	249
2000	102	2015	104	230
2001	137	2016	93	233
2002	107	2017	129	274
2003	96	2018	?	?

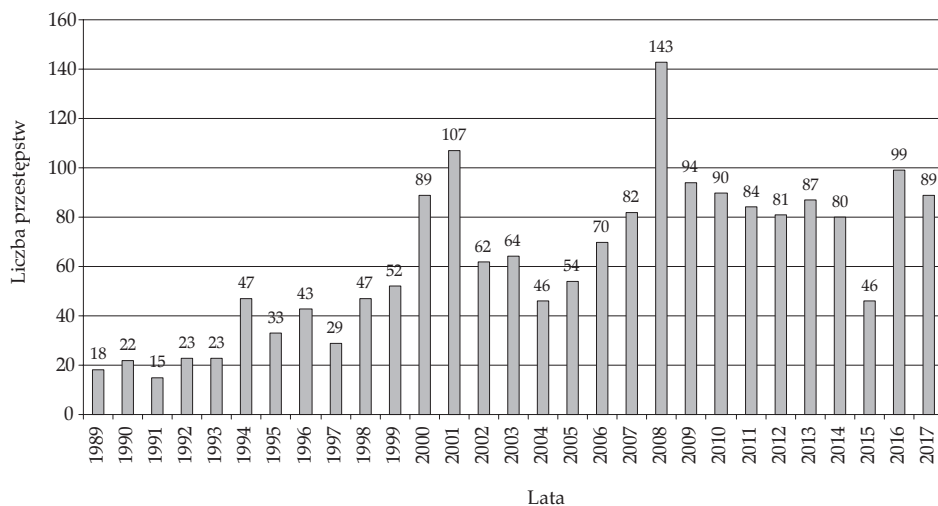


Wykres 5. Liczba stwierdzonych przestępstw seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności w Polsce w latach 1989–2017 (art. 198 k.k.)

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 16. Liczba stwierdzonych przestępstw seksualnego wykorzystania stosunku zależności lub krytycznego położenia w latach 1989–2017 (obecnie art. 199 k.k.)

Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych	Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba postępowań wszczętych
1989	18	2004	46	225
1990	22	2005	54	64
1991	15	2006	70	69
1992	23	2007	82	78
1993	23	2008	143	69
1994	47	2009	94	71
1995	33	2010	90	84
1996	43	2011	84	56
1997	29	2012	81	78
1998	47	2013	87	87
1999	52	2014	80	112
2000	89	2015	46	96
2001	107	2016	99	102
2002	62	2017	89	119
2003	64	2018	?	?



Wykres 6. Liczba stwierdzonych przestępstw seksualnego wykorzystania zależności (art. 199 k.k.) w latach 1989–2017

Źródło: opracowanie własne.

Liczba skazań na podstawie art. 170 k.k. z 1969 r. wahała się zawsze od kilku do kilkunastu rocznie, łącznie 51 skazań w latach 1970–1979, w 1980 r. nie odnotowano żadnego skazania, w 1981 r. — 5 skazań, w 1984 r. — 8 skazań¹⁴. Liczba prawomocnych skazań z art. 199 k.k. wynosiła: w 2003 r. — 18, w 2004 r. — 13, w 2005 r. — 15, w 2006 r. — 7 osób, w 2007 r. — 3 osoby, w 2008 r. — 1 osoba.

Tabela 17. Zestawienie porównawcze wieku małoletnich¹⁵, od którego osiągnięcia uzależniony jest brak karalności dobrowolnych czynności seksualnych z ich udziałem¹⁶

Lp.	Państwo	Stosunki heteroseksualne	Stosunki między mężczyznami	Stosunki między kobietami
1.	Albania	14	14	14
2.	Algieria	16	nielegalne	nielegalne
3.	Andora	16	16	16
4.	Arabia Saudyjska	zakaz cudzołóstwa ¹	nielegalne	nielegalne
5.	Argentyna	13–18	13–18	13–18
6.	Armenia	16	16	16
7.	Australia ²	16	16–18	16–18
8.	Austria	14	14 ³	14
9.	Belgia	16	16	16
10.	Białoruś	16	16	16
11.	Bośnia i Hercegowina	14	14	14
12.	Bułgaria	14	14	14
13.	Chorwacja	14	14	14
14.	Cypr	17	17	17
15.	Czarnogóra	14	14	14
16.	Czechy	15	15	15
17.	Dania	15	15	15
18.	Egipt	18	18	18
19.	Estonia	14	14	14
20.	Finlandia	16	16	16
21.	Francja	15	15	15
22.	Grecja	15	17	15
23.	Gruzja	16	16	16

¹⁴ Por. M. Filar, *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych* [w:] *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, red. I. Andrejew, I. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 186.

¹⁵ Tzw. wiek pełnoletności seksualnej – *age of consent*.

¹⁶ Opracowanie własne.

Lp.	Państwo	Stosunki heteroseksualne	Stosunki między mężczyznami	Stosunki między kobietami
24.	Hiszpania ⁴	13	13	13
25.	Holandia	12/16	12/16	12/16
26.	Indie	16	18	18
27.	Irlandia	15/17	15/17	15/17
28.	Islandia	15	15	15
29.	Izrael	16	16	16
30.	Japonia	13	13	13
31.	Kanada	14/16	18	14
32.	Kolumbia	14	14	14
33.	Korea Południowa	13	13	13
34.	Korea Północna	17	17	17
35.	Kosowo	14	14	14
36.	Kostaryka	15	nielegalne	nielegalne
37.	Liechtenstein	14	14	14
38.	Litwa	14	14	14
39.	Luksemburg	16	16	16
40.	Meksyk	12/18	12/18	12/18
41.	Monako	15	15	15
42.	Niemcy	14	14	14
43.	Nigeria	13	nielegalne	nielegalne
44.	Norwegia	14	14	14
45.	Nowa Zelandia	16	16	16
46.	Pakistan	18	nielegalne	nielegalne
47.	Polska	15	15	15
48.	Portugalia	14	14	14
49.	Rosja	16	16	16
50.	RPA	16	16	16
51.	Rumunia	14/15	nieokreślony	nieokreślony
52.	San Marino	14/16	14/16	14/16
53.	Serbia	14	14	14
54.	Słowacja	15	15	15
55.	Słowenia	15	15	15
56.	Sudan	zakaz cudzołóstwa	nielegalne	nielegalne
57.	Szwajcaria	16	16	16
58.	Szwecja	15	15	15

Lp.	Państwo	Stosunki heteroseksualne	Stosunki między mężczyznami	Stosunki między kobietami
59.	Tajlandia	15	15	15
60.	Tajwan	16	16	16
61.	Turcja	18	18	18
62.	USA ⁵	15–18	15–18/nielegalne	15–18/nielegalne
63.	Wenezuela	16	16	16
64.	Węgry	14	14	14
65.	Włochy ⁶	13/14	13/14	13/14
66.	Zjednoczone Emiraty Arabskie	zakaz cudzołóstwa	nielegalne	nielegalne

¹ Czynności seksualne dozwolone wyłącznie między małżonkami.

² W zależności od terytorium bądź stanu w Australii występują pewne różnice w tym zakresie.

³ Od 2002 r. Wcześniej – do 1971 r. stosunki homoseksualne były nielegalne, a do 2002 r. granica wieku dla takich stosunków wynosiła 18 lat.

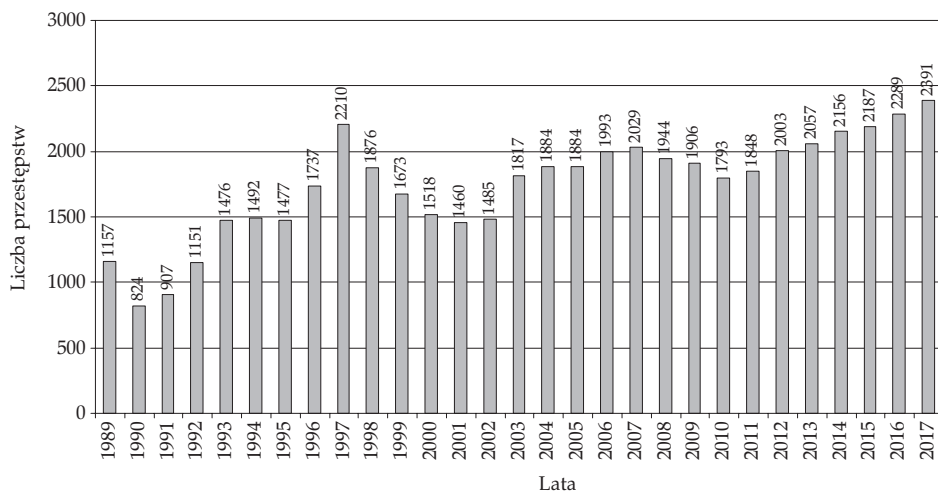
⁴ Do 1999 r. – 12 lat.

⁵ W zależności od regulacji stanowej.

⁶ 13 lat, o ile partner nie jest starszy o więcej niż 3 lata.

Tabela 18. Liczba stwierdzonych przestępstw seksualnego wykorzystania małoletniego w Polsce w latach 1989–2017 (obecnie art. 200 § 1 k.k.; § 2 uchylony w 2014 r.)

Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych	Rok	Liczba postępowań wszczęte	Liczba przestępstw stwierdzonych
1989	1157	2004	1884	1923
1990	824	2005	1884	1697
1991	907	2006	1993	1687
1992	1151	2007	2029	1882
1993	1476	2008	1944	1683
1994	1492	2009	1906	1657
1995	1477	2010	1793	1532
1996	1737	2011	1848	1533
1997	2210	2012	2003	1344
1998	1876	2013	2057	1454
1999	1673	2014	2156	1104
2000	1518	2015	2187	1096
2001	1460	2016	2289	1241
2002	1485	2017	2391	1324
2003	1817	2018	?	?



Wykres 7. Liczba stwierdzonych przestępstw seksualnego wykorzystania małoletniego w Polsce w latach 1989–2017 (art. 200 k.k.)

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 19. Wiek podejrzanych o popełnienie przestępstwa z art. 200 § 1 k.k.; w latach 2013–2017

2013						2014					
17–20 lat	21–24 lat	25–29 lat	30–49 lat	<=16 lat	>= 50	17–20 lat	21–24 lat	25–29 lat	30–49 lat	<=16 lat	>= 50
148	75	61	223	143	116	143	73	58	226	146	119
2015						2016					
17–20 lat	21–24 lat	25–29 lat	30–49 lat	<=16 lat	>= 50	17–20 lat	21–24 lat	25–29 lat	30–49 lat	<=16 lat	>= 50
133	67	67	202	152	104	134	47	50	226	139	111
2017											
17–20 lat	21–24 lat	25–29 lat	30–49 lat	<=16 lat	>= 50						
118	63	46	235	147	145						

Tabela 20. Uwiedzenie małoletniego poniżej 15 lat za pomocą systemu teleinformatycznego – art. 200a § 1 i 2 k.k.; w latach 2010–2017

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba przestępstw wykrytych	Wskaźnik wykrywalności w %
2017	676	626	496	79,1
2016	1058	339	233	68,5
2015	562	275	221	80,1
2014	156	129	96	73,8
2013	129	132	111	82,8
2012	84	74	61	80,3
2011	64	62	38	61,3
2010	34	6	2	33,3

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 21. Propagowanie pedofilii – art. 200b k.k.; w latach 2010–2017

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba przestępstw wykrytych	Wykrywalność (w %)
2017	3	3	2	66,7
2016	9	0	0	0
2015	4	2	0	0
2014	6	4	2	50
2013	6	2	0	0
2012	12	7	4	57,1
2011	5	5	2	40
2010	2	0	0	0

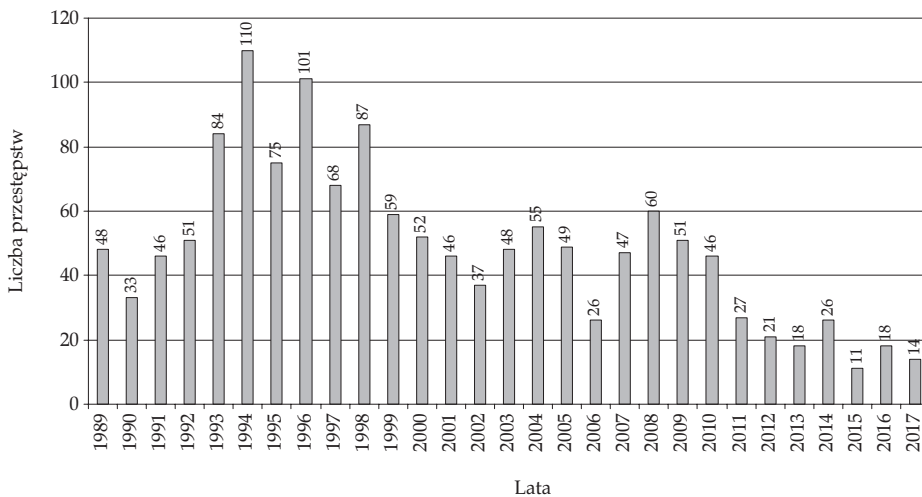
Źródło: opracowanie własne.

Tabela nr 22. Liczba stwierdzonych przestępstw kazirodztwa – art. 201 k.k.; w latach 1999–2017

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych
2017	18	14
2016	33	18
2015	31	11
2014	41	26
2013	42	18
2012	40	21
2011	40	27
2010	46	135
2009	51	51

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych
2008	60	28
2007	51	47
2006	44	26
2005	51	49
2004	58	55
2003	52	48
2002	36	37
2001	34	46
2000	38	52
1999	43	59

Źródło: opracowanie własne.



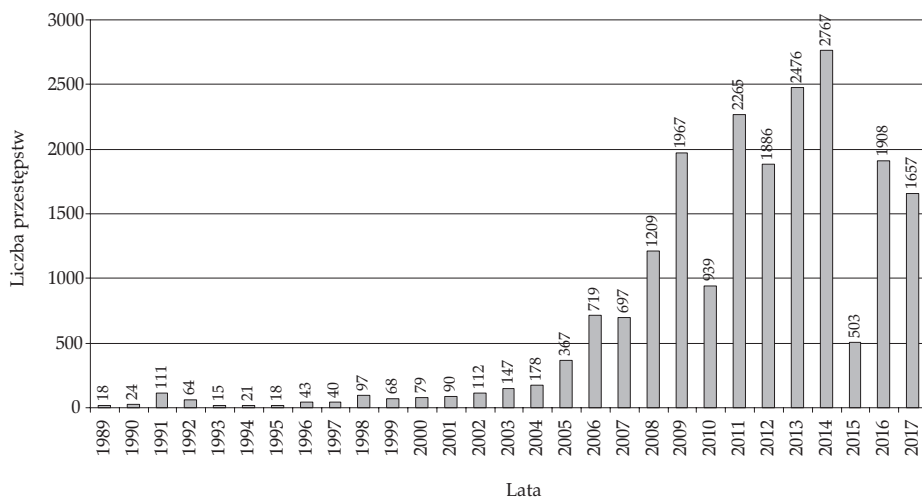
Wykres 8. Liczba stwierdzonych przestępstw kazirodztwa w Polsce w latach 1989–2017 (art. 201 k.k.)

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 23. Liczba wszczętych postępowań i stwierdzonych przestępstw związanych z pornografią (treściami pornograficznymi) – art. 202 § 1–4b k.k.; w latach 1999–2017

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych
2017	552	1657
2016	530	1908
2015	475	503
2014	350	2767
2013	426	2476
2012	439	1886
2011	584	2265
2010	697	939
2009	909	1967
2008	722	1209
2007	589	697
2006	420	719
2005	318	366
2004	148	178
2003	80	147
2002	86	112
2001	48	90
2000	36	79
1999	33	68

Źródło: opracowanie własne.



Wykres 9. Liczba stwierdzonych przestępstw związanych z pornografią w Polsce w latach 1989–2017 (art. 202 k.k.)

Źródło: opracowanie własne.

Swoistym fenomenem jest odnotowany przez statystyki bardzo dynamiczny wzrost przestępstw związanych z pornografią. W czasach gdy absolutnie wszelkie przejawy pornografii były zakazane (w okresie obowiązywania k.k. z 1969 r.), odnotowywano zaledwie od kilkunastu do kilkudziesięciu przestępstw każdego roku (zob. tabela nr 23 oraz wykres nr 9). Liberalizacja przepisów dotyczących pornografii w k.k. z 1997 r. początkowo nie wpłynęła na liczbę stwierdzonych przestępstw tego rodzaju. Jednak zmiany w kodeksie karnym, dokonywane w obrębie art. 202 k.k. (począwszy od 2005 r.), a polegające na dodawaniu coraz to nowych typów przestępstw związanych z pornografią oraz coraz surowszych zagrożeń karnych, doprowadziły do sytuacji, w której przestępstwa dotyczące pornografii (treści pornograficznych) liczone są na tysiące i w strukturze przestępstw seksualnych w 2017 r. wysunęły się na pierwsze miejsce, stanowiąc 35% wszystkich popełnianych przestępstw seksualnych w Polsce (zob. rys. nr 5). Wydaje się, że mamy tu do czynienia z zaangażowaniem sił i środków wymiaru sprawiedliwości karnej nieproporcjonalnie wielkich w stosunku do społecznej szkodliwości czynów z art. 202 k.k.

Tabela 24. Liczba przestępstw zmuszania do prostytucji w Polsce – art. 203 k.k., w latach 1999–2017

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych
2017	17	28
2016	14	25
2015	24	22
2014	30	30
2013	30	17
2012	28	26
2011	16	19
2010	23	28
2009	22	33
2008	19	35
2007	28	55
2006	33	42
2005	34	35
2004	40	46
2003	29	47
2002	24	63
2001	25	48
2000	25	26
1999	16	24

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 25. Zmuszanie do prostytucji w Polsce; liczba postępowań i przestępstw stwierdzonych – art. 203 k.k. – w latach 2004–2017

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba postępowań zakończonych	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba przestępstw wykrytych	Liczba wniosków o objęcie aktem oskarżenia
2017	17	15	28	27	–
2016	14	26	25	20	–
2015	24	24	22	22	9
2014	30	36	31	28	14
2013	30	35	18	15	5
2012	28	30	26	24	23
2011	16	21	19	19	19
2010	23	36	28	25	25
2009	22	23	33	32	32
2008	19	23	35	34	34
2007	28	32	55	51	43
2006	33	33	42	42	41
2005	34	38	35	32	32
2004	40	37	46	43	43

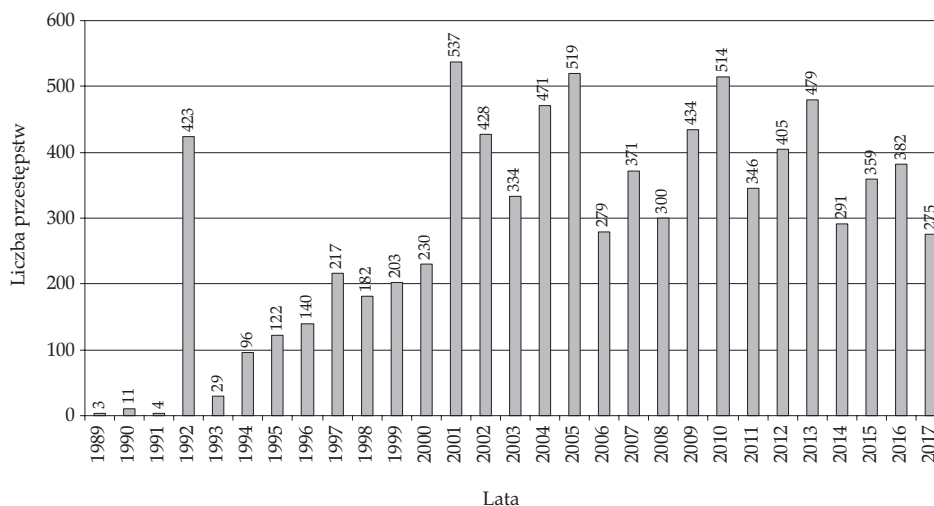
Źródło: opracowanie własne.

Tabela 26. Liczba przestępstw tzw. ekonomicznej eksploatacja prostytucji w Polsce; art. 204 § 1–3 k.k.; w latach 1999–2017

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych
2017	91	247
2016	74	357
2015	107	337
2014	127	261
2013	153	462
2012	86	379
2011	85	328
2010	104	489
2009	85	401
2008	101	238
2007	81	316
2006	120	237
2005	128	484
2004	123	425
2003	124	287

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych
2002	112	364
2001	116	489
2000	123	204
1999	77	179

Źródło: opracowanie własne.



Wykres 10. Liczba stwierdzonych przestępstw związanych z prostytucją w Polsce w latach 1989–2017 (łącznie art. 203 i 204 k.k.)

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 27. Stręczyicielstwo, sutenerstwo, kuplerstwo, w tym również w stosunku do osób małoletnich w Polsce – art. 204 § 1–3 k.k.

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba postępowań zakończonych	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba przestępstw wykrytych	Liczba wniosków o objęcie aktem oskarżenia
2017	91	110	247	243	?
2016	74	109	357	337	?
2015	107	122	341	331	53
2014	127	183	264	260	161
2013	153	159	452	444	155
2012	86	134	378	374	364
2011	85	142	327	319	315
2010	103	153	486	483	480
2009	83	131	395	391	388

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba postępowań zakończonych	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba przestępstw wykrytych	Liczba wniosków o objęcie aktem oskarżenia
2008	95	145	235	233	231
2007	75	128	315	311	309
2006	113	144	234	229	224
2005	119	208	481	471	452
2004	114	168	419	410	409

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 28. Stręczycielstwo, sutenerstwo, kuplerstwo, wobec osób małoletnich w Polsce – art. 204 § 3 k.k.

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba postępowań zakończonych	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba przestępstw wykrytych	Liczba wniosków o objęcie aktem oskarżenia
2017	5	4	2	2	?
2016	4	7	5	5	?
2015	2	5	6	6	2
2014	5	9	10	11 (1 z lat wcześniejszych)	6
2013	11	8	7	6	1
2012	6	11	20	19	14
2011	9	15	25	24	22
2010	9	16	28	29 (1 z roku wcześniejszego)	28
2009	13	18	20	19	19
2008	10	17	21	21	20
2007	10	16	44	43	43
2006	14	20	29	27	23
2005	19	28	59	59	57
2004	13	18	43	42	42

Źródło: opracowanie własne.

4. Zagadnienia prawnoporównawcze

W porównaniu z innymi krajami skala przestępstw seksualnych związanych z użyciem przemocy (w tym zgwałcenie) w Polsce jest niewielka, zarówno w liczbach bezwzględnych, jak i w porównaniu na 100 tys. mieszkańców. W Unii

Europejskiej rozmiary przestępczości seksualnej są monitorowane m.in. przez Eurostat. W 2015 r. popełniono w UE 215 000 przestępstw seksualnych z użyciem przemocy, w tym 80 000 zgwałceń. 99% skazanych i osadzonych sprawców tych przestępstw to mężczyźni. Ofiarami w 90% były kobiety. Do krajów o największej liczbie przestępstw seksualnych (dane za 2015 r.) należy Anglia i Walia (64 500 przestępstw seksualnych, z czego 35 800 – czyli ok. 55%, to zgwałcenia); Niemcy (34 300 przestępstw seksualnych, z czego 7000 – czyli ok. 20% to zgwałcenia); Francja (32 900 przestępstw, w tym 13 000 zgwałceń – ok. 40% i Szwecja (17 300 przestępstw, w ty, 5500 zgwałceń – ok. 33%). Według danych Eurostatu za 2015 r. przestępstw takich (*Sexual violence offences*)¹⁷ było w Polsce 2755. Dane zaprezentowane w czterech tabelach (tabela nr 29, 30, 31, 32) wskazują wyraźnie i jednoznacznie, że jeżeli chodzi o poziom przestępczości seksualnej w Polsce, z uwzględnieniem najpoważniejszego z tych przestępstw (najbardziej społecznie szkodliwego), czyli zgwałcenia, to należymy do grupy państw o raczej umiarkowanym poziomie (rozmiarach) prezentowanej przestępczości. Nie jesteśmy krajem, w którym szaleje przestępczość seksualna. Używanie argumentów odwołujących się do wielkich rozmiarów tej przestępczości, jej wzrostu i wynikających z tego zagrożeń, np. w procesie legislacyjnym, jest więc niczym nieuzasadnione.

Tabela 29. Liczba zgwałceń stwierdzonych w wybranych krajach w latach 2008–2015

Kraj	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Anglia i Walia	13 096	15 074	15 892	16 038	16 374	20 751	29 300	35 798
Belgia	3231	3152	3308	3397	3405	3345	3070	2865
Bułgaria	262	246	211	157	187	164	148	119
Czechy	529	480	586	675	669	589	669	598
Dania	396	352	954	853	869	839	837	1 051
Estonia	160	124	81	91	143	135	147	161
Francja	10 277	9842	10 108	10 406	10 885	11 171	12 157	12 956
Hiszpania	2437	2051	1578	1513	1280	1298	1239	1229
Holandia	1945	1920	1660	1605	1410	1210	1180	1195
Niemcy	7292	7314	7724	7539	8031	7408	7345	7022
Polska	1611	1530	1567	1498	1432	1362	1893	1233
Szwecja	4901	5453	5479	6059	5949	5634	6294	5544

Źródło: Źródło: opracowanie własne na podstawie: Rape at the national level, number of police-recorded offences; provided by UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) – Biuro Narodów Zjednoczonych ds. narkotyków i przestępczości.

¹⁷ Nomenklatura według *International classification of crime for statistical purposes (ICCS)*.

Tabela 30. Liczba zgwałceń na 100 tys. mieszkańców w wybranych krajach w latach 2008–2015

Kraj	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Anglia i Walia	23,88	27,29	28,54	28,55	28,95	36,44	51,04	62,07
Belgia	29,97	29,04	30,27	30,87	30,73	29,99	27,35	25,36
Bułgaria	3,49	3,30	2,85	2,13	2,55	2,25	2,04	1,92
Czechy	5,09	4,59	5,58	6,41	6,34	5,59	6,35	5,67
Dania	7,21	6,37	17,19	15,30	15,52	14,92	14,82	18,54
Estonia	11,94	9,28	6,08	6,85	10,80	10,23	11,17	12,27
Francja	16,49	15,71	16,05	16,45	17,13	17,50	18,96	20,12
Hiszpania	5,32	4,43	3,39	3,24	2,74	2,79	2,68	2,66
Holandia	11,77	11,58	9,98	9,62	8,42	7,20	7,00	7,06
Niemcy	9,04	9,08	9,60	9,37	9,98	9,19	9,11	8,74
Polska	4,18	3,97	4,06	3,88	3,71	3,53	4,90	3,19
Szwecja	53,12	58,61	58,40	64,03	62,34	58,54	64,86	56,69

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 31. Liczba seksualnych wymuszeń (*sexual violence*) stwierdzonych w wybranych krajach, w latach 2012–2016

Kraj	2012	2013	2014	2015	2016
Anglia i Walia	38 930	46 866	64 192	77 048	87 181
Bułgaria	686	632	610	603	554
Czechy	1410	1417	1429	1419	1378
Dania	1904	1843	1908	2176	3313
Estonia	248	240	199	284	271
Francja	26783	27778	30959	33283	35765
Hiszpania	9008	8923	9468	9869	8726
Niemcy	36 277	35 330	34 959	34 265	37 166
Polska	–	3055	2931	2755	3155
Szwecja	16 174	14 891	16 910	15 237	17 681

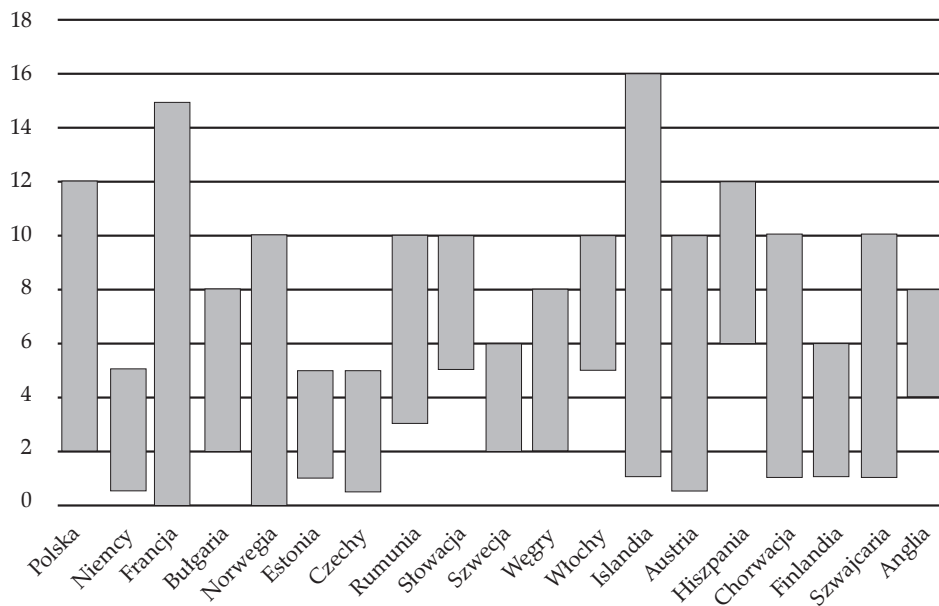
Źródło: opracowanie własne na podstawie: Recorded offences by offence category – police data; Eurostat 2018, <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do> [dostęp: 03.10.2018]. Dane dla Polski dostępne dopiero od 2013 r.

Tabela 32. Liczba seksualnych wymuszeń na 100 tys. mieszkańców w wybranych krajach, w latach 2008–2016

Kraj	2012	2013	2014	2015	2016
Anglia i Walia	69,06	82,57	112,27	133,60	41,31
Bułgaria	9,36	8,68	8,42	8,37	7,74
Czechy	13,42	13,47	13,59	13,47	13,06
Dania	34,12	32,90	33,91	38,45	58,05
Estonia	18,71	18,18	15,12	21,60	20,59
Francja	41,03	42,34	46,95	50,06	53,57
Hiszpania	19,24	19,10	20,36	21,25	18,79
Niemcy	45,16	43,88	43,28	42,20	45,23
Polska	–	8,03	7,71	7,25	8,31
Szwecja	170,56	155,83	175,33	156,32	179,48

Źródło: opracowanie własne.

Poza Europą według ONZ¹⁸ w 2008 r. zarejestrowano w USA 89 000 zgwałceń. W przeliczeniu na 100 tys. ludności daje to 28,6. Sąsiadująca z USA Kanada ma ten wskaźnik na poziomie 1,7. Krajami o największej liczbie zgwałceń na 100 tys.



Wykres 11. Zagrożenie karą pozbawienia wolności za zgwałcenie w typie podstawowym w wybranych krajach

Źródło: opracowanie własne.

¹⁸ United Nations Survey of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems (UN-CTS).

ludności są jednak kraje afrykańskie: RPA – 132,4; Botswana – 92,9; Lesotho – 82,7 i Swaziland – 77,5. W Europie przoduje Szwecja: 63,5 na 100 tys. mieszkańców (6294 zgwałcenia w 2014 r.), gdzie odnotowuje się (porównywalnie) 13 razy więcej zgwałceń niż w Polsce (4,98 na 100 tys. mieszkańców).

W USA, według National Sexual Violence Resource Center, sprawcami zgwałceń w 91% są mężczyźni, a kobiety w 9%, a 80% ofiar znało wcześniej sprawcę. Szacuje się, że w USA 63% zgwałceń nie jest zgłaszanych na policję, a liczba fałszywych oskarżeń wynosi od 2% do 10% (w zależności od charakterystyki społeczności lokalnej i środowiska).

Jarosław Warylewski

THE SIZE, DYNAMICS AND STRUCTURE OF SEXUAL CRIME IN POLAND IN THE YEARS 1989–2016

The paper, which is devoted to sexual crime in Poland, focuses on the statistical analysis of the size, dynamics (changes) and structure of offences covered by Chapter XXV of the Criminal Code of 1997 "Crimes against sexual freedom and decency". The Author presents a criminological diagnosis of the state of sexual crime in Poland in the last 28 years, which is formulated with the use of criminal statistics methods. First of all, the data of police statistics have been presented, regarding the number of offenses detected, the level of detection, the sex of the perpetrators, their age and mental state (state of consciousness). The above analysis is complemented by comparative elements regarding the number of sexual crimes in selected European countries.



Jerzy Zajadło

Uniwersytet Gdański

jzajadlo@prawo.ug.edu.pl

LORD MANSFIELD I NARODZINY PRAWA AUTORSKIEGO

Dokładnie trzysta lat temu, wiosną 1718 r., pewien trzynastoletni chłopiec od był samotnie konno podróż ze Szkocji do Londynu. Ta wyjątkowo niebezpieczna eskapada po drogach i bezdrożach wyspy zajęła mu prawie dwa miesiące, ale dotarł szczęśliwie. Jechał, by podjąć naukę w najbardziej prestiżowej podówczas angielskiej szkole, Westminster School, i już nigdy nie miał powrócić do rodzinnego Scone Palace w Szkocji. Nigdy nie zobaczył też już ponownie swoich kochających rodziców, którzy wysłali go w daleką i pełną niebezpieczeństw podróż. Nazywał się William Murray i w przyszłości miał się stać najślynniejszym sędzią w historii Anglii.

W historii jurysprudencki znany jest powszechnie pod innym imieniem – jako pierwszy hrabia Mansfield (1st Earl of Mansfield, w skrócie Lord Mansfield). Jego interesująca biografia i orzecznictwo stanowią kawałek historii ważny nie tylko w dziejach Anglii i Szkocji, lecz także Europy, a być może nawet świata¹. Jego

¹ Istnieje kilka biografii tej postaci. Pierwsza powstała już kilka lat po śmierci Lorda Mansfield (J. Holliday, *The Life of William Late Earl of Mansfield*, London 1797), nieco później obszernie rozdziały zamieszczono w historii angielskich Chief Justices (J. Lord Campbell, *The Lives of the Chief Justices of England. From the Conquest Till the Death of Lord Mansfield*, John Murray, London 1849, vol. II, s. 30–584,) i wybitnych angielskich sędziów (W.N. Welsby, *Lives of Eminent English Judges of the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, S. Sweet, London 1846, s. 368–448). Istnieje też kilka opracowań bardziej współczesnych: C.H.S. Fifoot, *Lord Mansfield*, Aalen 1977 (reprint pierwszego wydania Clarendon Press Oxford 1936); E. Heward, *Lord Mansfield. A Biography of William Murray, 1st Earl of Mansfield, Lord Chief Justice for 32 Years*, Chichester–London 1979; J. Oldham, *English Common Law in the Age of Mansfield*, Chapel Hill–London 2004; E.B. Lowrie, *Lord Chief Justice Mansfield. Dark Horse of the American Revolution*, Bloomington 2016; N.S. Poser, *Lord Mansfield, Justice in the Age of Reason*, Montreal & Kingston–London–Ithaca 2013. Niezależnie od tego obszerny, ponad stustronicowy rozdział można też odnaleźć w monumentalnej dwunastotomowej historii prawa angielskiego Williama Holdswortha – *A History of English Law*, London 1938, vol. XII, s. 464–583. W literaturze polskiej J. Zajadło, *Lord Mansfield. Sędzią Być*, Gdańsk 2018.

sędziowską sławę najlepiej oddaje następujące zdanie Edwarda Thurlowa (Lord Chancellor w latach 1778–1783): „Lord Mansfield był rzeczywiście zadziwiający, w dziewięćdziesięciu dziewięciu przypadkach na sto miał rację, a jeśli się mylił, to zaledwie jeden prawnik na stu był to w stanie rozpoznać”². Ta opinia jest zapewne mocno przesadzona, zdarzały mu się oczywiście pomyłki i wadliwe wyroki, współcześni mu prawnicy nie zawsze się z nim zgadzali, a jego precedensowe orzeczenia były przełamywane przez innych sędziów i Izbę Lordów, zwłaszcza już po jego rezygnacji z funkcji Chief Justice w 1788 r. Ale faktem jest również, że w kilkudziesięcioletniej karierze sędziego zdania odrębne ze strony kolegów wobec przygotowanych przez niego orzeczeń przytrafiały mu się relatywnie rzadko. Czasami mogło to oczywiście wynikać z przysługującego mu imperium, ale najczęściej było wynikiem jego ogromnej wiedzy i przekonującej argumentacji.

Współcześni biografowie raczej unikają tego typu „hagiograficznego” patosu i koncentrują się przede wszystkim na tym, co z dorobku orzeczniczego Lorda Mansfield zachowało aktualność po dzień dzisiejszy. Autor najbardziej obszernej i szczegółowej monografii, Norman S. Poser, ocenia, że wielkość Lorda Mansfield jako sędziego opierała się na dwóch podstawach: „Po pierwsze, na długotrwałym oddziaływaniu jego decyzji, ponieważ były oparte na dążeniu do dopasowania prawa do zmieniających się warunków i na fundamentalnych zasadach. Po drugie, na wzbogacaniu prawa elementami moralności”³. W literaturze prawniczej i orzecznictwie sądowym kultury *common law* wyroki Lorda Mansfield były przywoływane wyjątkowo często. Nie byłoby być może w tym nic nadzwyczajnego, gdyby nie fakt, że zapadły ponad dwieście lat temu, a cytowane są także współcześnie. Okazuje się np., że amerykański Sąd Najwyższy (Supreme Court) od chwili swojego powstania aż po dzień dzisiejszy przywoływał orzeczenia Lorda Mansfield ponad trzysta trzydzieści razy i to z bardzo różnych obszarów prawa i instytucji prawnych – od prawa handlowego, przez kontrakty, delikty, bezpodstawne wzbogacenie, spadki, zniesławienie, władzę rodzicielską, wolność prasy, aż po prawo karne i konstytucyjne. Jeśli dodamy do tego trudne do policzenia orzeczenia amerykańskich sądów niższych instancji oraz sądów australijskich, brytyjskich, indyjskich, izraelskich, kanadyjskich, nowozelandzkich czy południowoafrykańskich, to trzeba przyznać, że rzeczywiście mamy do czynienia z fenomenem *sui generis*.

Lord Mansfield nie używał oczywiście wprawdzie tego pojęcia, ale wszystko wskazuje na to, że jego filozofia prawa wręcz idealnie odpowiadała temu, co Roland Dworkin określał ponad dwa stulecia później mianem integralności (*integrity*). Tutaj jako sędzia Lord Mansfield nie miał jednak łatwego zadania – działał

² J. Croake, *Curiosities of Law and Lawyers*, London 1882, s. 35; cyt. za: W. Swain, *The Law of Contract 1670–1870*, Cambridge 2015, s. 76.

³ N.S. Poser, *Lord Mansfield...*, s. 218.

bowiem w systemie, który dosyć sztywno oddzielał od siebie *common law* i *equity* (także w zakresie kompetencji poszczególnych sądów), a jednocześnie wykazywał programowy dystans wobec dorobku prawa rzymskiego. Współcześni komentatorzy orzecznictwa Lorda Mansfield podkreślają w związku z tym, że być może na tym właśnie polegała jego największa zasługa. Próbował bowiem połączyć w jedną całość te trzy tradycje – *common law*, *equity* i *roman law*, przy czym jeśli chodzi o ten ostatni element, to nie bez znaczenia pozostawało jego szkockie pochodzenie, ponieważ prawo szkockie, w odróżnieniu od prawa angielskiego, było oparte przede wszystkim właśnie na prawie rzymskim.

Do tego dochodziło dążenie do inkorporacji do systemu prawa norm pozaprawnych, zwłaszcza norm moralnych i kierowanie się poczuciem sprawiedliwości oraz zdrowym rozsądkiem. Niektórzy współcześni mieli mu to za złe – po pierwsze, że wkracza w nie swoje kompetencje i do opartego na *common law* orzecznictwa Court of King's Bench wprowadza elementy *equity*, zastrzeżonego dla Court of Chancery; po drugie, że odwołując się do poczucia sprawiedliwości, tak naprawdę orzeka na podstawie swoich subiektywnych i arbitralnych przekonań etycznych. Dodajmy jednak, że Lordowi Mansfield nie chodziło o odwoływanie się do własnych przekonań moralnych, lecz raczej o pewne funkcjonujące w społeczeństwie normy pozaprawne, które dzisiaj określilibyśmy mianem moralności publicznej. Widać to najlepiej na przykładzie prawa handlowego (*commercial law*) – Lord Mansfield dokonał jego bardzo istotnej modyfikacji wzbogacając *common law* o funkcjonujące w środowisku kupców faktyczne zwyczaje i obyczaje (*lex mercatoria*)⁴. W praktyce sądowej przełożyło się to np. na powoływanie w tych sprawach ławy przysięgłych złożonej z przedstawicieli tego konkretnego środowiska (*special jury*), ponieważ to ono znało najlepiej potrzeby i możliwości obrotu handlowego w wymiarze krajowym i międzynarodowym. Z dzisiejszej perspektywy moglibyśmy więc powiedzieć, że Lord Mansfield miał pewne całościowe i systemowe podejście do prawa (wspomniane *integrity* w rozumieniu Dworkina), a w jego stosowaniu posługiwał się specyficznie pojętą

⁴ We współczesnej polskiej literaturze prawniczej (M. Drózd, *Zawarcie umowy w drodze oferty na podstawie Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowych sprzedaży towarów*, Warszawa 2016, s. 6 i nn.) istotę *lex mercatoria* opisuje się w następujący sposób: „Po pierwsze, wskazuje się, że *lex mercatoria* stanowi zbiór zasad i zwyczajów należących do międzynarodowego prawa handlowego, który nie obejmuje norm ustawodawstw wewnętrznych. Druga z zaproponowanych w doktrynie definicji opisuje *lex mercatoria* jako system prawny, którego normy uwzględniają zwyczaje handlowe ukształtowane w praktyce handlu międzynarodowego. Trzecia utożsamia »prawo kupców« z zespołem norm prawnych o charakterze uniwersalnym wywodzących się z praktyki oraz zwyczajów handlowych. Według części komentatorów »prawo kupców« stanowi ogół zwyczajów handlowych ukształtowanych w praktyce obrotu międzynarodowego, które są określane mianem »autonomicznego prawa handlowego«. Najczęściej jednak w doktrynie używana jest definicja zaproponowana przez B. Goldmana, który wskazał, że oznacza ono zbiór reguł i zwyczajów odnoszących się do handlu międzynarodowego. B. Goldman podkreślał także, że prawo to jest niezależne od jakichkolwiek reguł ustanowionych w wewnętrznych systemach prawnych”.

wykładnią systemową – w warunkach *common law* opartego na rozumianych wąsko i kazuistycznie precedensach, była to istotna modyfikacja samej filozofii sądzenia.

Takie stanowisko wymagało oczywiście radykalnej zmiany podejścia do prawa precedensowego. Lord Mansfield działający przede wszystkim na podstawie *common law* nie lekceważył oczywiście znaczenia precedensu i stał na gruncie jego deklaratoryjnej teorii⁵, ale mimo to dokonał w tym zakresie pewnej fundamentalnej modyfikacji: orzekną tak samo lub podobnie jak to zrobił wcześniej inny sąd w podobnej sprawie nie dlatego, że on też tak orzekł, lecz dlatego, że jego orzeczenie wynikało z obowiązującej reguły i tylko tę regułę potwierdziło, a więc ja w imię pewności prawa, dopóki reguła obowiązuje, powinienem zrobić tak samo lub podobnie. Widać w tym jednak także zdroworoządkowe podejście Lorda Mansfield – reguła mnie wiąże, ale to nie oznacza, że nie mogę jej obalić, zwłaszcza wówczas, gdy straciła swoją aktualność, nie prowadzi do sprawiedliwego rozstrzygnięcia i podążanie za nią po prostu przeczy rozumowi. W jednym ze swoich orzeczeń (*Jones v. Randall*, 1774) sędzia stwierdził więc z pewnym sarkazmem i ironią, że „prawo byłoby dziwną nauką, gdybyśmy musieli wracać do czasów Ryszarda I, by zobaczyć, co jest prawem”. Wkraczamy jednak w tym momencie na grunt pewnej fundamentalnej współczesnej dyskusji – „aktywizm czy pasywizm sędziowski?“, która wbrew pozorom i trochę paradoksalnie dotyczyła także Lorda Mansfield⁶.

Oderwijmy się jednak na chwilę od historii i od faktu, że ten dylemat ma zupełnie inny wymiar na gruncie *common law*, a inny na gruncie kontynentalnej kultury prawa stanowionego i spójrzmy na problem w sposób bardziej uniwersalny. W kulturze prawa stanowionego chodzi o problem wkraczania sędziego w kompetencje ustawodawcy, z kolei w kulturze *common law* o przesadne przełamywanie precedensów i tworzenie nowych reguł – mechanizm jest jednak ten sam: nagle o to sędzia wykracza poza swoją naturalną sferę stosowania oraz wykładni prawa i wkracza (nadmiernie czy w ogóle?) w sferę prawotwórstwa. Tak więc Lord Mansfield doskonale by zrozumiał pytanie „aktywizm czy pasywizm sędziowski?“, ale jego odpowiedź byłaby wprawdzie jednoznaczna, chociaż zrelatywizowana kolejnymi pytaniami: oczywiście aktywizm, ale dlaczego, po co i co to znaczy? W związku z tym James Oldham proponuje przeanalizowanie orzecznictwa Lorda Mansfield z punktu widzenia różnych form aktywizmu: 1) sięganie do prawa międzynarodowego i prawa obcego; 2) stosowanie zasad

⁵ Takie rozumienie istoty precedensu przez Lorda Mansfield podkreśla wielu współczesnych teoretyków i filozofów prawa – w literaturze polskiej na ten temat ostatnio, chociaż w paru punktach w szczegółach nieco odmiennie zob. T. Zych, *W poszukiwaniu pewności prawa. Precedens a przewidywalność orzeczeń sądowych w tradycji prawa anglosaskiego*, Toruń 2017, s. 154–160.

⁶ J. Oldham, *Judicial Activism in Eighteenth-Century English Common Law in the Time of the Founders*, „Green Bag” 2005, vol. 8, no. 2, s. 269–280.

equity; 3) tworzenie nowego prawa; 4) przełamywanie precedensów; 5) rozszerzająca wykładnia ustaw; 6) zawężająca wykładnia ustaw; 7) sięganie do regulacji już nie obowiązujących⁷.

Historycy prawa mogą oczywiście zaprotestować przeciwko kreśleniu takiego nieco wyidealizowanego obrazu sędziego. Za jego życia bowiem to, co dzisiaj określilibyśmy jako aktywizm sędziowski i wcielanie się w rolę prawodawcy, przysparzało mu nie tylko zwolenników, lecz także zdecydowanych przeciwników. Najbardziej znany z nich to osoba pisująca do prasy pod pseudonimem Junius⁸. Wprawdzie ta krytyka dotyczyła przede wszystkim konserwatywnego stanowiska Lorda Mansfield w sprawie wolności prasy i ścigania wydawców publikacji krytykujących rząd (tzw. *sedicious libel*), ale w jednym z listów Juniusa można też odnaleźć dezaprobatę dla Mansfieldowskiej filozofii sądenia w ogóle. Gorzkich słów nie szczędził też Lordowi Mansfield jego odwieczny polityczny rywal William Pitt Starszy. Generalnie przeważało jednak uznanie, niekiedy wręcz zachwyty tworzące wokół osoby sędziego atmosferę pewnej legendy jeszcze za jego życia i z czasem ta legenda się utrwaliła. Pisano na jego cześć poematy, jego imieniem nazwano nawet statek – ale gwoli prawdy i ścisłości dodajmy, że często był też negatywnym bohaterem rysunków satyrycznych w pamfletowej literaturze politycznej.

To, co wcześniej wydarzyło się w życiu Lorda Mansfield (pochodzenie, wykształcenie, lektury, środowisko intelektualne, przyjaźnie, wzorce osobowe, polityczne wybory, szczęśliwe i nieszczęśliwe zbiegi okoliczności etc.), w pewnych momentach nie pozostawało bez wpływu na to, jak sędzia orzekał. W tym opracowaniu skupimy się tylko na pewnym wycinku prawniczego dorobku Lorda Mansfield jako adwokata i sędziego – jego kontaktem z rodzącym się wówczas prawem autorskim. Pewne znaczenie ma więc tutaj przyjaźń ze znakomitym angielskim poetą Alexandrem Pope. Wprawdzie Pope był dużo starszy od Williama Murraya, ale tych dwóch ludzi rzeczywiście połączyła jakaś szczególna i obustronna emocjonalna więź. Po jednej stronie był to nieklamany podziw dla wybitnego artysty i jego pozycji, po drugiej – zaskakująca fascynacja osobowością i talentami młodego człowieka. Nie jest jasne, kiedy się poznali – niektórzy biografowie wskazują nawet na okres, kiedy William jeszcze studiował w Christ Church College w Oksfordzie⁹, ale wszystko wskazuje na to, że nastąpiło to znacznie później, w okresie praktyki adwokackiej późniejszego Lorda Mansfield. Nie wiadomo także, kto ich sobie przedstawił – jedni biografowie wskazują na przyjaciela Murraya z okresu studiów, Andrew Stone'a, późniejszego

⁷ *Ibidem*, s. 271 – Lord Mansfield przejawiał wszystkie te formy aktywizmu sędziowskiego (z wyjątkiem ostatniej).

⁸ Do dzisiaj nie wiadomo, kto krył się pod tym pseudonimem – najprawdopodobniej sir Philip Francis, brytyjski polityk irlandzkiego pochodzenia, ale nie mamy całkowitej pewności.

⁹ J. Lord Campbell, *The Lives of the Chief Justices of England...*, s. 329.

sekretarza wpływowego protektora Williama – diuka Newcastle¹⁰, inni na Josepha Spence'a¹¹, jeszcze inni na Lorda Marchmont¹². Tak czy inaczej, William Murray mógł być wdzięczny losowi za to, że skrzyżował jego życiową drogę z Alexandrem Pope'em – osobą, o której współcześni historycy piszą jako o „postaci ogromnie wpływowej w angielskiej literaturze pierwszej połowy XVIII w.”¹³. Po pierwsze, dlatego że dzięki temu został wprowadzony w pewien magiczny świat – wielokrotnie bywał w podlondyńskiej posiadłości poety – Twickenham, i tam miał okazję obcować z wybitnymi artystami i aktorami (np. legendarnym Davidem Garrickiem) oraz filozofami i pisarzami (np. Henrym St Johnem, wicehrabią Bolingbroke, i Williamem Warburtonem, późniejszym biskupem Gloucester), co miało ogromny wpływ na jego dalszy rozwój intelektualny. Po drugie, ponieważ w pewnym metaforycznym sensie nieśmiertelność zapewniło mu nie tylko jego własne dzieło (orzecznictwo), lecz także poezja Alexandra Pope'a. Nazwisko Murray pojawia się bowiem w kilku wierszach poety, z których najbardziej znany to stylizowana na Horacym *Ode to Venus* (Oda do Wenus). Kilka lat przed poznaniem Elizabeth Finch, swojej późniejszej żony, William zakochał się, ale niestety nieszczeniwe – ambitni rodzice wybranki nie chcieli bowiem zaakceptować młodego, początkującego i wówczas jeszcze ubogiego adwokata. Pope próbował pocieszyć przyjaciela swoim poematem – pisze więc o jego miejscu zamieszkania (*To Number Five*¹⁴ *direct your doves*) i jego tam przeżywanej nieszczeniwej miłości (*There spread round Murray all your blooming loves*). Niestety, nie znamy nawet imienia i nazwiska wybranki Williama – Pope uwiecznił ją jako Chloe (*Thy Grecian form, and Chloe lend the face*)¹⁵.

W znajomości Williama Murraya z Alexandrem Pope'em pojawiają się jednak pewne momenty, które dotyczą także prawa i prawników. Pope uczył bowiem Williama pewnego warsztatu, który wydaje się niezbędny także w sądowej pracy prawnika i publicznej działalności polityka. Podobno kiedyś zastano go w pokoju Williama Murraya przy King's Bench Walk 5 – siedział rozparty w fotelu i instruował Williama ćwiczącego przed lustrem mowę ciała, mimikę i intonację

¹⁰ E. Heward, *Lord Mansfield...*, s. 13.

¹¹ N.S. Poser, *Lord Mansfield...*, s. 53.

¹² J. Lord Campbell, *The Lives of the Chief Justices of England...*, s. 330.

¹³ H. Zins, *Historia Anglii*, Ossolineum 2001, s. 226.

¹⁴ Tutaj czytelnikom należy się pewne wyjaśnienie – życie w Incoln's Inn toczyło się wokół pewnych konwencji obejmujących także miejsce zamieszkania „aplikantów” i młodych adwokatów. Zgodnie z tradycją Murray zamieszkał więc w wynajmowanym pokoju w budynkach znajdujących się w City przy ul. King's Bench Walk – najpierw pod numerem 1, później pod numerem 5 i stąd się wzięło w wierszu z pozoru bardzo tajemnicze *Number Five*.

¹⁵ Według mojej wiedzy ten wiersz Alexandra Pope'a nie był tłumaczony na język polski – czytelników zainteresowanych jego poezją mogą więc tylko odesłać do przekładu kilku najważniejszych utworów (*Wiersz o krytyce, Pukiel porwany. Poema heroikomiczne i Wiersz o człowieku*), zob. A. Pope, *Poematy. Wybór*, tłum. L. Kamiński, Kraków 2002.

głosu. W 1741 r. William Murray reprezentował z kolei swojego przyjaciela przed sądem w sprawie *Pope v. Curl* na niemal dziewiczym jeszcze wówczas terenie prawa autorskiego. Ta sprawa zdaje się potwierdzać przyjęte założenie, że pewne wcześniejsze wydarzenia w życiu Lorda Mansfield miały później wpływ na jego orzecznictwo. Zanim przystąpimy do analizy fundamentalnego wyroku w sprawie *Millar v. Taylor* (1769), przyjrzymy się jednak, czego i jak bronił William Murray w sprawie *Pope v. Curl*¹⁶. To był bowiem dopiero początek i ta sprawa zaledwie dotykała potencjalnie problemów, które w całej swojej złożoności wkrótce dopiero miały nastąpić. Zdaniem niektórych współczesnych autorów kształtowanie się pewnych zasad współczesnego prawa ochrony własności intelektualnej rozpoczęło się wprawdzie od Statutu Królowej Anny z 1710 r., ale tak naprawdę rozegrało się na linii czterech orzeczeń: *Burnet v. Chetwood* (1721) – *Pope v. Curl* (1741) – *Millar v. Taylor* (1769) – *Donaldson v. Beckett* (1774). Co charakterystyczne – w trzech z tych spraw brał udział Lord Mansfield¹⁷. Jak zobaczymy, w Statucie Królowej Anny i w sprawach Millara i Donaldsona w ostatecznej instancji nie chodziło o prawa autorów, chodziło o ekonomiczne interesy wydawców/księgarzy¹⁸. W prowadzonej przez Williama Murraya natomiast sprawie Alexandra Pope’a wręcz przeciwnie – chodziło o prawną istotę relacji pomiędzy autorem i jego tekstem. Tak przynajmniej odczytujemy argumentację Murraya, nawet jeśli nie jest to tam wyrażone *explicite*, to przynajmniej jest zawarte *implicit*. Czy taka konstrukcja praw autora była już wówczas przez przyszłego Lorda Mansfield głęboko przemyślana, czy też może wynikała z jego pewnego emocjonalnego stosunku do tej sprawy z uwagi na osobę klienta – tego już dzisiaj nie jesteśmy w stanie rozstrzygnąć. Rzecz dotyczyła bowiem dzieła bardzo specyficznego – prywatnych listów, a więc nie tylko dopiero rodzącej się wówczas kwestii prawa autora do własności tekstu, lecz także kompletnie jeszcze nieuświadomionego przecież w tamtych czasach prawa do prywatności¹⁹.

Stan faktyczny w tej sprawie przedstawiał się następująco. Alexander Pope prowadził bogatą wzajemną korespondencję ze znanym pisarzem Jonathanem

¹⁶ Opieram się w tym zakresie na różnych źródłach, ale przede wszystkim na dwóch opracowaniach wybitnego znawcy przedmiotu M. Rose’a – *The Author in the Court: Pope v. Curl (1741)*, „Cultural Critique”, Spring 1992, no. 21, s. 197–217 oraz *Authors and Owners. The Invention of Copyright*, Cambridge (Mass.)–London 1993, s. 49–91.

¹⁷ S. Stern, *From Author’s Right to Property Right*, „University of Toronto Law Journal” 2012, vol. 62, s. 29–91.

¹⁸ W literaturze polskiej na ten temat zob. np. L. Górnicki, *Rozwój idei prawa autorskich: od starożytności do II wojny światowej*, Wrocław 2013, s. 121–133 oraz M. Jankowska, *Autor i prawo do autorstwa*, Warszawa 2011, s. 63–67; zob. także polskie wydanie książki Lawrence’a Lessiga, *Wolna kultura*, tłum. P. Białokozowicz i in., Warszawa 2005, s. 111–121.

¹⁹ Współcześni uczeni nie mają wątpliwości, że spór wokół *copyright* w XVIII w. dotyczył także sformułowanego ponad sto lat później *right to privacy* i jako przykład podają właśnie orzeczenie w sprawie *Millar v. Taylor* – tak np. M. Tugendhat, *Liberty Intact. Human Rights in English Law*, Oxford 2017, s. 143 i nn.

Swiftem i jeszcze paroma innymi osobami (m.in. Johnem Arbuthnotem, Lordem Bolingbroke, Johnem Gayem). W końcu maja 1741 r. ukazała się pozycja *Dean Swift's Literary Correspondence* wydana przez księgarza Edmunda Curlla zawierająca wspomniane listy do i od Alexandra Pope'a. Już 4 czerwca 1741 r. William Murray złożył w imieniu Alexandra Pope'a w sądzie kanclerskim wniosek o nakazanie (*injunction*) wstrzymania rozpowszechniania i sprzedaży tej pozycji. Po wstępnych ustaleniach i odpowiedzi Curlla przedmiot postępowania został ograniczony wyłącznie do listów Alexandra Pope'a skierowanych do Jonathana Swifta, a sprawę prowadził Philip Yorke, hrabia Hardwicke, piastujący wówczas stanowisko Lorda Kanclerza. Wywarł on ogromny wpływ na prawniczą umysłowość Williama Murraya – można wręcz powiedzieć, że Lord Hardwicke był dla niego w jakimś stopniu osobowym wzorcem sędziego, przynajmniej jeśli chodzi o stosowanie reguł *equity* i recepcję prawa rzymskiego.

Nie będziemy szczegółowo relacjonować przebiegu tej sprawy, ponieważ William Murray występował tutaj w charakterze adwokata, a nie sędziego, nas natomiast interesuje przede wszystkim jego własne orzecznictwo. Wszystko jednak wskazuje na to, że Lord Hardwicke podzielił jego argumentację, skoro w swoim wyroku stwierdził m.in.: adresat listu jest co najwyżej właścicielem papieru, na którym został on napisany, a jego treść pozostaje szczególną własnością autora i w związku z tym nikomu nie wolno upowszechniać tej treści²⁰. Ciekawie podsumowuje to też na podstawie źródeł cytowany już wyżej James Lord Campbell – list jest pewnym darem nadawcy na rzecz adresata, ale to nie oznacza, że adresat staje się tym samym właścicielem tej kompozycji, pozostaje nim autor słów i tylko za jego zgodą można je upubliczniać²¹. Gdzieś między wierszami tego uzasadnienia czai się jednak oparty na filozofii Johna Locke'a argument Williama Murraya, wykorzystywany później przez niego jako sędziego, że relacja twórca–dzieło opiera się na naturalnym, chociaż szczególnym z uwagi na przedmiot, prawie własności. Co się dzieje z tą relacją, gdy dzieło zostaje już opublikowane i gdy zaczyna funkcjonować w przestrzeni publicznej oraz czy można ograniczać w czasie prawo do wyłączności na rozpowszechnianie dzieła,

²⁰ Treść wyroku relacjonuje R. Deazley, *Commentary on Pope v. Curl (1741)* [taka nieprawidłowa pisownia nazwiska pozwanego w oryginale – J.Z.] [w:] *Primary Sources on Copyright (1450–1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_uk_1741 [dostęp: 18.03.2019]: „I am of opinion that it is only a special property in the receiver, possibly the property of the paper may belong to him; but this does not give a licence to any person whatsoever to publish them to the world, for at most the receiver has only a joint property with the writer”.

²¹ *Ibidem*: „Campbell, the author of *Lives of the Lord Chancellors*, working from manuscripts in his own possession written by a Mr Jodderell, a Chancery barrister, relates the Lord Chancellor's opinion on this issue in the following terms: “[T]hat where a man writes a letter, it is in the nature of a gift to the receiver, I am of opinion that the receiver only acquires a qualified interest in it. The paper on which it is written may belong to him, but the composition does not become vested in him as property, and he cannot publish against the consent of the writer”.

to już zupełnie inne problemy. Ale właśnie te problemy powróciły, gdy zapadały orzeczenia w sprawach *Millar v. Taylor* i *Donaldson v. Beckett*. Współcześnie trudno jest znaleźć opracowanie z zakresu prawa autorskiego w znaczeniu anglosaskiego *copyright* czy nawet szerszej prawa własności intelektualnej (*intellectual property*), które nie odwoływałoby się do tych orzeczeń. Ciekawe jest jednak to, że we współczesnych komentarzach do tzw. węzłowych przypadków (*landmark cases*) sprawa *Millar v. Taylor* nie pojawia się osobno (jedynie przy okazji innych orzeczeń) w zbiorach dotyczących prawa własności intelektualnej²², lecz właśnie w zbiorach z zakresu prawa własności w ogóle²³.

Mogłoby to pośrednio świadczyć o tym, że Lord Mansfield miał wyjątkową intuicję, łącząc istotę problemu nie tylko z interesem wydawców/księgarzy, lecz przede wszystkim z ochroną autora i jego dzieła. Wydaje się, że historia tylko częściowo potwierdziła jego wyczucie prawa, ale pamiętajmy przy tym, że działał na niemal dziewiczym polu i w ramach niezwykle skomplikowanej w sensie prawnym materii – tak skomplikowanej, że wiele z problemów nie rozwiązała jeszcze w sposób jednoznaczny nawet współczesna teoria i praktyka ochrony własności intelektualnej. Jeśli idzie o istotę prawa autorskiego i immanentną nierozzerwalną więź pomiędzy twórcą i jego dziełem, to miał rację; jeśli natomiast idzie o trwanie prawa do publikacji tego dzieła w czasie po pierwotnym wydaniu lub po śmierci autora, to racji nie miał, a przynajmniej dalszy rozwój prawa i orzecznictwo sądowe poszły w zupełnie innym kierunku.

Lord Mansfield nie dostrzegł z pewnością pewnego problemu, który dzisiaj określamy powszechnie mianem domeny publicznej (*public domain*) – dlatego właśnie jego orzeczenie w sprawie *Millar v. Taylor* zostało dosyć szybko przełamane (*overruled*) decyzją Izby Lordów z 1774 r. w sprawie *Donaldson v. Beckett*. Trudno z dzisiejszej perspektywy powiedzieć, co nim właściwie kierowało poza eksponowaniem naturalnego prawa własności twórcy do dzieła. Musiał sobie przecież zdawać sprawę z tego, że jego rozwiązanie ogranicza powszechny i łatwiejszy dostęp do książek, ale być może nie przywiązywał do tego specjalnej wagi, przyznał bezwzględny prymat prawu własności. Czy był w tym także przejaw społecznego elitaryzmu, tego już dzisiaj nie możemy z całą pewnością stwierdzić.

Stan faktyczny przypadku *Millar v. Taylor* i jego tło oraz rozstrzygnięcie Lorda Mansfield przedstawiały się następująco²⁴.

²² Por. *Landmark Cases in Intellectual Property Law*, ed. J. Bellido, Oxford–Portland (Oregon) 2017.

²³ C. Seville, *Millar v. Taylor (1769): Landmark and Beacon. Still [w:] Landmark Cases in Property Law*, eds S. Douglas, R. Hickey, E. Waring, Oxford–Portland (Oregon) 2015, s. 53–74.

²⁴ Ten kasus, jego szersze tło i jego następstwa obrosły już tak ogromną literaturą, że trudno ją tutaj w sposób kompletny przytaczać, zwróćmy więc uwagę tylko na niektóre najważniejsze współczesne opracowania: R. Deazley, *On the Origin of the Right to Copy. Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain (1695–1775)*, Oxford–Portland (Oregon) 2004, s. 169–190; *idem*,

W 1729 r. autor James Thomson przełał prawo do dalszego wydawania serii swoich poematów *The Seasons*, wcześniej częściowo już opublikowanych, na księgarza²⁵ Andrew Millara. Zgodnie z postanowieniami Statutu Królowej Anny wyłączność na wydawanie tego dzieła (*statutory copyright*) przez Millara po kilkudziesięciu latach wygasła i w związku z tym na rynku pojawiła się tania edycja Roberta Taylora, konkurencyjnej oficyny niezrzeszonej w tzw. Stationery Companies. W tej sytuacji Andrew Millar skierował do sądu kanclerskiego skargę i wniósł o nakazanie zaprzestania dalszego wydawania „pirackiej” edycji i wyrównanie powstałych już szkód majątkowych. Nie kwestionował przy tym postanowień Statutu Królowej Anny, twierdził natomiast, że jego wyłączne prawa mają oparcie w *common law* (*common law copyright*). W tej sytuacji tzw. Master of the Rolls, osoba faktycznie kierująca Chancery Court, zdecydował o przekazaniu sprawy do rozstrzygnięcia przez King’s Bench Court.

Jak widać, stan faktyczny tej sprawy był dosyć prosty, natomiast znacznie bardziej skomplikowane było tło jej powstania. Jego przedstawienie wymagałoby pewnie zupełnie osobnej monografii i dlatego zainteresowanych tym problemem czytelników musimy odesłać do przywołanej wyżej literatury przedmiotu. Podsumujmy więc tylko w dużym skrócie: po pierwsze, jeszcze w XVII stuleciu prawa księgarzy opierały się na królewskich monopolach (*stationery copyrights*) i były bezterminowe; po drugie, Statut Królowej Anny z 1710 r. był próbą zmiany tego stanu rzeczy²⁶ – przełamywał te monopole w ten sposób, że przewidywał określone terminy ich wygaśnięcia: 21 lat dla dzieł wydanych przed 1710 r. i 14 lat dla dzieł wydanych później, ale jednocześnie kolejne i jeszcze następne te same okresy, jeśli autor w tym czasie żył; po trzecie, Statut Królowej Anny sformułował wprawdzie ogólne prawo własności twórcy do dzieła, ale zrobił to w sposób bardzo enigmatyczny, ponieważ generalnie rzecz biorąc, podstawowym adresatem tej regulacji byli księgarze i ich prawa do kopiowania dzieła.

Rethinking Copyright. History, Theory, Language, Cheltenham–Northampton 2006, s. 13–25; P. Goldstein, *Copyright’s Highway. From Gutenberg to Celestial Jukebox*, Revised Edition, Stanford 2003, s. 29–61; L.R. Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville 1968, *passim*; M. Rose, *Authors and Owners...*, s. 49–91; D. Saunders, *Authorship and Copyright*, London–New York 1992, s. 35–73.; C. Seville, *Millar v. Taylor (1769)...*, s. 53–74.

Niezależnie od tego sporo miejsca tej sprawie poświęcają również biografowie i analitycy orzecznictwa Lorda Mansfield – zob. np. C.H.S. Fifoot, *Lord Mansfield...*, s. 223–225; J. Oldham, *English Common Law in the Age of Mansfield...*, s. 190–205; N.S. Poser, *Lord Mansfield...*, s. 322–333.

²⁵ Utożsamiam tutaj księgarza (*bokseller*) z wydawcą (*publisher*), ponieważ w owym czasie był to najczęściej jeden i ten sam podmiot, jednocześnie w ówczesnym języku funkcjonowało prawie wyłącznie słowo „księgarz”.

²⁶ Pełna nazwa tego aktu brzmiała bowiem *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned* (Akt o poparciu wiedzy, przez przyznanie autorom i nabywcom kopii wydrukowanych książek praw do takich kopii, na wskazany niżej okres czasu) – podaję za L. Górnicki, *Rozwój idei praw autorskich...*, s. 121

W tym stanie rzeczy najwięksi księgarze, dysponujący kiedyś *stationary rights*, poczuli się zagrożeni upływającym czasem i już w połowie lat 30. XVIII w. zaczęli kierować do parlamentu petycje w sprawie zmiany tej regulacji, ale bezskutecznie. Zdecydowali się więc na walkę sądową opartą na twierdzeniu, że wynikające ze Statutu Królowej Anny *statutory rights* nie pozbawiły ich bezterminowych uprawnień wynikających z *common law*. W ten sposób zrodził się fenomen określany mianem *the battle of the booksellers* (walki księgarzy), a szczególną rolę w tej swoistej wojnie interesów odegrał szkocki wydawca Arthur Donaldson. Ponieważ rzecz dotyczyła nie tylko *statutory law*, lecz także *common law*, w tej walce z oczywistych względów musiał wziąć także udział Lord Mansfield jako Chief Justice. Orzeczenie sprawie *Millar v. Taylor* było wprawdzie najważniejsze, ale nie jedyne w jego karierze – wcześniej Lord Mansfield orzekł także w innych pokrewnych kazusach, np. *Tonson v. Collins* (1762)²⁷. Miał więc już jakieś wyrobione stanowisko, zarówno co do istoty *author's right*, jak i *the battle of the booksellers* toczony wokół *copyright*.

Wyrok King's Bench Court w sprawie *Millar v. Taylor* nie był jednak jedno-myślny, co Lordowi Mansfield zdarzało się relatywnie rzadko – sędzia Joseph Yates złożył zdanie odrębne przeciwko wyrokowi (*dissenting opinion*), dwaj natomiast pozostali sędziowie Richard Aston i Edward Willes przychyliłi się wprawdzie do wyroku, ale z inną niż Lord Mansfield argumentacją (*concurring opinion*). Mimo tych różnic zdań pomiędzy sędziami konkluzję wyroku można jednak streścić jednoznacznie w następujący sposób – charakter wieczysty ma nie tylko prawo autora do dzieła, lecz także przekazane wydawcy prawo do jego kopiowania; taka jest zasada *common law* i Statut Królowej Anny jako *statutory law* nie mógł tego zmienić.

Pomijając odmienną argumentację sędziów Astona i Willea oraz zupełnie przeciwną konkluzję sędziego Yatesa, można powiedzieć, że w tej sprawie dało o sobie znać stanowisko Lorda Mansfield w sprawie istoty precedensu, *ergo* – istoty *common law*. Precedens był dla niego nie źródłem reguły/zasady, lecz jedynie potwierdzeniem jej istnienia. W rezultacie w pewnych sytuacjach był skłonny uznawać prymat *common law* nad *statutory law* i znalazło to swoje odzwierciedlenie w wyroku w sprawie *Millar v. Taylor*. Jeszcze bardziej jednoznacznie swoje stanowisko w sprawie istoty precedensu Lord Mansfield sformułował wprawdzie dopiero kilka lat później w sprawie *Jones v. Randall* (1774), ale jego zapowiedź widać w omawianym tutaj kazusie. Dodajmy, że Lord Mansfield był tak zaskoczony niejedno-myślnością wśród sędziów „swojego” sądu w tej sprawie, że dał temu wyraz, ogłaszając ustnie wyrok *Millar v. Taylor*. W tym wypadku wykroczył więc jednak znacznie poza wyłącznie kulturę doskonalenia prawa

²⁷ C.H. Fifoot, *Lord Mansfield...*, s. 222; szerzej na temat tego kazusu R. Deazley, *Commentary on Tonson v. Collins* (1762) [w:] *Primary Sources...* http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_uk_1762 [dostęp: 19.03.2019].

(*culture of improvement*), było to raczej zastępowanie ustawodawcy czy nawet wręcz modyfikacja jego decyzji. Była to jednak konsekwencja pewnego stanowiska wobec *statutory law*, które wypracował znacznie wcześniej. Występując w 1744 r. już jako General Solicitor w sprawie *Omychund v. Barker*, wypowiedział następujące słowa: „[A] statute very seldom can take in all cases, therefore the common law, *that works itself pure* by rules drawn from the fountain of justice, is for this reason superior to the act of parliament [kursywa w oryginale – J.Z.]”²⁸. Nie ma więc wątpliwości – jursprudence Lorda Mansfield była oparta przede wszystkim na *common law* i jego prymacie nad prawem ustawowym, epoka *statutory law* parlamentu jako legislatora miała nadejść dopiero wraz z Jeremym Benthamem i później Johnem Austinem²⁹.

W sensie pewnej konstrukcji prawnej rozumowanie Mansfielda można by sprowadzić do następującej tezy – związek twórcy z dziełem ma charakter wieczysty i w takim kształcie jako jego prawo osobiste przenosi się także na prawa majątkowe wynikające z pierwotnego przelania wąsko pojętego *copyright* na księgarza. Jednak ten triumf, jak to ujął w pewnej grze słów współczesny znawca problemu Ronan Deazley³⁰, koncepcji wieczystości (*perpetuality*) nad koncepcją czasowości (*temporality*) *copyright* okazał się krótkotrwały (*temporary*) – przetrwał zaledwie pięć lat do 1774 r., ponieważ wspomniany wyżej szkocki księgarz Arthur Donaldson nie dał za wygraną i skierował sprawę do Izby Lordów. Musiało się tak stać, tym razem Lorda Mansfield zawiodła intuicja – jego propozycja nie pasowała bowiem ani do wymogów i dynamiki rynku księgarskiego, ani do potrzeb i oczekiwań społecznych. Nie wyczuł, że przyszłość należy do domeny publicznej zwiększającej powszechną dostępność do książek, a nie do ograniczających ten dostęp praktyk monopolistycznych. Innymi słowy, tym razem pewien specyficzny dogmatyzm *common law* zwyciężył nad *equity* i kreatywnością umysłu. To dziwne, był wprawdzie konserwatystą, ale w innych sprawach, może poza kwestią wolności prasy, wykazywał się wyjątkowym dążeniem do postępu i odpowiadaniem na nowe wyzwania epoki. Jednak w tej sprawie Lord Mansfield popełnił też pewien błąd w warstwie konstrukcyjnej – rozchodzenie się dróg *authorship* i *copyright* nie musiało przecież oznaczać rezygnacji z wieczystości praw osobistych twórcy, dotyczyło tylko i to też jedynie w pewnym zakresie sfery praw majątkowych. Żle chyba też ocenił *ratio legis* Statutu Królowej Anny

²⁸ Cytuję za D.E. Edlin, *Judges and Unjust Laws. Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor 2010, s. 74. Ta fundamentalna fraza *common law works itself pure* bardzo inspirowała później słynnego amerykańskiego filozofa prawa Lona L. Fullera, znanego przede wszystkim z przelomowego sporu z Herbertem L.A. Hartem w 1957 r. (zob. L. L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Boston 1966 – pierwsze wydanie 1940).

²⁹ Szeroko na ten temat D. Lieberman, *The Province of Legislation Determined. Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge–New York–New Rochelle–Melbourne–Sydney 2003, *passim*.

³⁰ „*Millar v. Taylor: The Temporary Perpetual Triumph*” – R. Deazley, *On the Origin of the Right to Copy...*, s. 169.

– w tym konkretnym przypadku, by sparafrazować jego samego na podstawie przywołanej wyżej opinii ze sprawy *Omychund v. Barker*, to bardziej *statutory law* niż *common law* wypływało z *fountain of justice*.

Przełamanie stanowiska Lorda Mansfield nastąpiło w sprawie *Donaldson v. Beckett* (1774). Kim był Arthur Donaldson i na czym polegała jego walka z księgarskimi monopolami? Lawrence Lessig tak to opisuje:

„Donaldson, który rozpoczął karierę w Edynburgu w 1750 r., był outsiderem wobec londyńskiego Congera. Jego firma specjalizowała się w tanich przedrukach standardowych utworów, których prawa autorskie wygasły, przynajmniej zgodnie z zapisami Statutu Królowej Anny. Wydawnictwo Donaldsona kwitło i z czasem stało się rodzajem ośrodka skupiającego szkockich literatów [...]. Gdy londyńscy sprzedawcy spróbowali zamknąć drukarnię Donaldsona w Szkocji, ten w odpowiedzi przeniósł swój interes do Londynu, gdzie rozpoczął sprzedaż tanich wydań najbardziej popularnych angielskich książek, na przekór obowiązującemu w rozumieniu *common law* prawu gwarantującemu własność literacką. Donaldson sprzedawał książki po cenach niższych o 30–50 procent w porównaniu z wydawnictwami Congera. Opierał on swoje prawo do konkurencji na założeniu, że zgodnie ze Statutem Królowej Anny sprzedawane przez niego utwory nie podlegały już ochronie prawnej. Londyńscy sprzedawcy szybko wytoczyli proces, który miał położyć kres »piractwu« dokonywanemu przez osoby takie jak Donaldson. Działania podjęte wobec »piratów« zakończyły się sukcesem. Najważniejszym zwycięstwem na początku okazał się proces *Millar przeciwko Taylorowi*³¹.

Walka w obronie ograniczeń, które wprowadzał Statut Królowej Anny, nie miała się jednakże ku końcowi i w tym właśnie momencie w sprawę zaangażował się Donaldson. Millar zmarł wkrótce po odniesionym zwycięstwie, więc jego sprawa sądowa nie została poddana apelacji. Zarządzający jego prawami sprzedali prawa do wierszy Thomsona syndykatowi drukarzy, wśród których znajdował się Thomas Beckett. Wówczas Donaldson wydał nieautoryzowaną edycję utworów Thomsona. Na mocy precedensu, jakim była sprawa Millara, Beckett uzyskał nakaz zaprzestania druku i sprzedaży książki przez Donaldsona. Ten odwołał się od tej decyzji do Izby Lordów, która pełniła wówczas funkcję porównywalną z obecną rolą Sądu Najwyższego w Stanach Zjednoczonych. W lutym 1774 r. Izba miała okazję zinterpretować znaczenie ograniczeń przyjętych przez Parlament 60 lat wcześniej.

Sprawa *Donaldson v. Beckett* przyciągnęła uwagę Brytyjczyków jak rzadko który proces sądowy. Prawnicy Donaldsona argumentowali, że wszelkie prawa istniejące na mocy *common law* przestały obowiązywać z chwilą przyjęcia Statutu

³¹ Można przypuszczać, że atak został skierowany przeciwko Millarowi, a nie przeciwko Donaldsonowi z pełną premedytacją – Millar był znacznie słabszym i mniej groźnym przeciwnikiem.

Królowej Anny. Od tego momentu jedynie Statut zapewniał prawną ochronę wyłącznych praw kontroli druku. Ich zdaniem po upływie okresu wyznaczonego w Statucie Królowej Anny utwory chronione przez Statut nie podlegały już żadnej ochronie. Izba Lordów była wówczas dziwną instytucją. Przedstawione Izbie zapytania dotyczące kwestii prawnych podlegały najpierw głosowaniu wśród tak zwanych lordów prawa, członków Izby wyróżniających się wiedzą i doświadczeniem prawniczym, którzy pełnili funkcję odpowiadającą sędziom w amerykańskim Sądzie Najwyższym. Izba Lordów głosowała nad kwestią dopiero po głosowaniu w ich wąskim gronie. Doniesienia o głosowaniu wśród »ordów prawa« nie były jednoznaczne³². Według niektórych, przeważało wśród nich poparcie dla idei wieczystego prawa autorskiego. Nie ma jednak wątpliwości, jak głosowała cała Izba Lordów. Większością dwóch do jednego (22 do 11), wieczyste prawa autorskie zostały odrzucone. Od tej chwili prawa autorskie do utworu obowiązywały przez określony czas, niezależnie od indywidualnych interpretacji *common law*. Po upływie tego okresu utwór stawał się częścią domeny publicznej.

»Domena publiczna«. Przed procesem *Donaldson v. Beckett* nie było w Anglii jasności co do znaczenia tego terminu. Przed 1774 r. przeważał argument, że prawa autorskie oparte na *common law* są wieczyste. Po 1774 r. narodziła się domena publiczna. Po raz pierwszy w anglo-amerykańskiej historii kontrola prawa nad twórczością wygasła i największe dzieła w angielskiej historii – wśród nich twórczość Szekspira, Bacona, Milтона, Johnsona i Bunyana – stały się wolne od ograniczeń prawnych. Trudno nam to sobie wyobrazić, ale decyzja Izby Lordów wywołała niezwykle powszechną, a zarazem polityczną reakcję. W Szkocji, gdzie działała większość »pirackich wydawców«, ludzie świętowali na ulicach. Jak donosił »Edinburgh Advertiser«: »Nigdy wcześniej prywatna sprawa nie przykuwała tak wielkiej uwagi publicznej i nikt też nie sądził się przed obliczem Izby Lordów w sprawie, którą zainteresowanych było tak wiele osób. W Edynburgu [trwa] wielkie świętowanie zwycięstwa nad literacką własnością: [palą się] ogniska i fajerwerki«³³.

W biografii Lorda Mansfield jest to swoista ironia losu potwierdzającą tylko prawdziwość przysłowia, że łaska pańska (tutaj czytaj: tłumy) na pstrym koniu jeździ. Dwa lata wcześniej w 1772 r. na ulicach Londynu tłum wiwatował na jego cześć z powodu zwolnienia murzyńskiego niewolnika Jamesa Somerseta

³² Rzeczywiście, istnieją poważne wątpliwości co do wyniku głosowania tzw. Law Lords. Jest duże prawdopodobieństwo, że wskutek pomyłki sekretarza zanotowano wynik 6:5 na rzecz Donaldsona, podczas gdy w rzeczywistości było odwrotnie – 6:5 na korzyść Becketta, a więc idei wieczystości *common law copyright*. Tak czy inaczej, widać wyraźnie, że Lord Mansfield nie był odosobniony w swoich poglądach. Nie zmienia to faktu, że ostateczny wynik głosowania całej Izby Lordów nie pozostawiał wątpliwości co do dalszych losów *copyright*. Sprawę tej ewentualnej pomyłki opisuje szczegółowo R. Deazley, *On the Origin of the Right to Copy...*, s. 199 i nn.

³³ L. Lessig, *Wolna kultura...*, s. 117–120.

w sprawie *Somerset v. Stewart*. Ale już osiem lat później w 1780 r. w czasie tzw. zamieszek Gordona (*Gordon Riots*) ten sam tłum spalił mu dom, m.in. z powodu jego tolerancji religijnej. Cóż, być może taki już jest los wielkiego sędziego, nie wszystkie jego wyroki muszą się podobać ogółowi.

Jerzy Zajadło

LORD MANSFIELD AND THE BIRTH OF COPYRIGHT

The main goal of the article is to present a profile of the eminent English judge William Murray, known primarily as the Lord of Mansfield, and his case law. The Author identifies a number of factors that determined his unique and exceptional philosophy of judging, especially the attempt to combine common law, equity and Roman law. The article focuses primarily on one chosen field - copyright, the foundations of which were formed in the eighteenth century, and two judgments in the cases *Millar v. Taylor* (1769) and *Donaldson v. Beckett* (1774).



Mariusz Bogusz

Uniwersytet Gdański

mariusz.bogusz@prawo.ug.edu.pl

DOPUSZCZALNOŚĆ WSTRZYMANIA WYKONANIA AKTU PRAWA MIEJSCOWEGO W POSTĘPOWANIU SĄDOWOADMINISTRACYJNYM

Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 2 sierpnia 2018 r. w sprawie III UZP 4/18¹ zadał Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej prejudycjalne pytania prawne, jak również „[...] do rozstrzygnięcia kwestii wstępnej po udzieleniu przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odpowiedzi na [zadane] pytania prawne [...]” zawiesił stosowanie [podkr. M.B.] niektórych przepisów ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym².

Treść postanowienia Sądu Najwyższego, zwłaszcza w części obejmującej „zawieszenie stosowania” przepisów ustawy, wywołała dyskusję, tak o charakterze politycznym, jak i prawnym oraz ponownie postawiła na porządku dziennym problem dopuszczalności orzekania – w trybie szeroko rozumianej ochrony tymczasowej – o zawieszeniu stosowania przepisów aktu normatywnego (konstytucyjnego źródła prawa) – do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia kwestii legalności tego aktu.

Zarysowany problem zawieszenia stosowania przepisów aktu normatywnego w trybie ochrony tymczasowej należy usytuować w obszarze szerszego zjawiska, a mianowicie zjawiska kontroli legalności prawa (kontroli konstytucyjności prawa)³. Przy analizie problemu ochrony tymczasowej przed potencjalnie

¹ Postanowienie SN wraz z uzasadnieniem jest dostępne w LEX nr 2531336, jak również znajduje się na stronie http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx [dostęp: 27.03.2019].

² Dz. U. z 2018 r., poz. 5 ze zm.

³ W doktrynie utrwalony jest zwrot „kontrola konstytucyjności prawa”. Posługiwanie się tym, mającym za sobą siłę tradycji, zwrotem należy jednak opatrzyć zastrzeżeniem, że jego rzeczywisty zakres znaczeniowy jest szerszy, aniżeli wskazywałyby na to występujące w tym zwrocie terminy. Kontrola konstytucyjności prawa nie obejmuje bowiem swoim zakresem jedynie kontroli zgodności norm systemu prawa z konstytucją, ale kontrolę hierarchicznej zgodności wszystkich norm systemu

niezgodnym z prawem aktem normatywnym muszą być zatem brane pod uwagę – niejednokrotnie kolizyjne – zasady i wartości konstytucyjne (w szczególności – z jednej strony – potrzeba zapewnienia szybkiej ochrony przed potencjalnie szkodliwymi lub nieodwracalnymi skutkami aktu normatywnego, z drugiej – ryzyko naruszenia zasady podziału władzy), jak również uwarunkowania prawnomiędzynarodowe, w tym wynikające z prawa Unii Europejskiej. Jest to zatem problem charakteryzujący się znaczną złożonością, jak również rozległy pod względem jego zakresu. Problem ten może być bowiem rozważany w różnych kontekstach normatywnych i proceduralnych, tj. zarówno w kontekście kompetencji organów organizacji międzynarodowej lub organów krajowych uprawnionych do kontroli legalności aktów normatywnych (sądów i trybunałów międzynarodowych, krajowych sądów konstytucyjnych, krajowych sądów administracyjnych, administracyjnych organów nadzoru)⁴, jak i – czego dowodzi postanowienie Sądu Najwyższego powołane na wstępie niniejszego artykułu – w kontekście kompetencji sądów stosujących normy różnych gałęzi prawa materialnego (sądów cywilnych, karnych, pracy itp.), dla których akt normatywny stanowi bardziej podstawę rozstrzygnięcia (aktu stosowania prawa), aniżeli przedmiot kontroli prawa pod względem jego legalności (choć ten ostatni aspekt, tj. legalności stosowanej normy prawnej, nie może być oczywiście w procesie stosowania prawa pomijany)⁵.

Uwzględnienie tak szerokiej perspektywy badawczej przy analizie problemu ochrony tymczasowej przed potencjalnie niezgodnym z prawem aktem normatywnym wykraczałoby poza ramy artykułu. Dalsze rozważania zostaną zatem ograniczone do zarysowanego w tytule zagadnienia dopuszczalności wstrzymania wykonania aktu prawa miejscowego w postępowaniu sądowoadministracyjnym.

prawa, tj. kontrolę zgodności norm o niższej mocy prawnej z normami o wyższej mocy prawnej (a więc np. także zgodność norm aktów podustawowych z normami ustawowymi).

⁴ W tym przypadku kluczowe zagadnienie sprowadza się do pytania, czy podmiot, który jest uprawniony do kontroli legalności aktu normatywnego, jest również uprawniony – jeszcze przed wydaniem końcowego rozstrzygnięcia co do istoty sprawy (tj. w kwestii legalności aktu normatywnego) – do zawieszenia stosowania tego aktu na czas prowadzonego postępowania.

⁵ Z kolei w tym przypadku kluczowe zagadnienie sprowadza się do pytania, czy i ewentualnie na jakich zasadach sąd rozstrzygający sprawę karną, cywilną lub inną podobną jest uprawniony do zawieszenia stosowania aktu normatywnego, co do legalności którego powziął wątpliwości w toku procesu stosowania prawa materialnego (lub ewentualnie czy i na jakich zasadach sąd ten jest uprawniony do wystąpienia z wnioskiem do organu właściwego do kontroli konstytucyjności prawa o zawieszenie stosowania takiego aktu). Na temat stosowania środków ochrony tymczasowej przez sądy krajowe w wypadku wyłonienia się wątpliwości co do zgodności krajowych aktów normatywnych z prawem Unii Europejskiej zob. m.in. *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, rozdz. 3, cz. II, pkt 5 *Stosowanie środków zabezpieczających (tymczasowych)*, LEX; N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 368; A. Grzelak, M. Wróblewski, *Czy Sąd Najwyższy może zawiesić polską ustawę ?*, „Rzeczpospolita”, 6.08.2018, s. A16.

Akty prawa miejscowego są konstytucyjnymi źródłami prawa o mocy powszechnie obowiązującej (art. 87 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 2017 r.; dalej: Konstytucja)⁶, stanowionymi przez organy samorządu terytorialnego oraz terenowe organy administracji rządowej i obowiązującymi na obszarze działania tych organów (art. 94 Konstytucji). W hierarchii źródeł prawa o mocy powszechnie obowiązującej akty prawa miejscowego sytuują się na poziomie aktów podustawowych (albowiem są wydawane na podstawie i w granicach upoważnień ustawowych – art. 94 Konstytucji).

Akty prawa miejscowego podlegają kontroli pod względem ich zgodności z prawem w ramach różnych mechanizmów kontroli⁷, a jednym z nich jest kontrola sprawowana przez sądy administracyjne, uprawnione do orzekania o legalności aktów prawa miejscowego stanowionych przez organy samorządu terytorialnego oraz terenowe organy administracji rządowej (art. 184 Konstytucji, art. 1 § 1 i 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych⁸, art. 3 § 2 pkt 5 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁹; dalej: p.p.s.a.).

Przeprowadzenie przez sąd administracyjny kontroli legalności aktu prawa miejscowego jest uwarunkowane uprzednim wniesieniem przez legitymowany podmiot skargi do sądu administracyjnego na ten akt. W przypadku stwierdzenia przez sąd administracyjny sprzeczności aktu prawa miejscowego z prawem (w zakresie przekraczającym poziom nieistotnego naruszenia prawa), sąd administracyjny stwierdza nieważność tego aktu (art. 147 § 1 p.p.s.a.). Akt prawa miejscowego traci wówczas moc obowiązującą, a wyrok sądu administracyjnego (pozbawiający akt prawa miejscowego mocy obowiązującej) jest ogłaszany w wojewódzkim dzienniku urzędowym (art. 13 pkt 5 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych)¹⁰.

Utrata mocy obowiązującej przez akt prawa miejscowego na skutek wyroku sądu administracyjnego następuje dopiero po przeprowadzeniu przez sąd administracyjny właściwego postępowania merytorycznego i po uprawomocnieniu się tego wyroku (art. 170 i 171 p.p.s.a.).

Ochrona tymczasowa przed potencjalnie niezgodnym z prawem aktem prawa miejscowego – co wynika z jej funkcji – musi natomiast być udzielana

⁶ Dz. U. Nr 78, poz. 483, ze zm.

⁷ Akty prawa miejscowego stanowione przez organy samorządu terytorialnego podlegają również kontroli w ramach nadzoru nad samorządem terytorialnym, a akty prawa miejscowego stanowione przez wojewodów i terenowe organy administracji niespolonej – kontroli i nadzorowi Prezesa Rady Ministrów. Należy dodać, że o legalności aktów prawa miejscowego może także orzekać Trybunał Konstytucyjny, jednakże wyłącznie w postępowaniu ze skargi konstytucyjnej.

⁸ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2107, ze zm.

⁹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1302, ze zm.

¹⁰ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1523, ze zm.

możliwie szybko oraz na wcześniejszych etapach postępowania sądownoadministracyjnego, a więc przed jego zakończeniem i definitywnym rozstrzygnięciem kwestii legalności kwestionowanego aktu prawa miejscowego (rozstrzygnięciem sprawy co do istoty). Funkcją ochrony tymczasowej przed jakąkolwiek formą działania administracji publicznej, w tym aktem normatywnym, jest bowiem zapobieżenie powstaniu szkodliwych lub nieodwracalnych skutków, które mogą wynikać z tej formy (w przypadku gdyby okazała się ona niezgodna z prawem).

De lege lata regulacja prawna w zakresie ochrony tymczasowej w postępowaniu sądownoadministracyjnym przed potencjalnie niezgodnym z prawem aktem prawa miejscowego jest oparta na następujących zasadach¹¹.

- 1) Wniesienie skargi do sądu administracyjnego na akt prawa miejscowego nie wstrzymuje z mocy prawa wykonania tego aktu (nie zawiesza obowiązywania bądź stosowania tego aktu ani też nie zawiesza skutków prawnych, jakie z niego wynikły, wynikają bądź wyniknąć mogą) – art. 61 § 1 p.p.s.a.
- 2) Do momentu przekazania skargi sądowi administracyjnemu, właściwy organ administracji publicznej może z urzędu lub na wniosek skarżącego wstrzymać wykonanie aktu prawa miejscowego, jednakże z wyjątkiem aktów prawa miejscowego, które weszły w życie – art. 61 § 2 pkt 3 p.p.s.a.; ewentualne wstrzymanie przez organ administracji publicznej wykonania aktu prawa miejscowego, który nie wszedł w życie, ma przy tym charakter uznaniowy, ponieważ przepisy nie określają przesłanek, od których spełnienia zależy wstrzymanie wykonania tego aktu przez organ administracji.
- 3) Po przekazaniu skargi sądowi administracyjnemu, sąd ten, wyłącznie na wniosek skarżącego, może wstrzymać wykonanie aktu prawa miejscowego, jednakże z wyjątkiem aktów prawa miejscowego, które weszły w życie oraz z wyjątkiem aktów prawa miejscowego, co do których ustawa szczególna wyłącza wstrzymanie ich wykonania – art. 61 § 3 p.p.s.a.; wstrzymanie przez sąd administracyjny wykonania aktu prawa miejscowego (który nie wszedł w życie lub w odniesieniu do którego wstrzymanie wykonania nie jest wyłączone przez ustawę szczególną) jest możliwe, jeżeli „zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków” (art. 61 § 3 p.p.s.a.).

¹¹ Regulacja ta realizuje treść (mającej charakter *soft law*) Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R(89)8 z dnia 13 września 1989 r. o tymczasowej ochronie sądowej w sprawach administracyjnych (*Recommendation No. R (89) 8 of the Committee of Ministers to Member States on Provisional court protection in administrative matters – adopted by the Committee of Ministers on 13 September 1989*). Więcej na temat rekomendacji zob. W. Chróścielewski, Z. Kmiecik, J.P. Tarno, *Reforma sądownictwa administracyjnego a standardy ochrony praw jednostki*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 12, s. 39 oraz Z. Kmiecik, *Ochrona tymczasowa w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 5, s. 20–22.

- 4) Jeżeli sąd administracyjny oddali skargę na akt prawa miejscowego (uzna akt prawa miejscowego za zgodny z prawem), stan „wstrzymania wykonania aktu prawa miejscowego” (wynikający z wcześniejszego rozstrzygnięcia w tym zakresie) utrzymuje się do momentu prawomocnego zakończenia postępowania sądowoadministracyjnego – art. 61 § 6 pkt 2 p.p.s.a.
- 5) Jeżeli sąd administracyjny uwzględni skargę na akt prawa miejscowego, stan „wstrzymania wykonania aktu prawa miejscowego” (wynikający z wcześniejszego rozstrzygnięcia w tym zakresie) upada w dniu wyroku sądu administracyjnego uwzględniającego skargę – art. 61 § 6 pkt 1 p.p.s.a. Przepis art. 152 p.p.s.a. stanowi co prawda w § 1, że „w razie uwzględnienia skargi na akt lub czynność, nie wywołują one skutków prawnych do chwili uprawomocnienia się wyroku, chyba że sąd postanowi inaczej”, jednakże z § 2 tego samego artykułu wynika, że „przepisu § 1 nie stosuje się do aktów prawa miejscowego”. Oznacza to, paradoksalnie, że ustawodawca zapewnia wyższą ochronę przed aktem prawa miejscowego, który sąd administracyjny nieprawomocnie uznał za zgodny z prawem aniżeli przed aktem prawa miejscowego, który sąd administracyjny nieprawomocnie uznał za niezgodny z prawem: w przypadku aktu prawa miejscowego uznanego przez sąd za zgodny z prawem (oddalenie skargi) udzielona wcześniej ochrona tymczasowa trwa bowiem do momentu prawomocnego zakończenia postępowania sądowoadministracyjnego, w przypadku natomiast aktu prawa miejscowego uznanego przez sąd za niezgodny z prawem (uwzględnienie skargi) udzielona wcześniej ochrona tymczasowa upada z chwilą wydania przez sąd nieprawomocnego wyroku i akt prawa miejscowego (mimo że uznany nieprawomocnie za niezgodny z prawem) może być wykonywany.

Jak wynika z powyższych rozważań, ochrona tymczasowa w postępowaniu sądowoadministracyjnym przed potencjalnie niezgodnym z prawem aktem prawa miejscowego ma ograniczony zakres, ponieważ – z mocy wyraźnego zakazu ustawowego – ochrona taka jest niedopuszczalna w odniesieniu do aktów prawa miejscowego, które weszły w życie i obowiązują, a dopuszczalna jedynie w odniesieniu do aktów prawa miejscowego, które w życie jeszcze nie weszły. Dorota Dąbek trafnie w związku z tym zauważa, że sąd administracyjny nie ma kompetencji do wstrzymania wykonania aktów prawa miejscowego „[...] w tych przypadkach, w których jest to najbardziej potrzebne (a więc wtedy, gdy akty już obowiązują)”¹².

W tym miejscu należy postawić pytanie o prawidłowość regulacji prawnej w zakresie dopuszczalności (a w istocie niedopuszczalności) wstrzymania wykonania aktów prawa miejscowego w postępowaniu sądowoadministracyjnym.

Stan prawny, w którym ochrona tymczasowa w postępowaniu sądowoadministracyjnym jest niedopuszczalna w odniesieniu do obowiązujących

¹² D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2007, s. 287.

aktów prawa miejscowego, jest – jak się wydaje¹³ – wynikiem podzielenia przez ustawodawcę stanowiska wyrażonego w uchwale składu 7 sędziów NSA z dnia 15 maja 2000 r., OPS 1/00¹⁴ pod rządem poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym¹⁵. Pogląd prawny NSA co do niedopuszczalności wstrzymania wykonania obowiązującego aktu prawa miejscowego miał swe źródło w językowej wykładni zwrotu „wykonanie aktu normatywnego” („wstrzymanie wykonania aktu normatywnego”), który to zwrot – zdaniem Sądu – ze swej istoty nie mógł odnosić się do obowiązującego aktu normatywnego. Jeśli bowiem – argumentował Sąd – akt normatywny wejdzie w życie „[...] staje się obowiązującym prawem, a więc można mówić o stosowaniu [jego] przepisów”, a nie o wykonywaniu aktu normatywnego. „Z tego względu – konkludował Sąd – wstrzymanie wykonania aktu normatywnego obowiązującego nie może wchodzić w rachubę”.

Z wyżej przedstawionym stanowiskiem NSA, które – jak należy sądzić – legło u podstaw decyzji aktualnego ustawodawcy o wyłączeniu obowiązujących aktów prawa miejscowego spod ochrony tymczasowej w postępowaniu sądowo-administracyjnym, trudno się jednak zgodzić, ponieważ opiera się ono na nadmiernie zwężającej wykładni formuły „wykonania aktu normatywnego”, które to wykładnia w niewystarczającym stopniu uwzględnia cel, jakemu służy ochrona tymczasowa w postępowaniu sądowo-administracyjnym. W konsekwencji zarzut oparcia się na błędnych przesłankach (przy kształtowaniu aktualnego zakresu ochrony tymczasowej w postępowaniu sądowo-administracyjnym) należy także postawić aktualnemu ustawodawcy (skoro podzielił on pogląd NSA).

Współcześnie bowiem konstrukcja „wykonania” aktu lub czynności z zakresu administracji publicznej – jak wynika z pogłębionych badań Agnieszki Krawczyk – nie ma jednolitego charakteru i uzyskuje różne znaczenia w zależności od kontekstu normatywnego¹⁶. Ograniczenie się zaś tylko do jednej metody wykładni – jak przy innej okazji trafnie wskazał Zbigniew Kmiecik – „bywa

¹³ Na taką genezę wyłączenia obowiązujących aktów prawa miejscowego spod ochrony tymczasowej w art. 61 § 2 pkt 3 oraz § 3 p.p.s.a. wskazuje Z. Kmiecik, *Ochrona tymczasowa...*, s. 24 oraz T. Woś [w:] T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 299.

¹⁴ ONSA 2000 nr 4, poz. 134.

¹⁵ Dz. U. Nr 74, poz. 368, ze zm.

¹⁶ A. Krawczyk we wnioskach końcowych swojej monografii pisze: „Przeprowadzona analiza zdaje się uzasadniać twierdzenie o potrzebie odmiennego od przyjmowanego zwykle, postrzeganego tylko jako zdolność aktu do poddania się realizacji dobrowolnej lub z użyciem środków przymusu państwowego ujęcia wykonalności. Współcześnie konstrukcja ta nie ma ograniczonej do tego zakresu, jednolitej formuły, lecz występuje w różnych, zależnych od kontekstu normatywnego postaciach. Wszystko to sprawia, że określenie »wykonalność« (zdolność do wykonania) należy rozumieć szerzej, przy uwzględnieniu komplementarnych w stosunku do niego pojęć: »mocy wiążącej (obowiązującej)« decyzji administracyjnej oraz »skuteczności« czynności faktycznych” (A. Krawczyk, *Wykonalność aktu i czynności organu administracji publicznej*, Warszawa 2013, s. 268).

zawodne”; Autor ten stwierdził dalej, że „często [w toku wykładni] niezbędne jest jeszcze odwołanie się do celu (funkcji) danego przepisu lub zbioru przepisów prawa oraz ustalenie jego związków z innymi elementami uregulowania prawnego”¹⁷.

Wydaje się więc, że mając na uwadze funkcję ochrony tymczasowej w postępowaniu sądownoadministracyjnym, która sprowadza się do zapobieżenia powstaniu szkodliwych lub nieodwracalnych skutków formy działania administracji (która może okazać się niezgodna z prawem), formułę „wstrzymania wykonania” formy działania administracji można i należy rozumieć szeroko, tj. jako wstrzymanie (zawieszenie) mocy obowiązującej formy działania administracji oraz skutków, które z tej formy wynikły, wynikają bądź wyniknąć mogą.

Obowiązujący akt normatywny może bowiem kształtować sytuacje prawne w sposób dalece zróżnicowany: może ustanawiać obowiązki jednostek lub przyznawać jednostkom uprawnienia w sposób bezpośredni lub pośredni, może być źródłem kompetencji organów państwa, może dostarczać podstawy prawnej do procesów stanowienia, stosowania lub kontroli przestrzegania prawa, może być podstawą prawną dokonywania czynności faktycznych lub czynności konwencjonalnych itp. Trudno zatem wszystkie, rodzajowo od siebie odmienne, przejawy realizacji („działania”, „urzeczywistnienia”) aktu normatywnego zredukować do jednej, uniwersalnej formuły językowej¹⁸; nawet formułę zawieszenia stosowania aktu normatywnego należałoby – w przypadku określania zakresu ochrony tymczasowej – uznać za zbyt wąską, ponieważ stosowanie prawa nie jest jedynym przejawem realizacji („działania”, „urzeczywistnienia”) aktu normatywnego.

Potrzebę przyjęcia szerokiego sposobu rozumienia formuły „wstrzymania wykonania” aktu normatywnego potwierdzają zresztą również obowiązujące przepisy o ochronie tymczasowej w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Przepisy te dopuszczają bowiem możliwość „wstrzymania wykonania” aktu prawa miejscowego, który jeszcze nie wszedł w życie i w konsekwencji nie obowiązuje. Formuła „wykonania” aktu normatywnego, który „nie wszedł w życie” i nie obowiązuje, ma wszelkie cechy oksymoronu: „wykonanie” aktu normatywnego, który „nie obowiązuje”, nie jest bowiem możliwe. Formuła ta nabiera natomiast sensu w przypadku objęcia zakresem znaczeniowym zwrotu „wykonanie aktu normatywnego” nie tylko czynności dokonanych na podstawie tego aktu, ale również czynności poprzedzających uzyskanie przez akt normatywny mocy obowiązującej, a mających na celu wejście w życie tego aktu, takich jak np. kontrolę aktu normatywnego przed jego ogłoszeniem, samo ogłoszenie aktu

¹⁷ Z. Kmiecik, Glosa do postanowienia NSA z dn. 23 stycznia 1997 r., SA/Rz 1382/96, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1998, nr 3, poz. 54, cyt. za: LEX.

¹⁸ Być może najszerszą i najbardziej uniwersalną formułą byłoby „zawieszenie obowiązywania” lub „zawieszenie mocy obowiązującej” aktu normatywnego, zob. Z. Kmiecik, *Ochrona tymczasowa...*, s. 27.

normatywnego w dzienniku urzędowym, czynności przygotowawcze – w okresie *vacatio legis* – poprzedzające wejście aktu normatywnego w życie.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku o braku sprzeczności o charakterze fundamentalnym pomiędzy samą konstrukcją aktu normatywnego (w tym aktu prawa miejscowego), który wszedł w życie i obowiązuje, a konstrukcją ochrony tymczasowej, która polega na wstrzymaniu wykonania formy działania administracji. Cechę podlegania „wykonaniu” można bowiem również odnosić do obowiązującego aktu normatywnego (w tym aktu prawa miejscowego), oczywiście przy założeniu szerokiego rozumienia terminu „wykonanie” aktu normatywnego.

Przeszkodą w objęciu aktów prawa miejscowego zakresem ochrony tymczasowej w postępowaniu sądownoadministracyjnym nie jest zatem „natura rzeczy”, względy ogólnosystemowe ani też domniemana nieprzystawalność kategorii „wstrzymania wykonania” formy działania administracji do aktu normatywnego (aktu prawa miejscowego), który wszedł w życie i obowiązuje. Przeszkodą taką jest natomiast wyłącznie decyzja ustawodawcy, który *de lege lata* wyłączył obowiązujące akty prawa miejscowego spod ochrony tymczasowej w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Nie ma natomiast powodów, dla których decyzja ta nie mogłaby zostać przez ustawodawcę zmieniona w kierunku objęcia zakresem ochrony tymczasowej w postępowaniu sądownoadministracyjnym również obowiązujących aktów prawa miejscowego.

Potwierdzeniem tezy o braku sprzeczności między obowiązywaniem aktu normatywnego a możliwością objęcia go ochroną tymczasową („wstrzymaniem wykonania”, „zawieszeniem stosowania”, „zawieszeniem obowiązywania” – ujęcia istoty ochrony tymczasowej w płaszczyźnie semantycznej mogą być różne) jest fakt, że możliwość taka była przewidziana w historycznie pierwszej ustawie o Trybunale Konstytucyjnym, tj. w przepisie art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym¹⁹.

¹⁹ Dz. U. Nr 22, poz. 98.

Przepis art. 9 ust. 2 ówczesnej ustawy o TK dopuszczał możliwość „zawieszenia w całości lub części stosowania aktu [normatywnego]”. Gwoli ścisłości należy dodać, że po utracie mocy obowiązującej przez przepis ustawowy upoważniający Trybunał do zawieszenia stosowania przepisów aktu normatywnego, zaskarżonego do Trybunału, opowiadał się on przeciwko możliwości zawieszenia przez Trybunał stosowania przepisów aktu normatywnego, zaskarżonego do Trybunału. U podstaw tego stanowiska leżał jednak wyłącznie brak podstawy prawnej (rangi ustawowej) do zawieszenia przepisów aktu normatywnego (przy jednoczesnym przekonaniu Trybunału o braku podstaw do zawieszenia przepisów aktu normatywnego przy wykorzystaniu, stosowanych odpowiednio, przepisów k.p.c. o zabezpieczeniu powództwa), zob. postanowienie TK z dnia 11 kwietnia 2007 r., K 2/07, OTK 2007, nr 4A, poz. 43; postanowienie TK z dnia 4 października 2006 r., K 31/06, OTK 2006, nr 9A, poz. 135; postanowienie TK z dnia 22 lutego 2006 r., K 4/06, OTK 2006, nr 2A, poz. 24; postanowienie TK z dnia 24 października 2001 r., SK 28/01, OTK 2002, nr 1A, poz. 8. Pogląd na temat możliwości odpowiedniego stosowania w postępowaniu przed TK przepisów k.p.c. o zabezpieczeniu powództwa wyraził natomiast TK w postanowieniu z dnia 30 listopada 2015 r., K 34/15.

Możliwość „zawieszenia wykonania zaskarżonego aktu” (w tym także obowiązującego aktu normatywnego – aktu prawa Unii Europejskiej objętego właściwością Trybunału) ma także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie przepisu art. 278 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej²⁰.

Z kolei przywołana wyżej Rekomendacja Nr R(89)8 Komitetu Ministrów Rady Europy o tymczasowej ochronie sądowej w sprawach administracyjnych również dopuszcza możliwość objęcia zakresem ochrony tymczasowej (na takich samych zasadach, jakie obowiązują w odniesieniu do indywidualnych aktów administracyjnych) administracyjne akty regulacyjne (czyli akty normatywne o charakterze generalnym)²¹.

Na zakończenie rozważenia wymaga kwestia dopuszczalności objęcia ochroną tymczasową w postępowaniu sądownoadministracyjnym obowiązujących aktów prawa miejscowego z perspektywy Konstytucji. Rzecz sprowadza się do pytania, czy wprowadzenie takiego rozwiązania wymagałoby zmiany Konstytucji poprzez wprowadzenie przepisu wyraźnie dopuszczającego możliwość „wstrzymania wykonania” („zawieszenia stosowania”, „zawieszenia obowiązywania”) aktów normatywnych, które weszły w życie i obowiązują, czy też wprowadzenie takiego rozwiązania mogłoby nastąpić jedynie na podstawie ustawy, bez potrzeby zmiany Konstytucji.

Wydaje się, że za wystarczającą (ale i niezbędną – gdyż kompetencji organów państwa nie można domniemywać) należałoby uznać regulację ustawową przewidującą wprost możliwość objęcia zakresem ochrony tymczasowej także obowiązujące akty normatywne. Wprowadzenia takiego rozwiązania (również do przepisów ustawy regulującej postępowanie sądownoadministracyjne) nie wymagałoby zmiany Konstytucji. Do takiej konstatacji prowadzi bowiem wnioskowanie *a fortiori* (w wariancie *a maiore ad minus*). Skoro bowiem Konstytucja przewiduje instytucję kontroli konstytucyjności prawa (kontroli legalności prawa) i przyznaje Trybunałowi Konstytucyjnemu oraz sądom administracyjnym kompetencję do usuwania sprzecznych z prawem aktów normatywnych z porządku prawnego, czyli przyznaje tym podmiotom kompetencję do definitywnego pozbawiania tych aktów normatywnych mocy obowiązującej, to

²⁰ Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 ze zm.

Przepis art. 278 TFUE ma następujące brzmienie: „Skargi wniesione do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie mają skutku zawieszającego. Jednakże Trybunał może, jeśli uzna, że okoliczności tego wymagają, zarządzić zawieszenie wykonania zaskarżonego aktu”.

²¹ We wstępie do Rekomendacji, określającym jej zakres przedmiotowy, stwierdza się bowiem: „In those legal systems where administrative regulatory acts can be challenged before a court, the following principles also apply to provisional protection against administrative regulatory acts” („w tych systemach prawa, w których administracyjne akty regulacyjne mogą być zaskarżane do sądu, następujące zasady [ochrony tymczasowej] mają również zastosowanie do ochrony tymczasowej przed administracyjnymi aktami regulacyjnymi”).

tym bardziej dopuszcza możliwość czasowego zawieszania mocy obowiązującej tych aktów na czas prowadzonego postępowania w sprawie legalności tych aktów. W konsekwencji stan prawny (ukształtowany w drodze ustawy), zgodnie z którym zakres przedmiotowy ochrony tymczasowej w postępowaniu sądowno-administracyjnym obejmowałby także obowiązujące akty prawa miejscowego, należałoby uznać za zgodny z Konstytucją (nienaruszający zasady hierarchicznej zgodności norm systemu prawa).

Mariusz Bogusz

THE ADMISSIBILITY OF SUSPENDING THE IMPLEMENTATION OF A LOCAL LAW ACT IN ADMINISTRATIVE COURT PROCEEDINGS

In proceedings before Polish administrative courts concerning the assessment of the legality of various acts of public administration, there is the institution of so-called temporary protection. This protection is most often granted at the initial stage of court proceedings and consists in the administrative court's suspension of the implementation of the contested act of public administration. The purpose of temporary protection is to prevent damage or irreversible effects caused by potentially unlawful public administration acts. However, acts of local law (local sources of law) that have entered into force are excluded from the scope of temporary protection. The Author criticizes this state of affairs, pointing to the lack of convincing arguments for such an exclusion and proposing that the scope of temporary protection should also include the acts of local law (local sources of law) that have already entered into force and are binding.



Anna Sylwestrzak

Uniwersytet Gdański

annasylwestrzak@prawo.ug.edu.pl

SKUTKI PRAWNE PRZYNALEŻNOŚCI KREWNYCH DO TZW. WIELKIEJ RODZINY

I. Wprowadzenie

Przynależność do „wielkiej rodziny” odgrywała w dawniejszych czasach rolę niepomiernie większą niż obecnie. W początkach naszej ery, w systemie rodowo-plemiennym, podstawową grupą zrzeszającą jednostki był najpierw ród agnacyjny, zrzeszający mężczyzn pochodzących od wspólnego przodka, poślubione przez nich kobiety oraz przyjęte do rodu osoby niespokrewnione, a później ród kognacyjny, oparty na rzeczywistych więzach krwi i zrzeszający wszystkich krewnych. Z biegiem czasu wyodrębniły się z niego wielkie rodziny, kilkupokoleniowe, o charakterze patriarchalnym, a stopniowo także rodziny małe, prowadzące odrębne gospodarstwo¹. W Rzeczypospolitej szlacheckiej rodzinę tworzył już mały krąg osób, z reguły rodzice i dzieci, powiększony niekiedy o dziadków i innych krewnych². Proces atomizacji małych rodzin znajdował odzwierciedlenie w unormowaniach z zakresu prawa rodzinnego, które jednak długo uwzględniały kompetencje wielkiej rodziny w istotnych sprawach, czego przykładem może być instytucja rady familijnej (np. w Kodeksie cywilnym Królestwa Polskiego z 1825 r.)³.

Instytucją zastępującą władzę ojcowską była opieka, którą sprawował zbiorowo ród, bądź jednostkowo – osoba, której ród tę rolę powierzył, ale i w takim

¹ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2015, s. 93–95.

² P. Jurek, *Rodzina w podstawowych źródłach prawa prywatnego w Polsce* [w:] *Rodzina i jej prawa*, red. J. Rominkiewicz, Wrocław 2012, s. 97.

³ R. Kania, *Opieka nad małoletnim w Kodeksie Cywilnym Królestwa Polskiego z 1825 r.* [w:] *Rodzina i prawo*, red. D. Jaroszewska-Choraś, A. Kilińska-Pękacz i A. Wedeł-Domaradzka, Bydgoszcz 2017, s. 188.

wypadku ród zachowywał opiekę zwierzchnią z prawem zmiany opiekuna. Opieka sprawowana i kontrolowana przez krewnych funkcjonowała nawet jeszcze we wczesnych kodeksach cywilnych, stopniowo przechodząc pod nadzór organów publicznych⁴.

Obecnie pogłębiająca się społeczna tendencja do rozluźniania kontaktów wewnątrz szeroko rozumianej rodziny połączona ze skoncentrowaniem życia rodzinnego w rodzinie małej, przekłada się na sposób ustawowego ukształtowania stosunków prawnorodzinnych w Polsce. Dalszych krewnych uwzględniania się w prawie rodzinnym już tylko incydentalnie, a ich prawa i obowiązki są często uwarunkowane nie tyle istnieniem formalnej więzi, lecz faktyczną więzi osobistą. Niekiedy mamy jednak do czynienia z wprowadzaniem nowych regulacji dotyczących skutków prawnych dalszego pokrewieństwa, jak to miało miejsce stosunkowo niedawno w prawie rodzinnym, gdzie w 2009 r. unormowano problematykę kontaktów z dzieckiem innych osób niż rodzice (art. 113⁶ k.r.o.)⁵ oraz w tym samym roku w prawie spadkowym poprzez rozszerzenie kręgu spadkobierców ustawowych także na niektórych spośród dalszych krewnych⁶. Przepisy te uwzględniają tradycyjną rodzinę z jej wielopokoleniowym i rozgałęzionym charakterem, która, choć coraz mniej odczuwana w codziennym funkcjonowaniu rodzin nuklearnych, mająca już tylko wpływ symboliczny, ograniczony często do świąt i uczestniczenia w wydarzeniach przełomowych dla rodziny, zachowuje jednak znaczenie w niektórych fundamentalnych kwestiach, jak np. dziedziczenie ustawowe.

II. Istota „wielkiej rodziny” w prawie cywilnym

W prawie cywilnym brak jest jednolitej definicji rodziny, a pojęcie to bywa dookreślane w poszczególnych aktach prawnych w zróżnicowany sposób, na potrzeby normowanego wycinka stosunków społecznych. Istnieje natomiast w art. 61⁷ k.r.o. ogólna definicja pokrewieństwa, wyznaczająca jego linie oraz sposób obliczania stopni pokrewieństwa⁷. Spośród licznych normatywnych

⁴ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa...*, s. 236; zob. M. Podkowski, *Kilka uwag o opiece w pierwszych latach po zakończeniu II wojny światowej* [w:] *Rodzina i jej prawa*, red. J. Rominkiewicz, Wrocław 2012, s. 181–189.

⁵ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 220, poz. 1431) [dalej: k.r.o.].

⁶ Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 79, poz. 662). Zmiany weszły w życie w dniu 28 czerwca 2009 r. [dalej: k.c.].

⁷ Pomimo to pojęcie pokrewieństwa bywa także używane w innym znaczeniu niż określone w tym przepisie, jak np. w art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 998.), który do rodzin zastępczych spokrewnionych zalicza tylko osoby będące wstępnymi albo rodzeństwem dziecka. Dalsze stopnie

określeń zakresu rodziny jako najbardziej uniwersalna jawi się definicja zawarta w art. 23 k.r.o., w którym mowa jest o rodzinie, którą małżonkowie założyli przez swój związek⁸. Umieszczenie jej w k.r.o. ma to znaczenie, że zgodnie z przyjmowaną dyrektywą wykładni, interpretacja przepisów pozakodeksowych o niewyraźnym znaczeniu powinna następować w sposób zgodny z treścią instytucji kodeksowych⁹. Mając na uwadze tę definicję, wskazuje się w doktrynie, że rodzinę tworzą już sami tylko małżonkowie, lecz może ona składać się także z ich dzieci (tzw. rodzina mała)¹⁰. Rodzina w tym znaczeniu składa się więc maksymalnie z dwóch pokoleń, a dzieci przynależą do niej aż do czasu usamodzielnienia. Zauważa się nadto, że rodzina może opierać się na samym tylko rodzicielstwie, kiedy mamy do czynienia z rodzicem wychowującym dziecko samotnie bądź ze związkiem konkubenckim, z którego pochodzi dziecko¹¹. Zwraca się nadto uwagę na występowanie w społeczeństwie tzw. rodzin zrekonstruowanych¹². Poza tym wyróżnia się tzw. rodzinę wielką, czyli rodzinę w znaczeniu szerszym, do której zalicza się także innych krewnych (może to być np. rodzina wielopokoleniowa). Ponieważ jednak w unormowaniach k.r.o. pojęcie rodziny zostało wyraźnie odniesione tylko do tzw. rodziny małej, a o możliwości posługiwania się tym pojęciem także do rodziny wielkiej wnioskuje się dopiero na podstawie całokształtu unormowań, łączących niekiedy skutki prawne ze statusem krewnego, przyjmuje się, że pojęcie rodziny co do zasady należy odnosić do rodziny małej, ponieważ przynależność do rodziny wielkiej ma doniosłość prawną tylko wyjątkowo. Mając na względzie szersze i dalej idące skutki prawne „bliższego” pokrewieństwa w ramach rodziny małej, powiązane zwykle z większą intensywnością stosunków faktycznych, w porównaniu z „dalszymi” krewnymi tworzącymi rodzinę wielką, naturalnym jest, że to rodzina mała staje się przedmiotem rozległych i wnikliwych analiz w orzecznictwie i doktrynie, podczas gdy skutkom dalszego pokrewieństwa rzadko poświęca się samodzielne opracowania. Wobec zachodzących z biegiem lat przemian społecznych prowadzących do osłabienia pomiędzy dalszymi krewnymi więzi faktycznych, a w konsekwencji również – prawnych, warto dokonać globalnego przeglądu unormowań

pokrewieństwa z dzieckiem implikują kwalifikację rodziny zastępczej jako niespokrewnionej w rozumieniu tej ustawy.

⁸ M. Kosek, *Pojęcie rodziny w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i negatywne skutki jej redefinicji w wybranych aktach prawnych* [w:] *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wandy Stojanowskiej*, Warszawa 2008, s. 239–240.

⁹ Zob. orzeczenie TK z dnia 27 września 1994 r., W 10/93, OTK 1994, nr 2, poz. 46; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011 r., s. 25.

¹⁰ T. Smoczyński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa, 2014 r., s. 6.

¹¹ T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań, 2013, s. 30.

¹² Szerzej: K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinne w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2002, s. 84.

statuujących te skutki w prawie cywilnym, aby ocenić, na jakim poziomie zatrzymała się obecnie tendencja do stopniowego rozluźniania tych więzów. Konieczność okrojenia zakresu rozważań sprawia, że przedmiotem dalszych analiz stanie się relacja pomiędzy krewnymi, wykraczająca poza ramy rodziny małej, czyli relacja krewnych w linii prostej, powyżej pierwszego stopnia, oraz w linii bocznej, powyżej stopnia drugiego. Zostanie tym samym pominięta relacja między rodzicami, a usamodzielnionymi już dziećmi, jak również pomiędzy rodzeństwem, które niekiedy nie wchodzi jednak w skład tej samej małej rodziny (ze względu na usamodzielnienie bądź rozdzielenie małoletniego rodzeństwa).

Całokształt unormowań, z których mogą wynikać skutki prawne dla członków wielkiej rodziny, daje się uporządkować przy zastosowaniu kryterium do określenia więzi łączącej krewnych, w przedstawiony poniżej sposób.

1. Przepisy formułujące przesłankę pokrewieństwa:
 - a) bez ograniczenia *expressis verbis* co do linii i stopnia (np. art. 114² § 2 k.r.o., gdzie mowa jest o istniejącym pomiędzy przysposabiającym a przysposabianym stosunku pokrewieństwa);
 - b) łączące skutki prawne z całą określoną linią pokrewieństwa (np. art. 14 § 1 k.r.o, który zakazuje zawierania małżeństw pomiędzy krewnymi w linii prostej);
 - c) łączące skutki prawne z określonym stopniem pokrewieństwa (np. art. 938 k.c., przyznający dziadkom spadkodawcy roszczenie quasi-alimentacyjne);
2. Przepisy, których przesłanki nawiązują do bliskiej relacji faktycznej, wobec czego więzi pokrewieństwa mogą sprzyjać ich aktualizacji, a zwłaszcza:
 - a) przesłanka bliskości relacji faktycznej (np. art. 923 k.c. przyznający osobie bliskiej spadkodawcy uprawnienie do trzymiesięcznego korzystania z mieszkania i urządzenia domowego, licząc od dnia otwarcia spadku);
 - b) przesłanka pozostawania we wspólnym gospodarstwie domowym (np. art. 91 § 2 k.r.o. czyniący domowników pośrednimi beneficjentami pomocy ze strony dziecka, zobowiązanego do pomocy rodzicom we wspólnym gospodarstwie).

Przedmiotem dalszych analiz będą tylko unormowania wyróżnione w kategorii pierwszej, a więc łączące skutki prawne bezpośrednio z dalszym pokrewieństwem.

III. Skutki prawne przynależności do wielkiej rodziny w k.r.o.

W prawie rodzinnym dalsze pokrewieństwo może wywoływać dwojakiego rodzaju skutki, mianowicie:

- I. w zakresie zdolności do kreacji nowych stosunków prawnorodzinnych oraz
- II. w zakresie konsekwencji przynależności do danej rodziny.

Należy przy tym zaznaczyć, że z uwagi na nakładające się zakresy funkcji rodziny, podział ten nie ma charakteru w pełni rozłącznego; pomaga on jednak wyjaśnić istotę statusu dalszego pokrewieństwa. Przyjrzyjmy się najpierw konsekwencji, z pierwszej z wyszczególnionych wyżej grup, powstających w płaszczyźnie genetycznej relacji rodzinnych. Dają się one podzielić na dwie dalsze kategorie:

- 1) polegające na określeniu kręgu krewnych na tyle blisko spokrewnionych genetycznie, że związki małżeńskie pomiędzy nimi są niedopuszczalne jako kazirodcze, dzięki czemu pośród dalszych krewnych wyodrębnia się grupa tych „bliższych”, na którą składają się relacje pomiędzy dziadkami a wnukami oraz pradiadkami i prawnukami;
- 2) dotyczące zdolności do stworzenia/zrekonstruowania nowej małej rodziny w razie braku bądź dysfunkcji małej rodziny pierwotnej (naturalnej):
 - a) prowadzące do zastąpienia skutków prawnych biologicznego dalszego pokrewieństwa skutkami pokrewieństwa bliższego, jak między rodzicami a dziećmi (przysposobienie);
 - b) prowadzące do zachowania dotychczasowego statusu łącznie ze skutkami wynikającymi z dalszego pokrewieństwa, przy jednoczesnym nałożeniu dodatkowych praw i obowiązków wynikających ze sprawowania pieczy (piecza zastępcza, opieka).

Odnosnie do p. 1 a) trzeba podkreślić, że przysposobienie, jak trafnie wskazano w literaturze, nie tworzy pokrewieństwa w znaczeniu ustalonym w art. 61⁷ k.r.o., a jeżeli następuje pomiędzy krewnymi, nie uchyla istniejącego pomiędzy nimi pokrewieństwa¹³. Pokrewieństwo zatem istnieje, lecz jego skutki, w zakresie, w którym nakładają się na skutki wynikające z relacji pomiędzy rodzicami a dziećmi, zostają zastąpione silniejszymi skutkami tej bliższej relacji. Pośród przesłanek przysposobienia k.r.o. nie umiejscawia spokrewnienia jako przesłanki uprzywilejowującej przysposabiającego, choć w praktyce zastosowanie przesłanki dobra dziecka może w konkretnych przypadkach powodować, że istniejące pokrewieństwo pomiędzy przysposabiającym a przysposabianym stanowi dodatkowy czynnik wzmacniający ich faktyczną relację i tym samym przemawiający za orzeczeniem przysposobienia. Krewni korzystają też z pewnych ułatwień proceduralnych, przewidzianych w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, jak zwolnienie od wymogu posiadania świadectwa ukończenia szkolenia organizowanego przez ośrodek adopcyjny¹⁴. Przesłanka pokrewieństwa pojawia się w k.r.o. natomiast w dwóch następujących przypadkach: w art. 114² § 2 k.r.o. jako okoliczność wyłączająca zasadę subsydiarności przysposobienia zagranicznego oraz w art. 119^{1a} k.r.o. jako okoliczność

¹³ M. Nazar [w:] J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 42.

¹⁴ Art. 172 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 998).

usprawiedliwiająca wskazanie przez rodziców osoby przysposabiającego (tzw. adopcja ze wskazaniem). W obu przypadkach ustawodawca nie określił stopnia pokrewieństwa, co oznacza, że może on być odległy. Odnośnie do wewnątrzrodzinnej adopcji zagranicznej stwierdzono w literaturze, że pokrewieństwa nie należy traktować jako czynnika prowadzącego do uprzywilejowania wnioskodawcy, lecz jako czynnik stawiający go w analogicznej sytuacji jak wnioskodawcę zamieszkałego w Polsce i dlatego rozstrzygnięcie nie może pominąć weryfikacji dopuszczalności przysposobienia z punktu widzenia dobra dziecka¹⁵. Jako krewni korzystać oni będą jednak ze zwolnienia od obowiązku ukończenia stosownego szkolenia (art. 172 ust. 2 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej). Podkreślono nadto, że art. 114² § 2 k.r.o. ma na celu ochronę prawa dziecka do utrzymywania wszelkich więzi rodzinnych¹⁶. Z kolei gdy chodzi o adopcję ze wskazaniem, mamy w art. 119^{1a} k.r.o. do czynienia z ograniczeniem przez ustawodawcę wpływu woli rodziców na wybór osoby przysposabiającego, którym od 18 września 2015 r.¹⁷ może być tylko krewny rodziców bądź małżonek rodzica. W uzasadnieniu projektu ustawy wyjaśniono, że rozwiązanie to dąży do ograniczenia ryzyka doprowadzania do przysposobienia wyłącznie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz do zlikwidowania zagrażającego dzieciom podziemia adopcyjnego¹⁸. Można stąd wywodzić, że krewni, choćby w dalekim stopniu pokrewieństwa, zostali obdarzeni przez ustawodawcę wstępnym zaufaniem, dzięki któremu procedura postępowania adopcyjnego przebiegnie w sposób uproszczony, z pominięciem pośrednictwa ośrodka adopcyjnego. Zaufanie to nie zwalnia oczywiście sądu od oceny ich kandydatury pod kątem dobra dziecka, jednakże pozwala na sformułowanie założenia, będącego w istocie domniemaniem faktycznym, przyświecającego zresztą samemu ustawodawcy przy wprowadzeniu omawianego ograniczenia, że osoby spokrewnione dążą do nawiązania stosunku przysposobienia z przysposobionym w dużej mierze ze względu na łączący ich stosunek pokrewieństwa i chęć jego utrzymania i wzmocnienia, a więc z powodów osobistych, a nie ekonomicznych.

Odnośnie do p. 1 b) należy zauważyć, że w ramach kodeksowej regulacji pieczy zastępczej wstępnym i rodzeństwo dziecka zostali specjalnie predestynowani

¹⁵ E. Holewińska-Łapińska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2003, s. 564; J. Strzebinczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 347.

¹⁶ H. Ciepła [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011, s. 848.

¹⁷ Przepis ten wprowadzono ustawą z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. poz. 1199).

¹⁸ Skuteczność tego środka oceniana jest jednak w doktrynie krytycznie, zob. np. R. Łukasiewicz, *Prawna regulacja przysposobienia ze wskazaniem a problem handlu dziećmi*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 3, s. 122–126. Krytyka dotknęła także ograniczony krąg kandydatów, którzy mogą zostać wskazani, zob. J. Gajda, „Adopcja ze wskazaniem” w świetle art. 119^{1a} kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „Metryka” 2016, nr 1, s. 50–51.

do powierzenia im sprawowania pieczy zastępczej i stworzenia tzw. rodziny zastępczej spokrewnionej, co wyraża się w niestosowaniu wobec nich przesłanek dotyczących pozostałych osób; nie bez znaczenia jest także wymienienie ich, pośród kategorii osób, którym sąd może taką pieczę powierzyć na pierwszym miejscu. Podkreśla się przy tym ogromną rolę dziadków, którzy stanowią najliczniejszą grupę osób tworzących rodziny zastępcze w Polsce i wywiązujących się z tych zadań z reguły dobrze¹⁹. Z badań aktowych przeprowadzonych przez Elżbietę Cholewińską-Łapińską w 2008 r. wynika, że przeważająca liczba dzieci (84,9%) pozostawała w rodzinach zastępczych spokrewnionych²⁰ i tendencja ta, według statystyk GUS, utrzymuje się nadal (64,3% w roku 2017)²¹. Uzasadnieniem dla preferencji ograniczonego tylko kręgu krewnych jest założenie, że osoby te są dziecku znane i z reguły utrzymują się pomiędzy nimi bliskie relacje emocjonalne mające złagodzić traumę związaną z rozłąką z rodzicami²². Takiego ogólnego założenia nie można już stosować jako reguły w ramach dalszych stopni pokrewieństwa, dlatego inni dalsi krewni dziecka mogą tworzyć tzw. rodzinę zastępczą niespokrewnioną i podlegają takiemu reżimowi, jak osoby nie powiązane węzłem pokrewieństwa z dzieckiem.

Z kolei gdy chodzi o możliwość ustanowienia opiekuna spośród dalszych krewnych, k.r.o., regulując kolejność w doborze kandydatów na opiekuna, wymienia w art. 149 § 2 k.r.o. krewnych lub inne osoby bliskie na pozycji drugiej, o ile opiekunem nie została ustanowiona osoba wskazana przez ojca lub matkę dziecka. Kolejność taka jest racjonalna, jednak ma ona charakter subsydiarny, ponieważ pierwszorzędne znaczenie przy wyborze opiekuna musi mieć wzgląd na dobro dziecka. W przepisie mowa jest o krewnych, bez ograniczenia stopnia pokrewieństwa, co oznacza, że stopień ten może być odległy; nie ustanowiono przy tym pierwszeństwa bliższych stopni przed dalszymi, wobec czego sąd poszukuje pośród wszystkich krewnych dziecka takiej osoby, która będzie prezentowała faktycznie najlepsze kwalifikacje do pełnienia powierzonej funkcji²³. Warto zwrócić uwagę na ustawowe sformułowanie dotyczące omawianej kategorii kandydatów na opiekunów, które stanowi o „krewnych lub innych osobach bliskich”. Przymiotnik „inne” nasuwa alternatywne sposoby wyznaczenia kategorii krewnych, w zależności od tego, czy uznamy, że ma on znaczenie dla dookreślenia pojęcia krewnych. Po pierwsze, gdyby założyć, że w art. 149 § 2 k.r.o.

¹⁹ M. Andrzejewski [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 780.

²⁰ E. Cholewińska-Łapińska, *Orzekanie o umieszczeniu małoletniego w rodzinie zastępczej. Prawo w działaniu*, red. E. Cholewińska-Łapińska, Warszawa 2008, s. 45.

²¹ Rodzinna piecza zastępcza w 2017 r., <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/dzieci-i-rodzina/dzieci/rodzinna-pieczka-zastepcza-w-2017-roku,1,2.html> [dostęp: 7.09.2018].

²² M. Andrzejewski [w:] *Kodeks...*, s. 770.

²³ Szerzej: L. Kociucki, *Opieka nad małoletnim*, Warszawa 1993, s. 24–26.

pojęcie pokrewieństwa zostało użyte w znaczeniu formalnym, niezależnym od łączących ich z dzieckiem więzi osobistych, należałoby przyjąć, że chodzi tu o nieograniczony krąg krewnych. Druga ewentualność polega na uznaniu, że krewni, aby mogli być uwzględnieni w tej kategorii, powinni być jednocześnie osobami faktycznie bliskimi dziecku, skoro w dalszej części przepisu mowa jest o innych (niż bliscy krewni) osobach bliskich. W tym ujęciu krąg krewnych, o których mowa w analizowanym przepisie, byłby ograniczony, zatem sąd, posilkując się kolejnością kandydatów na opiekunów wskazaną w k.r.o., nie uwzględniałby krewnych, których nie łączy z dzieckiem stosunek bliskości. Wydaje się jednak, że właściwe jest jak najszerze znaczenie użytych w art. 149 § 2 k.r.o. pojęć, tym bardziej że spośród wskazanych w nim kategorii sąd, bacząc na dobro podopiecznego, zmierza do dokonania najtrafniejszego wyboru. Tym samym istnienie więzi osobistej dziecka z krewnym predestynuje go szczególnie do pełnienia roli opiekuna, choćby stopień pokrewieństwa był dalszy niż innych, bliższych krewnych dziecka, jeżeli więzi faktyczne z nimi nie istnieją bądź są słabsze.

Dalsze pokrewieństwo wywołuje także wiele konsekwencji związanych z przynależnością do danej rodziny, które po pominięciu wyżej omówionego aspektu genetycznego, można podzielić na dwie grupy:

- 1) polegające na utrzymywaniu i rozwoju faktycznego stosunku bliskości, czego podstawowym przejawem jest prawo do kontaktów z dzieckiem;
- 2) polegające na poddaniu reżimowi uprawnień i obowiązków majątkowych, czego główny przykład stanowi obowiązek alimentacyjny.

W normalnym układzie stosunków rodzinnych, opartym na porozumieniu pomiędzy zainteresowanymi, o kontaktach dziecka z osobami trzecimi – w tym z dalszymi krewnymi, decydują rodzice w toku wykonywania władzy rodzicielskiej. W sytuacji konfliktowej sfera ta może stać się również przedmiotem sądowego rozstrzygnięcia. O możliwości ustanawiania kontaktów dziecka z osobami innymi niż rodzice, mającymi z dzieckiem rodzinne związki, z zastrzeżeniem „stosownie do dobra dziecka”, stanowi art. 5 ratyfikowanej przez Polskę Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi²⁴. Przepisy k.r.o. o kontaktach z dzieckiem, pozostając w spójności z unormowaniem konwencyjnym, znajdują odpowiednie zastosowanie do ograniczonego tylko kręgu osób, a pośród interesującej nas kategorii znajdują się wymienieni *expressis verbis* w art. 113⁶ k.r.o. dziadkowie oraz „inne osoby, jeżeli sprawowały one przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem”. Znamiona sprawowania faktycznej pieczy nad dzieckiem mogą więc wypełniać również dalsi krewni, niepodlegający jednak żadnemu uprzywilejowaniu względem osób niespokrewnionych, ponieważ o ich uprawnieniu do kontaktów nie rozstrzyga status formalny, lecz układ stosunków faktycznych

²⁴ Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi sporządzona dnia 15 maja 2003 r. w Strasburgu, ratyfikowana w 2009 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 68, poz. 576).

w przeszłości²⁵. Dziadkowie natomiast legitymowani są do ubiegania się o kontakty bez konieczności wykazywania, że sprawowali pieczę nad wnukiem; można zatem wnosić, że brak wcześniejszych kontaktów z wnukiem nie dyskwalifikuje ich *a limine* jako wnioskodawców. W literaturze podkreślono, że prawo do kontaktów z dzieckiem osób trzecich nie może być jednak stawiane na równi z takim prawem rodzica sprawującego władzę rodzicielską²⁶, można zatem stwierdzić, że jest uprawnieniem słabszym, o mniejszej częstotliwości i mniej rozbudowanych formach, realizowanym o tyle, o ile byłoby zgodne z dobrem dziecka²⁷, a jednocześnie z poszanowaniem pozycji rodzica sprawującego władzę rodzicielską²⁸. Jednak stawianie przez rodziców nieuzasadnionych dobrem dziecka przeszkód w realizacji kontaktów z dalszymi krewnymi mogłoby zostać ocenione jako naruszenie dobra dziecka, umożliwiając, incydentalnie, ingerencję na podstawie art. 109 k.r.o.²⁹ W praktyce poza dziadkami, którzy bywają stosunkowo często zainteresowani ubieganiem się o kontakty z wnukiem, przypadki występowania dalszych krewnych o uregulowanie kontaktów z dzieckiem należą do rzadkości³⁰.

Prawnorodzinna regulacja praw i obowiązków majątkowych wynikających z przynależności do dalszej rodziny obejmuje obowiązek alimentacyjny, który spoczywa m.in. na krewnych w linii prostej, bez ograniczenia stopnia, a więc także na dziadkach i wnukach oraz pradiadkach i prawnukach (art. 128 k.r.o.), z tym że w razie istnienia kilku krewnych w tej linii obowiązek obciąża bliższych stopniem przed dalszymi. Jest ona wyrazem solidarności rodzinnej jako solidarności międzypokoleniowej polegającej w ogólnym założeniu na idei wspierania starszych pokoleń przez młodsze, w odpowiedzi na wcześniej udzielane wsparcie młodszych ze strony starszego pokolenia³¹. Solidarność ta nie obejmuje jed-

²⁵ Zob. J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw o kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2011, s. 27.

²⁶ P. Mostowik, *Kontakty dziecka z rodzicami, krewnymi i bliskimi a władza rodzicielska*, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 3, s. 26–30.

²⁷ P. Mostowik [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 1359.

²⁸ Ustanowienie kontaktów dziecka z osobami skonfliktowanymi z rodzicami mogłoby okazać się w konkretnym przypadku niepożądane jako prowadzące do negacji postaw i kwalifikacji wychowawczych rodziców, a w konsekwencji powodujące problemy wychowawcze, zob. J. Ignaczewski [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2012, s. 72.

²⁹ Tak w odniesieniu do pradiadków T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011, s. 98.

³⁰ Zob. wyniki badań przeprowadzonych przez E. Cholewińską-Łapińską, która odnotowała nieliczne przypadki ubiegania się o kontakty z dzieckiem: pradiadków, jak również braci i sióstr ojca oraz matki dziecka ze swym bratankiem/siostrzenicą: E. Cholewińska-Łapińska, *Orzekanie o osobistej styczności z małoletnimi osobami innymi niż ich rodzice* [w:] *Prawo w działaniu*, t. 4, red. E. Cholewińska-Łapińska, Warszawa 2008, s. 137–138.

³¹ Zob. M. Łączkowska, *Prawo alimentacyjne jako przykład regulacji prawnej solidarności międzypokoleniowej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, nr 3, s. 155–173.

nak dalszych krewnych, którzy w razie popadnięcia w niedostatek mogą udzielać sobie wsparcia materialnego na zasadzie dobrowolności, co jeżeli będzie odpowiadać oczekiwaniom społecznym, przy uwzględnieniu zakresu spełnionych świadczeń, nie stanowi bezpodstawnego wzbogacenia, jako świadczenie czyniące zadość zasadom współżycia społecznego (art. 411 p. 2 k.c.).

Dokonane zestawienie poszczególnych unormowań dotyczących sytuacji prawnej dalszych krewnych wykazuje, że w płaszczyźnie opiekuńczej są oni (a zwłaszcza dziadkowie), szczególnie kwalifikowani przez ustawodawcę do przejmowania funkcji rodzicielskich w sytuacjach kryzysowych. Zawsze jednak ich kandydatura podlega weryfikacji według kryterium dobra dziecka, wobec czego wytworzone więzi osobiste (ewentualnie realna szansa na ich wytworzenie) mają znaczenie pierwszorzędne, wobec których okoliczność spokrewnienia przesuwają się na dalszy plan. Chodzi więc raczej o wykorzystanie potencjału dalszych krewnych dla dobra dziecka, a dopiero w dalszej kolejności, następczo, o respektowanie ich praw wynikających z pokrewieństwa. Jeśli chodzi o obowiązek alimentacji, został on istotnie (i słusznie) ograniczony w relacjach dalszego pokrewieństwa, ponieważ jako znaczne obciążenie materialne dłużnika, obowiązujące bez uwarunkowania bliskością więzi osobistych, stanowiłby nadmierne obciążenie dalszych krewnych, których więzi są na tyle odległe, że nie sposób byłoby oczekiwać od nich takiego poświęcenia. Brak kompatybilności z ustawowo określonym kręgiem spadkobierców ustawowych nie mógłby w tym przypadku stanowić zarzutu – dziedziczenie ustawowe przez dalszych krewnych nie stanowi bowiem dla spadkodawcy obciążenia.

IV. Skutki prawne przynależności do wielkiej rodziny w k.c.

Więź dalszego pokrewieństwa, choć nie stanowi elementu stanu cywilnego człowieka – ten obejmuje bowiem wyłącznie cechy stwierdzone w akcie stanu cywilnego (art. 2 ust. 1 ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego³²), podlega ochronie w płaszczyźnie dóbr osobistych człowieka. Daje ona bowiem podstawę do wytworzenia się relacji faktycznej pomiędzy krewnymi, stanowiącej wartość chronioną jako życie rodzinne, życie prywatne czy sfera uczuciowa związana z osobą bliską³³. Wydaje się, że również sam status rodzinny, wynikający z powiązania dalszymi stopniami pokrewieństwa, choćby nie był poparty utrzymaniem faktycznej więzi z krewnymi, mógłby stać się przedmiotem ochrony

³² Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 2064).

³³ K. Michałowska, *Niemajątkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2017, s. 315–317.

jako samoistna wartość będąca dla człowieka źródłem przeżyć dotyczących przynależności do danej rodziny, a więc dotyczących sfery poczucia własnej tożsamości.

W płaszczyźnie majątkowej skutki przynależności do wielkiej rodziny przejawiają się przede wszystkim na gruncie prawa spadkowego, gdzie od czasu nowelizacji przepisów kodeksu cywilnego w 2009 r., rozszerzającej krąg spadkobierców ustawowych, zaliczają się do tego grona niektórzy spośród dalszych krewnych spadkodawcy, a mianowicie: w grupie III – zstępni rodzeństwa (bez ograniczenia stopnia pokrewieństwa, dziedziczący według szczepów – art. 932 § 5 k.c.), w grupie IV – dziadkowie oraz subsydiarnie – zstępni dziadków (czyli wujkowie i ciotki spadkodawcy), bez ograniczenia stopnia pokrewieństwa, dziedziczący według szczepów – art. 934 k.c. Znamiennym jest, że kolejność dziedziczenia ustawowego sytuuje rodzeństwo i zstępnych rodzeństwa, a więc krewnych w linii bocznej, przed dziadkami, którzy są krewnymi w linii prostej. Jak widać, bliskość pokrewieństwa nie stanowiła wyłącznego wyznacznika porządku dziedziczenia ustawowego, które zostało uwarunkowane także innymi względami. W doktrynie wymienia się takie czynniki, jak: umacnianie więzi rodzinnych, swoisty rewanż za wcześniejsze wnoszenie wkładu w wychowanie spadkodawcy czy spójność z unormowaniami dotyczącymi obowiązku alimentacyjnego³⁴. Żadna z wymienionych racji nie przesądza jednak o zasadności umiejscowienia zstępnych rodzeństwa przed dziadkami, zważywszy, że dziadkowie, w porównaniu z rodzeństwem, wnoszą zwykle większy wkład osobisty w utrzymanie i wychowanie spadkodawcy, a poza tym, w odróżnieniu od zstępnych rodzeństwa, łączy ich z wnukiem stosunek alimentacyjny, a w odróżnieniu od rodzeństwa – nie mogą się zwolnić od obowiązku alimentacyjnego z powołaniem na negatywne dla siebie konsekwencje materialne jego wykonania (w odniesieniu do rodzeństwa, któremu taki zarzut przysługuje – zob. art. 134 k.r.o.). O kolejności tej musiały więc rozstrzygnąć inne jeszcze względy. Wydaje się, że pierwszeństwo rodzeństwa i jego zstępnych przed dziadkami stanowi ślad przynależności spadkodawcy i rodzeństwa do tej samej małej rodziny, w ramach której ustawodawca koncentruje przede wszystkim skutki w zakresie dziedziczenia ustawowego. Zstępni rodzeństwa, jako potomkowie krewnych tworzących niegdyś małą rodzinę, w sposób niejako pochodny zostają objęci intensywnością skutków prawnych przynależności do tej grupy. Dziadkowie i ich zstępni, którzy w typowym przypadku nie tworzyli małej rodziny, do której należał spadkodawca, muszą wobec tego ustąpić na plan dalszy, pomimo że ich więzi emocjonalne z wnukiem-spadkodawcą mogą być nawet ocenione jako silniejsze od więzi łączących w typowym przypadku spadkodawcę z jego siostrzenicami

³⁴ Zob. W. Borysiak, *Dziedziczenie. Konstrukcja prawna i ochrona*, Warszawa 2013, s. 90–91; M. Łączkowska, *Dziedziczenie ustawowe członków rodziny spadkodawcy*, „Rejent” 2012, nr 5, s. 44.

i bratankami. Warto także zwrócić uwagę na całkowitą eliminację pradiadków z grona spadkobierców ustawowych prawnika. Wynikać to może nie tylko z bardzo małego prawdopodobieństwa wystąpienia w praktyce sytuacji generującej takie dziedziczenie, ze względu na biologiczne ramy życia człowieka, ale także z tego powodu, że pradiadkowie, gdyby nawet dożyli dziedziczenia po prawniku, byłiby już wtedy osobami co najmniej w starszym, a z reguły już w podeszłym wieku, wobec czego korzyści ze spadku przejęliby w krótkim czasie ich z kolei spadkobiercy, co w istocie byłoby przekierowaniem spadku na dalszych krewnych spadkodawcy ze strony jego pradiadków, których, jak można mniemać, nie uznał ustawodawca za predestynowanych do uczestniczenia w takich skutkach.

Przedstawione unormowania uwidaczniają zatem, że ogólne założenie, według którego intensyfikacja skutków prawnych następuje według bliskości pokrewieństwa (tzn. im bliższe pokrewieństwo, tym silniejsze skutki prawne – i odwrotnie – im dalsze pokrewieństwo, tym skutki słabsze), nie zawsze jest trafne, ponieważ u podstaw regulacji dotyczących sytuacji prawnej w rodzinie leży więcej rozmaitych czynników. Skutki prawne dalszego pokrewieństwa dają zatem podstawę do odnajdywania w ich ramach pewnych tendencji, podlegających oczywiście wyjątkom, jak np. szczególna kwalifikacja dalszych krewnych do przejmowania funkcji opiekuńczych w sytuacjach kryzysu rodziny małej, intensyfikacja skutków prawnych wobec dalszych krewnych, których przodkowie należeli do jednej małej rodziny, czy uwypuklenie szczególnej pozycji krewnych w linii prostej jako „bliższych”, przed krewnymi w linii bocznej jako „dalszych”. Niewątpliwie jednak ich relacja i jej skutki ustępują w razie kolizji wobec (prawidłowo funkcjonującej) relacji rodzicielskiej oraz małżeńskiej jako podstawowych stosunków rodzinnoprawnych, odgrywających kluczową rolę w funkcjonowaniu rodziny.

Anna Sylwestrzak

THE LEGAL CONSEQUENCES OF RELATIVES BELONGING TO THE SO-CALLED “GREAT FAMILY”

Nowadays, the tendency to loosen bonds with distant relatives is deepening, and the family life to a large extent is concentrated within a small two-generation family. This is reflected in the provisions of civil law, in which the legal consequences of distant kinship occur only incidentally. The Author presents and organizes legal regulations which link legal consequences with distant kinship. She comes to the conclusion that at the level of care institutions, distant relatives are particularly qualified by the legislator to take parental functions in crisis situations, as part of foster care, care and adoption.

The bond between relatives benefits from protection as a personal good resulting from human experiences related to family relationships. Distant relatives are also included to some extent in the order of statutory succession.

Z ŻYCIA WYDZIAŁU

FROM THE LIFE OF THE FACULTY



INFORMACJA O WYDZIALE PRAWA I ADMINISTRACJI UNIwersytetu GDAŃSKIEGO (1.01.2018 – 31.12.2018 R.)

Władze Wydziału Prawa i Administracji:

Wybór Prodziekan ds. Studenckich i Nauki

dr hab. Anny Jurkowskiej-Zeidler, prof. UG (30.10.2018 r.)

Rezygnacja

prof. dr. hab. Jakuba Steliny z funkcji Dziekana Wydziału PiA (26.11.2018 r.)

Przejścia na emeryturę:

- dr Ryszard Skarbek – Katedra Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii (30.09.2018 r.)
- mgr Aleksandra Elszkowska-Maciejewska – Dziekanat Wydziału Prawa i Administracji (23.11.2018 r.)

Rozwiązanie stosunku pracy:

- dr Dagmara Jaroszewska-Choraś – Zakład Praw Człowieka i Etyki Prawniczej (28.02.2018 r.)
- mgr Izabela Oleksy-Piesik – Katedra Prawa Administracyjnego (9.08.2018 r.)
- mgr Michał Marszelewski – Katedra Prawa Cywilnego (30.09.2018 r.)
- mgr Paulina Topolska – Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego (30.09.2018 r.)
- mgr Marceli Spuła – Samodzielna Sekcja ds. Informatyki i Technik Multimedialnych (30.09.2018 r.) (przeszedł do Centrum Informatycznego UG)
- dr Stanisław Cora (½ etatu) – Katedra Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii (21.11.2018 r.)

Nowo zatrudnieni nauczyciele akademicy:

- mgr Szymon Moś – Katedra Prawa Finansowego (1.02.2018 r.)
- mgr Izabela Oleksy-Piesik – Katedra Prawa Administracyjnego (1.10.2018 r.)

- dr Krzysztof Stasiak (50% etatu) – Katedra Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii (1.10.2018 r.)
- dr Marta Zbucka – Zakład Praw Człowieka i Etyki Prawniczej (1.10.2018 r.)
- mgr Wojciech Jankowski – Katedra Teorii i Filozofii Państwa i Prawa (2.10.2018 r.)
- mgr Kinga Konieczna – Katedra Prawa Cywilnego (2.10.2018 r.)
- mgr Paweł Nowicki – Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego (3.10.2018 r.)
- dr Magdalena Kasprzak – Katedra Prawa Karnego Procesowego i Kryminologii (10.10.2018 r.)

Nowo zatrudnieni pracownicy nie będący nauczycielami akademickimi:

- mgr Aleksandra Kudła – Biuro Dziekana (15.05.2018 r.)
- mgr Katarzyna Małachowska – Biuro Dziekana (1.07.2018 r.)
- Jarosław Lewicki – Samodzielna Sekcja ds. Informatyki i Technik Multimedialnych (15.11.2018 r.)
- mgr Jan Buławski – Biuro Dziekana (1.12.2018 r.) (70% etatu – projekt)

Nauczyciele akademicy – zmiana wymiaru etatu:

- mgr Aleksandra Czubek: ze 100% etatu na 25% etatu – Centrum Prawa Własności Intelktualnej (1.10.2018 r.)

Nauczyciele akademicy – zmiana miejsca pracy:

- dr Grzegorz Świsł (½ etatu) – z Katedry Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii do Katedry Teorii i Filozofii Państwa i Prawa (1.10.2018 r.)

Nauczyciele akademicy – zmiana stanowiska:

- prof. dr hab. Jakub Stelina – Katedra Prawa Pracy: z profesora nadzwyczajnego na profesora zwyczajnego (1.05.2018 r.)
- dr hab. Małgorzata Balwicka-Szczyrba – Katedra Prawa Cywilnego: z adiunkta na profesora nadzwyczajnego (1.06.2018 r.)
- dr Marcin Michalak – Katedra Historii Prawa: z asystenta na adiunkta (1.07.2018 r.)
- dr Katarzyna Szlachetko – Katedra Prawa Administracyjnego: z asystenta na adiunkta (1.10.2018 r.)

Pracownicy niebędący nauczycielami akademickimi – zmiana stanowiska:

- mgr Natalia Bilska – Biuro Dziekana – z samodzielnego referenta ds. administracji na specjalistę ds. administracji (1.11.2018 r.)

Wykaz uzyskanych tytułów naukowych profesora nauk prawnych:

- prof. dr hab. Jakub Stelina – Katedra Prawa Pracy (9.01.2018 r.)
- prof. dr hab. Andrzej Powalowski – Katedra Prawa Gospodarczego i Ochrony Środowiska (30.07.2018 r.)

Wykaz uzyskanych stopni naukowych doktora habilitowanego:

- dr hab. Michał Gałędek – Katedra Historii Prawa (11.06.2018 r.)
- dr hab. Edvardas Juchnevičius – Katedra Prawa Finansowego (14.05.2018 r.)
- dr hab. Maciej Łukasz Nyka – Katedra Prawa Gospodarczego i Ochrony Środowiska (26.11.2018 r.)
- dr hab. Joanna Osiejewicz (17.12.2019r.)

Wykaz uzyskanych stopni doktora nauk prawnych (kontynuacja numeracji ciągłej):

Imię i nazwisko	Promotor	Data nadania stopnia doktora
dr Anna Danuta Jurczyk (<i>de domo</i> Patalon)	dr hab. Dorota Maśniak, prof. UG	19.03.2018 r.
dr Marian Józef Glembin	dr hab. Tomasz Bąkowski, prof. UG	11.06.2018 r.
dr Adam Feliks Bochentyn	dr hab. Mariusz Bogusz, prof. UG	24.09.2018 r.
dr Wioletta Maria Niemiec	dr hab. Krzysztof Woźniewski, prof. UG	24.09.2018 r.
dr Jacek Kazimierz Waldoch	prof. zw. dr hab. Tadeusz Maciejewski	24.09.2018 r.
dr Marcin Bolesław Lidzbarski	prof. dr hab. Andrzej Powalowski	26.11.2018 r.
dr Magdalena Glanc-Żabielowicz	prof. zw. dr hab. Jerzy Zajadło	26.11.2018 r.
dr Michał Szypniewski	dr hab. Monika Tomaszewska, prof. UG	17.12.2018 r.

Inne ważniejsze wydarzenia naukowe, organizacyjne, dydaktyczne

- zajęcie II miejsca przez studentów WPiA (Klaudia Becker, Wiktor Dorębski i Jakub Plebański) w czasie Lazareff Le Bars Vis Pre-moot w Paryżu (9.02.2018 r.)
- grant Narodowego Centrum Nauki dla dr Marii Lewandowicz z Katedry Historii Prawa na realizację projektu badawczego pt. „Szwajcarski Kodeks Cywilny z 10 grudnia 1907 roku – cele i metody” (program Sonata 13) (7.03.2018 r.)
- Ogólnopolskie Seminarium Naukowe „Zasady prawa rodzinnego” zorganizowane przez Katedrę Prawa Cywilnego i Zakład Prawa Rzymskiego WPiA (16.03.2018 r.)
- Targi Akademia 2018, prezentujące ofertę edukacyjną szkół wyższych w Polsce z udziałem ponad pięćdziesięciu wystawców (6.04.2018 r.)
- VII Ogólnopolska Konferencja Prawa Morskiego pt. „Morskie planowanie przestrzenne” zorganizowana przez Katedrę Prawa Morskiego oraz ELSA Gdańsk (12.04.2018 r.)

- tygodniowa wizyta (program Erasmus Staff Mobility) na Wydziale węgierskiego konstytucjonalisty prof. Ivana Halasza, członka Węgierskiej Akademii Nauk i wykładowcy Narodowego Uniwersytetu Służby Publicznej (16.04.2018 r.)
- ceremonia nadania prof. dr. hab. Jakubowi Stelinie tytułu doktora honoris causa Uniwersytetu w Alba Julii (Rumunia) (4.05.2018 r.)
- patronat Pomorskiej Izby Adwokackiej nad innowacją dydaktyczną „Program szkolenia praktycznego studentów prawa” w języku angielskim, w ramach międzynarodowego konkursu Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot realizowaną przez Katedrę Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego (10.05.2018 r.)
- seminarium naukowe pt. „Prawo a praktyka” zorganizowane na WPiA przez Koło Naukowe Doktorantów (19.05.2018 r.)
- finał IX edycji ogólnopolskiego konkursu „Prawo rzymskie a świat współczesny” zorganizowany przez Zakład Prawa Rzymskiego WPiA we współpracy ze studentami z ELSA Gdańsk (4.06.2018 r.)
- konferencja naukowa „Postępowanie upadłościowe: najlepsze praktyki, bariery oraz propozycje usprawnień” zorganizowana na WPiA UG we współpracy z WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego (16.06.2018 r.)
- ceremonia nadania prof. dr. hab. Andrzejowi Szmytowi tytułu doktora honoris causa Kijowskiego Uniwersytetu Prawa Narodowej Akademii Nauk Ukrainy (5.09.2018 r.)
- podpisanie umowy o współpracy WPiA UG z Wydziałem Prawa Uniwersytetu w Batumi (Gruzja) (9.07.2018 r.)
- seminarium naukowe pt. „25-lecie ratyfikacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka przez Polskę” zorganizowane przez Katedrę Prawa Międzynarodowego Publicznego WPiA i Okręgową Izbę Radców Prawnych w Gdańsku (11.09.2018 r.)
- XX Międzynarodowy Kongres Europejskiego i Porównawczego Prawa Konstytucyjnego „Development of Constitutional Law through Constitutional Justice: Landmark Decisions and Their Impact on Constitutional Culture” zorganizowany przez Katedrę Prawa Konstytucyjnego i Instytucji Politycznych UG we współpracy z Wydziałem Prawa Uniwersytetu w Ratyzbnie (Niemcy) (20–23.09.2018 r.)
- wizyta dziekana i pracowników WPiA na Wydziale Prawa Państwowego Uniwersytetu im. F. Dostojewskiego w Omsku (program Erasmus +) (24–28.09.2018 r.)
- zespołowa nagroda naukowa I stopnia Rektora UG dla pracowników Katedry Prawa Konstytucyjnego i Instytucji Politycznych za cztery monografie współautorskie (1.10.2018 r.)

- międzynarodowe seminarium naukowe „Consortium in Central and Eastern Europe”, zorganizowanej na WPiA UG przez Katedrę Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego wraz z Katedrą Prawa Finansowego oraz Societas – Central and Eastern European Company Law Research Network. Partnerem seminarium była KRRPiA Głuchowski Siemiątkowski Zwara i Partnerzy (9.11.2018 r.)
- wizyta w ramach programu wymiany akademickiej Erasmus + delegacji pracowników naukowo-dydaktycznych z partnerskiego Wydziału Prawa Heinrich – Heine Universität Dusseldorf (16–19.11.2018 r.)
- seminarium naukowe na temat „Naruszenia praw autorskich w Internecie”, zorganizowane przez Centrum Prawa Własności Intelektualnej WPiA UG we współpracy z Komendą Wojewódzką Policji i Studenckim Kołem Naukowym Prawa Własności Intelektualnej (19.11.2018 r.)
- grant Narodowego Centrum Nauki dla dra hab. Michała Gałędka z Katedry Historii Prawa na realizację projektu badawczego pt. „ Spór o wykładnię konstytucji Królestwa Polskiego jako formaty w polskiego liberalizmu politycznego (program OPUS 15 NCN – panel HS5) (20.11.2018 r.)
- uniwersytecka premiera filmu „Uratowane z potopu”, zorganizowana przez Koło Naukowe KULTURA NA PRAWO, połączona z promocją książki i spotkaniem z autorami filmu i książki (21.11.2018 r.)
- pierwsze spotkanie naukowe z cyklu „Gdańskie Piątki z Prawem Karnym”, organizowane przez Katedrę Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii (temat spotkania – „O uwikłaniach moralności i prawa karnego”) (30.11.2018 r.)

Opracował Andrzej Szmyt



**KALENDARIUM WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI
UNIwersytetu GDAŃSKIEGO
W ŚWIELE PROTOKOŁÓW Z POSIEDZEŃ
RADY WYDZIAŁU ZA OKRES SPRAWOWANIA
FUNKCJI DZIEKANA PRZEZ JAKUBA STELINĘ
(LATA 2016–2018)**

1) Posiedzenie RW w dniu 31 sierpnia 2016 r.

- podjęcie uchwały o wyborze dr Agnieszki Gajdy na przedstawicielkę Wydziału Prawa i Administracji do Rady Bibliotecznej UG na kadencję 2016–2020

2) Posiedzenie RW w dniu 26 września 2016 r.

- informacja Dziekana o nagrodach przyznanych przez Rektora UG pracownikom naukowo-dydaktycznym Wydziału (prof. A. Szmyt, dr hab. G. Wierczyński, dr hab. M. Wiszowaty, dr T. Widłak)
- informacja Dziekana o nadchodzących (październik) wyborach, w drodze elektronicznej, do Centralnej Komisji ds. Stopni i Tytułów
- podjęcie uchwały RW o wszczęciu postępowania o nadanie tytułu naukowego profesora nauk prawnych dr. hab. Jakubowi Stelinie
- podjęcie uchwały w sprawie powołania Zespołu w celu przygotowania projektów uchwał w sprawie czynności w postępowaniu o nadanie tytułu profesora dra hab. Jakubowi Stelinie (Zespół w składzie: prof. zw. dr hab. Janina Ciechanowicz-McLean – przewodnicząca, członkowie – prof. zw. dr hab. Andrzej Szmyt, prof. zw. dr hab. Jerzy Zajadło)
- podjęcie uchwały RW o poparciu wniosku o nadanie tytułu profesora nauk prawnych dra hab. Andrzejowi Powałowskiemu
- podjęcie uchwały o wyrażeniu negatywnej opinii RW, dotyczącej odwołania dra Piotra Lewandowskiego od uchwały RW z dnia 13.06.2016 r. w sprawie odmowy nadania stopnia naukowego doktora habilitowanego
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Moniki Kończyk pt. „Status prawny Europejskiego Komitetu Związków Zawodowych Sek-

tora Edukacyjnego” (dr hab. Jan Wojtyła, dr hab. Monika Lato-Milkowska) oraz powołanie komisji doktorskich

- otwarcie przewodu doktorskiego mgra Krzysztofa Stasiaka
- przyjęcie sprawozdania z wykorzystania urlopu naukowego przez dra hab. Tomasza Tadeusza Koncewicza
- podjęcie uchwały popierającej powołanie prof. UG, dra hab. Radosława Giętkowskiego na kierownika Katedry Prawa Administracyjnego w związku z udzieleniem urlopu naukowego prof. UG, drowi hab. Tomaszowi Bąkowskiemu
- poparcie wniosków o zatrudnienie na stanowisko asystenta mgra Jakuba Puskarskiego (Katedra Prawa Morskiego) i mgr Hanny Wolskiej (50% etatu, Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska)
- poparcie wniosku dr Magdaleny Jaś-Nowopolskiej o zatrudnienie na stanowisko adiunkta (50% etatu, katedra Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska)
- poparcie wniosku mgra Pawła Raczka o przedłużenie urlopu bezpłatnego
- podjęcie uchwał w sprawie określenia w programie studiów doktoranckich terminu przedstawienia rozprawy doktorskiej promotorowi w terminie dwóch lat od wszczęcia przewodu doktorskiego oraz w sprawie ustalenia roku akademickiego jako okresu rozliczeniowego
- podjęcie uchwały o rozdzieleniu punktów ECTS pomiędzy wykłady i ćwiczenia na stacjonarnych i niestacjonarnych kierunkach studiów pozaprawniczych
- uchwała RW o likwidacji prawniczych studiów niestacjonarnych II stopnia z końcem roku akademickiego 2016/2017
- odmowa poparcia wniosków o przyznanie stypendiów MNiSW dla wybitnych doktorantów
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 13.06.2016 r.

3) Posiedzenie RW w dniu 24 października 2016 r.

- wręczenie prof. UG, dr. hab. Jerzemu Ciszewskiemu księgi jubileuszowej pt. *Problemy prawa prywatnego i publicznego w pierwszych dekadach XXI wieku* (XXVI tom „Gdańskich Studiów Prawniczych”, pod red. J. Kruczalak-Jankowskiej)
- komunikat Dziekana o uhonorowaniu na Uniwersytecie w Ratyźbonie profesora Andrzeja Szmyta, z okazji 40-lecia pracy naukowej, księgą jubileuszową *Festgabe zu Ehren von Andrzej Szmyt. Ausgewählte Schriften*, pod red. Rainera Arnolda
- komunikat o inicjatywie honorowania wszystkich – na WPiA – profesorów tytularnych przygotowanym indywidualnie exlibrisem

- wręczenie pracownikom WPiA studenckich nagród „Belfer Roku” (Paweł Petasz, Bartosz Kędzierski, Piotr Uziębło, Wojciech Zalewski)
- podziękowania dla prof. UG, dra hab. Tomasza Bąkowskiego za wieloletnie sprawowanie funkcji Prodziekana ds. studiów stacjonarnych i wieczorowych
- uchwała RW w sprawie wyznaczenie listy kandydatów na recenzentów w postępowaniu o nadanie tytułu naukowego profesora nauk prawnych prof. drowi hab. Jakubowi Stelinie
- uchwała RW o nadaniu mgr Tomaszowi Gałczyńskiemu stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Zgoda uprawnionego jako przesłanka uchylająca odpowiedzialność cywilną prasy za naruszenie prawa do prywatności* (promotor – Jerzy Ciszewski, recenzenci – Jacek Sobczak i Grzegorz Tylec)
- uchwała RW o nadaniu mgr Annie Śniecikowskiej stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa pt. *Partnerstwo publiczno-prawne jako metoda realizacji zadań publicznych* (promotor – Andrzej Powalowski, recenzenci – Michał Kania i Wojciech Gonet)
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Hanny Wolskiej pt. *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych* (dr hab. Ewa Przeszło, dr hab. Jan Olszewski) oraz powołanie komisji doktorskich
- przyznanie mgr Hannie Wolskiej stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- poparcie wniosku o zatrudnienie mgr Joanny Jaroszkiewicz na etat asystentki w Katedrze Prawa Cywilnego
- przyjęcie sprawozdania dra Jacka Potulskiego z wykorzystania urlopu naukowego w roku akademickim 2015/2016
- wstępna dyskusja w sprawie opinii dotyczącej powołania Dyrektora Muzeum Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji UG na kadencję 2016–2020
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 26 września 2016 r.
- informacja o zakończonej rekrutacji na I rok studiów doktoranckich (przyjęto 80 osób)

4) Posiedzenie RW w dniu 21 listopada 2016 r.

- wstępna dyskusja na temat zasad i trybu wysuwania wydziałowych kandydatur na konkurs „Państwa i Prawa” na najlepsze prace habilitacyjne i doktorskie oraz do nagród ministerialnych i Rektora UG
- uchwała RW o nadaniu mgr Ewelinie Kowalskiej stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Własność zabytku a dyskrecjo-*

nalna władza konserwatorska (promotor – Kamil Zeidler, recenzenci – Katarzyna Zalasieńska i Piotr Dobosz)

- wyrażenie zgody mgr Iwone Jacko-Szcześniak na zmianę egzaminu doktorskiego w zakresie dyscypliny dodatkowej z ekonomii na filozofię
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Iwony Jacko-Szcześniak pt. *Instytucja pomocy publicznej dla przedsiębiorstw z sektora usług lotniczych* (dr hab. Anna Dobaczewska, dr hab. Mirosław Pawełczyk) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Krzysztofa Stasiaka pt. *Wpływ stosunku pracy sędzowskiego kuratora zawodowego na efektywne zarządzanie kuratorską służbą sądową* (prof. dr hab. Łukasz Pisarczyk, dr hab. Anna Musiała) oraz powołanie komisji doktorskich
- otwarcie przewodu doktorskiego mgr Magdaleny Łągiewskiej
- poparcie wniosku dr Justyny Nawrot o udzielnie płatnego urlopu naukowego
- poparcie wniosku mgra Pawła Kwiatkowskiego o zatrudnienie na etacie asystenta w Katedrze Prawa Międzynarodowego Publicznego
- poparcie wniosku Dziekana o pozytywne zaopiniowanie powołania prof. UG, dra hab. Sławomira Steinborna – kierownika Zakładu Kryminalistyki i Prawa Dowodowego – na Dyrektora Muzeum Kryminalistyki WPiA UG na kadencję 2016–2020
- uchwała RW w sprawie upoważnienia pracowników naukowo-dydaktycznych i dydaktycznych ze stopniem doktora do prowadzenia wykładów i wykładów do wyboru w roku akademickim 2016/2017
- poparcie wniosku w sprawie utworzenia studiów II stopnia – kierunek European and International Business Law
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 24 października 2016 r.
- wstępna informacja Dziekana o ministerialnych planach uzależnienia wysokości dotacji dla uczelni (wydziałów) od relacji (proporcji) między liczbą studentów i liczbą pracowników (docelowo 12:1)

5) Posiedzenie RW w dniu 12 grudnia 2016 r.

- nadanie dr Małgorzacie Balwickiej-Szczyrbie stopnia doktora habilitowanego nauk prawnych (monografia habilitacyjna pt. *Korzystanie z nieruchomości przez przedsiębiorców przesyłowych*)
- nadanie mgrowi Piotrowi Szudejko stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Rozwój biologii i medycyny w świetle zasady demokratycznego państwa prawnego* (promotor – Oktawian Nawrot, recenzenci – Wojciech Załuski i Leszek Bosek)
- nadanie mgrowi Kamilowi Jędrejowi stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Nieruchomość wspólna – konstrukcja praw-*

na (promotor – Ewa Bagińska, recenzenci – Anna Sylwestrzak i Adam Dołiwa)

- poparcie wniosku dr hab. Sylwii Majkowskiej-Szulc o zatrudnienie na stanowisku profesora nadzwyczajnego UG w Katedrze Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego
- powołanie Komisji do przeprowadzenia procedury nadania tytułu doktora honoris causa Uniwersytetu Gdańskiego Profesorowi Lechowi Garlickiemu (prof. zw. dr hab. Andrzej Szmyt – przewodniczący Komisji, członkowie Komisji – prof. zw. dr hab. Janina Ciechanowicz-McLean i prof. zw. dr hab. Jarosław Warylewski)
- poparcie dla wniosku mgra Tomasza Zienowicza o zmianę egzaminatora z uwagi na urlop członka komisji doktorskiej
- otwarcie przewodu doktorskiego mgr Dominiki Kostrzewy
- poparcie wniosku mgr Moniki Maśnickiej o zatrudnienie na stanowisku asystentki w Katedrze Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego
- upoważnienie pracowników naukowo-dydaktycznych i dydaktycznych ze stopniem doktora do prowadzenia seminariów w roku akademickim 2016/2017
- przyjęcie sprawozdania z oceny własnej WPiA za rok 2015/2016 dla uczelnianego Zespołu ds. Zapewnienia Jakości Kształcenia
- omówienie projektu zarządzenia Dziekana w sprawie powołania i zasad działania Zespołu Doradczego do Spraw Oceny Osiągnięć Pracowników Wydziału
- uchwała RW o przedstawieniu rozprawy habilitacyjnej dra hab. Marcina Wiszowatego (*Zasada monarchiczna i jej przejawy we współczesnych ustrojach europejskich i pozaeuropejskich monarchii mieszanych. Studium z zakresu prawa konstytucyjnego*) na LII Ogólnopolski Konkurs „Państwa i Prawa” na najlepsze rozprawy habilitacyjne i doktorskie
- sprawozdanie przewodniczącego komisji rekrutacyjnej o przebiegu rekrutacji na rok akademicki 2016/2017
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 21 listopada 2016 r.

6) Posiedzenie RW w dniu 16 stycznia 2017 r. (Pałac w Leźnie)

- informacja o warunkach zatrudniania „profesorów wizytujących”
- komunikat o planowanym podpisaniu umowy między UG i Uniwersyte-tem Chińskim CYU (China Youth University) oraz perspektywie utworze-nia na UG Instytutu Konfucjusza
- prezentacja propozycji nowego programu dla studiów na kierunku Admi-nistracja

- informacja o możliwościach współpracy z Kancelarią Radców Prawnych i Adwokatów Głuchowski Siemiątkowski Zwara i Partnerzy
- spotkanie wigilijno-noworoczne RW

7) Posiedzenie RW w dniu 30 stycznia 2017 r.

- informacja o projekcie badawczym HORYZONT 2020
- informacja o planowanych rozwiązaniach kierunkowych w zakresie parametryzacji jednostek szkolnictwa wyższego
- gratulacje dla Profesora Jerzego Zajadło z okazji otrzymania Nagrody Naukowej Miasta Gdańska im. J. Heweliusza („gdańskiego Nobla”)
- informacja o powołaniu Prorektor UG, prof. UG dr hab. Anny Machnikowskiej na przewodniczącą Uniwersyteckiej Komisji Kształcenia utworzonej przez Konferencję Rektorów Uniwersytetów Polskich
- komunikat o powołaniu prodziekana Oktawiana Nawrota w skład Rady Narodowego Centrum Nauki
- uchwała RW w sprawie wyznaczenia recenzentów w postępowaniu o nadanie tytułu doktora honoris causa Uniwersytetu Gdańskiego Profesorowi Lechowi Garlickiemu (prof. Janusz Trzciniński, prof. Zbigniew Witkowski, prof. Jerzy Zajadło)
- nadanie mgrowi Tomaszowi Knepcie stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Rola Europejskiego Banku Centralnego w zapewnieniu stabilności finansowej rynku wewnętrznego Unii Europejskiej* (promotor – Anna Jurkowska-Zeidler, recenzenci – Andrzej Drwiłło i Marcin Olszak)
- mgr Monice Wilk stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Mobbing – studium porównawcze* (promotor – Adam Wiśniewski, recenzenci – Zdzisław Brodecki i Monika Tomaszewska)
- nadanie mgrowi Tomaszowi Zienowiczowi stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Transgraniczna działalność inwestycyjna na obszarze OESD* (promotor – Andrzej Powałowski, recenzenci – Rafał Blicharz i Filip Grzegorzczak)
- otwarcie przewodu doktorskiego mgra Jacka Markowskiego
- poparcie wniosku dr Eweliny Kowalskiej o zatrudnienie na stanowisku adiunkta w Centrum Prawa Własności Intelektualnej
- poparcie wniosku mgra Michała Marszelewskiego o zatrudnienie na stanowisku asystenta w Katedrze Prawa Cywilnego
- poparcie wniosku mgr Joanny Marszałek o zatrudnienie na stanowisku asystentki (25% etatu, w Centrum Własności Intelektualnej)
- poparcie wniosków w sprawie przedłużenia okresu pobierania stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej

przez mgra Dawida Michalskiego, mgra Adama Bochentyna i mgr Katarzynę Borówkę

- uchwała w sprawie zmiany w składzie Komisji nr II do przyjmowania rozpraw doktorskich, dopuszczenia ich do publicznej obrony oraz przyjmowania publicznej obrony rozpraw doktorskich
- zmiana kierownika studiów podyplomowych Prawo spółek (dr Bartłomiej Gliniecki)
- poparcie wniosku w sprawie nagrody MNiSW dla prof. Tadeusza Maciejewskiego
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 12 grudnia 2016 r.
- wstępna dyskusja na temat perspektyw studiów doktoranckich w świetle przygotowywanej reformy szkolnictwa wyższego
- informacja Dziekana o decyzji Centralnej Komisji ds. Stopni i Tytułów w sprawie przekazania postępowania habilitacyjnego dra Władysława Mogińskiego do ponownego rozpatrzenia Radzie Wydziału

8) Posiedzenie RW w dniu 27 lutego 2017 r.

- informacja o nagrodach rektorskich dla studentów
- informacja o objęciu przez prof. UG dra hab. Tomasza Tadeusza Koncewiczę stanowiska profesora wizytującego na Uniwersytecie Princeton w USA
- informacja o wstępnej decyzji w sprawie zawieszenia naboru na studia doktoranckie na rok 2017/2018
- uchwała RW w sprawie wystąpienia do Senatu UG z wnioskiem o nadanie tytułu doktora honoris causa Uniwersytetu Gdańskiego Profesorowi Lechowi Garlickiemu „za doktrynalny i orzeczniczy wkład w kształtowanie państwa prawnego, zwłaszcza ochronę praw człowieka oraz instytucji demokratycznych w Polsce i w Europie”
- nadanie mgrowi Tomaszowi Snarskiemu stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Debata Hart – Fuller i jej znaczenie dla filozofii prawa* (promotorzy –Jarosław Warylewski i Jerzy Zajadło, recenzenci – Piotr Kardas i Kamil Zeidler)
- umorzenie postępowania habilitacyjnego dra Tadeusza Stępnia z powodu śmierci habilitanta
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Ziemowita Witkowskiego pt. *Skuteczność ochrony prawnej pszczół w Polsce* (dr hab. Ewa Czech, dr hab. Piotr Korzeniowski) oraz powołanie komisji doktorskich
- zatwierdzenie zmiany tematu rozprawy doktorskiej mgra Bartosza Wysokiego
- odmowa poparcia wniosku dra Pawła Chyca o zatrudnienie na stanowisku adiunkta w Zakładzie Praw Człowieka i Etyki Prawniczej

- uchwały RW o powiększeniu składów komisji doktorskich ds. przyjmowania rozpraw doktorskich, dopuszczenia ich do publicznej obrony oraz przyjmowania publicznych obron rozpraw doktorskich
- zmiana trybu studiów II stopnia stacjonarnych na niestacjonarne studia wieczorowe na kierunku European and International Business Law
- uchwała RW w sprawie utworzenia Szkoły Prawa Chińskiego
- uchwały RW w sprawie określenia liczby miejsc na poszczególne kierunki studiów w rekrutacji na rok akademicki 2017/2018
- określenie zasad i terminów rekrutacji na rok akademicki 2018/2019
- poparcie wniosków o stypendia MNiSW dla młodych wybitnych naukowców (dr Tomasz Widłak, dr Beata Kowalczyk)
- upoważnienie dla dra Tomasza Snarskiego do prowadzenia wykładów
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 30 stycznia 2017 r.
- informacja o planowanych zmianach Statutu UG
- wstępna dyskusja o możliwości upamiętnienia zmarłych wybitnych absolwentów WPiA

9) Posiedzenie RW w dniu 27 marca 2017 r.

- uchwała RW o nadaniu drowi Władysławowi Mogilskiemu stopnia naukowego doktora habilitowanego nauk prawnych w oparciu o cykl publikacji jako osiągnięcie naukowe
- nadanie mgr Hannie Wolskiej stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych* (promotor – Andrzej Powałowski, recenzenci – Ewa Przeszło i Jan Olszewski)
- nadanie mgrowi Krzysztofowi Stasiakowi stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Wpływ stosunku pracy sądowego kuratora zawodowego na efektywne zarządzanie kuratorską służbą sądową* (promotor – Jakub Stelina, recenzenci – Łukasz Pisarczyk i Anna Musiała)
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Magdaleny Łągiewskiej (dr hab. Tomasz Pietrzykowski, dr hab. Mateusz Stępień) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Bartosza Wysockiego (prof. dr hab. Zdzisław Brodecki i dr hab. Michał Kaczmarczyk) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Anny Podolskiej (prof. dr hab. Artur Nowak-Far i prof. dr hab. Justyna Maliszewska-Nienartowicz) oraz powołanie komisji doktorskich
- otwarcie przewodu doktorskiego mgrowi Marcinowi Lidzbarskiemu

- poparcie wniosku dra hab. Marcina M. Wiszowatego o zatrudnienie na stanowisku profesora nadzwyczajnego UG w Katedrze Prawa Konstytucyjnego i Instytucji Politycznych
- poparcie wniosku dra hab. Grzegorza Wierczyńskiego o zatrudnienie na stanowisku profesora nadzwyczajnego UG w Pracowni Informatyki Prawniczej
- poparcie wniosku mgra Szymona Obuchowskiego o zatrudnienie na stanowisku asystenta w Katedrze Prawa Finansowego
- uchwały RW w sprawie upoważnień do prowadzenia seminariów dla dr Karoliny Jagiełło, dr Elżbiety Kaczorowskiej i dr Anety Lewkowicz na studiach II stopnia na kierunku Kryminologia
- odmowa poparcia wniosku w sprawie utworzenia studiów podyplomowych Podatki w przedsiębiorstwie
- poparcie wniosku w sprawie stypendium MNiSW dla młodych wybitnych naukowców (dr Piotr Kitowski)
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 27 lutego 2017 r.
- informacja o nadaniu przez Senat UG tytułu doktora honoris causa Uniwersytetu Gdańskiego Profesorowi Lechowi Garlickiemu

10) Posiedzenie RW w dniu 24 kwietnia 2017 r.

- informacja Dziekana o planowanym przeprowadzeniu na WPiA okresowej oceny pracowników
- komunikat w sprawie zgłaszania wniosków o nagrody rektorskie
- informacja o wynikach egzaminów na aplikację przekazanych na spotkaniu w Ministerstwie Sprawiedliwości
- uchwała RW o poparciu wniosku o nadanie tytułu naukowego profesora nauk prawnych drowi hab. Jakubowi Stelinie, prof. UG
- nadanie mgr Monice Kończyk stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Status prawny Europejskiego Komitetu Związków Zawodowych Sektora Edukacyjnego* (promotor – Jakub Stelina, recenzenci – dr hab. Monika Latos-Miłkowska i Jan Wojtyła)
- otwarcie przewodu doktorskiego mgrowi Michałowi Szypniewskiemu i mgr Annie Przytuła-Pieniążek
- uchwała w sprawie zatwierdzenia specjalizacji (głównych i dodatkowych) zgodnie z nowym programem studiów na kolejny rok akademicki
- uchwały w sprawie zmiany programów i trybów studiów II stopnia na kierunku European and International Business Law, na kierunku Kryminologia, na kierunku Podatki i doradztwo podatkowe, na kierunku Administracja oraz II stopnia studiów niestacjonarnych na kierunku Prawo w administracji i gospodarce

- poparcie wniosku o utworzenie i uchwalenie programu kształcenia Międzywydziałowych studiów podyplomowych Ubezpieczenia społeczne
- poparcie wniosku mgra Michała Szypniewskiego o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 27 marca 2017 r.
- informacja o wstępnej decyzji w sprawie odbycia na WPiA w 2020 r. Europejskiego Forum Dziekanów Wydziałów Prawa

11) Posiedzenie RW w dniu 22 maja 2017 r.

- informacja o zaplanowanym na 5 czerwca 2017 r. zebraniu kierowników katedr w sprawie sytuacji WPiA
- nadanie mgr Iwonie Jacko-Szcześniak stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Instytucja pomocy publicznej dla przedsiębiorstw z sektora usług lotniczych* (promotor – Andrzej Powałowski, recenzenci – Anna Dobaczewska i Mirosław Pawełczyk)
- otwarcie przewodów doktorskich mgrowi Piotrowi Dembickiemu i mgr Annie Patalon
- poparcie wniosku prof. UG dra hab. Tomasza Tadeusza Koncewicz o udzielenie bezpłatnego urlopu naukowego na rok akademicki 2017/2018
- poparcie wniosku dra Tomasza Snarskiego o zatrudnienie na stanowisku adiunkta w Katedrze Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii
- poparcie wniosku dra Stanisława Cory o przedłużenie zatrudnienia na 50% etatu na stanowisku starszego wykładowcy w Zakładzie Kryminologii w Katedrze Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii do dnia 21 listopada 2018 r.
- poparcie wniosku dr Magdaleny Jaś-Nowopolskiej o przedłużenie zatrudnienia na ½ etatu na stanowisku adiunkta w Zakładzie Prawa Gospodarczego Publicznego
- poparcie dla wniosków o nagrody rektorskie (prof. dr hab. Janina Ciechanowicz-McLean, prof. dr hab. Ewa Bagińska, prof. dr hab. Jerzy Zajadło, dr Maciej Fingas)
- zatwierdzenie listy seminariów magisterskich i licencjackich oraz wykładów do wyboru na rok akademicki 2017/2018
- uchwała RW w sprawie zmiany programu kształcenia oraz nazwy studiów podyplomowych Doradztwo finansowe na Finansowanie małych i średnich przedsiębiorstw
- uchwała RW w sprawie zmiany programu studiów podyplomowych Prawo spółek
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 24 kwietnia 2017 r.

12) Posiedzenie RW w dniu 19 czerwca 2017 r.

- komunikat Dziekana o przyznania prof. UG drowi hab. Marcinowi Wiszowatemu II nagrody w LII Ogólnopolskim Konkursie „Państwa i Prawa” na najlepszą pracę habilitacyjną
- przypomnienie, że w dniu 22 czerwca 2017 r. odbędzie się uroczyste posiedzenie Senatu UG poświęcone ceremonii przyznania tytułu doktora honoris causa Profesorowi Leszkowi Garlickiemu z wniosku WPiA
- uchwała RW o zmianie brzmienia tematu rozprawy doktorskiej mgra Marcina Michalaka
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Marcina Michalaka (prof. zw. dr hab. Dorota Malec i dr hab. Grzegorz Smyk) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Pawła Bafii (dr hab. Dorota Maśniak i prof. zw. dr hab. Jan Głuchowski) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Katarzyny Borówki (dr hab. Radosław Giętkowski i prof. zw. dr hab. Bogdan Dolnicki) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Anny Wolskiej-Bagińskiej (dr hab. Małgorzata Wąsek-Wiaderek i dr hab. Arkadiusz Lach) oraz powołanie komisji doktorskich
- otwarcie przewodów doktorskich mgra Mariana Glembina i mgr Dominiki Mróz-Szarmach
- uchwała RW o zmianie brzmienia tematu rozprawy doktorskiej mgr Katarzyny Warylewskiej
- zamknięcie przewodu doktorskiego mgra Filipa Czuchwickiego
- poparcie wniosku dra Michała Gałędka o udzielenie płatnego urlopu naukowego w związku z przygotowywaniem rozprawy habilitacyjnej
- odmowa poparcia wniosku o zatrudnienie dra hab. Wojciecha Cieślaka na stanowisku profesora nadzwyczajnego UG w Katedrze Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii
- poparcie wniosku mgra Patryka Ciuraka o zatrudnienie na stanowisku asystenta w Pracowni Informatyki Prawniczej
- poparcie wniosków mgra Adama Bochetyna i mgra Dawida Michalskiego o przedłużenie okresu pobierania stypendium naukowego w związku z przygotowywaniem rozprawy doktorskiej
- uchwała RW w sprawie szczegółowej organizacji roku akademickiego 2017/2018 X semestru jednolitych studiów prawniczych dla wszystkich form kształcenia
- wstępna dyskusja w sprawie projektów uchwał RW o zmianie programu studiów na wszystkich kierunkach i trybach, dotyczące wprowadzenia

wykładu ogólnouczelnianego od cyklu dydaktycznego 2017/2018 oraz o wprowadzeniu ćwiczeń w ramach przedmiotu „prawo międzynarodowe publiczne”

- zatwierdzenie dodatkowej listy seminariów dyplomowych na rok akademicki 2017/2018
- poparcie wniosku w sprawie przekształcenia Pracowni Informatyki Prawniczej w Zakład Informatyki Prawniczej
- poparcie wniosku o powołanie dra Przemysława Panfila na kierownika studiów podyplomowych Doradztwo finansowe/Finanse w małych i średnich przedsiębiorstwach
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 22 maja 2017 r.

13) Posiedzenie RW w dniu 25 września 2017 r.

- uczczenie minutą ciszy zmarłego w dniu 9 września 2017 r. prof. zw. dra hab. Jerzego Młynarczyka
- wstępny komunikat o uzyskaniu przez WPiA kategorii A w ministerialnej ewaluacji jednostek naukowych
- podjęcie uchwał o wyznaczeniu recenzenta, sekretarza oraz członka Komisji ds. wniosku Edvardasa Juchnevičusa o przeprowadzenie postępowania habilitacyjnego w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo
- nadanie mgr Annie Podolskiej stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Zasada wzajemnego zaufania państw członkowskich Unii Europejskiej do swoich wymiarów sprawiedliwości* (promotor – Tomasz Tadeusz Koncewicz, recenzenci – Artur Nowak-Far i Justyna Maliszewska-Nienartowicz)
- nadanie mgr Magdalenie Łągiewskiej stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Prawa podmiotowe w systemie prawnym Chińskiej Republiki Ludowej* (promotor – Kamil Zeidler, recenzenci – Tomasz Pietrzykowski i Mateusz Stępień)
- dyskusja wstępna w sprawie uchwały o nieprzyjęciu publicznej obrony rozprawy doktorskiej mgra Bartosza Wysockiego
- otwarcie przewodu doktorskiego mgra Marka Horodniczego, mgra Szymona Kosatki, mgra Macieja Kasprzyka
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Mariana Glembina (prof. zw. dr hab. Marek Szewczyk i dr hab. Bartosz Majchrzak) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Anny Patalon (prof. zw. dr hab. Bogusław Gnela, dr hab. Marcin Orlicki) oraz powołanie komisji doktorskich
- przyjęcie sprawozdania mgr Katarzyny Borówki z wykorzystania stypendium doktorskiego

- poparcie wniosku o powołanie prof. UG dra hab. Tomasza Bąkowskiego na kierownika Katedry Prawa Administracyjnego po powrocie z urlopu naukowego
- odmowa poparcia wniosku w sprawie zmiany stanowiska dr hab. Katarzyny Łasak na stanowisko profesora nadzwyczajnego UG w ramach istniejącego stosunku pracy w Katedrze Prawa Międzynarodowego Publicznego
- poparcie wniosku dra Grzegorza Sikorskiego o zatrudnienie na stanowisku adiunkta w Katedrze Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego
- poparcie wniosku dr Hanny Wolskiej o zatrudnienie na stanowisku adiunkta w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska
- poparcie wniosku mgr Pauliny Topolskiej i mgra Pawła Kwiatkowskiego o zatrudnienie na stanowiskach asystentów w Katedrze Prawa Międzynarodowego Publicznego
- poparcie wniosku mgr Aleksandry Czubek o zatrudnienie na stanowisku asystentki w Centrum Prawa Własności Intelektualnej
- przełożenie na następne posiedzenie RW wyrażenia opinii – po odbyciu wstępnej dyskusji – w sprawie wniosku mgra Piotra Zielińskiego o zatrudnienie na stanowisku asystenta w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa
- poparcie wniosków dr Anny Podolskiej o zatrudnienie na stanowisku adiunkta w Zakładzie Praw Człowieka i Etyki Prawniczej oraz mgr Wioletty Niemiec o zatrudnienie na stanowisku asystentki w Zakładzie Kryminalistyki i Prawa Dowodowego w Katedrze Prawa Karnego i Kryminalistyki
- poparcie wniosku dra Pawła Suta o zatrudnienie na stanowisku starszego wykładowcy na 50% etatu w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa na 2 lata
- odmowa poparcia wniosku mgra Jana Kanthaka o zatrudnienie na 50% etatu na stanowisku asystenta w Katedrze Prawa Administracyjnego
- poparcie wniosków dr Anny Klimaszewskiej i mgra Jacka Wałdocha o udzielenie urlopów naukowych
- zatwierdzenie listy wykładów do wyboru na studiach stacjonarnych I stopnia na kierunku European Business Administration na II semestrze I roku
- uchwała RW w sprawie organizacji procesu kształcenia
- uchwała RW w sprawie określenia terminu złożenia pracy dyplomowej dla studentów studiów niestacjonarnych II stopnia na kierunku Prawo
- uchwała RW w sprawie regulaminu studenckich praktyk zawodowych objętych programem studiów
- poparcie wniosku o powołanie prof. UG dra hab. Jakuba Steliny na kierownika studiów podyplomowych Prawo pracy
- zatwierdzenie planu rzeczowo-finansowego WPiA na 2017 r. w zakresie działalności dydaktycznej i utrzymania jednostki

- poparcie wniosku w sprawie przyznania stypendium MNiSW za wybitne osiągnięcia studentce Annie Sowińskiej
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 19 maja 2017 r.
- informacja Prorektor UG prof. Anny Machnikowskiej o przebiegu Narodowego Kongresu Nauki w Krakowie w ramach prac nad reformą szkolnictwa wyższego
- informacja Dziekana o przygotowywanym zebraniu kierowników katedr w listopadzie 2017 r.

14) Posiedzenie RW w dniu 23 października 2017 r.

- informacja o funkcjonowaniu uniwersyteckiego Centrum Analiz i Ekspertyz
- komunikat o decyzji MNiSW o przyznaniu WPiA kategorii A w ramach ewaluacji
- informacja o przygotowywaniu połączenia dwóch czasopism wydziałowych: „Gdańskich Studiów Prawniczych” i „Gdańskich Studiów Prawniczych – Przegląd Orzecznictwa” w jeden dwumiesięcznik
- informacja o wyborze dr Anny Rytel-Warzochy z Katedry Prawa Konstytucyjnego i Instytucji Politycznych na członka Senatu UG
- uchwała RW o nieprzyjęciu publicznej obrony rozprawy doktorskiej mgra Bartosza Wysockiego
- uchwały RW o otwarciu przewodów doktorskich mgrowi Maciejowi Miklińskiemu i mgr Annie Przytuła-Pieniążek
- poparcie wniosku mgra Michała Szypniewskiego o przedłużenie okresu pobierania stypendium naukowego w związku z przygotowywaniem rozprawy doktorskiej i wniosku mgra Macieja Miklińskiego o przyznanie stypendium doktorskiego
- odmowa poparcia wniosku mgra Piotra Zielińskiego o zatrudnienie na stanowisku asystenta w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa
- poparcie wniosku mgr Olgi Zinkiewicz o zatrudnienie na stanowisku asystentki w Katedrze Postępowania Cywilnego
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 25 września 2017 r.

15) Posiedzenie RW w dniu 20 listopada 2017 r.

- komunikat o uzyskaniu przez prof. zw. dr. hab. Jerzego Zajadło nagrody im. Edwarda J. Wende
- informacja o przygotowywaniu regulaminu Rady Wydziału
- nadanie mgrowi Marcinowi Michalakowi stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Kształtowanie się odpowiedzialności za niewłaściwe leczenie na gruncie amerykańskiego systemu prawnego 1794–1860.*

Studium historyczno-prawne (promotor – Tadeusz Maciejewski, recenzenci – Dorota Malec i Grzegorz Smyk)

- nadanie mgr Annie Wolskiej-Bagińskiej stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Ochrona danych osobowych w polskim procesie karnym* (promotor – Sławomir Steinborn, recenzenci – Arkadiusz Lach, Małgorzata Wąsek-Wiaderek)
- otwarcie przewodów doktorskich mgrowi Maciejowi Kasprzykowi, mgrowi Szymonowi Obuchowskiemu, mgr Hannie Misiak, mgrowi Bartoszowi Kędzierskiemu
- poparcie wniosków o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej mgrowi Szymonowi Obuchowskiemu i mgrowi Bartoszowi Kędzierskiemu
- uchwała RW o zmianie programu studiów na wszystkich kierunkach i trybach w zakresie wprowadzenia wykładu ogólnouczelnianego od cyklu dydaktycznego 2018/2019
- zatwierdzenie dodatkowej listy seminariów magisterskich na studiach nie-stacjonarnych II stopnia na kierunku Kryminologia (specjalność kryminalistyczna) w roku akademickim 2017/2018
- podjęcie decyzji o odesłaniu do obiegowego trybu przyjęcia uchwały RW w sprawie przyjęcia na jednolite stacjonarne studia na kierunku Prawo i studia I stopnia na kierunku Administracja laureatów etapu centralnego Ogólnopolskiej Olimpiady o Ubezpieczeniach Społecznych „Warto wiedzieć o ubezpieczeniach społecznych” w roku akademickim 2018/2019, 2019/2020 i 2020/2021 (głosowania w dniach 21–23.11.2017 r.)
- uchwała RW o likwidacji międzywydziałowych interdyscyplinarnych studiów doktorskich Europeistyka
- przyjęcie protokołu RW z posiedzenia w dniu 23 października 2017 r.
- informacja o powierzeniu WPiA UG organizacji w 2019 r. Światowego Zjazdu International Association of Law Schools
- informacja o aktualnej polityce finansowej Uniwersytetu Gdańskiego

16) Posiedzenie RW w dniu 11 grudnia 2017 r.

- informacja o przyznaniu prof. zw. drowi hab. Jerzemu Zajadło Nagrody Naukowej im. Leona Petrażyckiego, przyznawanej przez Polską Akademię Nauk, za publikację *Sędziowie i niewolnicy. Szkice z filozofii prawa*
- informacja o terminach posiedzeń RW w 2018 r.
- uchwały RW o wyznaczeniu trzech członków Komisji Habilitacyjnej (w tym sekretarza Komisji i jednego recenzenta) w postępowaniu habilitacyjnym dra Michała Gałędka w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo
- nadanie mgrowi Ziemowitowi Witkowskiemu stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Skuteczność ochrony prawnej pszczoł*

w Polsce (promotor – Dorota Pyć, recenzenci – Ewa Czech i Piotr Korzeniowski)

- nadanie mgr Pawłowi S. Bafii stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Instytucjonalna konstrukcja systemów gwarantowania depozytów w Unii Europejskiej* (promotor – Anna Jurkowska-Zeidler, recenzenci – Dorota Maśniak i Jan Głuchowski)
- nadanie mgr Katarzynie Borówce stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Zarządzenie zastępcze wojewody* (promotor – Tomasz Bąkowski, recenzenci – Radosław Giętkowski i Bogdan Dolnicki)
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Łukasza Mikulskiego (prof. zw. dr hab. Tadeusz Wiśniewski i dr hab. Agnieszka Góra-Błaszczkowska) oraz powołanie komisji doktorskich
- otwarcie przewodów doktorskich mgr Kai Zaleskiej-Korziuk i mgra Michała Znanieckiego
- poparcie wniosku mgr Kai Zaleskiej-Korziuk o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- poparcie wniosku o niezatrudnienie, z uwagi na niezadowolające wyniki rozpisane konkursu, asystenta w Katedrze Prawa Administracyjnego
- uchwała RW w sprawie zmiany programu studiów na kierunku Prawo w zakresie seminariów od cyklu dydaktycznego 2018/2019
- dodatkowa uchwała RW w sprawie zmiany programu studiów na wszystkich kierunkach i trybach w związku z wprowadzeniem wykładów ogólnouczelnianych od cyklu dydaktycznego 2018/2019
- przyjęcie sprawozdania z oceny własnej za rok 2016/2017 dla Uczelnianego Zespołu ds. Zapewnienia Jakości Kształcenia
- sprawozdanie przewodniczącego Komisji Rekrutacyjnej o przebiegu rekrutacji na rok akademicki 2017/2018
- uchwała RW w sprawie regulaminu Rady Wydziału Prawa i Administracji UG
- uchwała o przedstawieniu najlepszej rozprawy habilitacyjnej i najlepszej rozprawy doktorskiej na LII Ogólnopolski Konkurs „Państwa i Prawa”
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 20 listopada 2017 r. i w dniu 23 listopada 2017 r. (w trybie obiegowym)

17) Posiedzenie RW w dniu 15 stycznia 2018 r. (Pałac w Leźnie)

- informacja o otrzymaniu przez prof. UG dra hab. Radosława Giętkowskiego nagrody MNiSW za osiągnięcia organizacyjne
- informacja o przejściu na emeryturę (28.12.2017 r.) mgr Grażyny Burian, kierowniczkę dziekanatu WPiA
- wręczenie wyróżnionym pracownikom studenckiej nagrody „Belfra Roku”

- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Wioletty Niemiec (dr hab. Zbigniew Kwiatkowski i dr hab. Sławomir Steinborn) oraz powołanie komisji doktorskich
- otwarcie przewodu doktorskiego mgr Agnieszki Trzcińskiej
- poparcie wniosku mgr Dominiki Mróz-Szarmach o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- sprawozdania mgra Adama Bochentyna i mgra Dawida Michalskiego z wykorzystania stypendium doktorskiego
- poparcie wniosku dr Eweliny Kowalskiej o przedłużenie zatrudnienia na stanowisku adiunkta w Centrum Prawa Własności Intelektualnej
- poparcie wniosku mgra Szymona Mosia o zatrudnienie na stanowisku asystenta w Katedrze Prawa Finansowego
- poparcie wniosku mgr Joanny Marszałek o przedłużenie zatrudnienia na stanowisku asystentki na 50% etatu w Centrum Prawa Własności Intelektualnej
- uchwała RW w sprawie liczby miejsc na poszczególne kierunki studiów na rok akademicki 2018/2019
- uchwała RW w sprawie zasad i terminów rekrutacji na rok akademicki 2019/2020
- upoważnienie dra Marcina Michalaka do prowadzenia wykładów w roku akademickim 2017/2018
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 11 grudnia 2017 r.
- spotkanie wigilijno-noworoczne RW

18) Posiedzenie RW w dniu 19 lutego 2019 r.

- informacja o postanowieniu Prezydenta RP z dnia 29 stycznia 2018 r. nadającym prof. UG drowi hab. Jakubowi Stelinie tytuł naukowy profesora nauk prawnych
- informacja o nagrodach rektora UG dla wyróżniających się studentów
- wszczęcie przewodów doktorskich mgra inż. Rafała Wądołowskiego, mgr Elżbiety Żelichowskiej-Litki, mgr Małgorzaty Węgrzak, mgra Maciej Zejdy
- poparcie wniosku mgr Izabeli Oleksy-Piesik o zatrudnienie na stanowisku asystentki na 50% etatu w Katedrze Prawa Administracyjnego
- poparcie wniosku mgra Macieja Zejdy o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- poparcie wniosku mgra Karola Gregorczyka o udzielenie płatnego urlopu w celu przygotowywania rozprawy doktorskiej
- przyjęcie sprawozdania dr Justyny Nawrot z wykorzystania urlopu naukowego

- uchwała RW w sprawie zmiany liczby miejsc na poszczególne kierunki studiów na rok akademicki 2018/2019
- poparcie wniosków o przyznanie stypendium MNiSW dla wybitnych młodych naukowców (mgr Paweł Kwiatkowski, dr Beata Kowalczyk)
- wstępna dyskusja nad założeniami przygotowywanej reformy szkolnictwa wyższego
- powołanie Komitetu Organizacyjnego Obchodów Jubileuszu 50-lecia Powstania WPiA
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 15 stycznia 2018 r.

19) Posiedzenie RW w dniu 19 marca 2018 r.

- spotkanie z Prorektorem UG ds. Nauki i Współpracy z Zagranicą prof. drem hab. Piotrem Stepnowskim
- informacja o przyznaniu prof. zw. dr hab. Ewie Bagińskiej rektorskiej nagrody „Nauczyciel Roku” im. Krzysztofa Celestyna Mrongowiusza dla najlepszych nauczycieli akademickich Uniwersytetu Gdańskiego
- zapowiedź wizyty na WPiA rektora Kijowskiego Uniwersytetu Prawa Narodowej Akademii Nauk Ukrainy prof. Jurija Boszyckiego i prezentacji wspólnej monografii polsko-ukraińskiej
- poparcie wniosku w sprawie zmian w programie studiów podyplomowych Prawo medyczne
- nadanie mgr Annie Patalon stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Zakres ochrony konsumenckiej ubezpieczonego jako podmiotu stosunku ubezpieczenia majątkowego na cudzy rachunek* (promotor – Doroleta Maśniak, recenzenci – Bogusław Gnela i Marcin Orlicki)
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Adama Bochentyna (dr hab. Robert Suwaj i dr hab. Wojciech Piątek) oraz powołanie komisji doktorskich
- poparcie wniosku o niezatrudnienie asystenta w Katedrze Teorii Filozofii Państwa i Prawa z powodu niezadawalających wyników rozpisanego konkursu
- zatwierdzenie sprawozdania mgra Jacka Wałdocha z wykorzystania urlopu naukowego udzielonego w celu przygotowywania rozprawy doktorskiej
- poparcie wniosku dr Marii Lewandowicz w sprawie przyznania stypendium MNiSW dla wybitnych młodych naukowców
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 19 lutego 2018 r.

20) Posiedzenie RW w dniu 16 kwietnia 2018 r.

- uchwały RW o wyznaczeniu trzech członków komisji habilitacyjnej (w tym sekretarza komisji i recenzenta) w postępowaniu habilitacyjnym w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawa dra Macieja Nyki

- uchwała RW o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie postępowania habilitacyjnego w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo dra Andrzeja Krasuskiego
- uchwały RW o wyznaczeniu trzech członków komisji habilitacyjnej (w tym sekretarza komisji i recenzenta) w postępowaniu habilitacyjnym w dziedzinie nauk prawnych w dziedzinie prawo dra Andrzeja Krasuskiego
- uchwała RW o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie postępowania habilitacyjnego w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo dr Joanny Osiejewicz
- uchwały RW o wyznaczeniu trzech członków komisji habilitacyjnej (w tym sekretarza komisji i recenzenta) w postępowaniu habilitacyjnym w dziedzinie nauk prawnych w dziedzinie prawo dr Joanny Osiejewicz
- uchwała RW o zmianie brzmienia tematu rozprawy doktorskiej mgra Jacka Wałdocha
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Jacka Wałdocha (dr hab. Andrzej Wrzyszczyński i dr hab. Zbigniew Naworski) oraz powołanie komisji doktorskich
- poparcie wniosków mgra Macieja Miklińskiego i mgra Michała Szypniewskiego stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- poparcie wniosku dr Dominiki Tykwińskiej-Rutkowskiej o udzielenie płatnego urlopu naukowego w roku akademickim 2018/2019 w związku z przygotowaniem rozprawy habilitacyjnej
- poparcie wniosku dr Izabeli Adrych-Brzezińskiej o udzielenie płatnego urlopu naukowego (1.07.2018–30.04.2019 r.) w celu odbycia podróży służbowej i przeprowadzenia badań w ramach programu Mobilność Plus
- poparcie wniosku dr Iwony Zużewicz-Wiewiórowskiej o udzielenie bezpłatnego urlopu naukowego w celu przeprowadzenia badań naukowych w Brukseli
- zatwierdzenie sprawozdania dra Michała Gałędka z wykorzystania urlopu naukowego
- poparcie wniosku prof. dr hab. Jakuba Steliny o zmianę stanowiska profesora nadzwyczajnego na stanowisko profesora zwyczajnego w ramach istniejącego stosunku pracy
- uchwała RW w sprawie ujednoczenia zasad wyliczania średniej arytmetycznej ocen za wyniki w nauce przy ubieganiu się o stypendium rektorskie dla najlepszych studentów
- uchylene uchwały nr 77/2008 RWPiA z dnia 22 września 2008 r. w sprawie zniesienia obowiązku pisania i obrony pracy licencjackiej na studiach I stopnia na kierunku Administracja od roku akademickiego 2008/2009

- uchwała o zatwierdzeniu specjalizacji głównych i dodatkowych na kierunku Prawo od roku akademickiego 2018/2019
- zmiana zasad rekrutacji na studia podyplomowe Ochrona danych osobowych od roku akademickiego 2018/2019
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 19 marca 2018 r.

21) Posiedzenie RW w dniu 14 maja 2018

- uczczenie minutą ciszy pamięci zmarłego Profesora Bernda Barona von Maydell, obdarzonego tytułem doktora honoris causa Uniwersytetu Gdańskiego z inicjatywy WPiA
- informacja o uzyskaniu przez prof. zw. dra hab. Jakuba Stelinę w dniu 4 maja 2018 r. tytułu doktora honoris causa Uniwersytetu w Alba Julii (Rumunia)
- nadanie stopnia naukowego doktora habilitowanego nauk prawnych w dziedzinie prawa drowi Edvardasowi Juchnevičusowi; główne osiągnięcie naukowe – monografia pt. *Teoretyczne i praktyczne ujęcie międzynarodowego opodatkowania dochodu z handlu elektronicznego*
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Marcina Lidzbarskiego (prof. zw. dr hab. Zygmunt Niewiadomski i dr hab. Henryk Nowicki) oraz powołanie komisji doktorskich
- poparcie wniosku mgra Bartosza Kędzierskiego i mgra Szymona Obuchowskiego o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- poparcie wniosku dr hab. Małgorzaty Balwickiej-Szczyrby o zmianę stanowiska na stanowisko profesora nadzwyczajnego UG w ramach istniejącego stosunku pracy
- poparcie wniosków o nagrody Rektora UG dla nauczycieli akademickich
- uchwała o zmianie liczby miejsc na kierunku European Business Administration na rok akademicki 2018/2019
- zatwierdzenie listy seminariów licencjackich i magisterskich w roku akademickim 2018/2019
- zatwierdzenie listy wykładów do wyboru w roku akademickim 2018/2019
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 16 kwietnia 2018 r.

22) Posiedzenie RW w dniu 11 czerwca 2018 r.

- informacja o otrzymaniu przez prof. zw. dr hab. Jerzego Zajadło I nagrody w kategorii książek naukowych za monografię *Sędziowie i niewolnicy. Szkice z filozofii prawa* przyznanej przez Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
- nadanie drowi Michałowi Gałędkowi stopnia naukowego doktora habilitowanego nauk prawnych w dziedzinie prawa; osiągnięciem naukowym –

monografia pt. *Koncepcje i projekty nowego ustroju administracji dla przyszłego Królestwa Polskiego. Studium z dziejów myśli administracyjnej*

- nadanie mgrowi Marianowi J. Glebinowi stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Nakaz rozbiórki w prawie budowlanym* (promotor – Tomasz Bąkowski, recenzenci – Marek Szewczyk i Bartosz Majchrzak)
- wszczęcie przewodów doktorskich mgr Joanny Kostrzewskiej, mgra Marcina Pieńczykowskiego, mgr Pauliny Topolskiej
- wyznaczenie promotora pomocniczego rozprawy doktorskiej mgra Dawida Michalskiego
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Piotra Dembickiego (dr hab. Helena Kisilowska i dr hab. Zbigniew Bukowski) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Magdaleny Glanc (dr hab. Tomasz Pietrzykowski i dr hab. Sebastian Sykuna) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Michała Szypniewskiego (dr hab. Łukasz Pisarczyk i dr hab. Leszek Mitrus) oraz powołanie komisji doktorskich
- poparcie wniosku mgr Kai Zaleskiej-Korziuk o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- poparcie wniosku dra hab. Sławomira Steinborna o udzielenie płatnego urlopu naukowego w roku akademickim 2018/2019
- poparcie wniosku dr Agnieszki Gajdy o udzielenie płatnego urlopu naukowego w roku akademickim 2018/2019
- poparcie wniosku dra Piotra Kitowskiego o udzielenie płatnego urlopu naukowego w roku akademickim 2018/2019
- zatwierdzenie sprawozdania mgra Karola Gregorczyka z wykorzystania urlopu naukowego w celu przygotowywania rozprawy doktorskiej
- poparcie wniosku dra hab. Krzysztof Drzewickiego o wznowienie zatrudnienia na stanowisku profesora nadzwyczajnego UG
- poparcie wniosku dra Marcina Michalaka o zmianę stanowiska na stanowisko adiunkta w ramach istniejącego stosunku pracy
- poparcie wniosku dr Marty Zbuckiej o zatrudnienie na stanowisku adiunkta w Zakładzie Praw Człowieka i Etyki Prawniczej
- poparcie wniosku mgra Macieja Miklińskiego o zatrudnienie na stanowisku asystenta w Katedrze Prawa Finansowego, mgra Mateusza Kosmala w Katedrze Prawa Cywilnego
- poparcie wniosków o zatrudnienie na stanowisku asystenta w Katedrze Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego mgra Roberta Obrzuda, mgr Kai Zaleskiej-Korziuk i mgra Macieja Zejdy

- poparcie wniosku dra Tomasza Kantego o wznowienie zatrudnienia na stanowisku adiunkta w wymiarze 50% etatu w Zakładzie Kryminalistyki i Prawa Dowodowego Katedry Prawa Karnego Procesowego i Kryminalistyki
- poparcie wniosku dra Krzysztofa Stasiaka o zatrudnienie na stanowisku adiunkta w wymiarze 50% etatu w Zakładzie Kryminologii
- poparcie wniosku o upoważnienie dr Anety Lewkowicz do prowadzenia indywidualnego seminarium magisterskiego dla studentki Małgorzaty Kantor na stacjonarnym kierunku Kryminologia II stopnia od roku akademickiego 2018/2019
- zatwierdzenie dodatkowej listy seminariów magisterskich w roku akademickim 2018/2019
- uchwała RW w sprawie zmiany planu studiów na kierunku Kryminologia od roku akademickiego 2018/2019
- uchwała RW w sprawie zmiany programu studiów podyplomowych Finanse w małych i średnich przedsiębiorstwach
- uchwała RW w sprawie utworzenia i zatwierdzenia programu kształcenia cyklicznego kursu dokształcającego pt. „International Financial and Business Law”
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 14 maja 2018 r.
- informacja o wynikach dokonanej oceny pracowniczej
- informacje w sprawie parametryzacji i projektu nowej ustawy o szkolnictwie wyższym i nauce

23) Posiedzenie RW w dniu 24 września 2018 r.

- komunikat o ceremonii nadania Profesorowi Andrzejowi Szmytowi w dniu 5 września 2018 r. tytułu doktora honoris causa Kijowskiego Uniwersytetu Prawa Narodowej Akademii Nauk Ukrainy
- komunikat o nadaniu prof. UG drowi hab. Andrzejowi Powalowskiemu tytułu naukowego profesora nauk prawnych przez Prezydenta RP postanowieniem z dnia 30 lipca 2018 r.
- uchwała RW o wszczęciu postępowania o nadanie drowi hab. Tomaszowi Bąkowskiemu tytułu naukowego profesora nauk prawnych
- uchwała RW o powołaniu zespołu w celu przygotowywania projektów uchwał w sprawie czynności w postępowaniu o nadanie tytułu profesora nauk prawnych drowi hab. Tomaszowi Bąkowskiemu (prof. zw. dr hab. Janina Ciechanowicz-McLean – przewodnicząca zespołu, członkowie – prof. zw. dr hab. Andrzej Szmyt i prof. zw. dr hab. Jakub Stelina)
- uchwały RW o wyznaczeniu trzech członków komisji habilitacyjnej (w tym sekretarza komisji i recenzenta) w postępowaniu habilitacyjnym w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo dr Moniki Adamczak-Reteckiej

- uchwały RW o wyznaczeniu trzech członków komisji habilitacyjnej (w tym sekretarza komisji i recenzenta) w postępowaniu habilitacyjnym w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo dra Jacka Potulskiego
- uchwały RW o wyznaczeniu trzech członków komisji habilitacyjnej (w tym sekretarza komisji i recenzenta) w postępowaniu habilitacyjnym w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo dr Diany Trzczińskiej
- uchwała RW o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie postępowania habilitacyjnego w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo dra Mateusza Bieczyńskiego
- uchwała RW o wyznaczeniu sekretarza komisji habilitacyjnej w postępowaniu habilitacyjnym w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo dra Andrzeja Krasuskiego
- nadanie mgrowi Adamowi Bochentynowi stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Dowód z opinii biegłego w jurysdykcyjnym postępowaniu administracyjnym* (promotor – Mariusz Bogusz, recenzenci – Robert Suwaj i Bartosz Majchrzak)
- nadanie mgrowi Jackowi Wałdochowi stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Zarząd komisaryczny w samorządzie terytorialnym w II Rzeczypospolitej (1918-1939). Studium historyczno-prawne* (promotor – Tadeusz Maciejewski, recenzenci – Zbigniew Naworski i Andrzej Wrzyszczy)
- nadanie mgr Wioletcie Niemiec stopnia naukowego doktora nauk prawnych; rozprawa doktorska pt. *Doręczenia w polskim prawie procesowym* (promotor – Krzysztof Woźniewski, recenzenci – Zbigniew Kwiatkowski i Sławomir Steinborn)
- wszczęcie przewodów doktorskich mgra Karola Ważnego i mgra Patryka Zielińskiego
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgra Macieja Kasprzyka (dr hab. Jadwiga Potrzeszcz i prof. zw. dr hab. Jerzy Oniszczyk) i rozprawy doktorskiej mgra Marka Horodniczego (dr hab. Agnieszka Bień-Kacała i dr hab. Paweł Leszczyński) oraz powołanie komisji doktorskich
- poparcie wniosków mgra Szymona Obuchowskiego i mgra Macieja Zejdy o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- poparcie wniosku dr Magdaleny Adamowicz o udzielenie płatnego urlopu naukowego w roku akademickim 2018/2019
- poparcie wniosku mgra Dawida Michalskiego o udzielenie płatnego urlopu naukowego w celu przygotowywania rozprawy doktorskiej
- przyjęcie sprawozdania dra hab. Tomasza Tadeusza Koncewicz z wykorzystania bezpłatnego urlopu naukowego

- przyjęcie sprawozdania mgr Dominiki Mróz-Szarmach z wykorzystania stypendium doktorskiego
- poparcie wniosku dra Macieja Fingasa o zatrudnienie na stanowisko adiunkta w Katedrze Prawa Karnego Procesowego i Kryminalistyki
- poparcie wniosku dr Magdaleny Kasprzak o zatrudnienie na stanowisko adiunkta w Zakładzie Prawa Dowodowego i Kryminalistyki Katedry Prawa Karnego Procesowego i Kryminalistyki
- poparcie wniosku dra Grzegorza Julke o zatrudnienie na stanowisku adiunkta w Katedrze Postępowania Cywilnego
- poparcie wniosku dra Grzegorza Sikorskiego o zatrudnienie na stanowisko adiunkta w Katedrze Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego
- poparcie wniosku dr Katarzyny Szlachetki o zatrudnienie na stanowisko adiunkta w Katedrze Prawa Administracyjnego
- poparcie wniosku mgr Magdaleny Glanc-Żabiłowicz o zatrudnienie na stanowisko asystentki w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa
- poparcie wniosku mgr Wioletty Niemiec o zatrudnienie na stanowisku asystentki w Zakładzie Prawa Dowodowego i Kryminalistyki Katedry Prawa Karnego Procesowego i Kryminalistyki
- poparcie wniosku mgr Izabeli Oleksy-Piesik o zatrudnienie na stanowisku asystentki w Katedrze Prawa Administracyjnego
- poparcie wniosku mgr Kingi Koniecznej o zatrudnienie na stanowisku asystentki w Katedrze Prawa Cywilnego
- poparcie wniosku mgra Pawła Nowickiego o zatrudnienie na stanowisku asystenta w Katedrze Prawa Międzynarodowego Publicznego
- uchwała RW o powierzeniu funkcji promotora studentów przygotowujących pracę magisterską na kierunku Kryminologia II stopnia nauczycielom akademickim ze stopniem naukowym doktora z Wydziału Biologii UG
- zatwierdzenie dodatkowej listy seminariów magisterskich na kierunku Prawo w administracji i gospodarce, II stopnia, i European and International Business Law, II stopnia, na rok akademicki 2018/2019
- poparcie wniosków w sprawie przyznania stypendium MNiSW studentom za wybitne osiągnięcia na rok akademicki 2018/2019
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 11 czerwca 2018

24) Posiedzenie RW w dniu 22 października 2018 r.

- wręczenie nagród rektorskich pracownikom WPiA
- podziękowanie Profesorowi Oktawianowi Nawrotowi za pełnienie funkcji Prodziekana ds. Studenckich i Nauki przez ostatnich 6 lat, w związku ze złożoną dymisją po wejściu w skład Sądu Najwyższego

- informacja prof. UG dr. hab. Jacka Wiewiorowskiego o liście protestacyjnym dziekanów wydziałów prawa w sprawie zmian w wymiarze sprawiedliwości, wraz z postulatem zajęcia stanowiska przez RW
- informacja o rozpoczęciu procesu wdrażania nowej ustawy o szkolnictwie wyższym i nauce oraz najbliższych działaniach w tym zakresie
- uchwała RW o wyznaczeniu kandydatów na recenzentów w postępowaniu o nadanie tytułu naukowego profesora nauk prawnych drowi hab. Tomaszowi Bąkowskiemu
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Joanny Kostrzewskiej (dr hab. Piotr Dobosz i dr hab. Piotr Ślęzak) oraz powołanie komisji doktorskich
- wyznaczenie recenzentów rozprawy doktorskiej mgr Marty Flis-Świeczkowskiej (dr hab. Sławomir Steinborn i dr hab. Piotr Sowiński) oraz powołanie komisji doktorskich
- poparcie wniosku mgra Karola Ważnego o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozprawy doktorskiej
- zatwierdzenie sprawozdań dr Anny Klimaszewskiej z wykorzystania urlopu naukowego
- uzupełnienie listy seminariów magisterskich na kierunkach: Prawo jednolite stacjonarne oraz Kryminologia II stopnia niestacjonarne na rok akademicki 2018/2019
- uzupełnienie listy przedmiotów do wyboru na kierunku Prawo w administracji i gospodarce II stopnia niestacjonarnym na semestrze V roku akademickiego 2018/2019
- poparcie wniosku o utworzenie Centrum Prawa Ubezpieczeniowego
- uchwała RW w sprawie zasad i terminów dotyczących rekrutacji na rok akademicki 2019/2020 dostosowanych do wymogów nowej ustawy o szkolnictwie wyższym i nauce
- przyjęcie protokołu z posiedzenia RW w dniu 24 września 2018 r.

25) Posiedzenie RW w dniu 8 listopada 2018 r. (głosowania w trybie obiegowym)

- uchwała RW w sprawie zmiany składu komisji doktorskich ds. przyjmowania rozpraw doktorskich, dopuszczenia ich do publicznej obrony oraz przyjmowania publicznej obrony rozprawy doktorskiej na WPiA UG
- uchwała RW o zmianie składu komisji doktorskich w przewodzie doktorskim mgra Michała Szywniewskiego

26) Posiedzenie RW w dniu 26 listopada 2018 r.

- komunikat o uzyskaniu przez dra hab. Michała Gałędkę grantu z Narodowego Centrum Nauki

- informacja o negatywnym stosunku władz rektorskich w sprawie postulatu utworzenia Centrum Prawa Ubezpieczeniowego
- przyjęcie uchwały w sprawie działań zagrażających standardom demokratycznego państwa prawnego; dziekan WPiA opuścił posiedzenie RW na czas referowania i głosowania uchwały, przekazując przewodniczenie posiedzeniu RW w tym punkcie prodziekanowi Wojciechowi Zalewskiemu i ustalając krótką przerwę w posiedzeniu po tymże punkcie porządku posiedzenia
- po przerwie: uchwała o nadaniu drowi Maciejowi Nyce stopnia naukowego doktora habilitowanego w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo (osiągnięcie habilitacyjne – monografia pt. *Instrumenty ograniczania wpływu handlu na środowisko. Studium z prawa międzynarodowego*)
- nadanie mgrowi Marcinowi Lidzbarskiemu stopnia naukowego doktora nauk prawnych w zakresie prawa; rozprawa doktorska pt. *Projektant w realizacji inwestycji budowlanej ze środków publicznych* (promotor – Andrzej Powałowski, recenzenci – Zygmunt Niewiadomski i Henryk Nowicki)
- nadanie mgr Magdalenie Glanc-Żabielowicz stopnia naukowego doktora nauk prawnych w zakresie prawa; rozprawa doktorska pt. *Debata Hart – Dworkin. Studium z filozofii prawa* (promotor – Jerzy Zajadło, recenzenci – Tomasz Pietrzykowski i Sebastian Sykuna)
- uchwały RW o wyznaczeniu trzech członków komisji habilitacyjnej (w tym sekretarza komisji i recenzenta) w postępowaniu habilitacyjnym w dziedzinie nauk prawnych w dyscyplinie prawo dra Bartłomieja Glinieckiego
- wszczęcie przewodów doktorskich mgrowi Leszkowi Jantowskiemu, mgr Emilii Szynwelskiej-Żołnowskiej, mgrowi Piotrowi Siodorowiczowi
- wyznaczenie recenzentów rozpraw doktorskich mgra Szymona Obuchowskiego (prof. dr hab. Antoni Hanusz i prof. dr hab. Jadwiga Glumińska-Pawlic), mgra Jacka Markowskiego (prof. dr hab. Andrzej Matlak i prof. dr hab. Katarzyna Grzybczyk) i mgr Małgorzaty Węgrzak (dr hab. Piotr Stec, dr hab. Sławomir Tkacz) oraz powołanie komisji doktorskich
- poparcie wniosków mgra Macieja Miklińskiego i mgra Bartosza Kędzierskiego o przyznanie stypendium naukowego w związku z przygotowaniem rozpraw doktorskich
- przyjęcie sprawozdania dra Krzysztofa Czuba z wykorzystania urlopu naukowego
- przyjęcie sprawozdania mgra Michała Szypniewskiego z wykorzystania stypendium naukowego
- poparcie wniosku mgr Olgi Zinkiewicz o przedłużenie zatrudnienia na stanowisku asystentki w Katedrze Postępowania Cywilnego
- upoważnienie dra Jacka Wałdocha do prowadzenia wykładów w roku akademickim 2018/2019

- przyjęcie uchwały w sprawie organizacji Wydziałowego Systemu Zapewnienia Jakości Kształcenia
- zatwierdzenie zmian w programie studiów podyplomowych Prawo cywilne
- uchwały RW o przedstawieniu rozprawy habilitacyjnej dra hab. Michała Gałędka i rozprawy doktorskiej dr Katarzyny Borówki na LIV Konkurs „Państwa i Prawa” na najlepsze rozprawy habilitacyjne i doktorskie
- poparcie wniosku dra Jacka Wałdocha o dofinansowanie wydania w Wydawnictwie Uniwersytetu Gdańskiego wyróżnionej rozprawy doktorskiej
- zatwierdzenie dodatkowej listy seminariów magisterskich na kierunku Kryminologia II stopnia na rok akademicki 2018/2019
- zatwierdzenie protokołów z posiedzeń RW w dniu 22 października 2018 r. i 8 listopada 2018 r.
- informacja o sporządzeniu zestawienia starych i nowych przepisów o postępowaniach w sprawie rozpraw doktorskich, habilitacji i wniosków o tytuł naukowy profesora w celu dostarczenia wszystkim nauczycielom akademickim WPiA
- informacja Dziekana o sytuacji finansowej i rozwoju WPiA
- złożenie rezygnacji z funkcji Dziekana WPiA UG przez prof. zw. dra hab. Jakuba Stelinę w związku z podjętą przez RW uchwałą w sprawie działań zagrażających standardom demokratycznego państwa prawnego.

Opracował Andrzej Szmyt

